

ПОСТАПКА СО ПРЕГОВАРАЊЕ СО И БЕЗ ПРЕТХОДНО ОБЈАВУВАЊЕ НА ОГЛАС

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 на 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

2

С о д р ж и н а

| | |
|---|----|
| Вовед | 4 |
| Видови на постапки со преговарање..... | 5 |
| Постапка со преговарање со претходно објавување на оглас..... | 6 |
| Кога може да се користи? | 8 |
| Како се спроведува? | 10 |
| Постапка со преговарање без претходно објавување на оглас... | 13 |
| Заклучок | 20 |

Вовед

Новите Директиви за јавни набавки 2004/18/ЕЗ и 2004/17/ЕЗ, кои беа донесени во 2004 година, не предвидуваат значителни измени во постапките за доделување на договори за јавни набавки на преговарање со и без претходно објавување на оглас во однос правилата кои беа предвидени во претходните Директиви. Сепак, токму во овие постапки лежат најчестите прекршоци од страна на договорните органи во земјите – членки поради неправилна примена на одредбите од Директивите.

Постапките со преговарање се исклучителни постапки и тие можат да се користат само доколку се исполнети одредени предуслови кои се пропишани во Директивите. Исклучок на ова правило е постапката со преговарање со претходно објавување на оглас од страна на субјектите кои вршат дејност од јавен интерес во секторите водоснабдување, енергетика, транспорт и поштенски услуги (односно субјектите кои подлежат на Директива 2004/17/ЕЗ). Овие субјекти, постапката со преговарање со претходно објавување на оглас можат да ја користат по слободен избор.

Причината за исклучителната примена на постапките со преговарање е очигледна. Тие се помалку транспарентни од другите постапки за доделување на договор, оставаат голем простор за субјективно однесување на договорниот орган и можат да претставуваат опасност од појава и ширење на коруптивни практики. Неправилната примена на овие постапки може да доведе и до сериозни нарушувања на пазарот во една земја, дури и да не се во прашање коруптивни практики од страна на договорните органи.

Доколку постапките со преговарање содржат толку многу опасности и слабости, се поставува прашањето зошто воопшто мора да постојат? Одговорот е едноставен. Некогаш примената на другите постапки за доделување на договори за јавни набавки едноставно не може да доведе до успешно завршување на постапката и склучување на договорот за јавна набавка, односно во практика се неприменливи. Ова, се разбира, се исклучителни ситуации кога фактичката состојба е таква што не може да се додели договорот за јавна набавка на друг начин, освен со користење на постапка со преговарање. На пример, доколку се

случи настан предизвикан од виша сила кој договорниот орган објективно не бил во можност однапред да го предвиди, и потребно е да се извршат итни набавки, користењето на редовните постапки нема да резултира со навремено доделување на потребните договори за јавни набавки, без оглед на тоа што би се запазил принципот на транспарентност каде секој заинтересиран економски оператор ќе има можност да изготви и достави своја понуда. Таквата постапка нема да ги задоволи итните потреби на договорниот орган, односно на граѓаните. Во други случаи договорот може да го изврши само еден економски оператор, така што објавувањето на постапката според правилата за јавни набавки е само непотребно трошење на време и средства.

Од овие причини, секој национален систем на јавни набавки, ги предвидува овие постапки, се разбира со сите ограничувања кои при тоа мора да се почитуваат.

Се разбира, во практика овие случаи треба да се малку на број, а постои и опасност од неправилно толкување и примена на правилата за постапките со преговарање.

Токму затоа, целта на оваа брошура е да ја олесни правилната примена на постапките со преговарање и да се даде краток преглед на европските искуства во нивната примена.

Видови на постапки со преговарање

Постапка со преговарање е постапка во која договорниот орган ги консултира избраните кандидати и преговара за условите од договорот со еден или со повеќе од нив.

Во законодавството на ЕУ постојат два вида на постапки со преговарање:

- постапка со преговарање со претходно објавување на оглас, и
- постапка со преговарање без претходно објавување на оглас.

