



FONDACIJA ZA OTVORENO DRUŠTVO • OPEN SOCIETY FOUNDATION

**KA EFIKASNOM SISTEMU JAVNIH NABAVKI U ZEMLJAMA (POTENCIJALNIM)
KANDIDATIMA ZA ČLANSTVO U EVROPSKOJ UNIJI**

I

Unutar sistema javnih nabavki koje je uspostavljen u svakoj zemlji susreću se dva principa: princip dobrog upravljanja i princip slobode trgovine. Otuda svaki nacionalni sistem javnih nabavki jeste odraz odnosa prema uspostavljanju funkcionalne (demokratske) države, s jedne, i slobodnog tržišta s druge strane. Na nacionalnom nivou integritet sistema javnih nabavki, odnosno dobra i neprotivrečna pravna regulativa, njena koherentna primena i nezavisnost organa kojima je povereno staranje o javnim nabavkama predstavlja značajan instrument za uspostavljanje odgovornog ponašanja vlade, drugih državnih organa, javnih ustanova i preduzeća u trošenju javnih sredstava, kao i instrument za prevenciju korupcije. U ovom smislu uspostavljanje integriteta sistema javnih nabavki radi u korist principa dobrog upravljanja i odgovornog vršenja vlasti, a time i u korist uspostavljanja funkcionalne demokratske države. Kredibilno funkcionisanje sistema javnih nabavki radi naravno i u korist nesmetanog funkcionisanja slobodnog tržišta na nacionalnom nivou. Ali, utvrđivanje standarda koliko nacionalno tržište treba da bude slobodno, pa i tržište javnih nabavki, je unutrašnja stvar svake pojedine zemlje sve dok ne odluči da postane deo širih tržišta.

Mera u kojoj je obezbeđena sloboda trgovine na nacionalnom tržištu, jednakost pristupa (bez diskriminacije) svim privrednim akterima (domaćim i stranim), kao i mera u kojoj je nacionalno tržište otvoreno za slobodnu konkurenciju je od značaja za članstvo u Svetskoj trgovinskoj organizaciji, ali i za pristup domaćih privrednih aktera na tržišta drugih zemalja (jer je taj pristup po pravilu zasnovan na principu

reciprociteta). No, to je drugo pitanje i ne mora se nužno ticati tržišta javnih nabavki.

U kontekstu procesa evropskih integracija i pristupanja Evropskoj uniji temu javnih nabavki treba razumevati i razmatrati u kontekstu ideje da je slobodno i jedinstveno tržište (*single market*) uslov ekonomskog prosperiteta, a ekonomski prosperitet sa svoje strane uslov očuvanja mira¹ jer, kako se verovalo i u trenutku osnivanja evropskih zajednica tj. EU „trgovinsko-ekonomska zavisnost smanjuje rizik za izbijanje neprijateljstava u budućnosti“². Saglasno tome „Uklanjanje trgovinskih barijera na tržištu javnih nabavki je samo jedan aspekt politike izgradnje slobodnog tržišta, a upravo ovo predstavlja *ratio* i osnovu pravnog režima javnih nabavki“ u EU.³

Ovo je razlog zbog koga se u procesu pristupanja EU kroz pregovore o statusu javnih nabavki i proveru efikasnosti sistema javnih nabavki ispituje sposobnost države kandidata da njena teritorija postane i deo jedinstvenog tržišta javnih nabavki EU i da njeni organi obezbede efikasnu primenu *Zajedničkih tekovina* koje se odnose na javne nabavke.

U istom kontekstu princip dobrog upravljanja vezan je za ispunjavanje političkih kriterijuma za članstvo, a princip zaštite konkurencije za efikasno funkcionisanje jedinstvenog tržišta roba i usluga EU.

EU regulativa u oblasti javnih nabavki uspostavlja standarde slobodnog tržišta javnih nabavki za ceo prostor EU i insistira na uklanjanju svih tarifnih i netarifnih barijera u nastojanju da tržište javnih nabavki učini sastavnim delom jedinstvenog evropskog tržišta. Zahtev se zasniva na dve od četiri slobode na kojima se temelji Unija: slobodi kretanja roba i slobodi kretanja usluga.

II

Primarni (osnivački ugovori) i sada već četvrta generacija sekundarnih izvora prava EU (direktiva) definiše standarde koje su države članice dužne da svojim unutrašnjim zakonodavstvom lokalizuju i primenjuju na sopstvenoj teritoriji, odnosno da svoju regulativu i praksu harmonizuju sa standardima i praksom u EU.

