



## Јавни набавки

# Интерно доделување договори за јавни набавки и соработка помеѓу субјекти од јавниот сектор

## СОДРЖИНА

- [Вовед](#)
- [Интерни набавки](#)
- [„Институционализирани“ интерни набавки – судска практика на СПЕУ](#)
- [Одредби во Директивата за исклучокот за интерни набавки](#)
- [Соработка „помеѓу субјекти од јавниот сектор“ и „неинституционализирана“ хоризонтална соработка](#)
- [Други исклучоци](#)
- [Секторски дејности](#)
- [Дополнителни информации](#)

Одобрено за објавување од Карен Хил, раководител на програмата СИГМА

## Вовед

Кога на договорниот орган му се потребни одредени стоки, услуги или работи, тој има две опции на располагање: (1) да ги набави на пазарот („екстернализација“); или (2) може да ги обезбеди интерно, во рамки на својата организација.

Во Директивата за јавни набавки во класичниот јавен сектор (Директивата)<sup>1</sup> јасно е наведено дека договорниот орган слободно може да избере која опција ќе ја користи и не е обврзан да го прави тоа по пат на екстернализација. Примената на правилата за јавните набавки не влијае врз слободата на договорните органи за извршување на задачите за јавни услуги што се во нивна надлежност преку користење на нивните сопствени ресурси<sup>2</sup>. Секоја одлука во однос на тоа дали да се користи екстернализација или не, треба да се заснова на внимателна проверка на специфичните економски и социјални аспекти на конкретната ситуација. Функциите коишто традиционално се сметаат за прерогативи на државата, како што се некои аспекти од управувањето или правдата, не би биле екстернализирани. И двете опции се можни за останатите функции, како што се одржување јавни објекти, собирање отпад, па дури и јавен превоз. Крајната цел е да се утврди со кое решение најдобро би се оствариле поставените цели во јавен интерес и како најдобро би се обезбедило ефикасно трошење на јавните средства.

Вообичаено, договорниот орган се формира со цел вршење неекономски активности, а во практика, бараните стоки, услуги или работи вообичаено се набавуваат преку користење ресурси од приватниот сектор. За таа цел, во скоро сите случаи, договорниот орган спроведува јавен конкурс во согласност со обврските од Директивата и склучува договор од финансиски интерес со други правни субјекти. Заради ефикасност, два или повеќе договорни органи може да се договорат одредени постапки за јавна набавка да ги спроведуваат заеднички, и во тој случај, крајниот исход за секој од нив би бил склучувањето договор.

Договорниот орган, исто така, може да набавува стоки, услуги или работи од друг правен субјект, којшто е договорен орган („јавен субјект“). Општото начело во однос на обврската за почитување на правилата за јавните набавки е применливо, без оглед на фактот што договорниот партнер е јавен субјект. Одредбите од Директивата<sup>3</sup> не прават разлика меѓу приватен субјект и јавен субјект кои на пазарот нудат снабдување со стоки, обезбедување услуги или извршување работи. Оттука, договорниот орган може да организира постапка за јавна набавка во согласност со одредбите од Директивата кога планира да додели договор на посебен правен субјект<sup>4</sup> без оглед на природата на субјектот. Јавните субјекти може да вршат економски активности на ист начин како и субјектите во приватниот сектор, но нивниот статус на јавен субјект не им дава право да добијат договор за набавка без учество во јавен конкурс. Доколку јавни субјекти учествуваат како понудувачи во постапки за набавка спроведувани од договорни органи, тие треба да имаат еднаков третман како и сите други приватни субјекти што учествуваат, без да добијат каква било посебна предност заради нивниот статус.

Концептот на исклучоци од примената на правилата за јавните набавки на ЕУ за интерни договори ги опфаќа оние ситуации во кои договорниот орган врши одредени активности интерно, без користење надворешни ресурси. Самиот договорен орган си ги обезбедува бараните стоки, услуги или работи. Во тој случај, од договорниот орган не се бара да организира јавен конкурс според правилата за јавни набавки за да додели договор. Широкото толкување на овој концепт на интерни набавки допушта активностите да бидат вршени од посебен правен субјект којшто е дел од структурата на договорниот орган.

<sup>1</sup> Директива 2014/24/ЕУ за јавни набавки и за укинување на Директивата 2004/18/ЕЗ, 26 февруари 2014 година.

<sup>2</sup> Во Излагање 5 и 31 и член 1, став 4 од Директивата јасно е предвидено ова правило.

<sup>3</sup> Член 2, став 1 (10) од Директивата.

<sup>4</sup> Предмет пред СПЕУ С-480/06, Комисијата против Германија, став 33: "... фактот дека давателот на услугата е **јавен субјект** [нагласено] различен од корисникот на услугите не ја спречува примената на Директивата."

Концептот и исклучокот од примената на правилата за јавните набавки на ЕУ за соработка помеѓу субјекти од јавниот сектор ги опфаќа оние ситуации каде договорните органи соработуваат во вршењето одредени активности, без спроведување јавен конкурс според правилата за јавните набавки пред склучувањето на договорите за соработка помеѓу нив.

Во ова резиме за јавните набавки се објаснува до кој степен и под кои услови договорниот орган може да ги применува овие исклучоци без притоа да изврши повреда на правилата за јавни набавки.

**Создавање на исклучоците од примената на правилата за јавните набавки на ЕУ за интерни договори и за договори помеѓу субјекти од јавниот сектор:** Исклучокот за интерни набавки и исклучокот за договори помеѓу субјекти од јавниот сектор се создаваше долги години во рамки на судската практика на Судот на правдата на Европската унија (СПЕУ). За прв пат беа уредени со законодавството на ЕУ во 2014 година. Во ова резиме се дадени информации за релевантната судска практика на СПЕУ и се објаснува како тоа законодавство се применувало и развивало во Директивата. За повеќе информации за новиот пакет законодавство за јавни набавки на ЕУ од 2014 година, види Резиме на СИГМА за јавните набавки 1, „Јавни набавки во ЕУ: законодавна рамка, основни начела и институции“<sup>5</sup>.

## Интерни набавки

Интерните набавки претставуваат начин за користење на ресурсите на јавниот сектор, а договорниот орган е изземен од примена на правилата за набавки во случај кога го користи ова решение. Постојат две можни ситуации на интерни набавки, а тие се:

- „чисти“ интерни набавки
- „институционализирани“ интерни набавки

### „Чисти“ интерни набавки

Под „чисти“ интерни набавки се подразбира извршувањето на одредени активности од страна на договорниот орган исклучиво со користење на неговите сопствени административни, човечки и технички ресурси, без каква било поддршка однадвор.

**Пример:** Внатрешно одделение на договорниот орган врши услуги за чистење улици.

Во овој случај, нема потреба да се доделува договор, бидејќи нема екстернализирани активности и не е вклучен некој посебен или одделен правен субјект. Правилата за јавни набавки не се применливи во овој случај, затоа што се применуваат само кога се склучува договор меѓу најмалку две различни лица (или правни субјекти), имено меѓу договорен орган и субјект којшто е правно издвоен од договорниот орган.

