

УДК: 339.137.2:351.712.2
Biblid 1451-3188, 17 (2018)
Год XVII, бр. 66, стр. 194–210
Изворни научни рад

НАЧЕЛО КОНКУРЕНЦИЈЕ У ПОСТУПЦИМА ЈАВНИХ НАБАВКИ УСЛУГА ОД ОПШТЕГ ЕКОНОМСКОГ ИНТЕРЕСА

др Татјана ЈОВАНИЋ, LL.M.¹
мр Никола КОМШИЋ²

Апстракт: Набавка робе, услуга и јавних радова заснована је на најбољој цени и квалитету који се не може постићи без адекватног нивоа конкуренције на тржишту. Будући да конкуренција између учесника у јавном конкурсима зависи од критеријума доделе и услова које је одредило надлежно тело, државни органи могу, под одређеним условима, ограничити тржишну конкуренцију. Такви изузеци морају бити оправдани критеријумом јавног интереса. С обзиром да услуге општег економског интереса (*Services of General Economic Interest – SGEI*) представљају посебан сегмент конкурентне тржишне економије, овај рад се фокусира на дужност конкурентног понашања јавних власти у набавци услуга од општег економског интереса. Основни закон ЕУ неутралан је у погледу карактера власништва и препознаје две категорије приватних предузећа: лица са посебним и искључивим правима. Предметна анализа усредсређена је на изворе права Европске уније и праксу Европског суда правде којима се утврђује правни оквир за обезбеђење конкуренције у набавци услуга од општег економског интереса. Такође, рад пружа и преглед постојећих ограничења у овој области.

Кључне речи: конкуренција, делатности од општег економског интереса, право ЕУ, јавне набавке.

¹ Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, Е-mail: tanja@ius.bg.ac.rs. Рад је реализован у оквиру стратешког научног пројекта: „Идентитетски преображај Србије“, Правног факултета Универзитета у Београду, 2018. године.

² Привредна комора Србије, Београд. Е-mail: nikola.komsic@pks.rs

1) УВОД

Систем јавних набавки важан је део националне привреде и као такав представља један од кључних фактора дугорочног економског развоја, конкурентности и доброг пружања јавних услуга привредног и непривредног карактера. Једна од суштинских карактеристика политике јавних набавки је потреба да се новац пореских обвезника користи што је ефикасније могуће. Управо због тога се инсистира на фер и транспарентним процедурама спровођења поступка јавних набавки. Либерализација јавног сектора привреде, нарочито делатности од општег економског интереса, подразумева и успостављање конкуренције приликом поверавања обављања ових делатности и закључивања уговора о сарадњи јавног и приватног сектора. Међутим, управо је у комуналним делатностима, као врсти делатности од општег економског интереса, заступљен посебан правни режим тзв. јавних и привилегованих предузећа, као субјеката којима су додељена посебна или искључива права и која су мером органа јавне власти подвргнута изузетку од општег режима заштите конкуренције ради задовољења специфичних задатака јавне службе привредног карактера. Орган јавне власти у овом случају испољава регулаторна овлашћења, како у процесу поверавања обављања делатности у поступцима оснивања јавно-приватних партнерстава, доделе концесије, или поверавањем обављања делатности, по правилу, кроз поступак јавних набавки. Политика либерализације на нивоу ЕУ није била јасно дефинисана Јединственим европским актом.³ То је омогућило земљама чланицама шири маневарски простор за заштиту јавног интереса у либерализованим делатностима, којима су ограничења постављена превасходно судском праксом поводом примене члана 106 Уговора о функционисању ЕУ (УФЕУ), који се односи на обавезу државе да се уздржи од аката којима се подстичу или обавезују учесници на тржишту да нарушавају конкуренцију. Почев од *GB-Inno* случаја,⁴ судска пракса је допринела јачању конкуренције на либерализованом тржишту, нарочито у делу тржишта у којем је пружање услуга или неопходне инфраструктуре резервисано за субјекте који су тесно повезани са органима државе, односно локалне самоуправе.⁵ Поред одредби УФЕУ које се односе на заштиту конкуренције које имају специфичне одлике,⁶ укључујући и државну помоћ, од значаја за успостављање обавезе конкурентног понашања државе су и правила о слободном кретању робе,

³ Jan Pelkmans, "Making EU Network Markets Competitive", *Oxford Review of Economic Policy*, Vol 17(3), 2001, pp. 432-456.

⁴ Case C 18/88 *Régie des télégraphes et des téléphones v. GB-Inno-BM SA* [1991] ECR I-5941.

⁵ European Commission, *Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003*, Staff Working Document (2014)230, пар. 77.

⁶ Слободан Зечевић, „Одлике правних норми Европске уније о слободној конкуренцији“, *Европско законодавство*, 54, 2018, стр. 97-111.