¹ *Up.* EU Public Procurement Law: An Introduction, ed. Sue Aerosmith, 2004, The EU-Asia Inter University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation

² *ibid.* s.16

³ *ibid.* s. 44

Njihov osnovni cilj je da suzbiju prakse koje na jedinstvenom tržištu javnih nabavki faktički proizvode efekte trgovinskih barijera. Takav efekat po pravilu proizvode: zaštita industrija koje nemaju komparativnu prednost; zaštita industrija koje bi u budućnosti eventualno mogle da imaju komparativnu prednost; podrška ostvarivanju drugih društvenih ciljeva i ciljeva zaštite okoline na uštrb slobode trgovine; preterano i neopravdano pozivanje na razlog nacionalne bezbednosti; korupcija i klijentelizam; odsustvo trgovinskih pritisaka na javne vlasti i tela (pritiska da se za raspoloživi novac dobije najbolja ponuda); nedovoljna transparentnost; i neefikasne procedure javnih nabavki.

Pravo EU, kao i pravo javnih nabavki EU dopušta eksplicitno, ali i implicitno određena odstupanja i izuzetke od opštih pravila ali pod pretpostavkom ispunjavanja određenih uslova. Opravdanost svakog odstupanja može se dovesti u pitanje ili osporiti pred Evropskim sudom pravde. Zbog toga je jurisprudencija Evropskog suda pravde važan izvor za razumevanje i naročito za primenu evropskih *Zajedničkih tekovina* u oblasti javnih nabavki

Povezanost i susretanje principa dobrog upravljanja i slobodne trgovine može se ilustrovati rečima javnog pravobranioca Jacobsa u jednom postupku pred Evropskim sudom pravde⁴: „Uopšteno posmatrano, glavni razlog pravnog regulisanja javnih nabavki je taj da se obezbedi da javni novac/fondovi budu utrošeni na pošten i efektivan način“. To znači da se sredstva iz javnih fondova moraju trošiti namenski i u javnom interesu, što će reći na način koji će obezbediti da se sredstvima iz javnih izvora pribave radovi, dobra i usluge optimalnog kvaliteta u optimalnom roku po najpovoljnijoj ceni, a „na osnovu ozbiljnog procenjivanja i bez ikakvog favorizovanja ili činjenja protivusluga bilo finansijske ili političke prirode.“⁵ U ovim njegovim rečima sažet je princip dobrog upravljanja i odgovornog vršenja vlasti bez obzira da li se radi o Vladi, nezavisnim telima kojima su poverena posebna ovlašćenja za sprovođenje i kontrolu postupka javnih nabavki, ili pak pravosuđu (uključujući tu tužilaštvo i sud) kao poslednjem bedemu odbrane integriteta sistema javnih nabavki. Iz poslednjeg iskaza javnog pravobranioca je jasno da pod *quid pro quo* uslugama on cilja i na korupciju. To ide u prilog široko rasprostranjenom uverenju

⁴ SIAC Construction Ltd. v. County Council of the County Mayo (c19/00; Opinion, par. 33): „The main purpose of regulating award of public procurement contract in general is to ensure the public funds are spent honestly and efficiently on the basis of serious assessment and without any kind of favoritism or quid pro quo whether financial or political.

The main purpose of Community harmonization is to ensure in addition abolition of barriers and a level playing field by, inter alia, requirements of transparency and objectivity“.

⁵ *ibid.*

da sistem javnih nabavki koji ima integritet jeste i instrument za suzbijanje korupcije, odnosno za vršenje vlasti u javnom interesu.

Ali, ono što je vrlo važno za zemlje (potencijalne) kandidate je to da se pravobranilac Jacob ne zaustavlja na ovome, nego nastavlja: „Glavni razlog za harmonizaciju sa Unijom je taj da se dodatno“, dakle kumulativno sa prvim razlogom, „osigura ukidanje barijera i jednakost svih učesnika u postupku (javnih nabavki) kroz primenu načela transparentnosti i objektivnosti.“⁶

Preko ovog iskaza lako je razumeti sadržaj poglavlja 5 o pregovorima za članstvo u EU naslovljenog „Javne nabavke“.

Regulativa EU u oblasti javnih nabavki počiva na i štiti četiri principa: jednakost tretmana, slobodna konkurenciju, nediskriminacija i OPŠTI princip transparentnosti. Ovi principi moraju biti primenjeni u svim postupcima javnih nabavki, nezavisno od toga da li se nabavke sprovode kroz postupak javnog oglašavanja ili putem pogodbe. Takođe se odnose na koncesije i javne nabavke na osnovu okvirnih ugovora, a *mutis mutandis* i na javno-privatno partnerstvo.

