A joint initiative of the OECD and the European Union, principally financed by the EU

VI IPA REGIONALNA KONFERENCIJA O JAVNIM NABAVKAMA

Radionica

Bernard Piekarski

Ministarstvo odbrane Francuske – Uprava za naoružanje

Sprovođenje Direktive 2009/81/EC: stavovi praktičara

Danilovgrad, Crna Gora

21. jun 2013.

© OECD

Sprovođenje Direktive 2009/81/EC: stavovi praktičara

- **Nabavke za sektor odbrane u Evropi prije Direktive 2009/81/EC,**
- Ciljevi Direktive 2009/81/EC,
- Težak postupak transponovanja,
- Posljedice Direktive u državama članicama,
- Da li ova direktiva funkcioniše kako valja?

Nabavke za sektor odbrane u Evropi prije Direktive 2009/81/EC: Stanje

- Prije, znači prije 21. avgusta 2011. godine,
- Član 346 Ugovora o funkcionisanju EU se primjenjivao za nabavku naoružanja. U nekim državama članicama, za bilo kakve nabavke za Ministarstvo odbrane,
- Član 346 Ugovora o funkcionisanju EU = nema zakona, nema propisa, nema pravnih lijekova,
- U nekim državama članicama, vodiči za pomoć i održavanje određenog nivoa konkurencije,
- U Francuskoj, poseban propis za nabavku naoružanja. Oglašavanje u Službenom listu Francuske i na web stranici je bilo obavezno, izuzev za povjerljive stvari. Isti pravni lijekovi kao i za bilo koju drugu javnu nabavku.

Nabavke za sektor odbrane u Evropi prije Direktive 2009/81/EC: Posljedice

- Fragmentacija industrije,
  - Većina evropskih privrednih društava nije u stanju da se takmiči sa američkim privrednim društvima, ali…
  - Fragmentacija istraživanja i razvoja,
  - Mala efikasnost, visoke cijene,…
- Kompenzacije,
  - Većina država članica je zahtijevala kompenzacije,
  - Kompenzacije predstavljaju veliko narušavanje unutrašnjeg tržišta,
  - Kompenzacije predstavljaju diskriminaciju na bazi nacionalne pripadnosti.

Nabavke za sektor odbrane u Evropi prije Direktive 2009/81/EC: Posljedice

- Kupovati u nacionalnim okvirima,
  - Ova opcija je u svakom slučaju ograničena budući da nijedna država članica nije u stanju da proizvede svu potrebnu opremu za sektor odbrane,
  - Čak i tada su evropske prekogranične nabavke za sektor odbrane bile značajnije nego na civilnom planu.
- Nema pravnih lijekova: kandidati su nezadovoljni i neće ponovo učestvovati na drugim tenderima, ili mogu povećati cijene,

Nabavke za sektor odbrane u Evropi prije Direktive 2009/81/EC: Posljedice

- Korupcija prilikom nabavki za sektor odbrane
  - Nema propisa, nema zakona, povjerljivo, nema transparentnosti, nema pravnih lijekova,
  - U nekim zemljama zakoni o korupciji se ne mogu primijeniti,
  - Visoka cijena i velika vrijednost opreme,
  - Složena oprema: potrebno je biti stručnjak da bi se razumjele prednosti/nedostaci nekog proizvoda,
  - Složena oprema: Za kupovinu su potrebni pregovori.

