ЈАВНА ПОТРОШЊА:

СРБИЈА У ВРТЛОГУ ПОЛИТИЧКЕ КОРУПЦИЈЕ

Топлички центар за демократију и људска права

УДРУЖЕЊЕ ЈАВНИХ ТУЖИЛАЦА И ЗАМЕНИКА ЈАВНИХ ТУЖИЛАЦА СРБИЈЕ

Ужички центар за људска права и демократију

Канцеларија за сарадњу са цивилним друштвом

ЈАВНА ПОТРОШЊА:
СРБИЈА У ВРТЛОГУ ПОЛИТИЧКЕ КОРУПЦИЈЕ

ЈАВНА ПОТРОШЊА: СРБИЈА У ВРТЛОГУ ПОЛИТИЧКЕ КОРУПЦИЈЕ

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

За издавача
Драган Добрашиновић

Уредник
Милорад Бјелетић

Лектор
Драган Огњановић

ISBN 978-86-89227-19-2

Тираж
1.000 примерака

Припрема и штампа
Досије студио, Београд

Ова публикација је део пројекта „Грађанско друштво и правосуђе: ка више транспарентности и борбе против корупције у јавној потрошњи“, који су, уз подршку Делегације ЕУ у Републици Србији кроз програм Европска иницијатива за демократију и људска права (EIDHR) и Канцеларије за сарадњу са цивилним друштвом Владе Републике Србије, реализовали Топлички центар за демократију и људска права, Ужички центар за људска права и демократију и Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије.

Топлички центар за демократију
и људска права

ЈАВНА ПОТРОШЊА: СРБИЈА У ВРТЛОГУ ПОЛИТИЧКЕ КОРУПЦИЈЕ

Прокупље 2018.

Садржај

Јавна потрошња између политичке моћи, коруптивне стварности и непристајања грађана на корупцију као судбину. 7

Јавне набавке 18

Државна помоћ 45

Јавно-приватна партнерства 77

Билатерални инвестициони споразуми 92

Јавна потрошња између политичке моћи, коруптивне стварности и непристајања грађана на корупцију као судбину

Србија је једна од најкорумпиранијих држава у Европи, ноторна је чињеница, изречена безброј пута. Ову, по грађане Србије, поражавајућу и понижававајућу истину, понављају домаћи и страни стручњаци, налазимо је у извештајима домаћих институција, Европске уније, Савета Европе, међународних организација. Тако извештавају медији, у то верује већина грађана. То тврде и домаћи политичари – чак и они на власти – по правилу у предизборној кампањи, када обећавају да ће се, у новом мандату, свом снагом обрачунати са корупцијом. Као да нису имали прилике у претходном. И онда још један мандат, па нова кампања и ново обећање да ће се, баш у будућем мандату, обрачунати са корупцијом, јер је у претходном нешто било пречe. Борба против корупције тако постаје фраза, а корупција опште место, нешто као природна непогода.

Чини нам се да део власти који је склон корупцији управо то и жели, да на тај начин себи створи удобан алиби. Ми смо као народ, ето, такви, па онда скоро да и нема одговорности оних који су корумпирани или оних којима је задатак да корупцију спречавају пре него што настане или сузбијају када буде откривена.

Истина је управо супротна – корупција није питање судбине, већ одлуке оних који врше власт. Управо они имају прилику да уреде систем јавних прихода и расхода на начин који онемогућава и обесхрабрује корупцију, а да у случајевима да се корупција деси омогуће да она буде откривена и кажњена.

Против корупције се вреди борити, велика већина грађана Србије то разуме и подржава, а из примера других, нама сличних друштава, имамо доказ да је то и могуће. За успех је потребна чврста политичка воља, али и неопходна подршка и упоран труд различитих актера, међу њима и стручне јавности и грађанског друштва.

То је полазна основа пројекта „Грађанско друштво и правосуђе: ка више транспарентности и борбе против корупције у јавној потрошњи“, у оквиру којег је настао зборник који је пред вама. Пројекат су спровеле три организације: Топлички центар за демократију и људска права из Прокупља, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца

Србије и Ужички центар за људска права и демократију, трајао је од априла 2016. до априла 2018. године, а подржале су га Делегација Европске уније у Србији и Канцеларија за сарадњу са цивилним друштвом Владе Србије.

Има више врста корупције, већини грађана је позната такозвана „ситна корупција“, која подразумева давање мита за услугу коју прималац мита може да пружи због свог положаја у здравству, полицији, правосуђу, образовању, инспекцији, Влади, општини или било где другде у јавној управи или на власти. За грађане она није „ситна“, иако је теоретичари тако именују. За грађане је она увредљива јер угрожава права која су у основи пристојног живота и нормалног друштва, као што су право на лечење, образовање, доступност правде, једнакост пред законом. Ова корупција је „ситна“ једино зато што постоји и друга, „велика“, неупоредиво већа по износима и разорним последицама по друштво. Управо њоме смо се бавили током две године рада на овом пројекту и претходних десет година у борби за транспарентне и одговорне јавне финансије у Србији.

Велика корупција обитава у јавној потрошњи, тамо где носиоци власти троше средства из буџета који се пуне порезима које плаћају сви грађани Србије, у којој се троше средства за управљање јавним пословима у јавном интересу. О тој корупцији говоримо.

Јавни расходи чине значајан део укупне потрошње, само регистроване јавне набавке износе између седам и девет процената бруто домаћег производа Србије. Ако додамо релативно нове облике јавне потрошње, као што су јавно-приватна партнерства и концесије, билатерални инвестициони споразуми са страним државама (преко којих се финансирају бројни инфраструктурни и грађевински пројекти) и државна помоћ привреди, онда се износ јавних расхода значајно увећава. У томе нема ничег неубичајеног, приближно велике јавне расходе имају и остале европске државе. Одлуке о томе како ће се структурисати и реализовати набрајани облици јавних расхода су ексклузивно право носилаца политичке моћи у друштву. Те две чињенице: да се ради о огромним средствима (која, на пример, у Србији износе више милијарди евра) и да постоји ороман ризик од злоупотреба или нерационалног трошења, разлог су зашто су, у демократским и економски развијеним земљама, јавни расходи прецизно уређени, вишеструко и строго контролисани и изложени великом интересовању јавности, опозиције и медија.

И ту настаје битна разлика између Србије и развијених и уређених држава. Упркос значају, дугорочном финансијском утицају и чињеници

да су последица политичких одлука, ови облици јавних расхода којима се намећу обавезе држави и грађанима Србије, углавном остају без одговарајућег надзора независних институција, судства, али и грађанског друштва и јавности! Ова чињеница ствара посебно погодно тло и мотив за корупцију, али и друге врсте штета по јавне буџете, као што су ненаменско и нецелисходо трошење јавних средстава.

Важећа, али потпуно запостављена, Национална стратегија за борбу против корупције у Републици Србији за период од 2013. до 2018. године добро препознаје ризик од корупције у јавним финансијама. Јавне финансије налазе се на другом месту, међу областима у којима ће се приоритетно деловати, јер су препознате као кључне за системске промене (одмах иза политичких активности, које су, с правом, на првом месту).

Почећемо од јавних набавки, као најчешћег, најпознатијег али и по обиму буџета највећег јавног расхода који је у ризику од корупције. Упркос великим обећањима, очекивањима и уграђеним анти-корупцијском механизмима, важећи Закон о јавним набавкама, који је ступио на снагу 6. јануара 2013. године, није смањио ризик од корупције.

Навешћемо само мали извод из великог истраживања и грађанског надзора независних регулаторних и контролних органа и правосуђа у поступању у случајевима у којима постоји ризик од корупције у јавним расходима.

Посебно је драстичан пример понашања Управе за јавне набавке, која невршењем своје законске обавезе, у ствари, мотивише на вршење злоупотреба. Према доступним подацима, Управа за јавне набавке, у периоду 2015–2017. година, није предузела ниједну меру из својих надлежности због утврђених нерегуларности у поступцима јавних набавки – цела нула је број поднетих захтева за заштиту права у поступцима јавних набавки, затим број поднетих захтева за покретање прекршајног поступка, онда број покренутих поступака за утврђивање ништавости уговора о јавној набавци и, на крају, број поднетих кривичних пријава.

Исход оваквог надзора најпозваније стручне институције у области јавних набавки може само да охрабри наручиоце које имају нечасне намере. То је порука да им се, заправо, ништа лоше неће десити – да надлежна институција неће реаговати.

Судска контрола и заштита јавног интереса од злоупотреба у поступцима јавних набавки, такође није остварила резултат који би деловао одвраћајуће на архитекте и извођаче корупативних радова. Хвале је

вредна чињеница да је у Кривични законик уврштено кривично дело Злоупотреба у вези са јавном набавком, које је увдено на предлог организација грађанског друштва, али и битно другачије формулисано у односу на изворни предлог иницијатора. Но каква год законска формулација била, статистика је поражавајућа. Судови су у 2015. години донели укупно пет пресуда за кривично дело Злоупотреба у вези са јавном набавком, од чега две осуђујуће условне и три ослобађајуће. У току 2016. године поднесене су кривичне пријаве против 68 лица, што је знатно смањење у односу на претходну годину када је било пријављено 129 лица. Из претходног периода остале су нерешене пријаве против 124 лица, тако да је у 2016. години укупно у раду било пријава против 192 лица. Понето је 9 оптужних предлога. Судови су донели три пресуде, од тога две осуђујуће (условна осуда) и једну ослобађајућу.

Колико су мале шансе да неко, ко је на јавној функцији у Србији, уопште буде предмет кривичног прогона због велике корупције, говори податак да је у 2017. години донето само пет осуђујућих пресуда, од тога су троје осуђених судије (основних и прекршајних судова), један директор инспектората и један директор јавног предузећа (који је још увек на функцији). И нико од њих није осуђен због корупције у јавној потрошњи, мада је, у случају двојице осуђених директора, било и штете по буџет.

Овоме треба додати да прекршиоци не трпе штетне последице ни због налаза Државне ревизорске институције, чак ни због прекршајних и кривичних пријава које државни ревизори подносе након редовне контроле финансијског пословања органа јавне власти и других субјеката који располажу јавним средствима.

Остали, релативно нови облици јавних расхода у ризику од корупције: јавно-приватна партнерства и концесије, државна помоћ привреди и билатерални инвестициони споразуми са страним државама, о којима можете да читате на наредним странама, нису ни издалека познати као јавне набавке. Иако се међусобно значајно разликују, ови облици јавне потрошње имају и бројне сличности.

Једна од њих је да се неконтролисаном применом ових облика јавне потрошње крши начело конкуренције, да се уговори или помоћ привреди додељују без надметања и без учешћа јавности. Ово је посебно опасно у случају билатералних инвестиционих споразума и јавно-приватних партнерстава и концесија, јер последице непромишљених и штетних одлука, настали због злоупотребе и недостатка контроле, могу да имају вишедеценијске штетне последице.

Иако законима успостављена, контролна тела у овим областима ни издалека не врше функцију која им је поверена. Комисија за јавно-приватна партнерства и концесије је основана још фебруара 2012. године и, још увек, има једну једину стално запослену особу која се, као јединим послом, бави овом врстом јавних расхода са дугорочним последицама. Та чињеница показује колико је носиоцима поличке моћи стало до одговорних и промишљених јавно-приватних партнерстава. Комисија за контролу државне помоћи је пример несамосталности органа који има битну контролну фунцију – део је Министарства финансија, значи Владе Србије, која је највећи давалац државне помоћи привреди. О коликој зависности се ради говори и податак да Комисија за контролу државне помоћи није донела ниједно негативно решење о дозвољености државне помоћи, а било је случајева да је истог дана одлучивала о поднетом захтеву за доделу државне помоћи и доносила „образложена“ и, као што рекосмо, искључиво позитивна решења.

Билатералне инвестиционе споразуме са страним државама партнерима преговарају највише власти ове земље, без икакве контроле и увида јавности, упркос чињеници да су последице ових споразума по домаћи правни поредак и буџет огромне. За тако нешто имају и законско утемељење, чланом 3. Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама искључена је примена закона на јавно-приватна партнерства, са или без елемената концесије, уколико је то партнерство засновано на међународним уговорима које је Република Србија закључила са једном или више држава ради заједничког спровођења или коришћења пројеката. Формални чин ратификације у Народној Скупштини пролази без потребне анализе алтернативних решења, без консултација са стручном јавношћу и кључног питања – да ли је такав споразум уопште био неопходан? Или је потреба за мостом, аутопутем или било којим другим грађевинским подухватом могла да буде задовољена на једноставнији, јефтинији и правно безбеднији начин? Иако кредит билатерлног страног партнера, на први поглед, може бити повољнији, јер је камата кредита испод тржишне цене, он се добија у замену за његов избор извођача пројекта, који, по правилу, долази из државе која даје кредит. Пошто нема конкуренције, вредност самог пројекта за који се кредит даје може бити прескупа, тако да се предност повољније камате неповратно губи.

Осим штете по правни поредак, економски ризик оваквих споразума је велики јер цена, која је трошак по буџет Србије и коју најчешће отплаћују и будуће генерације, није проверена у поштеној тржишној утакмици. У таквим условима држава Србија преузима вишедеценијске обавезе, а да ми као грађани нисмо сазнали да смо то могли да

платимо мање и колико би се у тржишном и фер надметању постигла боља цена? Због овако великог ризика по јавне фондове и правни поредак (јер искључују примену домаћих прописа, а уговара се надлежност страних судова) ова врста инвестиционих споразума је у Европској унији забрањена. Зато јасно упозорења Европске комисије да треба престати са овом штетном праксом и да на тржишту треба проверити понуде звуче отрежњујуће, имајући у виду околност да једна страна институција брине о последицама по нас, грађане Србије, више него наши изабрани представници.

Препоруке за унапређење система, повећање транспарентности и мање корупције у јавној потрошњи

Паралелно са нашом борбом за боље уређене јавне финансије Србије, више јавности и мање корупције и политичких злоупотреба у јавној потрошњи иде и процес приступних преговора Србије са Европском унијом. У преговорима су питања независности судства, корупције, јавних набавки, државне помоћи привреди, конкуренције и бројна друга постављена као услови које Србија мора да испуни. Ми постављамо слична или иста питања и нудимо одговоре из угла велике већине грађана Србије, оних који нису на власти и које злоупотребе које виде на сваком кораку дубоко погађају и вређају. То што се наши налази и препоруке за мање корупције поклапају са увидима и захтевима у процесу приступања Европској унији охрабрује и уверава да је напредак могућ. Уколико је више стотине милиона других европљана, у државама од којих су неке веома различите, а друге веома сличне нашој, успело да се избори за систем у коме, неоспорно, има мање корупције, у коме се корупција презире, сузбија и кажњава, онда, дубоко верујемо, то можемо и ми у Србији.

Двогодишњи рад на пројекту, грађански активизам, надзор, неминовни сукоби али и сарадња са институцијама надлежним за поједине облике јавне потрошње, затим заједнички рад са органима правосуђа, стручном јавношћу и непосредни сусрети са грађанима Србије на десет округлих столова у десет градова и општина Србије одржаних почетком 2018. године, утицали су на садржај препорука за унапређење јавне потрошње у Србији. Без неопходних промена јавна потрошња ће бити само још један полигон на којем ће различите власти, у истим правилима игре, показивати сличне резултате као и до сада.

Овако срочене, препоруке су основа за даљи рад и притисак организација грађанског друштва и стручне јавности на носиоце политичке моћи да унапреде и уреде систем јавне потрошње, повећају транспарентност и утицај јавности и предузму све неопходне кораке који смањују прилике за корупцију, воде ка сузбијању корупције и обесхрабривању и кажњавању носилаца коруптивних активности.

Јавне набавке

- Одредбе Закона о јавним набавкама које регулишу изузетке, односно ситуације у којима се не спроводе процедуре прописане тим законом, требало би променити тако што ће одређени изузеци који не постоје ни у директивама Европске уније бити укинути. Остале изузетке треба прецизирати тако да се рестриктивно – само изузетно – примењују, а да се с друге стране, омогући контрола њихове примене и спречавање злоупотреба од стране надлежних органа. Од посебног значаја је да што више података и о таквим набавкама, на које се не примењује Закон, буде објављено на Порталу јавних набавки.
- У делу Закона којим су регулисане мере за борбу против корупције и спречавање сукоба интереса неопходно је разграничити овлашћења надлежних органа, тако да различите установе имају своја посебна и јасна овлашћења. У супротном, долази до преплитања надлежности и ситуација које су до сада биле честе у пракси – да ниједан од органа не предузме неку од мера које су му на располагању, очекујући да ће други орган то учинити. Важно је истаћи да се морају користити и механизми који су већ установљени другим прописима, пре свега онима из области кривичног права и борбе против корупције, тако да се такви механизми не понављају и преписују у самом Закону о јавним набавкама, јер се онда уводи конфузија у редоследу радњи које би требало предузети, као и у надлежностима државних органа.
- Процедуре поступака јавних набавки учинити једноставнијим с једне стране, а с друге стране још транспарентнијим. Тако је, на пример, потребно додатно омогућити допуне понуда у оним деловима који нису од значаја за бодовање и рангирање истих, како би се избегле ситуације да се, због суштински небитних разлога, одбијају повољне понуде. С друге стране, потребно је увести још већу транспарентност у фази извршења уговора о јавној набавци, која тренутно није адекватно регулисана одредбама Закона. Наиме, општи утисак о важећем Закону је да нису предвиђене јасне мере и

надлежности за контролу извршења уговора, као фази јавне набавке у којој цео претходно спроведени поступак јавне набавке може бити обесмишљен (уколико се дозволи неоправдано повећање цена, продужење рокова испоруке итд.). Самим тим, потребно је обавезати наручиоца да више података о извршењу уговора објављују на Порталу јавних набавки, те обавезати надлежне органе, пре свега Управу за јавне набавке, да такве податке прате и предузимају одређене мере какао би се санкционисале нерегуларности.

– У поступку заштите права у поступцима јавних набавки, као жалбеној процедури у јавним набавкама, у Закону би требало укинути одредбу која омогућава руководиоцима наручилаца да донесу одлуку о додели уговора и да закључе уговор, без обзира што је неко од понуђача поднео захтев за заштиту права о којем још увек није одлучено. Исто тако, важно је изменити важећу одредбу о активној легитимцији за подношење захтева за заштиту права, како понуђачи који имају неке недостатке у својим понудама не би били онемогућени у покушају да укажу на недостатке који постоје и у другим понудама или на друге нерегуларности у поступку јавне набавке у којем учествују.
– Ојачати улогу Управног суда који одлучује о управном спору против одлука Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, као другостепеног органа у тој жалбеној процедури. Наиме, морају се одредити краћи рокови за поступање Управног суда, затим, мора се обавезати Управни суд да у случају да постоје разлози за поништење одлуке Републичке комисије сам одлучи, а да не враћа предмет том органу. Веома је важно и да све одлуке Управног суда буду објављене на интернет презентацији Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки. Све наведено је потребно уредити, како би се омогућила ефикасна судска заштита против одлука Републичке комисије.
– Пренети на прекршајне судове надлежност за спровођење прекршајних поступка у првом степену за прекршаје из самог Закона, како би та процедура била уподобљена решењима из важећег Закона о прекршајима. У том случају Републичкој комисији за заштиту права одредити јасну обавезу да надлежном прекршајном суду подноси захтеве за покретање прекршајног поступка увек када сазна за чињенице о учињеном прекршају.
– Увести механизме који обавезују надлежне органе из области јавних набавки да усклађују ставове у тумачењу одредби Закона, у циљу уједначавања праксе и јачања правне сигурности у овој обла-

сти. Нејасни и различити ставови надлежних органа дају подстицај и оправдање свима који процедуре јавних набавки примењују у намери да их злоупотребе и остваре личну или политичку корист.

Државна помоћ

- Унапредити институционални оквир и обезбедити да Комисија за контролу државне помоћи буде самостална у раду, јер је тренутно решење, по којем је Комисија само организациона јединица Министарства финансија, неодрживо.
- Закон о контроли државне помоћи допунити додавањем казнених одредби за одговорне појединце и тела који додељују државну помоћ и контролишу њену доделу.
- Драстично смањити државну помоћ привреди коју дају локалне јединице власти, а повећати издатке за друге врсте улагања.
- Трансформисати државну помоћ привреди са вертикалне на хоризонталну и регионалну.
- Државну помоћ привреди давати што је могуће више иновативним фирмама из грана које се рађају, а што мање фирмама из привредних грана на заласку.
- Укинути субвенције домаћим и страним фирмама за улагања или субвенције по отвореном радном месту, улагања привлачити побољшањем пословног окружења, а не давањем државне помоћи.
- Направити анализу о ефектима државне помоћи привреди у Србији, укључујући средства републике, аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе, као и посебних програма државне помоћи какав је био, на пример, Национални инвестициони план.
- Смањити износ државне помоћи привреди у Србији на мање од 1% од бруто домаћег производа.

Јавно-приватна партнерства

- Унапредити законски оквир за јавно-приватна партнерства и концесије и ускладити га са европским законодавством.
- Посебно хитна је измена члана 3. важећег закона, јер изузима извршну власт од примене закона о јавно-приватном партнерству и концесијама када су у питању билатерални инвестициони споразуми са страним државама. Такво решење води директној погодби са страним улагачима за међународне пројекте и искључује конкурен-

цију и јавност, не обезбеђује неопходну контролу носилаца политичке моћи, што ствара огроман ризик за корупције и опасност од дугорочно штетних последица.

– Ускладити ризике које сносе јавни и приватни партнер са правилима и праксом која се примењују у Европској унији. Недореченост важећег Закона у смислу ризика, омогућава уговоре штетне за буџет, јер није недвосмислено наведено да ризик тражње или ризике расположивости објекта, услуге, инфраструктуре и сличне мора да сноси приватни партнер, да пројекат не би улазио у расходну страну буџета јавног партнера.
– Унапредити институционални оквир и омогућити стварање политички независне Комисије за јавно-приватно партнерство и концесије, чије би чланове чинили стални, стручни и непристрасни стручњаци. У садашњем стању, чланови комисије се мењају после сваких избора или реконструкције Владе, Комисија је испостава политичких странака на власти и далеко је, у сваком погледу, од сличних тела у развијеним земљама по питањима стручности, самосталности у одлучивању и могућностима да се штити јавни интерес.

Билатерални инвестициони споразуми

– Омогућити приступ информацијама од јавног значаја о разлозима ступања Србије у преговоре за закључење Споразума о узајамном подстицању и заштити улагања (билатералних инвестиционих споразума) са државама партнерима. Информације учинити доступним пре него што их било ко формално тражи, стављенем информација на располагања јавности на лако доступан начин, нарочито на интернет презентацијама надлежних органа. Сличан проактиван приступ Влада и надлежно министарство треба да имају у вези са током преговора и предлогом коначног текста билатералног инвестиционог споразума, пре усаглашавања текста.
– Државни органи треба да охрабрују консултације са стручном јавношћу у потенцијалним споразумима са државама партнерима. Влада и надлежно министарство могу боље сагледати опције у вези са привлачењем инвестиција пре закључења билатералног инвестиционог споразума, као и опције везане за конкретна решења инвестиционог споразума, која ограничавају изложеност финансијским ризицима из инвестиционих спорова.

- Прекинути са закључивањем билатералних споразума или кредитних аранжмана који се закључују поводом једне конкретне инвестиције државе партнера, јер су најчешће повезани са искључивањем правила конкуренције и искључивањем примене поступака доделе јавних уговора. То значи да ће Србија, за конкретан пројекат, највероватнији добити мање повољне услове у односу на ситуацију када је приступ инвестицији отворен за конкуренцију.
- Престати са праксом да се држава Србија поводом оваквих инвестиција које су истовремено покривене билатералним споразумима са државом партнером излаже додатним трошковима кроз различите форме државне помоћи, као што су инфраструктурна помоћ, уступање земљишта без накнаде или по нетржишним условима. Посебно је опасно што се овако додељена државна помоћ никада прецизно не обрачуна и евидентира, нити се представи јавности.
- Престати са закључивањем билатералних инвестиционих споразума у пакету са другим међународним уговорима који искључују примену националних поступака доделе уговора, концесија и контроле државне помоћи.
- Србија мора да усклади одредбе Закона о јавним набавкама и Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама, којима се сада искључује примена ових поступака у случају међународних уговора, са ЕУ директивама о јавним набавкама и концесијама, у којима је заобилажење домаћих прописа забрањено. Ово усклађивање може бити само од користи за грађане, јер су прописи Европске уније знатно строжи и предвиђају мере за одбрану од неодговорних и сумњивих споразума.
- Апсолутно избегавати закључивање билатералних инвестиционих споразума у којима држава партнер инсистира да се под дефиницијом „улагања“ покрива свака имовина држављанина партнера на територији Србије која није настала ангажовањем његових средстава, већ може бити „створена“ или „прибављена“ на било који начин што укључује и нпр. имовину прибављену мерама државне помоћи.
- Министарство трговине мора побољшати решења модела билатералног инвестиционог уговора како би се финансијски ризици плаћања обештећења спекулативним улагачима ограничили, а да се при томе не изгуби сврха билатералног споразума. То значи борити се за квалитет, а не само за квантитет страних директних инвестиција.

ЈАВНЕ НАБАВКЕ

I Анализа проблема у примени важећег Закона о јавним набавкама

Важећи Закон о јавним набавкама (у даљем тексту: Закон) донет је крајем 2012. године и почео је да се примењује 1. априла 2013. године. Након две године примене, Закон је у току 2015. године два пута мењан, и то законима о изменама и допунама Закона из фебруара и јула 2015. године. Овим изменама и допунама учињени су даљи кораци ка усаглашавању Закона са правним тековинама Европске уније (у даљем тексту: ЕУ). Тако је изменама из фебруара 2015. године смањена преференцијална предност домаћих добара и понуђача, док су измене и допуне из јула месеца биле свеобухватније и садржале су бројне новине, од којих су најзначајније: измена појма наручиоца, приближавање изузетака од примене Закона правилима ЕУ (пре свега, уношење у законодавство тзв. *in-house* набавки), објављивање одлука о додели уговора/обустави поступка и плана јавних набавки на Порталу јавних набавки, могућност доказивања испуњености услова за учешће у поступку јавне набавке изјавом понуђача, измена одредаба о изменама уговора о јавној набавци, измене појединих института у поступку заштите права.

Стратегијом развоја јавних набавки у Републици Србији за период 2014–2018. година и Акционим планом за спровођење ове стратегије за 2017. годину, планирано је да нови Закон о јавним набавкама буде усвојен до краја 2017. године, на начин да се обезбеди пуна усклађеност законодавства у области јавних набавки са правним тековинама ЕУ. Ипак, нови Закон није донет у планираном року, па је Акционим планом за спровођење стратегије за 2018. годину предвиђено усвајање новог Закона у другом кварталу 2018. године.

Република Србија је на путу приступања чланству у ЕУ. У делу Поглавља 5 – Јавне набавке, преговори су отворени на самом крају 2016. године. Европска комисија поставила је тада пред Републику Србију мерила која је потребно испунити у циљу затварања тог поглавља, а прво мерило односи се на постизање потпуне усклађености правног оквира са правним тековинама ЕУ у области јавних набавки, укључујући и прописе којима се уређују концесије.

Овај текст обухватиће анализу најзначајнијих проблема и потреба за унапређењем Закона, које се пре свега односе на јачање интегритета у процесу јавних набавки, и то како у самим поступцима јавних набавки, тако и у делу планирања јавних набавки и контроле извршења закључених уговора о јавним набавкама.

1. Овлашћења надлежних органа

Закон дефинише одређене надлежности разних институција и то пре свега Управе за јавне набавке и Републичке комисије за заштиту права, али и Државне ревизорске институције, Агенције за борбу против корупције, Комисије за заштиту конкуренције или дефинише обавезе учесницима у поступцима јавних набавки да спроведу одређене радње према тим институцијама. Међутим, дошло је до одређених преклапања с овлашћењима дефинисаним у другим прописима релевантним за рад тих институција. Државна ревизорска институција је, на пример, према одредбама Закона о државној ревизорској институцији, највиши орган ревизије јавних средстава у Републици Србији, који је за обављање послова из своје надлежности одговоран Народној скупштини. У оквиру својих овлашћења, Државна ревизорска институција врши ревизију финансијских извештаја, ревизију правилности пословања која обухвата испитивање финансијских трансакција и одлука у области јавних набавки, као и ревизију сврсисходности пословања која обухвата испитивање трошења средстава из буџета и других јавних средстава ради извештавања да ли су употребљена у складу са начелима економије, ефикасности и ефективности, као и у складу са планираним циљевима. Најважнија овлашћења Државне ревизорске институције по основу одредби Закона донекле се поклапају и идентична су неким овлашћењима Управе за јавне набавке. Државна ревизорска институција, наиме, на основу одредбе члана 115. став 5. Закона добија извештаје о изменама уговора о јавним набавкама, на основу којих може да покрене одговарајуће поступке уколико утврди да су измене закључене противно одредбама Закона. Поред наведеног, Државна ревизорска институција има овлашћење да, сходно одредби члана 148. став 3. Закона, може да поднесе захтев за заштиту права којим ће тражити поништење поступка јавне набавке у којем је утврдила постојање неправилности, као и да, на основу одредбе члана 165. став 3. Закона, Републичкој комисији поднесе захтев за покретање прекршајног поступка.

На примеру поменутих овлашћења Државне ревизорске институције, може се јасно видети да више органа, према одредбама Закона, имају иста овлашћења, која могу бити примењена поводом истог догађаја – истог поступка јавне набавке, тако да се може поставити питање који ће од тих органа заиста искористити своје овлашћење. Наиме, извештај о донетој одлуци о измени уговора о јавној набавци наручилац доставља и Управи за јавне набавке и Државној ревизорској институцији. Поставља се питање који од та два органа ће поднети захтев за покретање прекршајног поступка Републичкој комисији, због извршеног прекршаја из члана 169. став 3. тачка 9) Закона („измена уговора супротно одредбама члана 115. Закона"). Исто тако, поставља се питање шта ће се догодити уколико и Управа за јавне набавке и Државна ревизорска институција добију исте информације о неправилностима у истом поступку јавне набавке, а у контексту овлашћења за подношење захтева за заштиту права којим би се тражило поништење таквог поступка јавне набавке. Искуство и статистика указују да у таквим ситуацијама, када су иста овлашћења дата различитим органима поводом истог случаја, најчешће ни један, нити други орган не примењују своја овлашћења, претпостављамо и због очекивања сваког од органа да ће то учинити онај други орган због (често и објективног) утиска о адекватнијим капацитетима или потпунијим доказима са којима располаже или које може да прибави тај други орган. Међутим, проблем може да настане и уколико један орган, поводом истог случаја, примени своје овлашћење, а други не, па се може створити утисак да не постоји јединствен став између тих органа у погледу постојања основа – разлога за примену овлашћења.

Бројни су такви примери у Закону, при чему се најчешће јављају када је некој од одредби Закона предвиђено да се иста информација доставља различитим органима или да различити органи имају, практично, исто овлашћење.

2. Набавке на које се Закон не примењује

Одредбе које уређују основе за изузеће појединих набавки од примене Закона представљају једну од најзначајнијих група одредаба у Закону, имајући у виду да успостављају границе примене одредаба Закона, остављајући значајну вредност набавки које спроводе наручиоци ван оквира примене Закона. Анализа одредаба члана 7. Закона указује на неопходност брисања и/или измене појединих основа за изузеће од примене Закона.

У том смислу, важно је истаћи да је потребно да држава размотри да се успоставе (бар минимални) механизми заштите основних начела прописаних Законом приликом спровођења ових набавки. Наиме, чланом 7. став 2. Закона је прописано да је, у случају ових набавки наручилац дужан да поступа у складу са начелима из Закона. Ипак, ова декларативна одредба, која не садржи ниједан механизам који би представљао њихову разраду, нити санкцију и/или начин да заинтересована лица остваре/заштите своја права приликом спровођења ових набавки, као ни механизам који би омогућио обавештавање јавности о оваквим набавкама, остаје само „мртво слово на папиру". С обзиром на то, евентуалне неправилности у њиховом спровођењу могу се утврдити и санкционисати тек приликом контроле надлежних органа код наручиоца, које се по правилу спроводе тек након реализације предметних набавки и закључених и већ извршених уговора, или „случајним" сазнањем за неправилности.

Имајући то у виду, предлог је да се пропише обавеза наручиоца за (бар) минималним нивоом транспарентности приликом спровођења ових набавки, кроз објављивање огласа о намери њиховог спровођења са образложењем основа за њихово спровођење. Наведено поступање би омогућило заинтересованим лицима да евентуално оспоре основаност (законитост) њиховог спровођења, а могло би имати утицаја и на повећање конкуренције.

3. Комуникација у вези са јавним набавкама – члан 20. Закона

Ова одредба Закона предвиђа да се комуникација у поступку јавне набавке и у вези са обављањем послова јавних набавки одвија писаним путем, односно путем поште, електронске поште или факсом, као и објављивањем од стране наручиоца на Порталу јавних набавки. Изабрано средство комуникације мора бити широко доступно, тако да не ограничава могућност учешћа заинтересованих лица у поступку јавне набавке. Комуникација треба да се одвија на начин да се поштују рокови предвиђени овим законом и да се у том циљу, када је то могуће, користе електронска средства. Закон прописује да је, ако је документ из поступка јавне набавке достављен од стране наручиоца или понуђача путем електронске поште или факсом, страна која је извршила достављање дужна да од друге стране захтева да на исти начин потврди пријем тог документа, што је друга страна дужна и да учини када је то неопходно као доказ да је извршено достављање.

Једна од најзначајнијих новина Директиве ЕУ из 2014. године јесте обавеза успостављања електронске комуникације у вези с јавним набавкама, која би обухватала како „општу“ електронску комуникацију у вези с нпр. захтевањем појашњења конкурсне документације, тако и електронско подношење понуда, електронско плаћање и сл. Наведено има за циљ повећање ефикасности спровођења поступака јавних набавки, лакшу комуникацију за мала и средња предузећа и иностране понуђаче, али и смањење нерегуларности у јавним набавкама.

У складу с наведеним, обавеза је и Републике Србије да овакву комуникацију уреди и успостави на нивоу свих наручилаца.

Примена важећих одредаба у вези с комуникацијом је показала значајне слабости, имајући у виду да је комуникација електронском поштом подложна различитим облицима злоупотреба, почевши од непримењивања одредбе о обавези потврде пријема електронске поште и факса, до манипулисања временом пријема овако послатих докумената или за одређене документе (нпр. захтеве за заштиту права) непредвиђање могућности да се исти може поднети путем електронске поште, већ само непосредно.

С обзиром на то, може се закључити да је електронска комуникација у јавним набавкама неопходност (и обавеза према ЕУ), али исто тако и да је потребно Законом и развојем електронских платформи обезбедити да се комуникација обавља на поуздан и сигуран начин, који би обезбедио једноставан приступ и коришћење, као и поузданост у електронској комуникацији, чиме би се спречиле нерегуларности.

4. Антикорупцијске одредбе и одредбе у вези са сукобом интереса

1) Опште мере за спречавање корупције – члан 21. Закона

Непотребно је прописивање обавезе за наручиоце чија је укупна процењена вредност јавних набавки на годишњем нивоу већа од милијарду динара да доносе посебан план за борбу против корупције, с обзиром на обавезу прописану чланом 59. Закона о Агенцији за борбу против корупције, која уређује да државни органи, органи територијалне аутономије и локалне самоуправе, јавне службе и јавна предузећа имају обавезу да донесу план интегритета у складу са смерницама за израду и спровођење плана интегритета Агенције за борбу против корупције. Показује се целисходним да надлежни државни органи, а нарочито Управа за јавне набавке, пружају стручну помоћ Агенцији у спровођењу ових активности, у делу сачињавања плана интегритета

који би се односио на процесе јавних набавки, уместо прописивања обавезе за наручиоце да сачињавају још један акт, поред акта прописаног посебним прописом.

2) Интерни акт и контрола набавки – члан 22. Закона

Нејасно је због чега овај члан носи назив „и контрола набавки“, с обзиром да не садржи нити једну одредбу која уређује питања у вези са контролом набавки. С тим у вези треба истаћи да је нејасно о каквој се контроли набавки ради када се прописује да је наручилац дужан да интерним актом уреди контролу јавних набавки – да ли се мисли на контролу јавних набавки у току његовог спровођења или накнадну контролу и сл. Без ближег уређивања обавеза с тим у вези, оставља се на диспозицију наручиоцима да уреде значајну област контроле јавних набавки по свом нахођењу, уз ризик да ће оваква контрола остати без потребних позитивних ефеката.

Одредбе овог члана предвиђају да Управа за јавне набавке утврђује несагласност интерног акта са Законом, те покреће поступак пред Уставним судом уколико наручилац не исправи уочене несагласности. Можемо да приметимо да Управа за јавне набавке нема капацитете да изврши контролу интерних аката појединачних наручилаца, те се такво решење чини апсолутно немогућим, због чега је предлог да се пропише да свако заинтересовано лице (као што су потенцијални понуђачи, запослени код наручиоца и друга лица) може обавестити Управу за јавне набавке о несагласностима интерних аката са позитивним прописима, којој би требало дати овлашћење да наложи наручиоцу да овакву несагласност у одређеном року отклони, уз прописивање конкретних санкција за непоступање у складу са налогом. Наведено се предлаже и с обзиром на то да је тешко очекивати да ће Управни суд у довољно кратком року одлучити о предлогу Управе за јавне набавке да се преиспита законитост донетог интерног акта.

У вези са интерним актом треба истаћи још једну нејасноћу, а она се тиче (не)могућности да се поступак јавне набавке оспори подношењем захтева за заштиту права из разлога што наручилац није поступио у складу са донетим интерним актом. Такође, предлог је да се наручиоци обавежу да интерним актом уреде и поступке набавки који су изузети од примене Закона, који би били прилагођени вредности оваквих набавки код конкретног наручиоца, као и основима које тај наручилац користи за спровођење ових набавки.

3) Дужност пријављивања корупције – члан 24. Закона

Прва мањкавост у вези са овим чланом јесте да се поставља императивна одредба у ставу 1. која обавезује одређена лица која имају податке о постојању корупције у јавним набавкама да о томе одмах обавесте Управу за јавне набавке, државни орган надлежан за борбу против корупције и надлежно тужилаштво, али ту одредбу не прати одговарајућа санкција у случају изостанка њене примене. И још важније, нејасно је зашто се уопште оваква обавеза прописује Законом, имајући у виду да се ради о дужностима које уређују други прописи, попут Кривичног законика и Закона о заштити узбуњивача. Такође, ова одредба упућује лице да о постојању корупције обавести више државних органа, што ствара забуну у вези са њиховим поступањем.

Даље је нејасно због чега се ускраћује право лицу које је сазнало за корупцију у јавним набавкама да се без ограничења обрати јавности, већ се ово његово право ограничава на тачно одређене ситуације прописане Законом.

4) Независне понуде и повреда конкуренције – чл. 26. и 27. Закона

У пракси се показало непотребним достављање у свакој понуди још једног папира од стране понуђача, и то у виду изјаве о независној понуди. Таква изјава сама по себи ништа не значи, а ствара ризик одбијања понуда из наведеног разлога, те је довољно само предвидети обавезу за понуђаче да достављају независне понуде.

Ипак, на овом месту нарочито треба истаћи проблем у вези са одредбом члана 27. став 4. Закона. Ова одредба дозвољава наручиоцу да настави поступак јавне набавке и изврши уговор о јавној набавци, поступајући при том савесно и желећи да након обавештавања надлежног органа задовољи потребу због које је и покренуо поступак јавне набавке, уз ризик да у случају да се докаже повреда конкуренције трпи последице које погађају више њега самог, него понуђача који је учинио повреду конкуренције. Да ли се у таквој ситуацији може очекивати од наручилаца да буду мотивисани да пријаве повреду конкуренције? И, уосталом, колико наручилаца је до сада пријавило повреду конкуренције у поступцима јавних набавки, и поред тога што је управо наручилац који спроводи конкретни поступак јавне набавке тај који ће најпре уочити повреду конкуренције?

