

Saša Varinac, predsednik Komisija za zaštitu prava

Tipologija neregularnosti u javnim nabavkama u Srbiji

Pre svega, poštovane dame i gospodo, želim da vas pozdravim u ime Komisije za zaštitu prava, i da izrazim svoju zahvalnost organizatorima ovog skupa što su mi omogućili da učestvujem.

Kada govorimo o tipologiji neregularnosti u javnim nabavkama u Republici Srbiji, ne možemo da zaobiđemo način na koji je uređena i obrazovana Komisija za zaštitu prava ponuđača, odnosno Komisija za zaštitu prava, kako se sada zove.

I tu bih se ja razlikovao od svog prethodnika, direktora Uprave za javne nabavke, koji nije pričao i nije imao potrebe da priča o Upravi za javne nabavke. Mislim da u pogledu Komisije i te kako treba pomenuti neke probleme, pre svega statusne, onda i organizacione sa kojima se mi susrećemo i, ako mogu da kažem, borimo skoro tri i po godine.

Pre svega, trebalo bi reći nešto o Komisiji, o delatnosti Komisije. Komisija je drugostepeni organ u postupku zaštite prava koji donosi konačnu odluku o pravilnosti neke procedure javne nabavke koja je osporena.

U prvom stepenu o zahtevu za zaštitu prava odlučuje naručilac. To je neka svojevrsna žalba na sprovedenu proceduru, dok u drugom stepenu odlučuje Komisija, i odluka Komisije je konačna i pravnosnažna.

Ono što je prvi problem jeste način na koji je obrazovana Komisija. Komisija je obrazovana pri Upravi za javne nabavke. Imamo komisiju koja je deo izvršne vlasti, a koja kontroliše vrlo bitnu delatnost te izvršne vlasti koja se odnosi na trošenje budžetskih sredstava.

To je već jedan problem, koji se odražava, pre svega, u nepoverenju ponuđača prema onome što radi Komisija. Mi pokušavamo i nastojimo već tri i po godine da to poverenje ojačamo sa objektivnim postupanjem, sa ažurnošću u radu.

Često mi se postavlja pitanje na ovakvim skupovima - da li ima pritisaka na rad Komisije. Mislim da je dovoljan pritisak na rad Komisije zakonska regulativa koja određuje jedan veoma kratak rok od 15 dana.

S druge strane, Komisija nema niti svoj budžet, niti svoje zaposlene. Saradnici, odnosno savetnici koji pomažu Komisiji u radu, i koji su od veoma velikog značaja za rad Komisije, su zaposleni pri Upravi za javne nabavke.

U takvoj koncepciji veoma je teško postupati u jednom kratkom roku. Ako je potrebno da pomenemo i to da trenutno Komisija ima pet stalno zaposlenih, angažovanih savetnika, koji su zaposleni pri Upravi za javne nabavke, onda se nadam da imate neku predstavu u

kakvoj poziciji se mi nalazimo. Naime, ogromne vrednosti su u pitanju, ogromni politički i finansijski interesi, a dokumentacije često broje i nekoliko stotina strana. U takvoj situaciji veoma je teško, u tom kratkom roku, postupati.

Poseban problem Komisija ima u sadašnjoj fazi svog rada. U početku, nepravilnosti su se ogledale u nekim proceduralnim greškama naručilaca. Međutim, sada su te greške često namerne, sofisticirane i odražavaju se u onoj početnoj fazi pokretanja javne nabavke, u sadržini konkursne, odnosno tenderske dokumentacije.

U tom delu se sve više susrećemo sa zahtevima ponuđača koji ukazuju da su određene tehničke karakteristike nameštene, ako možemo tako da kažemo, favorizovanim ponuđačima.

U takvoj situaciji Komisija zaista nema dovoljno znanja da se suoči sa takvim zahtevima, ali problem je i to što kada bi primenjivali i kada bi koristili institute Zakona o opštem upravnom postupku koji je supsidijaran u ovom slučaju, i kada bi angažovali veštake, što smo i pokušavali u nekoliko slučajeva, teško da možemo da održimo ažurnost i brzinu u postupanju.