Sprovođenje Direktive 2009/81/EC: stavovi praktičara

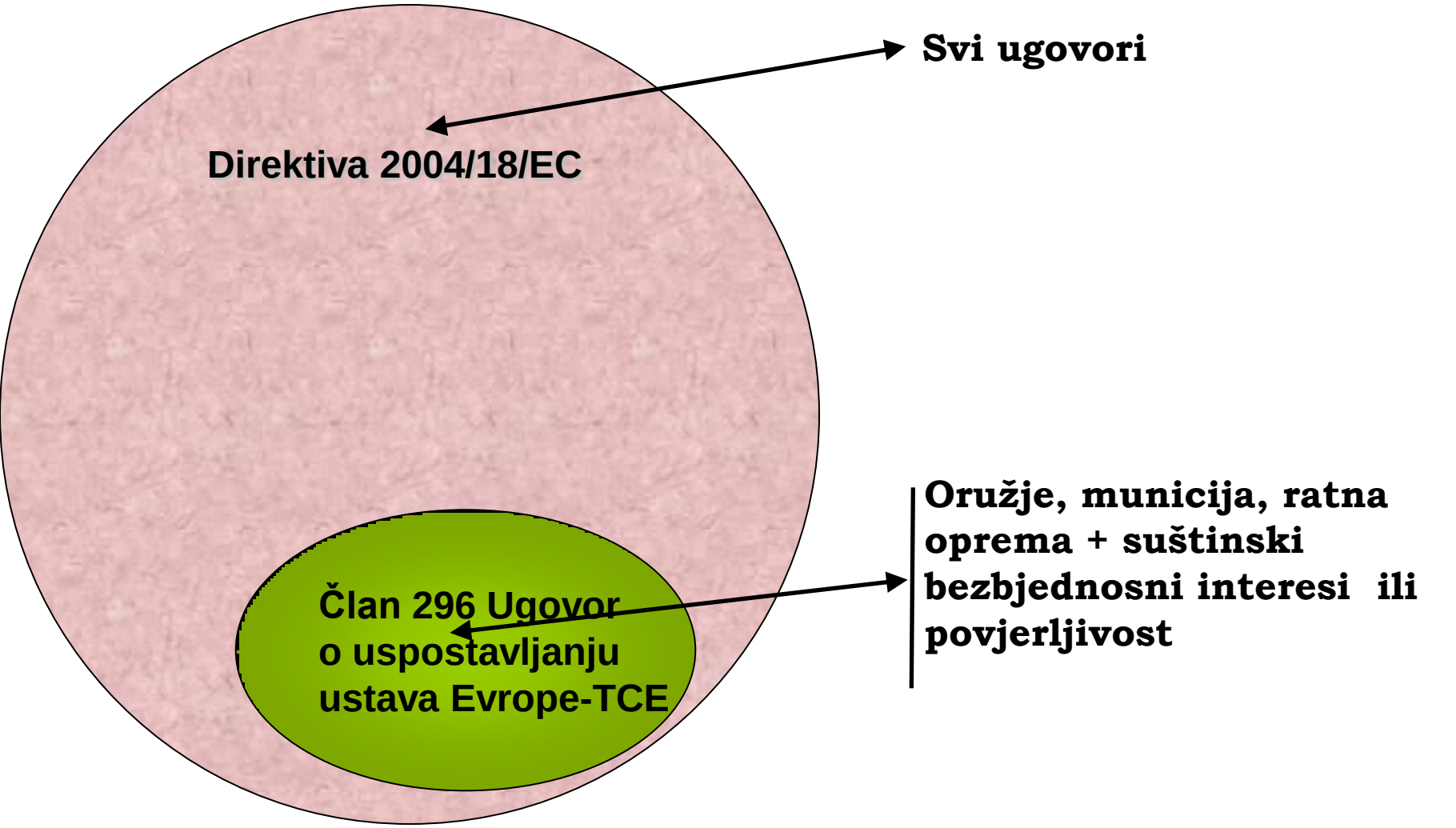
- Nabavke za sektor odbrane u Evropi prije Direktive 2009/81/EC,
- **Ciljevi Direktive 2009/81/EC,**
- Težak postupak transponovanja,
- Posljedice Direktive u državama članicama,
- Da li ova direktiva funkcioniše kako valja?

