Отворено писмо Уставном суду Републике Србије

КОАЛИЦИЈА ЗА НАДЗОР ЈАВНИХ ФИНАНСИЈА
И ТРАНСПАРЕНТНОСТ СРБИЈА

Уставни суд Републике Србије је на седници одржаној 14. фебруара 2013. године одбацио иницијативу Коалиције за надзор јавних финансија и Транспарентности Србија за покретање поступка за оцену уставности и сагласности са потврђеним међународним уговорима Закона о подстицању грађевинске индустрије Републике Србије у условима економске кризе (Решење број ІУз–1061/2010 од 13.03.2013. године). Истим Решењем, које је донето након **952 дана** од дана подношења Иницијативе, одбачен је захтев за обуставу поступака набавки са погађањем без претходног објављивања и извршења уговора који су закључени на основу оспореног закона.

Закон о подстицању грађевинске индустрије Републике Србије у условима економске кризе, који је ступио на снагу 01. јула 2010. године, је по мишљењу подносилаца Иницијативе у директној супротности са Уставом Републике Србије, Законом о јавним набавкама, Споразумом о стабилизацији и придруживању и Споразумом CEFTA, који по Уставу Републике Србије имају већу правну снагу од домаћих закона.

Иницијатива је поднета 07. јула 2010. године и први пут се нашла на дневном реду Уставног суда новембра исте године. На седници одржаној 11. новембра 2010. године Уставни суд је закључио да у складу са чланом 33. Закона о Уставном суду („Службени гласник РС“, бр. 109/07), пре доношења коначне одлуке затражи од Народне скупштине Републике Србије мишљење поводом Иницијативе. Народна скупштина у предвиђеном року Уставном суду није доставила мишљење. У међувремену је у два наврата продужавано важење Закона, а Уставни суд се више од две године није изјашњавао о поднетој иницијативи. Разлог за такво поступање, односно непоступање Уставног суда није познат, али се из образложења коначне одлуке може наслутити да је у конкретном случају превладао притисак извршне власти с обзиром да је наведено Решење по својој суштини истоветно образложењу предлагача Закона.

Коалиција за надзор јавних финансија и Транспарентност Србија су упутили писмо Уставном суду Републике Србије којим су указали на нелогичности и пропусте приликом доношења одлуке, као и на штетне последице које ће из такве одлуке произаћи.

Република Србија
Уставни суд
број ІУз-1061/2010
Београд

Поштовани председниче и судије Уставног суда,

овим путем изражавамо захвалност због тога што је наша иницијатива за покретање поступка за оцену уставности и сагласности са потврђеним међународним уговорима одредаба члана 3. ст. 2, члана 3. и члана 5. ст. 1. и 5. Закона о подстицању грађевинске индустрије Републике Србије у условима економске кризе („Службени гласник РС“, бр. 45/10, 99/11 и 121/12) узета у разматрање. Истина, било би знатно боље да је то учињено раније, имајући у виду прокламовану привременост важења закона и могућност настанка штете услед његове примене, на који смо указали.[1]

Такође, изражавамо велико задовољство и због тога што је Уставни суд стао на становиште, које и ми делимо, да одредбе члана 4. ст. 1. и члана 194. ст. 1. Устава, „које утврђују начело јединственог правног поретка, указују да ово начело налаже да основни принципи и правни институти предвиђени законима којима се на системски начин уређује једна област друштвених односа буду испо-

1 Иницијатива за оцену уставности и законитости Закона о подстицању грађевинске индустрије Републике Србије у условима економске кризе поднета је 07. 07. 2010. године.

штовани у посебним законима, осим ако је тим системским законом изричито прописана могућност другачијег уређивања истих питања". То становиште је управо и била наша главна упоришна тачка у оспоравању уставности поменутог закона. С друге стане, грубо нарушавање начела успостављених системским Законом о јавним набавкама ради остваривања сумњивих краткорочних користи био је наш главни мотив за упућивање иницијативе.