Ne znam koliko ste upoznati sa načinom na koji funkcioniše naše pravosuđe, recimo, i Institut veštaka u sklopu njega, ali ne samo u pravosuđu, nego i u funkcionisanju nekih drugih organa, organa uprave. Kada veštaku date predmet da biste dobili stručan nalaz i mišljenje, često protekne i nekoliko meseci dok se ne dobije nalaz.

Mi, jednostavno, na taj način ne možemo da postupamo iz razloga što u Zakonu o javnim nabavkama postoji jedna odredba koja određuje da podneti zahtev obustavlja sve dalje aktivnosti naručioca.

To izaziva potrebu za hitnim postupanjem svih onih koji učestvuju u postupku zaštite prava, te samim tim je potrebno i formirati neku posebnu listu veštaka, i propisati obavezu brzog veštačenja, a takođe regulisati i sukob interesa koji se isto tako pojavljivao u nekoliko navrata kad smo pokušavali da dobijemo stručne nalaze i mišljenja.

Naime, dolazili smo do saznanja da je veštak, recimo profesor sa fakulteta, angažovan na izradi konkursne dokumentacije, što nije nedozvoljeno, ali, ne možemo takve ljude angažovati za potrebe razmatranja predmeta, odnosno dokumentacije koja je osporena.

Sam način na koji je obrazovana Komisija jeste problem. U nacrtu novog Zakona o javnim nabavkama je predloženo formiranje komisije kao posebnog državnog organa, čije članove bi birao Parlament. Ono što je, takođe potrebno, po nama iz Komisije, a to su iskustva i kolega u regionu, kao i iskustva iz uporednog prava, potrebno je obezbediti sudsku zaštitu protiv odluka komisije.

Naime, odredbama Zakona o javnim nabavkama, kao što sam već pomenuo, nije dozvoljeno podnošenje žalbe, niti pokretanje upravnog spora protiv odluke Komisije. Smatramo da bi trebalo uvesti upravni spor i mogućnost podnošenja tužbe protiv odluke

Komisije, s jednom ogradom – da se sama procedura javne nabavke nastavlja posle donošenja odluke Komisije.

Dakle, tu odluku bi trebalo prekontrolisati na zahtev zainteresovane strane, i odluka Upravnog suda bi bila pokazatelj kako Komisija radi.

Isto tako, time bi se smanjio i pritisak na rad Komisije, jer nije ni malo lako donositi odluke u ovakvim postupcima, protiv kojih ne postoji mogućnost podnošenja bilo kakvog pravnog leka.

Znate, greške Komisije izazivaju ogromnu sumnju u ovakvoj koncepciji.

Komisija donosi odluku ili o usvajanju zahteva za zaštitu prava i delimičnom ili poništenju u celini postupka javne nabavke, ili pak o odbijanju zahteva za zaštitu prava.

U pogledu razloga za poništenje postupka javne nabavke u celini, razlozi za takvo poništenje su oni koji postoje u samoj početnoj fazi, fazi pokretanja postupka, i to u javnom pozivu i konkursnoj dokumentaciji.

Šta je problem sa konkursnom dokumentacijom? Konkursna dokumentacija, inače, ima pomalo čudan naziv - konkursna, iako konkurs nije suština javne nabavke - konkurs je jedan od vrsta postupaka javnih nabavki, ali kad već imamo takav naziv onda ćemo ga i koristiti. Konkursna dokumentacija sadrži sve ono što je neophodno za sastavljanje jedne pravilne i ispravne, potpune ponude. Ona je osnovni akt na osnovu koje se sprovodi cela procedura javne nabavke.

Konkursnu dokumentaciju možemo podeliti na neka četiri osnovna dela, a neregularnosti u ta četiri dela su razlog za poništenje postupka javne nabavke u celini i vraćanje naručioca na ponovno sprovođenje postupka.

Može se reći da je prvi deo Uputstvo kako sačiniti ponudu, koji sadrži osnovne informacije o načinu podnošenja ponude. Ukoliko je u tom delu određen kratak, ili nije precizno određen rok za podnošenje ponuda, što se takođe dešava, naravno da se radi o diskriminaciji ponuđača i da se kroz to pokazuje da su određeni ponuđači koji dođu nekako do saznanja kada ističe taj rok favorizovani.

