

ПРАВНАТА ЗАШТИТА ВО ПОСТАПКИТЕ ЗА ДОДЕЛУВАЊЕ НА ДОГОВОР ЗА ЈАВНА НАБАВКА СПОРЕД ЕВРОПСКОТО ПРАВО

Во соработка со УСАИД проектот
за деловно опкружување

Оваа публикација е подготвена од страна на Бирото за јавни набавки со великодушната поддршка на американскиот народ преку Агенцијата на САД за Меѓународен Развој (УСАИД).

Мислењата изразени во оваа публикација им припаѓаат на авторите и не ги изразуваат ставовите на Агенцијата на САД за Меѓународен Развој или на Владата на Соединетите Американски Држави.

Почитувани,

Јавните набавки претставуваат клучен инструмент за создавањето на пазарната економија. Со извршување на набавките, државата директно учествува на пазарот и нејзиното однесување во голема мерка влијае врз севкупните економски текови. Всушност, при вршењето на јавните набавки, државата треба јасно да покаже дека ги почитува основните принципи на пазарната економија, односно обезбедување и функционирање на слободна и фер конкуренција.

Во тој контекст, Законот за јавни набавки, претставува основа за воспоставување на транспарентен и ефикасен систем на јавни набавки, а воедно претставува и значајно средство против евентуалните девијантни појави.

Успешноста на функционирањето на овој систем, зависи пред се од доследната примена и спроведувањето на повеќе клучни принципи, од кои најважни се: одговорноста, професионалноста, транспарентноста и конкуренцијата. Овие концепти и вредности претставуваат радикална појдовна точка во реализација на пазарната ефикасност и доследно и правилно функционирање на системот на јавни набавки.

Стратешка определба на Република Македонија е стекнување на полноправно членство во Европската унија. Имајќи го предвид наведеното нашата земја превзема активности за усогласување на нашето законодавство со правото на Европската унија. Бирото за јавни набавки при Министерството за финансии е активно вклучено во делот на усогласување на нашето национално право во полето на јавните набавки со релевантните Директиви на Европската Унија, како и прифаќање на европските стандарди на работење во оваа област. Континуирано работиме на обезбедување на ефикасност, рационалност и транспарентност на постапките за доделување на договори за јавни набавки, како и на охрабрување на конкуренцијата и спречување на коруптивните практики.

Предложените законски решенија предвидуваат бројни новини кои се интегрираат во системот на јавните набавки, но исклучително важно е да се развие нивна правилна имплементација.

Токму затоа Бирото за јавни набавки, во соработка со Проектот за деловно окружување на УСАИД, пристапи кон изготвување на овој материјал кој треба барем делумно да ги задоволи потребите на корисниците од овие информации. Се надеваме дека ќе се постигне целта овој текст да даде краток преглед на европските искуства и правила во однос на примената на новите инструменти кои се предвидени со Директивите за јавни набавки во класичниот јавен сектор и кај субјектите кои вршат една или повеќе дејности во секторите водоснабдување, енергетика, транспорт и поштенски услуги, како и правните механизми за заштита во постапките за јавни набавки. Се разбира, овој материјал претставува само појдовна основа, која континуирано ќе треба да се надградува со нашите домашни искуства.

Во тој контекст, сите забелешки и препораки кои можат да помогнат во изградбата на подобар и поефикасен систем на јавни набавки се добредојдени.

Со почит,

Биро за јавни набавки

С о д р ж и н а

Вовед	4
Извори на европското право	5
Директивите за јавни набавки и правна заштита во постапките за јавни набавки	5
Органи за решавање по жалби	8
Кои одлуки можат да бидат предмет на жалбена постапка	9
Право на жалба	11
Судот на правдата на европските заедници	12
Изводи од пресуди на судот на правдата на Европските заедници	19
Основни принципи	19
Еднаков третман и недискриминација	20
Транспарентност	21
Постапки за јавни набавки	23
Критериуми за избор на најповолна понуда	23
Невообичаено ниски понуди	27

Ќе дојде ден кога сите нации на овој континент ќе се здружат во повисок степен на единство и ќе создадат европско братство, без да ги загубат своите особености и својата славна индивидуалност. Ќе дојде ден кога умовите ќе ги добијат единствените битки – на отворени пазари на идеи. Ќе дојде ден кога гласачките ливчиња ќе ги заменат куршумите и бомбите.

Виктор Иго (1849)

Вовед

Оваа хуманистичка и визионерска идеја на големиот Виктор Иго, ја започна својата реализација после повеќе од сто години, со потпишувањето на Договорот за основање на Европската заедница за јаглен и челик, во Париз на 18 април 1951 година, од страна на Белгија, Франција, Сојузна Република Германија, Италија, Луксембург и Холандија.

Идејата на Виктор Иго за „Обединети држави на Европа,“ ја продолжи својата реализација со потпишувањето на Договорот со кој се основа Европската економска заедница и Договорот со кој се основа Европската заедница за атомска енергија, во Рим на 25 март 1957 година од страна на шесте земји, познати и како римски договори, а со кои беа создадени трите „Европски заедници“.

Четвртиот договор, Договорот од Мастрихт потпишан 1992 година, Европската економска заедница ја преименува во „Европска заедница“. Се воспостави и нов политички ентитет - Европска унија.

По овие договори следуваše потпишувањето на Амстердамскиот договор на 2 октомври 1997 година, со кој се извршија измени и дополнувања на Основачките договори, во поглед на флексибилноста со која на државите членки кои имаат намера да воспостават потесна соработка, им овозможи користење на институции, постапки и механизми предвидени со Основачките договори и Договорот од Ница од 26 февруари 2001 година. Со овој договор се завршија започнатите процеси со Амстердамскиот договор, односно подготовка на институциите на Европската унија за функционирање во проширена унија. Во натамошниот текст ќе говориме за Договор за Европската заедница (во натамошниот текст: Договорот).

Со овие договори земјите – членки на Унијата пренесоа дел од својот суверенитет на заедничките институции, кои ги претставуваат интересите одделно на земјите – членки но и нивните заеднички интереси.

Извори на европското право

Согласно со начелото на супремација¹, правото на заедницата е над националното право на земјите членки (остварување на целите пропишани во член 10 од Договорот).

Секој пропис кои го донесуваат Европскиот парламент заедно со Советот, Советот и Комисијата, во целост е обврзувачки за земјите – членки (освен препораките и мислењата) и директно се применува во сите земји –членки. И примената на Директивите е обврзувачка за секоја земја – членка на која е упатена во поглед на резултатите кои со нив мора да се постигнат, а на земјите – членки им се остава изборот на формата и начинот на нивната примена. Тие се погодни за процесот на хармонизацијата во поедини области.

Директивите за јавни набавки и правна заштита во постапките за јавни набавки

Постапките за доделување на договорите за јавни набавки во европското право се регулирани со две директиви и тоа:

- Директива 2004/17/EЗ На Европскиот парламент и на Советот од 31 март 2004 година со која се усогласуваат постапките за набавки на субјектите кои работат во секторите за води, енергетика, транспорт и за поштенски услуги и

¹Пресуда на Судот на правдата по предметот 6/64 Costa vs. Enel. Со оваа пресуда Европскиот суд на правдата ги постави темелите на правната природа на ЕЕЗ. Во пресудата, Европскиот суд на правдата како заклучок истакнал: „...правото кое произлегува од Договорот, како независен извор на право, не може, поради својата особена и оригинална природа, да биде надвлдавано од државните правни одредби, без оглед на тоа како се формулирани, а при тоа да не ја изгуби својата особина на Право на Заедницата и да не ја доведе во прашање правната основа на самата заедница. Преминот од државни правни системи во правен систем на заедницата, кој е составен од права и обврски предвидени со договорот, за секоја од земјите – членки носи трајно ограничување на државните суверени права. Овој процес земјата – членка не може да го врати назад со тоа што подоцна ќе одлучи да донесе унилатерален акт спротивен на концептот на Заедницата“.

