



Твининг пројекат Европске уније

Јачање јавне набавке у Србији

Најбоља пракса – комуналне услуге

Коначни нацрт извештаја

Београд, 26. новембар 2010. године

Припремио:	Стин Брун-Нилсен
------------	------------------

Извештај о најбољој пракси у примени директива о комуналним услугама

Стин Брун-Нилсен, правни саветник, ЛГДК Твининг пројекат

25. новембар 2010. године

1. Основне чињенице и дефиниција задатка

Директиве веома често остављају доста дискреционог права државама чланицама, што је нарочито случај кад нека конкретна директива има блажи режим у односу на уобичајена правила. Управо је такав однос између Директиве о комуналним услугама (која је предмет обраде овог Извештаја) и традиционалне Директиве о јавном сектору.

Важно је да на самом почетку констатујемо да Директива о комуналним услугама углавном обавезује државе чланице тиме што проширује домет важења на правна лица која нису обухваћена важењем „класичне“ Директиве о јавном сектору. С друге стране, управо захваљујући свом ширем домету Директива о комуналним услугама омогућава већу флексибилност него Директива о јавном сектору.

Карактеристике ове Директиве обрађене су у даљем тексту у тачки 2.

Сврха овог Извештаја је да представи чињенице о најбољој пракси у ЕУ у погледу примене Директиве о комуналним услугама.

Поред заједничког законодавног приступа, многе државе чланице донеле су своје смернице и приручнике који су уобичајено необавезујуће природе да би тиме олакшале разумевање и примену правила. Такав материјал углавном се прави на основу практичних искустава и мишљења у погледу пожељног начина поступања што према томе такође представља израз најбоље праксе.

Према томе, у средишту проучавања овог Извештаја су постојећи закони и смернице у државама чланицама ЕУ ради примера најбоље праксе из тих извора.

Истраживање на чијим се налазима заснива овај Извештај настојало је да пронађе смернице које би на пример садржавале предлоге о начинима за

успостављање и вођење система квалификације¹. Међутим, истраживање није било усмерено на проналажење било каквих постојећих смерница већ конкретно оних које се односе на комуналне услуге. На пример, питање које је заједничко обема директивама је планирање и структурирање преговарачког поступка. То је тема која је посебно важна у контексту комуналних услуга јер Директива о комуналним услугама допушта да се тај поступак користи заједно са отвореним и рестриктивним поступком а не само под одређеним околностима.

То што у директивама нема специфичних правила како треба водити те преговоре могло би да буде проблем за наручиоце јер било који недостатак у њиховом планирању чини тендер предметом приговора у смислу недостатка отворености у раду или неједнаког третмана. У том питању има потребе за практичним смерницама и због тога се ово истраживање нарочито бави том темом кроз тражење не само материјала о смерницама које се односе на преговарачки поступак већ и материјала који се тиче релативно сличног конкурентног дијалога, кад је реч о структури и спровођењу преговора.

Као вид доприноса будућим расправама на тему даљег усаглашавања са Директивом о комуналним услугама, Извештај предлаже различите опције за Србију које се односе на даље усклађивање Закона о јавним набавкама Србије са Директивом о комуналним услугама ЕУ. У ту сврху, Извештај ставља у фокус питања из садашњег Закона о јавним набавкама Србије (ЗЈН) која треба преуредити у светлу најбоље праксе, о чему је више речено под тачком 4.

Наредне тачке 2 и 3 дају потребну основу за поменуте теме кроз приказ сврхе и садржине Директиве о комуналним услугама и могуће опције за спровођење, нарочито за државе које нису чланице ЕУ.

2. Сврха и садржина Директиве о комуналним услугама

Директиву о комуналним услугама с једне стране карактерише проширење домета примене тако да обухвата јавна предузећа али и приватна предузећа са посебним и ексклузивним правима, а с друге стране то што она допушта већу флексибилност него Директива о јавном сектору.

То решење има везе са варијацијом у аранжманима својине у секторима комуналних услуга који постоје у ЕУ, у комбинацији са чињеницом да сектори у суштини служе општем интересу. На тај начин, у неким земљама

¹ Претраживањем није нађен већи број примера најбоље праксе у области система квалификације. Пример из Ирске односи се на стандардан систем квалификације који је настао комерцијално. Стандардни систем садржи разне системе квалификација посебно осмишљених за посебне секторе. Предузећа могу да се пријаве на неки систем и постану квалификована да би била укључена. Приступ таквом систему у статусу квалификованог члана се плаћа и систем се на тај начин финансира. Аргумент против система био је да приступ није у довољној мери отворен ако предузећа морају да плате. У ствари, речено је да уместо тога систем треба да се заснива на претплати од стране предузећа која га користе.

оператори, на пример у сектору водопривреде, могу да буду приватна предузећа са посебним односно ексклузивним правима. Она се с једне стране сматрају делом јавног сектора због зависности коју та права успостављају. С друге стране, признаје им се да су то приватна предузећа и да им као таквима треба дати потребну флексибилност.

