
ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ

Сања ДАНКОВИЋ СТЕПАНОВИЋ
редовни професор Факултета политичких наука
Универзитета у Београду

КАРТЕЛНИ СПОРАЗУМИ О ПОДЕЛИ ИЗВОРА НАБАВКИ*

Резиме

Уређен систем јавних набавки обезбеђује услове за слободну и недискриминациону конкурентску борбу између понуђача као учесника у тендерском, односно поступку јавне набавке, чиме се остварује рационално и економично коришћење јавних средстава; исти ефекти постигну се, са друге стране, сузбијањем коруптивне активности у поступку.

Радам је испитиван утицај различитих елемената на ниво конкурентности у поступку јавне набавке, односно степен вероватноће нарушавања ефективне конкуренције, уз претпоставку да је број подносилаца понуда у поступку обрнуто сразмеран степену вероватноће постојања ретриктивне праксе. Анализирани чиниоци у каузалној вези подељени су у две категорије: објективне, који су процесне природе и код којих се критеријуми учешћа јављају као најзначајнији, и субјективне, који су уговорне природе и споразум конкурената је најважнији облик. Полазећи од отворености система као битне карактеристике, у истраживању је посебан значај посвећен питању динамичке равнотеже, односно механизма одржавања и прилагођавања унутар система правила заштите конкуренције.

Закључак је овог рада је да модели „намештања поступка“ и „намештања понуде“ захтевају примену различитих правила и ком-

* Рад је припремљен у оквиру пројекта бр. 47026 Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС.

флексној корџуса љравних мера, у смислу комбиновања оних љревенљивне и казнене љрироде, као и имовинских и лично-љравних санкција и љодразумева, у циљу деловљворности и рационалности љосљууљања, сљецифичан редослед њихове имљлененљације, а љо консеквенљно значи и различитље нивое инсљљљуционалној љосљууљања.

Кључне речи: комљейљљивности љосљууљка, заједничка љонуда, љодела љржљшљља, љодела извора набавки, карљелни дољовор.

I Правна природа рестриктивних споразума

Рестриктивни споразуми представљају најозбиљнији облик повреде ефективне конкуренције, а највиши степен опасности собом носе картелни договори, који се закључују између пословних субјеката којима је иманентно стање конкурентности, па резултантно томе и однос такмичења; природно стање супротстављености интереса они замењују недопуштеним усаглашавањем тржљшног поступања, са циљем да се другим пословним субјектима наметну неповољнији услови пословања и оствари екстрапрофит, чиме се наноси штета конкурентима, потрошачима и друштвеном интересу.¹ Рестриктивни споразуми су забрањени *per se* и за правну последицу имају ништавост, осим у три случаја: законом предвиђеним ситуацијама изузећа, када на захтев учесника споразума надлежни орган донесе одлуку о појединачном изузећу и уколико је реч о споразуму мањег значаја, сходно примени начела *De minimis (non curat lex)*.² Ништавост монополске клаузуле консеквентно не значи и ништавост уговора.³ Комуитарно право⁴ утврђује, а домаће право⁵ усваја пет категорија договарања које се *apriori* квалификују као

1 Домаће право примену правила о заштити конкуренције функционално поставља у два основна сегмента: оптимизације остваривања користи за потрошаче, као основног циља, и у сврху економског напретка и добробити друштва; чл. 1 Закона о заштити конкуренције (*Службени јласник РС*, бр. 51/09 и 95/13).

2 Закон о заштити конкуренције, чл. 10, ст. 3–14.

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

4 Члан 101, став 1 Уговора о функционисању Европске уније (УФЕУ), <http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index>.

5 Чл. 10, ст. 2 Закона о заштити конкуренције.

рестриктивно споразумевање и односе се на: поделу тржишта или извора набавки, непосредно или посредно утврђивање куповних или продајних цена или других услова трговања; ограничавање или контролу производње, испорука, техничког развоја или улагања; примену различитих услова на исте обавезе са различитим трговинским партнерима, чиме се штети конкуренцији; условљавање закључења уговора додатним обавезама, које по својој природи или трговачким обичајима нису везане за предмет уговора.