пружању услуга и праву настањивања, као и судска пракса која је формулисала низ начела конкурентног понашања државе.⁷ Нормативни оквир јавних набавки представља посебан хоризонт стандарда конкурентног понашања државе у поступцима спровођења јавних набавки у области услуга од општег економског интереса, где се често ограничава конкуренција успостављањем режима тзв. привилегованих предузећа. Начело обезбеђења конкуренције међу понуђачима предвиђено је прописима о јавним набавкама у земљама чланицама ЕУ, као и Србији, како би се спречило онемогућавање било којег понуђача да учествује у поступку јавне набавке коришћењем дискриминаторних услова за учешће или критеријума за доделу уговора. Како таква дискриминација ограничава конкуренцију, односно онемогућава учешће или оцењивање понуда понуђача који би могли равноправно конкурисати у поступку. Заштита конкуренције у поступку јавних набавки у области услуга од општег економског интереса подразумева и омогућавање потенцијалним понуђачима да равноправно учествују у самом поступку јавне набавке. Наведено је предмет обавезе националних органа задужених за јавне набавке, али се све више укључују и органи за заштиту конкуренције. У случајевима рестриктивних споразума и злоупотребе доминантног положаја, када се понуђачи договарају о ценама, закључују тајне споразуме о заједничком наступу у поступку јавне набавке унапред одређујући цену коју ће понудити, а тиме и који ће понуђач победити (тзв. намештене понуде), надлежан је орган за заштиту конкуренције. Циљ рада је да се укаже на правни оквир којим се дефинишу елементи неконкурентног понашања државних органа у спровођењу јавних набавки у примарном и секундарним изворима права ЕУ. Такође, на основу неколико најважнијих случајева из праксе Суда правде ЕУ, у раду ће бити направљен осврт и на тумачење начела конкурентног понашања државе у погледу поверавања обављања делатности од општег економског интереса, са посебним акцентом на спровођење поступка јавних набавки.

2) СВРХА НОРМИРАЊА НАЧЕЛА КОНКУРЕНТНОГ ПОНАШАЊА ДРЖАВЕ У СПРОВОЂЕЊУ ЈАВНИХ НАБАВКИ

Уговор о Европској заједници,⁸ као и Уговор о Европској унији⁹ предвидели су општи принцип заштите конкуренције и високо конкурентну социјалну

⁷ Татјана Јованић, „Критеријуми за оцену утицаја државних мера према субјектима у јавном сектору привреде на конкуренцију у праву ЕУ“, у: Вук Радовић (ур.) *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ* (2016), Правни факултет Универзитета у Београду, 2018, стр. 163-199.

⁸ Чл. 3(1)(г) УЕЗ.

⁹ Чл. 3(3) УФЕУ.

тржишну привреду као циљ економске интеграције. Уговор о функционисању ЕУ (УФЕУ) је неутралан у погледу карактера власништва над субјектима у јавном сектору привреде у контексту примене правила о заштити конкуренције.¹⁰ У јавном сектору привреде, поред предузећа чији је власник држава или орган локалне самоуправе, постоје и привредни субјекти мешовитог јавно-приватног карактера, као и приватни субјекти којима је додељено неко посебно или искључиво право дозволом или посебним актом органа власти којим су стављена у привилеговани положај. Због тога се говори о категорији предузећа са посебним и искључивим правима, као групи субјеката на чије пословање држава врши утицај не само по основу права својине, односно степена учешћа државе у капиталу, већ природи делатности и карактеру и домаћају утицаја на пословање. Будући да су делатности од општег економског интереса по правилу тржишта ограничене конкуренције, неопходно је обезбедити конкуренцију међу понуђачима у поступцима јавних набавки, када орган државне управе, локалне самоуправе или привредни субјекат у јавном сектору привреде, који је у обавези да примењује правила којима је нормиран поступак јавних набавки, спроводи овај поступак. Међутим, треба напоменути да иако се наводи либерализација националних монопола, то не значи нужно да је то модел који ће задовољити јавне потребе.¹¹

3) МЕРЕ ЕУ

Поред опште обавезе конкурентног понашања државе и правила о заштити конкуренције и државној помоћи, члан 106 Уговора о функционисању ЕУ забрањује нарушавање конкуренције увођењем или задржавањем на снази мера које су супротне Уговору, а нарочито општим правилима о заштити конкуренције. Први став члана 106 УФЕУ примењује се само на државе чланице,¹² те у циљу либерализације државних монопола забрањује нарушавање

¹⁰ Чл. 345 УФЕУ.

¹¹ Као добар пример може се навести Немачка, где су због либеризације тржишта, и с тим у вези великог броја приватизација јавних комуналних предузећа, локалне самоуправе су покренуле поступак „ремуниципализације“ односно враћање функција и сервиса који су некад били у надлежности локалне самоуправе. Због тога су се формирала нова јавна комунална предузећа, између осталог и за дистрибуцију електричне енергије, што је омогућило бољу транзицију ка обновљивим изворима енергије. Поред тога, овај приступ је довео до социоекономског развоја локалних самоуправа у Немачкој и доказ томе је да од 2005. године формирано је 72 јавних комуналних предузећа у сектору електричне енергије. Oliver Vagner, Kurt Berlo, „Remunicipalisation and Foundation of Municipal Utilities in the German Energy Sector: Details about Newly Established Enterprises“, *Journal of Sustainable Development of Energy, Water and Environmental Systems*, 5(3), 2017, pp. 396-407.

¹² Case C 320/91 *Criminal proceedings against Paul Corbeau* [1993] ECR I-2533, пар. 10-12.