### „Институционализирани“ интерни набавки - судска практика на СПЕУ

Ситуацијата станува посложена кога договорниот орган не извршува одредена активност преку некое внатрешно одделение, туку преку субјект којшто е правно издвоен од договорниот орган, иако тој договорен орган е негов основач и сопственик.

Во практика, договорниот орган може да основа друштво или друг вид издвоен правен субјект којшто ќе обезбедува стоки, услуги или работи. Директивата не вклучува никакви правни ограничувања во однос на тоа и вообичаено одлуката за основање таков субјект се носи заради

<sup>5</sup> СИГМА (2016), Резиме за јавните набавки бр. 1, *Јавни набавки во ЕУ: Законодавна рамка, основни начела и институции*, Издание на ОЕЦД, Париз.

ефикасност или заради социјалните аспекти. Правниот субјект основан од договорниот орган има свој сопствен статус на правно лице.

**Пример:** Министерството за земјоделство основало друштво (Друштво А) со цел тоа да му обезбедува основни услуги во полето на рурален развој и заштита на животната средина. Дејностите и целите на Друштвото А се следниве:

- да врши разни видови активности, работи и услуги во полето на земјоделството, шумарството, руралниот развој, зачувувањето и заштитата на природата и животната средина, аквакултурата и рибарството;
- да изработува студии, планови и проекти и да обезбедува секаков вид советодавна и техничка помош и обука во областа на земјоделството, шумарството, руралниот развој, заштитата на животната средина, аквакултурата и рибарството, зачувување на природата, како и во областа на користењето на природните ресурси и управувањето со нив.

Во оваа ситуација, кога договорниот орган има намера да додели договор за одредени стоки, услуги или работи, треба да увиди дали:

- е неопходно да се објави јавен конкурс и да се спроведе постапка за јавна набавка при што сите заинтересирани економски оператори ќе бидат поканети да учествуваат;
- е допуштено да се додели договорот директно на правен субјект којшто е во негова сопственост.

Општото начело и почетната претпоставка е дека во случај кога договорниот орган планира да склучи договор од финансиски интерес со субјект којшто е правно издвоен од него, тогаш тој договор ќе биде опфатен од одредбите од Директивата.

И покрај ова општо начело, доделувањето на договорот може да биде изземено од опфатот на Директивата. Согласно судската практика на СПЕУ, правниот субјект основан од договорен орган во одредени околности може да се смета за еквивалентен на внатрешно одделение на тој договорен орган. Доколку правниот субјект е еквивалентен на внатрешно одделение, тогаш договорот меѓу тој правен субјект и договорниот орган за обезбедување стоки, услуги или работи може да не спаѓа во опфатот на примена на Директивата, под услов строго да се почитуваат одредени услови.

**Белешка:** Во остатокот од ова резиме, заради поедноставување, со терминот *друштво* ќе се означува посебен правен субјект основан од договорен орган со цел примена на исклучокот за интерни набавки.

Сепак, во Директивата нема ограничувања во однос на видот на посебен правен субјект што може да биде основан од договорниот орган со цел примена на исклучокот за интерни набавки. Друг вид посебни правни субјекти може да се сметаат за субјекти кај кои може да се применат интерните набавки, под услов тие да ги исполнуваат условите опишани во продолжение.

**Ограничувања во исклучокот за интерни набавки:** Важно е да се разбере дека кога договорниот орган одлучува да основа свое сопствено друштво за вршење одредени дејности, таа одлука не значи дека автоматски важи исклучокот за интерни набавки. Друштвото треба да биде основано и да работи на начин кој ќе биде во согласност со условите утврдени во Директивата.

Договорниот орган треба да ја разбира примената на исклучокот за интерни набавки и релевантните услови што мора да бидат исполнети со цел да се обезбеди дека исклучокот за интерни набавки ќе важи за неговото друштво. Во спротивно, подготовките извршени при

основањето на друштвото може да бидат неправилно структурирани или водени, и со тоа друштвото да не може да се категоризира како „интерно“. Во тој случај, можно е друштвото да не може да ги врши сите свои задачи. Во најлошо сценарио, друштвото може да биде целосно бескорисно од перспектива на јавниот интерес, и можно е договорите доделени на друштвото од страна на договорниот орган (и обратно) да се сметаат за незаконско директно доделување спротивно на одредбите од Директивата.

**Услови за постоење интерна набавка (или „условите од предметот Teckal“):** Условите за исклучокот за интерни набавки за прв пат беа дефинирани во 1998 година во пресудата на СПЕУ во предметот *Teckal*<sup>6</sup>, којшто претставува најзначаен предмет кога станува збор за концептот на интерни набавки. Низ годините, СПЕУ своите подоцнежни заклучоци ги засновал на условите коишто за прв пат биле поставени во предметот *Teckal*, и оттогаш значително го има проширено и усвоено концептот на исклучокот за интерни набавки.

Условите од предметот *Teckal* мора строго да се толкуваат. Секоја ситуација мора индивидуално да се истражи, а товарот на докажување на околностите со кои се оправдува отстапувањето од општото начело го понесува договорниот орган кој сака да го користи исклучокот за интерни набавки.

Два главни услова мора да бидат исполнети за исклучокот за интерни набавки да може да се применува, инаку доделувањето на договорот не може да биде изземено од Директивата, и договорниот орган ќе биде обврзан да организира јавен конкурс во согласност со одредбите од Директивата. Ако и двата услова се исполнети, доделувањето на договорот ќе се класифицира како „интерна“ набавка и нема да подлежи на Директивата.

#### **Услов 1: Контрола (организациска зависност)**

Договорниот орган мора да врши контрола врз посебниот субјект којашто е слична со контролата што ја врши врз своите сопствени одделенија.

Првиот услов се чини дека е јасен, но се покажа како тежок за примена во практика, па затоа потребни се одредени појаснувања. Со цел да се оцени дали условот поврзан со контролата е исполнет, неопходно е да се земат предвид сите законодавни одредби во документите со кои се уредува односот меѓу страните и практичните околности. Следниве коментари се засноваат на одлуки на СПЕУ.

Мора да се воспостават цврсти организациски односи меѓу договорниот орган и посебниот субјект, слични на односите меѓу одделите или одделенијата во рамки на кој било јавен орган.

Условот поврзан со контролата нема да биде автоматски исполнет ако договорниот орган основа друштво коешто е во целосна сопственост на тој орган. Целосна сопственост укажува на одредена контрола, но не е доволно за да се утврди дека условот поврзан со контролата е исполнет. Фактот што друштвото е 100% во јавна сопственост на договорниот орган не е пресуден аргумент<sup>7</sup>.

Од особено значење се околностите кои укажуваат дали друштвото подлежи на ефективна контрола којашто му овозможува на договорниот орган да има одлучувачко влијание, како врз стратешките цели, така и врз важните одлуки на тој субјект.

<sup>6</sup> Предмет пред СПЕУ C-107/98, *Teckal Srl v Comune di Viano и Azienda Gas-AcquaConsorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, став 50.

