

Виши асистент мр Дамјан Даниловић

Економски факултет Универзитета у Источном Сарајеву – Пале

ПРИНЦИП КОНКУРЕНЦИЈЕ У ЗАКОНУ О ЈАВНИМ НАБАВКАМА БиХ, НАСПРАМ ИНСТИТУТА РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА

Аутор ће у раду да анализира одређену врсту односа Закона о јавним набавкама и Закона о стечају. Указаће на то да принцип конкуренције као битан принцип Закона о јавним набавкама није довољно заступљен, управо у сегменту гдје треба да постоји подударност правних принципа два наведена закона. Сходно тренутном стању ствари, аутор ће да предложи измјене позитивних прописа како би принцип конкуренције угледао свјетло дана у овој врсти односа, не само из разлога задовољења владавине права, већ и због других позитивних ефеката.

Кључне ријечи: Јавне набавке; Конкурентност; Реорганизација.

1. УВОД

Владавина права је вишедимензионалан појам. Она у најширем смислу подразумева поштовање норми једног правног система, али и сагласност правних норми са одређеним вриједносним аспектима. Природноправна школа заступа становиште да право мора да пропaгира морал, тј. да оне правне норме које нису у складу са моралним схватањима нису право. Ипак, историја је пуно пута потврђивала чињенице да изразито дискриминаторско право у тоталитарним државама, које је давало права на најгрубље повреде личних и имовинских права одређених лица, бивало спровођено у пракси. Сваком је јасно да спровођење таквог права не значи владавину права.

Владавина права не завршава се на томе. Често се одређени недостаци правног система увиде тек у случајевима практичне примјене. Правни систем требало би да буде кохерентан. Кохеренција се не од-

ражава само у оквиру хијерархијског низа правних норми, већ у међусобној усаглашености закона из различитих правних области. Добро конципиран закон често је услов за остваривање другог закона. Пожељна понашања лица, или остваривање одређених законских принципа и института не могу се остваривати ако унутар истог закона или других закона постоје препреке. Узалуд предвиђена права грађана, ако је судски поступак за доказивање њихових повреда лош. Узалуд усвојена добра рјешења за реорганизацију стечајног дужника, ако им други закон не омогућује учешће у јавним набавкама, као најозбиљнијој фактичкој шанси опоравка. Показује се да је кохерентност правног система такође услов владавине права.

На крају крајева, правни систем се мора прилагођавати реалним привредним и политичким ситуацијама, како би се омогућио просперитет одређене државе, тако да можемо рећи да правни систем који кочи важне политичке и економске циљеве истовремено представља препреку владавини права. Дакле, правни систем не смије бити кочница у постизању важних циљева, већ њихов покретач.

У овом раду ће се анализирати специфични аспект међусобне усклађености одређених одредаба Закона о јавним набавкама и Закона о стечају. Показаће се да у битној мјери Закон о јавним набавкама представља правну и фактичку сметњу за остваривање стечајне реорганизације, а да истовремено долази до сужавања принципа конкурентности унутар јавних набавки.

2. ПРИНЦИП КОНКУРЕНТНОСТИ И ЈАВНЕ НАБАВКЕ

Закон о јавним набавкама регулише важну друштвену и правну област, гдје органи власти врше набавке робе и услуга за своје потребе. Да би се спријечиле злоупотребе, а увео систем одговорне власти, омогућило ефикасно и економично располагање буџетским средствима, Закон о јавним набавкама мора бити добро конципиран. Полазна основа свих принципа јавних набавки јесте принцип конкурентности (такмичења), с циљем добијања најбољег квалитета за одговарајућу цијену.¹ Значај наведеног питања расте ако се узме у обзир величина средстава која државе троше на јавне набавке. Упоредном анализом је утврђено да државе за јавне набавке троше од 10 до 20 % у односу на цјелокупни бруто друштвени производ. Примјера ради, унутар Европске уније у периоду 2006–2010. година за јавне набавке је потрошено

¹ UNCTAD, *Competition policy and public procurement*, Geneva 2012, 4.