конкуренције од стране државе, док други став поменутог члана представља оправдање изузетака од примене правила о заштити конкуренције оправданих јавним интересом и то у области функционисања делатности од општег економског интереса. Чланом 14 Уговора о функционисању ЕУ предвиђена је обавеза земаља чланица да обезбеде да се услуге од општег економског интереса обављају уз поштовање одређених принципа, као што су једнакост корисника, квалитет и трајност. Правила Уговора о функционисању ЕУ о слободном промету робе (чл. 34), услуга (чл. 49) и праву настањивања (чл. 56), такође могу бити примењена кумулативно са чланом 106(1). Ово важи осим ако је на основу чл. 37 УФЕУ примењен специјални режим монопола трговинског карактера. У контексту неутралности оснивачког уговора у погледу својине ваља указати на значај Директиве о транспарентности односа између земаља чланица и јавних предузећа којом је дефинисан појам јавних и предузећа са посебним и искључивим правима.¹³ Иако је њен основни фокус заштита државног буџета, њене одредбе о односу органа јавне власти и привилегованих предузећа важан су оријентир у процесу либерализације јавног сектора привреде и његовог отварања конкурентима. Велика реформа нормативног оквира јавних набавки из 2014. године, када су усвојене директива општег карактера о јавним набавкама,¹⁴ и посебна директива која се односи на субјекте који послују у областима водоснабдевања, енергетике, транспорта и поштанских услуга,¹⁵ учврстила је примену начела конкуренције и конкурентног понашања државе. Одредбе оснивачког уговора, као и секундарног законодавства ЕУ у области јавних набавки, биле су предмет тумачења националних судова земаља чланица и Суда правде ЕУ. Будући да одлуке Суда правде детерминишу садржај начела у пракси, корисно је да се укаже на најбитније закључке које је Суд навео у одабраним случајевима у којима је предмет разматрања била обавеза јавног тела да омогући конкуренцију.

¹³ Commission Directive 80/723/EEC concerning the transparency of financial relations between Member States and their public undertakings, *OJ* 1980 L 195/35. Сада: Commission Directive 2006/111/EC of 16 November 2006 on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings as well as on financial transparency within certain undertakings, *OJ* L 318, 17.11.2006, pp. 17-25.

¹⁴ Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC, *OJ* L 94, 28.3.2014, pp. 65-242.

¹⁵ Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC, *OJ* L 94, 28.3.2014, pp. 243-374.

4) САДРЖАЈ МЕРА: НАЧЕЛО У ЛЕГИСЛАТИВИ И ПРАКСИ СУДА ПРАВДЕ ЕУ

Државна мера и обавеза конкурентне неутралности државе

Уговор о Европској унији је у чл. 4 ст. 3 дефинисао општу обавезу лојалности, као позитивну обавезу сваке земље чланице да предузме све потребне мере ради обезбеђења поштовања обавеза из оснивачких уговора, као и захтев да се уздрже од мера којима се може угрозити испуњавање циљева Европске уније.¹⁶ Као специфична манифестација дужности лојалности, први став чл. 106 УФЕУ представља забрану која је упућена земљама чланицама и примењује се само на њих. У односу према јавним и тржишним субјектима, којима су поверена посебна или искључива права, од држава чланица се захтева да не доносе, нити задржавају на снази никакву меру која је супротна правилима Уговора, а нарочито одредбама Уговора које се односе на забрану дискриминације по основу држављанства (чл. 18), као и правилима о заштити конкуренције, укључујући и одредбе о државној помоћи (чл. 101–109). Ова одредба је делимично релативизована другим ставом предметног члана, који наводи да је оправдани изузетак од примене захтева ограничен на вршење услуга од општег економског интереса или монопола који остварују приходе, у ситуацији када би примена захтева спречавала, правно или стварно, вршење посебних задатака који су поверени овим субјектима. Такође, ограничење представља и додатни захтев предвиђен истим ставом да ефекат примене изузетка не сме да омета развој трговине унутар ЕУ. У вршењу прерогатива јавне власти, односно јавних овлашћења, правила о заштити конкуренције могу се применити на понашање државних органа којим се нарушава конкуренција. Концепт „државе“ односно јавне власти обухвата било којег субјекта јавне управе који врши јавна овлашћења, укључујући и локалну самоуправу. Дакле, под лупу органа за заштиту конкуренције долазе закони, подзаконски акти, управне мере и други инструменти јавног права или мешовите природе као мере којима се спроводе јавна овлашћења. Иако је основна претпоставка да је реч о инструментима јавног права, примена функционалног критеријума налаже да се под појам мере подведу различити правни инструменти регулаторног карактера којима се утиче на тржиште у јавном интересу.¹⁷ То су управни уговори, укључујући и уговоре о концесији и сличним облицима сарадње јавног и приватног сектора, у којима се налазе елементи регулаторне улоге органа јавне управе.¹⁸ Као што је већ наведено,

¹⁶ Marcus Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, 2014, pp. 12-14.

¹⁷ Jose Luis Buendia Sierra, "Article 106 – Exclusive or Special Rights and Other Anti-Competitive State Measures", J. Faull, A. Nikpay (Eds.), *The EU Law of Competition*, Oxford, 2014, p. 814.

¹⁸ C 393/92 *Municipality of Almelo and others v NV Energiebedrijf Ijsselmij* [1994] ECR I-1517, пар. 31.