Картелни хоризонтални рестриктивни споразуми су засновани на изричитом, а чешће прећутном договору субјеката који дејствују на истом производном, односно проментном пословном нивоу, а за циљ или последицу имају нарушавање, ограничавање или спречавање конкуренције. Пословни ефекти картелног споразума су двоструки: остварује се екстрапрофит и умањује се, односно искључује конкурентски притисак (који налаже континуирану тежњу за смањењем трошкова пословања). Картелни тајни договор у поступку јавне набавке наноси штету буџетским ресурсима (наручиоца и пореских обвезника) и минимизира предности конкурентног тржишта.⁶ Правна последица је ништавост, с тим да ни домаће, нити комунитарно право конкуренције не садрже експлицитну *per se* забрану картелних споразума и категоријално их не издвајају из режима потенцијалног изузимања од забране рестриктивног споразумевања. Могуће је стога претпоставити, и применом *De minimis*,⁷ односно правила резона (*Rule of reason*)⁸ доказати, да картелни договор између конкурената потенцијално може имати позитивне ефекте по друштвену и пословну климу, који каткад оправдавају опстанак у правној стварности упркос њиховој неспорно рестриктивној природи. Ипак, такви случајеви су у упоредно-правној пракси сасвим ретки, а нарочито их је тешко оправдати у ситуацијама картелног договора подносилаца понуда у поступцима јавних набавки, осим евентуално уколико би били екстензивно квалификовани као заједничка понуда.

6 Упутство за откривање „намештених“ понуда у поступку јавне набавке (I део, ст. 2), Комисија за заштиту конкуренције РС, 2011, http://kzk.gov.rs/pravni_okvir/uputstva.

7 *De minimis* правило налаже толеранцију према одређеним понашањима пословних субјеката којима се врши повреда правила о заштити конкуренције, с обзиром на то да је последично нарушавање конкуренцијске равнотеже незнатно; сходно критеријуму учешћа на релевантном тржишту, у домаћем праву важи претпоставка да је повреда ефективно мала уколико не прелази 10% учешћа код хоризонталних, односно 15% учешћа у случају вертикалних рестриктивних споразума.

8 Примена правила резона налаже да се приликом анализе појединачног случаја ради утврђивања да ли је, циљно или последично, дошло до повреде ефективне конкуренције узму у обзир сва дејства и резултати конкретног поступања; коначна одлука о (не)допуштености понашања доноси се на основу квантитативно-квалитативног вредновања и збирне оцене свих ефеката.

Изузимање од санкционисања рестриктивног споразумевања тржишних учесника (*Leniency*) представља институт проистекао из примене правила резона, прагматичности и ефикасности у домену истраживања картелног договарања. Било да су закључени у виду уговора или његових појединих одредаба, да су изричитии или прећутни, у виду усаглашене праксе или одлука удружења тржишних учесника, због различитих форми које могу да поприме, а писана ће пре бити 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. Давање имунитета или умањење казне за одређеног учесника рестриктивног уговора, у замену за добровољно уступање информација или доказа у вези са односним забрањеним споразумом, који задовољавају унапред дефинисане критеријуме пре или током спровођења истражног поступка, представља данас најважнији начин откривања картелних договора. Учесник споразума који пледира на уживање пуног имунитета од изрицања санкције у виду обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције, а која износи највише 10% од оствареног укупног годишњег прихода у години која претходи учињеној повреди,⁹ може га остварити уколико Комисији за заштиту конкуренције први пријави да је односни споразум закључен, односно уколико достави адекватне доказе.¹⁰ Учеснику споразума који није први пријавио постојање споразума или доставио адекватне доказе, новчана обавеза по основу изречене мере заштите конкуренције може бити умањена.¹¹

II Јавне набавке као вид тендерског поступка

Ефективно спровођење поступка јавне набавке засновано 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 – која подразумева јавност поступка, уз благовремено и потпуно информисање свих учесника о његовим битним елементима; једнакост понуђача – коју

9 Вид. чл. 68, ст. 1 Закона о заштити конкуренције.

10 Вид. чл. 2 Уредбе о условима ослобађања обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 50/10).