преко 1,4 трилиона евра.² Из тог разлога, јавне набавке заузимају значајну буџетску позицију у ЕУ.

Да би систем јавних набавки добро функционисао, низ правних правила и принципа морају бити међусобно усклађени. Нећемо се детаљно бавити сваким од ових питања, него ћемо се укратко осврнути на битније сегменте закона и његових принципа, како бисмо указали на постојање одређених правила која треба мијењати, не само како би се употпунио принцип конкурентности унутар закона, него да се истовремено дају веће шансе реорганизацији. Закон о јавним набавкама мора да се прилагођава и одређеним економским принципима, прије свега принципу конкурентности. Већа конкуренција у одређеној области неминовно води снижавању цијена, што даље директно утиче на уштеде средстава јавних набавки. Међутим, ту постоје и други принципи који треба да омогуће конкурентност, као и они због којих се конкурентност мора оправдано сужавати.

Закон о јавним набавкама регулише неколико врста поступака набавки. Постоје међународни платни разреди, када је вриједност радова већа од петсто хиљада КМ (за државне органе), или седамсто хиљада КМ (за локалне органе и правна лица која оснивају органи власти за вршење дјелатности од општег интереса), и домаћи платни разреди (вриједност уговора једнака или већа од педесет хиљада КМ у случају робе и услуга, и једнака или већа од осамдесет хиљада КМ у случају радова, као и случај вриједности уговора мање од педесет хиљада КМ у случају робе и услуга, и мање од осамдесет хиљада КМ у случају радова).³ У зависности од врсте поступка, различито је заступљен принцип конкурентности. У међународним тендерима, потенцијално је већа конкурентност због већег броја лица која могу конкурирати у односу на број домаћих субјеката, с тим што је економска снага домаћих и страних лица фактички лимитирајући фактор, а та снага је услов за добијање уговора који гласе на веће износе.

У домаћим платним разредима постоји више различитих поступака,⁴ који у зависности од конкретне ситуације могу више или мање ограничити конкурентност. Отворени поступак, у оквиру којег сва лица могу да конкуришу, јесте правило у домаћим правним разредима. У случају обимних или сложених набавки, може се користити ограни-

² I. Stand, P. Romada, E. Canton, *Public Procurement in Europe, Cost and effectiveness*, London Economics and Ecorys, London 2011, 4.

³ Закон о јавним набавкама БиХ – ЗЈН, *Службени гласник БиХ*, бр. 49/04, 19/05, 25/05, 94/05, 8/06, 24/06, 70/06, 12/09 и 60/10, чл. 6, ст. 2 и 3.

⁴ ЗЈН, чл. 10.

чени поступак са претквалификацијом, као и у поступку израде идејног рјешења (гдје је забрањен преговарачки поступак).

Закон прописује случајеве у којима се може користити преговарачки поступак:⁵ 1) ако су у отвореном и ограниченом поступку достављене непотпуне понуде и када је уговорни орган поновио поступак уз измјену услова; 2) када природа посла и ризици не дозвољавају утврђивање коначне цијене; 3) код јавних набавки које имају за циљ искључиво развој, тестирање и истраживање. У првом случају, опортуну је тежити закључењу уговора за тражену јавну набавку, па је оправдано прећи са отвореног и ограниченог поступка на преговарачки. У друга два случаја преговарачког поступка може доћи до злоупотреба и неоснованог сужења принципа конкурентности, као дискреционих овлашћења органа у поступку. Једино што може допринијети правилном остварењу ових прописа јесте постојање добре праксе Агенције за јавне набавке БиХ, као тијела које врши набавку, и судске праксе.

