

GORAN ILIĆ, MIROSLAV PROKOPIJEVIĆ, SAŠA VARINAC,  
ZORAN SRETIĆ, VLADIMIR VASILJEV

# JAVNO TUŽILAŠTVO I JAVNI INTERES

MOGUĆNOST JAVNOG TUŽIOCA DA ZAŠTITI JAVNI INTERES



Projekat je finansijski podržala Delegacija Evropske unije u Srbiji kroz program Evropska inicijativa za demokratiju i ljudska prava (EIDHR)



# JAVNO TUŽILAŠTVO I JAVNI INTERES

MOGUĆNOST JAVNOG TUŽIOCA DA ZAŠTITI JAVNI INTERES

AUTORI: GORAN ILIĆ, MIROSLAV PROKOPIJEVIĆ,  
SAŠA VARINAC, ZORAN SRETIĆ, VLADIMIR VASILJEV

2018.

# JAVNO TUŽILAŠTVO I JAVNI INTERES

MOGUĆNOST JAVNOG TUŽIOCA DA ZAŠTITI JAVNI INTERES

## AUTORI

GORAN ILIĆ, MIROSLAV PROKOPIJEVIĆ,  
SAŠA VARINAC, ZORAN SRETIĆ, VLADIMIR VASILJEV

## TIRAŽ

600



*Ova publikacija finansijski je podržana od strane Delegacije Evropske unije u Republici Srbiji kroz program Evropska inicijativa za demokratiju i ljudska prava (EIDHR). Sadržaj publikacije isključiva je odgovornost Udruženja javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije i ne odražava nužno stavove Delegacije Evropske unije.*

## SADRŽAJ

<b>I Javno tužilaštvo u odbrani javnog interesa.....</b>	<b>5</b>
1. Kritički pogled na uređenje javnog tužilaštva u Republici Srbiji.....	5
1.1. Ustavni položaj.....	5
1.2. Svemoć monokratskog principa i nemoć zamenika javnog tužioca.....	7
1.3. Nesputana hijerarhija u Tužilaštvu.....	8
1.4. Prenošenje nadležnosti.....	10
1.5. Položaj Republičkog javnog tužioca.....	11
1.6. Položaj zamenika javnog tužioca.....	12
2. Intervencija javnog tužioca izvan krivičnog pravosudnog sistema.....	13
2.1. O javnom tužiocu izvan krivičnog pravosudnog sistema.....	13
2.2. Ovlašćenja javnog tužioca izvan krivičnog pravosudnog sistema.....	15
3. Mogućnosti javnog tužioca da zaštiti javnog interesa u nekim postupcima...	19
3.1. Javno tužilaštvo i kontrola državne pomoći.....	19
3.2. Javno tužilaštvo i javne nabavke.....	20
3.3. Javno tužilaštvo i strane direktne investicije.....	21
4. Zaključak.....	23
<b>II DRŽAVNA POMOĆ PRIVREDI U SRBIJI.....</b>	<b>24</b>
1. Šta je državna pomoć privredi?.....	25
2. Da li je državna pomoć korisna za privredu?.....	26
3. Zašto se pomoć daje ako ekonomski nije opravdana?.....	32
4. Visina i struktura državne pomoći privredi u Srbiji.....	33
5. Problemi kontrole državne pomoći.....	38
6. Tužilaštvo i državna pomoć.....	41
7. Zaključak.....	48
<b>III JAVNE NABAVKE.....</b>	<b>50</b>
1. Cilj regulisanja i načela javnih nabavki.....	50
1.1. Načelo efikasnosti i ekonomičnosti.....	51
1.2. Obezbeđivanje konkurencije.....	52
1.3. Transparentnost postupka javne nabavke.....	52
1.4. Jednakost ponuđača.....	53
2. Ovlašćenja za suzbijanje neregularnosti i za borbu protiv korupcije u važućem Zakonu o javnim nabavkama.....	54
2.1. Uprava za javne nabavke.....	57
2.2. Republička komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki.....	61
2.3. Državna revizorska institucija.....	67
2.4. Agencija za borbu protiv korupcije.....	69
2.5. Komisija za zaštitu konkurencije.....	70
2.6. Građanski nadzornik.....	71
3. Uloga tužilaštva u suzbijanju neregularnosti i borbi protiv korupcije u javnim nabavkama.....	72
3.1. Opšte odredbe Krivičnog zakonika.....	72

3.2. Posebno krivično delo.....	73
4. Neregularnosti i koruptivni rizici kroz različite faze javne nabavke.....	76
4.1. Planiranje.....	77
4.2. Sprovođenje postupka javne nabavke.....	80
4.3. Izvršenje ugovora o javnoj nabavci.....	82
<b>IV Međunarodni bilateralni investicioni sporazumi.....</b>	<b>84</b>
1. Pojam bilateralnih investicionih sporazuma .....	87
1.1. Pojam i sadržaj BIS.....	87
1.2. Osnovni koncepti.....	88
1.3. Svrha BIS.....	90
1.4. Redovni elementi/klauzule BIS.....	92
1.4. Klauzula posebne/dodatne zaštite (tzv. kišobran klauzula).....	101
2. Pravo EU i BIS.....	106
2.1 Nadležnost EU relevantne za oblast SDI.....	106
2.2 Sukob prava EU i prava BIS.....	109
3. Ugovorna praksa Srbije u domenu SDI.....	114
3.1. Zakonski i institucionalni okvir za BIS i SDI.....	114
3.2. Tipski nacrt Sporazuma o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja/ Model BIS).....	117
3.3. (Ne)usaglašenost ugovorne prakse sa pravom EU i primeri (loše) ugovorne praksa Srbije.....	120
4. Uloga javnog tužilaštva.....	127
4.1. Preduzimanje mera za zaštitu ustavnosti.....	128
4.2. Gonjenje učinilaca krivičnih dela.....	131
5. Zaključak.....	132
<b>IV JAVNO-PRIVATNA PARTNERSTVA.....</b>	<b>136</b>
1. Javno-privatna partnerstva u komunitarnom pravu.....	136
2. Direktive EU o javnim nabavkama.....	140
3. Direktive EU o javnim nabavkama prema koncesijama.....	143
4. Direktive EU o javnim nabavkama prema ostalim ugovornim JPP.....	145
5. Ugovor o EU i osnovni principi komunitarnog prava prema ostalim ugovornim JPP.....	147
6. JPP tržištu Srbije pre Zakona o JPP i koncesijama.....	150
7. Primeri JPP do 2012. godine.....	153
8. Novi zakonski okvir posle 2012. godine.....	162
9. JPP tržište posle Zakona o JPP.....	167

## **I Javno tužilaštvo u odbrani javnog interesa**

U radu je dat kritički pogled na uređenje javnog tužilaštva, najpre sa stanovišta ustavne definicije javnog tužilaštva i normi Ustava o javnom tužilaštvu i Državnom veću tužilaca. Zatim, analizirani su osnovni principi organizacije javnog tužilaštva i iznete kritičke primedbe na monokratsko i hijerarhijsko ustrojstvo javnog tužilaštva, kao i na položaj Republičkog javnog tužioca. U drugom delu rada izneta su moguća teorijska stanovišta o procesnoj poziciji javnog tužioca izvan krivičnog postupka i potom izložen pregled zakonskih ovlašćenja javnog tužilaštva van krivičnog pravosudnog sistema. Nakon toga, iznete su procesne mogućnosti za intervenciju javnog tužioca u zaštiti javnog interesa prilikom dodele državne pomoći privredi, u postupcima javnih nabavki i zaštiti javnog interesa pokretanjem postupka za ocenu ustavnosti međunarodnih i bilateralnih investicionih sporazuma.

### **1. Kritički pogled na uređenje javnog tužilaštva u Republici Srbiji 1.1. Ustavni položaj**

Ustav Republike Srbije od 2006. godine definiše javno tužilaštvo kao “samostalan državni organ koji goni učinioce krivičnih i drugih kažnjivih dela i preduzima mere za zaštitu ustavnosti i zakonitosti”. Dakle, radi se o “istorijskoj” definiciji koja ne opredeljuje pravnu prirodu javnog tužilaštva. Za razliku od prethodnog Ustava, kao i ranijih ustavnih tekstova, Ustav Republike Srbije od 2006. godine prilično detaljno normira unutrašnje i spoljašnje uređenje javnog tužilaštva, način predlaganja i izbora javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, kao i ovlašćenja pojedinih organa u odnosu na javno tužilaštvo. U vezi sa tim, Ustav unosi i niz novina u odnosu na ranija ustavna rešenja. Prvu novinu predstavlja uvođenje u ustavni sistem Državnog veća tužilaca, posebnog organa Narodne skupštine zaduženog da obezbeđuje i garantuje samostalnost javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca. Druga novina je što Ustav predviđa stalnost funkcije zamenika tužioca i ograničeno trajanje mandata javnog tužioca (6 godina) i istovremeno na potpuno nov način normira izbor javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca. Javne tužioce na predlog Vlade bira Narodna skupština, a zamenike javnog tužioca na

---

<sup>1</sup> Mada je predviđeno da Državno veće tužilaca obezbeđuje i garantuje samostalnost javnih tužilaca Ustav nije normirao bilo kakve nadležnosti ovog organa u postupku predlaganja i izbora javnih tužilaca.

predlog Državnog veća tužilaca Narodna skupština kada se biraju prvi put na funkciju, a nakon isteka "probnog perioda" od tri godine biraju se na stalnu funkciju i taj izbor je potpuno u nadležnosti Državnog veća tužilaca.

Ukoliko se pažljivo analiziraju i sistematski tumače norme Ustava o javnom tužilaštvu može se zaključiti da Ustav javno tužilaštvo određuje, kao samostalan organ Narodne skupštine koji je funkcionalno povezan sa izvršnom vlašću posredstvom Vlade, kao nosioca ove grane vlasti. Zaključak da je tužilaštvo organ Narodne skupštine proističe i iz člana 160. Ustava, koji kaže da Republički javni tužilac, kao najviši tužilac u hijerarhiji za svoj rad odgovara Narodnoj skupštini, dok svi ostali javni tužioci odgovaraju i Narodnoj skupštini i višem javnom tužiocu.<sup>2</sup> Kada tome dodamo da Narodna skupština bira javne tužioce, a da je Državno veće tužilaca organ Narodne skupštine onda je jasno da je zaključak o pravnoj prirodi javnog tužilaštva u Srbiji kao organa Narodne skupštine nepobitno tačan.

Nakon donošenja Ustava donet je Zakon o javnom tužilaštvu.<sup>3</sup> Zakon se uglavnom kreće u zadatim ustavnim okvirima, ali i sadrži norme koje nisu saglasne sa međunarodnim standardima o tužilaštvu, međusobno protivurečne, nelogične ili čak besmislene norme.

Na kraju uvodnog dela trebalo bi reći da je poseban povod za kritički pogled na organizaciju javnog tužilaštva novousvojeni Zakonik o krivičnom postupku.<sup>4</sup> Promena modela krivičnog postupka i znatno proširivanje ovlašćenja javnog tužioca iz novog ZKP-a, nužno bi trebala da dovede do suštinskih izmena u organizaciji javnog tužilaštva. Primera radi, zar činjenica da Republički javni tužilac sistemom nadređenosti može da kontroliše sve istrage u zemlji nije potencijalna opasnost i prevelika koncentracija ovlašćenja u posedu jedne ličnosti?

Stručna javnost u Srbiji u ovom trenutku svedok je sasvim protivurečnog procesa. Sa jedne strane, tužilaštvo se najpre Ustavom potčinjava izvršnoj vlasti, a sa druge strane, na to tužilaštvose u krivičnom postupku prenose ovlašćenja nezavisnog sudskog organa, istražnog sudije. Time se, uvereni smo, dovodi u pitanje i objektivnost krivičnog postupka, posebno istrage u kojoj tužilac zauzima centralno mesto. Ova protivurečnost sa sobom nosi i jedan drugi paradoks. Uvođenje tipičnog adverzijalnog krivičnog postupka nalik na postupak kakav postoji u SAD nije praćeno promenama u organizaciji

---

<sup>2</sup> Izričito normiranje odgovornosti javnih tužilaca (izuzev Republičkog javnog tužioca) i prema Narodnoj skupštini i prema višem tužiocu čini se izlišnim. Naime iz činjenice da Republički javni tužilac odgovoran Narodnoj skupštini i da su svi ostali javni tužioci potčinjeni Republičkom javnom tužiocu (čl. 157. i 158) proizilazi da su "i svi drugi užiooci" posredno odgovorni Skupštini.

<sup>3</sup> "Službeni glasnik RS", br. 116/2008, 104/2009, 10/2010, 70/2011, 101/2011, 38/2012. (Odluka Ustavnog suda), 121/2012, 101/2013, 111/2014. (odluka Ustavnog suda), 117/2014, 106/2015, 63/2016. (Odluka Ustavnog suda).

<sup>4</sup> "Službeni glasnik RS", br. 72/2011.



tužilaštva. Tako da se čini da naslov članka koji glasi: “Sovjetsko tužilaštvo, postupak američki”, na najbolji mogući način opisuje krivičnoprocesnu stvarnost u Srbiji.

## 1.2. Svemoć monokratskog principa i nemoć zamenika javnog tužioca

Članom 4. Zakona razrađuje se ustavna norma o monokratskom uređenju tužilaštva. To što je monokratski princip preuzet iz Ustava Republike Srbije svakako ne može da bude razlog da se to pogrešno ustavno i zakonsko rešenje ne kritikuje. Suština monokratskog uređenja je da sve poslove iz nadležnosti javnog tužilaštva obavlja jedno lice-javni tužilac. Ovaj princip je na taj način po prvi put uobličen Zakonom o javnom tužilaštvu iz 1946.<sup>5</sup> i u neizmenjenom obliku je opstao do danas. Možda je u vreme donošenja prvog posleratnog zakona o tužilaštvu bilo opravdano uvesti strogo monokratsko uređenje tužilaštva. Pre svega, jer je javno tužilaštvo prema Zakonu iz 1946. godine bilo svemoćni organ opšteg državnog nadzora sa brojnim i razgranatim nadležnostima. Od tada do danas kontrolna funkcija javnog tužioca je u potpunosti iščezla, a nestale su i brojne druge nadležnosti tužilaštva izvan kaznenih postupaka. Uprkos preobražaju nadležnosti monokratski princip je zadržan u prvobitnom obliku. Ovako postavljen monokratski princip ima praktične posledice. Naime, preširoko postavljen monokratski princip podrazumeva i isključivu odgovornost javnog tužioca za rad tužilaštva, koju prati istovremeno “slabljenje” odgovornosti zamenika javnog tužioca. To je posebno izraženo u tužilaštvima sa velikim brojem zamenika, gde javni tužilac nosi odgovornost za postupanje zamenika nad čijim odlukama nema stvarni uvid i kontrolu.<sup>6</sup>

Osim toga, monokratski princip na način na koji je definisan Zakonom otvara i jedan drugi problem. U član 5. st. 1. Zakona o javnom tužilaštvu predviđeno je da zamenik javnog tužioca samostalno postupa u radu. Kako zamenik može biti samostalan kada uopšte nema samosvojna ovlašćenja, već isključivo vrši poverena ovlašćenja? Kako uopšte govoriti o samostalnosti zamenika javnog tužioca koji može da obavlja samo ono što mu je povereno i kada poverene poslove nadređeni može da oduzme bez ikakvog ograničenja? Iz postavljenih pitanja proizilazi da monokratski princip ugrožava samostalnost u radu zamenika javnog tužioca. Drugim rečima, u budućoj redakciji Zakona monokratski princip bi trebalo ograničiti jednako važnim principom funkcionisanja tužilaštva, samostalnošću zamenika javnih tužilaca.

5 “Službeni list FNRJ”, br. 60/1946.

6 Prvo osnovno javno tužilaštvo u Beogradu ima oko 50 zamenika javnih tužilaca. Da li je moguće da starešina tako brojnog tužilaštva ima potpuni uvid u rad i odluke zamenika javnih tužilaca?

### 1.3.Nesputana hijerarhija u Tužilaštvu

#### 1.3.1.Obavezna uputstva

U členu 18. Zakona o javnom tužilaštvu normira se način izdavanja obaveznih uputstava javnog tužioca nižem javnom tužiocu prigovor na obavezno uputstvo elementi postupka izdavanja uputstva i odlučivanja o prigovoru. Obavezno uputstvo se izdaje kada postoji sumnja u zakonito ili sumnja u efikasno postupanje. Uslov za intervenciju nadređenog je prosta sumnja u zakonitost ili efikasnost postupanja. To otvara široko polje za upad u procesnu aktivnost podređenog tužioca ili zamenika. Obavezno uputstvo je izuzetak i zato bi trebalo suziti mogućnost njegove primene. Takav efekat bi se postigao ukoliko bi se za izdavanje obaveznog uputstva zahtevala znatna sumnja kao sumnja višeg stepena, u zakonitost ili efikasnost postupanja podređenog.

Uputstvo iz člana 18. se izdaje u pisanoj formi i izdavalac uputstva je dužan da iznese razloge zbog kojih je odlučio da izda uputstvo. Imajući u vidu raširenu praksu da se izdaju tzv. "telefonska" Zakon o javnom tužilaštvu nije predviđao mogućnost izdavanja privremenog usmenog obaveznog uputstva. To je u jednoj od redakcija izmenjeno time što je uvedena mogućnost da se privremeno izda usmeno obavezno uputstvo u slučaju hitnosti, važnost takvog uputstva je tri dana, nakon čega je izdavalac dužan da sastavi uputstvo u pisanoj formi.

Zakon, međutim, sasvim pogrešno normira osnove za izjavljivanje prigovora na uputstvo izdato po členu 18. ZJT. Osnovi su da je uputstvo nezakonito i neosnovano. S obzirom na to, da Zakon koristi veznik i nema sumnje da su zakonopisci smatrali da je neophodno da ovi osnovi budu kumulativno ispunjeni da bi prigovor bio usvojen. Takvo rešenje potpuno obesmišljava prigovor i ugrožava načelo legaliteta. Po slovu Zakona izdato uputstvo mora da bude nezakonito, ali istovremeno i neosnovano. Dakle, nezakonito uputstvo ne može da se pobija prigovorom, ali ako je izdato uputstvo bilo još i neosnovano izraz koji bi se u konkretnom slučaju mogao shvatiti kao bez osnova, tada bi prigovor mogao da bude usvojen, a uputstvo stavljeno van snage upustvo. Osim, što izmiče logici i dopušta izdavanje nezakonitog uputstva i postupanje po nezakonitom uputstvu, ovo zakonsko rešenje je suprotno međunarodnim standardima. Naime, stav 10. PreporukeKomitetaministara Saveta Evrope "O ulozi javnih tužilaca u krivičnopravnom sistemu" Rec (2000) 19<sup>7</sup> jasno kaže da bi trebalo predvideti interni postupak da se tužilac koji "smatra da je neko uputstvo suprotno zakonu ili njegovoj savesti" oslobodi daljeg postupanja u konkretnom predmetu. Prema tome, međunarodni standard je da uputstvo

---

<sup>7</sup> Recommendation No (2000) 19 on the Role of Public Prosecutors in the Criminal Justice System.—dostupno na internet adresi [www.legislationline.org/legislation.php?tid=155&lid=5002](http://www.legislationline.org/legislation.php?tid=155&lid=5002)

bude nezakonito ili da je protivno profesionalnoj savesti tužioca, a ne da se uz nezakonitost zahteva dodatni uslov, pa da bi tek tada prigovor bio usvojen.

Član 18. predviđa i da Republički javni tužilac donosi odluku povodom prigovora na izjavljeno obavezno uputstvo. To rešenje narušava redovno hijerarhijsko ustrojstvo tužilaštva, jer bi saglasno hijerarhijskom principu iz član 16. st. 2, ispravnije i doslednije bilo da odluku povodom prigovora na uputstvo izdato od višeg tužioca donosi apelacioni javni tužilac kao neposredno nadređeni, izdavaocu uputstva.

U stavu 5. istog člana utvrđuje se obaveza nižeg tužioca da postupa po primljenom uputstvu sve dok se po prigovoru ne donese odluka. Prema tome, prigovor na primljeno uputstvo nema suspenzivno dejstvo. To je rešenje koje slabi efekat prigovora i deluje prilično destimulišuće za izjavljivanje prigovora, bez obzira što Zakon predviđa relativnokratke rokove za preispitivanje uputstva i konačnu odluku Republičkog javnog tužioca. Grupa nemačkih profesora krivičnog prava ponudila je rešenje za ovu situaciju. Po predlogu nemačkih profesora tužilac koji je izjavio prigovor na primljeno uputstvo nije dužan da postupa po uputstvu, osim što je u obavezi da preduzima radnje koje ne trpe odlaganje.<sup>8</sup>

Za razliku od obaveznog uputstva javnog tužioca nižem javnom tužiocu, Zakon ne propisuje posebne uslove za izdavanje obaveznog uputstva zameniku javnog tužioca (član 24.). Javni tužilac može, bez ikakvog povoda, da izda obavezno uputstvo i da izvrši upad u procesnu aktivnost zamenika javnog tužioca. O tome da je pravo na izdavanje uputstva ograničeno, zaključujemo tek na osnovu prigovora na ovu vrstu obaveznog uputstva. Prema slovu Zakona za izjavljivanje prigovora zahteva se da uputstvo bude nezakonito i neosnovano, znači i protivno zakonu, ali i bez osnova. Sadržina osnova za izjavljivanje prigovora u velikoj meri obesmišljava prigovor, tako da konstatacije iznete povodom prigovora na uputstvo višeg tužioca važe i za ovu vrstu uputstva, pa ih nećemo ponavljati. Možda bijedino trebalo reći da je savremenom tužilaštvu potrebna inteligentna hijerarhijska organizacija koja omogućava da se svako smatra odgovornim za obavljanje njemu poverenih zadataka, što ovako postavljen hijerarhijski odnos ne dopušta.

Procedura za izdavanje uputstva i izjavljivanje prigovora podrazumeva pisanu formu, a o prigovoru zamenika javnog tužioca na izdato uputstvo odlučuje neposredno viši tužilac, što je rešenje koje sledi logiku hijerarhijskog uređenja javnog tužilaštva. I kod ove vrste obaveznog uputstva dopušteno je izdavanje privremenog usmenog obaveznog uputstva.

---

<sup>8</sup> Eberhard Siegismund, THE PUBLIC PROSECUTION OFFICE IN GERMANY : LEGAL STATUS, FUNCTIONS AND ORGANIZATION, 120TH INTERNATIONAL SENIOR SEMINAR VISITING EXPERTS' PAPERS, Berlin 2001, pag. 72,

Opšta obavezna uputstava predviđena članom 25. Zakona o javnom tužilaštvu predstavljaju korisnu formu, koja može da doprinese jednobraznosti i delotvornosti u radu tužilaštva. U članu 25. navodi se da opšta obavezna uputstva doprinose i zakonitosti. Nije moguće dokučiti na koji način bi uputstva opšteg karaktera mogla da doprinesu zakonitosti u radu tužilaštva, kada je zakonitost temeljni princip funkcionisanja tužilaštva iz koga proizilazi celokupna delatnost javnog tužilaštva, pa i obavezna uputstva.

Zakonodavac je u stavu 2. člana 25. predvideo mogućnost da Republički javni tužilac izda opšte uputstvo na predlog kolegijuma Republičkog javnog tužilaštva. Ipak, to je samo polovično rešenje, budući da Republički javni tužilac nije dužan da konsultuje kolegijum pre izdavanja uputstva. Rešenje je protivno i samoj prirodi ove vrste uputstva, koja podrazumeva široke konsultacije o sadržini uputstva. Sve to su razlozi u prilog potrebi da se izmeni postupak izdavanja uputstva i normira obavezu Republičkog javnog tužioca da pre izdavanja opšteg uputstva konsultuje kolegijum Republičkog javnog tužilaštva, a pojedinim slučajevima i druga zainteresovana tužilaštva.

### **1.3.2. Devolucija**

Članom 19. Zakona (devolucija) predviđeno je da neposredno viši tužilac može da preduzme sve radnje za koje je ovlašćen niži tužilac. Prema tome, devolucija je postavljena kao pravo, skoro neograničenog upada, višeg tužioca u nadležnost nižeg tužioca.<sup>9</sup> Niži tužilac može da izjavi prigovor na rešenje o devoluciji, samo kada smatra da je upad u njegovu nadležnost neosnovan, na bazi čega zaključujemo da se devolucija jedino može osporavati ako je upad u nadležnost nižeg tužioca izvršen bez ikakvog pravog povoda ili razloga. Neodređeno i široko postavljanje devolucije ugrožava neometano funkcionisanje tužilaštva i zatire samostalnost nižeg tužioca. Zato bi bilo potrebno, da se prilikom izmene zakonskog teksta, taksativno pobroje osnovi i preciziraju uslovi za primenu devolucije i tako uspostavi ravnoteža između principa hijerarhije i jednako važnog principa samostalnosti podređenog tužioca.<sup>10</sup>

### **1.4. Prenošnje nadležnosti**

Prenošenje nadležnosti predviđeno je članom 32. Zakona i predstavlja

---

<sup>9</sup> U Francuskoj subordinacija ne znači mogućnost da viši tužilac uzme u rad predmet nižeg tužioca. Nijedan predmet iznet pred sud ne može da bude oduzet postupajućem javnom tužiocu protiv njegove volje. (Vidi: [www.coe.int/t/e/legal/European/Public/Prosecutors/06.11.2006](http://www.coe.int/t/e/legal/European/Public/Prosecutors/06.11.2006)).

<sup>10</sup> Osim toga, u stavu 9. Preporuke Rec (2000) 19 navodi se da bi organizacija i funkcionisanje javnog tužilaštva, podela predmeta u njemu isl. trebala da zadovolji uslovne pristrasnosti i samostalnosti. Teško je poverovati da devolucija koja dopušta bezrazložno oduzimanje predmeta može da zadovolji uslovne pristrasnosti.

način za vanredno upostavljanje nadležnosti drugog javnog tužilaštva. Međutim, postoji izvesna kolizija između supstitucije (čl. 20) i prenošenja nadležnosti (član 32). Sprečenost tužilaštva da iz stvarnih i pravnih razloga postupa u konkretnom predmetu rešava se institutom supstitucije, tako da se uz supstituciju prenošenje nadležnosti čini izlišnim. Ukoliko je prenošenje nadležnosti način da se oduzme celokupna nadležnost jednom tužilaštu i dodelu nekom drugom, tada bi taj institut trebalo urediti na sasvim drugačiji način. Prvo ne bi se smelo dopustiti da razlog za prenošenje nadležnosti bude sadržan u jednom neodređenom, bezobalnom pojmu "sprečenost". Drugo, ne bi valjalo dopustiti da promena zakonske nadležnosti javnog tužilaštva neopozivo bude u posedu jednog čoveka, Republičkog javnog tužioca. Razumno bi bilo da se krajnje restriktivno postave uslovi za prenošenje nadležnosti i da uslovi budu povezani sa vanrednim prilikama u državi ili na delu njene teritorije. Na donetu odluku da se prenese nadležnost trebalo bi dopustiti pravni lek u vidu prigovora Državnom veću tužilaca. Na kraju prenošenje nadležnosti duboko zadire u zakonska ovlašćenja tužilaštava tako da bi protiv odluke o prenošenju nadležnosti trebalo omogućiti vođenje spora pred Ustavnim sudom.

### **1.5. Položaj Republičkog javnog tužioca**

U vezi sa položajem Republičkog javnog tužioca stiče se utisak da su tvorci Zakona iz nekog sebi znanog razloga odlučili da naglase hijerarhijski autoritet Republičkog javnog tužioca u odnosu na tužilačku organizaciju, kao i u odnosu na druge javne tužioce. Prema tome, Republički javni tužilac nije samo javni tužilac najvišeg javnog tužilaštva i samim tim na vrhu tužilačke organizacije. Republički javni tužilac je, po slovu Zakona, sui generis javni tužilac sa proširenim i posebnim hijerarhijskim ovlašćenjima prema nižim tužiocima, ali i prema celokupnom javnom tužilaštvu. Takva zakonodavna intervencija nije bila potrebna. Postojeći centralizam i kruta redovna hijerarhija<sup>11</sup> tužilaštva omogućavaju svaku vrstu efikasne hijerarhijske intervencije Republičkog javnog tužioca, tako da se ovo "dodavanje" hijerarhijskih ovlašćenja može smatrati preteranim.<sup>12</sup> Republički javni tužilac prema članu 29. ima brojne nadležnosti,

<sup>11</sup> Jedan ekspert Saveta Evrope je u mišljenju o jednoj od radnih verzija Zakona o javnom tužilaštvu hijerarhijski sistem tužilaštva Srbije pravilno nazvao "jedna kruta piramida koja na vrhu ima Republičkog javnog tužioca". Gia-corno Oberto, Mišljenje eksperata o Zakonu o izmenama i dopunama Zakona o javnom tužilaštvu, 15.

<sup>12</sup> Postoje tužilačke službe u kojima nemaklasične piramidalne organizacije, ako javne uspešno obavljaju svoj zadatak rogonaučinilacakrivnihidrugihkažnjivihdelu. Primer za to je tužilaštvo Italije koje ne poznaje klasičan hijerarhijski model organizacije. U Italiji između tužilaštava ne postoji odnos nadređenosti. Javni tužilac, kao starešina tužilaštva, ima hijerarhijska ovlašćenja, kao što je ovlašćenje za izdavanje uputstva, samo u okviru tužilaštva kojim rukovodi. U praksi i to ovlašćenje je teorijsko budući da su uputstva za postupanje rezultat razgovora i konsultacija u okviru javnog tužilaštva. Izveštaj Saveta Evrope, Strasbourg, 10. November 2000. [PC-PR\Docs 2000\synthe.7] PC-PR (97)

1 REV 5.

tako da Zakon u znatnoj meri izjednačava ovlašćenja javnog tužilaštva sa ličnošću Republičkog tužioca. Razgranata nadležnost Republičkog javnog tužioca samo potvrđuje tezu da je Republički javni tužilac sui generis javni tužilac sa proširenim i posebnim hijerarhijskim ovlašćenjima. Zbog toga, uverljivo deluje primedba eksperta Saveta Evrope data u fazi pripremanja teksta Zakona o javnom tužilaštvu dapojedina ovlašćenja Republičkog javnog tužioca, mogu za posledicu da imaju "prekomernu moć, ne baš kompatibilnu sa podelom nadležnosti u jednom demokratskom društvu.

## 1.6. Položaj zamenika javnog tužioca

Pozicija zamenika javnog tužioca u tužilačkoj službi, njegov odnos prema javnom tužiocu, kao i priroda ovlašćenja zamenika javnog tužioca uređuju se članom 23. Iz sadržine ovog člana proističe da je zamenik javnog tužioca je neka vrsta "instant tužioca", zato što nema samosvojna ovlašćenja, već isključivo vrši zakonom poverena ovlašćenja. Dakle, možemo zaključiti da je zamenik javnog tužioca neka vrsta zakonskog punomoćnika javnog tužioca, a da je druga karakteristika njegovog statusa potpuna podređenost javnom tužiocu. Podređenost zamenika javnom tužiocu izražava se kroz njegovu dužnost da izvrši sve radnje koje mu javni tužilac poveri. Dužnost izvršavanja poverenih radnji je apsolutna što je rešenje koje bi moralo da pretrpi korekciju. Tačnije, trebalo bi da se predvidi tzv. "klauzula odbijanja", odnosno da se predvide razlozi ili uslovi kada zamenik javnog tužioca može da odbije da izvrši poverene radnje. "Klauzula odbijanja" morala bi da bude dovedena u vezi sa pravom javnog tužioca da izda obavezno uputstvo, budući da je odbijanje da se izvrše poverene radnje produžetak prava na izjavljivanje prigovora na izdato uputstvo i zato bi moralo da bude usaglašeno sa tim pravom.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Premda, monokratski princip postoji i u nekim savremenim tužilačkim sistemima (npr. Francuska), u nemalom broju država unutrašnja organizacija tužilaštva ne počiva na monokratskom principu. U tim državama najčešće se pribegavalo organizovanju tužilaštva kao kolektivnog organa. Recimo, Državno tužilaštvo Republike Češke je kolektivni i hijerarhijski organ, a na vrhu tužilačke organizacije nalazi se najviši državni tužilac, koji pored redovnih hijerarhijskih ovlašćenja ima i pravo inspekcijiskog nadzora nad radom svih tužilaštava. Državni tužioci svih nivoa, u okviru svoje mesne i stvarne nadležnosti, skupno obezbeđuju obavljanje delatnosti državnog tužilaštva (čl. 23), što potvrđuje zaključak da je Državno tužilaštvo u Češkoj Republici kolektivni organ. (Vidi: Zakon č 283.1993 Sb., o státním zastupitelstvú i Zakona o državném tužilaštvu Češke Republike.

U Španiji je tužilaštvo, takođe, uređeno kao kolektivni organ, što proizilazi iz odredbe da svi nosioci tužilačke dužnosti (naziv tužioci) nastupaju kao predstavnici institucije (čl. 23.). Osim toga, čl. 41. Zakona govori da je funkcija tužilaca redovna, jer se starešine tužilaštva nakon isteka mandata vraćaju redovnim dužnostima u tužilaštvu, što se može uzeti kao još jedna potvrda kolektivne prirode tužilaštva. (Vidi: Ministerio fiscal. Estatuto Organi'co. 50/81. od 30. 12.1981).

U Holandiji postoje tužilaštava koja odgovaraju prvostepenim i žalbenim sudovima, dok se na vrhu tužilačke organizacije nalazi Odbor opštih tužilaca koji upravlja tužilaštvom Holandije. Prvostepena tužilaštva sastoje se od tužilaca sa zvanjima: glavni tužilac, stariji tužilac, tužilac, zamenik tužioca i vršilac dužnosti tužioca u tzv. sudovima izdvojenih zasedanja. Pri žalbenim sudovima tužilačku dužnost vrše glavni opšti tužilac i opšti tužilac (chief advocate general, advocates general). Tužilaštvo je, prema tome, hijerarhijski ustrojen organ na čijem vrhu je Odbor opštih tužilaca. U Odboru tužioci različitih zvanja istovremeno i kao članovi kolektivnog organa vrše svoju dužnost. (Vidi:

## **2. Intervencija javnog tužioca izvan krivičnog pravosudnog sistema**

### **2.1. O javnom tužiocu izvan krivičnog pravosudnog sistema**

Da bi tužilac mogao da interveniše u situacijama kada je nezakonito dodeljena državna pomoć, da bi mogao da dosledno i potpuno suzbije neregularnosti u postupku javnih nabavki i osnovano pokrene postupak ocene ustavnosti međunarodnih i bilateralnih investicionih sporazuma neophodno je da javno tužilaštvo poseduje nedvosmislena i efektivna ovlašćenja izvan krivičnog pravosudnog sistema.

U stručnoj javnosti postoji saglasnost da se prisustvo javnog tužioca izvan krivičnog postupka, posebno u građanskom postupku opravdava zaštitom društvenih odnosno javnih interesa.<sup>14</sup> Sa druge strane, u teoriji nema saglasnosti oko toga kakav je procesni položaj javnog tužioca van krivičnog postupka. Problem procesnog položaja javnog tužioca usložnjava se činjenicom da javni tužilac može da interveniše u različitim sudskim i nesudskim postupcima, recimo u građanskom sudskom postupku, ali i u upravnom postupku, upravnom sporu, u postupku pred ustavnim sudom i sl. Problem procesnog položaja javnog tužioca van krivičnog postupka nije posebno razmatran u domaćoj teoriji, izuzev položaja javnog tužioca u građanskom postupku. Postoji više teorijskih shvatanja o procesnom položaju javnog tužioca u građanskom postupku i ovom prilikom ćemo izložiti neka od njih. Prema jednoj teoriji javni tužilac je zastupnik države. Ova teorija ne bi mogla da se uzme za ispravnu, budući da javni tužilac može da pokrene sudski ili drugi postupak i protiv akata i radnji državnih organa. Suprotno je elementarnoj logici da javni tužilac zastupa državu i istovremeno vojuje protiv akata i radnje njenih organa. Druga teorija, po kojoj javni tužilac izvan krivičnopravosudnog sistema deluje kao zastupnik stranke ito sui generis zastupnik takođe nije ispravna, jer postoje situacije kada javni tužilac interveniše i bez podsticaja odnosno inicijative stranke i kada u vezi sa intervencijom javnog tužioca uopšte nije moguće identifikovati stranački interes. Treća teorija govori o javnom tužiocu u građanskom postupku kao o suigeneris stranci. Protiv ove teorije kao glavni argument ističe se da konstrukcija postupka ne poznaje treću stranku, što je po ovom shvatanju upravo javni tužilac.<sup>15</sup> Iznetim teorijama može se pridodati i jedno starije shvatanje, prema kome je javni tužilac u vršenju funkcije gonjenja učinilaca krivičnih dela zastupnik javnog poretka, dok se u vršenju ostalih ovlašćenja "više pojavljuje kao organ, koji obezbeđuje primenu zakona, tačnije zaštitu

---

Peter J.P.Tak, *The Dutch criminal justice system*, second revised edition, Den Haag 2003, 28-29).

<sup>14</sup> Rajović V., *Uloga javnog tužioca u građanskom sudskom postupku SFR Jugoslavije*, Beograd, 1965, str. 33.

<sup>15</sup> Isto, str. 33-38.

ustavnosti i zakonitosti”<sup>16</sup>. Osnovni nedostatak ovog gledišta je što ne određuje pravnu narav javnog tužioca van krivičnog postupka, već samo razaznaje svrhu njegove intervencije u situacijama kada ne vrši funkciju krivičnog gonjenja.

Uprkos raznolikosti teorija o pravnoj prirodi javnog tužioca građanskom postupku, čini se da ni jedna od njih nije otkrila pravu prirodu javnog tužioca u građanskom postupku. Na javnog tužioca u građanskom postupku i uopšte izvan krivičnog postupka ne može se gledati, bez uzimanja u obzir povoda i razloga za njegovu intervenciju. Osnovni povod za intervenciju javnog tužioca je opšti ili javni interes, koji istovremeno određuje i njegov procesni položaj u van krivičnopravosudnog polja. Osnovni povod za intervenciju javnog tužioca je zaštita opšteg ili javnog interesa<sup>17</sup>, što samim tim određuje karakter procesne pozicije javnog tužilaštva i upućuje na zaključak da je javni tužilac u tim postupcima zastupnik javnog ili opšteg interesa, a ne države ili stranaka ili sui generis stranka.

Izneto poimanje o javnom tužiocu kao zastupniku javnog ili opšteg interesa u građanskom postupku podržava i Preporuka Komiteta ministara članica Saveta Evropa pod nazivom “Uloga javnog tužioca van krivičnog pravosudnog sistema”, usvojena 2012. godine.<sup>18</sup> Javni tužilac prema Preporuci interveniše radi zaštite opšteg ili javnog interesa, ljudskih prava i osnovnih sloboda i vladavine prava na načelima zakonitosti, objektivnosti, pravičnosti i nepristrasnosti, dakle istim načelima na kojima se zasniva njegov rad i delovanje u krivičnom postupku. Zaštita opšteg i javnog interesa mogla bi da bude osnovni razlog za učešće javnog tužioca u postupcima iniciranim povodom javnih nabavki, dok je vladavina prava u prvom planu kao povod za intervenciju u vezi sa realizacijom državne pomoći privredi ili ispitivanjem ustavnosti međunarodnih i bilateralnih investicionih sporazuma, mada je i u ovim slučajevima javni interes stvarni povod intervencije.

Na kraju trebalo bi reći da određenje javnog tužioca kao zastupnika javnog ili opšteg interesa nosi sa sobom jedan drugi problem, a to je problem utvrđivanja sadržine javnog ili opšteg interesa,<sup>19</sup> budući da u nauci i praksi ne postoje egzaktni kriterijumi za njegovu identifikaciju.<sup>20</sup>

16 Đorđević J., Javno tužilaštvo u novom ustavnom sistemu, u zborniku Trideset godina javnotužilačke organizacije, Beograd, 1976, str. 62.

17 Konkretna zakonska rešenja potvrđuju stanovište da je javni tužilac van krivičnog postupka zastupnik javnih interesa. Zahtev za preispitivanje pravnosnažne presude u pamičnom postupku javni tužilac može da se podnese ako je pravnosnažnom presudom povređen zakon na štetu javnog interesa. Tužbu u upravnom sporu, javni tužilac može da podnese ako je upravnim aktom povređen zakon na štetu javnog interesa.

18 [http://www.procuracassazione.it/procurageneraleresources/resources/cms/documents/COE\\_CM\\_20120919\\_Recommendation\\_2012\\_11\\_en.pdf](http://www.procuracassazione.it/procurageneraleresources/resources/cms/documents/COE_CM_20120919_Recommendation_2012_11_en.pdf) (9.10.2017)

19 Javni interes je bez ikakvog ograničenja i uvek opšti interes.

20 Istina bilo je pokušaja da se javni interes definiše. Recimo, Milenko Jovanović kaže da je javni interes “iz individu-alnih interesa izdvojen prosečan interes”. (Vidi: Jovanović M., O javnom interesu kod zahteva za zaštitu zakonitosti, Pravni život, 3-4, Beograd, 1958, str. 2.



## 2.2 Ovlašćenja javnog tužioca izvan krivičnog pravosudnog sistema

Zakon o javnom tužilaštvu u članu 26. predviđa da javni tužilac postupa u parničnom, upravnom, izvršnom, vanparničnom i drugom postupku, vršeći pri tome radnje na koje je posebnim zakonima ovlašćen.

Posebnim zakonima javnom tužiocu su u sferi građanskopravnih odnosa dodeljena brojna ovlašćenja i mogućnosti za intervenciju radi zaštite ustavnosti i zakonitosti. Pojedina ovlašćenja proističu iz procesnih, a druga iz materijalnih propisa.

Javni tužilac se može još pojaviti u procesnoj ulozi umešača u parničnom postupku, ako na osnovu zakonskog ovlašćenja učestvuje u parnici koja teče među drugim licima. Kao umešač ovlašćen je da u granicama tužbenog zahteva predlaže da se utvrde i činjenice koje stranke nisu navele i izvedu dokazi koje stranke nisu predložile, kao i da izjavljuje pravne lekove (član 214. ZPP). Dakle, javnom tužiocu su data široka ovlašćenja u parničnom postupku, jer se pojavljuje kao zaštitnik opšteg interesa, njegova pozicija je neutralna, a mogućnost da preduzima parnične radnje je široka. Štaviše, istim članom zakona predviđeno je da ako sud smatra da postoje zakonski uslovi za učešće javnog tužioca u parnici i ako je njegovo učešće potrebno, obavestiće o tome nadležnog javnog tužioca i odrediće mu rok da interveniše u parnici. Učešće javnog tužioca kao umešača ograničeno je postojanjem ovlašćenja izričito normiranih posebnim zakonom.

Ipak, osnovno procesno ovlašćenje javnog tužioca za intervenciju u parničnom postupku uspostavljeno je članom 421. Zakonom o parničnom postupku,<sup>21</sup> kojim se ustanovljava poseban vanredni pravni lek po nazivom zahtev za preispitivanje pravnosnažne presude. Član 421. ZPP predviđeno je da, protiv pravnosnažne presude donete u drugom stepenu Republički javni tužilac može Vrhovnom kasacionom sudu da podnese zahtev za preispitivanje pravnosnažne presude. Zahtev može da se podnese u roku od tri meseca ako je pravnosnažnom presudom povređen zakon na štetu javnog interesa. Drugostepeni sud, protiv čije presude je podnet zahtev, dužan je da u roku od 30 dana od dana podnošenja zahteva dostavi spise predmeta Vrhovnom kasacionom sudu. Zahtev za preispitivanje pravnosnažne presude sadrži označenje sudske presude čije se preispitivanje predlaže, kao i razloge i obim u kome se predlaže preispitivanje (član 422.). Ako Vrhovni kasacioni sud ne odbaci zahtev za preispitivanje pravnosnažne presude, dostaviće ga strankama iz parničnog postupka u kome je doneta pravnosnažna presuda protiv koje je podnet zahtev, koje mogu u roku koji sud odredi, da podnesu odgovor na zahtev za preispitivanje pravnosnažne presude.

<sup>21</sup> "Službeni glasnik RS", br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US i 55/2014)

Prema Zakonu o obligacionim odnosima<sup>22</sup> javni tužilac ima samo jedno ovlašćenje i to regulisano članom 109. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima. Javni tužilac ima pravo da zahteva utvrđenje ništavosti ugovora. Ovo pravo, pored javnog tužioca ima svako zainteresovano lice, a na ništavost sud pazi po službenoj dužnosti. Pod ništavnim ugovorom se podrazumeva ugovor koji jeprotivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima, ugovor je ništav ako cilj povređenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo (član 104. ZOO). Parnicu radi poništenja ugovora javni tužilac pokreće po službenoj dužnosti, vršeći funkciju zaštite zakonitosti. Važno je primetiti da se u ovoj parnici javni tužilac pred sudom pojavljuje u ulozi parnične strane sa svim procesnim pravima koje ima stranka

Javni tužilac prema Porodičnom zakonu<sup>23</sup> ima brojna i raznovrsna ovlašćenja. Po članu 211. Zakona ima ovlašćenje da podnese tužbu za utvrđenje postojanja ili nepostojanja braka; po članu 212. Zakona može da podnese tužbu za poništenje ništavog braka; po članu 253. Zakona može da podnese tužbu radi poništenja izjave o priznanju očinstva; po članu 263. Zakona može da podnese tužbu za zaštitu prava deteta; po članu 264. Zakona može da podnese tužbu za lišenje roditeljskog prava; po članu 275. Zakona može da podnese tužbu za poništenje usvajanja iz razloga navedenih u članu 89.-103. Zakona; po članu 284. Zakona može da podnese tužbu za određivanje mere zaštite od nasilja u porodici. Na osnovu predstavljenog popisa može se zaključiti da se osnovna materijalnopravna ovlašćenja za procesnu intervenciju javnog tužioca u parničnom postupku nalaze u Porodičnom zakonu.

Prema članu 59. Zakona o vanparničnom postupku predlog za proglašenje nestalog lica za umrlo može podneti svako lice koje za to ima neposredni pravni interes, kao i javni tužilac.<sup>24</sup> Predlog mora da sadrži činjenice na kojima se zasniva, kao i dokaze kojima se te činjenice utvrđuju ili čine verovatnim. Ako postupak nije pokrenuo javni tužilac, predlog mora da sadrži i podatke iz kojih proizilazi pravni interes predlagača za proglašenje nestalog lica za umrlo. Dakle, saglasno članu 59. Zakona javni tužilac ima svojstvo učesnika u vanparničnom postupku.

U upravnom postupku javni tužilac ima svojstvo stranke na osnovu odredbe iz člana 44. st. 3. Zakona o opštem upravnom postupku.<sup>25</sup> Prema toj odredbizastupnici kolektivnih interesa i zastupnici širih interesa javnosti, koji su organizovani saglasno propisima, mogu da imaju svojstvo stranke u upravnom postupku ako ishod upravnog postupka može da utiče na

<sup>22</sup> "Službeni list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 57/89 i "Sl. list SRJ" 31/93.

<sup>23</sup> "Službeni glasnik RS", br. 18/2005.

<sup>24</sup> "Službeni glasnik SRS" 25/1982, 48/1988, "Službeni glasnik RS", br. 49/1995, 18/2005, 85/2012, 45/2013, 5/2014, 6/2015, 106/2015.

<sup>25</sup> "Službeni glasnik RS", br. 18/2016.

interese koje zastupaju. Dakle, javni tužilac u vršenju ustavne funkcije zaštite zakonitosti može da se pojavi u ulozi stranke u upravnom postupku pod pretpostavkom da je upoznat sa sadržinom predmeta upravnog postupka.

Prema zakonu o upravnim sporovima<sup>26</sup> (član 11. st. 2) ako je upravnim aktom povređen zakon na štetu javnog interesa, upravni spor može da pokrene nadležni javni tužilac. Međutim, javno tužilaštvo, istina u iznimnim situacijama, može da bude i tuženi u upravnom sporu kada se osporava upravni akt tog organa ili kada po zahtevu ili žalbi stranke nije donelo upravni akt (ćutanje administracije).

Zakon o upravnim sporovima predviđa i poseban vanredni pravni lek protiv pravnosnažne odluke Upravnog suda (član 49). Zahtev za preispitivanje sudske odluke može da podese stranka i javni tužilac i on se podnosi kada je to zakonom predviđeno, u slučajevima kada je sud odlučivao u punoj jurisdikciji i u stvarima u kojima je u upravnom postupku bila isključena žalba. Zahtev može da se podnese zbog povrede zakona, drugog propisa ili opšteg akta ili povrede pravila postupka koja je mogla biti od uticaja na rešenje stvari.

Zakon o prekršajima<sup>27</sup> predvideo je znatno šira ovlašćenja javnog tužioca, koja su i detaljnije regulisana od ovlašćenja javnog tužioca prema starom Zakonu o prekršajima. U prekršajnom postupku javni tužilac je sada stranka, ukoliko podnese zahtev za pokretanje prekršajnog postupka. U članu 127. Zakon o prekršajima nabraja ovlašćenja javnog tužioca u prekršajnom postupku. Javni tužilac preduzima mere radi otkrivanja, pronalaženja i pribavljanja potrebnih dokaza za gonjenje učinilaca prekršaja i uspešno vođenje prekršajnog postupka pred sudom, podnosi zahtev za pokretanje prekršajnog postupka, žalbu ili vanredna pravna sredstva protiv odluka suda, preduzima druge radnje na koje je ovlašćen Zakonom o prekršajima ili posebnim propisima. Povrh svega, javnom tužiocu (Republičkom javnom tužiocu) stoji na raspolaganju jedan poseban pravni lek - zahtev za zaštitu zakonitosti.

Javni tužilac je stvarno nadležan da postupa u prekršajnom postupku ukoliko je podneo zahtev za pokretanje prekršajnog postupka. Ako je javni tužilac prvi podneo zahtev postupak će se voditi po njegovom zahtevu za pokretanje prekršajnog postupka, anastaviti po zahtevu oštećenog ili drugog organa nadležnog za pokretanje postupka u slučaju da javni tužilac odustane od zahteva.

U slučaju odustanka javnog tužioca od zahteva za pokretanje prekršajnog postupka, javni tužilac je dužan da u roku od osam dana o svojoj odluci obavesti oštećenog ili drugo lice ovlašćeno da pokretanje prekršajnog postupka.

---

<sup>26</sup> "Službeni glasnik RS, br. 111/2009.

<sup>27</sup> "Službeni glasnik RS" br. 65/2013, 13/2016, 98/2016 (odluka Ustavnog suda)

Zakonom o privrednim prestupima<sup>28</sup> regulisano je, u članu 50. da javni tužilac pokreće postupak za privredne presteupe pred nadležnim sudom. Detaljnija regulacija položaja i nadležnosti javnog tužioca u ovom postupku nalazi se u članovima 75. i 76. dok je u članu 130. propisano je da protiv pravnosnažne presude kojom je povređen zakon ili propis o privrednom prestupu, kao i protiv sudskog postupka koji je prethodio pravnosnažnoj sudskoj odluci, nadležni javni tužilac, može podići zahtev za zaštitu zakonitosti.

Zakonom o sprečavanju nasilja u porodici<sup>29</sup> javni tužilac dobija ovlašćenja da donosi odluke na osnovu predviđanja budućih događaja. S obzirom na to da se odluke donose na bazi pretpostavki i imaginacije, ovlašćenja javnog tužioca iz ovog zakona su diskrecione prirode.<sup>30</sup> Osnovno ovlašćenje predviđeno je članom 18. Zakona po kome javni tužilac vrednuje procenu nadležnog policijskog službenika. Po članu 19. Zakona javni tužilac predlaže da se hitna mera produži, a po članu 20. može da izjavi žalbu protiv odluke o hitnoj meri.

Na području svakog osnovnog javnog tužilaštva obrazuje se grupa za koordinaciju i saradnju kojom predsedava zamenik javnog tužioca iz osnovnog javnog tužilaštva za čije se područje obrazuje grupa. Takođe, predviđeno je da javno tužilaštvo vodi evidenciju o predlozima i zahtevima podnetim na osnovu ovlašćenja utvrđenih ovim zakonom. Da zaključimo, Zakonom o sprečavanju nasilja u porodici uspostavljena su ovlašćenja javnog tužioca pseudokrivičnog karaktera koja su uz to sporedna i naknadna u odnosu na odluke nadležnih policijskih službenika.

Ustav u članu 168. predviđa da su ovlašćeni predlagači postupka za ocenu ustavnosti zakonitosti državni organi, organi teritorijalne autonomije ili lokalne samouprave, kao i najmanje 25 narodnih poslanika. Na osnovi člana 29. st. 1. tač. 1. Zakona o Ustavnom sudu<sup>31</sup> državni organi, organi autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave, narodni poslanici, u postupku za ocenu ustavnosti ili zakonitosti su i učesnici u postupku. Iz ovako formulisane ustavne odredbe nedvosmisleno proizilazi ovlašćenje javnog tužioca da pokrene postupak za ocenu ustavnosti i zakonitosti zakona i drugih opštih akata i pravo da učestvuje u postupku pred Ustavnim sudom.

Ustav u članu 168. predviđa da su ovlašćeni predlagači postupka za ocenu ustavnosti zakonitosti državni organi, organi teritorijalne autonomije ili lokalne samouprave, kao i najmanje 25 narodnih poslanika. Na osnovu člana 29. st. 1. tač. 1. Zakona o Ustavnom sudu<sup>32</sup> državni organi, organi autonomnih

---

28 „Službeni list SFRJ“, br. 4/77, 36/77, 14/85, 10/86, 74/87, 57/89 i 3/90 i „Službeni list SRJ“, br. 27/92, 16/93, 31/93, 41/93, 50/93, 24/94, 28/96 i 64/2001 i „Službeni glasnik RS“, br. 101/2005 – drugi zakon)

29 „Službeni glasnik RS“, br. 94/2016.

30 “Službeni glasnik RS”, br. 109/2007, 99/2011, 18/13-(Odluka US, 40/15 и 103/15)

31 “Službeni glasnik RS”, br. 109/2007, 99/2011, 18/13-(Odluka US, 40/15 и 103/15)

32 “Službeni glasnik” br. 109/2007, 99/2011, 18/13-(Odluka US, 40/15 и 103/15).

pokrajina i jedinica lokalne samouprave, narodni poslanici, u postupku za ocenu ustavnosti ili zakonitosti su i učesnici u postupku. Iz ovako formulisane ustavne odredbe nedvosmisleno proizilazi ovlašćenje javnog tužioca da pokrene postupak za ocenu ustavnosti i zakonitosti zakona i drugih opštih akata i pravo da učestvuje u postupku pred Ustavnim sudom.

Zakon o javnom tužilaštvu (član 28) propisuje mogućnost odlaganja ili prekida izvršenja odluke donete u sudskom ili drugom postupku. Javni tužilac može zahtevati odlaganje ili prekid izvršenja odluke kad smatra da postoje razlozi da se vanrednim pravnim sredstvom pobija odluka doneta u sudskom ili drugom postupku. Zahtev se podnosi organu koji dozvoljava izvršenje odluke, a ako je izvršenje počelo – organu koji ga sprovodi zajedno sa dokazom da je uložio vanredno pravno sredstvo. Ukoliko zahtev bude usvojen odlaganje ili prekid izvršenja traje do donošenja odluke o vanrednom pravnom sredstvu javnog tužioca.

### **3. Mogućnosti javnog tužioca da zaštiti javnog interesa u nekim postupcima**

#### **3.1. Javno tužilaštvo i kontrola državne pomoći**

Mogućnost da javno tužilaštvo interveniše u vezi sa dodelom državne pomoći povezana pre svega sa njegovim ovlašćenjima u upravnom postupku i upravnom sporu. Prethodnu i naknadnu državna pomoć, na osnovu člana 9. Zakona o kontroli državne pomoći, nadzire Komisija koja je ustanovljena po tom zakonu. Premda, Zakon o kontroli državne pomoći isključivo predviđa da lica koja imaju pravni interes mogu da zahtevaju pokretanje postupka za kontrolu državne pomoći, gledišta smo da pravo javnog tužioca da zahteva pokretanje postupka kontrole dodeljene pomoći izvire iz svojstva stranke koja zastupa šire interese javnosti u upravnom postupku, a na osnovu člana 44. st. 3. Zakona o opštem upravnom postupku. Protiv rešenja koja donosi Komisija na osnovu člana 13. st. 2, 4, 5. i 7, člana 16. stav 3. i člana 18. stav 2. Zakona o kontroli državne pomoći javni tužilac može pokrenuti upravni spor, ukoliko je uverenja da je odlukama povređen javni interes. Čak i u slučaju kada javni tužilac pokrene upravni spor tužba ne zadržava izvršenje rešenja. Upravni spor se može pokrenuti i ako Komisija ne donese rešenje u roku od 60 dana saglasno članu 13. stav 3. Zakona o kontroli državne pomoći. Javnom tužiocu u upravnom sporu, osim toga, na raspolaganju stoji i zahtev za preispitivanje sudske odluke kao poseban vanredni pravni lek.

Gledišta smo da je povredu javnog interesa neophodnu za pokretanje upravnog spora od javnog tužioca relativno laka prepoznati. Kršenje pravila o dodeli državne pomoći skoro uvek je u individualnom interesu, koji je suprotan javnom interesu, tako da je većina zahteva za kontrolu državne pomoći u javnom interesu, jer se otklanja delovanje u individualnom interesu.

### **3.2. Javno tužilaštvo i javne nabavke**

U vezi sa zaštitom javnog interesa postavlja se pitanje mogućnosti intervenciji javnog tužioca u postupku za zaštitu prava u vezi sa javnim nabavkama. Zahtev, prema odredbama Zakona o javnim nabavkama<sup>33</sup>, može da podnese ponuđač, podnosilac prijave, kandidat, odnosno zainteresovano lice koji ima interes za dodelu ugovora, odnosno okvirnog sporazuma u konkretnom postupku javne nabavke i koji je pretrpeo ili bi mogao da pretrpi štetu zbog postupanja naručioca protivno odredbama ovog zakona. Takođe, nema sumnje da zahtev za zaštitu prava može da podnese Uprava za javne nabavke, Državna revizorska institucija, javni pravobranilac i građanski nadzornik, budući da se to propisuje samim Zakonom (čl. 148). Postavlja se pitanje da li je javni tužilac vlastan da zahteva pokretanje ove vrste postupka, s obzirom na to da ovlašćenje javnog tužioca da zahteva pokretanje postupka za zaštitu prava nije normirano Zakonom o javnim nabavkama. Gledišta smo da je javni tužilac ovlašćen da zahteva pokretanje postupka za zaštitu prava. Takav zaključak proističe iz nekoliko međusobno povezanih pravnih normi. Protiv odluke Republičke komisije donete u postupku za zaštitu prava može se voditi upravni spor (član 159. ZJN). Budući da se u upravnom sporu odlučuje o zakonitosti upravnih akata (član 3. ZUS-a), odluke Komisije su samim tim po svojoj prirodi i zakonskom određenju upravni akti. Prema, član 44. st. 3. Zakona o opštem upravnom postupku javni tužilac je u zaštiti širih interesa stranka u upravnom postupku, tako da je na osnovu generalnog zakonskog ovlašćenja javni tužilac moguća stranka i u upravnom postupku koji se vodi po Zakonu o javnim nabavkama, pred Republičkom komisijom radi zaštite prava.

Zakon o javnim nabavkama predviđa da Republička komisija može sama ili na zahtev podnosioca ili zainteresovanog lica, poništiti ugovor o javnoj nabavci ako utvrdi da je naručilac: zaključio ugovor o javnoj nabavci primenom pregovaračkog postupka bez objavljivanja poziva za podnošenje ponuda, a za primenu tog postupka nisu postojali uslovi predviđeni ovim zakonom i nije objavio obaveštenje o pokretanju postupka i odluku o dodeli ugovora; zaključio ugovor o javnoj nabavci pre isteka roka za podnošenje zahteva za

---

<sup>33</sup> "Službeni glasnik RS", br. 124/2012, 14/2015, 68/2015.

zaštitu prava; zaključio ugovor o javnoj nabavci nakon podnošenja zahteva za zaštitu prava, a pre odluke Republičke komisije; zaključio ugovor o javnoj nabavci suprotno odluci Republičke komisije iz člana 150. ovog zakona; zaključio ugovor o javnoj nabavci kršeći odredbe i uslove okvirnog sporazuma. Zahtev za poništenje ugovora dostavlja se uz zahtev za zaštitu prava ili u roku od 30 dana od dana saznanja za razlog poništenja, a najkasnije u roku od godinu dana od zaključenja ugovora. Republička komisija će, takođe, podneti tužbu za utvrđivanje ništavosti ugovora o javnoj nabavci kada na bilo koji način sazna da je zaključen ugovor o javnoj nabavci ništav. Nema sumnje da i javni tužilac ima ovlašćenje da podnese tužbu za utvrđivanje ništavosti ugovora o javnoj nabavci, ali ne na osnovu Zakona o javnim nabavkama, već na osnovu člana 109. st. 2. Zakona o obligacionim odnosima.

Ništavi su ugovori o javnoj nabavci (član 168. ZN) kada su zaključeni bez prethodno sprovedenog postupka javne nabavke, a naručilac je bio dužan da sprovede prema odredbama ovog zakona; ugovori zaključeni suprotno odredbama ovog zakona o sprečavanju korupcije i sukoba interesa, kod kojih naručilac ovlasti treće lice, koje nije naručilac, da zaključi ugovor da bi se na taj način izbegla primena ovog zakona; ugovori koji predstavljaju izmene i dopune prvobitnog ugovora zaključene u suprotnosti sa odredbama ovog zakona; koji su zaključeni protivno odluci Republičke komisije.

### **3.3. Javno tužilaštvo i strane direktne investicije**

Strane direktne investicijeSDI (engl. foreigndirectinvestments) na osnovu međunarodnih i bilateralnih investicionih sporazuma mogu da predstavljaju važan potencijal privrednog rasta, ali i istovremeno stvaraju široku mogućnost za zloupotrebu državnih resursa u korist stranih investitora.

Ukoliko smatra da je međunarodnim ili bilateralnim investicionim sporazumima povređen javni interes, javni tužilac na raspolaganju prvenstveno ima postupak za ocenu ustavnosti pred Ustavnim sudom. U vezi sa postupkom za ocenu ustavnosti susrećemo se sa dilemom da li je Republički javni tužilac ovlašćeni predlagač postupka ili je to svaki javni tužilac koji zaključi da je nekom odredba sporazuma neustavna i da je time povređen javni interes.

Republički javni tužilac nadležan je da postupa pred svim sudovima u Republici Srbiji i da preduzima radnje na koje je javno tužilaštvo ovlašćeno, a to znači i da zahteva pokretanje postupaka za ocenu ustavnosti opštih akata pred Ustavnim sudom.<sup>34</sup> Međutim, javno tužilaštvo ne može da bude akter zaštite ustavnosti u fazama koje prethode potvrđivanju BIS i drugih međunarodnih

---

<sup>34</sup> Zakon o javnom tužilaštvu član 29. st.2.

ugovora koji za predmet imaju investicije, budući da pre proglašenja zakona ocena njegove ustavnosti može da se pokrene samo na zahtev jedne trećine narodnih poslanika.

U vezi sa “naknadnom” kontrolom ustavnosti u pogledu javnog tužilaštva otvara se, kao što je rečeno, dilema da li “naknadnu” kontrolu ustavnosti može da pokrene samo Republički javni tužilac ili svaki javni tužilac unutar javnotužilačkog sistema. Ukoliko, pođemo od ustavne definicije javnog tužilaštva koja određuje javno tužilaštvo kao “samostalan državni organ” koristeći nominativ jednine, onda nema dileme da jezičko tumačenje norme upućuje na zaključak da je ovlašćeni predstavnik tužilaštva za pokretanje postupka za ocenu ustavnosti i zakonitosti samo javni tužilac na vrhu javnotužilačke piramide, odnosno Republički javni tužilac. U prilog ovom shvatanju ide i odredba člana 158. st. 1. Ustava koja kaže Republički javni tužilac vrši nadležnost javnog tužilaštva u okviru prava i dužnosti Republike Srbije. Zaštita ustavnosti i zakonitosti je član 91. st. 1. tač. 2. Ustava poverena u nadležnost Republici, tako da samim tim aktivnosti radi zaštite ustavnosti i zakonitosti u javnom tužilaštvu može da preuzima samo javni tužilac koji vrši nadležnosti u okviru prava i dužnosti Republike, a to je Republički javni tužilac.

