

БРИФ ЗА ЈАВНИ ПОЛИТИКИ ЗА ПОДОБРУВАЊЕ НА ПРАВНАТА ЗАШТИТА ВО ЈАВНИТЕ НАБАВКИ

ЈУНИ, 2014 ГОД.

ВОВЕД

Правната заштита во јавните набавки треба да им овозможи на оштетените понудувачи брзо, ефикасно, транспарентно и недискриминаторско преиспитување на постапката и соодветни правни лекови. На овој начин не само што се овозможува остварувањето на едно од фундаменталните уставно загарантирани права како што е правото на правна заштита, туку се овозможува и заштита на интегритетот во трошењето на јавните пари, што е од поширок општествен интерес.

Анализата на состојбите во јавните набавки ја наметнува потребата од преиспитување на ефикасноста на правната заштита во Македонија во услови кога бројот на жалби е во постојано опаѓање наспроти галопирачкиот раст на бројот на тендери. Значењето на прашањето за ефикасност на системот на правна заштита произлегува од фактот дека јавните набавки во земјата учествуваат со дури 12% во бруто домашниот производ. Годишно, државните институции трошат повеќе од 900 милиони евра за набавка на стоки, услуги и работи кои ги обезбедуваат преку постапките за јавни набавки, што е дури 35% од вкупниот буџет на земјата. Ова доволно говори за важноста на јавните набавки не само за нормално функционирање на државата, туку и за вкупната економија на земјата.

Обезбедувањето ефикасност и интегритет во јавните набавки е суштинско за испорака на квалитетни јавни услуги од

властите на национално и на локално ниво. Оттука, ефикасни јавни набавки значат подобри патишта, помодерни училишта, поопремени болници и воопшто, подобри услуги за граѓаните. Во овој контекст клучно е да се има предвид дека институциите не трошат свои пари туку пари на граѓаните. Затоа, властите имаат обврска да ги купуваат потребните добра, услуги и работи само од фирмите кои ја нудат најдобрата вредност за парите. Со други зборови, едно од основните начела на јавните набавки е државните институции преку нив да го обезбедуваат најдобриот можен квалитет за потрошените пари.

Систем на јавни набавки на кој му недостигаат транспарентност и конкуренција е плодно тло за коруптивно однесување. Оттука неопходно е јавните набавки цврсто да почиваат на фундаменталните принципи и да ја обезбедуваат корупцијата. Примена на принципите на интегритет, транспарентност, отчетност, фер третман и ефикасност од сите инволвирани во јавните набавки ги минимизира ризиците од корупција и ги максимизира економските, финансиските и социјалните бенефити од јавните набавки. Еден од најефикасните начини за одбрана на основните принципи во јавните набавки е преку достапна и ефикасна правна заштита која им овозможува на учесниците во јавните набавки сами да иницираат спречување на злоупотреба во постапките.



USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE



FOUNDATION ФОНДАЦИЈА
OPEN OTBOPENO
SOCIETY OPICTESTVO
MACEDONIA MAKEDONIJA



Center for Civil Communications
Центар за граѓански комуникации

Овој документ е овозможен со поддршка од американскиот народ преку Агенцијата на САД за меѓународен развој (УСАИД) во рамките на Проектот на УСАИД за граѓанско општество. Содржината на публикацијата е одговорност на Фондацијата Отворено општество – Македонија и на Центарот за граѓански комуникации и не ги изразува ставовите на УСАИД или на Владата на Соединетите Американски Држави.

ПРОБЛЕМИ ШТО ТРЕБА ДА СЕ НАДМИНАТ

НАСПРОТИ ПОРАСТОТ НА БРОЈОТ НА ТЕНДЕРИ СЕ НАМАЛУВА БРОЈОТ НА ЖАЛБИ ШТО ФИРМИТЕ ГИ ДОСТАВУВААТ ДО ДРЖАВНАТА КОМИСИЈА ЗА ЖАЛБИ ПО ЈАВНИ НАБАВКИ (ДКЖЈН). ОВОЈ ТРЕНД ГО ОТВОРА ПРАШАЊЕТО ДАЛИ Е ЗАКОНСКИ ПРЕДВИДЕНАТА ПРАВНА ЗАШТИТА ЕФИКАСНА И РАЦИОНАЛНА.

Потребата од преиспитување на ефикасноста на системот за правна заштита во јавните набавки, меѓу другото, произлегува од сознанието дека веќе неколку години по ред опаѓа бројот на жалби по јавни набавки. Намалувањето на бројот на жалби доаѓа во период кога бројот на огласени тендери е во голем подем поради намалување на законските прагови за објавување на постапка за јавна набавка (се објавуваат сите набавки поголеми од 500 евра).

