SIGMA
Creating Change Together

A joint initiative of the OECD and the EU, principally financed by the EU

Резиме 1 Септември, 2016 година

Јавни набавки

Јавни набавки во ЕУ: законодавна рамка, основни начела и институции

СОДРЖИНА

- Општ контекст
- Опфат на директивите
- Правно дејство на директивите
- Основни начела на јавните набавки: конкуренција, еднаков третман и недискриминација, транспарентност
- Улога на европските институции
- Дополнителни информации

Одобрено за објавување од Карен Хил, раководител на програмата СИГМА

2 Rue André Pascal
75775 Paris Cedex 16
France

mailto:sigmaweb@oecd.org
Тел.: +33 (0) 1 45 24 82 00
Факс: +33 (0) 1 45 24 13 05

www.sigmaweb.org

Ова резиме е објавено во рамки на надлежноста на Генералниот секретар на ОЕЦД. Мислењата и аргументите коишто тука се изразени не треба да се смета дека ги одразуваат официјалните ставови на Европската унија или земјите-членки на ОЕЦД или земјите-кориснички коишто учествуваат во програмата СИГМА.

Овој документ и секоја мапа вклучена во истиот не се во спротивност со статусот или суверенитетот на која било територија, означувањето на меѓународните граници и со името на која било територија, град или област.

Општ контекст

За да се разбере основата за јавните набавки во Европската унија (ЕУ), потребно е да се разгледаат самите Директиви за набавки, како и контекстот во кој тие се донесени. Покрај постојните директиви, се применуваат и поопшти одредби содржани во Договорот од Рим, како и поопшти правни начела кои помагаат за правилно толкување на директивите. Исто така, важно е да се разбере и улогата на различните институции на ЕУ.

Договор за функционирањето на Европската унија (ДФЕУ)[1]: ДФЕУ не вклучува изречни одредби поврзани со јавните набавки. Меѓутоа, истиот содржи одреден број на фундаментални начела (Начела од Договорот) кои ја сочинуваат основата на ЕУ. Од овие фундаментални начела, следните се најрелевантни од аспект на јавните набавки:

- забрана на дискриминација врз основа на националност
- слободно движење на стоки
- слобода за обезбедување на услуги
- слобода на основање.

Општи законски начела: Покрај овие фундаментални начела од Договорот, одредени општи законски начела произлегоа од судската практика на Судот на правдата на Европската унија (СПЕУ). Општите законски начела се важни бидејќи СПЕУ често ги користи за пополнување на празнините во законската регулатива и за изнаоѓање решенија за ситуациите кои често се значително сложени. Најважните општи законски начела во контекст на набавките се следниве:

- еднаков третман
- транспарентност
- меѓусебно признавање
- пропорционалност.

Овие општи начела се применуваат независно од директивите, така што дури и ако Директивите не се применуваат, овие начела сепак може да се применат за набавката и за доделувањето на договори од страна на договорните субјекти.

Директиви на ЕУ: За да се поддржат начелата од Договорот во областа на јавните набавки и за да се обезбедат потребните насоки за земјите-членки, ЕУ усвои пакет на Директиви за јавни набавки. Последните Директиви за јавни набавки (Директивите од 2014 година), кои главно покриваат процедурални прашања, се следниве:

- Директива за јавни набавки во класичниот јавен сектор 2014/24/ЕУ која ја заменува Директивата 2014/18/ЕЗ[2]
- Секторска директива 2014/25/ЕУ која ја заменува Директивата 2014/17/ЕЗ[3]
- Директива за концесија 2014/23/ЕУ[4], со која се креира нов регулиран режим за доделување на договори за концесии за работи и услуги.

---

[1] Договор за функционирањето на Европската унија – консолидирана верзија на Договорот за функционирањето на Европската унија, *Службен весник на Европската унија (Сл. весник на ЕУ)*, C 326, 26 октомври 2012 година.

[2] Директива 2014/24/ЕУ за јавни набавки и за укинување на Директива 2004/18/ЕЗ, 26 февруари 2014 година.

[3] Директива 2014/25/ЕУ за набавки на субјектите кои работат во секторите за водоснабдување, енергетика, транспорт и поштенски услуги и за укинување на Директива 2004/17/ЕЗ, 26 февруари 2014 година.