<sup>7</sup> Предмет пред СПЕУ C-340/04, *CarbotermoSpA и ConsorzioAlisei npomuv Comune di Busto Arsizio и AGE SP SpA*, став 37: „Фактот дека договорниот орган сам или заедно со други јавни органи го поседува целокупниот капитал во избраниот понудувач укажува, иако тоа не е пресудно, дека договорниот орган има контрола врз тоа друштво слична на контролата што ја има врз своите одделенија, како што е наведено во став 50 од предметот *Teckal*.“

Постои веројатност условот поврзан со контролата да е исполнет доколку одборот на друштвото има многу ограничена автономија и доколку одлуките што може да се донесат без претходно одобрение од договорниот орган се строго поврзани со прашања од секојдневната работа. СПЕУ одлучил, на пример, дека исклучокот за интерни набавки важи кога посебниот правен субјект нема право на глас по прашањата кога ќе добие налог од договорниот орган во чија сопственост тој се наоѓа, и нема можност да одбие задача или да ги утврдува цените за своите активности<sup>8</sup>.

**Пример:** Барањето за извршување на секое релевантно дејство официјално се пренесува од страна на договорниот орган до раководството на субјектот во форма на **инструкција** во која покрај соодветните информации, содржани се периодот во рамки на кој треба да се изврши инструкцијата, како и неговата вредност. Нема можност за преговарање; тарифите се утврдуваат исклучиво од страна на договорниот орган, на тој начин што ги одразуваат вкупните реални трошоци. Дури и во случај кога е потпишан официјален договор, овој документ во суштина ја одразува само волјата на договорниот орган.

Оттука, во согласност со овластувањето на договорниот орган за самоорганизирање, правилата за јавните набавки не важат доколку договорниот орган склучи договор со трето лице коешто е само формално, но не и суштински, независно од него.

Друштвото не го исполнува условот поврзан со контролата доколку има одбор со значителни раководни овластувања коишто може да искористуваат независно од сопственикот (договорниот орган). Во такви случаи, на договорниот орган не му е допуштено да го додели договорот директно на друштвото и ќе биде обврзан да ги применува правилата за јавните набавки.

**Заедничка контрола врз друштвото:** Што се случува кога два или повеќе договорни органи заедно го поседуваат целиот акционерски капитал на друштвото? Дали условот поврзан со контролата може да биде исполнет во ситуација кога контролата врз друштвото ја вршат заеднички неколку договорни органи?

СПЕУ појасни дека, иако контролата врз внатрешниот субјект мора да биде ефективна, не е пресудно таа контрола да се врши индивидуално; контролата може да се врши заеднички од страна на неколку договорни органи<sup>9</sup>. Таа контрола мора да биде слична со контролата што органите ја вршат врз своите одделенија, но не мора да биде идентична од секој аспект.

По правило, со цел да се исполни условот поврзан со контролата, секој договорен орган мора да задржи задоволителен степен на контрола со кој му се овозможува да ја ограничи слободата на дејствување на соодветното друштво.

**Пример:** Три општини основаат меѓуопштинска задруга, којашто претставува посебно правно лице со посебни цели во општински интерес. Оваа задруга има генерално собрание, управен совет и одбор на ревизори. Секоја општина има претставници во генералното собрание и го има претседателството со разни меѓуопштински раководни и контролни тела. Контролата што тие договорни органи ја имаат врз субјектот се врши заеднички, бидејќи секој од нив има овластување да влијае врз процесот на донесување одлуки.

<sup>8</sup> Предмет пред СПЕУ C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) против Transformación Agraria SA (Tragsa)* и *Administración del Estado*, став 60-61: „Се чини [...] дека на друштвото *Tragsa* му е наложено да ги изврши наредбите што му се дадени од страна на јавните органи [...]. Исто така, се чини [...] дека [...] *Tragsa* нема слобода во утврдувањето на тарифите за своите активности и дека неговите односи со нив не се договорни.“ и „Оттука, се чини дека друштвото *Tragsa* не може да се смета за трето лице во однос на Автономните покраини кои поседуваат дел од неговиот капитал.“

<sup>9</sup> Предмет пред СПЕУ C-324/07, *Coditel Brabant SA против Commune d'Uccle* и *Région de Bruxelles-Capitale*, став 46.



„Чисто формално учество“ во друштвото не е доволно доколку не постои реална способност за вршење контрола. Почетната претпоставка е дека многу мало учество на еден договорен орган во капиталот на друштвото претставува индикација дека тој нема доволно моќ да влијае врз одлуките на тоа друштво. Сепак ова тврдење може да се демантира во ситуација кога и покрај малото ниво на учество во капиталот на друштвото, тој договорен орган во секој случај може да придонесе за ефективна контрола, без разлика дали самостојно, или заеднички со другите договорни органи.

**Пример:** Нивото на учество во капиталот на друштвото станува нерелевантно доколку договорниот орган има право на *вето*.

Истата ситуација е присутна кога договорниот орган има контрола врз начинот на кој неговите цели треба да бидат исполнети од страна на друштвото.

Приватно учество во капиталот на друштвото

Следното прашање се однесува на ситуација во која покрај тоа што јавните субјекти имаат удел во капиталот на друштвото, и приватен субјект, исто така, има удел во капиталот.

По правило<sup>10</sup>, кога приватно претпријатие има удел во капиталот на друштво во коешто, исто така, удел има договорниот орган, условот поврзан со контролата не е исполнет. Учесството на приватен капитал ја исклучува можноста за договорниот орган да извршува контрола врз друштвото којашто е „слична со онаа што ја врши врз своите сопствени одделенија“. Секое вложување на приватен капитал укажува на присуство на приватен интерес, којшто се стреми кон остварување цели кои се различни од интересите на јавниот сектор. Доколку друштвото е половично во јавна сопственост, тогаш приватното претпријатие чиј капитал е присутен во тоа друштво би имало предност во однос на неговите конкуренти<sup>11</sup>. Тоа би било случај дури и ако приватното учество по природа е само малцинско и договорниот орган може независно да ги носи сите одлуки во однос на тоа друштво.

*Потенцијално* приватно учество во капиталот на друштвото: Во овој контекст, важно е да се напоми дека *потенцијалното* приватно вложување автоматски не го исклучува класифицирањето на договорот како спогодба за интерна набавка. По правило, утврдувањето на постоењето на приватно учество во капиталот на друштвото на кое му е доделен договорот за јавна набавка се врши за време на доделувањето. Приватното учество во капиталот на друштвото е возможно на неопределен иден временски период. Од друга страна пак, вистински проблем може да се јави доколку за време на извршувањето на договорот, капиталот на друштвото стане отворен за приватни акционери<sup>12</sup>.

**Пример:** Договорниот орган доделува договор на друштво коешто е целосно во негова сопственост и при доделувањето сите услови поврзани со контролата се исполнети. Подоцна, но сепак во рамки на периодот во кој тој договор има важност, на приватни акционери им се дозволува да имаат капитал во тоа друштво. Ова дејство би претставувало измена на основен услов од договорот, со што договорниот орган би бил принуден да распише постапка за јавна набавка за доделување на договорот.

## Услов 2: Дејност (економска зависност)

Посебниот субјект врши главен дел од својата дејност за договорниот орган.

<sup>10</sup> Прецизен исклучок е даден во член 12 од Директивата.