Поред наведених, Закон установљава већа ограничења принципа конкурентности када се уговори могу закључивати и без претходно објављеног обавјештења о набавци:⁶ 1) када у отвореном и ограниченом поступку није било достављених понуда у случају да је уговорни орган поновио поступак набавки; 2) када због одређених специфичних услова само одређени добављачи могу извршити набавку, пружити услуге, или извршити набавку; 3) када се због доказивих разлога крајње хитности (који нису у вези са уговорним органом) не могу испоштовати минимални рокови прописани законом; 4) у случајевима да су производи намијењени проучавању, експериментисању и развоју, без лукративног циља; 5) ако се набавке врше као замјена за већ уговорене набавке, или као проширење постојећих испорука; 6) за робу купљену на берзи; 7) за робу купљену под изузетно повољним условима, или купљену од лица у стечају, или ликвидацији; 8) за услуге које нису предвиђене јавном набавком, али чија је набавка неопходна за извршење наручене набавке, уз вриједносну лимитацију прве набавке до 50 %; 9) за нове услуге и радове који се понављају након додјеле уговора ранијем добављачу, уз лимитацију периода набавки до три године. Дакле, и сам закон је нагласио изузетност наведених случајева. Неки од њих имају за циљ остварење ефикасности, неки економичности јавних набавки, што не би био случај када би се поступак јавних набавки понављао, а што би због наведених околности било несврхисходно и проузроковало би се додатни трошкови.

⁵ ЗЈН, чл. 11, ст. 3.

⁶ ЗЈН, чл. 11, ст. 4.

Када су радови и услуге неопходни за рад органа власти, немогућност набавки би проузроковала материјалну штету, па је то разлог сужења конкурентности.

Услов за остварење начела конкуренције јесте добро конципирана транспарентност поступка набавки, право на правну заштиту у оквиру поступка јавних набавки, као и право на судску заштиту, што је крајња и основна опција заштите поштовања права. Директиве Европске уније у бројним случајевима третирају ово питање, почев од обавеза уговорног органа у погледу начина јавних набавки, оглашавања, облика правне заштите, и др.⁷ Наш закон слиједи наведене директиве у погледу обезбјеђивања транспарентности⁸ и права на жалбу.

Поред ових основних елемената принципа конкурентности, закон утврђује случајеве у којима постоје ограничења за поједина лица за учешће у поступцима набавки. У питању су лица над којима је отворен стечај, као и лица према којима је поднесен приједлог за отварање стечаја, лица осуђена за кривична дјела или професионалне прекршаје и лица која нису измирила пореска или друга обавезна новчана давања према држави. Сматрамо, да већина ових основа јесте добро конципирана, осим што у првом случају постоји кршење начела конкурентности. По тумачењу Агенције за јавне набавке, ограничења учешћа лица под стечајем у отвореном и ограниченом поступку аналогно се односе и на преговарачки поступак, јер такво економско стање није гаранција сигурне испоруке предмета набавке.⁹ Дакле, ради се о апсолутној забрани, која није апсолутно оправдана. Наиме, уколико стечајни дужник над којим се проводи реорганизација не испуњава квалификоване услове из конкурса, не може добити уговор. Друго, лицима која послују са стечајним дужником признаје се приоритет исплате, тако да државни орган не би био оштећен.

Сматрамо, да Закон треба да диференцира двије ситуације у којима је лице под стечајем. У првом случају, када је донесена одлука о коначној ликвидацији стечајног дужника, треба поступити у складу са позитивним одредбама. У другом случају, када је донесена одлука о реорганизацији и кад је поступак реорганизације наступио, треба дозволити оваквим стечајним дужницима учешће у поступку јавних набавки. У тренутној економској ситуацији, у којој привредни субјекти имају економске проблеме, боље је дати шансу опстанка неком од њих, него расподјељивати власницима (у поступку ликвидације), или

⁷ Директиве, 89/66ЕЕС, 92/13ЕЕС, 2004/17ЕЗ, 2004/18ЕЗ.

⁸ ЗЈН, чл. 19–21.

⁹ Агенција за јавне набавке БиХ, *Коментар Закона о јавним набавкама*, http://www.javn nabavke.ba/komentaripreporuke/Komentar_na_ZJN.pdf, 103, 10. октобар 2013.

повјериоцима (у стечајној ликвидацији), док би истовремено било добро дати шансу опоравка субјектима у стечајној реорганизацији.