Крајниот рок за транспонирање на овие три директиви од страна на земјите-членки во нивното национално законодавство беше 18 април 2016 година.

Двете директиви за правни лекови се применуваат за жалби и правна заштита: Директивата за правни лекови во јавниот сектор 89/665/ЕЗ и Директивата за правни лекови во секторски опфатените дејности 92/13/ЕЗ[5]. Овие две директиви за правни лекови беа значително изменети со Директивата 2007/66/ЕЗ[6].

Покрај тоа, со Директивата за јавни набавки во областа на одбраната 2009/81/ЕЗ[7] се применува пофлексибилен и подоверлив режим за воени набавки и поврзани работи и услуги.

Европската комисија ги има надополнето овие директиви со дополнително законодавство со коешто се регулираат различни аспекти од процесот на јавни набавки.

Опфат на директивите

Директивите немаат за цел да наметнат *заеднички* регулаторен режим во земјите-членки на ЕУ во областа на набавките и земјите-членки може да продолжат со примена на своите национални постапки кои се *приспособени на* директивите. Со тоа, на земјите-членки им се дозволува да имаат или да усвојуваат материјални и процедурални правила сè додека таквите правила не се во судир со директивите или со одредбите од Договорот. Како резултат на тоа, земјите-членки може слободно да регулираат повеќе прашања, главно практични работи.

Во суштина, заедничките правила на директивите се состојат од примена на основните начела, а особено начелата на недискриминација, еднаков третман и транспарентност во следните области:

- објавување на предложени договори за јавни набавки
- изработка на технички спецификации
- избор на постапка за јавна набавка
- утврдување на способност и избор на кандидати и понудувачи
- доделување на договори.

Наместо да се стреми кон прецизно регулирање на сите договори за јавни набавки во рамки на ЕУ, законодавецот на ЕУ одлучил со директивите да ги регулира само оние договори за кои е најочигледно дека може да влијаат на трговијата помеѓу земјите-членки. Во рамки на оваа широка дефиниција спаѓаат следниве договори:

- договори кои имаат доволно висока вредност за да привлечат економски оператори од други земји-членки (т.е. каде потенцијалните придобивки од добивање на

[4] Директива 2014/23/ЕУ за доделување на договори за концесии, 26 февруари 2014 година.

[5] Директива 89/665/ЕЕЗ за усогласување на законите, регулативите и административните одредби кои се однесуваат на примената на постапките за правна заштита на доделувањето на договори за јавна набавка на стоки и договори за јавна набавка на работи, 21 декември 1989 година, како што е изменета и дополнета и Директива 92/13/ЕЕЗ за усогласување на законите, прописите и административните одредби во врска примената на правилата на Заедницата за постапките за јавни набавки на субјектите кои работат во секторите за водоснабдување, енергетика, транспорт и телекомуникации, 25 февруари 1992 година.

[6] Директива 2007/66/ЕЗ со која се изменуваат Директивите на Советот 89/665/ЕЕЗ и 92/13/ЕЕЗ во врска со подобрувањето на ефективноста на постапките за правна заштита во однос на доделувањето на договори за јавни набавки, 11 декември 2007 година.

[7] Директива 2009/81/ЕЗ за усогласување на постапките за доделување на одредени договори за јавна набавка на работи, договори за јавна набавка на стоки и договори за јавна набавка на услуги кои ги склучуваат договорните органи или субјекти во областа на одбраната и безбедноста и за изменување на Директивите 2004/17/ЕЗ и 2004/18/ЕЗ, 13 јули 2009 година.

договорот се поголеми од дополнителните трошоци за обезбедување на стоките, работите или услугите од поголема далечина);

- договори чиј предмет е соодветен за прекугранична трговија.

Правно дејство на директивите

Земјите-членки имаат обврска да ги преземат сите соодветни мерки за да обезбедат исполнување на обврските кои произлегуваат од Договорот или кои резултираат од активностите преземени од страна на институциите на ЕУ. Директивите, како и сите директиви, по дефиниција не се директно применливи, односно не се применуваат по автоматизам.