Ciljevi Direktive 2009/81/EC

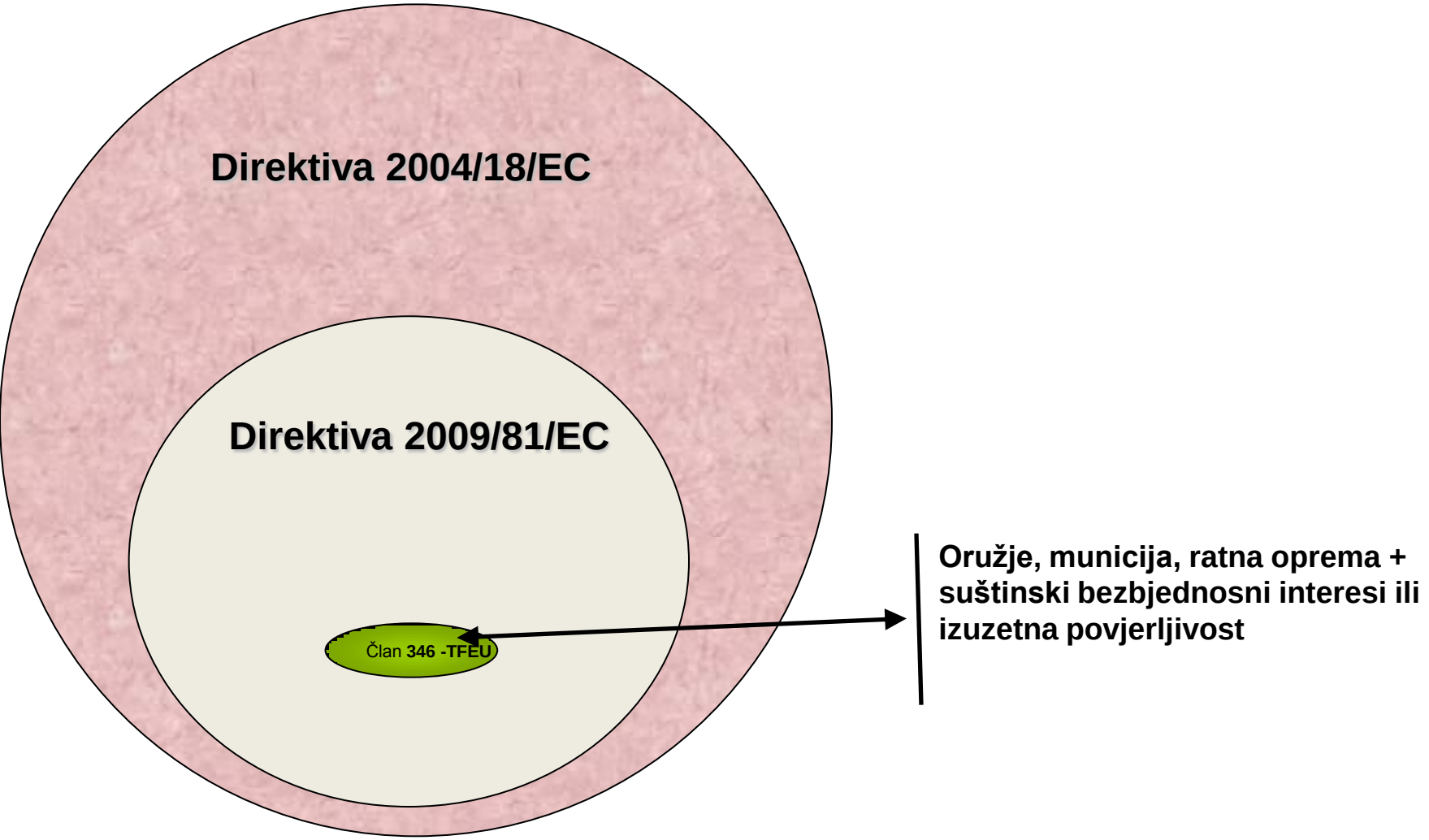
- Ograničiti primjenu člana 346 Ugovora o funksionisanju EU, bez bilo kakve promjene teksta Ugovora**,**
- Donijeti prilagođen i fleksibilan propis, izvan opsega Sporazuma o vladinim nabavkama (GPA),
- Viši prag, mješoviti ugovori, slobodni pristup postupku pregovaranja, sigurnost nabavke, sigurnost informacija, veće mogućnosti za isključenje kandidata, podugovaranje, režim pravnih lijekova sa nekoliko konkretnih karakteristika, …

Ciljevi Direktive 2009/81/EC

- **Kako funkcioniše?**
  - Budući da je Direktiva fleksibilna i prilagođena nabavkama u sektoru odbrane, ima malo razloga da se ne koristi,
  - Pogrešno je koristiti izuzeće Direktive kada se ona može primijeniti. Član 11: "***Nijedno od pravila, procedura, programa, sporazuma, aranžmana ili ugovora na koje se odnosi ovaj odjeljak se ne može upotrijebiti u cilju zaobilaženja odredaba ove direktive***." (proizlazi iz nekoliko slučajeva pred Evropskim sudom pravde).