мера не сме бити општег карактера већ мора представљати резултат дискреционог овлашћења органа јавне власти која је усмерена на јавно, односно привилеговано предузеће у ситуацијама када се мере односе на поверавање или задржавање на снази неког искључивог права.¹⁹ Међутим, дискреционо овлашћење је омеђено, између осталог, и правилима којима се нормира поступак доделе уговора односно одабира привилегованог субјекта. Директиве о јавним набавкама 2014/24/ЕУ и 2014/25/ЕУ прописују правила и услове које јавни наручиоци морају да испуне приликом спровођење поступка јавних набавки. Главни акценат је на поштовању начела транспарентности, конкуренције, једнакости, забране дискриминације и пропорционалности. С обзиром да јавне набавке имају значајан утицај на економски развој, органи јавне власти односно јавни наручиоци су дужни да на транспарентан и конкурентан начин спроведу поступак јавне набавке. Циљ је да услови за учествовање у поступку јавне набавке и критеријуми за доделу уговора буду дефинисани у конкурсној документацији тако да подстакну конкурентно такмичење између што већег броја понуђача, и с тим у вези да уговори буду додељени на основу објективних критеријума који су омогућили да се изабере понуда која има најбољи однос цене и квалитета.

Јавна и привилегована предузећа

Дефиниција предузећа у праву ЕУ, за потребе примене правила о заштити конкуренције, обухвата било које субјекте који обављају неку економску активност, без обзира на правни статус и извор финансирања.²⁰ Директива о транспарентности односа између земаља чланица и јавних предузећа у чл. 2 (б) дефинише као јавно привредно друштво над којим држава, односно орган јавне власти, индиректно или директно врши доминантан утицај по основу својине, финансијског учешћа и правних правила, односно када држава директно или индиректно поседује већину основног капитала, контролише већину гласова по основу акција и када поставља више од половине чланова управног и надзорног одбора. У контексту утицаја на пословање, у праву ЕУ уведен је појам привилегованих, односно предузећа којима су путем посебног овлашћења или дозволе дата посебна или искључива права, који се по обиму често поклапа са појмом предузећа коме је поверено вршење услуга од општег економског интереса. Искључива права представљају облик правног монопола који неки орган јавне власти даје одређеном привредном субјекту како би на искључивој основи обављао одређену привредну делатност, односно услугу у оквиру

¹⁹ Jose Luis Buendia Sierra, "Article 106 – Exclusive or Special Rights and Other Anti-Competitive State Measures", *op. cit.*, pp. 821-822.

²⁰ Case C 41/90 *Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron GmbH* [1991] ECR I-1979, пар. 21.

одређене делатности. Није нужно да искључиво право обавља само један субјекат, па је у неким случајевима Суд правде прецизирао када постојање олигопола у обављању одређених активности може да представља искључиво право, као што је нпр. комунална делатност прикупљања отпада на одређеном географском подручју.²¹ Географска одредница појма искључивих права наведена је и у поменутој Директиви 2006/111/ЕС (чл. 2(ф)) као „право које држава чланица додељује једном предузећу, помоћу било ког законског, подзаконског или управног акта, те му додељује право пружања услуга или обављања делатности на одређеном географском подручју.“ Међутим, како се вршење искључивих права обавља на основу неког дискреционог овлашћења којим се ограничава број учесника на страни понуде или избор учесника, мора се правити разлика између акта поверавања искључивог права и доминантног положаја на тржишту.²² Ово последње у ситуацијама када привредни субјекат, који је иначе имао доминантан положај, обавља поверене послове. Директива о транспарентности финансијских односа држава чланица и јавних предузећа прецизније је дефинисала садржај посебних права (чл. 2(г)). Посебно право представља: „Право које држава чланица додељује ограниченом броју предузећа, помоћу било ког законског, подзаконског или управног инструмента, који унутар одређеног географског подручја: *Ограничава број таквих предузећа која пружају услуге и обављају делатности на два или више, и то на начин који је супротан критеријумима објективности, пропорционалности и недискриминације; или одређује, на начин супротан тим критеријумима, неколико конкурентних предузећа која су овлашћена да пружају услуге или обављају делатности; или додељују било којем предузећу или предузећима, на начин који није у складу са таквим критеријумима, било какве законске или подзаконске предности, које значајно утичу на способност било ког другог предузећа да пружа исте услуге или обавља исте делатности у истом географском подручју под битно једнаким условима.*“ Као и у случају искључивих права, посебна права додељују се ограниченом броју субјеката на основу акта органа јавне власти, укључујући ту и управне уговоре. Уколико је приступ активности нормиран навођењем тачно одређених критеријума, и не постоји ограничење броја субјеката, није реч о додељивању посебних права. У сваком случају се мора водити рачуна о постојању обавезе јавне службе, с обзиром да се актом органа јавне власти омогућава вршење јавне службе.²³ Као важни

²¹ Case C 209/98 *Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) v Københavns Kommune* [2000] ECR I-3743.

²² Jose Luis Buendia Sierra, “Article 106 – Exclusive or Special Rights and Other Anti-Competitive State Measures”, op. cit., p. 819.

²³ Case C 170/90 *Merci convenzionali porto di Genova SpA v. Siderurgica Gabrielli SpA* [1991] ECR I-5889, пар. 9, 27; Case C 393/92, пар. 46-50; Case T 289/03 *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd and BUPA Ireland Ltd v Commission of the European Communities* [2008] ECR II-81, пар. 179.