Isto tako, nešto sa čim se Komisija često susreće u svojoj praksi, jeste previsok iznos otkupa konkursne dokumentacije. U nekoliko slučajeva se dešavalo da se konkursne dokumentacije koje liče na brošuru od 10 strana naplaćuju po 50.000 dinara, pa čak i više.

To je jedan problem i jedna neregularnost koja odvlači i odbija ponuđače da učestvuju u toj konkretnoj proceduri. Takođe, neodređenost u pogledu roka i mesta otvaranja ponuda je, takođe, veliki problem. Često se dešava da nije precizno definisan datum i čas otvaranja ponuda, pa se javlja nedoumica koji je to datum, koji je tačno dan kada će biti otvorene ponude, a sve iz razloga što naručioci, iako imaju obavezu da odrede datum i

čas, to ne čine, nego se rukovode nekim opisnim definicijama, brojem dana, pa se onda pojavljuje dilema - šta ako dan otvaranja pada u subotu ili u nedelju, itd.

Stav Komisije je da taj dan mora biti potpuno precizno definisan sa tačnim časom otvaranja ponude.

Takođe, bitan, ako ne i najbitniji deo konkursne dokumentacije jesu uslovi za učestvovanje u postupku javne nabavke i dokazi kojima se dokazuje ispunjenost tih uslova. Ti uslovi su često takve prirode da su u suštini nepotrebni, nelogični sa stanovišta predmeta javne nabavke, i na taj način sužavaju, ograničavaju konkurenciju koja je u javnim nabavkama najznačajnija i najbinija, jer država nastoji, odnosno trebalo bi da nastoji da u jednoj širokoj konkurenciji ostvari što povoljnije uslove i da se na taj način ostvari princip – „kvalitet za novac“.

Recimo, neki uslovi koji se zahtevaju i koji su se pokazali kao česti u praksi Komisije, odnosno u praksi naručilaca, jesu reference koje ni u kvalitativnom, niti u kvantitativnom smislu ne odražavaju potrebe naručioca.

Nedavno smo imali jedan primer da se za 400 metara vodovodne mreže zahtevala referenca od 40 km u prethodnoj godini, što je apsolutno nepotrebno. Naravno, taj postupak je poništen zbog toga.

Isto tako, često se zahtevaju dozvole koje su nepotrebne ili sertifikati od određenih institucija, iako te institucije nisu jedine, tj. druge institucije iste te sertifikate mogu da izdaju, i mogu se prihvatiti i ti drugi sertifikati.

Isto tako, često se pojavljuju neprimereni i neodmereni zahtevi u pogledu poslovno-finansijskog i kadrovskog-tehničkog kapaciteta, koji se ogledaju u broju zaposlenih, u opremi, mehanizaciji, koja je suštinski nepotrebna za realizaciju konkretne javne nabavke.

Sledeći deo konkursne dokumentacije jesu tehničke specifikacije. Kao što sam, malopre rekao, tehničke specifikacije su oblast sa kojom trenutno imamo najviše problema. Najvećim brojem zahteva u poslednje vreme se ukazuje na to da se kroz tehničke specifikacije favorizuju određeni ponuđači.

Na koji način se to radi? Često se ukazuje da se jednostavno preslikavaju tehničke karakteristike iz kataloga određenih ponuđača. Zatim, postoje zahtevi naručilaca da različiti delovi neke opreme koji nisu funkcionalno povezani budu od istog proizvođača, što takođe ukazuje na neku vrstu favorizacije određenog ponuđača, pa sve do onih najeksplicitnijih neregularnosti, u smislu navođenja tačno određene robne marke, tipa proizvoda ili porekla proizvoda.

Sledeći deo konkursne dokumentacije, i četvrti deo, kako bih označio, jesu kriterijumi za izbor najbolje ponude. Kriterijumi služe za rangiranje ponuda.

