



ADMINISTRATIVNI VODIČ

o primjeni fakultativnih osnova za isključenje i mjerama
samokorekcije

NAZIV PUBLIKACIJE

Administrativni vodič o primjeni fakultativnih osnova za isključenje i mjerama samokorekcije („self-cleaning“ mjere)

IZDAVAČI

American Chamber of Commerce in Bosnia and Herzegovina (AmCham BiH)
Center for International Private Enterprise (CIPE)

GODINA IZDANJA

2026.

NAPOMENA

Ovaj Vodič je izrađen u informativne i edukativne svrhe za ugovorna tijela i gospodarske subjekte u postupcima javne nabave u Bosni i Hercegovini. Sva prava zadržana.

SADRŽAJ

1. UVOD.....	5
2. INSTITUCIONALNI OKVIR.....	5
3. NAČELA JAVNE NABAVE.....	6
3.1. Načelo transparentnosti.....	6
3.2. Načelo jednakog postupanja.....	6
3.3. Načelo nediskriminacije.....	7
3.4. Načelo tržišnog natjecanja.....	7
4. EUROPSKO ZAKONODAVSTVO.....	7
4.1. Obvezne osnove za isključenje.....	8
4.2. Fakultativne osnove za isključenje.....	8
5. NACIONALNO ZAKONODAVSTVO.....	9
5.1. Obvezne osnove za isključenje.....	9
5.2. Fakultativne osnove za isključenje.....	10
5.3. Razlika obveznih i fakultativnih osnova za isključenje.....	10
5.3.1. Razlika odredbi Direktive o javnoj nabavi i Zakona.....	10
5.3.2. Razlika obveznih i fakultativnih osnova za isključenje sukladno Zakonu.....	11
6. MJERE SAMOKOREKCIJE („SELF-CLEANING“ MJERE) I NAČELO PROPORCIONALNOSTI.....	12
6.1. Mjere samokorekcije („self-cleaning“ mjere) sukladno odredbama Direktive o javnoj nabavi.....	12
6.2. Mjere samokorekcije („self-cleaning“ mjere) sukladno odredbama Zakona.....	13
6.3. Načelo proporcionalnosti.....	14
6.4. Primjena i procjena mjera samokorekcije.....	14
6.5. Razdoblje isključenja kod fakultativnih osnova za isključenje.....	17
6.6. Popis ponuditelja koji su isključeni iz postupka javne nabave.....	19
7. ODLUKA O ISKLJUČENJU ILI PRIHVAĆANJU PONUDITELJA.....	20
8. SPORAZUM KOJEM JE CILJ NARUŠAVANJE TRŽIŠNOG NATJECANJA.....	22
8.1. Zabranjeni sporazumi i tržišno natjecanje.....	22
8.2. Sporazumi ponuditelja u postupku javne nabave – EU.....	23
8.3. Sporazumi ponuditelja u postupku javne nabave – BiH.....	24
8.4. Sudjelovanje povezanih subjekata i mogućnost isključenja.....	26
8.5. Mogućnosti ugovornog tijela sukladno odredbama Zakona.....	27
8.6. Pokretanje postupka sukladno Zakonu i Zakonu o konkurencijurenciji.....	28
8.7. Postupanje ugovornog tijela i donošenje odluke.....	30
9. TEŠKI PROFESIONALNI PROPUST KOJI DOVODI U PITANJE INTEGRITET PONUDITELJA.....	31
9.1. Odredba Direktive o javnoj nabavi i Zakona.....	31
9.2. Definicija teškog profesionalnog propusta u europskom zakonodavstvu.....	32
9.3. Definicija teškog profesionalnog propusta u nacionalnom zakonodavstvu.....	33
9.4. Sličnosti i razlike europskog i nacionalnog zakonodavstva.....	34

9.5. Obuhvat teškog profesionalnog propusta.....	34
9.6. Odgovarajući dokazi za utvrđenje teškog profesionalnog propusta.....	35
9.7. Postupanje ugovornog tijela i donošenje odluke.....	37
10. ZNAČAJNI NEDOSTACI TOKOM PROVOĐENJA PRETHODNOG JAVNOG UGOVORA ILI PRETHODNOG UGOVORA SA SEKTORSKIM UGOVORNIM TIJELOM ČIJA JE POSljedica BILA PRIJEVREMENI RASKID TOG PRETHODNOG UGOVORA, NAKNADA ŠTETE ILI DRUGA SLIČNA SANKCIJA.....	38
10.1. Definicija.....	39
10.1.1. Značajni nedostatak u izvršenju ugovora.....	40
10.1.2. Ugovorno tijelo kod kojeg je nastupila osnova za isključenje.....	41
10.1.3. Posljedica značajnog nedostatka tokom provođenja ugovora.....	42
10.2. Dokazivanje postojanja osnove za isključenje.....	43
10.3. Postupanje ugovornog tijela i donošenje odluke.....	43
11. LAŽNO PRIKAZIVANJE ČINJENICA PRI DOSTAVI PODATAKA POTREBNIH ZA PROVJERU KVALIFIKACIJSKIH I/ILI KRITERIJA ZA DODJELU UGOVORA, PRIKRIVANJE TAKVIH INFORMACIJA ILI NEMOGUĆNOST PRILAGANJA POPRATNIH DOKUMENATA..	46
11.1. Okolnosti osnove za isključenje.....	46
11.1.1. Lažno prikazivanje činjenica pri dostavi podataka potrebnih za provjeru kvalifikacijskih i/ili kriterija za dodjelu ugovora.....	47
11.1.2. Prikrivanje informacija pri dostavi podataka potrebnih za provjeru kvalifikacijskih i/ili kriterija za dodjelu ugovora.....	47
11.1.3. Nemogućnost prilaganja popratnih dokumenata.....	48
11.2. Načini dokazivanja osnove za isključenje.....	48
11.3. Postupanje ugovornog tijela i donošenje odluke.....	50
12. SUKOB INTERESA U SMISLU ČLANKA 52. ZAKONA KOJI SE NE MOŽE UKLONITI DRUGIM, MANJE DRASTIČNIM MJERAMA.....	53
12.1. Odredbe Zakona o sukobu interesa.....	53
12.2. Dokazivanje postojanja sukoba interesa.....	54
12.3. Druge manje drastične mjere kojima se uklanja sukob interesa.....	57
12.4. Postupanje ugovornog tijela i donošenje odluke.....	59
12.5. Preporuke.....	59
13. PREPORUKE.....	60

1. UVOD

Javna nabava je dinamično područje koje se konstanto mijenja i razvija kao rezultat promjena i razvoja novina na tržištu i gospodarstvu. Javna nabava čini oko 15 % bruto domaćeg proizvoda Europske unije (dalje u tekstu: EU) te oko 10% bruto domaćeg proizvoda Bosne i Hercegovine (dalje u tekstu: BiH). Područje javne nabave ima višestruku prirodu i međusobno je usko povezana s drugim važnim područjima u kojima se javnom nabavom želi postići ostvarenje ciljeva, kao što su slobodno i pošteno tržišno natjecanje, borba protiv korupcije, zaštita zdravlja, zaštita potrošača, zaštita životne sredine, razvoj poslovnog okruženja, razvoj malih i srednjih poduzeća, održivi razvoj i slično.

Članstvo BiH u EU jedan je od glavnih političkih ciljeva. U tu svrhu BiH je potpisala Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju EU 16. lipnja 2008. godine. Europska komisija je dala Mišljenje o zahtjevu BiH za članstvo u EU u kojem je utvrdila 14 ključnih prioriteta koje BiH treba ispuniti kako bi otvorila pristupne pregovore s EU. Ključni prioritet 7 se odnosi na obvezu BiH da ojača prevenciju i borbu protiv korupcije, organiziranog kriminala, uključujući pranje novca i terorizam, posebno usklađivanjem zakonodavstva i jačanjem kapaciteta u području javne nabave. U tom smislu, a budući da je javna nabava jedna od ključnih komponenti reforme javne uprave u BiH, koja je izložena korupciji i drugim problemima, potrebno je ojačati, dalje razvijati i usklađivati područje javne nabave u BiH.¹

Sukladno Strategiji javnih nabavki 2024. – 2028. izdane od strane Agencije za javne nabavke Bosne i Hercegovine, pravni i regulatorni okvir javne nabave u BiH je sveobuhvatan, sastavljen od jednog zakona, Zakon o javnim nabavama² (dalje u tekstu: Zakon), i dvadeset podzakonskih akata, što čini vrlo kompleksni sustav javne nabave. Prednost sustava je dobro organiziran sustav usavršavanja, gdje je moguće regulatorne promjene brzo komunicirati sa stručnom javnošću, dok je nedostatak sustava relativno brojna i kompleksna sustav pravnih pravila. Zakon je u većoj mjeri usklađen sa zakonodavstvom EU, iako postoje osnove za unaprjeđenje i daljnje usavršavanje sustava.

U okviru ovog projekta provedena je anketa s članicama AmCham-a BiH te su provedeni razgovori s predstavnicima članica AmCham-a i nadležnim institucijama u području javne nabave. U provedbi navedenih aktivnosti utvrđeno je da postoji potreba za boljim, jednostavnijim i transparentnijim pojašnjenjima i propisanim procedurama utvrđivanja fakultativnih osnova za isključenje. Time bi se pružila pomoć gospodarskim subjektima i ugovornim tijelima prilikom utvrđivanja postojanja fakultativnih osnova za isključenje i postupanju u provedbi postupaka javne nabave.

Cilj ovog Administrativnog vodiča je potaknuti i pomoći ugovornim tijelima i gospodarskim subjektima da pravilno razumiju i primjenjuju fakultativne osnove za isključenje, zbog kojih se ponuditelj može isključiti iz postupka javne nabave te pomoći ugovornim tijelima u donošenju odluka o isključenju, ali i gospodarskim subjektima na koji način postupati u postupcima javnih nabava.

2. INSTITUCIONALNI OKVIR

Agencija za javne nabavke Bosne i Hercegovine (dalje u tekstu: Agencija) predstavlja središnje tijelo javne nabave koja je odgovorna za sustav javne nabave u BiH. Druge ključne institucije sustava u BiH su: Ured za razmatranje žalbi BiH, Sud BiH, uredi za reviziju, Agencija za prevenciju korupcije i koordinaciju borbe protiv korupcije i konkurencijurencijsko vijeće BiH.