- Директива 2004/18/ЕЗ на Европскиот парламент и на Советот од 31 март 2004 година за усогласување на постапките за доделување договори за јавни работи, договори за јавни добра и договори за јавни услуги.

Овие директиви, кои земјите – членки требаа да ги имплементираат во своите законодавства до крајот на јануари 2006 година, ги заменува директивите кои беа донесени во почетокот на деведесетите години и тоа:

- Директивата 92/50 ЕЕЗ за усогласување на постапките за доделување на договори за услуги,
- Директивата 93/36 за усогласување на постапките за доделување на договори за јавни набавки на стоки,
- Директивата 93/37 ЕЕЗ за усогласување на постапките за доделување на договори за работи и
- Директивата 93/38 ЕЕЗ за усогласување на постапките за јавна набавка за органите кои стопанисуваат во секторите за води, енергетика, транспорт и телекомуникации.

Правната заштита² во постапките за доделување на договори за јавни набавки во европското право е регулирано со Директивите кои се однесуваат на правната заштита во постапките за јавни набавки и тоа:

- Директивата на Советот 89/665/ЕЕЗ, од 21 декември 1989, за координација на законите, регулативите и управните одредби, а во врска со примената на постапката за ревизија на постапките за јавните набавки на добра и работи и
- Директивата на Советот 92/13/ЕЕЗ, од 25 февруари 1992, која ги координира законите, регулативите и управните одредби, а во врска со примената на Правилата на ЕУ за постапките за набавки на ентитетите кои работат во секторите за водостопанство, енергетика, транспорт и телекомуникации.

Во преамбулата на Директивата 89/665 е наведено: „Отсуството на ефективни правни лекови или неадекватноста на постоечките правни лекови, ги одвраќаат субјектите од ЕУ од поднесување понуди во земјата членка каде набавувачот е основан“.

² Емил Јанчевски, Маре Богева Мицовска: „Јавните набавки и заштита на учесниците во јавните набавки во постапката за избор на најповолен понудувач“, Деловно право број 17, јуни 2007 година.

Во таа смисла, Директивата 89/665 бара од земјите – членки да обезбедат:

- компетентните тела за ревизија (н.з. тела за решавање на жалби) да се овластени да превземат, во некои случаи по кратка постапка, привремени мерки насочени кон запирање на постапката за набавка или на било кои одлуки на набавувачите кои можат да бидат донесени во спротивност со правилата на ЕУ;
- посоење на адекватни постапки постојат кои ќе дозволат ставање вон сила на одлуките кои се незаконски превземени и доделување на надомест на лица оштетени со прекршок.

Дополнително, Директивата 92/13 се однесува на системот за атестација, дозволувајќи им на договорните страни да бараат потврда за правилната примена на правилата за јавни набавки.

Овие Директиви важат само за јавните набавки и спаѓаат во рамките на материјалните директиви³. Тоа значи дека под нивото на вредносните прагови и во некои други случаи (пр. набавки од доверлива природа) нивната имплементација не е (нужно) потребна. И двете директиви (директно) не ја регулираат правната положба со кои се кршат други, национални правила на јавните набавки. Вака пресудил и Судот во случајот C-57/01, Makedoniko Metro, Mikhaniki AE против Elliniko Dimosio.

Во овој случај Судот (покрај останатото) оценувал дали постапките на националните власти, кои се во согласност со националното право во делот кога тоа не е имплементирање на европското право (прашање за допуштеност или недопуштеност на промената на членовите на конзорциумот по доставувањето на понудата), е предмет на проценка според директивата 89/665/ЕЕС. Во спорот помеѓу странките немало согласност ниту околу прашањето дали се работи за јавна набавка на работи или за концесија за работи.

³ Pravna zaštita u postupcima javnih nabava – Sue Arrowsmith ... (et al.): Marko Žvipeļj: Značenje presuda suda Evropskih zajednica na području pravne zaštite u postupcima javne nabave.

Околу решавањето на ова прашање Судот се определил за националниот суд, јасно нагласувајќи ги евентуалните разлики за поедини прашања помеѓу јавните набавки и концесиите, но во врска со интерпретацијата на Директивата 89/665/ЕЕС не предупредил на евентуалните разлики меѓу концесиите и јавните набавки на работи. Во оваа постапка судот го искритализирал ставот дека под поимот „европски поредок на подрачјето на јавните набавки„ не е доволно само разбирањето на самите директиви, туку и основните начела, а меѓу нив и начелото на еднаквост. Оттука произлегува дека кршењето на правната норма на националното право е предмет на правна заштита согласно Директивата 89/665/ЕЕС, кога се работи за начелото на еднаквост.

Поради тоа би било дозволено покрај постапките за правна заштита во набавките под и над праговите, да се разликуваат и постапките на правна заштита во случаите кога би се кршеле правилата на заедницата (особено Договорот).

Органи за решавање по жалби

И двете директиви за правна заштита ги определуваат целите на жалбените постапки, а државите – членки треба соодветните решенија да ги прилагодат на својот правен поредок и специфики на национално ниво, за да обезбедат адекватна правна заштита. Судот во пресудата C-54/96 Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH против Bundesbaugesellschaft Berlin mbH, презентирани во извештаите на Судот во 1977 година, стр. I-04961, констатирал дека согласно правниот систем, на секоја земја – членка и е оставено да утврди кој суд (трибунал) ќе биде надлежен да ги решава споровите кои се однесуваат на правата на поединецот, а кои произлегуваат од правните норми на Заедницата. Меѓутоа, должност на земјите – членки е да обезбедат тие права ефикасно да се штитат. Во предметот C-103/97 Josef Köllensperger GmbH & Co. KG и Atzwanger AG против Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz, презентирани во извештаите на Судот од 1999 година стр. I-00551, судот објаснил дека се можни две основни решенија во жалбената постапка. Првото решение е жалбената постапка да ја водат тела кои имаат карактер на судови и второ решение е надлежноста во прв степен да им се даде на тела кои немаат таков карактер. Во тој случај, одлуките на овие тела мора да бидат предмет на контрола на друго тело, кое пак мора да ги задоволи критериумите од член 2 став 8 од Директивата 89/665, како би се обезбедила соодветна контрола. Тие услови се:

- членовите на такво независно тело треба да бидат именувани и разрешени под исти услови како и членовите на судските органи кога станува збор за орган надлежен за нивно именување, траење на мандатот и разрешување,
- најмалку претседателот на тоа независно тело треба да ги има истите правни и стручни квалификации како и членовите на судските тела,
- ова независно тело одлуките треба да ги носи по спроведена постапка во која се сослушани двете страни, а тие одлуки се правно обврзувачки со средства кои ќе ги утврди секоја земја – членка.

Кои одлуки можат да бидат предмет на жалбена постапка

Во поглед на прашањето кои одлуки можат да бидат предмет на жалбената постапка, Судот се изјаснил во повеќе предмети, меѓу кои и во предметот C-26/03 – Stadt Halle и RPL Recyclingpark Lochau GmbH против Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna. Едно од прашањата кое го поставил судот на земјата – членка на Судот, било дали земјите членки се должни да обезбедат и ефикасни средства против одлука на договорниот орган донесена надвор од формалната постапка за доделување на договор и пред формалната покана за поднесување на понуда. Судот нашол дека секоја одлука на договорниот орган на која се применуваат правилата за јавни набавки на заедницата, може да биде предмет на судска контрола без оглед на времето на нејзиното донесување, или нејзината содржина. Со директивите се предвидува можност за поништување на незаконитите одлуки на договорниот орган во поглед на техничките или други спецификации наведени не само во поканата, туку и во други документи сврзани со постапката за доделување на договор. Судот утврдил дека било кој акт кој договорниот орган го донел, а е во врска со договорот за јавна набавка во рамките на материјалниот предмет на директивите за јавни набавки и кој може да предизвика правни последици, може да биде предмет на контрола (н.з. жалба). Според тоа, земјите – членки неможат да го ограничат правото за поднесување на жалба, со образложение дека постапката за набавка формално се наоѓа во одредена фаза.

