

Сања М. Данковић Степановић

Факултет политичких наука, Универзитет у Београду

ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ И СУЗБИЈАЊЕ КОРУПЦИЈЕ У ПОСТУПЦИМА ЈАВНИХ НАБАВКИ*

Сажетак

Предмет истраживања овог рада јесте заштита ефективне конкуренције и консеквентно сузбијање корупције у поступцима јавних набавки, посматрано кроз призму легислативно-институционалних решења Републике Србије, и упоредно, комунитарног права. Анализа обухвата два сегмента: први се односи на забрањене договоре између наручиоца и понуђача, док други обухвата различите правне односе давалаца понуде у тендерском поступку. Теоријско-епистемолошки и методолошки приступ који је коришћен у овом раду одговара стандардима друштвених, и посебно правних наука, уз превасходну употребу дескриптивног и компаративног метода, са једне, и везаног, објективног и системског тумачења, са друге стране. Циљ истраживања је утврђивање корелативне везе између степена ефикасности, односно ефективности спроведеног поступка јавне набавке и нивоа функционалне, односно ефективне конкуренције који је у њему био заступљен. Утврђено је постојање два основна концепта повреде конкуренције у поступку јавне набавке: намештања поступка и намештања понуде. Закључак је да наведени модели захтевају примену различитих правних мера, у смислу комбиновања имовинских и лично-правних, а затим превентивних и казних мера, као и различит редослед њихове имплементације, што претпоставља различите нивое институционалног поступања, а то консеквентно налаже висок степен кооперације стварноправно надлежних органа и институција у области

* Овај чланак је резултат рада на пројекту број 179076 Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије

ефективног спровођења јавних набавки - препорука је овог рада, путем закључења меморандума о сарадњи. Након сагледавања и анализе домена неусаглашености правила садржаних у законима о заштити конкуренције и јавним набавкама, који резултира умањеним степеном ефикасности заштите ефективне конкуренције у поступцима јавних набавки у нашој земљи, дата је препорука и виду јасних смерница за превазилажење правних празнина и неконзистентних решења.

Кључне речи: јавне набавке, намештање поступка, намештање понуда, тендерски критеријуми, сузбијање корупције, интер-институционална сарадња, ефективна заштита конкуренције

1. РЕСТРИКТИВНИ СПОРАЗУМИ У ПОСТУПЦИМА ЈАВНИХ НАБАВКИ

Јавна набавка представља облик тендерског поступка у коме се као наручилац јавља корисник буџетских средстава, јавно предузеће или правно лице које обавља делатност у општем интересу, чији је предмет куповина, закуп или лизинг добара, а реализује се са циљем постизања што повољније, за наручиоца ниже цене, која се остварује деловањем тржишног закона укрштања понуда, што даље претпоставља учешће што већег броја квалификованих понуђача, консеквентно чему се изводи закључак о ефективној конкуренцији као нужном предуслову ефективног спровођења поступка јавне набавке. Добро уређен и јединствен систем јавних набавки обезбеђује услове за слободну, недискриминаторску, конкурентску борбу између понуђача као учесника у поступку јавне набавке, чиме се остварује рационално и економично коришћење јавних средстава. Са друге стране, подизање нивоа конкурентности и правне сигурности у области јавних набавки је значајан подстицај иностраним улагањима. Спровођење поступка јавне набавке базирано је на следећим битним начелима: правна сигурност, која подразумева правично и законито прописивање услова тендера, и даље поштовање утврђене процедуре спровођења поступка; слободна конкуренција, која се односи на обавезу наручиоца да у поступку омогући учешће што већег броја понуђача, као и њихову обавезу да не ступају у међусобне договоре о усаглашеном наступању у поступку; транспарентност, које подразумева јавност поступка, уз благовремено и потпуно информисање свих учесника о његовим битним елементима; једнакост понуђача, коју је наручилац обавезан да обезбеди у свим фазама поступка; ефикасност, која

претпоставља обавезу наручиоца да добра, услуге или радове одговарајућег квалитета прибави по што нижој цени и уз минималне трошкове поступка.¹⁾

У претходној (2013) години констатован је одређен, али не значајан напредак у домену спровођења поступака јавних набавки у Републици Србији²⁾, у погледу: обавезе наручилаца да направе разуман план набавки и исти објаве; спречавања злоупотреба преговарачког поступка, који је најмање транспарентан сегмент тендерског процеса; антикоруптивних мера, првенствено у поступцима набавки велике вредности као што су инфраструктурални пројекти; мера којима би се спречила злоупотреба права понуђача на правна средства и лекове; мера које би фаворизовале набавке енергетски ефикасних добара; овлашћења Управе за јавне набавке да прати реализацију додељених јавно-правних уговора. Вредност јавних набавки у Републици Србији бележи континуирани тренд раста релативног значаја чији се наставак очекује.³⁾