Iznetom zaključivanju ne bi moglo da prigovori da član 80. Zakona o Ustavnom sudu ne daje razloge za stav da postupak za ocenu ustavnosti i zakonitosti može da pokrene bilo koji tužilac. Tim članom predviđeno je da Ustavni sud odlučuje o zabrani rada političke stranke, sindikalne organizacije, udruženja građana ili verske zajednice na osnovu predloga Vlade, Republičkog javnog tužioca ili organanadležnog za upis u registar političkih stranaka, sindikalnih organizacija, udruženja građana ili verskih zajednica. Dakle, Republički javni tužilac predlaže pokretanje posebne vrste postupka pred Ustavnim sudom, iz čega argument suprotnosti (argumentum a contrario) upućuje na stav da u ostalim vrstama postupka pred Ustavnim sudom ovlašćeni predlagač može da bude bilo koji javni tužilac iz javnotužilačkog sistema odnosno da ne važi ograničenje uspostavljeno članom 80. Zakona o Ustavnom sudu.

Kada se izneti razlozi sagledaju i uporede u ukupnosti, mišljenja smo da su brojniji i uverljiviji razlozi u prilog shvatanju da postupak za ocenu ustavnosti međunarodnih i bilateralnih investicionih sporazuma može da pokrene Republički javni tužilac. Štaviše, ukoliko bi neko od nižih javnih tužilaca podneo zahtev za pokretanje postupka, a Ustavni sud smatrao da se radi o ovlašćenom predlagaču, Republički javni tužilac bi putem devolucije ili drugih hijerarhijskih mehanizama mogao da spreči odlučivanje zahtevu. To znači da je Republički javni tužilac je apsolutni posednik javnotužilačke intervencije



pred Ustavnim sudom, što u bitnoj meri otežava mogućnost intervencije imajući posebnost pozicije Republičkog javnog tužioca i njegovu podložnost političkom uticaju, o čemu je već bilo reči.

#### **4. Zaključak**

Javno tužilaštvo je ustrojeno po jednom tradicionalnom strogo hijerarhijskom modelu koji u mnogo većoj meri parališe inicijativu unutar sistema, nego što obezbeđuje jedinstvo delovanja i postupanja nosilaca javnotužilačke funkcije. Osim negativnog efekta po ostvarivanje funkcije krivičnog gonjenja ustrojstvo javnog tužilaštva može da parališe inicijativu za intervenciju javnog tužioca van krivičnog pravosudnog sistema posebno u situaciji kada bi intervencija trebala da bude protiv propisa ili odluka državnih organa kojima se narušava javni interes. Na izneti problem nadovezuje se politički uticaj na rad javnog tužilaštva koji dovodi do toga da javno tužilaštvo prilikom donošenja odluke o delovanju van kaznenih postupaka procenjuje interes Vlade, neretko nastupajući de facto kao zastupnik vlasti, a ne zastupnik javnog interesa. Na kraju u vezi sa ulogom javnog tužioca van krivičnog postupka ležiu kadrovskom zapostavljanju ove funkcije na uštrb funkcije krivičnog progona, što je dovodi do toga da učešće javnog tužioca van kaznenih postupaka predstavlja pravi pravni raritet.

## **II DRŽAVNA POMOĆ PRIVREDI U SRBIJI**

U ovom radu će najpre biti reči o tome šta je državna pomoć privredi i zašto se ona daje. Potom će biti reči o oblicima, visini i problemima državne pomoći u Srbiji. Iza toga će biti govora o zakonskim rešenjima i posebnom položaju državne pomoći u zakonskom i sudskom sistemu Evropske unije (EU) i Srbije. Na kraju će biti govora o aspektima i slučajevima državne pomoći koji su zanimljivi za tužioce, tj. slučajevima gde tužiocima mogu doći u dodir sa prekršajima i krivičnim delima koji proističu iz postupaka davanja državne pomoći. Akcenat je na strukturi podsticaja koja pokreće aktere, što pomaže shvatanje zloupotreba i njihovo eventualno kasnije procesuiranje. Tokom teksta će u posebnim okvirima biti prikazani neki sporni slučajevi dodele pomoći u Srbiji i drugim evropskim zemljama.

Državna pomoć privredi, poput mnogih drugih tema, spada u često diskutovana pitanja oko kojih su mišljenja podeljena. Jedni je brane, smatrajući da ona značajno doprinosi razvoju privrede u nekoj zemlji, drugi je osporavaju tvrdeći da je beskorisna ili čak štetna. Državna pomoć privredi se često davala posle 1930-ih, zato što je kapitalizam od liberalnog prerastao u državni. Država se još snažnije umešala u privredu – i direktno putem vlasništva i indirektno putem preraspodela i regulacije. To je bila osnova za nagli rast pomoći privredi, bilo državnoj ili privatnoj, do čega je došlo širom sveta, mada ne svugde u jednakoj meri. Naravno, ekonomska politika se ne vodi prema ekonomskim, nego prema političkim prioritetima. To su sve elementi koji komplikuju postupak dolaska do odgovora na pitanja koja nas ovde zanimaju. Šta je ekonomska istina o državnoj pomoći privredi? Da li je ona stvarno korisna za razvoj nacionalne privrede ili je reč o rasipanju javnih fondova? Ako se pomoć ne daje prvenstveno iz ekonomskih razloga, onda se daje zato što je korisna za političare, recimo zato što time stiču uticaj na privredu i dobijaju priliku da uzmu mito. I tužiocima će bolje shvatiti probleme i mogućnosti kršenja zakona u vezi državne pomoći, ako se raščisti teren u pogledu oblika pomoći, aktera njenog davanja i njihovih motiva. Na ta pitanja se vraćamo posle razjašnjenja šta je državna pomoć privredi i koji su njeni najčešći oblici.

## 1. Šta je državna pomoć privredi?

Ima mnogo vrsta državne pomoći privredi, a sve one ne spadaju u temu ovog članka, kada se ona precizno odredi. Recimo, država može da štiti čitavu privredu carinama i vancarinskim barijerama, što predstavlja pomoć privredi koja trenutno postoji u toj zemlji, jer su njeni proizvodi na domaćem tržištu jeftiniji od odgovarajućih uvoznih, ali to ne spada u temu ovog rada. Država može i da zabrani ili ograniči ulaganja u neki sektor, što je akt koji koristi postojećim firmama u tim sektorima (a šteti onima koje nisu ušle na to tržište, a želele bi da uđu), ali ni to ne spada u oblike državne pomoći o kojima je ovde reč. Država može preko komore i drugih agencija da prikuplja informacije koje su korisne za firme, ali ni ovaj oblik državne pomoći nije tema ovog članka.

Ovde će se govoriti samo o oblicima državne pomoći koji ispunjavaju neke uslove o kojima će kasnije biti reči. Osnovni oblici državne pomoći privredi prikazani su u sledećem okviru.

### *Okvir 1: Šta je državna pomoć*

Subvencije i grantovi.	Smanjenje ili opraštanje socijalnih doprinosa.
Niže kamatne stope.	Konsultantske usluge.
Poreska oslobađanja i izuzeća.	Kupovina roba i usluga iznad tržišne cene.
Poreski krediti.	Kupovina nepotrebni roba i usluga.
Državne garancije.	Pogodnosti od rekonstrukcije prostora.
Pribavljanje roba i usluga od strane države.	Kupovina akcija firmi u teškoćama.
Garancija kredita pod posebno povolj. uslovima.	Pomoć firmama da ulažu u ekološke projekte.
Osiguranje od gubitka pri radu.	Garantovanje dividendi.
Stimulacije u slučaju uspešnog poslovanja.	Infrastrukt. projekti koji koriste određenoj firmi.
Pomoć u pripremi privatizacije javnih kompanija.	Besplatno oglašavanje u medijima u javnom vlasništvu.
Privilegovanje od strane dobavljača iz javnog sektora.	Konkursi za privatno-javna partnerstva (PJP) bez javnog oglašavanja.
Sticanje vlasništva ili prava korišćenja zemlje pod posebno povoljnim uslovima.	

U oblike državne pomoći se ponekad ubrajaju i sledeće operacije, mada one ne spadaju u državnu pomoć:

- Pribavljanje informacija (recimo preko privredne komore),
- Slabljenje ekoloških i drugih standarda,
- Zaštita putem carina i vancarinskih barijera (kvote, kontingenti, anti-damping, tehnički i drugi standardi...),
- Ograničenje ili zabrana ulaganja,

- Ako privatna firma od države dobije kredit pod istim uslovima koji važe na komercijalnom tržištu,
- Ako država daje garantiju firmi koja nije u teškoćama i koja će na kraju, po pravilu, sama pokriti troškove na koje se garantija odnosi,

Da bi se nešto smatralo državnom pomoći privredi, ono mora da zadovolji nekoliko uslova. Oni su u trenutno važećem zakonu<sup>35</sup> o dodeli državne pomoći određeni na isti način kao i u zemljama EU:

- Državna pomoć privredi se dodeljuje iz javnih sredstava.
- Državna pomoć se dodeljuje selektivno.
- Korisnici pomoći stiču prednost u odnosu na rivale.
- Davanje pomoći narušava konkurenciju na tržištu.

Kako je pomenuto, ima mnogo načina davanja pomoći (pogledati prethodni okvir), ali u praksi se državna pomoć pretežno pruža na nekoliko načina i to su subvencije, opraštanje poreza, prodaja državnih resursa ispod cene i kreditne garantije. Ovde je reč samo o državnoj pomoći privredi. Iako poljoprivreda spada u privredu, ona se ovde ne računa.<sup>36</sup> Naravno, ne računaju se ni pomoć države drugim domenima rada i poslovanja, kao što su kultura, sport, zdravstveno osiguranje. Iako zdravstvene ustanove po pravilu jesu i privredni subjekti, pomoć koja se daje njima se ovde ne računa u pomoć privredi. Ne računa se ni pomoć javnim komunalnim preduzećima, kao što su građevinska direkcija, vodovod ili toplana. Sve u svemu, iz pojma državne pomoći u značenju u kome se ona koristi u našem zakonu ili u ovom članku izuzeto je mnogo toga. Zato bi državna pomoć u smislu koji bi obuhvatao sve privredne delatnosti i firme učestvovala sa mnogo većim udelom u nacionalnom dohotku, nego što je to slučaj sa državnom pomoći privredi u užem smislu, o kojoj se ovde govori.

## 2. Da li je državna pomoć korisna za privredu?

Za razliku od publicistike i popularnog mnjenja, gde preovlađuje mišljenje da je državna pomoć privredi korisna, u ekonomiji kao nauci se smatra da je državna pomoć privredi pogrešna, štaviše štetna (Bauer 1972; Lal 1983;

<sup>35</sup> Up. Zakon..., 2009, čl.2.

<sup>36</sup> U Izveštaju o državnoj pomoći Ministarstva finansija Republike Srbije poljoprivreda se računa u državnu pomoć, dok je prema Zakonu o državnoj pomoći poljoprivreda izuzeta od državne pomoći. O pomoći poljoprivredi postoji posebna regulativa.

Easterly 2003). Nekoliko je osnovnih razloga za takvo mišljenje.

- Državna pomoć štiti neefikasne firme;
- Firme koje dobijaju pomoć gube motiv da se reformišu i restrukturiraju;
- U firmama koje dobijaju pomoć opada kvalitet proizvoda i usluga;
- Davanje pomoći remeti konkurenciju među firmama i zemljama;
- Davanje pomoći predstavlja rasipanje sredstava poreskih platiša;
- Davanje pomoći podstiče korupciju.

Po nekoliko reči objašnjenja o svakom od razloga.

• Državna pomoć se po pravilu ne daje profitabilnim, već firmama u teškoćama. Profitabilnim firmama pomoć i nije potrebna, jer su uspešne na tržištu. Naravno, ako vlasti neke zemlje ponude vlasnicima profitabilnih firmi neki oblik državne pomoći, ovi će to teško odbiti, poput primera iz sledećeg okvira, ali je pitanje da li će takva pomoć u konačnoj instanci biti odobrena od organa koji su nadležni za kontrolu dodeljivanja državne pomoći.

### ***Okvir 2: Slučaj Audi Hungaria.***

#### *AUDI HUNGARIA MAĐARSKA*

*Mađarska vlada je početkom 2000-ih odobrila poreske olakšice za Audi Hungaria Motor od ukupno €60 miliona.*

*Evropska komisija je odbila takvo rešenje mađarske vlade, uz tvrdnju da je u pitanju klasični primer "vertikalne" pomoći (tj. pomoći države tačno određenoj firmi), koja je po pravilima EU nepoželjna i zabranjena.*

*Takva pomoć remeti konkurenciju među rivalima, a remeti i trgovinu među zemljama. Audi Hungaria je morao da vrati pomoć u mađarski budžet.*

Sredstva pomoći se često daju za privlačenje (stranih) investitora, umesto da se oni privlače dobrim poslovnim okruženjem. Ali, kada vlada neke zemlje ne uradi "domaći zadatak" i ne napravi privlačno poslovno okruženje, njoj ostaje uglavnom samo subvencija ili neka druga povlastica da pridobije još neko ulaganje. Sa istekom vremena u kome se pomoć daje obično nestaje i motiv investitora da ostaje u toj zemlji. Do povlačenja investitora ne bi došlo da je on u tu zemlju došao zbog dobrog poslovnog okruženja. Razlog za prihvatanje državne pomoći od strane firme je očit: ona povećava profit, tj. zaradu vlasnika.<sup>37</sup> Ali, čak i kada je značajna po iznosu, državna pomoć je nebitna za takve firme, jer i bez nje mogu da opstanu. Za razliku od toga,

<sup>37</sup> U osnovi se davanje pomoći stranim firmama radi privlačenja ulaganja ekonomski svodi na to da siromašne poreske platiše neke zemlje subvencionišu ionako bogate strane vlasnike.

neprofitabilne (i posebno nesolventne) firme<sup>38</sup> ne bi mogle da opstanu bez državne pomoći. Praktično, ne-efikasnost firmi se prikriva uz pomoć državne pomoći. Takve firme bi trebalo prepustiti njihovoj sudbini, koja obično znači restrukturiranje, smanjivanje obima posla, pa čak i nestajanje sa poslovne scene. Nema opravdanja i osnova za postojanje takvih firmi, pošto bi troškove njihovog opstanka snosio neko drugi. To se svodi na zaključak da čitava nacija plaća nekoga ko ne zna da radi. Tržišna privreda podrazumeva da svako sam plaća svoje troškove i da sam ubire dobit. Tržišnoj privredi nije svojstveno da jedan pravi troškove, a da ih drugi pokriva. Nažalost, često se dešava da vlasti dodatno oporezuju profitabile firme i sve građane, kako bi prikupile sredstva da pomažu neprofitabilne firme. To je ekonomski pogrešno, jer se uspešnima nameće dodatni teret da bi se pomagali neuspešni, tj. profitabilni sektor(najčešće privatni) održava u životu bankrotirani sektor (najčešće državni).

- Čest razlog pristalica davanja državne pomoći privredi jeste očekivanje, da će neprofitabilne firme posle dobijanja pomoći postati profitabilne. Kao primer uspešnih oblika državne pomoći navode se brodogradnja na Tajvanu, industrija čelika u Južnoj Koreji ili Filips u Holandiji. Ponekad pomoć dobijaju profitabilne firme, a ponekad firme postanu profitabile posle dobijanja pomoći. Ali to nije dokaz, da je državna pomoć opravdana i neophodna. Državna pomoć je jednokratna ili relativno kratkotrajna u odnosu na ukupni život neke firme. Moguće je, a po pravilu i jeste slučaj, da neka firma postane profitabilna posle dobijanja pomoći radi razloga koji sa dobijenom pomoći nemaju veze. Recimo, da je firma počela da proizvodi novi proizvod koji na tržištu dobro prolazi ili zato što je dobila bolju upravu ili zato što je obavila restrukturiranje ili zato što su joj rivali propali ili zato što je ograničen uvoz sličnih proizvoda... Može biti i neki drugi razlog koji se samo slučajno vremenski poklapa sa dobijanjem pomoći. Na osnovu toga što su neke firme posle dobijanja pomoći postale profitabile ne sme se zaključiti da je državna pomoć generalno korisna, jer je neuporedivo više firmi koje su i pored dobijene pomoći propale. U nekim slučajevima, poput onog iz sledećeg okvira, izgleda da je posao bio profitabilan samo dok je bilo obilne državne pomoći, a da je sa njenim smanjivanjem došao u pitanje.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Nesolventne su firme gde je dug veći od ukupnog kapitala firme.

<sup>39</sup> Ugovor koji je država Srbija napravila sa Fiatom nikada nije objavljen, na osnovu čega može da se pretpostavi da je on za državu vrlo loš i izuzetno štetan. Ugovorom se predviđa da Fiat ne plaća korišćenje objekata i zemlje u fabrici u Kragujevcu, da državi Srbiji ne uplaćuje socijalne doprinose (već da plaća samo neto plate), da lokalnoj samoupravi ne plaća lokalne takse i naknade 10 godina, da Srbija otplaćuje kredit od nekoliko stotina miliona evra za kupovinu nove proizvodne linije, da se radna mesta subvencionišu sa po 10.000 evra. I pored svega, proizvodnja i prodaja modela Fiata koji se pravi u Kragujevcu je u velikom padu, što nagoveštava da ovaj posao neće još dugo trajati.

### **Okvir 3: Slučaj Fiat Kragujevac**

#### *SLUČAJ FIAT KRAGUJEVAC*

*Vlada Srbije usvojila je 22. marta 2013. uredbu o subvencionisanju prodaje automobila napravljenih u Srbiji, bez prethodnog obaveštavanja i odobrenja Komisije za kontrolu državne pomoći.*

*Uredba je bila u suprotnosti sa Privremenim sporazumom i pravnim tekovinama EU i izazvala je reakciju Evropske komisije.*

*Uredba je ukinuta 20. maja 2013. posle pritiska Evropske komisije.*

*Posle toga Komisija za kontrolu državne pomoći u Srbiji, koja je prethodno smatrala slične uredbu o subvencionisanju proizvodnje traktora i autobusa za dozvoljenu državnu pomoć, donosirešenje (a Ministarstvo finansija ga pretvarara u uredbu) o subvencionisanju automobila iz 2013, koja je predviđaloda kupci Fiata 500L dobiju popust od € 3.000, tj. da država isplaćuje Fiat automobilima Srbijapo € 3.000 subvencije za svaki automobil, koji bi se kasnije prodao sa popustom u tom iznosu.*

*Ukupan predviđeni iznos subvencije bio je 720 miliona dinara i obezbeđen je Zakonom o budžetu Republike Srbije za 2013.*

*Posle zahteva Evropske komisije da se pomoćFiatu ukine, Vlada RS je rekla da je reč o subvenciji po 10.000 evra za otvaranje 1.400 novih radnih mesta.*

*Fiat Kragujevac je, navodno, tu subvenciju pretvorio u pomoć kupcima za oko 4.600 novih automobila.*

*Objašnjenje je bilo suviše naivno i Evropska komisija ga je odbila, posle čega je ova subvencija ukinuta.*

*Pozadina slučaja: Budući ministar finansija je u izbornoj kampanji 2012. obećao povećanje proizvodnje automobila u Kragujevcu, a kada je postao ministar, to je pokušao da postigne subvencijom koja nije dopuštena.*

*Očito je između budućeg ministra finansija i italijanske firme postojao čvrst dogovor o dobijanju pomoći, koji je održan uprkos vratolomijama u obrazloženju, i bez obzira što je takvo postupanje države Srbije istoj nanelo veliku štetu.*

*Naravno, nikada nismo doznali šta je taj ministar dobio od Fiata za ovako velikodušnu pomoć, uključujući stvari iz ugovora naavedene u fusnoti.*

Osnovna reakcija firmi koje dobiju pomoć jeste da to umanjuje njihovu spremnost da se menjaju i reformišu, kako bi postale profitabilne. To nije ništa neobično, jer pomoć spolja uvek umanjuje želju za promenama kod onoga ko je dobije. Tako davanje pomoći demotivše upravu loših firmi da izvodi promene, pa je i zato davanje državne pomoći ekonomski destimulativno i stoga pogrešno.

- Firma koja počne da dobija državnu pomoć menja i ponašanje, tj. ponašanje menja njena uprava. Članovi uprave će više vremena provoditi u komunikaciji i pred kancelarijama državnih birokrata koji su nadležni za davanje pomoći, a kraće će boraviti u svojim poslovnim prostorijama i pogonima. Oni će više biti zainteresovani za pregovaranje s birokratama koji odlučuju o pomoći,

nego za dogovore sa stručnjacima koji bi poboljšali proizvode i unapredili proizvodnju, organizaciju, upravljanje i marketing. Posledica toga je da će proizvodi te firme u narednom ciklusu biti još lošiji, a to znači da će se njene teškoće povećati. Tako pomoć, umesto da podstiče dobre stvari (trud, kreativnost, inovacija, štednja...), zapravo podstiče loša rešenja (manji napor, opuštanje, oportunitizam, kratkoročno razmišljanje, lošiji kvalitet).

- Dobijanje pomoći remeti i konkurenciju među firmama na tržištu. Firma koja dobije državnu pomoć biće u prilici da snizi cene njenih proizvoda, poveća prodaju u odnosu na rivale i da time bude još uspešnija, dok će rivali u najmanju ruku izgubiti deo tržišta, a u lošijem slučaju mogu pasti u gubitke i nestati. Pošto državna administracija arbitrarno bira firme kojima će dati državnu pomoć, to dovodi i do arbitrarnog menjanja uslova na tržištu, koje ima tačno određene žrtve, a to su po pravilu privredni rivali firmi koje su dobile pomoć i njihovi kooperanti. Otuda se davanje državne pomoći u mnogim zemljama ograničava, kako je to urađeno u većini razvijenih zemalja, uključujući i članice Evropske unije (EU). Dugotrajnim pritiskom da se državna pomoć smanji, EU ju je svela na oko 0,7% od BDP, kada je u pitanju prosek za svih 28 članica. Ali, još uvek ima zemalja koje su daleko iznad tog proseka (Mađarska, Malta, Irska, Letonija, Finska, Danska), kao i onih koje su ispod proseka (Bugarska, Estonija, Rumunija, Italija).

- Pošto ne predstavlja ekonomski konstruktivan korak, državna pomoć privredi praktično automatski predstavlja rasipanje sredstava poreskih platiša. Umesto da ta sredstva dobiju neku konstruktivnu upotrebu, ona se daju u svrhe koje nemaju ekonomsko opravdanje. Posebno ještetnokada se državna pomoć daje "firmama na zalasku", umesto da se bar daje industrijama koje se rađaju, od kojih bar neke imaju šansu da budu profitabilne. Zato se deo regulative o državnoj pomoći u razvijenim zemljama tako podešava da podstakne prelaz od industrija „na zalasku“ na industrije „u nastanku“.

- Konačno, državna pomoć privredi je štetna jer povećava nivo korupcije u društvu. Gde god ima javnih fondova, ima i korupcije. U slučaju državne pomoći privredi davanje mita je obično vezano za odobravanje pomoći. Zato se pomoć uporno daje čak i kada je to protiv ekonomske logike, zakona, Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju i međunarodnih ugovora, kao u primeru iz okvira.



## Okvir 4: Slučaj kafilerije

### SLUČAJ KAFILERIJE

*Komisija za kontrolu državne pomoći donela je zaključak 25. decembra 2014. o obustavi naknadne kontrole dozvoljenosti državne pomoći dvema kafilerijama – Proteinka u Somboru i Napredak u Čupriji.*

*Postupci su pokrenuti 25. avgusta 2014, na osnovu sopstvenih informacija.*

*Utvrđeno je da su obe kafilerije dobile sredstva od Ministarstva poljoprivrede na osnovu Programa raspodele subvencija u oblasti veterine, „po osnovu neškodljivog uklanjanja leševa životinja“. Komisija je, analizirajući oblast rada veterinarskih ustanova i Zakon o veterinarstvu, utvrdila da je reč o pomoći u oblasti poljoprivrede, pa s obzirom da je Zakonom o kontroli državne pomoći propisano da se odredbe Zakona ne odnose na poljoprivredne proizvode i proizvode ribarstva, zaključila da nije nadležna da odlučuje o dozvoljenosti dodele sredstava veterinarskim ustanovama.*

*Posledice: krajem 2014. fabrika za preradu životinjskog otpada Energo-Zelena, koju su u Indiji otvorili belgijski investitori, objavila da prekida rad, otpušta zaposlene i pokreće zahtev za arbitražu protiv Srbije pred Međunarodnim centrom za rešavanje investicionih sporova u Vašingtonu „zbog sistematskih propusta Republike Srbije da sprovede sopstvene propise u oblasti prerade životinjskog otpada, što je ugrozilo održivost poslovanja kompanije Energo-Zelena u Srbiji“.*

*Belgijska fabrika se žalila da Srbija ne sprovodi princip jednakog tretmana svih postrojenja koja se bave preradom životinjskog otpada u Srbiji, odnosno da je Energo-Zelena „kontinuirano izložena očitaj diskriminaciji i neloyalnoj tržišnoj konkurenciji“.*

*Pomoć kafilerijama u Čupriji i Somboru snizila im je troškove rada, dok je belgijska firma ostala bez tog olakšica, pa nije mogla biti konkurentna.*

*Ishod: Srbija će izgubiti međunarodni spor sa belgijskom firmom, time i deo ugleda, a platiće i veliko obeštećenje. Sudbina pogona u Indiji ostaje neizvesna.*

Da bi neka firma dobila državnu pomoć podmićuju se službenici u lancu odlučivanja, tako da oni dobijaju nadoknadu za usluge koje čine firmama dodeljivanjem pomoći. Snaga mita je tolika da se i sredstva državnih banaka često daju na takav način da to više liči na državnu pomoć, nego na uobičajenu kreditnu aktivnost. Primer za to su bile državne banke Srbije u poslednjih nekoliko godina (Razvojna banka Vojvodine, Agrobanka, Univerzal banka, Srpska banka, Privredna banka Beograd)<sup>40</sup>, koje su uništene lošom poslovnom politikom. I u državnim bankama i u fondovima (Fond za razvoj, Nacionalni investicioni plan, SIEPA...)kredite su obično dobijali tajkuni i ljudi sa dobrim političkim vezama, gde je samo tokom nekoliko poslednjih godina suma datih kredita i podrške prešla milijardu evra. Danas su ta sredstva nenaplativa i pokrivanje gubitaka će se obaviti iz budžeta, tj. na teret svih poreskih platiša. Iz priloga u medijima se vidi da su u dodeli sredstava udeo imali političari,

<sup>40</sup> Komerrijalni krediti po definiciji, naravno, ne spadaju u državnu pomoć, mada se u suštini na to svode, obzirom da su uzimani, a nisu vraćani. Tako komerrijalni krediti, iako nisu tako zamišljeni, mogu prema ishodu da postanu oblik prikrivene državne pomoći. Krediti koji se daju pod povlašćenim uslovima, naravno, spadaju i formalno u državnu pomoć privredi.

birokratija fondova i zaposleni u bankama na višim položajima, što bi značilo da su oni verovatno dobijali mito, kako bi odobrili kredite, pošto komercijalne logike nije bilo. Izveštaji u medijima o sudskim procesima nekim od aktera ovih operacija potvrđuju te pretpostavke.

### **3. Zašto se pomoć daje ako ekonomski nije opravdana?**

Ako davanje državne pomoći privredi nije ekonomski opravdano, kao što prethodna analiza pokazuje, zašto se ona uopšte daje? Ima nekoliko razloga koji mogu biti odgovor na to pitanje. I ako nema ekonomskih, može biti političkih i ličnih, demografskih ili socijalnih razloga. Politika se ne vodi prema ekonomskim udžbenicima, nego prema političkim prioritetima. Pošto je glavni interes političara da budu (re)izabrani, davanje pomoći mora biti u funkciji pridobijanja ili održavanja biračke naklonosti. Smatra se da davanjem državne pomoći političari i stranke pridobijaju dve kategorije glasača. To su najpre glasovi onih koji su zaposleni (ili oni koje oni izdržavaju) u firmama i industrijama koje dobijaju državnu pomoć. Verovatno da deo birača glasa za političare koji se zalažu za više državne pomoći privredi u nadi da će je i njihove firme dobiti, što bi firmama produžilo život, a te birače zaštitilo od otkaza na njihovim radnim mestima. Drugo, jedan deo birača glasa za političare koji se zalažu za veću pomoć države privredi, jer smatraju da je ona korisna, da treba da se daje i da stoga ti političari dobro obavljaju svoj posao. Neki smatraju da je davanje pomoći dokaz patriotizma političara ili razumevanja situacije u nekoj firmi, grani ili regionu.

Neki političari kao opravdanje za davanje pomoći se pozivaju na navodne ekonomske analize ili navode primere uspešne državne pomoći firmama, kakvih ima, kao što smo ranije videli, ali se izuzeci i uspešnost obično duguju nekom drugom faktoru, a ne državnoj pomoći. Birači mogu verovati da političari bolje poznaju ekonomiju i stoga glasati za njih.

Deo političara se zalaže za davanje što veće državne pomoći firmama isključivo radi dobijanja mita. Oni firmi omogućće pomoć, a firma tim političarima pribavlja protiv-uslugu, kao što su novčani ili nenovčani pokloni, “sigurni glasovi”, zapošljavanje rođaka, itd. Političari naravno nikada neće reći šta je njihov pravi motiv za davanje pomoći, i uvek će ga skrivati iza navodnih ekonomskih razloga, brige za nacionalnu privredu i interese, brige za radna mesta, itd. Ti drugi razlozi koji se obično javno navode, po pravilu, nisu dobri i oni služe samo da naprave “dimnu zavesu”, kako bi političari dobili određene ruke da pomoć daju i time povećaju svoj uticaj na privredu sa jedne, ada dobiju mito sa druge strane. Iako je ovo verovatno jasno tužiocima, vrlo je

teško dokazati šta su motivi, pa se mora čekati na formalno kršenje zakona.

Davanje državne pomoći može biti i stvar delovanja interesnih grupa. Firme iz grana „na zalasku“ teško se mogu održati bez državne pomoći. Političari prihvataju inicijativu za pomoć da bi se u nekom gradu ili regiji izbegli otpuštanje i sa njim povezani socio-ekonomski problemi. Firme i zaposleni prihvataju pomoć jer im to produžava život. Birači iz tih oblasti takođe podržavaju pomoć, jer se tako održavaju radna mesta, dohodak i zaposlenost u tim mestima i oblastima. Državna pomoć je dobra vest za zaposlene u firmama koje je dobijaju. To je dobra vest i za gradove u kojima su smeštene firme koje su primaoci pomoći, ali je to loša vest za ostatak zemlje. Dobra je za dobitnike, jer u tim mestima nastaju radna mesta, dohodak i rente, a loša za ostatak zemlje jer on plaća te dohotke i rente putem viših poreza nego što bi oni bili kada pomoći i renti ne bi bilo.

#### 4. Visina i struktura državne pomoći privredi u Srbiji

Posle Velike ekonomske krize 1930-ih i Drugog svetskog vlade mnogih razvijenih zemalja su davale obilnu pomoć privredi, koja je išla i do nekoliko procenata njihovih nacionalnih dohodaka (BDP). Socijalističke zemlje su još obilnije pomagale svoje firme. Vremenom su socijalističke zemlje nestale, a u kapitalističkom svetu se uvidelo da državna pomoć firmama ne samo da nije korisna, kako se ranije verovalo, nego je štetna. I u Srbiji se državna pomoć privredi smanjila, ali do toga je došlo više usled zahteva spolja (EU, MMF) i teškoća u javnim finansijama, nego zahvaljujući tome što se shvatila priroda državne pomoći.

Kada se pogleda Tabela 1, vidi se da se iznos državne pomoći privredi Srbije 2009-2014. kretao 2,2-2,9% od BDP. To je nekoliko puta više od proseka državne pomoću u zemljama EU<sup>41</sup>, koja se u proseku kreće oko 0,7% BDP. Ali, to nije čitava nevolja.

**Tabela 1: Učešće državne pomoći privredi u BDP Srbije**

Pokazatelj	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Iznos državne pomoći, milioni €	901,98	754,29	808,70	777,96	720,0	904,0
BDP, milioni €	31.511		31.143	29.933	31.981	33.051
Učešće državne pomoći u BDP, u %	2,86	2,64	2,60	2,60	2,25	2,74
Javni rashodi, milioni €	13.497	13.215	14.330	14.345	14.576	16.017
Udeo drž. pomoći u jav. rashodima, %	6,68	5,70	5,75	5,42	4,94	5,65

Izvor: Ministarstvo finansija RS 2010-2016.

41 Detaljnije o tome na drugom mestu: Prokopijević 2012, Prokopijević 2013.

U ove zvanične podatke je uključena samo pomoć „iznad crte“, tj. uključeno je ono što je prikazano u budžetu, ali tu nema onog „ispod crte“, što nije zanemarljiv iznos. „Ispod crte“ su obično kreditne garantije, koje vlada daje firmama, poput Srbijagasa i drugih, a tu je i pomoć nekim od bivših giganata, kao što su Železara u Smederevu, RTB Bor ili FAP iz Priboja. Ako se tih 500-600 miliona evra doda na onih 700-800 miliona koji su „iznad crte“, dobije se 1,2-1,4 mlrd evra. Ali, ni to nije sve. Ako se dodaju krediti državnih banaka, koji po definiciji ne spadaju u pomoć, ali su po načinu podele i odsustvu njihove otplate to postali, to je još bar 200 miliona evra godišnje u periodu 2009-2014. U ove podatke nije uključena ni državna pomoć koja se daje u okviru stavke de minimis, tj. slučajevi kada je pomoć pojedinačnoj firmi manja u toku jedne godine od 200.000 evra. Tako se ukupna suma pomoći približava brojcima od 1,6 mlrd evra, što je oko 5% nacionalnog dohotka Srbije. To je ravno godišnjim izdacima za zdravstvo, a za 40% je iznos veći od izdataka države Srbije za školstvo. Imajući to u vidu teško je izbeći zaključak da se dodela državne pomoći pretvorila u veliko i slabo kontrolisano rasipanje budžetskih sredstava, tj. novca svih građana Srbije. Naravno, uz obilje korupcije.

Iz Tabele 2 vidi se kako je zvanično priznati deo državne pomoći raspodeljen prema vrstama pomoći. Tri osnovne kategorije pomoći su tzv. horizontalna, sektorska (vertikalna) i regionalna. Horizontalna pomoć se tako naziva, jer ona ne znači pomoć određenoj firmi, već po pravilu treba da je dostupna raznim firmama. Ona je dopuštena po pravilima EU i zakonu u Srbiji. Sektorska (vertikalna) pomoć je oblik državne pomoći koji se daje tačno određenoj firmi ili privrednoj grani i ona je po pravilima EU (i Srbije) nepoželjna. Razlog nepoželjnosti je što remeti konkurenciju. Regionalna pomoć je ona koja se daje nerazvijenim regionima, obično onima koji su ispod 70% (75%) od proseka dohotka date države. Ona je dopuštena pravilima EU i Srbije, a motivacija za nju je podsticanje razvoja nerazvijenih krajeva. Naravno, pravila i zakoni su često jedno, a praksa nešto sasvim drugo, što se može videti i iz tabele koja sledi.

**Tabela 2: Državna pomoć prema kategoriji pomoći.**

Kategorija	2009		2010		2011		2012		2013		2014	
	mil. €	%	mil. €	%	mil. €	%	mil. €	%	mil. €	%	mil. €	%
Pojtoprivreda	180,66	20,0	225,22	29,9	165,65	20,5	222,39	28,6	232,1	32,2	291	31,0
Industrija i usluge	721,32	80,0	529,07	70,1	643,05	79,5	555,57	71,4	487,9	67,8	623,7	69,0
<b>Horizontalna držav. pomoć</b>	<b>564,42</b>	<b>62,6</b>	<b>156,63</b>	<b>20,7</b>	<b>131,85</b>	<b>16,3</b>	<b>106,26</b>	<b>13,6</b>	<b>42,1</b>	<b>5,9</b>	<b>253,9</b>	<b>28,0</b>
1. Istraž. i razvoj	0,00	0,0	0,16	0,02	0,81	0,1	0,08	0,0	0,1	0,0	0	0,0
2. Obuka	0,00	0,0	0,02	0,0	0,02	0,0	0,03	0,0	0,1	0,0	0	0,0
3. Zapošljavanje	131,40	14,6	42,51	5,6	4,59	0,6	22,20	2,9	20,7	2,9	17,8	2,0
4. MSP	301,02	33,4	4,45	0,6	0,01	0,0	0,96	0,1	0,9	0,1	0	0,0
5. Zaštita živ. sred.	0,05	0,0	0,61	0,1	28,67	3,5	0,13	0,0	0,0	0,0	12,9	1,4
6. Kultura	-	-	0,21	0,0	1,41	0,2	0,25	0,0	6,8	0,9	103,4	11,4
7. Sanacija i restrukturiranje	66,44	7,4	58,64	7,8	51,28	6,3	76,87	9,9	13,5	1,9	89,6	9,9
8. Ostalo (svetska kriza)	65,51	7,2	50,0	6,6	0,00	0,0	5,74	0,7	0,0	0,0	30,2	3,5
<b>Sektorska državna pomoć</b>	<b>124,73</b>	<b>13,8</b>	<b>141,16</b>	<b>18,7</b>	<b>179,10</b>	<b>22,1</b>	<b>170,75</b>	<b>22,0</b>	<b>158,6</b>	<b>22,0</b>	<b>214,3</b>	<b>23,7</b>
1. Rudarstvo	18,26	2,0	20,66	2,7	21,77	2,7	28,60	3,7	38,0	5,3	39,0	4,3
2. Saobraćaj	102,68	11,4	120,50	16,0	157,34	19,4	142,15	18,3		16,7	-	12,0
3. Turizam	0,81	0,1	-	-	-	-	-	-	-	-	66,9	7,4
4. Ostali sektori	2,98	0,3	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
<b>Regional. državna pomoć</b>	<b>32,1</b>	<b>3,6</b>	<b>231,3</b>	<b>30,7</b>	<b>332,1</b>	<b>41,1</b>	<b>278,5</b>	<b>35,8</b>	<b>287,2</b>	<b>39,9</b>	<b>155,5</b>	<b>17,2</b>
<b>Ukupno</b>	<b>902,0</b>	<b>100,0</b>	<b>754,3</b>			<b>100,0</b>		<b>777,9</b>	<b>720,0</b>	<b>100,0</b>	<b>915,1</b>	<b>100,0</b>

Izvor: Ministarstvo finansija RS 2010-2016, godišnji izveštaji o dodeli državne pomoći, razne godine.

Državna pomoć “iznad crte” se u periodu 2009-2014. kreće 2-3% nacionalnog dohotka, tj. 5,5-7% od ukupnih državnih rashoda, što godišnje odgovara sumi od 720-900 miliona evra. Poređenja radi, državna pomoć u Hrvatskoj 2010. iznosila je 1,2% BDP ili 5.374 miliona kuna (716,5 miliona evra).<sup>42</sup> U 2012. državna pomoć privredi u Hrvatskoj iznosila je oko 5,3 milijardi kuna, što je oko 1,7% BDP.<sup>43</sup> Na subvencije u Hrvatskoj otpada 72% ukupne pomoći, koliko približno i u Srbiji. I tamo su se subvencije pre ulaska u članstvo Unije davale za svakakve namene, kao što se danas daju u Srbiji, o čemu svedoči i primer iz narednog okvira.

### **Okvir 5: Slučaj aerodrom Nikola Tesla.**

#### **AERODROM NIKOLA TESLA**

*Aerodrom N. Tesla u Beogradu je snizio takse Etihadu, što je za prvih 9 meseci 2014. iznosilo € 17 miliona “uštete” za Etihad.*

*Pošto je aerodrom državna firma, reč je o nedozvoljenoj državnoj pomoći.*

*Posle dopisa Evropske Komisije pomoć je obustavljena.*

42 Up. Kesner-Škreb 2012, s. 3.

43 Up. Kesner-Škreb 2014, s. 1.

Učešće državne pomoći u Srbiji povećano je 2009-2014. u odnosu na 2007, 2008. i 2009, kada je redom iznosilo 2,0%, 1,9% i 2,3% od BDP.<sup>44</sup> Procentualno učešće državne pomoći privredi u Srbiji u BDP bilo je tri do četiri puta veće nego u EU. To znači da snižavanje državne pomoći u Srbiji tek predstoji da se obavi. Ali sem visine, važno je i u koje svrhe se državna pomoć daje.

Državna pomoć u Srbiji se razlikuje i po visini, raspodeli i ciljevima od one u zemljama EU. Po visini je, kako smo upravo videli, pomoć u Srbiji slična državnoj pomoći u EU od pre nekoliko decenija i kreće se blizu 3% nacionalnog dohotka. To je mnogo više od današnjeg proseka EU od 0,7%, a državna pomoć u Srbiji je viša i od one u novim članicama EU. Po raspodeli je državna pomoć u Srbiji takođe različita od one u EU, jer se daje za više svrha, pa i za one koje su u EU zabranjene ili vrlo ograničene (sektorska ili vertikalna pomoć). Državnu pomoć u Srbiji možemo uporediti sa evolucijom državne pomoći u Hrvatskoj, koja je prošla pregovore o članstvu i 1. jula 2013. postala nova, 28. članica EU. To je put koji bi Srbija tek trebalo da pređe. Obaveze u pogledu državne pomoći tek treba očekivati kada budu počeli pregovori o članstvu. Sam Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju koji je Srbija potpisala sa EU 2008. malo govori o državnoj pomoći.<sup>45</sup> U eventualnom budućem ugovoru Srbije sa EU o članstvu, pitanje državne pomoći biće mnogo preciznije obrađeno.

### **Okvir 6: Slučaj austrijskog zubara.**

*SLUČAJ HAJZER, AUSTRIJA*

**Slučaj:** *U Austriji je 1. januara 1997. donet zakon da zubarske usluge ubuduće podležu PDV. Vlasnik zubarske ordinacije Wolfgang Hajzer žalio se poreskoj upravi u Insbruku (i ona je usvojila njegovu žalbu), da njegove prihode posle 1. januara 1997. nije oslobodila PDV, iako je to – po njemu, trebalo da učini. Po njegovim navodima, on je u 1997. imao mnogo slučajeva gde je sa zubarskim uslugama počeo 1991, a koji su se nastavljali svih kasnijih godina, uključujući 1996. i 1997. Pošto sute usluge obavljane ranije ili je njihovo pružanje započeto ranije, to su one u 1997. i kasnijim godinama trebalo da se oslobađaju PDV, a da porezu podleže samo ono što je započeto od 1. januara 1997. i kasnije.*

*Poreska uprava Insbruka je usvojila njegovu žalbu i oslobodila ga plaćanja PDV za usluge obavljene u 1997, gde je pružanje usluga započeto pre 1. januara 1997. Evropska komisija je smatrala da se u datom slučaju radi o nedozvoljenoj državnoj pomoći i slučaj je donela pred Sud Pravede EU 2005.*

**Presuda** *Sud nije prihvatio obrazloženje V. Hajzera i austrijske vlade, smatrajući da sve što je naplaćeno posle 1. januara 1997. podleže PDV na zubarske usluge.*

**Obrazloženje:** *Oslobađanje od PDV ima negativan uticaj na konkurenciju, jer bi austrijske zubne ordinacije stavljalo u bolji položaj od njihovih konkurenata. Davalac*

44 Up. Ministarstvo finansija RS 2010, s. 5. Najniža je državna pomoć u Srbiji posle 2000. godine bila 2005, kada je iznosila 1,5% od BDP.

45 Up. SSP, s. 704 i dalje. To je deo o pomoći industriji čelika, jedini koji se odnosi na državnu pomoć.

*zubarskih usluga utiče i van svojih granica, iako formalno ne izvozi, klijenti bi dolazili u Austriju iz drugih zemalja radi zubarskih usluga, pa bi to imalo uticaja na trgovinu među zemljama-članicama EU. Državna pomoć predstavlja pretnju konkurenciji, jer osloboda preduzeće od troškova koje bi normalno imalo u upravljanju ili aktivnostima.*

Horizontalna državna pomoć, koja je dopuštena pravilima EU, činila je veliku većinu državne pomoći u Srbiji 2009. od 62,6%. Posle toga, ona je pala na 20% ili manje. To znači, u narednim godinama potrebno je povećati horizontalnu, a smanjiti sektorsku i regionalnu pomoć. Zanimljivo je da je Hrvatska, u vreme kada se pripremala da postane članica EU, imala još nepovoljniju strukturu pomoćiu odnosu na Srbiju: sektorska 76%, horizontalna 15% i regionalna 9%.<sup>46</sup> U EU horizontalna pomoć 2010. iznosila je 85% (uključujući regionalnu pomoć), a sektorska 15%. Dakle, udeli raznih oblika državne pomoći u Srbiji i Hrvatskoj tačno su obrnuti od situacije u EU, što ukazuje na to da će državna pomoć u ove dve zemlje morati da prođe veće promene. Hrvatska će to učiniti tokom prelaznih perioda koje je dobila.

I kod **strukture** horizontalne pomoći potrebne su promene. Udeo “istraživanja i razvoja” treba da se osetnije poveća, kao i udeo “obuke” (videti Tabelu 2). “Ostalo”, što se odnosi na pomoć za otklanjanje uticaja svetske krize, treba da nestane sa prolaskom krize. Sektorska državna pomoć treba da se smanji, posebno deo koji se odnosi na saobraćaj. U osnovi su to obično subvencije za železnicu. Udeo regionalne državne pomoći u ukupnoj pomoći u Srbiji nije strašno visok i ona je poželjna sa stanovišta regulative i EU i Srbije. Promene u strukturi državne pomoći u Srbiji neće se moći obaviti, ako ih ne budu pratile strukturne reforme. Npr. potrebno je nastaviti privatizaciju, a posebno u sferi likvidacije kroz stečaj, privatizacije javnih i javnih komunalnih preduzeća i restitucije. Potreban je prelazak na režim slobodnog formiranja cena i tamo gde to sada nije slučaj. Takođe je potrebno izvršiti privatizaciju bar dela železničkog saobraćaja, ukinuti davanje gotovine za otvaranje novih radnih mesta od strane inostranih firmi, itd. Bez strukturnih promena u realnom sektoru sama promene iznosa državne pomoći bile bi ograničene i uglavnom kozmetičke. Strukturnim promenama treba da se ukloni prethodno stanje koje iziskuje široku državnu pomoć. Takvo rešenje ne bi bilo dugoročnije održivo bez strukturnih promena, kojima onda pomoć treba da se prilagodi.

<sup>46</sup> Kesner-Škreb 2012, s. 4.

## 5. Problemi kontrole državne pomoći

Davanje državne pomoći obično obiluje problemima. Ne samo da postoje ozbiljne sumnje u njenu efikasnost, već su sporni i oblici procene i kontrole efekata državne pomoći. Glavni problem je u tome što ista instanca (država) i njeno isto telo (ministarstvo finansija) i daje i kontroliše postupak davanja državne pomoći. Upadljiva je činjenica da se u većini zemalja davanje pomoći slabo kontroliše, da su izveštaji retki, a i kada postoje, gleda se da budu što manje publikovani, pa čak se i skrivaju od javnosti. Razlozi za takve prakse su očiti. Država i njeni viši službenici nemaju nikakvih iluzija o tome koliko je pomoć beskorisna, pa i štetna, ali isto tako veruju da davanje pomoći povećava uticaj države i njenih ministara, usled čega ne žele da odustanu od njenog davanja. Državni službenici takođe znaju da je državna pomoć vrlo važan izvor korupcije, a to znači sredstava koja oni nezakonito dobijaju na osnovu odluka o davanju državne pomoći određenim firmama i preduzetnicima. Ništa drugačije nije ni u slučaju državne pomoći u Srbiji. Problemi koji prate državnu pomoć vide se i ovde. Čak se može reći da država i njeni ministri, svesni problema koje pomoć povlači, nameću rešenja koja su vrlo neobična i pogrešna, ali koja nepogrešivo ukazuju gde su problemi i na koji način država želi da ih zaobiđe.

Pri Ministarstvu finansija Republike Srbije postoji Komisija za kontrolu državne pomoći. Nju je osnovalo Ministarstvo finansija, pa sledi da Komisija treba da kontroliše onoga ko ju je osnovao i ko joj je nadređen. To je sporno već samo po sebi, a dalje okolnosti rada Komisije samo potvrđuju koliko su stvari postavljene pogrešno. Za šest godina postojanja Komisija nije donela ni jedno rešenje o oduzimanju dodeljene državne pomoći, što rečitije od bilo čega govori o njenom problematičnom osnivanju i radu, iako se kršenje zakona, načelai pravila dodele pomoći meri stotinama. Zakon o kontroli državne pomoći dopušta čak i da se Komisiji za kontrolu državne pomoći ne daju podaci o dodeljenoj pomoći.

Zanimljivo je da Zakon o kontroli državne pomoći(2009) ne predviđa odgovornost organa i službenika u državnim organima za njegovo kršenje pri dodeli pomoći (mada primena Krivičnog zakona nije ničim isključena). Odgovornost ne pominje ni Uredba o državnoj pomoći (2010-2013). U tom pogledu ovaj Zakon o kontroli državne pomoći je jedinstven, jer uopšte nema kaznene odredbe, tj. uopšte nema deo koji je obavezni sastavni deo svakog zakona, a to je deo u kome su odredbe o tome kakve kazne će dobiti oni koji budu kršili njegove odredbe. U tom pogledu Zakon je suvišan, jer sledi da bilo šta može da se radi, pošto kazni nema, svedjedno kako se postupi. Političari su



očito inicirali donošenje zakona koji im daje određene ruke i dopušta da rade šta hoće.

Tako je na liniji zakonodavac-ministarstvo finansija (privrede)-komisija za kontrolu državne pomoći praktično formiran prećutni dogovor: pomoć se daje po volji davaoca, ne po pravilima. Moguće je ikršenje zakona. Komisiji može da se uskrati informacija. Nema oduzimanja pomoći, čak i one date mimo pravila. Nema kazni za nepotpuno, netačno ili nikakvo prijavljivanje pomoći Komisiji. Nepostupanje po odluci Komisije se ne kažnjava. Komisija takav slučaj može samo da prijavi Ministarstvu finansija, DRI ili Budžetskoj inspekciji. Ako se imaju u vidu takva zakonska rešenja, nije čudo da se događaju slučajevi poput onog u sledećem okviru.

### **Okvir 7: Slučaj PKC.**

#### *SLUČAJ PKC, SMEDEREVO*

*Ugovor Republike Srbije i PKC Wiring Systems doo predviđa da će PKC investirati najmanje 8 miliona evra u pokretanje postrojenja za proizvodnju kablovskih sistema, od toga ne manje od sedam miliona evra u materijalna sredstva i ne manje od milion evra u nematerijalna sredstva.*

*PKC se obavezala da će zaposliti najmanje 1.500 radnika na neodređeno vreme, počev od 2014. godine, u roku od 24 meseca od dana potpisivanja zapisnika o predaji novog postrojenja.*

*Zarade zaposlenih će biti najmanje 20% veće od minimalne neto zarade u Srbiji.*

*Novo postrojenje je zgrada koju PKC iznajmljuje od Grada Smedereva, a koju je Grad izgradio (uzevši kredit). Saopšteno je da izgradnja koštala 682 miliona dinara. Primopredaja hale obavljena je 11. decembra 2014.*

*Šta je sporno?*

*Uredba o pravilima za dodelu državne pomoći propisuje da se „visina regionalne investicione državne pomoći koja se dodeljuje velikim privrednim subjektima utvrđuje do 50% opravdanih troškova za početna ulaganja”. Za srednje privredne subjekte može biti do 60%, a za male do 70%.*

*Opravdani troškovi za početna ulaganja su:*

- 1) početna investiciona ulaganja (materijalna i nematerijalna imovina),*
- 2) nova radna mesta povezana sa početnim ulaganjem.*

*Pošto su početna investiciona ulaganja PKC osam miliona evra, subvencija od 7,5 miliona ne može da se uklopi u ograničenje visine državne pomoći u odnosu na početna investiciona ulaganja (do 50%, 60% ili 70%).*

*Zbog toga se kao parametar uzimaju troškovi novih radnih mesta. Uredba, naime predviđa i takvu mogućnost:*

*„Ukupan iznos regionalne investicione državne pomoći se izračunava na bazi:*

- 1) opravdanih troškova za početna investiciona ulaganja,*

2) procenjenih troškova zarada za novootvorena radna mesta povezana sa ulaganjem u dvogodišnjem periodu,”

Prilikom izračunavanja procenjenih troškova zarada za novootvorena radna mesta u dvogodišnjem periodu, Komisija za kontrolu državne pomoći se pozvala na ugovornu obavezu investitora da zaposli 1.500 radnika na neodređeno vreme počev od 2014.

Iako će tokom te dve godine, od 11. decembra 2014. do 11. decembra 2016. godine broj zaposlenih postepeno rasti, kako bi dosegao 1.500, Komisija obračunava ulaganja u zarade u dvogodišnjem periodu računajući da će se sve vreme tokom te dve godine PKC isplaćivati zarade za svih 1.500 zaposlenih.

Tom računicom (1.500 zaposlenih x 24 meseca x 350 evra bruto plata = 12,6 miliona evra) dolazi se da je 60% od tog iznosa 7,56 miliona evra, što znači da se subvencija od 7,5 miliona evra uklapa u zakonsko ograničenje.

Šta je sada sporno?

Komisija je kao ograničenje visine subvencije uzela 60%, što je ograničenje za srednje privredne subjekte, koji imaju između 50 i 250 zaposlenih. A obračun subvencije se radi u odnosu na 1.500 zaposlenih, što je veliko preduzeće, dok se PKC u ostalim pitanjima tretira kao srednje preduzeće (sa 50-250 zaposlenih), što je i bilo.

Da je Komisija tretirala PKC kao veliko preduzeće, ne samo da se visina subvencije ne bi uklopila u zakonom dozvoljeni procenat investicije (50%), već bi sporna bila i odredba ugovora po kojoj investitor, kada dosegne 1.500 zaposlenih, ne sme da smanjuje taj broj u naredne tri godine.

Za velika preduzeća zakonom je propisano da ne smeju da smanjuju broj zaposlenih narednih pet godina, po završetku pomoći (koja traje dve godine), a rok od tri godine važi za mala i srednja preduzeća.

Ministarstvo privrede dostavilo je Komisiji prijavu državne pomoći 26. februara 2014. i Komisija ju je razmatrala na sednici održanoj istog dana.

U odluci Komisija je zaključila da „proizvodnja kablovskih sistema predstavlja specifičan proizvod, koji ima dobar plasman na tržištu i koji ima potencijala, te je važan segment ekonomske strukture i stabilnosti ukupnog privrednog razvoja RS”.

Otkud Komisija to zna? Je li to njen posao? Da li je, i ako jeste, ko je od političara uzео mito za ovu pomoć koja je data pošto-poto, tj. koja se nije mogla izbeći?

Tako Ministarstvo finansija (i Ministarstvo privrede) i njihove agencije mogu da krše zakon, a Komisija – koju osniva Ministarstvo finansija – može samo da se žali svom osnivaču, koje je prekršilac, i koje za to neće biti kažnjeno. Ministarstvo finansija ili Komisija nemaju po Zakonu obavezu da izveštavaju o uspešnosti date pomoći.

Naravno da je u telima EU uočeno da pomenuta rešenja nisu dobra. Na pisanu primedbu Evropske Komisije (progress report za Srbiju) da je srpska Komisija za kontrolu državne pomoći nesamostalna, Vlada RS je odgovorila: “Komisija ima sopstveni pečat, memorandum i internet prezentaciju.” Vlada je verovatno smatrala da je to dovoljno da obesnaži prigovor Evropske komisije. Teško je uzeti za obiljno ono što je država Srbija odgovorila Evropskoj komisiji. I verovatno se sve neće na tome završiti, ako proces pridruživanja Srbije

Uniji treba da se nastavi. Ali i mimo toga, zanimljivo je da domaća izvršna i zakonodavna vlast nisu same došle na ideju kako pomenuta rešenja ne valjaju, i kako ih treba popravljati. Za takvo nešto nije potrebno neko posebno znanje, i oni koji nisu pravnici vide da takva rešenja ne valjaju. Svako to može da vidi, a ako se pravi da ne želi da vidi, onda ima samo jedna pretpostavka – nije mu u interesu da to vidi. I vlasti i opoziciji i javnosti je jasno šta ne valja, ali je verovatno manje jasno zašto se to ne menja, posebno to može biti manje jasno javnosti. Očito je da su takva rešenja u interesu onih koji su na vlasti, jer se preko tako koncipirane državne pomoći može ostvariti uticaj na privredu i doći do značajnih sredstava putem mita za lično i stranačko finansiranje.

Usluge od opšteg interesa pri davanju pomoći podležu ublaženom režimu ionako ovlašne kontrole. Pomoć se ne prijavljuje Komisiji ako je do € 15miliona, ukoliko je reč o:

- zdravstvu i ustanovama socijalnog stanovanja,
- aerodromima sa preko 200.000 putnika u prethodnoj godini,
- i ako period pružanja usluga nije duži od 10 godina.

Zanimljivo je da u Srbiji ima samo jedan aerodrom sa pomenutim brojem putnika, kao i da je period od 10 godina vrlo dug sa stanovišta međunarodnog iskustva u davanju državne pomoći. Kao da se nečastivi poigrava pitanjima državne pomoći u Srbiji u svim njenim aspektima. Očito da i u državnim krugovima postoji svest o tome koliko na ovom polju ima problematičnih rešenja, jer je Vlada još pre nekoliko godina obećala donošenje “Uredbe o analizi uticaja državne pomoći”, i to zaključno sa prvim kvartalom 2014. To je ostalo mrtvo slovo na papiru, jer je Vlada nikada nije donela (bar ne do sada, jun 2017). Akcioni plan iz 2013. mnogo je obećavao, ali je malo doneo. U njemu se čak kaže kako će Vlada insistirati na poštovanju zakona. Zar vlada nije ta koja po definiciji mora da poštuje zakon? Kao da su u vladi i sami svesni da ga ne poštuju i da se to ni na koji način ne može sakriti.

## 6. Tužilaštvo i državna pomoć

**Regulativa i rešenja u Evropskoj uniji.** Regulacija državne pomoći u zemljama EU i zemljama-kandidatima, što je trenutno Srbija, predstavlja jednu od četiri tačke politike konkurencije. Ostale tri se odnose na (i) zabranu kartela i podele tržišta, (ii) kontrolu kupovina i spajanja firmi i (iii) zabranu zloupotrebe dominantnog položaja. Za sporne slučajeve čitave politike konkurencije, pa i za slučajeve državne pomoći u EU važe vrlo nestandardna pravila, različita u odnosu na sve druge sfere aktivnosti. Slučajevi nezakonite državne pomoći u EU ne idu pred standardne sudove. Ako se prekrši regulativa EU o davanju

pomoći, reaguje Odeljenje Evropske komisije<sup>47</sup> za kontrolu državne pomoći. Podnosilac prijave, koja je povod Odeljenju da reaguje, može biti bilo ko – pojedinci, firme, ustanove, advokatske kancelarije, udruženja građana i ustanove građanskog društva ili sama Komisija, tj. njeno Odeljenje za kontrolu državne pomoći. Ako se postupak pred Odeljenjem pokrene, on mora i da se okonča „u razumnom vremenskom roku“.

Odeljenje Komisije za kontrolu državne pomoći donosi odluku o datom slučaju (oslobađanje, kazna, visina kazne). Ukoliko su obe strane (podnosilac prijave, tužena strana) zadovoljni odlukom Komisije (Odeljenja), što je zapravo prvostepena presuda, postupak se okončava. Ako neka strana nije zadovoljna odlukom Komisije, ona se može žaliti Sudu pravde EU (važniji slučajevi) ili Prvostepenom sudu (manje važni slučajevi). Odluke bilo kog od dva suda su konačne. Oni imaju funkciju drugostepenih sudova u sferi zaštite konkurencije za čitavu EU. Ne postoji mogućnost da nezadovoljna strana ide dalje na neki nacionalni sud ili na međunarodnu arbitražu. Pored većih slučajeva državne pomoći, koji se rešavaju na nivou EU, postoje i manji slučajevi, koji se rešavaju na nacionalnom nivou. Na nacionalnom nivou zemalja-članica važi ista regulativa kao i na nivou EU.

**Srbija: važniji slučajevi.** U analogiji sa EU, i u Srbiji je regulativa postavljena tako da se izbegnu regularna tužilaštva i sudovi. Državnu pomoć odobravaju agencije Ministarstva finansija ili Ministarstva privrede. Davanje državne pomoći u Srbijispolja kontroliše Evropska komisija a u zemlji tu su:

1. Komisija za kontrolu državne pomoći,
2. Državna revizorska institucija (DRI),
3. Budžetska inspekcija,
4. Ustanove građanskog društva.

Kao što je slučaj i u zemljama EU, veći slučajevi kršenja pravila o dodeli državne pomoći (i ostali slučajevi vezani za politiku konkurencije) koji se dese u Srbiji ne idu pred regularne sudove u Srbiji i van nje. U takvim slučajevima Odeljenje za državnu pomoć i Evropska komisija problem pokušavaju da reše u komunikaciji sa vladom Srbije, kako bi se nedozvoljena praksa prekinula, a sredstva koja su nezakonito dodeljena vratila u budžet. Tako Komisija postupa i sa zemljama-članicama. Ako se problem na tom nivou reši, nema nikakvog daljeg postupka. Ali ako se problem na taj način ne reši, onda Odeljenje za državnu pomoć Evropske komisije ima dve mogućnosti: prvo, da predloži

<sup>47</sup> Evropska komisija je jedinstveno telo u civilizovanom i uređenom delu sveta po tome što učestvuje u sva tri oblika vlasti – zakonodavnoj, izvršnoj i sudskoj. Iako u normalno uređenom svetu važi pravilo da ustanove ove tri grane vlasti moraju biti međusobno odvojene, Komisija krši ovo pravilo. Ona je deo izvršne vlasti, time što je administracija viših tela Unije, poput Saveta. Ona daje i zakonodavne predloge (štaviše, njeni predlozi imaju primat nad svim ostalim), pa je time deo zakonodavne vlasti. Konačno, u sferi politike konkurencije Komisija ima sudske nadležnosti u prvoj instanci, pa je tako i deo sudske vlasti.

kaznu za vladu zemlje zbog date pomoći ili, drugo, da slučaj tužbom protiv te vlade dovede na Sud pravde EU. Ako u vezi prve mogućnosti vlada članice koja je kažnjena nije zadovoljna izrečenom kaznom, može da se žali jedino Sudu pravde EU. Presuda tog Suda biće konačna. To važi i za drugu mogućnost, kada Odelenje (tj. Evropska komisija) tuži neku vladu Sudu pravde EU zbog nezakonito date državne pomoći.

