Министерство за финансии
Биро за јавни набавки

Комисија за заштита
на конкуренцијата

Водич

за откривање незаконски договарања
во постапките за доделување на договори за јавни набавки

Скопје, декември 2014 година

Вовед

Овој водич е изготвен со цел да им овозможи на договорните органи да го осознаат незаконското договарање помеѓу економските оператори односно формирањето на картели кое може да се јави во постапките за доделување на договори за јавни набавки. Преку објаснување на поимите забранети договори, картели и забрането усогласено однесување, објаснување на начините на забрането договарање во постапките за доделување на договори за јавни набавки, идентификување на индустриите и производите кои најчесто се подложни на картелско договарање, како и со наведување на начините за откривање и пријавување на забранетото договарање, на договорните органи им се даваат насоки кои ќе им помогнат да го намалат ризикот од картелско здружување на економските оператори во постапките за доделување на договори за јавни набавки. Овие насоки се во согласност со препораките за превенција и избегнување на договарања во постапките за јавни набавки на меѓународните организации, како што е ОЕЦД.

Комисијата за заштита на конкуренцијата (во понатамошниот текст: Комисијата) е основана во 2005 година врз основа на Законот за заштита на конкуренцијата. Комисијата е организирана како самостоен, колегијален и независен државен орган, одговорен за својата работа единствено пред Собранието на Република Македонија и со основна надлежност - откривање, спречување и санкционирање на различните облици на спречување, ограничување или нарушување на конкуренцијата на пазарот.

Основни надлежности на Комисијата се:

- откривање и санкционирање на забранети договори;
- откривање и санкционирање на злоупотреба на доминантна позиција и
- оцена на концентрации.

Комисијата исто така дава мислења по предлози на закони и други акти со кои се уредуваат прашања што се однесуваат на економската активност, а кои можат да имаат влијание на конкуренцијата на пазарот и дава стручни мислења за прашања од областа на конкурентската политика, заштитата на конкуренцијата на пазарот и доделувањето на државна помош.

1. **Што се забранети договори/картели?**

Со член 7 од Законот за заштита на конкуренцијата воведена е општа забрана за договори склучени меѓу претпријатија, одлуки на здруженија на претпријатија и усогласено однесување чија цел или последица е нарушување на конкуренцијата, а особено оние кои:

- директно или индиректно ги фиксираат куповните или продажните цени или некои други услови за тргување;
- го ограничуваат или го контролираат производството, пазарот, техничкиот развој или инвестициите;
- го делат пазарот или изворите на снабдување;
- применуваат различни услови за исти или слични правни работи со други трговски партнери, со што ги ставаат во понеповолна конкурентска позиција или
- го условуваат склучувањето на договорите со прифаќање од другите договорни страни дополнителни обврски, што по својата природа или согласно со трговските обичаи не се во врска со предметот на договорот.

Согласно со Законот за заштита на конкуренцијата, поимите договори и одлуки, картели и усогласено однесување се дефинираат на следниов начин:

- **"договори и одлуки"** се правни дела со кои се уредуваат прашања што се однесуваат на условите на работењето, а чија што цел или последица е нарушување на конкуренцијата. Ова се однесува и на поединечните одредби на договорите и одлуките, кои можат да бидат изрични или премолчни;
- **"картели"** се договори и одлуки и/или усогласено однесување помеѓу две или повеќе претпријатија чија цел е координирање на нивното однесување како конкуренти на пазарот и/или влијаење на релевантните параметри на конкуренцијата, особено преку фиксирање на куповни или продажни цени или други услови на тргување, ограничување на производство или воспоставување продажни квоти, поделба на пазари, **договарање при учество на тендери,** ограничување на увоз или извоз и/или анти-конкурентско однесување насочено спрема други претпријатија - конкуренти на учесниците во картелот;
- **"усогласено однесување"** е координирање на однесувањето помеѓу две или повеќе претпријатија како резултат на што и без склучување на договор, доаѓа

до намерно заменување на состојбата на непречена конкуренција на релевантниот пазар со состојба на практична соработка помеѓу претпријатијата.

До усогласено однесување може да дојде како резултат на директни или индиректни контакти помеѓу претпријатијата чија што цел или последица е да се влијае на однесувањето на релевантниот пазар или да им се најави идното пазарно однесување на конкурентите.

