



Јавни набавки

Формирање тела за правна заштита кај јавните набавки

СОДРЖИНА

- [Важноста на системот на правна заштита и правни лекови](#)
- [Главни институционални модели](#)
- [Клучни услови за специјализирано тело за правна заштита](#)
- [Управни приговори до договорниот орган/субјект](#)
- [Статус и независност на специјализираното тело за правна заштита](#)
- [Други важни практични прашања](#)
- [Дополнителни информации](#)

Одобрено за објавување од Карен Хил, раководител на програмата СИГМА

Важноста на системот на правна заштита и правни лекови

Главна цел на системот на правна заштита и правни лекови кај јавните набавки е да се изврши практична примена на законодавството за јавните набавки на тој начин што ќе се обезбеди коригирање на повредите на ова законодавство и на намерните или ненамерните грешки на договорните органи/субјекти. Доброфункционален систем на правна заштита и правни лекови е во интерес на сите засегнати страни – како на економските оператори и договорните органи/субјекти така и на пошироката јавност.

Системите на правна заштита и правни лекови во јавните набавки на земјите-членки се воспоставуваат и развиваат врз основа на посебни услови од Директивите за правните лекови¹, од Договорот на ЕУ² и од судската практика на Судот на правдата на Европската унија (СПЕУ).

Системот на правна заштита и правни лекови треба да обезбеди правни лекови за незадоволните понудувачи и кандидати, кои мора да бидат:

- брзи
- ефективни
- транспарентни
- недискриминирачки.

Иако Директивите за правните лекови се однесуваат на земјите-членки, земјите-кандидатки и некои земји-партнери на Европската унија (ЕУ) развиваат нови стабилни и ефикасни системи на правни лекови кои се засноваат на општите начела промовирани со Директивите за правните лекови. Целта на ова резиме е да се дадат општи насоки – особено за креаторите на политики во тие земји – за еден од најважните елементи што треба да биде земен предвид во текот на развивањето и спроведувањето на системот на правни лекови: формирањето на телото (или телата) за правна заштита.

Прво, резимето дава опис на главните институционални модели во ЕУ без да се обидува да ги оценува нивните предности/неповолности или да препорачува некоја посебна институционална организираност. Потоа, тука се истакнуваат клучните обврски предвидени во Директивите за правните лекови и во судската практика на СПЕУ за „специјализирани“ тела за правна заштита. Последните делови од резимето главно се осврнуваат на аспекти на добрата практика, како што се начините за обезбедување независност на телата за правна заштита и за справување со други важни прашања што се наметнуваат при формирањето на телото за правна заштита.

¹ Директива 89/665/ЕЕЗ за усогласување на законите, прописите и административните одредби во врска со примената на постапките за правна заштита кај доделувањето договори за јавна набавка на стоки и работи, 21 декември 1989 година; Директива 92/13/ЕЕЗ за усогласување на законите, прописите и административните одредби во врска со примената на прописите на Заедницата за постапките за јавни набавки на субјектите од секторите водоснабдување, енергетика, транспорт и телекомуникации, 25 февруари 1992 година; Директива 2007/66/ЕЗ за изменување на Директивите 89/665/ЕЕЗ и 92/13/ЕЕЗ на Советот во врска со подобрување на ефективноста на постапките за правна заштита кај доделувањето договори за јавни набавки, 11 декември 2007 година.

² Договор за функционирањето на Европската унија – консолидирана верзија на Договорот за функционирањето на Европската унија, *Службен весник на Европската унија*, С 326, 26 октомври, 2012 година. Во резимето за јавните набавки на Договорот се упатува со кратенките „ДФЕУ“ или „Договорот“.

Главни институционални модели

Постојат неколку различни модели за воспоставување институционална рамка за правни лекови, како и различни пристапи во спроведувањето во земјите-членки³. Оваа разноликост се должи на разновидноста на националните правни традиции. Оттука, тешко е да се потврди дека еден модел е подобар од друг. Бидејќи сите земји-членки уживаат институционална автономија, секоја од нив има слобода да ја избере најсоодветната опција за обезбедување ефективна правна заштита во договорите за јавни набавки. Од земјите-членки не се бара да ја променат својата институционална структура со цел да го спроведуваат, применуваат и извршуваат правото на ЕУ, туку тие може да користат национални канали и механизми што се веќе воспоставени, под услов тие да се во согласност со правото на ЕУ. Истовремено, ништо не ги спречува земјите-членки да основаат нови, специјализирани, административни органи со овластување за обезбедување правни лекови.

Под услов земјите-членки да обезбедуваат ефективна правна заштита на договорите за јавни набавки, тие имаат слобода да ги доверат функциите на правна заштита на некое од следниве тела:

- редовни судови;
- специјализирани административни органи; или
- комбинација од двете.

Директивите за правните лекови предвидуваат дека жалби може да се поднесат пред „посебни тела одговорни за различни аспекти од постапката“. Во повеќето земји-членки, избраниот модел претставува комбинација од разни тела за правна заштита кои се одговорни за различни аспекти од правната заштита. На пример, вообичаено е побарувањата за надомест на штета да се разгледуваат во редовните судови. Меѓутоа, во некои судски надлежности, специјализираното телото за правна заштита може да ги разгледува жалбите без да одлучува за надомест на штета, доколку има побарување за надомест на штета. Честопати, склучувањето на договорот е точката во која двете патеки во таквиот систем се разделуваат.

