

др Душан Д. ДАБОВИЋ
Министарство пољопривреде, трговине, шумарства и водопривреде
Управа за заштиту биља

АМАНДМАН НА ЗАКОН О ИЗМЕНАМА ЗАКОНА О ЈАВНИМ НАБАВКАМА У ПОГЛЕДУ РАДНИХ ОДНОСА*

Резиме

У јануару 2009. године, у Републици Србији је сачињено на снагу Закон о јавним набавкама, који је заменио закон са истим називом из 2002. године. У члану 7 (тачка 12) новој закона формулисана је одредба којом се из примене закона искључују набавке „које се односе на заснивање радног односа и закључивање уговора о обављању привремених и повремених послова“. Ова одредба није у складу са одговарајућом одредбом Директиве 2004/18/ЕЗ, као ни са одговарајућим одредбама закона о јавним набавкама земаља у окружењу. Тиме је у Републици Србији угрожено тржиште рада и створена правна несигурност у погледу сукоба закона. У раду се предлаже амандман на Закон о изменама Закона о јавним набавкама, чиме би се спорна одредба ускладила са Директивом ЕУ, као и са Законом о раду и омогућило зајошљавање по основу рада ван радног односа.

Кључне речи: јавне набавке, уговор о раду, радни односи, уговор о делу.

* Ставови изнети у овом раду су ставови искључиво аутора, а не и Министарства пољопривреде, трговине, шумарства и водопривреде.

І Увод

Област јавних набавки је у Републици Србији први пут регулисана Законом о јавним набавкама из 2002. године („Сл. гласник РС“, бр. 39/02, 43/03, 55/04, 101/05), који је у више наврата мењан и допуњаван. Имајући у виду да Србија претендује да постане пуноправан члан Европске уније, наша земља има обавезу да, на основу препорука из документа Европско партнерство, као и на основу потписаног Споразума о стабилизацији и придруживању, континуирано усклађује своје законодавство са правом Европске уније (тзв. „*acquis communautaire*“). Ово усклађивање односи се, наравно, и на прописе у области јавних набавки (члан 76 потписаног Споразума о стабилизацији и придруживању). Закон из 2002. године, био је усклађен са тзв. „старим“ директивама (упутствима) Европске уније (92/50/ЕЕЗ, 93/36/ЕЕЗ, 93/37/ЕЕЗ, 93/38/ЕЕЗ). Важећи Закон о јавним набавкама највећим делом је усклађен са тзв. „новим“ директивама ЕУ које се односе на јавне набавке, а то су директива ЕУ 2004/18/ЕЗ и директива ЕУ 2004/17/ЕЗ.

Директива 2004/18/ЕЗ усвојена је 31. марта 2004. године од стране Европског парламента и Савета Европске уније. Званичан назив ове директиве је *Директива о координацији процедура за доделу јавних уговора о радовима, добрима и услугама* и припремљена је на основу искустава Европског суда правде, односно пресуда овог Суда у области јавних набавки. Ова директива односи се на поступке јавних набавки искључиво у јавном сектору и позната је под називом „класична“ односно „традиционална“ директива. Она је заменила „старе“ директиве које су регулисале јавне набавке у тзв. „традиционалном“ сектору (92/50/ЕЕЗ, 93/36/ЕЕЗ, 93/37/ЕЕЗ).¹

Директиву 2004/17/ЕЗ усвојили су Европски парламента и Савет Европске уније такође 31. марта 2004. године и позната је под називом „комунална директива“. Њен званичан назив је *Директива којом се усклађују процедура набавке субјеката који делују у сектору водопровреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга*. С обзиром на то да су 2004. године ступиле на снагу две нове директиве ЕУ у области јавних набавки, јавила се потреба да се и позитивни прописи Републике Србије у области јавних набавки ускладе се прописима ЕУ. Са тим циљем, у 2005. години прво је почео рад на изменама и допунама постојећег Закона о јавним набавкама, а убрзо, с обзиром на обим неопходних измена, и на доношењу новог Закона о јавним набавкама. Тај посао је окончан 2008. године, када је 22. децембра у Народној скупштини усвојен Закон

¹ Приручник за обуку и полагање испита за стицање сертификата за службеника за јавне набавке, Министарство финансија и Управа за јавне набавке, Београд, стр. 9.