За да се произведе нивното дејство во земјите-членки, директивите треба да се спроведат или „транспонираат“ во националното право. Затоа, земјите-членки имаат обврска да ги преземат потребните мерки за да овозможат целосно дејство на одредбите на директивите во националното право и за да обезбедат дека други национални одредби нема да ја загрозат применливоста на одредбите од директивите. Овие мерки обично се во форма на транспонирање на директивите во националното право и укинување на сите спротивни законски одредби.

Директивите се обврзувачки само од аспект на резултатот кој треба да се постигне, но генерално на националните власти им е овозможено да ја изберат формата и методите. Земјите-членки на ЕУ не мора да произведат идентична копија на директивите во своето национално законодавство, иако некои земји-членки токму тоа го имаат направено.

Меѓутоа, доколку директивите не се спроведат точно или навремено, тоа не значи дека тие немаат правно дејство. Земјите-членки не можат да им ги одземат на субјектите (договорните органи и економските оператори) правата кои тие ги имаат според директивите. Во согласност со доктрината на СПЕУ за „директно дејство“, поединците може да ги реализираат своите права кои се доделени со директивите во националните судови, секогаш кога ќе бидат исполнети соодветните услови.

Условите кои се потребни за да се произведе директното дејство на одредена директива се следниве:

- обврската наметната на земјите-членки да е јасна и прецизна;
- обврската да е безусловна;
- во однос на мерките за спроведување, земјите-членки или институциите на ЕУ да немаат простор за дискреционо одлучување.

СПЕУ наведе дека голем дел од одредбите од директивите немаат директно дејство, но и дека секоја одредба треба поединечно да се разгледува.

Основни начела на јавните набавки

Од своето основање, една од главните цели на ЕУ е да создаде заеднички пазар кој ќе ги отстрани бариерите во трговијата со стоки и услуги помеѓу земјите-членки на ЕУ. Создавањето на заеднички пазар за јавни набавки значи отстранување на сите бариери за трговијата коишто произлегуваат во контекст на набавките.

Бариерите во трговијата може да се воведат преку законската регулатива или со дејствија на договорните органи или на економските оператори. Законската регулатива може да креира бариери со воведување на обврски за „купување домашни производи“. Договорните органи може да наметнат бариери со донесување на дискриминаторни одлуки за доделување на договорите. Економските оператори, исто така, можат да создадат бариери со незаконско

договарање за нечесно утврдување на цените на понудите. Сите овие бариери ја нарушуваат конкуренцијата на заедничкиот пазар за јавни набавки. Една од главните цели на законската регулатива за јавните набавки е да се отстранат постојните бариери и да се спречи појава на нови. Тоа се постигнува со примена на основните начела преку законодавството.

Иако се меѓусебно поврзани, овие начела може да се редуцираат на низа основни начела:

- **Конкуренција**

Од економска гледна точка, „конкуренцијата“ функционира како постапка на откривање со која им се овозможува на различните економски оператори да информираат за цените на стоките и услугите кои се достапни на пазарот. Тие цени претставуваат индикатори и ги одразуваат условите на понудата и побарувачката во секој момент. Тие, исто така, ги одразуваат разликите во квалитетот и во условите на продажбата на различните (нехомогени) производи коишто се достапни.

Затоа објавувањето е толку важно. Објавувањето гарантира најширок можен публицитет и конкуренција, им овозможува на економските оператори од целата Европска унија да учествуваат, а со тоа се обезбедува најголем можен избор.

Клучно е конкуренцијата да биде лојална (или да се одржуваат „рамноправни услови“) за да се постигнат ефикасни и економични резултати во набавката. Целта на законската регулатива за јавните набавки е да се спречат какви било нарушувања или ограничувања на конкуренцијата во ЕУ и да се забрани секој обид за попречување на економските оператори да поднесат понуда.

Таквите обиди може да бидат во различни форми и може да влијаат на производите или услугите или на самите економски оператори. Како резултат на тоа, законската регулатива спречува бариери на слободното движење на стоките, како што се ограничувања за увоз и политики за „купување домашни производи“, како и бариери на слободата за обезбедување услуги, како што се обидите за ограничување на странските економски оператори да достават понуди преку примена на барања за локална регистрација.