Други разлог за флексибилност има ширу примену, не односи се само на приватна предузећа за комуналне услуге. Тим секторима заједничка је обавеза да становништву обезбеде непрекидно снабдевање водом, енергијом, услугама превоза итд. Сматра се да дужност тих предузећа да се старају о безбедности снабдевања оправдава флексибилније аранжмане за сва предузећа која врше комуналне услуге без обзира на врсту њиховог власништва.

Поред проширења домета на јавна и (одређена) приватна предузећа, Директива захтева укључење свих предузећа која пружају комуналне услуге (водопривреда, енергетика, саобраћај и поштанске услуге) да би се јасно дефинисала примена Директиве не само у смислу Директиве о јавном сектору већ и према уговорима које су специфична предузећа за комуналне услуге овлашћена да закључују изван области јавне набавке. Из истих разлога, наредни обавезан захтев је одредба о мешовитим уговорима, што уређује члан 9. Директиве.

Посматрајући инструменте флексибилности које допушта Директива, видимо да су бројни и различитог значаја, у вези са чим треба видети индикативан списак у Додатку А. Најважнији су: могућност за увођење вишег прага вредности, могућност примене преговарачког поступка заједно са отвореним и рестриктивним поступком, могућност заобилажења преквалификације применом система квалификације, могућност замене огласа о јавној набавци претходним расписом, широка дискрециона права за утврђивање рокова и нешто шири домет за примену преговарачког поступка без претходног обавештења.

Питање је у којој су мери државе чланице обавезне да транспонују све инструменте флексибилности које допушта Директива. На то питање, као на сва питања која се односе на правне прописе ЕУ, одговор мора да се даје на основу Уговора о ЕУ.

У суштини, Директива о комуналним услугама допушта наручиоцима већа дискрециона права, што на неки начин иде на уштрб понуђача и конкуренције. Оптимална мера дискреционих права за јавни сектор свакако није нешто што штити Уговор о ЕУ. Због тога није супротно циљевима Директива ако нека држава чланица одлучи да даје приоритет конкуренцији и зато неће да транспонује све инструменте флексибилности. То би вероватно

било политичко тешко урадити на националном нивоу што не мења чињеницу да, правно гледано, такав избор постоји.

3. Опције за државе које нису чланице ЕУ

Конкретно, и Европско партнерство² и Споразум о стабилизацији и придруживању закључени између ЕУ и Србије наглашавају усклађивање са правилима о набавци Европске уније. То усклађивање – које се тиче и комуналних услуга – у ствари је један од услова за Србију да у потпуности користи приступ тржишту, одобрен у том и у Прелазном трговинском споразуму. Поред тога, „досије јавне набавке“ је суштински елемент у процесу добијања чланства у ЕУ.

Ипак, остаје чињеница да обавеза прецизног транспонувања директива постоји само за државе чланице. Као што је већ речено, обавеза да се примене сви инструменти флексибилности које допушта Директива о комуналним услугама не постоји чак ни за државе чланице. Према томе, може се претпоставити да без обзира на политичке циљеве, постоји одређен број опција за даље спровођење Директиве о комуналним услугама у Србији. У наставку је описана постојећа ситуација у вези ЗЈН.

4. Правила о предузећима за комуналне услуге у постојећем ЗЈН

ЗЈН у Делу III Закона прописује правила за комуналне услуге и то у области водопривреде, енергетике, рударства, телекомуникација и саобраћаја. Десет чланова у Делу III ЗЈН дефинишу се као заостатак, с обзиром да други делови закона важе на уговоре из области комуналних услуга у аспектима који нису обухваћени Делом III. Чак и тако, Део III не садржи све аспекте Директиве о комуналним услугама.

Конкретно, следе елементи Дела III:

- Обухваћена су приватна предузећа са посебним и ексклузивним правима која им дају предност на тржишту у односу на друга предузећа. Јавна предузећа – која су друга категорија „нових“ наручилаца према Директиви о комуналним услугама – већ су обухваћена номиналним дометом ЗЈН, видети члан 3.
- Обухваћени су сви сектори из Директиве о комуналним услугама осим поштанског, али је додатно уврштен сектор телекомуникација који више

² Одлука Савета 2008/213/ЕС

није део Директиве. Можда има добар разлог за то, ако телекомуникације нису либерализоване у Србији у истој мери као у ЕУ.