С тим у вези, треба имати у виду и решења из упоредне праксе која, на пример, предвиђају да ће наручилац у случају постојања осно-

ване сумње да је дошло до повреде конкуренције у конкретном поступку јавне набавке, о томе обавестити надлежни орган за заштиту конкуренције, који ће о својој одлуци да покрене/не покрене поступак у вези са том повредом обавестити наручиоца у року од 10 дана од пријема обавештења, који ће обуставити поступак јавне набавке у случају да надлежни орган за заштиту конкуренције покрене овакав поступак.

5) Грађански надзорник – члан 28. Закона

Одредбама овог члана Закона се успоставља право и обавеза за грађанског надзорника да надгледа поступак јавне набавке и у том циљу он има сталан увид у поступак, документацију и комуникацију наручиоца са заинтересованим лицима, односно понуђачима.

Имајући у виду да се интегритет процеса јавних набавки може постићи само кроз стварање ефикасне целине у виду планирања набавки, спровођења поступака и праћења извршења закључених уговора о јавним набавкама, на овом месту се указује да је надзор у вези са процесом јавних набавки потребно омогућити, пре свега, у фази извршења закљученог уговора о јавној набавци. Наиме, сам поступак јавне набавке је детаљно уређен и транспарентан, а дато је право свим заинтересованим лицима (као и надлежним државним органима, попут Управе за јавне набавке) да у складу са одредбама Закона евентуалне незаконитости оспоре подношењем захтева за заштиту права. Такође, Управа за јавне набавке може коришћењем овлашћења у складу са Законом утицати на исправљање евентуалних незаконитости у току поступака јавних набавки.

С друге стране, значајан део нерегуларности у процесу јавних набавки дешава се у фази извршења уговора о јавним набавкама. Разлоге за то треба, пре свега, тражити у одсуству норми које регулишу ову фазу процеса јавних набавки и одсуству потребне транспарентности у овој фази. С обзиром на то, неопходно је да законодавац препозна одговарајуће механизме контроле извршења уговора, а свакако да једна од опција за овакву контролу може бити и надгледање извршења закључених уговора од стране грађанског надзорника, који би имао овлашћење да врши контролу усаглашености реализације уговора у односу на одредбе Закона и садржину закљученог уговора, те да у случају неусаглашености покреће одговарајуће поступке пред надлежним органима.

Без обзира на наведено, мора се констатовати и да је досадашња примена института грађанског надзорника указала и на знатне проблеме који доводе у питање да ли су остварени очекивани резултати, те да ли је уопште потребан тај институт у Закону. Главни идентификовани проблеми у вези с ангажовањем грађанских надзорника су:

- недовољан број пријављених заинтересованих лица или организација који би били именовани за грађанске надзорнике, чему је, вероватно, допринела и одредба Закона која изричито прописује да грађанском надзорнику не може да припадне никаква накнада за надзор који врши;
- проблеми који се јављају у спровођењу истовременог надзора над неколико поступака јавних набавки који се, пре свега, огледају у недовољним капацитетима кадрова грађанских надзорника да испрате сваки сегмент сваког од поступака који истовремено надгледају, често потпуно различитих предмета јавних набавки који свакако захтевају специфично знање и вештине оних који надзиру те поступке, што опет за последицу има недовољан број пријављених потенцијалних грађанских надзорника;
- једва трећина именованих грађанских надзорника је доставило своје извештаје надлежним органима – Управи за јавне набавке и Народној скупштини Републике Србије;
- само о малом броју извештаја које је поднео грађански надзорник се заиста расправљало на надлежном одбору Народне скупштине Републике Србије (Одбор за финансије, републички буџет и контролу трошења јавних средстава);
- достављање извештаја грађанског надзорника Управи за јавне набавке се није показало превише делотворним.

6) Сукоб интереса – чл. 29. и 30. Закона

Закон у члану 29. прописује ситуације у којима постоји сукоб интереса у смислу овог закона, те у члану 30. прописује да наручилац не може закључити уговор о јавној набавци са понуђачем у случају постојања сукоба интереса, уколико је постојање сукоба интереса утицало или могло утицати на одлучивање у поступку јавне набавке. Међутим, имајући у виду да подаци о сукобу интереса овлашћеног/их лица наручиоца и других лица која на било који начин учествују у припреми и спровођењу поступака јавних набавки, нису доступни јавности, оставља се на „савест“ наручиоцу да ће поступити у складу

са наведеном одредбом Закона или да ће евентуално на неки други начин заинтересована лица доћи до потребних информација о постојању сукоба интереса.

С тим у вези, потребно је предвидети обавезу за наручиоце да на својој интернет страници објаве и ажурирају податке о постојању сукоба интереса за овлашћена лица и руководиоце у вези са пословима набавки. Такође, потребно је предвидети обавезу за наручиоце да свака конкурсна документација садржи такве податке у односу на конкретан поступак јавне набавке за све чланове и заменике чланова комисије за јавну набавку.

5. *Истраживање тржишта и планирање јавних набавки*

Важеће одредбе Закона у вези са поступком који претходи самом спровођењу поступка јавне набавке на доста детаљан начин уређују садржину плана јавних набавки, те садрже значајан ниво транспарентности кроз обавезу објављивања планова јавних набавки од стране наручилаца. Такође, у складу са одредбама подзаконских аката наручиоци су дужни да овај поступак уреде својим интерним актима о јавним набавкама.

Ипак, потребно је указати на два значајна питања с тим у вези, која се чине неопходним у циљу јачања интегритета у јавним набавкама и остваривања „вредности за новац“ у јавним набавкама:

1. Уношење у Закон одредбе у вези са истраживањем тржишта која је садржана у Директиви, а којом је предвиђено да пре покретања поступка набавке наручиоци могу спровести тржишне консултације са циљем припреме набавке и информисања привредних субјеката о својим плановима набавке и захтевима, те да у ту сврху, наручиоци могу на пример затражити или прихватити савет од независних стручњака или органа или од учесника на тржишту, док се тај савет може користити при планирању и спровођењу поступка набавке, под условом да не доводи до нарушавање конкуренције и кршења начела забране дискриминације и начела транспарентности;
2. Поновно прописивање одредбе која је брисана изменама и допунама Закона из 2015. године – да наручиоци у плану набавки посебно наводе разлоге и оправданост сваке појединачне набавке и начин на који су утврдили процењену вредност јавне набавке. На наведени начин се, с једне стране, наручиоци „терају“ да процес планирања спроводе на одговарајући начин, док с друге стране, заинтересована

лица и општа јавност добијају информације о оправданости и неопходности трошења јавних средстава за одређену набавку.

6. *Негативне референце*

Одредбе Закона у вези с негативним референцама су значајно измењене 2015. године. Том приликом, како је наведено у образложењу предлога ових измена, објашњено је да Директиве ЕУ предвиђају могућност одбијања понуде понуђача који није испуњавао своје уговорне обавезе по претходно закљученим уговорима о јавним набавкама, али не и обавезу, па је с обзиром да ригорозне мере које прописује Закон у погледу одбијања понуде у случају постојања негативне референце не доприносе рационалном поступању наручиоца, предвиђено да одбијање понуде у случају постојања негативне референце буде само могућност.

Можемо се на овом месту сложити да аутоматско одбијање понуда није у складу са правним тековинама ЕУ, а пре свега са правном праксом Европског суда правде (у даљем тексту: ЕСП), али исто тако и да је решење уведено важећом одредбом Закона мањкаво и не доприноси остваривању основних начела Закона. Наиме, ова одредба Закона даје потпуну слободу наручиоцима да у ситуацијама прописаним овим чланом Закона одређену понуду одбију или не одбију, не дајући за наведено било какве критеријуме. На тај начин крши се начело једнакости понуђача, с једне стране, и изазива озбиљна сумња у мотиве наручиоца приликом сваког одбијања понуде од стране наручиоца због постојања негативне референце, с друге стране.

Директивом је прописано да наручиоци могу или држава чланица може захтевати од њих да искључе из учешћа у поступку набавке сваког привредног субјекта када привредни субјект покаже значајне или сталне недостатке у испуњењу неког кључног захтева у оквиру уговора о јавној набавци, ранијег уговора са наручиоцем или ранијег концесионог уговора, који су довели до превременог раскида тог ранијег уговора, до одштете или других сличних санкција. Дакле, можемо уочити да одредба Директиве одређује критеријуме односно ситуације у којима се одређена понуда може одбити због постојања негативне референце, док у складу са одредбом Закона наручилац може понуду одбити и у случају незнатних пропуста у реализацији претходно закљученог уговора, а да такво поступање буде у складу са одредбама Закона.

Такође, препорука је да се Законом уреди да наручиоци одлуку о томе да ли ће понуде у неком поступку јавне набавке одбити из разлога

постојања негативне референце, морају донети већ приликом сачињавања конкурсне документације, како би обезбедили остваривање начела једнакости понуђача, а не да такву одлуку доносе у фази стручне оцене понуда (што је случај у складу са важећом одредбом Закона) у зависности од тога који понуђач има негативну референцу, што отвара широк простор за фаворизовање одређеног понуђача и нарушавање интегритета поступка. Наведено је и обавеза у складу са Директивом, имајући у виду да је овај основ за одбијање понуде уствари својеврсни додатни услов за учешће у поступку јавне набавке, који се одређује у самој конкурсној документацији.

7. Учешће малих и средњих предузећа у поступцима јавних набавки

Нова Директива ЕУ из 2014. године значајну пажњу посвећује повећању конкуренције у јавним набавкама, и то кроз омогућавање лакшег приступа уговорима о јавним набавкама за мала и средња предузећа, која представљају мотор развоја, иновација и запошљавања у свим државама чланицама ЕУ. Механизми којима се то постиже су различити (попут могућности директног плаћања наручилаца подизвођачима), а као најзначајнији издваја се подела јавних набавки по партијама, како би се омогућило учешће у поступцима за мала и средња предузећа.

Имајући у виду да је конкуренција у поступцима јавних набавки у Републици Србији на забрињавајуће ниском нивоу, те да је просечан број понуда по закљученом уговору у поступцима јавних набавки свега 2,9, држава мора посебну пажњу посветити имплементирању одговарајућих одредаба Директиве, те њиховој разради у циљу „привлачења“ малих и средњих предузећа поступцима јавних набавки.

8. Контрола извршења уговора о јавним набавкама

Значајан део нерегуларности у процесу јавних набавки дешава се у фази извршења уговора о јавним набавкама. Разлога за то је свакако много, а један од њих јесте и одсуство норми који регулишу ову фазу процеса јавних набавки. Из одредби Закона јасно произилази да је то случај и у Републици Србији. Наиме, изузев обавезе наручиоца прописане чланом 22. Закона да својим интерним актом уреди начин праћења извршења уговора о јавној набавци, те одредаба о садржини

извештаја о јавним набавкама, Закон не садржи одредбе о овом значајном делу процеса јавних набавки.

Иако Република Србија не представља изузетак у погледу чињенице да не садржи посебне одредбе у вези са контролом извршења уговора о јавним набавкама, то не значи да побољшањем Закона управо у овом делу не може да постане пример добре праксе за државе у региону.

У том смислу, могу се предвидети различити механизми контроле извршења уговора, попут наведеног у делу анализе који се односи на одредбе о грађанском надзорнику, али и кроз прописивање обавезне садржине извештаја о извршењу сваког појединачног уговора о јавној набавци, који би наручиоци били у обавези да објаве на Порталу јавних набавки у делу у коме су објављени и подаци о предметном поступку јавне набавке који је довео до закључења уговора. На овај начин би сва заинтересована лица, а пре свега учесници у поступку јавне набавке којима уговор није додељен, била упозната са начином извршења уговора, што би могло у одређеном делу отклонити сумњу у постојање нерегуларности током извршења уговора. Такође, представници цивилног друштва и општа јавност били би у могућности да лакше изврше контролу начина трошења јавних средстава, што би могло значајно допринети поверењу у систем јавних набавки.

9. Поступак заштите права

1) Активна легитимација

Најзначајнија измена учињена изменама и допунама Закона из 2015. године у делу заштите права представља значајно сужавање активне легитимације за подношење захтева за заштиту права, и то пре свега у фази након доношења одлуке о додели уговора (обустави поступка или закључења оквирног споразума). Наиме, пре наведених измена Закона, захтев за заштиту права могао је поднети практично било који понуђач, односно подносилац пријаве. Како је у пракси уочено да постоје заинтересована лица која злоупотребљавају своје право на подношење захтева за заштиту права, те како је честим неоправданим подношењем захтева заустављан поступак јавне набавке и од стране лица која не би могла, ни након поновно спроведене стручне оцене понуда, да буду у ситуацији да им буде додељен уговор, што утиче на смањење ефикасности у јавним набавкама, законодавац је ово право ограничио на оног понуђача који има интерес за доделу уговора, односно оквирног споразума у конкретном поступку јавне набавке и који је претрпео

или би могао да претрпи штету због поступања наручиоца противно одредбама овог закона.

И поред оправданог разлога за покушај да се унапреди ефикасност поступка јавне набавке, наведена дефиниција активне легитимације је значајно умањила могућности да се отклоне неправилности у поступцима јавних набавки. Тако, на пример, у складу са овом одредбом активну легитимацију за подношење захтева за заштиту права не би имао понуђач чија је понуда оправдано оцењена као неприхватљива, иако је понуда јединог преосталог (изабраног) понуђача такође очигледно неприхватљива, те би таква одлука остала на снази и не би могла бити оспорена, што би довело до закључења уговора о јавној набавци са понуђачем чија је понуда *de facto* неприхватљива.

Дакле, већ након кратког времена примене овако измењене одредбе, показало се да је овај покушај унапређења ефикасности поступка показао своје значајне недостатке, те су зарад ефикасности постала угрожена права учесника у поступку јавне набавке, а самим тим и законитост поступака јавних набавки. С обзиром на то, очигледна је потреба и неопходност да се активна легитимација прошири како би се у што већој мери омогућило отклањање неправилности у поступцима јавних набавки.

2) Последице поднетог захтева за заштиту права и привремене мере

Закон, почевши од 2015. године, предвиђа могућност за наручиоце да, након поднетог захтева за заштиту права, наставе са спровођењем поступка јавне набавке, с тим што не могу донети одлуку о додели уговора (или другу одлуку) у поступку јавне набавке, те закључити и започети са извршењем уговора о јавној набавци. Ова одредба је, као и одредба о активној легитимацији, имала за циљ да унапреди ефикасност у спровођењу поступака јавних набавки, на начин што би нпр. наручилац када прими захтев за заштиту права којим се оспорава конкурсна документација, а такав захтев је очигледно неоснован или чак неблаговремен, могао да настави са поступком јавне набавке, све до доношења одлуке о додели уговора.

Уклањање обавезе наручилаца да зауставе поступање до окончања поступка заштите права свакако може допринети ефикасности у јавним набавкама, али се као и код активне легитимације, поставља питање колика је цена такве ефикасности. Најзначајније питање које се с тим у вези појавило у пракси јесте на који ће начин наручилац поступити када настави са поступком јавне набавке и отвори понуде, а

након тога захтев за заштиту права буде оцењен основаним и поступак јавне набавке буде делимично поништен у делу сачињања конкурсне документације.

Поред наведене одредбе садржане у ставу 1. члана 150. Закона, веће контраверзе изазвала је одредба става 2. овог члана, којом је наручиоцу омогућено да може сам одлучити да донесе и одлуку о додели уговора, као и закључи уговор о јавној набавци, пре доношења одлуке о поднетом захтеву за заштиту права, и то под условом када би задржавање активности наручиоца у поступку јавне набавке, односно у извршењу уговора о јавној набавци проузроковало велике тешкоће у раду или пословању наручиоца које су несразмерне вредности јавне набавке.

Поред сасвим јасне неоправданости да се дозволи наручиоцу да сам одлучи да практично започне са извршењем уговора о јавној набавци пре доношења одлуке о поднетом захтеву за заштиту права, у ситуацији када тек треба да се утврде евентуалне неправилности које је учинио приликом спровођења поступка јавне набавке, треба указати и да је ова одредба у супротности са директивом ЕУ о правној заштити (Директива 2007/66/ЕЗ), која доношење овакве одлуке задржава искључиво за тело надлежно да одлучује у поступку правне заштите, односно Републичку комисију.

3) Недовољна права за подносиоца захтева

Чланом 153. Закона је прописано да наручилац, након претходног испитивања поднетог захтева за заштиту права, а уколико наводе захтева за заштиту права сматра неоснованим, Републичкој комисији доставља одговор у којем се изјашњава о свим наводима поднетог захтева за заштиту права. Анализом одредаба Закона, може се закључити да се не прописује обавеза да се одговор наручиоца достави и подносиоцу захтева, чиме се ускраћују његова права и крши начело контрадикторности поступка. Тиме се подносилац захтева, који треба да оствари своја права и успешно оспори уочене неправилности у поступку јавне набавке, доводи у неравноправан положај у односу на наручиоца, имајући у виду да наручилац који је (претпоставимо у овом случају) поступио супротно одредабама Закона, након поднетог захтева за заштиту права, добија и прилику да изнесе чињенице и доказе у своју одбрану, који остају непознати подносиоцу захтева све до доношења одлуке од стране Републичке комисије.

4) Оспоравање одлуке Републичке комисије подношењем тужбе пред Управним судом

Чланом 159. Закона прописано је да се против одлуке Републичке комисије може покренути управни спор у року од 30 дана од дана пријема одлуке, те да покретање управног спора не одлаже извршење одлуке Републичке комисије.

У вези са могућношћу и поступком судске заштите учесника поступка заштите права у односу на одлуку Републичке комисије, уочени су значајни недостаци. Пре свега, проблем је у роковима за поступање Управног суда, где се у пракси може приметити да се пресуде доносе и после једне, две или чак три године од дана подношења тужбе. Дуг временски период за доношење пресуде није новина у нашем правном систему и пракси, међутим у поступцима јавних набавки је брзо одлучивање од круцијалног значаја, имајући у виду да је након протека периода од на пример две године од дана подношења тужбе уговор о јавној набавци најчешће давно извршен (пут је изграђен, услуга пружена и сл). Из тога даље произилази да се пресуда којом се евентуално поништава одлука Републичке комисије често показује неспроводивом, имајући у виду да је повраћај у пређашње стање практично немогућ. Због тога је предлог да се Законом пропишу кратки рокови за доношење одлуке Управног суда, као што је то случај у неким другим областима (нпр. у односу на одлуке Комисије за заштиту конкуренције). Повезано са наведеним је свакако и то да покретање управног спора не одлаже извршење одлуке Републичке комисије, те је потребно размотрити решење у складу са којим би Управни суд могао да као привремену меру, у оправданим случајевима а по захтеву странака у спору, изрекне забрану извршења одлуке Републичке комисије до доношења пресуде.

Даље треба указати на питање активне легитимације за подношење тужбе пред Управним судом, те на неопходност измене Закона у правцу изричитог давања права наручиоцима да оспоре одлуке Републичке комисије донете у поступку заштите права. Наиме, пракса Управног суда је да одбацује тужбе поднете од стране наручилаца с обзиром да се ради о органу који је одлучивао у поступку заштите права, а тужилац према Закону о управним споровима може бити оно лице за које се сматра да му је управним актом могло бити повређено неко право или на закону заснован интерес.

Такође, предлог је да се Законом пропише (као што је то случај са одлукама Републичке комисије) да се пресуде Управног суда објављују на интернет презентацији овог суда или интернет презентацији Репу-

бличке комисије или пак на Порталу јавних набавки, непосредно по њиховом достављању странкама у спору.

II Студија случаја

У наставку текста биће представљен случај кроз који се осликава сва апсурдност важећих решења у процедури заштите права, на шта је, као на проблеме у законским решењима, указано и у претходном делу текста. Међутим, овај случај указује и на сву апсурдност начина на који надлежни државни орган – Републичка комисија тумачи важеће одредбе Закона и не покушава да бар донекле, својим тумачењима, ублажи негативне ефекте тих одредби, већ их и додатно појачава. При томе, требало би нагласити да је у питању процедура која омогућава незадовољним понуђачима (и онима који штите јавни интерес – Управи за јавне набавке, Државној ревизорској институцији итд.) да заштите своја права (и јавни интерес) у систему јавних набавки. Самим тим, може се рећи да начин уређења и функционисања те процедуре представља и кључни показатељ који говори о томе да ли је систем јавних набавки довољно транспарентан, објективан и ефикасан, како би могао да обезбеди што ширу конкуренцију (може се читати и као заинтересованост) међу понуђачима, као и борбу против корупције.

1. Процедура заштите права

Заштита права у поступцима јавних набавки у Републици Србији је уређена тако што о поднетом захтеву за заштиту права као правном средству које предвиђа Закон о јавним набавкама (у даљем тексту: ЗЈН), у првом степену одлучује наручилац који је спроводио саму јавну набавку, док у другом степену одлуку доноси Републичка комисија.

Захтев за заштиту права подноси се наручиоцу, а копија се истовремено доставља Републичкој комисији. Обавезан елемент садржине захтева за заштиту права је и доказ о уплати таксе за подношење захтева која се уплаћује на одређени рачун буџета Републике Србије. Износи таксе су регулисани самим ЗЈН-ом.

Одлучујући о основаности поднетог захтева за заштиту права, наручилац у првом степену има овлашћење или да усвоји захтев и делимично или у целини поништи оспорени поступак јавне набавке, или да уколико сматра да је тај захтев неоснован, свој одговор на исти са

целокупном документацијом проследи Републичкој комисији као другостепеном органу.

У случају поднетог захтева за заштиту права, наручилац не може донети одлуку о додели уговора (којом се врши избор најповољније понуде са чијим понуђачем ће бити закључен уговор) све док се не донесе одлука о самом захтеву као правном средству. Дакле, поднети захтев има одређено суспензивно дејство у погледу даљег спровођења самог поступка јавне набавке. Изменама ЗЈН из јула 2015. године (које су ступиле на снагу 12. августа исте године) уведена је могућност да руководилац наручиоца и поред поднетог захтева за заштиту права донесе одлуку о наставку активности, тако да наручилац после тога може да донесе и одлуку о додели уговора, да закључи уговор и започне са извршењем уговора о јавној набавци. Руководилац наручиоца може донети такву одлуку када би задржавање активности наручиоца у поступку јавне набавке, односно у извршењу уговора о јавној набавци проузроковало велике тешкоће у раду или пословању наручиоца које су несразмерне вредности јавне набавке, а која одлука мора бити образложена.

Са друге стране, Републичка комисија, на предлог наручиоца, може дозволити наручиоцу да настави са активностима у поступку јавне набавке и пре доношења одлуке о поднетом захтеву за заштиту права, када би задржавање активности наручиоца у поступку јавне набавке, односно у извршењу уговора о јавној набавци значајно угрозило интерес Републике Србије.

На питања поступка заштите права која нису уређена ЗЈН-ом сходно се примењују одредбе закона којим се уређује управни поступак – Закона о општем управном поступку (у даљем тексту: ЗУП), што је одређено чланом 148. став 5. ЗЈН.

Против одлуке Републичке комисије, незадовољни подносилац захтева за заштиту права може покренути управни спор подношењем тужбе Управном суду, с тим што поднета тужба не одлаже извршење одлуке Републичке комисије, тако да, практично, након пријема одлуке тог органа, наручилац може да настави са предузимањем даљих радњи у поступку јавне набавке.

2. Апсурдност важећих решења у Закону и начина њиховог тумачења

Понуђач „Унион Шпед“ из Београда је у мају 2016. године поднео захтев за заштиту права наручиоцу Јавном предузећу „Електропривреда Србије“ којим је оспорио поступак јавне набавке услуга шпедиције

и царине опреме, партије 1,2,3 и 4, чија укупна процењена вредност за те партије износи 1.171.000.000,00 динара, без ПДВ. Подносилац тог захтева је уз сам захтев за заштиту права доставио и доказ о уплати таксе у износу од 1.171.000,00 динара, као 0,1% од процењене вредности конкретне јавне набавке, што је износ таксе утврђен у складу са одредбама важећег Закона.

Подносилац наведеног захтева је указао наручиоцу да је предметни поступак јавне набавке спровео на незаконит начин, јер на отварању понуда није констатовао нити унео у записник о отварању понуда понуђене цене у динарима. Наиме, у складу са одредбама Закона, цена у понуди мора да буде исказана у динарима, а сам записник о отварању понуда мора да садржи податак о цени.

Подносилац захтева је поднео захтев за заштиту права одмах након отварања понуда, очигледно из настојања да наручиоцу укаже да на основу неправилно вођеног поступка отварања и непотпуне садржине записника који је тада састављен, неће моћи да изврши правилну и законити стручну оцену понуда која следи, а која ће бити основ за доношење одлуке о додели уговора у свакој од оспорених партија.

Након поднетог захтева за заштиту права, којим је оспорен поступак отварања понуда и садржина записника о отварању понуда, наручилац је тај захтев закључком одбацио због недостатка активне легитимације. Наиме, наручилац је као првостепени орган оценио да је понуда подносиоца захтева неприхватљива (зато што је у својој понуди одредио краћи рок важења понуде од оног који је тражио наручилац), те да исти због тога нема активну легитимацију (овлашћење) за подношење захтева за заштиту права, иако понуда подносиоца захтева у том моменту уопште није оцењена неприхватљивом на једини начин који Закон познаје – након извршене стручне оцене понуда доношењем Одлуке о додели уговора.

Након што је подносилац захтева Републичкој комисији поднео жалбу на наведени закључак наручиоца (што је процедура установљена Законом), руководилац наручиоца је, на основу поменуте (може се слободно рећи, скандалозне) одредбе члана 150. став 2. ЗЈН, донео одлуку о наставку активности, након које одлуке су донете и одлуке о додели уговора за све четири партије, без обзира што још увек није одлучено о поднетом захтеву за заштиту права, нити о жалби подносиоца тог захтева против закључка наручиоца којим је одбацио исти захтев.

У поменутим одлукама о додели уговора нису наведене цене понуђача у динарима, на шта је, као на последицу која ће настати услед

неправилног и незаконитог отварања понуда, и указано у поднетом захтеву за заштиту права подносиоца захтева. Поред наведеног, подносилац захтева је извршио увид у целокупну документацију о спроведеном поступку после доношења тих одлука о додели уговора и утврдио је да у свим осталим поднетим понудама постоје битни недостаци који су такве природе да је наручилац био дужан да исте одбије у смислу одредби Закона. Поступајући на такав начин, наручилац би поступио у свему у складу са одредбама Закона, а посебно у складу са начелом једнакости понуђача из члана 12. Закона. То посебно добија на значају имајући у виду да је тим одлукама наручилац понуду подносиоца захтева, која је била најповољнија, одбио зато што рок важења исте није 60 дана колико је захтевао наручилац, већ 30 дана што (ипак) представља законски минимум одређен чланом 90. став 1. Закона, а са друге стране, није одбио понуде осталих понуђача које су знатно неповољније од његове, а имају очигледне битне недостатке.

Подносилац захтева је сматрао и неоснованим разлоге за одбијање његове понуде, који би се могли узети у разматрање. Подносилац захтева је у својој понуди као рок важења понуде навео 30 дана како је и прописано поменутом одредбом члана 90. став 1. Закона, а не 60 дана како је захтевао наручилац. Међутим, чак и када би се прихватило да је понуда подносиоца захтева у конкретном поступку јавне набавке из наведеног разлога морала бити одбијена, подносилац захтева је имао право да укаже и на разлоге за неприхватљивост (дакле, за одбијање) и осталих понуда, јер то право му даје и једно од основних начела јавних набавки, а то је начело једнакости понуђача из члана 12. ЗЈН. Наиме, чланом 12. ЗЈН је прописано да је наручилац дужан да у свим фазама поступка јавне набавке обезбеди једнак положај свим понуђачима. Дакле, подносилац захтева је желео да се у поступку заштите права који је покренуо одлучује и о разлозима због којих је наручилац био дужан да одбије понуде осталих понуђача у овом поступку јавне набавке, а посебно понуду оног понуђача који је на крају изабран као најповољнији.

Због чињенице да је руководилац наручиоца донео одлуку о наставку активности, иако у том моменту није било одлучено о поднетом захтеву за заштиту права којим је оспорен записник о отварању понуда, након чега су донете и одлуке о додели уговора којима се, практично, окончава поступак јавне набавке (после тога следи закључење уговора), подносилац захтева је поднео наручиоцу као првостепеном органу проширење захтева у складу са чланом 120. ЗУП. У самом проширењу захтева указано је на чињенице које су настале после подно-

шења самог захтева за заштиту права, а које чињенице су подносиоцу захтева постале познате након објављивања одлука наручиоца на Порталу јавних набавки, као и на основу увида у целокупну документацију који је могао да изврши тек након доношења одлука о додели уговора, у складу са чланом 110. Закона. Те чињенице су у процедуралном смислу повезане са оспореним записником о отварању понуда и припадају истој фази поступка (након отварања понуда), а огледају се у томе што приликом отварања понуда нису констатовани недостаци у осталим понудама, осим у понуди подносиоца захтева, због чега представљају битно исто чињенично стање у смислу одредбе члана 120. ЗУП.

Тако су у проширењу захтева за заштиту права наведене следеће чињенице:

- да су све понуде које су достављене у конкретном поступку јавне набавке, а поготову понуде понуђача којима су додељени уговори, биле са битним недостацима и као такве су морале да буду одбијене као неприхватљиве, што наручилац није учинио, а одбио је понуду подносиоца захтева која је била најповољнија;
- да је у свим осталим понудама, осим у понуди подносиоца захтева, уочен исти недостатак – није наведена цена у динарима као валути, а што је подносилац захтева и очекивао као битан недостатак у тим понудама, па је у самом захтеву за заштиту права којим је оспорен записник о отварању понуда истакао да сумња да цене у динарима у том записнику нису наведене баш из разлога што у понудама његових конкурената таквих цена нема (а у његовој има);
- да је одговорно лице наручиоца донео недозвољену одлуку о наставку активности у чијем образложењу није јасно наведено због чега се доноси;
- да у документацији о поступку јавне набавке нема никаквих података о вршењу надзора од стране именованог грађанског надзорника.

О том проширењу, као и о самом захтеву за заштиту права, прво је трабало да одлучује наручилац. Копија тог проширења је достављена Републичкој комисији, као информација. Наглашавамо и да је о чињеницама наведеним у проширењу захтева, подносилац захтева обавестио Управу за јавне набавке, као и именованог грађанског надзорника којем је анализу утврђених неправилности након извршеног увида у целокупну документацију и понуде конкурената, подносилац захтева доставио електронском поштом.

Републичка комисија је на основу сазнања о проширењу захтева за заштиту права, упутила подносиоцу захтева допис и позвала га да уплати још једну таксу од 1.171.000,00 динара, наводећи да сматра да је поднето проширење захтева по својој садржини, заправо, нови захтев за заштиту права.

Подносилац захтева је одговорио поднеском на наведени допис Републичке комисије и у истом је указао зашто сматра да тај орган нема законско овлашћење да упућује позив за допуну поднеска који није нови захтев за заштиту права, већ је проширење првобитног захтева, у смислу одредбе члана 120. став 1. ЗУП-а, који закон се, подсећамо, примењује на питања поступка заштите права која нису уређена ЗЈН-ом (а у ЗЈН-у се не помиње допуна или проширење поднетог захтева). Републичка комисија не би имала основ да поступа чак ни по примљеној копији захтева за заштиту права, јер је наручилац тај који као првостепени орган има овлашћење да први предузима одређене, Законом прописане, радње у тој фази поступка заштите права.

Прецизније, Републичкој комисији је указано да поднесак који је поднет наручиоцу, а копија истог Републичкој комисији, под називом „Проширење захтева за заштиту права у складу са чланом 120. ЗУП“ по својој садржини и форми представља управо проширење захтева за заштиту права, који институт је предвиђен одредбом члана 120. став 1. ЗУП-а, а не нов захтев за заштиту права који је поднет после одлуке наручиоца о захтеву за заштиту права, како је у свом допису навела Републичка комисија. Наиме, одредбом члана 120. став 1. ЗУП-а је прописано да, пошто је поступак покренут, странка може, до доношења решења у првом степену, проширити стављени захтев или уместо ранијег захтева ставити други, без обзира на то да ли се проширени или измењени захтев заснива на истом правном основу, под условом да се такав захтев заснива на битно истом чињеничном стању.

Подсећамо да је наручилац донео одлуке о додели уговора зато што је руководилац наручиоца, у међувремену (од подношења захтева, а пре доношења коначне одлуке о истом), донео одлуку да се настави са спровођењем предметне јавне набавке, са позивом на одредбу члана 150. став 2. ЗЈН. Дакле, констатација Републичке комисије да је у питању нов захтев за заштиту права, није била утемељена у одредби члана 120. став 1. ЗУП-а, у којој одредби се помиње само решење у првом степену, односно право странке да прошири стављени захтев до доношења решења у првом степену. То подразумева да се може проширити поднети захтев све до мериторног окончања поступка решењем,

у првостепеном поступку. Ово посебно добија на значају када се има у виду да ЗУП мора да се примени у поступку заштите права онда када Законом није регулисана одређена ситуација, а то се у конкретном случају односи на допуну захтева за заштиту права, чије је регулисање Законом изостало.

Републичка комисија је поводом поднетог захтева за заштиту права и проширења захтева за заштиту права који су поменути донела следеће одлуке:

1) решење број 4–00–753/2016 од 12.07.2016. године, којим је мериторно одбила сам захтев за заштиту којим је оспорена садржина записника о отварању понуда;
2) закључак број 4–00–774/2016 од 27.07.2016. године, којим је одбацила проширење поднетог захтева за заштиту права као непотпун нови захтев, из разлога што подносилац није уплатио додатну – нову таксу коју је Републичка комисија захтевала да уплати, а да се при томе, Републичка комисија уопште није у свом образложењу бавила допуштеношћу проширења захтева у смислу одредбе члана 120. ЗУП, нити је уопште могла да одлучује о проширењу захтева као новом захтеву на наведени начин јер није била установљена њена надлежност за одлучивање претходним поступањем првостепеног органа – наручиоца.

Наведене одлуке указују да је Републичка комисија у конкретном поступку заштите права извршила грубу повреду принципа добре управе, те је имала врло некоректан однос према подносиоцу захтева тако што у конкретном случају:

1) није поштовала одредбе ЗЈН и ЗУП, а нарочито није поштовала прописани поступак заштите и установљену двостепеност у одлучивању;
2) злоупотребила је своја овлашћења тако што је неосновано позвала подносиоца да уплати додатних преко 1 милион динара како би одлучила о томе да ли заиста постоје битни недостаци у свим поднетим понудама у конкретном случају, што значи и да је неоправдано поставила нове захтеве за остваривање одређеног права подносиоца захтева, а чиме је и неједнако поступила према подносиоцу захтева – дискриминисала га је у односу на остале понуђаче који су учествовали у овом поступку јавне набавке јер му није дата прилика да укаже на недостатке у њиховим понудама, док су недостаци у

његовој понуди утврђени и санкционисани одбијањем његове понуде од стране наручиоца.

Из наведеног се може закључити да је неоснованим и потпуно неаргументованим одбацивањем проширења захтева за заштиту права у конкретном случају, Републичка комисија спречила одлучивање о битним недостацима понуда које су, поред понуде подносиоца захтева, поднете у предметном поступку јавне набавке, а посебно оних понуда које су изабране као најповољније. Исто тако, спречено је и одлучивање о потпуно неоснованој и необразложеној одлуци о наставку активности наручиоца без обзира на поднети захтев за заштиту права, коју је после подношења самог захтева донело одговорно лице наручиоца, а која одлука је омогућила да без обзира на покренути поступак заштите права којим је оспорено отварање понуда, наручилац донесе (незаконите) одлуке о додели уговора, а да после тога приступи и закључењу уговора о јавној набавци. На крају, спречено је и одлучивање о учешћу и улози именованог грађанског надзорника у овом поступку јавне набавке.

У вези са таквим игнорисањем неправилности у конкретном поступку јавне набавке, истичемо и да на основу члана 157. став 2. ЗЈН Републичка комисија по службеној дужности испитује, поред осталог, и да ли постоје околности због којих поступак јавне набавке не може да се оконча на законит начин. Дакле, без обзира на одбијање самог захтева и одбацивање проширења истог, Републичка комисија је била дужна да по службеној дужности размотри наводе подносиоца конкретног захтева за заштиту права којима је указано, пре свега, на чињеницу да све понуде у том поступку јавне набавке имају битне недостатке и да су морале да буду одбијене као неприхватљиве, а посебно да се цео поступак води тако да се не знају цене у динарима, нити да ли је грађански надзорник уопште вршио надзор над тим поступком.

Све наведено указује на повреду принципа добре управе од стране Републичке комисије и на сву апсурдност у начину на који у појединим случајевима тумачи одредбе Закона. Међутим, изложено указује и на сву апсурдност (и опасност по систем јавних набавки) већ поменуте одредбе члана 150. став 2. Закона. Наиме, као што је већ наведено, одговорно лице наручиоца може донети одлуку да наручилац предузме активности у поступку јавне набавке (да донесе одлуку о додели уговора, закључи и почне са извршењем уговораа о јавној набавци) пре доношења одлуке о поднетом захтеву за заштиту права, када би задржавање активности наручиоца у поступку јавне набавке, односно у извршењу уговора о јавној набавци проузроковало велике тешкоће

у раду или пословању наручиоца које су несразмерне вредности јавне набавке, а која мора бити образложена. Такву одлуку, наручилац, у складу са чланом 150. став 7. Закона без одлагања доставља Републичкој комисији и објављује на Порталу јавних набавки и на својој интернет страници, али ни самој Републичкој комисији, изгледа, није јасно како да поступи у вези са том одлуком. То потврђује и чињеница да тај орган у конкретном случају није испитао правилност одлуке наручиоца о наставку активности иако је сам подносилац захтева из наведене студије инсистирао на томе у својим поднесцима. Због тога је потпуно обесмишљен поступак јавне набавке, јер због одредбе члана 150. ст. 2. и 7. Закона нема делотворне правне заштите у том поступку. Наиме, и поред поднетог захтева за заштиту права којим потенцијални понуђачи или понуђачи покушавају да заштите своја права, али и јавни интерес, руководилац наручиоца може да одлучи да ће наручилац окончати поступак јавне набавке и закључити уговор са изабраним понуђачем без обзира што је тај поступак оспорен и што је указано на неправилности и незаконитости приликом његовог спровођења. Тако су могуће ситуације да наручилац уговор о јавној набавци додели понуђачу који је очигледно најскупљи, односно има најнеповољнију понуду или са понуђачем чија понуда има битне недостатке, а да захтев за заштиту права којим је на све то указано не задржава даље активности наручиоца, односно не спречава га да заврши цео посао и изврши исплату јавних средстава таквим понуђачима.

Тако је и у конкретном случају одговорно лице наручиоца донело одлуку о наставку активности, независно од поднетог захтева за заштиту права, позивајући се на хитну потребу за услугама шпедиције, иако све чињенице указују да извршење уговора неће започети пре краја године у којој је спровођен тај поступак (у току маја исте године је спровођен), што је лако проверљиво прибављањем информација од наручиоца. При томе, наручилац се позива на обавезу да се у кратким роковима изврши шпедиција опреме коју ће испоручити партнер наручиоца, а не наводи који су то рокови, када истичу исти, те у којим документима, односно уговорима или споразумима су дефинисани. Дакле, на овом случају, велике и значајне јавне набавке, види се на који начин се једноставно, без ефикасне контроле и санкционисања, могу вршити очигледне неправилности у поступку јавне набавке.

Чланом 36. Устава Републике Србије је прописано да се јемчи једнака заштита права пред судовима и другим државним органима, имаоцима јавних овлашћења и органима аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе, те да свако има право на жалбу или друго правно

средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу.