Основна регулаторна правила заштите ефективне конкуренције у домену забране рестриктивних споразума којима се деле извори набавки у домаћем праву су установљена Законом о заштити конкуренције (2009, 2013) и употпуњена решењима Закона о јавним набавкама (2012), којима се штити и јача принцип конкурентности у овој категорији тендерских поступака. Јавна набавка представља вид тендерског поступка, који у транзиционом пословном систему Србије постаје значајан правни модел за спровођење приватизационог процеса од 2001. године⁴⁾, у коме се као једно од основних начела јавља формирање продајне цене према тржишним условима. Иако транзиција у српском друштву није остварила постављене политичке и економске циљева и жељене резултате⁵⁾, пракса установљена увођењем правила и логиком тендерског поступка у приватизацији у првој деценији 21. века значајно је утабала пут ефикасном спровођењу поступака јавних набавки у декади која ће уследити. Као централна тачка прелома тендерских модела приватизације и јавних набавки јавља се заштита конкуренције.

1) Закон о јавним набавкама, *Службени гласник РС*, бр. 124/12, чл. 9-12.

2) *Бела књига – Предлози за побољшање пословног окружења у Србији 2013*, Савет страних инвеститора, Београд, 2013, стр. 74.

3) *Стратегија развоја јавних набавки у Републици Србији*, Влада РС, 2011, тач. 1.1., доступно на: <http://gs.gov.rs/strategije-vs.html> (приступљено 03.02.2014)

4) Закон о приватизацији, *Службени гласник РС*, бр. 38/01, 18/03, 45/05, 123/07, 123/07-др. Закон и 30/10 др. Закон

5) Живојин Ђурић, „Социјално-политички осврт на модел приватизације у Србији“, *Српска политичка мисао* бр. 4/2013, Институт за политичке студије, Београд, стр. 122

Учешће на тендеру може бити у отвореном, преговарачком или рестриктивном облику поступка. Највиши ниво ефективне конкуренције се остварује у отвореном поступку, у коме се сваки пословни субјект са правним интересом може јавити као понуђач. Два су основна критеријума за добијање посла, односно јавно-правног уговора у поступку јавне набавке: најнижа цена и модел економски најповољнијих збирних услова.⁶⁾ У домаћем пословно-правном амбијенту латентну опасност за очување ефективне конкурентности представља модел централизованих јавних набавки који, упркос неспорном доприносу системској рационализацији, нужно води умањењу броја понуђача, односно порасту концентрисаности на страни понуде, што консеквентно повећава вероватноћу картелних договора међу понуђачима, међу којима се, с обзиром на захтевне тендерске критеријуме учешћа, налазе првенствено они који располажу значајним тржишним уделом. Други негативан ефекат система централизованих јавних набавки се односи на нарушавање принципа равноправности понуђача у поступку.

Важан извор аутономног, меког права у овој области представљају Смернице (2009) и Препоруке за сузбијање намештених понуда и поступака у поступцима јавних набавки (2012) Организације за економску сарадњу и развој (OECD). У Смерницама су наведене мере за умањење ризика нарушавања ефективне конкуренције, међу којима и: подстицање учешћа већег броја понуђача у поступку, ограничење комуникације између понуђача, јасни критеријуми учешћа и рангирања понуда, добро познавање тржишних услова који су од утицаја на креирање правила поступка јавне набавке (тако висока концентрисаност тржишта или постојање баријера за улазак захтевају виши степен опреза приликом утврђивања тендерских критеријума и процесних правила). У истраживању је уважена и препорука Конференције Уједињених нација за трговину и развој која се односи на припрему и имплементацију националне стратегије против намештања тендера у поступцима јавних набавки и покретање истраге у реализованим случајевима, у циљу креирања управне и судске праксе.⁷⁾ Заштита ефективне конкуренције у поступцима јавних набавки као конститутиван сегмент претпоставља сузбијање корупције. Две су групе фактора које опредељују степен заступљеност коруптивног деловања: најпре: системско-институционални предуслови, од којих се као најважни-

6) Christopher Bovis, *EU Public Procurement Law*, Cheltenham, UK-Northampton, USA, 2007, p. 75.

7) *Експертска анализа политике заштите конкуренције: Србија*, Конференција Уједињених нација за трговину и развој, УН, Њујорк и Женева, 2011, стр. 98.

ји у области јавних набавки јавља ограничена понуда ресурса која води монополском понашању и доминантном положају, а затим и политичко-културни разлози.⁸⁾

Логичко-епистемолошка подструктура истраживања подразумева употребу компаративног метода у два нивоа: унутрашњем и упоредно-правном, затим нормативни метод у домену утврђивања садржине и ефеката позитивних правила, уз деонтолошки метод који уважава динамичко својство правног уређења пословне стварности. У истраживању је приступљено како везаном, тако и слободном тумачењу, затим објективном тумачењу у циљу утврђивања значења правне норме, али и субјективном аспект у погледу стварне намере законодавца приликом креирања правила, уз посебан значај језичког, и прихватање еволуционистичког тумачења. У сегменту истраживања који се односи на потврду хипотеза, извођење закључака и научно објашњење, као релевантан се јавља аксиолошки метод, чије коришћење води не само исказима са индикативним (*de lege lata*), већ и нормативним карактером (*de lege ferenda*). Најзад, посебан значај у истраживању имају употреба телеолошког модела ради утврђивања циља и смисла правне норме, са једне стране, и коришћење системског метода ради превазилажења проблема правне празнине.