- Обухваћене су релевантне активности из Директиве о комуналним услугама (у суштини управљање, рад и снабдевање комуналних мрежа) које предузећа за комуналне услуге морају да обављају и на које морају да се односе уговори који ће да буду предмет јавних тендера³.
- Обухваћени су изузеци за одређене уговоре. Према Директиви, то је дозвољено на пример у случајевима у којима активности комуналних услуга покривају само потребе наручиоца или кад тај наручилац води систем повезаних добављача. ЗЈН обухвата њих као и друге изузетке⁴.
- Од бројних флексибилних инструмената које допушта Директива, ЗЈН садржи само примену претходног расписа и систем квалификације. Ипак, одредбе о претходном распису у члану 88. ЗЈН у ствари не садрже флексибилне могућности у погледу објављивања итд. које допушта Директива. Поред тога, из члана 89. ЗЈН о систему квалификације није сасвим јасно да један такав систем према Директиви значи да би неки наручилац могао да ограничи позиве на предузећа укључена у систем⁵.
- На крају, ЗЈН у Делу III садржи клаузулу реципрочности и одредбу о избору између једнаких понуда, у члану 92. Клаузула реципрочности допушта одбацивање понуда кад понуђач или нека количина понуђених производа потичу из неке земље са којом Србија нема реципрочност у погледу приступа тржишту јавне набавке. Одредбе су биле инспирисане одредбама члана 58. Директиве о комуналним услугама која допушта да се у таквим ситуацијама одбаци понуда и у сваком случају обавезује земље да предност дају другим понудама⁶. Велика разлика у односу на ЗЈН је у томе што Директива разматра реципрочност не између појединих држава чланица и трећих земаља већ реципрочност између ЕУ као такве и трећих

³ Чињеница да се релевантне активности односе на правна лица а не уговоре није јасно изражена у ЗЈН. На тај начин Директива о комуналним услугама важи за набавку рачунара за потребне услуге на терминалу аеродрома (на пример за пријаву путника). То ће бити додатно проучено у анализи неусклађености која ће нешто касније да буде урађена у оквиру истог овог пројекта.

⁴ Питање да ли су сви изузеци прописани у ЗЈН усаглашени са Директивом о комуналним услугама биће предмет анализе неусклађености поменутој у претходној фусноти 3.

⁵ Ови и други аспекти чланова 88. и 89. биће садржани у анализи неусклађености поменутој у претходним фуснотама 3 и 4.

⁶ Члан 91. ЗЈН такође садржи још једну клаузулу реципрочности у погледу пружалаца услуга из трећих земаља. Та одредба одражава сличну одредбу из члана 59 Директиве о комуналним услугама. Међутим, одредба из ЗЈН не уводи исте тешкоће у смислу спровођења, управо зато што не оставља могућност дискреционог права у одлучивању појединачних наручилаца.

земаља. Према томе, те треће земље су добро дефинисане⁷ и, на пример, порекло производа које се одређује помоћу царинских прописа ЕУ⁸.

Ова анализа Дела III ЗЈН показује области за које су корисне информације о најбољој пракси. Пре свега, може се поставити питање да ли су елементи узети из Директиве о комуналним услугама и унети у ЗЈН одговарајући, или их треба допунити. Затим, било би корисно кад би примери најбоље праксе дали инспирацију за побољшање клаузуле реципрочности у ЗЈН.

Нису наглашени неки посебни проблеми код примене постојећег Дела III ЗЈН у вези са овим Извештајем. Ипак, тај део Закона мора да се посматра у контексту будућег усаглашавања ЗЈН са директивама. Било која добра пракса од значаја за комуналне услуге биће од користи за будуће разговоре на тему тог усаглашавања. Та пракса предмет је проучавања овог истраживања.

5. Најбоља пракса у одабраним државама чланицама ЕУ

Поред ситуације у Данској, ово истраживање бави се стањем у државама чланицама Аустрији и Словенији у блиском суседству, као и у друге две веће државе чланице које су традиционално различите, чиме пружа примере њиховог приступа усаглашавању са прописима, конкретно, у Великој Британији и Француској. Ово истраживање показало је да ниједна држава чланица није искористила могућности за флексибилне инструменте садржане у Директиви о комуналним услугама. Највећи број разлика односи се на врсту структуре закона и чињеницу да ли су државе чланице донеле прописе за случајеве испод доњег прага вредности.

Прописи за случајеве испод доњег прага вредности у јавним набавкама у складу су са закључцима судске праксе Европског суда правде (ЕСП), конкретно са чувеним предметом *TeleAustria* (C-324/98) али сасвим сигурно и са много ранијим предметом *Great Belt* (C-243/89), према којима су начела једнаког третмана и отворености у раду глобална начела правних прописа ЕУ која се примењују на све јавне уговоре без обзира на њихову вредност. Јавна и приватна предузећа обухваћена Директивом о комуналним услугама такође морају да поштују та начела⁹.

⁷ Види Извештај Комисије од 28.10.2009. године о преговорима о приступу предузећа из Заједнице тржиштима трећих земаља у областима обухваћеним Директивом 2004/17/ЕС (СОМ(2009)592 коначни текст). Извештај даје информације о стању ствари у контексту мултилатералних инструмената, нарочито ГОА WTO (Светске трговинске организације), али и билатералних споразума у контексту споразума о слободној трговини споразума о придруживању са трећим земљама.