Разликата помеѓу двата вида на постапки со преговарање е очигледна. Во првиот случај договорниот орган најнапред објавува оглас за доделување на договор за јавна набавка, додека во вториот случај оглас не се објавува.

Меѓутоа ваквата разлика помеѓу двата вида на постапки има далеку посуштинско значење за природата на истите. Кај постапката со преговарање со претходно објавување на оглас се претпоставува дека постои конкуренција за договорот за јавна набавка, а фазата на преговарање се спроведува поради одредени специфики на предметот на договорот. Тоа значи дека принципите на транспарентност и конкуренција и понатаму се актуелни и покрај фазата на преговори. Бидејќи постапката се објавува, секој заинтересиран економски оператор може да изрази интерес за учество, како и кај другите транспарентни постапки.

Кај постапката со преговарање без претходно објавување на оглас акцентот е на доделување на договорот за јавна набавка, бидејќи се претпоставува дека не постои конкуренција за доделување на предметниот договор или нема време за спроведување на транспарентна постапка иако можеби постои конкуренција.

Законот за јавните набавки од 2004 година ја предвидуваше единствено постапката со преговарање без претходно објавување на оглас. Со процесот на усогласување на нашето законодавство со правото на ЕУ, во системот на јавните набавки на Република Македонија ќе мора да се воведат и постапката со преговарање со објавување, како и да се усогласат правилата за користење на двете постапки со релевантните прописи од Директивите.

Постапка со преговарање со претходно објавување на оглас

Овој вид на постапка со преговарање претставува новост во Република Македонија бидејќи не беше воведена во Законот за јавните набавки од 2004 година.

Постапката со преговарање со претходно објавување во ЕУ најчесто се користела како замена за конкурентниот дијалог, пред истиот да биде воведен со новата Директива за јавни набавки во класичниот сектор. Во Директивата 2004/17/EЗ конкурентниот дијалог не е предвиден како можна постапка за договорните органи кои вршат дејност од јавен интерес токму поради фактот што овие субјекти можат да ја користат постапката

со преговарање со претходно објавување на оглас како пофлексибилна постапка без било какви ограничувања.

Оваа постапка има одредени сличности со ограничената постапка, бидејќи и тука постои фаза на претквалификација на заинтересираните кандидати, пред да се премине во преговори со избраните кандидати. Но се чини дека најблиску е до постапката со конкурентен дијалог.

Постапката со преговарање со претходно објавување на оглас остава поголема можност за субјективно однесување на договорниот орган во однос на конкурентниот дијалог, бидејќи преговорите може да се однесуваат и на содржината на понудите, откако истите ќе се поднесат.

Всушност тоа претставува основната разлика помеѓу постапката со преговарање со претходно објавување на оглас и конкурентниот дијалог. Имено, кај конкурентниот дијалог, преговорите (или дијалогот) во основа се дозволени само во фазата пред поднесување на понудите, и тие се однесуваат на прецизирање на предметот на договорот со помош на искуствата и предлозите на избраните кандидати. Значи во оваа фаза сè уште нема понуди во вистинска смисла на зборот. Целта на дијалогот е избраните кандидати да дадат свои предлози и видувања како најдобро може да се постигне целта на договорниот орган која тој ја опишал во описната документација. За разлика од него, кај постапката со преговарање со претходно објавување на оглас, преговорите се дозволени и во однос на содржината на понудите, што на договорниот орган му остава можност за поголема дискреција и субјективно однесување.

Кога може да се користи?

Како што е наведено и погоре, договорните органи од класичниот јавен сектор можат да ја користат оваа постапка во исклучителни случаи кои се пропишани со прописите за јавни набавки, додека договорните органи кои вршат една или повеќе дејности од јавен интерес во областа на водоснабдување, енергетика, транспорт и поштенски услуги можат да ја користат како редовна постапка по слободен избор, без ограничувања.