Што се однесува до **редовните судови**, Директивите за правните лекови не налагаат правната заштита да се остварува во граѓански или управни судови. Според процедуралните правила во секоја земја, која било опција или обете може да бидат предвидени.

Во Австрија, Белгија, Франција, Ирска, Литванија, Холандија, Португалија, Шведска и во Обединетото Кралство, правната заштита со разгледување на одлуките за јавни набавки е исклучиво задача на редовните судови.

Во Белгија се прави јасно разграничување меѓу договори кои се предмет на Директивата 2004/18/ЕЗ и договори кои се предмет на Директивата 2004/17/ЕЗ. Белгиските управни судови постапуваат по жалби за јавни набавки што се однесуваат на првата категорија договори, додека граѓанските судови постапуваат по жалби за втората категорија договори.

³ Информациите во ова резиме за главните институционални модели произлегуваат од Документот на СИГМА бр. 41 (2007 година) „Системи за правна заштита и правни лекови кај јавните набавки во Европската унија“, кој не е ажуриран. За понови информации, види: [Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts - Final Study Country Fiches \(MARKT/2013/072/C\)](#).

Во други земји-членки, надлежноста зависи од (приватната или административна) природа на соодветниот договор. Франција е пример за тоа како граѓанските и управните судови се вклучени во постапката за правна заштита: граѓанските судови ги разгледуваат одлуките за јавни набавки на договорни органи од секторските дејности кои се во приватна сопственост.⁴

Значителната разлика меѓу разните модели се однесува на нивото на првостепеното тело за правна заштита. Во некои случаи, првата инстанција се однесува на управните судови од најниска инстанција, додека во други случаи на повисок степен на судска надлежност. Нивото на прва инстанција може да има импликации во однос на трошокот, брзината и близината со страните. Постапки што се водат во суд од повисоко ниво може да подразбираат поголеми трошоци, да одземаат повеќе време и да бидат географски оддалечени од местото на кое се извршувал договорот за набавка. Овие фактори може да ги одвратат понудувачите од поднесување жалби. За разлика од нив, постапките во судови од пониско ниво може да подразбираат помали трошоци, да бидат побрзи и да бидат поблиску до регионот каде се спроведува договорот за набавка; од друга страна пак, ова тело може да нема искуство и стручност.

Специјализирани тела за правна заштита кај јавните набавки постојат во скоро половина од сите земји-членки. Овие тела вообичаено имаат несудска или квази судска природа (имено, слични на судови во смисла на ДФЕУ, член 267) и функционираат како првостепено тело за правна заштита. Со некои исклучоци, решенијата на специјализираното тело за правна заштита се задолжителни, иако може да бидат предмет на тужба во граѓански или управни судови кои може да го поништат или променат решението во втора инстанција.

Во голем број земји-членки, втората инстанција е последна, но некои земји-членки имаат трета инстанција на судска правна заштита, на пр. Естонија, Летонија, Литванија, Холандија, Словачка, Шведска и Обединетото Кралство.

Заради неколку важни предности се препорачува формирање специјализирани тела за правна заштита кај јавните набавки, особено во земјите-кандидатки и во потенцијалните кандидатки, како и во кои било други земји што се заинтересирани за спроведување ефикасен систем за правна заштита:

- Постапката вообичаено е поедноставна и побрза отколку во редовните судови. Овие карактеристики обезбедуваат услови за подобро исполнување на критериумите за „брзина“, што мора да биде посебна карактеристика на системот на правни лекови.
- Членовите на специјализираното тело за правна заштита постапуваат исклучиво по предмети за јавни набавки. Како резултат на тоа, тие имаат можност многу брзо да стекнат специјализирана стручност и да се запознаат со постапките за доделување договор и со други сродни прашања.
- Трошоците за поднесување жалба пред специјализирано тело за правна заштита кај јавните набавки се честопати помали од трошоците за правна заштита преку редовен суд, заради времетраењето на постапката и заради потребата од правно застапување во редовните судови.

⁴ Илустративните примери користени во ова резиме за правните позиции и практики во земјите-членки произлегуваат од Документот на СИГМА бр. 41 (види фуснота 3 погоре).

Клучни услови за специјализирано тело за правна заштита

Иако специјализираното тело за правна заштита кај јавните набавки вообичаено е несудско тело, тоа може да има и судски карактер.

Судски карактер: Судската практика на СПЕУ⁵ ги има утврдено главните услови врз основа на кои тело одговорно за обезбедување правни лекови треба да се смета дека има судски (или квази судски) карактер. СПЕУ зема предвид неколку фактори, вклучително тоа дали телото е основано со закон и дали е постојано, како и дали неговата надлежност е задолжителна, дали неговите постапки се меѓу страните (*inter partes*), дали го применува владеењето на правото и дали е независно.