⁸ Треба напоменути да подзаконски прописи који уређују питање порекла производа постоје, и да су донети на основу члана 52 (13) ЗЈН, види владину Уредбу бр. 110-00-00219/09 од 6. јула 2009. године

⁹ Ово следи из поменуте пресуде у предмету *Teleaustria* о уговору који је доделило предузеће из сектора комуналних услуга као и из саме Директиве о комуналним услугама, види тачку 9 преамбуле. Даље, то схватање потврђено је у Интерпретативном саопштењу Комисије од 23/6 2006. године.

5.1 Аустрија

У Аустрији, поглавље које уређује предузећа за комуналне услуге је дословце самостални трећи део закона, видети чланове 163 – 290. Закона бр. 17/2006. У њему су садржани сви флексибилни инструменти и други елементи Директиве. Једна од његових занимљивих одредби инспирисана је пресудом ЕСП о финским аутобусима (С- 513/99, *Concordia*), којом је за набавку аутобуса и трамваја прописана обавезна примена захтева о коришћењу енергије и захтева у погледу издувних гасова, нарочито угљен-диоксида. Захтеви могу да буду уврштени као део техничке спецификације, или могу да се унесу као критеријуми за доделу уговора и буду предмет надметања.

Пресуда у предмету *Конкордија* тиче се захтева у погледу испуштања гасова и буке аутобуса, али има општи значај за све врсте еколошких захтева (на пример захтева о потрошњи енергије од стране канцеларијских машина). зато изненађује што је аустријски закон у тој мери ограничен. Да ли ће ти захтеви бити прописани као обавезни или не, већ је питање политичких приоритета сваке појединачне државе чланице али, с обзиром на важност испуштања гасова од стране аутобуса и трамваја у градској средини, то није неприкладан захтев. Директива, односно правни прописи ЕУ који уређују ову област сами по себи не спречавају такво ограничење избора којима располаже наручилац.

Аустријски закон прави разлику између набавке изнад и испод прага важећег у ЕУ а исто то важи и за комуналне услуге, било да је реч о „класичним“ предузећима из јавног сектора или не. Тако за уговоре испод прага вредности закон допушта слободан избор свих поступака, укључујући преговарачки поступак без објављивања. За набавке испод 100.000 евра, могуће је да се примени непосредна набавка.

Правила о прагу вредности у даљем тексту допуштају правила за упрошћено оглашавање са релативно мањим бројем захтева у погледу информација и могућношћу да влада, сходно свом дискреционом праву, утврди додатне захтеве у погледу оглашавања. Правила још допуштају да предузећа за комуналне услуге утврде трајање рокова, док су захтеви у погледу тендерске спецификације такође флексибилни. Међутим, сви критеријуми за доделу који се примене морају да буду наведени у тендерској спецификацији, мада не морају да буду означена прецизним приоритетом.

Аустријски закон (члан 270.) садржи клаузулу реципрочности за наручиоце којом им допушта опцију одбијања и обавезу давања преференцијалног третмана иначе једнаким понуђачима који нуде производе „правог“ порекла. Да би помогао комуналним предузећима, закон захтева да владе донесу „белу листу“ трећих земаља са којима ЕУ има споразуме о реципрочности. При

разматрању порекла производа, аустријски закон садржи општу референцу на „аустријска царинска правила“.

5.2. Велика Британија

У Великој Британији донет је посебан закон о набавци за комунална предузећа, видети Уредбу бр. 5/2006 са накнадним амандманима. Та Уредба је измењена и допуњена недавно, 2009. године, да би утнела амандмане на Директиву о правним лековима. Закон садржи све битне елементе Директиве о комуналним услугама и не садржи никаква правила о набавци испод доњег прага вредности, било да је реч о класичним наручиоцима или комуналним предузећима. Клаузула реципрочности уврштена је као члан 30. Уредбе али без „беле листе“ земаља са којима ЕУ има споразуме о реципрочности.

У Великој Британији иначе постоји тренд доношења бројних смерница о различитим аспектима набавке. За сада нема смерница које би се конкретно односиле на набавку у комуналној делатности. За преговарачки поступак постоји документ са смерницама из 2006. године који је донела приљевна британска Владина комерцијална служба (OGC) за конкурентни дијалог. Међутим, као и сличне смернице шкотског тела за набавке, суштина ових смерница је у објашњењу услова за примену конкурентног дијалога а не давање савета о начину на који треба водити преговоре.

Скуп смерница који је разрадило тело за набавке града Лидса нешто је ближи том циљу, кроз предлог детаља о садржини плана преговарања који треба утврдити унапред и саопштити позваним понуђачима. На пример, план треба да наведе службенике који ће да буду ангажовани у име наручиоца, теме за преговоре и жељени резултат уговора. Међутим, уопште нема помена о томе како треба да изгледа структура тих преговора.