Због свега наведеног, сматрамо да су одредбе члана 150. ст. 2. и 7. Закона у директној супротности са одредбама члана 36. Устава Републике Србије, јер начин на који је сада, после измена ЗЈН из јула 2015. године (које су ступиле на снагу 12. августа 2015. године), уређено суспензивно дејство поднетог захтева за заштиту права у тим одредбама ЗЈН, чини потпуно бесмисленим подношење захтева за заштиту права као правног средства предвиђеног у Закону, јер без обзира на подношење истог, наручилац може да спроведе и оконча јавну набавку, а да нема практично, никакве конкретне санкције за такво његово поступање, што је на примеру одлучивања Републичке комисије из конкретне студије случаја сасвим јасно. То чини поступак заштите права у јавним набавкама неделотворним и несврсисходним. У том погледу, сматрамо да је сасвим довољно што је у важећем Закону, у члану 150. став 3. прописано да Републичка комисија, на предлог наручиоца, може дозволити наручиоцу да предузме активности пре доношења одлуке о поднетом захтеву за заштиту права, када би задржавање активности наручиоца у поступку јавне набавке, односно у извршењу уговора о јавној набавци значајно угрозило интерес Републике Србије. Дакле, наручилац ако сматра да је потребно да настави са активностима у поступку јавне набавке после поднетог захтева за заштиту права, може да се обрати Републичкој комисији као независном државном органу да донесе одлуку да може да настави са активностима. Сматрамо да је то сасвим довољан, и при томе уставан и легитиман начин да се наручиоцу дозволи да, у изузетним ситуацијама, настави са спровођењем јавне набавке чак и уколико је поднет захтев за заштиту права. Самим тим, непотребне су и неуставне одредбе члана 150. ст. 2. и 7. важећег Закона.

Поред наведеног, наглашавамо да се грађански надзорник у конкретном поступку јавне набавке није огласио и није одговорио на позив подносиоца захтева за заштиту права да се изјасни о уоченим неправилностима, нити је поднео свој извештај надлежним органима – одбору Народне скупштине надлежном за финансије и Управи за јавне набавке. Самим тим, кроз овај случај се може видети и сва бесмисленост садашњих законских решења којима се регулише институт грађанског надзорника (који надзире поступке преко 1.000.000.000 динара).

Још једна чињеница у вези са наведеним случајем је нарочито интересантна, а у контексту набројаних проблематичних решења у процедури заштите права. Наиме, према информацијама које смо добили из

писарнице Управног суда, подносилац конкретног захтева за заштиту права је поднео тужбу против наведених одлука Републичке комисије, али прво рочиште по тој тужби није заказано више од годину дана. Дакле, и то указује колико је неефикасна и чак непотребна судска заштита против одлука Републичке комисије, јер пресуде Управног суда у управним споровима против истих често буду донете после 2 до 3 године, када су конкретне јавне набавке одавно окончане и исплаћене. Са друге стране, чини нам се да постоји још један разлог који доводи до повреде принципа добре управе од стране Републичке комисије, а то је свест чланова исте о томе да постоји судска заштита у трећем степену, пред Управним судом, односно да та одлука Републичке комисије није дефинитивна, макар у свести учесника у спорном поступку јавне набавке. То је, у ствари, лоше оправдање и покушај да се са себе скине „бреме одговорности". Међутим, свесни чињенице да неће добити благовремено задовољење „правде" пред Управним судом, оштећени понуђачи често и не покрећу управне спорове против одлука Републичке комисије, па тако бројне спорне одлуке, егзистирају у правном животу и креирају праксу тог органа која доводи до озбиљне правне несигурности у овој области.

Докази о наведеним чињеницама из овог случаја:

1) Одлука руководиоца наручиоца о наставку активности 12.01.67901/46–16 од 03.06.2016. године, објављена на Порталу јавних набавки;
2) Одлуке наручиоца о додели уговора бр. 12.01.67901/47–16, 12.01.67901/48–16, 12.01.67901/49–16 и 12.01.67901/50–16 од 03.06.2016. године, објављене на Порталу јавних набавки;
3) Решење Републичке комисије број 4–00–753/2016 од 12.07.2016. године о одбијању захтева за заштиту права, објављено на Порталу јавних набавки;
4) Закључак Републичке комисије број 4–00–774/2016 од 27.07.2016. године о одбацивању проширења захтева, објављено на Порталу јавних набавки.

ДРЖАВНА ПОМОЋ

Што се у Србији више пише и говори о давању државне помоћи уочава се парадокс, да је проблема у њеној додели све више, а воље да се нешто учини на њеном поправљању све мање. Не чини се ништа да се стање на овом пољу поправи путем трансформације, боље контроле и смањивања помоћи. Показатељ небриге државе за оно што се дешава са државном помоћи је и чињеница да се марта 2018. последњи објављени извештај Министарства финансија Републике Србије о додељеној државној помоћи односи на 2015[1], мада би објављен већ морао бити извештај за 2016, па чак и за 2017.

1. Шта је државна помоћ привреди?

Има много врста државне помоћи привреди, а све оне не спадају у тему овог чланка, када се она прецизно одреди. Рецимо, држава може да штити привреду царинама и ванцаринским баријерама, да забрани или ограничи страна улагања у неке секторе што помаже онима који у том сектору већ раде, да толерише кршење еколошких стандарда што смањује трошкове пословања или да преко коморе прикупља обавештења која су корисна за фирме, што све представља помоћ привреди, али то не спада у тему овог рада. Овде ће се говорити само о облицима државне помоћи који испуњавају неке услове, који су у закону Србије концептуално одређени на исти начин као и у ЕУ[2]:

- ◊ Државна помоћ привреди се додељује из јавних средстава било ког нивоа власти.
- ◊ Државна помоћ се додељује селективно.
- ◊ Корисници помоћи стичу предност у односу на ривале.
- ◊ Давање помоћи нарушава конкуренцију на тржишту.

Основни облици државне помоћи привреди приказани су у следећем оквиру.

---

1 Објављен је тек новембра 2016. Уп. Комисија ...2016.

2 Уп. Закон..., 2009, чл. 2.

Оквир 1: Шта је државна помоћ

Субвенције и грантови.	Смањење или опраштање социјалних доприноса.
Ниже каматне стопе.	Консултантске услуге.
Пореска ослобађања и изузећа.	Куповина роба и услуга изнад тржишне цене.
Порески кредити.	Куповина непотребних роба и услуга.
Државне гарантије.	Погодности од реконструкције простора.
Прибављање роба и услуга од стране државе.	Куповина акција фирми у тешкоћама.
Гарантија кредита под посебно повољ. условима.	Помоћ фирмама да улажу у еколошке пројекте.
Осигурање од губитка при раду.	Гарантовање дивиденди.
Стимулације у случају успешног пословања.	Инфраструкт. пројекти који користе одређеној фирми.
Помоћ у припреми приватизације јавних компанија.	Бесплатно оглашавање у медијима у јавном власништву.
Привилеговање од стране добављача из јавног сектора.	Конкурси за приватно-јавна партнерства (ПЈП) без јавног оглашавања.
Стицање власништва или права коришћења земље под посебно повољним условима.	

Како се из оквира види, има много начина давања помоћи, али у пракси се државна помоћ претежно пружа на неколико начина и то су субвенције, опраштање пореза, продаја државних ресурса испод цене, кредитне гарантије, а понекад и кредити.[3] Овде је реч само о државној помоћи привреди. Иако пољопривреда спада у привреду, она се овде не рачуна.[4] У помоћ се рачуна све што је усмерено на подршку про-

3 Комерцијални кредити по дефиницији, наравно, не спадају у државну помоћ, мада се неки на то своде, обзиром да су узимани, а нису враћани. То посебно важи за државне банке и фондове. Тако комерцијални кредити, иако нису тако замишљени, могу према исходу да постану облик прикривене државне помоћи. Кредити који се дају привреди под повлашћеним условима, наравно, спадају и формално у државну помоћ.

4 У Извештају о државној помоћи Министарства финансија Републике Србије пољопривреда се рачуна у државну помоћ, док је према Закону о контроли државне помоћи пољопривреда изузета од државне помоћи. О помоћи пољопривреди постоји посебна регулатива.

изводњи и продаји роба и услуга. Не рачуна се помоћ државе другим доменима рада и пословања, као што су култура, спорт, здравствено осигурање. Иако здравствене установе по правилу јесу и привредни субјекти, помоћ која се даје њима се овде не рачуна у помоћ привреди. Све у свему, много тога је изузето из појма државне помоћи у значењу у коме се она користи у нашем закону или у овом чланку.

Државна помоћ привреди спада у често дискутована питања око којих су мишљења подељена. Једни је бране, сматрајући да она значајно доприноси развоју привреде у некој земљи, други је оспоравају тврдећи да је бескорисна или чак штетна. Државна помоћ привреди се често давала после 1930-их, зато што је капитализам од либералног прерастао у државни.

За разлику од публицистике и популарног мњења, где преовлађује схватање да је државна помоћ привреди корисна, у економији као науци се сматра да је државна помоћ привреди погрешна, штавише штетна.[5] Неколико је разлога за такво мишљење:

◊ Државна помоћ штити неефикасне фирме;

◊ Фирме које добијају помоћ губе мотив да се реструктурирају;

◊ У фирмама које добијају помоћ опада квалитет производа и услуга;

◊ Давање помоћи ремети конкуренцију међу фирмама и земљама;

◊ Давање помоћи представља расипање средстава пореских платиша;

◊ Давање помоћи подстиче корупцију.

Ако давање државне помоћи привреди није економски оправдано, као што многе анализе показују, зашто се она даје? Има неколико разлога који могу бити одговор на то питање. И ако нема економских, може бити политичких, личних, демографских или социјалних разлога. Политика се не води према економским уџбеницима, него према политичким приоритетима. Сматра се да давањем државне помоћи политичари и странке придобијају две категорије гласача. То су, прво, гласови оних који су запослени у фирмама и индустријама које добијају државну помоћ, па им помоћ продужава запослење. Друго, један део бирача гласа за политичаре који се залажу за већу помоћ државе привреди, јер погрешно сматрају да је она корисна, да је ствар патриотизма, и да зато треба да се даје.

Неки политичари као оправдање за давање помоћи се позивају на наводне економске анализе или наводе примере успешне државне по-

5 Уп. Bauer 1972; Lal 1983; Easterly 2003.

моћи фирмама, каквих има, али се изузеци и успешност обично дугују неком другом фактору, а не добијеној помоћи. Ако је државна помоћ тако успешна и корисна, зашто онда нема анлиза о томе какви су били њени резултати, пошто је била додељена? У Србији таква анализа о резултатима додељене помоћи никада није урађена, било да је реч о стандардним или посебним облицима помоћи, попут Националног инвестиционог плана. Разлог за избегавање анализе је очит. Када би се анализе направиле, показало би се да је државна помоћ непродуктивна, чак штетна, услед чега би се морала смањити или укинути.

Политичари се залажу за давање што веће државне помоћи зато што то повећава њихову моћ или служи за добијања мита. Они фирми омогуће помоћ, а фирма тим политичарима прибавља против-услугу, као што су новчани или неновчани поклони, „сигурни гласови“, запошљавање рођака, итд. Политичари наравно никада неће рећи шта је њихов прави мотив за давање помоћи, и увек ће га скривати иза наводних економских разлога, бриге за националну привреду и интересе, бриге за радна места, итд. Ти други разлози који се обично јавно наводе, по правилу, нису добри и они служе само да направе „димну завесу“, како би политичари добили одрешене руке. Давање државне помоћи може бити и ствар деловања интересних група. Фирме из грана „на заласку“ тешко се могу одржати на тржишту без државне помоћи. Политичари прихватају иницијативу за помоћ да би се у неком граду или регији избегло отпуштање и са њим повезани социо-економски проблеми. Фирме и запослени прихватају помоћ јер им то продужава живот и останак на радним местима. Бирачи из тих области такође подржавају помоћ, јер се тако одржавају радна места, доходак и запосленост у тим местима и областима.

2. Законска решења

Регулација државне помоћи у Србији направљена је по узору на ЕУ. Тамо државна помоћ представља једну од четири тачке политике конкуренције. Остале три се односе на (i) забрану картела и поделе тржишта, (ii) контролу куповина и спајања фирми и (iii) забрану злоупотребе доминантног положаја. Основне одредбе везане за државну помоћ су садржане у неколико чланова (107–109) *Уговора о функционисању ЕУ*, али је посебна регулатива у овој области у ЕУ давно премашила 1000 страница, не рачунајући прописе везане за риболов и

пољопривреду, као ни судску праксу. Та решења је немогуће приказати на страни-две, па ћу се овде осврнути само на нека основна начела.

Идеја и законска решења у Унији иду за тим, да се помоћ што снажније ограничи, да се даје у облицима који могу да користе већем броју привредних активности и фирми (тзв. хоризонтална и регионална помоћ), као и да се усмери на гране које се рађају, а не на оне на заласку. Законска регулатива на нивоу Уније везана је за облике државне помоћи који имају утицаја на трговину међу земљама, а не на услуге које већином користе само локалном становништву. Тако су од регулације Уније изузети облици помоћи за културне, услужне, спортске, рекреативне, итд. активности или помоћ локалним аеродромима, итд. Тим мањим случајевима, ако желе, могу да се баве регулатива и институције земаља-чланица. Од забрана су изузети неки облици помоћи: неселективна социјална, ради отклањања последица природних катастрофа, регионима изузетно слабе развијености, пројектима од европског значаја и она остала, коју одобри Европски савет квалификованом већином.

За спорне случајеве читаве политике конкуренције, па и за случајеве државне помоћи у ЕУ важе врло нестандардна правила, различита у односу на све друге сфере активности. Случајеви незаконите државне помоћи у ЕУ не иду пред стандардне судове. Ако се прекрши регулатива ЕУ, реагује Одељење Европске комисије[6] за контролу државне помоћи. Подносилац пријаве, која је повод Одељењу да реагује, може бити било ко – појединци, фирме, установе, адвокатске канцеларије, удружења грађана и установе грађанског друштва или сама Комисија, тј. њено Одељење за контролу државне помоћи. Ако се поступак пред Одељењем покрене, он мора и да се оконча „у разумном временском року“.

Одељење Комисије за контролу државне помоћи доноси одлуку о датом случају (ослобађање, казна, висина казне). Уколико су обе стране (подносилац пријаве, тужена страна) задовољни одлуком Комисије (Одељења), што је заправо првостепена пресуда, поступак се окончава. Ако нека страна није задовољна одлуком Комисије, она се може жали-

6 Европска комисија је јединствено тело у цивилизованом и уређеном делу света по томе што учествује у сва три облика власти – законодавној, извршној и судској. Иако у нормално уређеном свету важи правило да установе ове три гране власти морају бити међусобно одвојене, Комисија крши ово правило. Она је део извршне власти, тиме што је администрација виших тела Уније, попут Савета. Она даје и законодавне предлоге (штавише, њени предлози имају примат над свим осталим), па је тиме део законодавне власти. Коначно, у сфери политике конкуренције Комисија има судске надлежности у првој инстанци, па је тако и део судске власти.

ти Суду правде ЕУ (важнији случајеви) или Првостепеном суду (мање важни случајеви). Одлуке било ког од два суда су коначне. Они имају функцију другостепених судова у сфери заштите конкуренције за читаву ЕУ. Не постоји могућност да незадовољна страна иде даље на неки национални суд или на међународну арбитражу. Поред већих случајева државне помоћи, који се решавају на нивоу ЕУ, постоје и мањи случајеви који се решавају на националном нивоу, где важи слична регулатива као и на нивоу ЕУ.

Република Србија је дуго избегавала да донесе закон о државној помоћи и пратећу регулативу. Тако је при доношењу *Закона о заштити конкуренције* (2005) речено да он не обухвата државну помоћ, већ само остала три поља политике конкуренције, и да је то због тога што ће брзо бити донет посебан закон о државној помоћи. То „брзо“ је износило четири године. Очит разлог за ово одлагање доношења регулативе државне помоћи било је да се влади оставе слободне руке. *Закон о контроли државне помоћи*[7] донет је тек 8. јула 2009, а нешто касније донети су и *Уредба о правилима за доделу државне помоћи*[8] и *Уредба о начину и поступку пријављивања државне помоћи*.[9] Уредбе су квалитетније направљене него Закон.

Занимљиво је да *Закон о контроли државне помоћи* има само 26 чланова и заузима непуних десет страница, док *Уредба о правилима...* има 101 члан и око 60 страна. Пет уводних чланова Закона су нека општа одређења и дефиниције, док се огромна већина преосталих чланова бави *Комисијом за контролу доделе државне помоћи*, њеним надлежностима и пријављивањем добијене помоћи. Такође је занимљиво да *Закон о контроли државне помоћи* не предвиђа одговорност органа и службеника у државним органима за његово кршење при додели помоћи (мада примена Кривичног закона није ничим искључена). Одговорност не помиње ни *Уредба о правилима за доделу државне помоћи* (2010–2014). У том погледу овај *Закон о контроли државне помоћи* и уредбе су јединствени, јер немају казнене одредбе, тј. немају део који је обавезан саставни део сваког закона, о томе какве казне ће добити они који буду кршили његове одредбе. Власти су очито иницирале доношење закона (и уредби) који им дају одрешене руке и допуштају да раде шта хоће.

7 „Службени гласник РС“, бр. 51/2009.

8 Уп. „Службени гласник РС“, бр. 13/2010, 100/2011, 91/2012, 37/2013, 97/2013, 119/2014.

9 Уп. „Службени гласник РС“, бр. 13–2010.

3. Давање помоћи и институционална решења

Шта је била идеја да се ради са државном помоћи најбоље се види ако се погледа пракса у њеној додели. О томе нешто више пошто погледамо како изгледају институционална решења у овој сфери. Она би требало да омогуће да додела помоћи, упркос законским недостацима, што боље функционише. Али, као што ћемо видети, изгледа да је намера била нешто сасвим друго – да рупе у закону остану проходне.

3.а. Висина и структура државне помоћи привреди у Србији

После Велике економске кризе 1930-их и Другог светског рата владе многих развијених земаља су давале обилну помоћ привреди, која је ишла и до неколико процената њихових националних доходака (БДП). Социјалистичке земље су још обилније помагале своје фирме. Временом су социјалистичке земље нестале, а у капиталистичком свету се увидело да државна помоћ фирмама не само да није корисна, како се раније веровало, него је и штетна. И у Србији се државна помоћ привреди смањила, али до тога је дошло више услед захтева споља (ЕУ, ММФ) и тешкоћа у јавним финансијама, него захваљујући томе што се схватила природа државне помоћи.

Када се погледа Табела 1, види се да се износ државне помоћи привреди Србије 2009–2015. кретао 2,2–2,9% од БДП. Учешће државне помоћи у Србији повећано је 2009–2015. у односу на 2007, 2008. и 2009, када је редом износило 2,0%, 1,9% и 2,3% од БДП.[10] Поређења ради, државна помоћ у Хрватској 2010. износила је 1,2% БДП или 5.374 милиона куна (716,5 милиона евра).[11] У 2012. државна помоћ привреди у Хрватској износила је око 5,3 милијарди куна, што је око 1,7% БДП.[12] На субвенције у Хрватској отпада 72% укупне помоћи, колико приближно и у Србији. И тамо су се субвенције пре уласка у чланство Уније давале за многе намене, као што се данас дају у Србији. Висина државне помоћи у Србији је неколико пута виша од просека државне помоћу у земљама ЕУ[13], који се креће око 0,7% БДП. Али, то није читава невоља.

10 Уп. Министарство финансија РС 2010, с. 5. Најнижа је државна помоћ у Србији после 2000. године била 2005, када је износила 1,5% од БДП.

11 Уп. Кеснер-Шкреб 2012, с. 3.

12 Уп. Кеснер-Шкреб 2014, с. 1.

13 Детаљније о томе на другом месту: Прокопијевић 2012, Прокопијевић 2013.

Табела 1: Учешће државне помоћи привреди у БДП Србије

Показатељ	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Износ државне помоћи, милиони €	901,98	754,29	808,70	777,96	720,0	904,0	863,0
БДП, милиони €	31.511		31.143	29.933	31.981	33.051	32.907
Удео државне помоћи у БДП, %	2,86	2,64	2,60	2,60	2,25	2,74	2,62
Јавни расходи, милиони €	13.497	13.215	14.330	14.345	14.576	16.017	15.269
Удео у расходима* %	6,68	5,70	5,75	5,42	4,94	5,65	5,65

Извор: Министарство финансија РС 2010–2016.

* Удео државне помоћи у јавним расходима у % БДП.

У ове званичне податке у Србији је укључена само помоћ „изнад црте“, тј. укључено је оно што је приказано у буџету. Нема оног „испод црте“, што није занемарљив износ. „Испод црте“ су обично кредитне гарантије, које влада даје фирмама, попут *Србијагаса* и других, а ту је и помоћ неким од бивших гиганата, као што су *Железара* у Смедереву, *РТБ Бор* или *ФАП* из Прибоја. Ако се тих 400–500 милиона евра дода на оних 700–800 милиона који су „изнад црте“, добије се 1,1–1,3 млрд евра. Али, ни то није све. Ако се додају кредити државних банака, који по дефиницији не спадају у помоћ, али су по начину поделе и одсуству њихове отплате то постали, то је још бар 200 милиона евра годишње у периоду 2009–2016. У ове податке није укључена ни државна помоћ која се даје у оквиру ставке *de minimis*, тј. случајеви када је помоћ појединачној фирми мања у току једне године од 200.000 евра. Тако се укупна сума помоћи приближава бројци од 1,5 млрд евра, што је око 5% националног дохотка Србије. То је равно годишњим издацима за здравство, а за 40% је износ већи од издатака државе Србије за школство. Имајући то у виду тешко је избећи закључак да се додела државне помоћи претворила у велико и слабо контролисано расипање буџетских средстава, тј. новца свих грађана Србије.

Из *Табеле 2* види се како је званично признати део државне помоћи („изнад црте“) расподељен према врстама помоћи. Три основне категорије помоћи су тзв. хоризонтална, секторска (вертикална) и регионална. *Хоризонтална* помоћ се тако назива, јер она не значи помоћ одређеној фирми, већ по правилу треба да је доступна разним фирмама и разним привредним гранама. Она је допуштена по правилима ЕУ

и закону у Србији. *Секторска* (вертикална) помоћ је облик државне помоћи који се даје тачно одређеној фирми или привредној грани и она је по правилима ЕУ (и Србије) непожељна, зато што ремети конкуренцију. *Регионална* помоћ је она која се даје неразвијеним регионима, обично онима који су испод 70% (75%) од просека дохотка дате државе. Она је допуштена правилима ЕУ и Србије, а мотивација за њу је подстицање развоја неразвијених крајева. Наравно, правила и закони су често једно, а пракса нешто сасвим друго, што се може видети и из табеле која следи.

Табела 2: Државна помоћ према категорији помоћи.

	Категорија	**2010**		**2011**		**2012**		**2013**		**2014**		**2015**	
		мил. €	%	мил. €	%	мил. €	%	мил. €	%	мил. €	%	мил. €	%
	Пољопривреда	225,22	29,9	165,65	20,5	222,39	28,6	232,1	32,2	291	31,0	197,2	21,4
	Индустрија и услуге	529,07	70,1	643,05	79,5	555,57	71,4	487,9	67,8	623,7	69,0	678,0	78,6
I	**Хоризонтална држав. помоћ**	**156,63**	**20,7**	**131,85**	**16,3**	**106,26**	**13,6**	**42,1**	**5,9**	**253,9**	**28,0**	**305,9**	**35,4**
	1. Истраж. и развој	0,16	0,02	0,81	0,1	0,08	0,0	0,1	0,0	0	0,0	0,0	0,0
	2. Обука	0,02	0,0	0,02	0,0	0,03	0,0	0,1	0,0	0	0,0	0,0	0,0
	3. Запошљавање	42,51	5,6	4,59	0,6	22,20	2,9	20,7	2,9	17,8	2,0	21,8	2,5
	4. МСП	4,45	0,6	0,01	0,0	0,96	0,1	0,9	0,1	0	0,0	0,5	0,1
	5. Заштита жив. сред.	0,61	0,1	28,67	3,5	0,13	0,0	0,0	0,0	12,9	1,4	0,0	0,0
	6. Култура	0,21	0,0	1,41	0,2	0,25	0,0	6,8	0,9	103,4	11,4	83,9	9,7
	7. Санација и реструктурирање	58,64	7,8	51,28	6,3	76,87	9,9	13,5	1,9	89,6	9,9	195,2	22,6
	8. Остало (светска криза)	50,0	6,6	0,00	0,0	5,74	0,7	0,0	0,0	30,2	3,5	4,7	0,5

	Категорија	2010		2011		2012		2013		2014		2015	
		мил. €	%	мил. €	%	мил. €	%	мил. €	%	мил. €	%	мил. €	%
II	**Секторска државна помоћ**	**141,16**	**18,7**	**179,10**	**22,1**	**170,75**	**22,0**	**158,6**	**22,0**	**214,3**	**23,7**	**113,8**	**13,2**
	1. Рударство	20,66	2,7	21,77	2,7	28,60	3,7	38,0	5,3	39,0	4,3	37,0	4,3
	2. Саобраћај	120,50	16,0	157,34	19,4	142,15	18,3		16,7	–	12,0	76,8	8,9
	3. Туризам	–	–	–	–	–	–	–	–	66,9	7,4	–	–
	4. Остали сектори	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	0,0	0,0
III	**Регионал. државна помоћ**	**231,3**	**30,7**	**332,1**	**41,1**	**278,5**	**35,8**	**287,2**	**39,9**	**155,5**	**17,2**	**258,5**	**29,9**
Укупно		**754,3**			**100,0**		**777,9**	**720,0**	**100,0**	**915,1**	**100,0**	**875,5**	**100,0**

Извор: Министарство финансија РС 2010–2016, годишњи извештаји о додели државне помоћи, разне године.

Оно што је повољно у структури државне помоћи у Србији јесте учешће хоризонталне помоћи које се у последње две посматране године повећава, док удео секторске помоћи опада. Неповољан је мали удео регионалне[14] помоћи. Државна помоћ у Србији се разликује по ***висини***, ***расподели*** и ***циљевима*** од оне у земљама ЕУ. По ***висини*** је помоћ у Србији слична државној помоћи у ЕУ од пре неколико деценија и креће се близу 3% националног дохотка. То је много више од данашњег просека ЕУ од 0,7%. Државна помоћ у Србији је виша и од оне у новим чланицама ЕУ из региона и Источне Европе. По ***расподели*** је државна помоћ у Србији такође различита од оне у ЕУ, јер се даје за више сврха, па и

14 Локалне јединице власти су у 2016. у Србији доделиле око 30 милијарди динара (око 25 милиона евра) субвенција, које не спадају све у помоћ привреди, што чини око 15% буџета јединица локалне самоуправе и око 0,8% БДП. Мада се овим путем нешто појачава регионални аспект помоћи привреди, локалне субвенције су у Србији сувише велике у односу на просек у земљама Источне Европе и региона, који износи око 0,3%. За разлику од већих субвенција, улагања у Србији на локалном нивоу су много нижа него у земљама Источне Европе.

за оне које су у ЕУ забрањене или врло ограничене (секторска помоћ). Обавезе у погледу државне помоћи тек треба очекивати када преговори о чланству дођу у завршну фазу. Сам *Споразум о стабилизацији и придруживању* који је Србија потписала са ЕУ 2008. мало говори о државној помоћи.[15] У евентуалном будућем уговору Србије са ЕУ о чланству, питање државне помоћи биће много прецизније обрађено.

Хоризонтална државна помоћ, која је допуштена правилима ЕУ, чинила је велику већину државне помоћи у Србији 2009. од 62,6%, али је после тога опала на 25% или мање. Занимљиво је да је Хрватска, у време када се припремала да постане чланица ЕУ, имала још неповољнију структуру помоћи у односу на Србију: секторска 76%, хоризонтална 15% и регионална 9%.[16] У ЕУ хоризонтална помоћ 2010. износила је 85% (укључујући регионалну помоћ), а секторска 15%. Дакле, удели разних облика државне помоћи у Србији и Хрватској тачно су обрнути од ситуације у ЕУ, што указује на то да ће државна помоћ у ове две земље морати да прође веће промене. Хрватска то чини током прелазних периода, а вероватно ће слично бити и са Србијом.

И код ***циљева*** хоризонталне помоћи потребне су промене. Удео „истраживања и развоја“ треба да се осетније повећа, као и удео „обуке“ (видети *Табелу 2*). „Остало“, што се односи на помоћ за отклањање утицаја светске кризе, треба да нестане са проласком кризе. Секторска државна помоћ треба да се смањи, посебно део који се односи на саобраћај. У основи су то обично субвенције за железницу. Удео регионалне државне помоћи у укупној помоћи у Србији није много висок, а њено веће учешће је пожељно са становишта регулативе и ЕУ и Србије.

Промене у структури државне помоћи у Србији неће се моћи обавити, ако их не буду пратиле структурне реформе. Нпр. потребно је наставити приватизацију, посебно у сфери ликвидације кроз стечај, приватизације јавних и јавних комуналних предузећа и реституције. Потребан је прелазак на режим слободног формирања цена и тамо где то сада није случај. Такође је потребно извршити приватизацију бар дела железничког саобраћаја, укинути давање субвенција за отварање нових радних места, итд. Без структурних промена у реалном сектору сама промене износа државне помоћи биле би ограничене и углавном козметичке.

---

15 Уп. ССП, с. 704 и даље. То је део о помоћи индустрији челика, једини који се односи на државну помоћ.

16 Кеснер-Шкреб 2012, с. 4.

3.б. Институционална решења

Ради спровођења регулативе о државној помоћи, Србија је основала *Комисију за контролу државне помоћи* и она се налази при *Министарству финансија*. Стручну, административну и техничку подршку Комисији пружа *Одељење за контролу државне помоћи* Министарства финансија. Главни проблем овог решења је што иста инстанца (Министарство финансија) и даје и контролише поступак давања државне помоћи. О раду Комисије све говори чињеница да она за осам година постојања није донела ни једно решење о одузимању додељене државне помоћи, иако се кршење закона, начела и правила доделе помоћи мери стотинама. Закон о контроли државне помоћи допушта чак и да се Комисији за контролу државне помоћи не дају подаци о додељеној помоћи. Недавни допис[17] из Комисије који је упућен свим даваоцима државне помоћи управо изгледа као апел немоћне установе да им корисници помоћи бар не ускраћују информацију.

Тако је на линији законодавац – Министарство финансија (привреде) – Комисија за контролу државне помоћи практично формиран прећутни договор: помоћ се даје по вољи даваоца, не по правилима. Могуће је и кршење закона. Комисији може да се ускрати информација. Нема одузимања помоћи, чак и оне дате мимо правила. Нема казни за непотпуно, нетачно или никакво пријављивање помоћи Комисији. Непоступање по одлуци Комисије се не кажњава. Комисија такав случај може само да пријави Министарству финансија, ДРИ или Буџетској инспекцији. Ако се имају у виду таква законска решења, није чудо да се при додели помоћи догађа мноштво неправилности и тешких злоупотреба.

Тако Министарство финансија (и Министарство привреде) и њихове агенције могу да крше закон, а Комисија – коју оснива Министарство финансија – може само да се жали свом оснивачу, које је прекршилац, и које за то неће бити кажњено. Министарство финансија или Комисија немају по Закону никакву обавезу да извештавају о успешности дате помоћи.

Наравно да је у телима ЕУ уочено да поменута решења нису добра. На писану примедбу Европске Комисије (*progress report* за Србију) да је Комисија за контролу државне помоћи несамостална,[18] Влада РС је одговорила: „Комисија има сопствени печат, меморандум и интернет

17 Речит је већ наслов документа Комисије од 5. јуна 2017: „Обавештење свим даваоцима државне помоћи“.

18 Уп. Европска комисија, 2014, с. 46.

презентацију.“ Влада је вероватно сматрала да је то довољно да реторички оспори приговор Европске комисије, иако је све у приговору тачно. Вероватно се све неће на томе завршити, ако процес придруживања Србије Унији треба да се настави. Занимљиво је да домаћа извршна и законодавна власт нису саме дошле на идеју како поменута решења не ваљају, и како их треба поправљати. Очито је да су таква решења у интересу оних који су на власти, јер се преко тако конципиране државне помоћи може остварити утицај на привреду и доћи до значајних средстава путем мита за личне и страначке финансије.

Услуге од општег интереса при давању помоћи подлежу ублаженом режиму ионако овлашне контроле. Помоћ се не пријављује Комисији ако је до € 15 милиона, уколико је реч о:

– здравству и установама социјалног становања,
– аеродромима са преко 200.000 путника у претходној години,
– и ако период пружања услуга није дужи од 10 година.

Занимљиво је да у Србији има само један аеродром са поменутим бројем путника, као и да је период од 10 година врло дуг са становишта међународног искуства у давању државне помоћи. И у државним круговима Србије постоји свест о томе колико на овом пољу има проблематичних решења, јер је Влада још пре неколико година обећала доношење „Уредбе о анализи утицаја државне помоћи“, и то закључно са првим кварталом 2014. То је остало мртво слово на папиру, јер је Влада никада није донела (бар не до марта 2018). Акциони план из 2013. много је обећавао, али је мало донео. У њему се чак каже како ће Влада инсистирати на поштовању закона. Зар влада није та која по дефиницији мора да поштује закон? Као да су у влади и сами свесни да га не поштују и да се то ни на који начин не може сакрити.

4. Правосуђе и државна помоћ

У аналогији са ЕУ, и у Србији је регулатива државне помоћи постављена тако да се избегну регуларна тужилаштва и судови. Државну помоћ одобравају агенције Министарства финансија или Министарства привреде. Давање државне помоћи у Србији споља контролише Европска комисија, а у земљи то чине: 1. Комисија за контролу државне помоћи, 2. Државна ревизорска институција (ДРИ), 3. Буџетска инспекција, 4. Установе грађанског друштва.

Већи случајеви кршења правила о додели државне помоћи у ЕУ не иду пред регуларне судове. Ако дође до кршења закона о државној помоћи, *Одељење за државну помоћ* Европске комисије има две могућности: прво, да предложи казну за владу земље због дате помоћи или, друго, да случај тужбом против те владе доведе на Суд правде ЕУ. Ако у вези прве могућности чланица која је кажњена није задовољна изреченом казном, може да се жали једино Суду правде ЕУ. Пресуда тог Суда биће коначна. То важи и за другу могућност, када Одељење (тј. Европска комисија) тужи неку владу Суду правде ЕУ због незаконите помоћи.

Такав поступак, међутим, не може да се примени у случају земље која још није чланица, попут Србије, зато што Суд правде ЕУ није надлежан за нечланице. У случају када би влада Србије доделила већу незаконити помоћ некој фирми (било је таквих случајева, нпр. помоћ *Аеродрому Никола Тесла*, *Железари Смедерево* или *ФИАТ Краљевац*), реаговала би Европска комисија, која би тражила да се пракса прекине, а средства врате у буџет. Ако би влада Србије такав захтев усвојила, тиме би се случај окончао. Ако влада Србије, пак, такав захтев не би усвојила, Европска комисија би извршила политички притисак да влада усвоји њен захтев или би обавестила више органе Уније о случају и њима препустила да проблем реше политичким средствима. Пошто земље потенцијални кандидати и кандидати теже чланству у Унији, оне не смеју да дозволе да не услише такве захтеве Европске комисије, других тела Уније или политичара из утицајних земаља Уније. Ако би се оглушила о такве захтеве, земља-кандидат би била кажњена тиме што би је Унија ставила на слепи колосек или успорила њено напредовање ка чланству. Обзиром да Европска комисија одређује темпо преговора, отварања нових поглавља и остало, она има довољно инструмената да успори или заустави процес интеграције неке земље у Унију. Зато се случајеви такве непослушности земаља кандидата обично не дешавају.

У случајеве којима се бави Европска комисија могу да се умешају домаћа тела, нпр. Комисија за контролу државне помоћи или ДРИ. Међутим, то се по правилу не дешава. Комисија избегава да се бави и мање важним случајевима, о важнијим да се не говори.

И у Србији је ствар тако постављена да највећи случајеви не долазе до регуларног тужилаштва и суда. Већи случајеви помоћи (мимо оних у које се умеша ЕУ) обезбеђују се било банкарским гарантијама било политичким средствима. Ако прималац не користи средства помоћи према закону, давалац помоћи може да активира банкарску гарантију, што се у значајном броју случајева и десило. Ако којим случајем нема банкарске гарантије, већ је аранжман обезбеђен поли-

тичким средствима (обично је то случај када је у питању помоћ државним фирмама или фирмама са израженом социјалном функцијом), онда се врши притисак на ону странку која контролише ту фирму или сектор да се ствари исправе.

Ако би Комисија за контролу државне помоћи у Србији покренула поступак због неправилности у додели помоћи, он би се могао и интерно окончати. Ако би прималац помоћи био незадовољан решењем Комисије, он би могао да покрене прекршајни или кривични поступак. У том случају предмет би дошао до тужилаштва, а можда и до суда.

И ако би агенција као давалац помоћи у Србији пронашла да корисник не употребљава помоћ како је уговорено, она би могла да покуша да то исправи у интерној комуникацији са корисником. Уколико то не би успело, давалац помоћи би могао да активира банкарско осигурање, које је корисник помоћи морао да прибави пре него што је дошао у положај да користи помоћ. У том случају агенција-давалац помоћи би надокнадила дати износ. Ако, пак, агенција није добила банкарско осигурање, онда би у случају да корисник не користи помоћ према правилима једино могла да га тужи, у ком случају би спор дошао до тужилаштва и суда. ДРИ такође може да поднесе прекршајну или кривичну пријаву, чиме случај такође долази и до тужилаштва и суда. Није познат број отворених истрага и евентуалних судских поступака око државне помоћи.

Пракса показује да пред тужилаштво случајеви државне помоћи привреди (и пољопривреди) могу да дођу због:

– кршења прописа о додели и коришћењу државне помоћи, и
– корупције која настаје при поступку доделе државне помоћи.

Таквих случајева до сада је било релативно мало, што је у несразмери са бројем незаконитости при додели државне помоћи. Пред тужилаштва, међутим, често долазе случајеви државне помоћи предузетницима, који су по правилу везани за мање износе. Обично се ради о промени намене добијене помоћи, разним неправилностима у њеном коришћењу или нетачној (лажној) документацији при конкурисању за добијање државне помоћи. Таквих случајева пред тужилаштвима у Србији тренутно има известан број.

Понекад владине агенције које одобравају помоћ, у ситуацији када дођу у сукоб са примаоцем помоћи услед неправилности у коришћењу добијене помоћи, не покушавају саме да реше спор, већ случај уступају агенцијама за наплату заосталих потраживања. Обично се то ради са старијим потраживањима. Најчешће су државне агенције за пружање по-

моћи већ поднеле пријаву код тужилаштва. Код мањих износа се дешава да посредничке агенције за наплату потраживања нису заинтересоване за судски спор, јер су средства која су предмет потраживања сувише мала. Тако се тужиоци могу да нађу у необичној ситуацији. Имају пријаву за прекршај или кривично дело од надлежне владине агенције (обично је то давалац помоћи), али посредничка агенција којој је држава уступила случај ради наплате дуга није заинтересована за даљи поступак, јер би њиме више изгубила, него добила. У таквим случајевима ни тужиоцима не остаје ништа друго, него да и они одустану од даљег поступка.[19]

Пракса у додели и контроли државне помоћи у Србији. Разна тела, као што су *Савет за борбу против корупције, Транспарентност Србија* и друге организације анализирали су регулативу и праксу у додели државне помоћи у Србији. На пример, *Савет за борбу против корупције* анализирао је доделу државне помоћи у периоду 2001–2014. у Републици Србији и констатовао је да су нарушена сва основна начела доделе државне помоћи. Врло слични налази су и у студији *Транспарентност Србија* о државној помоћи.[20] Основна начела за доделу државне помоћи су:

1. Равномерни регионални развој,
2. Подстицај мањих фирми и предузетника,
3. Подршка производњи и извозу, а не трговини и услугама.