Prije Direktive 2009/81
Svi ugovori
Direktiva 2004/18/EC
Član 296 Ugovor o uspostavljanju ustava Evrope-TCE
Oružje, municija, ratna oprema + suštinski bezbjednosni interesi ili povjerljivost

SADA



Oružje, municija, ratna oprema + suštinski bezbjednosni interesi ili izuzetna povjerljivost

Direktiva 2009/81/EC

- **Opseg**
  - Široki opseg za oblast odbrane i bezbjednosti,
  - Izvan opsega Sporazuma o vladinim nabavkama - GPA,
- **Glavni izuzeci:**
  - Član 346 Ugovora o funkcionisanju EU, međunarodni sporazum, međunarodna organizacija koja nabavlja za svoje potrebe, saradnja, obavještajni rad, ugovori između vlada, istraživanje.
  - **Ali izuzeci ne smiju zaobići Direktivu: O korišćenju izuzetka se mora odlučivati u svakom pojedinom slučaju i to mora biti manje-više neophodno.**

Direktiva 2009/81/EC

- **Sigurnost informacija**
  - (Ništa ne postoji u Direktivi 2004/18/EC),
  - Kandidati: mogućnost izuzeća (vidi član 39.), može se zahtijevati dozvola za pristup povjerljivim informacijama ili se kandidatima može dati fiksno odlaganje kako bi dobili dozvolu. Nacionalna dozvola je u redu, ali se provjerava.
  - Uslovi djelovanja (član 22.):
    - Sposobnost zaštite povjerljivih informacija
    - Transparentnost u vezi sa podugovaračima kako bi se dopustilo ugovornom organu da provjerava njihove sposobnosti vezane za sigurnost informacija
    - Posvećenost za dobijanje iste sposobnosti od podugovarača.

Direktiva 2009/81/EC

- **Sigurnost nabavke:**
  - (ništa ne postoji u Direktivi 2004/18/EC),
  - Kandidati: mogućnost isključenja kandidata iz učešća u ugovoru (vidi Direktiva, član 39.)
  - Kandidati: tehnička i stručna sposobnost u odnosu na sigurnost nabavke (član 42,1 h..),
  - Uslovi djelovanja (član 23.):
    - Kontrola izvoza, tranzit, lokacija lanca snabdijevanja, sposobnost zadovoljenja dodatnih potreba, sposobnost za održavanje i modernizaciju, informisanje o bilo kakvoj promjeni u organizaciji industrije
    - Kontrola izvoza u EU ne bi trebalo da remeti stvari.
  - Mogućnost nekonkurentne procedure u slučaju hitnosti koja je rezultat određene krize.

Direktiva 2009/81/EC: Kompenzacije

- Nema pomena kompenzacija u Direktivi,
- Pogledati smjernicu Komisije o kompenzacijama,
- Kompenzacije su diskriminacija na bazi nacionalne pripadnosti, što zabranjuje TFEU
- I eksterni ugovor = član 346 TFEU?
  - Često je teško govoriti o neophodnosti primjene člana 346 TFEU,
  - Čak i unutar člana 346 TFEU, potrebno je dokazati da je zahtijevanje kompenzacije od suštinskog interesa za bezbijednost, što se ne može povezati sa ekonomskim ciljevima: nemoguće.

Direktiva 2009/81/EC: Baza evropske odbrambene industrije i tehnologije (EDTIB)

- Uvodna napomena 2: “Postepeno uspostavljanje evropskog tržišta odbrambene opreme je od suštinskog značaja za osnaživanje baze evropske odbrambene industrije i tehnologije i za razvoj vojnih sposobnosti koje su potrebne za sprovođenje Evropske bezbjednosne i odbrambene politike.”
- Uvodna napomena 18: **“**(..) Ovaj izuzetak takođe znači da u specifičnom kontekstu tržišta odbrane i bezbijednosti, države članice zadržavaju pravo da odluče da li ili ne njihov ugovorni organ/subjekt može dozvoliti firmama iz zemalja izvan EU da učestvuju u procedurama dodjeljivanja ugovora. (..) “
- Dvije trećine država članica imaju različita rješenja za izuzeće svakog privrednog subjekta koji nije u EU iz njihovih procedura, manje ili više efikasno.
- Prvo razmišljajte evropski!