Agencija kao središnje tijelo javne nabave je nadležna za praćenje primjene Zakona i svih podzakonskih akata. Njene najbitnije nadležnosti su priprema i izrada nacrtu zakona i

¹ Podaci preuzeti iz: Strategije javnih nabavki 2024. – 2028. izdane od strane Agencije za javne nabavke Bosne i Hercegovine

² Zakon o javnim nabavama („Službeni glasnik BiH”, br. 39/14, 59/22 i 50/24)

podzakonskih akata, unapređenje informiranosti ugovornih tijela, objavljivanje priručnika i uputstava, pružanje pomoći i savjetodavnih mišljenja, uspostavljanje sustava praćenja postupka, prikupljanje podataka, održavanje obuka i razvijanje informacijskih sustava u području javne nabave.

Ured za razmatranje žalbi Bosne i Hercegovine (dalje u tekstu: URŽ) je nezavisna institucija sa prirodom sudskog tijela, koja razmatra žalbe u postupcima javnih nabava.

Sud BiH u postupcima javnih nabava je uključen u upravnim sporovima. Protiv odluke URŽ-a moguće je pokrenuti upravni spor, koji se vodi po hitnom postupku. Upravni spor mogu pokrenuti ugovorna tijela ili ponuditelji.

Agencija za prevenciju korupcije i koordinaciju borbe protiv korupcije (dalje u tekstu: APIK) je nezavisna i samostalna upravna organizacija, koja za svoj rad odgovara Parlamentarnoj skupštini BiH. Nadležna je za prevenciju korupcije i koordinaciju borbe protiv korupcije, što uključuje različite aktivnosti, koje su od velike važnosti i za područje javne nabave.

konkurencijurencijsko vijeće BiH (dalje u tekstu: konkurencijurencijsko vijeće) je tijelo, koje ima isključivo ovlast u odlučivanju o postojanju zabranjenog tržišnog sporazuma na tržištu BiH. konkurencijurencijsko vijeće bavi se pitanjima nedozvoljenog dogovaranja ponuditelja u javnoj nabavi i poremećaja tržišta javnih nabava.

Misija ureda za reviziju (Ured za reviziju institucija Bosne i Hercegovine, Ured za reviziju institucija u Federaciji Bosne i Hercegovine, Glavna služba za reviziju javnog sektora Republike Srpske i Ured za reviziju javne uprave i institucija u Brčko Distriktu BiH) je promoviranje transparentnog i odgovornog upravljanja javnim resursima putem obavljanja revizija koje su zasnovane na načelima efikasnosti, efektivnosti, ekonomičnosti i vladavini prava. U tom smislu njihove revizije, odnosno nalazi i preporuke su od velike važnosti i za sustav javne nabave.

Način rada i institucionalna povezanost navedenih ključnih institucija u sustavu javne nabave je ključan za razvoj i unaprjeđenje sustava javne nabave. Institucionalni okvir javne nabave u BiH je dobro razvijen sustav različitih institucija s razrađenom organizacijom i područjem rada, za kojega je ključna njihova kontinuirana suradnja, jačanje kapaciteta i profesionalizacija u svrhu kvalitetnog, efikasnog i adekvatnog obavljanje svih nadležnosti.

3. NAČELA JAVNE NABAVE

Člankom 3. Zakona propisano je da je ugovorno tijelo dužno postupati transparentno, u postupku javne nabave ponašati se prema kandidatima/ponuditeljima jednako i nediskriminirajuće na način da osigura pravičnu i aktivnu konkurencijurenciju, u cilju najučinkovitijeg korištenja javnih sredstava u vezi s predmetom nabave i njegovom svrhom. Navedena opća načela obavezno se primjenjuju i poštuju i u postupku pravne zaštite. Navedena načela su od izrazite važnosti prilikom postupanja sukladno članku 45. Zakona odnosno prilikom provjere i procjene postojanja fakultativnih osnova za isključenje.

3.1. Načelo transparentnosti

Cilj načela transparentnosti je spriječiti rizik favoriziranja ili samovoljnog odlučivanja od strane naručitelja, u korist potencijalnih ponuditelja kojim se nastoji osigurati oglašavanje javne nabave u mjeri koja je dovoljna da bi se omogućilo nadmetanje na tržištu te provjera nepristranosti postupaka javne nabave. Načelo transparentnosti zahtijeva da se cjelokupni postupak javne nabave, u svim njegovim fazama, provodi na jasan i vidljiv način koji omogućuje vidljivost svim zainteresiranim gospodarskim subjektima.

3.2. Načelo jednakog postupanja

Načelo jednakog tretmana zahtijeva da se prema svim gospodarskim subjektima, kao potencijalnim ponuditeljima ili natjecateljima u postupcima javne nabave, naručitelji moraju

ponašati na jednak način, te dati jednaku priliku svima da njihove ponude budu odabrane kao najpovoljnije. Ono zahtijeva „jednako postupanje u odnosu na situacije koje su međusobno jednake, odnosno različito postupanje u odnosu na situacije koje su međusobno različite“.

Načelo jednakog tretmana podrazumijeva da svaki uvjet i zahtjev mora biti unaprijed određen dokumentacijom o nabavi na način da istovremeno osigurava svim zainteresiranim gospodarskim subjektima dostavu i dostupnost relevantnih informacija, te tržišno natjecanje.

3.3. Načelo nediskriminacije

Načelo zabrane diskriminacije utvrđuje standard nacionalnog tretmana po kojem osoba koja podliježe pravu EU mora biti potpuno ravnopravna državljanima članice EU. U kontekstu javne nabave, prema gospodarskom subjektu iz jedne države članice mora se postupati jednako kao i prema gospodarskom subjektu iz države članice javnog naručitelja. Načelo zabrane diskriminacije zabranjuje svaku diskriminaciju na temelju državljanstva, poslovnog nastana i slično te je vezano uz nacionalnost odnosno sjedište gospodarskog subjekta, koje utvrđuje da se u kontekstu javne nabave prema gospodarskim subjektima iz jedne države članice EU mora postupati jednako kao i prema gospodarskim subjektima iz države članice naručitelja.

3.4. Načelo tržišnog natjecanja

Tržišno natjecanje predstavlja konkurencijurenciju na tržištu koja pridonosi razvoju tržišta i gospodarstva, a koje omogućava svim poduzetnicima pod jednakim uvjetima pristup i sudjelovanje na tržištu što pridonosi konkurencijurentnom tržištu koji povećava gospodarski rast, a ujedno se eliminiraju nepoštene prakse kojima se oštećuju potrošači, odnosno u postupcima javne nabave naručitelji roba, usluga i radova. Tržišno natjecanje pokreće gospodarstva jer potiče sve sudionike na tržištu stvaranju novih proizvoda, usluga ili rada, primjenjujući nove metode i rješenja koja će povećati učinkovitost stvorenih proizvoda, usluga ili rada uz niže troškove te povezivanje gospodarskih subjekata iz različitih država kako bi stvorili konkurencijurentniji proizvod, uslugu ili rad.

Načelom tržišnog natjecanja omogućuje se sudjelovanje što većem broju gospodarskih subjekata u postupcima javne nabave te dobivanje bolje kvalitete robe, usluga i radova za novac koji se plaća za predmet nabave, kao krajnjeg cilja postupka javne nabave.

4. EUROPSKO ZAKONODAVSTVO

Područje javne nabave EU uređeno je direktivama o javnoj nabavi: „klasična“ direktiva o javnoj nabavi³ (dalje u tekstu: Direktiva o javnoj nabavi), „sektorska“ direktiva o javnoj nabavi⁴, direktiva o koncesijama⁵ i direktiva o pravnoj zaštiti⁶. Pravila EU u području javne nabave donesena su radi ostvarenja jedinstvenog tržišta s ciljem osiguranja slobodnog kretanja i uklanjanja ograničenja tržišnom natjecanju⁷. U tom smislu, glavni ciljevi postavljeni direktivama o javnoj nabavi su: 1. otvorenost javne nabave tržišnom natjecanju i održivosti; 2. otvorenost postupaka javne nabave malim i srednjim poduzećima; 3. smanjenje administrativnog opterećenja ponuditelja u postupcima javne nabave; 4. brži, jednostavniji i učinkovitiji postupci javne nabave; 5. ostvarenje načela transparentnosti, zabrane diskriminacije i jednakog postupanja; 6. dobivanje najbolje vrijednosti za novac; 7. smanjenje korupcije i prijevare u postupcima javne nabave; 8. uvažavanje socijalnih i okolišnih zahtjeva i upotreba prihvatljivih standarda.

³ Direktiva 2014/24/EU Europskog parlamenta i vijeća, od 26. veljače 2014., o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ

⁴ Direktiva 2014/25/EU Europskog parlamenta i vijeća od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ

⁵ Direktiva 2014/23/EU Europskog parlamenta i savjeta od 26. veljače 2014 o dodjeli ugovora o koncesiji

⁶ Direktiva 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2007. o izmjeni direktiva Vijeća 89/665/EEZ i 92/13/EEZ u vezi s poboljšanjem učinkovitosti postupaka pravne zaštite koji se odnose na sklapanje ugovora o javnoj nabavi

⁷ Sud EU, presuda od 8. prosinca 2022., AAS „BTA Baltic Insurance Company“ protiv Iepirkumu uzraudzības birojs, Tieslietu ministrija, C-769/21, ECLI:EU:C:2022:973

4.1. Obvezne osnove za isključenje

U Uvodnoj izjavi Direktive o javnoj nabavi je navedeno da se ugovori ne bi trebali dodjeljivati gospodarskim subjektima kod kojih su ostvarene osnove za isključenje: sudjelovanje u aktivnostima zločinačke organizacije proglašenje krivima za korupciju, prijevaru na štetu finansijskih interesa EU, kaznena teroristička djela, pranje novaca ili financiranje terorizma. Isto tako, izbjegavanje plaćanja poreza ili doprinosa za socijalno osiguranje također bi trebalo voditi obvezujućem isključenju.

Člankom 57. Direktive o javnoj nabavi propisane su osnove za isključenje, koje se dijele na obvezne i fakultativne te mjere samokorekcije.

Člankom 57. stavkom 1. Direktive o javnoj nabavi propisane su obvezne osnove za isključenje koje se odnose na postojanje kažnjavanosti za sljedeća kažnjiva djela: sudjelovanje u kriminalnog organizaciji, korupcija, prijevara, kazneno djelo terorizma ili kaznena djela povezana s terorističkim aktivnostima, pranje novca ili financiranje terorizma, te dječji rad i drugi oblici trgovanja ljudima.