Ad 1. ***Прво*** начело рада Фонда за развој, равномерни регионални развој, укључујући подстицање развоја недовољно развијених подручја, врло често се крши. Уместо неразвијеним, огромна већина кредита је отишла у Београд, а потом Нови Сад и Ниш, који спадају у развијеније регионе Србије.

Ad 2. Уместо мањих фирми и предузетника, кредите су добијали тајкуни. Тако су једне године фирме Мирослава Мишковића добиле 1,2 милијарди динара помоћи, а сви остали мали предузетници 880 милиона динара. Услед такве кредитне политике Фонда, нарушено је и његово ***друго*** начело – подстицање пословања мањих правних лица и предузетника.

Ad 3. Коначно, нарушено је и ***треће*** основно начело Фонда – уместо подстицања производње и извоза, подршка је углавном давана за делатности везане за трговину и услуге.

---

19 Претходни део је заснован на подацима добијеним од тужилаца на семинарима о државној помоћи током 2017.

20 Уп. Транспарентност Србија 2015; Савет за борбу против корупције 2014.

Савет је нашао да је рад Фонда био снажно политизован. У надзорном одбору и другим телима Фонда седели су министри, Фонд је формацијски био подређен Министарству финансија и Министарству за јавну управу, локалну самоуправу и регионални развој. Међу осталим недостацима, Савет је нашао и следеће:

◊ Потрошена су велика јавна средства.
◊ Нема никаквог осетнијег позитивног утицаја дате помоћи на привреду Србије.
◊ Нису развијене или нису поштоване процедуре процене кредитног ризика, процене ризичних кредита, механизама повраћаја средстава.
◊ Већина кредита је ненаплатива.
◊ Тајкуни су се додатно обогатили.
◊ Предузетници су углавном остали без подршке.
◊ Политичари и бирократе нису одговарали за повреду начела Фонда, неправилан рад и злоупотребу средстава Фонда.

Налази Савета поткрепљују тезу о непродуктивности или чак штетности државне помоћи. Влада и надлежни министри су изигнорисали ове налазе, вероватно стога што нису имали начина да их оповргну, а и нису желели да одустану од давања помоћи.

Мршав казнени биланс. Висока издвајања за државну помоћ привреди у Србији, лабава регулатива и њено још лабавије спровођење, одсуство казни – створили су погодно окружење за многе злоупотребе. Очито је да се помоћ врло снажно злоупотребљавала и да до тога није могло доћи да министри и други виши службеници нису били веома заинтересовани да се помоћ додељује без обзира на њену неефикасност и бројне злоупотребе. То указује да су они имали јак интерес да се помоћ додељује на тај начин, а то је, опет, даља индиција, мада не и доказ, да су министри и виши државни службеници извесно добијали мито, како би поступали на наведени начин. Таква масовна и очита кршења закона у потпуној су несразмери са одсуством казни за такво понашање. Све што се може видети на овом пољу долази из јавних медија, у којима се повремено могу читати чланци о томе како су неке институције (ДРИ) поднеле пријаве против појединих министара или других виших државних службеника или да су једни политичари поднели пријаве против других. На томе се све обично и завршава. Очито да у политичкој класи постоји сагласност да се такве ствари не истерују до краја. Врло су ретки судски поступци против политичара због

корупције, укључујући и ону која настаје у поступку давања државне помоћи. А и када до поступка дође, он се развлачи и по правилу се никада не оконча. Ако се неки оконча, онда су обично у питању неки локални[21] или безначајни политичари, ситан случај, итд.

Наравно, за потребе маркетинга пред изборе било је разних хапшења мање важних политичара и бирократа, обично оних из бивше власти. Кампање хапшења су добијале велики публицитет, често су се користили потпуно незаконити поступци (нпр. хапшење уз телевизијски пренос), јер је требало створити утисак како се власти одлучно боре против корупције и покушавају да је сузбију. После великог публицитета при хапшењу, готово сви ухапшени се у тишини и брзо пуштају на слободу, а поступци против њих се никада не покрећу – сем у врло ретким случајевима. То јавност, наравно, није у стању да види. Многи су прво хапшени, па су тек касније тражени докази. Против неких је чак покретан и судски поступак, па су се тек онда тражили докази. Такви процеси, чак и када се покрену из маркетиншких политичких разлога, обично пропадају, хапшени покрећу одштетне захтеве које по правилу добијају, а држава плаћа велика обештећења. Све се на крају сведе на „представу за наивне“ и поигравање правдом. Тако се у Србији суочавамо са парадоксом да у земљи високог нивоа корупције, што се потврђује и на пољу државне помоћи, практично нема правоснажних пресуда против министара и других виших државних службеника за корупцију. Истрази, тужилаштвима и судовима су везане руке од стране извршне власти, која контролише њихов рад. Озбиљније промене се могу очекивати тек када се судска власт осамостали и постане независна од извршне власти.

Врло је јасно зашто извршна власт контролише судску. Ако би истрага, тужилаштво и суд били независни од извршне власти, већина починилаца кривичних дела везаних за корупцију била би ухваћена и осуђена. Велика вероватноћа таквог исхода учинила би да са протоком времена ниво корупције опада. Али, ако би до тога дошло, како би се политичари и виши бирократи незаконито богатили, како би се финансирали рад странака и изборне кампање, како би се прибављала средства за поткупљивање политичких ривала, итд? Наравно, да би све то временом било сведено на занемарљиву меру, а недостајућа средства би се морала тражити на други, регуларан начин. Дакле, ако би истрага, тужилаштво и суд били независни политичари би или постали њи-

21 Нпр. случај Горана Кнежевића, тадашњег председника општине Зрењанин, због продаје државног грађевинског земљишта приватној фирми испод тржишне цене.

хова највећа жртва или би са лошим навикама (узимање мита) морали да престану. Очито је да у политичким круговима постоји сагласност да се са лошим праксама настави, јер им доноси огромну незаконити корист, а ризик је – услед контроле судске власти – раван нули.

До промене на овом пољу доћи ће тек када притисак бирача и јавности буде ојачао да се корупција и друге незаконите радње озбиљно сузбију. Такав јавни притисак, независност институција које се тиме баве и поуздани механизми контроле се обично не развијају брзо. За њих је потребно време и стални, непрекинут напор да те установе и њихов рад буду трајни. Они су везани и за достизање извесног нивоа зрелости у друштву, која је услов да се такви механизми покрену и употребе. Земље које данас важе као узор у погледу сузбијања криминала и корупције везаних за политику, колико до пре седам-осам деценија имале су сличне проблеме са којима се данас сусреће Србија. Данашња добра решења у сузбијању корупције у неким земљама света постигнута су дуготрајним и систематским напором. Тешко да ће и Србија у том погледу бити изузетак. Ситуација у овој области ће вероватно бити нешто боља за двадесет година, и знатно боља за педесет, а и то под претпоставком да се већ данас крене у поправке и тражење бољих решења. Наравно, нико не може очекивати од тужиоца или судије да игра улогу Дон Кихота. Потребно је да у друштву превлада схватање о штетности постојећих решења и потреби да се то озбиљно промени. Погледаћемо један пример доделе државне помоћи на коме се виде скоро све њене слабости.

5. Случај PKC Wiring Systems Д.О.О.: Преко леђа грађана до високе ефикасности

5.а. Увод

Да би се видело како државна помоћ изгледа у практичном смислу у Србији, одлучио сам да анализирам један њен случај. Хтео сам да то буде неки „велики случај“, попут *Фиат аутомобили Србија*, *Београд на води* или *Ер Србија*, али ту постоји нерешив проблем, јер јавно нису доступни кључни делови уговора које је Влада Србије потписала са страним инвеститорима. Ако су то за државу Србију и њене грађане добри послови, као што политичари на власти тврде, зашто онда уговори нису јавно објављени? Одговор који каже да су страни пословни партнери тако тражили није озбиљан, јер таквих захтева од стране инвеститора нема при нормалним улагањима. Вероватно се ради о

уговорима који су штетни за Србију и њене грађане, али који су врло корисни за инвеститоре и један број појединаца на власти. Уместо поменутих, узео сам случај *РКС*.

5.б. Случај РКС

Финска фирма *РКС Wiring Systems*[22] је уз обилну помоћ државе Србије и Смедерева отворила фабрику у том граду. И код овог „подухвата“ неки подаци нису доступни, и то, по правилу, они, где би, да су познати, била очита штета за државу и грађане. Такви „информативни проблеми“ су неизбежни, свеједно који случај се узме, само што је број непознатих података много већи код великих случајева типа *Фиат аутомобили Србија*, него код *РКС*[23].

Пре доласка је РКС Wiring Systems са властима Србије 18. октобра 2013. потписао *Меморандум о разумевању*[24] и убрзо затражио државну помоћ. *Комисија за контролу државне помоћи* је већ 26. фебруара 2014. одобрила *РКС*-у помоћ коју јој је доделило Министарство привреде Републике Србије. Ако се погледају датуми, од потписивања *Меморандума* до одобрења помоћи прошло само неколико месеци. Уговорне обавезе по основу помоћи почеле су, међутим, да теку тек од 13. фебруара 2015, а средства су исплаћена *РКС*-у у три рате већ до краја 2016. То практично значи да је финска фирма прво тражила (и добила) државну помоћ, која је муњевито исплаћена, а тек годину дана касније почела стварно да ради. Субвенција није све што су Финци добили од Србије. Пошто је парцела на којој се налази пословна хала проглашена за „слободну зону“, они су добили и царинске повластице за увоз материјала, готових производа и машина, под условом да у основна средства уложе више од 9 милиона евра и запосле додатних 100 радника. Шлаг на тор-

22 Више информација о самој фирми може се наћи на сајту http://www.pkcgroup.com/wiring-systems.html *РКС Wiring Systems* је од мале финске фирме основане 1969. постала глобална компанија са прометом од око милијарде евра и око 22.000 запослених. Основа пословне активности РКС су каблови које прави за моторна возила и разне уређаје. Компанија ради на свим континентима сем Аустралије, а у Европи сем Немачке и Финске има фабрике у неколико источно-европских земаља.

23 Кратка белешка о делу компаније у Србији може се наћи на сајту http://www.pkcgroup.com/about-pkc/careers/europe/serbia.html Доласком у Србију *РКС Wiring Systems* је у Смедереву основао предузеће *РКС Wiring Systems Д.О.О.,* а затворио је фабрику у Украјини.

24 Са српске стране су га потписали Александар Вучић (на сајту РКС погрешно стоји Вуи), потпредседник владе РС у то време, и Јасна Аврамовић, градоначелница Смедерева. http://otp.investis.com/clients/fi/pkc_group/omx/omx-story.aspx?cid=657&newsid=34160&culture=en-US.

ти је да ће *РКС Wiring Systems Д.О.О.* бити ослобођен плаћања пореза на добит све време рада у Србији.

Уговор Републике Србије и *РКС Wiring Systems Д.О.О.* је предвиђао да ће *РКС* инвестирати најмање 8 милиона евра у покретање постројења за производњу кабловских система, од тога не мање од седам милиона евра у материјална средства и не мање од милион евра у нематеријална средства. На финском сајту *РКС* пише да ће фабрика у Србији радити са „великом трошковном ефикасношћу", што су пренели и медији код нас.[25] Касније ће се видети шта су били разлози те „велике ефикасности" бар у првим годинама рада *РКС* у Смедереву.

РКС се обавезао да ће запослити најмање 1.500 радника на неодређено време, почев од 2014. године, у року од 24 месеца од дана потписивања записника о предаји „новог постројења". Зараде запослених ће бити најмање 20% веће од минималне нето зараде у Србији.[26] „Ново постројење" је зграда коју *РКС* изнајмљује од града Смедерева, а коју је Град изградио,[27] узевши кредит од 8 милиона евра, са роком отплате 5 година и грејс периодом од 2 године. Није позната каматна стопа по којој је кредит узет. Познато је да је изградња хале коштала 688,4 милиона динара или око 5,7 милиона евра.[28]

Према неформално добијеним информацијама, закуп хале од стране *РКС* износи 3,2 евра по квадратном метру, без ПДВ. Пошто хала[29] има 20.000 м², закуп би месечно износио 64.000 евра, тј. 768.000 годишње, опет без ПДВ. Података о условима узимања кредита и његове отплате такође нема. Према неформално добијеним информацијама, месечни приход од закупа хале који плаћа *РКС* и месечни приходи од

25 http://plutonlogistics.com/uspesne-price/pkc-group-iz-finske-pokrece-proizvodnju-kablovskih-sistema-u-smederevu/.

26 Блиц је у то време писао да су чак и 56 инжењера пристали на обуку на неквалификоване раднике. У РКС-у тврде да је „просечна зарада знатно изнад законски прописане минималне". http://www.blic.rs/vesti/srbija/neverovatno-ponizenje-finci-inzenjere-u-smederevu-uce-da-budu-kv-radnici/cl7p5ww.

27 Изградња хале почела је 5. септембра 2014, а камен темељац је поставио тадашњи потпредседник владе Александар Вучић. http://edukaplus.com/vesti/gradnja-proizvodne-hale-finske-pkc-group-u-smederevu-pocinje-5-septembra/.

28 У то су урачунати не само градња хале, него и прибављање других услуга – водоснабдевање, одвод отпадних вода, две трафо-станице, две котларнице на гас, спинклер систем за гашење пожара, интерне саобраћајнице, био-диск уређај за пречишћавање отпадних вода, итд. Разлика између 5,7 и 8 милиона евра коришћена за инфраструктурно опремање изван парцеле на којој се налази главна хала и пратећи објекти *РКС*.

29 http://www.gradjevinarstvo.rs/vesti/10088/810/konzorcijum-%E2%80%9Eitg-vig%E2%80-%9C-gradi-halu-za-finsku-kompaniju-pkc-u-smederevu.

пореза на доходак запослених у *РКС* (део који добија локална јединица власти) нису довољни да покрију месечну рату кредита, који отплаћује град Смедерево за кредит од 8 милиона евра. То указује да је хала рентирана финској фирми далеко испод цене, што је такође облик помагања инвеститора. *РКС* не плаћа низ локалних такси, као што су накнада за грађевинско земљиште[30], порез на халу (нпр. не плаћа порез на имовину), а на трошак града иде чак и осигурање хале.

Б92 је известио 6. марта 2014. да је *РКС* у Смедереву почео да ради, те да запошљава око 50 радника.[31] У то време *РКС* је радио у једној старој хали. Организација *Транспарентност Србија* успела је да дозна, да је датум примопредаје објекта, то је нова хала, и датум од кога теку уговорне обавезе о државној помоћи – 13. фебруар 2015.[32] Према уговору о закупу хале, Финци је рентирају на десет година, а уговор у сваком часу могу да откажу. У случају превременог раскида уговора, Финци би платили 13 месечних закупнина, што граду не би покрило ни десети део цене кредита за халу. И град Смедерево може да раскине уговор, али само под условом да *РКС* не плаћа закуп и комуналије, ако промени делатност или оде у стечај.

У периоду припрема за улагање *РКС*, самог улагања и касније рада, променило се чак пет министара привреде у Влади Србије. Ако се гледа према мандатима министара привреде, посао је вероватно припреман и договаран у време министра Динкића, који је у јавности био познат по залагању за субвенције страним инвеститорима, иако је *Меморандум* потписан два и по месеца после његове смене са министарског места. Помоћ за *РКС* је затражена и одобрена 26.2.2014, дакле два дана пре смене Саше Радуловића као министра привреде. Већ недељама пре Радуловићеве смене, он није имао никаквог утицаја на рад његовог министарства, услед сукоба са премијером Вучићем. Зато се може претпоставити да је неко други координисао случај помоћи за *РКС*. Град Смедерево гради и предаје халу за *РКС* у време министра Сертића, а тада пада и почетак повећаног запошљавања у *РКС Wiring Systems Д.О.О.* Достизање уговорне обавезе о најмање 1500 запослених долази тек у време министра Кнежевића. Основну улогу из Владе око доделе државне помоћи *РКС*-у изгледа да нису имали министри привреде, који су се веома често мењали, већ Александар Вучић, који је једно време био потпредседник, а једно

30 http://www.politika.rs/sr/clanak/373614/Indijci-preuzimaju-PKC-smederevski-ogranak-ceka-odluku.

31 http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2014&mm=03&dd=06&nav_id=820201.

32 TI 2017, с. 38.

време председник Владе, који је у име владе и потписао *Меморандум* са финском фирмом.

Датум/Догађај	Министар привреде
18. окт. 2013. Меморандум о разумевању	Млађан Динкић 27.7.2012 – 02.7.2013.
26. феб. 2014. Затражена државна помоћ за *РКС*.	Саша Радуловић 02.9.2013 – 29.2.2014.
26. феб. 2014. Одобрена државна помоћ за *РКС*.	Душан Вујовић 27.4.2014 – 03.9.2014.
06. март 2014. *РКС* почиње да ради у старој хали.	
05. септ. 2014. Почела изградња нове хале.	Жељко Сертић 03.9.2014 – 11.8.2016.
13. феб. 2015. Примопредаја хале. Теку уговорне обавезе.	
13. феб. 2017. РКС треба да има најмање 1500 запослених.	Горан Кнежевић 11.8.2016. – март 2017. и даље.
13. феб. 2019. РКС треба да задржи 1500 запослених.	

При додели помоћи фирми *РКС Wiring Systems Д.О.О.* кључни је део који се односи на њену висину и оправдање. Уредба о правилима за доделу државне помоћи прописује да се „висина регионалне инвестиционе државне помоћи која се додељује великим привредним субјектима утврђује до 50% оправданих трошкова за почетна улагања“. За средње привредне субјекте највише 60%, а за мале до 70%. Оправдани трошкови за почетна улагања су: 1) почетна инвестициона улагања (материјална и нематеријална имовина) и 2) нова радна места повезана са почетним улагањем. Пошто су почетна инвестициона улагања *РКС*-а осам милиона евра, субвенција од 7,5 милиона не може да се уклопи у ограничење висине државне помоћи у односу на почетна инвестициона улагања (60%). Због тога се основа давања помоћи мења и као нови параметар узимају се трошкови нових радних места. Уредба, наиме предвиђа и такву могућност: „Укупан износ регионалне инвестиционе државне помоћи се израчунава на бази: 1) оправданих трошкова за почетна инвестициона улагања, 2) процењених трошкова зарада за новоотворена радна места повезана са улагањем у двогодишњем периоду“.

Приликом израчунавања процењених трошкова зарада за новоотворена радна места у двогодишњем периоду, Комисија за контролу државне помоћи се позвала на уговорну обавезу инвеститора да запосли 1.500 радника на неодређено време почев од 2014.

Иако ће током те две године, од 11. децембра 2014. до 11. децембра 2016. године број запослених постепено расти, како би досегао 1.500, Комисија обрачунава улагања у зараде у двогодишњем периоду рачунајући да ће током те две године *РКС* исплаћивати зараде за свих 1.500 запослених. У тренутку када је помоћ *РКС* дата, фирма је имала само 52 запослена – за два запослена прешла доњу границу за средње велике фирме (имају 50–250 запослених). Занимљиво је да се уговор са *РКС* не потписује према *Уредби о правилима за доделу државне помоћи* 2010–2013, него према мање рестриктивној *Уредби о страним инвестицијама* из 2012.

Рачуницом (1.500 запослених x 24 месеца x 350 евра бруто плата = 12,6 милиона) долази се до 12,6 милиона евра, а 60% од тог износа је 7,56 милиона. Пошто је имао право на субвенцију од 50%, то значи да је највиши износ који је РКС могао да добије био 6,3 милиона евра. Неко је страном инвеститору само по овој основи просто поклонио 1,26 милиона евра.

Укупну рачуницу тога колико је Србију коштало пословање *РКС* у Смедереву није лако извести, зато што неки подаци нису познати. Ако би се рачунало пословање у првих пет година, може да се каже да је Србија дала субвенцију од 7,6 милиона евра. Непознато је колико је државна каса изгубила због ослобађања од царина. Та сума је ниска ако су Финци увозили машине и репроматеријал из земаља ЕУ, јер је због *Споразума о стабилизацији и придруживању* Србија била у обавези да укине царине за увоз из ЕУ. Али, сума може бити значајна, ако се ради претежно о увозу из остатка света, што је мање вероватно. Ако је годишња добит *РКС* у Смедереву била 15 милиона евра, опраштањем пореза на добит од 10% Србија је за пет година изгубила око 7,5 милиона евра. Ако је кредит града Смедерева био 8 милиона евра и ако претпоставимо да је камата била само 5%, то значи да ће град отплаћивати укупно 9,2 милиона. Све то није губитак града, пошто ће део вратити кроз закупнину, која би за 5 година износила 3,8 милиона. Тим кредитом су изграђени или обновљени неки инфраструктурни објекти у Смедереву, који не служе само *РКС*. Такође, град је улагањем стекао и халу, коју сутра може да прода за бар неколико милиона евра. Град ће изгубити због неплаћања неких локалних такси и због трошка за осигурање, чији су износи непознати. Све у свему, ако се узме субвенција од 7,6 милиона, порез на добит од 7,5 милиона, и неплаћене локалне таксе од само 1 милион за 5 година, то значи да су грађани Србије и Смедерева дотирали *РКС* са око 14–15 милиона евра. Уз кредит за халу од 9,2 милиона то чини 25,2–26,2 милиона или по око 3 евра на сваког

грађанина Србије. За толико су се смањили пословни трошкови *РКС* и повећала добит финских власника – услед тога и она „висока ефикасност“. Треба имати у виду да је наведена рачуница минимална, те да би помоћ Србије фирми *РКС* у првих пет година могла бити виша бар за неколико милиона евра.

5.в. Анализа случаја

Вероватно да нема фирме која не би волела да је држава третира на начин на који је Србија третирала РКС. Разлога је много. Да је Комисија за контролу државне помоћи третирала *РКС* као велико предузеће, не само да се висина субвенције не би уклопила у Законом дозвољени проценат инвестиције (50%), већ би спорна била и одредба уговора по којој инвеститор, када досегне 1.500 запослених, не сме да смањује тај број у наредне три године. Тај рок важи за мала и средња предузећа, док је за велика пет година. Обрачун о додели државне помоћи *РКС*-у је урађен према фиктивном, а не стварном броју запослених, што се види ако се погледају масе исплаћених зарада. Укупна сума исплаћених бруто надница у *РКС Wiring Systems Д.О.О.* у периоду фебруар 2015-јануар 2017. износи од око 11,2 милиона евра. То значи да је за наднице *РКС Wiring Systems Д.О.О.* издвојио само 3,6 милиона евра више него што је била читава субвенција од 7,56 милиона, коју је фирма добила од државе. Занимљиво је да је укупан месечни износ бруто надница у *РКС*-у током 2015. био око 38 милиона динара, а у децембру 2016. и јануару 2017. по око 82 милиона. Или су наднице више него дупло скочиле, што, није био случај, или је број запослених током 2015. био дупло нижи него у периоду крај 2016 – почетак 2017, што је очито био случај. Ако је ниво надница остао исти, и ако је *РКС* почетком 2017. имао једва нешто више од 1.500 запослених (колико је уговорни минимум), то значи да се просечан број запослених у 2015. кретао испод 750, тј. мање од пола у односу на калкулацију Комисије за контролу државне помоћи. То значи да је током читаве 2015. и бар делом 2016. број запослених у *РКС* био далеко испод калкулационог броја од 1.500. *РКС* тиме није кршио уговор, јер је 1.500 запослених требало да достигне тек почетком 2017, али је занимљиво да му је држава Србија унапред плаћала, а то значи и за радна места која још нису отворена.

Министарство привреде, као давалац помоћи, доставило је *Комисији за контролу државне помоћи* пријаву државне помоћи за *РКС* 26. фебруара 2014. и Комисија ју је разматрала на седници одржаној

истог дана. У земљи у којој се веома дуго чека на одлуке администрације оваква брзина одговора спада у домен чуда. Тако брз одговор не би био могућ да неко врло утицајан из Владе Србије није интервенисао и тражио да се случај хитно реши.

Одлука Комисије за контролу државне помоћи заслужује да се помене не само због брзине њеног доношења, већ и због садржаја. Комисија је закључила да „производња кабловских система представља специфичан производ, који има добар пласман на тржишту и који има потенцијала, те је важан сегмент економске структуре и стабилности укупног привредног развоја Републике Србије“.[33] Како је Комисија тако брзо успела да дође до овог закључка? Да би знала нешто попут тога, морала је да спроведе истраживање или да унајми некога да то за њу обави. За то су потребне недеље рада и стручне способности. Истраживање не може да се обави у једном дану, ма какав стручњак да је у питању. Значи, Комисија је измислила све што је написала у вези економске будућности овог пословног подухвата и његовог значаја за привреду Србије. Можда то оправдање пројекта и није било идеја Комисије, него поново оног утицајног појединца из владе који је инсистирао на таквој одлуци, каква је на крају и донета.

И тада се поставља питање да ли је и како је тај утицајни појединац могао да зна за профитабилност и важност пројекта за привреду Србије? У начелу је могуће да је он видео неку студију о квалитету и важности пројекта. То је могуће, али је мало вероватно. И да је вероватно, није од значаја, јер није на министрима привреде или премијеру да се баве профитабилношћу појединачних пројеката неке приватне фирме. То је ствар која занима власнике и менаџере те фирме, банкаре који дају кредит, евентуално и запослене. Ако се министар привреде тиме бавио, изашао је из домена његове надлежности. А ако се није бавио, а ипак је од Комисије тражио да стави такву формулацију, онда то води ка још већем проблему. Министар (потпредседник) је измислио тврдњу о важности привредног подухвата неке приватне фирме и још навео или приморао Комисију за контролу државне помоћи да све то напише, као да је то налаз саме Комисије. Обзиром како формулација звучи, она није резултат било каквог истраживања, него *ad hoc* „инспирације“. А није ни добро састављена. И да је све тако како се каже, поред министра и Комисија за контролу државне помоћи изашла је из сопствене надлежности. Њен посао није да утврђује какав је квалитет неког улагања и шта оно значи за привреду Србије, него да види да ли

33 Решење Комисије за контролу државне помоћи бр. 30/2014–38.

дотични захтев фирме *РКС* одговара законским условима да би јој се помоћ одобрила.

Све у свему, оправдање Комисије баца лоше светло на читав случај. И Комисија и евентуални утицајни појединац који ју је на навођење такве оцене подстакао (приморао) изашли су изван сфере својих надлежности. При том су навели оцену која се не може сматрати стручном и квалификованом. Рецимо, каже се да „производња ... представља специфичан производ". Производња је процес, а производ је резултат. Процес може дати резултат, али сам не може бити резултат. Дакле, таква формулација је бесмислица. А наставак оправдања је нетачна процена, када се каже да је рад погона *РКС* у Смедереву „важан сегмент економске структуре и стабилности укупног привредног развоја Републике Србије". Како важна за привреду неке земље са више од два милиона запослених може бити фирма која запошљава само 1.500 људи? Комисија и утицајни појединац су очито све измислили – а и то су учинили врло лоше, аматерски.

Комисија за контролу државне помоћи може рећи да је на такав поступак натерана, што би само потврдило њену несамосталност, о чему је већ било речи. Са утицајним министром или другим појединцем, који је питање доделе помоћи фирми *РКС Wiring Systems Д.О.О.* тако решио, ствар је мало компликованија. Он је то могао да уради из три разлога: 1. незнање, 2. неспособност и 3. интерес (мито). Ако је у питању незнање или неспособност, онда он није за место на коме се налази. Ако је у питању незаконити лични интерес, то је ствар полиције и тужилаштва.

Министар или утицајни појединац се може бранити, да је водио рачуна о привредном развоју земље. Али, и у том случају он има одговорност. Прво, изашао је из сфере његове надлежности. Друго, измислио је тврдње о ваљаности једног привредног пројекта и његовој важности за привреду Србије. Треће, подстакао је или натерао Комисију за контролу државне помоћи да његову измишљену формулацију узме као своју и стави је у решење о одобравању помоћи. Чак и ако неке од тих радњи нису кривична, јесу прекршајна дела и ствар политичке одговорности.

Ако неко тако ради, попут утицајног министра (потпредседника), он то не чини зато што посебно воли фирму *РКС Wiring Systems* или што му је стало до привредног развоја Србије. Да је ово друго, утицао би као министар (подпредседник) да се пословно окружење у Србији побољша, па би то довело до више улагања и бржег привредног развоја земље. Он тај свој „домаћи задатак" није урадио, па онда покушава да мотивише инвеститоре расипајући новац пореских платиша Србије, како би се они приволели да улажу. То је системско подмићивање инвеститора.

Наравно, кључно је питање шта би могао бити разлог за ову спремност министра да се помогне тачно одређена фирма? Обично је у таквим ситуацијама по среди договор: министар ће фирми осигурати субвенцију, а она ће му се одужити тако што ће неки проценат средстава добијених као помоћ вратити у његов џеп. Овакви договори и трансакције се одвијају под велом тајности, обично се склапају у четири ока и као такви су врло тешко доказиви.

Упадљива је чињеница да се давање помоћи слабо контролише, да су извештаји ретки, а и када постоје, гледа се да буду што мање публиковани, па чак се и скривају од јавности. Разлози за такве праксе су очити. Држава и њени виши службеници немају никаквих илузија о томе колико је помоћ бескорисна, па и штетна, али исто тако верују да давање помоћи повећава утицај државе и њених министара, услед чега не желе да одустану од њеног давања. Државни службеници такође знају да је државна помоћ врло важан извор корупције.

Иако би појединац одговоран за овакво поступање државних органа морао да иде са власти и да буде предмет кривичне истраге, то се, колико је до сада познато, није десило. Случај РКС до сада није истраживан у кривично-правним терминима, утицајни појединац који је иза сцене водио читав случај давања помоћи није ни поменут, а камо ли да је био јавно критикован, подвргнут истрази или кажњен. Сасвим супротно од тога, у локалним медијима се посао са Финцима описује и слави као врло успешан.

5.1. Добитници и губитници

Ко добија, а ко губи у случајевима државне попут ове за *РКС*?

Прво, међу добитницима су најуочљивији власници фирме *РКС Wiring Systems Д.О.О.*, а то су акционари углавном из Финске. Они од града Смедерева добијају халу на коришћење, а од државе Србије субвенцију. Не плаћају царине, порез на добит, низ локалних такси. Тиме се смањују њихови пословни трошкови, а повећава профит. Новцем сиромашних пореских платиша Србије финансира већа добит и зарада ионако богатих или бар добростојећих страних власника фирми.

Друго, на добитку је и министар (потпредседник владе), који је утицао да РКС добије субвенцију, а можда и неко из Комисије за контролу државне помоћи.

Треће, у добитнике се убрајају и они који су добили радна места у *РКС Wiring Systems Д.О.О.* и чланови њихових породица. Сви они ће

имати нешто виши доходак него што би га имали да за њих нема запослења у *РКС*, ма колико да су њихове плате ниске.

Четврто, добит има и локална власт, која на неким новим изборима може да се хвали како води бригу о локалном економском развоју и запошљавању људи из Смедерева и околине. Градски буџет ће радом *РКС* прикупити и део пореза на доходак. Због плаћања пореза и социјалних доприноса биће на добитку државни буџет и фондови осигурања.

Пето, добит ће имати и локалне продавнице, занатлије, ресторани и друге услуге у Смедереву, зато што ће новозапослени тамо трошити огромну већину својих доходака. Добит у смислу ренте имаће можда и професори српског и енглеског, издаваоци станова, итд. У индиректне добитнике могу да се урачунају домаћи кооперанти, ако их *РКС Wiring Systems Д.О.О.* има у Србији.

Како изгледа страна губитника услед давања државне помоћи фирми *РКС*? За разлику од добитника, који су концентрисани у Смедереву, губитници су распршени на територији читаве Србије. Губитници су све пореске платише у Србији, који морају плаћати више порезе и друге дажбине него што би морали, да би средства за државну помоћ могла да се прикупе.

Отварање фабрике *РКС* је зато генерално добро за Смедерево, а лоше за Србију. Ако једног дана *РКС* затвори његов погон, биће то лоша вест и за Смедерево, јер ће се и дотадашњи добитници придружити губитницима. Ако нађу некога спремног да плати више, Финци ће исто тако напустити Србију, као што су пре тога отишли из Украјине.

5.д. Закључак

Финска корпорација РКС дошла је да у Србији уложи 8 милиона евра у своје предузеће. Држава Србија и град Смедерево су јој на разне начине помогли са најмање 25–26 милиона евра у првих пет година. Није чудо што Финци говоре о „високој трошковној ефикасности“ фабрике у Смедереву. Цех тога плаћа друга страна – Србија и њени грађани. Пример помоћи *РКС* показује све типичне недостатке државне помоћи. Видели смо да је инвеститор придобијен, тек када му је обећана обилна државна помоћ, и како су кршени закони и правила о додели помоћи. Једино нисмо видели ко је главни актер корупције, иако се и то може претпоставити. Имајући све речено у виду, разумно је радити на смањивању државне помоћи привреди, јер се тиме смањују могућности за расипање јавних фондова и корупцију.

6. Да ли смо нешто научили?

Државна помоћ је сложен механизам преко кога држава помаже једном броју предузетника и фирми. Регулатива политике конкуренције, па и државне помоћи у Србији је (уз неке изузетке) солидна (осим одсуства казнених одредби у Закону о контроли државне помоћи) и заснована на решењима која постоје у чланицама Европске уније. Иако су законска решења везана за државну помоћ солидна, институционална решења и пракса доделе помоћи су врло лоши. Комисија за контролу државне помоћи практично постоји само на папиру. Пракса показује да тужилаштва и судови у Србији добијају углавном само мање важне случајеве кршења закона о додели државне помоћи, што се објашњава поменутом посебности регулације на овом пољу, високим степеном политизације помоћи и контролом судске од стране извршне власти. Судска контрола доделе државне помоћи у Србији је практично налази на почетку.

Државна помоћ у Србији је по обиму – око 3% од БДП – много већа од оне у земљама ЕУ (0,7%), претежно се даје „индустријама на заласку“ уместо „индустријама које се рађају“ и претежно се даје у облику тзв. вертикалне помоћи која је забрањена или бар непожељна, уместо хоризонталне и регионалне, која је дозвољена и пожељна. Отуда ће државна помоћ у Србији морати да се значајно смањује и мења. Да би то било могуће, потребне су структурне реформе, иначе ће све остати на нивоу шминкања постојећег стања.

Поред промене обима, профила и сврхе, државна помоћ у Србији мораће да се мења и у погледу регуларности поступака додељивања помоћи и смањивања корупције везане за помоћ. Додела помоћи више личи на доброчинство политичара према фирмама пријатеља, тајкуна и страних инвеститора, који део добијене помоћи враћају у џеп политичара као израз захвалности. Корупција код доделе државне помоћи у Србији цвета и у том погледу су хитно потребне велике промене у институционалним решењима и пракси доделе и контроле помоћи. Ширење сазнања[34] о томе, последично смањивање државне помоћи привреди, боља контрола и јачање судске власти и институција су кораци који су потребни да се једна штетна пракса што више ограничи. До сада смо очито мало тога научили из искуства, али ће нешто морати да се мења како „приватна корист, а јавна штета“ не би трајније остала начело рада на овом пољу.

34 Томе доприносе прегледи већег броја случајева државне помоћи у Србији (уп. TI 2015, 2017) или радови који осветљавају природу државне помоћи (уп. Топлички центар 2015).

Литература

Bauer, P.T. (1972) *Dissent on development*, Cambridge, MA: Harvard UP.

BIS (2011) *The state aid guide,* London: UK Government (Department for business, innovation and skills), PDF, 58 страна.

Easterly, W. (2003) „Can foreign aid buy growth", *Journal of Economic Perspectives*, год. 17, с. 23–48.

European Commission (2011) *The effects of temporary state aid rules adopted in the context of the financial and economic crisis*, Brussels: EC, PDF, стр. 1–112.

European Commission (2012) „State aid modernization", на сајту: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/index_en.html

Европска Комисија (2014) *Република Србија. Извештај о напретку*, Брисел: ЕК.

Јовић, И. (2012) „Државне потпоре прије и послије приступања Еуропској унији", *Newsletter,* бр. 69, Загреб: Институт за јавне финанције, с. 1–9.

Кеснер-Шкреб, М. (2012) „Што ће бити с хрватским државним потпорама након приступања Еуропској унији?", *Newsletter*, бр. 70, Загреб: Институт за јавне финанције, с. 1–8.

Кеснер-Шкреб, М. (2014) „Тко добива државне потпоре у Хрватској?", Загреб: Институт за јавне финанције, с. 1–3.

Комисија за контролу државне помоћи (2014) Решење бр. 30/2014–38 http://www.mfin.gov.rs/UserFiles/File/drzavna%20pomoc/66%20sednica/PKC%20Smederevo_2.pdf

Комисија за контролу државне помоћи (2016) Извештај о додељеној државној помоћи у Републици Србији 2015. године, PDF, с. 1–30.

Lal, D. (1983) *The poverty of development economics*, London: Institute of economic affairs.

Лилић, С. (ур)(2011) *Контрола државне помоћи у Србији и Европској унији,* Београд: Правни факултет.

Министарство финансија РС (2010) „Извештај о додељеној државној помоћи у Републици Србији у 2009. години", Београд: МФРС, PDF, с. 1–23.

Министарство финансија РС (2012) „Извештај о додељеној државној помоћи у Републици Србији у 2011. години", Београд: МФРС, PDF, с. 1–26.

Министарство финансија РС (2014) „Извештај о додељеној државној помоћи у Републици Србији у 2013. години", Београд: МФРС, PDF, с. 1–28.

Прокопијевић, М. (2012) *Европска унија. Увод*, 3. издање, Београд: Чигоја штампа.

Прокопијевић, М. (2013) *Државна помоћ у Европској унији и Србији*, Београд: Европски покрет у Србији, 2013, с. 1–17.

Савет за борбу против корупције (2014) *Анализа политичког утицаја на пословање Фонда за развој Србије,* Београд: Савет за борбу против корупције, с. 1–11.

Споразум о стабилизацији и придруживању, Београд: Влада Србије, 2009, PDF, с. 1–723.

Топлички центар (2015) *Државна помоћ у Србији: од лошег ка горем,* Топлички центар за демократију и људска права: Прокупље.

Транспарентност Србија (2015*) Државна помоћ – промишљено улагање или скривена корупција*, Београд, Транспарентност Србија, с. 1–95. http://www.transparentnost.org.rs/images/dokumenti_uz_vesti/Drzavna_pomoc_izvestaj_februar_2015.doc

Treaty on the functioning of the European Union. Consolidated version, Official Journal of the European Union, бр. 83 (3. март 2010), с. 49–159.

Уредба о правилима за доделу државне помоћи, 2010–2013, Београд: Влада Републике Србије.

Влада Хрватске (2012) *Уговор о приступању Хрватске Европској унији*, Загреб, PDF фајл, с. 1–289.

Закон о контроли државне помоћи, (2009), Београд: Скупштина Републике Србије.

ЈАВНО-ПРИВАТНА ПАРТНЕРСТВА

1. Појам јавно-приватног паретнерства (ЈПП)

Јавно приватна партнерства (ЈПП) су облик уговорне сарадње јавног сектора са приватним сектором, где приватни сектор пројектује, финансира, гради, управља и одржава неки инфраструктурни пројекат од јавног значаја, а самим тим и преузима већину ризика. За то добија накнаду од јавног сектора, или му је омогућено да наплаћује услугу од крајњих корисника, а део профита враћа јавном сектору. ЈПП има смисла када је цена преузетих ризика од стране приватног сектора нижа него да тим ризицима управља јавни сектор у случају сопствене изведбе пројекта. Тада се каже да ЈПП даје „вредност за новац".

ЈПП доживљавају експанзију са кризом социјалне државе благостања у развијеним капиталистичким земљама 80-их година 20. века. Државна потрошња у развијеним земљама рапидно је увећавана од 10-ак % БДП пре Другог светског рата, па до преко 50% БДП до 90-их година, што показује претерани раст бирократије и јавних чиновника, претерану регулацију и мешање државе у привреду, што је свугде где се догодило произвело кризу јавног дуга и недостатак јавних средстава у буџету за инфраструктурна улагања. У преводу – држава је превише трошила за одржавање саме бирократије, стопе привредног раста су падале и буџет се спорије пунио, док се паралелно са тим друштво све брже развијало, па су и потребе за инфраструктурним улагањима бивале све брже и веће.