Според предложените решенија во Република Македонија за реформа на системот на јавните набавки, договорните органи од класичниот јавен сектор можат да користат постапка со преговарање со претходно објавување на оглас во следните случаи:

- ако не е пристигната ниту една прифатлива понуда во отворена постапка, ограничена постапка или во конкурентен дијалог, а при што е поништена претходната постапка без битно да се променат почетните услови во тендерската документација;
- во исклучителни случаи кога природата на работите, стоките или услугите или ризиците кои произлегуваат од тоа не дозволуваат претходно одредување на вредноста на договорот;
- за услуги, ако природата на услугата е таква што техничките спецификации не можат да се утврдат доволно прецизно да овозможат склучување на договор со избирање на најповолна понуда согласно со правилата на отворената или ограничената постапка, и
- за работи кои се изведуваат исклучиво за потребите на истражување, тестирање или развој, а не со цел стекнување на корист или поврат на трошоците направени за истражувањето и развојот.

Првиот основ за користење на оваа постапка е во случај на неуспешна отворена и ограничена постапка или постапка со конкурентен дијалог, поради фактот што не пристигнале прифатливи понуди, па не може успешно да се заврши постапката. Условот е да нема значителни промени во тендерската документација во однос на претходно спроведената постапка.

Договорниот орган може и да не објави оглас за доделување на договорот доколку во постапката со преговарање ги повика сите економски оператори кои во отворената постапка, ограничената постапка или конкурентниот дијалог ја докажале својата способност и кои доставиле понуди согласно со барањата на соодветната постапка. Во таков случај договорниот орган не може да повика понудувачи или кандидати кои не учествувале во претходната постапка. Со овој услов, постапката со преговарање со претходно објавување всушност станува постапка со преговарање без објавување на оглас.

Вториот основ е кога поради природата на стоките, услугите или работите, договорниот орган не е во можност да ја утврди вредноста на договорот за јавна набавка. Ова е исклучителен случај и не треба да се злоупотребува од страна на договорните органи, бидејќи со правилата за проценување на вредноста на договорите за јавни набавки не се бара прецизно утврдување на проценетата вредност, така што оправдување за користење на оваа постапка не може да биде буквално толкување на оваа одредба.

Третиот основ најчесто се користи како замена за конкурентен дијалог. Тоа е случај кога природата на услугата е таква што техничките спецификации не можат да се утврдат доволно прецизно да овозможат склучување на договор со избирање на најповолна понуда согласно со правилата на отворената или ограничената постапка. Одредбите од Директивата не прават јасна дистинкција кога треба да се користи оваа постапка, а кога постапката со конкурентен дијалог (во случај на набавка на услуги), па и во сегашната практика многу договорни органи одбегнуваат да спроведуваат конкурентен дијалог и ја користат постапката со преговарање со претходно објавување како алтернативен метод за доделување на договорот. Сепак може да се заклучи од пракса дека пред воведувањето на конкурентниот дијалог, овој основ се користел почесто за спроведување на постапка со преговарање.

Последниот основ се користи само во исклучителни случаи кога договорниот орган треба да изврши набавка на работи кои ќе се изведуваат заради истражување, тестирање или развој на нови технологии и слично, но ваквите активности не треба да се базираат на стекнување на корист или поврат на

трошоците направени за истражувањето и развојот на истите, односно не треба да имаат комерцијална основа.

На крај треба уште еднаш да се напомене дека горните услови се однесуваат само на договорните органи од класичниот јавен сектор (државните органи, агенции, јавни установи и слично), додека субјектите кои вршат една или повеќе дејности од јавен интерес во областа на водоснабдување, енергетика, транспорт и поштенски услуги можат да ја користат постапката со преговарање со претходно објавување на оглас по слободен избор, односно за нив не постојат предуслови кои треба да се исполнат.

Како се спроведува?

Секој заинтересиран економски оператор може да учествува во постапката со поднесување на пријава за учество и потребната документација за докажување на своите квалификации. Според предложените решенија во Република Македонија, крајниот рок за поднесување на пријавите за учество не смее да биде покус од 37 дена од денот на испраќањето на огласот за објавување во „Службен весник на Република Македонија“ и на веб страницата на Бирото за јавни набавки, ако проценетата вредност на договорот за јавна набавка, без вклучен ДДВ, е над:

- 130.000 евра во денарска противвредност за стоки и услуги и 4.000.000 евра во денарска противвредност за работи кај договорните органи од класичниот јавен сектор, или
- 200.000 евра во денарска противвредност за стоки и услуги и 4.000.000 евра во денарска противвредност за работи кај договорните органи кои вршат една или повеќе дејности од јавен интерес во областа на водоснабдување, енергетика, транспорт и поштенски услуги.