11 Уколико достави доказе који Комисији за заштиту конкуренције до тог тренутка нису били доступни, консеквентно чему ће бити могуће окончање поступка.

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.

Уређен систем јавних набавки обезбеђује услове за слободну и недискриминаторну конкурентску борбу између понуђача као учесника у тендерском поступку. Унутрашња логика овог правног модела почива на претпоставци да се понуде подносе на бази индивидуалног економског интереса и прорачуна – са циљем добијања посла, а не договора са осталим учесницима који имају позицију тржишног конкурента, који неретко укључује и одлуку о добровољном одустајању од трансакционог уговора.¹² Компетитивни тендерски поступак остварује се у два основна вида: као тендер у коме се подносе затворене понуде и у коме су критеријуми учешћа релативно сложени, а цена се јавља као најважнији али не и једини параметар за добијање посла, или као отворени аукцијски поступак надметања, у коме су услови учешћа једноставни, а цена се јавља као једини критеријум за закључење трансакционог уговора. 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 у поступку јавне набавке: најнижа цена и модел економски најповољнијих збирних услова.¹³ Посматрано са аспекта заштите принципа конкурентности, поступци јавних набавки се класификују у три групе: набавка стандардне робе и услуга, у којој је цена једини параметар; јавни радови велике вредности, када се поступак спроводи у две фазе: у првој, квалификација понуђача условљена је компетентношћу и захтевом минималног финансијског потенцијала, док се у другом сегменту доноси коначна одлука о закључењу уговора, на основу понуда о цени (достављених 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.¹⁴

Број подносиоца понуда у поступку обрнуто је сразмеран вероватноћи постојања рестриктивне праксе, с обзиром да је картелни договор лакше остварити у ситуацији малог броја учесника тенде-

12 Ariel Ezrachi, *EU Competition Law*, Oxford, UK – Portland, USA, 2010, стр. 111.

13 Christopher Bovis, *EU Public Procurement Law*, Cheltenham, UK – Northampton, USA, 2007, стр. 75.

14 Конференције Уједињених нација за трговину и развој, *Експертска анализа поли-
тике заштитне конкуренције: Србија*, Њујорк – Женева, 2011, стр. 87.

ра. Истовремено, повољнију индивидуалну понуду са нижом ценом даје учесник са већим тржишним уделом, сходно закономерности-ма економије обима.¹⁵ Сличан ефекат, у сегменту високо дисперзованог дела тржишта, могуће је постићи повезивањем учесника са мањим вредностима удела у поступку јавне набавке, путем давања заједничке понуде¹⁶ или подношењем понуде са подизвођачем.¹⁷ 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, јављају првенствено они који располажу значајним тржишним уделом. Други негативан ефекат система централизованих јавних набавки се односи на нарушавање принципа равноправности понуђача у поступку.

Услед утврђеног обима набавке, мањим привредним субјектима је значајно отежано самостално учешће у поступку; модалитет коме се прибегава јесте повезивање ради подношења заједничке понуде, што консеквентно отвара друго поље потенцијалне повреде начела ефективне конкурентности у тендерским поступцима, јер порастом концентрисаности на страни понуде учесницима на тржишту бива омогућен већи степен координације понашања, а самим тим и лакше постизање рестриктивних договора. У том смислу је рационално увођење обавезне претходне провере постојања објективних тржишних услова који допуштају подношење самосталне понуде, у ком случају би сценарио давања заједничке понуде био искључен. Да би се наведена опасност предупредила, односно минимизирала, рационално решење је обавезна примена, када је то објективно могуће, модела обликовања јавних набавки по партијама (који отвара врата учешћу већег броја мањих тржишних учесника у тендерском поступку). Са друге стране, наручилац је

15 Nicola Dimitri, Gustavo Piga, Giancarlo Spagnolo, *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press Cambridge, UK, 2006, стр. 8.

16 Заједничку понуду подноси група понуђача, с тим да сваки од њих испуњава обавезне услове учешћа у тендерском поступку, а додатне услове испуњавају заједно; понуђачи који подносе заједничку понуду имају према наручиоцу неограничену солидрну одговорност; вид. чл. 81, ст. 1, 2 и 7 Закона о јавним набавкама (*Службени гласник РС*, бр. 124/12).