2. КОРУПТИВНО-ПОЛИТИЧКИ АСПЕКТ

Ефективна антикоруптивна стратегија подразумева стварање легислативног и пословног амбијента у коме је коруптивно деловање са једне стране неприхватљиво, а са друге неисплативо, што претпоставља редуковање монополског понашања, односно стављање акцента на заштиту ефективне тржишне конкуренције, као и сужавање опсега дискреционих овлашћења, уз паралелно подизање нивоа моралне, политичке и кривичне одговорности.⁹⁾ Сузбијање коруптивног деловања у поступцима јавних набавки претпоставља поштовање следећих стандарда: унапред јасно утврђени услови учешћа у поступку, од којих највећи значај има пажљиво планирање поступка јавне набавке, које укључује анализу стварних потреба наручиоца, резултантно чему се дефинишу критеријуми учешће у поступку; објективни и унапред утврђени критеријуми за селекцију и доделу уговора; транспарентност информација

8) Зоран Стојиљковић, *Држава и корупција*, Факултет политичких наука Универзитета у Београду и Чигоја штампа, Београд, 2013, стр. 223.

9) Зоран Стојиљковић, стр. 215.

о процедури јавне набавке (посебно позиву за надметање и условима доделе уговора); ефективан систем унутрашње контроле, у коме централно место има делотворан модел подношења жалби и правних лекова.¹⁰⁾

Полазне претпоставке сузбијања, односно редуковања коруптивног деловања јесу добра управа и консолидована демократија. Добро управљање (*Good administration*) схваћено динамички, као процес, у коме сублимирано иступају јавни и приватни сектор, заснива се на чврстој институционалној мрежи, и представља основни предуслов економског развоја, и ефективног система јавних набавки у њему, као и политичке стабилности и шире друштвене сигурности.¹¹⁾ Начело добре управе је засновано на савесном, разумном и пропорционалном поступању према учесницима поступка, и из њега проистиче концепт одрживог развоја система, између осталог и јавних набавки. Добро управљање је партиципативно, транспарентно и одговорно, делотворно и непристрасно и промовише владавину права.¹²⁾ Позиција домаће привреде на реформском путу ка тржишној економији и политичкој демократији може се описати као „транзициони еквилибријум.“ И више него у политичкој сфери, у области привреде присутан је реформски дефицит. Насупрот економској тржишној логици, држава има улогу главног послодавца, зајмодавца и гаранта пословања.¹³⁾ У таквом амбијенту, деловање тржишних, конкуренцијских закона у домену јавних набавки је иницијално отежано и стога захтева додатан надзор у погледу антикоруптивног поступања.

Институционална надлежност превентивног деловања Агенције за борбу против корупције има два битна сегмента: праћење имплементације Националне стратегије за борбу против корупције у РС за период од 2013. до 2018. године¹⁴⁾ (и Акционог плана за њено спровођење) и надзор над изградом и применом планова интегритета, који се иницијално односе на процену стања и на знаку ризичних сегмената са становишта коруптивне делатности

10) Конвенција УН против корупције, Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација против корупције, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 12/05.

11) Зоран Стојиљковић, стр. 352.

12) *Good governance and sustainable human development*, United Nations Development Programme, 1997, New York, доступно на: <http://mirror.undp.org/magnet/policy/chapter1.htm> (приступљено 03.03.2014)

13) Александар Новаковић, „Транзиција, реформе и перцепције о реформама-поређење српске и транзиције земаља ИЦЕ“, *Српска политичка мисао*, бр. 1/2012, Институт за политичке студије, Београд, стр. 43,

14) Национална стратегија за борбу против корупције у Републици Србији за период од 2013. до 2018. године, *Службени гласник РС*, бр. 57/13,

у одређеној институцији, као и утврђивања и спровођења мера за умањење односног ризика, а аналогно се примењују и у процесном сегменту, укључујући и систем јавних набавки.¹⁵⁾ Основна начела у домену превенције и борбе против корупције су: начело владавине права, начело одговорности, начело ефикасности, начело транспарентности, начело (пуне) нетолеранције на корупцију и начело свеобухватности примене мера и сарадње субјеката.¹⁶⁾ Доминантан савремени концепт о улози државе у домену обезбеђења јавног интереса у области јавно-приватног сектора, па и јавних набавки или јавно-приватног партнерства, јесте корпоратизам, који подразумева њену двојну улогу: заштитника, са једне, и оператера, са друге стране, у домену функционалног обезбеђења јавног интереса. Корпоратизам супституише низак степен деловања тржишних механизма (који за централну тачку и мотив имају максимизацију профита) административним мерама остваривања јавног интереса.¹⁷⁾