Sljedeća obvezna osnova za isključenje se odnosi na plaćanje poreza i doprinosa za socijalno osiguranje propisana člankom 57. stavkom 2. Direktive o javnoj nabavi. Ako javni naručitelj dozna da gospodarski subjekt ne poštuje svoje obveze koje se odnose na plaćanje poreza ili doprinosa za socijalno osiguranje i ako je to utvrđeno obvezujućom sudskom ili upravnom odlukom u skladu s pravnim odredbama države u kojoj ima sjedište ili s državama članicama javnog naručitelja, gospodarski subjekt se isključuje iz sudjelovanja u postupku nabave.

4.2. Fakultativne osnove za isključenje

Uvodnom izjavom Direktive o javnoj nabavi je navedeno da bi se javnim naručiteljima trebala pružiti mogućnost isključenja gospodarskih subjekata koji su dokazano nepouzdani jer su, primjerice, prekršili okolišne ili društvene obveze, uključujući pravila o dostupnosti za osobe s invaliditetom, ili su počinili ostale oblike teških poslovnih prekršaja, poput kršenja pravila o tržišnom natjecanju ili prava intelektualnog vlasništva.

Teški poslovni prekršaji definirani su kao prekršaji koji mogu dovesti u pitanje integritet gospodarskog subjekta. Gospodarski subjekti mogu biti isključeni iz dodjele javnog ugovora neovisno o tome imaju li tehničke i ekonomske sposobnosti za izvršenje ugovora.

Uzimajući u obzir činjenicu da će javni naručitelj biti odgovoran za posljedice svojih mogućih pogrešnih odluka, javni naručitelji bi trebali biti slobodni razmotriti slučaj postojanja teškog poslovnog prekršaja, u kojem, prije donošenja konačne i obvezujuće odluke o postojanju obvezujućih osnova za isključenje, mogu na bilo koji odgovarajući način dokazati da je gospodarski subjekt prekršio svoje obveze, uključujući obveze vezane uz plaćanje poreza ili doprinosa za socijalno osiguranje, osim ako je drugačije predviđeno nacionalnim pravom.

Naručitelji bi također trebali biti u mogućnosti isključiti natjecatelje ili ponuditelje čija je izvedba u prethodnim javnim ugovorima imala velike nedostatke vezane uz bitne zahtjeve, primjerice, ako natjecatelji ili ponuditelji nisu izvršili isporuku ili svoje obveze, ako su isporučeni proizvod ili pružena usluga imali znatne nedostatke zbog kojih su bili neiskoristivi za potrebe kojima su namijenjeni ili ako su se natjecatelji ili ponuditelji ponašali na neprimjeren način koji dovodi u pitanje pouzdanost gospodarskog subjekta. Direktiva o javnoj nabavi propisuje da bi u nacionalnom pravu trebalo predvidjeti maksimalno trajanje takvog isključenja.

Pri primjeni fakultativnih osnova za isključenje, javni naručitelji bi trebali posvetiti osobitu pozornost načelu proporcionalnosti. Manje nepravilnosti bi samo u iznimnim okolnostima trebale dovesti do isključenja gospodarskog subjekta. Ipak, ponovljeni slučajevi manjih nepravilnosti mogu dati povod sumnji u pouzdanost gospodarskog subjekta koja može opravdati njegovo isključenje.

Člankom 57. stavkom 4. Direktive o javnoj nabavi propisano je da javni naručitelji mogu isključiti iz sudjelovanja u postupku nabave bilo koji gospodarski subjekt ako postoji bilo koja od sljedećih situacija:

- a) ako javni naručitelj može na odgovarajući način dokazati kršenje primjenjivih obveza iz članka 18. stavka 2. Direktive 2014/24/EU;
- b) ako je gospodarski subjekt u stečaju, insolventan ili u postupku likvidacije, ako njegovom imovinom upravlja stečajni upravitelj ili sud, ako je u nagodbi s vjerovnicima, ako je obustavio poslovne aktivnosti ili je u bilo kakvoj istovrsnoj situaciji koja proizlazi iz sličnog postupka prema nacionalnim zakonima i propisima;
- c) ako javni naručitelj može dokazati odgovarajućim sredstvima da je gospodarski subjekt kriv za teški poslovni prekršaj koji dovodi u pitanje njegov integritet;
- d) ako javni naručitelj ima dovoljno vjerodostojnih pokazatelja da je gospodarski subjekt sklopio sporazum s drugim gospodarskim subjektima kojima je cilj narušavanje tržišnog natjecanja;
- e) ako se sukob interesa u smislu članka 21. Direktive 2014/24/EU ne može učinkovito ukloniti drugim, manje drastičnim mjerama;
- f) ako se narušavanje tržišnog natjecanja iz prijašnjeg uključivanja gospodarskog subjekta u pripremu postupka nabave, kako je navedeno u članku 39.a Direktive 2014/24/EU, ne može ukloniti drugim, manje drastičnim mjerama;
- g) ako gospodarski subjekt pokaže značajne ili postojeće nedostatke tijekom provedbe ključnih zahtjeva iz prethodnog javnog ugovora ili prethodnog ugovora sa sektorskim naručiteljem čija je posljedica bila prijevremeni raskid tog prethodnog ugovora, naknada štete ili slične sankcije;
- h) ako je gospodarski subjekt kriv za ozbiljno lažno prikazivanje činjenica pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru odsutnosti razloga za isključenje ili za ispunjenje kriterija za odabir, ako je prikrivao takve informacije ili nije u stanju priložiti dodatne dokumente u skladu s člankom 57. Direktive 2014/24/EU;
- i) ako je gospodarski subjekt pokušao na nedoličan način utjecati na postupak odlučivanja javnog naručitelja, doći do povjerljivih informacija koje bi mu mogle omogućiti nepoštenu prednost u postupku nabave ili da pruži krivu informaciju koja može imati materijalni utjecaj na odluke koje se tiču isključenja, odabira ili dodjele.

5. NACIONALNO ZAKONODAVSTVO

5.1. Obvezne osnove za isključenje

Člankom 45. stavkom 1. Zakona propisano je da je ugovorno tijelo, dužno odbaciti zahtjev za sudjelovanje ili ponudu ako kandidat/ponuditelj:

- a) **u kaznenom postupku je osuđen pravomoćnom presudom za kaznena djela organiziranog kriminala, korupciju, prijevare ili pranje novca**, sukladno važećim propisima u Bosni i Hercegovini ili zemlji u kojoj je registriran;
- b) **pod stečajem je ili je predmetom stečajnog postupka**, osim u slučaju postojanja važeće odluke o potvrdi stečajnog plana ili **je predmetom likvidacijskog postupka**, odnosno u postupku **je obustavljanja poslovne djelatnosti**, sukladno važećim propisima u Bosni i Hercegovini ili zemlji u kojoj je registriran;
- c) **nije ispunio obveze u vezi s plaćanjem mirovinskog i invalidskog osiguranja i zdravstvenog osiguranja**, sukladno važećim propisima u Bosni i Hercegovini ili propisima zemlje u kojoj je registriran;
- d) **nije ispunio obveze u vezi s plaćanjem izravnih i neizravnih poreza**, sukladno važećim propisima u Bosni i Hercegovini ili zemlji u kojoj je registriran.

Radi se o obveznim osnovama za isključenje za koje postoji obveza da u slučaju utvrđenja postojanja jednih od navedenih okolnosti kod kandidata / ponuditelja, ugovorno tijelo odbaci zahtjev za sudjelovanje ili ponudu.

Dokazi za utvrđivanje navedenih okolnosti, sukladno članku 45. stavku 2. Zakona su:

a) **uvjerenje nadležnog suda kojim dokazuje da u kaznenom postupku nije izrečena pravomoćna presuda** kojom je osuđen za kazneno djelo sudjelovanja u kriminalnoj organizaciji, za korupciju, prijevaru ili pranje novca;

b) **uvjerenje nadležnog suda ili tijela uprave kod kojeg je registriran kandidat/ponuditelj** kojim se potvrđuje da **nije pod stečajem niti je predmetom stečajnog postupka, da nije predmet likvidacijskog postupka, odnosno da nije u postupku obustavljanja poslovne djelatnosti;**

c) **uvjerenja nadležnih institucija** kojima se potvrđuje da je kandidat/ponuditelj **izmirio dospjele obveze, a koje se odnose na doprinose za mirovinsko i invalidsko osiguranje i zdravstveno osiguranje;**

d) **uvjerenja od nadležnih institucija** da je kandidat/ponuditelj **izmirio dospjele obveze u vezi s plaćanjem izravnih i neizravnih poreza.**

Također, kao dokaz za ispunjavanje uvjeta podmirenja dospelih obaveza, koje se odnose na doprinose za mirovinsko i invalidsko osiguranje i zdravstveno osiguranje i onih koje se odnose na obaveze u vezi s plaćanjem direktnih i indirektnih poreza prihvaća se i sporazum ponuđača s nadležnim poreskim institucijama o reprogramiranom, odnosno odgođenom plaćanju obaveza ponuđača po osnovu poreza i doprinosa i indirektnih poreza, uz potvrdu poreskih organa da ponuđač u predviđenoj dinamici izmiruje svoje reprogramirane obaveze.

Ako ugovorno tijelo ima sumnje o postojanju okolnosti obveznih osnova za isključenje, može se obratiti nadležnim tijelima u cilju pribavljanja potrebnih informacija u predmetnom postupku.

5.2. Fakultativne osnove za isključenje

Člankom 45. stavkom 5. Zakona je propisano:

Ugovorno tijelo može na razdoblje od 12 mjeseci isključiti iz sudjelovanja u postupku nabave kandidata / ponuditelja koji se nađe u bilo kojoj od sljedećih situacija:

a) *ako ima **dokaz** da je kandidat/ponuditelj **sklopio sporazum** s drugim kandidatom/ponuditeljem kojem je **cilj narušavanje tržišne konkurencijurencije;***

b) *ako ugovorno tijelo **može dokazati odgovarajućim dokaznim sredstvima** da je ponuditelj **kriv za teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje njegov integritet;***

c) *ako se utvrde **značajni nedostaci tijekom provedbe prethodnog javnog ugovora ili prethodnog ugovora sa sektorskim ugovornim tijelom** čija je posljedica bila **prijevremeni raskid tog prethodnog ugovora, naknada štete ili druga slična sankcija;***

d) *ako je kandidat/ponuditelj **lažno prikazao činjenice pri dostavljanju podataka** potrebnih za provjeru kvalifikacijskih i/ili kriterija za dodjelu ugovora, ukoliko je **prikrio takve informacije ili nije u stanju priložiti popratne dokumente;***

e) *ako se **sukob interesa** u smislu članka 52. ovoga zakona ne može ukloniti drugim manje drastičnim mjerama.*

Stavkom 6. istog članka Zakona je propisano da se rok od 12 mjeseci računa od dana donošenja odluke nadležnog tijela iz stavka 5. istog članka Zakona.