У таквој ситуацији, најразвијеније државе запада прибегле су делимичном повлачењу државе из привреде, приватизацији државних монополских предузећа и сектора и ангажовањем приватног капитала за реализацију инфраструктурних пројеката од јавног значаја кроз јавно-приватна партнерства.

Осим у најразвијенијим државама, данас се ЈПП модел примењује готово у целом свету. Ризици за неуспех ЈПП модела зависе искључиво од јавног сектора. Ако држава нема стабилан, јак и независан правосудни систем, слободно тржиште и не пати од претеране регулације државе у привреди, ЈПП могу да дају одличне резултате. Ако је ситуација обрнута, ЈПП представљају начин злоупотребе, где се државни монополи преко корупције у јавном сектору трансформишу у приватне мо-

нополе, од којих корист имају само учесници у том послу – политички врх у јавном сектору и њихови пословни партнери у приватном сектору. На губитку су порески обвезници, односно сви остали грађани, корисници јавних услуга.

2. ЈПП у Србији пре и после Закона о ЈПП и концесијама

У Србији је тек децембра 2011. усвојен закон који се посебно бави ЈПП. Реч је о Закону о ЈПП и концесијама.[1] Убрзо, фебруара 2012, оформљена је и Комисија за ЈПП као владино тело задужено за ЈПП. Паралелно са Законом о ЈПП, изгласан је и повезани Закон о комуналним делатностима[2], а годину дана касније и Закон о јавним набавкама[3]. Наредне године донешена је Уредба о надзору над реализацијом јавних уговора о јавно-приватном партнерству[4] и Правилник о начину вођења и садржини Регистра јавних уговора.[5]

Међутим, и пре посебног закона о ЈПП, постојао је законски оквир који је омогућавао успостављање сарадње јавног са приватним сектором на основу старих Закона о концесијама (2003.) и Закона о комуналним делатностима (1997.), али без много успеха.

Готово све концесије из периода до 2012. године (4 од 5) су раскинуте, док су ЈПП успостављена у областима управљања отпадом (15), дистрибуције гаса (7), јавног превоза (3) и паркинг сервиса (3).[6] Нема ЈПП у областима у којима су она честа у светској пракси – водоснабдевање, грејање, канализација, путна инфраструктура итд. Доминирају институционална ЈПП, што у свету готово не постоји у пракси.

Оваква ситуација ЈПП тржишта у Србији пре 2012. године и доношења Закона о ЈПП и концесијама упућује на неколико закључака.

Мали број аранжмана и то у областима где су по природи посла пројекти мале вредности, значи да приватни сектор нема правну си-

1 *Закон о ЈПП и концесијама*, „Сл. гласник РС“, бр. 88/2011.

2 *Закон о комуналним делатностима*, „Сл. гласник РС“, бр. 88/2011.

3 *Закон о јавним набавкама*, „Сл. гласник РС“, бр. 124/2012.

4 *Уредба о надзору над реализацијом јавних уговора о јавно-приватном партнерству*, „Сл. гласник РС“, бр. 47/2013.

5 *Правилник о начину вођења и садржини Регистра јавних уговора*, „Сл. гласник РС“, бр. 57/2013.

6 Љиљана Брдаревић: Мотиви локалне власти за успостављање ЈПП, Часопис за јавну политику *Полис*, бр. 2, СКГО, 2012, стр. 36.

гурност да преузима ризике озбиљнијих пројеката, а да јавни сектор нема капацитет да покрене веће пројекте. Опредељење за ЈПП форму значи да локалне власти нису имале законску могућност да самостално додељују концесије, па су оснивале заједничка привредна друштва са приватним партнерима. Непостојање регистра и праћења уговарања и ефеката ЈПП на локалном и државном нивоу додатно је допринело неразвијености и неуспеху ЈПП тржишта до 2012. године у Србији.

Када се зна да од 2012, па до средине 2017. године, и поред Закона о ЈПП и концесијама, осим 48 одобрених предлога ЈПП од стране Комисије за ЈПП, практично нема ниједног озбиљнијег ЈПП уговора који је успешно реализован, можемо закључити, као и у безбројним другим секторима јавне управе, да сами закони нису довољни. Србија нема плодно тле на којем би било какав закон могао да се прими, спроведе и да резултат. То тле подразумева уређен и независан правосудни систем и тржиште ослобођено државне (пре)регулације, на којем учесници имају окружење које подстиче пословну конкуренцију и фискални федерализам (пореску конкуренцију).

Малобројна искуства са ЈПП аранжманима присутна су искључиво на локалном нивоу. На националном нивоу нема реализованих јавно-приватних партнерстава, јер је сама извршна власт у Закону о ЈПП и концесијама (чл. 3) изузела од закона „њихове послове“, односно међудржавне споразуме и уговоре. У преводу, Влада Србије може директном погодбом да спроведе било који пројекат у форми међународног споразума, без обавеза расписивања тендера и објављивања уговора. На тај начин је актуелна власт изузела саму себе од било којег закона, па су покренути очигледно штетни пројекти – Београд на води, ЈАТ, Сартид, итд.

До 2012. године, главна препрека била је компликована и дуготрајна процедура додељивања концесија, за коју је у најидеалнијим условима било потребно више од 365 дана. Пример је неуспела концесија за депонију у Винчи, где се концесиони поступак одвијао преко три године, да би на крају био прекинут до даљњег. И од преостале четири концесије на републичком нивоу од 2000. године у области рударства и изградње аутопутева, само једна је реализована – концесија за експлоатацију и истраживање борних руда, дата мултинационалној компанији *Рио Тинто*, док су преостале концесије раскинуте. Неуспешно су завршени тендери за концесије за изградњу аутопута Хоргош – Пожега и терминала за пртљаг на Београдском аеродрому.

На локалном нивоу, ЈПП су склапана у складу са Законом о комуналним делатностима.[7] Тадашњи закон је регулисао три врсте комуналних делатности:[8]

- комуналне делатности које су природни монополи: водоснабдевање, одвод и пречишћавање воде, производња и дистрибуција топле воде и паре и превоз путника у шинском градском саобраћају;
- обавезне комуналне делатности: превоз путника у градском и приградском саобраћају, одржавање чистоће у градовима и насељима, изградња и одржавање депонија, уређење и одржавање паркова, зелених и рекреационих површина, одржавање улица, путева и других јавних површина у градовима и другим насељима, јавна расвета, уређивање и одржавање гробаља и сахрањивање;
- факултативне комуналне делатности: њих одређује и регулише одлука Скупштине локалне самоуправе (димничарске услуге, јавни тоалети, купатила, кафилерије, паркинзи, пијаце, чесме и бунари и остале комуналне делатности од локалног интереса).

У области природних монопола могуће је доделити само концесију, што је регулисао Закон о концесијама из 2003. године. За обављање обавезних и факултативних комуналних делатности, локална самоуправа је дужна да формира ЈКП, али делатност може поверити приватном партнеру на рок од 5–25 година. У случају факултативних делатности, након истека рока повраћаја средстава уложених у оснивање ЈКП (5–25 год.), локална самоуправа мора да распише конкурс за обављање те делатности на којем и сама учествује са осталим заинтересованим понуђачима.[9]

Пракса је показала да је законски оквир препун празнина и недоречености када су у питању могућности за успостављање ЈПП.

Први проблем је непостојање законске обавезе за јавног партнера да припреми студију изводљивости ЈПП (анализа трошкова и користи). Тиме не постоји увид у процену прихода и расхода пројекта, извора и структуре финансирања, периода повраћаја улагања, процену очекиване добити итд.

Други проблем је непостојање регулације начина избора приватног партнера, чиме се крше основни принципи конкуренције, транспарентности и једнакости у поступцима јавних набавки, на којима почи-

7 *Закон о комуналним делатностима*, „Сл. гласник РС“, бр. 16/97.

8 Ibid. чл. 4.

9 *Закон о комуналним делатностима*, „Сл. гласник РС“, бр. 16/97, чл. 11.

ва законодавство ЕУ у погледу јавних набавки, а чему вербално тежи и Влада Србије. Наиме, закон је допуштао да јавне власти не морају да расписују тендер за проналажење стратешког инвестиционог партнера ради оснивања заједничког предузећа.[10] Тиме је био отворен простор за преговарање са једним партнером, што подразумева широк маневарски простор за директне погодбе и корупцију. Овакву могућност дала је одредба Закона о комуналним делатностима која допушта директне преговоре у изузетним случајевима који, међутим, уопште нису дефинисани, па је изузетак у пракси постао правило.

Трећи проблем је потпуно одсуство регулације обавезне садржине уговора (осим у случају концесија које су биле регулисане по том питању). Тако је отворен простор за штетне уговоре по јавни сектор које су израђивали приватни партнери, несметано пребацујући све ризике на јавни сектор. Заштита мањинског партнера у мешовитом привредном друштву (тј. јавног сектора) била је веома ослабљена, без механизама утицаја на доношење пословних одлука, реализацију пројекта, надзор пословања и праћење квалитета испоруке услуге крајњим корисницима. Овај проблем је последица недостатка одредби у Закону о комуналним делатностима које прописују примену Закона о јавним набавкама и Закона о концесијама у смислу услова и начина спровођења јавног конкурса, већ је остављена могућност да локална самоуправа самостално одређује тендерску процедуру.[11] Дакле, на поступак доделе уговора у Закону о комуналним делатностима не примењује се Закон о јавним набавкама, јер он регулише само традиционалне јавне набавке услуга и добара, нити Закон о концесијама, који регулише поступак доделе концесија, а не поверавање комуналних делатности. Отуда простор да јавни сектор распише тендер за доделу комуналних делатности без јасних рокова, јавног оглашавања, садржаја конкурсне документације и без јасних квалификационих услова за понуђаче. Тиме је загарантована штета по јавни интерес и корупција челника општине.

Четврти проблем представља контрола повећања цена комуналних услуга, која је ограничена Меморандумом о буџету и економској и фи-

10 Ibid. чл. 12.

11 Ibid. Уопште, када се и површно погледа стари Закон о комуналним делатностима, очигледно је да је писан управо да би се направио простор за злоупотребе. Текст закона је на свега 8 страница у 30 чланова и делује неозбиљно. То показује намеру Владе да злоупотребљава свој положај, правећи законе по мери партијско-пријатељских приоритета и односа, омогућавајући *rent-seeking* на највишем нивоу. На жалост, од 1997. до данас мало се тога променило јер и последњи Закон о ЈПП има сличне особине (поменути чл. 3 актуелног Закона о ЈПП и концесијама).

скалној политици, који Влада издаје сваке године и којим ограничава повећање цена комуналних услуга до максималног износа пројектоване инфлације за наредну годину. Таква контрола цена одбија инвеститоре.

Пети проблем је могућност да јавни партнер без икакве накнаде преда приватном партнеру целокупну имовину предузећа (права коришћења земљишта и објеката, машине, опрема, возни парк, итд.). Та средства се не уписују као оснивачки капитал у ново мешовито предузеће, нема никакве процене, нити сагласности Републичке дирекције за имовину. Тако се директном погодбом руководства ЈКП са лично одабраним приватним партнером практично може отуђити комплетно јавно предузеће без иједне последице.

На крају, приступ јавности оваквим аранжманима је затворен и они се сматрају пословном тајном. Нема могућности да се упореди колико би пројекат ЈПП коштао да га реализује јавни сектор, нити колики је трошак укупног животног века пројета ЈПП.

Власт је, како се јасно види, правила законе по својој мери, да би њиховом злоупотребом, под привидом законитости, спроводила штетне пројекте лично се богатећи и паралелно са тим уништавајући државу. Последњих деценија се суштински ништа није променило у систему државног уређења Србије – високо централизоване партократије. У следећим одељцима ће се ова теза доказати на примеру тридесетогодишњег систематског уништавања једног од најстаријих јавних предузећа – Градског саобраћајног предузећа Београда.

3. Јавно-приватна партнерства у јавном превозу у Београду пре Закона о ЈПП

Приватни превозници су се појавили у Београду још 1997. године, јер ГСП није имао финансијске капацитете да прати раст тражње за јавним превозом услед повећања броја становника. Приватни превозници су превозили путнике по својим ценама. Од 2005. године, ситуација се мења тако што се између независних приватних превозника и ГСП (као јавног сектора) успоставља јавно-приватно партнерство чији је циљ заједнички тарифни систем.

Циљ ЈПП био је бољи квалитет и проширење инфраструктуре услуга јавног превоза, без трошка за ГСП. Учесници у ЈПП били су Дирекција за јавни превоз Београда и приватни превозници. Уговор између јавног и приватног партнера је уговор о поверавању обављања услуга

на 7 година (менаџерски уговор). Цене је формирао јавни партнер, као и контролу извршења уговора. Међутим, негативна страна овог ЈПП јесте комерцијални ризик, који је, супротно светској пракси, остао на страни јавног сектора. Тако јавни сектор преузима гаранције за ниво прихода приватног партнера, што је директно субвенционисање приватног партнера и губитак за јавни сектор, док приватни партнер има загарантован профит без обзира на број превезених путника.

Главни критеријум одабира приватног партнера била је финансијска способност да обезбеди возни парк предвиђен техничком спецификацијом. Приходи се генеришу из интегрисаног система наплате, продаје карата у возилима и субвенција из буџета града до нивоа гарантованог прихода. Тако је кључни ризик тражње остао на страни јавног сектора. Приватни партнер је само имао обавезу да набави возила прописаног квалитета и да превози путнике. Контролу квалитета услуге коју пружа приватни партнер врши Дирекција за јавни превоз, или тај посао може да повери трећој страни. Приватни партнер не може да раскине уговор пре истека, док јавни партнер то може уколико утврди кршење уговорних обавеза.

Овакав уговор о ЈПП не би био законит у земљама ЕУ, нити би могао да се не укњижи као расход и остане ван биланса буџета града јер је супротан Еуростатовим правилима о књижењу ЈПП пројеката.[12] Правила кажу да када ризик изградње сноси приватни сектор (изградња је у овом случају еквивалент набавци нових возила), а ризик тражње и доступности јавне услуге сноси јавни сектор, тада пројекат улази у расходну страну буџета јавног сектора.

12 Књижење ЈПП пројеката регулисано је од 1995. године Европским рачуноводственим системом (енг. *Europian System of Accounts 1995 – ESA95*). *ESA* 95 примењују све чланице ЕУ, а задаје га Еуростат.

Ако јавни сектор сноси ризик изградње, пројекат је део расходне стране буџета. Ако су у ЈПП моделу ризик изградње, некад и ризик тражње и доступности јавне услуге на страни приватног сектора, пројекат тада не улази у буџетске расходе јавног сектора. Међутим, у варијанти када ризик изградње сноси приватни сектор, а ризик тражње и доступности јавне услуге јавни сектор, тада пројекат улази у расходну страну буџета јавног сектора.

Ако пројекат улази у буџет, тада се капитална вредност пројекта (дуг који је потребан да би се реализовао пројекат) књижи као капитални трошак у првој години оперативности пројекта, а камата, сервис и губици (деприцијација) књиже се као ресорна потрошња сваке године када се изврши унитарно плаћање приватном партнеру.

Ако пројекат не улази у буџет, тада нема утицаја на буџет за капиталну потрошњу министарства у првој години оперативности пројекта. Целокупна унитарна плаћања (камате, сервис и отплата дуга) књиже се као ресорни трошак сваке године.

Очигледно је реч о штетном уговору, где су челници градске власти у договору са приватним превозницима путем корупције систематски пљачкали буџет града Београда и све Београђане. Наредне власти су само усавршиле методе пљачке новца Београђана.

3.1 БУСПЛУС пројекат

Након овог модела, следеће ЈПП био је пројекат Бусплус, где је уговор склопљен 20. септембра 2010. године, годину дана пре доношења Закона о ЈПП и концесијама. Због претходно описаног лошег правног оквира који је допуштао нетранспарентан и неконкурентан одабир партнера, управо се то десило са ЈПП Бусплус.

Идеја о новом систему наплате карата потекла је још 2007. године, али је тек у јуну 2010. године тадашњи градоначелник Београда Драган Ђилас одобрио расписивање тендера за систем наплате карата и управљање возилима у јавном превозу. Идеја је била склапање ЈПП, а у јавности се идеја правдала разлогом да ће ЈПП омогућити да град не улаже ништа у систем.

Проблем је што Дирекција за јавни превоз није израдила студију оправданости пројекта ЈПП, пословни план, анализу стања пре уговарања ЈПП, анализу спровођења ЈПП и анализу поделе ризика и улагања.[13] Са друге стране, искоришћен је недостатак регулације поступка поверавања послова приватном сектору у области комуналних делатности у Закону о комуналним делатностима, а који заобилази регулацију тендерских процедура Закона о јавним набавкама и Закона о концесијама и оставља могућност директног преговарања.

Тако је привид транспарентности и конкурентности постигнут расписивањем јавног конкурса који је, међутим, спроведен не по Закону о јавним набавкама или концесијама, већ према градској Одлуци о јавном линијском превозу путника на територији града Београда из 2009. године. Тако је омогућен низ неправилности у процедурама расписивања позива на тендер, роковима за извођење радова, критеријумима извођења, квалификацијама учесника, итд.

На пример, супротно тадашњем Закону о јавним набавкама, тендерска документација и услови конкурса за Бусплус објављени су само на српском језику, без електронске верзије. Све пријаве су се примале искључиво на ћирилици, а понуђач је морао физички да дође у Дирек-

13 Транспарентност Србија: *Медијски експонирани случајеви ЈПП,* ТС, 2014, стр. 13.

цију и преузме документацију. Чак 10 домаћих и страних компанија се жалило Дирекцији и тражило појашњења и продужетак рока пријаве за два месеца, али су сви одбијени. Иако је Дирекција конкурс назвала „међународним“, конкурсна документација од неколико стотина страница била је само на ћирилици. Од 10 жалби на конкурс, половина су биле стране компаније које физички нису могле да у задатом року од два месеца лично преузму документацију, преведу је на свој језик, попуне, поново преведу на српски и лично је предају у ћириличној верзији. Конкурс такође није међународно објављен, већ само у Службеном гласнику, на сајту Градске управе и дневним новинама.

Додатне сумње о намештању тендера поткрепљује и крајњи исход: од 51 фирме која је откупила документацију, стигле су само три понуде, од којих су две биле очигледно неважеће.[14] Посао је добио српско-турски конзорцијум „*Apex Solution Technology*“ из Београда, који чине три фирме – „*Kentkart*“ група са седиштем у Истамбулу, „Ланус“ из Београда и „*Apex Solution Technology*“, такође из Београда.

„*Apex solution technology*“, који је на конкурсу био представник конзорцијума у већинском је власништву „Лануса“, који поседује 90 одсто компаније. Остатак „*Apex solution technology*“ налази се у власништву једне од фирми из „*Kentkart*“ групе. Иза све три фирме крију се исти власници, који папиролошком „гимнастиком“ прикривају прави однос власништва. На пример, само у једном дану у јулу 2013. године, власничка структура „Апекса“ два пута је мењана у АПР-у. На сајту Агенције за привредне регистре ујутру су као чланови друштва наведени „Ланус“ са 45 одсто и „*Kentkart*“ са 55 одсто удела, да би се већ после подне појавио и трећи власник – Сава Терзић. Он је преузео од „Лануса“ 24 одсто, док је поменута фирма остала у игри са 21 одсто удела. „Апекс“ је објавио да је већински власник фирме постала компанија из Турске, међутим, Агенција за привредне регистре одбила је пријаву због неуредних уговора о преносу власништва.

Било је довољно мање од 24 сата да се пропусти исправе и да пријава ипак буде прихваћена. Овакве промене удела и честа измена власничке структуре предузећа показују да осим званичних и видљивих фирми, у игри учествују и друга предузећа која се не помињу. Стварањем компликованог ланца власништва отежава се приступ току капитала и скривају се прави власници.

---

14 Фирма „*Диалоī*“ из Београда није поднела у пријави ниједан образац, већ само пар основних докумената о предузећу, док је фирма „*Новаīроник*“ из Новог Сада предала отворену коверту са пропагандним материјалом фирме.

У саопштењу које је „Апекс“ послао медијима, као претходни већински власник помиње се „Процеском“. Ова фирма је преко „ВП тим система“ власник „Лануса“, али се не помиње нигде у пријави „Апекса“ коју је усвојила Агенција за привредне регистре.

Сам Сава Терзић јавности је познат као директор „Цертуса“. Иако се у послу око „Бусплуса“ појављује као независна, трећа страна, од раније се доводи у везу са „Ланусом“. По подацима Агенције за привредне регистре, „Цертус“ је фирма у ликвидацији, а ликвидациони управник је управо Сава Терзић. На основу података Народне банке Србије, на име ове фирме отворено је шест рачуна у четири банке и сви су укључени у платни промет.

У тренутку када је Град Београд потписао уговор са конзорцијумом, у септембру 2010. године, фирма „*Apex solution technology*“ имала је само једног запосленог и основни капитал од 500 евра. Интересантно је да су поменуте две фирме са неважећим понудама убрзо након потписивања уговора постале партнери-подизвођачи „Апекса“ у послу. Фирма „Новатроник“ из Новог Сада, која је на конкурс уместо понуде послала пропагандни материјал фирме, накнадно је ангажована од стране „*Apex solution technology*“ као добављач.

Према уговору, посао је закључен на период од десет година, након чега систем Бусплус постаје власништво Града Београда.

Након четири године, Град добија право да откупи систем по цени од 5,6 милиона евра.

Вредност система Бусплус продаје карата који инсталира приватни партнер износи 12,153 милиона евра (без ПДВ). Од наплате карата се прикупи месечно око 4.5 милиона евра, што значи да приватни партнер заради око 400.000 евра месечно. Приватном партнеру припада 8,53% прихода од наплаћених карата. Рок за инсталирање система био је 15 месеци.

Главно питање због којег је и склапано ЈПП – повећање прихода и нивоа наплате карата за превоз, у самом уговору није решено. Наиме, уговор прецизира искључиво питање обима наплате у пробном периоду, пре инсталирања система. У том периоду (1–3 месеца) потребно је остварити 60% наплате из истог периода у прошлој години. Дакле, уговор не прецизира ниво наплате који би показао да је Бусплус систем ефикаснији од претходног, а ЈПП је склопљено да би систем био ефикаснији.

Чим је смењен Дрган Ђилас са места градоначелника, Привремени орган је започео процес раскида уговора са жељом да Бусплус откупи

град Београд.[15] Након месец и по дана преговора са „Апексом“, градоначелник Синиша Мали саопштио је да су преговори о откупу Бусплуса пропали и 3. априла 2014. године је издао налог Секретаријату за саобраћај и Дирекцији за јавни превоз да припреме документацију за тендер за избор новог оператера са којим би град Београд креирао систем на „потпуно новим основама“.[16] Притом није урађена студија исплативости исплаћивања пуне цене система „Апексу“, организовања новог система и трошка судског спора по буџет града. На крају је менаџмент Београда одлучио да сачека да уговор истекне, па да види шта ће даље. У преводу, да смисли „своју комбинацију“.

3.2 Ефекти БУСПЛУС пројекта

Главни ефекти увођења Бусплус система требали су да буду задовољни путници, повећање безбедности и смањење трошкова функционисања јавног превоза.

Када је 2010. „Апекс“ изабран да руководи контролом и продајом карата у јавном превозу, Дирекција је послала Градској управи извештај са описаним „очекиваним ефектима увођења новог система“. Међу њима су на првом месту „задовољни путници“ и „подизање нивоа безбедности возача и путника“.

Резултати сарадње између јавног и приватног партнера говоре супротно од зацртаних циљева. Створена је тензија између корисника и пружаоца услуга због пооштрених контрола, покушаја увођења уласка само на предња врата возила, насиља од стране контролора, комуналних полицајаца и самих грађана. На Фејсбуку постоји минимум пет група противника Бусплуса са више од 20 хиљада чланова, грађани се организују и преко интернета обавештавају једни друге о томе како избећи контролоре. Сталне измене начина рада контролора и изјаве званичника Београда указују да грађани масовно избегавају да плате превоз.

Следећа ставка на списку планираних ефеката новог система била је „смањење трошкова функционисања система превоза“, док је градоначелник Београда најављивао „драстичан раст прихода“ који ће довести до пада цене превоза.

---

15 Посебно је питање овлашћења Привременог органа, који би требало да обавља само текуће и неопходне послове управљања градом.

16 Транспарентност Србија: *Медијски експонирани случајеви ЈПП,* ТС, 2014. стр. 16.

У пракси је већ после годину дана рада Бусплус система пад продаје карата био 20%, а градоначелник Ђилас је решење видео у увођењу чак 2.000 контролора у аутобусе и улазак само на предња врата.

Међутим, у буџету Београда за 2013. годину, трошкови јавног превоза нису умањени, већ су повећани. Београд је 2013. дотирао ГСП са три милијарде динара, што је чак 50% више него 2011. године. И приватни превозници су из буџета узели милијарду динара више него што су добили пре увођења Бусплуса.

На све ово, јавни превоз у Београду је поскупео у октобру 2012. године, осам месеци након увођења Бусплуса.

Резиме: само годину дана од увођења Бусплус-а, грађани Београда су били сведоци лоше наплате карата, туча контролора и комуналних полицајаца са путницима, демолирања валидатора и протеста против Бусплуса. Буџет Београда за 2013. годину одобрио је ГСП-у субвенције које су три милијарде динара веће него у 2011. години – пре Бусплуса. ГСП је након стартовања Бусплуса располагао са око 1.200 возила, од чега су 850 аутобуси, просечне старости око девет година. Свакога дана ГСП има око 390 искључења својих аутобуса из саобраћаја, углавном због кварова. Увид у ове податке омогућен је тек након жалбе истраживачких новинара ЦИНС-а и БИРН-а Поверенику за информације од јавног значаја, јер је ГСП одбио да их објави. ГСП постоји 125 година, а последњих деценија је систематски уништаван, као и сва друга државна предузећа.

Не постоје транспарентни подаци колики део новца од наплате карата добија ГСП. Управа Дирекције за јавни превоз одбија да разговара са новинарима, већ прихвата само комуникацију мејлом. На мејлове не одговара, или одговара после 10 и више дана са намерно непотпуним информацијама.

Немогуће је сазнати како функционише подела прихода од продаје карата између ГСП-а, приватних превозника и фирме „*Apex Solution Technology*“, која је задужена за руковођење Бусплус системом. Менаџмент ГСП-а упућује на Дирекцију за јавни превоз и обрнуто. С обзиром на то да су кадрови менаџмента оба јавна предузећа увек политички, не чуди зашто се крију информације. Јавна предузећа су главни извор финансирања политичких странака. Разлика између социјализма Тита и Милошевића и „демократских промена“ после 2000. године јесте само у томе што је направљен привид промена намештањем приватизација или ЈПП политички подобним приватним фирмама уз

задржани основни циљ – извлачење новца пореских обвезника зарад личног богаћења политичке елите која управља системом.

Од висине процента прихода од продаје карата зависи колико ГСП троши новца из буџета Београда. ГСП има интегрисани тарифни систем (ИТС), који је 2004. озваничен од стране Скупштине града. ИТС представља систем наплате јавног превоза путника.

Према њему је утврђена расподела прихода од продаје карата између ГСП-а и приватних превозника. ИТС је подељен на два дела. Први тарифни систем или ИТС1 обухвата линије градских општина Београда, где саобраћају и приватници и ГСП, па деле зараду према оствареним километрима и броју места у возилима. Други систем, или ИТС2, односи се на превоз путника на приградским и локалним линијама, за шта су задужени само приватни превозници.

Увођењем Бусплус-а, од фебруара 2012. године, када је у Београду почела употреба електронских карата, 8,53 одсто прихода по Уговору о успостављању система Бусплус припада приватној фирми „Апекс“.

У финансијском извештају ГСП-а за 2011. годину пише да је удео ГСП-а „око 75 одсто укупног прихода ИТС-а“. Тадашњи директор ГСП-а, Небојша Ћеран (бивши директор Колубаре и кадар ДС), у интервјуу за ЦИНС и БИРН делимично је потврдио ову информацију. Рекао је да „мисли“ да ГСП-у припада око 75 одсто, али да није сигуран и упутио на Дирекцију.

Дирекција објашњава да „Када се посматра целокупан систем, на целој територији града Београда, ГСП-у припада око 61% од укупног прихода од продаје карата у оба тарифна система. У првом тарифном систему ГСП-у припада око 75% зависно од оствареног транспортног рада“.

У финансијском извештају ГСП-а за 2012. годину пише, међутим, да „удео ГСП Београд у расподели износи око 70% на месечном нивоу“. Нејасно је да ли се овај удео односи само на ИТС1. Износ прихода, наравно, осим од процентуалног учешћа у укупним приходима зависи и од успеха наплате карата која је, изгледа, постала још већи проблем него раније. Ипак, довољно је напоменити да само „Апексов“ удео у наплати (8,53 посто у целом ИТС-у) годишње износи близу милијарду динара, па је свакако јасно колико за ГСП може бити важна разлика између 61, 70 и 75 одсто прихода.

Приватни превозници, осим удела у продаји карата, добијају и додатне приходе из буџета града Београда. Приватници који саобраћају у ИТС1 добијају 25% укупног прихода од продаје карата, а затим се и додатно дотирају. На пример, у 2011. години, приватни превозници су

из ИТС1 приходовали око две милијарде динара од продаје карата, а из буџета им је дато још две и по милијарде. Приватницима из друге тарифне зоне (ИТС2) тада је дато око милијарду и по динара.

Само у 2011. години, Београд је доделио четири милијарде приватним превозницима. Те године ГСП је са 1.200 возила добио из буџета 4.8 милијарди динара. Тако су приватници са укупно око 680 аутобуса дотирани скоро колико и ГСП, који је годину завршио са око две милијарде динара нето губитка.

Осим очигледно штетних уговора и одлука којима се омогућава расипање новца пореских обвезника на субвенционисање приватних предузећа, градске власти не поштују ни закон о буџету. На пример, одобрене субвенције за ГСП у 2011. години биле су 3.8 милијарди динара. Планиране субвенције за приватна предузећа износиле су 2.6 милијарди динара. Према подацима Дирекције, јавни и приватни превозници су дотирани са по четири милијарде динара.

Сав новац од наплате карата слива се наводно у Дирекцију за јавни превоз, а потом се расподељује, између осталих, и компанији „Апекс“, мада сама Дирекција не продаје ни карте, ни доплатне карте и у том послу посредују и друге компаније које је ангажовао „Апекс“. Ова фирма је у 2012. години од јавног превоза приходовала просечно око 70 милиона динара месечно. „Апексов“ удео не обухвата накнаду за ПДВ (18%), која се такође накнадно исплаћује из градског буџета. Београд месечно плаћа „Апексу“ и трошкове ПДВ-а, па фирма укупно добија из буџета још око 80 милиона динара месечно.

„Апекс“ је првој години пословања приходовао око милијарду динара, или више од 8 милиона евра. Пријављена добит „Апекса“ за 2012. је око пола милиона евра. Посао вођења система Бусплус препуштен је овој фирми на десет година, а инвестиција „Апекса“ за увођење система била је око 14 милиона евра са ПДВ-ом, уз напомену да је ова сума наведена као цена Бусплус опреме од стране самог „Апекса„ и да никада није била предмент провере.

Осим описаних проблема које су осетили грађани, лоше су прошли и запослени у ГСП, њих око 6.000, од чега су половина возачи. У лето 2012, управа предузећа је приморала све запослене да потпишу нови Анекс уговора о раду. Према Анексу могу да буду распоређени на било које радно место. Главни циљ Анекса било је стварање простора за формирање радног места „усмеривач путника“, који ради као помоћник Бусплус контролорима. У понуди Анекса радницима стоји: „Ако се одбије потписивање Анекса то може бити основ за отказ Уго-

вора о раду“. Текст Анекса је споран јер возаче обавезује да поред управљања возилима обављају све послове по налогу непосредног руководиоца. Ово је изазвало делимичне протесте у предузећу, али се на то нико није осврнуо.

Прво у септембру, а затим крајем октобра 2012, испред улаза у предузеће, протествовала су три мањинска синдиката ГСП-а због „малтретирања запослених у ГСП-у Бусплусом“ и низа других проблема. Упозорење о штрајку синдикалци су послали градоначелнику Драгану Ђиласу, а писмо о ситуацији у фирми премијеру Ивици Дачићу. Одговор није добијен. Пре тога, синдикалци су у јулу 2012. године Првом основном суду поднели тужбу против ГСП-а „ради поништавања Анекса уговора о раду“, а Уставном суду су поднели Иницијативу за оцењивање законитости Правилника о систематизацији послова. Небојша Митровић, представник Синдиката возача ГСП-а, тврди да је ситуација у предузећу „гора него икад“.

Бусплус је најављиван као модерно решење из најбоље традиције јавно-приватног партнерства: увођење приватног капитала и ефикасности приватног менаџмента у јавни сектор, које ће довести ред и уштедети граду новац који кроз субвенције даје градском превознику. Али, само годину дана након увођења Бусплуса, Београд је из буџета повећао давања за градски превоз за три милијарде динара. Даље, супротно уговорним обавезама које предвиђају да приватни партнер брине о наплати и контроли, Београд је 2013. године ангажовао о свом трошку додатних 700 контролора, јер је продаја карата опала. Бусплус је пројекат који је приватној фирми уступио јавни монопол и омогућио профит на општу штету јавног интереса, буџета града и свих грађана.

Бусплус је све супротно од добрих примера ЈПП у капиталистичким земљама: уместо тржишне утакмице и транспарентности, имамо нетранспарентно додељен јавни монопол приватној фирми; уместо да профит приватног партнера зависи од квалитета услуге, све губитке надокнађује јавни сектор, односно порески обвезници; уместо немешања јавног сектора имамо субвенције; уместо да ЈПП обезбеди бољи квалитет уз исту цену, имамо повећање цена. Изнад свега стоји очигледан мотив – корупција у јавном сектору.

БИЛАТЕРАЛНИ ИНВЕСТИЦИОНИ СПОРАЗУМИ

Увод

Билатерални инвестициони споразуми (у даљем тексту: БИС)[1] су међународни уговори који утврђују услове улагања улагача из једне државе у другој држави.[2] У питању су споразуми међународног јавног права путем којих државе (или држава и међународна економска интеграција попут Европске уније), узајамно, установљавају одређена права улагача једне уговорне стране поводом њиховог улагања на територији друге уговорне стране. БИС утврђују реципрочна и *непосредна* права улагача уговорних страна, поводом њихове инвестиције на територијама уговорница, којима одговарају обавезе тих држава да та права активно штите и да се суздржавају од мера и аката која би нарушавала вредност тих улагања.

Стране директне инвестиције – СДИ (енгл. *foreign direct investments*) представљају значајан потенцијал раста привредног богатства, раста трговинске размене, креирања нових радних места, трансфера технологија и знања, нових метода управљања и бољих перформанси економије.[3] Извоз домаћих инвестиција[4], такође, може допринети ефи-

---

1 Енгл. *Bilateral Investment Treaty.*

2 Дефиниција наведена према Школи права Корнел. В. https://www.law.cornell.edu/wex/bilateral_investment_treaty.

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

4 „У периоду од 2008. до 2014. године српска предузећа су у иностранство инвестирала укупно 1,27 милијарди УСД, при чему је највише инвестирано 2014. године – 348 милиона УСД.“ (Кастратовић, Р. Утицај страних директних инвестиција на привредни и друштвени развој Србије“ Банкарство, 2016, вол. 45, бр. 4, стр. 75). „Телеком Србија“ је инвестирала у Босни и Херцеговини и Црној Гори. У Бугарској је 2011. године било регистровано 289 компанија са српским капиталом и највећа инвестиција је била компаније „Делта“ у тржни ланац „Пикадили“ (в. https://www.blic.rs/vesti/ekonomija/u-bugarskoj-289-firmi-sa-srpskim-kapitalom/rwv2ghk). У Словенији српски произвођач безалкохолних пића „Нектар“ је купила „Фруктал“, „Comtrade“ је купио компанију „Хермес“ у IT сектору, „Делта“ је изградила хотел из ланца „Интерконтинентал“ а МК Група инвестира у градњу хотела из ланца „Кемпински“ у Љубљани (в. https://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2018&mm=02&dd=01&nav_id=1354019).

каснијој контроли трошкова производње и могућност репатријације добити домаћих улагача у матицу. Стога, БИС представљају веома заступљен инструмент економске политике мобилизације СДИ[5] и истовремене заштите домаћих инвестиција на трећим тржиштима. Глобално тржиште је премрежено са око 3300 БИС.[6] Србија је (самостално или као саставни део ранијих државних форми) закључила 54 споразума са страним трговинским партнерима о узајамној заштити и промоцији улагања.[7] Из угла инвеститора БИС представља правни оквир који отклања локалне баријере за инвестирање тако што успостављања релативно предвидљив правни амбијент и систем заштите вредности улагања од (регулаторног) ризика накнадних једностраних аката државе домаћина. Из угла државе домаћина БИС представља инструмент привлачења СДИ.

Многа права улагача из БИС већ су садржана у националном праву (нпр. код нас у Закону о улагањима)[8]. Међутим, додатни елемент БИС је измештање решавање инвестиционих спорова између улагача и државе домаћина инвестиције из националне јурисдикције под надлежност међународне инвестиционе арбитраже.

Такође, право инвеститора из БИС према држави је *непосредно*. Наиме, право покретања инвестиционог спора због повреде права улагача услед формалних или фактичких аката државе домаћина извире директно из одредби БИС. То значи да не мора постојати претходан уговорни однос између улагача и државе домаћина или било какво друго посредовање националне правне одредбе да би право из БИС било засновано. Стога, редовно дејство БИС је ограничавање права државе домаћина да регулишу страну инвестицију на својој територији (енгл. *right to regulate*), у мањој или већој мери. Такође, држава домаћин инвестиције може бити тужена страна у инвестиционом спору, чак и ако није уговорна страна комерцијалне трансакције која је повод спора (нпр. уговор закључен између државне компаније и улагача). Стога, уколико држава не изузме из режима БИС одређене регулаторне мере (нпр. у домену пореског и радног права, приватизације, заштите конкуренције, контроле државне помоћи, заштите животне средине, итд.) ризикује да сваки акт њених органа (без обзира на правну утемељеност

5 UNTCAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development* (UNTCAD, 2015), стр. 10.

6 Ibid. стр. 16.

7 В. http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/187.

8 „Сл. гласник РС“, бр. 89/2015.

са становишта националних прописа) буде квалификован као кршење права улагача из БИС и предмет одштетног захтева пред арбитражом. Како је то ICSID арбитража приметила у случају *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) против Сједињених држава Мексика*:

> „Владе, у својем вршењу регулаторних овлашћења, често мењају законе и регулативу као одговор на промене економских услова или одраз промена политичким економских и социјалних схватања. Те промене могу учинити одређене инвестиције мање профитабилним или чак економски неодрживим за њихов наставак...“[9]

Апстрактност одредби међународних уговора често доводи националне регулаторне политике у конфликт са заштитиним клаузулама БИС. Недавна одлука арбитраже Сталног арбитражног суда (енгл. *Permanent Court of Arbitration*)[10] у случају *Mytilineos Holdings SA против Републике Србије (II)*(u daljem tekstu: **Mytilineos II**)[11]према којој Србија има обавезу да плати 40 милиона америчких долара[12] грчком инвеститору због повреде БИС Југославије и Грчке из 1997. године добро илуструје финансијски ризик сукоба националних мера са међународним инвестиционим споразумима.[13] Спор је настао због конфликта националне мере приватизације државног предузећа РТБ-Бор са инвестиционим интересом *Mytilineos Holdings SA* у тој компанији. Министар енергетике актуелне Владе Србије је случај описао као „још један од скелета који је искочио из ормара“.[14] Нови костури само што нису испали јер су против Србије у току три инвестициона спора[15], а

9 ICSID No. ARB(AF)/99/1, Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States став 112.

10 Стални арбитражни суд са седиштем у Хагу, није суд већ међународна организација основана ради олакшавања организације арбитража у споровима између држава. Међутим, развојем међунарогних односа Стални арбитражни суд поред међудржавних спорова пружа институционалну подршку за организовање међународне арбитраже за инвестиционе спорове између држава и страних улагача (в. https://www.pcacases.com/web/aboutus/).

