

JPM

JANKOVIĆ POPOVIĆ MITIĆ

***Primena Zakona o zaštiti konkurencije u
postupcima javnih nabavki***

Milica M. Subotić

Partner, JPM Janković Popović Mitić

1. decembar 2015. godine

TLA

The Regional
Network of Leading
Legal Experts

SLOVENIA | CROATIA | SERBIA | BOSNIA AND HERZEGOVINA | MACEDONIA | MONTENEGRO

Cilj seminara

- Da ukratko predstavi osnovna pravila kojima se u užem smislu štiti konkurencija u postupcima javnih nabavki (“JN”) kao i praksu Komisije za zaštitu konkurencije („KZK“) u tom pogledu. Akcenat je na povrede konkurencije u slučaju tzv. nameštenih ili lažnih ponuda.
- Da analizira najvažnije rizike kojima su učesnici na tržištu i odgovorna lica u njima izloženi u slučaju nameštenih ponuda i drugih povreda konkurencije u postupcima JN.
- Da ukaže na određene dileme u tumačenjima i primeni Zakona o zaštiti konkurencije („ZZK“) na postupke JN, naročito po pitanjima pokretanja postupka pred KZK, zajedničkog nastupa konkurenata, učešća povezanih lica u postupku JN, standarda dokaza u postupku pred KZK i drugo.

Ograničenje i zaštita konkurencije u postupcima JN

- Ograničavanja konkurencije u postupcima JN se između ostalog vrši :
 - *Favorizovanjem unapred poznatih ponuđača kroz tehničke specifikacije, reference, garancije i slično;*
 - *Postojanjem konflikta interesa kod ocene ponuda;*
 - **Nameštenim ili lažnim ponudama (tzv. bid rigging);**
 - *Neopravdanom upotrebom skraćenih procedura, direktnih pregovora i slično;*
 - *Neadekvatnim analizama ponuda sa izuzetno niskom cenom kao i opravdavanjem niske cene kao najvažnijeg (jedinog) kriterijuma i*
 - *Naknadnim zaključenjem aneksa ugovora koji se odnose na cene, izmene drugih uslova.*
- Načela u službi **zaštite konkurencije** predviđena ZJN, naročito načelo obezbeđivanja konkurencije i jednakosti ponuđača, razrađena su posebnim odredbama tog zakona. Sama reč konkurencija se pojavljuje u 14 članova ZJN.
- Odredbe ZZK kojima se **zabranjuju restriktivnu sporazumi i zloupotreba dominantnog** položaja se primenjuju i na učesnike na tržištu kada učestvuju u postupcima JN kao ponuđači. ZJN sadrži posebna pravila koja dodatno regulišu i sankcionišu povrede konkurencije u postupcima JN.

Nameštene ponude kao oblik restriktivnog sporazuma

- Restriktivni sporazumi sporazumi koji imaju za *cilj* ili posledicu značajno ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje konkurencije (čl. 10 ZZK), i zabranjeni su osim u slučajevima njihovog izuzeća u skladu sa ZZK-a (čl. 11 i 12).
- Zabrana se posebno odnosi na sporazume između konkurenata kojima se utvrđuju kupovne ili prodajne cene ili drugi uslove trgovine odnosno dele tržišta ili izvori nabavki, kada nije izuzeće od zabrane nije dozvoljeno.
- Prema Strategiji razvoja JN iz 2011 g. **nameštene ponude** su sporazumi između konkurenata koji tajno dogovaraju nastup pre podnošenja ponude a čiji je cilj da se **poveća cena, smanji kvalitet, podeli tržište.**
- Upustvo KZK za okrivanje nameštenih ponuda u postupcima JN iz 2011 g. i Strategija ukazuju da su to naročito:
 - ***simulirana ili fiktivna ponuda*** - dogovor ponuđača da neki od njih podnesu ponude koje uključuju (i) da je ponuda viša od ponude unapred određenog ponuđača, ili (ii) da je ponuda očigledno previsoka da bi bila prihvaćena, ili (iii) da ponuda sadrži specijalne uslove za koje se unapred zna da su neprihvatljivi za naručioca;
 - ***uzdržavanje od podnošenja ponude*** - dogovor kojim se jedan ili više ponuđača, saglašavaju da se uzdrže od podnošenja ponude ili da povuku već podnetu ponudu;
 - ***rotacija ponuda*** i
 - ***špekulativno ograničavanje ponude*** između ponuđača na pojedina geografska područja ili naručioce.