Sprovođenje Direktive 2009/81/EC: stavovi praktičara

- Nabavka za potrebe odbrane u Evropi prije Direktive 2009/81/EC,
- Ciljevi Direktive 2009/81/EC,
- **Teška vježba transponovanja,**
- Posljedice Direktive u državama članicama,
- Da li ova direktiva funkcioniše kako valja?

Težak postupak transponovanja

- Direktiva je objavljena u Službenom listu EU (OJEU) 21. 08. 2009, a transponovanje je bilo obavezno u roku od 2 godine,
- Jedna država članica je transponovala prije isteka tog roka (Estonija), većina država članica je transponovala sa par mjeseci zakašnjenja, 4 države članice sa zakašnjenjem dužim od godine dana,
- Transponovanje može biti lak postupak kada imate mali broj zakona i propisa,
  - Transponovanje u Danskoj je prosta kopija Direktive sa predgovorom,
  - U Francuskoj je to bilo vrlo teško.

Težak postupak transponovanja

- Dva različita stava o transponovanju u mnogim državama članicama:
  - 1.- Biti što bliži tekstu Direktive 2004/18 EC, kako bi se ostalo u poznatoj zoni i olakšalo transponovanje,
  - 2.- Osloboditi se svega onoga što nije prilagođeno nabavkama za sektor odbrane i što nije u Direktivi, biti što dalje od teksta Direktive 2004/18 EC, kako bi se dobila maksimalna sloboda.
- Francusko rješenje. Većina država članica je, čini se, preferirala prvo rješenje.

Težak postupak transponovanja

- Arhitektura transponovanja se razlikuje od jedne države članice do druge. Veza sa tekstovima Direktive 2004/18 i 2004/17.
  - Potpuno razdvojeni tekstovi: jedna direktiva, jedan tekst
  - Potpuno integrisani tekstovi: 3 ili 4 direktive, čak i više, jedan tekst: nije razumljivo (Mađarska)
  - Jedna direktiva jedan tekst, osim za karakteristike visokog nivoa, koje su uobičajene
  - Arhitektura sa različitim nivoima tekstova (Njemačka)

Težak postupak transponovanja

- Arhitektura transponovanja se razlikuje od jedne države članice do druge.
  - Arhitektura sa dva nivoa tekstova i nekih identičnih članova koji se jednostavno prenose (“primjenjuje se član XXX”) (Francuska)
  - Dva glavna teksta, a tekst Direktive 2009/81 se primjenjuje samo kada se razlikuje od teksta Direktive 2004/18: veoma teško za razumijevanje i pogrešno je smatrati da postoji glavna direktiva (2004/18) i dvije sekundarne direktive (2004/17 i 2009/81).

Težak postupak transponovanja

- Polje primjene: bilo koji organ/subjekat za nabavke … za oblast odbrane i bezbjednosti
  - Neke države članice su isključile neke subjekte, lokalne samouprave, ali sve to je od malog ekonomskog značaja i Komisija je pisala tim državama članicama
- Izuzeća: neke države članice su dodale rečenice kako bi proširile izuzeća, posebno polje člana 346 TFEU
  - To je pogrešno, pogotovo sa takvom namjerom.
- Sigurnost nabavke: granica između onoga što može biti neophodno i značajnog remećenja konkurencije je tanka.
- Podugovaranje: izuzetna kompleksnost. U nekim državama članicama, dodatni zakoni o podugovaranju (Francuska...).

Sprovođenje Direktive 2009/81/EC: stavovi praktičara

- Nabavka za potrebe odbrane u Evropi prije Direktive 2009/81/EC,
- Ciljevi Direktive 2009/81/EC,
- Težak postupak transponovanja,
- **Posljedice Direktive u državama članicama,**
- Da li ova direktiva funkcioniše kako valja?

Posljedice Direktive u državama članicama

- Novi propis, komplikovan, sa nekim specifičnim evropskim institutima, za ljude koji su navikli da kupuju bez propisa, ili s vremena na vrijeme da kupuju sa Direktivom 2004/18,
- Francuska je vjerovatno bila manje uznemirena, budući da je i ranije postojao određeni propis, sa nekim sličnostima sa Direktivom. Ali evropski pravni instituti (proporcionalnost, subsidijarnost...) nisu francuski instituti,
- Direktiva je napravljena od strane i za ljude iz sektora odbrane. Postoji veoma mali broj bezbjednosnih ugovora.