У систему превентивних мера које треба да резултирају минимизирањем вероватноће повреде конкуренције у поступку јавних набавки кроз договор наручиоца и понуђача у тендерском поступку као најзначајнија се јавља претходна контрола критеријума за учешће, а онда и прихват понуде, која резултира закључењем уговора на тендеру, с обзиром да они консеквентно директно утичу на присуство и ефикасност конкуренције у односном поступку. Услови треба да буду прецизно дефинисани и свеобухватни, без дискриминаторног ефекта. Примарну улогу откривања ситуације „намештеног“ тендера имају подносиоци понуда који прописане критеријуме могу да оцене као нерационалне, односно неуобичајене с обзиром на стварну сврху и предмет јавне набавке, познајући специфичности односног тржишта, и поднесу захтев за заштиту права. Могућа је, такође, ситуација да понуђач као учесник договора достави информације о његовом постојању и тако себи обезбеди изузимање од изрицања санкција; знатно је мање вероватна могућност да такву врсту пријаве поднесе наручилац посла. Такође, целисходно је установити обавезу претходне пријаве прописаних тендерских услова од стране наручиоца независном стручном

15) Закон о Агенцији за борбу против корупције, *Службени гласник РС*, бр. 97/08, 53/10, 66/11-УС и 67/13-УС

16) *Национална стратегија за борбу против корупције у Републици Србији за период од 2013. до 2018. године*, део III

17) Предраг Цветковић, Срђан Голубовић, „Споразум СТО о јавним набавкама“, *Правни живот*, бр. 11/2012, стр. 251.

надлежном органу за спровођење поступка јавних набавки.¹⁸⁾ У поступку јавне набавке наручилац је обавезан да одбије понуду и поднесе пријаву о случају надлежним органима у ситуацијама које садрже елементе коруптивног деловања, прања новца, криминалног организовања и преваре.¹⁹⁾

3. КОНКУРЕНЦИЈСКО-ПРАВНИ АСПЕКТ

Потпуна конкуренција је идеал коме се тежи, да се никада трајно не досегне. Зато су правила о заштити конкуренције усмерена на остваривање ефективне конкуренције, као правног стандарда који је установљен компромисом између пуне конкуренције као идеала и доњег прага испољавања тржишне моћи испод којег се није могло ићи, а да се не угрозе принципи слободе на удруживање и повећања ефикасности пословања, јер „Слобода је право да се чини све што закони допуштају“.

Унутрашња логика тендерског модела почива на претпоставци да се понуде подносе на бази индивидуалног економског интереса и прорачуна, са циљем добијања посла, а не договора са другим учесником, иначе на позицији тржишног конкурента, који неретко укључује и одлуку о добровољном одустајању од трансакционог уговора.²⁰⁾ Са друге стране, сходно закономерностима економије обима, нижу цену и повољнију индивидуалну понуду даје учесник са већим тржишним уделом²¹⁾, а сличан ефекат се остварује путем заједничке понуде. Број подносилаца понуда у поступку обрнуто је сразмеран вероватноћи постојања рестриктивне праксе, с обзиром да је картелни договор лакше остварити у ситуацији малог броја учесника тендера. Компетитивни тендерски поступак има два основна облика: тендер у коме се подносе затворене понуде и критеријуми учешћа су релативно сложени, а цена се јавља као најважнији али не и једини параметар за добијање посла, или - отворени аукцијски поступак надметања, у коме су услови учешћа ниско постављени, а цена се јавља као једини критеријум за закључење трансакционог уговора. Поступци јавне набавке, посматрано

18) Овај предлог подразумева проширење делокруга поступања Управе за јавне набавке, и допуна чл. 136, ст. 1 Закона о јавним набавкама.

19) *UNCITRAL Model Law on Public Procurement*, 2011, доступно на: [http://uncitral.org/uncitral/texts&status/procurement&infrastructure development](http://uncitral.org/uncitral/texts&status/procurement&infrastructure%20development) (приступљено 05.02.2014)

20) Ariel Ezrachi, *EU Competition Law*, Oxford, UK-Portland, USA, 2010, p. 111.

21) Nicola Dimitri, Gustavo Piga, Giancarlo Spagnolo, *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2006, p. 8.

са аспекта заштите принципа конкурентности, класификују се у три групе: набавка стандардне робе и услуга, у којој се као једини критеријум одлучивања јавља цена; јавни радови велике вредности, када се поступак спроводи у две фазе: у првој, квалификација понуђача условљена је компетентношћу и захтевом минималног финансијског потенцијала, на основу критеријума који су јасно и прецизно дефинисани, док се у другој фази коначна одлука о закључењу уговора доноси на основу понуде о цени (достављене у затвореним ковертама); специфичне, високоспецијализоване и консултантске услуге, за које се тендерски поступак спроводи на бази критеријума који се примарно односе на компетентност и професионално искуство.²²⁾ Сходно концепту „правила резона“ (*Rule of reason*), флексибилнији став према кооперацији конкурената може се заузети у две ситуације: када је збирна вредност њихових тржишних удела мања од 20% и уколико је реч о релевантном тржишту истраживања и развоја.²³⁾