При тоа, доколку договорниот орган има намера да го ограничи бројот на кандидатите кои ќе ги избере за натамошната постапка, минималниот број не смее да биде помал од 3.

Меѓутоа, постои одредена флексибилност која е поволна за земјите како Република Македонија кои имаат мал пазар и мошне ограничен број на деловни субјекти кои можат да учествуваат во постапката. Имено, доколку по завршување на првата фаза има помалку од 3 способни кандидати, договорниот орган може да ја прекине постапката или да ја продолжи со оние кои се квалификувале, доколку нивниот број е доволен да обезбеди конкуренција. Тоа во пракса би значело дека и со два квалификувани кандидати, договорниот орган може да ја продолжи постапката.

По изминување на рокот за прием на пријавите за учество, договорниот орган пристапува кон оценување на способноста на заинтересираните кандидати, како кај ограничената постапка и конкурентниот дијалог. По извршената оценка на способноста, комисијата изготвува извештај за оценување на способноста на кандидатите и листа на квалификувани кандидати. Врз основа на извештајот на комисијата, договорниот орган донесува одлука за избраните кандидати до кој ќе достави писмена покана за поднесување на првична понуда.

Поканата за поднесување на првична понуда задолжително треба да содржи:

- повикување на бројот на огласот;
- датум и место на одржување на преговорите;
- краен рок за поднесување на првичните понуди;
- доколку е потребно, дополнителни документи кои економските оператори мораат да ги поднесат со цел да ги потврдат изјавите или да ги дополнат документите поднесени во фазата на претквалификација со кои ја докажуваат својата способност, и
- критериумите за доделување на договорот.

Договорниот орган ја испраќа поканата за поднесување на првична понуда заедно со тендерската документација која ја содржи и описната документација. Описната документација, која е дел од тендерската документација, содржи опис на потребите, целите и ограничувањата на договорниот орган, врз основа на

која се започнува со постапката со преговарање со претходно објавување на оглас.

Поимот описна документација за прв пат се сретнува и претставува нов концепт кој претходно не постоеше во системот на јавните набавки во Република Македонија, од причина што во досегашната практика не беше предвидена постапката со преговарање со претходно објавување на оглас.

Описната документација всушност претставува замена за техничките спецификации кои постојат кај отворената и ограничената постапка. Описната документација постои кај оваа постапка и кај конкурентниот дијалог.

Меѓутоа, описната документација кај постапката со преговарање со претходно објавување треба да биде подетална од онаа кај конкурентниот дијалог, и повеќе ќе наликува на технички спецификации. Ова од причина што кај постапката со преговарање заинтересираните кандидати се покануваат да поднесат првични понуди кои ќе бидат предмет на преговори, за разлика од конкурентниот дијалог, каде описната документација се користи да се даде само краток опис на потребите на договорниот орган по што во фазата на дијалог ќе се идентификува најдоброто решение врз основа на кое се поднесуваат понудите.

Ваквата констатација е особено актуелна кога се користи првиот основ за примена на постапката со преговарање со претходно објавување, односно кога во претходна отворена или ограничена постапка не се добиени прифатливи понуди. Во ваков случај веќе имаме подготвени технички спецификации кои ќе се користат и кои не смее значително да се изменуваат на почетокот на постапката.

По завршување на оваа фаза, договорниот орган пристапува кон преговори со секој избран кандидат посебно. Во текот на преговорите се утврдуваат сите технички, финансиски и правни аспекти на договорот. За секој состанок договорниот орган води записник за прашањата што биле предмет на преговарање и за кои е постигната согласност. Записникот го потпишува и избраниот кандидат со кој се водени преговорите. Секој избран кандидат во преговорите ја презентира првичната понуда што ќе претставува почетна основа на преговорите,

според потребите, целите и ограничувањата на договорниот орган согласно со описната документација.