параметри одређења посебних права, као делатности од општег економског интереса, су обавеза пружања услуге свим заинтересованим корисницима под једнаким условима (укључујући и економску приуштивост једнаких цена),²⁴ као и универзални карактер услуге.²⁵ Укратко, под обухват услуга од општег економског интереса подводе се комуналне делатности и мрежне делатности националног карактера попут телекомуникација, снабдевања електричном енергијом и гасом, основних поштанских услуга, превоза путника, одређених активности у транспорту (одређене услуге аеродрома, лука) и друго. Концепт укључује и повезане услуге непривредног карактера, али је временом Суд правде у низу случајева одредио које делатности се могу раздвојити како би се спречила потенцијална злоупотреба да се низ повезаних услуга подводи под изузетак од примене правила о заштити конкуренције.²⁶

5) ОБАВЕЗА КОНКУРЕНТНОГ ПОНАШАЊА ЈАВНИХ НАРУЧИЛАЦА И ОГРАНИЧЕЊА

Као што је већ истакнуто, правила УФЕУ о слободном промету робе, услуга и праву настањивања, као и правном режиму државних монопола, примењују се кумулативно са чл. 106 УФЕУ. Државне мере које се односе на јавна и привилегована предузећа у облику контрола увоза или извоза могу бити квалификоване као мере еквивалентног дејства.²⁷ Чл. 56 УФЕУ подразумева уклањање свих ограничења којима се забрањује, спречава или онемогућава пружање услуга од стране држављана једне државе чланице у другој, где законито пружају услуге.²⁸ Државна мера којом се доделом посебних или искључивих права врши дискриминација у корист домаћег привредног субјекта, на штрб субјеката из других држава чланица или трећих земаља, може представљати кршење одредби о праву настањивања и слободном пружању услуга.²⁹ Недовољна нормираност, као и делимична или селективна примена прописа о јавно-приватном партнерству и концесијама, отвара низ питања

²⁴ Opinion of Advocate General Colomer, Case C 265/08 *Federutility and others v Autorità per l'energia elettrica e il gas* [2010] ECR I-3377, пар. 54-55.

²⁵ Case C 170/90, пар. 53; Case T 289/03 пар. 172 и 190.

²⁶ Нпр. Case C 179/90, пар. 27; Case T 366/13 *French Republic v European Commission*, ECLI:EU:T:2017:135; Case C 266/96 *Corsica Ferries France SA v. Gruppo Antichi Ormeggiatori del Porto di Genova Coop, arl and Others* [1998] ECR I-3949.

²⁷ Case C 387/93 *Criminal proceedings against Giorgio Domingo Banchemo* [1995] ECR I-04663, пар. 29.

²⁸ Case C 58/98 *Josef Corsten* [2000] ECR I-7919.

²⁹ Нпр. Case C 3/88 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [1989] ECR 4035, пар. 8.

транспарентности државне управе, њеног економичног деловања и контроле доделе државне помоћи, нарочито имајући у виду да јавна набавка приватних партнера у неким случајевима представља „прикривену фактичку приватизацију“.³⁰ У том смислу, ваљало би сагледати праксу Суда правде која се не односи на заштиту конкуренције на тржишту, већ обезбеђење конкуренције у ситуацијама када орган јавне управе управним уговором или другим инструментом поверава или задржава на снази неко овлашћење привилегованом предузећу. Важно је, поново, нагласити да је доношење појединачног акта као мере државе омеђено, између осталог, и правилима којима се нормира поступак доделе уговора, која налажу поштовање принципа равноправног третмана, недискриминације и транспарентности, као нужним елементима заштите конкуренције у поступцима јавних набавки.³¹ Примена ових принципа ублажена је у случајевима институционализоване и неинституционализоване сарадње тзв. интерних набавки, уколико су задовољени одређени критеријуми.³² Пример Текал доктрине,³³ и нешто каснија одлука Суда у случају Комисије против Немачке,³⁴ појашњава услове када тзв. интерне или „in house“ набавке могу бити изузете од примене правила о поступцима јавних набавки. Битан услов је захтев да субјекти који додељују уговор над понуђачем врше контролу сличног обухвата као и у односу са својим организационим јединицама. Ова доктрина је касније примењена у низу случајева и проширена.³⁵ Судска пракса показује да се правила о унутрашњим слободама стављају у други план у ситуацијама када је императив обезбеђење

³⁰ Југослава Војновић, „Јавно-приватно партнерство и концесије у процесу стабилизације и придруживања земаља Западног Балкана Европској унији – пример Републике Србије“, *Европско законодавство*, бр. 60, 2017, стр. 86, etc.

³¹ Case C 458/03 *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG*. [2005] ECR I-8585.

³² Willem A. Janssen, The Institutionalised and Non-Institutionalised Exemptions from EU Public Procurement Law: Towards a More Coherent Approach?, *Utrecht Law Review*, 10(5), 2014, 168-186; Janicke Wiggen “Public procurement rules and cooperation between public sector entities: the limits of the in-house doctrine under EU procurement law”, *Public Procurement Law Review*, 20, 2011, pp. 157-172.

³³ Case C 107/98, *Teckal*, [1999] ECR I-8121.

³⁴ Case C 480/06 *Commission v Germany*, [2009] ECR 4747.

³⁵ Case C 26/03 *Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, [2005] ECR I-1; Case C 458/03; Case C 410/04 *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) v Comune di Bari and AMTAB Servizio SpA* [2006] ECR I-03303; Case C 295/05 *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v Transformación Agraria SA (Tragsa) and Administración del Estado* [2007] ECR I-2999; Case C 324/07 *Coditel Brabant SA v Commune d’Uccle and Région de Bruxelles-Capitale* [2008] ECR I-8457.