Takav postupak ne može da se primeni u slučaju zemlje koja još nije članica, poput Srbije, zato što Sud pravde EU nije nadležan za nečlanice. U slučaju kada bi vlada Srbije dodelila veću nezakonitu pomoć nekoj firmi (videti primere iz okvira u ovom radu o Aerodromu Nikola Tesla i FIAT Kragujevac), reagovala bi Evropska komisija, koja bi tražila da se praksa prekine, a sredstva vrate u budžet. Ako bi vlada Srbije takav zahtev usvojila, time bi se slučaj okončao. Ako vlada Srbije, pak, takav zahtev ne bi usvojila, Evropska komisija bi izvršila politički pritisak da vlada usvoji njen zahtev ili bi obavestila više organe Unije o slučaju i njima prepustila da problem reše političkim sredstvima. Pošto zemlje potencijalni kandidati i kandidati teže članstvu u Uniji, one ne smeju da dozvole da ne usliše takve zahteve bilo Evropske komisije, drugih tela Unije ili političara iz uticajnih zemalja Unije. Ako bi se oglušila o takve zahteve, takva zemlja-kandidat bi bila kažnjena time što bi je Unija stavila na slepi kolosek ili usporila njeno napredovanje ka članstvu. Obzirom da Evropska komisija određuje tempo pregovora, otvaranja novih poglavlja i ostale poslove, ona ima dovoljno instrumenata da uspori ili zaustavi proces integracije neke zemlje u Uniju. Zato se slučajevi takve neposlušnosti zemalja kandidata obično ne dešavaju.

I u tim važnijim slučajevima, kojima se svakako bavi Evropska komisija, mogu da se umešaju domaća tela, kao što je Komisija za kontrolu pomoći ili DRI. Međutim, to se po pravilu ne dešava. Komisija za kontrolu pomoći izbegava da se bavi i manje važnim slučajevima, o važnijim da se ne govori. Ona se shvata kao telo podređeno Ministarstvu finansija, koje ju je osnovalo, te izbegava da deluje protiv odluka svog osnivača. Očito da je Komisija za kontrolu državne pomoći u Srbiji još uvek mnogo daleko od njene prave funkcije.

**Srbija: manje važni slučajevi.** Posle razjašnjenja na međunarodnom, možemo se vratiti na nacionalni nivo. I ovde je stvar tako postavljena da najveći slučajevi ne dolaze do regularnog tužilaštva. Veći slučajevi pomoći se obezbeđuju bilo bankarskim garantijama bilo političkim sredstvima. Ako korisnik ne koristi sredstva pomoći prema zakonu, davalac pomoći može da aktivira bankarsku garantiju, što se u značajnom broju slučajeva i desilo. Ako kojim slučajem nema bankarske garancije, već je aranžman obezbeđen političkim sredstvima (obično je to slučaj kada je u pitanju pomoć državnim

firmama ili firmama sa izraženom socijalnom funkcijom), onda se vrši pritisak na onu stranku koja kontroliše tu firmu ili sektor da se stvari isprave. Ni u jednom ni u drugom slučaju stvari neće doći do tužilaštva.

Ako bi Komisija za kontrolu državne pomoći u Srbiji pokrenula postupak zbog nepravilnosti u dodeli pomoći, on bi se obično interno okončao. Ako bi primalac pomoći bio nezadovoljan rešenjem Komisije, on bi mogao da pokrene prekršajni ili krivični postupak pred sudom. U tom slučaju predmet će doći do tužilaštva.

I ako bi agencija kao davalac pomoći u Srbiji pronašla da korisnik ne upotrebljava pomoć kako je ugovoreno, ona bi mogla da u internoj komunikaciji sa korisnikom to ispravi. Ukoliko to ne bi uspelo, davalac pomoći bi mogao da aktivira bankarsko osiguranje, koje je korisnik pomoći morao da pribavi pre nego što je došao u položaj da koristi pomoć. U tom slučaju agencija-davalac pomoći bi nadoknadila dati iznos. Ako, pak, agencija nije dobila bankarsko osiguranje, onda bi u slučaju da korisnik ne koristi pomoć prema pravilima jedino mogla da ga tuži, u kom slučaju bi spor došao do tužilaštva. DRI takođe može da podnese prekršajne ili krivične prijave, čime slučaj takođe dolazi i do tužilaštva. Nije poznat broj otvorenih istraga i eventualnih sudskih postupaka. Isto što važi za DRI oko kontrole zakonitosti državne pomoći i eventualnog pokretanja kaznenih postupaka, važi i za ustanove građanskog društva.

***Najčešći slučajevi za tužilaštvou vezi državne pomoći.*** Pred tužilaštvo slučajevi državne pomoći privredi (i poljoprivredi) mogu da dođu zbog:

- kršenja propisa o dodeli i korišćenju državne pomoći, i
- korupcije koja nastaje pri postupku dodele državne pomoći.

Takvih slučajeva do sada je bilo relativno malo, što je u nesrazmeri sa brojem nezakonitih slučajeva pri dodeli državne pomoći. Pred tužilaštva, međutim, često dolaze slučajevi državne pomoći preduzetnicima, koji su po pravilu vezani za manje iznose. Obično se radi o promeni namene dobijene pomoći, raznim nepravilnostima u njenom korišćenju ili netačnoj dokumentaciji pri konkurisanju za dobijanje državne pomoći. Takvih slučajeva pred tužilaštvima u Srbiji trenutno ima prilično veliki broj.

Ponekad vladine agencije koje odobravaju pomoć, u situaciji kada dođu u sukob sa primaocem pomoći usled nepravilnosti u korišćenju dobijene pomoći, ne pokušavaju same da reše spor, već slučaj ustupaju posredničkim agencijama ili agencijama za naplatu zaostalih potraživanja. Obično se to radi sa starijim potraživanjima. Najčešće su državne agencije za pružanje pomoći već tužile primaoca pomoći podnošenjem prijave kod tužilaštva. Kod manjih iznosa se dešava da posredničke agencije za naplatu potraživanja nisu zainteresovane

za sudski spor, jer su sredstva koja su predmet potraživanja suviše mala. Tako se tužioci mogu da nađu u neobičnoj situaciji. Imaju prijavu za prekršaj ili krivično delo od nadležne vladine agencije (obično je to davalac pomoći), ali posrednička firma ili agencija kojoj je država ustupila slučaj i eventualnu naplatu duga, nije zainteresovana za dalji postupak, jer bi učešćem u njemu više izgubila, nego što bi zaradila. U takvim slučajevima ni tužiocima ne ostaje ništa drugo, nego da i oni odustanu od daljeg postupka.

***Praksa u dodeli i kontroli državne pomoći u Srbiji.*** Razna tela, kao što su Savet za borbu protiv korupcije, Transparentnost Srbija i druge organizacije analizirali su regulativu i praksu u dodeli državne pomoći u Srbiji. Na primer, Savet za borbu protiv korupcije analizirao je dodelu državne pomoći u periodu 2001-2014. u Republici Srbiji i konstatovao je da su narušena sva osnovna načela dodele državne pomoći. Vrlo slični nalazi su i u studiji Transparentnost Srbija o državnoj pomoći.<sup>48</sup> Osnovna načela za dodelu državne pomoći su:

1. Ravnomerni regionalni razvoj,
2. Podsticaj manjih firmi i preduzetnika,
3. Podrška proizvodnji i izvozu, a ne trgovini i uslugama.

Ad 1. Prvo načelo rada Fonda, ravnomerni regionalni razvoj, uključujući podsticanje razvoja nedovoljno razvijenih područja, vrlo često se krši. Umesto nerazvijenim, ogromna većina kredita je otišla u Beograd, a potom Novi Sad i Niš, koji spadaju u razvijenije, a ne nerazvijene regione u Srbiji.

Ad 2. Umesto manjih firmi i preduzetnika, kredite su dobijali tajkuni. Tako su jedne godine firme Miroslava Miškovića dobile 1,2mlrd dinara pomoći, a svi ostali mali preduzetnici 880 miliona dinara. Usled takve kreditne politike Fonda, narušeno je i njegovo drugo načelo – podsticanje poslovanja manjih pravnih lica i preduzetnika.

Ad 3. Konačno, narušeno je treće osnovno načelo Fonda – umesto podsticanja proizvodnje i izvoza, podrška je uglavnom davana za delatnosti vezane za trgovinu i usluge.

Savet je našao da je rad Fonda bio snažno politizovan. U nadzornom odboru i drugim telima Fonda sedeli su ministri, Fond je formacijski bio podređen Ministarstvu finansija i Ministarstvu za javnu upravu, lokalnu samoupravu i regionalni razvoj. Među ostalim nedostacima, Savet je našao i sledeće:

- Potrošena su velika javna sredstva.
- Nema nikakvog osetnijeg pozitivnog uticaja date pomoći na privredu Srbije.

---

<sup>48</sup> Up. Transparentnost Srbija 2015; Savet za borbu protiv korupcije 2014.

- Nisu razvijene ili nisu poštovane procedure procene kreditnog rizika, procene rizičnih kredita, mehanizama povraćaja sredstava.
- Većina kredita je nenaplativa.
- Tajkuni su se dodatno obogatili.
- Preduzetnici su uglavnom ostali bez podrške.
- Političari i birokrate nisu odgovarali za povredu načela Fonda, nepravilan rad i zloupotrebu sredstava Fonda.

**Mršav kazneni bilans.** Visoka izdvajanja za državnu pomoć privredi u Srbiji, labava regulativa i njeno još labavije sprovođenje, odsustvo kazni – stvorili su pogodno okruženje za mnoge zloupotrebe. Očito je da se pomoć vrlo snažno zloupotrebljavala i da do takvih zloupotreba nije moglo doći da ministri i drugi viši službenici nisu bili veoma zainteresovani da se pomoć dodeljuje bez obzira na njenu neefikasnost i brojne zloupotrebe. To nagoveštava da su oni imali direktan interes da se pomoć dodeljuje na taj način, a to je, opet, dalja indicija (mada ne i dokaz), da su ministri i viši državni službenici izvesno dobijali mito, kako bi postupali na navedeni način. Takva masovna i očita kršenja zakona u potpunosti su nesrazmeri sa odsustvom kazni za takvo ponašanje. Sve što se može videti na ovom polju dolazi iz javnih medija, u kojima se povremeno mogu čitati članci o tome kako su neke institucije (DRI) podnele prijave protiv pojedinih ministara ili drugih viših državnih službenika ili da su jedni političari i birokrati podneli krivične prijave protiv drugih. Na tome se sve obično i završava. Očito da u političkoj klasi postoji saglasnost da se takve stvari ne isteruju do kraja. Vrlo su retki sudski postupci protiv političara zbog korupcije, uključujući i onu koja nastaje u postupku davanja državne pomoći. A i kada do postupaka dođe, oni se razvlače, a po pravilu se nikada i ne okončaju. I ako se neki okonča, onda je to obično u pitanju neki lokalni<sup>49</sup> ili beznačajni političari ili neki relativno manje važan slučaj.

Naravno, za potrebe marketinga pred izbore bilo je raznih hapšenja manje važnih političara i birokrata, obično onih iz bivših vladajućih grupa. Takve kampanje hapšenja su dobijale veliki publicitet prilikom samog hapšenja, često su se koristili potpuno nezakoniti postupci (npr. hapšenje uztelevizijski prenos), jer je trebalo stvoriti utisak kako se vlasti aktivno i odlučno bore protiv korupcije i pokušavaju da je suzbiju. Posle velikog publiciteta pri hapšenju, gotovo svi uhapšeni se u tišini puštaju na slobodu, a postupci protiv njih se nikada ne pokreću – sem u vrlo, vrlo retkim slučajevima. To javnost, naravno, nije u stanju da vidi. Mnogi su prvo hapšeni, pa su tek kasnije traženi dokazi. Protiv nekih je čak pokretan i sudski postupak, pa su se tek onda

---

<sup>49</sup> Npr. slučaj Duška Kneževića, tadašnjeg predsednika opštine Zrenjanjin, zbog prodaje državnog građevinskog zemljišta privatnoj firmi ispod tržišne cene.



tražili dokazi. Takvi procesi, čak i kada se pokrenu iz marketinških političkih razloga, obično propadaju, hapšeni pokreću odštetne zahteve koje po pravilu dobijaju, a država plaća velika obeštećenja. Sve se na kraju svede na „predstavu za naivne“ i poigravanje pravdom. Tako se u Srbiji suočavamo sa paradoksom da u zemlji visokog nivoa korupcije, što se potvrđuje i na polju državne pomoći, praktično nema pravosnažnih presuda protiv ministara i drugih viših državnih službenika za korupciju. Istrazi, tužilaštvima i sudovima su vezane ruke od strane izvršne vlasti, koja kontroliše njihov rad. Ozbiljnije promene se mogu očekivati tek kada se sudska vlast (a time i tužilaštvo kao njen deo) osamostali i postane nezavisna od izvršne vlasti.

Vrlo je jasno zašto izvršna vlast kontroliše sudsku. Ako bi istraga, tužilaštvo i sud bili nezavisni od izvršne vlasti, većina počinitelja krivičnih dela vezanih za korupciju bila bi uhvaćena i osuđena. Velika verovatnoća da bi nastupio takav ishod bi učinila da sa protokom vremena nivo korupcije opada. Ali, ako bi do toga došlo, kako bi se političari i viši birokrati nezakonito bogatili, kako bi se finansirali rad stranaka i izborne kampanje, kako bi se pribavljala sredstva za potkupljivanje političkih rivala, itd. Naravno, da bi sve to vremenom bilo svedeno na zanemarljivu meru, a nedostajuća sredstva bi se morala tražiti na drugi, regularan način. Dakle, ako bi istraga, tužilaštvo i sud bili nezavisni političari bi ili postali njihova najveća žrtva ili bi sa raširenim lošim navikama (uzimanje mita) morali da prestanu. Očito je da u političkim krugovima postoji saglasnost da se sa lošim praksama nastavi, jer im donosi ogromnu nezakonitu korist, a rizik je – usled kontrole sudske vlasti – ravan nuli.

***Dug put do poboljšanja.*** Do promene na ovom polju doći će tek kada pritisak birača i javnosti bude ojačao da se korupcija i druge nezakonite radnje ozbiljno suzbiju. Takav javni pritisak, nezavisnost institucija koje se time bave i pouzdani mehanizmi kontrole se obično ne razvijaju brzo. Za njih je potrebno vreme i stalni, neprekinut napor da te ustanove i njihov rad budu trajni. Oni su vezani i za dostizanje izvesnog nivoa zrelosti u društvu, koja je uslov da se takvi mehanizmi pokrenu i upotrebe. Zemlje koje danas važe kao uzor u pogledu suzbijanja kriminala i korupcije vezanih za politiku, koliko do pre sedam-osam decenija imale su slične probleme sa kojima se danas susreće Srbija. Današnja dobra rešenja u suzbijanju korupcije u nekim zemljama sveta postignuta su dugotrajnim i sistematskim naporom. Teško da će i Srbija u tom pogledu biti izuzetak. Situacija u ovoj oblasti će verovatno biti nešto bolja za dvadeset godina, i znatno bolja za pedeset. A biće bolja samo ako se već danas krene u popravke i traženje boljih rešenja. U tom poslu tužilaštvo ima jednu od ključnih uloga. Naravno, niko ne može očekivati od tužioca da igra Don

Kihota. Potrebno je da u društvu prevlada shvatanje o štetnosti postojećih rešenja i potrebi da se to ozbiljno promeni.

## 7. Zaključak

Državna pomoć je složen mehanizam preko koga država pomaže jednom broju preduzetnika i firmi. Regulacija državne pomoći deo je politike konkurencije, koja pored pomoći ima još tri elementa – zabranu kartela i dogovora o cenama, kontrolu spajanja i kupovine firmi i zabranu zloupotrebe dominantnog položaja na tržištu. Regulativa politike konkurencije, pa i državne pomoći u Srbiji je (uz neke izuzetke) solidna i zasnovana na rešenjima koja postoje u članicama Evropske unije. Iako su zakonska rešenja vezana za državnu pomoć dobra (osim odsustva kaznenih odredbi u Zakonu o kontroli državne pomoći), praksa je vrlo loša. Državna pomoć je po obimu mnogo veća od one u zemljama EU, pretežno se daje “industrijama na zalasku” umesto “industrijama koje se rađaju” i pretežno se daje u obliku tzv. vertikalne pomoći koja je zabranjena ili bar nepoželjna, umesto horizontalne i regionalne, koja je dozvoljena i poželjna. Otuda će državna pomoć u Srbiji morati da se značajno smanjuje i menja.

U ekonomiji se smatra da je državna pomoć firmama delimično štetna, delimično korisna za njih, ali štetna za tržišne sile i poreske platiše. Ako firme ne mogu da prođu tržišni test i opstanu, teško će im pomoći i državna davanja i zaštita. Ako se takve firme održavaju uz državnu pomoć, to se svodi na finansiranje neefikasnosti ili privilegija o trošku efikasnih firmi i drugih poreskih platiša. Sve što se štiti pomoću državne pomoći propada, a što se više štiti, obično brže propada.

Regulacija državne pomoći u EU i Srbiji je specifična, zato što nadležnost za prekršaje pravila imaju nestandardni organi. U zemljama EU kazne za kršenje pravila u dodeli pomoći u prvoj instanci izriče Odelenje za državnu pomoć Evropske komisije, dok bi u Srbiji taj posao trebalo da radi Komisija za kontrolu državne pomoći Ministarstva finansija. Drugi stepen u EU predstavlja Sud pravde EU (i Prvostepeni sud), a u Srbiji su to regularni sudovi. Otuda tužilaštva ni u Evropi ni u Srbiji ne dobijaju najznačajnije slučajeve, mada ih niko ne sprečava da pokrenu istragu u bilo kom slučaju. Praksa pokazuje da tužilaštva i sudovi u Srbiji dobijaju uglavnom samo manje važne slučajeve kršenja pravila i zakona o dodeli državne pomoći, što se objašnjava pomenutom posebnosti regulacije na ovom polju, visokim stepenom politizacije pomoći i kontrolom sudske od strane izvršne vlasti. Sudska kontrola dodele državne pomoći u Srbiji je praktično nalazi na početku.

Pored promene obima, profila i svrhe, državna pomoć u Srbiji moraće da se menja i u pogledu regularnosti postupaka dodeljivanja pomoći i smanjivanja korupcije vezane za pomoć. Dodela pomoći više liči na dobročinstvo političara prema firmama prijatelja, tajkuna i drugih, koji deo dobijene pomoći vraćaju u džep političara kao izraz zahvalnosti. Korupcija kod dodele državne pomoći u Srbiji cveta i u tom pogledu su sudska vlast i građani nemoćni. Potrebno je da u društvu sazri klima da je korupcija vrlo štetna i da nešto ozbiljno mora da se preduzme i promeni. Takve promene ne mogu da nastupe brzo, ali je potrebno da one što pre počnu. Verovatno će trebati decenije da se stvari na ovom polju u Srbiji značajnije poprave.

### III JAVNE NABAVKE

#### 1. Cilj regulisanja i načela javnih nabavki

Regulisanje postupaka javnih nabavki ima više ciljeva. Pored borbe protiv korupcije, stvaranja uslova za nesmetan promet robe i usluga, doprinos razvoju privrede, može se reći da je možda prvi i osnovni cilj onaj koji je promovisan kroz načelo efikasnosti i ekonomičnosti upotrebe javnih sredstava. Ukoliko se navedeno načelo tretira kao osnovno, „ciljno“ načelo, sva ostala načela predstavljaju sredstva za ostvarenje istog. Naime, kao najvažnije za ostvarenje načela efikasnosti i ekonomičnosti nameće se obezbeđenje konkurencije među ponuđačima. Tako u najširoj mogućoj konkurenciji (podrazumeva što veći broj ponuđača u konkretnom slučaju), naručilac će dobiti najpovoljnije ponudene uslove za realizaciju konkretnog ugovora o javnoj nabavci.

S druge strane, konkurencija među ponuđačima se ostvaruje doslednim poštovanjem načela transparentnosti postupka javne nabavke (da se svim potencijalnim ponuđačima omogući pristup informacijama odnosača za realizaciju javne nabavke) i načela jednakosti ponuđača (danijedan od ponuđača nema više informacija i prava od drugog ponuđača).

Borba protiv korupcije je, dakle, jedan od primarnih ciljeva celokupnog sistema javnih nabavki. Ako se ima u vidu da se u Republici Srbiji godišnje na javne nabavke potroši oko 3.000.000.000 EUR (zvaničan podatak Uprave za javne nabavke), može se konstatovati da u ovoj oblasti postoji ogromna opasnost od koruptivnih radnji i pojava koje imaju za cilj nezakonito favorizovanje određenih ponuđača i diskriminaciju ostalih, a u svrhu zadovoljenja određenih finansijskih, političkih i drugih interesa. Naravno, radi se o ostvarenju interesa isključivo uskog kruga lica – određenih pojedinaca ili interesnih grupa, zahvaljujući čemu je ugrožen javni interes.

Korupcija u javnim nabavkama ne donosi samo gubitak u novcu (u javnim sredstvima), već utiče i na to da se nabavljaju dobra, usluge i radovi koji svojim karakteristikama, kvalitetom i rokovima isporuke ne odgovaraju potrebama naručioca, a neretko se dešava da se isporuči samo deo ugovorenog ili da isporuka u celini izostane. Neadekvatna realizacija ugovora o javnim nabavkama dodatno uvećava negativne efekte korupcije u javnim nabavkama. Posledice neadekvatno realizovanih javnih nabavki odražavaju sedvostruko negativno na rad svih naručilaca: troškovi njihovog funkcionisanja se uvećavaju, dok

je kvalitet usluga koje pružaju građanima slabiji od potencijalnog. To sve, u krajnjoj liniji, pada na teret građana, jer su u pitanju institucije koje se u pretežnom delu finansiraju njihovim novcem, a građani su i korisnici tih usluga.

Suzbijanje neregularnosti u javnim nabavkama mora se, dakle, sprovesti kroz različite mere koje prožimaju sve faze procesa javne nabavke: planiranje, sprovođenje postupka javne nabavke i izvršenje ugovora. Sistem javnih nabavki trebalo bi da obezbedi efikasnu prevenciju korupcije i da omogući njeno lakše sankcionisanje ukoliko se pojavi. Zbog toga se pitanje suzbijanja neregularnosti i borbe protiv korupcije ne može smatrati isključivo pitanjem sprovođenja nekih posebnih antikorupcijskih mera, već kao cilj koji se ostvaruje kroz različite aspekte reforme sistema javnih nabavki, kao što je, na primer, povećanje transparentnosti, ali svakako i bolje informisanje javnosti i veći stepen edukacije svih aktera u postupcima javnih nabavki.

### **1.1. Načelo efikasnosti i ekonomičnosti**

Efikasnost predstavlja pravovremenu i kvalitetnu realizaciju konkretnog ugovora o javnoj nabavci i od velike je javnog značaja jer od iste zavisi kako će svoje delatnosti obavljati naručioci i kako će, samim tim, biti zadovoljene potrebe građana. Svakako da neadekvatnost predmeta javne za koji se opredelio naručilac može da ugrozi i obavljanje poslova koji su u nadležnosti naručioca, a samim tim, i zadovoljenje potreba građana. Tako će neadekvatna medicinska sredstva ugroziti zdravlje i živote pacijenata u zdravstvenim ustanovama koje su naručioci, nekvalitetni rezervni delovi mogu ugroziti rad opreme i postrojenja u okviru energetskog sistema što može da dovede u pitanje uredno snabdevanje građana električnom ili toplotnom energijom itd. Međutim, neadekvatnost predmeta nabavke ne mora da se ispoljava samo u kroz nabavku nečega što je lošijeg kvaliteta od realnih potreba jednog naručioca, već i kroz nabavku onoga što po kvalitetu i obimu prevazilazi te potrebe. Tako, recimo, nabavka opreme za koju naručilac nema obučene kadrove za korišćenje i održavanje, a koja nije realno potrebna naručiocu ili opreme koju će naručilac vrlo retko koristiti, svakako, čini takvu opremu neefikasnom jer zahteva dodatno vreme za obuku kadrova i potrebu za održavanjem i skladištenjem opreme koja se gotovo ne koristi.

Ekonomičnost podrazumeva što manji utrošak javnih sredstava prilikom nabavke dobara, usluga ili radova za potrebe naručioca. Taj element konkretnog načela se, pre svega, ostvaruje kroz najnižu cenu kao kriterijum za rangiranje ponuda, kao i kroz ponuđenu cenu kao element kriterijuma

ekonomski najpovoljnija ponuda. Dakle, od velikog značaja za naručioca je da cene u ponudama budu što niže, na šta i sam u značajnoj meri može uticati pravilnim planiranjem javne nabavke i obezbeđenjem što šire konkurencije među ponuđačima. Međutim, za ostvarenje ekonomičnosti važni su i drugi elementi kriterijuma ekonomski najpovoljnija ponuda koji se, po svom ishodu, mogu predstaviti kao utrošak javnih sredstava (uslovi plaćanja, tekući troškovi i troškovna ekonomičnost). Takođe, veoma je važna i faza realizacije ugovora o javnoj nabavci, u kojoj se ne sme dozvoliti nezakonito povećanje cene (pre svega zaključenjem aneksa ugovora o javnoj nabavci protivno odredbama tog zakona), kao i nastanak troškova koji će podrazumevati dodatno trošenje javnih sredstava. Na primer, ukoliko naručilac toleriše kašnjenje ponuđača u izvršenju ugovornih obaveza po ugovoru o održavanju određene opreme, to može prouzrokovati ozbiljan kvar iste, što će s druge strane, dovesti do potrebe za nabavkom nove opreme i, samim tim, većih troškova za naručioca.

Međutim, izbor predmeta nabavke koji realno nije potreban naručiocu i to ne samo kao izbor vrste predmeta u fazi planiranja javne nabavke, već i kao korišćenje „prejakih“ tehničkih specifikacija u samoj konkursnoj dokumentaciji, svakako, da dovodi do nepotrebne potrošnje javnih sredstava koja su mogla da budu iskorišćena na adekvatniji način i da tako zadovolje realne potrebe naručioca. Ekonomičnost je u takvim slučajevima i te kako obesmišljena.

## **1.2. Obezbeđivanje konkurencije**

Gotovo da ne postoji dilema kako u teoriji, tako i kod onih koji neposredno sprovode postupke javnih nabavki, da široka konkurencija, odnosno što veći broj ponuđača i podnetih ponuda, doprinosi da ponuđeni uslovi realizacije konkretnog ugovora o javnoj nabavci budu povoljniji za naručioce. Na taj način se, pre svega, ostvaruje načelo efikasnosti i ekonomičnosti upotrebe javnih sredstava. Naime, izbor predmeta nabavke i njegovih tehničkih specifikacija koji će, sa jedne strane, zadovoljiti realne potrebe naručioca (u smislu poslova koje obavlja), a sa druge strane će omogućiti što širu konkurenciju, istovremeno će predstavljati i najbolji garant ostvarenja načela efikasnosti i ekonomičnosti.

## **1.3. Transparentnost postupka javne nabavke**

Načelo transparentnosti postupka javne nabavke je svakako od presudnog značaja za ostvarenje ciljeva javnih nabavki. Samo objavljivanje svih

relevantnih podataka o postupku javne nabavke na način koji će omogućiti svim zainteresovanim licima da budu upoznati sa istima, može da doprinese efikasnom i ekonomičnom sprovođenju tog postupka (kroz obezbeđenje što šire konkurencije), ali i borbi protiv korupcije. Svakako da je transparentost načelo koje omogućava i efikasnu reviziju svrsishodnosti javnih nabavki, jer ukoliko je naručilac u obavezi da javno objavljuje planove javnih nabavki, tenderske dokumentacije i sve oglase i obaveštenja u postupku javne nabavke, podrazumeva se da će i organizacijama civilnog društva, medijima i nadležnim državnim organima biti olakšano da se uvere u svrsishodnost onoga što se nabavlja za potrebe naručilaca. Nekada je potrebno i više mehanizama od onih koji su predviđeni propisima koji bliže uređuju sistem javnih nabavki, da bi se utvrdili motivi kojima se naručilac rukovodio prilikom odabira predmeta javne nabavke, kao što su zahtevi za pristup informacijama od javnog značaja.

#### **1.4. Jednakost ponuđača**

Jednak položaj svih ponuđača, promovisan kroz načelo jednakosti ponuđača, znači jednak tretman prema svakom od ponuđača u svakoj od faza postupaka javne nabavke. To se, pre svega, odnosi na informacije koje su od značaja za sprovođenje postupka javne nabavke, i to tako što naručilac nesme nijednom ponuđaču da saopšti ono što nije saopštio drugim ponuđačima. Takvu obavezu naručilac ima ne samo u postupku javne nabavke, već i u fazi pripreme istog, odnosno izrade plana nabavki, kao i tenderske dokumentacije. Takođe, prilikom preduzimanja određenih radnji u postupku javne nabavke, naručilac je dužan da postupa u istim situacijama na isti način nezavisno od toga koje ponuđač ili zainteresovano lice kao potencijalni ponuđač. Naročito je u cilju ostvarenja svrsishodnosti javne nabavke važno da u fazi istraživanja tržišta, pre planiranja javne nabavke i sastavljanja tehničkih specifikacija, naručilac prikupi informacije na jednak način od svih potencijalnih ponuđača za koje zna da mogu da realizuju konkretnu javnu nabavku (u meri u kojoj je to moguće) ili da javno pozove sve takve ponuđače da se izjasne o tome šta smatraju najadekvatnijim predmetom javne nabavke i najoptimalnijim karakteristikama istog imajući u vidu konkretne realne potrebe naručioca. Pri tome, naručilac mora da obrati posebnu pažnju na to da izbegne favorizaciju nekog od potencijalnih ponuđača što će postići i time što će svaku informaciju koju dobije istraživanjem tržišta dodatno proveravati kako preko javno dostupnih informacija, tako i kroz saradnju sa kolegama koji sprovode nabavke kod drugih naručilaca, a i kroz pitanja koja se mogu postavljati stručnim udruženjima ili ekspertskim insitucijama (fakultetima, na primer).

## **2. Ovlašćenja za suzbijanje neregularnosti i za borbu protiv korupcije u važećem Zakonu o javnim nabavkama**

Važećim Zakonom o javnim nabavkama u Republici Srbiji, koji je usvojen 2012. godine, a čija je primena počela 01. aprila 2013. godine, uključujući i izmene i dopune istog koje su izvršene u toku 2015. godine (“Službeni glasnik RS”, br. 124/2012, 14/2015 i 68/2015; u daljem tekstu: ZJN), učinjen je značajan napredak na planu suzbijanja nepravilnosti i borbe protiv korupcije u odnosu na prethodni Zakon o javnim nabavkama (usvojen 2008. godine, sa početkom primene od 06. januara 2009. godine).

Naime, ZJN je, pre svega, obezbedio veću transparentnost u postupcima javnih nabavki u odnosu na obaveze koje su naručioci imali pre njegovog usvajanja, i to kroz obaveze objavljivanja:

- godišnjeg plana nabavki,
- poziva za podnošenje ponuda i konkursne dokumentacije u svim postupcima javnih nabavki;
- odluke o dodeli ugovora;
- odluke o izmeni ugovora o javnoj nabavci;
- obaveštenja o podnetom zahtevu za zaštitu prava itd.

Pored navedenog, za razliku od prethodno važećeg zakona (koji takva pravila ili nije sadržao ili nisu bila jasnije definisana), ZJN sadrži posebno poglavlje koje obuhvata pravila – mere koje se odnose na sprečavanje korupcije i sukoba interesa u javnim nabavkama, i to:

- obavezu svakog naručioca da donese interni akt kojim se bliže uređuje način planiranja javne nabavke, sprovođenje postupka, izvršenje ugovora i kontrola javnih nabavki;
- zaštitu integriteta postupka kroz zabranu da lica koja su učestvovala u pripremi javne nabavke učestvuju kao ponuđači i dužnost naručioca da odbije ponudu u takvim slučajevima;
- prijavljivanje korupcije Upravi za javne nabavke, Agenciji za borbu protiv korupcije i nadležnom tužilaštvu i zaštitu lica koja prijave korupciju;
- obavezu ponuđača da podnesu izjavu o nezavisnoj ponudi i dužnost prijavljivanja povrede konkurencije Komisiji za zaštitu konkurencije, kao i zaštitu lica koja na to ukazuju;
- imenovanje građanskog nadzornika za javne nabavke čija je procenjena vrednost veća od milijardu dinara.

Takođe, propisan je duži rok zastarelosti prekršaja u javnim nabavkama od tri godine od dana učinjenog prekršaja, kao i nove nadležnosti Uprave za javne nabavke i Republičke komisije komisije za zaštitu prava u postupcima



javnih nabavki kao što su: pokretanje prekršajnog postupka, odnosno vođenje prekršajnog postupka u prvom stepenu, pokretanje postupka za utvrđivanje ništavosti ugovora, izricanje novčanih kazni idr.

Između ostalog, na osnovu navedenih zakonskih rešenja, kao i spremnosti nadležnih organa da ista primenjuju, dobijena je i pozitivna ocena Evropske komisije, pa je na Međuvladinoj konferenciji o pristupanju Srbije Evropskoj uniji, koja je održana 13. decembra 2016. godine u Briselu, otvoreno Poglavlje 5 u pregovorima za pristupanje Republike Srbije Evropskoj uniji, koje poglavlje se odnosi na javne nabavke, kao i na javno-privatno partnerstvo i koncesije. Otvaranje tog poglavlja zasnovano je na oceni da je regulativa u oblasti javnih nabavki u Srbiji u velikoj meri usklađena sa pravnim tekovinama EU, kao i da je Srbija učinila značajan napredak u javnim nabavkama i reformama u toj oblasti. Međutim, na pomenutoj konferenciji su usvojena i privremena merila za zatvaranje Poglavlja 5, odnosno ciljevi koje je potrebno da Srbija ispuni kako bi se, u oblasti javnih nabavki, ostvarili politika i instrumenti poput onih u zemljama EU. Sa stanovišta ove analize, posebno su značajna sledeća merila:

- priprema praktičnih alata za implementaciju i monitoring odredbi propisa (uključujući podzakonske akte, priručnike i modele standardnih dokumenata);
- jačanje mehanizama kontrole, uključujući i neposredno praćenje i poboljšane transparentnosti faze izvršenja ugovora o javnim nabavkama i sistematskih procena rizika sa prioritonom kontrolom u najosetljivijim oblastima i procedurama;
- efikasno funkcionisanje sistema pravnih sredstava;
- mere koje se odnose na prevenciju i borbu protiv korupcije i sukoba interesa u oblasti javnih nabavki, kako na centralnom, tako i na lokalnom nivou.

S druge strane, u Nacionalnoj strategiji za borbu protiv korupcije u Republici Srbiji za period od 2013. do 2018. godine ("Sl. glasnik RS", br. 57/2013) kao Ocena stanja u oblasti javnih nabavki navedeno je: „U dosadašnjem periodu izostalo je efikasno sankcionisanje zloupotreba u javnim nabavkama, kao i adekvatna saradnja između Uprave za javne nabavke, javnih tužilaštava, ministarstva nadležnog za poslove finansija, DRI i drugih nadležnih institucija. Novi Zakon o javnim nabavkama („Službeni glasnik RS” broj 124/12), stupio je na snagu 6. januara 2013. godine, sa početkom primene od 1. aprila 2013. godine. Njime je postignut značajan napredak na normativnom planu, u oblasti transparentnosti postupka, redukovanja diskrecionih ovlašćenja rukovodilaca organa koji vrše nabavku, jačanja kontrole nad postupcima javnih nabavki, sankcija, profesionalizacije, jačanja kapaciteta i integriteta

lica nadležnih za sprovođenje javnih nabavki. Antikorupcijski efekti Zakona i potreba za eventualnim izmenama još se nemogu u celosti sagledati. Ipak, već je izvesno da je neophodno uskladiti ostale propise sa novim zakonom i doneti podzakonske akte koji regulišu pitanja utvrđivanja svrsishodnosti (opravdanosti) javne nabavke, sprovođenja praćenja i kontrole postupaka javnih nabavki, preventivnih mehanizama koji imaju za cilj sprečavanje zaključivanja ugovora na osnovu neosnovanog ili neregularno sprovedenog postupka javne nabavke, internih akata kojima bi precizno uredili postupak javne nabavke, itd. Uvođenju discipline u javnim nabavkama i suzbijanju neregularnosti, trebalo bi da doprinesu odluke Republičke komisije za zaštitu prava, ali se one ne sprovedu dosledno.“

Kao Ciljevi koji bitrebalo da budu postignuti, takođe, u oblasti javnih nabavki, u Nacionalnoj strategiji za borbu protiv korupcije, navedeno je:

- „1) unapređeno učešće javnosti u praćenju trošenja budžetskih sredstava;
- 2) dosledna primena Zakona o javnim nabavkama i uspostavljena evidencija o postupanju nadležnih organa povodom nepravilnosti utvrđenih u njihovim izveštajima;
- 3) unapređena saradnja i koordinacija aktivnosti na suzbijanju korupcije između relevantnih institucija, na svim nivoima vlasti“.

Na osnovu navedenih privremenih merila za zatvaranje Poglavlja 5, ali i na osnovu citirano gdel Nacionalne strategije za borbu protiv korupcije u Republici Srbiji za periodod 2013. do 2018. godine, može se zaključiti da će u narednom periodu posebna pažnja biti posvećena proceni efikasnosti i primenjivosti odredbi ZJN, posebno onih koje sa drže ovlašćenja nadležnih organa i mere koje se odnose na prevenciju i borbu protiv korupcije i sukoba interesa, i u tom smislu, poseban naglasak bi trebalo da bude na predlaganju aktivnosti koje će unaprediti tu borbu, posebno u delu koji se odnosi na izvršenje ugovora o javnoj nabavci. U vezi sa tim, naročito se mora obezbediti efikasno sankcionisanje zloupotreba u javnim nabavkama, kao i adekvatna saradnja između Uprave za javne nabavke, Republičke komisije za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki, javnih tužilaštava, ministarstva nadležnog za poslove finansija, Državne revizorske institucije i drugih nadležnih institucija. Kako je u pomenutoj Strategiji razvoja javnih nabavki u Republici Srbiji za period 2014–2018. godine predviđeno da će se u 2017. godini, na osnovu prethodno izvršenih analiza, izvršiti izmene ZJN, u cilju potpunog usklađivanja sa *acquiscommunitaire* (pravnim tekovinama Evropske unije), to smatramo da je predstojeća izmena ZJN dobra prilika da sesagledaju realne potrebe za određenim ovlašćenjima i merama koje su na raspolaganju nadležnim organima u pogledu borbe protiv korupcije i sukoba interesa, a sve

s obzirom na njihove kapacitete, kao i način organizacije i njihov položaj u okviru državne administracije.

U nastavku teksta biće predstavljena najvažnija ovlašćenja koja nadležni organi imaju na osnovu važećeg ZJN, a koja ovlašćenja imaju naglašenu antikoruptivnu tendenciju.

## **2.1. Uprava za javne nabavke**

Osnovne institucije u sistemu javnih nabavki, čije poslove, način rada i oblik organizovanja uređuje ZJN su: Uprava za javne nabavke i Republička komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki (u daljem tekstu: Republička komisija).

Na osnovu odredbe člana 135. stav 1. ZJN, Uprava za javne nabavke je posebna upravna organizacija koja vrši nadzor nad primenom ZJN, donosi podzakonske akte i obavlja stručne poslove u oblasti javnih nabavki, prati sprovođenje postupaka javnih nabavki, kontroliše primenu pojedinih postupaka, upravlja Portalom javnih nabavki, priprema izveštaje o javnim nabavkama, predlaže mere za unapređenje sistema javnih nabavki, pruža stručnu pomoć naručiocima i ponuđačima, doprinosi stvaranju uslova za ekonomičnu, efikasnu i transparentnu upotrebu javnih sredstava u postupku javne nabavke.

### ***Član 21. ZJN: Sačinjavanje modela internog plana za sprečavanje korupcije u javnim nabavkama***

ZJN sadrži posebno poglavlje koje propisuje mehanizme za sprečavanje korupcije i sukoba interesa. Članom 21. predviđene su opšte mere za sprečavanje korupcije. Tako je propisano da je naručilac dužan da preduzme sve potrebne mere (pre svega preventivne) u cilju sprečavanja nastanka korupcije u bilo kojoj fazi javne nabavke (faza planiranja, sprovođenja postupka javne nabavke i izvršenja ugovora o javnoj nabavci). Cilj je da se smanji rizik neregularnosti i moguće korupcije u procesu javnih nabavki.

Prema istom članu, obaveza je rukovodioca i odgovornog lica naručioca da zaposlenima na poslovima javnih nabavki sve naloge i uputstva daju pisanim putem, odnosno putem elektronske pošte. Na taj način omogućava se utvrđivanje odgovornosti u slučaju eventualnih neregularnosti, obezbeđuje se nezavisnost u radu komisije za javnu nabavku, kao i drugih lica koja obavljaju poslove javnih nabavki.

Ukoliko je nalog ili uputstvo ovlašćenog lica suprotan propisima, lice zaposleno na poslovima javnih nabavki dužno je da odbije izvršenje takvog naloga i

zbog toga nemože da trpi posledice, odnosno nemože da bude premešteno na druge poslove, niti može da mu se otkáže ugovor o radu, ako poslove obavlja u skladu sa zakonom. Na ovaj način zaposleni ujedno upozoravaju rukovodioca ukoliko je u pitanju nepropisan nalog ili uputstvo.

Odredbe člana 21. ZJN, dalje, predviđaju da Uprava za javne nabavke sačinjava model internog plana za sprečavanje korupcije u javnim nabavkama. Naručioci čija je ukupna procenjena vrednost javnih nabavki na godišnjem nivou veća od milijardu dinara imaju obavezu da donesu svoje interne planove za sprečavanje korupcije u javnim nabavkama. Interni planovi bi trebalo da sadrže preventivne mere za sprečavanje korupcije prema utvrđenim rizicima, kao i mere internog nadzora i kontrole.

### ***Član 22. ZJN: Interni akt i kontrola nabavki***

Članom 22. ZJN predviđena je obaveza svakog naručioca da donese interni akt kojim će bliže urediti sve faze javne nabavke (planiranje, sprovođenje postupka, izvršenje ugovora). Tako je propisana obaveza da se internim aktom reguliše način planiranja nabavki i to: kriterijumi, pravila i način određivanja predmeta javne nabavke i procenjene vrednosti, način ispitivanja i istraživanja tržišta i odgovornost za planiranje. Interni akt treba da sadrži i ciljeve postupka javne nabavke, način izvršavanja obaveza iz postupka, način obezbeđivanja konkurencije, način obavljanja kontrole javnih nabavki, kao i način praćenja izvršenja ugovora o javnoj nabavci.

Uprava za javne nabavke je, na osnovu ovlašćenja iz člana 22. stav 2. ZJN, donela Pravilnik o sadržini akta kojim se bliže uređuje postupak javne nabavke unutar naručioca ("Službeni glasnik RS", br. 83/15). Rok za donošenje internih akata naručilaca, bio je 13.03.2014. godine.

Ukoliko bi Uprava za javne nabavke utvrdila neusklađenost internog akta naručioca s ovim zakonom, imala bi obavezu da o tome obavesti naručioca, s predlogom o načinu njegovog usklađivanja i rokom za usklađivanje. Ako naručilac ne bi postupio u skladu s datim uputstvom, Uprava bi o tome obavestila organ koji vrši nadzor nad poslovanjem naručioca i Državnu revizorsku instituciju, i pokrenula odgovarajući postupak pred Ustavnim sudom.

### ***Član 23. ZJN: Zaštita integriteta postupka***

Zaštitu integriteta postupka reguliše član 23. ZJN, tako što predviđa zabranu za lice koje je učestvovalo u planiranju javne nabavke ili pripremi konkursne dokumentacije (ili pojedinih njenih delova), kao i za lice koje je s njim povezano,

da nastupi kao ponuđač ili kao podizvođač, odnosno zabranjuje takvom licu da saraduje sa ponuđačima ili podizvođačima prilikom pripremanja ponude. Ako je ponuđač, odnosno podnositelj prijave neposredno ili posredno dao, ponudio ili stavio izgled neku korist ili pokušao da sazna poverljive informacije ili da na bilo koji način utiče na postupanje naručioca u toku postupka javne nabavke, naručilac je dužan da hitno obavesti nadležne državne organe. Cilj ove odredbe je da obezbedi jednakost među ponuđačima, odnosno da spreči ostvarivanje prednosti prilikom pripreme i podnošenja ponude za određene ponuđače na osnovu njihove povezanosti s licem koje je učestvovalo u planiranju javne nabavke ili pripremi konkursne dokumentacije. Pored odbijanja ponude u takvim slučajevima i preduzimanja mera predviđenih internim planom, naručilac bi imao obavezu i da obavesti nadležne državne organe. Koji su to organi, nije predviđeno odredbama ZJN, ali pretpostavka je da bi se oni koji imaju saznanja o ovakvim slučajevima obratili, pre svega, (možemo reći „po inerciji“) Upravi za javne nabavke, koja na osnovu odredbi koje su predstavljene u nastavku teksta analize, ima ovlašćenje da vrši nadzor nad sprovođenjem ZJN, te da obaveštava druge državne organe o uočenim nepravilnostima.

#### ***Član 24. ZJN: Prijavljivanje korupcije***

Član 36. ZJN: Kontrola razloga – osnova za primenu pregovaračkog postupka bez objavljivanja poziva za podnošenje ponuda

Prema odredbama člana 36. ZJN, naručilac je dužan da pre pokretanja pregovaračkog postupka bez objavljivanja poziva za podnošenje ponuda, za većinu razloga za sprovođenje istog, zahteva od Uprave za javne nabavke mišljenje o opravdanosti primene te vrste postupka. Uprava za javne nabavke je dužna da u kratkom roku od deset dana od dana prijema zahteva naručioca, ispita postojanje osnova za sprovođenje pregovaračkog postupka i dostavi svoje mišljenje naručiocu, a može od naručioca zahtevati dodatne informacije i podatke neophodne za utvrđivanje činjenica koje su od značaja za davanje mišljenja. Ako naručilac, nakon prijema mišljenja, donese odluku o pokretanju pregovaračkog postupka, dužan je da istog dana, objavi obaveštenje o pokretanju postupka i konkursnu dokumentaciju. Naručilac je, takođe, dužan da odluku o pokretanju postupka objavi na Portalu javnih nabavki i na svojoj internet stranici.

U vezi sa navedenim pregovaračkim postupcima, važno je napomenuti da Republička komisija ima ovlašćenje, i obavezu, da prilikom odlučivanja o svakom podnetom zahtevu za zaštitu prava, po službenoj dužnosti pazi da li su ispunjeni uslovi za primenu te vrste postupka, tako da može poništiti

takav postupak ukoliko utvrdi da isti naručilac neoparavdano sprovodi. Takođe, ukoliko je naručilac neopravdano sproveo pregovarački postupak bez objavljivanja poziva za podnošenje ponuda, i ukoliko nije objavio pomenuto obaveštenje o pokretanju postupka i odluku o dodeli ugovora, Republička komisija je ovlašćena da sama, ili na zahtev zainteresovanog lica, poništi ugovor o javnoj nabavci koji zaključen posle tako sprovedenog postupka.

#### ***Član 115. ZJN: Nadležnost u vezi sa izmenama ugovora o javnoj nabavci***

Prema odredbama člana 115. stav 5. ZJN, ukoliko naručilac menja elemente ugovora o javnoj nabavci posle njegovog zaključenja, u obavezi je da donese odluku o izmeni ugovora, te da tu odluku objavi na Portalu javnih nabavki, kao i da dostavi izveštaj Upravi za javne nabavke i Državnoj revizorskoj instituciji. Na pomenuti način, Uprava za javne nabavke je uključena u kontrolu faze realizacije ugovora i na osnovu toga može da primeni ostala svoja ovlašćenja.

#### ***Član 136. ZJN: Nadzor nad primenom ZJN i obaveštavanje nadležnih organa o utvrđenim nepravilnostima u sprovođenju postupaka i dostavljanju izveštaja o javnim nabavkama***

Na osnovu odredbi člana 136. stav 1. ZJN, Uprava za javne nabavke ima ovlašćenje da vrši nadzor nad primenom ZJN, dok je tačkom 19) istog stava i člana ZJN propisano da Uprava obaveštava Državnu revizorsku instituciju i budžetsku inspekciju kada utvrdi nepravilnosti u sprovođenju postupaka javnih nabavki i dostavljanju izveštaja o javnim nabavkama. Nejasno je zašto je propisano takvo ovlašćenje – obaveza Uprave, s obzirom na niz ovlašćenja i mera koje su dodeljene kao poslovi Upravi na osnovu ZJN.

#### ***Član 136. ZJN: Pokretanje prekršajnog postupka***

Prema odredbi člana 136. stav 1. tačka 20) ZJN, Uprava za javne nabavke pokreće prekršajni postupak kada na bilo koji način sazna da je učinjena povreda tog Zakona. To je novi posao koji je Uprava za javne nabavke dobila sa važećim ZJN, a do 2012. godine, to ovlašćenje je bilo u isključivoj nadležnosti, pre svega, Budžetske inspekcije i Državne revizorske institucije, a samo u slučaju nedostavljanja „kvartalnih“ izveštaja od strane naručilaca (o sprovedenim postupcima i zaključenim ugovorima u tom periodu) i Uprave za javne nabavke.

Prekršajni postupak u prvom stepenu za prekršaje propisane u ZJN, vodi Republička komisija shodno odredbi član 165. stav 1. ZJN, a na osnovu

odredbe stava 3. istog člana ZJN, pored Uprave za javne nabavke, zahtev za pokretanje tog prekršajnog postupka može da podnese i Državna revizorska institucija, drugi ovlašćenog organa ili može, po službenoj dužnosti, da ga pokrene i sama Republička komisija odmah po saznanju za prekršaj, o čemu će više reći biti u nastavku teksta.

### ***Član 136. ZJN: Pokretanje postupka za utvrđivanje ništavosti ugovora o javnoj nabavci***

Uprava za javne nabavke, prema odredbi člana 136. stav 1. tačka 21) ZJN, ima ovlašćenje da podnese tužbu za utvrđenje ništavosti zaključenog ugovora o javnoj nabavci. Dakle, Uprava može tužbom koju podnosi sudu, da zahteva da se utvrdi da ugovor ne proizvodi pravno dejstvo, jer postoji neki od razloga ništavosti (recimo, izmene i dopune prvobitnog ugovora zaključene u suprotnosti sa odredbama Zakona).

Isto takvo ovlašćenje, na osnovu odredbe člana 163. stav 6. ZJN, ima i Republička komisija kada na bilo koji način sazna da je ništav zaključeni ugovor o javnoj nabavci.

Pored navedenog, trebalo bi istaći i da član 109. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima propisuje da na ništavost sud pazi po službenoj dužnosti i na nju se može pozivati svako zainteresovano lice, dok je stavom 2. istog člana Zakona o obligacionim odnosima propisano da pravo da zahteva utvrđenje ništavosti ima i javni tužilac.

### ***Član 148. ZJN: Podnošenje zahteva za zaštitu prava***

Prema odredbi člana 148. stav 3. ZJN, pored podnosioca zahteva za zaštitu prava koji ima aktivnu legitimaciju u skladu sa odredbom stava 1. istog člana, zahtev za zaštitu prava može da podnese i Uprava za javne nabavke, kao i Državna revizorska institucija, javni pravobranilac i građanski nadzornik. Ti organi i organizacije nisu dužni da podnose zahtev za zaštitu prava na zahtev lica koje ima aktivnu legitimaciju, ako to lice nije iskoristilo pravo na podnošenje zahteva.

## **2.2. Republička komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki**

Na osnovu odredbe člana 138. stav 1. ZJN, Republička komisija je samostalni nezavisan organ Republike Srbije, koji obezbeđuje zaštitu prava u postupcima javnih nabavki. Republička komisija, pre svega, odlučuje o podnetim

zahtevima za zaštitu prava, ali na osnovu odredbi ZJN, ima i niz posebnih ovlašćenja navedenih u odredbama čl. 160. – 166. ZJN.

### ***Član 160. ZJN: Dostavljanje izveštaja i dokumentacije***

Republička komisija, posle donošenja i dostavljanja rešenja o poništenju postupka javne nabavke (delimičnog ili u celini), ili o poništenju zaključka, može zahtevati od naručioca da u određenom roku dostavi izveštaj i dokumentaciju o postupanju po nalogima iz te odluke. Pored toga, Republička komisija može zahtevati i izjave predstavnika naručioca o sprovođenju odluke tog organa. Naručilac je dužan da prethodno navedeni izveštaj, dokumentaciju i izjave podnese u roku koji određuje Republička komisija. Ovo zbog toga što je naručilac dužan da postupi po nalogima Republičke komisije sadržanim u njenoj odluci u roku predviđenom tom odlukom.

### ***Član 161. ZJN: Kontrola kod naručioca***

Pored ovlašćenja da zahteva od naručioca da u određenom roku dostavi izveštaj, Republička komisija je dobila i ovlašćenje da sprovede kontrolu izvršenja odluke kod samog naručioca. Tu kontrolu sprovode najmanje dva člana veća Republičke komisije, koje je odlučivalo u postupku povodom kojeg se sprovodi kontrola, a o sprovođenju kontrole se obaveštava naručilac, najkasnije tri dana pre otpočinjanja kontrole. Međutim, ako se osnovano sumnja da postoji opasnost od uklanjanja ili izmena dokaza koji se nalaze kod naručioca, možese sprovести i nenajavljena kontrola. O sprovedenoj kontroli sačinjava se zapisnik, a član Republičke komisije koji sprovodi kontrolu ovlašćen je da obavi pregled ik opiranje dokumentacije u vezi s predmetnom javnom nabavkom, zapečati poslovne prostorije i dokumenta za vreme kontrole, kao i da uzme izjave od predstavnika naručioca i drugih zaposlenih kod naručioca.

### ***Član 162. ZJN: Novčano kažnjavanje naručioca***

Odredbama ZJN, propisana je mogućnost izricanja novčane kazne od strane Republičke komisije, i to naručiocu ili odgovornom licu naručioca. To je sankcija koja se može izreći nezavisno od sprovođenja prekršajnog postupka. Tom kaznom se sankcioniše nepostupanje naručioca u skladu sa zahtevima i nalogima Republičke komisije u konkretnom postupku zaštite prava. Rešenje o izricanju novčane kazne Republička komisija objavljuje na svojoj internet stranici. Razlozi za novčano kažnjavanje će postojati ako naručilac:



1. po podnetom zahtevu za zaštitu prava ne postupi na način i u roku određenom u članu 153. stav 1. ZJN (rokovi za postupanje u prvom stepenu zaštite prava);
2. ne dostavi dodatnu dokumentaciju, podatke, objašnjenja ili mišljenja, nakon zahteva Republičke komisije i u roku koji odredi Republička komisija;
3. ne dostavi izveštaj i izjave predstavnika naručioca o sprovedenoj odluci Republičke komisije;
4. ne omogući kontrolu u skladu s članom 161. ZJN (pomenuta kontrola u prostorijama naručioca);
5. nije postupio u skladu s odlukom Republičke komisije.

### ***Član 162. ZJN: Poništenje ugovora***

Poništenje ugovora o javnoj nabavci je ovlašćenje Republičke komisije koje su do donošenja važećeg ZJN imali isključivo sudovi. Naime, iz određenih razloga podnosilac zahteva ili zainteresovano lice mogu u zahtevu za zaštitu prava ili u posebnom zahtevu da traže poništenje ugovora o javnoj nabavci. Dakle, kao što je već navedeno, Republička komisija time dobija ovlašćenje da odlučuje i ufazi nakon zaključenja ugovora o javnoj nabavci, a ne samo u postupku javne nabavke.

ZJN predviđa pet razloga za poništenje ugovora o javnoj nabavci:

1. ukoliko Republička komisija utvrdi da je naručilac zaključio ugovor o javnoj nabavci primenom pregovaračkog postupka iz člana 36. ZJN, a da nije postojao neki od razloga za primenu pregovaračkog postupka, te da naručilac u toku sprovođenja tog postupka nije preduzeo dve radnje, a to su: objavljivanje obaveštenja o pokretanju postupka i odluke o dodeli ugovora na Portalu javnih nabavki;
2. ukoliko Republička komisija utvrdi da je naručilac zaključio ugovor o javnoj nabavci pre isteka roka za podnošenje zahteva za zaštitu prava.
3. ukoliko Republička komisija utvrdi da je naručilac zaključio ugovor o javnoj nabavci nakon podnošenja zahteva za zaštitu prava, a pre odluke Republičke komisije. Prethodno navedeno je iz razloga što podneti zahtev za zaštitu prava zadržava dalje aktivnosti naručioca (ima suspenzivno dejstvo);
4. ukoliko Republička komisija utvrdi da je naručilac zaključio ugovor o javnoj nabavci suprotno odluci Republičke komisije iz člana 150. ovog zakona (odluka kojom se uvodi privremena mera i zabranjuje naručiocu da zaključi, odnosno izvrši, ugovor o javnoj nabavci u slučaju sprovođenja pregovaračkog postupka iz člana 36. stav 1. tačka 3) ZJN);

5. ukoliko Republička komisija utvrdi da je naručilac zaključio ugovor o javnoj nabavci kršeći odredbe i uslove okvirnog sporazuma.

Ukoliko Republička komisija poništi ugovor, tada ugovor o javnoj nabavci prestaje, a ugovorne strane dužne su vratiti ono što su primile po osnovu takvog ugovora. S druge strane, ako se ono što je primljeno po osnovu poništenog ugovora o javnoj nabavci ne može vratiti, ili ako se priroda onog što je primljeno protivi vraćanju, naručilac je dužan da savesnom dobavljaču plati za isporučena dobra, pruženu sluge, odnosno izvedene radove. Međutim, ukoliko Republička komisija oceni da bi, i pored postojanja razloga, poništenje ugovora o javnoj nabavci imalo nesrazmerne posledice po rad ili poslovanje naručioca ili interese Republike Srbije, tada može da odluči da, umesto poništenja, skрати rok važenja ugovora ili izrekne novčanu kaznu iz člana 162. ovog zakona.

#### ***Član 163. stav 6: Podnošenje tužbe za utvrđenje ništavosti ugovora o javnoj nabavci***

Kao što je već navedeno, Republička komisija i Uprava za javne nabavke imaju ovlašćenje da, ukoliko postoji neki od razloga za ništavost propisanih članom 168. ZJN (posebni razlozi ništavosti ugovora o javnoj nabavci, pored opštih razloga koje predviđa Zakon o obligacionim odnosima), podnesu tužbu za utvrđenje ništavosti ugovora o javnoj nabavci. Utvrđenje ništavosti se od poništenja ugovora razlikuje, pre svega, po tome što nema roka za podnošenje tužbe i što sud pazi po službenoj dužnosti na postojanje ništavog ugovora, koji se još nazivaju apsolutno ništavi ugovori.

#### ***Član 164. ZJN: Odlučivanje o tome da li postoji zloupotreba zahteva za zaštitu prava***

ZJN zabranjuje podnošenje zahteva za zaštitu prava radi ostvarenja nekog drugog cilja, a ne onog zbog kojeg je to pravo priznato. Ukoliko Republička komisija utvrdi da je podnosilac zahteva zloupotrebio zahtev za zaštitu prava, izrećiće mu novčanu kaznu iz člana 162. ovog zakona. Iako je odredbom člana 162. Zakona propisano novčano kažnjavanje naručioca, Republička komisija će novčane iznose primeniti i na podnosiocima zahteva ukoliko utvrdi da postoji zloupotreba zahteva za zaštitu prava.

#### ***Član 165. ZJN: Vođenje prekršajnog postupka u prvom stepenu***

ZJN propisuje još jedno ovlašćenje koje Republička komisija nije imala 2013.

godine (kao godine kada je počela primena važećeg ZJN). Na osnovu tog ovlašćenja, Republička komisija je preuzela od prekršajnih sudova nadležnost za vođenje prvostepenog prekršajnog postupka kada su u pitanju prekršaji propisani Zakonom o javnim nabavkama.

Prekršajni postupak pred Republičkom komisijom pokreće se na zahtev Uprave za javne nabavke, Državne revizorske institucije, drugog ovlašćenog organa ili po službenoj dužnosti, odmah po saznanju za prekršaj. U tom smislu, kao i kod ovlašćenja za podnošenje zahteva za zaštitu prava (ali i drugih ovlašćenja koja su već navedena ili će biti navedena), ostaje nejasno koji od više navedenih organa će podneti zahtev za pokretanje prekršajnog postupka ili će pokrenuti prekršajni postupak (Republička komisija može po službenoj dužnosti), iz istih razloga – istih nepravilnosti utvrđenih u istom postupku javne nabavke. Praktično, u toj situaciji bi svako od navedenih organa to mogao da učini. To bi moglo da dovede do nepotrebnog uvećanja broja predmeta pred Republičkom komisijom kao prvostepenim prekršajnim organom iz oblasti javnih nabavki. Međutim, u velikoj meri je verovatan i drugačiji rasplet, a to je da samo jedan organ podnese taj zahtev, pa bi se, možda, to moglo tumačiti kao da drugi organ nema isti stav u pogledu utvrđenih nepravilnosti, ili da nijedan, niti drugi (treći itd.) nadležni organ neprimeni svoje ovlašćenje, očekujući da će to učiniti neko drugi od ovlašćenih organa. Svakako, to je, uz nerealno veliki broj ovlašćenja za pojedine nadležne organe (kao što je, recimo, Uprava za javne nabavke), a zbog njihovih kapaciteta i načinana koji su obrazovani i organizovani, možda i najveći problem u pogledu efikasnosti primene pojedinih odredbi ZJN koje imaju manje ili više izražen antikoruptivni potencijal.

Međutim, pored navedenog, potrebno je istaći da u Zakonu o prekršajima i Zakonu o javnim nabavkama postoje značajne kolizije u pogledu nekih relevantnih odredbi koje, u suštini, blokiraju sprovođenje prvostepenog prekršajnog postupka iz oblasti javnih nabavki. Te kolizije su posledica usvajanja Zakona o prekršajima posle Zakona o javnim nabavkama. Predlagač Zakona o prekršajima se, naime, opredelio za jedan novi koncept, na osnovu kojeg o prekršajima više ne odlučuju organi državne uprave (Poreska uprava, Ministarstvo unutrašnjih poslova itd.), već isključivo prekršajni sudovi. Međutim, prilikom pripreme Nacrta tog zakona, a kasnije i Predloga istog, potpuno je zanemarena činjenica da je Zakonom o javnim nabavkama vođenje prvostepenog prekršajnog postupka iz oblasti javnih nabavki dato u nadležnost Republičkoj komisiji. To jesamo, donekle, ispravljeno, neznatnim intervencijama uvid u amandmana na predlog Zakona o prekršajima, prilikom razmatranja u Narodnoj skupštini. Međutim, to nije otklonilo ozbiljnu koliziju u normama dva zakona, koja blokira taj prekršajni postupak već duže od 4 godine (od stupanja na snagu važećeg ZJN). Na primer, prema odredbama

člana 187. – 199. Zakona o prekršajima, mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog pri izvođenju radnji u prekršajnom postupku može da primeni samo prekršajni sud, ali ne i Republička komisija, što suđenja pred tim organom čini, gotovo, nemogućim. Zatim, o postojanju prekršaja i izricanju kazne se, na osnovu člana 246. stav 1. Zakona o prekršajima, odlučuje donošenjem osuđujuće ili oslobađajuće presude, koje mogu da donose samo sudovi, ali ne i drugi državni organi, kao što je Republička komisija. Dalje, novčane kazne izrečene u prvostepenom prekršajnom postupku (kao i troškove prekršajnog postupka i druge novčane iznose koji su dosuđeni po osnovu naknada štete, na osnovu imovinskopravnog zahteva ili po osnovu oduzimanja imovinske koristi), prema odredbi člana 314. stav 1. Zakona o prekršajima, može prinudno da izvrši samo prekršajni sud, koji ih je izrekao, odnosno sud na čijem području je izdat prekršajni nalog, što znači da se novčana kazna koju bi u prekršajnom postupku izrekla Republička komisija i ne bi mogla prinudno izvršiti. Sve navedeno, očigledno, onemogućava sprovođenje prvostepenog prekršajnog postupka pred Republičkom komisijom, što ima za posledicu da nijedan prekršajni postupak za prekršaje iz oblasti javnih nabavki nije sproveden od 01. aprila 2013. godine kada je počela primena važećeg ZJN.