17 Понуда са подизвођачем подразумева да понуђач може део предмета, односно укупне вредности јавне набавке, не већи од 50% – поверити подизвођачу (који има правну форму предузетника или малог правног лица), с тим да понуђач сноси пуну одговорност према наручиоцу у погледу извршења уговорних обавеза; вид. чл. 80, ст. 1 и 8 Закона о јавним набавкама.

обавезан да Комисији за заштиту конкуренције пријавији закључење споразума са подизвођачем у случају да је реч о лицу чији идентитет иницијално није био наведен о понуди, а које се јавило у улози понуђача, дакле конкурента, у поступку јавне набавке.¹⁸ Ово решење је оправдано стога што се у пословној пракси рестриктивни споразуми у поступцима јавних набавки често појављују у форми подизвођачких уговора, којима се извршење појединих делова уговора поверава понуђачима који су претходно били конкуренти у поступку надметања (и за стварну сврху има само расподелу неосновано остварене добити), а заправо су сви заједно учесници у рестриктивном споразуму, што правну ситуацију нужно квалификује као *fraus legis*. Стога се је потребно пронаћи осетљиву равнотежну линију између афирмације заједничког наступања понуђача (мање економске снаге) у тендерском поступку и заштите од повреде конкуренције у виду споразума понуђача о заједничком наступању.¹⁹

Правне мере за умањење ризика нарушавања ефективне конкуренције обухватају:²⁰ подстицање учешћа већег броја понуђача у поступку, ограничење комуникације између понуђача, коришћење најбоље праксе за спецификацију услова тендера, прописивање јасних критеријума учешћа и рангирања понуда, добро познавање тржишних услова који су од утицаја за креирање правила поступка (ситуације високе концентрисаности тржишта или постојања баријера за улазак захтевају виши степен опреза приликом утврђивања тендерских критеријума и процесних правила). Договор понуђача, превара, принуда, коруптивно деловање и опструкција представљају правне основе за одбијање понуде или поништавање поступка јавне набавке.²¹ Постоје два основна модела рестриктивног понашања која резултирају повредом конкуренције у поступку јавне набавке: споразум наручиоца посла и даваоца понуде и договор понуђача о заједничком наступању у поступку.

18 Чл. 80, ст. 12, 13 и 14 Закона о јавним набавкама.

19 Посебан значај за заштиту принципа конкурентности при томе има сегмент планирања тендерског поступка, уз обавезно претходно спровођење истраживање тржишта од стране надлежног органа (Управа за јавне набавке), са циљем креирања и спровођења јавне набавке која ће поред захтева који се тичу транспарентности и интегритета набавке, предупредити могућности настанка забрањених споразума између понуђача.

20 OECD, *The Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, 2009, <http://oecd.org/competition/fightingbidrigginginpublicprocurement>.

21 UNCITRAL Model Law on Public Procurement, 2011, [http://uncitral.org/uncitral/texts&status/procurement&infrastructure development](http://uncitral.org/uncitral/texts&status/procurement&infrastructure%20development).

III Рестриктивни споразум наручиоца и понуђача

Наручилац је обавезан да предузме све разумне правне и фактичке радње како би у спровођењу поступка јавне набавке био досегнут објективно могућ највиши степен конкуренције. Наручилац сноси одговорност да тендерске услове за учешће, и критеријуме за вредновање пријава на тендеру пропише на начин који омогућава, најпре, учешће већег броја међусобно независних понуђача, а затим и њихову равноправну стартну позицију и третман у поступку јавне набавке.