3. РЕОРГАНИЗАЦИЈА СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА

Реорганизација стечајног дужника факултативна је фаза стечаја у којој се проводе различите мјере према дужнику, ради његовог оздрављења. Одлуком о спровођењу реорганизације обуставља се продаја имовине дужника и намирење повјерилаца. Реорганизација ће се спроводити по одлуци стечајних повјерилаца, када се на основу извјештаја стечајног управника и вјештака процијени да би се мјерама реорганизације могло санирати негативно стање дужника. Ако реорганизација не би успјела, наставило би се са редовним фазама, што подразумијева продају дужника, или дијелова његове имовине појединачно, и намирење повјерилаца.

У Републици Српској и БиХ, оправдано се приговара ријетком спровођењу реорганизација. Утисак је да стечајни управници имају циљ извршење ликвидација дужника, без претјеране тежње за реорганизацијом. Наше мишљење је да се по том питању мора реаговати, како би се промијенила постојећа пракса, кроз измјене позитивних прописа. Сматрамо, да би стање требало бити обрнуто, тако да би примарно требало тежити реорганизацији, па тек ако она није могућа, вршити ликвидацију. У том смислу, требало би прилагодити одредбе стечајног закона, па ставити као дужност стечајном управнику да на извјештајном рочишту поднесе нацрт плана реорганизације, а не само да се изјасни о могућностима за реорганизацију.

Чини нам се, да не постоје битније сметње за овакав приступ, јер је стечајни управник свој извјештај донио на основу увида у финансијско стање дужника, које је полазна основа за план реорганизације. У свом извјештају, стечајни управник наводи узроке стања стечајног дужника, што олакшава подношење плана реорганизације, јер у плану треба да буду наведени евентуални начини реорганизације, који представљају начине отклањања узрока лошег стања. О модалитетима реорганизације требало би расправљати на једном од накнадних извјештајних рочишта, па би се одлуком повјерилаца утврдио коначни план реорганизације. Да би се извршиле ове измјене, рок за одржавање извјештајног рочишта требало би помјерити за одређени период, како би постојало довољно времена за обављање ових дужности. За стечајне дужнике који су у тако лошем стању да реорганизација не би довела до опоравка, не би требало подносити план реорганизације, али би стечајни управник у свом извјештају, који подноси на извјештајном рочишту, требало да изнесе аргументацију за то да се ради о ду-

жнику за који не постоји могућност успјешне реорганизације, о чему би, у коначном, повјериоци доносили одлуку.

По принципима Свјетске банке, потребно је омогућити ефикасну ликвидацију неодрживог предузећа, као и реорганизацију одрживих.¹⁰ Такође, наглашава се да не треба строго утврђивати два начина рјешавања стечајног стања (реорганизација или ликвидација) послје покретања стечаја, већ треба омогућити и друга рјешења. Та рјешења би могла бити као у Њемачкој, гдје се оставља прелазни период у коме се сумирају резултати пословања стечајног дужника, на основу којих се доноси одлука о коначној судбини дужника. Такође, неопходно је омогућити лак и брз прелазак из стања ликвидације у стање реорганизације, зависно од тога како се буду мијењале конкретне околности.

3.1. Мјере реорганизације

Усвајањем плана реорганизације успостављају се специфична дејства, а не она која би наступила по редовној стечајној процедури. Ипак, уколико би реорганизација била неуспјешна, опет би на снагу ступила редовна дејства стечаја, па закључујемо да усвајање плана реорганизације и његово провођење представљају одложни услов редовних дејстава. Закон је оставио могућност различитих модалитета реорганизације. Може се примјењивати једна мјера, или више мјера кумулативно:¹¹

1. Оставити стечајном дужнику сву или дио имовине ради наставка пословања;
2. Пренијети дио или сву имовину стечајног дужника на једно или више већ постојећих лица, или лица која ће тек бити основана;
3. Стечајног дужника припојити другом лицу или спојити са једним или више лица;
4. Продати сву или дио имовине стечајног дужника, са или без разлучних права;
5. Расподијелити сву или дио имовине између повјерилаца;
6. Извршити претварање потраживања у улоге;
7. Одредити начин намирења стечајних повјерилаца;
8. Намирити или измијенити разлучна права;

¹⁰ World Bank, *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*, 2001, 28.