о јавним набавкама („Сл. гласник РС“, бр. 116/08; у даљем тексту: Закон), који је сада на снази.² У скупштинској процедури се налази Закон о изменама закона о јавним набавкама, те се овим радом предлаже амандман на овај закон, у погледу радних односа, односно ради измене члана 7 тачка 12) Закона.

II Појам и врсте заснивања рада према Закону о раду и Закону о државним службеницима

Према члану 1 став 1 Закона о раду („Сл. гласник РС“, бр. 24/05, 61/05, 54/09) „права, обавезе и одговорности из радног односа, односно по основу рада, уређују се овим законом и посебним законом, у складу са ратификованим међународним конвенцијама“.³ Дакле, рад се може засновати у виду радног односа (на неодређено или на одређено време), или у виду рада ван радног односа. У оквиру главе XVIII Посебне одредбе, одељак 1. Рад ван радног односа, предвиђено је пет облика рада ван радног односа: привремени или повремени послови; уговор о делу; уговор о заступању или посредовању; уговор о стручном оспособљавању и усавршавању; и допунски рад.

Према члановима 197–198 Закона о раду, послодавац може за обављање послова, који су по својој природи такви да не трају дуже од 120 радних дана у календарској години, да закључи уговор о обављању привремених и повремених послова са: незапосленим лицем; запосленим који ради непуно радно време – до пуног радног времена; са корисником старосне пензије; или са лицем које је члан омладинске или студентске задруге и које није старије од 30 година.

Уговор о делу послодавац може да закључи са одређеним лицем, ради обављања послова који су ван делатности послодавца, а који имају за предмет самосталну израду или оправку одређене ствари, самостално извршење одређеног физичког или интелектуалног посла (члан 199 Закона о раду).

Уговором о заступању или посредовању утврђује се право на накнаду за заступање или посредовање и друга међусобна права, обавезе и одговорности лица које обавља послове заступања или посредовања и послодавца, у складу са законом (члан 200 Закона о раду).

Чланом 201 Закона о раду, регулисан је уговор о стручном оспособљавању и усавршавању. Предвиђено је да послодавац може да закључи овај уговор: са незапосленим лицем, ради обављања приправ-

2 *Ibid.*, стр. 10.

3 Члан 1 став 1 Закона о јавним набавкама.

ничког стажа и полагања стручног испита, кад је то законом, односно правилником предвиђено као посебан услов за самосталан рад у струци; са лицем које жели да се стручно усаврши и стекне посебна знања и способности за рад у својој струци, односно да обави специјализацију, за време утврђено програмом усавршавања, односно специјализације. Према овом закону, послодавац може ангажованом лицу да обезбеди новчану накнаду и друга права, у складу са законом, општим актом или уговором о стручном оспособљавању и усавршавању.

Закон о раду предвиђа да запослени који ради са пуним радним временом код послодавца може да закључи уговор о допунском раду са другим послодавцем, а највише до једне трећине пуног радног времена (члан 202 Закона о раду).

Према Закону о државним службеницима („Службени гласник РС“, бр. 79/05, 81/05 – исправка, 83/05 – исправка, 64/07, 67/07 – исправка, 116/08, 104/09), државни службеник заснива радни однос на неодређено време, док радни однос на одређено време може да се заснује: ради замене одсутног државног службеника до његовог повратка; због привремено повећаног обима посла који постојећи број државних службеника не може да изврши, најдуже на шест месеци; на радним местима у кабинету, док траје дужност функционера; и ради обуке приправника, док траје приправнички стаж. Међутим, чланом 4 овог закона, прописано је да права и дужности државних службеника и намештеника који нису уређени овим или посебним законом или другим прописом примењују се општи прописи о раду и посебан колективни уговор за државне органе. Дакле, овим чланом је омогућено да и државни органи закључују уговоре на основу рада, који су предвиђени Законом о раду.

III „Изгубљено у преводу“ или?