Притоа, бројот на постапки за јавни набавки во 2012 година е зголемен за 50,3%, а во 2013 година за 58,3%. Но, наспроти ова бројот на жалби доставени од страна на учесниците во постапките се намалува и тоа за 15,2% во 2012 година и за 8,9% во 2013 година.

ГОДИНА	ЗГОЛЕМУВАЊЕ/ НАМАЛУВАЊЕ	
	на тендери	на жалби
2012	+50,3%	-15,2%
2013	+58,3%	-8,9%

Поконкретно, во 2013 година кога биле спроведени 18.654 тендери во ДКЖЈН се оформени 533 жалбени предмети. Доколку бројот на постапки се стави во сооднос со бројот на жалбени предмети се доаѓа до податокот дека се обжалени 2,9% од тендерите. Во 2012 година беа обжалени 5% од тендерите. За споредба, процентот на обжалени тендери во Хрватска во 2012 година изнесувал 8,9% (на 18.840 објавени постапки за јавни набавки доставени се 1.676 жалби).

Овој тренд во жалбената постапка во Македонија го отвора прашањето дали учесниците во јавните набавки имаат задоволително ниво на познавање на нивните права во постапките со јавните набавки и дали е законски предвидената правна заштита ефикасна и рационална, особено во однос на роковите и трошоците за жалби. Поконкретно, се мисли на рокот во кој незадоволната страна покренува правна

заштита и рокот во кој надлежните органи се должни да одлучуваат по барањето на правна заштита. Од друга страна, значајно е и прашањето на трошоците кои треба да ги плати барателот на правна заштита, со оглед на тоа дека тие не треба да претставуваат товар кој ја поскапува постапката и да бидат пречка за користење на институтот на правна заштита секогаш кога некој смета дека му е повредено одредено право поради кршење на Законот од страна на договорниот орган.

ЗАКОНОТ ЗА ЈАВНИ НАБАВКИ ПРЕДВИДУВА КРАТКИ РОКОВИ ЗА ЖАЛБА.

Согласно член 216 став 2 од Законот за јавни набавки жалбата се изјавува во рок од осум дена, односно три дена кај постапката со барање за прибирање понуди во неколку фази од тендерот (од денот на прием на записник за технички дијалог, објавување на оглас, отворање на понудите, истекот на рокот за донесување на одлука за избор или поништување на постапката, прием на одлуката за избор или поништување на постапката и сознанија за незаконско водење на постапката).

Доколку роковите за жалба во македонското законодавство (осум односно три дена) се споредат со роковите предвидени во соседните земји како и во дел од земјите на ЕУ може да се констатира отстапување. Во другите земји доминира рокот за жалба од десет дена кај отворената постапка, ограничената постапка и постапката со преговарање, а кај малите набавки тој рок е пет дена. Србија е една од земјите која го користи рокот за жалба за малите набавки од три дена, но само во однос на жалби кои се однесуваат за огласот и за тендерската документација, додека пак во однос на донесена одлука за избор или за поништување на постапката рокот е пет дена.

НАЧИНОТ НА ПРЕСМЕТКА НА НАДОМЕСТОКОТ ЗА ПРАВНА ЗАШТИТА ГИ ПРАВИ МНОГУ ПОРАЦИОНАЛНИ ЖАЛБИТЕ НА ПОГОЛЕМИТЕ ТЕНДЕРИ, ОТКОЛКУ НА ПОСТАПКИТЕ ВО ВРЕДНОСТ ДО 5.000 ЕВРА.

Согласно член 229 од ЗЈН, покрај административната такса, подносителот на барањето за покренување на правна заштита е должен да плати надомест од 100 до 400 евра за водење на постапката во зависност од висината на понудата.

ИЗНОС НА НАБАВКА	ВИСИНА НА НАДОМЕСТ
до 20.000 евра	100 евра
20.000-100.000 евра	200 евра
100.000-200.000 евра	300 евра
над 200.000 евра	400 евра

Вака дефинирианиот начин на плаќање на надоместокот ја доведува во прашање рационалноста на водење на жалбена постапка во помалите набавки. Имено, произлегува дека за доставување на жалба за тендер од 500 до 5.000 евра треба да се плати надоместок од 100 евра што значи трошок од најмалку 2% до 20% од вредноста на набавката. Од друга страна за големите тендери над 200.000 евра за надоместок најмногу може да се плати 0,1% од вредноста на набавката со понатамошно опаѓање на трошокот како расте тендерот.