U okviru poglavlja 5 EU ispituje se ispunjenost kriterijuma za članstvo koji se odnose na *opšti princip transparentnosti, jednakost tretmana, slobodu konkurencije i princip ne-diskriminaciju* (u ovom slučaju u pogledu zemlje porekla ponuđača). U kontekstu pregovora o članstvu to treba razumeti u širem smislu tj. ne samo kao ocenu zakonske i faktičke transparentnosti procedura javnih nabavki i rada organa kojima je povereno njihovo sprovođenje (u slučaju Srbije Uprava za javne nabavke i Komisija za zaštitu prava ponuđača), već i transparentnost rada i kapacitete drugih organa koji mogu uticati na tok, kvalitet i zakonitost postupaka javnih nabavki, ali i ostvarivanje preduslova od kojih zavisi poštovanje navedenih principa.

Da bi u postupcima javnih nabavki bilo obezbeđeno poštovanje navedenih principa u zemljama čija se tržišta tek liberalizuju i na kojima je zaštita konkurencije u povoju, monopolski položaj i državna pomoć više pravilo nego izuzetak, a korupcija i klijentelizam sistemski problem, potrebno je da brojni drugi organi odgovorno vrše svoje poslove kako bi uopšte bilo uspostavljeno tržište javnih nabavki. U krug tih drugih organa spada Vlada koja preko državne pomoći i raznih formi klijentelizma može ozbiljno ugroziti slobodu konkurencije ili ometati rad nezavisnih organa; Komisija za zaštitu konkurencije čiji teret obaveza je višestruko uvećan zbog obima javnog sektora koji dominira u obavljanju privrednih aktivnosti i obima tržišta

⁶ *ibid.*

javnih nabavki; Agencija za borbu protiv korupcije ili slično telo koje se stara o sprečavanju sukoba interesa, što je uslov za sprečavanje favorizovanja bilo kog ponuđača; Državna revizorska institucija kojoj je poverena kontrola postupka javnih nabavki; Poverenik za slobodan pristup informacijama od javnog značaja koji ima dužnost da osigura slobodan pristup informacijama vezanim za postupak javnih nabavki; tužilaštva i sudova koji su obavezni da nezavisno i nepristrasno postupaju u slučaju postojanja osnova sumnje, odnosno osnovane sumnje da javne nabavke nisu sprovedene na zakonit način. Ispitivati ispunjenost kriterijuma i ovde znači proveravati da li su pravni standardi EU ugrađeni u domaće norme (harmonizacija) i da li su svi nadležni organi sposobni da ih efektivno primenjuju i tako štite evropski pravni sistem.

Iz ovoga je jasno da ispunjenost kriterijuma iz *Acquisa* u oblasti javnih nabavki u velikoj meri zavisi od stanja u oblasti zaštite konkurencije, što je predmet ispitivanja u okviru poglavlja 8 „Politika konkurencije“ pregovora o članstvu u EU. U oblasti zaštite konkurencije pretežni deo pravne regulative EU sačinjen je od direktno primenljivih normi. Prilikom harmonizacije svojih propisa sa standardima EU u oblasti javnih nabavki zemlje članice o njoj moraju voditi posebnu pažnju. U tom smislu za zemlje (potencijalne) kandidate je važno da ne pribegavaju zaštiti javnih monopola i skrivenim oblicima davanja državne pomoći kroz regulisanje i praksu javnih nabavki.

U okviru poglavlja 5 dodatno se ispituje da li postoji **koordinacija pravila EU**. To znači da mora postojati usklađenost pravila koja regulišu dodeljivanje nabavki roba, usluga i radova tradicionalnim entitetima s onim pravilima koja se primenjuju u postupku nabavki u posebnim, ili specijalnim sektorima (npr. bezbednost). Da bi dopuštena odstupanja i izuzeci od opštih pravila u predmetima javnih nabavki bila legalna, ona moraju zadovoljiti dva kriterijuma. Prvo, svako odstupanje mora se zasnivati na objektivnim razlozima i ne sme predstavljati uvođenje skrivene trgovinske barijere. Drugo, svako odstupanje ili izuzetak mora položiti „test proporcionalnosti“ (dakle, mora biti odgovarajuće i nužno).

Proveravanje da li su propisani postupci javnih nabavki i ustanovljena praksa u skladu sa standardima koji čine deo *Zajedničkih tekovina* uključuje i ispitivanje o **raspoloživosti pravnih lekova**, van-sudskih i sudskih. To dovodi poglavlje 5 u vezu sa poglavljem 23 pregovora o članstvu u EU.