Дали против одлуката за поништувањето на постапката за јавна набавка од страна на договорниот орган е дозволена жалба?

Со пресудата C-92/00 Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) против Stadt Wien, презентирани во извештаите на Судот од 2002 година стр.1-05553, Судот утврдил дека одлуката за поништувањето на постапката без доделување на договор, понудувачите можат да ја оспоруваат. Се работи за одлука на австриското федерално министерство да ја повлече поканата за доставување на понуди.

Австриското министерство тврдело дека одлуката за повлекување на поканата за доставување на понуди не претставува одлука во смисла на Директивата 89/665. Оваа аргументација е заснована на член 2, став (1), точка (б) од директивата која според мислењето на Владата на Австрија се однесува исклучиво на одлуките кои договорните органи ги донесуваат во постапките за јавни набавки, додека со одлуката за повлекување на поканата таа постапка се завршува.

Во случај поканата да се повлече - незаконски, според австриското законодавство набавувачот е должен да обезбеди кандидатите или понудувачите да имаат право на надомест на штета. Осврнувајќи се на овој аргумент, Судот истакнал дека единствената одредба од Директивата 92/50 која се однесува на повлекувањето на поканата за доставување понуди е членот 12 став (2), со кој е утврдено дека во случај кога договорните органи одлучиле да се откажат од постапката за доделување на договор, за тоа мораат да ги известат кандидатите и понудувачите за причините на својата одлука, што е можно побрзо.

Иако нема конкретни одредби кои се однесуваат на материјалните или формалните услови за таквата одлука, таа сепак припаѓа во рамките на правилата пропишани со Директивата 89/665 и основните правила на правото на Заедницата, особено принципите утврдени во Договорот за правото на основање и слободата на давање услуги, со цел да се обезбеди почитување на правилата на Заедницата. Земајќи го тоа предвид, Судот оценил дека одлуката за повлекување на поканата за доставување на понуди, може да се оспорува во жалбена постапка предвидена со Директивата 89/665.

Право на жалба

Директивите за правна заштита пропишуваат дека жалбената постапка треба да биде достапна најмалку на едно лице кое има интерес да добие определен договор за јавна набавка и кое е оштетено, или на кое му се заканува опасност да биде оштетено со наводна повреда. Така, оваа постапка им е достапна на сите економски оператори кои учествувале во постапката за јавна набавка со доставување на понуда или барање за учество и кои се оштетени со незаконита одлука на договорниот орган. Според мислењето на Судот, правен лек може да користи и компанија која била заинтересирана за добивање на конкретен договор, но не учествувала во постапката поради дискриминирачки барања на договорниот орган. Ова мислење Судот го изнел во предметот C-230/02 - Grossmann Air Service, Bedarfslufffahrtunternehmen GmbH & Co. KG против Република Австрија, презентирани во извештаите на Судот од 2004. стр. I-01829. Во конкретниот случај се работело за јавна набавка на услуги – вонреден патнички авио превоз за потребите на австриската федерална влада и нејзините делегации. Grossman ја добил тендерската документација по добиената покана за доставување на понуди.

Набавувачот донел одлука за избор, која ја доставил и до Grossman, кој пак не доставил своја понуда. Оспорувајќи ја оваа одлука, Grossman во приговорот го навел аргументот дека тендерската документација која договорниот орган ја подготвил, била изработена за еден одреден понудувач, чија понуда конечно и била избрана за најповолна. Приговорот бил одбиен со образложение дека Grossman не докажал дека има правен интерес за доделување на договорот затоа што не поднел понуда. Grossman поднел жалба против таа одлука, а надлежниот суд на земјата – членка одлучил да ја запре постапката и се обратил до Судот со прашање дали со директивите за правна заштита, правните лекови можат да ги користат и лица кои не учествувале во постапката за јавна набавка. Судот констатирал дека Grossman не поднел барање за преиспитување на одлуката на договорниот орган, со кои се утврдени поединости со доставување на поканата за доставување на понуди, туку чекал да биде донесена одлуката за доделување на договорот на конкурентската компанија.

Во продолжение од својата одлука Судот утврдил дека целта на Директивата 89/665 е да се обезбеди ефикасна примена на правните норми на Заедницата, во договорите за јавни набавки. Наведената директива бара незаконските одлуки на договорните органи да се преиспитаат. Во продолжение од образложението на пресудата, Судот го разгледувал прашањето кое му го поставил судот на земјата – членка, наведувајќи при тоа дека со цитираната директива се бара незаконските одлуки на договорниот орган да се преиспитаат, во постапка која треба да е што е можно пократка. Фактот што компанијата не побарала преиспитување на одлуката на договорниот орган во поглед на техничките поединости кои се дел од поканата за доставување на понуди, а кое по мислењето на таа компанија бил дискриминирачки и би ја дисквалификувал од учеството во постапката, поради што чекала одлуката за избор да биде објавена, не е во согласност со целта на директивата за брза и ефективна правна заштита.

Бидејќи таквото однесување од страна на компанијата можело без некоја објективна причина да го одложи почетокот на жалбената постапка (која можела да почне веднаш по доставувањето на тендерската документација), поради неа е загрозувана ефикасната примена на директивите за јавни набавки на Заедницата.

Земајќи го тоа предвид, Судот констатирал дека одбивањето да се признае интересот на компанијата во врска со добивањето на конкретниот договор и како резултат на тоа правото на жалба на лице кое не учествувало во постапката за јавна набавка, не е во спротивност со таа директива.

Судот на правдата на европските заедници

Правната заштита во постапките за доделување на договори за јавни набавки во земјите – членки е гарантирана на ниво на секоја земја – членка, а на ниво на Заедницата тоа е правната заштита пред Судот на правдата на Европските заедници (Court of Justice of the European Communities), попознат како Европски суд на правдата. Судот, заедно со Првостепениот суд, го сочинуваат судскиот систем на Европската унија. Основан е во 1952 година најпрво како Суд на правдата на Европската заедница за јаглен и челик, а во 1958 година со влегувањето во сила на Договорот за основање на Европската економска заедница и Европската заедница за атомска енергија (Римски договори /1957) станува заеднички суд на трите Европски заедници. Одредбите на сите три, главно, усогласени Договори за основање на ЕЗ се дополнети и допрецизирани со Договорот за ЕУ (Мастрихт 1992), со Статутот, Правилникот за постапката и дополнителниот Правилник за постапката на Судот, како и со основачкиот акт и Правилник за постапката на Првостепениот суд.

Согласно член 220 од Договорот, Судот обезбедува при толкувањето и примената на овој Договор да се почитува законот (н.з. примарното и секундарното законодавство). Судот заседава на пленарна седница, но може да основа совети од три, пет, или седум судии за спроведување на одредени подготвителни истраги или за судење за посебни категории на предмети, согласно со правилата донесени за таа цел. Судот е составен од по еден судија од секоја земја – членка. На Судот му помагаат осум независни правобранители, чија должност е непристрасно и независно на отворените судски расправи да даваат образложени поднесоци за предметите кои се во постапка пред Судот. Седиштето на Судот е во Луксембург, работен јазик е француски, а пресудите се преведуваат на сите јазици на земјите – членки.

Постојат шест видови на тужби со кои може да се покрене постапка пред Судот и тоа:

- тужба поради неисполнување на обврски;
- тужба за поништување;
- тужба за непостапување;
- барање за надомест на штета и
- упатување на предлог за одлучување за претходно прашање.