Iz prikazanog je vidljivo da je zakonodavac propisao dio fakultativnih osnova za isključenje u nacionalnom zakonodavstvu, u odnosu na one koje propisuje Direktiva o javnoj nabavi.

5.3. Razlika obveznih i fakultativnih osnova za isključenje

5.3.1. Razlika odredbi Direktive o javnoj nabavi i Zakona

Razlika obveznih osnova za isključenje sukladno Direktivi o javnoj nabavi i Zakona se ogleda u tome što je širi katalog kažnjivih djela sukladno Direktivi o javnoj nabavi (*sudjelovanje u aktivnostima zločinačke organizacije proglašenje krivima za korupciju, prijevaru na štetu financijskih interesa EU, kaznena teroristička djela, pranje novaca ili financiranje terorizma*), u odnosu na one što ih propisuje Zakon (*kaznena djela organiziranog kriminala, korupciju, prijevaru ili pranje novca*).

Nadalje, Direktiva o javnoj nabavi kao **fakultativnu osnovu za isključenje** propisuje: *ako je gospodarski subjekt u stečaju, insolventan ili u postupku likvidacije, ako njegovom imovinom upravlja stečajni upravitelj ili sud, ako je u nagodbi s vjerovnicima, ako je obustavio poslovne aktivnosti ili je u bilo kakvoj istovrsnoj situaciji koja proizlazi iz sličnog postupka prema nacionalnim zakonima i propisima*, dok je u Zakonu kao **obvezna osnova za isključenje** propisano: *pod stečajem je ili je predmetom stečajnog postupka, osim u slučaju postojanja važeće odluke o potvrdi stečajnog plana ili je predmetom likvidacijskog postupka, odnosno u postupku je obustavljanja poslovne djelatnosti, sukladno važećim propisima u Bosni i Hercegovini ili zemlji u kojoj je registriran*.

Direktivom o javnoj nabavi propisan je **širi katalog fakultativnih osnova za isključenje** u odnosu na odredbe Zakona. Direktiva o javnoj nabavi kao fakultativne osnove za isključenje propisuje i:

1) kršenje primjenjivih obveza koje se odnose na u području prava okoliša, socijalnog i radnog prava određenog pravom Unije, nacionalnim pravom, kolektivnim ugovorima ili odredbama međunarodnog prava okoliša, socijalnog i radnog prava;

2) ako se narušavanje tržišnog natjecanja iz prijašnjeg uključivanja gospodarskog subjekta u pripremu postupka nabave, ne može ukloniti drugim, manje drastičnim mjerama;

3) ako je gospodarski subjekt pokušao na nedoličan način utjecati na postupak odlučivanja javnog naručitelja, doći do povjerljivih informacija koje bi mu mogle omogućiti nepoštenu prednost u postupku nabave ili da pruži krivu informaciju koja može imati materijalni utjecaj na odluke koje se tiču isključenja, odabira ili dodjele.

5.3.2. Razlika obveznih i fakultativnih osnova za isključenje sukladno Zakonu

Zakon propisuje obvezne i fakultativne osnove za isključenje. Najveća razlika između obveznih i fakultativnih osnova za isključenje je u njihovoj praktičnoj primjeni. Kod obveznih osnova za isključenje, naručitelj mora odbaciti zahtjev za sudjelovanje ili ponudu ako kod kandidata / ponuditelja postoji obvezna osnova za isključenje, na temelju same zakonske obveze.

Kod fakultativnih osnova za isključenje, naručitelj može, ali i ne mora isključiti ponuditelja ako kod njega postoji koja od fakultativnih osnova za isključenje te naručitelj procjenjuje utječu li fakultativne osnove za isključenje na njegovu pouzdanost i povjerenje prema gospodarskom subjektu.

Zakon propisuje da kandidat / ponuditelj kod kojeg se ostvare fakultativne osnove za isključenje, može dostaviti ugovornom tijelu dokaze o mjerama koje je poduzeo kako bi dokazao svoju pouzdanost, bez obzira na postojanje relevantne osnove za isključenje, dok kod obveznih osnova za isključenje takva mogućnost nije predviđena.

Ključne razlike obveznih i fakultativnih osnova za isključenje:

Obvezne osnove za isključenje	Fakultativne osnove za isključenje
Naručitelj mora odbaciti zahtjev za sudjelovanje ili ponudu ako se utvrdi postojanje osnove za isključenje	Naručitelj može, ali ne mora isključiti kandidata / ponuditelja, ako se utvrdi postojanje osnove za isključenje
Propisane su kao zakonska obveza	Primjena ovisi o procjeni naručitelja

Kažnjavanost Stečaj i slične okolnosti Postojanje duga na osnovi poreznih i socijalnih davanja	Zabranjeni sporazum Teški profesionalni propust Značajni nedostaci u izvršenju ugovora Lažno prikazivanje činjenica Sukob interesa
Taksativno definirana dokazna sredstva da ne postoji osnova za isključenje	Nisu definirana dokazna sredstva da postoji osnova za isključenje
Dokazi se dostavljaju u svrhu dokazivanja da ne postoji osnova za isključenje	Dokazi se dostavljaju u svrhu utvrđenja pouzdanosti gospodarskog subjekta, ako postoji osnova za isključenje
Postojanje osnove za isključenje obvezuje sve naručitelje	Postojanje fakultativne osnove za isključenje obvezuje samo naručitelja koji je donio odluku
Ne postoji mogućnost poduzimanja mjera samokorekcije („self-cleaning“)	Postoji mogućnost poduzimanja mjera samokorekcije („self-cleaning“)
Nije propisano razdoblje za odbacivanje zahtjev za sudjelovanje ili ponudu	Propisano je razdoblje od 12 mjeseci za isključenje
Ako ugovorno tijelo ima sumnje o postojanju okolnosti, može se obratiti nadležnim tijelima u cilju pribavljanja potrebnih informacija	Ako ugovorno tijelo ima sumnje o postojanju okolnosti, nije propisano da se može obratiti nadležnim tijelima u cilju pribavljanja potrebnih informacija

6. MJERE SAMOKOREKCIJE („SELF-CLEANING“ MJERE) I NAČELO PROPORCIONALNOSTI

Prije prikaza svake pojedinačne fakultativne osnove za isključenje iz članka 45. stavka 5. Zakona, potrebno je razjasniti postupanje u slučaju postojanja fakultativne osnove za isključenje i poduzimanja mjera samokorekcije u svrhu ocjene pouzdanosti kandidata / ponuditelja, primjenom načelo proporcionalnosti.

6.1. Mjere samokorekcije („self-cleaning“ mjere) sukladno odredbama Direktive o javnoj nabavi

Direktiva o javnoj nabavi propisuje da bi gospodarskim subjektima trebalo dopustiti da poduzimaju mjere samokorekcije koje su usmjerene na ispravljanje svojih protupravnih postupanja kojima se učinkovito sprječava buduće neprimjereno ponašanje.

Mjere bi mogle biti obuhvaćati mjere vezane uz osoblje ili organizaciju poput raskidanja svih veza s osobama ili organizacijama koje su sudjelovale u neprimjerenom ponašanju, odgovarajućih mjera reorganizacije osoblja, uvođenja sustava izvještavanja i nadzora, stvaranja strukture interne revizije kako bi se pratila sukladnost i donošenja pravila o internoj odgovornosti i naknadama.

Gospodarski subjekti bi trebali imati mogućnost zatražiti preispitivanje poduzetih mjera samokorekcije u svrhu mogućeg uključivanja u postupke javne nabave, dok je na državama članicama da se utvrde procedure za takvo postupanje. Države članice trebale bi posebno biti slobodne odlučiti žele li dozvoliti pojedinim javnim naručiteljima izvršavanje relevantnih procjena ili provjeriti taj zadatak drugim tijelima na središnjoj ili decentraliziranoj razini.

Direktiva o javnoj nabavi propisuje da svaki gospodarski subjekt kod kojeg je ostvarena obvezna osnova za isključenje koje se odnosi na presude za kažnjiva djela ili fakultativna osnova za isključenje, može pružiti dokaze kako bi dokazao da su poduzete mjere samokorekcije dovoljne da pokažu njegovu pouzdanost, bez obzira na postojanje osnove za isključenje. Mjere se odnose na plaćanje naknade štete prouzročene kažnjivim djelom ili propustom, tehničke i organizacijske mjere te mjere za osoblje primjerene za sprječavanje daljnjih protupravnih postupanja. Mjere samokorekcije koje se poduzmu, ocjenjuju se uzimajući u obzir težinu i posebne okolnosti protupravnog postupanja.

Nadalje, ako se smatra da su mjere samokorekcije i dokazi dovoljni, gospodarski subjekt neće biti isključen iz postupka nabave. Ako se smatra da mjere samokorekcije nisu dostatne, gospodarski subjekt mora biti obaviješten o razlozima isključenja i iz kojeg razloga mjere samokorekcije nisu dostatne. U nacionalnom pravu treba predvidjeti maksimalno trajanje isključenja.

Gospodarski subjekt koji je pravomoćnom presudom isključen iz sudjelovanja u postupku nabave nema pravo korištenja takve mogućnosti tijekom razdoblja isključenja koje je proizašlo iz takve presude u državi članici u kojoj je presuda na snazi.

6.2. Mjere samokorekcije („self-cleaning“ mjere) sukladno odredbama Zakona

Odredbe Zakona propisuju da kandidat / ponuditelj kod kojeg se ostvare fakultativne osnove za isključenje, može dostaviti ugovornom tijelu dokaze o mjerama koje je poduzeo kako bi dokazao svoju pouzdanost, bez obzira na postojanje relevantne osnove za isključenje.