<sup>11</sup> Предмет пред СПЕУ C-26/03, *Stadt Halle* и *RPL RecyclingparkLochau GmbH против Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, ставови 49-51.

<sup>12</sup> Предмет пред СПЕУ C-573/07, *Sea Srl против Comune di Ponte Nossa*, ставови 50-51 и 53.

Целта на овој услов е да се ограничи учеството на друштвото на комерцијалниот пазар и да се обезбеди дека законот за јавни набавки и понатаму ќе се применува доколку тоа друштво учествува во постапка во која учествуваат други друштва на пазарот.

Дејноста на друштвото мора да биде посветена главно на активностите на договорниот орган, а сите други активности треба да имаат само маргинално значење. Непостоењето пазарна ориентираност може да се смета за предуслов за исполнување на овој услов. Немањето пазарна ориентираност може да се потврди доколку опфатот на дејноста на друштвото е ограничен на извршување задачи за договорниот орган во чија сопственост тоа се наоѓа и доколку географскиот опфат на дејноста на друштвото е ограничен на територијата на тој договорен орган.

Доколку друштвото е, или стане „пазарно-ориентирано“, или доколку предметот на неговото работење е премногу широк, тоа нема да го исполнува условот поврзан со дејноста. Пазарната ориентираност, исто така, претставува индикација дека неговото ниво на независност е премногу високо, и во овие околности, друштвото нема да може да го исполни ниту условот поврзан со контролата.

**Пример:** Договорниот орган основал Друштво Б, и дејноста на друштвото е првично ограничена на стопанисување со локалниот јавен паркинг.

Друштвото Б започнува да презема значителен обем работа во други полиња на дејност, вклучително превоз на лица и стоки, информатичка технологија и телекомуникации. Новите дејности се вршат во контекст на пазарните притисоци што ги карактеризираат тие пазари.

Со цел да биде економски ефикасно, Друштвото Б треба да дејствува на покомерцијален начин со носење брзи одлуки, утврдување соодветни тарифи во согласност со конкурентната пазарна средина и постојано приспособување на своите услуги на условите на клиентите.

Оваа пазарна ориентираност е некомпатибилна со релевантната контрола што договорниот орган ја врши, поради тоа, овластувањата на раководството на друштвото треба да се прошират. Во практика, договорниот орган ќе го загуби своето влијание врз раководењето со Друштвото Б и нема да може да одржува ефективна контрола.

Со цел да се оцени дали условот поврзан со дејноста е исполнет, мора да се земат предвид сите дејности што тоа друштво ги врши. Овој услов е валиден без оглед дали тие активности ги плаќа самиот договорен орган или корисникот на услугите. Доколку главната дел од неговата дејност не е посветена главно на договорниот орган, територијата на која дејноста се врши не е релевантна<sup>13</sup>.

СПЕУ никогаш нема прецизирано што значи „главен дел“ од дејноста. Вообичаено, во анализираниите случаи, делот на активности што се вршат за договорниот орган (или договорните органи) бил над 90%, но СПЕУ избегна воспоставување на јасно правило. Директивата од 2014 година ја решава оваа правна несигурност со воведување на минимален удел, којшто изнесува 80%. Овој минимален удел е дополнително објаснет подолу.

Кога неколку договорни органи заеднички вршат контрола врз друштвото, условот што се однесува на „главен дел“ од неговата дејност може да биде исполнет доколку друштвото ја врши таа дејност за сите договорни органи заедно.

<sup>13</sup> Предмет пред СПЕУ С-340/04, *Carbotermo*, ставови 66-67.



## Одредби во Директивата за исклучокот за интерни набавки

Главна цел на правилата за јавни набавки предвидени со Директивата е да се обезбеди дека доделувањето на релевантните договори за јавна набавка е отворено за конкуренција меѓу сите економски оператори на внатрешниот пазар.

Во исто време, Директивата не ја ограничува слободата на договорниот орган да ги врши задачите од јавен интерес што се во негова надлежност со користење на своите административни, технички и други ресурси, без да биде обврзан да организира постапка за јавна набавка. Од аспект на тоа, исклучокот за интерни набавки на којшто се осврнува судската практика на СПЕУ во голема мера е кодифициран во член 12 од Директивата.

Член 12 ја појаснува ситуацијата кога договорните односи меѓу јавните субјекти не спаѓаат во рамки на опфатот на Директивата. Тоа опфаќа, како институционализирани интерни набавки, така и (неинституционализирана) хоризонтална соработка меѓу субјекти од јавниот сектор.

Важно е да се нагласи дека кодифицирањето е општо и не ги опфаќа детално сите факти што биле земени предвид и анализирани од страна на СПЕУ низ годините. Оттука, судската практика ќе продолжи и понатаму да биде релевантен извор за толкување на исклучокот за интерни набавки.

Кратка анализа на одредбите предвидени во членот 12 од Директивата е дадена во продолжение:

### Институционализирани интерни набавки

Член 12, став 1 до 3 од Директивата ги опфаќаат институционализираните интерни набавки. Неговите одредби определуваат како условите поврзани со контролата и со дејноста мора да бидат исполнети за да постојат институционализирани спогодби за интерни набавки. Исто така, овозможува исклучокот за институционализирани интерни набавки да се применува во случаи што се сметаат за „обратна вертикална“ или „хоризонтална институционализирана соработка“. Овие термини се дополнително објаснети во продолжение.

Согласно членот 12 (1) од Директивата:

„Договор за јавна набавка којшто договорниот орган му го доделува на друго правно лице регулирано со приватното или јавното право не спаѓа во рамки на опфатот на Директивата доколку се исполнети сите следни услови:

- (а) договорниот орган врши контрола врз правното лице слична на онаа којашто ја врши врз сопствените одделенија;
- (б) повеќе од 80% од активностите на контролираното правно лице се извршуваат при исполнувањето на задачите коишто му ги доверил договорниот орган кој го контролира правното лице или коишто му ги довериле други правни лица коишто ги контролира тој договорен орган; и
- (в) нема непосредно учество на приватен капитал во контролираното правно лице, со исклучок на формите на учество на приватен капитал коишто немаат својства на контролирање и блокирање, а коишто се наложени со одредбите од националното законодавство, во согласност со Договорите, и коишто не вршат одлучувачко влијание врз контролираното правно лице.“

Во текстот на член 12 (1) не само што може да се препознаат двата главни услова (за контрола и дејност) утврдени во пресудата во предметот *Testal*, туку и дополнителната обврска поврзана со сопственоста.

**Контрола:** Потстав а) се однесува на условот поврзан со контролата и се повторува обврската утврдена од страна на СПЕУ дека контролата којашто договорниот орган ја врши врз друштвото

коешто е во негова сопственост мора да биде „слична со контролата којашто ја врши врз своите одделенија“.