¹¹ Закон о стечајном поступку Републике Српске – ЗСП, *Службени гласник РС*, бр. 67/02, 77/02, 38/03 и 96/03, чл. 142.

9. Смањити или одгодити исплату обавеза стечајног дужника;
10. Обавезе стечајног дужника претворити у кредит;
11. Преузети јемство или дати друго осигурање за исплату обавеза стечајног дужника;
12. Уредити одговорност стечајног дужника након завршетка стечајног поступка;
13. Издати нове акције; и сл.

Које мјере ће се у коначном примијенити, зависи од конкретних околности у којима се налази дужник, а одлуку о томе ће донијети стечајни повјериоци. Листа мјера није коначна, тако да се може примијенити и било која друга мјера, иако није наведена у закону. Једини услов јесте да је та мјера правно дозвољена. Сматра се да на овакав начин закон даје веома широке могућности оздрављења стечајног дужника и показује тенденцију олакшаног приступања реорганизацији.¹²

Све мјере које ће се примјењивати у реорганизацији морају бити садржане у плану реорганизације. То је посебна врста уговора између стечајног дужника и стечајних повјерилаца. У реорганизацији се запажају двије димензије, а то су сагласност повјерилаца, те функционалне и организационе промјене, које укључују измјене у погледу потраживања повјерилаца.¹³ Тим уговором, њиховом сагласношћу, мијењају се постојећи односи између дужника и повјерилаца. Измјене правних односа састоје се у томе што се одлаже намирење повјерилаца или мијења начин намирења њиховог потраживања, док повјериоци задржавају право надзора над провођењем реорганизације. Истовремено, дужнику се може оставити сопствена управа, да би уз реорганизационе мјере успио да се опорави. Опције стечајног плана зависе од избора повјерилаца, а оне се могу категорисати у следеће групе:¹⁴ 1) опције располагања имовином, 2) опције статусних промјена, 3) опције реструктурирања облигационих односа, 4) опције поступања према пријављеним потраживањима, 5) опције улагања, и 6) опције редифинисања радних односа.

Из чињенице да се стечајним планом мијењају постојећи правни односи између дужника и повјерилаца на основу њихове сагласности, изводи се закључак о његовој уговорној правној природи. Стечајни

¹² V. Trivun, *Prilozi o reformi stečajnog prava u zemljama jugoistočne Evrope*, Edition Temmen, Bremen 2004, 137.

¹³ М. Јовановић-Zattila, „Реорганизација или корпоративна рехабилитација као стечајна алтернатива“, *Хармонизација стечајног права и нови закон о стечајном поступку*, Ниш 2006, 219.

¹⁴ М. Рајчевић, „Законодавство и пракса“, *Југословенски преглед* 2008, 173.

план по том питању има дејство као извршна исправа. Правни односи успостављени планом реорганизације производе дејство све до намирења повјерилаца предвиђених планом реорганизације и престају испуњењем обавеза од стране стечајног дужника према повјериоцима, предвиђених планом реорганизације. Такви правни односи би престаали и уколико реорганизација не би успјела, јер тада долази до наставка са редовним током стечаја, када би стечајни повјериоци имали положај као да реорганизација није ни спровођена. Поред уговорне правне природе, план реорганизације има и јавноправних елемената. Наиме, његов садржај, подношење, усвајање и дејство одређени су императивним одредбама закона, па се изводи закључак и о његовој јавноправној природи.¹⁵ Управо на овај начин врши се заштита повјерилаца и других заинтересованих страна, јер законитост цјелокупне процедуре и свих обавезних елемената врши суд.