Posljedice Direktive u državama članicama

- Potreban je veliki napor za obuku
- Budući da su generalno nacionalni tekstovi pomalo različiti od Direktive, obuka za Direktivu možda nije dovoljna,
- Neophodni su vodiči, prilagođeni lokalnim praksama i propisima,
  - Komisija je izradila 7 “smjernica” koje mogu biti korisne za izradu nacionalnih vodiča.

Posljedice Direktive u državama članicama

- **Za nabavke u sektoru odbrane** što bi trebalo da ostane unutar polja Direktive 2004/18/EC:
  - Isključivo ne-vojna oprema. Većina radova i usluga vjerovatno mogu biti u jednoj ili drugoj direktivi, pod uslovom da se jedna ili druga direktiva ne zaobilaze.
- Što bi trebalo da bude unutar polja Direktive 2009/81/EC:
  - Naoružanje, podrška, kapaciteti za testiranje, obuka ili sve ono što ima bilo kakav specifični vojni uređaj (kamioni, pod uslovom da su zelene boje..).
- Što može ostati izvan Direktive:
  - Istraživački ugovori, član 346 TFEU (nuklearna odbrana, razvoj elektronskog ratovanja, neki specifični komunikacijski projekti), nešto od obavještajnoj rada (veoma tajna oprema), saradnja.

Posljedice Direktive u državama članicama

- **Izuzeci: Što znači zaobilaženje Direktive?**
  - Korišćenje člana 346 TFEU iz ekonomskih razloga, kada je potrebno pružiti podršku nekoj nacionalnoj kompaniji,
  - Traženje od NATO Agencije za podršku (NSPA) dozvole za nabavku kada se može upotrijebiti Direktiva,
  - Ugovor između dvije vlade kada je neka evropska firma sposobna da isporuči istu vrstu opreme: slučaj inostrane vojne trgovine za nabavku novih letjelica tipa F16,
  - Mješoviti ugovori kada se izuzeće može sprovesti preko nekog posebnog ugovora

Posljedice Direktive u državama članicama

- **Izuzeci: Što znači zaobilaženje Direktive?**
  - Korišćenje pojma “samo za nacionalne oči” ne opravdavajući izuzeće člana 346 TFEU, a opravdavajući diskriminaciju na bazi nacionalnosti je od suštinskog značaja za nacionalnu bezbijednost (suštinski značaj za nacionalnu bezbijednost bi mogao biti impliciran ako bi se koristila Direktiva),
  - Stvaranje veze između ugovora sa izuzetim istraživanjem i razvojem i praćenje ugovora kroz prava intelektualne svojine.

- **Kompenzacije su zabranjene u svakom slučaju.**

  Svaki zakon ili propis o kompenzacijama bi trebao biti ukinut

Posljedice Direktive u državama članicama

- **Istraživanje ostaje jedini ograničeni način da se podrži industrija.**
  - Istraživanje je izuzeće Direktive,
  - Istraživanje često nije prilagođeno konkurenciji,
  - Istraživanje je, na kraju krajeva, profit za svih.
- **Saradnja (prava saradnja, sa fazom istraživanja) ostaje najbolji način za razvoj i organizaciju industrije u Evropi i za dobijanje onoga što vam je potrebno.**

Sprovođenje Direktive 2009/81/EC: stavovi praktičara

- Nabavka za potrebe odbrane u Evropi prije Direktive 2009/81/EC,
- Ciljevi Direktive 2009/81/EC,
- Težak postupak transponovanja,
- Posljedice Direktive u državama članicama,
- **Da li ova direktiva funkcioniše kako valja?**

Sprovođenje Direktive 2009/81/EC - Statistika – objavljeno u TED-u (Evropski list za javne nabavke) od 21.08.2011. do 31.03.2013.