јавног интереса. Европски парламент је 2010. године на две поменуте одлуке Суда правде засновао посебну резолуцију о изузецима од примене директива о јавним набавкама,³⁶ да би потом Европска комисија 2011. објавила радни документ о интерпретацији изузетка од примене прописа о јавним набавкама.³⁷ У најкраћим цртама, изузеће ће бити оправдано у случајевима када се не ангажује приватни капитал, а споразум подразумева заједничко обављање одређеног задатка у општем интересу. У радном документу Комисије, који се односи на услуге од општег економског интереса из 2013, Комисија наводи да су „јавне власти у потпуности слободне да одлуче да ли ће саме пружати одређене услуге, или ће их поверити трећим лицима (екстернализација). Правила о јавним набавкама примениће се само ако надлежни орган одлучи да повери обављање услуге трећем лицу уз накнаду“.³⁸ Инспирисан судском праксом и чл. 12 Директиве о јавним набавкама из 2014. значајно се проширује могућност држава чланица да одреде да ли и у којем обиму субјекти у јавном сектору морају своје набавке да реализују на транспарентан и објективан начин када набављају добра, услуге или радове у циљу обезбеђења јавног интереса. Ваљало би поновити да, сходно одредби чл. 1 ст. 4 исте директиве, земље чланице имају слободу да уреде обим, карактеристике и начин финансирања обавеза јавних служби привредног карактера, јер право ЕУ не утиче на избор да ли ће све или поједине услуге бити поверене јавним и привилегованим предузећима у државном или приватном власништву. Одредбе о слободи кретања УФЕУ неће бити прекршене уколико се уместо јавног тендера спровео поступак доделе уговора о институционализованом јавно-приватном партнерству са јасним критеријумима за избор приватног партнера, где би примена поступка јавних набавки представљала одуговлачење спровођења.³⁹ Међутим, принцип транспарентности и једнаког третмана мора се поштовати у ситуацијама када се продужава уговор о концесији, који је претходно закључен без тендера,⁴⁰ када концесионар подуговара обављање одређених делатности,

³⁶ European Parliament, Resolution of May 18, 2010 on new developments in public procurement (2009/2175(INI)).

³⁷ European Commission, Staff working paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities (public-public cooperation), Brussels, October 4, 2011 SEC(2011) 1169 final.

³⁸ European Commission, Staff Working Document, Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest, Brussels, 29.4.2013, SWD(2013) 53 final/2, p. 87.

³⁹ Case C 196/08 *Acoset SpA v Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa and Others* [2009] ECR I-09913.

⁴⁰ Case C 437/06 *ASM Brescia SpA v Comune di Rodengo Saiano* [2008] ECR I-05641, пар. 58-60.

као и у ситуацијама када се врше измене уговора о концесији за обављање услуга које се значајно разликују од иницијалног уговора о концесији.⁴¹ Иако право ЕУ у области мрежних делатности поставља само општа правила универзалне услуге, које нису предмет посебних процедура, пракса Суда правде показује да се процедуре за доделу уговора о јавним набавкама услуга морају поштовати у погледу услуга које превазилазе обим универзалне услуге, као и у ситуацијама доделе и продужења важења искључивих права, кад год је то могуће.⁴² Додела уговора који су у потпуности или делимично изузети од примене правила о јавним набавкама у сваком случају мора бити заснована на принципима недискриминације, равноправног третмана и транспарентности.⁴³ Практика Суда правде показује да се начело конкурентног понашања државе у јавном сектору привреде све више оријентише и на конкурентно спровођење поступка јавних набавки, те се инсистира на транспарентности поступка.⁴⁴ Како је тржиште на коме послују предузећа са посебним или искључивим правима тржиште ограничене конкуренције, фокус се помера са обезбеђивање конкуренције на тржишту, на обезбеђивање конкуренције за тржиште, па је стога фокус стављен на сам поступак додељивања посебних или искључивих права. Основни критеријум у додели уговора је економски најповољнија понуда, што је управо индикатор да ли су јавни уговори и концесије закључени имајући у виду критеријум просечног субјекта на тржишту, у циљу обезбеђења најбољег односа цене и квалитета. На тај начин се заправо оправдава и изузетак од примене правила о државној помоћи.⁴⁵

⁴¹ Суд правде је одредио под којим условима јавно предузеће може бити изузето од примене принципа транспарентности: Види нпр. *Case C 91/08 Wall AG v La ville de Francfort-sur-le-Main and Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, [2010] I-2815, пар. 60.

⁴² *C-220/06 Asociacion Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v Administracion General del Estado* [2007] ECR I-12175, пар. 77; *Case C 203/08 Sporting Exchange Ltd. v Minister van Justicie* [2010] ECR 2010 I-04695, пар. 46-50.

⁴³ European Commission, Interpretative Communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives [2006] *OJ C179/02*.

⁴⁴ Marek Szydło, "The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement", *German Law Journal*, 12/2011, 1408 – 1445, 1410. *Case C 458/03*, *Case C 458/03*, пар. 44-50; *Case C 410/04*, пар. 15-22.

⁴⁵ European Commission, Staff working document, Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest, accompanying document to the Communication on "Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment" *SEC(2007) 1514*, 21/11/2007.