- **Телото е основано со закон.** Во голем број земји-членки, формирањето на телото за правна заштита е предвидено во посебно поглавје од законот за јавните набавки (ЗЈН). Исто така, добро решение може да биде и посебен закон што ќе го опфаќа исклучиво институционалниот аспект. Законските одредби треба да уредуваат разни аспекти со кои се обезбедува функционалноста на телото, вклучувајќи, на пример, одредби за надлежностите на телото за правна заштита, именувањето и разрешувањето на неговите членови, квалификациите што треба да ги поседуваат членовите на телото, одредби за судир на интереси, претходно утврден систем за распределба на предметите и процедурални обврски.
- **Телото за правна заштита е постојано.** Телото не е основано на *ад хок* основа. Неговите членови остануваат на нивната позиција определен период и постапуваат по предмети според претходно утврдениот систем за распределба.
- **Надлежноста на телото за правна заштита е задолжителна.** Кое било решение/одлука донесени од телото за правна заштита треба да бидат спроведливи. Особено, на телото му се дадени овластувања да:
 - изрекува временни мерки со цел коригирање на прекршувањето или спречување дополнителна штета. Овие временни мерки вклучуваат мерки за запирање, или за обезбедување запирање, на постапката за јавна набавка или на спроведувањето на која било одлука донесена од договорниот орган/субјект;
 - ја поништи, или да обезбеди поништување, на која било одлука што била незаконски донесена. Поништувањето вклучува отстранување на дискриминаторски технички, економски или финансиски спецификации во огласот или во тендерската документација.

Овластувањето за доделување надомест на штета не е задолжителен услов и се препорачува ова овластување да се додели на повисоките судови.

Исклучок може да се забележи во **Данска** каде Телото за жалби е овластено да доделува надомест на штета. Сепак, вреди да се напоми дека бројот на жалби во Данска е многу мал и обемот на работа не влијае врз обврската за обезбедување брзина на правните лекови. Доделувањето надомест на штета подлежи на претходна одлука за материјата на предметот, на пр. одлука со која се уважува жалбата заради повреда на важечките правила за јавни набавки. Одлуките за надомест на штета се носат во согласност со општите начела од данското законодавство. Во зависност од околностите на предметот,

⁵ Еден од најрелевантните предмети на СПЕУ е предметот C-54/96, *Dorsch Consult GmbH против Bundesbaugesellschaft Berlin*. За понова дискусија по ова прашање, види и предмет C-203/14 *Consorti Sanitari del Mareme против Corporacio de Salut del Mareme i la Selvafor*.

надоместокот на штета може да биде во износ на трошоците за поднесување понуда или во износ на загубената добивка.

- **Постапката пред телото за правна заштита се води меѓу страните (*inter partes*).** Општите акузаторни правила мора да се почитуваат во сите предмети. На сите заинтересирани страни им се дава соодветна можност да ги претстават фактите и доказите и секоја страна треба да има право да одговори или да ги оспори сите докази и аргументи претставени од другата страна. Усните расправи нудат подобра можност за двете страни да се осврнат на позицијата на другата страна, но како прифатлива алтернатива, им се дозволува на страните да достават писмена изјава во текот на постапката на правна заштита. Обете страни мора да имаат пристап до досието од постапката за правна заштита, со исклучок на пристапот до доверливи информации.

Од принципиелност, расправите на **унгарскиот Арбитражен одбор за јавни набавки** се водат како отворена сесија, но Советот може да одлучи да спроведе *in camera* постапка кога би била неопходна приватност заради некоја државна или професионална или деловна тајна. Со некои исклучоци, вообичаено заради деловни тајни, на сите вклучени страни целосно им се гарантира пристап до досието за набавката.

- **Телото за правна заштита го применува владеењето на правото.** Кога носи решенија, телото за правна заштита е задолжено да ги применува одредбите со кои е уредено доделувањето на договорите за јавна набавка, кои се утврдени во соодветните директиви за јавни набавки и во националното законодавство во кое се транспонирани овие директиви. Овој услов е тесно поврзан со првиот услов (телото е основано со закон) затоа што силен аргумент со кој би се покажало дека телото го исполнува овој услов може да биде фактот дека самите општи процедурални правила со кои се обезбедува функционалноста на телото се предвидени во законот.
- **Телото за правна заштита е независно.** Овој услов опфаќа повеќе аспекти – институционални и финансиски – но главното начело е дека телото за правна заштита ги извршува своите задачи независно и под сопствена одговорност и неговите членови се обврзани само да го почитуваат законот (повеќе детали се претставени во следниот дел од ова резиме).

Несудски карактер: Во случај кога телата одговорни за водење постапки за правна заштита се по карактер несудски тела, доделувањето на договорите за јавни набавки може да подлежи на правна заштита во прва инстанција од страна на такви тела, но Директивите за правните лекови предвидуваат одредени мерки на заштита:

- Кога телата одговорни за спроведување постапки за правна заштита по карактер се несудски тела, секогаш мора да се наведат во писмена форма причините за донесување на таквото решение.
- Решенијата донесени од тела кои немаат судски карактер мора да подлежат на судска контрола или контрола од друго тело, кое би било суд или трибунал, во смисла на член 267 од ДФЕУ, кое е независно како од договорниот орган, така и од телото за правна заштита. Таквото независно тело мора да ги исполнува посебните услови од вториот потстав од член 2(8) од Директивата 89/665/ЕЕЗ⁶. Во суштина, мора да ги исполнува сите шест услови дадени погоре.

⁶ Член 2(8) од Директивата 89/665/ЕЕЗ: „Членовите на таквото независно тело се назначуваат и ја напуштаат функцијата под истите услови како членовите на судските органи, во однос на органот одговорен за нивно назначување, нивниот мандат и нивното разрешување. Барем претседателот на ова независно тело треба да ги има истите правни професионални

системот на правна заштита и правни лекови кај јавните набавки на **Кипар** може да се подели на три елементи: жалба до договорниот орган, несудска правна заштита преку **Органот за правна заштита при јавни набавки** и судска правна заштита преку Врховниот суд на Кипар. Органот за правна заштита при јавни набавки беше основан со надлежност да врши проверка на сите одлуки донесени од договорните органи пред склучувањето на кој било договор за јавна набавка во однос на наводно прекршување на законот. Заради тоа, тоа е посебно тело за правна заштита кај јавните набавки независно од кипарската влада. Сепак, членовите на ова тело немаат статус сличен на оној на судиите. Органот за правна заштита има пет членови, вклучувајќи го и претседателот. Секое лице што не е задоволно од решението на Органот за правна заштита или од која било одлука донесена од договорен орган пред или по склучувањето на договорот може да го оспори таквото решение/одлука пред Врховниот суд на Кипар. Членовите на Врховниот суд и неговиот претседател се судии и нивниот статус е уреден со Уставот на Кипар.