4. ЗАКЉУЧАК

Изузимајући различите друге облике ограничења начела конкуренције, који су због различитих чињеница оправдани, онемогућавањем стечајним дужницима у фази реорганизације да учествују у поступцима јавних набавки онемогућује се потпуније остварење принципа конкуренције у Закону о јавним набавкама. То доводи до неуспјехности Закона о јавним набавкама и Закона о стечајном поступку, јер је и у правном и у фактичком смислу први препрека потпунијем остварењу реорганизације. Узалуд и најсавршенија рјешења Закона о стечајном поступку, ако ван њега постоје друге препреке, које онемогућују његово остваривање.

Узимајући у обзир величину средстава јавних набавки, оне су велика шанса за економски опоравак стечајног дужника. С друге стране, стечајни дужник био би конкурентнији у односу на друге учеснике поступка због угрожене економске позиције, сходно којој би ишао са нижим цијенама рада и услуга као шанси сопственог опоравка. То би, даље, повратно доприносило економичнијем коришћењу буџетских средстава и њиховој реалокацији у развој, што је нужност у тренутним условима привређивања.

Неоправдана су рјешења изузимања стечајних дужника у реорганизацији у поступцима јавних набавки, поготово што се то правда несигурношћу испуњавања уговорене набавке због економског стања таквих дужника. Сматрамо, да правни оквир даје доста могућности за обезбјеђење, почев од различитих услова који се предвиђају за уче-

¹⁵ Г. Станковић, Н. Петрушић, *Стечајно процесно право*, Београд 2006, 201.

снике јавних набавки (различити технички и економски услови, средства обезбјеђења и сл.). С друге стране, потпуну пријаву на тендер могу имати само они дужници код којих је реорганизација успјешно заживјела, јер неће моћи добити уговор о јавној набавци уколико имају негативне рачуноводствене билансе, што потврђује чињеницу да не постоји несигурност извршења уговорене набавке у односу на друге привредне субјекте.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Агенција за јавне набавке БиХ, *Коментар Закона о јавним набавкама*, http://www.javnenabavke.ba/komentariprepоруke/Komentar-_na_ZJ-N.pdf;
2. Јовановић-Zattila, Милена, „Реорганизација или корпоративна рехабилитација као стечајна алтернатива“, *Хармонизација стечајног права и нови закон о стечајном поступку*, Правни факултет, Ниш 2006;
3. Рајчевић, Марко, „Законодавство и пракса“, *Југословенски преглед* 2008;
4. Станковић, Гордана, Петрушић, Невена, *Стечајно процесно право*, Службени лист СЦГ, Београд 2006;
5. World Bank, *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*, 2001;
6. Stand, Ivar, Romada, Paula, Canton, Erik, *Public Procurement in Europe, Cost and effectiveness*, London Economics and Ecorys, London 2011;
7. Trivun, Veljko, *Prilozi o reformi stečajnog prava u zemljama jugoistočne Evrope*, Edition Temmen, Bremen 2004;
8. UNCTAD, *Competition policy and public procurement*, Geneva 2012.

Правни прописи

1. Директиве, 89/66ЕЕС, 92/13ЕЕС, 2004/17ЕЗ, 2004/18ЕЗ;
2. Закон о јавним набавкама БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 49/04, 19/05, 52/05, 94/05, 8/06, 24/06, 70/06, 12/09 и 60/10;
3. Закон о стечајном поступку Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 67/02, 77/02, 38/03 и 96/03.

Senior Assistant Damjan Danilović, LL.M.

Faculty of Economics University of East Sarajevo

PRINCIPLE OF COMPETITION IN PUBLIC PROCUREMENT LAW COMPARED WITH INSTITUTE OF INSOLVENCY REORGANISATION

Summary

The author of this paper analyses certain kind of relationship between public procurement law and insolvency law. The author points out that the principle of competition, as very important principle of public procurement law, is not present enough especially in a segment where legal principle of these two laws should be the same.

According to the current situation, the author suggests certain corrections in current directives in order to strengthen the principle of competition in these kinds of relation.

Key words: *Public procurement; Competition; Reorganisation.*