Poduzimanje mjera samokorekcije nije moguće kod ostvarenja obvezne osnove za isključenje na način kako je to propisano Direktivom o javnoj nabavi.

Poduzimanje mjera iz ovoga stavka kandidat /ponuditelj dokazuje:

- a) **plaćanjem naknade štete** ili poduzimanjem drugih odgovarajućih mjera u cilju plaćanja naknade štete prouzročene kaznenim djelom ili propustom;
- b) **aktivnom suradnjom s nadležnim istražnim tijelima** radi potpunog razjašnjenja činjenica i okolnosti u vezi s kaznenim djelom ili propustom;
- c) **odgovarajućim tehničkim, organizacijskim i kadrovskim mjerama** radi sprječavanja daljnjih kaznenih djela ili propusta.

Mjere koje je poduzeo kandidat / ponuditelj ocjenjuju se uzimajući u obzir težinu i posebne okolnosti djela ili propusta te je obvezno obrazložiti razloge za prihvaćanje ili neprihvatanje mjera. Ugovorno tijelo neće isključiti kandidata / ponuditelja iz postupka javne nabave ako je ocijenjeno da su poduzete mjere primjerene.

Kandidat / ponuditelj kojemu je pravomoćnom presudom određena zabrana sudjelovanja u postupcima javne nabave na određeno vrijeme nema pravo korištenja mogućnosti dokazivanja pouzdanosti, do isteka roka zabrane u državi u kojoj je presuda na snazi.

Razdoblje isključenja je propisano u trajanju 12 mjeseci, koje se računa od dana donošenja odluke o isključenju nadležnog tijela odnosno ugovornog tijela koje je donijelo odluku.

Kandidat / ponuditelj kojemu je pravomoćnom presudom određena zabrana sudjelovanja u postupcima javne nabave na određeno vrijeme nema pravo korištenja mogućnosti poduzimanja mjera samokorekcije, do isteka roka zabrane u državi u kojoj je presuda na snazi.

6.3. Načelo proporcionalnosti

Primjena **načela proporcionalnosti** izrazito je naglašena kod primjene fakultativnih osnova za isključenje. Uvodna izjava Direktive o javnoj nabavi propisuje da ugovorna tijela trebaju posebnu pozornost posvetiti načelu proporcionalnosti odnosno da bi samo manje nepravilnosti trebale u iznimnim okolnostima dovesti do isključenja kandidata / ponuditelja, dok ponovljeni slučajevi manjih nepravilnosti mogu dati povod sumnji u pouzdanost gospodarskog subjekta koja može opravdati njegovo isključenje.

Načelo proporcionalnosti sprječava automatsko isključivanje ponuditelja i zahtijeva individualnu, objektivnu i obrazloženu procjenu njihove pouzdanosti. Ono naglašava da svrha isključenja nije kažnjavanje za prošle povrede, nego zaštita legitimnog interesa ugovornog tijela da ugovor dodijeli kandidatu / ponuditelju, koji pruža dostatna jamstva integriteta i pouzdanosti za buduće izvršenje ugovora.⁸

Načelo proporcionalnosti zahtijeva da ugovorno tijelo ocijeni i donese odluku o isključenju ili prihvaćanju, uzimajući i ocjenjujući u obzir sljedeće okolnosti:

1. Ugovorno tijelo mora ocijeniti konkurencijretne okolnosti slučaja,
2. Ugovorno tijelo mora utvrditi težinu povrede,
3. Ugovorno tijelo mora procijeniti koliko je povreda relevantna za predmetni ugovor,
4. Ugovorno tijelo mora razmotriti ponašanje gospodarskog subjekta nakon povrede,
5. Ugovorno tijelo mora uzeti u obzir poduzete mjere samokorekcije,
6. Ugovorno tijelo mora ocijeniti jesu li poduzete mjere samokorekcije primjerene u odnosu na učinjenu povredu,
7. Ugovorno tijelo mora procijeniti je li isključenje zaista nužno radi zaštite integriteta postupka nabave.

Na temelju ocjene između utvrđene fakultativne osnove za isključenje i poduzetih mjera samokorekcije, a koja ocjena je provedena na temelju načela proporcionalnosti, ugovorno tijelo donosi odluku o isključenju kandidata / ponuditelja ili njegovu prihvaćanju. Odluka ugovornog tijela mora biti obrazložena s razlozima za isključenje ili prihvaćanje, kako bi zainteresirane strane mogle zaštititi svoja prava i koristiti pravne lijekove.⁹

6.4. Primjena i procjena mjera samokorekcije

U slučaju postojanja fakultativnih osnova za isključenje, kandidat / ponuditelj može dostaviti ugovornom tijelu dokaze o mjerama samokorekcije koje je poduzeo kako bi dokazao svoju pouzdanost, bez obzira na postojanje relevantne osnove za isključenje.

Postavlja se pitanje: „Mora li kandidat / ponuditelj na vlastitu inicijativu ili po pozivu ugovornog tijela dostaviti dokaze mjera samokorekcije?“

⁸ Sud EU, presuda od 19. lipnja 2019., Meca Srl protiv Comune di Napoli, C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507; Sud EU, presuda od 24. listopada 2018., Vossloh Laeis GmbH v Stadtwerke München GmbH, C-124/17, ECLI:EU:C:2018:855

⁹ Sud EU, presuda od 21. prosinca 2023., Infraestruturas de Portugal i Futrifer Indústrias Ferroviárias, C-66/22, ECLI:EU:C:2023:1016

Iz prakse Suda EU proizlazi da je ostavljena mogućnost gospodarskim subjektima da dostave dokaze o poduzetim mjerama samokorekcije i na njihovu inicijativu i na inicijativu naručitelja, isto kao što se to može učiniti prilikom podnošenja zahtjeva za sudjelovanje ili ponude kao i u kasnijoj fazi postupka. Obveza samoinicijativne dostave dokaza mjera samokorekcije može biti primjenjiva samo ako je takva obveza predviđena na jasan, precizan i jednoznačan način u primjenjivim nacionalnim propisima i ako je stavljena na znanje dotičnom gospodarskom subjektu putem dokumentacije o nabavi.¹⁰ Zakon ne propisuje takvu obvezu, što znači da kandidat / ponuditelj može na vlastitu inicijativu ili po pozivu ugovornog tijela dostaviti dokaze o poduzetim mjerama samokorekcije.

Dokaz o postojanju fakultativne osnove za isključenje kandidata / ponuditelja ne dovodi do njegovog automatskog isključenja. Ugovorno tijelo mora ocijeniti je li ostvarenje osnove za isključenje, takve naravi da ono čini tog kandidata / ponuditelja pouzdanim odnosno nepouzdanim budućim ugovornim partnerom. Ocjena pouzdanosti kandidata / ponuditelja se temelji na ključnom obilježju uspješnog kandidata / ponuditelja i ugovornog tijela, koje podrazumijeva pouzdanost prvoga na kojem se temelji povjerenje koje mu poklanja drugi¹¹.

Ocjena pouzdanosti i integriteta kandidata / ponuditelja je diskrecijska ovlast ugovornog tijela i temelji se na odgovorima na sljedeća pitanja:

1. Koliko je povreda kandidata / ponuditelja bila ozbiljna?
2. U kojem razdoblju se dogodila i je li povezana s predmetom nabave?
3. Pokazuje li učinjena povreda da kandidat / ponuditelj više nije pouzdan?
4. Postoje li okolnosti koje umanjuju važnost povrede?

Ako ugovorno tijelo utvrdi da postoji fakultativna osnova za isključenje, ugovorno tijelo je dužno pozvati kandidata / ponuditelja da dostavi dokaze o poduzetim mjerama samokorekcije, kojima će dokazati svoju pouzdanost.

Dokazi kojima kandidat / ponuditelj dokazuje svoju pouzdanost odnose se na dokaze o plaćanju naknade štete nastale zbog nepravilnosti, aktivnu suradnju s nadležnim tijelima, te uvođenje odgovarajućih preventivnih mjera (tehničkih, organizacijskih i kadrovskih), kao što su: uvođenje etičkog kodeksa, sustav interne kontrole, smjena odgovornih osoba, edukacija zaposlenika, provedba neovisnih nadzora i revizija te slično.

Dokazi koji predstavljaju mjere samokorekcije:

1. Plaćanje naknade štete,
2. Aktivna suradnja s nadležnim tijelima u provedbi istrage o postojanju osnove za isključenje (zapisnici, odluke i slično),
3. Tehničke, organizacijske i kadrovske mjere (opoziv i smjena osoblja)
4. Reorganizacija gospodarskog subjekta (odluka o reorganizaciji),
5. Uvođenje etičkog kodeksa (etički kodeks),
6. Uvođenje sustava interne kontrole (certifikati, odluke, pravilnici),

¹⁰ Sud EU, presuda od 14. siječnja 2021., RTS infra BVBA, Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel protiv Vlaams Gewest, C-387/19, ECLI:EU:C:2021:13

¹¹ Sud EU, presuda od 15. rujna 2022., Landkreis Aichach-Friedberg, protiv J. Sch. Omnibusunternehmen, K. Reisen GmbH, C-416/21, ECLI:EU:C:2022:689

7. Provedba edukacije zaposlenika (potvrde o održanim edukacijama),
8. Provedba neovisnih nadzora i revizija (izvješća i slično).

Mjere samokorekcije koje je poduzeo kandidat / ponuditelj ocjenjuju se uzimajući u obzir težinu i posebne okolnosti djela ili propusta te je obvezno obrazložiti razloge za prihvaćanje ili neprihvatanje mjera. Ugovorno tijelo neće isključiti kandidata / ponuditelja iz postupka javne nabave ako je ocijenjeno da su poduzete mjere primjerene.

Ugovorno tijelo mora utvrditi jesu li dokazi takve naravi da čine tog kandidata / ponuditelja pouzdanim partnerom za dodjelu ugovora odnosno da ocijeni i uvjeri se u njegov integritet i pouzdanost. Ugovorno tijelo donosi ocjenu primjenom načela proporcionalnosti koje zahtijeva da se u konkurencijretnom slučaju individualiziranim pristupom ocijeni postupanje kandidata / ponuditelja, kako bi se donijela ocjena o pouzdanosti i integriteta na temelju svih relevantnih elemenata.