Обим превентивних мера које је могуће и потребно предузети у случајевима потенцијалне повреде принципа конкурентности кроз договор понуђача у тендерском поступку у односу на ситуацију „намештања поступка“ је знатно шири. Примарну улогу контроле има наручилац посла: у случају сумње у постојање недозвољеног договарања, он и другом степену подноси пријаву и предмет даље предаје Управи за јавне набавке, односно Комисији за заштиту конкуренције, с тим да на трећем нивоу случај бива окончан у судском поступку. И у овој правној ситуацији могуће је да информацију о постојању споразума поднесе један од учесника, са циљем остваривања имунитета од санкција за рестриктивно споразумевање. Најзначајније мере које наручилац спроводи у оквиру припреме поступка јавне набавке у циљу умањења ризика од „намештања понуде“ односе се на: пажљиву и правовремену припрему поступка превасходно у смислу прикупљања информација о обиму и структури понуде, планирање поступка са циљем максимизације броја правоваљаних понуда, креирање процесног амбијента који ће комуникацију међу учесницима свести на објективни минимум и израду правилника о индицијама и поступању у случајевима постојања основане сумње о „намештеним понудама“.²⁴⁾

22) *Експертска анализа политике заштите конкуренције: Србија*, стр. 87.

23) Thomas Sullivan, Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law. Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*, LexisNexis, Newark, USA, 2003, p. 187.

24) *Упутство за откривање намештених понуда у поступцима јавних набавки*, Комисија за заштиту конкуренције РС, 2011, доступно на: <http://кзк.гов.рс> (приступљено 08.02.2014)

Наручилац резервише овлашћење да уговор у тендерском поступку не буде закључен уколико постоји сумња да резултат надметања није резултат ефективне конкуренције. У случају када се утврди постојање повреде учињено рестриктивним споразумевањем, Комисија за заштиту конкуренције одређује меру заштите конкуренције и, опционо, меру отклањања повреде конкуренције. Мера заштите конкуренције се односи на плаћање новчане казне за учињену радњу повреде конкуренције, чија се висина утврђује зависно од намере, тежине, наступелих последица и трајања повреде. У случају да је повреда настала као резултат удруженог деловања учесника на тржишту, одговорност за је солидарна. Скуп мера које треба да минимизирају вероватноћу креирања ситуације недопуштених договора у тендерском процесу мора бити пажљиво избалансиран између захтева за заштитом принципа конкурентности, заштитом транспарентности поступка и начелом ефикасности и рационалности система јавне набавке. У домаћем праву конкуренције, пракса Комисије за заштиту конкуренције, па сходно ни судска пракса, још увек не располажу случајем правоснажно утврђене повреде по основу картелног споразумевања у области јавних набавки. 2013. године отпочет је први поступак у тој категорији повреде конкуренције. Јачање конкурентности остварује се преваходно кроз стандардизацију процедуре, односно документације и подизање нивоа транспарентности поступка. Истовремено, поступак јавне набавке треба прилагодити специфичностима сваког појединачног случаја и предмета јавне набавке. Договор понуђача, корупција, превара, принуда и опструкција представљају правне основе за одбијање понуде или поништавање поступка јавне набавке.

4. ЈАВНИ ИНТЕРЕС СУЗБИЈАЊА КАРТЕЛНИХ СПОРАЗУМА У ПОСТУПЦИМА ЈАВНИХ НАБАВКИ

Рестриктивни споразуми представљају најтежу повреду принципа слободне тржишне конкуренције – претпостављено је постојање намере, забрањени су *per se*, а последица је ништавост. Било да су закључени у виду уговора или његових појединих одредаба, да су изричити или прећутни, у виду усаглашене праксе или одлука удружења тржишних учесника, рестриктивни споразуми имају значајну повреду конкуренције за циљ или последицу. Рестриктивни споразуми су забрањени, осим у законом предвиђеним случајевима изузећа.²⁵⁾ Ништавост монополске клаузуле кон-

25) Закон о заштити конкуренције РС, чл. 10, ст. 3 – чл.13

секвентно не значи и ништавост уговора²⁶⁾. Комунитарно право²⁷⁾ утврђује, а домаће право²⁸⁾ усваја, пет категорија договарања које се *a priori* квалификују као рестриктивно споразумевање, а односе се на: поделу тржишта или извора набавки, непосредно или посредно утврђивање цена или других услова трговања; ограничавање или контролу производње, испорука, техничког развоја или улагања; примену различитих услова на исте обавезе са различитим трговинским партнерима; условљавање закључења уговора додатним обавезама, које по својој природи или пословним обичајима нису везане за предмет уговора.

