

Комисији за заштиту конкуренције обратили су се учесници на тржишту који намеравају да поднесу заједничку понуду у поступку јавне набавке са захтевом за давање мишљења у вези са применом прописа у области заштите конкуренције.

У поднеску је описана ситуација везано за поступке јавних набавки који се спроводе у складу са Законом о јавним набавкама („Службени гласник РС“ бр. 116/2008 – у даљем тексту означен као ЗОЈН), а нарочито су истакнута нека питања везана за „хитне набавке“ код којих су рокови за поступање, како понуђача тако и наручиоца, веома кратки. Све ово повезује се са ситуацијом када два или више понуђача, у складу са чланом 50. ЗОЈН, намеравају да поднесу заједничку понуду. Подносиоци захтева заједничку понуду међусобних конкурената препознају као хоризонтални споразум са обележјима рестриктивног споразума у смислу члана 10. Закона о заштити конкуренције („Службени гласник РС“ бр. 51/2009 – у даљем тексту означен као Закон). Неколико питања постављених у захтеву за давање мишљења односе се на могућу примену (обавезност примене) члана 12. а у вези са чланом 11. Закона. У захтеву се износи и оцена да постоји нека врста неусаглашености између ЗОЈН и Закона у погледу рокова прописаних чланом 60. Закона и рокова који се примењују у случајевима спровођења „хитних“ набавки. Суштину ове оцене Комисија препознаје у следећој констатацији и питању: уколико су понуђачи, који намеравају да поднесу заједничку понуду, у обавези да од Комисије за заштиту конкуренције (у даљем тексту означена као Комисија) затраже појединачно изузеће од забране споразума – уговора на основу кога подносе заједничку понуду, при чему је рок који је прописан Законом за одлучивање Комисије по таквом захтеву дужи од рокова које наручилац примењује у поступку „хитне“ набавке, могу ли због такве разлике у роковима понуђачи доћи у ситуацију да прекрше Закон и евентуално буду кажњени, у поступку који би Комисија могла да покрене по службеној дужности, уколико закључе уговор о јавној набавци са наручиоцем а претходно није одобрено појединачно изузеће од забране уговора о „конзорцијуму“ тих понуђача. Поред претходних, у захтеву је постављено неколико питања на исту тему али везано за ситуацију када се поступак јавне набавке спроводи по партијама, као и питања везана за услове и критеријуме чију испуњеност ће Комисија оцењивати по евентуално поднетом захтеву за појединачно изузеће од забране таквог уговора понуђача.

На основу навода из поднеска закључено је да се под појмом „хитних“ набавки подразумевају у ствари јавне набавке које се у складу са чланом 23. или 24. ЗОЈН спроводе у преговарачком поступку са или без објављивања јавног позива. Ова околност не утиче суштински на садржај мишљења Комисије, али је у конкретном случају од значаја.

Полазећи од претходно побројаних релевантних околности, као и претпоставке тачности свих навода у предметном захтеву, на основу члана 21. тачка 8) Закона и члана 21. тачка 3), а у вези са чланом 14. тачка 8. Статута Комисије за заштиту конкуренције („Службени гласник РС“ бр. 49/2010) дато је

М и ш љ е њ е

Комисија се не може сложити са начелном оценом из предметног захтева да постоји несклад између Закона и ЗОЈН, када су у питању прописани рокови у којима Комисија треба да одлучи по захтеву за појединачно изузеће рестриктивних споразума од забране и рокова за поступање наручилаца у поступцима јавних набавки.

С обзиром на то да је у предметном захтеву апострофирана ситуација када се јавна набавка спроводи у преговарачком поступку, те како су то поступци који би требало да се дешавају као

„изузетак од правила“ и у таксативно побројаним ситуацијама, које никако не можемо препознати као редовне и честе, евентуални „проблем“ са „роковима“ могао би се релативно лако превазићи.

Проблем, наравно, може бити значајно већи уколико наручиоци, неправилним спровођењем ЗОЈН, злоупотребљавају могућност спровођења преговарачког поступка. Међутим и овде је проблем значајно мањи у случају преговарачког поступка са објављивањем јавног позива у односу на други преговарачки поступак.

Комисија оцењује као правилан став подносиоца предметног захтева да би споразум (уговор) који закључују понуђачи (међусобни конкуренти) у циљу регулисања међусобних односа а ради подношења заједничке понуде, у неком конкретном поступку јавне набавке, имао обележја рестриктивног споразума из члана 10. Закона. С обзиром на то да такав споразум нужно садржи и одредбе о утврђивању продајне цене као и других комерцијалних услова под којима се даје понуда и под којима су понуђачи спремни да закључе и изврше евентуално додељени уговор о јавној набавци, такав споразум не би могао уживати бенефит ни члана 14. Закона. Претходно значи да се, чак и када би били испуњени услови из члана 14. Закона у погледу процента тржишног удела, такав споразум не би могао сматрати као споразум мањег значаја јер се њиме нужно одређује цена и други комерцијални услови који утичу на забрањеност таквог споразума.

С обзиром на то да постојећи позитивни прописи (Закон и подзаконски прописи), у области заштите конкуренције у Републици Србији, не регулишу изричито ситуацију која настаје закључењем уговора о „конзорцијуму“ ради подношења заједничке понуде, остаје да Комисија примењује прописе у делу у коме се односе на хоризонталне рестриктивне споразуме. Претходно само по себи указује на потребу да, до евентуалног доношења неких нових подзаконских прописа, учесници у таквим споразумима поднесу Комисији захтев за појединачно изузеће од забране у смислу члана 12. а у вези са чланом 11. Закона.