U okviru poglavlja 23 se između ostalog ispituje kvalitet pravosuđa. U vezi s tim se konstatuje: “Uspostavljanje nezavisnog i efikasnog pravosuđa je od najvišeg značaja. Sudska nepristrasnost, integritet i visoki standardi sudovanja je ključno za

vladavinu prava. To zahteva čvrstu posvećenost eliminisanju spoljnih uticaja na pravosuđe, izdvajanje adekvatnih finansijskih sredstava i stručno usavršavanje. Moraju postojati pravne garancije poštenog postupka. Takođe, države članice se efikasno moraju boriti protiv korupcije, jer je ona pretnja demokratiji i vladavini prava. Solidan pravni okvir i kredibilne institucije čiji je zadatak da podstiču koherentne politike prevencije i odvracanja od korupcije“. Ako to prevedemo na reči javnog pravobranioca Jacobsa i vratimo se na polje javnih nabavki, korupcija i nije ništa drugo do „činjenje protivusluga finansijske ili političke prirode“⁷.

Veza poglavlja 5 i 23 i činjenica da jurisprudencija ESP predstavlja faktički tercijarni izvor prava u regulisanju javnih nabavki i zaštiti principa na kojima ona počiva ukazuje na neophodnost da se već u ranim fazama pregovora o članstvu posebna pažnja pokloni stručnom usavršavanju sudija i tužilaca u ovoj oblasti. Kapaciteti pravosuđa da sude u sporovima nastalim u vezi javnih nabavki biće kriterijum *sine qua non* za zatvaranje pregovora i o poglavlju 5 i o poglavlju 8, kao i o poglavlju 23.

Konačno, u okviru poglavlja 5 zahteva se ***postojanje specijalizovanih organa*** za sprovođenje postupaka javnih nabavki. Praksa razvijena tokom poslednje decenije daje prednost organima koji su po svom položaju nezavisni u odnosu na vladu. Pravne garancije njihove operativne i funkcionalne nezavisnosti su preduslov integriteta sistema javnih nabavki, Ali kao što reče guverner Centralne banke Australije Fraser razmatrajući nezavisnost centralnih banaka: „da li će njihova nezavisnost i kredibilnost biti uspostavljena zavisi od mere njihove sopstvene odgovornosti u vršenju poverenih ovlašćenja, ali i od snage aktera koji su zainteresovani za uspostavljanje i očuvanje njene nezavisnosti i integriteta.“⁸

III

To nas dovodi do pitanja ko su ti akteri koji mogu biti zainteresovani za integritet sistema javnih nabavki. U zemljama (potencijalnim) kandidatima su do sada pretežni interes za izgradnju i nesmetano funkcionisanje neprotivrečnog sistema javnih nabavki i uspostavljanje njegovog integriteta pokazivale ekspertska zajednica i aktivističke NVO. Polazni moto u radu obe grupacije je bila zaštita javnog interesa u smislu odgovornog trošenja javnih sredstava, a cilj dobro upravljanje.

⁷ EU Enlargement - European Commission - Chapters of the acquis, <http://ec.europa.eu/policy/coordinations-membership/chapters-of-the-acquis/>

⁸ Central Bank Independence: What Does It Mean? *Talk by the Governor, B.W.Fraser, to the 20th SEANZA Central Banking Course, Karachi, 23 November 1994*

To je bilo prirodno, imajući u vidu širinu javnog sektora u privredi i van nje, njegovu totalnu politizaciju (upravljačke funkcije u javnim preduzećima su neskriveno postale deo izbornog plena; zloupotreba monopolskog položaja pravilo; odliv njihovog novca u partijske fondove norma; poslovanje s privrednim subjektima koje opterećuje konflikt interesa redovna pojava; a dobijanje državne pomoći *modus vivendi*). Kroz ekspertske rad, *watchdoging* i akcije zagovaranja nastojale su da otkriju, eliminišu, izlože javnoj kritici ili da dovedu do sankcionisanja pokušaje da novouspostavljeni sistemi javnih nabavki postanu novi generator sistemske korupcije, klijentelizma, ili izvor za sticanje imovinske i druge (političke) koristi nosilaca javnih ovlašćenja.

Ova pitanja bi morala doći u fokus angažovanja privredne zajednice, odnosno njihovih udruženja: nacionalne i lokalnih privrednih komora; udruženja malih i srednjih preduzeća i sl., nezavisno od procesa pristupanja EU. Tim pre što nesolidno funkcionisanje sistema javnih nabavki proizvodi teške distorzije u odnosu na funkcionisanje principa slobode tržišta koje nejakim mehanizmi zaštite konkurencije do sada nisu uspjeli da zaštite. S druge strane sva pitanja vezana za zaštitu konkurencije trebalo bi da zainteresuju ekspertske i aktivističku zajednicu jer je efikasna zaštita konkurencije po sebi značajan instrument za prevenciju korupcije i suzbijanje tajkunskih i onih neformalnih centara moći .