Најтежи вид повреде ефективне конкуренције представљају картели - категорија хоризонталних споразума базирана на изричитом, а чешће прећутном договору субјеката који дејствују на истом производном, односно проментном пословном нивоу, којим се искључује њихова природан и претпостављен однос конкурентности и усаглашавају битни пословни параметри, са циљем да се путем контроле претежног дела пословне активности осталим субјектима наметну услови пословања и оствари екстрапрофит. Три су основна конститутивна елемента картела: монополски предуслови, који се првенствено односе на постојање супститута производа, односно услуга, постојање баријера за улазак на односно тржиште, обим обухваћености тржишних учесника и еластичност тражње; другу групу чине структурни предуслови, који узимају у обзир број учесника споразума, тржишну дисперзованост, аспект набавки и правни режим у сегменту санкционисања картелних споразума; најзад, трећи сегмент понашања се односи на размену информација између чланова картелног споразума, а централно место има ценовни аспект – њихово одређивање и надгледање.²⁹⁾ У поступку јавне набавке понуђачи се договарају о заједничком наступу као одговору на позив за учешће на тендеру³⁰⁾, најчешће у форми усаглашеног понашања, са циљем остваривања више тран-

26) С обзиром да је у пракси број уговора у којима је инкорпорисана рестриктивна клаузула значајан, њихова апсолутна ништавост, јер су то по правилу одредбе које се односе на битне састојке уговора - унела би значајну дозу правне несигурности у правни промет, па се рушљивост јавља као решење, сходно чл. 105 Закона о облигационим односима РС, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УС и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/03 – УП)

27) Члан 101, став 1 Уговора о функционисању Европске уније

28) Чл. 10, ст. 2 Закона о заштити конкуренције РС

29) Борис Беговић, Владимир Павић: *Увод у право конкуренције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 48.

30) Richard Whish, David Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, UK-New York, USA, 2012, p. 536.

сакционе цене, односно других пословних бенефита (нпр. смањења оперативних трошкова).

Изузимање од санкционисања рестриктивног споразумевања тржишних учесника (*Leniency*) представља институт проистекао из примене правила резона, прагматичности и ефикасности у домену истраживања картелног договарања. Због различитих форми које могу да поприме, а писана ће у пракси бити пре изузетак него правило, док управо супротно важи за присуство центлменских споразума у домену картелног договарања - откривање и доказивање рестриктивног споразумевања се поставља као веома сложен задатак. Стога, из америчког права у комунитарно, а из њега онда 2005. у домаће право конкуренције се уводи институт ослобађања од одговорности учесника рестриктивног споразума који његово постојање пријави, односно достави адекватне доказе, органу који остварује примарну заштиту конкуренције. Давање имунитета или умањење казни за одређеног учесника рестриктивног уговора, у замену за добровољно давање информација или доказа у вези са односним забрањеним споразумом, који задовољавају унапред дефинисане критеријуме пре или током спровођења истражног поступка, представља данас најважнији инструмент у борби против картелних договора. Три су битна критеријума која опредељују успешну имплементацију програма имунитета у домену картелних споразума: јасна и једноставна регулаторна правила, сигурност и извесност у погледу бенефита које тржишни учесник добија и право приоритета, у смислу да пуну корист пријаве остварује само првоступајући.³¹⁾ Јавни интерес је стављен испред целисходности кажњавања једног учесника, коме се даје имунитет или умањује казна, у замену за добијање информација и доказа о картелном послу, пре или током поступка.

Институт (делимичног) изузимање од санкционисања рестриктивног споразумевања тржишних учесника налази се на осетљивом правном терену, на коме се укрштају дејства начела правног опортунитета и облигационо-правног принципа равноправности,

31) Учесник споразума који пледира на уживање пуног имунитета од изрицања санкције у виду обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције, а која може да износи највише 10% од оствареног укупног годишњег прихода у години која претходи учињеној повреди, може га остварити на два начина: уколико Комисији за заштиту конкуренције први пријави да је односни споразум закључен, или уколико достави доказе адекватне да пропрате доношење решења о повреди конкуренције услед рестриктивног споразумевања. Учесник споразума који није први пријавио постојање споразума, односно доставио адекватне доказе, новчана обавеза по основу изречене мере заштите конкуренције може бити умањена уколико достави доказе који Комисији до тог тренутка нису били доступни, консеквентно чему ће бити могуће окончање поступка, односно доношење решења о повреди конкуренције услед рестриктивног споразумевања. (чл. 68, ст. 1 Закона о заштити конкуренције РС).

и из њега изведеног надпринципа правичности. У конкретном случају - примат добија рационални утилитаризам, давањем предности општој у односу на појединачну правну вредност. Чињеница да је учесник у послу пријавио постојање рестриктивног споразума о коме Комисија за заштиту конкуренције није имала сазнање, и процесуирање таквог случаја у смислу заштите принципа ефективне конкурентности има већу специфичну тежину, друштвену и правну, у односу на губитак који се огледа у ослобађању од обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције једног учесника посла, оног који је поднео односну пријаву.

Једно од најважнијих питања успешног привредног и тржишног развоја, укључујући буџетску стабилност, Србије јесте ефективно и ефикасно спровођења поступака јавних набавки, у којима се заштита ефективне конкуренције јавља као тежишна тачка. Рестриктивно споразумевање представља најтежи облик повреде конкуренције, а договори закључени у поступку јавне набавке, посматрано са становишта јавног интереса, с обзиром да је непосредно реч о јавним средствима – представљају најозбиљнији облик картелних споразума. Зато је истраживање овог проблема у домаћем пословно-правном амбијенту у времену које долази питање не само прворазредне друштвене и научне оправданости, већ и друштвене одговорности.