Учеството во забранети договори согласно со Законот за заштита на конкуренцијата претставува тежок прекршок за кој Комисијата за одлучување по прекршок, при Комисијата за заштита на конкуренцијата изрекува глоба во износ до 10% од вредноста на вкупниот годишен приход остварен во последната деловна година, за која претпријатието или здружението на претпријатија има составена годишна сметка.

Дополнително членот 283 од Кривичниот законик предвидува казна затвор од една до десет години за одговорно лице во правно лице кое ќе склучи договор или ќе учествува во склучување на договор, одлука или договорена практика, забранети со закон, кои имаат за цел спречување, ограничување или нарушување на конкуренцијата, па поради тоа правното лице ќе се здобие со имотна корист од големи размери или ќе предизвика штета од големи размери.

Договарањето во постапките за доделување на договори за јавни набавки, се јавува кога економските оператори (претпријатијата, односно понудувачите) за кои во нормални услови се очекува да си конкурираат едни на други, тајно се договараат за условите на понудите кои ги поднесуваат (се договараат за цените, за квалитетот на производите, услугите или работите кои ќе ги понудат, како и за други фактори кои може да имаат вредност за потрошувачите), односно се договараат кој по која цена каде ќе добие договор за јавна набавка. Договорните органи (набавувачите) при објавувањето на огласите и спроведувањето на постапките за доделување на договори за јавна набавка, согласно со член 2 од Законот за јавните набавки, се должни да ја поттикнуваат конкуренцијата меѓу економските оператори и да обезбедат нивен еднаков третман и недискриминација. При тоа, во интерес на договорните органи е добивање на конкурентни понуди со цел да ја изберат онаа

понуда која за нив ќе значи добивање на „најдобра вредност за парите" при набавката на стоки, услуги или работи.

Со зголемување на конкуренцијата во постапките за доделување на договори за јавни набавки се постигнуваат пониски цени за стоките, услугите или работите кои се предмет на набавка со што се заштедуваат средства, односно се овозможува нивно рационално и ефикасно искористување, како и нивно искористување за набавка на други потреби или намени.

Картелите оневозможуваат договорните органи да ги почувствуваат благодетите на конкуренцијата (пониски цени, подобар квалитет, стимулирање на иновативноста на пазарот и постигнување на одржлив развој), а на претпријатијата учесници во картелот им овозможуваат остварување на поголеми профити.

При постоење на картели, договорните органи за истите стоки или услуги плаќаат повеќе (или за иста цена добиваат понизок квалитет) од она што би платиле/добиле доколку постоела вистинска конкуренција помеѓу понудувачите.

Јавните набавки се од големо значење за секоја национална економија, а Република Македонија секако не е исклучок. Имено во 2011 година се склучени вкупно 23.862 договори за јавни набавки, во вкупна вредност од 59,182,907,793 денари (со вклучен ДДВ), што претставува 13% од БДП на РМ, во 2012 година се склучени вкупно 23.732 договори за јавни набавки, во вкупна вредност од 56.363.279.435 денари (со вклучен ДДВ) што претствува 12% од БДП на РМ, во 2013 година, склучени се 20.645 договори за јавни набавки, во вкупна вредност од 52.491.650.489 денари што претставува 11% од БДП на РМ.

Имајќи го предвид погореизнесеното, неопходно е договорните органи доделувањето на договорите за јавна набавка да го вршат во согласност со Законот за јавни набавки, односно да ги почитуваат постапките пропишани со закон. Целта на Законот за јавни набавки е да обезбеди конкуренција меѓу економските оператори, еднаков третман и недискриминација на економските оператори, транспарентност и интегритет во процесот на доделување на договори за јавни набавки и рационално и ефикасно искористување на средствата во постапките за доделување договори за јавна набавка. Но, токму транспарентноста која е неопходна од една страна, им овозможува на

претпријатијата од друга страна да ги добијат потребните информации за создавање и одржување на картелите.