Оттука може да се извлече еден едноставен заклучок дека трошоците за правната заштита се многу помали за големите тендери отколку за помалите. Ваквиот начин на пресметка на трошоците е неповолен ако се има предвид дека во земјава доминираат токму малите тендери од 500-5.000 евра кои учествуваат со дури 51,24% во сите набавки спроведени во текот на во 2013 година.

НЕДОВОЛНОТО ПОЗНАВАЊЕ НА ПРАВАТА ОД СТРАНА НА УЧЕСНИЦИТЕ ВО ЈАВНИ НАБАВКИ СЕ ЧИНИ ДЕКА НАЈДОБРО ГО ОТСЛИКУВА ПОДАТОКОТ ДЕКА ДУРИ 17,8% ОД ДОСТАВЕНИТЕ ЖАЛБИ ДО ДКЖЈН СЕ ОТФРЛЕНИ КАКО НЕДОЗВОЛЕНИ ИЛИ НЕНАВРЕМЕНИ.

Дури и во случаи кога доставуваат жалба до ДКЖЈН фирмите покажуваат недоволно познавање на своите права. Имено, во категоријата на отфрлени жалби доминантно се наоѓаат оние жалби што биле доставени пред законски пропишаниот рок за жалби и се оценети како недозволени или, пак, се доставени по истекот на рокот и се оценети како ненавремени. Олку високиот удел на отфрлени жалби, и по шест години од примената на Законот за јавните набавки, говори дека фирмите сè уште не се доволно запознаени со своите права и обврски во процесот на јавните набавки.

Притоа, анализата на решенијата покажува дека голем дел од жалбите се отфрлени како недозволени бидејќи се изјавени предвреме. Ова најчесто се случува кога понудувачите кои имаат забелешки во однос на тендерската документација доставуваат жалба веднаш по увидот во документацијата. Колку и да делува нелогично, ЗЈН во член 216 став 2 вели дека жалбата се изјавува во рок од осум дена, односно три дена кај постапка за барање за прибирање понуди од отворање на понудите за дејствија поврзани со тендерската документација.

Грешките се прават бидејќи економските оператори тргнуваат од логиката дека правото на жалба во однос на тендерската документација го стекнуваат со самиот чин на објавување на огласот, кога се објавува и тендерската документација. Но, според ЗЈН, доколку потенцијалните понудувачи имаат забелешки во однос на некои барања наведени во тендерската документација (критериумите за оценување на способноста на понудувачите, критериумите за избор, тендерската спецификација и сл.), тогаш мора да чекаат да помине отворањето на понудите и потоа во рок од 8, односно 3 дена да ја достават жалбата до ДКЖЈН. Ова, секако, е збунувачки и го комплицира целиот процес и оневозможува потенцијалните понудувачи да реагираат уште на почетокот, односно при објавувањето на тендерот.

Притоа, овде е значајно да се наведе дека жалбите главно се однесуваат на фаворизирачки тендерски документации или спецификации, потоа на случаи во кои се оценува дека критериумите за оценување на способноста на учесниците се дискриминирачки и не овозможуваат фер натпревар, забелешки во однос на применетите критериуми за избор на најповолна понуда, потоа сознанија дека тендерската документација содржи битни пропусти што се спротивни од ЗЈН и сл. Потребно е да се направи и разлика помеѓу забелешките на економските оператори во однос на тендерската документација, односно кога договорниот орган користи високи и непропорционални критериуми за оценување на способноста и забелешките во однос на самиот чин на проверка на комплетноста и валидноста на документацијата за докажување на способност. Во првиот случај, рокот за жалба тече од отворањето на понудите, а во вториот случај, од добивање на одлуката за избор на најповолна понуда. Во праксата се забележува дека

дел од економските оператори не прават разлика помеѓу овие две различни ситуации.

ВИСОКИОТ УДЕЛ НА ПОНИШТЕНИ ПОСТАПКИ ОД СТРАНА НА ДКЖЈН ЗБОРУВА ЗА ЗГОЛЕМЕН РИЗИК ОД СУШТИНСКИ ПОВРЕДИ НА ЗАКОНОТ.