ЛИТЕРАТУРА

- Беговић Борис, Павић Владимир, *Увод у право конкуренције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012.
- Bovis Christopher, *EU Public Procurement Law*, Cheltenham, UK-Northampton, USA, 2007.
- Влада РС, Стратегија развоја јавних набавки у Републици Србији, 2011, доступно на: <http://гс.гов.рс/стратегије-вс.хтмл>
- Dimitri Nicola, Piga Gustavo, Spagnolo Giancarlo, *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press Cambridge, UK, 2006.
- Ђурић Живојин, „Социјално-политички осврт на модел приватизације у Србији“, *Српска политичка мисао*, бр. 4/2013, Институт за политичке студије, Београд, 2013.
- Ezrachi Ariel, *EU Competition Law*, Oxford, UK-Portland, USA, 2010.
- Закон о Агенцији за борбу против корупције, *Службени гласник РС*, бр. 97/08, 53/10, 66/11-УС и 67/13-УС
- Закон о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 51/09, 95/13.
- Закон о јавним набавкама, *Службени гласник РС*, бр. 124/12.
- Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УС и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/03 – УП)

- Закон о приватизацији, *Службени гласник РС*, бр. 38/01, 18/03, 45/05, 123/07, 123/07-др. Закон и 30/10.
- Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација против корупције, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 12/05.
- Комисија за заштиту конкуренције РС, *Упутство за откривање намештених понуда у поступцима јавних набавки*, доступно на: <http://кзк.гов.рс>
- Конференција Уједињених нација за трговину и развој, *Експертска анализа политике заштите конкуренције: Србија*, Уједињене нације, Њујорк и Женева, 2011.
- Народна скупштина РС, Национална стратегија за борбу против корупције у Републици Србији за период од 2013. до 2018. године, *Службени гласник РС*, бр. 57/13.
- Новаковић Александар, „Транзиција, реформе и перцепције о реформама-поређење српске и транзиције земаља ИЦЕ“, *Српска политичка мисао*, бр. 1/2012, Институт за политичке студије, Београд
- OECD, *The Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, 2009, доступно на: <http://oecd.org/competition/fightingbidrigginginpublicprocurement>
- OECD Council, *Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, 2012, доступно на: <http://oecd.org/competition/fightingbidrigginginpublicprocurement>
- Савет страних инвеститора, *Бела књига – Предлози за побољшање пословног окружења у Србији 2013*, Београд, 2013.
- Стојиљковић Зоран, *Држава и корупција*, Факултет политичких наука Универзитета у Београду и Чигоја штампа, Београд, 2013.
- Sullivan Thomas, Hovenkamp Herbert, *Antitrust Law. Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*, LexisNexis, Newark, USA, 2003.
- United Nations Development Programme, *Good governance and sustainable human development*, 1997, New York, доступно на: <http://mirror.undp.org/magnet/policy/chapter.1.htm>
- UNCITRAL *Model Law on Public Procurement*, 2011, доступно на: [UNCITRAL Model Law on Public Procurement](http://uncitral.org/uncitral/texts&status/procurement&infrastructure), 2011, доступно на: <http://uncitral.org/uncitral/texts&status/procurement&infrastructure>
- Управа за јавне набавке, *Извештај за прво полугодиште 2013, 2013*, доступно на: http://ујн.гов.рс/извештаји/извештаји_управе_за_јавне_набавке/извештај_за_прво_полугодиште/2013/таб.2/стр.1
- Цветковић Предраг, Голубовић Срђан, „Споразум СТО о јавним набавкама“ *Правни живот* бр. 11/2012 (Удружење правника Србије, Београд, 2012)
- Whish Richard, Bailey David, *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, UK-New York, USA, 2012.

Sanja M. Dankovic Stepanovic

**PROTECTION OF COMPETITION AND
SUPPRESSION OF CORRUPTION IN THE
PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURES**

Resume

Regulated public procurement system provides the conditions for a free and non-discriminatory competitive fight between bidders as participants in the tender procedure that is in the public procurement procedure, thus achieving a rational and economical use of public funds. On the other hand, the same value is protected with the suppression of corruption activity in the procedure. At the same time, in accordance with the effects they produce, the most value-serious violation of competition are faced in the public procurement procedures, primarily in the area of cartel arrangements.

This paper examined the influence of various elements on the level of competition in the public procurement procedure that is the level of probability of distortion of effective competition. Analyzed factors, in the causal series, are divided into two categories: objective, which are of procedural nature and in which the participation criteria emerges as the most important criteria, and subjective, which are of contractual nature and in which the competitor agreement emerges as the most important form. Starting from the openness and the complexity of the public procurement procedures as its most essential characteristics, a special interest in research is devoted to the issue of dynamic balance that is to the maintenance and adjustment mechanisms within the system of rules of competition.