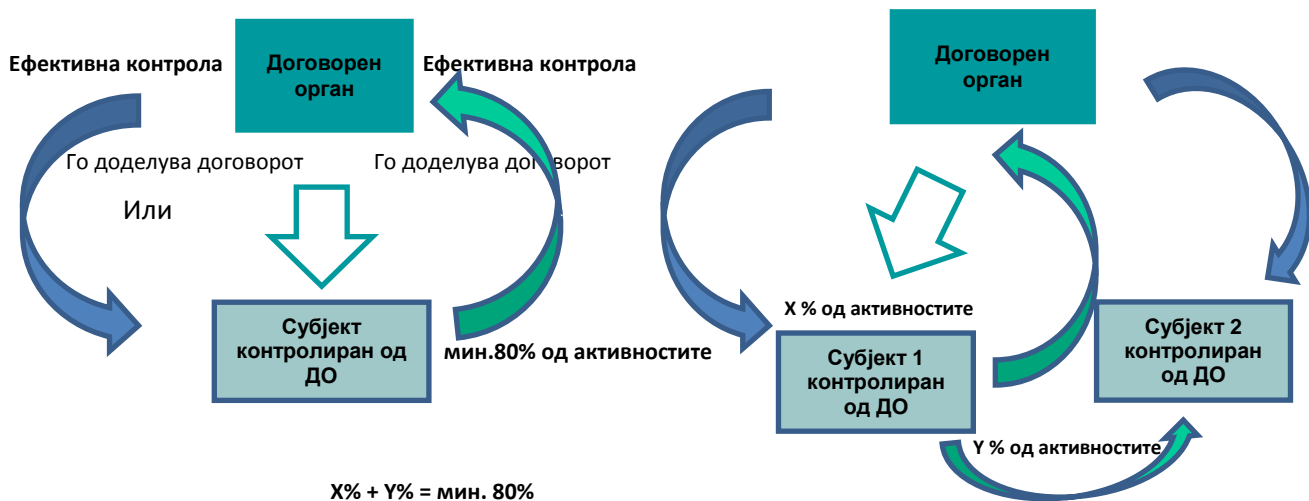
Оваа обврска за контрола е дополнително објаснета во вториот потстав од член 12 (1). Оваа одредба потврдува дека договорниот орган се смета дека го врши бараното ниво на контрола доколку има „одлучувачко влијание, како врз стратешките цели, така и врз важните одлуки“ на друштвото.

**Синџир на контрола:** Вториот потстав од член 12(1) дава дополнителна можност. Во него се потврдува дека е можен синџир на контрола: „Таква контрола, исто така, може да врши и друго правно лице, коешто и самото е контролирано на истиот начин од страна на договорниот орган.“

**Дејност:** Сега е дадено јасно образложение во потстав б) за претходно недефинираниот израз „главен дел од дејноста“. Овој основен дел изнесува повеќе од 80% од активностите на друштвото.

Во истиот потстав б), јасно е дека условот за 80% од активностите може да се исполни со вршење активности не само за договорниот орган којшто е сопственик на посебниот субјект, туку, исто така, и за други правни лица контролирани од тој договорен орган.

Овие две ситуации може да се претстават на следниов начин:



**Сопственост:** Во однос на третиот дополнителен услов, во потстав в) додадена е одредба којашто не произлегува од судската практика на СПЕУ. Додека, наводно, според СПЕУ, не се допушта никаква форма на учество на приватен капитал, одредбите од потстав в) допуштаат „форми на учество на приватен капитал коишто немаат својства на контролирање и блокирање“, под услов тоа учество да се наложува со национални законодавни одредби, во согласност со Договорите на ЕУ, и само доколку тоа учество не дава овластување за вршење одлучувачко влијание врз контролираното правно лице.

**„Обратна вертикална“ институционализирана соработка:** Според член 12 (2) од Директивата, исклучокот за интерни набавки може да се применува во случај на „обратна вертикална“ соработка.

Во договорниот аранжман што досега се разгледуваше во ова резиме, се претпоставува дека договорниот орган доделува договор на друштво коешто е во негова сопственост. Исклучокот на „обратна вертикална“ соработка ја опфаќа ситуацијата кога друштвото коешто е во сопственост на договорниот орган и коешто ги задоволува условите од предметот *Teckal* опишани претходно, му доделува договор на својот сопственик - договорен орган. Кога се исполнети одредени услови, друштвото може да го додели договорот без да мора да ја применува Директивата.

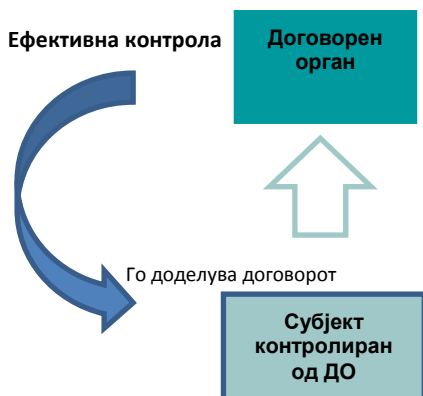
Согласно членот 12 (2) од Директивата:

„Став 1, исто така, се применува ако контролираното правно лице коешто е договорен орган доделува договор на својот договорен орган којшто врши контрола над него, или на друго правно лице контролирано од страна на истиот договорен орган, под услов во правното лице на коешто му се доделува договорот за јавна набавка да нема непосредно учество на приватен капитал, со исклучок на формите на учество на приватен капитал коишто немаат својства на контролирање и блокирање, а коишто се наложени со одредбите од националното законодавство, во согласност со Договорите, и коишто не вршат одлучувачко влијание врз контролираното правно лице.“

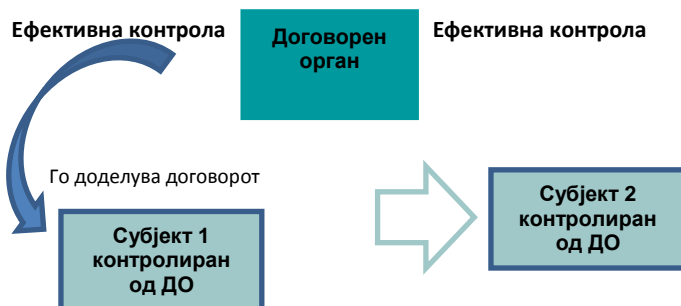
Условот да нема непосредно учество на приватен капитал во правното лице на коешто му се доделува договорот за јавна набавка претставува предуслов за исклучокот за интерни набавки, и овој услов се применува во ситуација на „обратна вертикална“ соработка.

Во случај кога контролираниот субјект му доделува договор на „матичниот“ договорен орган, логиката за интерни набавки – немањето два субјекта со независна волја - сè уште е релевантна.

### „Обратна вертикална“ институционализирана соработка



### Хоризонтална институционализирана соработка



Во член 12 (2) јасно се наведува дека исклучокот за интерни набавки може, исто така, да се применува во случај на „хоризонтална“ институционализирана соработка, а тоа е кога договорниот орган има повеќе од едно друштво во своја сопственост, и тие ги исполнуваат условите од предметот Teskal („сестрински“ друштва).

Условот да нема непосредно учество на приватен капитал во правното лице на коешто му се доделува договорот за јавна набавка претставува предуслов за исклучокот за интерни набавки, и тој повторно се применува во оваа ситуација на „хоризонтална“ институционализирана соработка.

Во случај на договори меѓу „сестрински“ друштва, ниту еден од субјектите не го контролира другиот, туку истиот „матичен“ договорен орган ги контролира двете „сестрински“ друштва. Се смета дека и двете му се целосно подредени на договорниот орган и одлуката за доделување на договорот на едно „сестринско“ друштво е резултат на наредба од страна на контролирачкиот договорен орган.