Во случаите кога ги уважува доставените жалби, ДКЖЈН може да донесе два вида одлуки: првата, за укинување на одлуката за избор на најповолна понуда и за враќање на повторно постапување односно евалуација на добиените понуди и втората, за целосно поништување на постапката за јавна набавка. Анализата покажува дека во изминатите неколку години во пораст се одлуките за поништување на постапките, што говори дека се евидентираат посериозни прекршувања на Законот кои не можат да се надминат само со нова евалуација на понудите.

Во 2011 година, ДКЖЈН донела одлука за поништување на постапката во 39% од вкупно уважените жалби, во 2012 година тој удел изнесува 47%, а во 2013 година изнесува 52%.

ГОДИНА	ОДЛУКИ ЗА ПОНИШТУВАЊЕ НА ТЕНДЕРИТЕ ВО ОДНОС НА ВКУПНО УВАЖЕНИТЕ ЖАЛБИ
2011	39%
2012	47%
2013	52%

Ова недвојбено говори дека се во пораст суштинските повреди на Законот за јавни набавки. Притоа, кога се поништуваат постапките од страна на ДКЖЈН најчесто станува збор за случаи во кои институциите не ги почитувале одредбите од ЗЈН во изготвување на тендерската документација и од самиот почеток на постапката не создале услови за законски и објективен избор на најповолната понуда.

Оваа тенденција на зголемен број на случаи во кои повредите на ЗЈН во текот на спроведувањето на постапките се толку големи што не можат да се надминат со враќање на тендерот во фаза на евалуација делумно се резултат и на пропуштени дејствија од страна на самите учесници во јавните набавки.

ПРЕДЛОЗИ ЗА ПОДОБРУВАЊЕ НА ПРАВНАТА ЗАШТИТА ВО ЈАВНИТЕ НАБАВКИ

Препораките се движат главно во две насоки: менување на одредбите од Законот за јавните набавки во делот на правната заштита и обезбедување на услови за доследна примена на Законот.

ПОТРЕБНА Е ПРОМЕНА НА РОКОВИТЕ ЗА ЖАЛБИ ПРЕДВИДЕНИ СО ЗЈН ВО НАСОКА НА НИВНО ПРОДОЛЖУВАЊЕ, ПРЕД СЕ КАЈ ПОСТАПКАТА СО БАРАЊЕ ЗА ПРИБИРАЊЕ НА ПОНУДИ.

Во насока на подобрување на правна заштита и овозможување на учесниците во јавните набавки поефикасна заштита на нивните права се наметнува потреба од промена на член 216 став 2 од Законот за јавни набавки во насока на зголемување на роковите за жалба. Сегашните рокови од осум, односно три дена кај постапката со барање за прибирање понуди да се заменат со десет, односно пет дена.

Важноста на промената на рокот ја покажува податокот дека доминантен дел од тендерите во земјава се спроведуваат преку постапката со барање за прибирање на понуди (во 2013 година од вкупно огласените тендери дури 76% се преку оваа постапка) што практично значи дека за најголемиот дел од тендерите рокот за жалба е само три дена. Овој рок со право може да се смета за многу краток, неовозможувајќи им на фирмите соодветна подготовка за доставување на жалба до ДКЖЈН.

Доколку постојат дилеми дека со зголемувањето на роковите за жалба ќе се зголеми временскиот период на траење на тендерите може да се воведо модел на примена на различни рокови за жалба во зависност за која фаза од набавката се работи. Ова би значело можност да се задржат сегашните рокови од осум односно три дена во однос на жалбите за оглас, тендерска документација и отворање на понуди, но воведување на рок од десет односно пет дена за жалба во однос на донесување на одлука за избор или поништување на тендерот. Ваквиот модел би бил прифатлив ако се има предвид дека анализата на решенијата на ДКЖЈН покажува дека најголем дел од жалбите на фирмите се однесуваат на исклучување од евалуацијата поради неисполнување на критериумите за оценување на способноста на понудувачите или, пак, поради неисполнување на условите од техничката спецификација, што значи во фазата кога ќе течат подолгите рокови.

РОКОТ ЗА ЖАЛБА ВО ОДНОС НА ТЕНДЕРСКАТА ДОКУМЕНТАЦИЈА ТРЕБА ДА ТЕЧЕ ОД ДЕНОТ НА ОБЈАВУВАЊЕ НА ОГЛАСОТ И ТЕНДЕРСКАТА ДОКУМЕНТАЦИЈА.