Во поглед на прашањата за јавните набавки, вообичаено се користат два вида на тужби: тужба поради неисполнување на обврски (член 226 од Договорот) и упатување на предлог за одлучување по претходно прашање (член 234 од Договорот).

Вредно е да се напомене дека Европската комисија генерално постапува по два вида на повреди и тоа: повреди на законодавството (неимплементираност или неправилна имплементираност на директиви и повреди во пракса (по конкретни постапки за доделување на договори за јавни набавки, кои се пропратени со силен медиумски одзив).

Во првиот случај, Европската комисија врши надзор над националната легислатива на земјите – членки со која се имплементира европското законодавство, но и во случаи на дискриминаторско постапување и непочитувањето на правилата на единствениот пазар. Во вториот случај, Европската комисија постапува по повреди во конкретни случаи, а врз основа на иницијатива на понудувачи или врз основа на таканаречени мониторинг програми.

Правната заштита пред судот на земјата – членка и правната заштита пред Судот се независни еден од друг, по правило тие се одвиваат паралелно и меѓусебно не се исклучуваат. Дотолку што и покрај постоењето на правосилна судска одлука во земјата – членка, тоа нема влијание во постапката пред Европската комисија (административна фаза на постапката) или Судот. Секако треба да се напомене фактот дека доколку Европската комисија или пак земја –членка (против друга земја – членка) ја отфрли иницијативата за поведување постапка, против оваа одлука нема правна заштита.

Европската комисија согласно член 226 од Договорот доколку смета дека некоја земја – членка пропуштила да исполни некоја обврска заснована на Договорот, должна е да состави образложено мислење за таа работа, откако претходно и овозможила на земјата – членка да се произнесе по конкретната работа. Доколку земјата – членка не постапи согласно мислењето во рок кој ќе го определи Комисијата, таа може тој предмет да го достави до Судот. Рокот кој Европската комисија и го определува на земјата – членка, не е пропишан, но по мислење на Судот тој треба да изнесува три месеци, а во некои случаи и пократко.

Доколку пак некоја земја – членка смета дека друга земја – членка не ги исполнила своите обврски од Договорот, согласно член 227 од Договорот, предметот може да го упати на Суд, но претходно е должна предметот да го изнесе пред Европската комисија. И во овие случаи Европската комисија согласно ставот 3 од истиот член, треба да даде образложено мислење откако секоја од заинтересираните држави имала можност да ги изнесе своите аргументи и да се произнесе по аргументите на спротивната страна.

Во овие случаи Европската комисија треба да донесе свое образложено мислење во рок од три месеци. Доколку Европската комисија не донесе свое образложено мислење во пропишаниот рок, во тој случај земјата – членка може да подигне тужба. Во досегашната историја на Судот имало само два случаи кога земја – членка поднела тужба против друга земја – членка, но ниту еден предмет не се однесувал на јавните набавки.

Тужбите немаат суспензивно дејство, поради што често се случува постапките за јавни набавки да се завршени со склучување на договор пред донесување на пресуда од страна на Судот. Инаку согласно член 242 од Договорот, постапката покрената пред Судот не предизвикува прекин на истата, но Судот може да нареди примената на оспоруваниот правен акт да биде привремено запрена (привремена мерка), ако смета дека тоа го бараат околностите.

Предлогот за донесување привремена мерка се доставува до претседателот на Судот кој за тоа може самостојно да одлучува, но вообичаено предлогот го доставува на одлучување на Судот, кој донесува одлука врз основа на мислењето на независниот правобранител⁴. Пред донесување на одлука за привремена мерка, по предлогот се произнесува земјата – членка. Привремените мерки се временски ограничени до изрекување на пресудата. Против одлуката за донесување односно одбивање на привремените мерки, не е дозволена жалба. Во случај тужената страна во меѓувреме да ги отстрани причините за издавање на привремени мерки, постапката за нив се запира. Прашањето за привремените мерки подетално е пропишано со Статутот на Судот и со процесните правила на Судот (Rules of Procedure of the Court of Justice of the European Communities).

Постапката пред Судот се завршува со донесување на пресуда.

Просечниот рок на водење на постапките пред Судот траат повеќе од две години, со што не се обезбедува брза и ефикасна заштита⁵.

Согласно член 234 од Договорот, Судот е надлежен да донесува прелиминарни одлуки за:

- толкување на овој Договор,
- исправноста и толкувањето на правните акти на институциите на Заедницата и Европската централна банка и
- толкување на статутите на телата основани со акт на Советот, во случаи каде статутите тоа го пропишуваат.

Кога такво прашање (н.з. под а), б) и в)) ќе се појави пред некој суд на земја – членка, тој суд може да побара од Судот претходно за тоа прашање да донесе одлука, доколку смета дека донесувањето на одлуката е нужно како би можел да донесе пресуда. Решавањето на овие т.н. претходни прашања од страна на Судот, е со цел да се обезбеди единствено толкување на правото на целата територија на унијата. Оваа одредба значи обврска на судовите на земјите – членки при донесување на мериторна одлука да не го применуваат *stricto sensu* само националното право, туку се должни *ex officio* да го применуваат и правото на заедницата.

⁴ Pravna zaštita u postupcima javnih nabava – Andrea Crismani ... (et al.) / Tomaž Vesel: Europska Komisija kao zaštitnik zakonitosti

⁵ Види повеќе: Green paper od Public Procurement, 3 порглавје, страна 11

Кога такво прашање ќе се појави во предмет кој се води пред судот на земја – членка против чии одлуки нема правен лек врз основа на националното право, тој суд е должен предметот да го достави до Судот.

За да определи дали телото кое го упатува прашањето на Судот, е суд или административно тело во смисла на член 234 од Договорот и дали има право да упатува прашање до Судот, потребно е да бидат исполнети неколку услови и тоа:

- дали телото е основано со закон,
- дали е од постојан карактер,
- дали неговото постапување е задолжително,
- дали постапката пред него е контрадикторна,
- дали ги применува законските процедури и
- дали е независно.

Сите овие услови треба кумулативно да бидат исполнети.

Во табеларниот преглед што следи, даден е шематски приказ на постапката пред Судот на правдата:

Резиме на постапката пред Судот на правдата⁶

Писмена постапка	
<p>Директна тужба член 226</p> <p>-Доставување на тужбата на тужената страна</p> <p>-Објавување известување за тужбеното барање во Службен гласник</p> <p>-Одбрана</p> <p>-Одговор</p> <p>-Одговор на одговор (реплика)</p>	<p>Решавање на претходно прашање член 234</p> <p>- Одлука или пресуда на домашниот суд на земја членка</p> <p>- Превод на предлогот за решавање на претходното прашање на сите јазици на заедницата и известување на странките,земјите членки институциите на заедницата</p> <p>- Објавување на предлогот за решавање на претходното прашање во Службен гласник</p> <p>- Писмени поднесоци на странките,земјите членки и институциите на заедницата</p>
Усмена постапка	
<p>- Расправа</p> <p>-Мислење на независниот правобранител</p> <p>-Советување на судот</p> <p>-Пресуда</p>	

⁶ Извор: web страна на Европскиот суд на правдата : <http://www.curia.eu.int>

Земјата – членка, согласно член 228 од Договорот должна е да ги преземе потребните мерки, како би ја почитувала пресудата на Судот. Ако Европската комисија согласно ставот 2 од истиот член смета дека земјата – членка не ги презела мерките од пресудата и овозможува да поднесе извештај, по што Европската комисија изработува образложено мислење во кое ќе ги определи точките во кои земјата – членка не ја почитувала пресудата на Судот. Доколку земјата – членка не ги преземе потребните мерки во рок кој ќе го определи Европската комисија, таа може да поднесе тужба пред Судот, при што мора да ја определи и висината на паушалниот износ, или паричната казна која земјата – членка мора да ја плати, а која висина, Европската комисија ја смета за примерна со оглед на околностите. Истовремено согласно ставот 4 од истиот член и Судот може доколку утврди во постапката за усогласување – неусогласеност со пресудата, земјата – членка може да ја осуди со плаќање на парична казна. Изрекувањето на паричните казни за земјите – членки, пропишан е со Договорот од Мастрихт – 1992 година.