Недозвољено је поступање наручиоца које за циљ или последицу има онемогућавање било ког понуђача да узме учешће у поступку јавне набавке, пре свега несавесним прописивањем и коришћењем дискриминаторских услова тендера, као и злоупотребом својих овлашћења у преговарачком поступку.²² Случајеви договореног и недозвољеног стиписисања тендерских критеријума, као мерила која се користе за вредновање, упоређивање и, најзад, оцењивање понуда – који воде ограничењу, односно елиминисању конкуренције на страни понуђача, а у којима се као главни актер јавља наручилац – санкционишу се у домену коруптивног деловања. Најчешћи инструменти који се употребљавају у ситуацији „намештања тендера“ односе се на имплементирање техничке спецификације фаворизованог понуђача у тендерске критеријуме, затим прописивање обавезних референци понуђача које нису у логичкој вези са предметом набавке, као и навођење критеријума квалитета који се вреднује субјективно и дискреционо.

С обзиром на недовољну законску прецизност у погледу обавезе наручиоца да пропише тендерске критеријуме који одговарају његовим пословним потребама, али истовремено омогућавају и ефективну конкурентност на страни понуђача, са једне стране, и објективне тешкоће доказивања у случају злоупотребе овог овлашћења (било у смислу неоправдане употребе или дискриминаторног коришћења услова), са друге стране, а полазећи од огромног значаја који за заштиту начела слободне конкуренције има овај сегмент поступка – потребно је принципе за установљавања тендерских критеријума нормативно заокружити. Било би целисходно, у домену превентивног деловања, регулаторно установити немогућност прописивања услова које објективно не испуњава више потенцијалних понуђача на односном релевантном (географском) тржишту; такође, недопуштено је прописивање услова који имплицирају поступање трећег лица, а чије испуњење представља његово дискреционо право (ово нарочито ако би то лице могло да се јави у улози даваоца понуде у поступку). Са друге стране, у ситуацији када се у неколико

22 Чл. 10 Закона о јавним набавкама.

тендерских поступака које спроводи исти наручилац у одређеном временском периоду трансакциони уговор закључује са истим понуђачем, требало би предвидети обавезу пријаве и институционално реаговање (у домаћем праву: Управе за јавне набавке) у смислу ванредне контроле спроведених поступака јавне набавке.

Као што је прописима о јавним набавкама по правилу (и у домаћем праву) прецизно утврђен појам прихватљиве понуде: која испуњава услов благовремености, коју наручилац није одбио због битних недостатака, која је одговарајућа, која не ограничава нити условљава права наручиоца или обавезе понуђача и која не превазилази износ процењене вредности јавне набавке – од велике је важности аналогно утврдити и оквиру у којима треба да буде учињен позив за давање понуда од стране наручиоца, преваходно у смислу стипулисања критеријума, како би била омогућена равноправна стартна позиција свих кандидата у тендерском поступку. Посебно је значајна прецизност легислативног решења у погледу забране вођења преговора о било ком ценовном аспекту након отварања понуда; разговори са понуђачима могу бити вођени искључиво у циљу појашњења или допуне садржаја понуда, и то под условом да то за последицу нема дискриминацију, односно повреду принципа конкурентности – посматрано са становишта спровођења тендерског поступка у целини.

У домену превентивних мера се као најзначајнија јавља претходна контрола критеријума за учешће, а онда и прихват понуде, односно за закључење уговора са изабраним понуђачем, с обзиром да они консеквентно директно утичу на присуство и ефективност 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. У поступку јавне набавке наручилац је обавезан да одбије понуду и поднесе пријаву о односном случају надлежним органима у ситуацијама које садрже елементе коруптивног деловања, прања новца, криминалног организовања и преваре.²³

23 UNCITRAL Model Law on Public Procurement, 2011, [http://uncitral.org/uncitral/texts&status/procurement&infrastructure development](http://uncitral.org/uncitral/texts&status/procurement&infrastructure%20development).