Ugovorno tijelo ocjenjuje mjere samokorekcije prema sljedećim kriterijima:

1. Jesu li mjere konkurencijretne i provedene, a ne samo deklaratorne i neprovedene?
2. Jesu li mjere proporcionalne težini povrede?
3. Sprječavaju li poduzete mjere ponavljanje nepravilnosti?
4. Jesu li odgovorne osobe smijenjene?
5. Je li šteta nadoknađena?
6. Jesu li uvedene unutarnje kontrole i interne revizije?

Na temelju ocjene između počinjenog djela i poduzetih mjera samokorekcije, a koja ocjena je provedena na temelju načela proporcionalnosti, ugovorno tijelo donosi odluku o isključenju kandidata / ponuditelja ili njegovu prihvaćanju. Odluka ugovornog tijela mora biti obrazložena s razlozima za isključenje ili prihvaćanje, kako bi zainteresirane strane mogle zaštititi svoja prava i koristiti pravne lijekove.¹²

Ugovorno tijelo može ne prihvatiti mjere odnosno ocijeniti da mjere nisu prikladne ako mjere nisu konkurencijretne, nisu provedene, nisu proporcionalne odnosno ako su mjere samo deklaratorne te nisu provedene.

Tijek postupanja ugovornog tijela:

1. Sumnja na postojanje fakultativne osnove za isključenje,
2. Utvrđivanje postojanja fakultativne osnove za isključenje,
3. U slučaju utvrđenja postojanja fakultativne osnove za isključenje, ugovorno tijelo je dužno pozvati kandidata / ponuditelja da dostavi dokaze o poduzetim mjerama samokorekcije,
4. Ocjena ugovornog tijela o poduzetim mjerama samokorekcije u odnosu na počinjenje povrede, uzimajući u obzir načelo proporcionalnosti,
5. donošenje odluke o isključenju kandidata / ponuditelja ili donošenje odluke o njegovom prihvaćanju,

¹² Sud EU, presuda od 21. prosinca 2023., Infraestruturas de Portugal i Futrifer Indústrias Ferroviárias, C-66/22, ECLI:EU:C:2023:1016

6. Odluka mora biti obrazložena.

6.5. Razdoblje isključenja kod fakultativnih osnova za isključenje

Zakon je propisao mogućnost poduzimanja mjera samokorekcije u skladu s odredbama Direktive o javnoj nabavi, koje se odnose na mogućnost da kandidat / ponuditelj dokazuje svoju pouzdanost poduzimanjem mjera samokorekcije, vrstu mjera samokorekcije te razdoblje isključenja.

Direktiva o javnoj nabavi propisuje da bi u nacionalnom pravu trebalo predvidjeti maksimalno trajanje isključenja. U tom smislu, Zakon propisuje da ugovorno tijelo može isključiti kandidata / ponuditelja na razdoblje od 12 mjeseci, koje se računa od dana donošenja odluke o isključenju nadležnog tijela. Naime, zakonska odredba glasi: „*Rok od 12 mjeseci računa se od dana donošenja odluke nadležnog tijela iz stavka (5) ovoga članka zakona.*“, te bi se iz navedene odredbe moglo zaključiti da se nadležno tijelo odnosi na ugovorno tijelo.

Međutim, Agencija je izdala mišljenje broj: 03-02-1-1069-2/24 od 06. 08. 2024. godine u kojem je navedeno:

Sukladno članku 45. stavku (6), rok od 12 mjeseci računa se od dana donošenja odluke nadležnog tijela iz stavka (5). Kao nadležna tijela mogu se smatrati sudovi, konkurencijurencijsko vijeće BiH ili druga tijela koja su ovlaštena donositi odluke relevantne za pojedinu osnovu za isključenje.

Sukladno praksi Suda EU, za ponuditelja kojem je utvrđeno postojanja profesionalnog propusta na način da je nadležna agencija za zaštitu tržišnog natjecanja države poslovnog nastana ponuditelja donijela odluku o postojanju zabranjenih sporazuma odnosno narušavanja tržišnog natjecanja, datum donošenja te odluke predstavlja dotični događaj.¹³

Ako drugo nadležno tijelo donese odluku o počinjenoj povredi, primjerice odluku o utvrđenom zabranjenom sporazumu (nadležnost konkurencijurencijskog vijeća), ili ugovorno tijelo donese odluku o raskidu, koja bude potvrđena presudom nadležnog suda u slučaju spora oko raskida ugovora, takva odluka predstavlja datum odnosno događaj od koje se računa isključenje.

Primjerice, kandidatu / ponuditelju je utvrđen zabranjeni sporazum i izrečena kazna rješenjem konkurencijurencijskog vijeća. Datum odluke konkurencijurencijskog vijeća će biti mjerodavna za računanje razdoblja isključenja, te će se razdoblje isključenja računati od dana donošenja rješenja konkurencijurencijskog vijeća kojem je utvrđen zabranjeni sporazum i izrečena kazna.

U slučaju da ugovorno tijelo isključi kandidata / ponuditelja zbog fakultativne osnove za isključenje zbog značajnih nedostataka tijekom provedbe prethodnog javnog ugovora ili prethodnog ugovora sa sektorskim ugovornim tijelom, čija je posljedica bila prijevremeni raskid tog prethodnog ugovora, naknada štete ili druga slična sankcija, tek trenutak donošenja odluke o isključenju ugovornog tijela koje provodi postupak javne nabave, predstavlja trenutak kada je nastala fakultativna osnova za isključenje i od kada se računa razdoblje isključenja, a ne trenutak nastupa raskida prethodnog ugovora.

U slučaju da ugovorno tijelo isključi kandidata / ponuditelja zbog fakultativne osnove za isključenje počinjene u samom postupku javne nabave, primjerice zbog lažnog prikazivanja činjenice pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru kvalifikacijskih i/ili kriterija za dodjelu ugovora ili prikrivanja takve informacije ili ako nije u stanju priložiti popratne dokumente, tada odluka o isključenju ugovornog tijela predstavlja trenutak kada je nastala fakultativna osnova za isključenje i računanje razdoblja isključenja teče od tog trenutka.

¹³ Sud EU, presuda od 24. listopada 2018., „Vossloh Laeis GmbH protiv Stadtwerke München GmbH“, C-124/17, ECLI:EU:C:2018:855

Isto tako, u slučaju isključenja kandidata / ponuditelja zbog postojanja sukoba interesa, koji se ne može ukloniti drugim manje drastičnim mjerama, odluka o isključenju ugovornog tijela predstavlja trenutak kada je nastala fakultativna osnova za isključenje i od kada se računa razdoblje isključenja

Odredbu koja se odnosi na razdoblje isključenja od 12 mjeseci i postupanje ugovornog tijela i gospodarskog subjekta u tom razdoblju, potrebno je razraditi detaljnije. Naime, u tom razdoblju, ugovorno tijelo isključuje gospodarski subjekt iz postupka javne nabave, ali prema praksi Suda EU, ne postoji mogućnost automatskog isključenja, već se gospodarskom subjektu mora omogućiti dostavljanje obrazloženja i dokaza o poduzetim mjerama samokorekcije, kako bi gospodarski subjekt dokazao svoju pouzdanost kao budući ugovorni partner. Odredba o automatskom isključenju protivna je odredbama o mogućnosti poduzimanja mjera samokorekcije i načelu proporcionalnosti.¹⁴

Ugovorno tijelo može isključiti kandidata / ponuditelja iz postupka javne nabave i odrediti mu razdoblje isključenja u trajanju 12 mjeseci. Iz navedene odredbe proizlazi da ugovorno tijelo, ako utvrdi postojanje fakultativne osnove za isključenje kandidata / ponuditelja, preispituje okolnosti slučaja i potencijalno donosi odluku o isključenju u kojoj će navesti da se taj kandidat / ponuditelj isključuje iz postupka javne nabave i iz sudjelovanja u postupcima javne nabave ugovornog tijela u trajanju od 12 mjeseci.

Mišljenje Agencije 04-02-1-2606-2/23 od 05. 01. 2024. godine

Pitanje: Ako je ponuditelj isključen iz postupka javne nabave, ima li taj ponuditelj pravo postavljati pitanja u novom postupku javne nabave?

Odgovor: U konkurencijretnoj situaciji ugovorno tijelo je obvezno odgovoriti na zahtjev za pojašnjenje tenderske dokumentacije, budući da u datom momentu još nije došlo do analize i ocjene ponuda koji će uslijediti kasnije.

Izvadak iz Mišljenja: Ukoliko neki gospodarski subjekt preuzme tendersku dokumentaciju i postavi zahtjev za pojašnjenje tenderske dokumentacije (što ne znači da će predati ponudu), ugovorno tijelo je dužno dati odgovor s pojašnjenjem. Ukoliko pak taj ponuditelj u daljnjem postupku ipak dostavi ponudu, ugovorno tijelo ga dakle isključuje u smislu člana 45. stavak 5. Zakona, ali i ostalih uvjeta iz tenderske dokumentacije, u fazi pregleda i ocjene ponuda.

Iz navedenog proizlazi da u slučaju da je kandidat / ponuditelj isključen iz postupka javne nabave odlukom o isključenju ugovornog tijela kojom mu je trajanje razdoblja isključenja od 12 mjeseci, da u tom razdoblju taj kandidat / ponuditelj nema mogućnost dostavljanja mjera samokorekcije i dokazivanja svoje pouzdanosti, već da nastupa automatska zabrana sudjelovanja, što nije u skladu s praksom Suda EU.

Ako je kandidat / ponuditelj isključen iz postupka javne nabave i određeno mu je isključenje iz postupka javne nabave u razdoblju od 12 mjeseci od dana donošenja odluke ugovornog tijela, postavlja se pitanje: „Što ako kandidat / ponuditelj podnese žalbu na odluku o isključenju te o istoj žalbi odlučuje URŽ?“ URŽ može odluku o isključenju poništiti ili potvrditi. Ako žalba na odluku o isključenju bude odbijena kao neosnovana, razdoblje od 12 mjeseci se računa od dana donošenja odluke ugovornog tijela, neovisno u kojem trenutku je URŽ donio odluku. Ako URŽ poništi odluku o isključenju, tada ugovorno tijelo ponovno odlučuje o isključenju, te ovisno o ponovljenoj odluci, računa se razdoblje od 12 mjeseci od odluke o isključenju.