Овен тоа, задачата за обезбедување одредени стоки, услуги или работи на „сестринското“ друштво што врши набавка е, исто така, резултат на наредба дадена од договорниот орган што врши контрола.

Оттука, ниту еден од субјектите нема независна волја, па затоа логиката за интерно доделување на договорот е применлива.

Тест 1 – условот поврзан со дејност во контекст на „обратна вертикална“ и на „хоризонтална“ институционализирана соработка: Со оглед на тоа дека текстот од член 12 (2) не дава никакви упатства во однос на условот поврзан со дејноста, може да се заклучи дека овој услов не се применува во случаите на „обратна вертикална“ и „хоризонтална“ институционализирана соработка. Сепак, став (2) треба да се чита заедно со став (1), иако сè уште постои простор за толкување, бидејќи не е јасно кој субјект е обврзан да го исполнува условот поврзан со дејноста.

Во случај на „хоризонтална“ институционализирана соработка, логичкиот одговор би бил дека барем „сестринското“ друштво кое е давател на услуги мора да го исполнува условот.

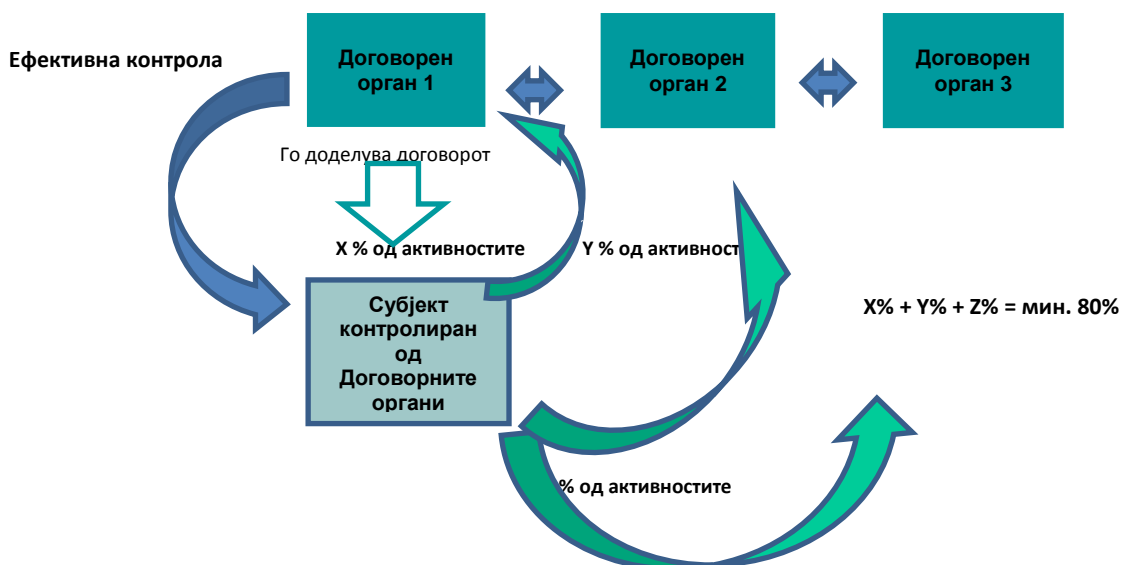
Прашањето останува без одговор во случај на „обратна вертикална“ институционализирана соработка, каде што Директивата не појаснува дали договорниот орган или субјектот треба да го исполнуваат условот поврзан со дејноста.

Заедничка контрола: Во член 12 (3) е прецизирано дека договорниот орган може да додели договор за јавна набавка директно на субјект врз којшто врши контрола заеднички со други договорни органи, дури и ако не може да врши контрола врз економскиот оператор самостојно.

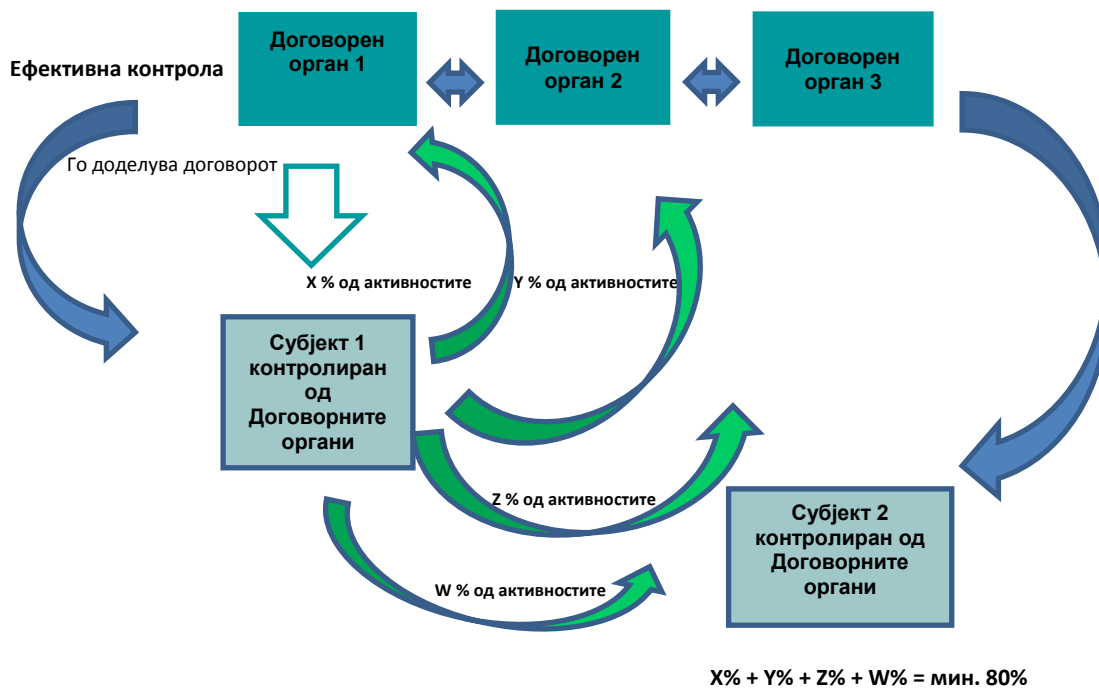
Согласно членот 12 (3) од Директивата:

„Договорниот орган којшто не врши контрола врз правното лице регулирано со приватното или јавното право, во смисла на став 1, сепак може да му додели договор за јавна набавка на тоа правно лице без примена на оваа Директива ако се исполнети сите следни услови:

- а) договорниот орган заедно со други договорни органи врши контрола над тоа правно лице слична на онаа којашто тие ја вршат врз своите сопствени одделенија;
- б) повеќе од 80% од активностите на тоа правно лице се извршуваат при исполнувањето на задачите коишто му ги довериле договорните органи кои го контролираат правното лице или коишто му ги довериле други правни лица кои се контролирани од страна на истите договорни органи; и
- в) нема непосредно учество на приватен капитал во контролираното правно лице, со исклучок на формите на учество на приватен капитал коишто немаат својства на контролирање и блокирање, а коишто се наложени со одредбите од националното законодавство, во согласност со Договорите, и коишто не вршат одлучувачко влијание врз контролираното правно лице.“