Судот не е обврзан со предлогот на Европската комисија во поглед на висината на паричната казна, туку го смета за корисна појдовна точка. Во 1996 година Европската комисија усвоила метод за пресметка на висината на казните, кои ќе бара од Судот да ги изрече. Според овој метод, казната се пресметува на тој начин што се зема единствена стапка од 500 евра по ден задоцнување во извршувањето на пресудите на Судот. Овој износ се множи со два коефициенти, еден, за сериозноста на повредата и вториот за нејзиното траење. Резултатот се множи со посебен фактор со кој се изразува платежната способност на земјата – членка која е во прашање (врз основа на нејзиниот БДП) и со бројот на гласовите кои ги има во Советот на Европската унија. Овој фактор, на пример, изнесува: 26,4 за Германија, 21,1 за Франција, 1 за Луксембург⁷.

Првата парична казна Судот и ја изрекол на Република Грција во 2000 година, во предметот C-387/97 Commission vs. Greece. Причината за изрекување на паричната казна е што Република Грција не ја извршила пресудата на Судот од 1992 година. При изрекувањето на висината на паричната казна Судот ги земал во предвид траењето и сериозноста на кршењето на европското право кое се состоело во неусогласеност на местото за одложување на отпадот на Крит, со директивите за заштитата на човековата околина. Висината на паричната казна изнесувала 20.000 евра за секој ден непочитување на пресудата од 1992 година, сметајќи од денот на донесувањето на пресудата - 4 јули 2000 година.

⁷ Dariusz Piasta: „Evropski sud pravde o javnim nabavkama“, str.17

Пресудите на Судот се од клучно значење за развој на системот на јавните набавки во Европската унија. Судот, на постапките за јавните набавки пред се ги применува основните принципи на Договорот како: транспарентност, еднаков третман, недискриминација. Кон овие принципи Судот додал и нови принципи кои не се изречно наведени во примарното право, туку Судот ги извел од принципот за забрана на дискриминација, а тоа се: јавност, взаемно признавање и т.н. Примената на овие принципи подоцна се имплементирани во новите директиви за јавни набавки (став 2 од преамбулата на Директивата 2004/18 ЕЗ).

Бидејќи во текстот на предлогот за донесување на Закон за јавните набавки се имплементирани одредбите од директивите за јавните набавки на ЕУ 2004/17/ЕЗ и 2004/18/ЕЗ, како и директивите за правна заштита 89/665/ЕЕЗ и 92/13/ЕЕЗ, сметаме за корисно да се осврнеме на некои пресуди на Судот во кои се третира примената на одделни принципи, или прашања поврзани со спроведувањето на постапките за јавни набавки.

Изводи од пресуди на судот на правдата на Европските заедници

Основни принципи

Универзалните принципи на јавните набавки треба да ги опишуваат средствата за остварување на целите, а не се цел сами по себе. Нивната примена зависи од легислативниот контекст, како и од целите на законодавецот⁸. Во сите воведни делови на законите за јавните набавки се пропишани овие принципи, врз чија основа се темели и спроведувањето на постапките за доделување на договори за јавни набавки. Но секако ниту еден законодавец не е во можност да ги предвиди и пропише сите случаи на нивна операционализација. Оттука се чини најтешкиот дел останува нивната конкретна имплементација преку секој тендерски процес одделно, за што се потребни знаење и искуство при дефинирањето на тендерските правила. Ова впрочем го потврдува и поголем број на пресуди на Европскиот суд на правдата.

⁸ Емил Јанчевски: „Подготовка на тендерска документација“, Семинар - „Тренинг за јавни набавки по ЕУ процедури“, во организација на Crown Agents, Охрид, јуни 2006 година.

Еднаков третман и недискриминација

Претставува основен принцип врз кој се заснова правото на Европската унија, пропишан во член 12 од Договорот („...забранета е секаква национална дискриминација“). Од аспект на јавните набавки, овој принцип се сведува на обезбедување на исти права на понудувачите и кандидатите во поглед на процедурите. Принципот на еднаков третман претставува поширок концепт во поглед на недискриминацијата⁹.

Забраната на дискриминација е само конкретна формулација на генералниот принцип на еднаквост, кој е еден од принципите на правото на Заедницата и подразбира слични ситуации да не се третираат различно, освен ако правењето на разлики е објективно оправдано.

Комисијата во 1988 година врз основа на член 169 од Договорот поднела тужба до Судот против Република Италија поради тоа што со донесување на одредби според кои само компании во кои сите или поголемиот број на делници биле директно или индиректно во јавна или државна сопственост, можат да заклучат договори со италијанските државни органи за развој на системот за обработка на податоци за државните органи, Република Италија не ги исполнила своите обврски од член 52 и 59 од Договорот и Директивата на Советот 77/62 ЕЕЗ од 1976 година за усогласување на постапките за доделување на договори за јавни набавки на стоки.

Комисијата констатирала дека со законите и другите прописи кои се во примена во Италија и се дозволува на државата во одреден број на сектори од јавните дејности (даноци, здравство, земјоделие и градскиот имот), да склучува договори само со претпријатија во кои вкупниот или поголемиот дел од капиталот е во директна или индиректна јавна или државна сопственост. Комисијата смета дека овие правила се во спротивност со правото на Заедницата.

Согласно со праксата на Судот, принципот на еднаков третман, кој е формулиран во членовите 52 и 59 од Договорот, забранува не само отворена дискриминација по основ на државјанството, туку и сите облици на прикриена дискриминација со кој со примена на други критериуми на диференцијација, во суштина се доаѓа до ист резултат.

⁹ Пресуда на Судот 117/76

И покрај тоа што спорните закони и подзаконски акти се применуваат на сите претпријатија, без оглед дали се од италијанско или друго потекло, тие во суштина ги фаворизираат италијанските компании. Како што истакнала Комисијата, а италијанската Влада тоа не го оспорувала, во моментот немало претпријатија за обработка на податоци од други држави – членки, чиј мнозински капитал е во државна сопственост на Италија.

Бранејќи го барањето поврзано за јавната сопственост, Владата на Италија тврдела дека е неопходно јавните органи да го контролираат извршувањето на договорот како би се прилагодила работата на тој начин да може да се задоволи на текот на настаните, кои не можат да се предвидат во време кога договорот се потпишува. Истовремено владата тврдела дека за одредени видови на дејности кои претпријатијата треба да ги извршуваат, особено во стратешките сектори кои вклучуваат во овој случај, податоци од доверлива природа, државата мора да биде во можност да ангажира претпријатие во кое може да има целосна доверба.

Во врска со тоа Судот утврдил дека Владата на Италија имала на располагање доволно законски овластувања да може да го прилагоди извршувањето на договорот, на начин да се задоволат идните непредвидливи околности и да обезбеди задоволување на општиот интерес, а со цел да се заштитат доверливите податоци, владата можела да донесе мерки со кои помалку би се ограничила слободата на основање и слободата на давање на услуги, од оние кои се во примена, особено воведување на обврски за чување на тајноста на податоците за персоналот на претпријатието за кои станува збор, за повреда за која би биле кривично гонети.

Транспарентност

Вообичаено, под транспарентност се подразбира обврска на договорните органи да им ги обезбедат на економските оператори сите информации за јавните набавки кои имаат намера да ги реализираат. Овој принцип, Судот го извел од принципот на недискриминација и е имплементиран во новите директиви за јавни набавки од 2004 година. Овој принцип генерално се манифестира преку објавување на претходни индикативни известувања, огласи за јавни набавки, одлуките донесени во постапките за јавни набавки и доделувањето на договорите во постапките за јавни набавки.

