

Ведран Ђукић

ЗАКОНИ ПОБЕДЕ

ОД УЧЕСНИКА ДО ПОБЕДНИКА
У ЈАВНИМ НАБАВКАМА

Уредник
Зоран Колунџија

Ведран Ђукић

ЗАКОНИ ПОБЕДЕ

ОД УЧЕСНИКА ДО ПОБЕДНИКА
У ЈАВНИМ НАБАВКАМА



ПРОМЕТЕЈ
Нови Сад

ХЕГЕЛ КАО НУКЛЕУС ИДЕЈЕ

Док је постављао своју перцепцију дијалектике, супротну Платоновој, Хегел је развио неку врсту антилогичног креационизма¹ у ком је постанак нечег новог могућ управо из противречности, што је дакако супротно концепцији уобичајене логике. Основе овог размишљања својеврсна су транскрипција Њутновог трећег закона, по којем свака акција има једнаку и супротну реакцију, само што код Хегела свака теза има једнаку а супротну антитезу. Конклузија дијалектике јесте што се од конфронтације тезе и антитезе ствара синтеза (ново стање ствари). Ово се може посматрати као бесконачна спирала. Из сукоба тезе и антитезе настаје синтеза, а она, као нова околност, сама постаје теза којој се супротставља нова антитеза. Круг тако почиње изнова, на вишем нивоу. Код Хегела и постоји нека коначна синтеза дијалектичког ланца, код нас можда и не...

Овако постављена дијалектика применљива је у свакодневном животу, док се са моје тачке гледишта некако намеће тај креационизам синтезе у јавним набавка-

¹ Георг Вилхелм Фридрих Хегел (1770–1831), немачки филозоф који је развио систем дијалектичког мишљења у којем се сазнање и стварност развијају кроз сукоб супротности. За разлику од Платонове дијалектике, која у разговору тражи раније постојеће идеје, Хегелова дијалектика претпоставља да настанак нечег новог управо произлази из противречности између тезе и њене супротности (антитезе), чијим разрешењем настаје синтеза. Овај модел представља филозофску основу читаве књиге.

ма². Почетак свега, односно тезу, можемо да тражимо у конкурсној документацији, која поставља основе и уобличава концепт реализације, одређује квалитет, квантитет и специфичности, а тиме и представља правни основ читавог даљег поступања, односно правила игре. На сцену потом излазе привредни субјекти, односно потенцијални понуђачи са капацитетима који углавном не одговарају конкурсној документацији у потпуности, те представљају антитезу иницијалне идеје, противречност правилима игре. Ова противречност, међутим, није само колизија интереса или техничко непоклапање, већ суштинска, готово онтолошка напетост³ између апстрактног и конкретног, између нормативног идеала наручиоца и емпиријске стварности тржишта. Наручилац, наиме, креира своју тезу из позиције идеалитета, он формулише потребу онако како би желео да буде задовољена, често не сагледавајући да тржиште, као живи организам, ретко кад поседује савршену кореспонденцију са замишљеним моделом. Привредни субјект, са друге стране, доноси у поступак сопствену „истину”, односно истину техничких капацитета, кадровске структуре, финансијског залеђа, референтног искуства, пословне логике и тржишне ра-

² Управо из наведеног разлога можда би прикладнији назив књиге био „Хегеловска дијалектика јавних набавки”, који је дуго био и радни назив.

³ Онтологија је филозофска дисциплина која се бави питањима бића и постојања. Онтолошка напетост подразумева да противречност између две стране (овде између апстрактног нормативног идеала наручиоца и емпиријске стварности тржишта) није површна нити техничка, већ задире у саму природу бића обе категорије, у то шта оне јесу у својој суштини. Реч је о напетости која не може бити уклоњена пуком корекцијом форме, већ припада самој природи односа између норме и реалности.