У члану 16 став (е) Директиве 2004/18/ЕЗ (у даљем тексту: Директива), која је представљала модел са којим се усклађивао Закон, у верзији на енглеском језику, као разлог за искључивање набавке из надлежности директиве, наводи се: „*employment contracts*“. На француском језику овај став гласи: „*concernant les contrats d'emplo*“. Превод овог појма на српском гласи „уговори о раду“, односно „везано за уговоре о раду“. Дакле, Директива користи најшири појам уговора о раду, који обухвата све врсте радног ангажмана. На тај начин, намера европског законодавца је била да се из поступка јавних набавки искључе све врсте радног ангажмана, јер је радно ангажовање потпуно различит правни институт од јавне набавке. Наиме, приликом радног ангажмана, послодавац, без обзира да ли је државни орган, односно носилац јавних овлашћења, или

не, на основу личних стручних квалификација, радног искуства, и других личних карактеристика, одређује с којим ће кандидатом да закључи уговор о раду, при чему му одређује износ плате која је у складу са платама других радно ангажованих у тој организацији.

Према томе, послодавац не доноси одлуку о радном ангажовању на основу најниже понуде за рад, од стране кандидата, јер цена рада није одлучујућа за послодавца, већ су то, поред битних услова у погледу стручности и радног искуства, и неке друге личне карактеристике, као што су комуникативност, способност тимског рада, и сл. Дакле, послодавац не доноси одлуку о радном ангажовању запосленог само на основу његове најниже понуде за одређени рад, нити се таква обавеза може наметнути послодавцу законом. Стога је сасвим јасно из ког разлога је европски законодавац у потпуности искључио уговоре о раду из надлежности прописа о јавним набавкама. Овакав приступ је прихваћен и од држава чланица ЕУ које су усклађивале своје националне законе о јавним набавкама са наведеном директивом, као и од стране земаља које су у поступку пријема у чланство у ЕУ, као што су земље у нашем окружењу, бивше југословенске републике. Наиме, у члану 5 тачка 10 Закона о јавној набави Републике Хрватске („НН“, бр. 110/07 и 125/08), као разлог за изузимање од примене овог закона наводи се: „уговори о раду“. Такође, у члану 3 тачка 3, алинеја г) Закона о јавним набавкама Републике Црне Горе („Службени гласник Републике Црне Горе“, бр. 46/06), наводи се: „услуге везане за запошљавање“. Осим тога, у члану 8 алинеја 5 Закона о јавним набавкама Републике Македоније („Службен весник на Република Македонија“, бр. 21/2002) новоди се да се овај закон не примењује на уговоре „који се односе на уговоре о раду“.

Међутим, у члану 7 тачка 12 Закона, којим се регулишу набавке на које се не примењује Закон, наводи се да се Закон не примењује на набавке „које се односе на заснивање радног односа и закључивање уговора о обављању привремених и повремених послова“. Дакле, наш законодавац је знатно сузио појам уговора о раду на које се не примењује Закон. Наиме, у односу на уговоре о раду предвиђене Законом о раду (уговор о заснивању радног односа и пет облика рада без заснивања радног односа), Закон спомиње само уговоре који се односе на заснивање радног односа и уговоре о привременим и повременим пословима, док су преостале четири врсте заснивања рада ван радног односа (уговор о делу; уговор о заступању или посредовању; уговор о стручном оспособљавању и усавршавању; и допунски рад), неоправдано изостављени, односно успостављена је законска обавеза државним органима да спроводе поступак јавних набавки за прибављање услуга у овим формама рада. Дакле, донета је законска одредба која није у скла-

ду са одговарајућом одредбом директиве са којом се Закон усклађивао, те се може рећи да у том погледу Закон није усклађен са одговарајућом директивом ЕУ. Осим тога, ова одредба није у складу ни са релевантним законима земаља у окружењу. Такође, ни са теоријског становишта се не може оправдати оваква формулација нашег законодавца. Тиме је у нашој земљи угрожено тржиште рада, оптерећени су носиоци јавних овлашћења да непотребно спроводе дуготрајне и скупе процедуре, а дошло је и до правне конфузије различитих правних института, односно до сукоба са Законом о раду.