Предметот C-324/98 – Telaustria Verlags GmbH и Telefonadress GmbH Telekom Austria AG, презентирани во извештаите на Судот од 2000 год. стр. I-10745, се однесувал на поканата која ја доставила Телеком Австрија. Предмет на набавката бил „јавна концесија за услуги на производство и извршување принтани и електронски достапни списоци на телефонски претплатници,.. Поканата била објавена само во службеното гласило на Австрија, но не и во Службениот гласник на Европската унија. Двете претпријатија биле на мислење дека одредбите од директивата (Директива 93/98) требало да бидат применети. Судот констатирал дека одредбите за услуги за концесии се вон рамката на директивата за набавки, но сепак утврдил дека „треба да се има на ум, без оглед на фактот дека, како тоа го предвидува правото на Заедницата, овие договори се исклучени од примена на Директивата 93/98, договорните органи кои ги склучиле, сепак се должни да ги почитуваат основните правила на Договорот, воопшто, а принципот на недискриминација врз основа на државјанството, конкретно. Тој принцип имплицира особено обврска за транспарентност, за да би се овозможило договорните органи да се уверат дека тој принцип е испочитуван.

Оваа обврска за транспарентност која му е наметната на договорниот орган, се состои од тоа да „во корист на секој потенцијален добавувач се обезбеди степен на објавување, кој е доволен да му овозможи на пазарот на услуги да биде отворен за конкуренција и да може да се изврши проверка на непристрасноста на постапката за набавка“. Оваа пресуда не може да се толкува како општа обврска да се објавува известување за набавка, како што е директниот услов кој го пропишуваат директивите во случај на договор под вредносните прагови утврдени со директивите.

Судот говори само за соодветно ниво на објавување доволно за натпревар. Објавувањето може да биде и во друга форма: објавување информација за јавна набавка во службено гласило, дневен печат, на интернет страница на договорниот орган или некое друго јавно место.

Слободно движење на стоки

Во Пресудата по предметот 45/87 „Dundalk“, од 22 септември 1987 год. Судот утврдил дека Градскиот совет на подрачјето Dundalk – Ирска, во техничката спецификација за изградба на водоводна мрежа, навел дека цевките кои ќе се користат треба да бидат азбестно-цементни, согласно со ирскиот стандард 188:1975 и во согласност со Планот за доделување стандардни ознаки на Институтот за индустриско истражување и стандарди на Ирска (IIRS), поради што без образложение ја одбил понудата со која е предвидена употреба на азбестно-цементни цевки, произведени

според алтернативен стандард кој нуди исти гаранции во поглед на безбедноста и сигурноста, со што Ирска пропуштила да ги исполни своите обврски од член 30 од Договорот за ЕЕЗ. Според овој член се предвидува отстранување на сите мерки на државите – членки со кои се попречува увозот во прометот во Заедницата, без оглед дали тие мерки директно влијаат на движењето на увезените стоки или имаат ефект на индиректно попречување во пласирањето на стоки од други држави – членки. Факт е дека некои од тие пречки мора да се разгледуваат во светлото на одредени членови од Договорот, како одредбата од член 95 за фискална дискриминација, ниту на еден начин не го намалува општиот карактер на забраната утврдена во член 30.

Внесувањето на таква клаузула во поканата за доставување на понуди, може да ги одврати економските оператори кои произведуваат или користат цевки еквивалентни со цевките за кои е потврдено дека одговараат на ирските стандарди од учество во постапката.

Од документите по овој предмет произлегува дека само едно претпријатие имало потврда на IIRS дека го задоволува стандардот IS 188:1975 и дека користи ознака согласно со ирскиот стандард за означување на цевки од таков вид каков се бара со спецификацијата. Тоа претпријатие е од Ирска. Значи внесувањето на оваа клаузула имало за последица ограничување во добивање на цевки за потребите на овој договор исклучиво од ирски производител.

Поради тоа мора да се утврди дека дозволувајќи во договорната спецификација за набавка на јавни работи да се внесе одредба според која азбестно-цементните цевки мора да имаат потврда дека одговараат на ирскиот стандард 188:1975 согласно со Планот за доделување стандардни ознаки на Институтот за индустриско истражување и стандарди, Ирска не ги исполнила своите обврски од членот 30 на Договорот за ЕЕЗ, се вели во пресудата.

Постапки за јавни набавки

Критериуми за избор на најповолна понуда

Барањата кои ги содржат пресудите на Судот во поглед на примената на критериумите за доделување на договор се¹⁰:

¹⁰ Dariusz Piasta: „Evropski sud pravde o javnim nabavkama, стр.55

- критериумите мора да се однесуваат на предметот на јавната набавка,
- нивната примена мора да биде пратена со почитување на принципот на еднаков третман, недискриминација и транспарентност,
- треба се формулираат така што земени во целост, ќе овозможат избор на економски најекономична понуда (освен ако цената не е единствен критериум за избор на понуда),
- сите понудувачи треба да имаат еднакви права при изработка на понудите,
- сите заинтересирани добавувачи треба да бидат запознаени со критериумите по пат на известување или тендерската документација.

Еден од првите предмети на Судот сврзан со прашањето за избор на најповолна понуда е предметот 31/87 – Gebroeders Beentjes BV против државата Холандија, прикажан во извештаите на Европскиот суд од 1988 год. стр. 04635. Beentjes доставил понуда која имала најниска цена, меѓутоа, договорот го добила друга компанија. Во образложението на својата одлука, договорниот орган истакнал дека: 1) Beentjes немал доволно конкретно искуство, 2) неговата понуда се чинела помалку прифатлива и 3) не изгледало дека е во можност да вработи лица, кои подолго време бараат вработување.

Еден од критериумите кои ги применил договорниот орган за избор на најповолна понуда, била способноста на изведувачот да вработи лица кои подолго време бараат работа. Судот констатирал дека директивите за јавни набавки „не го сочинуваат единствениот и конечен корпус на комунитарни правила (правилата на заедницата). Во рамките на заедничките правила кои ги содржат директивите, државите – членки имаат слобода да донесуваат и спроведуваат материјални и процесни правила за јавни набавки, под услов да се придржуваат на сите соодветни прописи на комунитарното право а особено на принципите утврдени со Договорот (слобода на основање и давање на услуги). Бидејќи еден од целите на директивите е обезбедување на развој на ефикасна конкуренција во доделувањето на договорите за јавни набавки, условите и критериумите според кои се врши доделувањето на секој договор, договорните органи мора да му дадат доволен публицитет.

Кога станува збор за конкретното искуство во врска со работите кои треба да се извршат, а кој бил критериум за одредување на техничкото знаење и способност на понудувачот, Судот смета дека тоа е валиден критериум за проверка на квалификуваноста на изведувачот. Што се однесува до одбивањето на понудата на Veentjes врз основа на тоа дека е „помалку прифатлива“ од други понуди, Судот констатирал дека усогласеноста на таа одредба зависи од нејзиното толкување според законот на државата.

Во секој случај, тој критериум не е во спротивност со директивите ако неговата цел е да му даде дискреционо право на договорниот орган да спореди различни понуди и да ја одбере онаа која е најприфатлива, врз основа на објективни критериуми, како што се критериумите од член 29 од директивата.