5.3. Словенија

У Словенији је донет посебан закон о комуналним услугама (Закон бр. 411-07/06-9/1 од 23. новембра 2006. године, са најновијим амандманима из априла 2010. године) који у суштини садржи све елементе из Директиве о комуналним услугама. Постоје процедуре за случајеве испод доњег прага вредности за све врсте наручилаца, укључујући предузећа за комуналне услуге. Закон успоставља систем са три нивоа прагова. На тај начин, правила из Директива у потпуности важе за уговоре вредне 387.000 или више евра за робу и услуге, односно 4,845.000 или више евра за радове.

У распону од 80.000 до 40.000 евра за робу и услуге односно од 160. 000 до 80.000 евра за радове, постоји поједностављена процедура (прикупљање понуда – у тзв. „поступку мале вредности“, у којем је обавезно претходно

оглашавање, односно прикупљање понуда уз претходно оглашавање) које се може применити (или наравно сви други поступци сходно Директиви о комуналним услугама). Конкретно, прикупљање понуда уз претходно оглашавање примењује се у распону вредности од 387.000 – 80.000 евра (роба и услуге) и 844.000 – 160.000 евра (радови) док се поступак мале вредности примењује у распону нижих вредности до 20.000 односно 40.000. Код вредности испод 40.000 евра за робу и услуге и 80.000 за радове нису обавезне посебне процедуре већ је обавезно само прикупљање одређених статистичких података за ту врсту набавке.

Процедура прикупљања понуда уз претходно оглашавање је неформална верзија тендерског поступка и може се организовати скоро као отворени или рестриктивни поступак, с тим што у овом другом случају постоје различити степени преговарања са понуђачима. У погледу садржине огласа, одређивања рокова и тендерске спецификације важе веома флексибилна правила.

„Поступак мале вредности“ такође је неформална верзија редовног поступка тендера и може се организовати скоро као отворени поступак, уз могућност преговарања са понуђачима. Наручилац је у обавези да огласи јавни позив на словеначком Порталу за јавне набавке (интернет презентацији), да припреми одређену документацију (позив на достављање понуда, и слично), итд.

Преговарачки поступак као врста тендера је мач са две оштрице јер било каква предност коју би могао да има наручилац у погледу флексибилности мања је од неизвесности коју за собом повлачи недостатак прописане процедуре. Важна тачка је захтев из члана 34. словеначког закона, где у случају примене преговарачког поступка са објављивањем јавног позива, тендерски досије мора да опише начин на који ће тећи преговори. Захтев приморава наручиоца да разматра та питања, из разлога од којих није најмање важна отвореност у раду. Међутим, нису урађене смернице за потребе јавне набавке у предузећима за комуналне услуге, укључујући спровођење преговарачког поступка.

Што се тиче клаузуле реципрочности, словеначки закон разликује се од аустријског у томе што се позива на више националних закона не само из области царине већ и пореских прописа, итд. То може да представља проблем ако било које правило о пореклу у неком од тих прописа доводи до узајамно супротстављених резултата. За разлику од аустријског закона, словеначки закон не захтева од владе да објави било какав списак трећих земаља као смерницу у области комуналних услуга.

5.4. Данска

У Данској је текст из директива транспонован уз извесна мања прилагођавања у закон, који је био средство транспонованња. Ниједно од тих прилагођавања не односи се на Директиву о комуналним услугама. Данска није донела правила о набавци испод доњег прага вредности „као наставак“ Директива.

Међутим, уговори о радовима испод доњег прага вредности у Данској биће обухваћени посебним правилима која ће прописати обавезу да јавни радови и радови финансирани из јавних фондова прођу кроз поступак набавке. За радове вредности испод око 400.000 евра биће довољно да прибаве три понуде у процедури без претходног објављеног огласа. За уговоре вредности изнад 400.000 евра постоји могућност избора између упрошћених верзија отвореног и рестриктивног поступка. За уговоре о радовима изнад доњег прага вредности из директиве, дански закон имаће посебан значај кад се пројекат финансира из јавних средстава али орган који додељује уговор није обухваћен ни једном од Директива. Треба поменути да тиме неће бити обухваћени пројекти приватних предузећа за комуналне услуге који се финансирају без учешћа јавних средстава, јер ће дански закон да уређује само јавна правна лица у смислу Директиве о јавном сектору.

У пракси у Данској постоји обиље смерница и упутстава који се могу узети као израз преовлађујуће најбоље праксе. Међутим, ни једна од тих смерница или упутстава не односи се конкретно на набавку у комуналним услугама. Као и у многим земљама, у Данској постоје разне смернице које се односе на конкурентни дијалог али ниједна од њих не бави се структуром ни током вођења преговора.