Међутим, непријатно смо изненађени тиме што је Уставни суд пропустио да кршење начела јединства правног поретка утврди у случају оспореног закона. Бићемо слободни да разматрања на ову тему, за која сматрамо да могу бити од далекосежног значаја за будући рад ваше институције и изградњу правне државе у Републици Србији изложимо у неколико тачака:

1. Непостојање изузетка у Закону о јавним набавкама

За почетак, полазећи од одлично формулисаног исказа који је дао Уставни суд, требало је утврдити да ли је Закон о јавним набавкама, као системски, предвидео могућност доношења других, трајних или привремених закона који би му били супротни. Одговор је јасан: није. Самим Законом о јавним набавкама су изричито побројани случајеви када се он неће примењивати а побројане су и ситуације у којима се уместо редовне тендерске процедуре, која је правило, може применити преговарачки поступак. „Светска економска криза" и њен утицај на одређену привредну грану у Србији се не може подвести ни под један од изузетака који су прописани у члану 7. Закона о јавним набавкама. Сама ова чињеница, по нашем мишљењу, а у вези са цитираним ставом Уставног суда, требало је да буде довољна да се закључи како оспорени закон не може бити усаглашен са уставним начелом јединства правног поретка, без обзира на било који други аргумент правне или ванправне природе.

Разлози за изузетак од општег режима, који се могу наћи у Закону о јавним набавкама, а који су иоле слични прокламованим разлозима за доношење *Закона о подстицању грађевинске индустрије Републике Србије у условима економске кризе* су следећи:

ради обезбеђивања основних животних услова у случајевима елементарних непогода, других несрећа или хаварија, у складу са прописима којима се уређује заштита од таквих непогода, несрећа односно хаварија (члан 7. ст.1. т.3);

ако због изузетне хитности проузроковане ванредним околностима или непредвиђеним догађајима, чије наступање ни у ком случају не зависи од воље наручиоца, наручилац није могао да поступи у роковима одређеним за отворени или рестриктивни поступак (члан 24. ст. 1. т. 4).

У првом наведеном случају Закон о јавним набавкама се уопште не примењује. Али, као што се може видети, да би се такав изузетак применио, било би потребно и званично, на основу неког прописа, одредити да „светска економска криза" представља „другу несрећу" (осим елементарних непогода и хаварија), што би можда и било могуће прописати. Међутим, било би потребно да изузетак оствари и услов „обезбеђивања основних животних услова", што вероватно не би било могуће учинити у ситуацији када се набављају радови изградње базена, реконструкције стадиона или изградња стамбеног насеља намењеног даљој продаји на тржишту, као што је учињено кроз примену оспореног закона.

У другом наведеном случају, Закон о јавним набавкама предвиђа могућност да се спроведе набавка у преговарачком поступку, уместо у редовном тендерском. То је управо метод који се примењује на основу Закона о подстицању грађевинске индустрије. Међутим, суштинска разлика лежи у томе што је по Закону о јавним набавкама реч о набавци која је хитна наручиоцу, државном органу, а код Закона о подстицању грађевинске индустрије потребу за хитном интервенцијом државе имају понуђачи – грађевинске фирме.

2. Кршење начела јавних набавки

У разради тврдње да начело јединства правног поретка није повређено оспореним законом, Уставни суд указује да мере које тај закон доноси „немају за циљ да ограниче

конкуренцију међу понуђачима или дискриминишу неке понуђаче“, већ „су прописане искључиво са циљем превладавања негативних ефеката економске кризе у области грађевинске индустрије, у условима када постојећа законска и друга решења „нису била довољна да обезбеде опстанак домаће грађевинске индустрије у ванредним условима економске кризе, без интервенције државе“. Остаје нејасно због чега се Уставни суд упустио у разматрање циљева због којих је законодавац прекршио начела из Закона о јавним набавкама. Та начела јасно забрањују дискриминацију понуђача, шта год да је прокламовани циљ те дискриминације и без обзира на то да ли је период дискриминације ограничен. Дискриминација понуђача је забрањена и када представља средство а не само када представља циљ.

3. Ирелевантност ванправних питања

Тврдња Уставног суда о циљу који је законодавац дискриминацијом понуђача желео да постигне је спорна и по другом основу. Прво, зато што се Уставни суд уопште упустио у оцену целисходности доношења закона, изневши тврдњу која је можда тачна а можда и није, али свакако није била предмет провере и оцене Уставног суда – „да домаћа грађевинска не би опстала без помоћи државе“. Међутим, била тачна или не, ова тврдња, која је у решење Уставног суд вероватно преузета од предлагача закона, свакако није правно питање, те о том питању Уставни суд нема ни основа да заузима став.