Pored navedenog, još jedan apsurd u vezi sa prvostepenim prekršajnim postupkom jeste pomenuto ovlašćenje koje je Zakonom o javnim nabavkama dato Republičkoj komisiji, a to je da, pored ovlašćenjada sprovodi taj postupak, može po službenoj dužnosti i da pokreće isti. To je pravni nonsens, budući da takvo rešenje ne razdvaja funkciju onoga koji inicira pokretanje postupa i onog ko odlučuje, što je kod odlučivanja pred sudovima jedan od osnovnih postulata.

### ***Član 166. ZJN: Predlog za razrešenje odgovornog lica***

Predlog za razrešenje odgovornog lica je ovlašćenje koje Republička komisija koristi posle izrečene novčane kazne. Naime, ukoliko utvrdi da naručilac, i pored izrečene kazne, ne postupa u skladu sa odlukama Republičke komisije ili nastavlja da grubo krši odredbe Zakona, Republička komisija može da podnese predlog za razrešenje rukovodioca ili odgovornog lica tog naručioca. Taj predlog se podnosi organu koji vrši nadzor nad radom, odnosno poslovanjem naručioca.

### ***Član 30. ZJN: Izuzetak od zabrane zaključenja ugovora u slučaju postojanja sukoba interesa***

Pored navedenih, posebnih ovlašćenja Republičke komisije, kako ih naziva

i ZJN, članom 30. st. 3. i 4. ZJN, propisno je još jedno ovlašćenje Republičke komisije. Naime, Članom 30. ZJN propisano je da naručilac ne može zaključiti ugovor o javnoj nabavci s ponuđačem u odnosu na kojeg postoji sukob interesa ukoliko je postojanje sukoba interesa uticalo ili moglo uticati na odlučivanje u postupku javne nabavke. Zabrana postoji i ako je lice u odnosu na koje postoji sukob interesa podizvođač ponuđaču kojem je dodeljen ugovor, ili član grupe ponuđača kojoj je dodeljen ugovor.

Od navednog pravila moguć je izuzetak ukoliko je više uslova kumulativno ispunjeno, i to:

1. da naručilac dokaže da bi zabrana zaključenja ugovora prouzrokovala velike teškoće u radu ili poslovanju naručioca i da su te teškoće nesrazmerne vrednosti javne nabavke ili da b izabrana zaključenja ugovora značajno ugrozila interes Republike Srbije;
2. ako je naručilac preduzeo sve mere radi suzbijanja štetnih posledica;
3. da ostali ponuđači ne ispunjavaju uslove iz postupka (sve ostale ponude su neprihvatljive, odnosno neodgovarajuće), ili da je nakon rangiranja ponuda ostalih ponuđača razlika u ceni veća za 10% ili broj pondera veći za deset u korist izabranog ponuđača (cena izabranog ponuđača je za 10% niža, odnosno izabrani ponuđač u odnosu na drugorangiranog ponuđača ima 10 pondera više).

O predlogu naručioca za odobrenje zaključenja ugovora i pored postojanja sukoba interesa odlučuje Republička komisija i odluka o tome se objavljuje na internet stranici naručioca, Republičke komisije i na Portalu javnih nabavki.

### **2.3. Državna revizorska institucija**

Državna revizorska institucija je, prema odredbama Zakona o državnoj revizorskoj instituciji, najviši organ revizije javnih sredstava u Republici Srbiji, koji je za obavljanje poslova iz svoje nadležnosti odgovoran Narodnoj skupštini. U okviru svojih ovlašćenja, Državna revizorska institucija vrši reviziju finansijskih izveštaja, revizij u pravilnosti poslovanja koja obuhvata ispitivanje finansijskih transakcija i odluka u oblasti javnih nabavki, kao i reviziju svrsishodnosti poslovanja koja obuhvata ispitivanje trošenja sredstava iz budžeta i drugih javnih sredstava radi izveštavanja da li su upotrebljena u skladu sa načelima ekonomije, efikasnosti i efektivnosti, kao i u skladu sa planiranim ciljevima.

Najvažnija ovlašćenja Državne revizorske institucije po osnovu odredbi ZJN, donekle se poklapaju i identična su nekim ovlašćenjima Uprave za javne nabavke, te zbog toga neće biti posebno predstavljeni. Državna revizorska

institucija, naime, na osnovu odredbe člana 115. stav 5. ZJN dobija izveštaj o izmenama ugovora o javnim nabavkama, na osnovu kojih može da pokrene odgovarajuće postupke ukoliko utvrdi da su izmene zaključene protivno odredbama ZJN. Pored navedenog, Državna revizorska institucija ima ovlašćenje da, shodno odredbi člana 148. stav 3. ZJN, može da podnese zahtev za zaštitu prava kojim će tražiti poništenje postupka javne nabavke u kojem je utvrdila postojanje nepravilnosti, kao i da, na osnovu odredbe člana 165. stav 3. ZJN, Republičkoj komisiji podnese zahtev za pokretanje prekršajnog postupka.

Na primeru pomenutih ovlašćenja Državne revizorske institucije, može se jasno videti da više organa, prema odredbama ZJN, imaju ista ovlašćenja, koja mogu biti primenjena povodom istog događaja – istog postupka javne nabavke, tako da se može postaviti pitanje koji će od tih organa zaista iskoristiti svoje ovlašćenje. Naime, izveštaj o donetoj odluci o izmeni ugovora o javnoj nabavci naručilac dostavlja i Upravi za javne nabavke i Državnoj revizorskoj instituciji. Postavlja se pitanje koji od ta dva organa će podneti zahtev za pokretanje prekršajnog postupka Republičkoj komisiji, zbog izvršenog prekršaja iz člana 169. stav 3. tačka 9) ZJN („izmena ugovora suprotno odredbama člana 115. ZJN“). Isto tako, postavlja se pitanje šta će se dogoditi ukoliko i Uprava za javne nabavke i Državna revizorska institucija dobiju iste informacije o nepravilnostima u istom postupku javne nabavke, a u kontekstu ovlašćenja za podnošenje zahteva za zaštitu prava kojim bi se tražilo poništenje takvog postupka javne nabavke. Iskustvo i statistika ukazuju da u takvim situacijama, kada su ista ovlašćenja data različitim organima povodom istog slučaja, najčešće nijedan, niti drugi organ ne primenjuju svoja ovlašćenja, pretpostavljamo i zbog očekivanja svakog od organa da će to učiniti onaj drugi organ zbog (često i objektivnog) utiska o adekvatnijim kapacitetima ili potpunijim dokazima sa kojima raspolaže ili koje može da pribavi taj drugi organ. Međutim, problem može da nastane i ukoliko jedan organ, povodom istog slučaja, primeni svoje ovlašćenje, a drugi ne, pa se može stvoriti utisak da ne postoji edinstven stav između tih organa u pogledu postojanja osnova – razloga za primenu ovlašćenja.

Ovakvih primera, svakako, ima još u ZJN. Neki su već predstavljeni, a neki će biti predstavljeni i u nastavku teksta. Najčešće se ti primeri javljaju kada je nekom od odredbi ZJN predviđeno da se ista informacija dostavlja različitim organima ili da različiti organi imaju, praktično, isto ovlašćenje.

## 2.4. Agencija za borbu protiv korupcije

Agencija za borbu protiv korupcije je, shodno odredbama Zakona Agenciji za borbu protiv korupcije, samostalan i nezavisan državni organ, koji za svoj rad odgovara Narodnoj skupštini. U okviru svojih zakonskih ovlašćenja, Agencija nadzire sprovođenje Nacionalne strategije za borbu protiv korupcije i Akcionog plana za primenu Nacionalne strategije, čiji se poseban deo odnosi na javne nabavke.

### ***Član 24. ZJN: Dužnost prijavljivanja korupcije***

Na osnovu odredbi člana 24. ZJN, lice zaposleno na poslovima javnih nabavki ili bilo koje drugo lice angažovano kod naručioca, kao i svako zainteresovano lice koje ima podatke o postojanju korupcije u javnim nabavkama dužno je da, u skladu sa novim Zakonom, o tome odmah obavesti Agenciju za borbu protiv korupcije, Upravu za javne nabavke i nadležno tužilaštvo. Navedeno lice se može obratiti i javnosti ako Agencija za borbu protiv korupcije ili nadležno tužilaštvo nije preduzelo nijednu aktivnost u roku od mesec dana od dana podnošenja njegove prijave. Takođe je predviđeno da u slučaju povrede radnih i drugih osnovnih prava tog lica zbog prijavljivanja korupcije, isto ima pravo na naknadu štete od naručioca. Dakle, i u okviru ovoga ovlašćenja iz ZJN, jasno se vidi da istu informaciju dobijaju različiti organi, pa se i u vezi sa tim može postaviti pitanje ko će od njih, zaista, reagovati.

### ***Član 25. ZJN: Ovlašćenje u vezi sa zabranom radnog angažovanja kod dobavljača***

Predstavnik naručioca ili sa njim povezana lica koja su na bilo koji način učestvovala u postupcima javnih nabavki u kojima je ukupna vrednost ugovora dodeljenih određenom dobavljaču preko propisanog iznosa, ne mogu, na osnovu odredbi novog Zakona, u roku od dve godine nakon prestanka funkcije ili radnog odnosa kod naručioca: zaključiti ugovor o radu, ugovor o delu ili na neki drugi način biti angažovani kod tog dobavljača ili kod lica povezanih sa dobavljačem; od dobavljača ili sa njim povezanog lica posredno ili neposredno primiti novčanu naknadu ili kakvu drugu korist; steći udeo ili akcije dobavljača ili lica povezanih sa dobavljačem. U slučaju kršenja navedene zabrane, naručilac je u obavezi da obavesti Agenciju za borbu protiv korupcije i nadležno tužilaštvo. Nejasno je, u tom smislu, zašto se ista informacija prosleđuje i Agenciji za borbu protiv korupcije i nadležnom tužilaštvu.

## 2.5. Komisija za zaštitu konkurencije

Komisija za zaštitu konkurencije je samostalna i nezavisna organizacija, koja za svoj rad odgovara Narodnoj skupštini. Nadležna je da rešava o pravima i obavezama učesnika na tržištu. Prema tom ovlašćenju, aktivnost Komisije podrazumeva otkrivanje povreda konkurencije, njihovo sankcionisanje i otklanjanje posledica povrede konkurencije. Tako, prema odredbama Zakona o zaštiti konkurencije, jeste otkrivanje, sankcionisanje povreda konkurencije kao i otklanjanje posledica povrede konkurencije (akata ili radnji učesnika na tržištu koji imaju za cilj ili posledicu značajno ograničavanje, narušavanje ili srečavanje konkurencije) na tržištu Republike Srbije ili njenom delu.

### ***Član 24. ZJN: Dužnost prijavljivanja povrede konkurencije***

Članom 24. ZJN je propisano da ukoliko naručilac osnovano sumnja u istinitost izjave o nezavisnoj ponudi, u obavezi je da odmah obavesti Komisiju za zaštitu konkurencije. Shodno članu 26. stav 1. ZJN, izjavom o nezavisnoj ponudi ponuđač pod punom materijalnom i krivičnom odgovornošću potvrđuje da je ponudu podneo nezavisno, bez dogovora sa drugim ponuđačima ili zainteresovanim licima.

Obavezu obaveštavanja Komisije za zaštitu konkurencije, na osnovu odredbi člana 24. ZJN, ima i svako zainteresovano lice, odnosno lice zaposleno ili na drugi način radno angažovano kod zainteresovanog lica (ponuđača, potencijalnog ponuđača), ukoliko ima bilo koji podatak o povredi konkurencije u postupku javne nabavke.

Shodno članu 9. Zakona o zaštiti konkurencije, povredom konkurencije u smislu tog zakona smatraju se akti ili radnje učesnika na tržištu koje za cilj ili posledicu imaju ili mogu da imaju značajno ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje konkurencije. Članom 35. Istog zakona predviđeno je da Komisija pokreće postupak ispitivanja povrede konkurencije po službenoj dužnosti, kada na osnovu dostavljenih inicijativa, informacija i drugih raspoloživih podataka, osnovano pretpostavi postojanje povrede konkurencije, kao i u slučaju ispitivanja koncentracije u smislu člana 62. tog zakona.

### ***Član 167. ZJN: Izricanje mere zabrane učešća u postupcima javnih nabavki***

Prema odredbi člana 167. ZJN, ukoliko Komisija za zaštitu konkurencije utvrdi da je ponuđač, odnosno zainteresovano lice povredilo konkurenciju u postupku javne nabavke u smislu zakona kojim se uređuje zaštita konkurencije, može mu izreći meru zabrane učešća u postupku javne nabavke, koja može



trajati do dve godine. Dakle, može se zaključiti da jedino Komisija za zaštitu konkurencije može da izrekne zabranu učešća u postupcima javnih nabavki, za razliku od drugih organa koji mogu ili samo da novčano kažnjavaju naručioce i ponuđače, ili da iniciraju pred drugim nadležnim organima pokretanje postupaka za utvrđivanje odgovornosti jednih i drugih, ali u svakom slučaju, jedino Komisija za zaštitu konkurencija ima ovlašćenje da izrekne meru zabrane učešća u postupku javne nabavke.

## **2.6. Građanski nadzornik**

Članom 28. ZJN, propisano je da postupak javne nabavke čija je procenjena vrednost veća od milijardu dinara nadgleda građanski nadzornik. Građanskog nadzornika imenuje Uprava za javne nabavke. Uslovi i kriterijumi za imenovanje i način rada građanskog nadzornika bliže su uređeni Pravilnikom o građanskom nadzorniku („Sl. glasnik RS“, broj 29/13), koji je donela Uprava za javne nabavke u skladu s članom 28. ZJN.

Za građanskog nadzornika može biti imenovano lice iz redova istaknutih stručnjaka u oblasti javnih nabavki ili oblasti koja je u vezi s predmetom javne nabavke, kao i udruženje koje se bavi javnim nabavkama, sprečavanjem korupcije ili sukoba interesa. Za građanskog nadzornika nemože biti imenovano lice zaposleno ili na drugi način angažovano kod naručioca ili lica povezanog s naručiocem, niti lice koje je član političke organizacije. Više o uslovima i kriterijumima za imenovanje građanskog nadzornika, odnosno načinu dokazivanja ispunjenosti uslova videti u članovima 4–5. Pravilnika o građanskom nadzorniku.

Građanski nadzornik je dužan da nadgleda postupak javne nabavke i u tom cilju on ima stalan uvid u postupak, dokumentaciju i komunikaciju naručioca sa zainteresovanim licima, odnosno ponuđačima.

Građanski nadzornik dužan je da postupa objektivno, nezavisno, nepristrasno, pridržavajući se etičkih načela i pravila struke. Kada utvrdi da je u postupku javne nabavke došlo do nepravilnosti, o tome bez odlaganja obaveštava naručioca. Međutim, ako se nepravilnosti ne mogu na drugačiji način otkloniti, ili naručilac propusti da to učini blagovremeno, građanski nadzornik će podneti zahtev za zaštitu prava i obavestiti organ koji vrši nadzor nad radom naručioca, nadležne državne organe i javnost. Ako građanski nadzornik dobije prijavu o sumnji na korupciju u vezi s predmetnim postupkom javne nabavke, obavestiće bez odlaganja Upravu za javne nabavke, Agenciju za borbu protiv korupcije i nadležno tužilaštvo.

Obaveza građanskog nadzornika je da podnese odboru Narodne skupštine nadležnom za finansije, odnosno skupštini autonomne pokrajine ili lokalne samouprave i Upravi za javne nabavke, izveštaj os provedenom postupku javne nabavke u roku od 20 dana od dana zaključenja ugovora ili donošenja odluke o obustavi postupka.

### **3. Uloga tužilaštva u suzbijanju neregularnosti i borbi protiv korupcije u javnim nabavkama**

Krivični zakonik Republike Srbije<sup>50</sup> (u daljem tekstu: KZ) sadrži više odredbi koje mogu biti u vezi sa Zakonom o javnim nabavkama. To su, pres vega, opšte odredbe o važenju krivičnog zakonodavstva, o krivičnim delima, počinocima, kaznama, merama bezbednosti i slično. U tom zakonu regulisana su i ovlašćenja koja nadležni orani - policija, tužilaštva i sudovi imaju u različitim fazama krivičnog postupka. Takođe, Krivični zakonik sadrži norme o odgovornosti za pojedina krivična dela. Neka od tih krivičnih dela mogu biti u vezi sa javnim nabavkama, a u nekim zakonima ove vrste, pa i u Krivičnom zakoniku Republike Srbije, postoji posebno krivično delo koje se odnosi na javne nabavke.

#### **3.1. Opšte odredbe Krivičnog zakonika**

Od opštih odredaba, najveći značaj imačlan 112. KZ, koji sadrži definicije:

- službenog lica;
- odgovornog lica;
- subjekta privrednog poslovanja;
- isprave;
- posla od javnog značaja;
- imovinska korist itd.

Ono što se na osnovu navedenih definicija može utvrditi, jeste da postoji nesklad između KZ i ZJN, ali i većine drugih antikorupcijskih preventivnih propisa, pre svega u pogledu pojma „službeno lice“. Taj nesklad se može najbolje videti uporednim čitanjem odredaba o naručiocu iz ZJN i definicije „službenog lica“ iz KZ. Poređenje pojma naručioca iz ZJN i pojma službenog lica iz KZje značajno zato što u zavisnosti od tih definicija rukovodioci, zaposleni i radno angažovani kod naručioca mogu imati svojstvo službenog lica u smislu KZ ili ne. Od toga da li imaju svojstvo službenog lica, može zavisiti za koje će krivično delo ili za koji njegov oblik odgovarati pred sudom slučaju da počine krivično delo.

<sup>50</sup> Krivični zakonik Republike Srbije (“Sl. glasnik RS”, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014).

Oba zakona nesumnjivo obuhvataju sve državne organe, kao i organe teritorijalne autonomije i lokalne samouprave, odnosno njihove rukovodioce, zaposlene i druga angažovana lica. Razlika se javlja kod drugih subjekata, pre svega javnih preduzeća i javnih ustanova. Prema ZJN, pojam naručioca obuhvata takve subjekte ako su osnovani „u cilju zadovoljavanja potreba u opštem interesu“, uz ispunjenje dodatnih uslova (pretežno finansiranje od strane naručioca, nadzor od strane naručioca ili više od polovine organa nadzora/upravljanja imenuje naručilac) i uz određene izuzetke (da nemaju industrijski ili trgovinski karakter).

S druge strane, pojam „službenog lica“ u KZ vezuje se za ustanovu, preduzeće ili drugi subjekt, kojem je povereno vršenje javnih ovlašćenja. Razlika između pojmova nije samo jezička („povereno vršenje javnih ovlašćenja“ / “osnovani u cilju zadovoljavanja potreba u opštem interesu“), iako se može činiti da je tako. Ona je najvidljivija u slučaju javnih preduzeća na lokalnom nivou, kojima nije „povereno vršenje javnih ovlašćenja“. Naime, javna ovlašćenja se mogu poveriti jedino zakonom, dok su ova preduzeća osnovna aktima lokalnih samouprava.

Rešenje za ovaj problem bi moglo biti unošenje odgovarajuće odredbe u Krivični zakonik, koja bi pojam „službenog lica“ vezala izričito i za naručioce, kada je reč o postupanju u vezi sa javnim nabavkama.

### **3.2. Posebno krivično delo**

U članu 234a KZ definisano je krivično delo pod nazivom „Zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom“, na sledeći način:

1. Odgovorn olice u preduzeću ili drugom subjektu privrednog poslovanja koje ima svojstvo pravnog lica ili preduzetnik, koji u vezi sa javnom nabavkom podnese ponudu zasnovanu na lažnim podacima, ili se na nedozvoljen način dogovara sa ostalim ponuđačima, ili preduzme druge protivpravne radnje u nameri da time utiče na donošenje odluka naručioca javne nabavke, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina.
2. Kaznom iz stava 1. Ovog člana kazniće se odgovorno ili službeno lice u naručiocu javne nabavke koje iskorišćavanjem svog položaja ili ovlašćenja, prekoračenjem granice svog ovlašćenja, ili nevršenjem svoje dužnosti krši zakon ili druge propise o javnim nabavkama i time prouzrokuje štetu javnim sredstvima.
3. Ukoliko je delo iz st. 1. i 2. Ovog člana učinjeno u vezi sa javnom nabavkom čija vrednost prelazi iznos od stopedeset miliona dinara, učinilac će se kazniti zatvorom od jedne do deset godina.

4. Učinitelj iz stava 1. Ovog člana koji dobrovoljno otkrije da se ponuda zasniva na lažnim podacima ili na nedozvoljenom dogovoru sa ostalim ponuđačima, ili da je preduzeo druge protivpravne radnje u nameri da utiče na donošenje odluka naručioca pre nego što on donese odluku o izboru ponude, može se osloboditi od kazne.

U prvom stavu navedenog člana KZ se, dakle, predviđa kažnjavanje odgovornih lica kod ponuđača za nekoliko različitih oblika kršenja ZJN. Prvi oblik koji se pominje jeste „podnošenje ponude zasnovane na lažnim podacima“. Sam ZJN nesadrži termin „lažni“, već koristi sinonim „neistiniti“ podaci i to u članu 82. stav 1. ZJN koji propisuje da naručilac može odbiti ponudu ukoliko poseduje dokaz da je ponuđač u prethodne tri godine pre objavljivanja poziva za podnošenje ponuda u postupku javne nabavke dostavio neistinite podatke u ponudi. U tom pogledu ovo krivično delo ima sličnosti sa drugim krivičnim delima, u zavisnosti koji od navedenih podataka je lažan<sup>51</sup>. Svakako, postavlja se i pitanje dokazivanja da je neki podatak lažan.

Drugi oblik odnosi se na situacije kada se ponuđači međusobno dogovaraju. Ovo krivično delo je slično „Zloupotrebi monopolskog položaja“ iz člana 232. KZ, ali se odnosi i na situacije u kojima ovo krivično delo možda ne bi postojalo. Naime, kod krivičnog dela iz člana 232. KZ potrebno je da postupanje okrivljenih „izazove poremećaj na tržištu“ ili neku drugu sličnu štetnu posledicu. Kod krivičnog dela koje se odnosi na ponuđače u javnim nabavkama nemora da nastane šteta posledica u vezi sa tim oblikom izvršenja, već je dovoljno preduzimanje aktivnosti u određenoj nameri. Zakon o javnim nabavkama zabranjuje dogovore između ponuđača u članu 26. U tom članu svaki ponuđač izjavom o nezavisnoj ponudi pod punom materijalnom i krivičnom odgovornošću potvrđuje da je ponudu podneo nezavisno, bez dogovora sa drugim ponuđačima ili zainteresovanim licima. U ovom pogledu nema neusaglašenosti.

Treći oblik povrede odredaba ZJN iz prvog stava odnosi se na situacije kada odgovorno lice kod ponuđača „preduzme druge protivpravne radnje“. I ovde, kao i u prethodna dva slučaja, radnja je usmerena ka određenom cilju – „u nameri da time utiče na donošenje odluka naručioca javne nabavke“. Ova odredba može da obuhvati mnoge protivpravne radnje, a naročito one koji su u vezi sa članom 23. st. 2. Zakona o javnim nabavkama – davanje, nuđenje, stavljanje u izgled koristi ili pokušaj da se saznaju poverljive informacije. Te se pak norme mogu staviti u vezu sa drugim, od ranije postojećim krivičnim delom – davanja mita.

Drugi stav ovog krivičnog dela, donosi potpuno različitu vrstu odgovornosti.

<sup>51</sup> Nemanja Nenadić - Analiza propisa Republike Srbije koji su od značaja za javne nabavke, Misija OEBS u Republiki Srbiji i Uprava za javne nabavke Republike Srbije, Beograd 2015, 7-9.

Tako se ovde kažnjava „odgovorno ili službeno lice“ koje počini zloupotrebu službenog položaja (ili zloupotrebu položaja odgovornog lica). Razlika od „klasičnog“ dela zloupotrebe službenog položaja leži, prvo, u tome što se ovde izričito propisuje protivpravno stradanje i to specifična vrsta protivpravnosti – „kršenje zakona ili drugih propisa o javnim nabavkama“. Kod zloupotrebe službenog položaja kažnjivo je i „iskorišćavanje“ kojese kreće u okvirima zakonskih pravila. Druga razlika jeste to što se ovde traži samo jedna posledica – „prouzrokovanje štete javnim sredstvima“. Nasuprot tome, kod „klasične“ zloupotrebe posledica se mogla ogledati i u tome da se pribavi korist za sebe ili drugoga, da se drugome nanese šteta ili da se teže povrede prava drugih. U tom smislu, ozbiljna zamerka bi mogla da se uputi apstraktnosti termina koji se koriste u opisu bića ovog oblika navedenog krivičnog dela. Naime, postavlja se pitanje koje povrede odredaba ZJN se misli kada se u opisu navodi: „krši zakon ili druge propise o javnim nabavkama“ – da li je u pitanju povreda bilo koje odredbe ZJN, ili postoje neke posebno značajne odredbe koje moraju biti povređene. Takođe, problem je i u delu opisa u kojem je navedeno: „prouzrokuje štetu javnim sredstvima“. Naime, u samom ZJN nema definicije „javnih sredstava“, a postavlja se i pitanje iznosa štete koji mora da nastane (kao i dokazivanja nastanka iste), posebno imajući u vidu stav 3. Koji propisuje veću kaznu ne u zavisnosti od visine nastale štete, nego u zavisnosti od vrednosti javne nabavke. Tako stav 3. člana 234a KZ propisuje veću kaznu u slučaju kada je neko od gore opisanih krivičnih dela izvršeno u vezi sa nabavkom čija vrednost prelazi iznos od 150 miliona dinara. Ova norma je nelogična zato što odstupa od uobičajenog pravila da se teža kazna propisuje kada je veća šteta ili imovinska korist. Stoga i posledice mogu biti nelogične – da se za štetu od milion dinara na nabavci koja vredi milion dinara, počinitelac blaže kazni od onog ko napravi štetu od 10 hiljada dinara na nabavci vrednoj 150 miliona dinara.

Pored ove nelogičnosti, problem možeda predstavlja i to što se ne propisuje jasno na koju se vrednost nabavke misli (procenjena vrednost ili vrednost zaključenog ugovora), budući da se te vrednosti mogu bitno razlikovati, a neki se oblici ovog krivičnog dela mogu odigrati u vreme dok ugovor još nije zaključen.

Zbog svega navedenog, očigledno je da se kod navedenog krivičnog dela mora izvršiti izmena opisa bića (bitnih elemenata) kako bi se dobile preciznije definicije. Ovako, opis bića tog krivičnog dela je na visokom nivou apstrakcije, što u velikoj meri otežava policiji, tužilaštvu i sudovima dokazivanje izvršenja istog. Zbog toga je utisak da će ti organi težiti da različite oblike preduzimanja nedozvoljenih radnji u vezi sa javnim nabavkama, pre podvedu pod „klasičnu“ zloupotrebu službenog položaja iz člana 359. KZ, za koje su kazne, za osnovni

oblik izvršenja, identične u rasponu u odnosu na krivično delo iz člana 234a KZ. Razlika u kazni se, međutim, javlja kod krivičnog dela odgovornog lica, na osnovu čega bi odgovorno lice u nekom lokalnom javnom preduzeću bilo lakše kažnjeno a ko pribavi protivpravno 300.000 dinara, tako što zloupotrebi subvencije, dok će kazna u slučaju da isti taj iznos pribavi zloupotrebom od javnih nabavki biti potencijalno veća<sup>52</sup>.

Može se zaključiti i da predmeti u vezi sa korupcijom u javnim nabavkama moraju imati i, donekle, drugačiji tretman od strane policije, tužilaštva i sudova, u tom smislu što se mora obezbediti veći obim edukacije za zaposlene u tim institucijama iz oblasti javnih nabavki, ali i javno-privatnog partnerstva i koncesija, kao i poznavanja propisa o državnoj upravi i javnim preduzećima, tako da se vrši njihova postepena specijalizacija. Takođe, moraju se ojačati naponi da se uspostavi kontinuirana i, ukoliko je to moguće, formalizovana saradnja između institucija (potpisivanjem sporazuma, protokola ili na drugačiji način), posebno između Uprave za javne nabavke, Republičke komisije, Državne revizorske institucije i tužilaštva. Ta saradnja bi trebalo da omogući tužilaštvima da lakše prepoznaju elemente bića određenih krivičnih dela, a u vezi sa nezakonitim i nepravilnim postupanjem učesnika u postupcima javnih nabavki, kao i da pribave adekvatne dokaze o tome. Naime, često je problem što nepostoje jasni materijalni dokazi o tome da je javna nabavka sa namerom sprovedena tako da se favorizuje neki ponuđač, a da se ostali diskriminišu.

#### **4. Neregularnosti i koruptivni rizici kroz različite faze javne nabavke**

Javnu nabavku u užem smislu čini sam postupak javne nabavke, kao skup radnji i akata koje preduzima i donosi naručilac u cilju izbora najpovoljnije ponude sa čijim ponuđačem će zaključiti ugovor, dok javnu nabavku u širem smislu, pored postupka javne nabavke, čini i ono što prethodi sprovođenju tog postupka, a to je istraživanje tržišta i planiranje, kao i ono što sledi nakon sprovedenog postupka javne nabavke, a to je izvršenje zaključenog ugovora o javnoj nabavci. Svrsishodnost bi trebalo analizirati kroz svaku od tih faza javne nabavke shvaćene u širem smislu, jer aktivnosti koje preduzima naručilac u tim fazama ukazuju na to kako i kojoj meri naručilac nastoji da nabavi ono što mu je zaista potrebno, u realnim količinama i sa adekvatnim nivoom kvaliteta u pogledu karakteristika predmeta nabavke.

---

<sup>52</sup> Nemanja Nenadić - Analiza propisa Republike Srbije koji su od značaja za javne nabavke, Misija OEBS u Republiki Srbiji i Uprava za javne nabavke Republike Srbije, Beograd 2015, 7-9.

## 4.1. Planiranje

Planiranje javne nabavke podrazumeva više radnji koje naručilac preduzima u cilju pripreme sprovođenja postupka javne nabavke i kasnijeg zaključenja i realizacije ugovora. Te radnje su: utvrđivanje potreba za nabavkom i istraživanje tržišta, predviđanje sredstava usvajanjem budžeta ili finansijskog plana, kao i donošenje plana nabavki koji sadrži dinamiku sprovođenja nabavki, vrstu postupka, procenjenu vrednost i ostale potrebne elemente.

Kroz utvrđivanje potreba za nabavkom naručilac se, aktivnom komunikacijom unutar svojih organizacionih delova (kao što su: tehnička, finansijska, pravna služba i služba komercijale), opredeljuje šta će nabavljati u jednoj godini. Pritom, naručilac se rukovodi analizom nabavki i potreba u prethodnom periodu, trenutnim potrebama i stanjem zaliha, analizom aktuelnog stanja na tržištu, kao i godišnjim i srednjoročnim planovima poslovanja.

Veoma je važno da tom prilikom naručilac realno i objektivno utvrdi potrebe sa stanovišta poslova koji su mu dati u nadležnost, ali i sa stanovišta raspoloživih kadrovskih i tehničkih kapaciteta. Što se tiče poslova koje obavlja naručilac, trebalo bi uzeti u obzir ne samo ono što je navedeno u propisima i odlukama nadležnih organa kojima su određeni ti poslovi, već i godišnje i sredoročne planove poslovanja.

U fazi planiranja javnih nabavki posebnu pažnju bi trebalo posvetiti pravo vremenosti i načinu planiranja. Kod naručilaca u zemljama koje su obuhvaćene ovim priručnikom veoma je prisutan problem kašnjenja u pravljenju planova nabavki i neadekvatno planiranje u smislu da se planira više ili manje nego što je potrebno. Taj problem ima za posledicu da se ili prevelika sredstva angažuju i ostaju neiskorišćena, ili da se naknadno uoče potrebe koje nisu bile predviđene u vreme planiranja, što nameće potrebu sprovođenja pregovaračkih postupaka “po hitnosti” ili dovodi do toga da naručilac nema na raspolaganju potrebna dobra ili usluge. Na taj način se, delimično, može objasniti visoko učešće pregovaračkih postupaka “po hitnosti” u ukupnoj vrednosti javnih nabavki u pojedinim zemljama.

Većina naručilaca u Srbiji ne ispunjava osnovne preuslove dobrog planiranja kao što su: praćenje zaliha, upravljanje lancem snabdevanja i dobro poznavanje potreba korisnika. Isto tako, uglavnom se ne vrši ozbiljnije istraživanje tržišta, pre započinjanja postupka, ne obezbeđuju se informacije o potencijalnim ponuđačima, intenzitetu konkurencije, prisutnosti rizika dogovaranja između ponuđača, što je sve bitno da bi mogla da se planira vrsta postupka u kome će se sprovesti nabavka, kao i način na koji će se odrediti tehničke specifikacije i ostali elementi tenderske dokumentacije.

Praksa pokazuje da se mala ili gotovo nikakva pažnja ne poklanja pitanju svrsishodnosti nabavki. Kod specifikacije potreba koju pravi korisnik u okviru naručioca i dostavlja službi za javne nabavke zbog planiranja, najčešće nedostaje jasno pisano obrazloženje koje treba da služi kao osnova za procenu svrsishodnosti nabavke. Takođe je uočeno da nedostaje model za pisanje obrazloženja koji bi sadržao elemente koji jasno pokazuju kako data nabavka doprinosi ekonomičnoj i efikasnoj realizaciji cilja naručioca, odnosno njegovih poslovnih (radnih) planova.

U smislu izloženog, objektivnost naručioca u utvrđivanju potreba za nabavkom bi trebalo ocenjivati kroz odgovore na sledeća pitanja:

1. Da li je, uopšte, potrebno nabaviti određene predmete nabavki?
2. Da li su potrebne količine dobara (obim radova ili usluga) koje se traže?
3. Koji je adekvatan kvalitet onoga što će se nabavljati?
4. Da li predmet nabavki, po svojim karakteristikama, odgovara potrebama naručioca?

Sve navedeno je u domenu razmatranja, pre svega, ekonomičnog postupanja naručioca u početnoj fazi javne nabavke. Nabavka nečega što realno nije potrebno naručiocu, ili nabavka u neodgovarajućim količinama, neadekvatnog kvaliteta i neodgovarajućih svojstava dovodi do nepotrebnih izdataka javnih sredstava. U određenim slučajevima motiv za te pojave može biti i koruptivne prirode.

Kada su u pitanju nabavke koje nisu potrebne, posebnu pažnju bi trebalo obratiti na nabavke:

- intelektualnih usluga čije rezultate neće koristiti naručilac, kao što su različite analize, istraživanja, prevođenja itd;
- potrošnog materijala ili rezervnih delova, iako se u skladištu naručioca nalaze znatne količine koje nisu iskorišćene u dužem vremenskom periodu;
- radi zamene opreme koja je još uvek upotrebljiva i u dobrom stanju (nabavka novih automobila, iako naručilac raspolaže sa vozilima koja nisu mnogo korišćena i koja su sasvim ispravna);
- stručne specijalizovane obuke za lica kojima ta obuka nije potrebna, s obzirom na radno mesto na kojem su angažovani;
- nabavka specijalnih terenskih vozila, iako nijedan od poslova koje obavlja naručilac ne ukazuju da će ta vozila biti korišćena na specifičnim terenima.
- Primeri nabavki u većim količinama i obimu od potrebnog su:
- nabavka velike količine građevinskog materijala, iako je objekat koji će se graditi male površine i spratnosti;
- nabavka računara ili delova kancelarijskog nameštaja (radnih stolova,



- stolica isl.) u znatno većem broju od broja zaposlenih kod naručioca;
- nabavka izrade sajta naručioca sa velikim brojem nepotrebnih aplikacija koje neće koristiti očekivani posetioци tog sajta.
  - Što se tiče nabavki koje su po kvalitetu i tehničkim karakteristikama predmeta znatno iznad potreba naručioca, primeri za iste bi mogle da budu nabavke:
    - službenih vozila nepotrebne kubikaže, dimenzija i drugih karakteristika;
    - računarske opreme i programa koji su visokih performansi (velika brzinaprocесora, znatna količina raspoložive memorije itd.), iako se nabavljaju za potrebe zaposlenih koji će na njima preduzimati jednostavne operacije obrade i štampanja teksta ili razmene elektronske pošte;
    - službenih telefona nepotrebnih karakteristika, kao što je ugrađena kamera visoke rezolucije;
    - skupocenog kancelarijskog nameštaja.

Primeri nabavki predmeta znatno manjeg nivoa kvaliteta od realno potrebnog (uglavnom jer je jeftiniji) su:

- nabavka hiruških konaca i rukavica koje pucaju prilikom hiruških intervencija i time direktno ugrožavaju živote pacijenata;
- nabavka rezervnih delova koji su kratkog veka trajanja i koji zbog lošeg kvaliteta ugrožavaju čitava postrojenja, pa može doći do kvarova i štete koja će višestruko premašiti cenu samih rezervnih delova (recimo, nabavka kugličnih ležajeva koji se ugrađuju u rudarska postrojenja);
- nabavka softvera koji onemogućavaju naručioca u vršenju elektronskog poslovanja na koji su i obavezani odredbama posebnih propisa;
- nabavka nekvalitetnih zimskih pneumatika koji onemogućavaju kretanje patrolnih ili drugih terenskih vozila u otežanim zimskim uslovima;
- nabavka tonera zaštampanje koji onemogućavaju izradu jasnih i čitljivih dokumenata;
- asfaltiranje puteva sa nedovoljnom količinom asfalta ili sa asfaltom lošeg kvaliteta zbog čega dolazi do čestog oštećenja kolovoza i potrebe za učestalim ponavljanjem radova na istim saobraćajnicama;
- nabavka HTZ opreme koja neštiti zaposlene od ekstremnih uslova kojima su izloženi u obavljanju delatnosti naručioca.

Sprovođenje nepotrebnih nabavki, kao i nabavki koje po obimu i tehničkim karakteristikama prevazilaze realne potrebe naručioca, dovodi do nepotrebnog, odnosno nesvršishodnog trošenja javnih sredstava, ali može ukazivati i na težnju da se određenim licima omogući da ostvare protivpravnu imovinsku korist.

Pojavi sprovođenja nepotrebnih javnih nabavki doprinosi, pre svega,

nedovoljna interna i eksterna revizija svrsishodnosti javnih nabavki. Veoma važno je da se ta kontrola uspostavi u narednom periodu sa adekvatnim kapacitetom nadležnih institucija.

Pored navedenog, sprovođenju nesvrshodnih nabavki doprinosi i nepostojanje odluka ili internih akata naručilaca koji bi sadržali standarde koji određuju zbog čega će se, kakvog kvaliteta i količina nešto nabavljati. Takve standarde bi naručilac, recimo, mogao da ima za službene automobile, i isti bi definisali posle koliko pređenih kilometara, ili posle kakve vrste kvarova će se započeti sa nabavkom novih automobila.

Pre svega, potrebna su veća ovlašćenja i kapaciteti za institucije državne revizije koja bi trebalo da imaju najveću ulogu u kontroli svrsishodnosti javnih nabavki. Takođe i interna revizija u okviru naručioca bi posebnu pažnju trebalo da obrati tom aspektu javnih nabavki.

Trebalo bi, takođe, naručioce obavezati da usvoje određene standarde koji će sadržati merila za procenu potrebe da se nešto nabavlja, da se nabavlja u određenim količinama ili određenog kvaliteta. Isto tako, objavljivanje godišnjih planova nabavki, u određenom obimu, na specijalizovanim portalima javnih nabavki omogućava svim zainteresovanim licima da se upoznaju sa nabavkama koje naručilac planira da sprovede, te da ukažu na to da su neke nesvrshodne.

## **4.2. Sprovođenje postupka javne nabavke**

Tehničke specifikacije su skup objektivno i precizno opisanih tehničkih karakteristika predmeta konkretne javne nabavke i predstavljaju obaveznu sadržinu konkursne dokumentacije. Iz tog opisa se vide zahtevi naručioca u pogledu svojstava, kvaliteta, količina, ambalaže i drugih karakteristika samog predmeta nabavke.

Ponudaci su dužni da u potpunosti ispune tehničke specifikacije koje naručilac zahteva u konkursnoj dokumentaciji, a u suprotnom, ponuda će biti odbijena. Sa druge strane, naručilac je dužan da na što objektivnijim osnovama opiše predmet nabavke, te da strogo izbegava opisivanje koje bi moglo unapred da odredi izabranog ponuđača. U tom pogledu treba napomenuti da je naručiocu generalno zabranjeno da koristi i da se poziva na tehničke specifikacije koje označavaju dobra, usluge ili radove određene proizvodnje, izvore ili gradnje, ako bi takvim označavanjem mogao dati prednost određenom ponuđaču ili bi mogao neopravdano eliminisati ostale ponuđače. Isto tako, naručilac nemože u tenderskoj dokumentaciji da naznači bilo koji pojedinačni robni znak, patent ili tip, niti posebno poreklo ili proizvodnju, osim ukoliko nemože da opiše predmet ugovora na način da specifikacije budu dovoljno razumljive

ponuđačima, u kojoj situaciji, navođenje robnog znaka, patenta, tipa ili proizvođača mora biti praćeno rećima “ili ekvivalentno”.

Diskriminacija kroz tehničke specifikacije se, moŹda, i najćeće javlja kroz nastojanje narućioca da u tehničkim specifikacijama «prepiše» tehničke karakteristike i dimenzije predmeta koji nudi odrećeni ponuđać. U takvim situacijama ponuđaći koji preuzimaju konkursnu dokumentaciju moraju da budu veoma oprezni, te da sa posebnom paŹnjom razmotre tehničke specifikacije traŹenog predmeta, i utvrde da li su to, u stvari, tehničke karakteristike koje moŹe da ponudi samo odrećeni ponuđać. Naime, tada narućilac ne favorizuje otvoreno neke ponuđaće, navoćenjem njihovog naziva ili navoćenjem tipa proizvoda koji samo oni nude, Źto nije teško otkriti i osporiti, već kroz suptilno opredeljenje karakteristika pokućava da posao „namesti” svojim „favoritima“. Pri tome, trebalo bi istaći da narućilac nemoŹe da tehničke specifikacije prilagodi svim ponuđaćima koji smatraju da bi njihova ponuda trebalo da bude izabrana, već je u obavezi da sve Źto traŹi bude u logićnoj vezi sa sadrŹinom konkretne javne nabavke i objektivnim potrebama koje je prate. Dakle, narućilac ne sme da sadrŹinom svoje konkursne dokumentacije spreći u ućestvovanju, odnosno diskriminiće bilo kog ponuđaća koji takve, potrebne karakteristike moŹe da ispuni.

Narućilac bi izvrćio znaćajnu diskriminaciju ponuđaća, a posledićno i ogranićenje konkurencije, i ukoliko bi prilikom opisa tehnićkih karakteristika, recimo, dobara koja nabavlja traŹi o da ista budu iskljućivo odrećenih proizvođaća ili odrećenog tipa, bez mogućnosti da konkurentni budu i ekvivalentni proizvodi. Ćesto narućioc i kao opravdanje za takve tehnićke specifikacije u svojoj konkursnoj dokumentaciji istiću da je opće poznata ćinjenica da su proizvodi odrećenog proizvođaća kvalitetniji od ostalih, te da bi i sami rukovodioci, odnosno zaposleni narućioca izabrali bać takve proizvode kada bi kupovali za lićne potrebe. Mećutim, osnovno naćelo u postupcima javnih nabavki jeste naćelo efikasnosti i ekonomićnosti, a Źto Źira konkurencija je najvaŹnije sredstvo kojim se isto naćelo ostvaruje. Zbog toga narućilac nesme da ser ukovodi lićnim potrebama pojedinaca koji sprovode samu javnu nabavku ili onih ćija bi ponuda „trebalo da bude“ izabrana, već mora da objektivno opredeli potrebe same ustanove, odnosno organizacije za ćije funkcionisanje i redovno obavljanje delatnosti se i sprovodi nabavka. Samim tim, koriććenje subjektivnih merila prilikom odrećivanjatehnićkih specifikacija, bez ikakvih konkretnih i objektivnih opravdanja za to, ogranićava konkurenciju i onemogućava ostvarenje pomenutog naćela. Pri tom, nikako ne bi trebalo zanemariti ni proptivpravnu imovinsk ukorist za pojedince koja će biti posledica takvog nezakonitog postupanja.

Objavljivanje tenderske dokumentacije na specijalizovanim portalima javnih nabavki je jedna od mera koja, kao i u slučaju diskriminatorskih uslova, može da spreči pokušaje očigledne diskriminacije i ograničenja konkurencije kroz tehničke specifikacije.

### **4.3. Izvršenje ugovora o javnoj nabavci**

Na osnovu analize stanja u sistemima javnih nabavki zemalja koje su obuhvaćene ovim priručnikom, uočeno je odustvo sistematskog i kontinuirano praćenja izvršenja ugovora o javnoj nabavci, i nepreduzimanje mera za sankcionisanje izvršenja ugovora u suprotnosti sa onim što je ponuđeno od strane izabranog ponuđača. Naime, kako bi se obezbedilo poštovanje načela efikasnosti i ekonomičnosti u fazi izvršenja ugovora o javnoj nabavci, veoma je važno da naručilac sistematski i organizovano prati realizaciju, te da preduzima mere kako bi se obezbedila realizacija ugovora na način i pod uslovima koji su ponuđeni u ponudi koja je izabrana kao najpovoljnija. U uporednom pravu postoje rešenja na osnovu kojih su sprovođenje postupaka nabavki i praćenje izvršenja ugovora dve odvojene funkcije, koje sprovode različite službe, odnosno različita lica u okviru istog naručioca. Na taj način se omogućava postizanje veće objektivnosti u tom praćenju.

Postupak javne nabavke je preduslov za zaključenje ugovora o javnoj nabavci. Izmene i dopune ugovora koji je tako zaključen, takođe, se nemogu vršiti bez primene odredbi Zakona o javnim nabavkama, ali u određenom broju slučajeva naručioci zaključuju anekse ugovora o javnim nabavkama bez primene tog zakona, ili i bez aneksa prvobitnog ugovora dozvoljavaju promenu ponuđenih uslova realizacije ugovora na osnovu kojih je izabrana ponuda ponuđača sa kojim je zaključen ugovor. Ukoliko se u fazi realizacije ugovora o javnoj nabavci dozvoli promena onoga što je bilo odlučujuće kada je naručilac u postupku javne nabavke donosio odluku sa kim će zaključiti taj ugovor, onda se može konstatovati da taj postupak nije imao smisla, odnosno da su svi učesnici u tom postupku, osim naručioca i izabranog ponuđača, bili dovedeni u zabludu, i da je došlo do neosnovanog trošenja javnih sredstava.

Prilikom praćenja realizacije ugovora naručilac bi trebalo da utvrdi da li ponuđač svoje ugovorne obaveze ispunjava u roku i na način koji je određen samim ugovorom. Naručilac je dužan, pritom, da postupa sa tzv. „pažnjom dobrog privrednika ili domaćina“, što znači da bi trebalo da preduzima sve mere koje su mu na raspolaganju kako bi obezbedio pravovremenu i adekvatnu realizaciju ugovora. Od mera koje su naručiocu na raspolaganju svakako se izdvajaju ugovorne kazne koje su predviđene samim ugovorom, sredstva finansijskog obezbeđenja ugovornih obaveza (bankarske garancije, polise osiguranja isl.),

kao i mogućnos traskida ugovora ukoliko je očigledno da izabrani ponuđač neće ili nemože da ispuni svoje ugovorne obaveze. U vezi satim je veoma važno naglasiti da i raskid ugovora, i realizovano sredstvo finansijskog obezbeđenja ispunjenja ugovornih obaveza predstavljaju negativne reference za izabranog ponuđača zbog kojih njegova ponuda može biti odbijena u nekom narednom postupku javne nabavke sa istim predmetom. Pored toga, naručilac može i da podnese tužbu za naknadu štete zbog neispunjenja ugovornih obaveza, kao i da kod izvođenja građevinskih radova insistira da nadzorni organ u potpunosti izvrši stručni nadzor izvedenih radova.

U pogledu svrsishodnosti javne nabavke, sistematično i redovno praćenje izvršenja ugovora može da ukaže na dve pojave koje mogu da obesmisle samu svrsishodnost. Sa jedne strane, moraju se sankcionisati situacije u kojima naručilac dozvoli takvu izmenu predmeta prilikom izvršenja samog ugovora o javnoj nabavci koja prvobitnu pozitivnu ocenu o svrsishodnosti, do koje se došlo na osnovu analize faze planiranja is provođenja postupka javne nabavke, dovodi ozbiljno u pitanje ili je očigledno demantuje. Primeri za to su sledeći:

- promena predmeta nabavke, tako što naručilac dozvoli ponuđaču da isporuči nešto što je slabijeg kvaliteta i tehničkih karakteristika u odnosu na ono što je ponuđeno (isto se odnosi i na pružanje usluge ili izvođenje radova);
- promena predmeta nabavke, tako što naručilac dozvoli ponuđaču da mu isporuči nešto što nije ni predviđeno ugovorom o javnoj nabavci;
- promena ugovorene količine dobara koja će biti isporučena, odnosno promena ugovorenog obima radova ili usluga, tako što naručilac zahteva ili dozvoli realizaciju preko onoga što je određeno ugovorom;
- promene na strani izabranog ponuđača, tako što naručilac dozvoli da, umesto tog ponuđača koji je morao da ispuni uslove za učešće u postupku javne nabavke i čija je ponuda u tom postupku na osnovu unapred određenog kriterijuma izabrana kao najpovoljnija, nabavku realizuje neko drugo lice koje nije predstavljeno u toj ponudi;
- ostale promene koje predstavljaju izmenu ponuđenih uslova, na osnovu kojih je ponuda izabrana.

S druge strane, negativna pojava po svrsishodnost javnih nabavki u ovoj fazi je i neadekvatno i nesistematično praćenje stanja zaliha u magacinu naručioca ili stanja u kojem se nalazi oprema, sredstva ili objekti kojima raspolaže naručilac, a koji su bili predmet prethodnos provedenih postupaka javnih nabavki. U tim slučajevima, može doći do posledica koje se više ne odražavaju na konkretnu javnu nabavku u kojoj su takvi predmetin abavljeni, već se odražavaju na planiranje i sprovođenje budućih javnih nabavki.

## IV Međunarodni bilateralni investicioni sporazumi

### Konflikt prava EU i investicionog prava, srpska ugovorna praksa i uloga javnog tužilaštva

Strane direktne investicije – SDI (engl. foreign direct investments) predstavljaju značajan potencijal rasta privrednog bogatstva, rasta trgovinske razmene, kreiranja novih radnih mesta, transfera tehnologija i znanja, novih metoda upravljanja i boljih performansi ekonomije.<sup>53</sup> Izvoz domaćih investicija u inostranstvo takođe može doprineti efikasnijoj kontroli troškova proizvodnje i mogućnost repatrijacije dobiti domaćih kompanija u maticu. Stoga, bilateralni investicioni sporazumi – BIS (engl. bilateral investment treaties) predstavljaju veoma zastupljen instrument ekonomske politike mobilizacije SDI<sup>54</sup>, ali i zaštite domaćih investicija na trećim tržištima. Globalno tržište je premreženo sa oko 3300 BIS.<sup>55</sup> Otuda, ne čudi da je Srbija (samostalno ili kao sastavni deo ranijih državnih formi) zaključila 54 sporazuma sa stranim trgovinskim partnerima o uzajamnoj zaštiti i promociji ulaganja.<sup>56</sup>

BIS su klasični međunarodni ugovori, odnosno paktovi između subjekata međunarodnog javnog prava (najčešće država, ali i država i međunarodnih organizacija poput EU). Njih karakteriše uzajamnost. Ugovorne strane uspostavljaju istovremenu i recipročnu zaštitu stranih ulaganja ulagača poreklom iz strana ugovornica na svojim teritorijama. Njihov osnovni cilj je obezbeđenje predvidljivog pravnog ambijenta i zaštita SDI od (političkog) rizika ekonomskog obezvređivanja ulaganja usled jednostranih, diskriminatornih akata države domaćina i njenih organa.

Ređi su sporazumi koji regulišu prava i privilegije investitora poreklom iz samo jedne strane ugovornice. Međutim, sve veći udeo država u razvoju kao izvoznika investicija<sup>57</sup>, sve veće učešće kompanije u državnom vlasništvu kao ulagača<sup>58</sup> i manjak slobodnog kapitala za infrastrukturne projekte, uslovljava

---

53 Communication from the Commission “Towards a comprehensive European international investment policy” (COM(2010)343 final), str. 3.

54 UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development (UNCTAD, 2015), str. 10

55 Ibid. str. 16.

56 V. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/187>

57 Više od trećine SDI globalnih investicija potiču od kompanija iz država u razvoju poput Kine, Indije, Azerbejdžana, Meksika itd. (UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development (UNCTAD, 2015)).

58 10% globalnih SDI sprovode državne kompanije (UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development (UNCTAD, 2015)).

pojavu bilateralnih ugovora koji regulišu položaj ulagača, ili individualnih kompanija iz jedne države povodom infrastrukturnih projekata finansiranih kreditom države izvoznika investicije. Za razliku od klasičnih BIS koji su recipročni i koji se ne tiču konkretne investicije, ovakvi BIS u načelu kreiraju određena jemstva u odnosu na kapital poreklom iz države davaoca kredita, i suspenduju lokalna pravila o dodeli javnih ugovora u postupku konkurencije.

Međutim, zaključivanje BIS nije bez razvojnih rizika i eventualnih posledica po javne rashode. Prvo, BIS podrazumeva indirektno ograničenje prava države da reguliše investiciju nacionalnim merama (poreskim zakonodavstvom, ekološkim i merama zaštite zdravlja, pravilima o zaštiti konkurencije i merama kontrole državne pomoći itd.), ukoliko bi to značilo kršenje prava ulagača iz BIS. Drugo, BIS podrazumeva da će o eventualnom sporu između ulagača i države odlučivati međunarodna arbitraža koja može imati više sluha za „legitimna očekivanja“ investitora u odnosu na mere države. Treće, BIS pokrivaju kako mere državnih organa tako i akte regionalnih i lokalnih institucija. Četvrto povreda BIS povlači za sobom finansijsku odgovornost države domaćina investicije u formi obeštećenja ulagača i značajne transakcione troškove vođenja sporova.<sup>59</sup> Konačno, „korisne“ nepreciznosti u odredbama BIS, omogućavanje privilegovanog pristupa javnim resursima kroz suspenziju tržišne utakmice, propuštanje preduzimanja mera adekvatne pravne zaštite javnog interesa pred međunarodnom arbitražom, mogu kreirati povoljan ambijent za zloupotrebu režima međunarodnog investicionog ugovora i korupciju, čak i ako po sebi nisu posledica koruptivnog delovanja.

BIS se ne zaključuju van konteksta ekonomske politike, niti funkcionišu u uslovima potpunog pravnog vakuma. Trgovinski paktovi sa trećim državama koji regulišu uslove za SDI moraju biti usaglašeni sa Ustavom Srbije i načelom otvorenog tržišta zasnovanog na slobodnoj konkurenciji.<sup>60</sup> Naime, iako je cilj klasičnih BIS da zaštita stranog ulagača od diskriminatornih akata organa države domaćina (političkog rizika), oni po svojoj prirodi nisu sredstvo izolacije stranog ulagača od tržišnih rizika konkurencije, odnosno instrument davanja netržišnih pogodnosti i prednosti u odnosu na konkurenciju. Naprotiv, deklarativan cilj BIS je da dovede stranog ulagača u sličnu poziciju sa drugim lokalnim i stranim ulagačima kako bi se na njemu stranom tržištu takmičio u ravnopravnim uslovima.

---

<sup>59</sup> Naprimer, pred Međunarodnim centrom za investicione sporove u Vašingtonu (ICSID), je pokrenut investicioni spor protiv Srbije od strane ulagača iz Belgije i vlasnika postrojenja Energo-Zelena za preradu otpada životinjskog porekla, po osnovu BIS Srbije i države Beneluksa u vezi sa ulaganjem čija vrednost je procenjena na 21,5 miliona evra, zbog propuštanja Srbije da jednako primeni propise u oblasti upravljanja opasnim otpadom životinjskog porekla na investitora i domaće ulagače čime je dovedena u pitanje ekonomska isplativost ulaganja (v. <http://investmentpolicy-hub.unctad.org/ISDS/Details/582>).

<sup>60</sup> V. član 16. stav 2 i član 82. stav 1. Ustave Republike Srbije.

S tim u vezi, Pregovarački okvir Evropske unije<sup>61</sup> za pregovore o pristupanju Srbije predviđa generalni zahtev da Srbija uskladi svoju spoljnu ekonomsku politiku prema trećim državama sa politikama Unije „do momenta pristupanja“.<sup>62</sup> Ova obaveza podrazumeva usaglašavanje bilateralnih trgovinskih odnosa Srbije sa pravom EU u okviru Poglavlja 30 (Ekonomski odnosi sa inostranstvom). Države članice ne mogu zaključivati BIS koji narušavaju odredbe Ugovora o funkcionisanju EU (u daljem tekstu: UFEU) kojom se sprovodi politika unutrašnjeg tržišta, odnosno kojim se izigrava zabrana akata kršenja i ometanja konkurencije. Naprimera, države članice ne mogu dodeljivati javne ugovore stranim ulagačima na osnovu bilateralnih međunarodnih ugovora čija odredbe su u suprotnosti sa načelima slobodne konkurencije, transparentnosti, nediskriminacije i jednakog pristupa tržištu dodele javnih ugovora.<sup>63</sup> Prirodno, EU ima nemanja očekivanja od Srbije kao buduće članice.

S tim u vezi, BIS, koji izoluju stranog ulagača od rizika konkurencije, ukidanjem lokalnih postupaka takmičenja za dodele javnih ugovora, suspenzijom pravila o dodeli državne pomoći i davanjem mogućnosti ustupanja nacionalnih resursa na netržišnim osnovama, nisu kompatibilni sa Ustavom niti sa budućim članstvom Srbije u EU. Istovremeno, takvi BIS mogu biti ozbiljan izvor oportuniteta, korupcije i rasipanja javnih sredstava, i gotovo nikad ne obezbeđuju uzajamnost, tj. recipročan tretman srpskih ulagača na teritoriji države partnera. Pa ipak, takvi sporazumi se u praksi zaključuju iz različitih ekonomskih ili vanekonomskih razloga.

U tekstu koji sledi razjasnićemo osnovne koncepte vezane za BIS i pojam BIS, njihovu svrhu, uobičajne elemente/odredbe BIS i odredbe dodatne zaštite, sa osvrtom na ograničenje prava države da reguliše investiciju na svojoj teritoriji i vezanim finansijskim rizicima. Zatim ćemo govoriti o politici i pravilima EU u oblasti SDI i BIS značajnim za pristupanje Srbije Uniji. Nakon što smo uspostavili pravni i politički kontekst BIS kritički ćemo se osvrnuti na primere ugovornu prakse Srbije koji odstupaju od Ustava, duha Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (SSP)<sup>64</sup> i prava EU. Na osnovu uočenih problema u praksi analiziraćemo mogućnosti za delovanje javnog tužilaštva u okviru Ustavom i zakonom utvrđenih prava i dužnosti i izvesti određene zaključke.

---

61 Originalan naziv dokumenta „EU Opening Statement for Accession Negotiations - General EU Position“. Dokument na srpskom dostupan na veb stranici Kancelarije za evropske integracije [http://www.seio.gov.rs/upload/docu-ments/pristupni\\_pregovori/pregovarački\\_okvir.pdf](http://www.seio.gov.rs/upload/docu-ments/pristupni_pregovori/pregovarački_okvir.pdf)

62 Pregovarački okvir, stav 26.

63 V. Slučaj C-324/98, Teleaustria, [2000] ECR I-10745, stav 62; v. Slučaj C-458/03 Parking Brixen ECR [2005] I-8612, stav 61.; v. Direktivu 2014/24/EU o javnim nabavkama, član 9.

64 Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane (“Službeni glasnik Republike Srbije” – Međunarodni ugovori, broj 83/2008)



# 1. Pojam bilateralnih investicionih sporazuma

## 1.1. Pojam i sadržaj BIS

BIS su međunarodni sporazumi između dva subjekta međunarodnog javnog prava o promociji i uzajamnoj zaštiti (privatnih) investicija državljana (fizičkih i pravnih lica) ugovornih strana na njihovim teritorijama.<sup>65</sup> Ovi ugovori utvrđuju pravila pod kojim državljanin jedne strane ugovornice ulaže na teritoriji druge ugovorne strane, uključujući njihova prava i jemstva domaćina investicije.<sup>66</sup> Ugovore najčešće zaključuju države. Međutim, međunarodne organizacije poput EU imaju mandat da zaključuju BIS prenet od strane država članica osnivačkim aktima.<sup>67</sup> Takođe, iako se podrazumeva da su predmet zaštite SDI privatnih lica, BIS ne isključuju zaštitu SDI od strane entiteta koji su u većinskoj državnoj svojini ili finansirani iz javnih izvora.

Sadržaj konkretnog BIS određuju ugovorne strane. Odredbe mogu biti različite od sporazuma do sporazuma. Međutim, praksa međunarodnog investicionog prava ustanovila je određene elemente, odnosno odredbe koje trgovinski partneri redovno ugovaraju. BIS uobičajeno sadrže sledeća prava i jemstva za strane ulagače:

- Nacionalni tretman;
- Tretman najpovlašćenije nacije;
- Fer i ravnopravan tretman;
- Pravo na pravovremenu, adekvatnu i efektivnu naknadu za slučaj ekpropijacije.<sup>68</sup>

Pored ovih odredbi, najznačajnije jemstvo koje redovno obezbeđuju BIS je pravo stranog ulagača da neposredno tuži državu domaćina pred međunarodnom arbitražom zbog povrede BIS i zahteva naknadu štete prouzrokovanu povredom odredbi ugovora.<sup>69</sup> S tim u vezi, Vašingtonska Konvencija o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država<sup>70</sup> je ustanovila Međunarodni centar za rešavanje investicionih sporova (u daljem tekstu: ICSID) kao važan mehanizam i institucionalnu arbitražu za rešavanja sporova između stranog ulagača i države domaćina. Srbija BIS sa partnerima redovno ugovara mogućnost direktnog zasnivanja nadležnosti ICSID.

65 V. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-502-2491?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-502-2491?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1)

66 V. [https://www.law.cornell.edu/wex/bilateral\\_investment\\_treaty](https://www.law.cornell.edu/wex/bilateral_investment_treaty)

67 Npr. Ugovor o funkcionisanju EU ustanovljava isključivu nadležnost Unije da uređuje pitanja SDI i zaključuje međunarodne ugovore koje imaju za predmet zaštitu SDI.

68 J. Bonnitca, *Substantive Protection under Investment Treaties: A Legal and Economic Analysis* (Cambridge University Press, 2015) str. 3.

69 Ibid.

70 Službeni list SCG - Međ. ugovori, broj 2/2006.

Razvojem ugovorne prakse i tendencija smanjenja restrikcija u prekograničnom kretanju kapitala uvodi kao redovan element BIS i pravo na slobodno raspolaganje i transfer dobiti koji potiče iz ulaganja.<sup>71</sup>

Takođe, apstraktnost odredbi BIS kojima se štiti pravo ulagača u odnosu na tzv. posrednu eksproprijaciju, ili nepravičan tretman ulagača od strani državnih organa, može podvesti pod kršenje BIS širok krug regulatornih mera države. Mera države koje utiču na vrednost ulaganja bez promene titulara vlasnika, (npr. oduzimanje licence za emitovanje TV programa TV kompaniji koju je prethodno kupio strani ulagač) može biti kvalifikovana kao kršenje jemstva iz BIS i aktivirati pravo na naknadu štete. Otuda, države koje nastoje da zaštite svoje pravo da regulišu investiciju na svojoj teritoriji ugovaraju klauzule koje isključuju određene mere iz dometa takvih jemstava (npr. mere u oblasti zaštite životne sredine, socijalne zaštite, prava konkurencije, kontrole državne pomoći, itd.).