Kada utvrdite da neka ponuda, odnosno onaj koji je podneo ispunjava uslove za učestvovanje, pristupate rangiranju, bodovanju, kako bi se to narodski reklo. U tom delu konkursne dokumentacije, ono što je problem jesu nedefinisani, neopisani kriterijumi, nedefinisana metodologija njihove primene, pa se naknadno izmišlja metodologija, i potpuno improvizuje u fazi stručne ocene ponuda.

Isto tako, kao i kod uslova imamo diskriminatorske i potpuno nelogične kriterijume. Takođe, jedna od neregularnosti je i izmena kriterijuma u fazi stručne ocene ponuda, tako što se naručilac, iako je nešto odredio u konkursnoj dokumentaciji, ne pridržava toga, nego uvodi jednu totalnu nesigurnost u proceduru, i uzima u obzir kriterijume koje nije naveo na samom početku postupka.

U pogledu nepravilnosti u fazi otvaranja ponuda, ono što se dešava, mada ne toliko često, jeste nejavno otvaranje ponuda i u onim slučajevima kada postoji obaveza javnog otvaranja. Onda, neregularnosti, odnosno nedostaci u sastavljanju zapisnika koji je veoma bitan, jer sadržina zapisnika o otvaranju ponuda ukazuje na to da li su ponude u trenutku podnošenja zaista sadržale sve ono što je bilo neophodno.

Svaka dilema koja se kasnije javi može se razrešiti jedino na osnovu zapisnika o otvaranju ponuda. Ako je isti nepravilno sastavljen, ako ima nedostataka, ne može se razrešiti dilema da li je nešto bilo u trenutku podnošenja ponude.

Tako da je i to razlog za poništenje postupka u celini, jer ne može se postupak delimično poništiti, i naručilac vratiti na ponovno otvaranje ponuda koje su već otvorene.

Takođe, dešava dešavalo se u nekoliko slučajeva da postoje nepravilnosti u svim fazama postupka. Da, čak, nema konkursne dokumentacije, da nema otvaranja ponuda ili da kasnije nema izveštaja naručioca o stručnoj oceni ponuda.

U takvim situacijama Komisija nema dilemu i poništava postupak javne nabavke, u celini naravno, ukoliko je podnet zahtev za zaštitu prava.

Ono što je potrebno reći u pogledu tog zahteva jeste da Komisija odlučuje isključivo u granicama podnetog zahteva, tako da Komisija nema neke inspekcijske nadležnosti i ne može proširiti, ako mogu da kažem, istragu na celu proceduru, već samo na one povrede na koje se isključivo ukazuje u samom zahtevu za zaštitu prava.

U pogledu delimičnog poništenja, i ovakve odluke su, moram priznati češće bile do sada, poništava se najčešće faza stručne ocene ponuda. U kojim slučajevima?

Recimo, u slučaju ako se nepravilno oceni ispravnost, odnosno potpunost ponuda - da li postoji neki dokaz, da li je ispunjen neki uslov, ali takođe poništava se delimično procedura javne nabavke, preciznije rečeno Komisija poništava, ukoliko primena kriterijuma nije na način koji je predviđen konkursnom dokumentacijom.

Takođe, dešava se da ponuđačima, iako to zahtevaju, ne bude omogućen uvid u dokumentaciju o sprovedenom postupku javne nabavke, pa je i to jedan od razloga zbog koga se naručilac od strane Komisije vraća korak u nazad, da omogući uvid i da omogući ponuđačima da se uvere na koji način je postupao.

Problemi u radu Komisije, koje sam naveo na početku, postoje, ali takođe postoji jedan entuzijazam kod svih nas koji radimo u toj Komisiji da postignemo određeni stepen ažurnosti i objektivnosti u našem postupanju.

Komisija za zaštitu prava, koja je obrazovana izmenama zakona iz 2004. godine je od 1. jula 2004. godine, je do danas odlučila o ukupno 1.240 podnetih zahteva. Ono što mogu da kažem jeste da je polovina zahteva koji su podneti, o kojima je odlučivala Komisija, usvojeno, a osporeni postupci javne nabavke su poništeni. Od tog broja poništenih procedura, 1/3 je u celini, a 2/3 je delimično poništeno.