Правила според Договорот за јавни набавки на СТО: Основните услови за постапките за правна заштита и правни лекови кај јавните набавки беа утврдени со Договорот за јавни набавки на Светската трговска организација од 1994 година кој беше ревидиран во февруари 2014 година, а, исто така, и со Модел законот на Комисијата за меѓународно трговско право на ОН (UNCITRAL), којшто беше ажуриран во 2011 година. Овие показатели со основна функција ја поставуваат основата врз која владите треба да ги градат институциите што нудат правни лекови и постапките за правна заштита за да го задоволат јавниот интерес преку ефикасно искористување на јавните расходи, и истовремено да ги заштитат интересите на приватните засегнати страни кои учествуваат во постапки за доделување договори.

Корисно е да се нагласи дека Договорот за јавни набавки на СТО содржи слични начела за телата за правна заштита со оние предвидени во законодавството на ЕУ. Точно е дека судската практика на СПЕУ дава многу повеќе детали за толкувањето на општите начела што се применливи во одредени околности, но сличностите меѓу ЕУ и СТО во начинот на кој треба да се постапи по прашањето на телата за правна заштита вреди да се нагласат како пример за добра практика, којашто е признаена како таква на меѓународно ниво.

Според Договорот за јавни набавки на СТО, добавувачот мора да има право да ја обжали одлуката пред „објективен административен или судски орган којшто е независен од договорниот орган чија набавка е предмет на жалба“, а „решенијата на телото за правна заштита кое не е суд ќе подлежат на судска проверка или ќе има постапки преку кои:

- (а) договорниот орган одговара во писмена форма на жалбата и му ги обезбедува сите релевантни документи на телото за правна заштита;
- (б) учесниците во постапката (во понатамошниот текст „учесници“) имаат право да бидат сослушани пред телото за правна заштита да донесе решение по жалбата;
- (в) учесниците имаат право да бидат застапувани и придружувани;
- (г) учесниците имаат пристап до сите постапки;
- (д) учесниците имаат право да бараат постапката да се одвива јавно и да може да присуствуваат сведоци; и

квалификации како членовите на судските органи. Независното тело ги донесува своите решенија според постапка во која обете страни се сослушуваат и тие решенија се обврзувачки на начин определен од секоја земја-членка индивидуално.“

- (f) телото за правна заштита ги носи своите решенија или препораки на време, во писмена форма, и вклучува образложение за тоа врз која основа биле донесени решението или препораката.⁷

Управни приговори до договорниот орган/субјект

Законодавството во некои земји-членки предвидува обврска или можност за:

- поднесување претходен управен приговор до договорниот орган/субјект којшто ја извршил наводната повреда на законот за јавни набавки; или
- известување на договорниот орган/субјект за намерата да се бара правна заштита.

Според Директивите за правните лекови, овие две обврски се незадолжителни.

Можноста за поднесување приговор директно до договорниот орган може да нуди одредени предности, особено во случаи кога причина за спорот е ненамерна и очигледна грешка, а не намерна повреда на законот за јавни набавки. Понудувачот може да избегне конфронтација со договорниот орган затоа што договорниот орган има можност да ја коригира својата грешка. Ова решение може да е најбрзиот начин за коригирање на прекршувањето и нуди можност за избегнување на трошоците за постапка за правна заштита.

Според Директивите за правните лекови, иако овој вид правило може да биде корисно во практика, **претходниот приговор до договорниот орган/субјект не се смета за прва фаза од постапката на правна заштита.**

Неповолност е тоа што чекањето на договорен орган/субјект да одлучи по даден приговор може да одземе доста време и може да ја пролонгира целата постапка на правна заштита. Сепак, доколку претходно известување било испратено до договорниот орган /субјект паралелно со поднесувањето жалба до телото за правна заштита, нема обврска да се чека одлуката на договорниот орган/субјект. Тоа е една причина зошто некои земји-членки им наложуваат на економските оператори кои бараат квази судска или судска правна заштита да испратат примерок од нивниот приговор или тужба само до соодветниот договорен орган/субјект. Оваа постапка му дава можност на самиот договорниот орган/субјект да ја коригира повредата пред да започне постапка за правна заштита.

Статус и независност на специјализираното тело за правна заштита

Еден од условите од Директивите за правни лекови, којшто, исто така, претставува меѓународна најдобра практика, е независноста на телото за правна заштита. Овој услов може да се смета за камен-темелник за обезбедување кредибилни резултати од постапките за правна заштита против одлуките за јавни набавки.

Овие прашања за независноста треба да се разгледуваат на две нивоа:

- независност на телото за правна заштита како институција;
- независност на членовите на телото за правна заштита.

Во однос на **независноста на институцијата**, независно од тоа дали специјализираното тело за правна заштита има правен статус на независно тело, телото за правна заштита

⁷ Договорот за јавни набавки на СТО 2014 година, член XVII – Национални постапки за правна заштита.