5.5. Француска

У Француској су предузећа за комуналне услуге уређена у другом делу француског Закона о јавним набавкама (од члана 135. надаље), који је проглашен Декретом бр. 2006-975 од 1. августа 2006. године. Тај други део закона није самосталан већ се позива на опште одредбе из првог дела кад су те одредбе у истој мери важеће. У поређењу са аутономним приступом, овај приступ има предности јер је прилагођавање закона поједностављено¹⁰ и избегнут је ризик од недовољног усклађивања дуплираних одредби. Међутим, није у потпуности јасно да ли закон обухвата све наручиоце из Директиве о комуналним услугама.

Француски закон садржи у једној одредби (члан 146.) план за набавке испод доњег прага вредности за комуналне услуге, који дозвољава наручиоцу да примени адекватни поступак према свом избору и у складу са врстом уговора, износ потенцијалних понуђача и начела ЕУ. Одредба прописује да

¹⁰ То је посебно важно јер је овај део Закона био мењан и допуњаван 11 пута од 2006. године!

процедура мора да садржи оглашавање унапред и одређен поступак надметања.

Наручилац не може да захтева од кандидата или понуђача више информација него што проистиче из редовних правила о преквалификацији и давању понуда. Ако наручилац примени неки поступак предвиђен законом онда је обавезан да испоштује све његове формалности, као што су садржина огласа, рокови, итд. Циљ је вероватно да се спрече неспоразуми на тржишту због примене поступка који се назове „отворен“ или „рестриктиван“ иако је процедура измењена. За уговоре вредности мање од 4.000 евра није предвиђена нека посебна процедура.

Француска влада донела је скуп смерница¹¹ за примену закона, укључујући и смернице за преговарачки поступак. Те смернице набрајају о чему може да се преговара и дају савете како да се у пракси обезбеди поштовање начела једнаког третмана и отворености у раду у току целог поступка. На пример, један од тих савета је да мора да постоји траг о свим информацијама које су дате понуђачима и мора да буде јасно који делови тендерске спецификације могу да буду предмет преговора а који не могу.

Француски закон садржи клаузулу реципрочности дословце истоветног текста као у директиви а нема никакву белу листу нити друге смернице за наручиоце.

5.6 Извори у ЕУ

На нивоу ЕУ, кључ за најбољу праксу од значаја код комуналних услуга налазимо у интерпретативном саопштењу Комисије о мешовитим уговорима (СС/2004/34 од 18.6.2004). Саопштење помоћу бројних примера показује на који начин члан 9. Директиве о комуналним услугама има важну улогу у утврђивању под која правила из директива потпада конкретан уговор, односно да ли је дати уговор уопште уређен директивама.

Постоји и Саопштење за Директиву о јавном сектору у вези конкурентног дијалога (СС/2005/04, ревидиран текст 1 од 5.10.2005). Као и националне смернице, ово саопштење тиче се услова за примену тог поступка, док се врло мало бави вођењем преговора као таквих. У ствари, део који то обрађује (стр. 7 – 8) даје само један конкретан савет тиме што истиче да је важно водити појединачне преговоре у циљу заштите било којих пословних тајни садржаних у техничким идејама понуђача и да је важно добити понуђачеву сагласност пре разговора о тим идејама са другим понуђачима у фази опште

¹¹ Види тачке 12.2 – 12.3 у „Распису од 29. децембра 2009. године о Водичу за добру праксу у стварима јавне набавке“ од 31. децембра 2009. године, које је послало француско Министарство економије

дискусије. Међутим, управо је тај савет једини од значаја за конкурентни дијалог тамо где овакво ограничење и постоји¹².

6. Закључци и препоруке

Истраживање обављено ради припреме овог Извештаја показује да нема много разлика између држава чланица у начину на који су транспоновале Директиву о комуналним услугама. Слично томе, у државама чланице нема смерница које би се посебно бавиле питањима од конкретног значаја за Директиву о комуналним услугама. Осим у Француској, постојеће смернице баве се узајамно повезаним питањима као што су процена изводљивости пројекта, анализа тржишта, претходна квалификација, израда техничке спецификације и проверљивих критеријума за доделу уговора, итд.

Неки сматрају да је разлог за што се „корисничка група“ Директиве о комуналним услугама састоји од великих јавних и приватних предузећа које имају довољно сопствених ресурса и приступ затвореним професионалним мрежама, тако да им нису потребна упутства како да раде. Па ипак, то није потпуна слика. У многим државама чланицама, поред великих предузећа који послују широм земље појавио се велики број малих општинских предузећа за вршење комуналних услуга.

Поменуто истраживање показује да постоји веома скроман обим најбоље праксе у ЕУ и да се она углавном односи на теме као што су правила за вредности испод доњег прага, аутономија законских прописа а затим и један број мање важних питања као што је клаузула реципрочности. Према томе, Извештај може да пружи потребне информације о тим специфичним темама заједно са општим закључком да су државе чланице ЕУ примениле све елементе из Директиве о комуналним услугама.