Исто така, заштитата на конкуренцијата е прашање поврзано со одржувањето на еднаков третман, избегнување на дискриминација, примена на начелата за меѓусебно признавање (на еквивалентни производи и квалификации) и обезбедување на пропорционалност на исклучоците.

- **Еднаков третман и недискриминација**

Концептите за еднаков третман и недискриминација не се исти. Генерално, целата законска регулатива за јавните набавки има за цел да ја одржува еднаквоста меѓу економските оператори. Меѓутоа, во контекст на ЕУ, таквата еднаквост се базира и на „националноста“.

Еднаквиот третман е концепт кој генерално бара идентични ситуации да се третираат на ист начин или различни ситуации да не се третираат на ист начин, како и идентични лица да се третираат подеднакво. Во таа смисла, тука се подразбира дека договорните органи нема да ги земат предвид различните можности или тешкотии со кои се соочуваат поединечните економски оператори, туку дека ќе ги оценуваат единствено врз основа на резултатите од нивните напори, односно врз основа на понудите што ќе ги поднесат. Ова начело предвидува објективна оценка на понудените цени и квалитет и ги занемарува сите аспекти кои се нерелевантни за утврдувањето дали понудата е економски ефикасна.

Во контекст на ЕУ, потребна е уште една дефиниција за концептот за еднаков третман, бидејќи во овој контекст еднаквоста дополнително се базира и на националноста или потеклото на стоките. Како резултат на тоа, сите економски оператори со националност од ЕУ и сите понуди кои вклучуваат стоки со потекло од ЕУ мора да се третираат еднакво (ова е начелото за недискриминација).

Овој концепт на недискриминација е повеќе од едноставно проширување на концептот за еднаков третман. Тоа подразбира дека секој услов за прифатливост или потекло (врз основа на националност или локално потекло) автоматски ќе предизвика нееднаков третман, бидејќи таквите услови по дефиниција дискриминираат одредена група на (странски) економски оператори или фаворизираат друга група. Сепак, иако дискриминацијата во одреден контекст ќе предизвика нееднаков третман, нееднаквиот третман не секогаш резултира со дискриминација.

- **Транспарентност**

„Транспарентноста" неодамна произлезе како самостојно начело, иако веројатно е подобро на неа да се гледа како на инструмент за постигнување други цели. На пример:

  - Објавувањето и достапноста на законската регулатива обезбедува јасност и сигурност за сите засегнати страни и им овозможува на договорните органи и на економските оператори да ги знаат правилата на играта.
  - Обврските за објавување гарантираат транспарентност во процесот на откривање.
  - Објавувањето однапред на техничките спецификации и на критериумите за утврдување на способност и за доделување на договорот им овозможува на засегнатите страни да проверат дали спецификациите и критериумите се објективни и недискриминаторски.
  - Обврските за евидентирање и известување обезбедуваат дека дејствијата на договорните органи може да се проверат онаму каде што е соодветно.

Обврските за евидентирање и известување, исто така, претставуваат фундаментален аспект за „отчетноста", т.е. одговорноста на службениците за јавни набавки во однос на нивните одлуки и дејствија. „Отчетноста", исто така, често е изречна цел на националните системи за јавни набавки, а одредбите за транспарентност ја зајакнуваат ваквата отчетност.

Меѓутоа, важноста на начелото на транспарентност во контекст на ЕУ е дека тоа се применува независно од законската регулатива. Како резултат на тоа, ако одреден договор за јавни набавки е надвор од опфатот на директивите, тогаш можно е начелото на транспарентност и понатаму да се применува за да се наметнат обврските за објавување. Тоа е потврдено и од СПЕУ.

Дел од горенаведените начела се различно претставени или се комбинирани во националното законодавство. На пример, во законодавството може да се најдат начела како што се „економичност и ефикасност", „вредност на парите" и „чесност" или „интегритет".

Вредност на парите

Клучниот економски двигател во основата на постапките за јавни набавки е потребата да се обезбеди дека сите набавки претставуваат вредност за парите. Ова прашање не е конкретно разгледано со директивите, но важно е да не се занемари потребата да се обезбеди дека вредноста на парите ќе биде еден од главните резултати од постапката за јавна набавка. Поимот вредност на парите значи оптимална комбинација меѓу различните фактори кои се

поврзани и кои не се поврзани со трошоците, а кои заедно ги исполнуваат барањата на договорниот орган. Елементите кои ја сочинуваат оптималната комбинација на овие различни фактори се разликуваат од една до друга набавка и зависат од резултатите кои ги бара договорниот орган за релевантната набавка.