Zajedničko učešća konkurenata u postupcima JN

- Pred KZK se postavilo pitanje da li se ugovor o zajedničkoj ponudi u postupku JN između konkurenata može posmatrati kao restriktivni sporazum (zajednička ponuda u smislu čl. 81 ZJN).
- Isto je kada se kao podizvođač javlja konkurent ponuđača (čl. 80 ZJN).
- Na osnovu Mišljenja KZK od 19.06.2015. g. zajedničko učešće konkurenata u postupku JN se **neće smatrati restriktivnim sporazumom** u smislu čl. 10 ZZK-a pod uslovom da:
 - *nijedan od učesnika u sporazumu nije mogao samostalno daučestvuje u skladu sa uslovima iz konkursne dokumentacije ili ako da jedan od njih može učestvovati samostalno a ostali koji ne mogu prodružuju se radi sticanja referenci ili know-how-a,*
 - *je razmena poslovno osetljivih informacija između konkurenata ograničena na predmetni postupak i da se odnosi samo na informacije neophodne za sastavljanje ponude i realizaciju ugovora i*
 - *ne sadrži odredbe o zabrani konkurencije kojima se ograničava ili sprečava nadmetanje učesnika u sporazumu u drugim postupcima javnih nabavki.*

U protivnom, moguće je tražiti pojedinačno izuzeće sporazuma od zabrane.

- Ranije Mišljenje KZK od 17.10.2012. g. predviđa da je reč o restiktivnom sporazumu i ukazuje na obavezu pojedinačnog izuzeća.
- Praksa KZK u toku 2014 g. u skladu sa Mišljenjem iz 2012 g. jer postoji veliki broj izuzetih sporazuma između konkurenata. Pitanje pravne sigurnosti usled različitih mišljenja. Najnovija praksa KZK - obacivanja Zahteva za pojedinačno izuzeće.

Izjava o nezavisnoj ponudi i dužnost prijavljivanja povrede konkurencije

- Naručilac je dužan da obezbedi da **izjava o nezavisnoj ponudi**, kojom ponuđač pod punom materijalnom i krivičnom odgovornošću potvrđuje da je ponudu podneo nezavisno, bez dogovora sa drugim ponuđačima ili zainteresovanim licima, bude sastavni deo konkursne dokumentacije (čl. 26 ZJN).
- U slučaju postojanja osnovane sumnje u njenu istinitost **naručilac će odmah** obavestiti KZK. Svako zainteresovano lice je dužno da to učini ukoliko ima bilo koji podatak o povredi konkurencije u postupku JN (čl. 27 ZJN).
- Uputstvo KZK sadrži Ček listu za otkrivanje nameštenih ponuda za naručioce, gde se kao relevantne uzimaju i sledeće okolnosti:
 - *uvek isti ponuđač daje najnižu ponudu;*
 - *određeni ponuđači učestvuju samo na određenim geografskim područjima;*
 - *neočekivano i iznenadno povlačenje ponude;*
 - *identične štamparske greške ili isti rukopis u tenderskoj dokumentaciji podnetoj od strane različitih ponuđača;*
 - *ponude različitih ponuđača sadrže značajan broj identičnih procena troškova ili identične greške u kalkulaciji;*
 - *ponuđači podnose zajedničku ponudu iako bi bar jedn od njih mogao da podnes samostalnu ponudu;*
- U nekim slučajevima Komisija za zaštitu prava ponuđača, rešavajući povodom podnetog zahteva za zaštitu, u odluci **nalaže** naručiocu da obavesti KZK o postojanju osnovane sumnje, kada je ovaj to i činio. Pitanje je da li je naručilac to bio obavezan da to učini, zašto naručilac to nije učinio pre „naloga“.