ционалности. Управо у том сусрету две истине, нормативне и емпиријске, прескриптивне и дескриптивне, рађа се дијалектичка тензија која представља *conditio sine qua non*⁴ сваке јавне набавке.

Уколико ствар посматрамо кроз призму класичне немачке филозофије, могло би се рећи да је конкурсна документација својеврсно *Sollen* (оно што треба да буде), док је понуда привредног субјекта *Sein* (оно што јесте)⁵. Хегелов геније управо лежи у томе што он не види овај раскорак као дефект система, већ као његов конститутивни елемент, противречност која није грешка у мишљењу, већ мотор мишљења, његов покретач. Применимо ли ову максиму на материју јавних набавки, долазимо до закључка да је антитеза привредног субјекта не само легитимна, већ и нужна компонента поступка. Без те противречности, без те еластичности између строгости конкурсне документације и креативности од-

⁴ *Conditio sine qua non* (лат. услов без којег се не може) је термин из правне традиције који означава такав услов да без његовог испуњења конкретна последица не би наступила. У контексту материје јавних набавки, тиме се означава да је дијалектичка тензија између конкурсне документације (нормативни идеал наручиоца) и понуде (емпиријска реалност тржишта) толико темељна да без ње јавна набавка као институт не би ни постојала, она јесте онај нужни услов без којег целог процеса нема.

⁵ *Sollen* (што треба да буде) и *Sein* (оно што јесте) представљају пар категорија из класичне немачке филозофије, нарочито у Кантовој и Хегеловој мисли. *Sollen* означава нормативну димензију, оно што закон, морал или правило прописује као обавезујуће. *Sein* означава дескриптивну димензију, оно што емпиријски постоји и што се чулима опажа. Тензија између ове две димензије представља једно од трајних питања правне и моралне филозофије, и у материји јавних набавки добија конкретан израз у односу између идеализованог захтева у конкурсној документацији и стварних капацитета привредног субјекта.

говора привредног субјекта, поступак јавне набавке био би сведен на пуку административну верификацију већ предодређеног исхода, чиме би се обесмислио сам принцип конкуренције као темељно начело права јавних набавки.

Синтеза, у овом дијалектичком ланцу, манифестује се у више слојева. Први, најочигледнији, јесте уговор о јавној набавци као правни акт који представља амалгам воље наручиоца и понуде изабраног привредног субјекта. Међутим, синтеза се не манифестује само у уговору, она започиње много раније: у процесу измена и допуна конкурсне документације, одговорима наручиоца на питања заинтересованих лица, у институту заштите права, у фази стручне оцене понуда. Сваки од ових механизма представља минијатурну дијалектичку петљу унутар шире дијалектике поступка, један суптилни систем међусобних корекција у којима се почетна теза наручиоца постепено модификује кроз сусрет са антитезом тржишта, све док се не обликује финална синтеза која, барем у идеалном случају, помирује јавни интерес са економском рационалношћу.

Да бисмо синтезу о којој је реч разумели у њеној пуној дубини, морамо се на тренутак задржати на једном појму који чини само језгро Хегелове дијалектике, појму укидања, чувања и уздизања, на немачком *Aufhebung*⁶.

⁶ *Aufhebung* (нем. укидање, превазилажење) представља један од најважнијих и најтеже преводивих појмова Хегелове филозофије. Хегел је свесно искористио вишезначност немачке речи *aufheben*, која значи и „укинути” и „сачувати” и „подићи”, да би означио специфичну природу дијалектичког превазилажења у коме се супротности не уништавају нити