## 1.2. Osnovni koncepti

Međunarodno investiciono pravo i BIS gravitiraju oko dva osnovna koncepta. Koncepta ulagača i pojma ulaganja. Da bi određena investicija bila „pokrivena“ režimom BIS ona mora poticati (1) od „ulagača“ jedne ugovorne strane i (2) mora imati kvalitet „ulaganja“ na teritoriji druge ugovorne strane. Nedostatak jednog od dva konstitutivna elementa znači da pravo ulagača iz BIS nije ni nastalo i da se ne može zasnovati nadležnost međunarodne arbitraže za rešavanje investicionih sporova između države i ulagača (v. slučaj dole).

*Joy Mining Machinery Limited v. The Arabic Republic of Egypt, Award on Jurisdiction, ICSID case*

*No. ARB/03/1, BIS Egipta i Ujedinjenog Kraljevstva*

*Spor je nastao između britanske kompanije Joy Mining i Egipta u vezi komercijalnog ugovora o isporuci rudarske opreme za određeni projekat. Ugovor je zaključen između Joy Mining-a i Generalne organizacije za industrijske projekte Arapske republike Egipat. Predmet spora se odnosio na testiranje performansi opreme i izdavanja garancije za njeno dobro funkcionisanje. Kao prethodno pitanje radi zasnivanja nadležnosti, Tribunal je razmatrao da li bankarska garancija može da se smatra ulaganjem pokrivenim BIS između Egipta i Ujedinjenog Kraljevstva. Tribunal je zaključio da, s obzirom da je bankarska garancija samo uslovljeno potraživanje te ne predstavlja imovinu u smislu BIS, ona nije pokrivena sporazumom.*

Ne postoji jedinstvena pravna definicija ovih pojmova u međunarodnom javnom pravu. Obuhvat, tj. primenljivost režima BIS na određen spor zavisice od toga da li se konkretan ekonomski interes kvalifikuje kao „ulaganje“ koje može da se pripíše „stranom ulagaču“ u smislu definicija ovih pojmova koju usvaja konkretan ugovor.

<sup>71</sup> V. član 6. Tipskog BIS Ministarstva trgovine, turizma i telekomunikacija <http://mtt.gov.rs/download/novi%20tipski%20SRB.pdf>

Strani ulagač je po redovnom toku stvari entitet osnovan ili organizovan u skladu sa važećim zakonodavstvom druge ugovorne strane, odnosno fizičko lice koje je državljanin druge ugovorne strane. Neki BIS predviđaju da je ulagač i fizičko lice koje ima prebivalište u drugoj ugovornoj strani, osim ako istovremeno nije državljanin države domaćina investicije.<sup>72</sup> Tako će npr. Indijac sa prebivalištem u Kanadi imati status stranog ulagača u Srbiji po osnovu BIS Srbije i Kanade, i obrnuto.

Tipski nacrt BIS Ministarstva trgovine, turizma i telekomunikacija<sup>73</sup> predviđa dodatan negativan uslov za sticanje statusa stranog ulagača. Naime, pravno lice osnovan ili organizovan u skladu sa važećim zakonodavstvom druge ugovorne strane, ne sme biti neposredno ili posredno u većinskom vlasništvu državljana Srbije, a fizičko lice ne može imati dvojno državljanstvo države ugovorne strane i Srbije.<sup>74</sup> Na taj način Srbija nastoji da spreči zloupotrebu režima BIS i izmeštanje foruma za sporove od strane državljana Srbije van srpske jurisdikcije.<sup>75</sup>

Prema rečniku OECD, strana direktna investicija (SDI) je kategorija međunarodnih ulaganja koja odražava cilj rezidenta jedne ekonomije da stekne trajan interes u preduzeću rezidentu u drugoj ekonomiji.<sup>76</sup> Evropska komisija pod SDI, takođe, podrazumeva različite oblike uspostavljanja trajnih i neposrednih veza između kapitala stranog ulagača i lokalnog preduzeća kojem je taj kapital poveren radi sprovođenja ekonomske aktivnosti na ili sa određene teritorije.<sup>77</sup> Npr. ulaganje u formi učešća u kapitalu lokalnog privrednog društva daje mogućnost trajne kontrole nad kompanijom i strateškog usmeravanja njenih privrednih aktivnosti.<sup>78</sup> Drugim rečima, SDI redovno podrazumeva, trajan interes povezan sa namerom dugoročnijeg prisustva stranog ulagača na lokalnom tržištu.

---

72 Sporazuma između Republike Srbije i Kanade o podsticanju i zaštiti ulaganja („Sl. glasniku RS“ - Med. ugovori, br. 8/2015), član 1.

73 Tipski ugovor Ministarstva trgovine, turizma i telekomunikacija nema karakter izvora prava. On predstavlja, model ili mustru, koje Ministarstvo uzima u obzir kada sa mandatom Vlade pregovara određeni BIS sa državom partnerom. On zapravo može predstavljati početnu pregovaračku poziciju. Tipski ugovor je dotupan na veb stranici <http://mtt.gov.rs/download/novi%20tipski%20SRB.pdf>

74 V. <http://mtt.gov.rs/download/novi%20tipski%20SRB.pdf>

75 Rešenje koje se odnosi na fizička lica kao stranih ulagača je problematično sa stanovišta olakšavanja pristupa investicija. Naime, ovakvo rešenje isključuje iz režima BIS ulagače fizička lica koja imaju srpsko državljanstvo, ali čije je efektivno prebivalište i centar ekonomskih aktivnosti u drugoj ugovornoj strani. U praksi Srbija retko uspeva da nametne ovo rešenje (jedini primer je BIS sa Crnom Gorom) jer suštinski ono predstavlja restrikciju za kretanje kapitala. S druge strane, BIS sa Ujedinjenim Arapskim Emiratima predviđa fleksibilniji pristup koji je uobičajen. Međutim, imajući u vidu privilegovan pristup resursima Srbije za investitore iz ove zemlje predviđene posebnim bilateralnim ugovorom koji prati BIS, rešenje koje dozvoljava kompanijama iz UAE sa većinskim vlasništvom srpskih državljana dobija drugačiju konotaciju (v. detaljnije naslov 4.3).

76 V. <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=1028>

77 Communication from the Commission “Towards a comprehensive European international investment policy” (COM(2010)343 final), str. 2.

78 Ibid.

S druge strane, u teoriji može biti sporno da li se u SDI ubrajaju različite forme kratkoročnog prisustva stranog kapitala kroz tzv. portfolio investicije, odnosno finansijska ulaganja bez namere da se utiče na menadžment i kontroliše preduzeće.<sup>79</sup> Stoga će u praksi kvalifikacija ulaganja kao SDI zavisiti od konkretne zakonske definicije pojma stranog ulagača i pojma stranog ulaganja.

Ugovorna praksa Srbije upućuje ne prihvatanje šireg pristupa. Naime, prema tipskom nacrtu BIS izraz „ulaganje“ označava „svaku vrstu imovine koju ulagač jedne Strane Ugovornice stiče ulaganjem sredstava na teritoriji druge Strane Ugovornice“.<sup>80</sup> BIS sa Crnom Gorom preuzima definiciju iz predloženog modela.<sup>81</sup> BIS sa Portugalom i Danskom definišu „ulaganje“ kao „svaku vrstu sredstava koju ulagač jedne Strane uloži na teritoriji druge Strane, u skladu sa njenim zakonima i propisima.“<sup>82</sup> Prema širem pristupu, trajnost imovinskog interesa nije ključna. Mnogo je važnije da li je imovinski interes stečen ulaganjem, odnosno angažovanjem sredstava stranog ulagača.<sup>83</sup> Prema redovnom toku stvari, pravo ulagača iz BIS nastaje tek nakon angažovanja njegovih sredstava na teritoriji ugovorne strane, ne pre toga.<sup>84</sup> Ovo je važna distinkcija, s obzirom da određeni imovinski interes stranog entiteta može biti stečen besteretnim pravnim poslom, odnosno bez anagažovanja sredstava ulagača (npr. prenosom svojine na građevinskom ili poljoprivrednom zemljištu bez protivnake kao forma državne pomoći).

### 1.3. Svrha BIS

BIS predstavljaju poseban pravni instrument privlačenja SDI, odnosno olakšavanja plasmana domaćih investicija na strana tržišta. Svrha, prema tome, može da se posmatra dvojako. Iz ugla države domaćina, BIS treba da odigra ulogu privlačenja SDI kroz jemstvo povoljnog pravnog okruženja zaštićenog od jednostranih diskriminatornih akata lokalnih organa. Iz ugla države „izvoznika“ investicije, BIS obezbeđuje pravnu sigurnost, dugoročnu predvidivost pravnog okruženja, i otklanje barijere za plasman investicije i transfer dobiti.

<sup>79</sup> Ibid. str. 3.

<sup>80</sup> V. <http://mtt.gov.rs/download/novi%20tipski%20SRB.pdf>

<sup>81</sup> Sporazuma između Republike Srbije i Crne Gore o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja („Sl. glasniku RS“ - Med. ugovori, broj 1/2010)

<sup>82</sup> Sporazum između Republike Srbije i Republike Portugal o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja („Sl. glasnik RS“ - Med. ugovori, broj 1/2010), član 1. tačka 1; Sporazuma između Republike Srbije i Kraljevine Danske o podsticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja („Sl. glasniku RS“ – Med. ugovori, broj 105/2009), član 1. tačka 1.

<sup>83</sup> Ipak određeni imovinski interesi mogu biti isključeni iz definicije ulaganja, kao npr. potraživanja iz određenih obligacija. Npr. BIS sa Kanadom izričito isključuje iz pojma ulaganja novčana potraživanja iz distributivnih ugovora (član 1(j)).

<sup>84</sup> Međutim, Srbija je zaključila BIS sa Ujedinjenim Arapskim Emiratima prema kojem predmet zaštita može biti svaka imovina ulagača „pribavljena“ na teritoriji ugovorne strane, bez obzira da li je imovina stečena ulaganjem ili na drugi način, npr. putem državne pomoći (v. detaljnije naslov 4.3).

Prema redovnom toku stvari, položaj, prava i obaveze stranog ulagača i status stranih direktnih investicija - SDI regulisani su odredbama nacionalnog prava, ustavom i zakonima. Takođe, određena pitanja položaja stranih pravnih lica na teritoriji druge države mogu biti predmet međunarodnih trgovinskih ugovora koji primarno uređuju režim slobodne trgovine i prekograničnog kretanje robe i usluga. Npr. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (u daljem tekstu: SSP)<sup>85</sup>, pored progresivnog ukidanja carina i količinskih barijera na prekogranično kretanje robe, utvrđuje pravo na poslovno nastanjivanje (vidi opširnije pod 3.1.2.1) kompanija iz EU u Srbiji i preduzeća iz Srbije u EU.

Trgovinski ugovori, međutim, ne otklanjaju monopol lokalne uprave i sudstva nad tumačenjem, sprovođenjem, primenom lokalnih propisa i odredbi međunarodnih ugovora u rešavanju upravno-pravnih odnosa i sporova na relaciji država-strani ulagač. BIS, stoga, obezbeđuju dodatni stepen pravne sigurnosti SDI u odnosu na garancije nacionalnog zakonodavstva i drugih međunarodnih ugovora. Naime, za razliku od nacionalnih izvora prava i klasičnih trgovinskih ugovora, sporovi iz BIS između države domaćina i stranog ulagača, povodom SDI, se redovno izmeštaju iz jurisdikcije domaćih sudova i podvrgavaju jurisdikciji međunarodne arbitraže koje po prirodi stvari imaju više sluha za argumente koji idu u prilog veće slobode ulaganja. Drugim rečima, BIS kreira „neutralno“, „anacionalno“ pravno okruženje za rešavanje sporova između ulagača i država domaćina u kojem se jednostrani akti državnih organa, uključujući i njeni propisi, razmatraju od strane nezavisnog arbitra gledano kroz njihove efekte na ulaganje i njihovu usaglašenost sa jemstvima iz BIS bez obzira na oblik u kojem su ti lokalni akti usvojeni (materijalni akti, pojedinačni pravni akti, podzakonski akti ili zakoni).

BIS, naime, neposredno uređuje odnose između stranog ulagača jedne države i države domaćina, povodom stranog ulaganja, odnosno utvrđuje neposredno utuživa prava stranih državljana i kompanija kao ulagača iz jedne države na teritoriji druge države. Ukratko, strani ulagač neposredno crpi prava i „legitimna očekivanja“ iz BIS prema državi domaćinu i mogućnost da ta prava štiti pred neutralnom institucijom. BIS, stoga, limitira politički rizik ulagača u pogledu jednostranih akata države koji mogu uticati na vrednost SDI i daje mogućnost zaštite stečenih prava pred forumom koji je nezavisan od države domaćina uz pravo na finansijsko obeštećenje za slučaju štete nastale povredom BIS od strane države i njenih organa.

S druge strane, nova generacija investicionih politika, ne uzima kao neoborivu pretpostavku da je svaka SDI povoljno utiče na dugoročan i održiv privredni rast, otvaranje radnih mesta, transfer modernih tehnologija i jačanje ljudskih

---

<sup>85</sup> Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane (“Službeni glasnik Republike Srbije” – Međunarodni ugovori, broj 83/2008)

resursa države domaćina. UNCTAD<sup>86</sup> predlaže da BIS treba da budu instrument mobilizacije investicija radi održivog razvoja. Drugim rečima, UNCTAD smatra da fokus investicione politike ne sme biti isključivo na kvantitetu već i na kvalitetu investicija. S tim u vezi, ova organizacija predlaže unošenja bezbednosnih klauzula (engl. safegurd clauses) u korist prava države domaćina da reguliše investicije na svojoj teritoriji, naročito u domenu standarda zaštite životne sredine, borbe protiv klimatskih promena i socijalne politike, korporativne odgovornost, itd. bez bojazni da razumna intervencija države u određenim oblastima nacionalne politike može biti povod za zahtev za obeštećenje stranog ulagača po osnovu povrede prava iz BIS.<sup>87</sup>

## 1.4. Redovni elementi/klauzule BIS

### 1.4.1. Nacionalni tretman i tretman najpovlašćenije nacije

Načelo nacionalnog tretmana podrazumeva jednak tretman stranog ulagača i njegovog ulaganja sa tretmanom koji uživa domaći ulagač i njegovo ulaganje. Referentna tačka za ocenu adekvatnosti tretmana SDI od strane države domaćina i njenih organa je prema tome položaj domaćeg ulagača. Ukoliko bi određena odredba nacionalnog propisa tretirala na nejednak način stranog ulagača i domaćeg ulagača (npr. poreski tretman, pravo na sticanje licence itd.) na mesto nje bi se primenila odredba konkretnog BIS. Drugim rečima, klauzula nacionalnog tretmana otklanja diskriminatorno dejstvo nacionalnih propisa.

*Primer klauzule nacionalnog tertmana:*

#### ***Nacionalni tretman***

##### ***Član 4.***

*1. Svaka Strana će obezbediti ulagačima druge Strane tretman koji je jednako povoljan kao tretman koji se na njenoj teritoriji obezbeđuje, u datim okolnostima, sopstvenim ulagačima u pogledu osnivanja, sticanja, širenja, upravljanja, sprovođenja, poslovanja, prodaje ili drugog raspolaganja ulaganjem.*

*2. Svaka Strana će na svojoj teritoriji, u odnosu na pokriveno ulaganje, obezbediti tretman jednako povoljan kao onaj koji dodeljuje, u datim okolnostima, ulaganjima sopstvenih ulagača, u pogledu osnivanja, sticanja, širenja, upravljanja, sprovođenja, poslovanja, prodaje ili drugog raspolaganja ulaganjem.*

*3. Tretman dodeljen Strani u skladu sa odredbama st. 1. i 2. ovog člana znači, u odnosu na lokalni nivo vlasti, tretman koji, u datim okolnostima, lokalna vlast dodeljuje ulagačima i njihovim ulaganjima.*

*Sporazum između Republike Srbije i Kanade o podsticanju i zaštiti ulaganja („Sl. glasnik RS“ Međ. ugovori, br. 8/2015)*

<sup>86</sup> Konferencija Ujedinjenih nacija za trgovinu i razvoj

<sup>87</sup> Konferencija Ujedinjenih nacija za trgovinu i razvoj

Načelo tretmana najpovlašćenije nacije (MFN klauzula – most favoured nation clause) podrazumeva jednak tretman stranog ulagača i njegovog ulaganja koji prema pravu domaćina uživa drugi strani ulagač i njegovo ulaganje ukoliko je takav tretman povoljniji u odnosu na nacionalni tretman. Referentna tačka za procenu adekvatnosti ponašanja države domaćina i njenih organa je položaj ulagača iz treće države. Drugim rečima, ova odredba jemči da ulagač neće biti diskriminisan u odnosu na druge strane ulagače. Praktično, preko MFN klauzule BIS konkretan ulagač dobija mogućnost da se poziva na jemstva iz drugih BIS i drugih trgovinske aranžmane države domaćina sa trećim državama, ukoliko je to za njega povoljnije (npr. povoljniji poreski tretman, povoljniji carinski tretman, itd.) pa i na individualne sporazume o ulaganju kojim državni organ, autonomna pokrajina ili organ jedinice lokalne samouprave daje određene povlastice individualnom ulagaču (npr. u formi poreksog oslobođenja, besplatnog zakupa, i tome sl.).

*Primer MFN klauzule:*

***Tretman najpovlašćenije nacije***

***Član 5.***

*1. Svaka Strana će na svojoj teritoriji obezbediti ulagačima druge Strane tretman koji je jednako povoljan kao tretman koji se obezbeđuje, u datim okolnostima, ulagačima treće države u pogledu osnivanja, sticanja, širenja, upravljanja, sprovođenja, poslovanja, prodaje ili drugog raspolaganja ulaganjem.*

*2. Svaka Strana će na svojoj teritoriji, u odnosu na pokriveno ulaganje, obezbediti tretman jednako povoljan kao tretman koji dodeljuje, u datim okolnostima, ulaganjima ulagača treće države, u pogledu osnivanja, sticanja, širenja, upravljanja, sprovođenja, poslovanja, prodaje ili drugog raspolaganja ulaganjem.*

*3. Radi veće preciznosti, tretman dodeljen Strani iz st. 1. i 2. ovog člana označava tretman koji, u datim okolnostima, lokalna vlast dodeljuje ulagačima i ulaganjima ulagača treće države.*

*Sporazum između Republike Srbije i Kanade o podsticanju i zaštiti ulaganja („Sl. glasnik RS“ Međ. ugovori, br. 8/2015)*

MFN klauzula i klauzula nacionalnog tretmana može biti praćena određenim izuzecima. Npr. Tipski BIS Ministarstva trgovine, turizma i telekomunikacija predviđa da se tretman najpovlašćenije nacije neće primenjivati u odnosu na tretman koji Srbija daje trećim državama po osnovu sporazuma o uspostavljanju zone slobodne trgovine, ekonomske, monetarne, carinske unije, međunarodni sporazumi o oporezivanju, itd. (v. primer dole). Takođe, BIS sa Portugalom predviđa izuzeće primene klauzule nacionalnog tretmana kada je u pitanju različit poreski tretman u zavisnosti od toga da li je poreski obveznik rezident ili nerezident, ili u zavisnosti od mesta ulaganja kapitala (npr. različit poreski tretman prema regionima unutar teritorije države domaćina).

Na ovaj način države mogu da očuvaju integritet svoje spoljne ekonomske

politike koja funkcioniše i u širem spoljnopolitičkom kontekstu. Konkretno, za Srbiju je važno da održava privilegovan tretman koji daje ulagačima iz EU preko SSP, CEFTA regiona, ili u odnosu na druge trgovinske partnere sa kojima ima sporazume o zoni slobodne trgovine (Rusija, Turska, Kazahstan, Belorusija). Takođe, Srbija preko klauzule izuzeća od MFN tretmana obezbeđuje zaštitu od eventualnih zahteva ulagača iz ne-EU država za obeštećenje po osnovu BIS MFN klauzule i vezi sa svojim budućim članstvom u EU (koja je carinska, monetarna i ekonomska unija).

*Primer izuzetka od primene MFN klauzule i klauzule nacionalnog tretmana:*

*4. Odredbe ovog člana neće se tumačiti kao obaveza Strane da ulagačima druge Strane daje bilo kakvu prednost u tretmanu, preferencijale ili privilegije koje Strana može dodeliti u okviru:*

*(a) sadašnjeg ili budućeg sporazuma o slobodnoj trgovini, carinskoj uniji, zajedničkom tržištu, ili sličnom međunarodnom sporazumu uključujući i neke druge oblike regionalne ekonomske saradnje u kojoj svaka Strana jeste ili može postati član; i*

*(b) bilateralnog ili multilateralnog sporazuma, bez obzira da li ima karakter regionalnog ili ne, koji se u celosti ili delimično odnosi na oporezivanje.*

*5. Strane su saglasne da se odredbe ovog člana neće odnositi na pravo svake Strane da primenjuje odgovarajuće odredbe svojih poreskih zakona koje se odnose na razlike u statusu poreskih obveznika u zavisnosti od toga da li su rezidenti ili ne, ili u zavisnosti od mesta gde su uložili svoj kapital.*

*Sporazum između Republike Srbije i Republike Portugal o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja (Sl. glasnik RS“ - Međ. ugovori, broj 1/2010)*

#### **1.4.2. Klauzula fer i ravnopravnog tretmana (FET klauzula – Fair and Equitable Treatment)**

Klauzula fer i ravnopravnog tretmana (FET klauzula) je uobičajena odredba BIS. FET klauzula štiti ulagača od ozbiljnih akata zloupotrebe, ili arbitrarnog, pristrasnog, diskriminatornog ponašanja države domaćina i njenih organa, na svim nivoima. Za razliku od klauzule nacionalnog tretmana i MFN klauzule koje se odnose na formalan tretman ulagača, FET klauzula pokriva kako formalne akte (propise i pojedinačne akte) tako i konkretna ponašanja i propuštanja državnih, regionalnih i lokalnih organa, koja su manifestno nepravična i diskriminatorna. FET, prema trome, pokrivaju konkretne, manifestne, materijalne akte organa države domaćina, koje mogu poticati i od zloupotreba koje u sebi mogu imati elemente korupcije.

Poreklo ove klauzule je u običaju međunarodnog javnog prava o minimalnim standardima tretmana stranaca i njihove imovine – MST klauzula (engl. *minimum standard of treatment of foreigners and their property*).<sup>88</sup> Međutim,

<sup>88</sup> UNCTAD, Fair and Equitable Treatment - UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (UNCTAD, 2012) str. 6.



dok ovaj običaj pokriva samo krajnje grubo kršenje prava stranaca, očigledno nepravično postupanje i odsustvo pravičnog postupka, FET klauzula bez jasnog upućivanja na ovo pravilo međunarodnog javnog prava može biti tumačeno i šire.<sup>89</sup>

Naime, oblikovanje sadržaja ove odredbe je prepušteno arbitražama i njegova primena je zavisna od okolnosti konkretnog slučaja. Praksa arbitražni tribunali su kao kršenje FET klauzule kvalifikovala sledeće situacije:

- Kršenje prava na pravdu i pravičan postupak (kršenje prava odbrane)
- Očigledna arbitratnost u donošenju odluka
- Diskriminacija
- Direktne/otvorene zloupotrebe
- Kršenje legitimnih očekivanja investitora, itd.

Načelo legitimnih očekivanja je naročito otvoreno za interpretaciju, odnosno za balansiranje prava države da reguliše investicije na svojoj teritoriji (što može naknadno uticati na vrednost investicije) i legitimna očekivanja investitora da očuva vrednost svojeg ulaganja u skladu sa projektovanim planovima pre uvođenja neke nacionalne mere.<sup>90</sup>

Npr., ukoliko bi bilo dokazano, sistematsko propuštanje države da propise koje primenjuje na stranog ulagača primeni i na domaće ulagače bi moglo biti kvalifikovano kao kršenje FET klauzule, odnosno izigravanje legitimnih očekivanja stranog ulagača (v. slučaj dole).

*Kršenje FET klauzule propuštanjem jednake primene propisa u odnosu na domaće i strane ulagače?*

*„Belgijska kompanija u čijem vlasništvu je fabrika Energo-Zelena, u Indiji, započela je međunarodnu arbitražu protiv Srbije, nezadovoljna tretmanom u Srbiji.*

*Belgijska kompanija, vlasnik fabrike Energo-Zelena, za neškodljivu preradu opasnog životinjskog otpada, započela je međunarodnu arbitražu protiv Srbije pred Međunarodnim centrom za investicione sporove u Vašingtonu (ICSID), kako bi zaštitila svoje ulaganje u Srbiji od 21,5 miliona evra.*

*„Zbog sistematskih propusta Republike Srbije da sprovede sopstvene propise u oblasti prerade životinjskog otpada, naša investicija je ozbiljno ugrožena i naša kompanija posluje sa značajnim gubicima“, rekao je agenciji Beta direktor kompanije Energo-Zelena Tom Hanson.*

*On je ukazao da je Energo-Zelena, kao jedina kompanija za neškodljivu preradu opasnog životinjskog otpada u Srbiji koja posluje u skladu sa važećom zakonskom regulativom, „kontinuirano izložena nelojalnoj konkurenciji i očiglednoj diskriminaciji“.*

<sup>89</sup> Ibid. str 22.

<sup>90</sup> Ibid. str. 14.

*Prema njegovim rečima, sistematskim propustima da sprovede sopstvene propise o preradi životinjskog otpada Srbije je nanela štetu kompaniji Energo-Zelena i ugrozila životnu sredinu i javno zdravlje svojih gradjana i gradjana drugih zemalja.*

*Hanson je dodao da je Srbija takođe prekršila svoje međunarodne obaveze koje proističu iz bilateralnog investicionog sporazuma sa Belgijom (Sporazumom između Belgijsko-luksemburške ekonomske unije i Srbije i Crne Gore o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja koji je stupio na snagu 2007. godine).*

*Direktor Energo-Zelene je precizirao da je Upravni odbor kompanije, da bi se sprečili dalji gubici, odlučio da se obustavi sakupljanje i prerada životinjskog otpada od subote, 29. novembra, „a ukoliko se ne postigne dogovor sa državom do kraja decembra ove godine, zatvorićemo fabriku“.*

*„Duboko smo razočarani investicionom klimom u Srbiji i nespremnošću Vlade Srbije da poštuje sopstveni zakon, ali i da uspostavi konstruktivan dijalog sa ciljem da se pronadje rešenje za ovaj problem“, kazao je on, istakavši da je međunarodna arbitraža trenutno jedini način da se zaštiti ulaganje belgijske kompanije u Srbiju.*

*Hanson je rekao da je kompanija posvećena tržištu Srbije i da je inicijalno uložila 21,5 miliona evra u moderno postrojenje za neškodljivu preradu opasnog životinjskog otpada sa ciljem da započne dugoročno poslovanje i kreira održiva poslovna partnerstva.“*

*(<http://www.infocentrala.rs/belgijska-kompanija-tuzi-srbiju/> preuzeto 20.06.2017.)*

Ukoliko investitor dokaže uzročnopsledičnu vezu između gubitka vrednosti investicije i kršenja FET klauzule država će biti u obavezi da obešteti ulagača. Naprimera, gubitak vrednosti ulaganja ne mora biti posledica nefer tretmana ulagača, već tržišnih kretanja.

FET klauzule u sebi nose značajan stepen nepredvidljivosti za državu domaćina. Ovaj pravni standard je apstraktan i otvoren za ekspanzivno tumačenje odgovornosti države, naročito u odsustvu ugovornog preciziranja njegove sadržine, odnosno upućivanja na MTS standard. Investitori se, stoga, najčešće pozivaju na kršenje FET klauzula u sporovima protiv države. Stoga, FET klauzule predstavljaju potencijalno značajan rizik po javne rashode.

*Primer FET klauzule:*

### **Član 3**

#### **ZAŠTITA ULAGANJA**

*1. Sva ulaganja, bilo da su posredna ili neposredna, izvršena od strane ulagača jedne Strane ugovornice će uživati pravičan i ravnopravan tretman na teritoriji druge Strane ugovornice.*

*2. Osim u slučaju mera neophodnih za održavanje javnog reda, takva ulaganja će uživati neprekidnu pravnu zaštitu i obezbeđenje, tj. isključujući bilo koju neopravdanu ili diskriminatornu meru kojom može da se omete, bilo zakonom ili u praksi, upravljanje, održavanje, korišćenje, posedovanje ili njihova likvidacija.*

*Sporazum između Srbije i Crne Gore, s jedne strane, i Belgijsko-luksemburške ekonomske unije, s druge strane, o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja (“Sl. list SCG – Međ. ugovori”, br. 18/2004)*

*Primer MST klauzule:*

**Tretman minimalnog standarda**

**Član 6.**

1. Strane će, u odnosu na pokriveno ulaganje, obezbediti minimum standarda minimalnog tretmana stranaca u skladu sa međunarodnim običajnim pravom, uključujući pravičan i jednak tretman, kao i punu zaštitu i bezbednost.

2. Pojam „pravičan i jednak tretman” i „puna zaštita i bezbednost” iz stava 1. ovog člana ne zahteva dodatni ili širi tretman od onog koji je, u smislu međunarodnog običajnog prava, predviđen minimalnim standardom tretmana stranaca.

3. Povreda neke druge odredbe ovog sporazuma, ili drugog međunarodnog sporazuma, ne predstavlja povredu ovog člana.

*Sporazum između Republike Srbije i Kanade o podsticanju i zaštiti ulaganja („Sl. glasniku RS“ - Međ. ugovori, br. 8/2015)*

### 1.4.3. Klauzula o ekproprijaciji

Protokol br. 1, Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda<sup>92</sup> predviđa da „[s]vako fizičko i pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine. Niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava.“<sup>93</sup> Običaji međunarodnog javnog prava ne zabranjuju državama da sprovode eksproprijaciju ili nacionalizaciju SDI u skladu sa načelom suvereniteta i pod određenim uslovima. Da bi eksproprijacija bila u saglasnosti sa međunarodnim javnim pravom ona mora biti sprovedena u (1) javnom interesu (2) zasnovanom na zakonu (3) nediskriminatorna i (4) uz adekvatnu naknadu.<sup>94</sup>

BIS redovno predviđaju da ugovorne strane neće nacionalizovati ili eksproprijisati ulaganja ulagača druge ugovorne strane na svojoj teritoriji, osim kada je eksproprijacija sprovedena u javnom interesu, na nediskriminatornoj osnovi i uz obaveznu primenu zakona. Takođe, BIS predviđaju da naknada ulagaču mora biti hitna, adekvatna i efektivna.

Međutim, pored neposredne eksproprijacije, odnosno eksproprijacije koja podrazumeva transfer svojinskog prava na javno-pravni entitet ili fizičko oduzimanje imovine (lišenje državine), BIS pod pojmom eksproprijacije pokrivaju i slučajeve tzv. posredne eksproprijacije (engl. indirect expropriation),

92 “Sl. list SCG” - Međ. ugovori, br. 9/2003, 5/2005, 7/2005-ispravka, “Sl. glasnik RS” - Međ. ugovori br. 12/2010 i 10/2015.

93 Ibid. član 1 (p1), stav 1.

94 OECD (2004), ““Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/780155872321>, str.3.

odnosno mere po dejstvu jednake eksproprijaciji ili nacionalizaciji (engl. measures having equivalent effect to expropriation ili measures tantamount to expropriation).<sup>95</sup> Drugim rečima, BIS konceptom „eksproprijacija“ pokrivaju i sve mere države, koje iako ne dovode do transfera imovine sa ulagača na javno-pravni entitet, efektivno utiču na ekonomsku vrednost SDI ulagača. Otuda, naziv koncepta „mere po dejstvu jednake eksproprijaciji“ (v. primer dole).

*Primer odredbe o zabrani neposredne i posredne eksproprijacije*

**Član 5.**

***Eksproprijacija i naknada***

*1. Ulaganja ulagača bilo koje Strane ugovornice neće biti nacionalizovana, eksproprijsana, niti podvrgnuta **merama po dejstvu jednakim nacionalizaciji ili eksproprijaciji** (u daljem tekstu: „eksproprijacija“) na teritoriji druge Strane ugovornice, osim kada je eksproprijacija izvršena u javnom interesu, na nediskriminatornoj osnovi, sprovedena uz obaveznu primenu zakona, i uz promptnu, adekvatnu i efektivnu naknadu.*

*2. Ovakva naknada će odgovarati pravičnoj tržišnoj vrednosti eksproprijsanog ulaganja neposredno pre izvršene eksproprijacije ili pre nego što je eksproprijacija postala opšte poznata činjenica, koja je utvrđena na način da izrazi vrednost ulaganja (u daljem tekstu: „dan vrednovanja“).*

*(naglašavanje dodato)*

*Sporazum između Republike Srbije i Kraljevine Danske o podsticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja (“Sl. glasniku RS” – Međ. ugovori, broj 105/2009)*

Prema tome, ukoliko nacionalna mera može da se podvede pod kategoriju mera jednakog dejstva eksproprijaciji, ulagač može podneti zahtev za adekvatnom naknadom prema državi zbog posredne eksproprijacije.<sup>96</sup>

Koncept posredne eksproprijacije, potencijalno, može obuhvatiti bilo koju regulatornu meru države, regiona ili lokalne samouprave koja značajno utiče na vrednost SDI iako ne lišava ulagača svojine ili drugog stvarnog prava.<sup>97</sup>

Međunarodno običajno pravo, s druge strane, ne dovodi u pitanje pravo države domaćina da reguliše (engl. right to regulate), SDI bez obaveze naknade, u cilju zaštite javnog interesa. Naime, pravo na neometano uživanje imovine nije apsolutno, jer „ne utiču na pravo države da primenjuje zakone koje smatra potrebnim da bi regulisala korišćenje imovine u skladu s opštim interesima ili da bi obezbedila naplatu poreza ili drugih dažbina ili kazni.“<sup>98</sup> Stoga se u

<sup>95</sup> S. H. Nikiema, Best Practices Indirect Expropriation (The International Institute for Sustainable Development, 2012), str. 1.

<sup>96</sup> Važno je napraviti distinkciju između samostalnog prava na pravovremenu, adekvatnu i efektivnu naknadu zbog neposredne ili posredne eksproprijacije, od prava na naknadu štete usled kršenja odredbe BIS zbog nepravilne eks-proprijacije.

<sup>97</sup> Ibid. str. 3.

<sup>98</sup> Protokol br. 1, Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, član 1 (p1), stav 1.

praksi pravne bitke između ulagača i država vode oko pitanja da li konktrenta nacionalna mera povlači obavezu brze, adekvatne i efektivne naknade ulagaču za pretrpljene gubitke ili ne.

U odsustvu jasnih ugovornih pravila, pitanje da li nacionalna mera povlači odgovornost naknade države ulagaču ili ne, predmet je analize međunarodnih arbitraža od slučaja do slučaja. Praksa arbitražnih tribunala nije stabilna i u mnogome zavisi od pravila i pravne teorije na koja se oslanja i činjenica koji okružuju slučaj. U praksi se mogu izdvojiti dva pristupa. Prvi, se zasniva na teoriji efekta, a drugi na teoriji prava države da reguliše investiciju.

Prema teoriji „efekta“ (engl. sole effect doctrine) cilj/legitimnost nacionalne mere je irelevantan. Relevantni su efekti mere koji su jednaki efektima eksproprijacije iako formalno ne lišavaju ulagača prava svojine (v. slučaj *Metaclad* dole).

<p><i>Služaj Metaclad<sup>99</sup> u skladu sa članom 1110 NAFTA<sup>100</sup> sporazuma</i></p>
<p><i>Fakti:</i> <i>Kompanija Metaclad je u skladu sa NAFTA sporazumom tužila Meksiko pred Međunarodnim centrom za rešavanje investicionih sporova (ICSID) sa zahtevom za naknadu 90 miliona USD zbog indirektno eksproprijacije. Metaclad je preko svoje kompanije ćerke COTERN kupila zemljište i izgradila deponiju za upravljanje opasnim otpadom u mestu Guadalcazar. Vlada Meksika je obavestila Metaclad da će sve neophodne dozvole za deponiju biti izdate. Vlada je izdala federalnu dozvolu za izgradnju i dozvolu za rad deponije. Međutim gradsko veće Guadalcazara je uslede otpora lokalne zajednice odbila da izda lokalnu građevinsku dozvolu na temelju štetnih uticaja na životnu sredinu i geološke neprikladnosti zemljišta za deponiju, što je značilo da COTERN mora obustaviti svoje operacije. Ova kompanija je smatrala da je dovođenjem u pitanje njenih ekonomskih operacija Meksiko izvršio posrednu eksproprijaciju. Meksiko je smatrao da je lokalno veće imalo pravo da odbije izdavanje građevinske dozvole.</i></p>
<p><i>Odluka ICSID Tribunala:</i> <i>Zahtev delimično usvojen. METACLAD-u dosuđeno 16,685,000</i></p>
<p><i>USD Iz obrazloženja:</i> <i>Tribunal ICSID je zauzeo stav da u smislu člana 1110 NAFTA, da bi kvalifikovana nacionalnu meru posrednom eksproprijacijom „ne mora da odlučuje ili razmatra motiv, niti nameru usvajanja ekološke mere“ i zaključio da „eksproprijacija prema NAFTA sporazumu uključuje ne samo otvoreno, namerno i obznanjeno preuzimanje imovine, kao što je zaplena ili formalan i obavezan transfer svojine u korist države domaćina, već i prikriveno ili slučajno mešanje u upotrebu imovine koje kao efekat ima lišavanje vlasnika, u celini ili značajnom delu, od iskorišćavanja razumno očekivanih ekonomskih koristi iz imovine, čak i ako iz toga ne proizilazi očigledna korist za državu domaćina“.</i> <sup>101</sup></p>

99 *Metaclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1

100 The North American Free Trade Agreement

101 Navod prema OECD (2004), ““Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/780155872321>, str. 15.

Sa druge strane, arbitraža koja se naslanja na doktrinu prava države da reguliše investicije (engl. right to regulate) u duhu Protokola 1 Evropske konvencije<sup>102</sup> prilikom ocene postojanja „kompenzabilnosti“ nacionalne mere uzima u obzir sledeće kriterijume:

- Step en ometanja imovinskih prava ulagača;
- Karakter mere vlade, odnosno svrha, cilj i kontekst u kojem je mera doneta;
- Ometanje razumnih očekivanja ulagača zasnovanih na investiciji.<sup>103</sup>

Za razliku od doktrine efekta, doktrina prava regulisanja uzima u obzir prirodu mere i njenu neophodnost za suštinsko funkcionisanje države. S tim u vezi, arbitraže će generalno smatrati mere u oblasti zaštite životne sredine, zaštite javnog zdravlja, zaštite konkurencije, zaštitu potrošača i sl. legitimnim i imunim na zahtev ulagača za kompenzacijom, čak i ako mogu značajno uticati na vrednost SDI. Država je u najboljoj poziciji da procenjuje interes zajednice. Otuda je pretpostavka da procenu države treba prihvatiti, „osim ako je način sprovođenje manifestno nerazuman“.<sup>104</sup> Naime, nakon što tribunal utvrdi da je i pored značajnog uticaja na vrednost investicije, regulatorna mera, prima facie, ima legitiman osnov, cilj i predvidljivost, na investitoru je da dokaže da je njegovo ulaganje bilo zasnovano na stanju stvari koje nije uključivalo spornu meru.<sup>105</sup> Tek, ukoliko je step en ometanja investicije (umanjenja vrednosti) nesrazmeran cilju zbog koje je mera uvedena, ulagač će imati pravo na adekvatnu naknadu.<sup>106</sup>

Nova ugovorna praksa uvodi klauzulu prava na regulisanje neposredno u tekst BIS. Evropska komisija je na stanovištu da Unija u pregovorima za zaključenje BIS obavezno mora štiti svoje osnovne vrednosti kroz pravo da svojim merama unapređuje standarde životne sredine, politiku zaštite zdravlja, štiti potrošače i integritet tržišta kroz mere zaštite konkurencije i kontrole državne pomoći.<sup>107</sup> Primenom direktnog ugovaranja prava na regulisanje sužava se prostor za interpretaciju (vidi primer dole).

*Klauzula prava na regulisanje*

***Eksproprijacija***

***Član 10.***

*1. Strana ne može nacionalizovati ili eksproprijisati pokriveno ulaganje bilo neposredno ili posredno merama koje imaju za cilj koji je jednak nacionalizaciji ili eksproprijaciji (u daljem tekstu: eksproprijacija), osim u javnom interesu, u zakonom propisanom postupku, na nediskriminatorskoj osnovi i uz plaćanje nadoknade u skladu sa st. 2. i*

<sup>102</sup> Ibid. str. 16-17.

<sup>103</sup> Ibid. v. str. 10, 16-21.

<sup>104</sup> Ibid. str. 17.

<sup>105</sup> Ibid. str. 22.

<sup>106</sup> Ibid. str. 20.

<sup>107</sup> Communication from the Commission “Towards a comprehensive European international investment policy” (COM(2010)343 final), str. 9.

3. ovog člana. **Radi veće preciznosti, ovaj stav će se tumačiti u skladu sa Aneksom B.10 ovog sporazuma.**

#### **Aneks B.10**

##### **Eksproprijacija**

Strane potvrđuju svoj zajednički stav da:

a) posredna eksproprijacija koja proizlazi iz mere ili niza mera Strane ima jednako dejstvo kao neposredna eksproprijacija i bez formalnog prenosa prava svojine ili trajne zaplene;

b) utvrđivanje da li mera ili niz mera Strane predstavlja posrednu eksproprijaciju, vrši se od slučaja do slučaja, na činjenicama zasnovanoj istrazi, koja pored ostalih elemenata obuhvata i:

1) ekonomski uticaj mere ili niza mera, iako sama činjenica da mera ili niz mera jedne Strane ima suprotan efekat na ekonomsku vrednost ulaganja ne znači da je posredna eksproprijacija izvršena,

2) obim u kojoj mera ili niz mera utiče na različita, razumna očekivanja u odnosu na ulaganja koja se podržavaju, i

3) prirodu mera ili niza mera;

v) **osim u izuzetnim slučajevima, kao na primer kada je mera ili niz mera toliko ozbiljna u pogledu njene svrhe za koju se ne može smatrati da je doneta i primenjena u dobroj veri, nediskriminatorna mera Strane koja je propisana i primenjena da bi se zaštitili legitimni socijalni ciljevi, kao što su zdravlje, bezbednost i životna sredina, ne predstavlja posrednu eksproprijaciju.**

(naglašavanje dodato)

Sporazum između Republike Srbije i Kanade o podsticanju i zaštiti ulaganja („Sl. glasnik RS“ - Međ. ugovori, br. 8/2015)

Nažalost, Tipiski sporazum Ministarstva trgovine, ne sadrži klauzulu prava na regulisanje. Većina BIS koje je Srbija u poslednje vreme zaključila nema ovu odredbu (UAE, Katar, Crna Gora, Azerbejdžan, Danska itd.). Izuzetak je BIS sa Kanadom (v. primer gore).

S obzirom da proces pristupanja Srbije u EU podrazumeva stalne i dinamične promene u zakonodavstvu, „track record“ sprovođenja i primene harmonizovanih propisa i postepeno pooštavanje standarda naročito u domenu zaštite životne sredine, zaštite zdravlja ljudi, životinja i biljaka, zaštite konkurencije i kontrole državne pomoći, izmena ugovorne prakse i rukovođenje primerom BIS sa Kanadom je preporučljiva (uz dodatak regulacije zaštite konkurencije i kontrole državne pomoći u mere izuzete od pravila posredne eksproprijacije).

### **1.5. Klauzula posebne/dodatne zaštite (tzv. kišobran klauzula)**

Kišobran klauzula (engl. umbrella clause), ili odredbe posebne zaštite ima cilj da obezbedi dodatnu zaštitu stranom ulaganju tako što obaveze države domaćina

koje je ona preuzela u odnosu na određenu stranu investiciju podvodi pod zaštitni režim BIS. Drugime rečima, sve obaveze preuzete komercijalnim ugovorom između država i investitora u vezi određene investicije, uključujući i jednostrana obećanja države date u vezi sa konkretnom investicijom, stavljaju se pod „kišobran“ BIS (v. slučajeve dole).<sup>108</sup>

<i>SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan (ICSID Case No. ARB/01/13)</i>
<i>Prema stanovištu Tribunala izraz „preuzete obaveze“ (engl. commitments entered into) iz BIS Švajcarske i Pakistana podrazumeva ugovorne i sve jednostrane obaveze preuzete prema konkretnom ulaganju, uključujući i akte opštine i administrativne mere.</i> <sup>109</sup>
<i>Eureko B.V. v. Poland, BIS Holandija i Poljska</i>
<i>Prema stanovištu Tribunala izraz „bilo koja obaveza“ (engl. any obligation) je širok i „obuhvata ne samo obaveze određenog tipa, već „bilo koju“ obavezu – drugim rečima, sve obaveze.“</i> <sup>110</sup> <a href="https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf">https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf</a>

Ova klauzula se ne ugovara redovno, ali nije ni retka i postoji u ugovornoj praksi od pedesetih godina.<sup>111</sup> Oko 40% BIS sadrži ovu odredbu, i zastupljena je u modelima/tipskim sporazumima značajnog broja država, pretežno izvoznika investicija.<sup>112</sup> Srpski tipski sporazum ne sadrži ovu odredbu i Srbija je u svojoj novijoj ugovornoj praksi nije ugovarala (BIS sa Danskom, Portugalom, Azerbejdžanom, Katarom, Crnom Gorom, zemljama Beneluksa itd.). Srpski pristup je u skladu sa shvatanjem (ili inercijom) da je Srbija pretežno domaćin investicija, ali ne i izvoznik ulaganja.<sup>113</sup>

<sup>108</sup> Yannaca-Small, K. (2006), “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, OECD Working Papers on International Investment, 2006/03, OECD Publishing, str. 8 <http://dx.doi.org/10.1787/415453814578>

<sup>109</sup> Navod prema Yannaca-Small, K. (2006), str. 11.

<sup>110</sup> Eureko B.V. v. Poland, stav 246 u celosti i originalu glasi: „The plain meaning - the 'ordinary meaning' - of a pro-vision prescribing that a State 'shall observe any obligations it may have entered into' with regard to certain foreign investments is not obscure. The phrase, 'shall observe' is imperative and categorical. 'Any' obligations is capacious; it means not only obligations of a certain type, but 'any' - that is to say, all - obligations entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party.“  
[https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ ita0308\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ ita0308_0.pdf)

<sup>111</sup> Prvi BIS koji je sadržao ovu odredbu zaključen je između Zapadne Nemačke i Pakistana 1959. godine. Član 7 ovog BIS je glasio: “Either Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other party” (navod prema Yannaca-Small, K. (2006), “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, OECD Working Papers on International Investment, 2006/03, OECD Publishing, str. 4).

<sup>112</sup> Yannaca-Small, K. (2006), “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, OECD Working Papers on International Investment, 2006/03, OECD Publishing, str. 5 <http://dx.doi.org/10.1787/415453814578>

<sup>113</sup> Mišljenje autora je da Srbiji nedostaje izdiferencirana spoljna trgovinska politika. Srbija ima interes da ugovara ovakve klauzule tamo gde postoje njena ulaganja ili su ona izvesna u bliskoj budućnosti, s obzirom na mogućnost da srpske kompanije investitori zaključuju ugovore sa državama domaćinima. S druge strane, Srbija nema veći interes da ugovara ovu klauzulu sa državama u odnosu na koje je pretežno uvoznik investicija. Međutim, s obzirom na lakoću obećanja investitorima u vezi sa konkretnim investicijama od strane političara ispred države, konzervativan stav prema kišobran klauzulama ima smisla.



Međutim, BIS sa Nemačkom i Švajcarskom koji su zaključeni u ranijim državotvornim aranžmanima Srbije sadrže ovu klauzulu (v. primere dole).

<p><i>Primeri „kišobran“ klauzula u BIS Srbije:</i></p>
<p><i>BIS SFRJ i SR Nemačke, član 7. stav 2:</i></p> <p><i>Svaka strana ugovornica pridržavaće se svih obavezak koje je preuzela u odnosu na ulaganja ulagača druge strane ugovornice na svojoj teritoriji.</i></p> <p><i>Sporazum između Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Savezne Republike Nemačke o uzajamnoj zaštiti i podsticanju ulaganja, sa Protokolom (“Službeni listu SFRJ - Međunarodni ugovori”, br. 7/90)</i></p>
<p><i>BIS Državne zajednice Srbije i Crne Gore i Švajcarske konfederacije, član 9. (Posebne obaveze):</i></p> <p><i>Svaka Strana ugovornica će poštovati bilo koju obavezu koja može nastati u vezi sa određenim ulaganjem ulagača druge Strane ugovornice, u koju se ulagač može pouzdati da će biti u dobroj veri tokom uspostavljanja, kupovine ili proširenja ulaganja.</i></p> <p><i>Sporazum između Srbije i Crne Gore i Švajcarske Konfederacije o podsticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja (“Sl. list SCG” - Međ. ugovori, broj 3/2006)</i></p>

Prema dominantnom teorijskim shvatanjima odredba posebne zaštite transformiše sve klauzule iz komercijalnog ugovora države i investitora, ili bilo koje obećanje države (engl. commitment, ili any obligation) dato u vezi sa određenim ulaganjem, u obavezu međunarodnog javnog prava.<sup>114</sup> Prema tom stanovištu, za razliku od odredbi o zaštiti od neposredne i posredne eksproprijacije, klauzula posebne zaštite investicija štiti ulagača od svakog vida uticaja države na njegova prava iz komercijalnog ugovora, bilo da potiču od njegove povrede, bilo od zakonodavnog akta ili administrativne mere, bez obzir da li takva mera ima jednako dejstvo eksproprijaciji.<sup>115</sup> Ukoliko bi ovo tumačenje bilo prihvaćeno, onda bi svaka povreda komercijalnog ugovora između države i investitora, ujedno bila u povreda BIS.<sup>116</sup> Otuda ovakve klauzulu možemo imenovati i odredbom dodatne zaštite.

Prema, suprotnom shvatanju, imajući u vidu inter partes prirodu obligacija, obaveze države domaćina iz ugovora sa investitorim regulisana su isključivo pravilima lex contractus, dok međunarodni ugovori javnog prava mogu regulisati samo odnose između država.<sup>117</sup>

Shvatanje autora je da, bez obzira na javnopravnu prirodu obaveza iz BIS, investitor može da crpi direktna prava iz međunarodnog ugovora ukoliko je itencija odredbe da treća lica mogu sticati prava iz međunarodnog ugovora

<sup>114</sup> Yannaca-Small, K. (2006), “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, OECD Working Papers on International Investment, 2006/03, OECD Publishing, str. 7, <http://dx.doi.org/10.1787/415453814578>

<sup>115</sup> Ibid.

<sup>116</sup> Ibid. str. 8.

<sup>117</sup> Ibid.

jasna, nedvosmislena i neuslovljena (u pod uslovom da je međunarodni ugovor na snazi). Ovakvo tumačenje je u skladu sa načelom pacta sunt servanda i sa Ustavom koji predviđa da se odredbe međunarodnih ugovora neposredno primenjuju.<sup>118</sup> Prema tome, ukoliko je namere država ugovornica, da odredbe međunarodnog ugovora kreira pravo za određene kategorije lica, onda se ona, u ovom slučaju ulagači, mogu pozivati neposredno na nju.<sup>119</sup> Nema sumnje, da je pravna priroda BIS i njegovih individualnih odredbi da dodeli određena prava ulagačima prema državi.

S tim u vezi, konkretan domet i dejstvo odredbi posebne zaštite će zavistiti od njene jasnoće (v. slučajeve gore), pravne prorode (da li ima neposredno dejstvo ili ne)<sup>120</sup>, mesta u kojem se nalazi u konkretnom BIS i pravnog shvatanja o dometu „kišobran“ odredbi konkretnog Tribunala.

Prema užem shvatanju, arbitraže su obuhvat odredbe limitirale samo na obaveze koje država preuzme prema investitoru delujući u svojstvu suverene vlasti, ali ne i svaku komercijalnu obavezu iz konkretnog ugovora. Drugim rečima, klauzula može obuhvatiti (i time podvesti pod režim BIS) samo ona obećanja države za čije sprovođenje je potrebno usvojiti određeni propis ili sprovesti određeni upravni postupak i usvojiti pojedinačnu administrativnu meru (carinski režim, poreski režim, dozvole za rad, izvozne dozvole, uvozne dozvole, građevinske dozvole, ekološke saglasnosti i sl.), ali ne i uobičajene komercijalne obaveze koje privatne ugovorne strane inače preuzimaju u dvostrano obavezujućim komercijalnim transakcijama.

Npr. stabilizaciona klauzula iz komercijalnog ugovora kojom država jemči investitoru da neće menjati regulatorno okruženje investicije (npr. da se neće menjati režim carina, usvajati određene regulatorne mere, uvozno-izvozna ograničenja, itd.) je obuhvaćena klauzulom dodatne zaštite (v. slučaj CMS Gas Transmission Company protiv Argentine dole).

<p><i>CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina (ICSID Case No. ARB/01/8)</i></p> <p><i>Prema stavu Tribunala, nisu sve odredbe komercijalnog ugovora obuhvaćene kišobran klauzulom.</i></p> <p><i>Stav 299, Odluke:</i></p> <p><i>„Čisto komercijalni aspekti ugovora ne mogu biti zaštićeni Sporzumom, osim ukoliko postoji značajno ometanje prava investitora od strane vlada ili javnih agencija.“</i></p>
---

118 Ustav Republike Srbije, član 16, stav 2: „Opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju. Potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu s Ustavom.“

119 Ovakvo tumačenje je u skladu sa našim Ustavom koji predviđa da se odredbe međunarodnih ugovora neposredno primenjuju. Otuda, od namere država kao ugovornih strana, odnosno pravne prirode individualne odredbe međunarodnog ugovora, zavisi da li se na konkretnu odredbu mogu pozivati treća lica, u ovom slučaju ulagači.

120 Pod neposrednim dejstvom odredbe međunarodnog ugovora podrazumevamo kapacitet odredbe da proizvodi prava za pravna i fizička lica kojem odgovaraju recipročne obeveze države.

*Stav 302. Odluke:*

*„...konkretno dve stabilizacione klauzule u Dozvoli imaju značajan efekat kada je u pitanju proširena zaštita u skladu sa kišobran klauzulom. Prva je obaveza da se ne zamrzava režim tarifa ili da se uvode kontrole cena. Druga je obaveza da se ne menjaju osnovna pravila koja regulišu Licencu bez izričite saglasnosti TGN-a“*  
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>

Prema širem shvatanju, „kišobran“ klauzule treba interpretirati jezički, prema njihovom uobičajenom značenju, u skladu sa članom 31, stav 1 Bečke konvencije o međunarodnim ugovorima (v. slučaj *Eureko B.V. v. Poland, BIS Holandija i Poljska gore*).<sup>121</sup> Otuda, ovakve odredbe treba tumačiti u skladu sa preovlađujućim stavom u teoriji, koji smo naveli gore. Prema ovom stavu, dejstvo „kišobran“ klauzule jeste transfer komercijalnih obaveza u domen obaveza preuzetih BIS, te ona obuhvata sve obaveze preuzete od strane države prema konkretnoj investiciji uključujući i sve ugovorne odredbe komercijalnog ugovora.<sup>122</sup>

*Potvrda šireg stava u praksi ICSID (slučaj Micula)*

*Braća Micula su pokrenula postupak protiv Rumunije po osnovu BIS između Švedske i Rumunije, koja se ticala propuštanjem Rumunije da dodeli ugovorene podsticaje ulagaču. Rumunija je odbila da dodeli podsticaje u skladu sa merom Evropske komisije koja je tu državnu pomoć kvalifikovala kao nekompatibilnu sa EU pravilima o kontroli državne pomoći. ICSID je potvrdio stanovište iz slučaja *Eureko B.V. v. Poland*, prema kojem „kišobran“ klauzula pokriva sve obaveze koje države preuzme specifično u odnosu na investiciju, uključujući sve ugovorne odredbe konkretnog investicionog ugovora i druge jednostrano preuzete obaveze države domaćina specifično preuzete u odnosu na investiciju (v. stav 415 odluke *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20*).*

Međutim, da li je u konkretnom slučaju država zaista preuzela obavezu prema konkretnoj investiciji zavisice od tumačenja pojma „obaveze“ (engl. obligation) u skladu sa pravom države domaćina<sup>123</sup>, odnosno drugim pravom merodavnim za sam komercijalni ugovor u skladu sa pravilima međunarodnog privatnog prava.

Odluke u slučajevima *Eureko* i *Micula* potvrđuju da je šire stanovište preovladalo dometu kišobran klauzule preovladalo, ukoliko jezik odredbe upućuje na „bilo koju“ obavezu preuzetu od strane države u odnosu na specifičnu investiciju.

<sup>121</sup> Član 31, stav 1 Bečke konvencije: „A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.“

<sup>122</sup> Prema autorovom mišljenju, šire tumačenje može dovesti u pitanje pravnu sigurnost jer dozvoljava mogućnost dvostruke nadležnosti (nadležnost ugovorene arbitraže i investicione arbitraže po osnovu BIS povodom istog ko-mercijalnog ugovora). Takođe, dvostruka nadležnost omogućava situaciju da odluka arbitraže koja je ugovorena komercijalnim ugovorom i odluka investicione arbitraže za sporove iz BIS budu u sukobu.

<sup>123</sup> V. stav 418 odluke u *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C.*

*Multi-pack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20.*

U svakom slučaju, važno je još jednom podvući da u skladu sa klauzulom dodatne zaštite zahtev investitora može biti podnet u vezi svake povrede obaveze države specifično preuzete prema konkretnoj investiciji i kada one:

1. ne predstavljaju kršenje FET klauzule (nerazumne ili diskriminatorne mere)
2. ne predstavljaju neposrednu ili posrednu eksproprijaciju (odnosno nemaju ekonomski efekat eksproprijacije).<sup>124</sup>

Prema tome, „kišobran“ klauzule dodatno sužavaju prostor za legitimnu regulatornu intervenciju države koji regulišu određene standarde za ulaganja kako domaća tako i strana unutar tržišta ili opšti režim prekogranične trgovine.

Stoga, jednostrana obećanja ili ugovorne obaveze preuzete od strane države ili njenih organa (centralnih ili lokalnih) specifično vezana za određenu investiciju (npr. u pogledu hitnog izdavanja dozvola za rad, građevinskih dozvola, uvožno-izvoznih dozvola, ekoloških saglasnosti, klauzule stabilnosti regulatornog režima, mere povraćaja nezakonite državne pomoći itd.) mogu rezultirati zahtevom za naknadu štete od strane investitora i time proizvesti neočekivanu štetu po javne prihode, ukoliko se država ne bi pridržavala obećanja koja je specifično dala za konkretnu investiciju.<sup>125</sup> S obzirom na široku diskreciju i rasprostranjenu praksu ugovaranja podsticaja na osnovu Zakona o ulaganjima<sup>126</sup> i Uredbom o uslovima i načinu privlačenja ulaganja<sup>127</sup> srpska praksa izbegavanja „kišobran“ odredbi je adekvatna. Međutim, iako ovakva praksa, ne isključuje u potpunosti rizike od zahteva za kompenzacijom po osnovu drugih odredbi BIS naročito u slučaju suspenzije ili naredbe za povraćaj državne pomoći Komisije za kontrolu državne pomoći zbog eventualne nekompatibilnosti podsticaja sa Zakonom o kontroli državne pomoći.<sup>128</sup> Konačno ulagači iz Nemačke i Švajcarske se mogu efikasno suprotstaviti merama Komisije za kontrolu državne pomoći kako pokazuje slučaj Micula.

## **2. Pravo EU i BIS**

### **2.1 Nadležnost EU relevantne za oblast SDI**

U domenu SDI i BIS nadležnosti EU su utvrđene Ugovorom o funkcionisanju EU (UFEU) kao osnivački. S tim u vezi, nadležnosti EU možemo ih podeliti na isključive nadležnosti, i podeljene nadležnosti. Koncept isključive

---

<sup>124</sup> V. npr. izreku odluke u slučaju Micula Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20 dostupna na <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf>

<sup>125</sup> Naravno, ukoliko je investitor sa državom ugovorio nadležnost komercijalne arbitraže takva kršenja mogu biti raspravljena pred njom.

<sup>126</sup> „Sl. glasnik RS“, br. 89/2015

<sup>127</sup> „Sl. glasnik RS“, br. 27/2016

<sup>128</sup> „Sl. glasnik RS“, br. 51/2009

nadležnosti podrazumeva da u granicama imenovanih politika samo Unija može usvajati pravno obavezujuće propise. Države članice mogu usvajati mere u domenu isključive nadležnosti EU samo u koliko i u granicama izričitog mandata Unije i to za potrebe sprovođenja mera Unije na teritoriji članice.<sup>129</sup> U domenu podeljene nadležnosti države članice su slobodne da intervenišu sa nacionalnim merama i da zaključuju međunarodne ugovore, osim ako Unija usvoji meru (direktivu, uredbu, odluku) kojom uređuje neko pitanje iz podeljene nadležnosti (tzv. okupirano polje).

### **2.1.1 Isključive nadležnosti EU u domenu SDI**

EU ima isključivu nadležnost u oblasti zajedničke trgovinske politike (common commercial policy) uključujući i domen SDI.<sup>130</sup> U načelu, u domenu SDI, međunarodne trgovinske ugovore sa subjektima međunarodnog prava pregovara i zaključuje Evropska komisija. Međutim, kako je ova nadležnost prešla u ruke EU tek 2009. godine, Unija je usvojila Uredbu (EU) br. 1219/2012o uspostavljanju prelaznog aranžmana za bilateralne investicione ugovore između članica EU i trećih država (v. detaljnije u podnaslovu „Prelazni aranžmana EU u domenu BIS“) kojom je prenela ovlašćenja državama članicama da zaključuju BIS u skladu sa određenim načelima.

Pored zajedničke trgovinske politike EU ima isključivu nadležnost u oblasti zaštite konkurencije i državne pomoći kada su upitanju kršenja koja mogu imati uticaj na konkurenciju na zajedničkom tržištu i trgovinu između članica EU.<sup>131</sup>

To znači da u oblastima koje pokrivaju zajedničku trgovinsku politiku u domenu SDI, kontrole državne pomoći i konkurencije na zajedničkom tržištu

- ne mogu zaključivati BIS osim u skladu sa postupkom predviđenim Uredbom (EU) br. 1219/2012;
- moraju napustiti/otkazati ugovore nekompatibilne sa nadležnostima EU ili pregovarati prilagođavanje međunarodnih ugovora koje su zaključile sa trećim državama ili međunarodnim organizacijama sa pravilima EU pre 1. decembra 2009. godine; i
- ne mogu zaključivati niti davati efekat odredbama bilateralnih ugovora koja su suprotna pravilima EU zaštite konkurencije i kontroli državne pomoći.

---

<sup>129</sup> UFEU, Član 2. stav 1.

<sup>130</sup> Ugovor o funkcionisanju EU, član 3.

<sup>131</sup> Ibid. Uredbom Saveta (EU) 2003/1 nacionalna tela za zaštitu konkurencije su ovlašćena da neposredno primenjuju odredbe člana 101 (karteli) i 102 (zloupotreba dominantnog položaja) UFEU. Pored toga, države članice mogu imati nacionalni sistem zaštite konkurencije koji reguliše zabranu restriktivnih praksi učesnika na tržištu koje nemaju efekat na trgovinu između članica (nacionalni domen).