IV Рестриктивни споразум понуђача

Природно стање међусобног конкурентног надметања даваоци понуда у тендерском поступку у случају „намештања понуда“ замењују тајним договором који ће, штитећи њихове појединачне интересе, истовремено резултирати вишом ценом односног посла, ограниченом и контролисаном понудом која значи неповољније услове набавке за купца и одвраћањем других понуђача од учешћа у поступку услед претпоставке о постојању односног савеза. С обзиром на велику вредност посла и високу заступљеност модела јавних набавки у савременом пословном амбијенту, тржишни учесници се договарају о заједничком наступу као одговору на позив за учешће на тендеру,²⁴ најчешће у форми усаглашеног понашања, са циљем остваривања више трансакционе цене, односно других пословних бенефита (на пример, смањења оперативних трошкова). Најзаступљенији облици рестриктивних договора понуђача у тендерском поступку у европској пословној пракси су договор о ценама (или елементима за цене), подела тржишта (договор о подели набавки или договор о купцима, односно добављачима), договор о исплати накнаде за предају неконкурентне понуде, договор о подношењу неконкурентних понуда и договор о подношењу нереално високе понуде. Најчешће се споразум остварује у форми договорне, хоризонтално или вертикално остварене, праксе поступања, која осим објективно једнообразног понашања садржи и субјективни елемент вољног усмеравања тржишног понашања, без постојања формалног уговора као оквира сагласности воља.²⁵

Различите су стратегије којима учесници тендера приступају договарајући се међусобно, у циљу постизања што бољег финансијског резултата и нарушавајући тиме слободну конкуренцију, које се неретко примењују комбиновано, а као најважније јављају се: симулирано такмичење, уздржавање од такмичења, тендерска ротација и подела тржишта. Компензациони сегмент у моделу „намештених понуда“ остварује се најчешће у форми исплате дела остварене добити од стране изабраног понуђача осталим учесницима договора, затим кроз „компензациона плаћања“ каја подразумевају давање накнада понуђачима који су дали понуде веће вредности (покривајуће понуде), као и закључењем фиктивних уговора о консултантским услугама. У домаћем праву конкуренције, пракса Комисије за заштиту конкуренције на примарном нивоу заштите, па сходно ни судска пракса, још увек не располажу случајем правоснажно утврђене повреде по основу картелног

24 Richard Whish, David Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, UK-New York, USA, 2012, стр. 536.

25 Р. Вукадиновић, *Увод у индустријације и право ЕУ*, Крагујевац, 2011, стр. 404.

споразумевања у области јавних набавки; 2013. године отпочет је први поступак у тој категорији повреде конкуренције.²⁶ 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.

Најважнији објективни показатељи високог степена вероватноће постојања „намештене понуде“²⁷ су: учешће малог броја понуђача, висока концентрисаност односног тржишта, предвидљив ток тражње јавног сектора који подразумева спровођење поступка јавне набавке, поновљени тендерски поступак, хомогеност на страни понуђача која олакшава договор о ценама и низак ниво супститута за предмет понуде.²⁸ Посебно значајан индикатор се односи на наступ пословних удружења, која чине учесници на одређеном релевантном и географском тржишту, а повезује их заједнички комерцијални интерес, сходно чему се „под кишобраном“ удруживања закључују и имплементирају тајни рестриктивни споразуми о усаглашеном наступању.²⁹

26 У случају из праксе Велике Британије *Kier Group PLC and others v Office of Fair Trading*, 1114/1/1/00, CAT 3 (2011) дат је одговор на питање да ли рестриктиван споразум у домену достављања фиктивних ценовних понуда у поступку јавне набавке представља (значајну) повреду конкуренције. Утврђено је на примарном нивоу поступања од стране *Office of Fair Trading* да је више од 100 грађевинских компанија било укључено у договор о нарушавању принципа конкурентности у поступцима јавних набавки, већина путем достављања лажних понуда, и сходно квалификацији рестриктивног споразумевања су изречене санкције. У жалби Апелационом суду, тржишни учесници су изнели становиште да лажне понуде немају значајне последице по нарушавање конкуренције на начин на који је то утврђено првостепеном одлуком. Апелациони суд је најпре утврдио да достављање лажних понуда на јавном надметању има за циљ нарушавање конкуренције, с обзиром да не постоји легитимни разлог да учесник на тржишту који не жели да учествује у поступку јавног надметања у њему поднесе пријаву. Међутим, суд је даље оценио, узимајући у обзир последице достављања лажних понуда, да овај вид рестриктивног поступања представља нижи степен опасности у односу на картелни ценовни договор конкурената у поступку, којим се опредељује цена коју ће наручилац платити; у случају достављања лажних понуда, напротив, циљ је утврђивање цене коју наручилац није спреман да плати. Сходно томе, суд је значајно умањио вредност новчаних казни које су у поступку пред *Office of Fair Trading* изречене. На крају, целисходно је приметити да је по својој природи рестриктиван, а то даље значи забрањен и ништав, не само споразум који за последицу има повреду конкуренције, већ и онај коме је то циљ, без обзира на стварно произведене ефекте у погледу спречавања, ограничавања или нарушавања конкуренције.