Реч је о термину који у немачком језику истовремено носи три наизглед противречна значења: укинути (негирати), сачувати (задржати) и уздигнути (подићи на виши ниво). Управо у тој тројности лежи специфичност Хегелове синтезе, она не поништава ни тезу ни антитезу, нити их простим збиром спаја, већ их укида у њиховој једностраности, чува у ономе што је у њима истинито, и уздиже у нову целину која надилази обе. Применимо ли овај појам на уговор о јавној набавци као синтезу, видимо да добро закључен уговор није ни победа наручиочеве тезе (што би била чиста административна верификација), ни победа понуђачеве антитезе (што би било изигравање јавног интереса), већ управо *Aufhebung* обеју – он укида њихову иницијалну супротстављеност, чува легитимно језгро и једне и друге позиције, и уздиже их у нову правну реалност која служи и јавном интересу и економској рационалности. Уговор који не успева да изврши овакво троструко укидање, већ представља надмоћ једне стране над другом, носи у себи клицу будуће нестабилности, јер потиснута страна дијалектичког односа никада не нестаје сасвим, она се враћа кроз спорове, анексе, раскиде и репутационе последице о којима ће у наставку књиге бити речи.

Овде, међутим, долазимо до фундаменталног отклона од Хегелове концепције. Док код Хегела дијалектички

механички спајају, већ истовремено негирају у својој ограничениости, чувају у својој истини и уздижу у виши синтетички облик. Разумевање овог појма предуслов је за схватање да синтеза у дијалектици никада није прости компромис, већ квалитативно нова целина.

процес тежи апсолутном духу⁷, коначном помирењу свих противречности у вишем јединству, у материји јавних набавки таквог помирења нема. Свака синтеза је привремена, сваком закљученом уговору следи нови поступак, нова конкурсна документација, нова теза која ће изнова провоцирати своју антитезу. У том смислу, систем јавних набавки је перпетуални процес, бескрајна спирала у којој се институционално знање таложи, али никада не достиже коначну форму. Ова перпетуалност није слабост система, већ његова највећа снага, она омогућава да се право јавних набавки као жива материја непрестано прилагођава тржишним, технолошким и друштвеним променама, не претендујући никада на коначну истину, већ задржавајући ону епистемолошку скромност која је својствена сваком зрелом правном систему⁸. Овај отклон од Хегела није, сматрам неопходним нагласити, усамљени методолошки хир, већ има своје озбиљно филозофско

⁷ Апсолутни дух (нем. *der absolute Geist*) представља врхунску категорију Хегеловог филозофског система, у којој се све претходне противречности кроз дугачак историјски процес коначно помирују у пуном самосазнању. Реч је о крајњем стању развоја духа у којем се препознаје јединство мишљења и бића, субјекта и објекта. У овом контексту се експлицитно дистанцирам од Хегелове концепције, и истичем да у материји јавних набавки коначног помирења нема, свака синтеза је привремена и води ка новој дијалектичкој петљи.

⁸ Епистемологија је филозофска дисциплина која се бави питањима сазнања, његовог порекла, домета и граница. Епистемолошка скромност означава свест о ограничениости сваког људског сазнања, спремност да се не претендује на коначне истине и отвореност за то да ће будуће околности можда захтевати ревизију садашњих ставова. У контексту правног система, реч је о својству зреле правне културе која не претпоставља апсолутну исправност својих институција и норми, већ их препознаје као привремене и подложне развоју.

залеће у мисли двадесетог века. Теодор Адорно⁹ је управо против Хегелове претензије на коначно помирење свих противречности у апсолутном духу развио оно што је назвао негативном дијалектиком. Адорнова основна замерка Хегелу била је да стварна дијалектика никада не достиже умирујућу синтезу, да остатак неподударности између појма и предмета увек преостаје, и да је управо инсистирање на коначном помирењу облик мишљења који насилно потискује оно што му се не уклапа. Пренесемо ли ову Адорнову опомену у материју јавних набавки, добијамо прецизан опис онога што заступамо: систем јавних набавки нема и не може имати своју коначну синтезу, своје мирно стање у коме би све противречности између јавног интереса и тржишне рационалности биле трајно разрешене. Сваки уговор оставља неподмирени остатак, сваки поступак рађа нови, а зрелост привредног субјекта мери се управо способношћу да у том трајном изостанку коначног помирења не види дефект система који би требало отклонити, већ конститутивну особину материје са којом мора научити да живи и да у њој стратешки делује.