11 Permanent Court of Arbitration (PCA) Case number 2014–30.

12 Нагодила се Влада Србије и грчки „Mitilineos“ (дневни лист *Политика*, 7. фебруар 2018).

13 Закон о потврђивању Споразума између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Грчке о узајамном подстицању и заштити улагања („Службени лист СРЈ – Међународни уговори“, бр. 2/98 од 6.3.1998. године).

14 В. http://rs.n1info.com/a314486/Biznis/Spor-Grka-i-RTB-Bor-jos-iz-Milosevicevog-vremena.html.

15 В. http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/187?partyRole=2.

држава ступа у нове дугорочне и ризичне инвестиционе трансакције са улагачима које могу бити покривене БИС.[16]

У истраживању који следи разјаснићемо појам, сврху, елементе и дејства БИС у светлу конфликта инвестиционог права са правом државе да регулише инвестицију на својој територији и повезаним финансијским ризицима. Затим ћемо објаснити међународни и национални правни и институционални оквир инвестиционог права и критички ћемо се осврнути на адекватност српског модела БИС и примере упоредне и уговорну праксе Србије у светлу (превенције) финансијских ризика и усаглашености са прописима ЕУ. За потребе студије случаја анализираћемо Арбитражну одлуку од 6. септембра 2006 године о надлежности Сталног арбитражног суда у инвестиционом спору *Mytilineos Holdings SA против Републике Србије (I)* (у даљем тексту: **Mytilineos I**)[17] која је отворила терен за одлуку о накнади штете због повреде БИС у случају *Mytilineos II из* 2017. године. Такође, на основу искуства из овог случаја анализираћемо у којој мери клаузуле која је покривена одредбама БИС Србије и Уједињених Арапских Емирата[18] (у даљем тексту: УАЕ). На основу истраживање извешћемо одређене закључке и препоруке за измену будуће политике у домену инвестиционог права.

1. Међународни законодавни оквир инвестиционог права

Међународни аспект националног система инвестиционог права чини мрежа билатералних инвестиционих споразума које је закључила Србија (као самостална држава и у оквиру претходних државотворних аранжмана). Такође, Србија је чланица *Вашингтонске Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава*[19] која је основни процесно-правни извор међународног инвестиционог права. Конвенција је установила Међународни центар за решавање инвестиционих спорова – *International Centre for Settlement*

16 Пример такве инвестиције је пројекат „Београд на води“ који је покривен БИС између Србије и Уједињених Арапских Емирата (Споразума између Републике Србије и Уједињених Арапских Емирата о узајамном подстицању и заштити улагања, „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 3/2013).

17 Permanent Court of Arbitration (PCA) Case *Mytilineos Holdings SA v. The State Union of Serbia & Montenegro and Republic of Serbia (I).*

18 Споразум између Републике Србије и Уједињених Арапских Емирата о узајамном подстицању и заштити улагања, „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 3/2013.

19 „Службени лист СЦГ – Међународни уговори“, број 2/2006.

of Investment Disputes (у даљем тексту: ICSID) као институцију за решавање инвестиционих спорова између улагача и држава. Србија у уговорној пракси најчешће уговара директан приступ улагача ICSID арбитражи за решавања инвестиционих спорова из БИС.

Србија је закључила 54 споразума о узајамној заштити и подстицању улагања са билатералним партнерима.[20] Са чланицама ЕУ закључена су 23 БИС. Већина уговора о узајамној заштити улагања су закључена у време СФРЈ, СРЈ и Државне заједнице Србија и Црна Гора. 11 уговора је закључила Србија.[21] Такође, Министарство трговине, туризма и телекомунијкација је 2014. године израдила Модел Билатералног инвестиционог споразума[22] према искуству и препорукама OECD који је основа на којој ће Србија преговарати закључивање БИС у будуће.[23]

Поред билатералних уговора материја инвестиционог права може бити садржана у мултилатералним уговорима, попут Уговора о функционисању Европске уније[24] који регулише слободу кретања капитала, пружања услуга и пословног настањивања на унутрашњем тржишту ЕУ и подразумева недискриминаторан третман инвеститора на њему. Такође, Србија је са Европском унијом и државама чланицама закључила Споразум о стабилизацији и придруживању[25] (у даљем тексту: ССП), који поред успостављања зоне слободне трговине садржи и одредбе које утврђују узајамна права компанија и држављана на територији Србије, односно ЕУ, у погледу започињања пословања, улагања капитала и приступа тржишту јавних набавки. Споразум о слободној трговини између Србије и држава EFTA[26], такође, садржи одредбе које

20 В. листу БИС које је Србија закључила са статусом на страници UNTCAD http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/187#iiaInnerMenu. В. такође листу БИС које је закључила Србија на страници Министарства трговине, туризма и телекомуникација http://mtt.gov.rs/download/Pregled%20Zemalja.pdf.

21 Европска комисија, „Извештај о скринингу за Поглавље 30 – Економски односи са иностранством“ (2014) стр. 5 (верзија на српском језику).

22 Српски модел БИС је је дотупан на веб страници Министарства трговине, туризма и телекомуникација http://mtt.gov.rs/download/novi%20tipski%20SRB.pdf.

23 Европска комисија, „Извештај о скринингу за Поглавље 30 – Економски односи са иностранством“ (2014) стр. 5 (верзија на српском језику).

24 Treaty on the Functioning of the EU (OJ C 326, 26.10.2012, p. 47–390).

25 Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 83/2008.

26 Споразум о слободној трговини између Републике Србије и држава EFTA, „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 6/2010.

уређују питање узајамне заштите и подстицања улагања, приступ тржишту јавних набавки и кретања капитала.[27]

Међутим, поред одређене сличности у материји коју регулишу, постоје битне разлике у домету клаузула која дефинишу права улагача у ССП и Споразума са EFTA са једне стране и БИС, са друге стране. Пре свега, БИС успостављају непосредан приступ улагача механизму за решавање спорова између инвеститора и државе домаћина улагања путем међународне инвестиционе арбитраже. ССП и Споразум са EFTA не предвиђају посебан механизме заштите ван националних правних система уговорних страна. Такође, квалитет одреби БИС да установљава непосредна и утужива права према држави дају значајну предност овом методу регулисања инвестиционог права. У даљем тексту, концентрисаћемо се специфично на БИС као инструмент инвестиционог права, појам, сврху, елементе и дејство, уз адекватне осврте на праксу тумачења њихових клаузула.

1.1. Појам, сврха, елементи и дејство БИС

1.1.1. Појам БИС

БИС је уговор међународног јавног права између две државе који регулише узајамни третман улагања физичких и правних лица уговорних страна на територијама страна уговорница.[28] Ови уговори утврђују правила под којим држављанин једне стране уговорнице улаже на територији друге уговорне стране, укључујући његова права и њима одговарајуће обавезе домаћина инвестиције.[29] БИС устпоставља систем додатне заштите имовине улагача и вредности инвестиције уз неусловљен и непосредан приступ инвеститора неутралном систему решавања спорова са државом домаћином. БИС, према томе, имају функцију привлачења стране инвестиције кроз установљавање широких инвестиционих права улагача поводом његовог улагања и креирање флексибилног режима решавање ивестиционих спорова између инвеститора и државе.[30]

27 В. нарочито чланове 25–31.

28 Wong, Jarrod, *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes* (August 29, 2008). George Mason Law Review, Vol. 14, 2006. стр. 143. Доступно на SSRN: https://ssrn.com/abstract=1260897.

29 В. https://www.law.cornell.edu/wex/bilateral_investment_treaty.

30 Wong, Jarrod (2008), str. 137. Isto Hallward-Driemeier, Mary (2003), стр. 4.

БИС успостављају дугорочно предвидив правни оквир за улагање које штити вредност инвестиције од ризика накнадних, изненадних и једностраних регулаторних и политичких промена у држави домаћину. Иако, се садржај БИС у упоредној пракси може разликовати, елементи БИС су прилично „стандардизовани“.[31] Стога уобичајен садржај БИС представљају одредбе о националном третману страног улагача, давање истих преференцијала улагачу које домаћин даје улагачима из треће државе уколико је он повољнији (*MFN/most-favored nation* клаузула), фер и правичан третман улагача, праву на обештећење услед непосредне или посредне ексрпопријације, слободном трансферу добити, итд.[32]

1.1.2. Сврха БИС

БИС су важан и раширен међународни правни инструмент регулисања СДИ.[33] Према одређеним мишљењима, разлог распрострањености БИС, као распрострањеног инструмента привлачења улагања, је трка држава у развоју у привлачење СДИ.[34] Државе у развоју прихватају одређени степен ограничење суверенитета у корист заштите страног улагача од националног регулаторног ризика у замену за очекиван раст инвестиција.[35] Стога, БИС установљавају широк круг права за стране инвеститоре укључујући и право непосредног приступа међународној арбитражи за случај инвестиционог спора.[36] Другим речима, ови међународни споразуми отклањају у значајној мери ризик националних регулаторних мера држава домаћина по вредност инвестиције кроз међународни, вансудски систем решавања инвестиционих спорова.[37] Према одређеним схватањима БИС функционишу као замена за одсуство квалитетног система националних институција и заштите својинских права.[38] БИС, према томе, одговарају потреби улагача да

31 UNCTAD, „International Investment Agreements: Key Issues“, vol. I (2004), стр. 1.

32 Ibid.

33 Elkins, Z., Guzman, A., & Simmons, B. (2006). Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960–2000. International Organization, 60(4), 811–846.

34 Ibid.

35 Neumayer, E. & Spess, L. (2005) *Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?*. London School of Economics and Political Science. Доступно на UNCTAD: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0305750X-05001233?via%3Dihub.

36 Elkins, Z., Guzman, A., & Simmons, B. (2006).

37 Neumayer, E. & Spess, L. (2005).

38 Ibid.

имају сигурно, предвидљиво и релативно статично правно окружење за своју инвестицију[39], односно оквир заштићен од дискриминаторних мера и накнадних политичких и регулаотрних промена које утичу на профитабилност улагања.

Подаци у одређеној мери потврђују изнета становишта. Државе у развоју и економије у транзицији су примарна дестинација за СДИ. У 2010. години први пут су привукле више од половине СДИ. Тренутно привлаче око 55% глобалних СДИ.[40] Међутим, државе у развоју постају све већи извозници СДИ са учешћем око 1/3 укупних страних улагања.[41] Све више инвестиционих спорова покрећу улагачи из држава у развоју против развијених држава (нпр. 47% свих познатих спорова у 2013.).[42] Такође, компаније у државном власништву постају важни инвеститори. 10% глобалних СДИ спроводе државне компаније (енгл. *state owned enterprises* – SOE).[43] Према томе, горе изнети ставови занемарују узајамност споразума и интерес држава у развоју за заштитом њихових инвестиција у развијеним државама.

Стога су и развијене државе и државе у развоју једнако заинтересоване за БИС као метод сигурнијег пласмана директних инвестиција, који обезбеђује несметану репатријацију добити и правну сигурност улагања од арбитретних поступака дискриминације, експропријације или других метода смањивања вредности инвестиције државе домаћина.

С друге стране, националне владе преузимају све већу иницијативу у усаглашавању инвестиција са унутрашњим регулаторним политикама. Пролиферација индустријских стратегија је забележена и у развијеним и државама у развоју. Све значајнија пажња је усмерена на квалитет не само на квантитет СДИ.[44] Државе настоје да подстичу СДИ која

39 European Commission, *Towards a Comprahensive European international investment policy* (COM(2010)343 final), стр. 4–5.

40 UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development* (2015), стр. 13 Доступно на UNCTAD: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf.

41 Ibid.

42 Ibid. стр. 75.

43 Ibid. стр. 13. Нпр. у Србији активности Теленор (Теленор Србија, Теленор Банка), Телеком Austria Group (VIP Mobile), и HBIS GROUP (Компанија HBIS GROUP Iron & Steel д.о.о. Београд *ex* Железара Смедерево д.о.о) могу бити поменути као СДИ компанија у већинском државном власништу. Такође, Србија је извезла две инвестиције преко Телеком Србија у Босну и Херцеговину и Црну Гору.

44 UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development (2015), стр. 13. Доступно на UNCTAD: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf.

доносе трансфер знања и технологија, јачају локалне капацитете за истаживање и развој, које су енергетски ефикасне „ниско-угљеничне“, са одговорним односом према животној средини, уместо спекулативних краткорочних инвестиција. ЕУ посебну пажњу обраћа на компатибилност националних политика привлачења улагања са правилима конкуренције, државне помоћи и отвореног, транспарентног и недискриминаторног приступа тржишту јавних набавки и концесија. С тим у вези, модерна тенденција у уговорној пракси БИС је уградња тзв. безбедносних клаузула (енгл. *safeguard clauses*), или клаузула о праву на регулисање (енгл. *right to regulate*) путем којих државе домаћини задржавају право на накнадно регулисање улагања у погледу стандарда заштите животне средине, заштите потрошача, заштите конкуренције, итд.

Коначно БИС нису једини разлог доласка СДИ нити морају бити кључан фактор увоза СДИ.[45] Квалитетна саобраћајна и добро повезана ифраструктура, приступ енергији, ефикасне комуналне услуге, добро обучена радна снага, квалитетна и некорумпирана администрација могу бити важнији фактор за одлуке инвеститора да улажу у одређеној држави, чак и ако она нема закључен БИС са његовом земљом. Такође, приступ трећим тржиштима кроз мрежу уговора о слободној трговини државе домаћина могу бити посебан чинилац за одлуку о улагању.

БИС неминовно ограничавају регулаторну слободу државе домаћина инвестиције, у мањој или већој мери.[46] Такође, БИС може охрабривати долазак спекулативних и економски неефикасних улагања. Непредвидивост домета одредби БИС и могућност настанка спорова велике вредности оправдава опрезан приступ закључивању оваквих споразума.[47] Стога држава, пре него што ступа у БИС са другом државом партнером треба добро да одмери све факторе како би проценила да ли јој је такав споразум заиста неопходан, како из угла квалитета СДИ које долазе или настоји да привуче из конкретне државе, тако и из угла постојећих токова и будућег пласмана својих СДИ у држави партнеру. Наиме, уколико би у контрафактуалном сценарију инвестиције улазиле у земљу из одређене државе у истом интензитету и без БИС, финансијски ризици евентуалног конфликта права на регулисање и инвестиционог права би требало да одврате државу од закључења БИС.

---

45 Hallward-Driemeier, Mary, *Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit And They Could Bite* (June 2003). World Bank Policy Research Working Paper No. 3121, стр. 9. Доступно на SSRN: https://ssrn.com/abstract=636541.

46 Ibid. стр. 1.

47 Ibid. стр. 2.

1.1.3. Елементи БИС

Многе државе имају своје моделе уговоре на које се ослањају у преговорима.[48] Србија, такође, има свој модел БИС.[49] Ипак, већина БИС деле сличне особине, односно садрже типичне елементе. Генерално БИС регулишу следећа питања: (1) услове настанка инвестиционог права страног улагача у држави домаћину (2) стандарде третмана страног инвеститора и стране инвестиције (3) заштиту од експропријације (и мера једнаког дејства) и (4) методе решавање инвестиционих спорова.[50]

1.1.3.1. Услови настанка инвестиционог права страног улагача

Као што смо навели, инвестиционо право се везује за имовину насталу ангажовањем капитала улагача на територији државе домаћина. Међународно инвестиционо право, према томе, гравитира око два основна концепта.[51] Концепта улагача и појма улагања. Да би одређена инвестиција била „покривена" режимом БИС она мора потицати (1) од „улагача" једне уговорне стране и (2) имати квалитет „улагања" на територији друге уговорне стране. Недостатак једног од два конститутивна елемента значи да право улагача из БИС није ни настало и да се не може засновати надлежност међународне арбитраже за решавање инвестиционих спорова између државе и улагача. Поред тога, државе могу ограничити примену БИС на временски улагања настала после ступања на снагу споразума и територијално (на улагања на одређеном делу своје територије или искључењем одређене територије).[52]

Страни улагач је по редовном току ствари ентитет основан или организован у складу са важећим законодавством друге уговорне стране, односно физичко лице које је држављанин друге уговорне стране. Неки БИС предвиђају да је улагач и физичко лице које има пребивалиште у другој уговорној страни, осим ако истовремено није држављанин државе домаћина инвестиције.[53] Стога, индијски држављанин са пребивалиштем у Канади може имати статус страног улагача по осно-

48 Wong, Jarrod (2008), стр. 143.

49 Српски модел БИС је је дотупан на веб страници Министарства трговине, туризма и телекомуникација http://mtt.gov.rs/download/novi%20tipski%20SRB.pdf.

50 Wong, Jarrod (2008), стр. 143. Isto Hallward-Driemeier, Mary (2003), стр. 4.

51 UNCTAD, „International Investment Agreements: Key Issues", vol. I (2004), стр. 113–114.

52 Ibid. стр. 114.

53 Споразум између Републике Србије и Канаде о подстицању и заштити улагања („Сл. гласнику РС – Међ. уговори", бр. 8/2015), члан 1.

ву БИС Србије и Канаде уколико уложи капитал у Србији, и обрнуто, несрпски држављани са пребивалиштем у Србији могу уживати статус страног улагача у Канади по истом правном основу.

Типски нацрт БИС Министарства трговине, туризма и телекомуникација[54] предвиђа додатни негативан услов за стицање статуса страног улагача. Наиме, правно лице основано или организовано у складу са важећим законодавством друге уговорне стране, не сме бити непосредно или посредно у већинском власништву држављана Србије, а физичко лице не може имати двојно држављанство државе уговорне стране и Србије.[55] На тај начин Србија настоји да спречи злоупотребу режима БИС и измештање форума за спорове од стране држављана Србије ван српске јурисдикције.[56]

Не постоји јединствена дефиниција СДИ. Према речнику OECD, страна директна инвестиција (СДИ) је категорија међународних улагања која одражава циљ резидента једне економије да стекне трајан интерес у предузећу резиденту у другој економији.[57] Европска комисија под СДИ, такође, подразумева различите облике успостављања трајних и непосредних веза између капитала страног улагача и локалног предузећа којем је тај капитал поверен ради спровођења економске активности на или са одређене територије.[58] Суд правде ЕУ је навео три основна критеријума за идентификовање СДИ: дугортајност инвестиције, са учешћем у капиталу повезане компаније од најмање 10%, које омогућава контролу над управљањем повезане компаније (Случај C-446/04 *Test Claimants in the FII Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*). Ови приступи, непосредно или посредно, искључују краткорочне форме улагања попут „портфолио инвестиција“ из појма СДИ.

---

54 Типски уговор Министарства трговине, туризма и телекомуникација нема карактер извора права. Он представља, модел или мустру, које Министарство узима у обзир када са мандатом Владе преговара одређени БИС са државом партнером. Он заправо може представљати почетну преговарачку позицију. Типски уговор је дотупан на веб страници http://mtt.gov.rs/download/novi%20tipski%20SRB.pdf.

55 В. http://mtt.gov.rs/download/novi%20tipski%20SRB.pdf.

56 Решење које се односи на физичка лица као страних улагача је проблематично са становишта олакшавања приступа инвестиција. Наиме, овакво решење искључује из режима БИС улагаче физичка лица која имају српско држављанство, али чије је ефективно пребивалиште и центар економских активности у другој уговорној страни. У пракси Србија ретко успева да наметне ово решење (једини пример је БИС са Црном Гором) јер суштински оно представља рестрикцију за кретање капитала.

57 В. https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=1028.

58 Communication from the Commission „Towards a comprehensive European international investment policy“ (COM(2010)343 final), стр. 2.

Према ширем приступу, трајност имовинског интереса није битан елемент појма улагања. Кључно питање је да ли је улагач једна државе уговорнице стекао имовински интерес ангажовањем својих средстава на територији држава уговорнице из БИС.[59] У пракси, према томе, може бити спорно да ли режим конкретног БИС укључује различите форме краткорочног присуства страног капитала кроз финансијска улагања без намере да се утиче на менаџмент и контролише предузеће у држави домаћину. Нпр. према типском нацрту БИС израз „улагање" означава „сваку врсту имовине коју улагач једне Стране уговорнице стиче улагањем средстава на територији друге Стране уговорнице".[60] БИС са Црном Гором преузима дефиницију из предложеног модела.[61] БИС Србије са Португалом и Данском дефинишу „улагање" као „сваку врсту имовине коју улагач једне Стране уложи на територији друге Стране, у складу са њеним законима и прописима (превод аутора)."[62] Другим речима, у овим примерима, улагање је економска вредност из имовине улагача која је пренета на територију државе домаћина у било којој форми. Овакве дефиниције, могу обухватити и имовински интерес/право из комерцијалних уговора и излажу државу домаћина непредвидивом финансијском ризику из спорова који настану у таквим трансакцијама у којима не она није уговорна страна (в. детаљније студију случаја *Mytilineos I*).

Уобичајена пракса је да БИС садрже општу дефиницију којом улагање одређују као сваку врсту имовине стечене ангажовањем средстава на територији уговорне стране. Након опште дефиниције се наводе примери таквих улагања – *exempli causae*. Поред тога, могући су рестриктивнији приступи, позитивне листе, или опште дефиниције са негативном листом, које најчешће искључују из појма „улагања" тран-

59 Ипак одређени имовински интереси могу бити искључени из дефиниције улагања, као нпр. потраживања из одређених облигација. Нпр. БИС са Канадом изричито искључује из појма улагања новчана потраживања из дистрибутивних уговора (члан 1(j)).

60 В. http://mtt.gov.rs/download/novi%20tipski%20SRB.pdf.

61 Споразум између Републике Србије и Црне Горе о узајамном подстицању и заштити улагања („Сл. гласник РС – Међ. уговори", број 1/2010).

62 Споразум између Републике Србије и Републике Португал о узајамном подстицању и заштити улагања („Сл. гласник РС – Међ. уговори", број 1/2010), члан 1. тачка 1; Споразума између Републике Србије и Краљевине Данске о подстицању и узајамној заштити улагања („Сл. гласнику РС – Међ. уговори", број 105/2009), члан 1. став 1. НАПОМЕНА: Према званичној српској верзији БИС израз „*any kind of asset*" у члану 1. став 1. је преведен као „било које средство". Аутору се чини да је „имовина" адекватнији превод. У сваком случају у питању је економска вредност из имовине улагача која је пренета на територију државе домаћина у било којој форми.

сакције које не обезбеђују трајно присуство улагача (комерцијалне трансакције купопродаје, пружања услуга и сл.).[63]

У сваком случају, према редовном току ствари, право улагача из БИС настаје тек након ангажовања његових средстава на територији уговорне стране, не пре тога. Ово је важан детаљ, с обзиром да одређени имовински интерес страног лица може бити стечен и бестеретним правним послом, или без анагажовања средстава улагача (нпр. преносом својине на грађевинском или пољопривредном земљишту без противнакнаде као форма државне помоћи) из чега не би смело настати инвестиционо право (в. детаљније студију случаја БИС Србије и УАЕ). У начелу инвестиционо право из БИС оживљава са имовином насталом било каквим ангажовањем средстава инвеститора.

1.1.3.1.1. Разлике у приступу ICSID арбитража и *ad hoc* арбитража појму „улагања“

ICSID арбитажа примењује специфичнан приступ појму „улагање“ (енгл. *investment*). Према пракси ICSID, поред обавезног услова да је трансакција покривена конкретном дефиницијом БИС, спор мора бити и „улагање“ у смислу члана 25(1) Вашингтонске конвенције. С обзиром, да поменута одредба не садржи дефиницију концепта „улагања“, пракса ICSID арбитраже је успоставило критеријум према којем утврђује да ли је трансакција улагање у смислу члана 25(1). Према том ставу „пројекат“ у питању мора бити „[...] одређеног трајања, са регуларношћу профита и повраћаја, елементом ризика, значајним обавезивањем и која представља значајан допринос за развој Државе домаћина.“[64] Према томе, да би се засновала надлежност ICSID арбитраже неопходно су два корака:

1. БИС у питању квалификује трансакцију као „улагање“; и
2. да је трансакција „улагање“ у смислу члану 25(1) Конвенције што подразумева пројекат који обезбеђује трајније пристуство, значајан финансијски ризик преузет од стране улагача и битан допринос развоју домаћина.

Према тесту „два корака“ из појма „улагања“ и тиме из надлежности ICSID арбитраже искључене су све форме краткорочног пристуства улагача.

---

63 UNCTAD, „International Investment Agreements: Key Issues“, vol. I (2004), стр. 113.

64 *Joy Mining Machinery Limited* v. *Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Decision on Jurisdiction of 6 August 2004, 44 ILM 73 (2005), para. 53.

С друге стране, *ad hoc* арбитража формирана према UNCITRAL правилима није везана Вашингтонском конвенцијом и чланом 25(1). Такве арбитраже су искључиво везане дефиницијом „улагања“ из конкретног БИС. То значи да, уколико БИС садржи најширу дефиницију појма „улагање“ као „сваку врсту имовине“ постоји могућност да комерцијалне трансакције без трајнијег и значајнијег присуства улагача (нпр. новчана потраживања из комерцијалних уговора) буду квалификоване као улагање подобне да заснују надлежност инвестиционе арбитраже (в. детаљније студију случаја *Mytilineos I*). Другим речима, овакве арбитраже неће применити тест два корака, већ ће применити текст уговора БИС дословно, или ће применити циљно тумачење (најчешће у корист заснивања надлежности инвестиционе арбитраже).

Квалификација трансакције као СДИ, према томе, у појединачном случају, зависиће од дефиниције појма улагања (и улагача) у конкретном тексту БИС (или у одсуству јасне дефниције, од системског и циљног тумачења одредби БИС). Нпр. ICSID арбитража је у инвестиционом спору између британске компаније и Египта поводом комерцијалног уговора о испоруци рударске опреме закљученог са египатском државном компанијом закључила да се банкарска гаранција за добро функционисање опреме не може сматрати улагањем јер не представља имовину у смислу конкретног БИС.[65]

1.1.3.2. Стандарди третмана страног инвеститора и његове инвестиције

БИС редовно садрже клаузуле националног третмана, третман најповлашћеније нације на територији државе домаћина и фер и равноправног третмана улагача и улагања. Поменуте клаузуле се односе како на третман улагача тако и на третман њихове инвестиције. Међутим, у начелу њихово дејство се активира тек након што улагач једне уговорне стране инвестира на територији друге уговорне стране (енгл. *post-establishment phases*).[66] Ово значи да се страни ентитет/држављанин не може позивати на ове клаузуле пре него што ангажује своја средства не територији домаћина (нпр. не може покренути инвестициони спор против државе због дискриминаторног третмана у поступку издавања

65 *Joy Mining Machinery Limited v. The Arabic Republic of Egypt,* Award on Jurisdiction, ICSID case No. ARB/03/1.

66 UNCTAD, „International Investment Agreements: Key Issues“, vol. I (2004), стр. 191. Екстензије MFN права на питања права успостављања пословања пре ангажовања средстава улагача су ретка (ibid. стр. 192).

дозвола или у поступцима јавних набавки/тендерима, итд. ако претходно није присутан на њеној територији са својим капиталом, нпр. преко предузећа основаног на територији уговорне стране).

Клаузула националног третмана решава проблем дискриминације улагача и СДИ у односу на третман домаћих лица и њихових улагања. Клаузула најповлашћеније нације (MFN – *most-favored nation*) решава проблем дискриминације између страног улагача и његовог улагања у односу на третман који држава домаћин додељује улагачима трећих држава и њиховим инвестицијама. Ове клаузуле имају за сврху уједначавање услова улагања кроз елиминацију селективног ограничавања инвестиција кроз националне прописе, мере, појединачне административне акте или путем дискриминаторне праксе државе.[67] MFN при томе представљају стандард инвестиционог права који гарантује једнак положај на тржишту улагачу и односу на инвеститоре из других држава.[68]

Дејство MFN клаузуле је нарочито непредвидљиво са становишта правне сигурности, односно изложености државе финансијском ризику инвестиционих спорова. Ова клаузула утиче на „простор за маневар у погледу будућих инвестиционих споразума јер креирају ситуацију тзв. „*free rider*-а“, односно могућност заобилажења неповољних клаузула конкретног БИС применом клаузуле из другог БИС или међународног трговинског споразума у којима је држава домаћин инвестиције дала повољнији третман улагачима из треће државе. Наиме, „MFN клаузула обавезује државу домаћина да једнострано прошири [инвестициона права улагача] уговорног партнера на било које право које [је дало] или ће дати у будућим уговорима“.[69] Стога се улагачи у инвестиционим споровима позивају на клаузуле других БИС и трговинских споразума да би побољшали изгледе за успех својег одштетног захтева према држави домаћину.

Клаузуле националног третмана и MFN клаузула се у пракси уговарају у јединственој одредби која дефинише да ће улагач и његово улагање имати третман који је за улагача повољнији од ова два. Нпр. БИС између Р. Србије и Краљевине Данске предвиђа следеће:

> *„1. Свака Страна уговорница ће на својој територији обезбедити* ***улагањима*** *улагача другe Стране уговорнице третман који ни у ком случају неће бити неповољнији од третмана који се обезбеђује улагањима сов-*

67 OECD, Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law (Number 2004/2 September 2004), стр. 2.

68 UNCTAD, „International Investment Agreements: Key Issues“, vol. I (2004), стр. 191.

69 Ibid.

ствених улагача или улагањима улагача трећих држава, зависно од тога који је, са аспекта улагача, повољнији.

2. Свака Страна уговорница ће гарантовати, на својој територији, ***улагачима*** *друге Стране уговорнице, у погледу управљања, одржавања, коришћења, уживања или располагања њиховим улагањем, правичан и равноправан третман који ни у ком случају неће бити мање повољан од оног који додељује сопственим улагачима или улагачима из ма које треће земље, зависно од тога шта је, са аспекта улагача, повољније.“*[70]

С обзиром на могућност нежељеног проширења привилегованих трговинских веза државе домаћина улагања са трећим државама на права улагача, БИС редовно искључују ефекте MFN третмана у односу на споразуме о слободној трговини или споразуме о избегавању двоструког опорезивања. Тако српски БИС модел предвиђа следеће ограничење:

„3. Одредбе ст. 1. и 2. овог члана неће се тумачити као обавеза Стране Уговорнице да улагачима друге Стране Уговорнице даје било какву предност утретману, преференцијал или привилегије које прва Страна Уговорница даје улагачима из неке треће државе у оквиру:

(а) свог садашњег или будућег чланства у економској унији, царинској унији, слободној трговинској зони, монетарној унији или у сличном међународном споразуму којим се оснивају овакве уније или други облици регионалне сарадње, или

(б) било каквог међународног споразума или аранжмана који се у целости или делимично односи на опорезивање.“

Уговарањем оваквих ограничења дејства MFN клаузуле Србија спречава проширење на страног улагача преференцијала које је дала привилегованим трговинским партнерима (ЕУ, EFTA, Русији, Турској, Белорусији, Казахстану, или у оквиру CEFTA) у складу са релевантним споразумима о слободној трговини.

Клаузула фер и равноправног третмана (FET клаузула – *Fair and Equitable Treatment*) штити улагача од озбиљних аката злоупотребе, или арбитрарног, пристрасног, дискриминаторног понашања државе домаћина и њених органа, на свим нивоима. За разлику од клаузуле националног третмана и MFN клаузуле које се односе на формалан

70 Закон о потврђивању Споразума између Републике Србије и Краљевине Данске о подстицању и узајамној заштити улагања („Сл. гласник РС – Међ. уговори“, број 105/2009 од 16.12.2009. године), члан 3.

третман улагача, FET клаузула пружа додатну заштиту у односу на конкретна понашања и пропуштања државних, регионалних и локалних органа, која су манифестно неправична и дискриминаторна. FET, према томе, покривају конкретне, манифестне, материјалне акте органа државе домаћина, које могу потицати и од злоупотреба које у себи могу имати елементе корупције.

Пример FET клаузуле:
Члан 3 **ЗАШТИТА УЛАГАЊА** 1. Сва улагања, било да су посредна или непосредна, извршена од стране улагача једне Стране уговорнице ће уживати правичан и равноправан третман на територији друге Стране уговорнице. 2. Осим у случају мера неопходних за одржавање јавног реда, таква улагања ће уживати непрекидну правну заштиту и обезбеђење, тј. искључујући било коју неоправдану или дискриминаторну меру којом може да се омете, било законом или у пракси, управљање, одржавање, коришћење, поседовање или њихова ликвидација. *Споразум између Србије и Црне Горе, с једне стране, и Белгијско-луксембуршке економске уније, с друге стране, о узајамном подстицању и заштити улагања („Сл. лист СЦГ – Међ. уговори“, бр. 18/2004)*

Као кршење FET клаузуле могу бити квалификована, нарочито, понашања државних органа која нису у складу са **начелом легитимних очекивања** улагача. Овај принцип је апстрактан и отворен за интерпретацију и балансирање између права државе да регулише инвестиције на својој територији (што може накнадно утицати на вредност инвестиције) и легитимних очекивања инвеститора да очува вредност својег улагања у складу са пројектованим плановима пре увођења неке националне мере.[71] За примену овог начела релевантно је понашање државе домаћина (и њених органа и званичника) која могу створити одређена очекивања код инвеститора стављањем у изглед будућег понашања државних органа. На пример, систематско пропуштање државе да примени прописе који утичу на исплативост улагања би могло бити квалификована као кршење FET клаузуле, односно изигравање легитимних очекивања страног улагача (в. случај доле).

71 UNCTAD, „Fair and Equitable Tretment – UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II“ (UNCTAD, 2012) . стр. 14.

Кршење FET клаузуле пропуштањем једнаке примене прописа у односу на домаће и стране улагаче?
Белгијска компанија, која је власник постројења Енерго-Зелена за третман опасног животињског отпада, покренула је инвестициони спор против Србије пред Међународним центром за инвестиционе спорове у Вашингтону (ICSID) због наводног систематског пропуштања Републике Србије да спроведе прописе у области прераде животињског отпада због чега улагање трпи значајне губитке услед континуиране изложености нелојалној конкуренцији и дискриминацији, чиме је прекршена FET клаузула БИС Белгисјко-луксембуршке економске уније и Србије и Црне горе из 2007. године. (http://www.infocentrala.rs/belgijska-kompanija-tuzi-srbiju/ преузето 20.06.2017.)

1.1.3.3. Заштита од експропријације (и мера једнаког дејства експропријацији)

У складу са начелом суверенитета, обичаји међународног јавног права не забрањују државама да спроводе експропријацију или национализацију СДИ уколико поштује одређене стандарде. Да би експропријација била у сагласности са међународним јавним правом она мора бити спроведена у (**1**) јавном интересу (**2**) заснованом на закону (**3**) недискриминаторна и (**4**) уз адекватну накнаду.[72] Протокол бр. 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода[73] предвиђа да „свако физичко и правно лице има право на неометано уживање своје имовине. Нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права.“[74] БИС, стога, редовно предвиђају да уговорне стране неће национализовати или експроприсати улагања улагача друге уговорне стране на својој територији, осим када је експропријација спроведена у јавном интересу, на недискриминаторној основи и уз обавезну примену закона. Такође, БИС предвиђају да накнада улагачу мора бити хитна, адекватна и ефективна.

Међутим, концепт експропријације у БИС је шири од правног схватања овог института у националном праву. Наиме, БИС концептом „експропријација“ обухватају и мере које, иако не доводе до трансфера своји-

72 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, стр. 3.

73 „Сл. лист СЦГ – Међ. уговори“, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005-исправка, „Сл. гласник РС – Међ. уговори“ бр. 12/2010 и 10/2015.

74 Ibid. члан 1 (p1), став 1.

не са улагача на јавно-правни ентитет, значајно и фактички умањују или лишавају инвеститора економске вредности СДИ. Дакле, поред *непосредне експропријације*, односно експропријације која подразумева трансфер својинског права на јавно-правни ентитет или физичко одузимање имовине (лишење државине), БИС под појмом експропријације покривају и случајеве тзв. посредне експропријације (енгл. *indirect exproptiation*), односно мере које су по свом ефекту једнаке експропријацији или национализацији (енгл. *measures having equvalemt effect to expropriation* ili *measures tantamount to expropriation*).[75] Отуда, назив концепта „мере по дејству једнаке експропријацији" (в. пример доле).

Пример одредбе о забрани непосредне и посредне експропријације
Члан 5. **ЕКСПРОПРИЈАЦИЈА И НАКНАДА** 1. Улагања улагача било које Стране уговорнице неће бити национализована, експроприсана, нити подвргнута **мерама по дејству једнаким национализацији или експропријацији** (у даљем тексту: „експропријација") на територији друге Стране уговорнице, осим када је експропријација извршена у јавном интересу, на недискриминаторној основи, спроведена уз обавезну примену закона, и уз промптну, адекватну и ефективну накнаду. 2. Оваква накнада ће одговарати правичној тржишној вредности експроприсаног улагања непосредно пре извршене експропријације или пре него што је експропријација постала опште позната чињеница, која је утврђена на начин да изрази вредност улагања (у даљем тексту: „дан вредновања"). (наглашавање додато) *Споразум између Републике Србије и Краљевине Данске о подстицању и узајамној заштити улагања („Сл. гласник РС – Међ. уговори", број 105/2009)*

Концепт посредне експропријације, потенцијално, може обухватити било коју регулаторну меру државе, региона или локалне самоуправе која значајно утиче на вредност СДИ иако не лишава улагача својине или другог стварног права.[76] Другим речима, уколико национална мера може да се подведе под категорију мера једнаког дејства експропријацији, улагач може поднети захтев за адекватном накнадом према држави због посредне експропријације.[77]

75 C. H. Nikièma, *Best Practices Indirect Expropriation* (The International Institute for Sustainable Development, 2012), стр. 1.

76 Ibid. стр. 3.

77 Важно је направити дистинкцију између самосталног права на правовремену, адекватну и ефективну накнаду због непосредне или посредне експропријације, од права на обештећење услед кршења одредбе БИС због неправилне експропријације.

Међународно обичајно право, с друге стране, не доводи у питање право државе домаћина да регулише (енгл. *right to regulate*), СДИ без обавезе обештећења, у циљу заштите јавног интереса. Наиме, право на неометано уживање имовине није апсолутно, јер „не утичу на право државе да примењује законе које сматра потребним да би регулисала коришћење имовине у складу с општим интересима или да би обезбедила наплату пореза или других дажбина или казни.“[78] Стога се у пракси правне битке између улагача и држава воде око питања да ли се може национална мера може квалификовати као посредна експропријација или не, односно да ли повлачи обавезу брзе, адекватне и ефективне накнаде улагачу за претрпљене губитке или не. У одсуству јасних уговорних правила, питање да ли национална мера представља посредну експропријацију која повлачи одговорност накнаде државе улагачу или не, предмет је анализе међународних арбитража од случаја до случаја. Пракса арбитражних трибунала није стабилна и зависи од правила и правне теорије (теорији ефекта или теорија права државе да регулише инвестицију) на која се ослања и чињеница који окружују случај.

Стога, новија уговорна пракса уводи клаузулу права на регулисање непосредно у текст БИС чиме се ограничава поље за слободну интерпретацију инвестиционе арбитраже. Европска комисија је на становишту да Унија у преговорима за закључење БИС обавезно мора штитити своје основне вредности кроз право да својим мерама унапређује стандарде животне средине, политику заштите здравља, штити потрошаче и интегритет тржишта кроз мере заштите конкуренције и контроле дтжавне помоћи.[79] Применом директног уговарања права на регулисање сужава се простор за интерпретацију (в. детаљније под насловом 2.2. „Модел БИС“).