Ispitni postupak pred KZK

- KZK će pokrenuti **po službenoj dužnosti** postupak ispitivanja povrede konkurencije kada na osnovu dostavljenih *inicijativa*, informacija i drugih raspoloživih podataka, **osnovano pretpostavi** postojanje povrede konkurencije. Odluku donosi Predsednik Saveta KZK, stranka nema pravo žalbe, podnosilac inicijative mora biti obavešten o ishodu inicijative u roku od 15 dana od prijema inicijative (čl. 35 ZZK).
- Kada naručilac obavesti KZK da postoji osnovana sumnja o istinitosti izjave o nezavisnoj ponudi može da odluči da nastavi sprovođenje postupka JN (član 27 stav 4 ZJN). Nije jasno da li može da u smislu čl. 109 ZJN odluči da postupak obustavi i da li je radi donošenja te odluke potrebno da KZK pokrene ispitni postupak. Pitanje rokova za sprovođenje i donošenje odluke o dodeli ugovora.
- U praksi, KZK je inicijativu za pokretanje postupka najčešće dobijala od naručioca.
- Do sada KZK je pokrenula 4 postupka zbog nameštenih ponuda, 2 su okončana i to odlukom o postojanju povrede konkurencije.
- Prema Mišljenju KZK od 13.05.2015. g. **prekid postupka** nije dozvoljen u slučaju nameštenih ponuda jer je reč o teškim povredama konkurencije. Ovaj stav iznet u obe odluke KZK o povredi konkurencije iz 2015 g.
- Mogućnost oslobađanja od kažnjavanja u slučaju „samoprijave“ (čl. 69 ZZK), pod određenim uslovima.

Rizici u slučaju utvrđene povrede konkurencije u postupku JN

- **Novčano kažnjavanje** od strane KZK u maksimalnom iznosu od 10% ukupnog prihoda ostvarenog na teritoriji Republike Srbije u godini koja je prethodila povredi konkurencije (član 69 ZZK-a). Najviša izrečena kazna do sada je 5, 85%.
- **Krivičnopravna odgovornost** za krivično delo **Zloupotrebe u vezi sa javnom nabavkom** (član 234a Krivičnog zakonika), po kome se odgovornim licima koja su se na nedozvoljen način dogovarala sa ostalim ponuđačima može izreći kazna od 6 meseci do 5 g. zatvora, odnosno do 10 g. (s obzirom na vrednost). Moguće je oslobađanje u slučaju prijavljivanja pre donošenja odluke o izboru ponude.
- **Negativna referenca**, u zavisnosti od odluke naručioca, koji ima dokaz da je ponuđač u 3 godine pre objavljivanja poziva za podnošenje ponuda izvršio povredu konkurencije (član 82 ZJN). Odluka KZK ne mora da bude pravosnažna.
- **Mere zabrane učešća u postupku JN** od strane KZK u trajanju od maksimalno 2 g. Ova mera izrečena u jednom od slučajeva u toku 2015 za period od 18 meseci od dana pravosnažnosti.
- **Raskid ugovora o JN po sili zakona** (član 27 ZJN). Pitanje posledica raskida.
- Reputaciona šteta, troškovi postupka, sprovođenje nenajavljenog uviđaja od strane KZK, pokretanje sličnih postupka u drugim državama, privremene mere.

Pitanje učešća povezanih lica u postupcima JN

- U 3 postupka pred KZK koja se tiču nameštenih ponuda kao relevantna okolnost za ocenu da postoji osnovana pretpostavka da je izvršena povreda uzeta činjenica da je reč o povezanim licima.
- Takođe, u jednom od slučajeva Komisija za zaštitu prava ponuđača je ukazala da „činjenica da su izabrani ponuđači povezani preko trećeg pravnog lica može podvesti po osnovanu sumnju da je došlo do kršenja pravila konkurencije“ i naložila naručiocu da o tome obavesti KZK.
- Povezanim učesnicima na tržištu smatraju se dva ili više učesnika koji su povezani tako da jedan ili više kontroliše drugog ili druge, i isti se smatraju jednim učesnikom na tržištu (član 5 ZZK.a) – ne mogu se posmatrati kao konkurenti, pa ni u postupku JN
- Pitanje: Da li povezani učesnici na tržištu mogu da podnesu nezavisne ponude u postupcima JN, odnosno da li Izjava o nezavisnoj ponudi može da derogira primenu čl. 5 ZZK-a?

JPM

JANKOVIĆ POPOVIĆ MITIĆ

Vladimira Popovića 6
NBGP Apartments
11070 Belgrade (Serbia)
tel: + 381/11/207-6850
fax: +381/11/207-6899
office@jpm.rs

www.jpm.rs

TLA The Regional
Network of Leading
Legal Experts

SLOVENIA | CROATIA | SERBIA | BOSNIA AND HERZEGOVINA | MACEDONIA | MONTENEGRO