Правила за вредности испод доњег прага очигледно постоје у земљама које су већ имале сличне програме за класичне набавке (Директива о јавном сектору). ЗЈН дозвољава да правила о набавци мале вредности пропише Министарство финансија, тако да су донети ти подзаконски прописи којима су обухваћене све набавке мале вредности, очигледно укључујући набавку предузећа која

¹² Неки тврде да ограничења у погледу пословних тајни онемогућавају израду комбиноване техничке спецификације у вези које би могли да се надмећу учесници у преговорима. Због тих ограничења, идејни аутор техничког решења одабраног као жељено решење биће фактички добитник уговора, о чему треба прочитати *Тренте*, „Јавна набавка у ЕУ“ (2007), стр. 404 (7.79). Други износе аргумент да процедура ради кад је постављена тако да се састоји од узастопних рунди билатералних преговора у којима се неки предлози постепено усавршавају а други одбацују. На крају се од преосталих понуђача тражи да предају своје коначне предлоге, у вези са чим треба видети на пример „Распис од 29. децембра 2009. године о Водичу за добру праксу у стварима јавне набавке“ од 31. децембра 2009. године, које је послало француско Министарство економије, или Извештај британске Националне ревизорске службе „Побољшање поступка тендера приватне финансијске иницијативе (ПФИ)“ “из марта 2007. године.

врше комуналне услуге¹³. Чини нам се да ови подзаконски прописи нису у истој мери флексибилни као правила о набавци испод доњег прага вредности у државама чланицама, обрађено под горњом тачком 5, а нема других елемената тих правила који би се показали као очигледно унапређење. Потребно је детаљније истраживање у вези са будућом реформом јавне набавке да би се утврдила конкретна решења држава чланица која могу да послуже као инспирација за подзаконске прописе у Србији.

Може да буде од користи и најбоља пракса у реципрочности према трећим земљама, што је присутно у законима већине држава чланица. Само неке државе чланице имају своје беле листе као смернице за предузећа за комуналне услуге. Строго узев, не постоји најбоља пракса за такве листе. Ипак би била добра идеја да се размотри уврштавање таквих листа да би се избегле разлике у примени.

Важно је да се правила о реципрочности тумаче рестриктивно. Могућност за одбијање производа и остварење преференција ипак су противни редовној политици либерализације тржишта за чију се заштиту залаже ЕУ. У суштини, увођење реципрочности је ствар политичког избора за Србију као земљу која није чланица ЕУ. У сваком случају, ако се одржи правило реципрочности, за инструкције разним комуналним предузећима биће потребно сачинити белу листу земаља чији производи не могу да буду одбијени.

Да би се омогућило будуће чланство у ЕУ - кад спољни економски односи ЕУ са трећим земљама подлежу искључивој надлежности ЕУ - било би чак и у том тренутку корисно направити у мери у којој је то могуће такву белу листу за земље са којима је ЕУ већ успоставила или је у поступку успостављања споразума о реципрочности. Периодично се објављују информације о земљама са те листе¹⁴. Релативно мање важно питање је потреба да се направи прецизније позивање на српски закон који одређује порекло производа, на пример Закон о царини, као што је то случај и у многим другим земљама.

Код разматрања у Србији о даљем усклађивању правила о предузећима за комуналне услуге, основни задатак је препознати могућности за варијације. У претходним тачкама 2 и 3, Извештај је разјаснио да Директива о комуналним услугама не захтева обавезну примену свих механизма флексибилности. То оставља простора за питање да ли је у интересу Србије да се уведу сви аспекти флексибилних правила ЕУ у домену комуналних услуга, макар краткорочно.

¹³ Види владин декрет бр. 110-00-00213/09 од 6. јула 2009. године

¹⁴ Најновија је садржана у Извештају Комисије о преговорима у вези приступа предузећа из Заједнице тржиштима трећих земаља у областима обухваћеним Директивом 2004/17/ЕС (COM (2009) 592 од 28. октобра 2009. године

Основа за одговор на ово питање треба да буду разлози за флексибилна правила и процена да ли су ти разлози важећи и у текућем контексту у Србији. Значи, ако су сектори комуналних услуга искључиво у јавном домену и за њих се не планира нити је у току нека значајнија приватизација, и ако није уочена потреба за флексибилним опцијама, онда се може рећи да се не морају преузети сви аспекти правила.

Конкретно, морају се узети у обзир структура и степен приватизације сектора комуналних услуга у Србији. Мора се проучити који су од дозвољених флексибилних инструмената посебно корисни за предузећа за комуналне услуге у Србији. Укупно, треба препознати све разлике између сектора у погледу структуре и проблема. Увођење вишег прага вредности и слободна примена преговарачког поступка са јавним позивом су значајне промене за које ће бити потребна документација о стварним потребама, нарочито у земљама у процесу транзиције као што је Србија.