треба да биде (1) независно од страните во постапките за јавна набавка - договорните органи/субјекти и економските оператори; и (2) функционално независно од владата.

Дури и телото за правна заштита да е технички независно од договорните органи/субјекти, тоа сепак претставува дел од државниот апарат, и како резултат на тоа, секогаш ќе остане одредена загриженост дека тоа не е целосно независно од владата. Неможноста да се гарантира таква независност во дејствувањето би довела до недостиг на кредибилитет, што би имало сериозни импликации врз системот за набавки како целина и врз материјалните придобивки што еден добро функционален систем е креиран да ги понуди. Ако телото за правна заштита не можело да ги спроведе прописите за набавки во однос на оние што не ги исполнуваат обврските, или и да било перципирано дека не може да го стори тоа, незадоволните понудувачи не би виделе никаква придобивка од поднесување жалба и повредите на прописите би поминале некоригирани.

Од тие причини, статусот на телото за правна заштита е, исто така, поврзан со неговата поставеност во рамки на владината хиерархија. Сè додека телото за правна заштита е под надзор на министер, тешко е да се покаже вистинска независност на оваа институција и на нејзиниот персонал, којшто мора да биде заштитен од недозволено политичко мешање. Дури и поврзаноста со министерството да е ограничена само на административни прашања, како неизбежна последица од ова врска понудувачите може да добијат впечаток дека телото за правна заштита останува дел од хиерархијата и дека неговата независност и неутралност може да бидат засегнати во кое било време. Функцијата на правна заштита подразбира овластување на институцијата да донесува квази судски одлуки (вклучително доделување надомест на штета) против владата. Дискутабилно е дали министерството би имало овластување и/или кредибилитет да донесува такви одлуки.

Според тоа, најдобро решение најверојатно би било телото за правна заштита да биде поставено надвор од сите министерства, по можност како посебна институција. Во секој случај - дури и да не е возможно да се обезбеди „апсолутна“ независност – поставеноста на телото за правна заштита надвор од кое било хиерархиско позиционирање во рамки на владиниот апарат би служело главно како средство за зачувување на неговата независност и неутралност⁸.

По правило, современите државни административни системи наложуваат поделба на овластувањата во рамки на администрацијата со цел да се гарантира отчетност, правична постапка и чесност. Оттука, лицата одговорни за креирање политики, толкување, спроведување и советување не се исти со лицата одговорни за извршување (вклучително и на функцијата за правна заштита и правни лекови). Со неколку мали исклучоци, во сите земји-членки каде се формирани специјализирани тела за правна заштита, овие институции имаат јасна и ексклузивна одговорност да обезбедуваат правни лекови. Многу важно е да се обезбеди одделување на овластувањата и надлежностите во рамки на системот на јавните набавки со цел да се избегне каков било судир на интереси и да се создаде доверба во системот.

Во голем број земји каде што се започнало со градење нови системи на јавни набавки, во првата фаза, на регулаторното тело (Бирото/Органот/Агенцијата за јавни набавки) му се доделуваат и овластувањата на тело за правна заштита во однос на одлуките за јавни набавки.

⁸ Види предмет на СПЕУ C-53/03, *Synetairismos Farmakopoiou Aitolias u Akarnanias (Syfait)* и други против GlaxoSmithKline, посебно ставовите 30 и 31.

Доколку според законот, регулаторното тело има добиено задача да ги советува договорните органи/субјекти, тоа понекогаш може да биде соочено со сопствените совети. Оваа ситуација би била уште посложена доколку тоа тело би било вклучено во *претходна контрола (ex ante)* на целата или на дел од постапката за набавка. Како последица на тоа, регулаторното тело би било во позиција да одлучува по жалби во предмети каде самото Биро/Орган за јавни набавки веќе прифатил (или дури и наметнал) наводно погрешно решение.

Истата неусогласеност може да се забележи во случаи каде телото за правна заштита е директно вклучено во трансакции за набавка, на пример, кога меѓу другите задачи, му била доверена и задачата да дејствува како централно тело за набавки.

Во такви случаи, институцијата станува *регулатор, регулирана, контролор и судија*, па потенцијален судир на интереси и злоупотреба се скоро неизбежни. Ваквата поставеност не е во согласност со барањата за независност на телата за правна заштита и голем број земји ја имаат променето институционалната рамка во текот на постојаниот процес на реформирање на системот на јавните набавки.

Особено внимание треба да се обрне на финансирањето на институцијата. Специјализираното тело за правна заштита треба да биде финансиски независно и со сопствен буџет. Неопходно е соодветно финансирање за да се гарантира неговата независност и за да се обезбеди соодветно кадровско екипирање (вклучувајќи административен персонал за поддршка) и други ресурси со цел да се обезбедат услуги на ниво на бараниот квалитет. Најдоброто решение би било да се обезбеди финансирање преку законска/регулаторна рамка. Доколку финансирањето е несоодветно, или дури и во случаи кога финансирањето е соодветно, но подлежи на управни решенија и може лесно да биде променето, телото за правна заштита нема да има вистинска независност да ги исполнува своите обврски.

На телото за правна заштита треба да му се обезбеди задоволителна инфраструктура (на пр. канцелариски простор, опрема за информатичка и техничка комуникација, база на податоци и обука) за да може успешно да ја извршува својата работа.