Потребно е да се напушти сегашното решение во членот 216, став 2, алинеја 3 од Законот за јавните набавки што предвидува жалбите во однос на дејствијата поврзани со тендерската документација да се доставуваат по отворањето на понудите. Со ова законско решение Македонија отстапува од општото правило кое предвидува роковите за жалба во однос на тендерската документација да течат по објавување на огласот и на тендерската документација. Во услови кога ЗЈН не предвидуваше обврска тендерската документација задолжително да се објавува на Електронскиот систем за јавни набавки (ЕСЈН) можеби и постоеше ризик за недоразбирање за тоа кога почнува да тече рокот за жалби – од објавувањето на огласот или од подигањето на тендерската документација. Но сега кога од 1 јануари 2014 година објавувањето на тендерската документација на ЕСЈН стана задолжителна заедно со објавувањето на оглас, не постои ниту еден валиден аргумент во одбрана на решението рокот за жалба за тендерската документација да тече од отворање на понудите.

Имајќи го ова предвид, неопходно е што е можно поскоро да се воведо законска можност за доставување жалба во однос на условите поставени во тендерската документација веднаш по објавувањето на огласот за јавната набавка. Само на тој начин бизнис-секторот ќе биде стимулиран да ги брани своите права кои му се ограничени со фаворизирачките тендерски документи. Оваа измена на ЗЈН е сосема логична ако се има предвид дека во насока на подобрување на тендерските документи се преземаат низа мерки (водење на технички дијалог помеѓу договорните органи и потенцијалните понудувачи, како и проверка на документациите од страна на Советот за јавни набавки), но сè уште не им се дава можност на фирмите навреме да интервенираат во однос на тендерските документи преку жалби до ДКЖЈН.

ВО НАСОКА НА ОБЕЗБЕДУВАЊЕ НА ПОРАЦИОНАЛНА ПРАВНА ЗАШТИТА ЗА СИТЕ УЧЕСНИЦИ ВО ЈАВНИТЕ НАБАВКИ ПОТРЕБНО Е ДА СЕ ВОВЕДЕ НОВ МОДЕЛ НА ПРЕСМЕТКА НА ТРОШОЦИТЕ ЗА ЖАЛБИ ПРЕДВИДЕНИ СО ЗЈН.

Потребна е промена на начинот на пресметка на надомест за водење на жалбена постапка пред ДКЖЈН (член 229 од ЗЈН).

Сегашниот начин на пресметка на трошоците ја доведува во прашање рационалноста во барањето правна заштита во помалите тендери, особено оние до 5.000 евра. Оттука, постои ризик правната заштита да им биде многу подостапна на големите фирми односно на учесниците во постапките за јавни набавки од голема вредност наспроти помалите фирми кои се традиционални учесници на помалите тендери. Потребно е да се преиспита можноста за воведување на нов, поправен, модел на пресметка на надоместот кој би бил утврден како процент од вредност на набавката. На тој начин би се овозможила рамномерноста во висината на трошоците и би се надминала сегашната состојба во која жалбената постапка е најскапа за оние тендери кои се најдоминантни (постапките со барање за прибирање на понуди од 500 до 5.000 евра). Во дефинирањето на висината на надоместот како процент од вредноста на набавката секако би требало да се вклучат сите релевантни чинители но пред сè надлежните институции и бизнис секторот.

ПОТРЕБНА Е ПОГОЛЕМА ЕДУКАЦИЈА НА УЧЕСНИЦИТЕ ВО ЈАВНИТЕ НАБАВКИ СО ЦЕЛ ПОДОБРО ДА СЕ ЗАПОЗНААТ СО СВОИТЕ ПРАВА ВО ПРАВНАТА ЗАШТИТА.

Со оглед на постојаното намалување на бројот на жалби, а во исто време и високиот удел на недозволени и ненавременни жалби што ги доставуваат учесниците во тендерите, произлегува дека е неопходно и натаму да се работи врз едукацијата на фирмите во однос на нивното право на жалба. Постојаната едукација на учесниците во јавните набавки добива на значаење ако се има предвид дека законодавството во јавните набавки е исклучително сложено и дополнително на тоа е предмет на постојани измени (Закон за јавни набавки, донесен во ноември 2007 година, во изменатите шест ипол години осум пати беше предмет на значајни измени и дополнувања).

Паралелно со едукацијата треба да се работи и на создавање на клима за охрабрување на учесниците во јавните набавки да ги штитат своите права како предуслов за остварување на поширока општествена цел. Имено, тргнувајќи од стојалиштето дека крајни корисници на набавките, директно или индиректно, се граѓаните, а јавните набавки по својата природа значајно влијаат и врз економијата, неопходно е да се гради свеста дека ефикасната правна заштита е своевиден гарант за законско и ефикасно трошење на јавните пари.