### 2.1.1.1 Prelazni aranžman EU za BIS sa trećim državama

UFEU je 2009. godine uveo materiju SDI<sup>132</sup> kao sastavni deo Zajedničke trgovinske politike (the common commercial policy) i samim tim kao isključivu nadležnost EU. Kako predviđa član 207. UFEU, Zajednička trgovinska politika se zasniva na jedinstvenim načelima naročito u pogledu zaključivanja bilateralnih carinskih i trgovinskih sporazuma koji regulišu režim trgovine robe i usluga, trgovinske aspekte prava intelektualne svojine, strane direktne investicije, dostizanje ujednačenosti u merama liberalizacije, izvozne politike uključujući i mere koje štite trgovinu u slučaju dampa i subvencija. S tim u vezi, EU će u budućnosti imati isključivo ovlašćenje da zaključuje ugovore o zaštiti SDI, što su države članice do sada činile kroz sopstvene BIS.<sup>133</sup>

Međutim, pre stupanja na snagu UFEU, države članice su zaključile preko 1000 bilateralnih ugovora sa trećim državama koje u celini ili svojim delom regulišu pitanje uzajamnog tretmana investicija.<sup>134</sup> Nova nadležnost Unije je značila da će dosadašnji bilateralni ugovori između država članica i trećih partnera (uključujući BIS sa Srbijom) biti postepeno zamenjeni posebnim ugovorima koje će Unija zaključivati sa njima.

Da bi osigurala pravnu sigurnost EU je u članu 3 Uredbom (EU) br. 1219/2012 o uspostavljanju prelaznog aranžmana za bilateralne investicione ugovore između članica EU i trećih država deklarirala da svi dosadašnji BIS između država članica i trećih strana koje države članice notifikuju ostaju na snazi, s tim da ta odredba ne utiče na njihovu generalnu obavezu da poštuju odredbe UFEU. Uredba je, naime, „ovlastila“ države članice da notifikuju bilateralne sporazume zaključene pre stupanja na snagu UFEU (1. decembar 2009.), zadrže, ili izmene svoje sadašnje ili pregovaraju zaključenje novih BIS sa trećim državama kako bi se otklonile, eventualne, neusaglašenosti važećih BIS sa pravom EU.<sup>135</sup>

Član 2 propisuje obavezu za novu članicu da 30 dana po stupanju u članstvo notifikuje BIS zaključene pre datuma pristupanja Uniji koje želi zadržati na snazi ili za koje želi da traži dozvolu Komisije za njihovo stupanje na snagu. Ovakav režim za svaki bilateralni sporazum važi do momenta kada EU zaključi bilateralni ugovor o investicijama sa trećom državom u pitanju. Međutim,

---

<sup>132</sup> UFEU ne definiše pojam stranih direktnih investicija (SDI). Sud pravde EU je naveo tri osnovna kriterijuma za identifikovanje SDI: dugotajnost investicije, sa učešćem u kapitalu povezane kompanije od najmanje 10%, koje omogućava kontrolu nad upravljanjem povezane kompanije (Slučaj C-446/04 Test Claimants in the FII Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue). Prema tome, definicija Suda isključuje kratkoročne forme ulaganja poput „portfolio investicija“.

<sup>133</sup> V. [http://ec.europa.eu/finance/capital/third-countries/bilateral\\_relations/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/finance/capital/third-countries/bilateral_relations/index_en.htm)

<sup>134</sup> V. [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc\\_146308.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146308.pdf)

<sup>135</sup> V. [http://ec.europa.eu/finance/capital/third-countries/bilateral\\_relations/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/finance/capital/third-countries/bilateral_relations/index_en.htm). Kao što smo pomenuli, u domenu isključive nadležnosti EU, države članice mogu usvajati akte zakonske snage kada ih na to ovlasti Unija.

Komisija može pokretati postupke protiv država članica u slučaju da smatra da ugovori nisu u skladu sa UFEU.<sup>136</sup>

U smislu Uredbe, bilateralni investicioni ugovori su svi bilateralni ugovori koji u celini ili delom imaju za predmet zaštitu investicija.<sup>137</sup>

## 2.2 Sukob prava EU i prava BIS

EU je nadležna za uređenje unutrašnjeg tržišta EU kao prostora bez unutrašnjih pravnih i faktičkih barijera za slobodno kretanje ljudi, robe, usluga i kapitala. Odredbe UFEU koje uređuju ove četiri slobode, neposredno su primenljive i otklanjaju dejstvo nacionalnih mera koje su u sukobu sa njima. Takođe, EU deli nadležnost sa članicama u domenu uzajamnog usklađivanja propisa država članica radi otklanjanja nacionalnih barijera za funkcionisanje unutrašnjeg tržišta. Kada EU usvoji meru kojom usklađuje nacionalna zakonodavstva u određenom domenu, države članice, u načelu, više ne mogu da uređuju to pitanje, niti da usvajaju akte u suprotnosti sa merama EU. BIS se sa stanovišta prava EU posmatraju kao akti država članica koja moraju biti u saglasnosti sa pravom EU.

### 2.2.1 Sukob pravila slobode poslovnog nastanjivanja i BIS

Fundamentalna sloboda poslovnog nastanjivanja (član 49, UFEU) je vezana za slobodu kretanja kapitala na tržištu EU. Sadržina ove slobode je slično sadržaju prava ulagača iz BIS, ali postoje i značajne razlike u dometu.

Pravo poslovnog nastanjivanja se sastoji iz dva elementa:

- pravo na nediskriminatoran tretman prilikom zasnivanja poslovnih operacija; i
- pravo na nediskriminatoran tretman poslovnih operacija nakon osnivanja.

Ovo pravo se temelji na načelu prava EU o nediskriminaciji po osnovu porekla kapitala i preduzeća na teritoriji unutrašnjeg tržišta EU.

Sloboda ili pravo poslovnog nastanjivanja podrazumeva jednak tretman preduzeća iz jedne države članice sa preduzećima države članice domaćina u pogledu uspostavljanja poslovne delatnosti i poslovnih operacija. Posmatrano iz ugla prava stranog ulagača, ovo načelo u sebi sadrži istovremeno element nacionalnog tretmana i tretmana najpovlašćenije nacije.

<sup>136</sup> V. Slučajeve Case C-205/06, Commission v. Austria [2009] ECR I-1301; Case C-249/06, Commission v. Sweden [2009] ECR I- 1335; Case C-118/07, Commission v. Finland, of 19 November 2009. Takođe Komisija je pokretala slučajeve i protiv bilateralnih ugovora o investicijama između članica EU. Ovakvi ugovori su u načelu suprotni sa režimom unutrašnjeg tržišta i principom nediskriminacije po osnovu porekla. V. [http://europa.eu/rapid/press-re-lease\\_IP-15-5198\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-re-lease_IP-15-5198_en.htm)

<sup>137</sup> Uredba o prelaznom aranžmanu, čl. 1. st. 2.

Međutim, pored formalne nediskriminacije ovo pravilo podrazumeva i otklanjanje efektivnih smetnji i prepreka za poslovno nastanjivanje. S tim u vezi, člana 49. UFEU može otkloniti dejstvo nacionalnog pravila koje formalno jednako važi za domaćeg ulagača i ulagača iz druge države članice, ukoliko efektivno stavlja ulagača iz druge države članice u podređen položaj.

Druga ključna razlika u dometu prava ulagača iz BIS i prava poslovnog nastanjivanja je u momentu nastanka. Pravo ulagača iz BIS nastaje tek kada se steknu dva uslova: (1) status stranog ulagača; i (2) postojanje ulaganja. Pravo poslovnog nastanjivanja nastaje pre nego što je „ulaganje“ u smislu BIS nastalo, sa samim statusom građanina EU, odnosno sa EU nacionalnošću preduzeća. Drugim rečima, nije potrebno prethodno angažovanje sredstava ulagača na teritoriji države domaćina da bi nastala prava iz slobode poslovnog nastanjivanja.

Međutim, najznačajnija razlika je u pravnom metodu uspostavljanja zaštite kapitala na teritoriji domaćina. Naime, BIS temelje na bilateralno ustanovljenoj „dodatne“ zaštite kapitala upravo po osnovu njegovog porekla. EU se zasniva na metodu jednake zaštite kapitala bez obzira na poreklo na celoj teritoriji jedinstvenog tržišta. Takođe, BIS uspostavlja režime specijalne, neposredne, i efikasne zaštite investora pred međunarodnom arbitražom, najčešće pred Centrom za rešavanje investicionih sporova u Vašingtonu, dok UFEU podrazumeva neposrednu (ali i manje efikasnu) zaštitu investitora pred nacionalnim sudovima koji su u obavezi da primenjuju pravo EU.

Konačno, pravno stanovište Suda pravde EU je da je pravo EU autonomno, sui generis, u odnosu na nacionalno i međunarodno javno pravo. U načelu, Sud će dati prednost pravu EU u slučaju konflikta odredbe bilateralnog međunarodnog ugovora države članice i odredbi prava EU, odnosno pravila o nadležnosti Unije. Pri tome SDI je materija u isključivoj nadležnosti Unije počev od 1. decembra 2009. Države članice imaju generalnu obavezu da sprovode i primenjuju pravo EU i da se suzdržavaju od akata koje krše pravo EU (načelo lojalnosti).

Dejstvo prava UFEU, načela nediskriminacije po osnovu porekla i člana 49 (slobode poslovnog nastanjivanja) na BIS su sledeća:

1. BIS zaključene između država članica (Intra-EU BIS) nisu kompatibilni sa UFEU;
2. Odredbe BIS država članica sa nečlanicama moraju biti usaglašeni sa slobodom poslovnog nastanjivanja i drugim unutrašnjim propisima EU (o novom režimu BIS u EU vidi takođe pod „Prelazni aranžman EU u domenu BIS“).

U praksi, konflikti nastaju između arbitražnih odluka zasnovanih na BIS koje



su po dejstvu u neskladu sui generis pravom i nadležnostima Unije (v. slučaj Micula dole).

### 2.2.2 Nekompatibilnost Intra-EU BIS sa pravom EU

Intra-EU BIS nisu kompatibilni sa unutrašnjim tržištem EU, slobodom poslovnog nastanjivanja, slobodom kretanja kapitala i načelom nediskriminacije po osnovu nacionalnosti, jer na bilateralnoj osnovi daju dodatnu zaštitu ulagačima iz određenih država članica u odnosu na ulagače iz drugih članica EU.<sup>138</sup> Evropska komisija smatra da intra-EU BIS fragmentiraju jedinstveno tržište privilegovanjem ulagača iz određene države, čime se krši načelo nediskriminacije na jedinstvenom tržištu po osnovu porekla investitora. Drugim rečima, integritet pravila o slobodnom prekograničnom kretanju kapitala/investicija se narušava. Evropska komisija je formalnim pismima (prvi korak u postupku protiv države članice zbog kršenja UFEU u skladu sa članom 258) zahtevala stavljanje van snage BIS između određenih država članica.<sup>139</sup>

Prema mišljenju Evropske komisije, problem nije samo teoretski, već i praktičan. Naime, investicioni sporovi se mogu ticati obaveza koje je države preuzela prema investiciji a koje nisu kompatibilne sa pravom EU. Konkretno, arbitražne odluke po osnovu Intra-EU BIS bi mogle ometati nadležnost EU naročito u domenu kontrole državne pomoći (v. slučaj Micula dole).<sup>140</sup>

#### *Slučaj Micula (sukob nadležnosti EU i ICSID)*

*Braća Micula su vlasnici Švedske kompanije koja je investirala u Rumuniju pre njenog pristupanja EU. Kompanija je dobijala podsticaje od rumunske vlade na osnovu investicionog ugovora. Nakon pristupanja EU, Rumunija je prestala da dodeljuje podsticaje kako bi se usaglasila sa pravilima državne pomoći EU.*

*Braća Micula su tužile Rumuniju pred ICSID po osnovu BIS između Švedske i Rumunije sa zahtevom da im se isplati kompenzacija u iznosu od 250 miliona USD\$ zbog kršenja obaveza po osnovu investicionog ugovora sa Rumunijom.*

*11. decembra 2013. Tribunal ICSID dodeljuje na ime naknade štete 376 433 229 RON ili oko 90 miliona USD\$ (v. odluku na <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf>)*

*2014. Evropska komisija izdaje privremenu meru zabrane Rumuniji da isplati kompenzaciju braći Micula po osnovu odluke ICSID jer bit to bila nezakonita državna pomoć.*

<sup>138</sup> V. European Commission - Press release, „Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties“ (Brussels, 18 June 2015) [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5198\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm)

<sup>139</sup> Ibid.

<sup>140</sup> Ibid.

*Marta 2015. Evropska komisija potvrđuje privremenu meru zabrane dodele državne pomoći i izdaje naredbu povraćaja državne pomoći<sup>141</sup> (v. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-4725\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4725_en.htm) )*

*25. novembra 2015 braća Micula pokreću postupak pred Generalnim sudom EU protiv Evropske komisije i njene odluke, osporavajući nadležnost Evropske komisije. Postupak je u toku.<sup>142</sup>*

### **2.2.3 BIS država članica sa nečlanicama i pravo EU**

Uredbom (EU) br. 1219/2012 reguliše prelazni aranžman za bilateralne investicione ugovore između članica EU i trećih država (v. opširnije pod 3.1.1.1). Iako se postupci koje je Evropska komisija pokrenula protiv država članica tiču Intra - BIS, to i dalje ne znači da BIS sa trećim državama ne mogu biti u konfliktu sa pravom EU. Naime, Uredbe ustanovljava režim prethodne autorizacije kompatibilnosti pristupanja države članice pregovorima, potpisivanju i zaključenju svakog BIS sa trećim državama sa pravom EU.<sup>143</sup> Slučaj Micula pokazuje da odluke arbitraže zasnovane na BIS odredbama mogu biti u konfliktu sa članom 107. od zabrani državne pomoći nekompatibilne sa unutrašnjim tržištem EU (v. okvir dole) i zabranom dodele državne pomoći pre prethodnog odobrenja Evropske komisije.<sup>144</sup>

#### *Član 107(1) UFEU*

*1. Osim ako je drugačije određeno Ugovorom, bilo koja pomoć data od Države članice ili kroz njene resurse, u bilo kojoj formi, koja ograničava ili preti da ograniči konkurenciju dajući prednost određenom preduzeću ili proizvodnji određenih proizvoda, biće nekompatibilna sa unutrašnjim tržištem ukoliko utiče na trgovinu između Država članica.*

Takođe, sudska praksa EU, ukazuju da dodela javnih ugovora mora biti sprovedena u postupku koji obezbeđuje transparentnost, nediskriminatornost i otvorenost za konkurenciju.<sup>145</sup> Drugim rečima, države članice imaju obevezu obezbeđenja otvorenost procedure dodele javnih ugovora u korist svako potencijalnog ponuđača, dovoljan stepen oglašavanja koji omogućava efektivne otvorenosti tržišta javnih ugovora za nadmetanje, i nepristrasnost samog postupka dodele javnog ugovora.<sup>146</sup> Država koja pustupa suprotno ovom

<sup>141</sup> Commission Decision (EU) 2015/1470 of 30 March 2015 on State aid SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) implemented by Romania — Arbitral award Micula v Romania of 11 December 2013

<sup>142</sup> Slučaj T-704/15 Micula e.a. v Commission

<sup>143</sup> V. član 9(1)(a) i član 11(3) Uredbe (EU) br. 1219/2012.

<sup>144</sup> Član 108. stav 3 UFEU i član 2(1) Uredbe (EU) br. 2015/1589 o primeni člana 108 UFEU predviđaju obavezu prethodne prijave državne pomoći Evropskoj komisiji i imaju suspenzivno dejstvo do njene odluke.

<sup>145</sup> Slučaj C-324/98, Teleaustria, [2000] ECR I-10745.

<sup>146</sup> Ibid. stav 62. Dodatno ograničenje u primeni ovog načela se odnosi na pravilo postojanja „prekograničnog interesa“ ili mogućnost postojanja interesa konkurenta iz druge države članice, što je uvek slučaj kod ugovora koji nisu „neznatne“ vrednosti. V. A. Brown, EU Primary Law Requirements in Practice: Advertising, Procedures, and Remedies for Public Contracts outside Procurement Directives (2010) P.P.L.R., issue 5, str. 170.

načelu neposredno krši član 49. UFEU o slobodi poslovnog nastanjanja.<sup>147</sup> U skladu sa sudskom praksom, Direktive 2014/24/EU o javnim nabavkama<sup>148</sup> i Direktive 2014/23/EU o dodeli ugovora o koncesiji<sup>149</sup> nalažu da postupci dodele javnih ugovora predviđeni međunarodnim ugovorima sa trećim državama moraju biti usaglašeni sa Ugovorom o funkcionisanju EU (UFEU).<sup>150</sup> U suprotnom, za postupak dodele javne nabavke, odnosno postupak dodele koncesije, države moraju primeniti nacionalni režim usaglašen sa direktivama.

<p><i>Direktiva 2014/24/EU o javnim nabavkama, Član 9(1) i (2) -Javni ugovori i projektni konkursi organizovani prema međunarodnim pravilima</i></p>
<p>1. Ova se Direktiva ne primenjuje na javne ugovore i projektne konkurse koje javni naručilac mora dodeliti ili sprovesti u skladu sa postupcima nabavke koji se razlikuju od onih iz ove Direktive, a koji su utvrđeni bilo kojim od sledećeg:</p> <p>a. <b>pravni instrument koji stvara međunarodne pravne obaveze, poput međunarodnog sporazuma sklopljenog u skladu s Ugovorima</b><sup>151</sup> između države članice i jedne ili više trećih zemalja ili njihovih delova, a koji obuhvata radove, robu ili usluge namenjene zajedničkom sprovođenju ili korišćenju projekta od strane država potpisnica;</p> <p>b. u okviru međunarodne organizacije.</p> <p>Države članice obaveštavaju o svim pravnim instrumentima iz ovog stava prvog podstaa tačke (a) Komisiju koja može tražiti savet od Savetodavnog odbora za javnu nabavku iz člana 89.</p> <p>2. Ova se Direktiva ne primenjuje na javne ugovore i projektne konkurse koje javni naručilac dodeljuje ili organizuje u skladu s pravilima o nabavki koje određuju međunarodna organizacija ili međunarodna finansijska institucija, ako ta organizacija ili institucija u celosti finansira dotične javne ugovore i projektne konkurse; u slučaju javnih ugovora i projektnih konkursa koje većim delom sufinansira međunarodna organizacija ili međunarodna finansijska institucija strane se usaglašavaju o merodavnim postupcima nabavke. (naglašavanje autorovo)</p>
<p><i>Direktiva 2014/23/EU o dodeli ugovora o koncesiji, član 10(4) – izuzeće</i></p>
<p>4. Ova se Direktiva ne primenjuje na koncesije koje javni naručilac ili entitet mora dodeliti ili organizovati u skladu sa postupcima koji se razlikuju od onih utvrđenih u ovoj Direktivi, a koje je utvrdio jedan od sledećih:</p> <p>a. <b>pravni instrument koji stvara međunarodne pravne obaveze, poput međunarodnog sporazuma sklopljenog u skladu s UFEU-om</b> između države članice i jedne ili više trećih zemalja ili njihovih delova, a koji obuhvata radove, robu ili usluge namenjene zajedničkom sprovođenju ili korišćenju projekta od strane država potpisnica;</p> <p>b. međunarodna organizacija.</p> <p>Ova se Direktiva ne primenjuje na koncesije koje javni naručilac ili entitet dodeljuje u skladu s pravilima o nabavci koje određuju međunarodna organizacija ili međunarodna finansijska institucija, ako ta organizacija ili institucija u celosti finansira dotične koncesije. U slučaju koncesija koje većim delom sufinansira</p>

147 Slučaj C-458/03 Parking Brixen ECR [2005] I-8612, stav 61

148 Directive 2014/24/EU on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC

149 Directive 2014/23/EU on the award of concession contracts

150 Direktiva o nabavkama u javnom sektoru, član 9(1)(a); Direktiva o koncesijama, član 10(4)(a).

151 Ugovor o funkcionisanju EU i Ugovor o EU.

*međunarodna organizacija ili međunarodna finansijska institucija, strane se usaglašavaju o primenjivim postupcima nabavke. (naglašavanje autorovo)*

Drugim rečima, u smislu prava EU potrebno je da se steknu najmanje četiri uslova da bi država članica EU isključila nacionalni režim dodele javnih ugovora (usaglašen sa direktivama) bilateralnim ugovorom sa trećom državom o investicijama:

- da je u pitanju postupak dodele javnog ugovora sa učesnikom na tržištu;<sup>152</sup>
- da međunarodni ugovor predviđa poseban postupak dodele (postojanje procedure);
- da je postupak predviđen međunarodnim ugovorom u skladu sa obavezama iz UFEU u pogledu otvaranja tržišta dodele javnih ugovora i sa drugim pravilima EU (npr. pravila o dodeli državne pomoći); i
- da je postupak predviđen međunarodnim ugovorom u vezi sa zajedničkim poduhvatom ili zajedničkom ekonomskom eksploatacijom projekta između ugovornih strana.

S tim u vezi, bilateralni sporazumi između države članice i treće države, u vezi sa konkretnom investicijom, koji predviđaju isključenje konkurencije za dodelu javnog ugovora (npr. države ugovorom direktno imenuju kompaniju kojoj će dodeliti infrastrukturni projekat, koncesiju i sl. ili ograniče dodelu ugovora na kompanije iz određene države) nisu kompatibilni sa pravom EU. Naprimera, različiti bilateralni kreditno-investicioni aranžmani kojima država davalac kredita uslovljava realizaciju investiciji odabirom svoje kompanije, u načelu, ne bi mogli da se zaključuju između država članica EU i trećih država zainvesticije na teritoriji EU.<sup>153</sup>

### **3. Ugovorna praksa Srbije u domenu SDI**

#### **3.1. Zakonski i institucionalni okvir za BIS i SDI**

Zakon o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora<sup>154</sup> utvrđuje postupak zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora. Postupak zaključenja pokreće Vlada na sopstvenu inicijativu ili inicijativu nadležnog organa državne uprave. Organ državne uprave predložiće Vladi pokretanje postupka za vođenje pregovora i zaključivanje međunarodnog ugovora

<sup>152</sup> Drugim rečima, pravila EU se ne primenjuju na tzv. in-house dodelu ugovora kada javno telo ugovor dodeljuje entitetu nad kojim ima kontrolu sličnu kontroli koju vrši nad svojim unutrašnjim odeljenjima i da entitet kome je ugovor dodeljen suštinski deo svojih aktivnosti obavlja sa lokalnim vlastima ili vlastima koje ga kontrolišu (slučaj Case C-107/98, Teckal [1999] ECR I-8121, stav 50).

<sup>153</sup> Stoga, ne samo iz političkih razloga, infrastrukturni projekti ruskih (npr. Gasprom i gasovodi) i kineskih kompanija (gradnjaj železničke pruge) preko bilateralnih sporazuma tih država sa državama članicama nailaze na otpor Evropske komisije.

<sup>154</sup> Službeni glasnik RS, br. 32/2013

ako u vršenju poslova iz svog delokruga utvrdi da sa drugim državama ili međunarodnim organizacijama treba urediti određena pitanja.<sup>155</sup> On će podneti predlog za pokretanje postupka za vođenje pregovora i zaključivanje međunarodnog ugovora upućivanjem predloga osnove za vođenje pregovora i zaključivanje međunarodnog ugovora (u daljem tekstu: predlog osnove) Vladi. Vlada utvrđuje osnovu za vođenje pregovora i zaključivanje međunarodnog ugovora (u daljem tekstu: osnova) i određuje delegaciju za vođenje pregovora.<sup>156</sup>

*Sadržaj „predloga osnove“ (Zakon o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora, član 5. stav 2.)*

*Predlog osnove treba da sadrži naročito: ustavni osnov; ocenu stanja odnosa sa odnosnom stranom državom ili međunarodnom organizacijom; razloge zbog kojih se predlaže zaključivanje ugovora; osnovna pitanja o kojima će se voditi pregovori, odnosno bitne elemente koje ugovor treba da sadrži i predlog stavova delegacije Republike Srbije u vezi sa tim pitanjima; ocenu potrebe finansijskih sredstava za izvršenje ugovora i način njihovog obezbeđivanja; nacrt ugovora, kao i druge materijale koji se odnose na pregovore, predlog sastava delegacije i predračun troškova za rad delegacije. Ako se predlaže privremena primena međunarodnog ugovora, predlog osnove sadrži i obrazloženje razloga za privremenu primenu.*

Delegacija ne može u toku pregovora odstupati od stavova utvrđenih u osnovi.<sup>157</sup> Ako u toku pregovora druga strana ne prihvati stavove utvrđene u osnovi ili predloži da se razmatraju pitanja o kojima nisu zauzeti stavovi u osnovi, delegacija Republike Srbije će zatražiti nove stavove Vlade, a po potrebi i odložiti pregovore. Ako u toku pregovora tekst međunarodnog ugovora ne bude usaglašen delegacija će u izveštaju navesti razloge zbog kojih međunarodni ugovor nije usaglašen i dati mišljenje i predloge za dalje vođenje pregovora. Po završenim pregovorima, delegacija podnosi Vladi izveštaj o toku pregovora i usaglašeni (parafiran) tekst međunarodnog ugovora. Ako Vlada oceni da je usaglašeni tekst međunarodnog ugovora u skladu sa utvrđenom osnovom, odrediće lice koje će ga potpisati. Punomoćje za potpisivanje međunarodnog ugovora izdaje ministar nadležan za spoljne poslove.<sup>158</sup>

Ministarstvo trgovine, turizma i telekomunikacija (u daljem tekstu: Ministarstvo) priprema propisa u oblast istranih ulaganja, obavlja poslove pregovaranja radi zaključenja bilateralnih sporazuma o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja i priprema zakone o njihovom potvrđivanju.<sup>159</sup> Ministarstvo je izradilo 2014. godine izradilo Model/Tipski nacrt Sporazuma o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja (u daljem tekstu: Model BIS). Model BIS je zasnovan na preporukama OECD-a i dostupan je na veb stranici Ministarstva.<sup>160</sup>

<sup>155</sup> Zakon o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora, član 3. stav 2.

<sup>156</sup> Ibid. Član 6.

<sup>157</sup> Ibid. Član 7.

<sup>158</sup> Ibid. Član 9.

<sup>159</sup> Zakon o ministarstvima (“Sl. glasnik RS”, br. 44/2014, 14/2015, 54/2015 i 96/2015), član 8. stav 2.

<sup>160</sup> <http://mtt.gov.rs/download/novi%20tipski%20SRB.pdf>

Ministarstvo privrede predlaže mere za podsticanje investicija i koordinaciju poslova koji se odnose na investicije.<sup>161</sup> Ministarstvo privrede koordinira rada javne agencije nadležne za promociju izvoza i podsticanje investicija.<sup>162</sup> Zakon o ulaganjima<sup>163</sup> daje široka ovlašćenja Ministarstvu privrede u zaključivanju „ugovora o dodeli podsticajnih sredstava obezbeđenih iz budžeta Republike Srbije“<sup>164</sup> u različitim formama državne pomoći (finansijski podsticaji, poreski podsticaji i olakšice i oslobođenja od plaćanja taksi, carinske povlastice, sistem obaveznog socijalnog osiguranja).<sup>165</sup> Zakon o ulaganjima je ustanovio Razvojnu agenciju Srbije kao stručne organizacije za obavljanje razvojnih, stručnih i operativnih poslova podsticanja i realizacije direktnih ulaganja. Odluku o dodeli podsticaja za ulaganja, u skladu sa Zakonom o ulaganjima donosi Savet za ekonomski razvoj, prilikom čega mora poštovati Zakon o kontroli državne pomoći<sup>166</sup>. Savet čine ministri za poslove privrede, finansija, rada i zapošljavanja, predsednik Privredne komore Srbije i direktor Razvojne agencije Srbije. Predsednik saveta je minister privrede.

Državna pomoć<sup>167</sup> koja dodeljena u bilo kom obliku, koja narušava ili preti da naruši konkurenciju na tržištu, osim ako nije drugačije propisano ovim zakonom nije dozvoljena u smislu Zakona o kontroli državne pomoći i člana 73 stav 1 SSP (v. okvir dole). Komisija za kontrolu državne pomoći u postupcima prethodne i naknadne kontrole odlučuje o dozvoljenosti državne pomoći u odnosu na Zakon o kontroli državne pomoći i SSP.<sup>168</sup>

*Odredbe člana 73. SSP o državnoj pomoći*

*1. Sledeće nije u skladu sa pravilnim funkcionisanjem Sporazuma u meri u kojoj može uticati na trgovinu između Zajednice i Srbije:*

*(...)*

*iii. svaka državna pomoć koja narušava ili preti da naruši konkurenciju davanjem prednosti određenim preduzećima ili određenim proizvodima.*

*2. Svako postupanje suprotno ovom članu ocenjivaće se na osnovu kriterijuma koji proističu iz primene pravila konkurencije koja se primenjuju u [EU], naročito iz [člana 107. UFEU] i instrumenata tumačenja koje su usvojile institucije [EU].*

*(...)*

*3. Srbija će osnovati operativno nezavisno telo kojem će se poveriti ovlašćenja neophodna za potpunu primenu stava 1(iii) ovog člana u roku od jedne godine od*

161 Ibid. Član 4. stav 1.

162 Ibid. Zakon o ulaganjima (v. fusnotu dole) je ustanovio Razvojnu agenciju Srbije za obavljanje razvojnih, stručnih i operativnih poslova podsticanja i realizacije direktnih ulaganja.

163 “Sl. glasnik RS”, br. 89/2015

164 Zakon o ulaganjima, Član 13. stav 5.

165 Zakon o ulaganjima, Član 13. stav 1.

166 “Sl. glasnik RS”, br. 51/2009.

167 „Državna pomoć je svaki stvarni ili potencijalni javni rashod ili umanjeno ostvarenje javnog prihoda, kojim korisnik državne pomoći stiče povoljniji položaj na tržištu u odnosu na konkurente, čime se narušava ili postoji opasnost od narušavanja konkurencije na tržištu“ (Zakon o kontroli državne pomoći, član 2. tačka 1.)

168 V. član 9. Zakona o kontroli državne pomoći i član 73. SSP

*dana stupanja na snagu ovog sporazuma. To telo će, između ostalog, imati ovlašćenja da odobrava šeme državne pomoći i dodelu individualne pomoći u skladu sa stavom 2. ovog člana, kao i ovlašćenje da naredi povraćaj državne pomoći koja je nezakonito dodeljena...*

### **3.2. Tipiski nacrt Sporazuma o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja/Model BIS)**

Model BIS Srbije je značajan dokument jer predstavlja matricu za sve bilateralne pregovore koje Srbija vodi u materiji bilateralne zaštite ulaganja sa trećim državama. Drugim rečima, Model BIS utiče na praksu ugovaranja Srbije kao sastavni deo ili kriterijum za definisanje pregovaračke osnove od koje polaze srpske delegacije. Takođe, on je indikator investicione politike Srbije po pitanju privlačenja ulaganja i olakšavanje pristupa srpskih ulaganja na treća tržišta. S tim u vezi, najvažnije su definicije ključnih pojmova ulagača i ulaganja i prisustvo i odsustvo određenih klauzula, jer one određuju pokrivenost i obim zaštite stranog ulagača i ulaganja u Srbiji, odnosno položaj srpskih investitora i investicija u državama partnerima.

#### **3.2.1 Definicija „ulagača“**

Model BIS sadrži relativno konzervativnu definiciju „ulagača“. Ona isključuje iz definicije stranog ulagagača fizička lica sa dvojnim, unakrsnim državljanstvom, odnosno sa srpskim i državljanstvom države partnera. Takođe Model BIS iz zaštite isključuje pravna lica u kojima srpski državljanin ima posredno ili neposredno većinsko učešće u kapitalu. Prema tom rešenju, srpski državljanin koji je ujedno i državljanin države sa kojom Srbija zaključi BIS neće uživati zaštitu iz BIS, kao ni kompanija iz te država koja je u većinskom vlasništvu državljanina Srbije. Na ovaj način Srbija nastoji da izbegne zloupotrebu BIS zaštite od strane fiktivnih, odnosno tzv. mail-box kompanija ili pojavu kupovine foruma (engl. „treaty-shopping“) od strane domaćih državljana (v. okvir dole).

*Model BIS, član 1. stav 3.*

*3. Izraz „ulagač“ označava:*

*a. fizičko lice koje ima državljanstvo jedne Strane Ugovornice i ulaže na teritoriji druge Strane Ugovornice pod uslovom da to lice nije i državljanin druge Strane Ugovornice.*

*b. pravno lice ustanovljeno, osnovano ili na drugi način pravovaljano organizovano u skladu sa važećim zakonima i propisima jedne Strane Ugovornice, koje ima sedište na teritoriji te Strane Ugovornice i koje ulaže na teritoriji druge Strane Ugovornice, pod uslovom da nije neposredno ili posredno u većinskoj svojini državljana druge Strane Ugovornice.*

Sa druge strane, ova definicija isključuje iz zaštite BIS investicije ulagače koji kao centar ekonomskih aktivnosti i/ili prebivalište imaju u državi sa kojom je Srbija zaključila BIS, bez obzira na srpsko državljanstvo većinskih vlasnika ili ulagača (npr. investitori iz dijaspore). Takođe, ova definicija isključuje iz zaštite ovakvih ulagača u državi partneru.

Međutim, ovo isključenje se retko primenjuje u ugovornoj praksi (primer BIS Crna Gora). Naime, države sa kojima Srbija pregovara polaze od sopstvenih modela BIS i ne žele rigidne definicije „ulagača“ otežavaju plasman i zaštitu njihovih investicija. Drugo, u kontekstu ekonomske saradnje sa određenim partnerom, cilj zaključenja BIS može upravo biti u privlačenju investicija državljana sa dvojnim državljanstvom i njihovih kompanija (što, ukoliko je transparentno komuniciran motiv ne mora biti po sebi loše).

### 3.2.2 Definicija „ulaganja“

Definicija „ulaganja“ Modela BIS polazi od principa da zaštita BIS nastaje tek sa ulaganjem, odnosno sa angažovanjem sredstava „ulagača“ na tlu druge države ugovornice. Model BIS predviđa relativno široku definiciju „ulaganja“ koja uključuje „svaku vrstu imovine koju ulagač jedne Strane Ugovornice stiče ulaganjem sredstava na teritoriji druge Strane Ugovornice“. Pored opšte definicije Modela navodi i primere različitih oblike imovine koja se smatraju ulaganjem ukoliko su nastala ulaganjem sredstava ulagača na teritoriji druge ugovorne strane, uključujući svojinska i stvarna prava, prava intelektualne svojine i različite forme nezaštićenih znanja, novčana potraživanja po određenim kreditnim poslovima i koncesije (v. okvir dole).<sup>169</sup>

*Model BIS, član 1. stav 1.*

*U smislu ovog sporazuma:*

*1. Izraz „ulaganje“ označava svaku vrstu imovine koju ulagač jedne Strane Ugovornice stiče ulaganjem sredstava na teritoriji druge Strane Ugovornice, u skladu sa njenim zakonima i propisima i obuhvata posebno, mada ne i isključivo sledeće oblike imovine:*

- a) pravo svojine na pokretnim stvarima i nepokretnostima i druga stvarna prava, kao što su hipoteka, zaloga, jemstvo, plodouživanje i slična prava;*
- b) akcije, obveznice, kao i druge vrste hartija od vrednosti sa pravom učešća;*
- c) novčana potraživanja po osnovu ugovora o kreditu koji je dat privrednom društvu sa rokom dospelja od pet ili više godina, ukoliko imaju prirodu podređenih potraživanja, osim kredita datom privrednom društvu u državnoj svojini;*
- d) prava intelektualne svojine, (kao što su autorska prava i ostala srodna prava, patenti, industrijski dizajn ili modeli, trgovački znaci), kao i pravo na goodwill, tehničke procese i know how;*
- e) koncesije stečene u skladu sa zakonima i propisima Strane Ugovornice na čijoj teritoriji se vrši ulaganje, uključujući koncesije za istraživanje, vađenje i korišćenje prirodnih bogatstava.*

<sup>169</sup> Interesantno je da definicija ne navodi kao primer ulaganja osnivanje privrednih društava ili ogranaka ili sticanje udela u društvima, osim akcija.



Sa druge strane, Model isključuje iz zaštite potraživanja iz klasičnih komercijalnih ugovora poput prekogranične distribucije proizvoda i usluga.

### 3.2.3 Zaštitne klauzule Model BIS

Model BIS sadrže sve klasične klasične međunarodnih investicionih sporazuma: nacionalni i MFN tretman (član 3)<sup>170</sup>, FET klauzulu (član 2) i klauzulu o neposrednoj i posrednoj eksproprijaciji i pravu na adekvatnu i efektivnu naknadu (član 5). Takođe, Model BIS predviđa pravo slobodnog transfera novčanih iznosa koji se odnose na njihova ulaganja (član 7).

Model BIS sadrži i posebnu klauzulu o pravu na subrogaciju svih prava i potraživanja ulagača na instituciju ugovorne strane koja se bavi osiguranjem investicija na trećim tržištima, kao i pravo države ili njene institucije da realizuje takva prava kod države domaćina investicije. Ova klauzula omogućava Agencija za osiguranje i finansiranje izvoza da stupa na mesto srpskih ulagača u vezi sa pravima koja ovi imaju iz BIS prema drugoj ugovornoj strani, uključujući i vođenje sporova (član 7)

Model predviđa pravo ulagača da pokrene postupak pred međunarodnom arbitražom (član 9). U slučaju da su ugovorne stran članice Vašingtonske Konvencije o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država (1965) investitor može spor protiv države domaćina pokrenuti pre Međunarodnim centru za rešavanje investicionih sporova.

Model BIS ne predviđa „kišobran“ klauzulu, odnosno podvođenje svih obaveza države preuzetih u odnosu na konkretnu investiciju pod režim BIS. Model izričito predviđa da se na sporove iz ugovor o investiranju koji je ulagač zaključio neposredno sa državom domaćinom, njenim organom ili državnim preduzećem, isključivo promenjuje postupak predviđen tim ugovorom (član 9. stav 3.) Ovo je u načelu dobro rešenje kada Srbija zaključuje BIS sa snažnijim trgovinskim partnerima, jer ograničava prava investitora samo na klasične klauzule BIS. Drugim rečima, odsustvo klauzule posebne zaštite oslobađa državu odgovornosti za različite gubitke koje investitor pretrpi usled primene postojećeg regulatornog režima ili po osnovu promene regulatornog režima.

Međutim, slabost Modela BIS je što ne predviđa klauzulu „prava na regulisanje“ kojom bi ograničio zahteve investitora po osnovu FET klauzule i klauzule o posrednoj eksproprijaciji. Odsustvo takvog obezbeđenja ne štiti adekvatno Srbiju od zahteva ulagača za finansijskom kompenzacijom zbog umanjenje vrednosti ulaganja usled primene regulatornog režima ili promene regulatornog okruženja investicije.

---

<sup>170</sup> Dobro rešenje Modela BIS je što iz dometa MFN klauzule isključuje ugovore o slobodnoj trgovini, SSP i članstvo Srbije u CEFTA i EU (član 3. stav 3.).

### **3.3 (Ne)usaglašenost ugovorne prakse sa pravom EU i primeri (loše) ugovorne praksa Srbije**

#### **3.3.1 (Ne)usaglašenost bilateralne ugovorne prakse sa pravom EU**

U užem smislu, materija BIS pripada pregovaračkom Poglavlju 30 (Ekonomski odnosi sa inostranstvom). U širem smislu, materija SDI obuhvaćena je i Poglavljem 5 (Javne nabavke) i Poglavljem 8 (Konkurencija i državna pomoć). Pregovarački okvir EU<sup>171</sup> za pregovore o pristupanju sa Srbijom predviđa opštu obavezu usklađivanja spoljne ekonomske politike Srbije prema trećim državama sa politikama Unije „do momenta pristupanja“.<sup>172</sup> Između ostalog, ovaj zahtev podrazumeva usaglašavanje bilateralnih trgovinskih odnosa Srbije sa pravom EU u okviru Poglavlja 30.

S tim u vezi, treba razlikovati BIS koji su na snazi između Srbije i članica EU i BIS Srbije sa trećim državama. BIS Srbije i članica EU su a priori nekompatibilni sa UFEU (v. opširnije pod 3.1.2.1.1.). Srbija i države članice sa kojima ima BIS morati da ih otkažu, ali ne pre stupanja u članstvo Srbije (Nemačka, Danska, Portugal, države Beneluksa, Finska, itd.). BIS Srbije i trećih država u načelu podpadaju pod režim Uredbe (EU) br. 1219/2012 o prelaznom aranžmanu za bilateralne investicione ugovore između članica EU i trećih država (v. opširnije pod 3.1.1.1 i 3.1.2.1.2).

Generalno očekivanje Evropske komisije je da bilateralni ugovori koje Srbija zaključuje sa ne-EU državama ne ograničavaju konkurenciju i budu usaglašeni sa tekovinama prava EU.<sup>173</sup> S tim u vezi, u ugovornoj praksi Srbije razlikujemo dva pristupa. Prvi se odnosi na klasične BIS, odnosno sporazume o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja, a drugi na investicione sporazume u vezi sa konkretnim (infrastrukturnim) projektima, ili ulaganjima u određene oblasti koji isključuju primenu režima javnih nabavki, odnosno postupak dodele ugovora o koncesiji.

Klasični BIS nisu a priori nekompatibilni sa pravom EU, ali nisu ni bez rizika kršenja prava EU. Naime, osim BIS sa Kanadom većina BIS ne sadrži klauzulu prava na regulisanje standarda životne sredine, zaštite zdravlja, zaštite potrošača. Štaviše, nijedan BIS ne izuzima regulatorni režim zaštite konkurencije i kontrole državne pomoći iz zaštite ulagača, što kreira izvesni rizik da odluke investicione arbitraže mogu biti u suprotnosti sa obavezama države iz članstva u EU (v. slučaj Miculi). Takođe, određeni BIS su zaključeni u širem kontekstu ekonomske saradnje Srbije sa ne-EU članicama koji uključuju, pored klasičnog BIS i sporazume vezane za konkretne infrastrukturne projekte

171 EU Opening Statement for Accession Negotiations - General EU Position dostupna [http://www.seio.gov.rs/upload/documents/pristupni\\_pregovori/pregovaracki\\_okvir.pdf](http://www.seio.gov.rs/upload/documents/pristupni_pregovori/pregovaracki_okvir.pdf)

172 Pregovarački okvir, stav 26.

173 Ibid. Evropska komisija, Izveštaj o napretku Srbije 2015, SWD(2015) 211 final, str. 34.

koji isključuju postupke dodele javnih ugovora, odnosno konkurenciju (npr. Azerbejdžan<sup>174</sup> i Ujedinjenja Arapski Emirati<sup>175</sup>).

Investicioni sporazumi sa trećim državama koji se tiču finansiranja i realizacije konkretnih infrastrukturnih projekata nisu u skladu sa pravom EU jer isključuju primenu nacionalnog režima dodela javnih ugovora u postupku nadmetanja. Naime, Direktiva o javnim nabavkama i Direktiva o dodeli ugovora o koncesiji isključuju primenu njihovog režima samo u pogledu postupaka predviđenih međunarodnim ugovorima sa trećim državama koji su usaglašeni sa Ugovorom o funkcionisanju EU (UFEU). Drugim rečima, neće se primeniti režim direktiva samo ukoliko sam međunarodni ugovor ustanovljava postupak dodele ugovora otvoren za konkurenciju.

Zakon o javnim nabavkama i Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama isključuju primenu režima dodele javnih ugovora kada su naručioci u obavezi da javni ugovor dodele u skladu sa postupcima ustanovljenim međunarodnim ugovorom ili drugim aktom na osnovu kojeg je nastala međunarodna obaveza<sup>176</sup>, odnosno kada je partnerstvo zasnovano na međunarodnom ugovoru sa drugom državom sa ciljem zajedničkog sprovođenja ili iskorišćavanja radova, dobara ili usluga.<sup>177</sup> Međutim, za razliku od Direktiva, Zakoni ne uslovljava isključenje primene nacionalnih procedura uslovom da sam međunarodni ugovori predviđa postupak dodele javnog ugovora u transparentnom, nediskriminatornom postupku, otvorenom za nadmetanje, nediskriminaciju i jednakog tretman ponuđača.

### **3.3.1.1 Primer neusaglašene ugovorne prakse sa pravom EU**

Sporazum o saradnji između Vlade Republike Srbije i Vlade Ujedinjenih Arapskih Emirata (u daljem tekstu: Sporazum)<sup>178</sup> koji je stupio na snagu 11. novembra 2013. godine predstavlja krovni ugovor koji reguliše razvoj ekonomske saradnje i odnose dve države povodom ulaganja kompanija iz UAE u Srbiji. Sporazum nije recipročan. Naime, ugovor predviđa obaveze Vlade Republike Srbije prema Vladi UAE u vezi sa ulaganjima iz te države u Srbiju prema identifikovanim oblastima saradnje.

U okviru Sporazuma su predviđene oblasti saradnje koje uključuju saradnju u različitim oblastima ulaganja kao što je sektor razvoja nekretnina i

174 Sporazuma o zajmu između Vlade Republike Srbije kao zajmoprimca i Vlade Republike Azerbejdžan kao zaj-modavca za finansiranje izgradnje deonice Ljig - Boljkovci, Boljkovci - Takovo i Takovo - Preljina autoputa E-763 u Republici Srbiji („Sl. glasnik RS“ – Međ. ugovori, broj 1/2012 i 9/2016)

175 Sporazum o saradnji između Vlade Republike Srbije i Vlade Ujedinjenih Arapskih Emirata („Sl. glasnik RS“ – Međ. ugovori, broj 3/2013)

176 Zakon o javnim nabavkama, član 7. tačka 1.

177 Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama, član 3. tačka 2.

178 Zakon o potvrđivanju je objavljen u “Službenom glasniku RS – Međunarodni ugovori”, br. 3/2013 od 15.3.2013. godine.

nekpokretne imovine/kapaciteti, poljoprivreda, transport, infrastruktura i logistika. Saradnja u pomenutim oblastima će biti sprovedena kroz posebne sporazume/ugovore o kupoprodaji, dugoročnom zakupu, koncesije po BOT sistemu (built - operate - transfer: izradi - koristi - predaj), kroz prodaju kapitala i/ili imovine u postojećim kompanijama, itd. (član 5). Član 6. Sporazuma predviđa da sporazumi, ugovori, programi i projekti zaključeni u skladu sa ovim sporazumom ne podležu javnim nabavkama, javnim tenderima, javnim nadmetanjima ili drugom postupku predviđenom nacionalnim zakonodavstvom Republike Srbije.

Srbija, prema tome, dobrovoljno isključuje režime Zakona o javnim nabavkama i Zakona o JPP u pogledu predmeta budućih pojedinačnih ugovora kojima će se realizovati okvirni ciljevi Sporazuma (v. okvir dole).

*Sporazum o saradnji između Vlade Republike Srbije i Vlade Ujedinjenih Arapskih Emirata*

*Član 2. stav 3.*

*Republika Srbija je spremna da vodećoj poljoprivrednoj kompaniji iz Ujedinjenih Arapskih Emirata, koju predloži UAE Strana, ponudi imovinu u poljoprivrednim kompanijama u državnom vlasništvu, dugoročni zakup poljoprivrednog zemljišta i/ili poslovnu saradnju, sve po pravilima i uslovima o kojima se Strane u ovom sporazumu dogovore, ili svaka Strana i privatni sektor, ili koje dogovori privatni sektor obeju Strana, a što će biti regulisano posebnim sporazumima/ugovorima (kupoprodaja, dugoročni zakup, koncesije po BOT sistemu (built - operate - transfer: izgradi - koristi - prenesi), prodaja kapitala i/ili imovine u postojećim kompanijama, poslovna saradnja itd.).*

*Član 2. stav 7.*

*Republika Srbija je saglasna da stavi na raspolaganje logističku podršku infrastrukturnih sistema davanjem na korišćenje i/ili kupoprodajom lučkih i aerodromskih kapaciteta i drugih transportnih sredstava i/ili kapitala u postojećim kompanijama u Republici Srbiji subjektima iz Ujedinjenih Arapskih Emirata, sve po pravilima i uslovima dogovorenim od Strana u ovom sporazumu, ili dogovorenim od strane svake Strane i privatnog sektora, ili privatnog sektora obeju Strana, a što će biti regulisano posebnim ugovorima.*

*Član 2. stav 8.*

*Da bi sprovele aktivnosti u ovoj oblasti saradnje, Strane su saglasne da se tamo gde postoji potreba da se obezbede ulaganja u određene kapacitete i nepokretnu imovinu (...) u Republici Srbiji koja je u državnom vlasništvu, kada se prepozna zajednički interes, Republika Srbija se obavezuje da će prodati određenu nepokretnu imovinu subjektima iz Ujedinjenih Arapskih Emirata, ili će investirati zajedno sa njima, po pravilima i pod uslovima dogovorenim između Strana u ovom sporazumu, ili svaka Strana i privatni sektor, ili privatni sektor obeju Strana, što će biti regulisano posebnim kupoprodajnim ili drugim ugovorima.*

Istovremeno, sam Sporazum nije predvideo poseban postupak nadmetanja za ugovore kojima će se realizovati Sporazum. Drugim rečima, primarno dejstvo Sporazuma je isključenje konkurencije u domenu dodele javnih ugovora nedržavnim ekonomskim entitetima koji za predmet imaju određene nepokretnosti, poljoprivredno zemljište, logistiku i transportnu infrastrukturu i transportne i poljoprivredne kompanije u državnom vlasništvu. Istovremeno, Sporazum pored ograničenja lokalne konkurencije ograničava prekograničnu konkurenciju suprotno SSP i pravu EU. Pri tome, način dodele javnih ugovora koji isključuje nadmetanje za javni ugovor povećava opasnost postojanje elemenata državne pomoći koje su nekompatibilne sa SSP.<sup>179</sup>

### 3.3.2 Primer (loše) ugovorne prakse Srbije

U načelu BIS se zaključuju sa državama sa kojima već postoji značajna trgovinska razmena i kretanje investicija (u oba ili barem u jednom pravcu), ili sa državama sa kojima planira povećanje razmene i konkretne investicije u budućnosti. BIS se, prema tome, ne zaključuje van političkog i ekonomskog konteksta saradnje sa određenom državom. S tim u vezi, odredbe BIS Srbije i Ujedinjenih Arapskih Emirata<sup>180</sup> treba tumačiti u širem ekonomsko-političkom kontekstu koji uređuje Sporazum o saradnji između Vlade Republike Srbije i Vlade Ujedinjenih Arapskih Emirata (u daljem tekstu: Sporazum o saradnji) koji objavljen na isti datum, 15. marta 2013. godine kada i BIS.

Sporazum o saradnji predviđa mogućnost dodele javnih ugovora preduzećima iz UAE mimo postupka dodele ugovora u skladu sa konkurentskim postupcima iz relevantnih nacionalnih propisa. Takođe, Sporazum o saradnji predviđa mogućnost pribavljanje građevinskog i poljoprivrednog zemljišta ili druge nepokretne imovine od strane preduzeća UAE i stavljanje na raspolaganje logističku podršku infrastrukturnih sistema kroz davanje na korišćenje, direktne kupoprodajne ugovore, ugovore o dugoročnom zakupu ili zajedničke poduhvate (engl. joint venture) sa Vladom Srbije ili državnim kompanijama (v. prethodni okvir). Drugim rečima, postoji značajan rizik za diskrecionim raspolaganjem javnim dobrima, i ustupanja javnih resursa pod netržišnim uslovima, što bi sa sobom hipotetički povlačilo primenu Zakona o kontroli državne pomoći.

Stoga, je važno analizirati pokrivenost ulagača i ulaganja iz UAE sa BIS zbog eventualnog konflikta između prava investitora iz BIS i prava Srbije da reguliše

<sup>179</sup> S tim u vezi, iako član 6. Sporazuma predviđa da posebni ugovori kojima se realizuje Sporazum ne podležu bilo kojem postupku predviđenim nacionalnim propisima, određeni zajednički poduhvati države i ulagača iz UAE ili njihovi elementi bili su podvrgnuti postupku kontrole državne pomoći (v. rešenje br. 420-01-2/13-05 od 14. oktobra 2013, Jat Airways; rešenje br. 142/2/2013-38 od 21. februara 2014. godine Air Serbia; rešenje br. 4200-00-00001/2015 od 22. jula 2015. godine Projekat Beograd na vodi).

<sup>180</sup> Sporazum između Republike Srbije i Ujedinjenih Arapskih Emirata o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganj („Sl. glasnik RS“ - Med. ugovori, broj 3/2013)

investiciju, sa stanovišta mogućnosti zloupotrebe BIS režima radi zaobilaženja domaće nadležnosti i koruptivnog delovanja, i eventualnog sukoba BIS klauzula i prava EU.

S tim u vezi, BIS sa UAE predviđa značajna odsutpanja u odnosu na Model BIS kada definiše pojam „ulaganja“ i pojam „ulagača“. Naime, BIS sa UAE predviđa da izraz ulaganje „označava svaku vrstu uložene, stvorene ili pribavljene imovine od strane ulagača (naglašavanje dodato)“.<sup>181</sup> Pri tome, ulaganjem naročito smatra i „pravo na angažovanju ekonomskim i komercijalnim aktivnostima potvrđenim zakonom, upravnim aktom ili ugovorom“ (naglašavanje autorovo). Takođe, BIS sa UAE ne isključuje iz zaštite ulagače koji imaju i državljanstvo Srbije i UAE, ili kompanije UAE koje su u većinskom vlasništvu, neposredno ili posredno, državljana Srbije.

*Model BIS*

*Izraz „ulaganje“ označava svaku vrstu imovine koju ulagač jedne Strane Ugovornice stiče ulaganjem sredstava na teritoriji druge Strane Ugovornice, u skladu sa njenim zakonima i propisima...*

*BIS Srbije i UAE*

*Izraz „ulaganje“ označava svaku vrstu uložene, stvorene ili pribavljene imovine od strane ulagača jedne Strane ugovornice na teritoriji druge Strane ugovornice, u skladu sa njenim zakonima i propisima i obuhvata naročito, mada ne i isključivo sledeće oblike imovine:*

*(...)*

*(d) pravo na angažovanje u ekonomskim i komercijalnim aktivnostima potvrđenim zakonom, upravnim aktom ili ugovorom.*

Prema ovim rešenjima, bez obzira da li je ulagač stekao imovinski interes angažovanjem svojih sredstava ili kroz neku od formi državne pomoći (besplatno ustupanje zemljišta, besplatan višegodišnji zakup, ili ustupanje ispod tržišne cene) on može uživati zaštitu BIS i izmestiti eventualni spor u vezi takve imovine iz srpske jurisdikcije. Prema tome, svaka eventualna mera suspenzije državne pomoći ili naredba za povraćaje nenkompatibilne državne pomoći može biti predmet zahteva za obeštećenje pred investicionom arbitražom.

Pored toga, BIS kvalifikuje kao ulaganje pravo na angažovanje, bez obzira da li je prethodno ulagač investirao svoja sredstva na teritoriji strane ugovornice. Ovo rešenje treba čitati u sklopu namere ugovornih strana iz Sporazuma o saradnji koji predviđa različite forme direktnog ugovaranja i ustupanja javnih resursa Srbije u korist ulagača iz UAE (v. prethodni okvir).

---

<sup>181</sup> Sporazum između Republike Srbije i Ujedinjenih Arapskih Emirata o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja („Sl. glasniku RS“ - Međ. ugovori, broj 3/2013), član 1.

Zbirno posmatrano, ova izvdjena rešenja iz BIS odstupaju od nacela da se pravo iz bilateralnog investicionog sporazuma stice tek nakon što imovina nastane ulaganjem, odnosno angazovanjem sredstava investitora. Prakticno ova rešenja znace da se svaki opoziv ili izmena ranije datog odobrenja, saglasnosti, dozvole, licence, besplatnog ustupanja ili davanje na korisćenje javnog resursa, smatra povredom ulaganja per se i može biti predmet spora pred investicionom arbitražom. Isto važi i za eventualno povredu konkretnog ugovora u vezi sa infrastrukturnim projektom izaključenog sa ulagačem. Time je pravo na regulisanje države domaćina efektivno suspendovano, jer svaka izmena ili revizija ranije donetih odluka skopčan je sa značaknim rizikom finansijske odgovornosti zbog povrede prava ulagača na angazovanje, odnosno povrede konkretnog infrastrukturnog ugovora.

Prema tome, BIS Srbije i UAE, omogućava, da režim zaštite ulagača iz UAE obuhvati imovina pribavljena od strane ulagača iz UAE ili svako pravo na angazovanje ulagača iz UAE zasnovano pod okriljem Sporazuma o saradnji, bez obzira da li je imovina „pribavljena“ ili „pravo na angazovanje“ stečeno prethodnim ulaganjem ulagača iz UAE u Srbiji.<sup>182</sup> Ustav Republike Srbije, sa druge strane, podrazumeva da se prava ulagača stiču ulaganjem<sup>183</sup> i da je u vezi sa tim položaj stranog ulagača i domaćeg ulagača jednak, odnosno da prethodni ne može biti privilegovan u odnosu na domaćeg i obrnuto.<sup>184</sup>

Istovremeno, BIS sa UAE omogućava državljanima Srbije koji su ujedno i državljani UAE i kompanijama UAE i koji su u posredno ili neposredno većinski vlasnici kompanija iz UAE kupovinu foruma, ili zloupotrebu prava iz BIS od strane fiktivnih ili tzv. mail-box kompanija (v. okvir dole). Naime, kao što smo napomenuli, Model BIS koji primenjuje Ministarstvo trgovine, izričito isključuje iz režima zaštite ulaganja državljana druge ugovorne strane koji su ujedno i državljani Srbije, odnosno pravnih lica druge ugovorne strane koja su u neposrednom ili posrednom većinskom vlasništvu srpskih državljana. BIS sa UAE, međutim, ne predviđa ovo isključenje (v. okvir dole). Posmatrano van šireg ekonomsko-političkog konteksta, ovakvo rešenje jeste u skladu sa uporednom praksom međunarodnog investicionog prava jer ugovor ne uspostavlja dodatne birokratske prepreke za utvrđivanje prava ulagača na zaštićeni režim ulaganja čime podstiče lakše kretanje i plasman kapitala. Međutim, u kontekstu Sporazuma o saradnji, ovakvo rešenje efektivno omogućava da državljani iz Srbije preko pravnih lica osnovanih

<sup>182</sup> Autor razumno pretpostavlja, da prava srpskih ulagača u UAE po osnovu BIS predstavljaju samo teoretsku mogućnost, a ne očekivanje zasnovano na pravcima kretanja investicija iz Srbije. Takođe, Sporazum o saradnji ne ustanovljava recipročna prava ulagačima iz Srbije u UAE u vezi sa resursima te države ni na hipotetičkoj osnovi. Otuda je jasno da korist iz ovakvih rešenja BIS sa UAE crpe dominantno ulagači iz UAE, uključujući tu i pravna lica iz UAE čiji su vlasnici srpski državljani.

<sup>183</sup> V. član 84. stav 3. Ustava Republike Srbije.

<sup>184</sup> V. član 84. stav 1 i stav 4, Ustava Republike Srbije.

u UAE po povoljnijim i netržišnim uslovima stiču resurse u javnoj svojini metodom direktnih pregovora u neposrednih pogodbi sa državnim organima i jedinicama lokalne samouprave, a da pri tome isključe nacionalni regulatorni režim i prenesu nadležnost za rešavanje sporova na međunarodnu arbitražu. Drugim rečima, efektivno režim zaštite BIS sa UAE dopunjava režim privilegovanog pristupa javnim dobrima iz Sporazuma o saradnji i ide izvan svrhe međunarodnog investicionog prava. Naime, cilj međunarodnog investicionog prava nije privilegovanje stranog ulagača već sprečavanje neposredne ili posredne diskriminacije ulagača u odnosu na domaće investitore i investitore iz trećih država.

*Model BIS*

*3. Izraz „ulagač” označava:*

- a. fizičko lice koje ima državljanstvo jedne Strane Ugovornice i ulaže na teritoriji druge Strane Ugovornice pod uslovom da to lice nije i državljanin druge Strane Ugovornice.*
- b. pravno lice ustanovljeno, osnovano ili na drugi način pravovaljano organizovano u skladu sa važećim zakonima i propisima jedne Strane Ugovornice, koje ima sedište na teritoriji te Strane Ugovornice i koje ulaže na teritoriji druge Strane Ugovornice, pod uslovom da nije neposredno ili posredno u većinskoj svojini državljana druge Strane Ugovornice.*

*BIS Srbije i UAE*

*1. Izraz “ulagač” označava u odnosu na bilo koju Stranu ugovornicu:*

- a. fizičko lice koje ima državljanstvo jedne Strane ugovornice, u skladu sa njenim zakonima i propisima i koje ulaže na teritoriji druge Strane ugovornice;*
- b. pravno lice ustanovljeno, osnovano ili na drugi način pravovaljano organizovano u skladu sa važećim zakonima i propisima te Strane ugovornice, koje ima sedište na teritoriji te Strane ugovornice i koje ulaže na teritoriji druge Strane ugovornice.*

U svakom slučaju, bilo da je u pitanju autentični ulagač iz UAE ili fiktivni ulagač iz UAE (iza kojeg stoji kapital srpskog državljanina) investicioni sporazum, sa pomenutim rešenjima i u paketu sa Sporazumom o saradnji, stvara okvir za netransparentno raspolaganje javnom svojinom na štetu javnog interesa. Pri tome, metod neposrednih pogodbi, odnosno isključivanje nacionalnih postupaka za dodelu javnih ugovora i ograničavanje prava Srbije da investiciju reguliše kroz sistem ekoloških, socijalnih, ili mera kontrole državne pomoći, plodno je tlo za koruptivno delovanje predstavnika državnih organa i jedinica lokalne samouprave. Konačno, međunarodni ugovori koji ustanovljavaju okvir za direktnu dodelu koncesija i ugovora o javno-privatnom partnerstvu, bez primene transparentnog, nediskriminatornog i otvorenog postupka, nisu u skladu sa pravom EU.



#### 4. Uloga javnog tužilaštva

Javno tužilaštvo je samostalan državni organ koji vrši funkciju gonjenja učinioaca krivičnih i drugih kažnjivih dela i preduzima mere za zaštitu ustavnosti i zakonitosti na osnovu Ustava, potvrđenih međunarodnih ugovora, zakona i propisa donetih na osnovu zakona.<sup>185</sup> Opšteprihvaćena načela međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije.<sup>186</sup> Potvrđeni međunarodni sporazumi moraju biti u skladu s Ustavom i neposredno se primenjuju.<sup>187</sup>

Jasno je da međunarodno investiciono pravo, BIS kao izvori prava, (loša) ugovorna praksa i pravne praznine u pravnom okviru za regulisanje ulaganja, nisu osnov za pokretanje krivičnog postupka. Naprotiv, Javno tužilaštvo vrši svoja prava i dužnosti u okviru ustavnih i zakonskih normi, uključujući tu i odredbe BIS kao izvor međunarodnog javnog prava. Kao što smo rekli, međunarodni ugovori i njihova rešenja posledica su ekonomsko-političkog konteksta, odnosa snaga ugovornih partnera, političke (ne)kulture i niza drugih objektivnih i subjektivnih faktora.

Sa druge strane, odredbe potvrđenih međunarodnih ugovora za koje je odlukom Ustavnog suda utvrđeno da nisu u saglasnosti sa Ustavom, prestaju da važe na način predviđen tim međunarodnim ugovorom i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava.<sup>188</sup> Takođe, međunarodni ugovori ne isključuju zloupotrebe ovlašćenja i individualnu krivičnu odgovornost. Kao što primer Sporazuma o saradnji i BIS sa UAE pokazuje, neadekvatna rešenja međunarodnih ugovora mogu (namerno, nepažnjom ili propuštanjem) kreirati ambijent u kojem je neracionalno i koruptivno raspolaganje javnim resursima moguće i znatno olakšano. Takođe, ustavnost ukidanja konkurencije je upitna imajući u vidu da ekonomsko uređenje naše zemlje počiva na tržišnoj privredi, otvorenom i slobodnom tržištu i slobodi preduzetništva,<sup>189</sup> koje može biti ograničeno samo zakonom i radi zaštite zdravlja ljudi, životne sredine i prirodnih bogatstava ili bezbednosti Republike Srbije.<sup>190</sup> Otuda, pored rizika po javne rashode koje BIS po redovnom toku stvari nose (pravo ulagača na obeštećenje usled povrede BIS) međunarodni ugovori mogu pojačati postojeće i kreirati dodatne rizike po javne rashode kroz neadekvatna ugovornu praksu i eliminaciju konkurencije ukidanjem

<sup>185</sup> Ustav Republike Srbije, član 156; Zakon o javnom tužilaštvu ("Službeni glasnik Republike Srbije", broj 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011-dr. zakon, 101/2011, 38/2012-OUS, 121/2012, 101/2013, 111/2014-OUS, 117/2014, 106/2015 i 63/2016-OUS) član 2.