2. Вообичаени начини на формирање на картели кај јавните набавки

Иако претпријатијата можат да го договорат учеството во постапките за доделување на договори за јавни набавки на различни начини сепак постојат неколку вообичаени начини на вакво договарање и тоа:

- **Фиктивни понуди** - е еден од најчестите начини кој се користи за местење на тендерите. Ова подразбира договор помеѓу понудувачите согласно кој се нудат цени кои се повисоки од цената која ја нуди понудувачот (претпријатието) кое треба да го добие договорот за јавна набавка или доставуваат понуди кои се превисоки за да бидат прифатливи и/или доставуваат понуди кои содржат услови кои се неприфатливи за договорниот орган. Ваквите понуди одаваат впечаток на постоење на вистинска конкуренција меѓу понудувачите, односно постоење на конкурентни понуди, а всушност однапред се знае кој ќе го добие договорот.
- **Неподнесување на понуда** – е договор помеѓу понудувачите (претпријатијата) според кој еден или повеќе понудувачи (претпријатија), кои во вообичаени услови би поднеле понуда, се договараат да не поднесат понуда или пак да ја повлечат претходно поднесената понуда со цел да биде прифатена понудата на одреден, однапред утврден понудувач;
- **Ротирачка понуда –** понудувачите (претпријатијата) доставуваат понуди но се менува понудувачот (претпријатието) кој го добива договорот за јавна набавка, односно однапред се договараат да ги добиваат договорите по одреден редослед. Кај ваквото договарање понудувачите (претпријатијата) може да се договорат секој да добива определен договор со цел секој од нив на крајот да добие договор за јавна набавка со еднаква вредност или пак добиената вредност или количина на набавка да е во согласност со големината на секое претпријатие;
- **Поделба на пазарот,** подразбира понудувачите (претпријатијата) да го поделат пазарот на тој начин што ќе се договорат кој во кое подрачје ќе доставува понуда или кај кој договорни органи ќе доставуваат понуди. Исто така, поделбата на пазарите може да се изврши на тој начин што се доставуваат понуди на начин што значи поделба на самиот предмет на набавка и тоа или

преку доставување на исти цени при што предметот на договорот (количината) се дели помеѓу нив или преку доставување на различни цени но недоволни количини за да се задоволи целокупната набавка, заради што набавувачот повторно склучува договор за набавка со двајца или повеќе понудувачи со цел да ги добие побаруваните количини од бараната стока.

3. ***Карактеристични производи и услуги за кои најчесто се јавуваат незаконски договарања***

Претпријатијата, со цел успешно да спроведат одреден забранет договор мора да се согласат за одредено заедничко дејствување, како и да следат дали сите учесници во договорот се однесуваат согласно договореното. Иако забранетото договарање може да се јави кај секој економски сектор, односно кај секоја економска дејност, сепак постојат дејности кај кои е поверојатно да се случат вакви договарања. Забранетите договори најчесто се случуваат кај економските дејности кои ги имаат следниве карактеристики:

- Мал број на претпријатија кои нудат одредени стоки/услуги. Колку е помал бројот на претпријатија, толку полесно можат да се договорат и обратно колку е поголем бројот на претпријатија кои ги нудат потребните стоки/услуги, толку е поризично за нив да комуницираат меѓу себе и да воспостават картел. При мал влез или непостоење влез на нови претпријатија кои ја нудат потребната стока/услуга претпријатијата кои се веќе на пазарот се заштитени од конкурентски притисок за можен влез на нови претпријатија што го олеснува договарањето помеѓу претпријатијата.
- На пазарите на кои постои постојаност во понудата и побарувачката се зголемува и мотивот на претпријатијата да влезат во антиконкурентски договор и обратно, доколку има значителни промени во понудата или побарувачкта на одредени стоки или услуги склучувањето на антиконкурентски договори е отежнато. Договорите за јавни набавки кои редовно се повторуваат исто така, ја зголемуваат веројатноста за незаконско договарање бидејќи им овозможува полесна поделба на договорите.
- Исти или слични стоки или услуги. Доколку претпријатијата продаваат идентични или слични стоки или услуги полесно се постигнува договор за зедничка ценовна структура, ова особено доколку не постојат супститути на пазарот за дадените стоки/услуги и/или постојат мали технолошки промени и иновации во областа на стоките или услугите кои се бараат.

4. Индикатори кои укажуваат на можно постоење на забранет договор.