Што се однесува до **независноста на членовите на специјализираното тело за правна заштита**, оваа независност е основен услов за да се покаже статусот на независна институција на телото за правна заштита.

Еден од најважните аспекти е групата правила со кои се уредени постапките за именување и разрешување. Можноста за поништување на именувањата на членовите пред истекување на нивниот мандат треба да биде ограничена само на неколку посебни околности што биле многу добро дефинирани во законот. Лицето/институцијата којашто официјално ги назначува членовите на телото за правна заштита треба да биде истата она институција што има овластување да ги разреши (но само под посебните околности предвидени во законот). Колку е понезависно лицето/институцијата што има законски овластувања да назначува/разрешува членови на телото за правна заштита, толку ќе биде посигурна нивната позиција, а со тоа и нивната независност.

Австрија

Независноста на управните судии (постојани членови - *Senatsvorsitzende*) е гарантирана со уставен закон. Постојаните членови се именуваат од страна на **Сојузниот претседател на Австрија**; претседателот и заменикот се именуваат на функцијата доживотно.

Постојат услови во однос на професионалните квалификации што треба да ги исполнуваат со цел нивно именување (посебно познавање на јавните набавки и искуство во областа на правото). Претседателот, заменикот и постојаните членови мора да бидат

адвокати со положен правосуден испит, со минимум петгодишно професионално искуство во практикување на правото или во областа на јавните набавки.

Словенија

Државна комисија за правна заштита (ДКПЗ) во Словенија претставува специјализирано, независно и автономно национално тело кое врши контрола на постапките за доделување договори за јавни набавки, како што е пропишано во Законот за правна заштита кај постапките за јавни набавки. Претседателот и четирите члена на ДКПЗ се именуваат од Народното собрание, на предлог на Комисијата за мандати и именувања, за мандат во траење од пет години со можност за повторен избор.

Претседателот и двајца од членовите мора да имаат завршено високо образование во областа на правото и стручна подготовка што ќе им овозможи да бидат зачленети во Адвокатската комора. Другите двајца членови мора да имаат високо образование во областа на економијата или инженерството.

Во секој случај, членовите на телото за правна заштита мора да бидат заштитени со закон од какво било мешање или дури и притисок што може да се врши на извршно и/или политичко ниво. Членовите на телото за правна заштита мора да ги извршуваат своите функции целосно независно и со закон мора да се забрани какво било давање упатства во име на други лица при извршувањето на нивните должности.

Независноста на членовите на телото за правна заштита е предуслов за обезбедување непристрасност, што претставува едно од основните начела за сите судски, квази судски и административни институции. Сепак, оваа непристрасност може да потпадне под судир на интереси којшто не може да се избегне и може да се јави природно, без никој да има вина за тоа. Затоа законот, или барем прописите, мора да предвидуваат правила за идентификување и објавување судир на интереси и да предложат дејствија што може да се преземат за нивно избегнување или ублажување. Членовите на телото за правна заштита треба да бидат исклучени од учество во постапката за правна заштита доколку имаат личен интерес во носењето на решението. На пример, некој член може да биде лично засегнат или може да биде роднина на некое лице кое е една од страните во спорот. Во тој случај, соодветно би било членот да ја задржи својата позиција, но да се воздржи од учество во процесот на донесување решение по прашањата што го засегаат. Тоа дејствие може да се преземе на тој начин што членот ќе се воздржи од гласање, ќе се повлече од дискусиите за релевантните предлози и ќе одбие да прими какви било документи или други информации поврзани со предметот.

По правило, на членовите на телото за правна заштита треба да им се забрани:

- да вршат комерцијални дејности, вклучувајќи консултантски дејности, непосредно или преку посредници;
- да бидат членови на групација на економски интереси;
- да бидат членови на политичка партија и да извршуваат или да учествуваат во политички активности;
- да извршуваат каква било јавна или приватна функција, со исклучок на активности за предавање, научно истражување и/или литературно или уметничко творење.

Финансиската безбедност е уште еден аспект на којшто треба да му се пристапи внимателно кога се дискутира за независноста на членовите на телото за правна заштита. Лицата што се на такви позиции во секое време може да бидат изложени на финансиски или друг вид искушенија, и тие треба да бидат способни да им одолеат на тие предизвици. Во оние земји каде нивото на платите во јавниот сектор е генерално

пониско, препорачливо е да се најде законско решение за спроведување посебни шеми/табели за плата со цел да се обезбеди разумна финансиска состојба за членовите на телото за правна заштита.

Романија

Членовите на Националниот совет за одлучување по жалби во Романија се јавни службеници со посебен статус (независност, постапка за избор и именување, неусогласености и забрани, плати) и искуство во полето на законодавството за јавни набавки. Членовите на Советот се избираат по пат на јавен конкурс врз основа на професионалните вештини и репутација и официјално се именуваат од страна на премиерот. Тие мора да имаат завршено високо образование и да имаат минимум двегодишно професионално искуство во јавните набавки. Барем половина од членовите на Советот мора да бидат адвокати со положен правосуден испит.

Што се однесува до нивото на надоместок на плата, членовите на Советот се на исто ниво со функцијата генерален секретар на владата.

Други важни практични прашања

Не е доволно само да се опише „на хартија“ какво треба да биде телото за правна заштита што треба да се воспостави и важечките општи правила. Внимание треба да се обрне на неколку дополнителни детали. Овие детали не се изречно предвидени во Директивите за правните лекови, туку имаат потенцијално влијание врз општите начела за недискриминација, ефективност и транспарентност.