Што се однесува до барањето да вработи лица кои подолго време бараат вработување, Судот истакнал дека таков услов не е поврзан со проверката на финансиската и економска полжба на изведувачот и неговата техничка и стручна способност, или со критериумите за доделување на договор. За да биде во согласност со директивите, овој услов мора да е во согласност со сите соодветни прописи на Заедницата, особено со правата утврдени со Договорот во поглед на слободата на основање и давање услуги и недискриминација по основ на државјанството на изведувачот. Вториот принцип би бил загрозен ако таков услов исполнува само добавувач од државата во која се спроведува јавната набавка или ако добавувачите од други држави би имале потешкотии да го исполнат. Независниот правобранител му предложил на Судот да одговори дека аспектите на погодностите на добавувачите кои се земаат предвид, мора да се наведат и во врска со техничката способност и финансиската и економска положба, а само оние кои ќе бидат наведени можат да се земат предвид (па така условот за вработување не е дозволен). Спротивно на мислењето на независниот правобранител и Комисијата, Судот утврдил дека овој услов, иако не е спомнат во директивите, сепак е дозволен. Сите мерки на договорните органи, вклучувајќи ја и борбата против невработеноста, меѓутоа треба да бидат во согласност со основните принципи на Договорот, вклучувајќи ја и забраната на дискриминација по основ на државјанството на добавувачот.

Судот на правдата му оставил на домашниот суд во светло на сите околности на овој предмет, да определи дали постоењето на тој услов е директно или индиректно дискриминирачко.

Во предметот C-324/93 – The Queen vs. Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd i Macfarlan Smith Ltd, прикажан во извештаите на Европскиот суд од 1995 година стр. I-0563, едно од прашањата кои ги поставил судот на државата – членка е прашањето дали договорниот орган кој сака да набави Diamorfin (силна дрога), како критериум за избор на најдобра понуда може да ја примени способноста на понудувачот да ја гарантира сигурноста и континуитетот на набавките на таа стока во државата.

Во врска со тоа, Судот посетил пред се дека при избор на најприфатлива понуда, договорните органи можат да ги бираат критериумите кои имаат намера да ги применат, но тоа мора да биде избор само на оние критериуми чија намена е да ја утврдат економски најприфатливата понуда. Сигурноста на набавката според Судот може да се земе во предвид за одредување на економски најприфатлива понуда во случај на набавка на Diamorfin. Меѓутоа, тој критериум мора јасно да се наведе како критериум за доделување на договор или во известувањето за јавната набавка или во тендерската документација.

Во предметот C-513/99 – Concordia Bus Finland Oy Ab, бивша Stagecoach Finland Oy Ab protiv Helsingin kaupunki i HKL-Bussiliikenne, прикажан во извештаите на Европскиот суд од 2002 година стр. I-07213, за прв пат се произнел за т.н. критериуми за околината. Имено, градот Хелсинки распишал тендер за набавка на дванаесет автобуси. Услов во тендерската постапка бил дека договорот ќе биде доделен на добавувач чија понуда за градот ќе биде економски најприфатлива. За оцена на понудите се користени три критериуми:

- вкупната цена на автобусите,
- квалитет на возниот парк и
- квалитет и програмата на операторот за околината.

Во врска со вториот услов, понудувачот можел да добие дополнителни поени врз основа на различни критериуми, помеѓу останатото, за користење на автобуси кои имаат емисија на азотен оксид под одредена граница и да произведуваат бучава помала од 77 db. Еден од учесниците во постапката поднел барање за поништување на одлуката на договорниот орган за избор на најповолна понуда. Подносителот на жалбата тврдел дека одлуката на договорниот орган не е праведна, зошто само еден учесник во постапката можел да понуди автобуси кои ги исполнувале тие услови. Финскиот суд кој одлучувал по жалбата, одлучил на Судот да му постави прашање кое во суштина се состоело во тоа дали е

дозволено користење на соодветни критериуми за околината врз основа на директивата. Судот најпрво констатирал дека согласно директивата, доколку договорот се доделува врз основа на критериумот економски најприфатлива понуда, договорниот орган може да ги земе предвид различните фактори сврзани за набавката, како што се цена, квалитет, естетика и функционалност, техничка помош и т.н. Согласно со текстот на директивите, листата на овие фактори е отворена.

Според мислењето на Судот, директивите не смее да се толкуваат на тој начин што сите фактори кои се земаат во предвид мора да бидат строго економски. Судот потсетил на целта на директивите, а тоа е отстранување на пречките за слободно движење на стоки и услуги. Имајќи го тоа предвид, како и членот 6 од Договорот, со кој се бара да се води сметка за заштитата на околината кога се утврдуваат политиките и програмите на Заедницата, Судот утврдил дека со членот 36 од Директивата 92/50 не се забранува примената на критериумите за околината. Меѓутоа одредени услови мора да бидат исполнети како:

- сите применети критериуми мора да бидат поврзани со предметот на набавката,
- мора да се применуваат согласно со процедуралните барања на директивите, особено во поглед на објавување известувања – сите критериуми, значи мора да бидат наведени во известувањето или тендерската документација, по можност по редоследот на важноста, од најважниот до најмалку важниот.
- мора да бидат во согласност со основните принципи, посебно со принципот на недискриминација.

И конечно, договорниот орган не може да има неограничена слобода во изборот и примената на тие критериуми.

Невообичаено ниски понуди

Директивите за јавни набавки содржат одредби за барања со кој се уредува третманот на невообичаено ниски понуди. Согласно член 55 од Директивата 2004/18, ако за одреден договор понудите се чинат невообичаено ниски во однос на стоките, работите или услугите, договорниот орган треба да побара поединости во пишан облик, за составните елементи на понудата кои ги смета за битни. Тие поединости може да се однесуваат на:

- мерките за штедење во градежната метода, производниот процес или пружените услуги,
- избраните технички решенија и исклучително поволните услови достапни на понудувачот за извршување на работите, доставување на стоките или услугите,
- оригиналност на работите, стоките или услугите кои ги предлага понудувачот,
- почитување на одредбите кои се однесуваат на заштита при вработување и работните услови во примена на местото каде ќе се извршуваат работите, извршуваат услугите и доставување на стоката и
- можност за примање на државна помош.

Договорниот орган треба да ги провери тие составни елементи на начин што ќе се обрати на понудувачот, земајќи ги предвид доставените докази.

Предметот 103/88 – Fratelli Costanzo SpA против Comune di Milano, прикажан во извештаите на Европскиот суд од 1989. стр. 01839, се однесува на прописи на италијанското право со кој се предвидува одбивање на невообичаено ниски понуди според чисто математички критериум – понудите чија цена била за повеќе од 10% пониска од просекот на цените од сите поднесени понуди, се сметале за неисправни и поради тоа биле исклучувани. Судот констатирал дека „автоматско“ отфрлање на понудите без нивно оценување, му оневозможува на понудувачот кој ја доставил, да даде објаснување во врска со нејзината содржина. Поради тоа за наведениот пропис од италијанското право се смета дека не е во согласност со одредбите од директивите.

Постапка со преговарање

Несоодветно транспонирана директива во поглед на условите за примена на постапка со преговарање

Во тужбата на Европската комисија по предметот C-84/03 Комисијата на Европските заедници против Кралството Шпанија, е наведено дека две одредби од Законот за јавните набавки на Шпанија не се во согласност со директивите за јавни набавки и тоа одредбата со која се дозволува примена на постапката со преговарање без објавување на оглас и две ситуации кои не се предвидени со одредбите од директивите (доделување на договор по завршување на постапката во која се прогласени за неуспешни и доделување на договор за набавка на еднаква стока). Според законот на Шпанија, на

договорните органи им е дозволено да пристапат кон постапка со преговарање доколку не е можно да се изврши доделување на договор во отворена или ограничена постапка или во случај кога на кандидатите не им било дозволено доставување на понуди, под услов да немало промена на првобитниот договор, освен цената, која не можела да биде зголемена за повеќе од 10%. Судот констатирал дека Шпанија со својот закон додала нов услов од одредбите на директивите, за кој не може да се смета дека не претставува промена која е од суштински карактер на оригиналните услови на договорот како е пропишано со директивите. Што се однесува до втората одредба со која се дозволува примена на постапка со преговарање за добивање на единствена стока, шпанските власти тврделе дека тоа било дозволено во случај на стоки кои органите на јавната управа ги сметаат единствени само во смисла на нивната заедничка употреба. Осврнувајќи се на оваа изјава, Судот нагласил дека таа одредба не одговара на ситуации во кои е дозволена примена на постапката со преговарање согласно директивите. Бидејќи државите – членки се должни да покажат дека нивното законодавство вистински ги транспонира случаите предвидени со директивите и како шпанските власти не доставиле потребни докази за тоа, Шпанија е прогласена за виновна за неправилно транспонирање на овие директиви.