<sup>186</sup> Ustav Republike Srbije, član 16. stav 2.

<sup>187</sup> Ibid.

<sup>188</sup> Zakon o Ustavnom sudu („Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 109/2007, 99/2011, 18/2013-OUS, 40/2015-dr.zakon i 103/2015) član 58. stav 2.

<sup>189</sup> Ustav Republike Srbije, član 82. stav 1.

<sup>190</sup> Ibid. član 83. stav 2.

postupka nadmetanja za javne ugovore čime otvaraju prostor za diskreciono raspolaganje javnim sredstvima.

Prema tome, uloga Javnog tužilaštva u kontekstu međunarodnog investicionog prava kao da se kreće između dve krajnosti prava: *dura lex, sed lex* i *lex iniusta lex non est*. Imajući u vidu ravnotežu između ova dva načela prava, razmotrićemo objektivne mogućnosti Javnog tužilaštva da u skladu sa pozitivno definisanim položajem, pravima i dužnostima doprinese izbegavanju, sprečavanju, eliminaciji ili ograničenju negativnih posledica i rizika (loše) ugovorne prakse.

#### 4.1. Preduzimanje mera za zaštitu ustavnosti

Dobar način da se spreči stupanje na snagu neustavnih odredbi iz međunarodnog ugovora je da se izbegne zaključivanje takvog sporazuma. S tim u vezi, možemo razlikovati tri faze relevantne za pitanje zaštite ustavnosti u kontekstu međunarodnih ugovora, pa tako i BIS. Prva faza, prethodi potvrđivanju i stupanju na snagu međunarodnog ugovora i odnosi se na pregovore o zaključenju međunarodnog ugovora i postupku njegovog odobravanja u skladu sa postupkom definisanim Zakonom o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora. Druga faza, se odnosi na period nakon potvrđivanja BIS i pre proglašenja zakona o ratifikaciji, a treća, nakon proglašenja zakona o potvrđivanju ugovora.<sup>191</sup>

Javno tužilaštvo kao samostalan državni organ može pokretati postupke ocene ustavnosti međunarodnih ugovora.<sup>192</sup> Republički javni tužilac nadležan je da postupa pred svim sudovima u Republici Srbiji, i da preduzima sve radnje na koje je javno tužilaštvo ovlašćeno uključujući tu i postupke za ocenu ustavnosti opštiha akata pred Ustavnim sudom.<sup>193</sup> Ustav i Zakon o Ustavnom sudu normira poseban postupak za ocenu ustavnosti zakona nakon njegovog usvajanja i pre njegovog proglašenja.<sup>194</sup> Naime, prema članu

169. Ustava ispitivanje ustavnosti zakona pre njegovog proglašenja moguće je „na zahtev najmanje jedne trećine narodnih poslanika“ ne i na predlog drugih predlagača. Prema tome, efektivno tužilaštvo kao specifičan državni organ ne može biti akter zaštite ustavnosti u fazama koje prethode potvrđivanju BIS i drugih međunarodnih ugovora koji za predmet imaju investicije. Sa formalne tačke gledišta u prvoj fazi ne postoji opšti pravni akt čija ustavnost bi mogla biti predmet ocenjivanja i zasnivanja nadležnosti Ustavnog suda<sup>195</sup>, dok u

191 Narodna skupština potvrđuje, između ostalih, međunarodne ugovore ekonomske prirode, ugovore kojima se stvaraju finansijske obaveze za Republiku Srbiju i ugovore kojima se odstupa od postojećih zakonskih rešenja. Klasični BIS su ugovori ekonomske prirode, dok sporazumi o saradnji koji odstupaju od postojećih zakonskih rešenja, takođe podležu postupku potvrđivanja pred parlamentom.

192 Ustav Republike Srbije, član 168. stav 1.

193 Zakon o javnom tužilaštvu, član 29. stav 2.

194 Ustav Republike Srbije, član 169; Zakon o Ustavnom sudu, član 66.

195 Ustavni sud odlučuje o saglasnosti „potvrđenih međunarodnih ugovora sa Ustavom“ (Ustav Republike Srbije,

drugoj fazi tužilaštvo nije ovlašćeni predlagač. U svakom slučaju, tužilaštvo može podneti predlog Ustavnom sudu za ocenu ustavnosti međunarodnih investicionih ugovora, nakon što Predsednik Republike ukazom proglasi zakon o ratifikaciji.

S tim u vezi, treba ukazati na dva problema. Prvi se odnosi činjenicu da bez obzira na njegovu ustavnost, međunarodni ugovor i dalje predstavlja izvor prava u smislu međunarodnog javnog prava. Stoga, čak i ako bi Ustavni sud ocenio da su pojedine odredbe ili ugovor u celini neustavan on bi i dalje proizvodio pravna dejstva u međunarodnom pravnom prometu. Pored toga, eventualno odbijanje državnih organa da izvrši ugovor zbog njegove neustavnosti iz ugla međunarodne arbitraže za investicione sporove može biti kvalifikovano kao povredu prava ili kršenje jemstva države datih investitoru iz BIS. Stoga sam Zakon o Ustavnom sudu predviđa da odredbe potvrđenih međunarodnih ugovora za koje se odlukom Ustavnog suda utvrdi da nisu u saglasnosti sa Ustavom, prestaju da važe na način predviđen tim međunarodnim ugovorom i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava.<sup>196</sup> Prema redovnom toku stvari, to samo znači da državni organ mora pokrenuti postupak otkazivanja ugovora u skladu sa posebnim odredbama BIS ili u skladu sa opštim pravilima Bečke konvencije o međunarodnom ugovornom pravu.

Drugi problem, se odnosi na odsustvo jasno normirane nadležnosti, postupka ili prakse javnog tužilaštva u domenu zaštite ustavnosti. Javno tužilaštvo ima ograničene resurse i pitanje ustavnosti i zakonitosti opštih pravnih akata, razumljivo, ne spada u njegove prioriteta. Drugim rečima, u praksi Republičko javno tužilaštvo ne koristi svoja ovlašćenja kao državni organ u vezi sa postupkom ocene ustavnosti opštih pravnih akata, već je fokusirano na suzbijanje krivičnih dela protiv ustavnog uređenja i privrednog kriminala.<sup>197</sup>

Ipak, Republičko javno tužilaštvo bi moglo u svoj program rada uključiti praćenje zakonodavne aktivnosti u materiji međunarodnog investicionog prava, naročito u pogledu očigledno neustavnih odredbi međunarodnih ugovora koji neposredno diskriminišu domaće i druge ulagače, odnosno učesnike na tržištu u pogledu javnih ugovora, u korist određenog investitora ili kapitala određenog porekla. Naime, odredbe međunarodnih investicionih ugovora koje omogućavaju raspolaganje javnim resursima na netržišnim osnovama, poput Sporazuma o saradnji, ne samo što su najčešće neustavne, već i neposredno stvaraju podsticajan ambijent za arbitrnost, zloupotrebu javnih ovlašćenja i korupciju. S tim u vezi, iako van komforne njegove zone, pokretanje postupaka ocene ustavnosti međunarodnih ugovora kada su

---

član 161. stav 1. tačka 1).

<sup>196</sup> Zakon o Ustavnom sudu, član 58. stav 2.

<sup>197</sup> V. npr. Republičko javno tužilaštvo, Rad javnih tužilaštva na suzbijanju kriminalitera i zaštiti ustavnosti i zakoni-tosti u 2016. godini (Beograd, februar 2017. godine).

u pitanju flagrantna kršenja ekonomskog uređenja države, može biti polje pravovremenog i preventivnog delovanja protiv odredbi koje kreiraju široko polje diskrecije državnih organa u raspolaganju javnom svojinom. S obzirom na pravo ulagača na odštetni zahtev prema državi, sa jedne strane, i ovlašćenja tužilaštva da predlaže pokretanje postupka ocene ustavnosti tek nakon ratifikacije ugovora i proglašenja zakona o potvrđivanju, sa druge strane, politika tužilaštva u pogledu investicionih ugovora bi morala bit unapred najavljena i poznata akterima koji učestvuju u pregovorima za zaključenje ugovora. Takođe, to znači da eventualna intervencija tužilaštva mora doći znatno pre nego što državni organi preduzmu mere raspolaganja javnim dobrima i javnim interesima (ustupanje imovine u javnoj svojini, davanje koncesije ili izdavanje licenci bez nadmetanja, itd.).

S tim u vezi, iako tužilaštvo nema instrumente zaštite ustavnosti protiv akata koji još nisu postali izvor prava, vrlo je važna faza koja prethodi potvrđivanju sporazuma. Naime, postupak pregovora i zaključenja BIS i drugih međunarodnih ugovora koji uređuju investicionu materiju prati zakonom predviđena dokumentacija i istupi zvaničnika u javnosti koji mogu predstavljati značajan izvor informacija iz kojih tužilaštvo može rekonstruisati tok i pravac pregovora, identifikovati potencijalno neustavne odredbe i buduća rešenja koje otvaraju prostor za zloupotrebu ovlašćenja. Naime, delegacija Republike Srbije, i šef delegacije, nema mandat da prihvata, odnosno potpisuje tekst međunarodnog ugovora koji odstupa od osnove za vođenje pregovora i zaključivanje međunarodnog ugovora<sup>198</sup> koju utvrđuje Vlada<sup>199</sup> i koja po redovnom toku stvari u sebi sadrži i nacrt ugovora (npr. Model BIS).<sup>200</sup> Po završenim pregovorima, delegacija Republike Srbije podnosi Vladi izveštaj o toku pregovora i usaglašeni (parafiran) tekst međunarodnog ugovora. U slučaju da pregovori nisu uspešno okončani, delegacija će u izveštaju posebno obrazložiti razloge za neuspeh pregovora i predložiti dalje postupanje. Pri tome, radi pokretanja postupka za potvrđivanje međunarodnog ugovora, organ državne uprave u čijem je delokrugu zaključenje BIS<sup>201</sup> ili drugog međunarodnog ugovora koje uređuje materiju investicionog prava, dostavlja Ministarstvu spoljnih poslova, nacrt zakona o potvrđivanju međunarodnog ugovora, sa obrazloženjem. Uz nacrt zakona o potvrđivanju međunarodnog ugovora nadležni državni organ obavezno prilaže mišljenja Ministarstva spoljnih poslova, Ministarstva finansija, Republičkog sekretarijata za zakonodavstvo, kao i organa državne uprave u čiji delokrug spadaju pojedina pitanja koja se uređuju međunarodnim ugovorom. Razumna je pretpostavka,

---

198 Zakon o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora, član 6. stav 2. i član 7.

199 Ibid. član 6.

200 Ibid. v. član 5. stav 2. (sadržaj predloga osnove).

201 Ministarstvo trgovine, turizma i telekomunikacija.

prema tome, da materija osnove i nacрта ugovora mora biti usaglašena sa Ustavom i da se delegacije, državni organi i Vlada rukovode osnovnim načelima pravnog porekta države čije interese zastupaju.

## 4.2. Gonjenje učinilaca krivičnih dela

Klasičan BIS o uzajamnoj zaštiti ulaganja i ulagača ugovornih strana (uostalom kao ni pravne praznine u propisima u oblasti javnih nabavki, državne pomoći ili koncesija) kao izvor prava, niti loša ugovorna praksa, nije po sebi osnov za pokretanje krivičnog postupka, ali svakako može kreirati (namerno ili propuštanjem) ambijent u kojem je koruptivno delovanje olakšano. Ovo zapažanje, ne isključuje, mogućnost da određena (očigledno) štetne odredbe iz međunarodnih ugovora imaju svoj materijalni „izvor“ u krivičnom delu. Svakako, teškoće otkrivanja i dokazivanje postojanja elemenata krivičnog dela vezan za sam proces zaključivanja međunarodnog ugovora opravdao bi primenu specifičnih dokaznih radnji (npr. provera računa i sumnjivih transakcija) posebnih dokaznih radnji (tajni nadzor komunikacije, tajno praćenje i snimanje, simulovani poslovi, računarsko pretraživanje podataka, itd.) „naročito ako okolnosti slučaja ukazuju da se na drugi način krivično delo ne bi moglo otkriti, sprečiti ili dokazati ili bi to izazvalo nesrazmerne teškoće ili veliku opasnost.“<sup>202</sup> Međutim, pored materijalnih i procesnih pretpostavki krivičnog zakonodavstva, za suzbijanje ovakvih formi zloupotrebe, neophodne su systemske garancije za položaj tužilaštva i sudstva, depolitizacija policije i bezbednosnih struktura, visok standard političke kulture i/ili hrabrost da se loša politička kultura menja.

Sa druge strane, krivična dela u sklopu primene BIS su moguće i u odsustvu „sumnjivih“ odredbi ugovora. Nije moguće navesti sve potencijalne forme zloupotrebe režima BIS, međutim, ali se može pretpostaviti da one mogu gravitirati oko primene definicije ulagača i ulaganja na pojedinačne slučajeve. Stoga, kada govorimo o redovnim uzajamnim garancijama ugovornih strana u pogledu položaja ulagača i njegovog ulaganja zloupotrebe su moguće u vezi sa simuliranjem ispunjenosti uslova iz međunarodnog ugovora za sticanje statusa ulagača radi primene povoljnijeg tretmana (npr. poreska ili carinska oslobađanja ili olakšice po osnovu klauzule najpovlašćenije nacije) ili izmeštanja spora iz nacionalne jurisdikcije. Takođe, zloupotreba može nastati i kada državni organ primeni povoljniji režim iz BIS na ulagača ili ulaganje koji ne ispunjava uslove iz BIS (nije ulagač u smislu ugovora, ili interes nije ulaganje).

Poseban vid zloupotrebe na štetu javnog interesa može nastati i kroz različite

202 Zakonik o krivičnom postupku („Sl. glasnik RS“, broj 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014), član 161. stav 2.

forme namernog propuštanja radnji procesnog rasploganja u korist države u sporu pred međunarodnom investicionom arbitražom (npr. namerno propuštanje rokova za podnošenja prigovor nenadležnosti, neosporavanje osnova odštetnog zahteva i/ili visine i sl.).

Međutim, pomenute forme zloupotrebe mogu proisteći i iz primene domaćih propisa koji regulišu materiju stranih ulaganja, poput Zakona o ulaganjima<sup>203</sup> i kroz individualne investicione ugovore državnih organa i ulagača. Naime, klasični BIS koje zaključuje Srbija, u načelu, ne jemče dodatne olakšice ulagaču na teritoriji Srbije, već nediskriminatoran tretman ulagača i njegovog ulaganja u odnosu na domaće investitore i investitore iz trećih država. Posebni nacionalni propisi, pak, kreiraju značajno polje diskrecije u pogledu davanja različitih formi državne pomoći, subvencija, ustupanje građevinskog i poljoprivrednog zemljišta, poreskih i carinskih oslobođanja, od strane državnih organa i jedinica lokalne samouprave. Zakon o ulaganjima, npr. jemči određene dodatna prava i podsticaje stranim ulagačima (pravo na transfer dobiti i imovine, carinsko oslobođanje predmeta uloga i opreme)<sup>204</sup> i predviđa mogućnost individualnog ugovaranja podsticaja radi privlačenja direktnih investicija.<sup>205</sup>

Takođe, posebni međunarodni investicioni ugovori koji, suspenduju nacionalne postupke za dodelu javnih ugovora i uvode sistem neposrednih pogodbi sa ulagačem i ugovaranje posebnih povlastica investicijama iz određene države permanentan su izvor za sumnjive transakcije, (visoku) korupciju i druge forme „kidnapovanja“ javnog interesa u korist privatnog. Odsustvo objektivnih kriterijuma za raspolaganje javnom svojinom i izbor partnera za zasnivanje javno-privatnog partnerstva gotovo neminovno dovodi do situacija gde je vršenje različitih oblika krivičnih dela protiv službene dužnosti (zloupotreba službenog položaja, trgovina uticajem, davanje mita, primanje mita, itd.) sasvim realan scenario.

## 5. Zaključak

BIS predstavljaju veoma zastupljen instrument privlačenja SDI i olakšavanja pristupa domaći ulagača i kapitala trećim tržištima, što ukupno posmatrano treba da dovede do rasta trgovine i ekonomija država partnera. Istovremeno, ovi međunarodni ugovori kreiraju korpus specifičnih prava investitora prema državi domaćinu neposredno utuživih pred međunarodnom arbitražom specijalizovanom za investicione sporove. S tim u vezi, regulatorne mere države članice, odnosno pravo države da reguliše investicije na svojoj teritoriji može

<sup>203</sup> "Sl. glasnik RS", br. 89/2015

<sup>204</sup> Zakon o ulaganjima, članovi 8, 9 i 14.

<sup>205</sup> Ibid. član 13

biti pod udarom klauzula konkretnog BIS. Posledice po javna sredstva u formi obeštećenja ulagača mogu biti neočekivana i značajna. Odredbe poput FET klauzula i klauzula o posrednoj eksproprijaciji su apstraktne i njihov domet nepredvidljiv. Posebno je rizična „kišobran“ klauzula koja podvodi obaveza države domaćina i njenih organa prema konkretnoj investiciji, preuzetih komercijalnim ugovorom ili na drugi način, pod režim međunarodnog javnog prava BIS, gde svaka povreda komercijalnog ugovora predstavlja potencijalni odštetni zahtev ulagača pred međunarodnom arbitražom.

Stoga odgovorna investiciona politika zahteva balansiranje između interesa ulagača i olakšavanje uzajamnog plasmana kapitala u državama ugovornicama, sa jedne strane, i prava države domaćina na regulisanje investicija na svojoj teritoriji u skladu sa načelima održivog razvoja i otvorene tržišne konkurencije. Štaviše, u kontekstu Srbije, njenog trgovinskog sporazuma sa EU (SSP) i njene aspiracije ka članstvu EU, odgovorna ugovorna praksa bi nalagala da Srbija obezbeđuje eksplicitna isključenja određenih regulatornih oblasti iz dometa BIS, naročito pravo konkurencije i kontrole državne pomoći.

Model BIS Ministarstva trgovine, s tim u vezi, sadrži neka dobra rešenja. Model se zasniva na načelu investicionog prava da zaštita ulagača iz BIS nastaje tek nakon što je ulagač angažovao sredstva na teritoriji države domaćina. On predviđa izuzeće sadašnjih i budućih ugovora o slobodnoj trgovini i članstva u regionalnim integracijama od dejstva MFN klauzule. Takođe, on ne predviđa „kišobran“ klauzulu te ne izlaže državu i poreske obveznike dodatnim rizicima odgovornosti za odštetu stranom ulagaču u sporovima pred investicionom arbitražom zbog povreda komercijalnih ugovora (u koje naša država inače redovno stupa).<sup>206</sup>

Međutim, Model BIS ne sadrži klauzulu prava na regulisanje koja bi izuzela iz režima posredne eksprijacije i FET klauzule određene sektore (životna sredina, zaštita zdravlja, zaštita potrošača) i pravila konkurencije i kontrole državne pomoći. Otuda Srbija ugovara „bezbednosne klauzule“ kada je to zahtev druge ugovorne strane.

Takođe, praksa zaključivanja investicionih bilateralnih ugovora sa nečlanicama EU nije uvek u skladu sa Modelom BIS niti sa pravom EU, direktivama iz domena javnih nabavki i koncesija u sudskom praksom Suda pravde EU. Naime, naš zakonski režim javnih nabavki i koncesija omogućava suspenziju konkurencije na osnovu bilateralnih međunarodnih ugovora. Sporazum o saradnji između Vlade Republike Srbije i Vlade Ujedinjenih Arapskih Emirata, eksplicitno isključuje nacionalni režim javnih nabavki i koncesija, a da pritom sam ne ustanovljava mehanizam dodele javnih ugovora u postupku otvorenom

---

<sup>206</sup> Ovim nije isključen odštetni zahtev pred klasičnom arbitražom za rešavanje komercijalnih sporova.

za konkurenciju. Pored toga, BIS Srbije i UAE kvalifikuje kao ulaganje svaku imovinu pribavljenu od ulagača, bez obzira na pravni osnov (npr. po osnovu besteretnog prenosa svojine) i ustanovljava pravo na angažovanje u ekonomskim i komercijalnim aktivnostima potvrđenim zakonom, upravnim aktom ili ugovorom kao per se osnov za zaštitu BIS. Drugim rečima, BIS Srbije i UAE je u sukobu sa osnovnim načelom investicionog prava da pravna zaštita investitora ne prethodi angažovanju njegovih sredstava na teritoriji države domaćina.<sup>207</sup>

Ovakva rešenja dodatno izlažu poreske obveznike nepotrebnom riziku, a da pri tome ne jemče ulazak održivih investicija na teritoriju Srbije, što je osnovni cilj BIS kao instrumenta privlačenja kapitala. Štaviše, posmatrani kao celina, Sporazum o saradnji i BIS sa UAE, omogućavaju da neposredne pogodbe sa Vladom Srbije, državnim organima, državnim kompanijama, organima autonomne pokrajine i jedinicama lokalne samouprave čiji predmet može biti resursi u javnoj svojini steknu karakter ulaganja čak i kada ulagač ne angažuje svoja sredstva. Takva rešenja otvaraju prostor za diskreciono odlučivanje, zloupotrebu službenog položaja, trgovinu uticajem, koruptivno raspolaganje javnim resursima na netržišnim osnovama i kršenje pravila SSP u oblasti državne pomoći (član 73) i Zakona o kontroli državne pomoći.

Investicioni sporazumi, prema tome, ne egzistiraju van konteksta ekonomske politike, niti funkcionišu u uslovima potpunog pravnog vakuma. Trgovinski paktovi sa trećim državama moraju biti usaglašeni sa Ustavom Srbije, načelom otvorenog tržišta zasnovanog na slobodnoj konkurenciji i političkim aspiracijama Srbije ka članstvu u EU. Prema tome, investicioni sporazumi po svojoj prirodi nisu sredstvo izolacije stranog ulagača od tržišnih rizika konkurencije, odnosno instrument davanja netržišnih pogodnosti i prednosti u odnosu na konkurenciju. Naprotiv, cilj investicionih sporazuma je da dovede stranog ulagača u sličnu poziciju sa drugim lokalnim i stranim ulagačima kako bi se na njemu stranom tržištu takmičio u ravnopravnim uslovima. Otuda, Srbija mora u svoju uovornu praksu uvesti rešenja koja omogućavaju nesmetano regulisanje investicija na svojoj teritoriji i sprovođenje politika usaglašanih sa pravom EU bez bojazni da njihova primena može aktivirati odštetne zahteve ulagača pred investicionom arbitražom.

Osnovne funkcije javnog tužilaštva i resursi mogu biti efikasnije usmerene ka suzbijanju zloupotreba međunarodnih investicionih sporazuma kao, inače, legitimnih instrumenata investicione politike. Pored klasične funkcije tužilaštva u suzbijanju kriminaliteta, njegova funkcija zaštite ustavnosti može biti delotvornije primenjena kroz opštu nadležnost Republičkog

---

<sup>207</sup> Ovome treba dodati da BIS sa UAE odstupa od rešenja Modela BIS u pogledu sprečavanja zloupotrebe režima zaštite ulagača od strane srpskih državljana.



javnog tužilaštva da kao ovlašćeni predlagač pokreće postupak ocene ustavnosti međunarodnih ugovora pred Ustavnim sudom. Odabir situacija i pravovremena intervencije je važan faktor. Klasični BIS po sebi najčešće ne sadrže neustavne odredbe. Međutim, međunaordni sporazumi koji su direktno u suprotnosti sa Ustavom definisanim ekonomskim uređenjem Srbije mogli bi biti predmet pojačane pažnje tužilaštva. Suzbijanje ugovorne prakse koja je očigledno u suprotnosti sa Ustavom bi morala biti integrisana u javno obelodanjenu politiku tužilaštva, koja bi identifikovala kako nameru tužilaštva, tako i sredstva, načine i situacija kada će aktivno primeniti svoju opštu nadležnost zaštite ustavnosti protiv očigledno štetnih međunarodnih ugovora. Pravovremena intervencija tužilaštva, takođe, eliminisala bi (ili značajno smanjila) rizik od eventualnih odštetnih zahteva ulagača, te bi postupak ocene ustavnosti sporazuma tužilaštvo moralo pokrenuti odmah nakon proglašenja međunarodnih ugovora, a pre ulaska države u pojedinačne transakcije sa ulagačima. S obzirom da je prema Zakonu o zaključivanju i potvrđivanju međunarodnih ugovora, postupak pregovaranja sporazuma dokumentovan, aktivna i obznanjena politika zaštite ustavnosti javnog tužilaštva bi mogla preventivno da deluje državne organe prilikom definisanja ključnih pregovaračkih dokumenata (osnova za pregovore i zaključenje ugovora i izveštaje) za koje se razumno pretpostavlja da moraju voditi računa o unutrašnjem pravnom uređenju i osnovnim vrednostima ekonomskog uređenja Srbije koje štiti Ustav.

## **IV JAVNO-PRIVATNA PARTNERSTVA**

### **Zakonski okvir i problemi u EU i Srbiji**

#### **1. Javno-privatna partnerstva u komunitarnom pravu**

Pravila o javnim nabavkama EU koja se odnose na javno-privatna partnerstva (JPP) izvode se iz četiri pravna dokumenta EU:

1. Ugovor o funkcionisanju EU (eng. *The Treaty on the functioning of the EU*);
2. Direktiva za javne nabavke EU (eng. *EU public procurement directives*);
3. Relevantna sudska praksa Evropskog suda pravde (eng. *European Court of Justice - ECJ*);
4. Interpretativna saopštenja Evropske komisije (eng. *Interpretative Communications*) i druge, tzv. meke pravne mere (eng. *Soft-law measures*) Evropske komisije.

Prva tri dokumenta su obavezujući zakoni (eng. *Hard Law*), dok su Saopštenja EK neobavezujuća, tzv. meka pravna mera (eng. *Soft Law*), koja je u suštini vodič za primenu obavezujućih zakona i predstavlja tumačenje i gledište EK kada su u pitanju JPP.

Komunitarno pravo koje se odnosi na dodelu javnih ugovora (javne nabavke, koncesije i javno-privatna partnerstva) temelji se na opštim pravnim načelima Evropske unije. Tako se iz četiri tržišne slobode Ugovora o EU (slobode kretanja roba, radne snage, usluga i kapitala) izvode temeljna načela tržišnog nadmetanja. To su načela: nediskriminacije, jednakog tretmana, transparentnosti i uzajamnog priznavanja i uvažavanja.

Kada su javne nabavke u pitanju, svi dosadašnji Ugovori o EU<sup>208</sup> zabranjuju članicama međusobnu diskriminaciju forsiranjem dodeljivanja ugovora domaćim firmama. To pravilo važi (sa ograničenim izuzecima) za sve javne nabavke i sve vrste javnih ugovora, uključujući i JPP. Kada su u pitanju JPP, najvažnije odredbe su one vezane za slobodu osnivanja i pružanja usluga

---

208 Eu ima u svojoj istoriji od 1948. godine 12 ugovora, ali su najznačajnija tri: Rimski ugovor iz 1957, stvorena je Evropska ekonomska zajednica, (pun naziv je Treaty on establishing the European Economic Community), Ugovor iz Mistrihta 1992, stvorena je Evropska unija, (pun naziv je Treaty on establishing the European Community, da-kle, izbačena je reč Economic) i Lisabonski ugovor 2009, (pun naziv je Treaty on the Functioning of the European Union). U ovom radu se koristi termin - Ugovor o EU, i tada se misli na važeći Lisabonski ugovor.

(čl. 49 i 56 Ugovora o EU)<sup>209</sup>. Kada god javna vlast poveri neku ekonomsku aktivnost trećem licu, to mora biti u skladu sa tim odredbama i principima transparentnosti, jednakosti, proporcionalnosti i međusobnog uvažavanja, kao i osnovnim načelima Ugovora o EU po pitanjima slobode kretanja roba, usluga i radne snage.

Ugovor o EU daje slobodu članicama EU da daju koncesije, ali procedure dodeljivanja moraju biti u skladu sa komunitarnim pravom. I druge vrste ugovornih JPP i IJPP, kojih nema u Direktivama o javnim nabavkama, moraju biti u saglasnosti sa principima i pravilima Ugovora o EU. To znači da svi oblici JPP moraju biti u saglasnosti sa Ugovorom o EU.

### ***Član 56. Ugovora o EU o slobodi pružanja usluga***

Član 56. se odnosi na otvaranje tržišta usluga i omogućava državljanima EU da pružaju usluge (uključujući i građevinske) kao građani jedne članice u bilo kojoj drugoj članici EU. To znači da mogu privremeno biti na radu u drugoj članici (kao npr. konsultanti na projektu u drugoj zemlji), da mogu slati radnike na rad u inostranstvo, ali i da mogu pružati usluge u drugim zemljama, ostajući pravno registrovani u svojoj zemlji. Članicama se zabranjuje da sprečavaju na bilo koji način koncesionare drugih zemalja da učestvuju na tenderima u zemljama-koncedentima.

Sudska praksa ECJ utvrdila je tri načina kršenja člana 56. od strane članica, a same presude predstavljaju dopunu odredbi Ugovora o EU o koncesijama:

1. **Direktna diskriminacija stranog koncesionara na osnovu nacionalnosti:** odnosi se na pravila koja zabranjuju stranim firmama učešće na tenderu za koncesiju, daju povlašćen tretman domaćim ponuđačima, ili imaju različite uslove učešća za strane u odnosu na uslove koji važe za domaće firme.<sup>210</sup>
2. **Indirektna diskriminacija stranog koncesionara na osnovu favorizovanja domaćih firmi:** postoje mere na tenderima za koncesije koje u pojedinim članicama važe naizgled jednako i za domaće i strane firme, ali kroz primenu imaju efekat favorizovanja domaćih firmi. Takođe, član 56 zabranjuje bilo kakvo ograničavanje angažovanja radne snage koncesionara u zemlji-koncedentu na radovima u koncesiji.<sup>211</sup>
3. **Indirektna diskriminacija stranog koncesionara na osnovu tenderskih**

<sup>209</sup> Consolidated version of the Treaty on the functioning of the European Union, Official Journal of the EU, 30.3.2010, čl. 49 i 56, str. 21 i 24.

<sup>210</sup> Slučaj C-360/89 Commission vs Italy, 1992, E.C.R. I-3401.

<sup>211</sup> Slučaj C-243/89 Commission vs Kingdom of Denmark, 1993, E.C.R. I-1141; The Great Belt Bridge je most koji spaja dva danska ostrva, Zeland i Funen, dug je 6.8km i najveći je građevinski poduhvat u istoriji Danske. Pušten je u rad 1998.

uslova: postoje slučajevi kada su uslovi tendera na prvi pogled isti i za strane i za domaće firme. Stav ECJ je da svako ograničenje ponuđačima u tenderskoj proceduri u smislu posebnih zahteva mora biti opravdano tako da dokazuje da je zahtev neophodan i srazmeran.<sup>212</sup> Zato je svaka mera koja ne diskriminiše direktno ili indirektno koncesionare iz drugih zemalja, a koja utiče na slobodnu trgovinu uslugama, u suprotnosti sa Ugovorom o EU, odnosno članom 56.

### **Član 49. Ugovora o EU o slobodi osnivanja**

Član 49. Ugovora o EU odnosi se na slobodu poslovanja bilo kog stanovnika EU koji može u bilo kojoj zemlji EU da započne biznis: članice EU moraju dozvoliti bilo kome iz drugih članica da na njihovoj teritoriji osnuju i rade pod istim uslovima koje imaju domaći preduzetnici. Mere koje onemogućavaju učešće u javnim ugovorima (uključujući i koncesije) krše član 49. i ECJ je u takvim slučajevima presuđivao na štetu javnih autoriteta koji su diskriminirali slobodu osnivanja. Takav slučaj nalazimo u Italiji, gde zakonodavstvo diskriminiše slobodu osnivanja u poslovima obrade podataka. Italijanski zakoni ograničavaju da se poslovi obrade podataka mogu dodeljivati samo preduzećima koja su u celini, ili većim delom u javnom vlasništvu.<sup>213</sup>

Članovi 51, 52 i 62 propisuju opravdane razloge zbog kojih je moguće ograničiti slobodu pružanja servisnih usluga i slobodu osnivanja. To su slučajevi u određenim situacijama javnih politika, državne bezbednosti i javnog zdravlja (čl. 52), ili slučajevi u aktivnostima povezanih sa poslovima zvaničnih organa (čl. 51). U vezi sa članom 51, oglasila se i Evropska komisija, sa stavom da se ovakav izuzetak može praviti samo u situacijama kada koncesionar direktno i naročito vrši posao zvaničnih organa, ali da to ne znači da se primenjuje automatski za aktivnosti koje se vrše po službenoj dužnosti ili su posebno određene zakonom ili su kvalifikovane od strane države kao poslovi od nacionalnog interesa.<sup>214</sup>

ECJ odbacuje primenu člana 51 u slučajevima kada povereni poslovi od strane javnog sektora ostaju predmet nadzora zvaničnih organa koji ima na raspolaganju odgovarajuća sredstva za obezbeđenje zaštite interesa koji su mu povereni,<sup>215</sup> ili gde su poverene aktivnosti tehničke prirode i zbog toga nisu povezane sa poslovima zvaničnih organa u meri da mogu biti izuzetak od principa slobode osnivanja i pružanja servisnih usluga.<sup>216</sup>

<sup>212</sup> Slučaj C-234/03 Contse vs Insulad, 2005, I-9315

<sup>213</sup> Slučaj C-3/88 Commission vs Italy, 1989, E.C.R. 4035

<sup>214</sup> EC: Interpretative Communication of the Commission on Concessions under Community law, OJ C 121/2, 2000, poglavlje 3.1.5

<sup>215</sup> Slučaj 147/86 Commission vs Greece, 1988, E.C.R. 1637

<sup>216</sup> Slučaj C-272/91 Commission vs Italy (koncesija za informatički sistem državne lutrije), 1994, E.C.R.

## Pozitivne odredbe Ugovora o EU o transparentnosti

Ustaljno je mišljenje da Ugovor o EU u odnosu na javne nabavke ima uglavnom negativne odredbe. Misli se na zabrane prema članicama da usvajaju mere koje ograničavaju stranim firmama mogućnost konkurisanja ili samog izbora na tenderima (principi slobode osnivanja). Međutim, postoje i pozitivne odredbe Ugovora o EU, kao ona o oglašavanju tendera. Tu odredbu potvrđuje slučaj *Telaustria*.<sup>217</sup> Telekom Austria (državno preduzeće) raspisala je koncesiju za javne usluge za izradu telefonskih imenika, u kojoj servisni provajder ne bi bio plaćen direktno, već bi mu bilo dozvoljeno da koristi imenike za komercijalna oglašavanja. Austrijska federalna kancelarija za javne nabavke imala je obavezu da kontroliše da li je tenderska procedura u skladu sa Direktivama EU o javnim nabavkama.<sup>218</sup> Kako je reč o ugovoru o koncesiji za javne usluge, koju, kako smo videli, ne obuhvataju važeće Direktive o javnim nabavkama EU, ECJ je, u odgovoru na zahtev Austrijske federalne kancelarije za javne nabavke, ustanovio tu okolnost, ali je potvrdio da se u dodeli koncesija za javne usluge mora poštovati princip nediskriminacije Ugovora o EU, koji propisuje obavezu transparentnosti, koja podrazumeva stepen oglašavanja dovoljan da obezbedi otvoreno nadmetanje na tržištu u toj oblasti servisa i nepristrasnost procesa javnog nadmetanja.

Pozitivna odredba Ugovora o EU o transparentnosti potvrđena je u još dva kasnija sudska procesa pred ECJ. <sup>219</sup> Međutim, ostaje nejasno šta je potrebno da bi zadovoljio zahtev o transparentnosti u kontekstu koncesija ili drugih ugovora koji nisu obuhvaćeni regulacijom u Direktivama EU o javnim nabavkama, ali podležu principima Ugovora o EU, kao što su neprioritetni ugovori za javne usluge. Nije jasno da li tenderi moraju biti objavljeni u Službenom glasniku EU (eng. *Official Journal of EU*), koje informacije moraju biti objavljene, da li se mora objaviti svaki ugovor (što Direktive na zahtevaju), da li samo opšte odredbe ugovora, ili ceo kvalifikacioni sistem. Nejasno je i koji je postupak nakon objavljivanja i koja se forma zvaničnog nadmetanja zahteva. Jedina uputstva o transparentnosti u cilju poštovanja principa nediskriminacije po osnovu nacionalnosti propisuje Interpretativno saopštenje Evropske komisije o koncesijama u komunitarnom pravu iz 2000. godine.<sup>220</sup> Uputstva o transparentnosti, prema preporukama Saopštenja, trebalo bi primenjivati svim odgovarajućim sredstvima: objavljivanjem oglasa

---

I-01409

217 Slučaj C-324/98 *Telaustria Verglas GmbH vs Telekom Austria*, 2000, E.C.R. I-10745

218 Kako je slučaj *Telaustria* iz 2000. godine, reč je o Direktivi za usluge 92/50 (eng. *Service Directive*) koja je prethodnik važeće Direktive za javni sektor (eng. *Public Sector Directive*) i Direktivi za komunalne usluge 93/38 (eng. *Utilities Directive*), prethodnici istoimene važeće Direktive iz 2004.

219 Reč je o slučajevima C-410/04 *ANAV vs Commune di Bari* iz 2006, i C-458/03 *Parking Brixen* iz 2005

220 EC: Interpretative Communication of the Commission on Concessions under Community law, OJ C 121/2, 2000

o tenderu u dnevnoj štampi ili specijalizovanim listovima ili postavljanjem odgovarajućih obaveštenja; oglas mora sadržati potrebne informacije koje omogućavaju potencijalnom koncesionaru da proceni da li će učestvovati na tenderu (kriterijume izbora i bodovanja), uključujući predmet koncesije, okvir i karakteristike usluge koje se očekuju da ih koncesionar ispuni.<sup>221</sup>

## 2. Direktive EU o javnim nabavkama

Direktiva je zakonodavna forma koja obavezuje svaku članicu da usaglasi svoje zakone tako da direktiva može da se primenjuje unutar zakonodavnog sistema članice. Uopšteni principi Ugovora o EU nisu dovoljni za uređenje sektora javnih nabavki. Da bi se osigurala transparentnost procedura i onemogućilo diskriminatorско ponašanje javnih vlasti u dodeli ugovora, EU je još od 1971. godine počela direktivama da reguliše ugovaranje javnih radova<sup>222</sup> i pravila ugovaranja za poslove snabdevanja javnog sektora robom i uslugama<sup>223</sup>. Cilj Direktiva je osiguravanje transparentnosti i nediskriminatorских procedura i obezbeđivanje sigurnosti učesnicima na tržištu javnih nabavki EU da će uživati slobodu u nadmetanju za ugovore o javnim nabavkama.

Krajem 80-ih, usledio je talas regulacije u svim sektorskim politikama EU, pa i u sektoru javnih nabavki, kao deo napora Eropske komisije da se pripremi teren za zajedničko tržište i carinsku politiku EU, verifikovane 1992. Mastrihtskim ugovorom i stvaranjem Eropske unije od dotadašnje Evropske ekonomske zajednice. Direktive za javne radove i snabdevanje dopunjavane su i 1993.<sup>224</sup> , da bi današnje važeće regulative EU u poslovima javnih nabavki bile donešene 2004. Reč je o dve direktive koje regulišu procedure dodele javnih ugovora. Novina je u uvođenju obaveze objavljivanja svih tendera u EU i selektovanja isključivo na osnovu komercijalnih kriterijuma. Većina članica morala je da usvoji nove zakone da bi ispunila obavezu implementacije pravila koja propisuju direktive EU iz 2004.

Radi se o sledećim direktivama za regulaciju procedura javnih nabavki:

### 1. Direktiva o ugovorima za javne radove (skraćeno eng. *Works Directive 2004/18/EC*)<sup>225</sup> , reguliše procedure dodele ugovora za javne radove, javno snabdevanja i javne usluge.

<sup>221</sup> Ibid. odeljak 3.1.2

<sup>222</sup> Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts

<sup>223</sup> Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts

<sup>224</sup> Directive 93/38 on utilities contracts (works, supplies and services), kojom su objedinjene prethodne tri direktive za javne radove (93/36), snabdevanje (93/37) i usluge (92/50).

<sup>225</sup> Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, Official Journal L 134 , 30/04/2004 P. 0001 - 0127

**2. Direktiva o ugovorima za javne usluge** (skraćeno eng. *Services Directive 2004/17/EC*)<sup>226</sup>, reguliše procedure javnih nabavki za tela angažovana u sektorima vodosnabdevanja, energije, transporta i poštanskih usluga, odnosno sektorima komunalnih usluga, zato se u literaturi nekada Direktiva za javne usluge naziva i Komunalnom direktivom (eng. *Utilities Directive*). Tela koja u procesu javne nabavke pokriva Direktiva o ugovorima za javne radove, potpadaju i pod Direktivu za javne usluge ako je ugovor vezan za komunalne delatnosti. Direktiva za javne usluge nije ograničena na javni sektor, već važi i za ostale učesnike u komunalnim poslovima, dakle i privatne kompanije, ako su uključene svojim delovanjem u javne radove.

Ove dve Direktive usvojene su 2004, a članice su u obavezi da ih primenjuju od 2006. godine. Evropska komisija kvalifikuje JPP kao javne ugovore pod prvopomenutom Direktivom o ugovorima za javne radove (2004/18/EC). Svi ugovori u kojima javni sektor dodeljuje posao koji uključuje ekonomsku aktivnost trećem licu (bilo u formi JPP ili ne), moraju biti u skladu sa Direktivama i principima Ugovora o EU, uključujući posebno principe transparentnosti, jednakosti, proporcionalnosti i međusobnog uvažavanja.

Direktive se primenjuju samo na ugovore čija vrednost bez PDV-a, (eng. VAT) prelazi određenu graničnu vrednost. Granične vrednosti ugovora propisuje Evropska komisija svake dve godine i one su:

- 125.000 evra za ugovore o snabdevanju i ugovore za usluge koje dodeljuje centralna vlada, (Directive 2004/18/EC, article 7(a), article 67(1)(a));
- 193.000 evra za ugovore o snabdevanju i ugovore za usluge koje dodeljuju drugi javni entiteti, (Directive 2004/18/EC article 7(b), article 67(1)(b));
- 193.000 evra za ugovore za usluge koji su subvencionisani od države više od 50%, (Directive 2004/18/EC article 8(b));
- 387.000 evra za ugovore o snabdevanju i uslugama u komunalnim delatnostima, uključujući i usluge projektovanja, (Directive 2004/17/EC, article 16(a), article 61);
- 4.845.000 evra za ugovore o komunalnim i javnim radovima, kao i ugovore koji su subvencionisani od strane države više od 50% i uključuju izgradnju škola, bolnica, sportskih ili rekreativnih objekata, (Directive 2004/17/EC article 16(b); Directive 2004/18/EC article 7(c), article 8(a));
- 4.845.000 evra za koncesije za javne radove, (Directive 2004/18/EC article 56, 63(1)).

Granične vrednosti umanjuju transakcione troškove javnog sektora u dugim i skupim tenderskim procedurama jer sprečavaju male ponude. Prema studiji

---

<sup>226</sup> Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors, Official Journal L 134, 30/04/2004 P. 0001 - 0113

EK, nabavke čije su vrednosti manje od graničnih vrednosti Direktiva su trostruko veće.<sup>227</sup> Razlog je što javne vlasti namerno izbegavaju regulativu razbijajući nabavke na više delova da bi izbegli prelazak graničnih vrednosti.

Direktive EU o javnim nabavkama primjenjuju se na ugovore o javnim nabavkama i ugovore o koncesijama za javne radove.

Ugovori o javnim nabavkama su naplatni ugovori sklopljenim u pisanom obliku između jednog ili više privatnih subjekata i jednog ili više naručilaca, čiji je predmet izvođenje radova, isporuka robe ili pružanje usluga.

Postoje tri vrste ugovora o javnim nabavkama uređenih Direktivama:

- Ugovori o javnim radovima su ugovori o javnoj nabavci čiji je predmet izvođenje građevinskih radova ili projektovanje, ili oboje.
- Ugovori o javnoj nabavci roba (snabdevanju) jesu javni ugovori koji nisu ugovori o javnim radovima, a čiji je predmet kupovina, uzimanje u zakup, davanje u zakup, kupovina na otplatu, sa ili bez opcije kupovine proizvoda.
- Ugovori o javnim uslugama su ugovori koji nisu ugovori o radovima ili robi, a čiji je predmet pružanje usluga.

Direktive 2004/17 i 18 razlikuju dva tipa koncesija: koncesije za javne radove i koncesije za usluge.

- Koncesija za javne radove je ugovor istog tipa kao i ugovor o javnim radovima, a razlikuje se samo u činjenici da se naknada za radove koji se izvode sastoji ili samo od prava na eksploataciju radova, ili od tog prava zajedno s naknadom.
- Koncesija za usluge je ugovor istog tipa kao i ugovor o javnim uslugama, a razlikuje se samo u činjenici da se naknada za pružanje usluga sastoji ili samo od prava na eksploataciju usluga, ili od tog prava zajedno s naknadom.

Iako su definicije ugovora o javnim nabavkama i ugovora o koncesiji slične, jer je reč o javnim ugovorima, razlika među njima je u pitanju finansiranja javnih radova, odnosno pružanja usluga. Kod ugovora o javnoj nabavci, obaveza finansiranja je na strani javnog sektora, dok kod koncesije obavezu finansiranja radova, odnosno usluga, ima koncesionar, tj. privatni subjekt. S obzirom na to da koncesionar naplaćuje radove ili usluge od krajnjeg korisnika i time vraća uloženi kapital i ostvaruje određeni profit, finansijska konstrukcija takvih koncesionih ugovora može biti kompleksna, pa je u zavisnosti od tržišnih

<sup>227</sup> Christopher H. Bovis: EU Public Procurement Law, Elgar European Law Series. Edward Elgar Publishing, 2007, str 70.



prilika moguće i finansijsko učešće javnog sektora u projektu. Činjenica da Direktive dopuštaju dodatno plaćanje naknade uz pravo privatnog korišćenja ne menja temeljnu razliku javne nabavke i koncesije, odnosno prirodu ugovora o koncesiji. U tim slučajevima, kada i država snosi deo troškova ostvarenja koncesije čiji veći deo snosi privatni partner, država to čini kako bi snizila cenu za korisnike (odnosno osigurala tzv. socijalnu cenu).

Dok Direktiva o ugovorima za javne radove (2004/18/EC) uređuje koncesije za javne radove u javnom sektoru, Direktiva za javne usluge (2004/17/EC) ne uređuje koncesije za usluge ili javne radove u području primene Direktive za usluge. Tako su iz Direktiva isključene smernice za koncesije za javne usluge ili javne radove u oblastima vodosnabdevanja, energije, transporta i poštanskih usluga.

Sledeće vrste javnih ugovora takođe nisu predmet Direktiva:

- Ugovori o pružanju ili korišćenju javnih telekomunikacionih mreža;
- Ugovori vezani za državnu bezbednost sa oznakom tajnosti;
- Ugovori za sledeće usluge: iznajmljivanje postojećih zgrada; pribavljanje, razvoj ili (ko)produkcija medijskih programa; usluge arbitraže i medijacije; kupovina, prodaja ili transfer finansijskih instrumenata; usluge centralne banke; ugovori o radu; usluge istraživanja i razvoja koje ne pripadaju ugovornom organu, ili nisu u potpunosti finansirane od strane ugovornog organa;
- Servisni ugovori dodeljeni po osnovu ekskluzivnih prava;
- Koncesije za javne usluge i
- Određeni javni ugovori iz oblasti odbrane i bezbednosti koje pokriva Direktiva 2009/81/EC.

### **3. Direktive EU o javnim nabavkama prema koncesijama**

Koncesije nisu definisane Ugovorom o EU. Jedinu definiciju koncesije nalazimo, kao što smo videli, u Direktivama o javnim nabavkama, dok se konkretne odredbe o koncesijama nalaze samo u Direktivi za javne radove (2004/18/EC), u kojoj se uređuju koncesije za javne radove u javnom sektoru čija je vrednost iznad 5 miliona evra. Dakle, sekundarnim zakonodavstvom EU nisu uređene i ostale koncesije: koncesije za javne radove u uslužnom sektoru, koncesije za javne radove u javnom sektoru čija je vrednost ispod navedenog finansijskog praga i koncesije za javne usluge u oba sektora, bez obzira na vrednost. Evropska komisija u Interpretativnom saopštenju o koncesijama smatra da koncesije koje nisu obuhvaćene Direktivom za javne radove 2004/18 podležu pravilima i načelima Ugovora o EU i načelima koja

potiču iz prakse Evropskog suda pravde.<sup>228</sup> Komisija smatra da praksa ECJ ukazuje na nužnost pridržavanja načela slobodnog tržišnog nadmetanja u slučajevima dodele javnih ugovora i kad nisu uređeni Direktivama 2004/17 i 18.

Isto kaže i Zelena knjiga o javno-privatnom partnerstvu i pravu Zajednice o javnim ugovorima i koncesijama, koju je Evropska komisija objavila 2004.<sup>229</sup> Prema Zelenoj knjizi, svaki akt, bilo da je ugovorni ili jednostrani, kojim javno telo poverava pružanje javnih usluga trećoj strani, mora biti u skladu sa načelima Ugovora o EU, posebno u pogledu načela slobode osnivanja i pružanja usluga. Pravila o unutrašnjem tržištu, uključujući pravila i načela koja regulišu javne ugovore i koncesije, primjenjuju se na bilo koju poslovnu aktivnost, tj. bilo koju aktivnost koja se sastoji u pružanju usluga, dobara ili poduzimanju radova na tržištu, čak ako su ove usluge, dobra ili radovi namenjeni pružanju javnih usluga. Načela o slobodi osnivanja i pružanja usluga obuhvataju posebno načela transparentnosti, jednakosti, proporcionalnosti i uzajamnog priznavanja.

Direktive EU imaju različit tretman prema koncesijama (koncesije za javne radove i koncesije za usluge) u odnosu na druge aranžmane javnih nabavki. Koncesija za javne radove (eng. Public works concession) definisana je kao ugovor istog tipa kao i ugovor o javnim radovima (eng. Public works contract), osim u činjenici da je naknada za radove koji su predmet koncesije u pravu koncesionara da naplati korišćenje predmeta koncesije.<sup>230</sup> Kao primer radne koncesije navodi se koncesionar koji gradi most ili put i koji naplaćuje svoj rad sakupljanjem putarina od korisnika u ugovorenom periodu.

Koncesija za javne usluge (eng. Service concession) definisana je kao ugovor istog tipa kao i ugovor o javnoj usluzi (eng. Public service contract), osim u činjenici da koncesionar ima pravo naplate naknade za pružanje usluga predmeta koncesije.<sup>231</sup> Primer koncesije za javne usluge dat je u konzorcijumu koji gradi i upravlja gradskom tramvajskom mrežom i naplaćuje svoj rad prodajom karata za prevoz korisnika.

Pravo naplate korišćenja predmeta koncesije podrazumeva da koncesionar snosi ekonomski rizik koji proizlazi iz obezbeđivanja i upravljanja uslugom. U koncesiji za usluge rizik predstavlja trošak koji snosi koncesionar u upravljanju uslugom u poređenju sa profitom koji ostvaruje jedino ako uspešno prodaje

---

228 EC: Interpretative Communication of the Commission on Concessions under Community law, 2000, OJ C 121/2

229 EC: Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.4.2004.

230 EC: The Public Sector Directive - 2004/18/EC, Article 1(3). Ista definicija je i u The Utilities Directive-2004/17/ EC, Article 1(3)a.

231 EC: The Public Sector Directive - 2004/18/EC, Article 1(4). Ista definicija je i u The Utilities Directive-2004/17/ EC, Article 1(3)b.

uslugu korisnicima. Zato značajan deo ekonomskog rizika predstavlja rizik tražnje - stepen u kom će javnost koristiti uslugu. Ako se taj rizik u ugovoru ne nalazi na strani koncesionara, Direktiva takav ugovor ne smatra koncesijom. To znači da nije dozvoljeno garantovanje nivoa prometa od strane javnog partnera. I Saopštenje Evropske komisije o koncesijama ne prihvata garancije za minimalni obim prometa, jer u tom slučaju ne postoji dovoljan rizik da bi se ugovor smatrao koncesijom, već se tada takav aranžman smatra ugovorom o javnim radovima.<sup>232</sup>

Osim ekonomskog rizika i rizika tražnje koje snosi koncesionar, kao i zabrane ublažavanja rizika od strane koncedenta (javnog partnera), Direktive EU propisuju i da koncesija mora ostvarivati prihod od direktnih korisnika, a ne koncedenta.<sup>233</sup>

U članovima 56-61 Direktive o ugovorima za javne radove daju se posebna pravila za koncesije za javne radove. Dodela koncesije za javne radove od strane javnog partnera ne podleže pravilima koja važe za druge vrste ugovora o javnim radovima, osim zajedničke obaveze javnog oglašavanja ugovora u Službenom glasniku EU (eng. Official Journal of EU) i roka od 52 dana za potencijalne učesnike na tenderu da konkurišu. Nema posebnih pravila o vrstama tenderskih procedura, načinu vođenja tendera, niti o kriterijumima izbora najboljeg ponuđača.

Glavni razlog zašto koncesije u Direktivama imaju drugačiji tretman od ostalih javnih ugovora jeste taj što se koncesije u zakonima pojedinih članica EU ne smatraju običnim javnim nabavkama i nisu obuhvaćene zakonima o javnim nabavkama. Sa druge strane, zbog dugog perioda koncesionih ugovora (od 25-30, pa i do 50 godina), ogromnih vrednosti ugovora (više stotina miliona evra) i potencijalno visokih profita, nedostatak jedinstvenog zakonodavnog okvira koji bi uredio pravila dodele koncesija u EU ostavlja prostor javnim vlastima za diskrecione odluke koje guše međunarodnu konkurenciju i odbijaju potencijalne ponuđače na internacionalnom tržištu JPP.

#### **4. Direktive EU o javnim nabavkama prema ostalim ugovornim JPP**

Za razliku od koncesija, u ugovornim JPP javni sektor poziva privatnog partnera da izgradi i upravlja infrastrukturnim objektom za potrebe javnog sektora (npr. škola, bolnica, zatvor, transportna infrastruktura, itd.). Privatni partner ne ubira profit kroz naplatu naknada krajnjim korisnicima kao kod

<sup>232</sup> EC: Interpretative Communication of the Commission on Concessions under Community law, 2000, OJ C 121/2, fn. 9.

<sup>233</sup> Čitalac treba da ima na umu da su svi zaključci u direktivama EU, ali i Saopštenjima EK, izvedeni uglavnom iz sudske prakse koja je osnov anglosaksonskog prava.

koncesija, već isplatama od strane javnog partnera u ugovorenoj dinamici. Plaćanje može biti u fiksnim iznosima, ali i varijabilno, u zavisnosti od stepena iskorišćenja objekta. Tipičan primer je britanski model JPP, tzv. Inicijativa za privatno finansiranje (eng. *Private Finance Initiative - PFI*). Direktive definišu javne ugovore kao ugovore između operatora (izvršilac) i ugovornog autoriteta (naručilac), čiji je cilj izvršenje radova, snabdevanje produktima, ili vršenje usluga. Termin *operator*, pojednostavljeni izraz za izvođača radova, snabdevača i provajdera servisne usluge, odnosi se na bilo koje fizičko, pravno lice, ili javni entitet, koji na tržištu nudi izvođenje radova, proizvode ili usluge.

Javni ugovori se dalje dele na radne, ugovore za snabdevanje ili usluge. Direktiva primenjuje ista pravila za sva tri tipa, osim graničnih vrednosti koje su veće za radne ugovore.

Ugovori za usluge dalje dele se na prioritetne i neprioritetne usluge. Na prioritetne se primenjuju sva pravila Direktive, dok se na neprioritetne primenjuju samo pravila o tehničkim specifikacijama, oglašavanju i obavezi dostavljanja statističkih podataka. Anex IIa Direktive daje listu prioritetnih usluga (npr. održavanje vozila, usluge čišćenja, računovodstvene usluge, IT servis i konsalting). Sve usluge koje nisu na listi (npr. pravne ili medicinske usluge), spadaju u neprioritetne servise. Prioritetni servisi su određeni na osnovu potencijala za prekograničnu saradnju i trgovinu, potencijalnim uštedama i dostupnosti informacija o usluži.

Ovakva kategorizacija usluga napravila je mnogobrojne probleme. Na primer, ako ugovor sadrži uslugu prevoza invalida uz pratnju medicinske sestre, takav ugovor ima istovremeno i prioritetni karakter (transport) i neprioritetni (medicinske usluge). Iz bogate prakse Evropskog suda pravde, koja obiluje sličnim sporovima, važeće tumačenje je da se klasifikacija ugovora za usluge koje sadrže više usluga određuje tako što se prvo odredi koje su usluge na spisku prioritetnih ugovara za usluge, a koje su neprioritetne, pa se uporedi njihova vrednost u ugovoru, čiji karakter određuje usluga sa najvišom cenom.

Postoje ugovori koji sadrže i radove i snabdevanje i usluge. Pre 2004. nisu postojale konkretne odredbe za mešovite ugovore. Međutim, Direktiva o ugovorima za javni sektor sadrži odredbe za mešovite ugovore (član 1(2)d, paragraf 3), koji kaže da javni ugovori koji imaju za glavni objekat usluge sa liste u Aneksu II i uključuju aktivnosti sa liste Aneksa I koje su sporedne u odnosu na glavni objekat ugovora - takvi ugovori se smatraju ugovorima za usluge.

I klasifikacija mešovitih ugovora predstavlja problem, kao i klasifikacija ugovora za usluge. Dok je ECJ u slučajevima sporova oko karaktera ugovora za usluge odredio da se klasifikacija vrši po osnovu vrednosti različitih usluga

u jednom ugovoru, u slučaju mešovityh ugovora klasifikacija se sprovodi na osnovu određivanja osnovne svrhe ugovora, a zatim vrednosti radova i usluga, koji su samo jedna od odrednica glavne svrhe mešovityh ugovora.

Usled različityh tretmana javnyh ugovora, prvi zadatak jeste određivanje da li npr. PFI ugovor spada u ugovore za javne radove ili u ugovore za javne usluge; ako je ugovor za javne usluge, određuje se da li je prioritetni ili neprioritetni. Ako ugovor nije neprioritetna usluga, ceo set pravila Direktive za javni sektor mora biti primenjen.

Dalje, poseban problem su pravne tradicije kontinentalnog i anglosaksonskog prava. U mnogim državama kontinentalnog prava, prava koja su relevantna za JPP uređena su zakonima. Zato se dešava da javna tela imaju prava koja im dodeljuju upravnopravni propisi, a koja privatnom partneru deluju destimulativno u toku pregovora o ugovoru o JPP koji se radi po meri svakog projekta pojedinačno. To su, na primer, prava da javni naručilac može da jednostrano raskine ugovor odmah nakon potpisivanja, pravo operatora na naknadu štete zbog neočekivanog porasta troškova upravljanja, ili pravo nekog tela da jednostrano menja ugovor ako su te promene u javnom interesu, zabrana prava uplitanja i slično. Sa zabranom prava uplitanja je u vezi i zabrana zamene koncesionara bez ponovnog tendera, koja postoji u nekim zemljama kontinentalnog prava (npr. Slovačka), što pravi problem zajmodavcima. Jasno je da takav pravni okvir otežava sklapanje JPP jer odvraća privatni sektor od posla.

## **5. Ugovor o EU i osnovni principi komunitarnog prava prema ostalim ugovornim JPP**

Osim koncesija i druge vrste ugovornih JPP mogu biti izvan opsega Direktiva EU o javnim nabavkama. To je slučaj u situacijama kada je vrednost ugovora ispod granice koju propisuju Direktive; kada je reč o neprioritetnim servisnim ugovorima i kada je u pitanju ugovor koji Direktive oslobađaju obaveze o oglašavanju i nadmetanju na tenderu po osnovu hitnosti. Takvi ugovori nisu obuhvaćeni Direktivama, delom jer se smatra da nisu uvek od interesa za međugraničnu razmenu. Ako neki ugovor ispunjava navedene uslove i ne spada pod Direktive, na njega se primenjuju odredbe Ugovora o EU, opisane u prethodnoj glavi.

Evropska komisija je u posebnom Saopštenju iznela svoje poglede o komunitarnom pravu prema dodeli ugovora koji ne potpadaju pod Direktive za javne nabavke.<sup>234</sup> Prema Komisiji, obaveza oglašavanja za ugovore

---

<sup>234</sup> EC: Interpretative Communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provision of the Public Procurement Directives, OJ C179/2, 2006.

uključuje i obavezu sprovođenja javnog nadmetanja, iako ona ne mora biti u formi zvaničnog tendera. Nadmetanje mora biti u skladu sa opštim principom jednakosti, koji uključuje zahteve za razumnim rokovima, uvid u kriterijume dodele ugovora itd, slično odredbama Direktiva, ali Saopštenje EK smatra da se neka pravila u Direktivama ne primenjuju na isti način u poređenju sa pravilima Ugovora o EU. Iako po Direktivama neki ugovori ne moraju da se oglašavaju i da se sprovodi nadmetanje, oni moraju biti u skladu sa principom jednakog tretmana Ugovora o EU, što podrazumeva otvorenu konkurenciju i nadmetanje i uključuje sve obaveze koje imaju i Direktive, koje, paradoksalno, oslobađaju pomenute ugovore u navedenim situacijama od obaveze oglašavanja i nadmetanja.

Ovakav stav Komisije stvorio je toliku zabunu, da je Nemačka sa još 7 članica tužila Evropsku komisiju Vrhovnom sudu EU 2006. godine, zbog toga što smatra da je Komisija u Saopštenju donela nova obavezujuća pravila koja su u suprotnosti sa komunitarnim pravom i koja proizvode pravne efekte na članice EU i da Komisija nije nadležna da donosi odredbe koje su obavezujuće za članice, a koje su u suprotnosti sa najvišim pravnim aktom - Ugovorom o EU.<sup>235</sup> Sud je 2010. ustanovio da je tužba neosnovana, jer Saopštenje EK nije pravno obavezujući dokument.<sup>236</sup>

Nakon ovog i već pomenutog slučaja *Telaustria*, koji su otvorili pitanje obaveze o transparentnosti ugovora, usledila je intenzivna kritika naučnih krugova. Glavne kritike upućene su u tri pravca:

- Da Komisija prelazi granicu prihvatljive sudske interpretacije i preduzima zakonodavne aktivnosti koje podrivaju pravilan odnos odgovornosti između zakonodavne i sudske vlasti EU, jer pravila koja donosi Komisija direktno su suprotna odredbama komunitarnog prava koja dozvoljavaju isključenje određenih tipova ugovora iz detaljne regulacije;
- Da Komisija proizvodi nesigurnost u zemljama članicama, javnim entitetima koja sprovode javne nabavke i potencijalnim učesnicima tendera;
- Da Komisija nameće neosnovane prepreke članicama u slobodi izbora u određivanju načina na koji će doći do najisplativijeg ugovora koji su isključeni iz regulacije Direktiva;
- I posebno zato što sudije ECJ ne bi trebalo da sude tako što u stvari žele da pomire stavove različitih politika javnih nabavki.<sup>237</sup>

<sup>235</sup> Slučaj T-258/06 Germany vs Commission, OJ C-294/52, 2006.