1.1.3.4 Методи решавања инвестиционих спорова између инвеститора и државе

Одредбе о начину решавања инвестиционих спорова између улагача и државе су централна компонента БИС. Већина међународних инвестиционих уговора предвиђа, истовремено, право улагача да покрене поступак пред међународном арбитражом и домаћим судовима.[80] Оно

78 Протокол бр. 1, Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, члан 1 (p1), став 1.

79 Communication from the Commission „Towards a comprehensive European international investment policy“ (COM(2010)343 final), стр. 9.

80 Joachim Pohl, Kekeletso Mashigo, Alexis Nohen „Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements“ (OECD, 2012), стр. 10 Такође, постоје БИС који пред-

по чему се могу разликовати уговори је последица избора правног пута заштите. Одређени споразуми захтевају од улагача да учини „неповратан“ избор између националног механизма и међународне арбитраже. С друге стране, други уговори дозвољавају улагачу да свој случај изнесу пред оба форума. Према посебном, хронолошком приступу улагач мора, пре покретања инвестиционог спора пред међународном арбитражом, покушати да спор реши или мирним путем, односно преговорима или пред националним институцијама.

Српски модел БИС предвиђа рок од 6 месеци за мирно решавање спора консултацијама и преговорима пре изношења спора пред национални суд или међународну арбитражу.[81] Модел не предвиђа клаузулу неповратног избора. Међутим, када је предмет спора обештећење поводом експропријације, инвеститор не може изнети спор пред међународну арбитражу ако се претходно није обратио надлежном суду или органу уговорне стране, а тај суд/орган одбије његов захтев или пропусти да донесе одлуку о захтеву у року од 18 месеци од дана покретања поступка.[82]

Кључна разлика у односу на класичну комерцијалну арбитражу је извор надлежности. Наиме, право на покретање инвестиционог спора пред међународном арбитражом није условљено постојањем арбитражног споразума, већ непосредно извире из одредби билатералног инвестиционог споразума као уговора међународног јавног права. Према томе, држава домаћин нема контролу над предметом спора који може бити изнет против ње. Другим речима, уколико је предмет спора „покривен“[83] БИС, улагач ће моћи непосредно да се обрати међународној арбитражној институцији (нпр. Међународном центру за решавање инвестиционих спорова), или ће покренути механизам за оснивање *ad hoc* арбитраже ради решавања инвестиционог спора поводом кршења БИС.

Српски модел БИС предвиђа право улагача једне уговорне стране да покрене поступак против друге уговорне стране (државе домаћина инвестиције) пред надлежним судом територије улагања, или, *ad hoc* арбитражним судом основаним у складу са Арбитражном правилима Комисије УН за трговинско право (UNCITRAL), или пред Међународ-

---

виђају искључиво међународну арбитражу као средство решавања инвестиционог спора. Коначно постоје БИС који везују метод решавања за материју српора из БИС (нпр. везивање решавања спорова из експропријације за националне органе) – Ibid.

81 Српски Модел БИС, члан 9.2.

82 Српски Модел БИС, члан 9.5.

83 Покривеност у смислу материје, односно постојања спора поводом инвестиције (*jurisdiction ratione materiae*) и у смислу дефиниције улагача (*jurisdiction rationae personae*).

ним центром за решавање инвестиционих спорова[84], или пред Међународним арбитражним судом Међународне трговинске коморе (ICC) у Женеви.

1.1.4. Дејства БИС

Билатерални инвестициони уговори успостављају систем заштите инвестиционог права, односно заштите својине и вредности страног улагања од једностраних аката државе домаћина којим се крше јемства из споразума и неусловљен приступ улагача неутралном, анационалном систему решавања инвестиционог спора са државом домаћином. Два су кључна ефекта БИС. Прво, клаузуле које штите интегритет улагања страног улагача утичу на слободу регулисања инвестиције националним прописима и мерама. Наиме, сви једнострани акти државе, без обзира на форму и правну снагу, укључујући и фактичко понашање органа могу бити захваћени одредбама БИС, уколико представљају повреду инвестиционог права из међународног уговора. Друго, БИС успоставља право на искључење јурисдикције националних судова/органа над инвестиционим споровима између улагача и државе чији предмет је покривен међународним уговором. Право улагача на решавање инвестиционог спора пред међународном арбитражом је директно и (у начелу) неусловљено, засновано на одредбама БИС.

1.1.4.1 Кишобран клаузула

Поред ова два основна дејства, одређени БИС нуде и додатну заштиту улагачима, путем тзв. кишобран клаузула (енгл. *umbrella clause*) које подводе све комерцијалне уговоре које инвеститор закључи да државним органима или државним предузећима, и/или једнострана обећања јавних ентитета везана за конкретну инвестицију, под његов режим.[85] Према доминантном теоријским схватањима одредба посебне заштите трансформише све клаузуле из комерцијалног уговора државе и инвеститора, или било које обећање државе (енгл. *commitment*, или *any obligation*) дато у вези са одређеним улагањем, у обавезу међуна-

84 Под условом да су обе државе уговорнице чланице Вашингтонске Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава из 1965. године.

85 Yannaca-Small, K. (2006), „Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements“, OECD Working Papers on International Investment, 2006/03, OECD Publishing, стр. 8 http://dx.doi.org/10.1787/415453814578.

родног јавног права.[86] За разлику од одредби о заштити од непосредне и посредне експропријације, клаузула посебне заштите инвестиција штити улагача од сваког вида утицаја државе на његова права из комерцијалног уговора, било да потичу од његове повреде, било од законодавног акта или административне мере, без обзира да ли таква мера има једнако дејство експропријацији, уколико је држава домаћин преузела такву обавезу у односу на конкретно улагање путем БИС.[87] Укратко, дејство кишобран одредби је да свака повреда комерцијалног уговора између државе и инвеститора, уједно постаје повреда БИС.[88]

Нпр. према становишту арбитражног суда у случају *Eureko B.V. v. Poland* израз „било која обавеза" (енгл. *any obligation*) из БИС Холандије и Пољске је широк и „обухвата не само обавезе одређеног типа, већ 'било коју' обавезу – другим речима, све обавезе."[89] Такође, према становишту суда у случају *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*[90] израз „преузете обавезе" (енгл. *commitments entered into*) из БИС Швајцарске и Пакистана обухвата уговорне и све једностране обавезе преузете према конкретном улагању, укључујући и акте општине и административне мере.[91]

Примери „кишобран" клаузула у споразумима Србије са другим партнерима
БИС СФРЈ и СР Немачке, члан 7. став 2: Свака страна уговорница придржаваће се *свих обавеза које је преузела у односу на улагања* улагача друге стране уговорнице на својој територији. *Споразум између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Савезне Републике Немачке о узајамној заштити и подстицању улагања, са Протоколом („Службени лист СФРЈ – Међународни уговори", бр. 7/90)*

86 Yannaca-Small, K. (2006), „Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements", OECD Working Papers on International Investment, 2006/03, OECD Publishing, стр. 7, http://dx.doi.org/10.1787/415453814578.

87 Ibid.

88 Ibid. стр. 8.

89 Eureko B.V. v. Poland, став 246 у целости и оригиналу гласи: „The plain meaning – the 'ordinary meaning' – of a provision 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.

90 ICSID Case No. ARB/01/13.

91 Навод према Yannaca-Small, K. (2006), стр. 11.

БИС Државне заједнице Србије и Црне Горе и Швајцарске конфедерације, члан 9. (Посебне обавезе):

Свака Страна уговорница ће поштовати *било коју обавезу* која може настати *у вези са одређеним улагањем улагача* друге Стране уговорнице, у коју се улагач може поуздати да ће бити у доброј вери током успостављања, куповине или проширења улагања.

Споразум између Србије и Црне Горе и Швајцарске Конфедерације о подстицању и узајамној заштити улагања („Сл. лист СЦГ – Међ. уговори", број 3/2006)

2. Национални законодавни оквир инвестиционог права

Међународни аспект националног система инвестиционог права чини мрежа билатералних инвестиционих споразума које је закључила Србија (као самостална држава и у оквиру претходних државотворних аранжмана). Такође, Србија је чланица *Вашингтонске Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава*[92] која је основни процесно-правни извор међународног инвестиционог права. Конвенција је установила Међународни центар за решавање инвестиционих спорова – *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (у даљем тексту: ICSID) као институцију за решавање инвестиционих спорова између улагача и држава. Србија у уговорној пракси најчешће уговара директан приступ улагачима ICSID арбитражи за решавања инвестиционих спорова из БИС.

У ужем смислу национални систем инвестиционог права регулисан је Закон о улагањима[93] и Уредба о условима и начину привлачења директних инвестиција.[94] Такође, важан извор права представља Закон о контроли државне помоћи и Уредба о правилима доделе државне помоћи који у складу са обавезом из члана 73. Споразума о стабилизацији и придруживању уређују материју државне интервенције на тржишту у корист привредних субјеката који могу утицати на конкуренцију и трговину.

Закон о улагањима установљава национални третман страног улагача у погледу улагања (члан 7), забрану непосредне или посредне експропријације улагања (члан 6) као и додатна права попут слободног трансфера прихода и имовине од улагања (члан 9) и ослобађање од ца-

92 „Службени лист СЦГ – Међ. уговори", број 2/2006.

93 „Сл. гласник РС", бр. 89/2015.

94 „Сл. гласник РС", бр. 18/2018.

рине и увозних дажбина на увоз опреме која представља улог страног улагача (члан 14). То значи да страни улагачи који су ван система БИС могу уживати одређена права непосредно из Закона о улагањима. Закон предвиђа да спорови који проистичу из улагања могу бити решавани пред судовима или арбитражним трибуналима (члан 10).

Кључна разлика између националних извора инвестиционог права и БИС је у одсуству права на непосредан приступ међународној инвестиционим арбитражама. Наиме, Закон о улагањима предвиђа да „спорови који проистичу из улагања могу бити решавани пред судовима или арбитражним трибуналима, у складу са законом." То значи да право на покретање инвестиционог спора пред међународном арбитражом не извире непосредно из законске одредбе већ зависи од постојања споразума о поверавању спора између инвеститора и Србије арбитражи. С друге стране, Модел БИС и међународни инвестициони уговори генерално предвиђају право улагача на непосредан приступ међународној арбитражи (с тим што Модел БИС предвиђа услов протека обавезног рока од 6 месеци за мирно решавање спора пре изношења инвестиционог спора на арбитражу).

Закон о улагањима установљава и „право на различите подстицаје" домаћих и страних улагача у складу са прописима којима се уређује државна помоћ (члан 13). Уредба о условима и начину привлачења директних инвестиција ближе уређује материјалне критеријуме, услови и поступак доделе финансијских подстицаја као метода привлачења (страних) директних инвестиција. Државне мере подстицаја директних инвестиција морају бити компатибилне са правилима о државној помоћи. Уредба је Решењем Комисије за контролу државне помоћи (у даљем тексту: ККДП) бр. 110–00–00003/2018–01 од 6. марта 2018. одобрена као дозвољена шема државне помоћи, тј. као мера компатибилна са критеријумима дозвољености Закона о контроли државне помоћи[95] и Уредбом о правилима за доделу државне помоћи[96] који се односе на регионалну инвестициону помоћ. Према изреци Решења ККДП индивидуално додељена помоћ улагачима која је у складу са Уредбом као одобреном шемом не мора бити посебно нотификована ККДП ради одобрења, већ се аутоматски сматра дозвољеном.[97]

95 „Сл. гласник РС", бр. 51/2009.

96 „Сл. гласник РС", бр. 13/2010, 100/2011, 91/2012, 37/2013, 97/2013 и 119/2014.

97 Ово отвара занимљиво правно питање. Уколико су различите форме подстицаја пренете на улагача у складу са Законом о улагању и Уредбом дефинисана као „право" да ли то значи да тако стечена финансијска предност представља имовину сте-

2.1. Институционални оквир за инвестиционо право и поступак закључивања БИС

Министарство трговине, туризма и телекомуникација (у даљем тексту: Министарство трговине) припрема прописе у области страних улагања, обавља послове преговарања ради закључења билатералних споразума о узајамном подстицању и заштити улагања и припрема законе о њиховом потврђивању.[98] Министарство је 2014. године израдило Модел/Типски нацрт Споразума о узајамном подстицању и заштити улагања (у даљем тексту: Модел БИС). Модел БИС је заснован на препорукама OECD-а[99] и доступан је на веб страници Министарства.[100]

Министарство привреде предлаже мере за подстицање инвестиција и координацију послова који се односе на инвестиције.[101] Министарство привреде координира рад јавне агенције надлежне за промоцију извоза и подстицање инвестиција.[102] Закон о улагањима[103] даје широка овлашћења Министарству привреде у закључивању „уговора о додели подстицајних средстава обезбеђених из буџета Републике Србије“[104] у различитим формама државне помоћи (финансијски подстицаји, порески подстицаји и олакшице и ослобођења од плаћања такси, царинске повластице, систем обавезног социјалног осигурања).[105] Закон о улагањима је установио Развојну агенцију Србије као стручне организације за обављање развојних, стручних и оперативних послова подстицања и реализације директних улагања. Одлуку о додели подстицаја за улагања, у складу са Законом о улагањима доноси Савет за економски

чену улагањем у смислу БИС? Нпр. БИС Србије и УАЕ као улагање дефинише имовину улагача стечену на било који начин, што може подразумевати и имовину која потиче од државне помоћи. У том случају би нпр. евентуална наредба за повраћај недозвољене државне помоћи ККДП у складу са Законом о контроли државне помоћи могла подлећи под удар клаузуле БИС о праву на обештећење за случај мера посредне експрпопријације улагања (мере једнаког дејства експропријацији).

98 Закон о министарствима („Сл. гласник РС“, бр. 44/2014, 14/2015, 54/2015 и 96/2015), члан 8. став 2.

99 Европска комисија, „Извештај о скринингу за Поглавље 30 – Економски односи са иностранством“ (2014) стр. 5 (верзија на српском језику).

100 http://mtt.gov.rs/download/novi%20tipski%20SRB.pdf.

101 Ibid. Члан 4. став 1.

102 Ibid. Закон о улагањима (в. фусноту доле) је установио Развојну агенцију Србије за обављање развојних, стручних и оперативних послова подстицања и реализације директних улагања.

103 „Сл. гласник РС“, бр. 89/2015.

104 Закон о улагањима, члан 13. став 5.

105 Закон о улагањима, члан 13. став 1.

развој, приликом чега мора поштовати Закон о контроли државне помоћи[106]. Савет чине министри за послове привреде, финансија, рада и запошљавања, председник Привредне коморе Србије и директор Развојне агенције Србије. Председник савета је министар привреде.

Државна помоћ[107] додељена у било ком облику, која нарушава или прети да наруши конкуренцију на тржишту, осим ако није другачије прописано Законом, није дозвољена у смислу Закона о контроли државне помоћи и члана 73 став 1 ССП (в. оквир доле). ККДП је институција надлежна за контролу дозвољености државне помоћи у поступцима претходне и накнадне контроле у складу са Законом о контроли државне помоћи и међународним уговорима који уређују питање државне помоћи, односно у складу са ССП[108] и Уговором о Енергетској заједници[109].

Одредбе члана 73. ССП о државној помоћи
1. Следеће није у складу са правилним функционисањем Споразума у мери у којој може утицати на трговину између Заједнице и Србије: (...) iii. свака државна помоћ која нарушава или прети да наруши конкуренцију давањем предности одређеним предузећима или одређеним производима. 2. Свако поступање супротно овом члану оцењиваће се на основу критеријума који проистичу из примене правила конкуренције која се примењују у [ЕУ], нарочито из [члана 107. UFEU] и инструмената тумачења које су усвојиле институције [ЕУ]. (...) 3. Србија ће основати оперативно независно тело којем ће се поверити овлашћења неопходна за потпуну примену става 1(iii) овог члана у року од једне године од дана ступања на снагу овог споразума. То тело ће, између осталог, имати овлашћења да одобрава шеме државне помоћи и доделу индивидуалне помоћи у складу са ставом 2. овог члана, као и овлашћење да нареди повраћај државне помоћи која је незаконито додељена...

106 „Сл. гласник РС“, бр. 51/2009.

107 „Државна помоћ је сваки стварни или потенцијални јавни расход или умањено остварење јавног прихода, којим корисник државне помоћи стиче повољнији положај на тржишту у односу на конкуренте, чиме се нарушава или постоји опасност од нарушавања конкуренције на тржишту“ (Закон о контроли државне помоћи, члан 2. тачка 1).

108 В. члан 9. Закона о контроли државне помоћи и члан 73. ССП.

109 Уговор о оснивању Енергетске заједнице између Европске заједнице и Републике Албаније, Републике Бугарске, Босне и Херцеговине, Републике Хрватске, Бивше Југословенске Републике Македоније, Републике Црне Горе, Румуније, Републике Србије и Привремене Мисије Уједињених нација на Косову у складу са Резолуцијом 1244 Савета безбедности Уједињених нација, „Службени гласник РС“, бр. 62/2006.

Међутим, према оцени Европске комисије капацитети ККДП су у овом тренутку недовољни за адекватно испуњавање поверене надлежности. Такође, ККДП није оперативно независна институција од давалаца државне помоћи што додатно отежава адекватно спровођење обавеза из међународних уговора.

Закон о закључивању и извршавању међународних уговора[110] утврђује поступак закључивања и извршавања међународних уговора. Поступак закључења покреће Влада на сопствену иницијативу или иницијативу надлежног органа државне управе. Министарство трговине је надлежан орган који иницира преговоре о закључењу међународних уговора који имају инвестиционо право као претежну материју.[111] Министарство трговине предлаже Влади покретање поступка за вођење преговора и закључивање међународног уговора када утврди да постоји интерес да са другим државама или међународним организацијама треба уредити питања у области узајамног подстицања и узајамне заштите улагања.[112] Он ће поднети предлог за покретање поступка за вођење преговора и закључивање међународног уговора упућивањем *предлога основе* за вођење преговора и закључивање међународног уговора (у даљем тексту: предлог основе) Влади. Влада утврђује основу за вођење преговора и закључивање међународног уговора (у даљем тексту: основа) и одређује делегацију за вођење преговора.[113]

Садржај „предлога основе“ (Закон о закључивању и извршавању међународних уговора,члан 5. став 2.)
Предлог основе треба да садржи нарочито: уставни основ; оцену стања односа са односном страном државом или међународном организацијом; разлоге због којих се предлаже закључивање уговора; основна питања о којима ће се водити преговори, односно битне елементе које уговор треба да садржи и предлог ставова делегације Републике Србије у вези са тим питањима; оцену потребе финансијских средстава за извршење уговора и начин њиховог обезбеђивања; нацрт уговора, као и друге материјале који се односе на преговоре, предлог састава делегације и предрачун трошкова за рад делегације. Ако се предлаже привремена примена међународног уговора, предлог основе садржи и образложење разлога за привремену примену.

110 „Службени гласник РС“, бр. 32/2013.

111 Закон о министарствима („Службени гласник РС“, бр. 44/2014, 14/2015, 54/2015, 96/201 и 62/2017) члан 8. став 2.

112 Закон о закључивању и извршавању међунродних уговора, члан 3. став 2.

113 Ibid. Члан 6.

Уколико је материја инвестиционог права само једна од области које треба уредити међународним уговором (нпр. међународни трговински уговори који уређују и питања ван делокруга Министарства трговине попут слободе кретања капитала, пословног настањивања, радне снаге, пољопривредних производа) Министарство трговине ће по природи ствари бити део преговарачке структуре коју кооридинира министарство са претежном надлежношћу. На пример, Министарство трговине предводи преговоре о приступању Србије Светској трговинској организацији, односно уговорима који уређују режим глобалне трговине под окриљем ове међународне организације.

Делегација не може у току преговора одступати од ставова утврђених у основи.[114] Ако у току преговора друга страна не прихвати ставове утврђене у основи или предложи да се разматрају питања о којима нису заузети ставови у основи, делегација Републике Србије ће затражити нове ставове Владе, а по потреби и одложити преговоре. Ако у току преговора текст међународног уговора не буде усаглашен делегација ће у извештају навести разлоге због којих међународни уговор није усаглашен и дати мишљење и предлоге за даље вођење преговора. По завршеним преговорима, делегација подноси Влади извештај о току преговора и усаглашени (парафиран) текст међународног уговора. Ако Влада оцени да је усаглашени текст међународног уговора у складу са утврђеном основом, одредиће лице које ће га потписати. Пуномоћје за потписивање међународног уговора издаје министар надлежан за спољне послове.[115]

2.2. Модел БИС

2.2.1. Садржај Модела БИС

2014. године[116] Министарство трговине је усвојило Модел БИС (Типски нацрт Споразума о узајамном подстицању и заштити улагања). Модел је важан документ јер представља калуп према којем ће Министарство обликовати предлог основе за преговоре за закључивање будућих БИС са трговинским партнерима Србије. Другим речима, Модел БИС може значајно утицати на праксу уговарања Србије

114 Ibid. Члан 7.

115 Ibid. Члан 9.

116 Европска комисија, „Извештај о скринингу за Поглавље 30 – Економски односи са иностранством“ (2014) стр. 5 (верзија на српском језику).

као саставни део или критеријум за дефинисање преговарачке основе од које полазе српске делегације. Такође, он је индикатор инвестиционе политике Србије по питању привлачења улагања и олакшавање приступа српских улагања на трећа тржишта.

Модел БИС садржи класичне клаузуле међународних инвестиционих споразума: национални и MFN третман (члан 3), FET клаузулу (члан 2) и клаузулу о непосредној и посредној експропријацији и праву на адекватну и ефективну накнаду (члан 5). Такође, Модел БИС предвиђа право слободног трансфера новчаних износа који се односе на њихова улагања (члан 7).

Модел предвиђа право улагача да покрене поступак пред међународном арбитражом (члан 9). У случају да су уговорне стране чланице Вашингтонске Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (1965) инвеститор може спор против државе домаћина покренути пред Међународним центром за решавање инвестиционих спорова.

2.2.2. Одсуство клаузуле о праву државе да регулише инвестицију (right to regulate) у Модел БИС

Модел БИС се заснива на искуствима и препорукама OECD, као међународне организације која обухвата развијене економије и штити инвестиционе интересе држава који су доминантно извозници инвестиција.[117] Такво опредељење, је очигледно утицало и на основни недостатак Модела БИС, који се огледа у потпуном одсуству клаузуле о праву на регулисање инвестиције државе домаћина, које би ограничавале широку примену заштитних клаузула које штите права инвеститора (нарочито клаузуле о праву на обештећење за случај „посредне“ експропријације, односно мере једнаког дејства експропријацији).

Ипак, новији пример из праксе БИС Србије и Канаде из 2015. садржи одредбу о праву на регулисање којом се ограничава домет одредби о посредној експропријацији (в. доле), односно према којој није довољно да улагач покаже да мера државе утиче на вредност његовог улагања да би стекао право на обештећење. Такође, поменути БИС у начелу искључује из домета правила о посредној ексрпопријацији регулаторне мере у области заштите здравља, безбедности и животне средине и које за циљ имају легитимне социјалне циљеве.

117 Ibid.

Клаузула права на регулисање
ЕКСПРОПРИЈАЦИЈА **Члан 10.** 1. Страна не може национализовати или експроприсати покривено улагање било непосредно или посредно мерама које имају за циљ који је једнак национализацији или експропријацији (у даљем тексту: експропријација), осим у јавном интересу, у законом прописаном поступку, на недискриминаторској основи и уз плаћање надокнаде у складу са ст. 2. и 3. овог члана. **Ради веће прецизности, овај став ће се тумачити у складу са Анексом Б.10 овог споразума.** **Анекс Б.10** **ЕКСПРОПРИЈАЦИЈА** Стране потврђују свој заједнички став да: а) посредна експропријација која произлази из мере или низа мера Стране има једнако дејство као непосредна експропријација и без формалног преноса права својине или трајне заплене; б) утврђивање да ли мера или низ мера Стране представља посредну експропријацију, врши се од случаја до случаја, на чињеницама заснованој истрази, која поред осталих елемената обухвата и: 1) економски утицај мере или низа мера, иако сама чињеница да мера или низ мера једне Стране има супротан ефекат на економску вредност улагања не значи да је посредна експропријација извршена, 2) обим у којој мера или низ мера утиче на различита, разумна очекивања у односу на улагања која се подржавају, и 3) природу мера или низа мера; в) **осим у изузетним случајевима**, као на пример када је мера или низ мера толико озбиљна у погледу њене сврхе за коју се не може сматрати да је донета и примењена у доброј вери, **недискриминаторна мера Стране која је прописана и примењена да би се заштитили легитимни социјални циљеви, као што су здравље, безбедност и животна средина, не представља посредну експропријацију**. (наглашавање додато) *Споразум између Републике Србије и Канаде о подстицању и заштити улагања („Сл. гласник РС – Међ. уговори“, бр. 8/2015)*

С тим у вези, Министарство трговине би могло преиспитати садашњи Модел БИС и уградити слично решење по узору на БИС са Канадом. Наиме, уговарање оваквих одредби омогућавају Србији већу самосталност у регулисању инвестиција на својој територији без бојазни

да ће одређени ефекти по вредност улагања бити квалификовани као посредна ексрпопријација и предмет одштетног захтева. Такође, Модел БИС би могао поред стандарда заштите животне средине, безбедности и здравља искључити из домета клаузуле посредне експропријације мере повраћаја недозвољене државне помоћи од улагача као корисника некомпатибилне државне помоћи. Такође, ради правне сигурности, неопходно је додатно искључити дејство MFN клаузуле у односу на будуће клаузуле „права на регулисање“ како би Модел спречио позивање инвеститора на повољнији режим других БИС.

2.2.3. Друга решења Модел БИС и препоруке за додатна побољшања

Модел БИС поштује начело да право улагача настаје поводом имовине стечене његовим улагањем (в. студију БИС Србија и УАЕ као супротан пример) и избегава „изричито“ покривање других економских интереса, попут права из чисто облигационих односа, као „улагање“ које ужива заштиту, али га ни не искључује. Општа дефиниција „улагања“ је широка и обухвата „сваку врсту имовине“ коју улагач стиче инвестицијом. Такође, дефиниција наводи *exempli causae* листу примера имовине која је покривена Модел БИС.

Међутим, имајући у виду ширину концепта „свака врста имовине“ и генералну карактеристику система инвестиционог права да концепте тумачи широко у корист улагања и изложеност државе финансијском ризику од потенцијалних инвестиционих спорова, Србија би могла да дефинише и негативну листу трансакција које неће сматрати улагањем, а нарочито да искључи из дефиниције „улагања“ економске интересе настале из облигационих односа.[118] Тиме би додатно ограничила изложеност финансијском ризику и трансакционим трошковима из инвестиционих спорова поводом чисто комерцијалних трансакција/облигационих односа (в. доле студију случаја *Mytilineos I*). Према понуђеном решењу Србија нема довољну контролу над типовима трансакција које могу бити основ за покретање инвестиционог спора против ње. Напротив, концепт „свака врста имовине“ сугерише да Модел БИС „обухвата све што има економску вредност, буквално без ограничења“.[119]

118 Пример члана 1139 NAFTA споразума који искључује из појма инвестиције новчана потраживања из комерцијалних уговора продаје робе или услуга.

119 UNCTAD, „International Investment Agreements: Key Issues“, vol. I (2004), стр. 119.

Модел БИС, члан 1. став 1.
У смислу овог споразума: 1. Израз „улагање“ означава сваку врсту имовине коју улагач једне Стране Уговорнице стиче улагањем средстава на територији друге Стране Уговорнице, у складу са њеним законима и прописима и обухвата посебно, мада не и искључиво следеће облике имовине: a) право својине на покретним стварима и непокретностима и друга стварна права, као што су хипотека, залога, јемство, плодоуживање и слична права; b) акције, обвезнице, као и друге врсте хартија од вредности са правом учешћа; c) новчана потраживања по основу уговора о кредиту који је дат привредном друштву са роком доспећа од пет или више година, уколико имају природу подређених потраживања, осим кредита датом привредном друштву у државној својини; d) права интелектуалне својине, (као што су ауторска права и остала сродна права, патенти, индустријски дизајн или модели, трговачки знаци), као и право на гоодwилл, техничке процесе и know how; e) концесије стечене у складу са законима и прописима Стране Уговорнице на чијој територији се врши улагање, укључујући концесије за истраживање, вађење и коришћење природних богатстава.

Модел БИС не садржи тзв. кишобран клаузулу, тј. одредбу која подводи сваки уговор или једнострано обавезивање државе у односу на појединачно улагање под режим БИС, што је добро решење. Наиме, Модел изричито предвиђа да ће се на спорове из појединачних уговора о инвестирању које инвеститори закључују непосредно са Србијом, њеним органима или државним предузећем, искључиво примењивати поступак предвиђен тим уговорима (члан 9. став 3.) а не режим БИС. На тај начин, у заначајној мери, ограничава ризик настанка финансијске штете због неочекиваних ефеката одредби БИС. Ово је добро решење јер ограничава права инвеститора само на класичне клаузуле БИС и ослобађа државу финансијске одговорности за различите губитке које инвеститор претрпи услед примене постојећег регулаторног режима или по основу промене регулаторног режима. Међутим, Модел БИС би морао експлицитно искључити дејство MFN клаузуле у односу на „кишобран клаузуле“ других БИС које је Србија већ закључила, како би у потпуности искључила проширење права улагача на одредбе које дају такав третман улагачима.

Модел БИС искључује примену MFN клаузуле на преференцијале дате трговинским партнерима Србије уговорима о слободној трговини, ССП, Споразум са EFTA, CEFTA споразум и у складу са будућим Уговором о приступању ЕУ (члан 3. став 3.). То значи да Модел БИС у суштини, лимитира MFN клаузулу једног MFN, углавном, на повољније дејство билатералних инвестиционих споразума закључених са другим трговинским партнерима. С тим у вези, ипак, остаје опасност да се инвеститор из Модел БИС позове на „кишобран клаузулу" из неког од постојећих БИС Србије који такву клаузулу имају, те је препорука, такође, да Модел искључи из домета MFN такве клаузуле (в. претходни пасус).

3. Студије случаја

Инвестициони спорови најчешће настају у вези са једностраним актима државе донетим или предузетим након закључења БИС који утичу на улагање инвеститора државе партнера, а уједно могу прекршити неке од гаранција датих међународним билатералним инвестиционим споразумима. Наиме „владе, у својем вршењу регулаторних овлашћења, често мењају законе и регулативу као одговор на промене економских услова или одраз промена политичкихм економских и социјалних схватања."[120] Промене правног режима могу утицати на вредност улагања до нивоа њиховог обезвређивања и постати основ за одштетни захтев у инвестиционом спору по основу повреде права улагача из БИС.

Такође, некада саме државе да би, привукле улагање, дају формално или неформално, непосредно или посдредно (преко представника државе), одређена обећања или преузимају одређене обавезе које ограничавају ризике по профитабилност привредног подухвата страног улагача до нивоа његове изолације, не само од ризика промена правног режима већ и генерално од сваког ризика тржишта и конкуренције. Зашто не рећи, економски нелогично понашање државе може бити симптом корупције и *заробљавања регулатора* (енгл. *regulatory capture*) који уместо заштите јавног интереса, тај интерес"прилагођавају" потребама приватне инвестиције. Међутим, корупција и незаконитост са становишта националног права, не мења карактер непосредно преузетих обавеза према инвеститору и могућности квалификације таквих „великодушних" аката кроз норме међународног уговора као „легитимно очекивање инвеститора" и излаже потенцијалном финансијском

120 ICSID No. ARB(AF)/99/1, Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, став 112.

ризику, како актуелну, тако и наредне владе у демократском друштву. Такви аранжмани могу стављати у дилему државу, да ли напустити такав споразум, по цену инвестиционог спора и потенцијалног захтева за обештећење, или трпети економски штетну или неисплативу инвестицију до краја, које могу економски оптерећивати наредне генерације.

У вези са првим примером анализираћемо одлуку инвестиционе арбитраже о надлежности у случају *Mytilineos I* који је претходио одлуци у предмету *Mytilineos II*[121] према којој Србија има обавезу да плати 40 милиона америчких долара[122] грчком инвеститору због повреде БИС Југославије и Грчке из 1997.[123] Друга студија ће бити посвећена анализи одредбе БИС Србије и УАЕ која садржи дефиницију „улагања" која одступа од уобичајених и која излаже државу правној несигурности, ограничава маневар за регулисање инвестиције и излаже државу већем финансијском ризику од редовних клаузула.

3.1. Mytilineos I[124]

Факти случаја:

Србија и Грчка су 1997. г. закључиле Споразум о узајамној заштити и промоцији улагања, односно БИС. БИС садржи класичне заштитне клаузуле, укључујући клаузуле о фер третману и легитимним очекивањима, забрани посредне експропријације и права улагача на приступ *ad hoc* арбитражи. Грчка компанија *Mytilineos Holdings SA* је са РТБ-Бор (тада друштвено предузеће) закључила у фебруару 1998. године пакет комерцијалних уговора којима је регулисана сарадња на тржишту експлоатације минерала и металургије на којем је активно српско предузеће.[125] Пакет уговора је потврђен „Оквирним уговором о сарадњи" 19. фебруара 1998. године према којем је успостављено „стратешко партнерство" (енгл. *strategic alliance*) са правом приоритета грчке компаније на будуће учешће у капиталу у случају прива-

121 Permanent Court of Arbitration (PCA) Case number 2014–30.

122 „Нагодила се Влада Србије и грчки Mitilineos" (дневни лист *Политика*, 7. фебруар 2018).

123 Закон о потврђивању Споразума између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Грчке о узајамном подстицању и заштити улагања („Службени лист СРЈ – Међународни уговори", бр. 2/98 од 6.3.1998. године).

124 UNCITRAL Arbitration Mytilineos v. (1) State Union of Serbia and Montenegro (2) Republic of Serbia PARTIAL AWARD ON JURISDICTION, 8 September 2006 (Partial Award).

125 Partial Award, став 5.

тизације РТБ-Бор.[126] *Mytilineos* је Оквирним уговором стекао право да своја потраживања из посебних уговора конвертује у уделе у капиталу РТБ-Бор.[127] *Mytilineos* се посебним уговорима обавезао да РТБ-Бор да кредит у вредности од 10 милиона $, прода резервне делове, обезбеди концентрат за производњу метала од бакра, финансира набавку машина и опреме у вредности од 44 милиона $ са правом задржавања власништва до отплате дуга у складу са посебним уговором о модернизацији металуршких капацитет РТБ-Бор.[128] Потраживања *Mytilineos* су покривене делом са две гаранције Југобанке у износу од 11 и 4.5 милиона $ које су истицале 30. септембра 2001, односно 31. децембра 2004. Уговорима о продаји бакра и цинка и Уговором о набавци концентрата за бакар, РТБ-Бор се обавезао да продаје ове минерале и метал који је резултат обраде набављеног концентрата грчкој компанији.[129]

РТБ-Бор је престао са плаћањем и испуњавањем обавеза већ 2001. године.[130] Грчка компанија је финансирала машине и опрему, али их није испоручила и задржала је власништво над њима. 2004. године Агенција за приватизацију објављује отварање поступка реструктуирања и приватизације РТБ-Бор позивајући кредиторе да пријаве своја потраживања.[131] Такође, отворен је и поступак стечаја Југобанке Бор која је обезбедила део потраживања грчког предузећа.[132]

Mytilineos је прву тужбу против Државне заједнице Србија и Црна Гора и Србије, по основу БИС, поднео 2004. године, пред *ad hoc* UNCITRAL арбитражом.[133] Грчка страна је сматрала да је отварањем поступка реструктуирања и приватизације РТБ-Бор ефективно одузела имовину компаније, односно извршила посредну екпропријацију супротно забрани из БИС. Такође, она је сматрала да је отварањем стечајног поступка над Југобанком Србија спречила повраћај дела обезбеђеног потраживања.[134]

Панел је 2009. године донео прву одлуку којом је одбила захтев грчке компаније, закључивши да спор у том тренутку још увек није дости-

126 Partial Award, став 26.

127 Partial Award, став 27.

128 Ibid.

129 Partial Award, став 28.

130 Partial Award, став 30.

131 Partial Award, став 40.

132 Partial Award, став 34.

133 Partial Award, став 7.

134 Partial Award, став 8.

гао ниво повреде БИС упућујући на став Србије да има намеру да оконча поступак приватизације РТБ-Бор и задовољи кредиторе. Међутим, 2012. године Србија усваја пропис према којем предузеће у приватизацији, укључујући РТБ-Бор, стичу имунитет у односу на потраживања поверилаца. Приватизација, и после 13. година није окончана у којем периоду РТБ-Бор наставља да послује и прихвата инвестиције трећих страна.[135] *Mytilineos* покреће нови поступак 2013. године пред *ad hoc* арбитражом, према UNCITRAL правилима[136], којом администрира PCA[137], тужбом која је гласила на 100 милиона $ за накнаду штете.[138]Августа 2017. године веће одлуком усваја захтев делимично и одређује да Србија исплати 40 милиона $ на име обештећења због повреде БИС изигравањем легитимних очекивања улагача и неосноване посредне експропријације грчке инвестиције кроз поступак приватизације.

Ипак, пре него што су арбитраже донеле две поменуте одлуке у меритуму, одлучујућу правну битку против Србије *Mytilineos* је добио у претхогном поступку испитивања надлежности инвестиционе арбитраже да решава спор. Наиме, једно од питања које се поставило је, да ли потраживања по основу поменутих уговора *Mytilineos* представљају „улагање“ у смислу дефиниције из члана 1. БИС Србије и Грчке.

Кључни аргументи страна у погледу надлежности:

Србија као тужена је оспоравала надлежност арбитраже, сматрајући да трансакције *Mytilineos* са РТБ-Бор нису покривене БИС, односно његовом дефиницијом „улагања“ у члану 1. Наиме, према мишљењу Србије, у питању је серија комерцијалних уговора која ниједном својом одредбом не указује да их стране сматрају инвестицијом.[139] Новчана потраживања грчке компаније из уговора које је закључила не представљају улагање према међународним стандардима инвестиционог права већ комерцијални ризик.[140] У питању су били класични комерцијални уговори кредитног финансирања (енгл. *debt financing*), док је за примену режима инвестиционог права неопходно да улагач

135 Mytilineos, Press release „MYTILINEOS PREVAILS IN INTERNATIONAL ARBITRATION AGAINST SERBIA REGARDING RTB BORUSD 40 MILLION COMPENSATION AWARDED“ (2017) стр. 2.

136 В. https://pca-cpa.org/en/cases/114/.

137 Permanent Court of Arbitration (PCA).

138 В. https://www.acerislaw.com/mytilineos-v-serbia-serbia-is-liable/.

139 Partial Award, став 95.

140 Partial Award, став 41.

учествује у профиту и ризицима предузећа, типично кроз форму власништва. *Mytilineos* се према мишљењу Србије у трансакцији понашао као класичан финансијер у комерцијалном кредитном аранжману, продавац у купопродајним уговорима или пружалац услуге када је у питању испорука резервних делова.[141]

Србија се позвала на праксу ICSID арбитража према којој да би била заснована надлежност трансакција мора задовољити концепт „инвестиције" како према БИС тако и према схватању овог појма у Вашингтонској конвенцији. Наиме, да би се заснована надлежност ICSID арбитраже неопходно је да (1) БИС квалификује трансакцију као „инвестицију" и (2) да је трансакција квалификована као „инвестиција" према члану 25(1) Конвенције тј. да је у питању „пројекат (...) одређеног трајања, са регуларношћу профита и повраћаја, елементом ризика, значајним обавезивањем и која представља значајан допринос за развој Државе домаћина."[142]

Такође, Србија је заузела став да би се имовина у смислу члана 1(1) БИС сматрала „улагањем" оно мора бити претходно инвестирано на територији Србије што се онда односи и на потраживање у новцу („*claims to money*") које се наводи као пример у члану 1(1)(c). Наиме, да би потраживање било инвестиција у смислу инвестиционог права она мора бити повезано са неким улагањем на територији, нпр. потраживање претворено у уделе у компанији. Другим речима, мора постојати веза (енгл. *nexus*) између новчаног потраживања и „сваке врсте имовине" стечене улагањем, те новчано потраживање самостално нема квалитет улагања.