4. Економски ефекти закона

Ако се већ говори о ванправним питањима, треба истаћи да на ниво активности неке индустрије држава може да утиче на разне начине – кроз прописе који уређују рад, политику у погледу увоза и извоза, политику субвенција, кроз одлуке о набавци добара, услуга и радова који су продукт те индустрије и на многе друге начине. Правно је могућа одлука државе да спроводи одређене грађевинске радове, а економски стручњаци о исправности таквог приступа имају различита мишљења. Наиме, постоје економисти који сматрају да у неким ситуацијама држава треба да спроводи радове и друге набавке иако то иначе не би чинила, како би се подстакао ниво привредне активности, док други сматрају да је такав приступ апсурдан, јер се јавна потрошња у крајњој линији финансира од привреде и грађана и да ће се штетно одразити на привредне гране у којима се таква активност државе не спроводи.

Када је држава донела одлуку да набави радове, које иначе не би набављала (што значи да су ти трошкови иначе оцењени као неприоритетни, уколико су уопште били разматрани пре доношења спорног закона), само да би помогла грађевинској индустрији, постојала је могућност да се и за те радове спроводи редован поступак јавних набавки. У том поступку би домаће фирме и производи домаћих произвођача уживали у старту предност „у пондерима“, у односу на иностране, на основу одредаба члана 52. Закона о јавним набавкама. Другим речима, добиле би посао чак и ако затраже до 20% већу цену од иностраног конкурента. Ако је и поред тога било неопходно законски искључити стране конкуренте, као што се може закључити из решења Уставног суда, то значи да је држава пристала да подршку грађевинској индустрији обезбеди тако што ће радове преплатити за више од 20% од цене која би могла да се иначе добије кроз

слободно надметање. Одабир коришћења преговарачког поступка јавне набавке, који је специјални закон поставио као правило, такође доводи до дискриминације понуђача (унутар земље), и на тај начин омогућава да помоћ ефективно не добије „грађевинска индустрија“, већ конкретне фирме које су позване да се надмећу за добијање посла. Економски ефекат ових мера би био исти да су набавке спроведене без кршења закона и да је приде Влада доделила новчану помоћ у виду субвенција конкретним фирмама којима је желела да помогне.

Из изложеног произлази да је Уставни суд, по нашем мишљењу, погрешно закључио да је доношење „специјалног закона“ било потребно ради опстанка домаће грађевинске индустрије, позивајући се на то да домаће грађевинске фирме не би могле да опстану без интервенције државе у „ванредним условима економске кризе“. Наиме, државна интервенција, све и да се пође од претпоставке да је била једини начин за опстанак домаћих грађевинских фирми, могла је да се изведе и без нарушавања системског закона, са истим или повољнијим економским ефектима. Самим тим, сматрамо да нису основани закључци Уставног суда да циљ наведених мера није била дискриминација понуђача, већ помоћ грађевинској индустрији, као ни закључак о нужности овакве интервенције ради пружања помоћи грађевинској индустрији.

5. „Привременост“ нарушавања правног поретка

Чини се да је Уставни суд сматрао битном чињеницу да је важење посебног закона временски ограничено, и да „разлози јавног интереса и даље оправдавају примену ових мера, с обзиром на актуелно стање у сектору грађевинске индустрије“. Могло би се закључити да Уставни суд сматра да је специјални закон уставан, али само док постоје разлози који „оправдавају“ нарушавање јединства правног поретка („светска економска криза“, „стање грађевинске индустрије“). Међутим, проблем је у томе што ни један од тих разлога није омеђен неким објективним мерилом, било оно релевантно или не за оцену уставности. Важење специјалног закона није орочено до момента када нека институција прогласи да је „светска економска криза“ престала или до момента када грађевинска индустрија у Републици Србији достигне одређени ниво економске активности (нпр. „100 милијарди динара промета на годишњем нивоу“, „100.000 запослених на крају године“) који би могао да послужи као мерило да та индустрија није у кризи која оправдава примену посебних мера. Пристајањем на правну релевантност флуидно формулисаних разлога за нарушавање јединства правног поретка, Уставни суд без потребе долази у ситуацију да процењује питања за која није квалификован (нпр. да ли и даље трају последице светске економске кризе, да ли се поправило стање грађевинске индустрије до нивоа који не оправдава овакву законодавну интервенцију) или да некритички прихвата туђа мишљења о оправданости примене таквих мера.