Во текот на преговорите, договорниот орган е должен да обезбеди еднаков третман на сите избрани кандидати. Тој не смее да обезбедува информации на дискриминаторски начин, кој може да создаде дополнителна предност за некој од избраните кандидати. Исто така, договорниот орган не смее да ги открива на другите избрани кандидати предложените решенија или други доверливи информации што ги дал кандидатот во текот на преговорите, без негова согласност.

Договорниот орган ги води преговорите додека не утврди најповолна техничка и економска понуда врз основа на критериумите за доделување на договорот за јавна набавка.

Преговорите се одвиваат сè додека секој избран кандидат не изјави дека неговата претходна понуда не може повеќе да ја подобри. Договорниот орган бара од кандидатот кој понудил најповолни услови во текот на преговорите, да го потврди резултатот од преговорите со поднесување на конечна понуда. Понудувачот во конечната понуда не смее да ги менува условите кои се договорени во текот на преговорите.

Постапка со преговарање без претходно објавување на оглас

За разлика од претходната, постапката со преговарање без претходно објавување на оглас е добро позната на договорните органи во Република Македонија бидејќи истата беше пропишана со Законот за јавните набавки од 2004 година, а во слична форма ја имаше и во претходните прописи за јавни набавки во земјава.

Она што е карактеристично за оваа постапка е недостатокот на транспарентност и можностите за субјективно однесување на главните учесници во постапката, недостаток од контролни механизми и можност од појава на коруптивни практики.

Иако двата вида на постапки со преговарање се сметаат за исклучителни, токму постапката со преговарање без претходно објавување на оглас се смета за постапка која не треба да се користи, освен доколку ситуацијата објективно не дозволува

спроведување на другите постапки за доделување на договорите за јавни набавки. Значи оваа постапка треба да биде последниот избор за секој договорен орган и нејзиното користење мора да се сведе на минимум.

Токму поради тоа, користењето на постапката со преговарање без претходно објавување е строго ограничено на точно предвидени ситуации и за класичниот јавен сектор и за секторите водоснабдување, енергетика, транспорт и поштенски услуги.

Вреди да се спомене и фактот што се напушта досегашната практика Бирото за јавни набавки да издава претходни согласности за спроведување на постапка со преговарање без претходно објавување на оглас од причини што ваквото решение не се покажа како добра меѓународна практика, бидејќи одговорноста за спроведување на постапката со преговарање треба да се лоцира исклучиво кај договорните органи, за што во повеќе пресуди се произнел и Европскиот суд на правдата. Досегашното решение, произведе негативни ефекти бидејќи Бирото за јавни набавки не може да има целосен увид во сите околности и факти кои се во прилог на извршување на предметната набавка по пат на постапка со преговарање. Праксата на претходно одобрување на постапките со преговарање веќе е напуштена и во земјите во регионот.

Според новите предложени решенија, договорните органи од класичниот јавен сектор можат да ја користат постапката со преговарање без претходно објавување на оглас само во следните исклучителни ситуации:

За набавка на стоки, работи и услуги:

- кога не е поднесена ниту една понуда во отворена постапка или не е поднесена ниту една пријава за учество во првата фаза на ограничена постапка под услов да не се сменети првичните услови на договорот;
- кога од технички или уметнички причини, односно од причини врзани за заштита на ексклузивните права (патенти и сл.), договорот може да го изврши само одреден економски оператор, и
- кога од причини од крајна итност предизвикани од настани кои договорниот орган не можел да ги предвиди и да му се припишат како пропуст, не може да се примени рокот за објавување на отворена постапка, ограничена постапка, постапка со барање за прибирање на понуди или постапка со преговарање со претходно објавување на оглас.