Наиме, члан 1(1)(c), БИС гласи:

> „Улагање" означава сваку врсту имовине коју улагач једне Стране уговорнице **улаже** на територији друге Стране уговорнице, у складу са њеним законима, а посебно, мада не искључиво, обухвата: [...](ц) новчана потраживања или ма која друга потраживања по основу уговора која имају економску вредност..."[143]

С друге стране, тужилац је сматрао да „стратешко партнерство" које је дефинисано уговорима има природу улагања, као и да су уго-

141 Partial Award, став 58.

142 *Joy Mining Machinery Limited* v. *Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Decision on Jurisdiction of 6 August 2004, 44 ILM 73 (2005), para. 53.

143 Закон о потврђивању Споразума између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Грчке о узајамном подстицању и заштити улагања („Службени лист СРЈ – Међународни уговори", бр. 2/98 од 6.3.1998. године), члан 1. став 1.

вори о гаранцијама „велике економске вредности“ и да је трансакција имала велик значај за државу домаћина. Такође, *Mytilineos* је сматрао да уобичајено значење фразе из дефиниције „улагања“ члана 1 БИС „свака врста имовине“ (енгл. „*every form of asset*“) даје БИС широк обухват који укључује заштиту најшири могући опсег пословних активности.[144] При томе, он сматра да су његова новчана потраживања изричито покривена БИС као „улагање“ у члану 1(1)(c).[145] Такође, ниво финансијског ризика, који је преузео на себе *Mytilineos*, квалификује трансакцију као улагање. Грчка компанија је указала на праксу арбитража ICSID и NAFTA[146] према којима су одређене форме трансакција попут финансијских инструмената, инвестиционих услуга, услуге изградње, итд. те отуда „економска сарадња“ са РТБ-Бор и „пројектни трошкови“ представљају улагања у складу са „међународним стандардима“ која могу бити предмет повраћаја.[147]

Одлука Арбитражног већа о његовој надлежности да решава спор:

Према ставу Већа, да би се одређена активност квалификовала као „улагање“, иако је текст уговора закључених између *Mytilineos* и РТБ-Бор важан за утврђивање воље уговорних страна, то не исључује надлежност Трибунала да испита да ли се трансакција у питању сматра „улагањем“ у смислу одредби БИС.[148] Наиме, арбитража заснована на БИС се разликује од арбитраже засноване на комерцијалним уговорима јер њена надлежност потиче непосредно из норми БИС као уговора међународног јавног права и надлежност не зависи од воље уговорних страна (енгл. *arbitration without privity*).[149] Према томе, одговор на питање да ли постоји надлежност се може наћи примарно у тексту БИС, а не у садржају комерцијалног уговора.[150] Веће је, стога, приступило тумачењу одредби БИС руководећи се правилом из члана 31(1) *Бечке конвенције*[151] према којем се одредбе међународних уговора тумаче „према уобичајеном смислу који се мора дати изразима у уговору у њи-

144 Partial Award, ставови 66–67.

145 Ibid.

146 North Atlantic Free Trade Agreement, 1992.

147 Partial Award, ставови 70–74.

148 Partial Award, став 96.

149 Partial Award, став 97.

150 Ibid.

151 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (Бечка конвенција о уговорном праву „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 30/72).

ховом контексту и у светлости његовог предмета и његовог циља."[152] При томе, узимајући у обзир циљ дефинисан у преамбули БИС „промоција и заштиту улагања", Веће је заузело став да се нејасне одредбе БИС тумаче „у корист заштите покривене инвестиције".[153]

А) побијање теста два корака

У вези са аргументом Србије да „новчана потраживања" не представљају улагање у смислу члана БИС јер према стандардима међународног инвестиционог права у смислу члана 25(1) Вашингтонске конвенције, Веће је, очекивано, заузело став према којем њена надлежност извире искључиво из одредби БИС.[154] Другим речима, Веће је одбацило тест два корака, јер, за разлику ICSID арбитраже, *ad hoc* арбитража „као алтернатива ICSID арбитражи" није везана специфичним језиком Вашингтонске конвенције.[155] Штавише, Веће је изразило „чуђење" тужиочевом потребом да систем уговора са РТБ-Бор квалификује као „улагање" са становишта члана 25(1) Вашингтонске конвенције, односно са становишта трајности, ризика и значаја трансакције за државу домаћина, имајући у виду да је текст члана 1. БИС веома јасан.[156]

Прво, БИС садржи широку општу дефиницију „улагања" као „свака врста имовине уложена од стране улагача Уговорне стране на територији друге Уговорне стране", као и листу примера која није исцрпљујућа и изричито укључује „новчана потраживања или ма која друга потраживања по основу уговора која имају економску вредност".[157] Дефиниција је „намерно веома широка како би обухватила најшире могуће економске активности и охрабрила сарадњу између држава, како је експлицитно и наведено у Преамбули БИС."[158] Израз „свака врста имовине", узет самостално, је такав да је вероватно најшира могућа дефиниција у пракси уговарања БИС.[159] Поврх тога, чињеница да језик БИС укључује таква потраживања „указује да он обухвата право

152 Partial Award, став 98. (превод цитиран одредбе у Арбитражној одлуци је дат према званичном преводу Бечке конвенције о уговорном праву, објављено у „Службеном листу СФРЈ – Међународни уговори", бр. 30/72).

153 Partial Award, став 100.

154 Partial Award, став 118.

155 Partial Award, став 117.

156 Partial Award, став 119.

157 Partial Award, став 101.

158 Partial Award, став 108.

159 Partial Award, став 107.

из комерцијалних уговора“ те применом дословног значења одредбе „не постоји разлог зашто би потраживања која потичу из чисто комерцијалних активности, као што је уговор о продаји, била искључена из тако широке дефиниције улагања.“[160] Штавише, Веће је закључило да чак и када би применило тест два корака карактер свих уговора „узетих заједно“ је такав да би га и ICSID арбитража извесно квалификовала као улагање у смислу члана 25(1) Вашингтонске конвенције, јер успостављају дугорочан пословни однос (7 година) који укључује поред уговора о кредиту и купопродаји, модернизацију РТБ-Бор и могућност стицања учешћа у капиталу[161] чиме „пословно анагажовање тужиоца у РТБ-Бор превазилази обичну комерцијалну трансакцију“.[162]

Б) побијање аргумента неопходности улагања „новчаног потраживања“ на територији Србије да би било квалификовано као „улагање“ у смислу члана 1(1) БИС

У вези са другим аргументом Србије да новчано потраживање да би било улагање у смислу БИС мора представљати „сваку врсту имовине“ која је „уложена“ на територији Уговорне стане,[163] односно претворено у нпр. улоге у предузећу[164], Веће је заузело, крајње непотребан и непрхватљив став, према којем се реч „уложена“ не односи на „имовину“ већ је у вези са захтевом да саме инвестиције буду усаглашене са законима државе домаћина.[165] Наиме, Веће је заузело правни став да је концепт „имовине“ једнак концепту „улагања“.[166] Затим се упустило у

160 Partial Award, став 108.

161 Partial Award, став 124.

162 Partial Award, став 125.

163 Partial Award, ставови 126–128.

164 Partial Award, став 131.

165 Наиме, као што смо рекли, инвестиционо право генерално штити имовину улагача једне уговорне стране насталу „улагањем“ на територији друге уговорне стране. Разлог зашто поједини БИС избацују из поља примене новчана потраживања из комерцијалних уговора је управо тај што, такође, представљају имовину у форми потраживања које је настало на територији друге уговорне стране. Пошто државе често сматрају такав вид имовине недовољно значајним економским присуством на својој територији да би било заштићено БИС, експлицитно га избацују из домета међународног уговора.

166 Partial Award, став 101. Веће је узело као основ за анализу правне ставове ранијих одлука и теоријске ставове који су засновани на другачијој структури одредба БИС. Наиме, БИС који су засновани према моделу члана 1(3) ASEAN (Agreement for the Promotion and Protection of Investments, article 1(3)) заиста не разликују концепт улагања од порекла имовине улагача.

додатну „језичку гимнастику“. Наиме, према тумачењу Већа „улагање“ у смислу члана 1(1) БИС се односи на израз „свака врста имовине“ самостално, док глагол „уложена“ није елеменат појма „улагања“ већ је неопходан из „граматичких“ разлога и стога не представља додатни захтев у погледу квалификовања „новчаних потраживања“ као улагање.[167] Да би тај став додатно образложило Веће је узело пример удела у компанији који су дефинисани као улагање у тачки (б). Наиме, уколико би било неопходно новчано потраживање накнадно уложити како би постало „улагање“ у смислу БИС, онда би то значило нпр. да би и улагач морао да уделе прибављене у једној компанији на територији домаћина претвори у уделе друге компаније на територији домаћина да би удели стечени у локалној компанији постали „улагање“ у смислу БИС.[168]

Коначно, Веће је дошло „до даха“ у ставу 133. одлуке где је, позивајући се на арбитражну праксу, врло једноставно констатовало да редовно значење речи „уложити“ подразумева „екстензија (новца, напора) у нешто [на територији друге Уговорне стране] од чега се очекује повраћај или профит [...] на територији друге Уговорне стране“.[169]

> „Према томе, тужиочева уговорна права, представљају имовину, конституишу улагање, према БИС.“[170]

Коментар одлуке:

Билатерални инвестициони уговори представљају инструмент привлачења СДИ кроз одређена јемства државе домаћина улагачу и обезбеђивање непосредног приступа инвестиционој арбитражи за решавање спорова улагача и државе. У начелу, инвестиционо право настаје тек поводом имовине стечене улагањем средстава на територији државе домаћина инвестиције. Међутим, шта се подразумева под појмом „имовине“ може бити спорно, осим уколико конкретан БИС садржи јасну дефиницију. Наиме, без обзира на адекватно вођену правну одбрану Србије, ни најбоља одбрана не може постићи пуно против уговорне дефиниције „улагања“ која је јасна и укључује изричито у домашај БИС било које новчано потраживање из било којег комерцијалног уговора.

Наиме, из образложења Већа, које не одступа општег тренда фаворизовања интереса улагања, и имајући у виду „ширину дефиниције“

167 Partial Award, став 131.

168 Partial Award, став 132.

169 Partial Award, став 133.

170 Partial Award, став 136.

из БИС Грчке и Србије, јасно је да би и много мање значајно економско присуство неког грчког улагача на територији Србије (и обрнуто), активирало заштиту БИС и право приступа инвестиционој арбитражи. Штавише, према мишљењу Већа, ширина појма „свака врста имовине“ би била довољна да заснује надлежност *ad hoc* арбитраже у спору поводом потраживања из комерцијалних уговора *Mytilineos* и РТБ-Бор и без посебног упућивања у тачки (ц).

Србија је имала најмање 40 милиона разлога да избегне овај сценарио. Наиме, државе уговорнице кроз уговарање адекватне дефиниције „улагања“ имају могућност да искључе из домета инвестиционог права одређене форме присуства које сматрају сувише маргиналним да би завређивале приступ инвестиционој арбитражи или излагале државу великим финансијским обавезама из комерцијалних трансакција у којима нису уговорна страна. Другим речима, као што овај случај илуструје, дефиниција „улагања“ може отворити „пандорину кутију“ инвестиционих спорова за државу чију садржину, домет и финансијске последице не може адекватно контролисати.

При томе, из случаја је јасно и да државе преузимају финансијске ризике погрешних процена самих арбитражних већа, која ће у складу са начелом фаворизовања покривености трансакције у случају „нејасноћа“[171], одредбе БИС тумачити у корист своје надлежности, користећи се понекад таутологијама. Наиме, потпуно је неприхавтљив став Већа да се у појму „улагања“ из БИС концепт имовине може одвојити од концепта инвестирања јер је уговор у том погледу потпуно јасан. Нека имовина/*asset*, да би постало улагање у смислу инвестиционог права мора настати као резултат ивестирања на територији Србије и српски правни тим је ту имао право. Наиме, Веће је узело као основ за анализу правне ставове арбитражних одлука и теоријске ставове који су засновани на другачијем језику и структури одредбе о „улагању“. Наиме, Веће је као модел за свој став узела инвестиционе споразуме који су засновани према моделу члана 1(3) ASEAN (*Agreement for the Promotion and Protection of Investments, article* 1(3))[172] који заиста не разликују концепт улагања од порекла имовине улагача.[173] Међутим,

171 Одредба БИС Србије и Грчке је потпуно јасна и арбитража је могла применити уобичајено значење израза без улажења у граматичке анализе текста.

172 ASEAN, члан 1(3) Agreement for the Promotion and Protection of Investments: „The term ‘investment’ shall mean every kind of asset...“

173 B. Partial Award, став 106 и упореди са текстом UNCTAD, „International Investment Agreements: Key Issues“, vol. I (2004), стр. 119 који упућује на споразум ASEAN и члан 1(3).

БИС Грчке и Србије јасно дефинише да порекло имовине мора бити везано за ангажовање средстава улагача на територији домаћина да би се могло сматрати улагањем у смислу текста споразума. Решење у члану 1(1) је у том смислу уобичајено и не разликује се од сличних БИС. *Asset* може стећи квалитет „улагања“ само и искључиво као последица инвестирања, тј. тренсфера вредности улагача из једне државе у другу, из којег настаје имовина улагача на територији друге државе уговорнице, без обзира колико тај трансфер био маргиналан. Наиме из језика члана 1(1)(c), потпуно је јасно да Уговорне страна (Грчка и Србија) за потребе БИС, новчана потраживања настала из комерцијалних уговора сматрају „имовином“ улагача настало инвестирањем на територији друге стране и самим тим „улагањем“.

Инвестиционо право, у начелу, штити имовину улагача једне уговорне стране насталу „улагањем“ на територији друге уговорне стране. Разлог зашто поједини БИС експлицитно избацују из поља примене новчана потраживања из комерцијалних уговора није тај што они не представљају имовину (потраживања се могу преносити даље правним послом и имају вредност на тржишту) већ што поједине државе сматрају да таква форма маргиналног економског присуства на територији домаћина није довољно да би завређивало заштиту БИС и може бити спекулативна.[174] БИС је средство привлачења СДИ, а не било којег улагања, те би измештање националне јурисдикције ради решавања спорова у вези са било којим комерцијалним трансакцијама било несразмерна мера. Пошто државе често сматрају новчана потраживања (другим речима имовину) из комерцијалних уговора недовољно значајним економским присуством на својој територији да би било „покривено“ БИС, избацују га из домета међународног уговора кроз дефинисање појма „улагања“ који експлицитно избацује ову форму имовине из домета инвестиционог права.

У овом случају имовина у форми новчаног потраживања из уговора је настала извршавањем уговорних обавеза улагача на територији Србије.[175] Дакле, „ширење (новца, напора)“ грчке компаније на територију Србије у очекивању добити је настало извршавањем уговорних обавеза према РТБ-Бор. Према томе, Веће није морало применити правно нелогично тумачење да би побило тврдњу Србије које одговара праву али не и чињеничном стању. Било је довољно да Веће констатује

174 UNCTAD, „International Investment Agreements: Key Issues“, vol. I (2004), стр. 113.

175 Наиме, између страна у спору није било спорно да је РТБ-Бор био у доцњи, а да је грчка страна испуњавала уговорне обавезе, које су подразумевале пренос вредности.

чињенице да је потраживање настало (иначе неспорне између страна у спору) и да утврди да Србија погрешно настанак права улагача везује за додатним захтевом (ре)инвестирања већ насталог улагања, односно новчаног потраживања насталог у Србији.

Друго је питање, на који начин је грчка компанија успела да докаже да вредност имовине, која се своди на новчано потраживање из комерцијалних трансакција, чини 40 милиона долара. Наиме, вредност такве имовине, тј. необезбеђеног доспелог потраживања из комерцијалних уговора је сразмерна вредности коју би такво потраживање могло имати у тренутку спроведене посредне експорпоријације од стране Србије (доношења прописа којим су силом закона угашена потраживања поверилаца према овој компанији) према контрафактуалном сценарију (да је спроведена ликвидација РТБ-Бор). Другим речима, вредност таквог улагања је морала постати значајно мања од вредности датог од стране грчке компаније по основу комерцијалних уговора са РТБ-Бор не као резултат нелојалног понашања српских органа већ због дејства тржишта (тј. редовног комерцијалног ризика). Другим речима, уколико је тржиште већ обезвредило имовину грчке компаније (у форми потраживања) пре доношења спорне одлуке у поступку приватизације Србије не би постојало ни право на обештећење из БИС. Наиме, БИС покрива регулаторни ризик по вредност улагања (и то у одређеној мери), не и покривање комерцијалних ризика улагача у које спада могућност стечаја компаније у коју је уложио. Имајући у виду околности случаја које су нам познате из јавности (презадуженост РТБ-Бор), висина обештећења делује изненађујуће високо. Пошто немамо приступ арбитражној одлуци из 2017, ово запажање, остаје искључиво на нивоу спекулације.

У сваком случају „што шира дефиниција 'улагања' то је већа покривеност потенцијалних трансакција БИС и изложеност државе финансијском ризику" поводом спорова у вези комерцијалних трансакција у којима држава није страна уговорница.

3.2. Дефиниција „улагања" у БИС Србије и Уједињених Арапских Емирата

Претходна студија указује на финансијски ризик који може настати по државу из комерцијалне трансакције у којем она формално није уговорна страна али утиче на њено одвијање својим регулаторним актима (приватизација), по основу уговарања широке дефиниције улагања као

„сваке врсте имовине“ која укључује „све што има економску вредност, дословно без ограничења“.[176] Међутим, као што смо рекли, инвестиционо право мора бити везано за имовину која је настала улагањем, не за било коју имовину коју неко правно или физичко лице стиче на територији државе као уговорне стране међународног инвестиционог уговора. Ипак, уговорна пракса државе може померати границе инвестиционог права до мере које се коси са његовом унутрашњом логиком „имовина улагача + настала улагањем на територији домаћина = инвестиционо право“. На крају крајева, „улагање“ је све оно што уговорне стране дефинишу као таквим међународним уговором и у складу са начелом *pacata sunt servanda*. Другим речима, иако је начело да инвестиционо право улагача настаје тек са ангажовањем његових средстава на територији домаћина, стране уговорнице могу сужавати или проширивати општеприхваћен стандард кроз текст међународног уговора.

С тим у вези, анализираћено дефиницију „улагања“ из БИС Србије и УАЕ и његове могуће репрекусије у погледу изложености финансијском ризику Србије.

Дефиниција „улагања“:

Према дефиницији „улагања“ из члана 1. став 2. БИС Србије и УАЕ:

„Израз ‘улагање’ означава сваку врсту уложене, **створене или прибављене имовине** од стране улагача једне Стране уговорнице на територији друге Стране уговорнице, у складу са њеним законима и прописима и обухвата нарочито, мада не и искључиво следеће облике имовине:

(а) право својине на покретним и непокретним стварима и друга стварна права, као што су хипотека, залога, плодоуживање и слична права; [...]

(б) реинвестирана добит, обвезнице, новчана потраживања или друга права на закониту радњу која има финансијску импликацију на улагање; [...]

(в) право на ангажовање у економским и комерцијалним активностима потврђеним законом, управним актом или уговором. [...]“[177]

176 UNCTAD, „International Investment Agreements: Key Issues“, vol. I (2004), стр. 119.

177 „The term ‘investment’ means every kind of asset invested, established or acquired by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the laws and regulations of the latter and in particular, though not exclusively, shall include:

a. movable and immovable property as well as any other rights, such as mortgages, pledges, usufructs and similar rights; [...] c. returns reinvested, debentures, claims to money or any

При томе, израз „добит“ (енгл. *returns*) према ставу 3. „означава новчане износе које доноси улагање и обухвата, нарочито, али не и искључиво, профит, дивиденде, капиталну добит, камате, накнаде за права интелектуалне својине и сличне накнаде.“[178]

Одступања у дефиницији у односу на дефиницију „улагања“ из БИС Србије и Грчке:

Према уговору између Србије и Грчке „улагање“ је дефинисано као „свака врста имовине уложене од стране улагача једне Уговорне стране на територији друге Уговорне стране“. Овај БИС везује настанак права за имовину која је стечена ангажовањем средстава/економске вредности улагача на територији државе домаћина. Дефиниција уговора закљученох између Србије и УАЕ је значајно шира. Она подразумева да се под појмом „улагања“ може квалификовати „свака врста имовине“, без обзира на то да ли је настала инвестицијом средстава улагача. Наиме, „свака врсте имовине“ која је „уложена“, имовина може бити улагање и ако је „прибављена“ (енгл. *acquired*) или „створена“ (енгл. *established*) „од стране улагача“ на територији Уговорне стране и као таква сматра се улагањем поводом којег настаје инвестиционо право покривено БИС Србије и УАЕ.

Генерално нека имовина (енгл. *asset*) може ући у власништво правног лица/улагача било којим правним послом. Она може бити „прибављена“ или „створена“ без ангажовања економских средстава правног (или физичког лица), нпр. поклоном или по основу било које форме увећања имовине у форми државне помоћи (нпр. субвенције, бесплатно уступање права коришћења и/или плодоуживањана градском грађевинском земљшту преко бесплатног закупа, пренос својине на градском грађевинском земљишту без накнаде, или било која ситуација када је право уступљено или пренето испод тржишне вредности од стране јавног ентитета, различите форме комуналних услуга без или испод тржишне накнаде, селективна ослобођење или умањење од пореза или друге форме пропуштања увећања прихода од стране јавних ентитета, итд.).[179]

---

other rights to legitimate performance having financial value related to an investment; [...] e. rights to engage in economic and commercial activities conferred by law, by administrative act or by virtue of a contract. Natural resources shall not be covered by this Agreement.“

178 „The term ‘returns’ means income deriving from an investment and includes, in particular, but not exclusively profits, dividends, capital gains, interests, royalties and any other fees.“

179 „Државна помоћ је сваки стварни или потенцијални јавни расход или умањено остварење јавног прихода, којим корисник државне помоћи стиче повољнији положај на тржишту у односу на конкуренте, чиме се нарушава или постоји опасност од нарушавања конкуренције на тржишту“ (Закон о контроли државне помоћи, члан 2. тачка 1).

Државна помоћ у питању може бити повезана са „правом на ангажовање у економским и комерцијалним активностима потврђеним законом, управним актом или уговором“ као посебном категоријом улагања у смислу БИС Србије и УАЕ. Такође, дефиниција улагања из БИС обухвата „право својине на покретним и непокретним стварима и друга стварна права, као што су хипотека, залога, плодоуживање и слична права“ које опет може бити „прибављена“ од стране улагача у форми државне помоћи. При томе, БИС Србије и УАЕ обухвата и све форме добити од улагања тј. „новчане износе које доноси улагање и обухвата, нарочито, али не и искључиво, профит, дивиденде, капиталну добит, камате, накнаде за права интелектуалне својине и сличне накнаде.“ Имовина пренета на неком улагачу у форми државне помоћи, такође, може производити приносе, који ће опет представљати посебну форму имовине. Таква имовина може бити после реинвестирана.

Поставља се питање, нпр. уколико би у складу са правилима од државној помоћи, Комисија за контролу државне помоћи наложила повраћај недозвољене државне помоћи у складу са Законом о контроли државне помоћи од улагача из УЕА, да ли би инвестициона арбитража прихватила надлежност у спору по захтеву за накнаду због посредне експропријације његовог „улагања“?

Наиме, БИС Србије и УАЕ предвиђа забрану посредне експропријације, односно мере једнаког дејства посредне експропријације у члану 6. став 1.:

> „Улагања улагача било које Стране уговорнице неће бити национализована, експроприсана, нити подвргнута другим мерама по дејству једнаким национализацији или експропријацији (у даљем тексту: експропријација) на територији друге Стране уговорнице, осим у следећим случајевима који су испуњени кумулативно:
>
> (а) за сврху за коју је утврђен јавни интерес,
>
> (б) на недискриминаторној основи,
>
> (в) у складу са законом и уз примену закона,
>
> (г) уз адекватну, ефикасну накнаду која ће се извршити без одлагања.“

При томе, овај БИС не садржи клаузулу о праву државе да регулише која би искључивала постојање посредне експропријације за случај примене прописа у области заштите конкуренције и контроле државне помоћи.

Да питање није без значаја, указује и арбитражна пракса у погледу сукоба инвестиционог права и правила о додели државне помоћи у случају *Браћа Микула* пред *ICSID* арбитражом (в. оквир).[180]

Случај *Микула* (сукоб надлежности ЕУ и ICSID)
Браћа Микула су власници Шведске компаније која је инвестирала у Румунију пре њеног приступања ЕУ. Компанија је добијала подстицаје од румунске владе на основу инвестиционог уговора. Након приступања ЕУ, Румунија је престала да додељује подстицаје како би се усагласила са правилима државне помоћи ЕУ. Браћа Микула су тужиле Румунију пред ICSID по основу БИС између Шведске и Румуније са захтевом да им се исплати компензација у износу од 250 милиона УСД због кршења обавеза по основу инвестиционог уговора са Румунијом. 11. децембра 2013. Трибунал ICSID додељује на име накнаде штете 376 433 229 RON или око 90 милиона УСД (в. одлуку на https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf) 2014. Европска комисија издаје привремену меру забране Румунији да исплати компензацију браћи Микула по основу одлуке ICSID јер би то била незаконита државна помоћ некомпатибилна са унутрашњим тржиштем ЕУ. Марта 2015. Европска комисија потврђује привремену меру забране доделе државне помоћи и издаје наредбу повраћаја државне помоћи[181] (в. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15–4725_en.htm) 25. новембра 2015 браћа Микула покрећу поступак пред Генералним судом ЕУ против Европске комисије и њене одлуке, оспоравајући надлежност Европске комисије. Поступак је у току.[182]

Одговор на питање постојање надлежности инвестиционе арбитраже поводом имовине улагача сечене путем државне помоћи, свакако, може зависити и од арбитраже пред којом је постављена. Нпр. ICSID арбитража би применила тест два корака. *Ad hoc* арбитраже би се извесно држале правила тумачења међународних уговора Бечке конвенције и широко би тумачили постојање основа за заснивање надлежности инвестиционе арбитраже и пошле би од уобичајеног значења израза употребљених у тексту БИС (в. детаљније студију случаја

180 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.

181 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.

182 Случај T-704/15 *Micula e.a. v Commission.*

Mytilineos I). При томе, чак и ако би било примењено начело да предмет спора може бити само имовина која је стечена улагањем, с обзиром да државна помоћ обично представља део финансијске конструкције одређеног пројекта у пракси је тешко одвојити имовину стечену средствима улагача од имовине коју је улагач прибавио путем државне помоћи. Такође, дефиниција улагања из БИС обухвата и „право на ангажовање у економским и комерцијалним активностима потврђеним законом, управним актом или уговором“ и „право својине на покретним и непокретним стварима и друга стварна права, као што су хипотека, залога, плодоуживање и слична права“ које не мора бити пренето или стечено било каквим ангажовањем средтава улагача.

Имајући у виду екстензивну праксу тумачења појма „улагања“ *ad hoc* инвестиционих арбитража, с једне стране, и широко постављену дефиницију улагања у БИС Србије и УАЕ, с друге стране, нема сумње да би за случај инвестиционог спора поводом повраћаја државне помоћи/или обуставе доделе државне помоћи (у случају Браћа Микула предмет спора је било обештећење због неиспуњења обавезе Румуније да исплате уговорену државну помоћ инвеститору) надлежности била заснована. Такође, у зависности од околности конкретног случаја, верујемо да би била заснована и надлежност ICSID арбитраже јер би,без улажења у меритум спора, било тешко одвојити постављено правно питање постојања надлежности у погледу имовине којаје настала путем државне помоћиод конкретне анализе укупне инвестиције и карактеризације имовине као улагања у смислу теста два корака.

Пример хипотетичког инвестиционог спора покривеног овим БИС:

Србија је закључила БИС са Уједињеним Арапским Емиратима[183] 2013. године. БИС је део ширег комплекса билатералних уговора о економској сарадњи који укључује и кровни Споразум о сарадњи између Владе Републике Србије и Владе Уједињених Арапских Емирата (Оквирни споразум).[184] Оквирни споразум дефинише области економске сарадње између две државе, који укључује „инвестиционе аранжмане“[185] у вези „стицања непокретне имовине у државном влас-

183 Споразум између Републике Србије и Уједињених Арапских Емирата о узајамном подстицању и заштити улагања („Сл. гласник РС – Међ. уговори“, број 3/2013 од 15.03.2013. године).

184 „Сл. гласник РС – Међ. уговори“, број 3/2013 од 15.03.2013. године.

185 Ibid. чл. 5.

ништву, и/или заједничко улагање у пројекте који укључују непокретну имовину у државном власништву Такође, да би спровеле активности у области непокретности стране су сагласне да се тамо где постоји потреба да се обезбеде улагања у одређене капацитете и непокретну имовину у државном власништву Република Србија се обавезује да ће или продати одређену непокретну имовину субјектима из Уједињених Арапских Емирата, или ће инвестирати заједно са њима, по правилима и под условима договореним између Србије и улагача конкретним комерцијалним уговором.[186] Инвестициони аранжмани ће се спроводити кроз непосредно закључене уговора између Србије и приватног улагача из Уједињених Арапских Емирата,[187] уз искључење примене националног режима јавних набавки, јавног надметања или других поступака предвиђених националним законодавством.[188] БИС пак предвиђа да ће се улагањем сматрати било која врста имовине која је прибављена од стране улагача укључујући и право на и „право на ангажовање у економским и комерцијалним активностима потврђеним законом, управним актом или уговором“ и „право својине на покретним и непокретним стварима и друга стварна права, као што су хипотека, залога, плодоуживање и слична права“[189] које не мора бити пренето или стечено било каквим ангажовањем средтава улагача.

Интересантан је пример пројекта „Београд на води“. Према Уговору о заједничком улагању закљученог између државе и УАЕ улагача предвиђено је оснивање заједничког предузећа са структуром капитала 32% (држава) према 68% (УАЕ улагач). Државно учешће је одређено према процени вредности земљишта које пренето у заједничко предузеће кроз право на бесплатни закуп у трајању од 99 година са правом конверзије у својину предузећа без накнаде након довођења земљишта у функцију.[190] Држава је такође преузела обавезу санације животне средине на земљишту и изградње комуналне инфраструктуре и обезбеђивање комуналних услуга за потребе пројекта о сопственом трошку.[191] Арапски инвеститор се обавезао да обезбеди 300 милиона евра за финансирање пројекта и то 150 милиона евра као додатни капитал

186 Ibid.

187 Ibid. чл. 5.

188 Ibid. чл. 6.

189 В. БИС Србије и УАЕ, члан 1.

190 В. https://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2015&mm=09&dd=20&nav_id=1041597.

191 ККДП, Решење бр. 420–00–00001/2015–01 од 22. јула 2015, стр. 3.

и 150 милона евра у форми кредита заједничком предузећу.[192] Такође, УАЕ улагач се обавезао да кредит Србији у износу од 130 милиона евра за трошкове рашчишћавања земљишта и експропријације (40 милиона евра) и финансирање инфраструктуре.[193] Решењем бр. 420–00–00001/2015–01 од 22. јула 2015. ККДП је утврдила да у уговору нема елемената државне помоћи јер је учешће државе у ризику и профиту подухвата (32%) сразмерно вредности уложеног (земљиште). Међутим, ККДП у решењу није образложила постојање или одсуство државне помоћи у форми инфраструктурних мера у корист „*joint venture*" предузећа односно УАЕ улагача.[194] Хипотетички случај неког будућег спора би могао бити покушај увећања државног удела у заједничком предузећу сразмерно монетизованој/тржишној вредности инфраструктурних интервенција које нису узете у обзир у обрачуну удела у капиталу. Готово извесно би такав покушај био предмет инвестиционог спора и квалификован од УАЕ улагача као форма делимичне национализације улагања, односно посредне експропријације. Слично би било и ако би хипотетички држава покушала да губитак надокнади кроз режим повраћај државне помоћи. Мера повраћаја државне помоћи би била квалификована од УАЕ улагача као посредна експропријација улагања и извесно би била предмет инвестиционог спора.

Закључак

БИС је инструмент привлачења СДИ. Иако, распрострањен и привлачан, праћен је великим финансијским ризицима по јавне приходе и правном несигурношћу. Наиме, улагач рачуна на статичност регулаторног амбијента гарантован БИС, док држава природно води различите развојне политике које регулаторни амбијент мењају, не обраћајући пажњу на дејство накнадних мера (цетнралних, регионалних,

192 Ibid.

193 В. https://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2015&mm=09&dd=20&nav_id=1041597.

194 Генерални став Европске комисије је да ће постојати инфраструктурна помоћ уколико се јавне инфраструктурне мере могу везати за конкретно предузеће, односно ако су посвећене (енгл. *dedicated*) *project-specific, bespoke*) конкретном предузећу, односно подухвату – енгл. *project-specific*, *bespoke* (в. P. Nicolaides, „When Infrastructure is not Public: Dedicated, Project-Specific and Bespoke" (2016) http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/5571) by Phedon Nicolaides, 08.03.2016. У овом случају, на први поглед, сви инфраструктурни радови су повезани са заједничким подухватом које има форму предузећа.

или локалних власти) на вредност инвестиције. Стога, неадекватна политика закључивања БИС, ниска свест о домету одредби БИС у односу на националне регулаторне политике, злоупотребе БИС режима, неадекватан третман захтева инвеститора, давање неразумних обећања инвеститору итд. излажу државу финансијском ризику по основу одштетних захтева инвеститора и трошкова међународне арбитраже. Такође, спорови између улагача и државе домаћина настају често значајно касније у односу на датум ступања на снагу међународног уговора, а државни органи вођени својим политикама и свакодневним рутинама немају адекватне инструменте (понекад ни времена) да сагледају све могуће трошкове у односу на добити својих поступака. Коначно, држава нема контролу над случајевима који могу бити изнети против ње, а још мање над одлукама инвестиционих арбитража које, у начелу, фаворизују улагача полазећи од циља БИС (олакшавање приступа тржишту СДИ и ограничавања државне интервенције која утиче на њихову вредност).

Финансијски ризик повреде БИС иако неочекиван, није потпуно непредвидив, може бити избегнут или контролисан изричитим изузимањем одређених националних регулаториних политика из домашаја БИС и избегавањем уговарања „подмуклих“ клаузула које прекомерно штите интересе улагача и проширују режим БИС на трансакције које у економском смислу маргиналне инвестиције и на спекулативне „улагаче“. Циљ БИС није креирење имунитета од комерцијалних ризика улагача. Наиме, БИС није средство изолације СДИ од тржишних ризика, нити инструмент пружања нетржишних предности у односу на конкуренцију. Напротив, декларативан циљ БИС је стављање страног улагача у сличну позицију са другим локалним и страним улагачима како би се на њему страном тржишту такмичио у равноправним условима. Коначно, држава увек има избор да БИС не закључи, уколико не може изборити одређена јемства за слободно вођење легитимних регулаторних политика.

Модел БИС који је обликовало Министарство трговине не елиминише у довољној мери неочекиване финансијске ризике попут оних у случајевима *Mytilineos I* и *Mytilineos II*. Одабрани узор за Модел, прифериран од стране OECD, је креиран имајући у виду првенствено интерес страног улагача, тј. интерес претежно извозника инвестиције. Такав приступ може одговарати Србији са трговинским партнерима где је она претежан извозник директних инвестиције, не и са OECD. Наиме, Модел у дефиницији „улагача“ не искључује „изричито“ новча-

на потраживања из комерцијалних трансакција које могу имати маргиналан ефекат на српску економију и истовремено велик ризик у смислу могућих инвестиционих спорова, као у сценарију *Mytilineos*. Наиме, у споровима као што је поменути, тешко је раздвојити шта је редован комерцијални ризик улагача а шта је умањење вредности улагања проузроковано мером државе која није уговорна страна у трансакцији. Такође, Модел не усваја модерне тенденције у уговорној пракси којима државе уграђују у своје уговоре клаузуле о праву на регулисање инвестиције које ограничавају домет одредби о забрани посредне експропријације и „*open-ended*“ FET клаузуле. У уговорној пракси Србије таква клаузула постоји у БИС са Канадом. Она би могла бити и део измењеног Модела БИС уз препоруку да она обухвати и регулаторне политике заштите конкуренције и контроле државне помоћи које су важне за Србију у процесу приступања ЕУ. Тиме би се, барем у будућим БИС, избегао сценарио случаја *Браћа Микула*.

Србија је већ закључила 54 БИС који се у начелу не могу мењати без договора држава, те се поставља питање како предупредити будуће спорове. БИС Србије и УАЕ свакако је најлиберални модел из угла улагача. Дефиниција „улагања“ одступа од српске уговорне праксе према којој инвеститор стиче инвестиционо право из БИС тек када на територији Србије стекне имовину ангажовањем својих средстава. Овај споразум иде корак даље и предвиђа да право улагача настаје у вези са имовином коју је „прибавио“, што не искључује покривање режимом БИС имовине која је пренета у имовину инвеститора инструментима државне помоћи. Потпуно је јасно да било која инвестиција која је покривена таквим БИС везује регулаторну политику Србије и доводи до ефекта „заробљавања државе“, односно њених органа (*regulatory capture*) на дужи временски рок (на више генерација). Свакако, пракса игнорисања захтева улагача из земље са којом Србија има БИС (макар ти захтеви били нелегитимни) може имати финансијске последице (случај *Mytilineos*). Међутим, држава понекад мора наћи и излаз из штетних трансакција. Другим речима, у случају евентуално штетних и ризичних инвестиција по државу, органима у овим случајевима остаје избор регулисања и/или напуштања пројекта по цену ризика могућег одштетног захтева улагача (ако је држава страна у пројекту) или препуштање трансакцији по систему „*bussiness as usual*“. Држава у таквим ситуацијама мора имати проактиван приступ и рано ангажовати правно саветовање пре него што предузме мере које могу утицати на вредност улагања. Коначно, држава увек има опцију споразумног раскида

или једностраног отказивања БИС према правилима међународног јавног права.[195]

У перспективи, Србија свакако мора избећи закључивање оваквих БИС. Уместо тога, она може размотрити алтернативне механизме привлачења СДИ, с обзиром на релативно повољни макроекономско окружење, тј. постојање мреже уговора о слободној трговини са ЕУ, EFTA, регионом Западног Балкана (CEFTA) Турском, Русијом, Казахстаном, Белорусијом, итд. Свакако, јачање правне државе, улагање у инфраструктуру и образовање становништва може привући СДИ и ставити у Србију да води рачуна не само о квантитету већ и о квалитету улагања (улагања која преносе технологије и знање, ангажују локални капацитет за развој и истраживање, не загађују, енергетски су ефикасне, компатибилне са политиком смањења емисија CO_2, итд.). Коначно избор БИС партнера мора бити транспарентан и изложен не само критици већ и консултовању стручне јавности, како би се размотрила исплативост уласка у БИС аранжман у погледу токова улагања (привлачења СДИ и пласмана српских СДИ) са државом потенцијалним партнером у односу на потенцијалне ризике, па тек онда и решења и прихватљивост конкретног текста БИС.

195 У светлу преговора о приступању Србије у ЕУ, једна од тема преговарачког Поглавља 30 (економска политика) биће и БИС које је закључила Србија.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

343.352:336.1/.5(497.11)
323.21(497.11)

ЈАВНА потрошња : Србија у вртлогу политичке корупције / [уредник Милорад Бјелетић]. – Прокупље : Топлички центар за демократију и људска права, 2018 (Београд : Досије студио). – 146 стр. ; 20 cm

Тираж 1.000. – Напомене и библиографске референце уз текст.

ISBN 978-86-89227-19-2

1. Бјелетић, Милорад [уредник]
a) Корупција – Јавне финансије – Србија
b) Цивилно друштво – Партиципација – Србија

COBISS.SR-ID 262182924

ISBN 978-86-89227-19-2