Што се однесува до **почитувањето на начелото за недискриминација**, општото разбирање е дека пристапот до правни лекови треба да биде слободен за сите економски оператори без дискриминација, особено врз основа на националност.

Освен тоа, начелото на еднаквост наложува, во случај кога за извршување на прописите на ЕУ се потребни посебни правни лекови, условите за примена на овие правни лекови не треба да бидат „ништо поповолни“ од условите за примена на слични правни лекови за извршување на националните прописи. Затоа прописите што се однесуваат на пристапот до телото за правна заштита, на надоместоците што треба да се платат, на роковите и доказите што треба да се приложат, не смее да го оневозможуваат или премногу да го отежнуваат остварувањето на правата дадени со закон⁹.

На пример, трошоците за постапките за правна заштита и правни лекови не треба да бидат значителни, бидејќи големите трошоци може да делуваат обесхрабрувачки кај понудувачите за поднесување жалби. Со цел да се намали ризикот од злоупотреба со лажни побарувања, во повеќето земји-членки се наплаќа првичен надоместок за поднесување жалба. Сепак, надоместоците што се плаќаат на првостепеното тело за правна заштита, во секој случај, се помали од оние што се плаќаат за жалба или за проверка од тела од последна инстанција. Надоместоците треба да бидат сразмерни со цел да се намали мотивот за поднесување лажни или неосновани жалби, а притоа истовремено тоа да не биде дестимулирачки за поднесувањето оправдани жалби и да не ја ограничи достапноста на постапките за правна заштита и правни лекови за малите и средни претпријатија.

Нормално е во законот да се предвидат најважните елементи што треба да бидат вклучени или приложени кон жалбата. Сепак, барањата што се однесуваат на доказите не треба да бидат претешки или невозможни за исполнување. Понекогаш, економските оператори може да не обезбедат одредени документи/информации или може да не го

⁹ Види предмет на СПЕУ C-327/00, *SantexSpAv Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*.

запазат точно форматот што се бара за некои документи. Во тие случаи, препорачливо е на овие економски оператори да им се даде можност да го дополнат досието.

Во однос на **почитувањето на начелото за ефективност**, правните лекови мора да имаат доволно овластување (формална моќ) да обезбедат почитување на правилата за јавните набавки, а правната заштита мора да биде што е можно побрза. За да се постигне таа цел, постоењето на функционално тело за правна заштита претставува предуслов. Организираноста, финансирањето, кадровското екипирање и овластувањето за извршување на своите должности на телото за правна заштита треба да бидат задоволителни и конзистентни со неговите одговорности.

Во законот мора да се утврдат јасни и детални норми, или барем на ниво на спроведување на прописите, што ќе се осврнат на процедуралните услови и правила за постапката на правна заштита. Други прашања, исто така, треба да бидат јасно уредени, како што се начинот на распределба на предметите на членовите на телото за правна заштита (распределба по случаен избор е веројатно најдобро решение доколку постои сериозна закана од корупција), начините како да се избегне судир на интереси, и квалификациите што се потребни за да се стане член (образование, искуство, знаење и други посебни вештини). Важно е да се обезбеди правна сигурност во однос на тоа дали целото тело за правна заштита треба да одлучува по предметите или пак ќе се формираат панели за донесување решенија. Доколку се претпочита втората опција, треба да се назначи бројот на членови на секој панел.

Треба да се донесат процедурални правила за да се обезбеди брзина на постапката, на пример, со определување на максимална временска рамка за донесувањето на решенијата на телото за правна заштита.

Сите горенаведени норми одат во прилог не само на формирањето функционално тело за правна заштита, туку, исто така, се во интерес на сите засегнати страни - договорни органи/субјекти, како и економски оператори. Во овие норми јасно е наведено кои се правилата и што може да се очекува да се случи во текот на постапката на правна заштита.

Капацитетите на телото за правна заштита мора да бидат соодветни за да може да се справат со очекуваниот број жалби, и повремено овие капацитети мора да се зајакнуваат во согласност со целокупниот развој на целиот систем. Во однос на човечките ресурси, административниот капацитет ќе може да се увиди преку бројот на персонал, составот на персоналот и нивното образование.

Доколку институциите за правна заштита имаат постојан недостиг од персонал, нивниот капацитет од аспект на човечки ресурси нема да биде доволен за тие да можат ефективно да ги извршуваат своите задачи. При определувањето на бројот на членови на телото за правна заштита, неколку важни фактори треба да бидат земени предвид, како што се:

- опсег на задачи што му се доделуваат на телото за правна заштита, вклучувајќи ги не само доделените овластувања, туку и опфатот на системот за правна заштита¹⁰;
- број на договорни органи/субјекти во земјата;

¹⁰ Во најголем дел од земјите-членки на ЕУ, системот за правна заштита се применува подеднакво и кај договорите над и кај договорите под праговите од Директивите за јавни набавки 2004/17/ЕЗ и 2004/18/ЕЗ. За повеќе детали, види *Системи за правна заштита и правни лекови кај јавните набавки во Европската унија* (Документ на СИГМА бр. 41).

- култура на правна заштита, вклучувајќи ги локалниот менталитет и склоноста на економските оператори кон поднесување жалби против одлуките на договорните органи/субјекти;
- рокови предвидени со закон за одлучување по жалбите;
- број на членови на телото за правна заштита кои според закон треба да постапуваат по предмет;
- поддршка што може да им се понуди на членовите на телото за правна заштита од страна на техничкиот и административниот персонал на институцијата.