The results of research indicate the existence of two basic types of illicit behaviors which result in a violation of effective competition in the tender procedure. In the first case of „bid rigging“, the procuring entity and the bidder arise as subjects, and the basic method is the use of terms and criteria which objectively result in minimizing the number of participants in the procedure. This, indirectly, represents a form of restrictive agreement because both constituent elements are cumulatively fulfilled: the first element is subjective - it is the matter of entities, natural or legal, who participate, directly or indirectly, in the trade of goods or services, public authorities and local governments may also participate, and the second objective element - it is the matter of agreement that may be concluded in the form of express or tacit consent of the will, and which has a significant distortion of competition within the territory of the Republic of Serbia as its effect. Higher transaction

price represents the harmful effects - with the consent of the procuring entity, due to limited that is prevented competition, which consequently primarily the interest of the state, and the interests of potential bidders - market participants and consumers. Sanctions are of personal, criminal-law, and property nature. Legal protection is achieved in the area of rules on suppression of corruption and the protection of competition. The second model of „bid rigging“ refers to mutual agreement of bidders on the matter how to participate in the procedure and on the outcome of procedure which by its nature represent a form of a restrictive agreement, more precisely a classic cartel. Its participants replace the natural state competition, which inherently involves competition and rivalry, with illicit agreement on division of markets or the division of sources of supply. Higher transaction price represents the harmful effects - realized without the consent of the procuring entity, due to limited that is prevented competition, which consequently violates primarily the interest of the state and interests of other bidders outside of cartel, as well as the interests of consumers. Sanctions are primarily of material nature, in the form of measures for protection of competition and measures for elimination that is prevention of violation of competition. Legal protection is primarily exercised in the area of rules of competition.

The conclusion of this paper is that each of these models assumes the application of different rules and complex corpus of legal measures in terms of combining of preventive measures and criminal nature, as well as property and personal-legal sanctions and it also includes, in terms of effectiveness and rationality of treatment, a specific order of their implementation, which consequently includes various levels of institutional practices. In the case of „procedure rigging“, a preventive effect has the primary role in terms of the previous control of criteria for evaluation and acceptance of the offer resulting in the conclusion of the contract in the tender procedure. Conditions should be clearly defined and comprehensive with no discriminatory effect. The primary role in detecting elements of violation of the rules of the procedure have bidders who may evaluate the criteria as irrational given the real purpose and object of the public procurement, and apply for the protection of their rights. In the case of „bid rigging“, the procuring entity has the main supporting role: in the event of suspicion of illicit agreement, it shall submit an application and refer the case to the competent regulatory bodies for public procurement and protection of competition, while the court acts in the third level of protection. Sanctions are determined in an administrative, civil and criminal procedure.

Starting from the over principal of the rule of the law in the area of effective implementation of public procurement, and bearing in mind

the interest trinity which is the subject of protection: the state that is the budget funds, on one hand, equality of the market participants, on the other, and the interests of consumers, as the third party - the recommendation of this paper is two-sided, and is given in the legislative and institutional context.

Regulatory non-compliance of regulations on public procurement and protection of competition exists in terms of the right to participate in legally independent entities that, however, represent related market participants within the meaning of existence of decisive control of one participant in relation to business practice of other participants. In such situation, despite the initial lack of interference for participants to appear in the procurement procedure, a following scenario is recorded: inability to deliver true objectively grounded statement on independent bid by the side of participant over which there is a controlling influence of another related entity. Also, the decision on mandatory provision of statement on independent offer is incomplete because it does not regulate the case of false statement and in this sense it is necessary to amend it by establishing the criminal liability of the bidder that is the responsible person making the statement. Furthermore, centralized procurement model, although undoubtedly contributes to the rationalization of the procedure, it consequently leads to reduction of the number of bidders, that is to increase of concentration on the supply side, thus increasing the level of coordination of market participants, and the level of probability of the conclusion of restrictive agreements. On the other hand, this model suppresses smaller market participants in the public procurement procedure, except in the event of a joint offer, which significantly undermines the principle of equality. Finally, a decision that directly favors domestic bidder in respect to foreign business entity, in the event of applying the criteria of economically most suitable offer, (if the difference of the offers in the final sum of the weights does not exceed ten) is incompatible with the constitutional provisions on national treatment of foreign persons who are market participants.

This paper pointed out the importance of improving the functional institutional framework, primarily in the area of effective inter - institutional cooperation, as a necessary precondition of the effective protection of competition and prevention of corruption in the area of public procurement procedures. In that sense, a recommendation is to approach to formalization of cooperation in terms of concluding agreements on joint participation, information sharing and coordination, which would be signed by the Commission for Protection of Competition, Anti-Corruption Agency, Republic Commission for the Protection of the Rights in Procedures, Public Procurement Office and other institutions

whose field of jurisdiction includes, directly or indirectly, the effective implementation of public procurement procedures.

Key words: Public procurement, Bid rigging, Procedure rigging, Tender criteria, Suppression of corruption, Inter-institutional cooperation, Effective competition enforcement

* Овај рад је примљен 12. фебруара 2014. године а прихваћен за штампу на састанку Редакције 25. марта 2014. године.