27 Упутство за откривање „намештених“ понуда у поступку јавне набавке.

28 *OECD – Guidelines for fighting bid rigging in public procurement*.

29 Упутство о примени правила о заштити конкуренције на удружења учесника на тржишту, Комисија за заштиту конкуренције РС, 2011, <http://kzk.gov.rs/pravniokvir/uputstva>.

Централни сегмент у систему заштите ефективне конкурентности од „наместених понуда“ заузимају превентивне мере.³⁰ Примарну улогу контроле има наручилац посла: у случају сумње у постојање недозвољеног договорања у тендерском поступку он подноси пријаву, и предмет даље бива процесуиран на примарном нивоу заштите конкуренције (од стране Комисије за заштиту конкуренције), док се секундарна заштита остварује у судском поступку. У случају када се утврди постојање повреде конкуренције, Комисија одређује меру заштите конкуренције и, опционо, меру отклањања повреде конкуренције.³¹ Мера заштите конкуренције односи се на плаћање новчане казне за учињену радњу повреде конкуренције, чија се висина утврђује зависно од намере, тежине, наступелих последица и трајања повреде конкуренције. У случају да је повреда настала као резултат удруженог деловања учесника на тржишту, одговорност за плаћање управне мере је солидарна. Информацију о постојању споразума може поднети и један од учесника, са циљем остваривања имунитета од санкција за рестриктивно споразумевање.

V Уместо закључка

Картелни споразум у тендерском поступку јавне набавке са облигационо-правног аспекта има неколико битних одлика и сегмената укрштених правних дејстава: прво, реч је о преварном послу, што даље значи да је једна страна изазвала заблуду код друге стране, или је у њој одржавала са намером да је наведе на закључење уговора, у ком случају друга страна може захтевати поништај уговора и накнаду претрпљене штете;³² друго, битан елемент је колузионо, усаглашено понашање;³³

30 Значајан законски инструмент за ограничавање, односно спречавање ситуација „наместених понуда“ јесте изјава понуђача, као обавезан део тендерске документације, да је понуда поднета независно, без било ког вида договора са другим понуђачима или заинтересованим лицима; посебан значај за минимизацију степена „наместених понуда“ у домаћој пословно-правној пракси имају активности наручиоца у погледу одбијања понуде дате од стране конзорцијума која садржи елементе картелизације тржишта, као и спречавања договорања у току преговора са ужом листом кандидата; вид.: *Експертска анализа њолијике заштитне конкуренције: Србија*, стр. 88.

31 Мере понашања имају за циљ отклањање утврђене повреде конкуренције, односно спречавање могућности настанка исте или сличне повреде, давањем налога за предузимање одређеног понашања или забране одређеног понашања; ако се утврди значајна опасност од понављања исте или сличне повреде као непосредне последице саме структуре учесника на тржишту, Комисија може да одреди структурну меру која би имала за циљ промену у тој структури ради отклањања потенцијалне опасности.

32 Члан 65, ст. 1 и 2 Закона о облигационим односима.

33 Сагласност воља и у овом послу је остварена када су се стране сагласиле о битним састојцима уговора, сходно чл. 26 Закона о облигационим односима.