<sup>236</sup> European Commission legal service: Summaries of important judgments - Case T-258/06, dostupno preko: [http://ec.europa.eu/dgs/legal\\_service/arrets/06t258\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/06t258_en.pdf)

<sup>237</sup> S. Arrowsmith: The Law of Public and Utilities Procurement (2nd ed., London: Sweet & Maxwell, 2005), poglav-lje 4.16; A. Brown: Seeing Through Transparency: the European Court's Case Law on the requirement to advertise Public Contracts and Concessions under the EC Treaty, 2007, Public Procurement Law Review 1; P. Braun: A Matter of Principle(s): the Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Public Procurement Direc-

I pored brojnih kritika o zahtevima o transparentnosti za ugovore koji nisu obuhvaćeni Direktivama, ista sudska praksa potvrđena je od strane Velikog veća ECJ u slučaju *Coname*.<sup>238</sup> Reč je o koncesiji za usluge za upravljanje gasovodom u italijanskoj komuni Cingia de Botti. Konzorcijum *Coname* tužio je komunu jer je dodelila koncesiju za usluge preduzeću bez tendera u kom je 97% vlasništva javno. Sud je odbacio takvu mogućnost, bez obzira što koncesija za javne usluge nema u Direktivama, jer su prekršeni principi Ugovora o EU o slobodi osnivanja (čl. 43) i pružanja usluga (čl. 49). Odbačena je i mogućnost da se 97% kapitala može smatrati internom (eng. *in-house*) javnom nabavkom, u kojoj ne važe pravila EU o javnim nabavkama.

### ***Zaključak o zakonskom okviru EU prema JPP***

Rasprava o problemu nedostatka precizne definicije JPP i prateće zakonske regulative u EU započeta je 2000. godine.<sup>239</sup> Nekolicina zemalja članica ukazala je na nedostatak jasnih pravila igre u oblasti JPP. U raspravu se uključila i Evropska komisija sa zaključkom da nedostatak pravila nije problem. U 2004. godini, EK je objavila *Zelenu knjigu o JPP* <sup>240</sup> u kojoj je evidentno da postoji nedostatak zakonske regulative o JPP u postojećim pravilima o javnim nabavkama EU. Iste godine je i Evropski parlament zatražio da se objave vodiči i relevantna razjašnjenja u vezi sa uspostavljanjem IJPP. U odgovoru EK iz 2005,<sup>241</sup> tzv. Saopštenju, stav EK je i dalje bio isti, osim što su data pojašnjenja o problemima IJPP. Očigledno je da EK ne planira da kreira bilo kakav zakon o JPP u bližoj budućnosti.

Izvestan napredak u prilagođavanju krutog zakonodavstva u sektoru javnih nabavki EU i dinamičnog sektora JPP učinjen je članom 29. Direktive za javne radove (2004/18/EC), gde je javnom partneru u JPP dozvoljeno da koristi konkurentni dijalog (eng. *Competitive dialogue*). Uvođenje člana 29 predstavlja pokušaj prilagođavanja restriktivnih procedura u procesu javnih nabavki u komunitarnom pravu sa potrebama narastajućeg JPP tržišta i neophodnosti pregovaranja i kooperacije u sklapanju javno-privatnih partnerstava. Konkurentni dijalog ne donosi konkretan napredak i rešavanje

tives, 2000, Public Procurement Law Review 39; P. Horijk and A. Meulenbelt: A Bridge Too Far: Why the European Commission's Attempts to Construct an Obligation of Tender outside the Scope of the Public Procurement Directives should be Dismissed, 2005, Public Procurement Law Review 123; D. McGowan: Clarity at Last? Low Value Contracts and Transparency Obligations, 2007, Public Procurement Law Review 274.

238 Slučaj C-231/03 *Consorzio Aziende Metano (Coname) vs Comune di Cingia de' Botti*, 2005, E.C.R. I-7287.

239 Sue Arrowsmith: PPP and the European procurement rules: EU policies in conflict?, Common market law review, 2000, br. 37, str. 709-737

240 EC: Green paper on PPP and community law on public contracts and concessions, Brussels, COM(2004) 327 final.

241 EC: Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European economic and social Committee and the Committee of the Regions on PPPs and Community Law on Public Procurement and Concessions, Brussels, COM (2005) 569 final.

problema zabrane reugovaranja u zakonodavstvu EU. Problem i dalje ostaje: JPP ugovori su na dug rok i nemoguće je predvideti evoluciju servisa ili produkta decenijama unapred. Zato je nemoguće u startu predvideti i sve tačke ugovora. Usled generalne zabrane reugovaranja u polju javnih ugovora u EU, oni ostaju nekompletni u situacijama kada je teško definisati krajnji cilj JPP.

## **6. JPP tržište u Srbiji pre Zakona o JPP i koncesijama**

U Srbiji je tek decembra 2011. usvojen zakon koji se posebno bavi JPP. Reč je o Zakonu o JPP i koncesijama.<sup>242</sup> Ubrzo, februara 2012, oformljena je i Komisija za JPP kao vladino telo zaduženo za JPP. Paralelno sa Zakonom o JPP, izglasan je i povezani Zakon o komunalnim delatnostima<sup>243</sup>, a godinu dana kasnije i Zakon o javnim nabavkama<sup>244</sup> U 2013. je donešena Uredba o nadzoru nad realizacijom javnih ugovora o javno-privatnom partnerstvu<sup>245</sup> i Pravilnik o načinu vođenja i sadržini Registra javnih ugovora.<sup>246</sup>

Tako je stvoren zakonodavni okvir za primenu JPP. Međutim, i pre posebnog zakona o JPP, postojao je zakonski okvir koji je omogućavao uspostavljanje saradnje javnog sa privatnim sektorom na osnovu starih Zakona o koncesijama (2003.) i Zakona o komunalnim delatnostima (1997.), ali bez mnogo uspeha.

Gotovo sve (4 od 5) koncesije su od 2003. raskinute, dok su JPP uspostavljena u oblastima upravljanja otpadom (15), distribucije gasa (7), javnog prevoza (3) i parking servisa (3).<sup>247</sup> Nema JPP u oblastima u kojima su ona česta u svetskoj praksi - vodosnabdevanje, grejanje, kanalizacija, putna infrastruktura, itd. Dominiraju institucionalna JPP, što u svetu gotovo ne postoji u praksi.

Ovakva situacija JPP tržišta u Srbiji pre 2012. godine i donošenja Zakona o JPP i koncesijama upućuje na nekoliko zaključaka.

Mali broj aranžmana i to u oblastima gde su po prirodi posla projekti male vrednosti, znači da privatni sektor nema pravnu sigurnost da preuzima rizike ozbiljnijih projekata, a da javni sektor nema kapacitet da pokrene veće projekte. Opređenje za IJPP formu znači da lokalne vlasti nisu imale zakonsku mogućnost da samostalno dodeljuju koncesije, pa su osnivale zajednička privredna društva sa privatnim partnerima. Nepostojanje registra i praćenja

<sup>242</sup> Zakon o JPP i koncesijama, Sl. glasnik RS, br. 88/2011

<sup>243</sup> Zakon o komunalnim delatnostima, Sl. glasnik RS, br. 88/2011

<sup>244</sup> Zakon o javnim nabavkama, Sl. glasnik RS, br. 124/2012

<sup>245</sup> Uredba o nadzoru nad realizacijom javnih ugovora o javno-privatnom partnerstvu, Sl. glasnik RS, br. 47/2013

<sup>246</sup> Pravilnik o načinu vođenja i sadržini Registra javnih ugovora, Sl. glasnik RS, br. 57/2013

<sup>247</sup> Ljiljana Brdarević: Motivi lokalne vlasti za uspostavljanje JPP, Časopis za javnu politiku Polis, br.2, SKGO, 2012, str. 36



ugovaranja i efekata JPP na lokalnom i državnom nivou dodatno je doprinelo nerazvijenosti i neuspehu JPP tržišta do 2012. godine u Srbiji.

Kada se zna da je od 2012. do danas i pored Zakona o JPP i koncesijama nijedno JPP nije zaživelo, možemo zaključiti, kao i u bezbrojnim drugim sektorima javne uprave, da sami zakoni nisu dovoljni. Srbija nema plodno tle na kome bi bilo kakav zakon mogao da se primi, sprovede i da rezultat. To tle podrazumeva uređen i nezavisan pravosudni sistem i tržište oslobođeno državne (pre)regulacije, na kojem učesnici imaju okruženje koje podstiče poslovnu konkurenciju i fiskalni federalizam (poresku konkurenciju).

Malobrojna iskustva sa JPP aranžmanima prisutna su isključivo na lokalnom nivou. Na nacionalnom nivou nema javno-privatnih partnerstava. Do 2012. godine, glavna prepreka bila je komplikovana i dugotrajna procedura dodeljivanja koncesija, za koju je u najidealnijim uslovima bilo potrebno više od 365 dana. Primer je neuspela koncesija za deponiju u Vinči, gde se koncesioni postupak odvijao preko tri godine, da bi na kraju bio prekinut do daljneg. I od preostale četiri koncesije na republičkom nivou od 2000. godine u oblasti rudarstva i izgradnje autoputeva, samo jedna je realizovana - koncesija za eksploataciju i istraživanje bornih ruda, data multinacionalnoj kompaniji Rio Tinto, dok su sve preostale koncesije raskinute. Neuspešno su završeni tenderi za koncesije za izgradnju autoputa Horgoš – Požega i terminala za prtljag na Beogradskom aerodromu.

Na lokalnom nivou, **JPP su sklapana u skladu sa Zakonom o komunalnim delatnostima**.<sup>248</sup> Tadašnji zakon je regulisao tri vrste komunalnih delatnosti:<sup>249</sup>

- **komunalne delatnosti koje su prirodni monopoli:** vodosnabdevanje, odvod i prečišćavanje vode, proizvodnja i distribucija tople vode i pare i prevoz putnika u šinskom gradskom saobraćaju;
- **obavezne komunalne delatnosti:** prevoz putnika u gradskom i prigradskom saobraćaju, održavanje čistoće u gradovima i naseljima, izgradnja i održavanje deponija, uređenje i održavanje parkova, zelenih i rekreacionih površina, održavanje ulica, puteva i drugih javnih površina u gradovima i drugim naseljima, javna rasveta, uređivanje i održavanje grobalja i sahranjivanje;
- **fakultativne komunalne delatnosti:** njih određuje i reguliše odluka Skupštine lokalne samouprave (dimničarske usluge, javni toaleti, kupatila, kafilerije, parkinzi, pijace, česme i bunari i ostale komunalne delatnosti od lokalnog interesa).

<sup>248</sup> Zakon o komunalnim delatnostima, Sl. Glasnik RS br. 16/97

<sup>249</sup> Ibid. čl.4

U oblasti prirodnih monopola moguće je dodeliti samo koncesiju, što je regulisao Zakon o koncesijama iz 2003. godine. Za obavljanje obaveznih i fakultativnih komunalnih delatnosti, lokalna samouprava je dužna da formira JKP, ali delatnost može poveriti privatnom partneru na rok od 5-25 godina. U slučaju fakultativnih delatnosti, nakon isteka roka povraćaja sredstava uloženi u osnivanje JKP (5-25 god.), lokalna samouprava mora da raspiše konkurs za obavljanje te delatnosti na kojem i sama učestvuje sa ostalim zainteresovanim ponuđačima.<sup>250</sup>

Praksa je pokazala da je **zakonski okvir prepun praznina** i nedorečenosti kada su u pitanju mogućnosti za uspostavljanje JPP.

**Prvi problem je nepostojanje zakonske obaveze za javnog partnera da pripremi studiju izvodljivosti JPP** (analiza troškova i koristi). Time ne postoji uvid u procenu prihoda i rashoda projekta, izvora i strukture finansiranja, perioda povraćaja ulaganja, procenu očekivane dobiti itd.

**Drugi problem je nepostojanje regulacije načina izbora privatnog partnera**, čime se krše osnovni principi konkurencije, transparentnosti i jednakosti u postupcima javne nabavke, na kojima počiva zakonodavstvo EU u pogledu javnih nabavki, a čemu verbalno teži i Vlada Srbije. Naime, zakon je dopuštao da javne vlasti ne moraju da raspisuju tender za pronalaženje strateškog investicionog partnera radi osnivanja zajedničkog preduzeća.<sup>251</sup> Time je bio otvoren prostor za pregovaranje sa jednim partnerom, što podrazumeva širok manevarski prostor za direktne pogodbe i korupciju. Ovakvu mogućnost dala je odredba Zakona o komunalnim delatnostima koja dopušta direktne pregovore u izuzetnim slučajevima, koje, međutim, ne definiše, pa je izuzetak u praksi postao pravilo.

**Treći problem je potpuno odsustvo regulacije obavezne sadržine ugovora** (osim u slučaju koncesija, koje su bile regulisane po tom pitanju). Tako je otvoren prostor za štetne ugovore po javni sektor, koje su izrađivali privatni partneri, nesmetano prebacujući sve rizike na javni sektor. Zaštita manjinskog partnera u mešovitom privrednom društvu (dakle, javnog sektora) bila je veoma oslabljena, bez mehanizama uticaja na donošenje poslovnih odluka, realizaciju projekta, nadzor poslovanja i praćenje kvaliteta isporuke usluge krajnjim korisnicima. Ovaj problem je posledica nedostatka odredbi u Zakonu o komunalnim delatnostima koje propisuju primenu Zakona o javnim nabavkama i Zakona o koncesijama u smislu uslova i načina sprovođenja javnog konkursa, već je ostavljena mogućnost da lokalna samouprava samostalno određuje tendersku proceduru.<sup>252</sup> Dakle, na postupak dodele

<sup>250</sup> Zakon o komunalnim delatnostima, Sl. Glasnik RS br. 16/97, čl.11

<sup>251</sup> Ibid. čl.12

<sup>252</sup> Ibid. Uopšte, kada se i površno pogleda stari Zakon o komunalnim delatnostima, očigledno je da je pisan up-

ugovora u Zakonu o komunalnim delatnostima ne primenjuje se Zakon o javnim nabavkama, jer on reguliše samo tradicionalne javne nabavke usluga i dobara, niti Zakon o koncesijama, koji reguliše postupak dodele koncesija, a ne poveravanje komunalnih delatnosti. Otuda prostor da javni sektor raspiše tender za dodelu komunalnih delatnosti bez jasnih rokova, javnog oglašavanja, sadržaja konkursne dokumentacije i bez jasnih kvalifikacionih uslova za ponuđače. Time je zagarantovana šteta po javni interes i korupcija čelnika opštine.

**Četvrti problem predstavlja kontrola povećanja cena komunalnih usluga**, koja je ograničena Memorandumom o budžetu i ekonomskoj i fiskalnoj politici, koji Vlada izdaje svake godine i kojim ograničava povećanje cena komunalnih usluga do maksimalnog iznosa projektovane inflacije za narednu godinu. Takva kontrola cena odbija investitore.

**Peti problem je mogućnost da javni partner bez ikakve naknade preda privatnom partneru celokupnu imovinu preduzeća** (prava korišćenja zemljišta i objekata, mašine, oprema, vozni park itd.). Ta sredstva se ne upisuju kao osnivački kapital u novo mešovito preduzeće, nema nikakve procene, niti saglasnosti Republičke direkcije za imovinu. Tako se direktnom pogodbom rukovodstva JKP sa lično odabranim privatnim partnerom praktično može otuđiti kompletno javno preduzeće bez ijedne posledice.

Na kraju, **pristup javnosti ovakvim aranžmanima je zatvoren** i oni se smatraju poslovnom tajnom. Nema mogućnosti da se uporedi koliko bi projekat JPP koštao da ga realizuje javni sektor, niti koliki je trošak ukupnog životnog veka projekta JPP.

## 7. Primeri JPP do 2012. godine

Kao što je već rečeno, u Srbiji je od uspostavljanja demokratske vlade 2000. godine, do stupanja na snagu Zakona o JPP i koncesijama 2012. godine, javni sektor sklapao partnerstva sa privatnim sektorom u četiri oblasti: upravljanje otpadom, distribucija gasa, javni prevoz i parking servis. Postoji i projekat JPP u sektoru beogradskog vodovoda i kanalizacije koji nije realizovan. Navešćemo par karakterističnih primera.

---

ravo da bi se napravio prostor za zloupotrebe. Tekst zakona je na svega 8 stranica u 30 članova i deluje neozbiljno. To pokazuje nameru Vlade da zloupotrebljava svoj položaj, praveći zakone po meri partijsko-prijateljskih prioriteta i odnosa, omogućavajući rent-seeking na najvišem nivou. Na žalost, kako ćemo videti, od 1997 do danas malo se toga promenilo jer i poslednji Zakon o JPP ima slične osobine.

## ***JPP za javni prevoz u Beogradu i Bus plus***

Privatni prevoznici su se pojavili u Beogradu još 1997. godine, jer GSP nije imao finansijske kapacitete da prati porast tražnje za javnim prevozom usled povećanja broja stanovnika. Privatni prevoznici su prevozili putnike po svojim cenama. Od 2005. godine se situacija menja tako što se između nezavisnih privatnih prevoznika i GSP kao javnog sektora uspostavlja javno-privatno partnerstvo čiji je cilj zajednički tarifni sistem.

Cilj JPP bio je bolji kvalitet i proširenje infrastrukture usluga javnog prevoza, bez troška za GSP. Učesnici u JPP su bili Direkcija za javni prevoz Beograda i privatni prevoznici. Ugovor između javnog i privatnog partnera je ugovor o poveravanju obavljanja usluga na 7 godina (menadžerski ugovor). Cene je formirao javni partner, kao i kontrolu izvršenja ugovora. Međutim, negativna strana ovog JPP jeste komercijalni rizik, koji je, suprotno svetskoj praksi, ostao na strani javnog sektora. Tako javni sektor preuzima garancije za nivo prihoda privatnog partnera, što je direktno subvencionisanje privatnog sektora i gubitak za javni sektor, dok privatni sektor ima zagarantovan profit bez obzira na broj prevezenih putnika.

Glavni kriterijum odabira privatnog partnera bila je finansijska sposobnost da obezbedi vozni park predviđen tehničkom specifikacijom. Prihodi se generišu iz integrisanog sistema naplate, prodaje karata u vozilima i subvencija iz budžeta grada do nivoa garantovanog prihoda. Tako je ključni rizik tražnje ostao na strani javnog sektora. Privatni partner je imao samo obavezu da nabavi vozila propisanog kvaliteta i da prevozi putnike. Kontrolu kvaliteta usluge koju pruža privatni partner vrši Direkcija za javni prevoz ili taj posao može da poveri trećoj strani. Privatni partner ne može da raskine ugovor pre isteka, dok javni partner to može ukoliko utvrdi kršenje ugovornih obaveza.

Ovakav ugovor o JPP ne bi bio zakonit u zemljama EU, niti bi mogao da se ne uknjiži kao rashod i ostane van bilansa budžeta grada jer je suprotan Eurostatovim pravilima o knjiženju JPP projekata. Pravila kažu da kada rizik izgradnje snosi privatni sektor (izgradnja je u ovom slučaju ekvivalent nabavci novih vozila), a rizik tražnje i dostupnosti javne usluge snosi javni sektor, tada projekat ulazi u rashodnu stranu budžeta javnog sektora.

Nakon ovog modela, sledeće JPP bio je projekat Bus plus, gde je ugovor sklopljen 20. septembra 2010. godine. Zbog prethodno opisanog lošeg pravnog okvira koji je dopuštao netransparentan i nekonkurentan odabir partnera, upravo se to desilo sa JPP Bus plus. Ideja o novom sistemu naplate karata potekla je još 2007. godine, ali je tek u junu 2010. godine gradonačelnik Beograda Dragan Đilas odobrio raspisivanje tendera za sistem naplate karata i upravljanje vozilima u javnom prevozu. Ideja je bila sklapanje JPP, a u javnosti se ideja pravdala razlogom da će JPP omogućiti da grad ne ulaže ništa u sistem.

Problem je što Direkcija za javni prevoz nije izradila studiju opravdanosti projekta JPP, poslovni plan, analizu stanja pre ugovaranja JPP, analizu sprovođenja JPP i analizu podele rizika i ulaganja.<sup>254</sup> Sa druge strane, iskorišćen je nedostatak regulacije postupka poveravanja poslova privatnom sektoru u oblasti komunalnih delatnosti u Zakonu o komunalnim delatnostima, a koji zaobilazi regulaciju tenderskih procedura Zakona o javnim nabavkama i Zakona o koncesijama i ostavlja mogućnost direktnog pregovaranja.

Tako je privid transparentnosti i konkurentnosti postignut raspisivanjem javnog konkursa, koji je, međutim, sproveden ne po Zakonu o javnim nabavkama ili koncesijama, već prema gradskoj Odluci o javnom linijskom prevozu putnika na teritoriji grada Beograda iz 2009. godine. Tako je omogućen niz nepravilnosti u procedurama raspisivanja poziva na tender, rokovima za izvođenje radova, kriterijumima izvođenja, kvalifikacijama učesnika itd.

Na primer, suprotno tadašnjem Zakonu o javnim nabavkama, tenderska dokumentacija i uslovi konkursa za Bus plus objavljeni su samo na srpskom jeziku, bez elektronske verzije. Sve prijave su se primale isključivo na ćirilici, a ponuđač je morao fizički da dođe u Direkciju i preuzme dokumentaciju. Čak 10 domaćih i stranih kompanija se žalilo Direkciji i tražilo pojašnjenja i produžetak roka prijave za dva meseca, ali su svi odbijeni. Dodatne sumnje o nameštanju tendera potkrepljuje i krajnji ishod: od 51 firme koja je otkupila dokumentaciju, stigle su samo tri ponude, od kojih su dve bile očigledno nevažeće.<sup>255</sup> Posao je dobio srpsko-turski konzorcijum Apex Solution Technology iz Beograda. Interesantno je da su pomenute dve firme sa nevažećim ponudama ubrzo nakon potpisivanja ugovora postale partneri-podizvođači Apex-a u poslu.

Vrednost sistema Bus plus prodaje karate koji instalira privatni partner iznosi 12,153 miliona evra. Privatnom partneru pripada 8,53% prihoda od naplaćenih karata. Rok za instaliranje sistema je 15 meseci. Glavo pitanje zbog kojeg je i sklapano JPP - povećanje prihoda i nivoa naplate karata za prevoz, u ugovoru nije rešeno. Naime, ugovor precizira isključivo pitanje obima naplate u probnom periodu, pre instaliranja sistema. U tom periodu (1-3 meseca) potrebno je ostvariti 60% naplate izistog perioda u prošloj godini. Dakle, ugovor ne precizira nivo naplate koji bi pokazao da je Bus plus sistem efikasniji od prethodnog, a JPP je sklopljeno da bi sistem bio efikasniji.

Čim je smenjen Drgan Đilas sa mesta gradonačelnika, Privremeni organ je

---

254 Transparentnost Srbija: Medijski eksponirani slučajevi JPP, TS, 2014. str 13.

255 Firma Dialog iz Beograda nije podnela u prijavi nijedan obrazac, već samo par osnovnih dokumenata o preduzeću, dok je firma Novatronic iz Novog Sada predala otvorenu kovertu sa propagandnim materijalom firme.

započeo proces raskida ugovora, sa željom da Bus plus otkupi grad Beograd.<sup>256</sup> Nakon mesec i po dana pregovora sa Apex-om, gradonačelnik Siniša Mali je saopštio da su pregovori o otkupu Bus plusa propali i 3. aprila 2014. godine je izdao nalog Sekretarijatu za saobraćaj i Direkciji za javni prevoz da pripreme dokumentaciju za tender za izbor novog operatera, sa kojim bi grad Beograd kreirao sistem na „potpuno novim osnovama“.<sup>257</sup> Pritom nije urađena studija isplativosti isplaćivanja pune cene sistema Apex-u, organizovanja novog sistema i troška sudskog spora po budžet grada. Od ideje raskida ugovora se ipak odustalo i čeka se da 2017. godine istekne ugovor.

### ***Odlaganje čvrstog otpada u Beogradu (deponija u Vinči)***

Deponija u Vinči postoji od 1977. godine, na prostoru od 68 hektara, dok je regulacionim planom predviđeno 130ha. Na tom mestu se odlaže smeće iz celog Beograda i ono odavno predstavlja ogroman problem za gradske vlasti. Preko million i po stanovnika prestonice godišnje napravi preko 350kg smeća po glavi stanovnika. Godine 2002. odloženo je 400.000 tona, 2005. godine 530.000 tona, a 2013. 684.000 tona.<sup>258</sup> Visina smeća na deponiji prelazi 40 metara, kao soliter od 20 spratova. Tik uz deponiju je divlje naselje sa oko 300 žitelja, uglavnom Roma, bez struje, vode i kanalizacije, koji žive od skupljanja plastike i ostalih sekundarnih sirovina iz 1.500 tona smeća koje se svakodnevno istovari u Vinči.

Problem deponije počeo je da se rešava 2006. godine, kada je Vlada RS usvojila predlog gradske vlasti o davanju koncesije za izgradnju, održavanje i korišćenje objekata za prihvatanje, obradu i odlaganje čvrstog otpada. Ideja je bila da se dodeli koncesija po BOOT modelu (izgradi-poseduj-upravljaj-predaj) na 25 godina. Javni partner bio bi grad Beograd, koji bi uložio zemljište i infrastrukturne objekte na deponiji, a koncesionar bi bio u obavezi da uloži 40 miliona evra u unapređenje infrastrukture i usluga upravljanja otpadom. Komercijalni rizik snosio bi privatni partner. Koncesiona naknada koju bi privatni partner plaćao gradu bi bila zanemarljiva, jer visina investicije daleko prevazilazi vrednost postojeće infrastrukture deponije. Grad i ostala pravna lica koja odlažu smeće bi koncesionaru plaćali cenu po toni smeća, koju određuje grad, ali je određivanje tarifa u skladu sa tržišnim kretanjima ugrađeno u ugovor, čime je finansijski rizik za koncesionara sveden na razumnu meru. Grad vrši inspeksijsku kontrolu poštovanja ugovora i može bilo kada raskinuti ugovor ako uoči neispunjavanje zadatah odredbi.

---

<sup>256</sup> Posebno je pitanje ovlašćenja Privremenog organa, koji bi trebalo da obavlja samo tekuće i neophodne poslove upravljanja gradom.

<sup>257</sup> Transparentnost Srbija: Medijski eksponirani slučajevi JPP, TS, 2014. str 16.

<sup>258</sup> Podaci preuzeti sa sajta JKP Gradska čistoća, dostupno preko [http://www.gradskacistoća.rs/?page\\_id=91](http://www.gradskacistoća.rs/?page_id=91)

Koncesija za deponiju u Vinči je, nakon više zastoja, odložena do daljnjeg, da bi nova vlast u aprilu 2014. godine najavila rešavanje problema deponije do 2016. godine. Umesto nekadašnjeg ulaganja od 40 miliona evra, sada je najavljeno sedmostruko veće ulaganje od 250-300 miliona evra. Ministarka zaštite životne sredine, Zorana Mihajlović, izjavila je da je formirana radna grupa koja će izraditi studiju opravdanosti sanacije deponije i da je grupa za mesec i po dana “uradila mnogo više nego što je urađeno u proteklih šest godina”.<sup>259</sup> Rok je prošao pre godinu dana, međutim, ništa nije urađeno.

### ***Beogradski vodovod i kanalizacija***

Slično JPP kao u primeru deponije u Vinči pripremalo se i za beogradski vodo-kanalizacioni sistem. Ideja je bila davanje koncesija na 25 godina, ali po DBFO medelu (projektuj-izgradi-finansiraj-koristi). Cilj JPP bila je izgradnja kanalizacione mreže, bolja prerada otpadnih voda i efikasnije pružanje komunalne usluge. Sa strane javnog sektora učesnici bi bili grad Beograd, Direkcija za vode i JKP Vodovod i kanalizacija. Privatni partner bi snosio komercijalni rizik uz nadzor javnog sektora nad sprovođenjem ugovora i formiranje cena. Upravo je visina komercijalnog rizika bila problem jer privatni partner nije imao preciznije podatke o stanju postojećeg vodovodnog sistema.

Razlozi za sklapanje JPP bili su nedostajući kapaciteti grada za izgradnju kanalizacione mreže (gotovo polovina potrošača vode u Beogradu nema kanalizaciju).<sup>260</sup> JPP je trebalo da se ovija u dve faze: izrada strateškog izveštaja, čiji je cilj SWOT analiza pravnih, ekonomskih, finansijskih, tehničkih i ekoloških aspekata postojećeg vodovodnog sistema Beograda; druga faza bi bila realizacija preporučenog modela JPP iz strateškog izveštaja, koja bi podrazumevala promovisanje JPP, odabir adekvatnog partnera, izradu ugovora o JPP, tendersku proceduru, pregovore i sklapanje ugovora. Procena vrednosti ugovora bila je 987 miliona evra, od čega bi 407 milina bilo potrošeno na održavanje i modernizaciju vodovoda tokom 25 godina trajanja ugovora, 525 miliona na izgradnju kanalizacione mreže i unapređenje prerade otpadnih voda i 55 miliona evra na restruktuiranje JKP Vodovod i kanalizacija. Finansiranje projekta bi se vršilo preko naplate usluga od krajnjih korisnika, iz sredstava koncesionara, kredita i donacija. Rizici finansiranja, gradnje, eksploatacije i naplate snosi koncesionar. Istekom ugovora o koncesiji, vlasništvo nad kompletnom infrastrukturom vraća se u javni sektor.

259 RTS/Ekonomija/ vesti, dostupno preko <http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/13/Ekonomija/1575882/Deponija+u+Vin%C4%8Di+po+svetskim+standardima.html>

260 Partnerstvo javnog i privatnog sektora-dobra i loša iskustva u odabranim zemljama u tranziciji, zbornik radova, PALGO centar, 2010, podatak preuzet iz članka: Tijana Pavlović Križanić & Ljiljana Brdarević: JPP u Srbiji: orijent-acija ka pravičnoj подели rizika i isplativosti investicije, str. 134.

Ni ovaj projekat nije odmakao dalje od ideje, čime se potvrđuje nemogućnost sprovođenja kapitalnih projekata u zemlji sa slabim pravnim okvirom, institucijama sistema i visokim političkim rizikom.

### ***Parking usluge – Kikinda***

Za razliku od prethodnih slučajeva JPP u Srbiji, projekat pružanja parking usluga u Kikindi je, manje-više, uspešno realizovan.<sup>261</sup> Ugovor je potpisan 2007. godine između opštine Kikinda i private firme *Parking sistem i garaže* iz Beograda. Cilj projekta bio je unapređenje usluge parking servisa. Opština je uložila zemljište, a ulog privatnog partnera je milion evra u razvoj parking usluga (parkirališta i montažne garaže), uvođenje funkcionalnog sistema kontrole i naplate parkiranja i održavanje parking prostora i opreme. Model ugovora je BOT (izgradi-upravljaj-predaj) na 22 godine, nakon čega sistem postaje javno vlasništvo. Komercijalni rizik preuzima privatni partner, dok opština vrši kontrolu ugovornih obaveza. Privatni partner ubira 90%, dok opštini pripada 10% prihoda kao naknada za korišćenje građevinskog zemljišta. O ceni parkiranja odlučuje Skupština opštine.

Ostaje pitanje da li je 10% prihoda dovoljna kompenzacija opštini za ustupanje građevinskog zemljišta i da li bi bio ostvaren viši prihod da je projekat realizovan na tradicionalan način. Zakonodavni okvir pre Zakona o JPP i koncesijama nije propisivao proračun vrednosti za novac, što je i u prethodnim primerima imalo za posledicu ulazak u JPP aranžmane bez izrade studija opravdanosti projekata. Kada se tome doda i ranije analizirana rupa u Zakonu o komunalnim delatnostima koja je omogućavala postupak nabavke bez principa transparentnosti i konkurentnosti, rezultat je očekivan: ugovori koji su štetni za budžet javnog sektora, uz veliko nezadovoljstvo korisnika, kao u ovom slučaju.

### ***Primeri JPP u sektoru upravljanja otpadom***

U ovoj oblasti sklopljeno je 15 aranžmana, više nego u preostale tri oblasti gde se javljaju JPP zajedno (distribucija gasa, parking servis i javni prevoz). U praksi su poslovi upravljanja otpadom podeljeni na dve grupe: u prvoj su poveravani poslovi sakupljanja, transporta, odlaganja otpada i komunalna higijena (pranje i čišćenje javnih površina), dok druga grupa poslova obuhvata izgradnju i upravljanje regionalnim sanitarnim deponijama.

---

<sup>261</sup> U 2014. godini, Opštinsko veće Kikinde poslalo je ultimatum privatnom partneru (Metroparking sever, Beograd) da ispuni ugovorne obaveze ili sledi raskid ugovora. Peticiju za raskid ugovora prethodno je potpisalo 7.500 nezadovoljnih građana. Izvor: <http://www.novosti.rs/vesti/srbija.73.html:515439-Kikinda-Parkiranje-ili-posteno-ili-zbogom>



Poslovi iz prve grupe u sklopljenim JPP povereni su firmama *Brantner Walter GmbH i Trojon&Fisher EKO*, a poslovi iz druge grupe firmama *Porr, Werner&Weber holding GmbH i A.S.A EKO*.<sup>262</sup>

Preduzeće *Trojon&Fisher EKO* je prvo privatno komunalno preduzeće u Srbiji. Bavi se sakupljanjem, transportom, odlaganjem komunalnog i neopasnog industrijskog otpada, reciklažom metalnih i drugih otpadaka, čišćenjem i pranjem javnih površina i ostalim sanitarnim delatnostima. Ima potpisane ugovore sa 5 opština o poveravanju komunalnih delatnosti: Žabari (2004.), Žagubica, Malo Crniće i Kučevo (2005.) i Smederevska Palanka (2006.).

U svih 5 opština ugovorne obaveze podrazumevaju investicije u komunalnu delatnost, preuzimanje radnika iz JKP po principu saglasnosti, redovne isplate zarada, kontinuitet u radu, ugovoreni nivo kvaliteta usluga, voznog parka, opreme i objekata i zaštite okoline, izuzimanje socijalnih slučajeva od plaćanja usluga prema spisku Centra za socijalni rad, iznošenje smeća iz seoskih područja, korišćenje, upravljanje i investiciono održavanje postojećih deponija.

Seoske opštine Malo Crniće, Žabari i Žagubica (izuzev centra) nisu pre JPP imale komunalnu delatnost odnošenja otpada. Ugovor je potpisan na 25 godina, osim u Smederevskoj Palanci na 15 godina. Kako se radi o ugovorima o poveravanju obavljanja usluga, reč je o menadžerskom ugovoru. Svi korisnici besplatno dobijaju kontejnere i kante za smeće i posebne plastične vreće za odvajanje PET ambalaže za reciklažu. Svaki korisnik dobija raspored odnošenja smeća za narednu godinu. Svaka opština je odredila proctor za deponiju za otpad, koju održava privatni partner.

Naplata otpada preuzeta je iz prakse zapadnih zemalja, gde se ne plaća prema stambenoj površini, nego prema zapremini posude. PET ambalaža se ne naplaćuje jer se reciklira, što smanjuje zapreminu i umanjuje račun. Na ovaj način je pravičnija naplata. Cenu reguliše opština, a ne privatni partner. Aktivna je i edukacija i podizanje svesti stanovništva, pogotovo dece, o važnosti očuvanja okoline, kroz razne akcije u školama i marketing.

Nedostatak ovih ugovora je što javni partner ne ostvaruje nikakav prihod. To i nije toliko loše ako se posmatra ušteda u budžetu opština koja nastaje prestankom troškova poslovanja JKP.

Preduzeće *Porr, Werner&Weber holding GmbH* u Srbiji posluje sa tri ćerke firme istog naziva u Nišu, Jagodini i Leskovcu. Osim upravljanja čvrstim otpadom bavi se i izgradnjom i upravljanjem regionalnim sanitarnim deponijama. Sa pomenutim opštinama potpisani su ugovori 2008. godine na 25 godina, s tim da su u Jagodini i Leskovcu formirana IJPP, odnosno zajednička preduzeća

<sup>262</sup> SKGO: Lokalna samouprava, propisi i praksa, pravni bilten br. 2/2009, str. 26

sa 30% odsto javnog i 70% privatnog udela u kapitalu. Posebno su osnovana preduzeća sa 100% privatnog kapitala za deponije u Jagodini i Leskovcu. Deponije su regionalne, jer usluge koje pruža privatni partner obuhvataju ceo Jablanički okrug i opštinu Vladičin Han. Preuzeti su radnici JKP, a korisnici su dobili besplatne posude za odlaganje otpada.

Kompanija A.S.A. EKO posluje sa tri ćerke firme istog naziva od 2006. godine u Lapovu, Beogradu i Kikindi. U Lapovu je većinski vlasnik sa 51% udela, u Kikindi sa 80% i 100% u Beogradu. Vlasništvo nad deponijom u Kikindi je 100% i opštini se plaća zakup.

Ugovori su potpisani na 25 godina 2007. u Kikindi i 2008. u Lapovu, uz preuzimanje radnika JKP. Posude za odlaganje su besplatne, a samostalno donošenje otpada na deponiju se ne naplaćuje.

Sva JPP za upravljanje otpadom imaju zajedničke odlike. Posebno se osnivaju firme za prikupljanje i transport, koje su odvojene od firmi za upravljanje deponijama. Većinski vlasnik je uvek privatni partner, a naplata usluga se vrši direktno od korisnika. U svim slučajevima je povećana naplata, ali i obim posla kroz proširenje teritorije na kojoj se obavlja sakupljanje otpada, što je doprinelo povećanju kvaliteta usluge. U poslovima upravljanja deponijama naknadu za odlaganje otpada privatnom partneru plaća lokalna samouprava i građani preko cene iznošenja smeća.

Rizici JPP u upravljanju otpadom su podeljeni. Privatni partneri snose rizik naplate potraživanja i saglasnosti lokalne samouprave o podizanju cena usluga, rizik tražnje (niži nivo otpada) i nelikvidnosti lokalne samouprave (koji bi ugrozio plaćanje naknade). Javni partner snosi rizik dugoročnog monopolskog položaja partnera i nedovoljno preciziranih ugovora usled nedostatka adekvatne ekspertize koja bi štitila interese javnog sektora u ugovaranju JPP. Ti rizici proizvode rizik raskida ugovora i potencijalne penale i troškove međunarodne arbitraže.

Pozitivne strane JPP u oblasti upravljanja otpadom su vidljive: usluga je proširena na mesta na kojima nije postojala, naplata je efikasnija, cene su ostale iste kao kada su uslugu pružala JKP, javni sektor i dalje kontroliše cenu, kvalitet i kvantitet usluga putem inspekcijskog nadzora i odluka Skupštine. Promenjen je način obračuna cene usluge - tradicionalni metod obračuna naknade za iznošenje smeća po kvadraturi zamenjen je pravičnijim modelom naplate prema broju članova domaćinstva.

## ***Beograd na vodi***

Projekat Beograd na vodi po osobinama jeste JPP, ali se sprovodi mimo Zakona o JPP i koncesijama zato što Zakon ostavlja mogućnost da međudržavni sporazumi ne spadaju pod zakonski okvir.<sup>263</sup> To je suprotno zakonima EU jer krši sve principe Ugovora o EU i ostavlja mogućnost za direktne pogodbe i korupciju na najvišem nivou.

Tako se Beograd na vodi, vredan 3 milijarde evra, izvodi bez studije opravdanosti projekta, bez analize vrednosti za novac projekta, bez javnog konkursa, matrice rizika, obezbeđenja i garancija partnera i mehanizama nadzora realizacije ugovora. Za područje izgradnje Beograda na vodi ne postoji Detaljni urbanistički plan, Regulacioni plan i Plan detaljne regulacije. Postoji samo Generalni plan Beograda 2021, koji za uređenje upravo tog područja predviđa obaveznu izradu konkursa.<sup>264</sup> Međutim, Nacrt zakona o planiranju, projektovanju i građenju, u članu 176, ostavlja prostor da nadležni ministar može da izda građevinsku i lokacijsku dozvolu za objekte od značaja za Srbiju ako planski dokument na osnovu kojeg se izdaje dozvola nije donet u roku.<sup>265</sup>

Iako je u predizbornoj kampanji 2012. godine najavljivan tender za Beograd na vodi, zahvaljujući lošem zakonskom okviru u Srbiji, prešlo se na direktne pogodbe. Još veći kuriozitet predstavlja činjenica da je investitor (Igl Hils iz Dubaia) raspisao konkurs za izgradnju zgrada u Beogradu na vodi pre potpisivanja bilo kakvog ugovora sa Republikom Srbijom. Nakon prestanka izborne kampanje, utihnule su i vesti o Beogradu na vodi.

Kada bi aktuelna vlast u Srbiji želela da uradi projekat Beograd na vodi zakonito, trebalo bi prvo da izradi studiju o načinu finansiranja projekta. U toj studiji bi se analizirali i uporedili modeli JPP, gde bi se preko tendera tražio privatni partner za realizaciju projekta i model državnog ulaganja iz budžeta. Nakon VfM analize, ako bi se odabrao model JPP kao ekonomski isplativiji, raspisao bi se tender i izabrao ponuđač koji bi gradio Beograd na vodi. Vodilo bi se računa o podeli rizika, posebno komercijalnog (prodaja 1,8 miliona kvadrata stambenog i poslovnog prostora), koji bi trebalo da snosi privatni partner, kao i o pitanjima nadzora nad realizacijom ugovornih obaveza.

---

<sup>263</sup> Zakon o JPP i koncesijama, Službeni glasnik RS, br. 88/2011, čl. 3. Detaljno o Zakonu i problem izuzeća od zakona u daljem tekstu.

<sup>264</sup> "Teritorija Savskog amfiteatra i dela novobeogradskog centra sa druge strane reke se u početnoj fazi jedinstveno rešavaju, kao budući gradski centar najvišeg ranga, putem međunarodnog konkursa, kako bi se uspostavila logična vizuelna i kontekstualna veza između poteza javnih prostora beogradske i novobeogradske strane, bez obzira na različite mogućnosti i kasnije nezavisne faze realizacije i posebne konkurse u dva dela budućeg centra", Transparent-nost Srbija: Medijski eksponirani slučajevi JPP, TS, 2014. str 2, fn.1

<sup>265</sup> Ibid.

Nameće se zaključak da je u Srbiji, u periodu pre donošenja Zakona o JPP, većina realizovanih ugovora male vrednosti, dok u sektorima većih investicija (vodosnabdevanje, kanalizacija, centralno grejanje) nema JPP jer su rizici za private partnere u ovakvom poslovnom okruženju preveliki. Od sklopljenih ugovora karakteristično je da su većina IJPP, što je suprotno svetskoj praksi gde su dominantna ugovorna JPP i koncesije. Razlog je slab kapacitet lokalnih vlasti za dodeljivanje koncesija. Zato se pribegava formiranju zajedničkih preduzeća koja po pravilu nemaju jasno definisan odnos, prava i obaveze. Od 2012. godine važi novi Zakon o JPP i koncesijama u koji su predstavnici vlasti polagali velike nade.

## 8. Novi zakonski okvir posle 2012. godine

Nakon donošenja Zakona o JPP i koncesijama, krajem 2011. godine, javna tela mogu sklapati JPP putem postupka javne nabavke ili koncesionog postupka. Time je ispravljena prethodna rupa u zakonodavnom okviru Srbije, gde je preko Zakona o komunalnim delatnostima bilo moguće zaobići transparentan i konkurentan postupak javne nabavke ili koncesioni postupak u dodeljivanju komunalnih delatnosti privatnom sektoru.

**Javno telo, u smislu aktuelnog zakona o JPP** jeste bilo koji direktni ili indirektni korisnik budžetskih sredstava, na bilo kojem nivou vlasti (Vlada, resorno ministarstvo, pokrajinski sekretarijat, lokalna samouprava, javno preduzeće, opštinski organ, škola, kao i sva druga pravna lica koja kontroliše javno telo preko većinskog upravljanja ili učešća u kapitalu).

Javno telo pokreće **postupak sklapanja JPP** predlogom koji upućuje odgovarajućem organu javne vlasti (lokalnoj skupštini, pokrajinskoj ili republičkoj vladi).

Uz predlog za pokretanje postupka, javno telo dostavlja i sačinjen **koncept JPP:**

- **Studiju izvodljivosti** (predmet i ciljevi JPP, poslovni plan, analiza ekonomske efikasnosti, plan aktivnosti i finansiranja, sadržaj ugovora, odredbe zaštite životne sredine, način organizovanja projektnog tima i mišljenje Komisije za JPP o projektu);
- **Analizu vrednosti za novac**, prema metodologiji Komisije za JPP (komparator troškova ukupnog životnog veka projekta finansiranog iz budžeta i preko JPP, gde JPP model mora biti isplativiji da bi dobio pozitivnu ocenu Komisije).

**Novi zakon o JPP je proširio mogućnost davanja koncesije** na niže nivoe. Stari zakon o koncesijama iz 2003. godine dozvoljavao je da koncedent bude samo Vlada RS, dok novi zakon o JPP dopušta i pokrajinskoj vladi i lokalnim skupštinama da daju koncesije na prirodna bogatstva i dobra od opšteg interesa u njihovoj nadležnosti.

Ukoliko predlog JPP bude prihvaćen od strane nadležnog organa (vlada/skupština opštine), sledi izrada konkursne dokumentacije, raspis tendera i izbor partnera.

Međutim, i pored velikih očekivanja vlasti, stanje sa JPP nije ništa bolje nego pre donošenja posebnog zakona. Razlozi su višestruki: nedovoljna stručnost funkcionera u javnom sektoru, politička nestabilnost, loše pravosuđe, visok stepen korupcije u svim sektorima javne uprave, neuređen pravni sistem i nepovezani zakoni sa brojnim nejasnoćama.

### ***Komisija za JPP i koncesije***

Komisiju za JPP imenuje Vlada na period od 5 godina, sa mogućnošću reizbora. Komisija ima 9 članova, koje imenuju ministarstva ekonomije i regionalnog razvoja (predsednika komisije), finansija (zamenika predsednika), dok ostale članove predlažu: premijer, ministarstvo infrastrukture, rudarstva, komunalnih delatnosti, zaštite životne sredine, Vlada Vojvodine i Grad Beograd (svako telo po jednog člana).

**Uloga Komisije** jeste implementacija JPP i koncesija. U tom smislu, Komisija u skladu sa zakonom<sup>266</sup>:

- Asistira u pripremi predloga JPP ili koncesija ;
- Pruža informacije i konsultacije po pitanjima vezanim za JPP ;
- Daje mišljenje o odobravanju procedure za projekte JPP ili koncesija ;
- Olakšava primenu međunarodnih iskustava u JPP ;
- Razvija metodologiju JPP ;
- Saraduje sa drugim vladinim i nevladinim organizacijama ;
- Daje preporuke i unapređuje projekte po zahtevu javnih tela.

Uloga Komisije u procesu JPP je u fazi odobravanja projekta. Projekat JPP ili koncesija ne mogu biti realizovani bez pozitivnog mišljenja Komisije. Pozitivno mišljenje podrazumeva većinu glasova Komisije i glas predstavnika Komisije ispred Ministarstva finansija. Komisija podnosi godišnji izveštaj o radu Vladi RS, koja plaća nadoknadu za rad članovima Komisije. Do sada,

---

<sup>266</sup> EPEC: Serbia, PPP Units and Related Institutional Framework, 2014, str. 7.

Komisija nije koristila evropske predpristupne fondove za finansiranje rada.

### **U institucionalnom okviru za JPP, osim Komisije, ulogu ima još 5 javnih tela u Srbiji.**

Ministarstvo finansija je uključeno u proces odobravanja JPP i finansijski nadzor potpisanih ugovora. Ministarstvo procenjuje budžetske implikacije i fiskalni rizik predloženih JPP. Mišljenje Ministarstva finansija je preduslov za odobravanje JPP ili koncesije koju predlaže javni partner.

Resorna ministarstva se javljaju kao javni partneri za projekte JPP na državnom nivou. AP Vojvodina i lokalne vlasti imaju autonomiju u odabiru JPP aranžmana za lokalne javne servise poput javnog transporta, vodosnabdevanja, lokalnih puteva, odlaganja otpada, javne rasvete, razvoja ekonomije, kulture i obrazovanja.

U fazi nabavke JPP, zaštitu prava ugovornim stranama obezbeđuje Republička komisija za zaštitu prava u procedurama javnih nabavki. Ima 7 članova koje bira Skupština na 5 godina.

Državna revizorska komisija kontroliše budžetsku potrošnju državnog, pokrajinskog i lokalnih budžeta, kao i budžeta javnih preduzeća. Osnovana je 2005. i izveštaje podnosi Skupštini. Reviziji podležu sve aktivnosti javnog sektora, uključujući i JPP aranžmane.

### ***Problemi Zakona o jpp i koncesijama***

Sam zakon o JPP i koncesijama ima više problema. U članu 3, koji reguliše izuzeća od primene zakona, pravi se prostor za buduće probleme u postupku usaglašavanja sa zakonodavstvom EU. Prvi stav člana 3. je opravdan, jer izuzima od zakona JPP koja bi zahtevala na uvid dostavljanje informacija čije bi otkrivanje ugrozilo bezbednost RS.

Problematična su preostala dva stava: u drugom se od zakona izuzima JPP zasnovano na međunarodnim ugovorima koje je Srbija zaključila sa jednom ili više država zbog realizacije ili korišćenja raznih projekata, a u trećem se iz zakona izuzimaju JPP u ekspoataciji javne telekomunikacione mreže, tj. pružanja telekomunikacionih usluga.<sup>267</sup>

Nameće se logičan zaključak da su ova dva stava ciljano implementirana u zakon kako bi se sačuvali interesi u poslovima Južnog toka i privatizacije Telekoma. U prvom slučaju problemi su se već pojavili, jer je EK jasno stavila do znanja i Srbiji, ali i Bugarskoj kao punopravnoj članici, da poslovi oko Južnog toka nisu u skladu sa načelima dodele javnih ugovora EU o transparentnosti, te da će EU takve projekte zabraniti dokle god se ugovori ne

<sup>267</sup> Zakon o JPP i koncesijama, Službeni glasnik RS, br. 88/2011, čl. 3

usklađe sa evropskim zakonodavstvom. Telekom još nije aktuelan, ali će Srbija i tu imati isti problem, jer će morati da uskladi član 3. Zakona o JPP, koji nije u skladu sa zakonodavstvom EU, već je otvoren prostor za zloupotrebe, direktne pogodbe bez tendera i korupciju na najvišem nivou. Čitaocu možda može biti nejasno načelo proporcionalnosti, čak i kada se pročita objašnjenje: *načelo proporcionalnosti podrazumeva da svaka mera preduzeta od strane državnog organa, odnosno drugog lica, mora biti minimalno potrebna i u srazmeri sa javnim interesom koji se takvom merom nastoji zaštititi*<sup>268</sup>.

Načelo proporcionalnosti je jedno od 5 osnovnih principa zakonodavstva EU.<sup>269</sup> Član 5. Ugovora o EU kaže da svaka akcija koju preduzima EU ne može ići dalje nego što je neophodno da bi se postigli ciljevi Ugovora.<sup>270</sup> Princip proporcionalnosti tako ima konstitucionalan i Pareto-optimalan karakter: on je ograničavajući za institucije EU u smislu da njihove akcije treba da budu maksimalne u cilju obezbeđivanja ciljeva Ugovora o EU i istovremeno minimalne u ograničavanju ostalih principa EU koji se odnose na pojedince. S obzirom na to da je vlastima ostavljeno da same određuju meru proporcionalnosti, što se često završava merama u korist vlasti, a protiv pojedinca, ECJ je krajnja instanca koja odlučuje da li je princip prekršen na osnovu četiri kriterijuma u testu ocene ispunjavanja kriterijuma proporcionalnosti: da li postoji legitiman cilj koji se meri; da li je mera prikladna za postizanje cilja sa dokazima o efektima mere; da li je mera neophodna za postizanje cilja u smislu da ne postoji lakši način i da li je mera razumna s obzirom na suprotstavljene interese različitih učesnika.<sup>271</sup>

U slučaju Srbije, kada se uzme u obzir čl. 3 Zakona koji smo već prokomentarisali, mogu se očekivati problemi u vezi sa poštovanjem načela proporcionalnosti, koji je već prekršen u pomenutom čl. 3, dakle u samom Zakonu.

Pomenuta načela su osnov za tumačenje odredbi Zakona.

Interesantan je i član 69. Zakona, kojim se uređuju stručni, administrativni i tehnički poslovi za Komisiju. Praktično, sve poslove za Komisiju obavlja ministarstvo ekonomije i regionalnog razvoja, a naročito se ističu četiri posla: prijem i obrada prijavljenih projekata JPP, vođenje evidencije o JPP projektima i koncesijama, predlog godišnjeg izveštaja i svi drugi stručni, administrativni i tehnički poslovi od značaja za rad Komisije.<sup>272</sup> Postavlja se pitanje u čemu

268 Zakon o JPP i koncesijama, Službeni glasnik RS, br. 88/2011, čl. 6

269 Osnovni principi EU zakonodavstva su: zaštita osnovnih ljudskih prava, proporcionalnost, pravna sigurnost, jednakost pred zakonom i subsidiarnost. Principi su zajednički zakonodavstvima svake članice EU.

270 Alina Kaczorowsky: European Union law, Taylor & Francis, 2008, str. 102

271 P. Craig & Grainne de Burca: EU Law: Text, Cases, and Materials, Oxford University Press, 2011, str. 526

272 Zakon o JPP i koncesijama, Službeni glasnik RS, br. 88/2011, čl. 69

je onda smisao Komisije, kada ceo posao oko projekata JPP i koncesija rade zaposleni u ministarstvu. Odgovor je isti kao i kada je reč o „radu“ preko 130 državnih agencija koje služe za udomljavanje partijskih kadrova na teret budžeta.

### ***Zakon o izmenama Zakona o JPP i koncesijama 15/2016 i 104/2016 - ispravljanje nedostatka odredbi o podeli rizika i nedostatak definicije PSC-a***

Prvobitni Zakon o JPP i koncesijama imao je još dva potencijalna nedostatka. Prvi se odnosio na propuštanje odredbi o obavezujućim rizicima na strani privatnog partnera, a drugi se odnosi na izostanak definicije i uloge komparatora troškova javnog sektora (PSC).

Metodologija određena ESA95 sistemom propisuje knjiženje i budžetiranje JPP projekata. Primenuju je sve članice EU, a izrađuje je Eurostat. Po ESA95 pravilima JPP projekat ne ulazi u rashodnu stranu budžeta samo ako privatni partner snosi rizik izgradnje, tražnje i/ili dostupnosti usluge (raspoloživosti javne usluge ili objekta).

U tom smislu možemo videti usaglašenost hrvatskog Zakona o JPP sa pomenutim evropskim standardima, godinu dana pre pristupanja EU. U članu 2. se navodi: Prilikom provedbe projekta JPP-a, privatni partner od javnog partnera preuzima obvezu i rizike vezane uz financiranje i proces gradnje, te najmanje jedan od sljedeća dva rizika: rizik raspoloživosti javne građevine i rizik potražnje.<sup>273</sup>

Nedostatak odredbe o obaveznim rizicima koje privatni partner mora preuzeti kako bi se izbeglo knjiženje obaveza javnog partnera kao rashoda u budžetu ispravljen je 26. februara 2016. godine, kada je usvojen Zakon o izmenama i dopunama Zakona o JPP i koncesijama. Tako član 3. definiše da U tački 6) posle reči: “između javnog i privatnog partnera” dodaje se zapeta i reči: “a naročito preuzimanje rizika tražnje ili rizika raspoloživosti objekta, usluge, infrastrukture i sl.”<sup>274</sup> I dalje nije regulisan transfer rizika izgradnje, kao što propisuje zakonodavstvo EU.

Drugi nedostatak je odsustvo odredbi o PSC-u. PSC je vrlo važan pojam u određivanju vrednosti za novac projekata JPP. Istina, Zakon o JPP propisuje da predlog projekta JPP mora da sadrži procenu troškova i analizu dobijene vrednosti u odnosu na uložena sredstva (value-for-money, u skladu sa Metodologijom koju donosi Komisija za JPP)<sup>275</sup>. Međutim, zakonodavac bi

<sup>273</sup> VladaRH: ZakonoJPP, NN 78/12

<sup>274</sup> ZakonoizmenamaidopunamaZakonaobjavno-privatnompartnerstvui koncesijama (“Sl. glasnikRS”, 15/2016 i 104/2016)

<sup>275</sup> Zakon o JPP i koncesijama, Službeni glasnik RS, br. 88/2011, čl.27, st.2



bio mnogo precizniji i jasniji kada bi odredio PSC u samom zakonu. Pozitivan primer ponovo nalazimo u hrvatskom Zakonu o JPP, gde se PSC pominje na tri ključna mesta: kao jedan od osnovnih pojmova u oblasti JPP<sup>276</sup>, kao jedan od osnovnih delova sadržaja predloga projekta JPP<sup>277</sup> i kao jedan od osnovnih kriterijuma za odabir predloga projekta JPP.<sup>278</sup>

Iako je Komisija za JPP 18. jula 2013. Objavila Metodologiju za analizu dobijene vrednosti u odnosu na uložena sredstva (value-for-money) u javno-privatnom partnerstvu i koncesijama,<sup>279</sup> zaključne pojmove je bolje da budu deo zakona nego priručnika.

## 9. JPP tržište posle Zakona o JPP

Iako je od donošenja Zakona o JPP i koncesijama proteklo više od pet godina, postoji preko 40 odobrenih predloga za JPP od strane Komisije, ali još uvek nema realizovanih ugovora za JPP. Međutim, interesovanja ima, što pokazuje rast broja odobrenih predloga JPP od strane Komisije za JPP.

Uspostavljanjem pravnog okvira 2012. godine, pa do aprila 2017., **Komisija za JPP odobrila je preko 40 predloga JPP.**<sup>280</sup> Svi predlagači su lokalne samouprave, osim za predlog koncesije za aut-put Beograd-Požega, čiji je tender u međuvremenu propao i 38. odobrenog predloga JPP – predloga grada Beograda za koncesiju za nabavke urbane opreme.<sup>281</sup>

**Razlozi za nerazvijenost JPP** tržišta u Srbiji nakon stupanja na snagu novog zakona ostali su isti kao i ranije. Sam zakon ne može promeniti nereformisani sistem javne uprave i edukovati funkcionere javnog sektora koji se biraju po partijskom ključu i po pravilu su nekompetentni za poverene poslove. Ogromna većina u menadžmentu javnog sektora ne zna dovoljno o JPP, niti imaju minimalni kapacitet potrebne ekspertize u svom okruženju (eksperti za JPP,

276 Komparator troškova javnog sektora (PSC, Public Sector Comparator) je usporedba sadašnje vrijednosti ukupnih životnih troškova u ugovorenom razdoblju projekta po tradicionalnom (proračunskom) modelu financiranja u odnosu na istu vrstu troškova provedenog po modelu JPP-a. PSC uključuje i izračun naknade u novcu potrebne za namirenje ukupnih troškova, rashoda i odljeva projekta, alokaciju rizika između ugovornih strana, te kvantifikaciju alociranih rizika. (Vlada RH: Zakon o JPP, NN 78/12, čl.3 st.6)

277 Prijedlog projekta JPP-a mora minimalno sadržavati: 1. komparator troškova javnog sektora (PSC) s prikazom financijske održivosti projekta. (Ibid, čl.9 st.3)

278 Osnovni kriteriji za odobrenje prijedloga projekta JPP-a su: ... iskazana je pozitivna vrijednost za novac u kom-paratoru troškova javnog sektora (PSC). (Ibid. čl.9 st.8)

279 KomisijazaJPP: MetodologijazaanalizuViMuJPPikoncesijama, 2013, dostupnoproko: <http://www.ppp.gov.rs/dok/38/Metodologija%20za%20analizu%20dobijene%20vrednosti%20u%20odnosu%20na%20ulo%C5%BEeni%20novac%20u%20javnoprivatnom%20partnerstvu%20i%20koncesijama.pdf>

280 Komisija za JPP RS, mišljenja Komisije, dostupno na: <http://www.ppp.gov.rs/misljenja-komisije>

281 Kineski investitori koji su bili zainteresovani za koncesiju su odustali zbog neprihvatljivih uslova tendera oko podele rizika i garancija Vlade RS u vanrednim situacijama. Višena: <http://mondo.rs/a768130/Info/Ekonomija/Kine-zi-nece-koncesiju-za-Koridor-11.html>

izradu studija opravdanosti, izvodljivosti, finansije, pravna pitanja, procenu rizika, tendersku proceduru, sektorske eksperte, itd.) da bi mogli da iskoriste potencijal saradnje sa privatnim sektorom u podsticanju infrastrukturnih ulaganja. Drugi razlog su loša iskustva u prethodnom periodu (do 2012. godine) u oblastima upravljanja otpadom, deponijama i parking uslugama, koja su negativan podsticaj za nova JPP.

**Novi zakon o JPP, sa druge strane, ima nekoliko dobrih podsticaja:** JPP projekti (posebno oni većeg obima) dobra su prilika za konkurisanje za povoljne kreditne aranžmane međunarodnih finansijskih institucija (EIB, SB, EBRD, IFC). Krediti koje daju ove institucije preko regionalnih fondova za kreditiranje investicionih projekata, uz saradnju sa domaćim komercijalnim bankama, olakšavaju realizaciju skupih projekata u oblastima u kojima u Srbiji nema JPP – putna i železnička infrastruktura, mostogradnja, avio-saobraćaj, prečišćavanje otpadnih voda, obnovljivi izvori energije, sport i obrazovanje i sl. Olakšan je i pristup konsultantskim uslugama tih institucija za pripremu studija izvodljivosti i tenderske dokumentacije.

### ***Zaključak o primeni JPP u Srbiji***

Iako JPP mogu da deluju kao dobro rešenje za javni sektor zbog relativno lakog upliva privatnog kapitala za javne poslove za koje u budžetu nema novca, treba biti obazriv. Tačno je da JPP omogućavaju realizaciju infrastrukturnih projekata ili pružanja javnih usluga uz izbegavanje trenutnog zaduživanja i opterećenja po javni budžet. Međutim, JPP aranžman ne znači da javni sektor neće imati trošak, naprotiv: imaće višedecenijski umanjeni prihod u budžet zbog plaćanja naknada privatnom partner. U slučaju klasičnog finansiranja projekata javnog sektora, trošak je visok, kratkotrajan i nalazi se na rashodnoj strani budžeta. JPP se ne knjiže kao rashod, ali je trošak prikrivajući i javlja se kao dugoročni umanjen prihod na prihodnoj strani budžeta. Zato je veoma važno dobro izraditi proračun vrednosti za novac i komparator troškova javnog sektora. Odgovornost u ovom poslu je na strani javnog sektora.

JPP mogu da deluju kao dobro rešenje za javni sektor i zbog veće efikasnosti privatnog sektora koji ima niže troškove u realizaciji projekata i bolje upravljanje rizicima eksploatacije i održavanja. Međutim, sve realne prednosti privatnog sektora ne moraju doći do izražaja ako ne postoji transparentan i konkurentan postupak javne nabavke prilikom izbora privatnog partnera za JPP. U tom slučaju dolazi do korupcije, direktnih pogodbi, nameštanja tendera, loše raspodele rizika, nepreciznih ugovora i rđavog nadzora nad realizacijom projekta i poštovanjem ugovornih obaveza. Za sprečavanje ovakvih rizika takođe je odgovoran javni sektor, a na vrhu lanca odgovornosti

je Vlada koja predlaže zakone i odgovorna je za reformu pravosuđa, javne uprave i generalno celog sistema državne uprave.

CIP - Каталогизација у публикацији -  
Народна библиотека Србије, Београд

347.963  
347.722

JAVNO tužilaštvo i javni interes : mogućnost javnog tužioca da zaštiti  
javni interes / Goran Ilić ... [et al.]. - Beograd : Udruženje javnih  
tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, 2018 (Beograd ). - 169  
str. ; 24 cm

Tiraž 600. - Napomene i bibliografske reference uz tekst.

ISBN 978-86-87259-44-7

1. Илић, Горан, 1963- [аутор]

а) Јавно тужилаштво б) Сукоб интереса

COBISS.SR-ID 270923020

---