Перспектива из које ова књига приступа предмету јесте перспектива привредног субјекта као потенцијалног понуђача, оног дијалектичког пола који, парадоксално, у правној литератури најчешће остаје у сенци наручи-

⁹ Теодор В. Адорно (1903–1969), немачки филозоф и социолог, водећи представник Франкфуртске школе критичке теорије. Позивање на Адорна оправдава тезу о трајној привремености сваке синтезе у поступку јавне набавке.

очеве позиције. Доминантни дискурс у нашој правној теорији и пракси склон је да привредног субјекта у форми потенцијалног понуђача третира као пасивног адресата нормативне воље наручиоца, као субјекта који се прилагођава, повинује и удовољава захтевима конкурсне документације. Овакво гледиште, међутим, методолошки је промашено и филозофски неодрживо. Привредни субјект није пасивни реципијент норме, он је активни кокреатор синтезе, носилац сопствене истине која у сусрету са наручиочевом тезом ствара нову правну стварност. Његова улога није субмисивна, већ конструктивна, он не само што се непотчињава правилима игре, већ и сам, кроз институте питања, примедби, захтева за заштити права утиче на обликовање тих правила. Управо због тога систематска анализа права јавних набавки из перспективе привредног субјекта није само терминолошки заокрет, већ и методолошки императив, она омогућава да се сагледа целина дијалектичког процеса, а не само једна његова страна.

У том смислу, ова књига настоји да изврши својеврсни преокрет доминантног става, не да оспори значај наручиоца као креатора иницијалне тезе, већ да реституише привредном субјекту његов аутентични положај равноправног дијалектичког актера. Тек кроз такво методолошко преусмерење може се у потпуности разумети унутрашња логика поступка јавне набавке, могу се разоткрити његове скривене напетости и могу се идентификовати они институционални механизми кроз које се противречност између тезе и антитезе продуктивно

разрешава у синтезу. Поглавља која следе развијају ову основну идеју кроз различите тематске целине, при чему свако од њих представља једну посебну дијалектичку секвенцу унутар обухватнијег процеса, од фазе припреме понуде до института заштите права, а све у настојању да се право јавних набавки прикаже не као сума правила, већ као живи дијалектички систем у којем се континуирано креира правда конкретног случаја.

УВОД

Шта у пракси значи поднети понуду у поступку јавне набавке? Привредни субјект пронађе поступак на Порталу јавних набавки, прочита критеријуме за квалитативни избор и остале услове реализације уговора, и поднесе понуду уколико му услови одговарају, самостално или у заједничкој понуди. Тиме је, наизглед, посао завршен. Можда и јесте, уколико циљ никада није био стратешки предвидети конкуренцију и методолошком разборитошћу утицати на исход. Овакав, рекли бисмо, лежеран приступ припреми понуде представља типичан израз онога што се у филозофској терминологији назива епистемолошком наивношћу¹⁰, стањем у којем се субјект конфронтира са комплексном стварношћу не разумевајући ни њену структуру, ни своју позицију у њој. Привредни субјект који се на овакав начин упушта у поступак јавне набавке заправо не учествује у дијалектичком процесу у пуном смислу те речи, он је пасивни објект туђих радњи, а не активни субјект сопствене стратегије. Његова антитеза, онаква каква би у

¹⁰ Епистемолошка наивност означава стање свести у којем се појединац конфронтира сложеној стварности не разумевајући ни њену структуру, ни своју сопствену позицију у њој. Ради се о облику нерелексивне свести која се сматра компетентном иако јој недостају и теоријски оквир и саморефлексија. У филозофији сазнања, овај појам функционише као дијагностичка категорија која препознаје почетну тачку из које се озбиљна интелектуална и пословна обука тек развија.