За набавка на стоки:

- произведени исклучиво за истражување, експериментирање, проучување или развој, но не за стоки во сериско производство со кое би се остварила добивка или поврат на трошоците на развојот или истражувањето;
- кога договорниот орган мора да набави дополнителни испораки од првобитниот носител на набавка заради делумна замена на вообичаените стоки или инсталации или проширување на постојните стоки или инсталации, при што промената на понудувачот би го обврзала договорниот орган да купи материјал кој има поинакви технички карактеристики што би резултирало со некомпатибилност или несразмерни технички тешкотии во функционирањето и одржувањето. Должината на дополнителните набавки не смее да надмине три години од склучувањето на основниот договор, а нивната вредност не смее да надмине 30% од вредноста на основниот договор, и

- кои се набавуваат по посебно поволни услови, од понудувач кој ги затвора своите деловни активности (ликвидација или стечај), од стечаен управник или ликвидатор, по претходен договор со доверителите.

За набавка на услуги, кога предметниот договор следува по спроведување на конкурс за избор на идејно решение и се доделува на најдобро рангираниот учесник или на еден од најдобро рангираните учесници. Ако договорот се доделува на еден од најдобро рангираните учесници, договорниот орган ги поканува сите нив да учествуваат во преговорите.

За набавка на дополнителни работи или услуги кои не се вклучени во основниот договор, а кои поради непредвидени околности се нужни, под услов договорот да му се додели на изведувачот на работите или давателот на услугите од основниот договор кога:

- таквите дополнителни работи или услуги не можат да бидат технички или економски одделени од основниот договор без поголеми проблеми за договорниот орган, или
- таквите работи или услуги, иако можат да се одделат од извршувањето на основниот договор, се неопходни за неговото завршување.

Притоа, треба да се има предвид дека вкупната вредност на дополнителните работи или услуги по овој основ не смее да надмине 30% од вредноста на основниот договор а должината на дополнителните работи или услуги не смее да надмине три години од склучувањето на основниот договор.

Може да се забележи дека во споредба со законот од 2004 година, со новите предложени решенија се предвидуваат повеќе можности за користење на оваа постапка од страна на договорните органи. Сепак, треба да се напомене дека и ваквиот пристап е порестриктивен од пристапот во Директивите за јавни набавки, каде можностите за користење на постапка со преговарање без претходно објавување се уште пошироки.

Првите три основи за користење на оваа постапка се однесуваат за сите видови на договори (односно за набавка на стоки, услуги или работи).

Првиот основ е сличен со оној кај постапката со преговарање со претходно објавување, со таа разлика што тука условот е во претходна отворена или ограничена постапка воопшто да нема пристигнато понуди, односно пријави за учество. За разлика од претходната практика од законот од 2004 година, може да се забележи дека тука веќе не се бара претходно спроведување на две неуспешни постапки, односно постапката со преговарање може да се спроведе само по една неуспешна отворена или ограничена постапка, но само под горниот услов да нема пристигнато ниту една понуда или пријава за учество.

Вториот основ се однесува на оние ситуации кога од технички или уметнички причини, односно од причини врзани за заштита на ексклузивните права (патенти и сл.), договорот може да го изврши само одреден економски оператор.

Особено е значајно да се напушти лошата практика која постоеше со примената на членот 67 став 1 алинеја 2 од законот од 2004 година, кога постапка со преговарање се користеше поради заштита на ексклузивни права на дистрибуција кои производителите ги даваа на домашни фирми врз основа на издадена потврда од Стопанската комора на Македонија.

Ексклузивни права во смисла на новите решенија не се правата за дистрибуција кои ги даваат производителите, туку оние права кои произлегуваат од заштита на интелектуалната сопственост, како на пример патенти, како и права кои произлегуваат од закон или прописи врз основа на закон, на пример правото предвидено со закон само точно утврден субјект да врши определени услуги (правото кое произлегува од Законот за енергетика само еден носител на лиценца да врши дистрибуција на електрична енергија до крајните потрошувачи).

Тоа значи дека правата на застапништво и дистрибуција кои ги даваат приватни субјекти на други приватни субјекти преку договор за застапништво или дистрибуција не можат веќе да се користат како основ за спроведување на постапка со преговарање без претходно објавување на оглас.

Третиот основ за т.н. „итни набавки“ постоеше и во досегашните законски решенија, но договорните органи ќе мора да внимаваат во неговата примена, бидејќи итноста на потребата од доделување на договорот може да произлегува само од настани од виша сила кои договорниот орган објективно не можел да ги предвиди.