Со Директивата и со Секторската директива се бара сите договори да се доделуваат со примена на критериумот „економски најповолна понуда". Овие директиви ставаат значителен акцент на договорите кои се доделуваат врз основа на комбинација од фактори кои се поврзани и кои не се поврзани со трошоците.

Улога на европските институции

Во јавните набавки на европско ниво се вклучени повеќе организации. Тие организации се Советот на Европската унија, Европскиот парламент, Европската комисија и Судот на правдата на Европската унија.

Совет на Европската унија (Совет): Советот е составен од владини министри од секоја земја-членка на ЕУ. Владините министри се состануваат во Советот за да дискутираат, менуваат и усвојуваат закони и усогласуваат политики. Министрите имаат овластување да ги обврзат своите влади кон активностите договорени на состаноците на Советот. Заедно со Европскиот парламент, Советот е главно тело за донесување одлуки на ЕУ.

Европски парламент (Парламент): Парламентот е законодавното тело на ЕУ. Гласачите од ЕУ директно го избираат Парламентот на секои пет години. Парламентот има три главни улоги: законодавна, надзорна и буџетска. Парламентот ги договара и усвојува законите за јавни набавки на ЕУ, заедно со Советот, врз основа на предлози од Европската комисија.

Советот и Парламентот со заеднички активности („законодавецот на ЕУ") ги усвоија Директивите од 2014 година преку „редовната законодавна постапка".

Европска комисија: Европската комисија е политички независна извршна рака на ЕУ. Европската комисија е единствено одговорна за изготвување на предлози за ново европско законодавство и таа ги спроведува одлуките на Парламентот и на Советот.

Покрај улогата на предлагач на законската регулатива, Европската комисија, исто така, со Договорот е определена за нејзин чувар. Таа има јасна задача да обезбеди дека се применуваат одредбите од Договорот и мерките кои институциите ги преземаат во согласност со истиот.

Поради тоа, покрај улогата на главен креатор на политики во областа на јавните набавки, Европската комисија е одговорна и за примена и општо спроведување на директивите. Во случајот со јавните набавки, одговорниот генерален директорат е ГД за внатрешен пазар, индустрија, претприемништво и мали и средни претпријатија (МСП) - DG GROW. Мерките за спроведување преземени од DG GROW вклучуваат усвојување на секундарно законодавство.

Иако спроведувањето на правото во националните судови/тела за правна заштита против договорните органи кои ги прекршуваат своите обврски е во интерес на економските оператори, таквите прекршоците сторени од овие јавни органи, како еманации на земјата-членка, истовремено ќе се сметаат за неисполнување на обврските на земјата-членка кои произлегуваат од Договорот. СПЕУ може директно да го оспори таквото неисполнување на обврски.

Суд на правдата на Европската унија (СПЕУ): На ниво на ЕУ има два суда, секој со своја сопствена јурисдикција: Општиот суд (претходно Првостепен суд), кој постапува по тужби против институциите на ЕУ, како и Судот на правдата на Европската унија (СПЕУ). Во повеќето предмети поврзани со јавните набавки, од најголем интерес е СПЕУ.

СПЕУ го обезбедува почитувањето на законодавството при толкувањето и примената на Договорот и неговите правила за спроведување. За таа цел, неколку овластувања се изречно доделени на СПЕУ. Овие овластувања се главно предвидени за да му се овозможи на СПЕУ да одлучува за делата и пропустите на институциите и земјите-членки во согласност со законодавството на ЕУ, како и да обезбеди еднообразност во толкувањето на законодавството на ЕУ и во примената на ова законодавство од страна на националните судови.

Има три области од работењето на СПЕУ кои се важни во однос на јавните набавки:

- **Решавање на спорови**

  СПЕУ има надлежност за расправање по спорови меѓу Европската комисија која има улога на чувар на Договорот и земјите-членки во однос на неисполнувањето на обврските на земјата-членка кои произлегуваат од Договорот. Таквите расправи често се нарекуваат прекршочни постапки на Европската комисија.