Уставни суд је ефективно (мада није изричито наведено), на овом примеру стао на становиште да оно што Влада као предлагач „специјалног“ закона наведе као оправдање, односно „јавни интерес“ за нарушавање јединства правног поретка, то треба и прихва-

тити. Такав приступ садржи у себи далеко већу опасност него што је продужење важења једног конкретног закона који нарушава јединство правног поретка. Наравно, не мислимо да Уставни суд треба да се бави утврђивањем истинитости или релевантности разлога које је предлагач навео у образложењу „специјалног закона“, већ да се бави искључиво ониме што јесте његов посао – питањем да ли правне норме нарушавају правни поредак земље. Због тога сматрамо да наводна привременост важења овог закона, омеђена разлозима који зависе од арбитрерне процене предлагача закона о оправданости да закон и даље остане на снази, не може бити основ да се утврди да начело јединства правног поретка није нарушено.

6. Непостојећа обавеза државе

Уставни суд наводи да „Устав не познаје изричито овлашћење државе да одређеним законодавним мерама интервенише на тржишту, а у циљу превазилажења негативних ефеката „светске економске кризе“. Међутим, Суд даље закључује, да из „уставног овлашћења државе да уређује и обезбеђује систем обављања појединих привредних и других делатности (члан 97. тачка 6)“, произлази „позитивна обавеза државе да увођењем довољних и адекватних мера законодавне политике и њиховим спровођењем преко надлежних државних органа, спречи настанак поремећаја на тржишту или смањи ризик од њиховог настанка и ублажи негативне ефекте насталих поремећаја и тиме заштити интересе грађана и привредног система у целини.“ Даље се констатује да су се ефекти кризе неповољно одразили на грађевинску индустрију, која бележи константан пад у 2009. и 2010. години итд.

У вези са овим ваља се замислити над тиме шта наведена одредба Устава заиста значи. Устав није прописао које су то привредне и друге делатности које је држава овлашћена да уреди и обезбеди, то јест, ни овом ни другим нормама Устава, није прецизирано које су то „поједине“ привредне и друге делатности. Друго, Устав је прописао „овлашћење“ државе да неке привредне и друге делатности уређује и обезбеђује, а не и „обавезу“ да то учини. Има привредних, а поготово других делатности које у Републици Србији нису уопште уређене. Штавише, постоје привредне и друге делатности које су забрањене, па се свакако не може из Устава извести да је држава обавезна да „обезбеди систем обављања“ сваке могуће привредне или друге делатности. Дакле, Устав не прописује обавезу државе да уреди и обезбеди систем обављања ни једне конкренте привредне делатности, тако да се из члана 97. т. 6. Устава не може ни извести „позитивна обавеза“ о којој говори Уставни суд.

7. Шта држава заиста треба да обезбеди?

Ако би се ипак прихватило да „овлашћење“ из члана 97. Устава представља и „обавезу“ државе, треба видети у чему би се та обавеза заправо састојала. То би могла да буде обавеза да се уреди обављање одређене привредне делатности – на пример, да се пропише које услове морају да испуне привредни субјекти да би могли да се баве грађевинском делатношћу, које стандарде морају да поштују у погледу квалитета производа, радова и услуга и безбедности запослених на раду и томе слично. Такви прописи у Републици Србији већ постоје.

Обавеза обезбеђивања система за обављање делатности би могла да обухвати дужност државних органа да обезбеде примену прописа – нпр. дужност инспекцијских органа да контролишу поштовање закона о зашити на раду и прописаног квалитета изградње и да на тај начин заштите интересе оних који прописе поштују и друштва у целини; дужност државе да обезбеди извршење уговора кроз делотворну судску заштиту; дужност државе да у случају да је обављање неке привредне делатности грађанима неопходно али привредницима није исплативо, обезбеди да се та делатност ипак врши, тако што ће основати јавно предузеће које ће пружати те услуге грађанима. Очигледно је да Република Србија није учинила оно што је морала да би обезбедила да систем функционише у складу са законом, што се, између осталог огледа и у великом броју грађевинских објеката подигнутих без доз-

воле и без контроле прописаног квалитета изградње, у нередким случајевима трагедија услед непоштовања прописа о безбедности које су последица неадекватне контроле, у финансијском пропадању грађевинских фирми услед немогућности да наплате своја потраживања, не само од других привредних субјеката већ пре свега од јавног сектора, у немогућности да се предузме изградња објеката за које постоји интересовање услед непостојања урбанистичких планова, спорости у издавању дозвола за изградњу и неажурности евиденција о власништву, у немогућности домаћих грађевинских фирми да учествују у радовима који се финансирају из кредита и кроз међудржавне споразуме, зато што су државни преговарачи пристали на дискриминаторне услове спровођења таквих набавки итд. Чињеница да држава није обезбедила да систем за обављање грађевинске делатности несметано функционише у оквиру постојећих прописа, свакако указује потребу за појачаним ангажовањем државних органа у испуњавању оног што јесте њихова законска обавеза, а не и ваљан разлог да се крше одредбе других прописа.