Пречестата примена на постапката со преговарање врз основа на овој услов може да биде показател за сериозни слабости во постапките за доделување на договорите за јавни набавки кај одреден договорен орган, лошо планирање и лошо управување со самата организација.

Наредните три основи за користење на оваа постапка се однесуваат само на договорите за набавка на стоки.

Првиот основ се однесува на набавка на стоки произведени исклучиво за истражување, експериментирање, проучување или развој, но не за стоки во сериско производство со кое би се остварила добивка или поврат на трошоците на развојот или истражувањето. Основиот услов тука е стоките да не се произведуваат во сериско производство за остварување на добивка.

Вториот основ се однесува на набавката на дополнителни испораки на стоки, и како таков тој постоеше и во досегашните законски решенија од 2004 година. Во практика овој основ би се користел кога договорниот орган сака да надгради или модернизира одреден систем кој веќе го има набавено со нови уреди, и само добавувачот кој го добавил првичниот систем може успешно да го изврши таквото надградување или модернизирање (на пример проширување на системот за издавање на документи за лична идентификација со нови функционалности што е условено со дополнителна опрема и слично).

Последниот основ од оваа група се однесува на специфични ситуации кога одреден договорен орган има побарувања од економскиот оператор и тој се наоѓа во постапка за стечај или ликвидација. Доколку таквиот економски оператор може да изврши одредена набавка за потребите на договорниот орган со што би се затвориле побарувањата на договорниот орган кон тој економски оператор, ваквиот основ би можел да се земе предвид за спроведување на постапка со преговарање без претходно објавување на оглас.

Новина е можноста за користење на постапката со преговарање без претходно објавување на оглас кај конкурсите за избор на идејно решение. Имено, конкурсот за избор на идејно решение може да се спроведе како независна постапка која завршува со избор на неколку решенија на кои им се доделуваат награди, и како дел од постапка за доделување на договор за набавка на услуги. Во вториот случај може да се користи постапката со преговарање без претходно објавување на оглас за да се додели договор за изработка на главен проект врз основа на најдоброто решение избрано на конкурсот од оној кој го понудил таквото решение.

Последниот основ се однесува на набавките на работи и услуги, односно не може да се користи кај договорите за набавка на стоки. Имено, искуството и меѓународната практика покажуваат дека при изведувањето на градежни работи често пати има потреба од дополнителни работи кои договорниот орган не можел однапред да ги предвиди и тие обично настануваат кога изведувачот ќе започне со изведување на работите на терен.

Доколку ваквите дополнителни работи не можат да бидат технички или економски одделени од основниот договор без поголеми проблеми за договорниот орган, или иако можат да се одделат од извршувањето на основниот договор, се неопходни за неговото завршување, договорниот орган може да го користи овој основ за спроведување на постапка со преговарање без претходно објавување на оглас со што би ги набавил дополнителните работи од изведувачот на основните работи предвидени со проектот.

Слична е ситуацијата и кај набавката на услуги. На пример може да се јави ситуација кога договорниот орган спровел редовна постапка и го доделил договорот на најповолниот понудувач за изработка на одредено софтверско решение. Во фазата на изработка на решението доаѓа до заклучок дека за заокружување на софтверот треба да се вгради дополнителна функционалност која претходно не можел да ја предвиди и слично.

Заклучок

Во секој случај, може да се заклучи дека постапките со преговарање се исклучителни постапки и како такви треба да се применуваат од страна на договорните органи во Република Македонија.

Досегашното искуство со постапката со преговарање без претходно објавување на оглас покажа дека истата во најголем број случаи се користеше поради неправилно и ненавремено планирање на набавките, при што договорните органи мора да направат напори да го сведат користењето на овие постапки на минимално ниво, само во оние ситуации кога нивната примена е апсолутно неопходна.

Оваа констатација е особено актуелна во новите услови, кога договорните органи се самите единствено одговорни во кои случаи ќе ги користат постапките со преговарање. Најдобар начин за постигнување на оваа цел е да се подобри планирањето на набавките и да се зајакнат капацитетите на комисиите за јавни набавки и другите служби кои учествуваат во целиот процес на набавување.