Ekspertska zajednica, aktivističke NVO koje se bave nadzorom nad javnim finansijama i udruženja privrednika prirodno čine konstituencu o kojoj govori guverner Frejzer. Svi oni bi morali biti zainteresovani za uspostavljanje efektivne nezavisnosti kontrolnih tela u oblastima od kojih zavisi integritet sistema javnih nabavki; za odgovorno vršenje poverenih im ovlašćenja; i za primenu principa na kojima treba da počiva tržište javnih nabavki (nezavisno od procesa EU integracija).

Otvaranje pregovora o članstvu u EU je razlog više da se među ovim akterima ojača dijalog i zajedničko delovanje, jer njihove pozicije i interesi se lako mogu sukobiti tokom pregovora o članstvu, naročito kada je u pitanju brzina i način liberalizacije tržišta javnih nabavki. Rokovi za liberalizaciju tržišta javnih nabavki (kratki rokovi mogu biti interes onih koji se bave pitanjima suzbijanja korupcije i politizacije) i priprema i politike prilagođavanja standardima EU (neadekvatne nacionalne politike prilagođavanja mogu na različite načine ugroziti nejakim privredni sektor, što svakako nije interes privrednih aktera) su dve teme na kojima ove dve grupacije svakako mogu i treba da saraduju. Potreba njihove saradnje, usklađivanje akcija i intervencija koje se tiču pregovora o poglavljima 5, 8 i 23; dinamike i tempa njihovog otvaranja i zatvaranja; i efikasnosti domaćih politika u datim oblastima više je nego očigledna.

IV

Konačno, zašto je opravdano i svrsishodno zajedničko delovanje i saradnja aktera iz zemalja (potencijalnih) kandidata za članstvo u EU⁹ na temi javnih nabavki.

Opravdano je, jer je ekonomično. Sve ove zemlje definišu svoje sisteme javnih nabavki u kontekstu izglednog pristupanja EU. Sve se nalaze u koloni, udaljene jedna od druge jedva za polovinu koraka. To je ipak dovoljno da bi one na začelju mogle da koriste iskustva onih koje predvode kolonu u rešavanju rebusa koji se tiče definisanja, usklađivanja i neprotivrečnog sprovođenja politika vezanih za poglavlja 5, 8 i 23. Tim pre što su sve one članice CEFT-e, ali nijedna od njih nije do kraja razumela značaj ove pokazne vežbe koja je trebalo bolje da ih pripremi za pregovore sa EU. Uprkos svemu i danas je zajednička karakteristika svih ovih zemalja nejakost i nekompetitivnost njihovih privreda, širok obim državne pomoći i visok stepen protekcionizma.

Zbog toga dinamika otvaranja i zatvaranja pojedinačnih i povezanih poglavlja, sprovođenje mera od značaja za jačanje kompetitivnosti privrednih grana i subjekata koje će naročito biti pogođene daljom liberalizacijom tržišta predstavljaju zajedničko polje učenja i razmene iskustava.

Poželjno je jer su države ovog regiona, osim Albanije, nastale iz jedne države u kojoj su porodične i druge veze preživele nestanak zajedničke države. Zbog toga konflikti interesa i drugi razlozi quid pro quo činjena mogu sada i u budućnosti biti češće izvor distorzije principa jednakog tretmana i ne-diskriminacije nego na nivou Unije kao celine. Pojačani regionalni monitoring korelacija „prekograničnog konflikta interesa“ i dodele javnih nabavki ima svoj puni smisao, kao što je pokazao projekat Balkanske anti-korupcijske mreže realizovan 2009-11,¹⁰ kao i druge prakse transgraničnog klijentelizma i protekcionizma.

⁹ *N.B.* U poslednje vreme pojedini analitičari nazivaju zemlje (potencijalne) kandidate za članstvo u EU zbirnim imenom „Preostali/*The Resters*“, u smislu njihovih intencija da postanu članice EU i političke volje EU da se proširi na preostali prostor Zapadnog Balkana.

¹⁰ Balkan Anti-Corruption Civic Initiative (BACCI), Partnership for Social Development, Zagreb; Open Society Fund, Sarajevo; Open Society Foundation, Belgrade; Romanian Academic Society, Bucharest; 2010.