У време високе незапослености у Србији, државни органи и други носиоци јавних овлашћења су овом одредбом Закона практично онемогућени да запошљавају лица по основу уговора о делу, уговора о заступању или посредовању; уговора о стручном оспособљавању и усавршавању; и допунског рада. Могућност да се неки посао обавља искључиво уз спровођење поступка јавних набавки обесмишљава поступак запошљавања, јер се опредељивање послодавца за неког кандидата не заснива на најнижој понуђеној цени за тај рад, већ осим стручности и радног искуства и на неким личним карактеристикама, које не могу доћи до изражаја у поступку јавних набавки. Уколико је рецимо, неком државном органу, с обзиром на повећане међународне активности у процесу приступања наше земље Европској унији, потребно да привремено, али на дужи од четири месеца годишње, запосли преводиоца за неки страни језик, при чему ће преводилац превођење обављати у форми свакодневног посла, у просторијама послодавца, у радно време, за унапред неодређен обим посла, орган неће моћи да се одлучи за неког преводиоца, за којег има сазнања да би потпуно одговарао његовим потребама, и са њим да закључи уговор о делу, већ би морао да спроводи поступак јавне набавке услуге превођења, са неизвесним исходом по питању најповољнијег понуђача.

При томе, ако би ова спорна одредба Закона била у складу са директивом 2004/18/ЕЗ, наручилац би могао да у случајевима да му је потребно превођење неког конкретнег интелектуалног дела спроведе јавну набавку да би за одређену услугу постигао најнижу цену, али са друге стране, могао би да за свакодневни посао у форми рада ангажује преводиоца по уговору о делу без поступка јавних набавки, односно на основу директног контакта са преводиоцем. Такође, на исти начин, послодавци који су корисници буџета не могу да са одређеним лицем закључе уговор о допунском раду до трећине радног времена, што је чест случај у научној области, односно у државним факултетима и институтима, већ би требало да и у овом случају спроводе поступак јавне набавке, што је најчешће апсурдно, јер такве установе желе да закључе

уговор са одређеним стручњаком, односно научником, који поседује адекватно знање у ужој научној области и који може на неодређено време да обавља неодређени обим посла у датој области, а не искључиво да постигну најнижу понуђену цену за неку услугу.

Дакле, као што је напред наведено, иако се у Закону о државним службеницима не омогућава запошљавања на основу рада ван радног односа у четири законска облика (уговор о делу; уговор о заступању или посредовању; уговор о стручном оспособљавању и усавршавању; и допунски рад), на основу члана 4 Закона о државним службеницима и Закона о раду, државни службеницима и намештеницима је омогућено да се запошљавају и на основу рада ван радног односа. У том смислу, управо спорна одредба Закона о јавним набавкама, онемогућава, односно отежава ове врсте запошљавања.

IV Предлог амандмана и образложење

Имајући у виду енглеску и француску верзију Директиве 2004/18/ЕЗ, као и наш Закон о раду, члан 7 тачка 12) Закона требало би да гласи: „које се односе на заснивање радног односа и на рад ван радног односа“.

Уставни основ за доношење ове измене закона налази се у члану 60. ставови 1–3 Устава Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 98/2006), по којем Република Србија јемчи право на рад, у складу са законом, односно да свако има право на слободан избор рада, те да су свима, под једнаким условима, доступна сва радна места. Наиме, ако би се ова одредба изменила на наведени начин, свако би могао да заснује рад на основу уговора о делу, уговора о заступању или посредовању; уговора о стручном оспособљавању и усавршавању; и допунског рада, а да при томе не мора да учествује у дугом и скупом поступку јавних набавки. Осим тога, у неким случајевима би, на одређеном простору, могло бити немогуће прибавити довољан број понуда понуђача са одговарајућим стручном спремом, тако да би запошљавање у наведеним формама рада без заснивања радног односа било у потпуности онемогућено. У време економске кризе у земљи, олакшавање свих форми запошљавања би требало да је примарни задатак власти, те би стога оваква измена Закона ишла у правцу либералнијег тржишта рада. При том, поступак јавних набавки не би био ни на који начин угрожен, односно начело конкуренције не би било повређено, јер је важећом одредбом члана 7 тачке 12 Закона на очигледан начин одступљено од формулација датих у одговарајућој директиви ЕУ, али и у законима земаља у нашем

околу које су већ ускладили своје законе о јавним набавкама са датом директивом.