дијалектичкој шеми требало да представља аутентични одговор на тезу наручиоца, претвара се у шум, у статистичку грешку, у формално присуство без садржинске тежине. А управо због тога ова књига има за циљ да се од понуђача-објекта изгради понуђач-субјект, а од пасивног подносиоца обрасца активни кокреатор синтезе.

Сваки поступак и свака радња у материји јавних набавки морају имати свој циљ, своју сврху и своју методологију, тачније аналитичко-методолошки приступ постизању крајњег циља. Тај крајњи циљ није подношење понуде, већ закључење уговора. Никада се не задовољавајте просеком, никада не прихватајте флоскулу да је најбитније учествовати, барем не у материји јавних набавки. Циљ је победа, циљ је успех у поступку, циљ је надмудрити и надјачати конкуренцију, циљ је уговор. Од тог уговора може зависити успех привредног друштва, могу зависити плате запосленима, може зависити пословна репутација која се годинама гради, а у једном поступку губи. Аристотелов појам телоса (сврха) учи нас да свака радња која претендује на рационалност мора имати свој крајњи узрок (*causa finalis*)¹¹, своју сврховиту усмереност без које се претвара у пуку механичку гестикалацију. Привредни субјект који припре-

¹¹ Аристотел (384–322. п. н. е.), старогрчки филозоф, у својим радовима је артикулисао појам *telos* (сврха, циљ) као један од четири темељна узрока кроз које се може разумети било која ствар или радња. *Causa finalis* (лат. крајњи узрок) представља латински превод истог појма у схоластичкој традицији и означава ону сврху ради које се нешто чини. У контексту материје јавних набавки, суштина је да свака радња припреме понуде мора имати своју јасно постављену крајњу сврху, а то је закључење уговора.

ма понуду без јасно дефинисаног циља чини суштинску онтолошку грешку, он претвара акт који би требало да буде чин слободне воље у прости рефлекс, у несвестан одговор на спољашњи стимулус Портала јавних набавки упућен од стране наручиоца. Његово учешће у поступку губи карактер рационалне делатности и поприма црте онога што бисмо могли назвати процедуралним аутоматизмом. Дугорочно посматрано, процедурални аутоматизам је смрт сваке озбиљне пословне стратегије.

Питање вредно уговора јесте како до њега доћи, како се издићи изнад конкуренције, како припремити себе и компанију коју представљате за оно што вас у поступку јавне набавке чека. Након ситуације са вирусом ковид 19 и иницијалне инертности привреде, учешће у поступцима јавних набавки у Србији достигло је ниво озбиљне војне операције. Од диверзантских акција, преко медијског рата, до отвореног сукоба. Бојно поље: Портал јавних набавки. Учесници: привредни субјекти који су у међувремену увидели да је јавни сектор у одређеним привредним гранама постао готово једини солвентни наручилац, услед чега је тржишна утакмица заоштрена до граница регуларне правне борбе.

Уколико играте шах, третирајте објаву јавног позива у одређеном поступку као отварање партије, с тим што се шах јавних набавки игра увек најмање у троје. Чак и када само један привредни субјект поднесе понуду, то не значи да није било других који су припремали понуде, стога се увек рачуна да постоји најмање и трећи играч који је

или одустао или ће поднети понуду. Први потез повлачи наручилац објавом позива и конкурсне документације, а потом следе заинтересовани привредни субјекти. Сваки потез ка припреми понуде представља померање пешака на шаховском пољу. Неки већ ту одустају, друге лагано потискују озбиљнији играчи који развијају и остале фигуре захтевима за додатним информацијама и појашњењима, док они најхрабрији, најсигурнији или само најлуђи изводе краљицу у напад захтевом за заштиту права.