Zakon propisuje mogućnost isključenja kandidata / ponuditelja u trajanju od 12 mjeseci računavši od dana donošenja odluke ugovornog tijela. Nakon isteka tog razdoblja, za kandidata / ponuditelja ne vrijedi zabrana isključenja, te se prema njemu postupa na način da fakultativne osnove za isključenje nema. Iz tog razloga, ključno je predvidjeti da i u razdoblju od 12 mjeseci u

¹⁴ Sud EU, presuda od 30. siječnja 2020., „Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA protiv Consip SpA, Ministero dell'Economia e delle Finanze“, C-395/18, ECLI:EU:C:2020:58

kojem traje posljedica fakultativne osnove za isključenje, kandidat / ponuditelj može ugovornom tijelu dokazati mjerama samokorekcije svoju pouzdanost.

6.6. Popis ponuditelja koji su isključeni iz postupka javne nabave

Na temelju utvrđenih fakultativnih osnova za isključenje, ugovorno tijelo je ovlašteno sastaviti popis gospodarskih subjekata koji se isključuju iz postupka javne nabave. Popis je ugovorno tijelo ovlašteno sastaviti samo na temelju donesenih svojih odluka o isključenju.

Primjerice, ugovorno tijelo je sastavilo i javno objavilo popis nepodobnih ponuditelja¹⁵ u kojem je navelo: naziv ponuditelja, datum stavljanja na listu, razdoblje trajanja isključenja odnosno zabrane sudjelovanja u postupcima javne nabave, datum isteka razdoblja zabrane sudjelovanja u postupcima javne nabave, članak sukladno kojem je ponuditelj stavljen na listu, nadležna jedinica koja provodi postupak javne nabave i razlog stavljanja na listu nepodobnih ponuditelja.

Ugovorno tijelo je na popis nepodobnih ponuditelja navelo ponuditelja koji se bavi određenom djelatnošću. U postupku javne nabave za tu djelatnost odnosno za predmet nabave kojim se bavi taj ponuditelj, ugovorno tijelo je u pozivu za dostavu ponuda¹⁶ navelo da se taj ponuditelj isključuje iz postupka javne nabave na temelju članka 45. stavka 5. točke b) i d) Zakona odnosno zbog: teškog profesionalnog propusta kojim se dovodi u pitanje integritet tog ponuditelja i zbog lažnog prikazivanja činjenica pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru kvalifikacijskih i/ili kriterija za dodjelu ugovora. Taj ponuditelj je dostavio ponudu u postupku javne nabave. Ugovorno tijelo je donijelo odluku o odabiru drugog ponuditelja koji je dostavio ponudu u tom postupku javne nabave te je donio odluku o isključenju tog ponuditelja iz postupka javne nabave¹⁷.

Primjer iz prakse Suda EU:

Ugovorno tijelo je dodijelilo ugovor zajednici ponuditelja sastavljenom od pet članova. U međuvremenu, nad jednim članom zajednice ponuditelja je otvoren stečajni postupak. Ugovorno tijelo je obavijestilo preostale članove zajednice ponuditelja da raskida sporni ugovor zbog bitne povrede obveze počinjene time što je gradilište bilo napušteno i ostavljeno bez nadzora, što nije dostavljeno novo jamstvo, što se nije poštovao raspored radova i što nije bilo ugovoreno osiguranje od građanskopravne odgovornosti.

Ti članovi zajednice su nadležnom sudu podnijeli tužbu kojom su zahtijevala da se nezakonitim proglase raskid spornog ugovora, koje je provelo ugovorno tijelo, i njihovo uvrštavanje na popis nepouzdanih dobavljača, koji se nalazi na središnjem portalu za javnu nabavu. Tužba, a povodom odluke o tužbi, i žalba je odbijena te je Tijelo nadležno za javnu nabavu uvrstilo članove zajednice ponuditelja na popis nepouzdanih dobavljača.

Članovi zajednice ponuditelja su podnijela tužbu protiv njihova uvrštavanja na popis nepouzdanih dobavljača nadležnom sudu. Nadležni sud je postavio pitanje Sudu EU: „Čini li odluka javnog naručitelja da određeni gospodarski subjekt uvrsti na popis nepouzdanih dobavljača i time na određeno razdoblje ograniči njegovu mogućnost sudjelovanja u budućim postupcima javne nabave – zbog toga što je taj gospodarski subjekt ozbiljno povrijedio ugovor sklopljen s tim javnim naručiteljem – akt koji je moguće pobijati?“

Sud EU je utvrdio: Na pitanje valja odgovoriti tako da se mora osigurati članovima zajednice gospodarskih subjekata koja je uspješni ponuditelj u okviru javne nabave, u slučaju raskida tog ugovora zbog neispunjavanja ključnog zahtjeva, podnošenje pravnog lijeka protiv njihova uvrštavanja na popis nepouzdanih dobavljača kojim se na taj način, privremeno isključuju, u načelu, iz sudjelovanja u novim postupcima javne nabave.¹⁸

¹⁵ <https://www.bhtelecom.ba/wp-content/uploads/2021/07/Lista-nepodobnih-ponudjaca.pdf>

¹⁶ Obavijest o javnoj nabavi broj: 16818-9-2-4-22-9/24 od 20. 02. 2024. godine, Portal javnih nabavki, BiH

¹⁷ Odluka o odabiru od 08. 03. 2024. godine ugovornog tijela JP Sarajevo, Sarajevska žičara, https://www.jpsarajevo.ba/uploads/documents/odluka-o-izboru-najpovoljnijeg-ponudaca-nabavka-usluga-fizicko-tehnicke-zastite-u-objektima-preduzeca_1710161399.pdf

¹⁸ Sud EU, presuda od 26. siječnja 2023., „HSC Baltic“ UAB „Mitnija“ UAB, „Montuotojas“ UAB protiv Vilniaus miesto savivaldybės administracija, C-682/21, ECLI:EU:C:2023:48

Ono što je ključno naglasiti, da bi se kandidat / ponuditelj stavio na listu nepouzdatih ponuditelja, mora mu se omogućiti zaštita njegova prava pred sudom, ali i ne bi smjelo dolaziti do automatskog isključenja takvih ponuditelja, budući da iz prakse Suda Eu proizlazi da nema mogućnosti automatskog isključenja iz postupaka javne nabave¹⁹, jer se ponuditelju mora omogućiti da dostavi dokaze o poduzetim mjerama samokorekcije kako bi dokazao svoju pouzdanost.

7. ODLUKA O ISKLJUČENJU ILI PRIHVAĆANJU PONUDITELJA

Člankom 70. Zakona je propisano da ugovorno tijelo donosi odluku o izboru najpovoljnijeg ponuditelja te je propisan sadržaj odluke, ali u sadržaju odluke nije propisano da sadrži podatke o isključenju ponuditelja. Također, Zakon ne propisuje posebnu formu odluke o isključenju, ali je sukladno članku 65. Zakona propisano da je ugovorno tijelo dužno izraditi zapisnik o ocjeni ponuda, u kojem navodi razloge odabira i odbijanja ponuda. Također, u navedenom članku nije propisano da zapisnik o ocjeni ponuda sadrži podatke o isključenju ponuditelja.

Međutim, Agencija je ovu pravnu prazninu riješila izdavanjem mišljenja.

Mišljenje Agencije broj: 04-02-1-306-2/24 od 07. 03. 2024. godine:

Ocjenu mjera koju je poduzeo kandidat / ponuditelj vrši ugovorno tijelo, te u svakom konkurencijretnom slučaju, donosi odluku o isključenju u kojoj će obrazložiti razloge za neprihvaćanje mjera ili ukoliko smatra da su poduzete mjere primjerene, takvog kandidata / ponuditelja neće isključiti iz postupka javne nabave.

Mišljenje Agencije broj: 03-02-1-1069-2/24 od 06. 08. 2024. godine:

Posebno je značajno za Vaša pitanja da zakonodavac nije propisao posebnu odredbu kojom se uređuje forma i sadržaj odluke o isključenju kandidata/ponuđača. Međutim, ugovorni organ je prilikom pregleda i ocjene ponuda dužan sačiniti zapisnik o pregledu i ocjeni ponuda iz članka 65. Zakona, u kojem se navodi naziv ponuđača čija je ponuda odbijena i razlozi za odbijanje.

Iz navedenih mišljenja proizlazi da odluka o isključenju kandidata / ponuditelja ili prihvaćanju ponuditelja, ako su poduzete mjere samokorekcije primjerene, mora biti obrazložena odnosno mora sadržavati ocjenu mjera samokorekcije te razloge isključenja ili prihvaćanja. Iz mišljenja Agencije, zapisnik o ocjeni ponuda mora sadržavati navod o kandidatu / ponuditelju koji se odbija te razloge odbijanja, ali se ne navodi da mora sadržavati navod o kandidatu / ponuditelju koji se isključuje i razloge isključenja. Navedeno predstavlja svakako preporuku za propisivanje dodatnog sadržaja odluke o izboru najpovoljnijeg ponuditelja i zapisnika o ocjeni ponuda.

Iz prakse Suda EU proizlazi da odluka ugovornog tijela mora biti obrazložena s razlozima za isključenje ili prihvaćanje, kako bi zainteresirane strane mogle zaštititi svoja prava i koristiti pravne lijekove.²⁰

Iako nije propisan sadržaj odluke o isključenju, nužno je da kandidat / ponuditelj bude obaviješten o isključenju i razlozima isključenja, kako bi mogao ostvariti pravo na pravnu zaštitu.

Mišljenje Agencije broj: 04-02-1-615-2/23 od 20. 03. 2023. godine

Stoga smo mišljenja da ugovorno tijelo može isključiti ponuditelja u novom postupku nabave, iz razloga što je raskinuo prethodno zaključen ugovor. U tom slučaju ponuditelj koji je isključen iz novog postupka nabave, iz razloga navedenih u članku 45. stavku 5. Zakona, ima pravo izjaviti žalbu Uredu za razmatranje žalbi.

¹⁹ Sud EU, presuda od 30. siječnja 2020., „Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA protiv Consip SpA, Ministero dell'Economia e delle Finanze“, C-395/18, ECLI:EU:C:2020:58

²⁰ Sud EU, presuda od 21. prosinca 2023., Infraestruturas de Portugal i Futrifer Indústrias Ferroviárias, C-66/22, ECLI:EU:C:2023:1016

Odluka o isključenju kandidata / ponuditelja ili njegovom prihvaćanju, mora biti pojedinačno, individualizirano i detaljno obrazložena te mora sadržavati:

1. Informacije koje je ugovorno tijelo razmatralo,
2. Izvore tih informacija,
3. Odgovor ponuditelja i dokaze mjera samokorekcije,
4. Procjenu mjera samokorekcije, odnosno na koji način poduzete mjere samokorekcije u odnosu na počinjenu povredu, čine tog kandidata / ponuditelja pouzdanim partnerom,
5. Provedeni test proporcionalnosti o učinku isključenja u odnosu na učinjenu povredu i poduzete mjere samokorekcije,
6. Razloge i pravnu osnovu odluke.