8. Неуставна дискриминација других привредних делатности?

Из тумачења „обавезе“ државе „да обезбеди систем обављања неке делатности“, у овом случају се може закључити да је Уставни суд стао на становиште да се у случају када предузећа из неке привредне гране немају онолико посла колико су имали у некој ранијој години (што се десило са грађевинском индустријом у 2009.) и када се тај пад обима пословања може повезати са „светском економском кризом“, држава има обавезу да тај обим посла обезбеди тако што ће наручити радове и прописати процедуру за доделу посла супротну системском закону. Додуше, Уставни суд, помиње да „редовне“ и већ постојеће мере нису дале задовољавајуће резултате“, (мада не наводи које су то мере покушане) те да је стога „полазећи од специфичности и значаја грађевинске индустрије за привредну и социјалну стабилност“ (који није објашњен), „а уважавајући околности и величину поремећаја који је светска економска криза проузроковала грађевинарству“ (која није образложена), „за доношење оспореног Закона постојао и јак друштвени интерес да држава обезбеди опстанак домаће грађевинске индустрије, а самим тим и очување економске стабилности државе и обезбеђивање социјалне заштите грађана“.

Када би овакво виђење уставних обавеза било исправно, то би значило да су државни органи прекршили своју обавезу тиме што нису донели законе који би били супротни системском Закону о јавним набавкама и у другим областима. На пример, према подацима Републичког завода за статистику[2], у 2009. години је дошло до значајног пада активности не само у грађевинарству, већ и у индустрији, искоришћавању шума, промету трговина на мало, увозу, угоститељству, туризму, пољопривреди и рибарству. Тај тренд пада је у 2010. настављен у грађевинарству, пољопривреди, угоститељству и туризму, у 2011. је значајан пад доживео промет робе на мало, док су остале гране забележиле пораст, а у 2012. дошло до великог пада у области пољопривреде. Међутим, државни органи су предложили и донели закон који поставља посебна правила само у области грађевинске индустрије, а не и правила за набавке других врсте производа и услуга иако би се тешко могло тврдити да је опстанак грађевинске индустрије битнији за „очување економске стабилности државе и обезбеђивање социјалне заштите грађана“ од нпр. опстанка пољопривредне производње. Ако је постојала *обавеза* предузимања оваквих законодавних мера, онда су фирме из из осталих привредних грана, које нису имале прилику да се надмећу у поступцима јавних набавки без стране конкуренције, оштећене и имају право да траже накнаду штете од државе.

9. Међудржавни споразуми

Уставни суд је констатовао да члан 35. Споразума ЦЕФТА налаже да ће свака страна „обезбедити да се јавне набавке њихових органа обављају на транспарентан и разуман начин“ да ће „обезбедити једнак третман

2 http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/00/89/70/KS10_350-_2012_srb+cir.pdf

свим понуђачима других страна“ и да ће „бити засноване на принципима отворене и делотворне конкуренције“. Пошто је навео да члан 35. Споразума ограничава примену тог акта „искључиво на оне мере стране уговорнице које специфично регулишу набавку“, а да Закон о подстицању грађевинске индустрије „не уређује непосредно материју јавне набавке“, Уставни суд је закључио да је овај део иницијативе за оспоравање уставности „очигледно неоснован“. И поред најбоље воље, нисмо успели да разумемо из чега је Уставни суд могао да изведе тврдњу да Закон о подстицању грађевинске индустрије, чији главни ефекат је управо уређивање правила која ће се примењивати за поједине јавне набавке, „не уређује непосредно“ ту материју. Република Србија свакако не мора да буде чланица ЦЕФТА Споразума, друге државе чланице можда крше тај Споразум, али то ни у којем случају не може да значи да један Закон, који је на тако очигледан начин супротан супериорном правном акту може да буде уставан.

У нади да ћете наводе из овог писма размотрити и да ће то допринети остваривању незаобилазне улоге Уставног суда у изградњи правне државе, срдачно вас поздрављамо.

01.04.2013. године