ZEMLJA	PROFIL KUPCA	OBJAVA O DODJELI UGOVORA	OBAVJEŠTENJE O DOBROVOLJNOJ EX ANTE TRANSPARENTNOSTI	**OBJAVA UGOVORA**		OBAVJEŠTENJE O PRETHODNOJ INFORMACIJI	NB	%
NJEMAČKA (DE)	1	163		**235**	**21,7%**	7	406	18,1%
AUSTRIJA (AT)		1		**2**	**0,2%**	1	4	0,2%
BELGIJA (BE)		2		**8**	**0,7%**		10	0,4%
BUGARSKA (BG)		11	1	**14**	**1,3%**	1	27	1,2%
KIPAR (CY)				**3**	**0,3%**	1	4	0,2%
DANSKA (DK)		26	59	**42**	**3,9%**	3	130	5,8%
ŠPANIJA (ES)	1			**0**	**0,0%**		1	0,0%
ESTONIJA (EE)		1		**1**	**0,1%**		2	0,1%
FINSKA (FI)		37	25	**63**	**5,8%**		125	5,6%
FRANCUSKA (FR)	1	132	44	**515**	**47,6%**	3	695	31,0%
GRČKA (GR)				**0**	**0,0%**		0	0,0%
MAĐARSKA (HU)	1	23		**11**	**1,0%**		35	1,6%
ITALIJA (IT)	2	194	11	**23**	**2,1%**	82	312	13,9%
IRSKA (IE)				**0**	**0,0%**		0	0,0%
LETONIJA (LV)		2		**3**	**0,3%**		5	0,2%
LITVANIJA (LT)		3	3	**12**	**1,1%**		18	0,8%
LUKSEMBURG (LU)				**0**	**0,0%**		0	0,0%
MALTA (MT)				**0**	**0,0%**		0	0,0%
HOLANDIJA (NL)		6		**0**	**0,0%**		6	0,3%
POLJSKA (PL)	2	3	2	**7**	**0,6%**		14	0,6%
PORTUGAL (PT)				**0**	**0,0%**		0	0,0%
ČEŠKA REPUBLIKA (CZ)		10		**36**	**3,3%**	36	82	3,7%
RUMUNIJA (RO)		1		**5**	**0,5%**		6	0,3%
UJEDINJENO KRALJEVSTVO (GB)		43	187	**79**	**7,3%**	10	319	14,2%
SLOVAČKA (SK)		5	3	**6**	**0,6%**	3	17	0,8%
SLOVENIJA (SI)				**1**	**0,1%**		1	0,0%
ŠVEDSKA (SE)		4	1	**17**	**1,6%**		22	1,0%
UKUPNO	8	667	336	**1083**	**100,0%**	147	2241	100,0%

Da li ova direktiva funkcioniše kako valja?

- Najvažnije su objave o ugovoru,
- Francuska objavljuje približno polovinu obavještenja o ugovorima, poslije nje su Njemačka (21%) i UK (7%). Francuska, Njemačka, Ujedinjeno Kraljevstvo i Finska objavljuju 82% objava o ugovorima. Pored toga, za Italiju, broj obavještenja o dodjeli je znatno veći od zbira objava o ugovoru i obavještenja o dobrovoljnoj ex ante transparentnosti. Španija, Grčka, Irska, Luksemburg, Malta i Portugal ne koriste Direktivu 2009/81/EC.

Da li ova direktiva funkcioniše kako valja?

- **Nakon skoro 2 godine:**
- Korišćenje kompenzacija i dalje ostaje, propis o kompenzacijama još uvijek na snazi u nekoliko država članica (Holandija, Danska, Italija...)
- Još uvijek ima slučajeva spoljne vojne trgovine, što ne bi trebalo biti,
- Neke države članice imaju mali broj objava o dodjeli ugovora ili niti jednu objavu

- **Još uvijek ne!**

Da li ova direktiva funkcioniše kako valja?

- Transponovanje je postalo teže i duže nego što se očekivalo,
- Korišćenje ove Direktive ostaje komplikovano,
- Većina ministarstava odbrane u državama članicama vidi velike prednosti kod ove direktive,
- Čini se da Komisija ima volju da Direktivu učini funkcionalnom, sa Evropskim sudom pravde.

Sprovođenje Direktive 2009/81/EC: stavovi praktičara

Hvala na pažnji!

Bernard PIEKARSKI

bernard.piekarski@dga.defense.gouv.fr