Односно, приликом формулисања ове одредбе, погрешно је тумачено да се форме рада ван радног односа заснивају на понуди услуге, што се може прихватити само у неким случајевима, али не у свим, дакле такав приступ не би требало третирали као правило. Добар пример за ове тврдње је контрола финансијског пословања неких министарстава коју је 2010. године спровела Државна ревизорска институција. У свом извештају за 2009. годину, ДРИ је утврдила да су се у више министарстава закључивали уговори о делу за несистематизоване послове, најчешће преводилачке, а да при том није поштована наведена одредба Закона којом се ови органи обавезују да за те послове спроведу поступке јавних набавки. Дакле, ДРИ је доследно применила ову одредбу, при том не узимајући у обзир да запошљавањем лица по уговору о делу министарства нису имала у виду један одређени посао, односно услугу, коју би требало прибавити за ту услугу исплатити најмању цену.

Напротив, с обзиром на повећани обим посла у процесу европских интеграција, министарства су радно ангажовала преводиоце, али и друге административне раднике, за несистематизоване послове, да у просторијама министарства, у радно време, обављају унапред неодређен обим посла, за месечну накнаду која је најчешће одговарала службеничким платама. Стога је, у овим случајевима, било потпуно непримерено прибављање понуда за услуге, јер се углавном радило о форми запошљавања за несистематизоване послове, што је у складу са одредбама Закона о раду којима се регулише уговор о делу. На тај начин, у јавности је створена слика о злоупотребама положаја одговорних функционера у овим органима, иако је прави разлог за овакве „пропусте у раду“, заправо била неадекватно усклађена законска одредба са међународним прописом. Осим тога, органи би, са измењеном одредбом у складу са овим предлогом, за одређене услуге које су унапред дефинисане по обавезама и процењеној вредности, могли да спроведу поступке јавних набавки, у којима би до изражаја дошло постизање најниже цене, односно корист за државни буџет, али би истовремено, за послове који се обављају у форми рада, било омогућено запошљавање.

V Закључак

Ступањем на снагу Закона о јавним набавкама 2009. године, ова област је усклађена са Директивом 2004/18/ЕЗ из 2004. године. Међутим, у члану 7 који регулише набавке на које се овај закон не примењује, у тачки 12 која се односи на област рада, наводи се да се закон не примењује

на набавке „које се односе на заснивање радној односа и закључивање уговора о обављању привремених и њовремених њослова“. Ова одредба није у потпуности усклађена са чланом 16 став (е) Директиве, као ни са одговарајућим одредбама закона о јавним набавкама земаља у нашем окружењу, које су се у потпуности ускладиле са одредбом Директиве ЕУ. Осим тога, наведена одредба није у складу ни са члановима 199–202 Закона о раду. Тиме је створена правна несигурност у овој области, у нашој земљи, а није занемарљив ни негативан утицај на тржиште рада, у виду смањења могућности запошљавања на основу уговора о раду без заснивања радног односа (уговор о делу; уговор о заступању или посредовању; уговор о стручном оспособљавању и усавршавању; и допунски рад). Предложеним амандманом на Закон о изменама Закона о јавним набавкама, изнетом у овом раду, спорна одредба се усклађује са Директивом 2004/18/ЕЗ, као и са домаћим Законом о раду, при чему се у целој земљи олакшава и омогућава запошљавање по основу рада ван радног односа.

Dušan D. DABOVIĆ, PhD

Senior Advisor, Ministry for Agriculture, Trade, Forestry and Water Management, Plant Protection Directorate

AMENDMENT ON DRAFT LAW AMENDING LAW ON PUBLIC PROCUREMENT CONCERNING LABOUR RELATIONS

Summary

By enforcement of the Law on Public Procurement in 2009, this area was harmonized with Directive 2004/18/EC. However, in Article 7 paragraph 12) of the Law, provision “related to employment and contracting on temporary and part-time jobs” has not been in accordance with the Directive. This provision is entirely inconsistent with the Article 16, paragraph (e) of the Directive, as well as with the relevant provisions of laws on public procurement of our neighboring countries, which have fully complied with the Directive of the EU. In addition, the provision is not in accordance with the Articles 199–202 of the Labour Act. The provision has created legal uncertainty in this area, in Serbia, and can have negative impact on the labor market, in the form of reduced employment opportunities on the basis of the certain employment contracts (contract of work,

agency agreement or mediation, contract of professional education and training, and additional work). The proposed amendment to the law, set out in this paper, is harmonized with the Directive 2004/18/EC, as well as with the domestic labor law, and provides employment on the basis of part-time employees.

Key words: *procurement, employment contract, labour relation, contract of work.*