Во заклучокот на цитираната пресуда, Судот условите за примена на постапката со преговарање ги формулирал на следниот начин:

- единствени дозволени услови за примена на постапката со преговарање, се оние кои се изречно предвидени со директивите;
- сите тие услови се исклучок од општото правило со кое се бара примена на конкурентна постапка (отворена или ограничена) и затоа треба потесно да се толкуваат;
- товарот на докажувањето, дека сите услови се исполнети, ги сноси договорниот орган;
- договорниот орган не може да се повикува на постоење на околности за кои е тој одговорен како оправдување за примена на постапка со преговарање.

Постапка со преговарање од причини на крајна итност

За спроведувањето на постапката со преговарање без објавување на оглас од причини на крајна итност, Судот на правдата во повеќе пресуди истакнал дека е исклучок. Во текстот што следи накусо ќе бидат презентирани извадоци од три пресуди на Судот, кои се

однесуваат на постапката со преговарање од причини на крајна итност.

Во предметот 199/85 Комисијата против Република Италија, прикажан во извештаите на Европскиот суд од 1987. стр. 01039, Општина Милано во 1979 година доделила договор за изградба на нова постројка за рециклирање на отпад (по тешка несреќа која се случила 1976 година во Seves) на конзорциум составен од три италијански компании. Оглас за овој договор не бил објавен во Службениот гласник на ЕЗ, што според Комисијата претставува повреда на директивата за јавна набавка на работи, како и законите на Италија според кои е задолжително објавување на известување за договор во случаи кога договорите ги надминуваат определените вредносни прагови. Властите на Италија не го оспорувале фактот дека огласот не е објавен, но тврделе дека не било неопходно да се објави затоа што спаѓа во исклучоците предвидени во директивата. Комисијата не се согласила со овој аргумент и покренала постапка против Италија. Во тужбата барала од општината Милано да се обврзе дека во иднина ќе постапува согласно со директивата. Властите на Италија во својата одбрана изнеле два аргумента. Прво, тврделе дека известувањето не морало да биде објавено, од причина што изградбата на овие видови на постројки вклучува користење на ексклузивни права кои ги има компанијата на која и е доделен договорот. Второ, се повикале на одредба од директивата со која е дозволено неопштување на известувања „доколку е строго неопходно кога од причини на изразена итност до кои ги довеле настаните кои органот кој го доделува договорот не ги предвидел, роковите утврдени за другите постапки не можат да бидат исполнети“ (член 9 од Директивата 71/305).

Одговарајќи на овие аргументи, Судот воочува дека исклучоците кои ги предвидела директивата мора да се толкуваат потесно а товарот на докажување, дека се исполнети околностите кои ги оправдуваат исклучоците ги сноси страната која се повикува на нив. Што се однесува до првиот аргумент, Судот го прифатил мислењето на независниот правобранител, кој утврдил дека Комисијата во своите истражувања заклучила дека и други фирми исто така можеле да ја изградат конкретната постројка и дека ниту еден доказ не е приложен, а со кој би се оспорило ова стојалиште.

Независниот правобранител исто така воочил дека органот на управата на Италија не понудил ниту еден доказ за ексклузивни права, како на пример, патенти. Конечно отфрлен е аргументот на крајна итност затоа што поминале неколку години од споменатата несреќа и доделувањето на договорот. Судот заклучил дека во овој

случај основот за повикување на отстапувањето не е потврден. Судот утврдил дека Општината Милано доделила договор без објавување на известување и Италија не ги исполнила своите обврски од Директивата 71/305.

Предмет C-24/91 – Комисијата против Кралството Шпанија, прикажан во извештаите на Судот од 1992 година стр. I-01989. На 9 февруари Управниот одбор на Универзитетот Complutense во Мадрид одлучил да изврши проширување и реновирање на зградата на Факултетот за политички науки и социологија и Училиштето за социјални работи. Средствата се ставени на располагање од страна на Министерството за образование во јануари 1989 година. Управниот одбор на Универзитетот на 27 февруари 1989 година покренал конкурентна постапка за поднесување понуди во форма на известување за доставување на понуди во четири шпански дневни весници. По оценка на архитектот, изведувањето на работите би требало да трае седум и пол месеци и да биде готов до пред почетокот на академската година.

Комисијата сметала дека ваквата постапка не била оправдана, образложувајќи дека се поголемиот број на студенти е проблем кој е присутен со години и не може да се смета за непредвидена околност поради крајна итност, во смисла на одредбата од член 9(d) од директивата. Напротив, Комисијата тврдела дека Управниот одбор можел да објави соопштение за доставување на понуди во Службениот гласник на Европската заедница, согласно правилата за забрзана постапка предвидена со член 15 од директивата.

Органите на власта на Шпанија својата одбрана ја засновале на аргументот крајна итност и тврделе дека немало време да се примени отворена или ограничена постапка затоа што работите било планирано да траат седум месеци и морале да бидат завршени пред почетокот на академската година.

Судот не ги прифатил тие аргументи и не нашол дека примената на одредбата за крајна итност е оправдана. По мислење на Судот, предметните работи можеле да се извршат навреме дури и договорот да бил доделен по итна постапка по објавување на известување.

Слично, во предметот C-107/92 – Комисијата против Република Италија, прикажан во извештаите на Судот од 1993 година, стр. I-04655, Владата на Италија без објавување на известување, доделила договор за изградба на ограда за заштита од лавини во Алпите. Договорот е доделен по објавување на

геолошкиот извештај кој предупредувал на опасност од лавини. Меѓутоа, од објавување на извештајот и почетокот на работите поминале три месеци. Владата на Италија тврдела дека необјавувањето на известувањето и примената на постапка со преговарање е оправдано поради крајната итноост на работите.

Судот не ги прифатил овие аргументи утврдувајќи дека работите требале да бидат доделени во итна постапка по објавување на известување. Објаснувањето на Судот за исклучокот од задолжителното објавување за набавката е кога се исполнети следните три услови:

- постоење на непредвидлив настан,
- крајна итноост поради која не е можно исполнување на роковите предвидени со други постапки за набавка и
- случајна врска меѓу непредвидливиот настан и крајната итноост која произлегува од него.

Бидејќи овие услови не се исполнети, исклучокот од објавување на известувањето не е основано.

Предмет C-328/92 – Комисијата против Кралството Шпанија, прикажан во извештаите на Судот од 1994 година стр.I-01569, Комисијата покренала постапка поради доделување на договор за јавна набавка на фармацевтски производи во Шпанија во единствена тендерска постапка без објавување на известување. Шпанската влада во својата одбрана навела аргумент дека поради слободата на лекарите во пропишување на фармацевтските производи, можело да се случи во аптеките и болниците итно да се има потреба за одреден лек. Поради тоа, примената на отворена или ограничена постапка не би била практична, а истовремено се повикала и на ексклузивното право согласно членот 6.(1) (b) од Директивата 77/62, по кој договорниот орган може да додели договор за набавка на стоки без примена на отворена или ограничена постапка, кога од причини на заштита на ексклузивни права набавената стока може да ја произведе или испорача одреден добавувач.

Аргументот за ексклузивни права по мислење на Судот, може да се примени само во врска со оние производи или артикли за посебни намени кои немаат конкуренција на пазарот. Со членот 6.(1) (b) кој говори за ексклузивни права не се оправдува генерално недискриминаторското прибегнување во единствена тендерска постапка за сите фармацевтски производи или артикли за посебна намена.