6) ИЗБОРИ

- Buendia, Sierra, Jose, Luis, "Article 106 – Exclusive or Special Rights and Other Anti-Competitive State Measures", J. Faull, A. Nikpay (Eds.), *The EU Law of Competition*, Oxford, 2014.
- Case 393/92 *Municipality of Almelo and others v NV Energiebedrijf Ijsselmij* [1994] ECR I-1517.
- Case C 107/98, *Teckal*, [1999] ECR I-8121.
- Case C 170/90 *Merci convenzionali porto di Genova SpA v. Siderurgica Gabrielli SpA* [1991] ECR I-5889.
- Case C 18/88 *Régie des télégraphes et des téléphones v. GB-Inno-BM SA* [1991] ECR I-5941.
- Case C 196/08 *Acoset SpA v Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa and Others* [2009] ECR I-09913.
- Case C 203/08 *Sporting Exchange Ltd. v Minister van Justicie* [2010] ECR 2010 I-04695.
- Case C 209/98 *Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) v Københavns Kommune* [2000] ECR I-3743.
- Case C 26/03 *Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, [2005] ECR I-1.
- Case C 265/08 *Federutility and others v Autorità per l'energia elettrica e il gas* [2010] ECR I-3377.
- Case C 266/96 *Corsica Ferries France SA v. Gruppo Antichi Ormeggiatori del Porto di Genova Coop, arl and Others* [1998] ECR I-3949.
- Case C 295/05 *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v Transformación Agraria SA (Tragsa) and Administración del Estado* [2007] ECR I-2999.
- Case C 3/88 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [1989] ECR 4035.
- Case C 320/91 *Criminal proceedings against Paul Corbeau* [1993] ECR I-2533.
- Case C 324/07 *Coditel Brabant SA v Commune d'Uccle and Région de Bruxelles-Capitale* [2008] ECR I-8457.
- Case C 387/93 *Criminal proceedings against Giorgio Domingo Banchemo* [1995] ECR I-04663.
- Case C 41/90 *Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron GmbH* [1991] ECR I-1979.
- Case C 410/04 *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) v Comune di Bari and AMTAB Servizio SpA* [2006] ECR I-03303.
- Case C 437/06 *ASM Brescia SpA v Comune di Rodengo Saiano* [2008] ECR I-05641.

Case C 458/03 *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG*. [2005] ECR I-8585.

Case C 480/06 *Commission v Germany*, [2009] ECR 4747.

Case C 58/98 *Josef Corsten* [2000] ECR I-7919.

Case C 91/08 *Wall AG v La ville de Francfort-sur-le-Main and Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, [2010] I-2815.

Case T 289/03 *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd and BUPA Ireland Ltd v Commission of the European Communities* [2008] ECR II-81.

Case T 366/13 *French Republic v European Commission*, ECLI:EU:T:2017:135.

Commission Directive 2006/111/EC of 16 November 2006 on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings as well as on financial transparency within certain undertakings, *OJ L 318*, 17.11.2006.

Case C 220/06 *Asociacion Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v Administracion General del Estado* [2007] ECR I-12175.

Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC, *OJ L 94*, 28.3.2014.

Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC, *OJ L 94*, 28.3.2014.

European Commission, Staff working document, Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest, accompanying document to the Communication on “Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment” *SEC(2007) 1514*, 21/11/2007.

European Commission, Staff Working Document, Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest, Brussels, 29.4.2013, *SWD(2013) 53 final*.

European Commission, *Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003*, Staff Working Document (2014).

European Parliament, Resolution of May 18, 2010 on new developments in public procurement (2009/2175(INI)).

Janssen, Willem A., The Institutionalised and Non-Institutionalised Exemptions from EU Public Procurement Law: Towards a More Coherent Approach?, *Utrecht Law Review*, 10(5), 2014.

Klamert, Marcus, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, 2014.

- Pelkmans, Jan, "Making EU Network Markets Competitive", *Oxford Review of Economic Policy*, Vol 17(3), 2001, pp. 432-456.
- Szydło, Marek, "The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement", *German Law Journal*, 12/2011.
- Vagner, Oliver, Kurt Berlo, „Remunicipalisation and Foundation of Municipal Utilities in the German Energy Sector: Details about Newly Established Enterprises“, *Journal of Sustainable Development of Energy, Water and Environmental Systems*, 5(3), 2017.
- Wiggen, J., "Public procurement rules and cooperation between public sector entities: the limits of the in-house doctrine under EU procurement law", *Public Procurement Law Review*, 20, 2011.
- Војновић, Југослава, „Јавно-приватно партнерство и концесије у процесу стабилизације и придруживања земаља Западног Балкана Европској унији – пример Републике Србије“, *Европско законодавство*, бр. 60, 2017.
- European Commission, Staff working paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities (public-public cooperation), Brussels, October 4, 2011 *SEC(2011) 1169 final*.
- European Commission, Interpretative Communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives [2006] *OJ C179/02*.
- Зечевић, Слободан, „Одлике правних норми Европске уније о слободној конкуренцији“, *Европско законодавство*, 54, 2018.
- Јованић, Татјана, „Критеријуми за оцену утицаја државних мера према субјектима у јавном сектору привреде на конкуренцију у праву ЕУ“, у: Вук Радовић (ур.) *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ* (2016), Правни факултет Универзитета у Београду, 2018.
- Комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки, Решење бр. 4-00-1359/2012 од 19.09.2012. године.
- Управа за јавне набавке, Извештај за 2017. годину, Интернет: http://www.ujn.gov.rs/ci/izvestaji/izvestaji_ujn, 28.10.2018.