Још један аспект који треба узети у обзир у овој вези је ризик од заобилажења прописа ако правила у домену комуналних услуга штрче као радикално блажа и флексибилнија од редовних правила у набавци. Тај ризик је нарочито присутан код ограничених ресурса за праћење прописне примене а окружење за редовну набавку још није консолидовано.

Ова размишљања могу да воде ка следећим типовима закључака о томе шта треба да садржи ревидирано поглавље о предузећима за комуналне услуге у измењеном и допуњеном ЗЈН. Овде су приложене само неке од могућности за флексибилно поступање дозвољених у Директиви о комуналним услугама, види Додатак А, као илустрација за различите теме за дискусију:

- Увођење других изузетака у погледу повезаних предузећа, концесионара, итд. мора да зависи од постојеће структуре комуналних услуга у Србији. Треба проценити да ли потреба за флексибилним инструментом може да се задовољи неким општим правилом заснованим на начелу дефинисаном у судској пракси ЕСП да тзв. „интерни кућни“ уговори спадају у изузетке¹⁵.
- Увођење веће флексибилности за рокове зависиће од конкретних потреба постојећих предузећа за комуналне услуге и процене ризика од злоупотребе тако флексибилног инструмента. Таква злоупотреба, на пример одређивање претерано кратких рокова, рецимо за изражавање интересовања или подношење понуда, може да буде посебно озбиљна ако је њен намеравани циљ да искључи заинтересована предузећа из учешћа, чиме се непрописно ограничава конкуренција.

¹⁵ Види на пример предмет С-26/03, *Halle*

- Могућност за примену преговарачког поступка без претходног обавештења у случају прилике за куповину испод тржишне вредности зависила би од мере у којој предузећа редовно врше испитивање тржишта. У супротном, неће бити у стању да докажу да је цена у ствари била привлачна.

Све друге флексибилне инструменте треба размотрити на сличан начин да висимо како треба да изгледа усаглашавање српских прописа са Директивом о комуналним услугама. Као што показује извештај, на располагању нам је ограничен број примера најбоље праксе који може да нам помогне у томе.

Додатак А. Индикативан списак флексибилних инструмената и посебних одредби из Директиве о комуналним услугама:

- Прагови вредности су виши за комуналне услуге и уговоре о услугама, док се обрачун вредности разликује у мањој мери (чланови 16. и 17).
- Преговарачки поступак може се слободно применити као алтернатива за отворени и рестриктивни поступак (члан 40).
- Тендер може да буде ограничен само на предузећа регистрована у квалификационом систему (члан 15).
- Претходни распис може да замени позив на достављање понуда (члан 47.5).
- Изузетак важи за уговоре нарочито са повезаним предузећима и заједничким улагањима (чланови 18, 19, 20. и 23).
- За отворени или рестриктивни поступак не тражи се неки најмањи број позваних понуђача (члан 54).
- За разлику од Директиве о јавном сектору, укупна вредност допунских уговора додељених на основу преговарачког поступка без претходног обавештења може да буде преко 50% вредности првобитног (оглашеног) уговора (члан 40).
- Општа могућност за коришћење краћих рокова (члан 45.3).
- Допуштени су рокови дужи од уобичајених за објављивање огласа о додели уговора (члан 43).
- Нису прописане посебне врсте документације за доказивање економског и финансијског стања (члан 54.1).
- Компаније за комуналне услуге које су предузећа не морају да искључе из поступка понуђаче због одређених кривичних дела (члан 54.4).
- Могу да се подносе алтернативне понуде осим уколико су изричито забрањене (члан 36).
- Извесни сектори комуналних услуга могу да се искључе из тзв. тржишне процедуре ако се докаже да постоји довољна конкуренција на националном нивоу у датом сектору (члан 30).
- Правила о реципрочности и посебној процени цена за треће земље (чланови 58. и 59).
- Преговарачки поступак без претходног обавештења може се применити у случају „повољне продаје“, види члан 40.3.ј.
- Нема правила о начелима и начину спровођења преговарачког поступка са претходним обавештењем, види члан 30. Директиве о јавном сектору.
- Директива не важи за радове ни за концесије за услуге (члан 18).
- Уговори о нацрту могу, поред награде за сам нацрт, да садрже и уговор о услузи потребној за реализацију нацрта (члан 61).

Додаци В – Г:

В. Аустријски закон (Закон бр. 17/2006)

С. Закон у Великој Британији (Уредба бр. 5/2006)

Д. Словеначки закон (Закон бр. 411-07/06-9/1 од 23. новембра 2006. године)

Е. Француски закон (Декрет 2006-975 од 1. августа 2006. године)

Ф. Интерпретативно саопштење Комисије о мешовитим уговорима (СС/2004/34 од 18.6.2004)

Г. Извештај Комисије о преговорима за приступ предузећа из Заједнице тржиштима трећих земаља у областима обухваћеним Директивом 2004/17/ЕС (СОМ (2009) 592 од 28. октобра 2009. године).

Додаци су снимљени на CD-ROM који је приложен уз овај Извештај.