Или



Во вториот потстав од членот 12 (3) се утврдуваат три услови што треба да бидат исполнети при вршењето заедничка контрола:

„За целите на првиот потстав, точка (а), договорните органи вршат заедничка контрола врз правното лице ако се исполнети сите следни услови:

- i) телата на контролираното правно лице кои се надлежни за одлучување се составени од претставници на сите вклучени договорни органи. поединечните претставници можат да застапуваат неколку или сите договорни органи коишто учествуваат;
- ii) тие договорни органи заеднички можат да имаат одлучувачко влијание врз стратешките цели и врз важните одлуки на контролираното правно лице; и
- iii) контролираното правно лице нема интереси кои се во спротивност со интересите на договорните органи коишто вршат контрола над него.“

Првите две точки во одредена мера ги повторуваат посебните аспекти што се јавуваат како резултат на судската практика на СПЕУ. Освен тоа, во третата точка се наведува дека на контролираното правно лице не му се дозволува да има интереси кои се во спротивност со интересите на договорните органи кои вршат контрола над него.

Во член 12 не е содржана ниту една одредба за „обратна вертикална“ или за „хоризонтална“ институционализирана соработка, каде повеќе од еден договорен орган врши контрола врз правно лице (ситуација на заедничка контрола). Овој пропуст покажува дека исклучокот за интерни набавки не е применлив во такви ситуации и дека на друштвото врз кое се врши заедничка контрола не му е допуштено да додели договор на неговиот „матичен“ договорен орган или на некое „сестринско“ друштво.



## Соработка „помеѓу субјекти од јавниот сектор“ и „неинституционализирана“ хоризонтална соработка

Во член 12 (4) се уредени оние случаи коишто вообичаено се нарекуваат соработка „помеѓу субјекти од јавниот сектор“ или „неинституционализирана“ хоризонтална соработка. Во овие случаи, два или повеќе договорни органи може да воспостават хоризонтална соработка без да основаат субјект за интерни набавки коишто заеднички ќе го контролираат.

Во својата пресуда по предметот Hamburg<sup>14</sup>, СПЕУ го прифатил овој исклучок за договори помеѓу субјекти од јавниот сектор со образложение дека правото на ЕУ не им наложува на договорните органи да користат некоја посебна правна форма за да може заеднички да ги извршуваат нивните задачи за јавни услуги.

Исклучокот за договори помеѓу субјекти од јавниот сектор вклучува склучување договори коишто не се опфатени со правилата за јавни набавки доколку одредени услови се исполнети. Овие услови се кодифицирани во член 12 (4) на следниов начин:

„Договор склучен исклучиво помеѓу два или повеќе договорни органи не спаѓа во опфатот на оваа Директива ако се исполнети сите следни услови:

- со договорот се воспоставува или спроведува соработка помеѓу вклучените договорни органи, со цел да се обезбеди дека јавните услуги коишто тие треба да ги извршат се спроведуваат во насока на остварување на нивните заеднички цели;
- спроведувањето на таа соработка се раководи единствено според потребите поврзани со јавниот интерес; и
- вклучените договорни органи на слободниот пазар извршуваат помалку од 20% од активностите коишто се однесуваат на соработката.“

Во член 12 (5) се утврдени основните правила за пресметка на процентот на активности од групата услови поврзани со проверка на постоењето на ефективна контрола.

Просечниот годишен обрт или „соодветно алтернативно мерило коешто се заснова на дејноста“, како што се трошоците што ги има релевантното правно лице или договорниот орган во однос на услугите, стоките и работите... се земаат предвид“. Релевантниот период за пресметка на прометот ги опфаќа последните три години што му претходат на доделувањето на договорот. Доколку не се достапни овие показатели за претходните три години, или не се повеќе релевантни заради датумот на кој релевантното правно лице или договорниот орган бил основан или заради реорганизација на активностите, „ќе биде доволно да се покаже дека мерилото на активноста е веродостојно, особено преку деловни проекции“.

### Други исклучоци

Други две ситуации се предвидени во Директивата, коишто е соодветно да се споменат во контекст на исклучоците за интерни договори и договори помеѓу субјекти од јавниот сектор. Тие не се интерни договори или договори за соработка, туку може да се сметаат за можни алтернативи кога се дискутира за достапноста на овие исклучоци. Тоа се договори за јавна набавка на услуги доделени врз основа на ексклузивно право и централни тела за набавки.

На договорниот орган му е дозволено да додели договор на посебен и издвоен јавен субјект без да биде обврзан да спроведе постапка за јавна набавка во двете вакви ситуации.

**Договори за јавна набавка на услуги доделени врз основа на ексклузивно право:** Во член 11 од Директивата се предвидува следново:

<sup>14</sup> Предмет пред СПЕУ C-480/06, Комисијата против Германија.

„Оваа Директива не се применува за договори за јавна набавка на услуги доделени од договорен орган на друг договорен орган или на здружение на договорни органи врз основа на ексклузивно право кое тие го уживаат во согласност со законите, регулативите или објавените административни одредби кои се усогласени со ДФЕУ.“

Во овој случај, правото за вршење одредена (економска) дејност е доделено со закон, којшто, исто така, утврдува кој субјект ќе биде носител на тоа ексклузивно право. Тој субјект секогаш е договорен орган и како резултат на стекнатата ексклузивност, претставува единствен извор за таа конкретна услуга.

Во овој случај, конкуренција од приватните даватели на услуги не е возможна, и како резултат на тоа, конкретниот договорен орган е изземен од обврската да спроведе постапка за јавна набавка.

Само во ограничен број случаи ексклузивни права може да им се доделат на субјекти, во согласност со Договорите, затоа што ексклузивните права претставуваат ограничување на четирите слободи на внатрешниот пазар. Овој пристап може да се користи кога нема да биде обезбедено извршување на одредена услуга од општ економски интерес, или пак кога таа нема да биде обезбедена на соодветно ниво од страна на пазарот, па затоа јавната интервенција е од суштинско значење. Поради ова, конкретната услуга може да биде обезбедена **само** со доделување ексклузивни права на договорен орган, под услов развојот на трговијата да не биде засегнат во таква мера што би било спротивно на интересите на Заедницата.

**Пример:** Може да биде оправдано доделувањето ексклузивно право на специјализирано јавно тело за обезбедување обука на работното место и јазична обука за имигранти, иако на пазарот може да се најдат потенцијални решенија. Сепак, заради тековната сензитивност на прашањата поврзани со имиграцијата, јавната интервенција може да се смета за круцијална.

**Централни тела за набавки:** Член 37 од Директивата предвидува посебна ситуација во која централно тело за набавки врши одредени услуги врз основа на посебно право.

Централното тело за набавки е договорен орган кој врши централизиран активности за набавка (и евентуално помошни активности за набавка). Согласно Директивата, земјите-членки може да предвидат договорните органи да може да набавуваат стоки и/или услуги од централно тело за набавки. Земјите-членки, исто така, можат да определат дека договорните органи можат да набавуваат работи, стоки и услуги врз основа на договори доделени од централно тело за набавки, динамични системи за купување со коишто управува централно тело за набавки или користејќи рамковна спогодба склучена од централното тело за набавки.