Незаконските договори меѓу претпријатијата се докажуваат многу тешко, бидејќи тие секогаш се тајни. Сепак врз основа на своето искуство од долгогодишно спроведување на постапки за доделување на договори за јавни набавки, договорните органи можат да воочат одредено однесување, односно одредени појави кои не се вообичаени во постапките за доделување на договори за јавни набавки.

Со внимателна анализа договорните органи може да воочат определени, предупредувачки знаци кои укажуваат на можно постоење на картели во постапката за доделување на договор за јавна набавка. Секако за појавата на некои од овие предупредувачки знаци може да постои рационално и оправдано објаснување, но сепак доколку се воочат би требало поблиску и подетално да се разгледаат.

4.1 Шеми на однесување на претпријатијата

Одредени шеми на однесување на претпријатијата може да укажат на постоење на незаконски договори, како на пример:

- Истиот понудувач најчесто има најповолна понуда;
- Одредени претпријатија поднесуваат понуди само во одредени географски области или кај одредени договорни органи;
- Понудувачи кои редовно учествувале во претходните постапки не поднесуваат понуда иако имаат добри шанси да го добијат договорот, а продолжуваат да учествуваат со свои понуди на слични тендери кај други договорни органи;
- Некои понудувачи неочекувано ги повлекуваат своите понуди;
- Одредени претпријатија секогаш поднесуваат понуди но никогаш не добиваат;
- По ред секое претпријатие добива договор за јавна набавка;
- Две или повеќе претпријатија поднесуваат заедничка понуда иако, барем еден од нив можел да поднесе понуда самостојно;
- Оној кој го добива договорот за јавна набавка во повеќе наврати склучува поддоговори со понудувачи кои во постапката доставиле повисоки понуди;
- Најповолниот понудувач не склучува договор, а подоцна е подизведувач;
- Најповолната понуда најчесто не ги задоволува бараните количини на тендерот.

4.2 Предупредувачки знаци во документацијата

Претпријатијата знаат дека договарањата за учество во постапка за доделување на договор за јавна набавка се забранети и ќе се обидат својот договор да го држат во најголема тајност, но сепак можно е да направат определени грешки кои укажуваат на постоење забранет договор како што се:

- Исти грешки во документацијата доставена од различни понудувачи (пр. правописни грешки);
- Понудите од различни понудувачи имаат ист ракопис или ист формат, исти пасуси или исти грешки во пресметките, идентични проценки за трошоци и сл.

4.3 Предупредувачки знаци кои се однесуваат на цената

Постојат и определени предупредувачки знаци во понудите кои можат да укажат на постоење на забранет договор, а кои се однесуваат на понудените цени:

- Понудувачите доставуваат исти цени или цените растат за ист процент од еден до друг понудувач;
- Ненадејно и идентично зголемување на цените, кое не може да се објасни со зголемување на трошоците;
- Претпријатијата престануваат да нудат попусти, особено за стоки/услуги каде во минатото постоле вакви попусти;
- Невообичаено голема разлика во понудената цена на понудата која го добива договорот за јавна набавка, во однос на другите понуди;
- Определена понуда на определено претпријатие е значително повисока од понудата на истото тоа претпријатие за слична набавка;
- Значително намалување на цената откако се појавува нов понудувач, односно новиот понудувач може да го „наруши„ постојниот картел;
- Не се спуштаат цените на електронската аукција и/или
- Понудувачите понудиле цени и услови кои се понеповолни од реалните пазарни услови.

4.4 Други знаци кои укажуват на постоење на картел во процес на набавка

Договорните органи во постапката за доделување на договор за јавна набавка можат да воочат и други индикатори кои може да укажуваат на постоење на картел, односно недозволен договор помеѓу понудувачите, како што се:

- усни или писмени повикувања на одредени договори помеѓу понудувачите;
- изјави на понудувачите дека нивната цена соодветствува на „препорачаните цени за тие стоки/услуги“, „вообичаената цена за тие стоки/услуги“ „стандардни пазарни цени“, „или ценовни шаблони “ и сл.;
- изјави дека одредено претпријатие не продава во одредено подрачје или на одредени договорни органи или дека определено подрачје или договорни органи „припаѓаат“ на друг понудувач и/или
- повикување на одредено однесување или делови од понуди на конкурентите, кои не се јавно достапни.