У вези питања које се односи на оцену испуњености услова за појединачно изузеће од забране у случају споразума закљученог ради подношења заједничке понуде, Комисија би поред услова прописаних чланом 11. Закона, нарочито, може се рећи и пре свега, испитивала и оцењивала да ли било који од учесника у том споразуму може самостално поднети понуду у поступку конкретне јавне набавке. Уколико било који од учесника у споразуму може самостално поднети понуду, односно самостално испуњава све услове из тендера, како дисквалификационе тако и остале, такав понуђач не би могао бити учесник у споразуму ради давања заједничке понуде.

Из претходног следи да два или више учесника у споразуму могу очекивати позитивно решење о појединачном изузећу само ако, у поступку по њиховом захтеву, докажу да тек заједно испуњавају све услове из тендера, односно ако докажу да без споразума и подношења заједничке понуде ни један од учесника не би могао да учествује у поступку јавне набавке, услед чега би се број понуђача нужно смањио. Последица смањења броја понуђача који испуњавају све услове из тендера била би и та да наручилац има смањену могућност избора понуђача, односно мањи број поднетих исправних понуда, што би, у крајњем случају, могло утицати на евентуално неповољнији исход самог поступка јавне набавке. На ово је без утицаја врста поступка по коме се јавна набавка спроводи. Истовремено на страни понуђача који испуњавају све услове и критеријуме одређене од наручиоца, дошло би до смањења конкуренцијског притиска, што саму набавку чини мање квалитетном.

Овде се мора напоменути и још један веома важан моменат а који се тиче самих услова због којих се евентуално јавља потреба за закључење споразума ради подношења заједничке понуде.

Сам ЗОЈН већ у делу у коме прописује начела јавних набавки прописује забрану наручиоцу да у поступку јавне набавке користи дискриминаторске услове и критеријуме. Дакле, уколико би према оцени понуђача, или потенцијалних понуђача, неки од услова и критеријума био дискриминирајући, у смислу да нису нужни или су неоправдано „оштри“, па због тога понуђачи дођу у ситуацију да се „удружују“ како би испунили такве услове, онда се, пре свих других, отвара питање права понуђача да затраже заштиту у складу са самим ЗОЈН. Исто тако, а везано за веома кратке рокове у којима поступају наручиоци када јавну набавку спроводе у преговарачком поступку без објављивања јавног позива, отворено је питање да ли наручилац врши злоупотребу овог поступка и спроводи га иако за то нису испуњени законом прописани услови. Према оцени Комисије у свим случајевима у којима се јавна набавка добара или услуга периодично понавља и може се довољно унапред предвидети, нема основа ни разлога за спровођење оваквих поступака.

Надаље, везано за проблем „рокова“, у преговарачким поступцима, један од момената о коме се разговара са наручиоцем свакако може бити и нужност да се евентуално сачека одлука Комисије везана за споразум о подношењу заједничке понуде.

Комисија се овом приликом не упушта у спекулације да ли би неки наручилац могао да одбије закључење уговора, са понуђачима чија је заједничка понуда оцењена као најповољнија, само зато што још није донето коначно решење о појединачном изузећу, или шта би се десило када би уговор о јавној набавци са таквим понуђачима био потписан а касније Комисија не одобри појединачно изузеће споразума од забране, јер се практично ради о хипотетичким ситуацијама какве до сада нисмо имали у нашој пракси.

Везано за поступке јавних набавки које су организоване по партијама, Комисија не уочава никакве суштинске разлике у односу на све претходно изнето.

Поред свега претходно наведеног потребно је рећи и то да се појединачно изузеће од забране не може захтевати „унапред“, односно пре но што се из тендерске документације за конкретну набавку прецизно не знају сви услови и критеријуми. Ово из разлога које смо већ навели, јер се оцена испуњености услова за појединачно изузеће у том случају првенствено заснива на оцени могућности учесника у таквом споразуму да сами, или тек заједно, могу исунити задате услове и критеријуме.

Претходно се заснива на чињеници да се у свим таквим случајевима ради о тзв. „ad hoc“ „конзорцијумима“ ради подношења заједничке понуде у конкретной јавној набавци, а не о тзв. „pool-ovima“ који се налазе у нешто другачијем третману. Ово се нарочито односи на сектор осигурања.

Најзад у вези рока прописаног у члану 60. Закона, а у коме Комисија треба да одлучи по захтеву за појединачно изузеће рестриктивног споразума од забране, напомињемо следеће: Рок прописан у члану 60. став 1. Закона је по својој природи инструктивни рок. То даље значи да се ради о року који је од стране законодавца процењен као уобичајено довољан за одлучивање органа по поједином захтеву. Тачна је констатација подносиоца предметног захтева за давање мишљења да се протеком тог рока не може сматрати да је појединачно изузеће одобрено. Досадашња пракса Комисије, када су у питању поступци по захтевима за појединачно изузеће споразума од забране, наводи нас на закључак да је сваки предмет „случај за себе“. У неким случајевима било је потребно значајно више времена за одлучивање, а у неким случајевима одлуке је било једноставно донети. Време потребно за одлучивање по таквим захтевима, у

великој мери, зависи од квалитета документације која се уз захтев за појединачно изузеће подноси, као и од „квалитета“ самог захтева, односно од снаге аргумената којима подносиоци захтева доказују оправданост и неопходност закључивања споразума. Уколико би захтеви били поднети у свему у складу са подзаконским актом којим се прописује садржај захтева за појединачно изузеће, те уколико би захтев садржао све потребне и довољне податке и информације, трајање поступка пред Комисијом би могло бити значајно краће од прописаног рока.