**Пример:** Hansel од Финска е централно тело за набавки коешто склучува рамковни спогодби кои меѓу другите стоки и услуги, опфаќаат ИКТ хардвер, софтвер и услуги; административни услуги (финансиско управување, организациски развој и развој на човечки ресурси, организирање патувања и конференции); материјали и технички услуги (услуги поврзани со материјали и со објектот, возила и транспорт, канцелариски материјал и снабдување со електрична енергија).

Посебното право на централните тела за набавки да обезбедуваат централизиран активности и помошни активности за набавка е предвидено во Директивата. На договорните органи им е дозволено да доделат договор за јавна набавка на услуги за обезбедување централизиран активности за набавка на централно тело за набавки без да се применуваат постапките предвидени во Директивата.

Сепак, централните тела за набавки немаат ексклузивни права затоа што договорните органи генерално не се обврзани да ги користат услугите што овие тела ги вршат. Во некои земји,

органите на централната власт се обврзани да го прават тоа, но само за ограничен список ставки.

Користењето на овој исклучок има цел да се добие економија на обем, вклучително пониски цени и трансакциски трошоци, и подобрување и професионализација на управувањето со набавките. Бидејќи акумулирањето на побарувачка од страна на договорните органи се смета за добра алатка за постигнување на тие цели, природно е да се воспостави соодветна правна рамка за поддршка и за охрабрување на овој тренд.

Треба да се напоми дека само набавката на (централизирани/помошни) активности за набавка не спаѓа во општите правила за набавки. Централните тела за набавки мора во целост да се придржуваат до одредбите од Директивата кога доделуваат договори или склучуваат рамковни спогодби.

За повеќе информации, види Резиме на СИГМА за јавните набавки 20, „Централни тела за набавки“.

## Секторски дејности

Истите исклучоци за интерни набавки и набавки помеѓу субјекти од јавниот сектор важат, како согласно Директивата, така и согласно Директивата за секторските дејности<sup>15</sup>. СПЕУ го применува истото толкување како за јавниот сектор, така и за секторските дејности. Заради тоа, двете директиви имаат паралелни одредби: текстот на член 28 од Директивата за секторските дејности е идентичен со тој од член 12 од Директивата.

Покрај исклучоците за интерни набавки и за набавки помеѓу субјекти од јавниот сектор, коишто важат само за договорните органи, во член 29 и 30 Директивата за секторските дејности предвидува посебни исклучоци коишто важат за сите договорни субјекти.

### Член 29 Поврзани друштва и член 30 Заеднички вложувања

Кога терминот „претпријатија“ опфаќа повеќе друштва кои се во заемна сопственост или кои се заемно зависни, тогаш под одредени услови се предвидува посебен исклучок за набавките што се вршат меѓу овие друштва. Овие набавки се слични со договорите за „интерни набавки“, иако условите не се целосно исти.

Договорите коишто се исклучок се оние договори што биле доделени на поврзани друштва чија основна цел е да дејствуваат како централни даватели на услуги на групата на којашто припаѓаат, наместо да ги продаваат своите услуги комерцијално на слободниот пазар.

Две категории договори се исклучок. Првата категорија вклучува договори доделени:

- од страна на договорен субјект на поврзано друштво;
- од страна на заедничко вложување, основано исклучиво од повеќе договорни субјекти за целите на вршење опфатени дејности, на претпријатие коешто е поврзано друштво на еден од тие договорни субјекти.

**Поврзани друштва** (член 29, Директива за секторските дејности): Поврзано друштво е она друштво кај кое годишните сметки се консолидирани со оние на договорниот субјект во согласност со обврските од Директивата за сметководство 2013/34/ЕУ (Директива за сметководство)<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Директива 2014/25/ЕУ за набавки на субјекти кои работат во секторите за водоснабдување, енергетика, транспорт и поштенски услуги и за укинување на Директива 2004/17/ЕЗ, 26 февруари 2014 година.

<sup>16</sup> Директива 2013/34/ЕУ за годишни финансиски извештаи, консолидирани финансиски извештаи и поврзани извештаи на одредени видови претпријатија, и за изменување на Директивата 2006/43/ЕЗ на Европскиот парламент и на Советот и укинување на Директивите на Советот 78/660/ЕЕЗ и 83/349/ЕЕЗ, 26 јуни 2013 год.

Во случај на договорни субјекти коишто не подлежат на Директивата за сметководство, поврзано друштво претставува кое било претпријатие врз коешто договорниот субјект може непосредно или посредно да има доминантно влијание, на ист начин како што јавниот орган може да има доминантно влијание врз јавно претпријатие. Ова позиција е иста без разлика дали претпријатието има доминантно влијание врз договорниот орган или, и претпријатието, и договорниот субјект, подлежат на доминантно влијание од трето претпријатие.

Овој исклучок, во секој случај, подлежи на одреден услов: претпријатието мора да постои главно со цел да обезбедува стоки, услуги или работи за групата, а не да ги продава на слободниот пазар. Исклучокот важи само ако во текот на претходните три години најмалку 80% од просечниот обрт на поврзаното друштво произлегува од обезбедување стоки, услуги или работи за претпријатијата со кои тоа е поврзано.

Доколку повеќе од едно претпријатие поврзано со договорниот субјект ги обезбедува истите или слични стоки, услуги или работи, горенаведените проценти се пресметуваат на тој начин што се зема предвид вкупниот промет што произлегува соодветно од обезбедувањето на услугите, стоките или работите од страна на тие поврзани друштва.

**Заеднички вложувања** (член 30, Директива за секторските дејности): Втората категорија договори што подлежат на посебниот исклучок вклучува договори доделени:

- од страна на заедничко вложување, основано исклучиво од повеќе договорни субјекти за целите на вршење опфатени дејности, на еден од тие договорни субјекти;
- од договорен субјект на заедничко вложување во коешто тој е составен дел.

Овој исклучок подлежи на условите коишто наложуваат заедничкото вложување да биде основано за вршење на засегнатата дејност за период од најмалку три години и инструментот за основање на заедничкото вложување да пропишува дека секој од договорните субјекти кои го формираат заедничкото вложување ќе бидат дел од заедничкото вложување најмалку за истиот период.

## Дополнителни информации

### Публикации

СИГМА (2015), *Прирачник за обука за јавните набавки – Модул Г3*, издание на ОЕЦД, Париз - <http://www.sigmaxweb.org/publications/public-procurement-training-manual.htm>

СИГМА (2014), *Избрани пресуди на Судот на правдата на Европската унија за јавните набавки (2006-2014)*, издание на ОЕЦД, Париз – Поглавје 4

<http://www.sigmaxweb.org/publications/Judgements-CourtJustice-31July2014-MKD.pdf>

### Резиме за јавните набавки

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

СИГМА (2016), *Јавни набавки во ЕУ: Законодавна рамка, основни начела и институции*, Резиме 1, издание на ОЕЦД, Париз

СИГМА (2016), *Централни тела за набавки*, Резиме 20, издание на ОЕЦД, Париз