4.5 Како да се постапи во случај на постоење на сомнеж за картел

Договорниот орган во текот на постапката за доделување на договор за јавна набавка треба да ги преземе следните чекори доколку се посомнева во постоење на картел:

- да се приберат и сочуваат сите докази кои го навеле договорниот орган да се посомнева во постоењето на картелот (покрај официјалните документи – понуди, пликоа, кореcподенција, да се забележат и изјави кои ги давале понудувачите, кога ги давале, кој бил присутен, како и други фактори кои придонеле за појава на сомнежот за постоење картел);
- Документацијата доставена од претпријатијата да се сочува онака како што е доставена, да не се допишуваат белешки и сл.;
- да не се откриваат сомнежите за можно постоење на картел на претпријатијата понудувачи;
- Да се контактира Комисијата за заштита на конкуренцијата и да се достават сите докази кои укажуваат на постоење на забранет договор. Доколку лицето кое пријавува постоење на картел сака да остане анонимно, Комисијата е обврзана да не го открие неговиот идентитет, а доколку утврди постоење на доволно докази, Комисијата постапката ја поведува и ја води по службена должност.

5. Како да се намали ризикот од создавање картели кај јавните набавки

Договорните органи можат да помогнат не само во откривањето на картелите, туку и со преземање позитивни чекори да влијаат на зголемување на конкуренцијата и намалување на ризикот од картелско здружување помеѓу претпријатијата.

Начинот на кој се осмислуваат постапките за доделување на договори за јавни набавки и ставањето на одредени услови во нив, генерално, може да придонесе за превенирање на појавата на картели во постапките за јавни набавки. Во рамките на различните можности кои ги дава Законот за јавни набавки треба да се одберат оние алтернативи при осмислувањето на постапките кои се проконкурентни, односно овозможуваат поголема конкуренција. При осмислувањето на постапките за доделување на договори за јавни набавки треба да се има во предвид следното:

- Листа на потенцијални понудувачи. Листата на потенцијални понудувачи да биде што е можно поголема. Бараните минимални барања треба да бидат во согласност и пропорционални на спецификата и вредноста на договорот, односно не треба да се ставаат непотребни барања кои ќе влијаат да се намали бројот на потенцијални понудувачи. Исто така, барањето за доставување на големи гаранции влијае на намалување на бројот на понудувачите. Помалиот број на понудувачи го олеснува формирањето на картели;
- Договорните органи треба да предвидат јасни правила како ќе постапуваат ако добијат понуди со исти услови. При тоа, треба да се избегнува делење на количините помеѓу понудувачите кои поднеле исти понуди. За понудувачите може да биде подобра алтернатива да понудат повисоки цени и да го поделат договорот со други понудувачи, отколку да понудат пониски цени со постоење на неизвесност дали ќе го добијат договорот. Треба да се изнајде механизам со кој ќе се избере една најповолна понуда (кој прв поднел понуда, ждребување или слично);
- Да се зачува тајноста во постапката – имиња на фирми кои се квалификувале за учество во е – аукција, во преговори и слично. Тоа е предвидено во член 136 од Законот за јавните набавки. Целта е да се избегнат контакти помеѓу понудувачите кога се познати цените и другите услови од понудите;
- Да бара однапред да се наведат подизведувачите, како и да се контролира евентуалната замена на подизведувачите во фазата на реализација на договорот. Ова е утврдено во членот 46 од Законот за јавните набавки;
- Групна набавка - за доделување на договор за јавна набавка на стоки и/или услуги за кои постојат мал број на потенцијални понудувачи, може да се спроведат групни набавки, бидејќи кога е поголема набавката помала е вројатноста понудувачите да се договорат. Понудувачите имаат законско право да се групираат во група понудувачи.

Сомнежот за постоење на антиконкурентско однесување (картел) на претпријатијата во постапките за јавни набавки, договорните органи можат да го пријават до Комисијата за заштита на конкуренцијата на адреса: Ул. Св. Кирил и Методиј бр. 54 Скопје, преку електронска пошта на: kzk@kzk.gov.mk по фах: (02) 3296-466 или да ја контактираат Комисијата на тел. (02) 3298-666.

Комисијата за заштита на конкуренцијата е отворена за соработка по сите прашања како во однос на постоењето на забранети договори така и во однос на други прашања од нејзина надлежност.