- **Прелиминарни одлуки**

  Клучно овластување доделено на СПЕУ е овластувањето да изрече прелиминарна одлука за *толкувањето* на Договорот и за *валидноста* и *толкувањето* на актите на институциите на ЕУ ако се покрене вакво прашање пред национален суд или трибунал.

  Поради тоа, во споровите меѓу земјите-членки и приватни лица или помеѓу самите приватни лица, прашањата поврзани со толкувањето, примената и валидноста на правото на ЕУ коишто произлегуваат во контекст на националните постапки може да се упатат до СПЕУ. На пример, кога таквите прашања настануваат во контекст на спор за јавни набавки кој е изнесен пред национален суд/тело за правна заштита според Директивата за правни лекови, националните судови може истите да ги упатат за толкување до СПЕУ. Според оваа постапка, националниот суд/телото за правна заштита ќе ги утврди фактите на предметот и ќе ги формулира прашањата во однос на толкувањето за СПЕУ, чии одговори се неопходни за решавање на предметот.

- **Општи законски начела**

  При реализирањето на својата надлежност, СПЕУ го применува и толкува правото на ЕУ и, притоа, често е обврзан да ги пополни потенцијалните празнини во правото на ЕУ со упатување кон општите законски начела. Овие празнини се непишани правила, кои не се содржани во Договорот туку се инспирирани од вообичаените општи законски начела потврдени во националните правни системи на земјите-членки на ЕУ.

Улога на земјите-членки на ЕУ: За целите на ЕУ, земјите-членки се обврзани да ги преземат сите соодветни мерки за да обезбедат исполнување на обврските кои произлегуваат од Договорот или кои резултираат од активностите преземени од страна на институциите на ЕУ. Од нив се бара да го олеснат реализирањето на задачите на ЕУ и да се воздржат од какви било мерки кои може да го загрозат постигнувањето на целите од Договорот.

Од аспект на директивите, од земјите-членки се бара да ги преземат потребните мерки за да овозможат целосно дејство на одредбите на директивите во националното законодавство и за да обезбедат дека други национални одредби нема да влијаат на нивната применливост. Ова барање обично е во форма на транспонирање на директивите во националното законодавство и укинување на сите спротивни законски одредби.

Важно е да се истакне дека иако директивите се директно ефективни кога се исполнети одредени услови (како што е погоре дискутирано) бидејќи пренесуваат права дури и ако не се спроведени, директивите не се директно применливи, т.е. истите треба да се транспонираат во националното законодавство.

Покрај тоа, тие се обврзувачки само од аспект на резултатот кој треба да се постигне, но генерално, на националните власти им е овозможено да ја изберат формата и методите за транспонирање во националното законодавство. Поради тоа, земјите-членки не мора да произведат идентична копија од директивите во своето национално законодавство.

Доколку ги постигнуваат истите резултати, националните власти може да ги репродуцираат одредбите од директивите на идентичен начин, на пример, со измена на постојната законска регулатива или со креирање на нова законска регулатива или кодекси.

Дополнителни информации

Публикации

СИГМА (2015), *Прирачник за обука за јавните набавки* – Модули А1, А2 и А3, издание на ОЕЦД, Париз, http://www.sigmaweb.org/publications/public-procurement-training-manual.htm

Резимеа за јавните набавки

http://www.sigmaweb.org/publications/key-public-procurement-publications.htm

СИГМА (2014), *Директиви на ЕУ: Концесии*, Резиме 31, издание на ОЕЦД, Париз

СИГМА (2014), *Директиви на ЕУ: Набавки во класичниот јавен сектор и во секторски опфатените дејности*, Резиме 30, издание на ОЕЦД, Париз

Други извори

Законодавна рамка: Различните текстови кои ја сочинуваат законодавната рамка на ЕУ за јавни набавки, заедно со широк опсег на други корисни документи и врски, може да се најдат на веб-страницата на DG-GROW на Европската комисија: http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/

Текстовите за Договорот за ЕУ може да се најдат на веб страницата на ЕУ: http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_en.htm