Шаховска метафора, међутим, није чиста стилска фигура нити дидактичко поједностављење. Она открива дубоку структурну сродност између логике шаха и логике дијалектичког процеса у јавним набавкама. У оба система имамо строго дефинисана почетна правила (правила игре односно конкурсну документацију), у оба система имамо ограничене ресурсе са којима се располаже (фигуре односно капацитете привредног субјекта), у оба система свака радња једног играча мења простор могућности другог играча и, што је најзначајније, у оба система финални исход није предодређен почетном поставком, већ настаје из дијалектичког сусрета супротстављених стратегија. Управо због тога је Хегелова дијалектика толико кореспондентна шаховској логици: и једна и друга претпостављају да се ново стање ствари не рађа из чистог понављања, већ из продуктивне противречности. Поступак јавне набавке тако постаје попрште озбиљне стратешко-тактичке борбе, шаховске партије чији исход остаје неизvestан до самог

краја. Да ли је та борба увек фер? Свакако да није. Привредни субјекти једни другима отимају или саботирају добављаче, преузимају подизвођаче причом о бољим условима и већем проценту учешћа, достављају проверене и непроверене информације наручиоцима у покушају дискредитације конкуренције. Постоје и они који граде праве обавештајне мреже око одређених наручилаца, прикупљајући податке о њиховим пословним навикама, о ранијим набавкама, о техничким преференцијама у погледу опреме и пословних партнера, све у настојању да дешифрују оно што ни један јавни позив никада неће експлицитно открити. И даље мислите да је довољно само видети објаву поступка и без икакве стратегије припремити понуду? Јесте, ако вас никада није ни занимало да ли ћете добити или изгубити.

Решење неизвесности учешћа у поступку јавне набавке, односно свођење могућности неуспеха на минимум, можемо тражити у математици. Реално, све што радимо могуће је приказати кроз бројеве, кроз нумерацију одређене врсте. А да ли нам је то заиста потребно? Апсолутно, јер само бројеви могу показати тренутно стање у односу на циљ, могу показати напредак, успех, развој, регресију. Математика, сама по себи, међутим, није довољна. Потребан је стратешки приступ, јасна методологија која нас усмерава и систематизује наше радње у прецизан алгоритам. У наведеном смислу, нужно је схватити да квантификација пословне стварности у материји јавних набавки није ни пракса ни

техничка операција, већ методолошки императив модерног понуђача. Од Галилеја и Декарта надаље, научна традиција почивала је на уверењу да је свет рационално разумљив управо у мери у којој је сводљив на математичке релације¹². Природа је, како је Галилеј писао, „написана језиком математике”, и ко тај језик не познаје, осуђен је да у мраку лута лавиринтом појава. Овај базични научно-методолошки став примењив је и на материју јавних набавки: тржиште је разумљиво у оној мери у којој се може квантификовати, конкуренција је савладива у оној мери у којој се може нумерички декомпоновати, успех је могуће остварити и репродуковати у оној мери у којој се може формализовати у алгоритам. Пример математичке дисциплине која најближе одговара логици јавних набавки јесте теорија игара¹³, грана примењене математике коју су утемељили Џон фон Нојман и Оскар Моргенштерн. Поступак јавне набавке је, у терминологији ове дисциплине, игра са запечаћеним понудама, у којој

¹² Галилео Галилеј (1564–1642), италијански природњак, и Рене Декарт (1596–1650), француски филозоф, представљају темељне фигуре научне револуције 17. века. Галилеј је у свом делу „Il Saggiatore” тврдио да је природа „написана језиком математике”, а Декарт је у својим „Правилима за управљање духом” развио методу аналитичког разлагања сложених објеката на једноставне елементе. Њихово заједничко методолошко наслеђе представља полазиште модерне рационалности у којој се сазнање остварује кроз квантификацију и системску анализу, приступ који примењујемо у материји јавних набавки.

¹³ Теорија игара је математичка дисциплина која проучава стратешко одлучивање субјеката чији исходи зависе од избора других субјеката. Утемељили су је математичар Џон фон Нојман (1903–1957) и економиста Оскар Моргенштерн (1902–1977) делом „Теорија игара и економско понашање” (1944).