Образовниот профил на лицата вработени во телото за правна заштита е, исто така, важно, затоа што неговите членови не само што треба да имаат добро познавање на јавните набавки, туку мора и да бидат способни да ги оценуваат доказите и да составуваат издржани решенија. Со именувањето на некое лице да извршува функции на правна заштита во контекст на реформирање на системот за набавки не значи дека тоа лице, со самиот факт што е именувано, е компетентно да ги извршува тие функции. За создавањето на (ново) тело за правна заштита вообичаено би било потребно да се вложи напор во градење на капацитетите, кој би вклучувал интензивна обука, особено на почетокот од работењето на институцијата, а, исто така, во следните години и преку учество во програми за континуирано образование.

Сензитивно прашање е носењето на одлуката дали телото за правна заштита треба да ја разгледува само содржината на жалбите и да ја ограничи правната заштита исклучиво на наводите презентирани од економските оператори или пак да истражува пошироко со разгледување на целата документација за набавката со цел да утврди дали имало друго поголемо прекршување.

Не постојат **обврски наложени од ЕУ** за институцијата за правна заштита да врши **истраги по службена должност**. Некои земји имаат такви одредби во своето законодавство, но голем дел од нив имаат намера да ја укинат оваа обврска, затоа што исходот од овие одредби во практика не бил секогаш позитивен. Во голем број случаи, кандидатите го префрлуваат товарот на истрагата на телото за правна заштита, што доведува до долги и скапи постапки.

На членовите на телото за правна заштита може да им се обезбеди важна надворешна поддршка доколку имаат пристап до користењето надворешни стручни лица за испитување на техничките аспекти на предметот. По правило, стручните лица треба да имаат специјализирано знаење во одредена област и нивната задача треба да биде фокусирана на обезбедување објективна помош на телото за правна заштита по одредени прашања кои најчесто се технички или финансиски. Како на жалителот, така и на договорниот орган, треба да им биде дозволено да достават стручното мислење/мислења. Освен тоа, телото за правна заштита може да назначи свое сопствено стручно лице кое мора да биде непристрасно и независно од страните и од какво било друго влијание. Доколку дадениот совет не се чини разумен, телото за правна заштита може да го отфрли, да назначи друго стручно лице, или да ги усвои наодите на стручното лице на страните, доколку тоа е соодветно.

Во суштина, членовите на телото за правна заштита не се обврзани да го усвојат мислењето на стручните лица, но во секој случај, тоа мислење може да има значителна тежина при донесувањето на решението. Затоа, мислењето не треба да се отфрла произволно.

Што се однесува до **почитувањето на начелата за правна сигурност и за транспарентност**, една од најважните цели на телото за правна заштита е да се гарантираат конзистентни решенија кои треба да бидат јавно достапни.

Првиот услов е да има јасни и транспарентни постапки со кои се обезбедува доследна примена на законот. Како второ, секоја страна треба да има право да биде информирана за текот на постапката за да може соодветно да ги подготви своите аргументи. Како трето, страните треба да имаат право да бидат информирани за причините за носењето на решението на телото за правна заштита, вклучувајќи ги аргументите со кои се определува евалуацијата на доказите и разгледувањето на правните прашања што се релевантни за решението.

Објавувањето на решенијата на телото за правна заштита на неговата веб-страница претставува ефективна алатка што би им помогнала на нејзините членови да обезбедат поголема доследност на решенијата на институцијата со претходни решенија во слични предмети и да се избегнат противречни решенија при толкувањето на законот. Освен тоа, тоа може да послужи и како корисен инструмент за споделување на експертизата на телото за правна заштита со други клучни засегнати страни во системот. Договорните органи/субјекти и економските оператори би имале придобивка од овој одличен начин за промовирање на решенијата по разните жалби донесени од институцијата и нивното толкување на разните проблеми со кои се соочува системот за набавки.

Неопходен е лесен пристап до релевантни податоци за да се зголеми ефикасноста на механизмот за „споделување“ и за да се овозможи брзо пребарување на предметите што исполнуваат одредени критериуми. Од таа причина, објавувањето на решението во неговата непреработена форма (на пр. документ во PDF) не би било доволно за да се гарантира доследно толкување и примена на законот. Би било тешко за практичарите во областа на јавните набавки брзо да најдат решенија за правните проблеми што се содржани во овие индивидуални решенија, без да се читаат сите решенија.

Најдобро решение е да се изработи **база на податоци со решенија, вклучувајќи механизми за пребарување** на индивидуални правни проблеми како начин за поддршка на практичарите во нивните секојдневни активности за набавки, а, исто така, и како инструмент за членовите на телото за правна заштита за обезбедување доследно одлучување. Освен тоа, телото за правна заштита треба да објавува анализи за најчестите правни проблеми во постапките за јавни набавки со кои ќе се дадат индикации за начинот на кој треба да се решат проблемите во практика (на пр. критериуми за утврдување на способноста, критериуми за доделување на договорот, користење технички спецификации и понуди со невообичаено ниска цена).

Дополнителни информации

Публикации

СИГМА (2007), *Систем на правна заштита и правни лекови кај јавните набавки во Европската унија*, Документ на СИГМА бр. 41, издание на ОЕЦД, Париз.

http://www.sigmaweb.org/publications/MKD_SP41_07.pdf

Резимеа за јавните набавки

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

СИГМА (2016), *Правни лекови*, Резиме 12, издание на ОЕЦД, Париз