треће, у питању је облик рестриктивног (монополског) понашања, а у заснивању облигационих односа стране не могу установљавати права и обавезе којима се ствара или искоришћава монополски положај на тржишту.³⁴ Једно од најважнијих питања успешног привредног и тржишног развоја јесте ефективно и ефикасно спровођења поступака јавних набавки, у којима се заштита делотворне 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. Решења позитивног права о нарушавању конкуренције у тендерском поступку још увек су на путу ка заокруженом и функционалном систему, и још увек ближа страни чулности него умности, тако да је правац даљег проучавања овог питања, од огромне друштвене важности и научне оправданости, усмерен ка упливу веће количине умности која чини да (и) позитивно право (конкуренције) постане праведније, постојаније и општије.³⁵

Полазећи од надпринципа владавине права у области ефективног спровођења тендерског поступка, а имајући у виду интересно тројство које је предмет заштите у систему јавних набавки: државна, односно буџетска средства, са једне, равноправност тржишних учесника, са друге, и интерес потрошача, са треће стране – препорука овог рада у домену легислативног усаглашавања и унапређења решења односи се на: обавезу претходне пријаве прописаних тендерских услова од стране наручиоца органу надлежном за спровођење поступка јавних набавки; обавезу праћења реализације уговора одређених категорија (као што су инфраструктурни послови) или уговора велике вредности, од стране органа надлежног за спровођење поступка јавних набавки;³⁶ решење о обавезном давању изјаве о независној понуди, које је непотпуно јер не уређује случај лажне изјаве и у том смислу га је потребно допунити у правцу установљавања прекршајне одговорности понуђача, односно одговорног лица које даје изјаву;³⁷ неусаглашеност прописа о јавним набавкама и заштити конкуренције у погледу права учешћа правно независних субјеката који, међутим, представљају повезане учеснике на тржишту у смислу постојања одлучујуће контроле једног у односу на вођење полова другог учесника, па упркос иницијалном непостојању сметње да се учесници појаве у поступку јавне набавке – евидентна је немогућност

34 Члан 14 Закона о облигационим односима.

35 Слободан Перовић, *Природно право и суд*, Београд, 1996, стр. 94.

36 Наведене две активности претпостављају проширење стварно-правне надлежности Управе за јавне набавке РС (чл. 136, ст. 1 Закона о јавним набавкама).

37 Чл. 26 Закона о јавним набавкама.

давања истините објективно утемељене изјаве о независној понуди од стране учесника над којим постоји контролни утицај другог повезаног субјекта; концепт којим се непосредно фаворизује домаћи понуђач у односу на страног пословног субјекта, у случају примене критеријума економски најповољније понуде (уколико разлика понуда у коначном збиру пондера није већа од десет), који је несагласан уставној одредби о националном третману страних лица која су учесници на домаћем тржишту.³⁸

Јер, право нужно инклинира правичности, да јој се приближи и никада је не досегне (*ius respicit aequitatem*).

Sanja DANKOVIĆ STEPANOVIĆ, PhD
Professor at the Faculty of Political Sciences, University of Belgrade

CARTEL AGREEMENT ON DIVISION OF SOURCES OF PROCUREMENT

Summary

Regulated public procurement system provides conditions for a free and non-discriminatory competitive fight between bidders, as participants in the tender procedure, thus achieving rational and efficient use of public funds. This paper has examined the influence of various elements on the level of competition in the public procurement procedure that is the probability of violation of effective competition, starting with the assumption that the number of bid submitters in the procedure is negatively correlated with the probability of the existence of restrictive practices. The analyzed factors in the causal relation are divided into two categories: objective, which are procedural and in which the participation criteria emerges as the most important criteria, and subjective which are of contractual nature and in which contractual agreement between competitors emerges as the most important form. Starting from the openness of the system as its essential characteristics, a special focus in the research was given to the issue of dynamic equilibrium that is to the mechanisms of maintenance and adjustments within the system of proper protection of competition.

The conclusion of this paper indicates that the models of “tender rigging” and “bid rigging” require the application of different rules and complex corpus

38 Чл. 84, ст. 4 Устава РС (Службени гласник РС, бр. 37/06), у вези са чл. 86, ст. 1 Закона о јавним набавкама.

of legal measures, in terms of combining preventive and punitive measures, as well as property and personal-legal sanctions and it includes, in terms of effectiveness and rationality of treatment, a specific sequence of their implementation, and this consequently means different levels of institutional treatment.

Key words: *competitiveness of the procedure, joint bid, division of markets, the division of sources of procurement, cartel agreement.*