7) ЗНАЧАЈ ЗА РЕПУБЛИКУ СРБИЈУ

Република Србија је на основу ССП преузела обавезу да ће одредбе о јавним предузећима, као и о праву конкуренције, ускладити са правилима ЕУ, што је и предмет преговора о приступу. Обавеза усклађивања такође обухвата и правила о државној помоћи и јавним набавкама. Извештај о скринингу, као и низ других аналитичких аката ЕУ, попут годишњих извештаја о напретку, констатују да је у домену примене системских закона у области јавног сектора привреде неопходно побољшање регулаторног оквира и делотворног спровођења постојећих прописа. Од Србије се захтева да боље одреди опсег услуга од општег економског интереса

и транспонује Директиву 2006/111/ЕС о транспарентности финансијских односа између држава чланица и јавних предузећа и финансијској транспарентности у оквиру одређених привредних субјеката. Критеријуми за оцену дозвољености мера државе којима се поверавају посебна или искључива права, а који су нарочито развијени у пракси Суда правде, неопходна су компонента усаглашавања са правним тековинама ЕУ и фактор доследног испуњења преузетих обавеза. Извештај о скринингу за поглавље 8, између осталог, помиње постојање предузећа која *de facto* или *de jure* уживају искључива или специјална права у области делатности од општег економског интереса. Начело обезбеђивања конкуренције међу понуђачима прописано је чланом 10 Закона о јавним набавкама⁴⁶ дефинишући обавезу наручиоца да не може да ограничи конкуренцију међу понуђачима, а посебно да не може онемогућавати било којег понуђача да учествује у поступку јавне набавке неоправданом употребом преговарачког поступка, нити коришћењем дискриминаторских услова и критеријума. Комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки је у образложењу поводом усвајања једног захтева за заштиту права, протумачила на следећи начин ову одредбу.⁴⁷ „Дискриминација одређених понуђача, било кроз елементе критеријума, било кроз услове за учешће у поступку јавне набавке, свакако ограничава конкуренцију, односно онемогућава учествовање или оцењивање понуда оних понуђача који би иначе могли равноправно да конкуришу и чије понуде би биле оцењиване у поступку јавне набавке. Дакле, није довољно да наручилац има конкуренцију међу понуђачима на тај начин што ће прикупити одређени број понуда, већ је потребно испоштовати и захтев да ниједан од потенцијалних понуђача не буде неоправдано онемогућен у достизању циља да његова понуда буде изабрана као најповољнија.” У поступцима јавних набавки Комисија за заштиту конкуренције је овлашћена да открива повреде конкуренције и отклања последице повреда. У контексту примене чл. 10 Закона о заштити конкуренције, споразуми конкурената о одређивању цене, као и тајни споразуми понуђача о заједничком наступу у поступку јавне набавке када понуђачи унапред одређују цену коју ће понудити, а самим тим и понуђача који ће победити (намештене понуде), су у фокусу Комисије за заштиту конкуренције. У тренутно актуелној верзији Нацрта новог закона о јавним набавкама, у члану 7, Предвиђена је дужност наручиоца да у поступку јавне набавке омогући што је могуће већу конкуренцију. Јавни наручиоци имају могућности да спроводе истраживање тржишта како би добили праве информације у циљу квалитетне припреме и спровођења поступка јавне набавке, с циљем да се подстакне конкуренција и да се прибаве добра, услуге и радови у

⁴⁶ Службени гласник РС, бр. 124/2012, 14/2015, 68/2015.

⁴⁷ Комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки, Репење бр. 4-00-1359/2012 од 19.09.2012. године.

најбољем односу цене и квалитета. Проблем који се у пракси јавља у Србији, када су у питању јавне набавке које спроводе јавна комунална предузећа, је то што су услови за учешће дефинисани тако да ограничавају конкуренцију, као и што се критеријум најниже понуђене цене у 2017. години примењивао у 90% случајева.⁴⁸ Поред тога, треба напоменути да су државна јавна предузећа, међу којима су и јавна комунална предузећа, спроводила највише набавки које су изузете од примене Закона о јавним набавкама.⁴⁹ Конкуренција доприноси бољој понуди и тиме бољим јавним набавкама. Законодавство мора бити дефинисано тако да омогућава јавним наручиоцима да, у складу са својим потребама, спроводе поступке јавне набавке поштујући начело транспарентности и конкуренције. Међутим, требало би имати у виду да право ЕУ не захтева потпуну либерализацију, већ оставља органима јавне власти слободу да одлуче да ли ће саме пружати одређене услуге којима се остварује јавни интерес или ће укључити приватни сектор.

PRINCIPLE OF COMPETITION IN PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURES OF SERVICES OF GENERAL ECONOMIC INTEREST

Abstract: The acquisition of goods, services and public works is based on the best price and quality ratio, which cannot be achieved without an adequate level of competition on the market. Whereas competition between competitors in an open call for tenders depends on the award criteria and terms set out by the contracting authority, public bodies may under certain circumstances limit the competition for a market. Such exceptions must be justified by the public interest criterion. Considering that services of general economic interest (SGEI) represent a special segment of a competitive market economy, this paper focuses on the duty of competitive conduct of public authorities in procuring services of general economic interest. The primary law of the EU is neutral as regards the character of ownership and recognizes two categories of privileged enterprises: those with special and exclusive rights. The subject analysis focuses on the sources of the European Union law and the practice of the European Court of Justice, which establish the legal framework for ensuring competition in the procurement of services of general economic interest. It also provides an overview of existing limitations in this area.

Key words: competition, activities of general economic interest, EU law, public procurement.

⁴⁸ Управа за јавне набавке, Извештај за 2017. годину, стр. 23 (http://www.ujn.gov.rs/ci/izvestaji/izvestaji_ujn, 28.10.2018.)

⁴⁹ Ibid., стр. 19.