Primjer odluke o isključenju:

Ponuditelj se isključuje iz postupka javne nabave, jer je kod ponuditelja ostvarena osnova za isključenje iz članka 45. stavka 5. točke a) Zakona, iz razloga kako slijedi. Odlukom agencije za zaštitu tržišnog natjecanja broj _____ od dana _____ godine, utvrđeno da je ponuditelj sudjelovao u zabranjenim sporazumima kojima se narušava tržišno natjecanje.

S obzirom da je člankom 45. stavkom 5. točkom a) Zakona propisano da ugovorno tijelo može isključiti iz sudjelovanja u postupku nabave kandidata / ponuditelja, ako ima dokaz da je kandidat / ponuditelj sklopio sporazum s drugim kandidatom / ponuditeljem kojem je cilj narušavanje tržišne konkurencijurencije, to je ugovorno tijelo utvrdilo da je kod ponuditelja ostvarena osnova za isključenje iz članka 45. stavka 5. točke a) Zakona.

Ponuditelj je pozvan da dostavi dokaze o poduzetim mjerama samokorekcije, kako bi dokazao svoju pouzdanost. Ugovorno tijelo ocjenjuje da poduzete mjere samokorekcije nisu primjerene. Naime, iz predmetne Odluke agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, proizlazi da je ponuditelj surađivao s nadležnom agencijom radi rješavanja sporova, ali tek povodom već svojeg utvrđenog protupravnog ponašanja. Isto tako, Ponuditelj navodi da je proveo mjere restrukturiranja tek nakon utvrđenja činjenica u ovom postupku javne nabave.

Dakle, ponuditelj nije našao svrsishodnim poduzeti mjere restrukturiranja neposredno nakon utvrđenja povreda prava tržišnog natjecanja kako bi spriječio daljnje protupravno postupanje upravljačkih tijela društva. Ugovorno tijelo ocjenjuje da poduzete mjere restrukturiranja, kao mjera samokorekcije, nije relevantna za odlučivanje u ovom postupku javne nabave, jer su iste poduzete tijekom ovog postupka javne nabave te ne dokazuju ugovornom tijelu ozbiljnost u postupanju ponuditelja da je imao namjeru otkloniti eventualna buduća postupanja protivna pravu tržišnog natjecanja.

Člankom 4. Zakona o konkurencijurenciji su propisani zabranjeni sporazumi koje predstavljaju najteže oblike narušavanja tržišne konkurencijurencije. Iz predmetne odluke agencije za zaštitu tržišnog natjecanja je razvidno da je ponuditelj sudjelovao u zabranjenom sporazumu te je kažnjen za takvo protupravno postupanje. Postojanje predmetne odluke predstavlja dokaz u smislu članka 45. stavka 5. točke a) Zakona.

S obzirom na navedeno, uzimajući u obzir da postoji dokaz o zabranjenom sporazumu, da mjere samokorekcije koje je poduzeo ponuditelj nisu primjerene da bi dokazale pouzdanost ponuditelja, to se ponuditelj isključuje iz postupka javne nabave, na temelju članka 45. stavka 5. točke a) Zakona.

Primjer odluke o prihvaćanju kandidata / ponuditelja:

Ponuditelj je kažnjen odlukom nadležne agencije za zaštitu tržišnog natjecanja za povrede tržišnog natjecanja, te mu postojanje navedene odluke predstavlja odgovarajuće sredstvo za dokazivanje osnove za isključenje teškog profesionalnog propusta. U slučaju da odluka ne postoji, ne može se niti utvrditi postojanje teškog profesionalnog propusta zbog narušavanja tržišnog natjecanja.

U postupku javne nabave, naručitelj je pozvao ponuditelja da dostavi obrazloženje poduzetih mjera samokorekcije i dokaze o poduzetim mjerama samokorekcije.

Ponuditelj je dostavio obrazloženje u kojem navodi:

- *da je usvojen i implementiran Sustav upravljanja poslovnim usklađenošću,*
- *da je izvršio organizacijske i kadrovske promjene, odnosno da je sankcionirao i opozvao osobe koje su bile obuhvaćene istragom nadležne agencije za zaštitu tržišnog natjecanja,*
- *da je usko surađivao s upravim tijelima,*
- *da je platio umanjenu izrečenu novčanu kaznu,*
- *da je optimizirao obuku zaposlenika uvođenjem e-školovanja na temu ispravnog ponašanja u svakodnevnom poslovanju, posebno osmišljene za edukaciju članova menadžmenta u smislu izbjegavanja korupcije i kartelnih prijestupa,*
- *da je uspostavio vanjski monitoring usklađenosti u cilju trajnog i kontinuiranog poboljšanja sustava upravljanja usklađenošću u smislu održavanja trajnog dijaloga s menadžerima.*

U prilog navedenom obrazloženju, ponuditelj je dostavio:

- *Odluku nadležne agencije za zaštitu tržišnog natjecanja iz koje je vidljivo da je ponuditelj surađivao s nadležnom agencijom („izuzetno opsežna suradnja gospodarskog subjekta“) te kojim mu je utvrđena umanjena novčana kazna,*
- *Dokaz o uvedenom Sustavu upravljanja poslovnim usklađenošću (Certifikat ISO 37001:2016-10-15 Sustavi upravljanja za suzbijanje podmićivanja - zahtjevi i smjernice, i Certifikat ISO 37301:2021-04-12 Sustavi upravljanja usklađenošću - zahtjevi i smjernice za primjenu)*
- *Dokaz o izvršenim organizacijskim i kadrovskim promjenama, odnosno dokaz o sankcioniranju i opozivu osoba obuhvaćenih istragom koje su bile obuhvaćene istragom nadležne agencije za zaštitu tržišnog natjecanja,*
- *Dokaz o uplati umanjene novčane kazne,*
- *Certifikate kojima neovisna tijela ocjenjuju i potvrđuju učinkovitost sustava upravljanja,*

Na temelju dostavljenog obrazloženja i dokaza ponuditelja, ugovorno tijelo je, na temelju načela proporcionalnosti, ocijenilo da je ponuditelj dostavio svu potrebnu dokumentaciju i dokazao svoju pouzdanost bez obzira na postojanje relevantne osnove za isključenje te je njegova ponuda ocijenjena valjanom.²¹

8. SPORAZUM KOJEM JE CILJ NARUŠAVANJE TRŽIŠNOG NATJECANJA

8.1. Zabranjeni sporazumi i tržišno natjecanje

Zabranjeni sporazum u postupku javne nabave podrazumijeva sporazum kojem je cilj narušavanje tržišnog natjecanja. Zabranjeni sporazumi u javnoj nabavi smatraju se glavnim faktorom rizika za efikasnu javnu potrošnju, i predstavljaju najteži oblik povrede tržišnog natjecanja.

Zakon o konkurencijurenciji²² u članku 4. propisuje zabranjeni sporazum na sljedeći način:

Zabranjeni su sporazumi, ugovori, pojedine odredbe sporazuma ili ugovora, zajednička djelovanja, izričiti i prešutni dogovori privrednih subjekata, kao i odluke i drugi akti privrednih subjekata (u daljnjem tekstu: sporazumi) koji za cilj i posljedicu imaju sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišne konkurencijurencije na relevantnom tržištu, a koji se odnose na: a) direktno ili indirektno utvrđivanje kupovnih i prodajnih cijena ili bilo kojih drugih trgovinskih uvjeta;

b) ograničavanje i kontrolu proizvodnje, tržišta, tehničkog razvoja ili ulaganja;

c) podjelu tržišta ili izvora snabdijevanja;

d) primjenu različitih uvjeta za identične transakcije s drugim privrednim subjektima, dovodeći ih u nepovoljan položaj u odnosu na konkurencijurenciju;

²¹ Republika Hrvatske, Hrvatske ceste d.o.o., postupak javne nabave: Izgradnja dionice čvor Mravince-čvor TTTS duljine 2,5 km sa spojnim cestama, faza 4 i 5, objavljen na Elektroničkom oglasniku javne nabave RH, broj objave: 2022/S 0F2-0006655, od 21. veljače 2022. godine, <https://eojn.nn.hr/Oglasnik/>

²² Zakon o konkurencijurenciji („Službeni glasnik BiH“, br. 48/05, 76/07 i 80/09)

e) *zaključivanje takvih sporazuma kojima se druga strana uvjetuje da prihvati dodatne obaveze koje po svojoj prirodi ili običajima u trgovini nisu u vezi s predmetom sporazuma.*

Sporazumi zabranjeni u skladu s navedenim su ništavni.

U dijelu definiranja zabranjenog sporazuma, Zakon o konkurencijurenciji je usklađen s europskim zakonodavstvom i to člankom 101. Ugovora o funkcioniranju EU kojim su propisani zabranjeni sporazumi kojima se narušava tržišno natjecanje²³.

Fakultativna osnova za isključenje postojanja sporazuma kojem je cilj narušavanje tržišne konkurencijurencije upućuje na protutržišne sporazume koje sklapaju gospodarski subjekti između sebe i ne može biti ograničena samo na sporazume među poduzetnicima kako je to propisano člankom 101. Ugovor o funkcioniranju EU odnosno Zakona o konkurencijurenciji, već ima šire značenje.²⁴

Prilikom provedbe postupka javne nabave, ugovorna tijela i ponuditelji moraju poštivati zakonske i podzakonske odredbe u svojem postupanju, ali se moraju i rukovoditi postavljenim ciljevima javne nabave. Može se zaključiti da ostvarenje navedenih ciljeva počiva na poštenom tržišnom natjecanju svih gospodarskih subjekata zainteresiranih za sudjelovanje u postupcima javne nabave, jer bez poštenog tržišnog natjecanja, ne ostvaruje se niti jedan od ciljeva javne nabave. Upravo je osnovna misao vodilja pri provedbi javne nabave pojednostavljenje, profesionalizacija, ubrzanje i fleksibilizacija postupaka, te ostvarenje većeg stupnja otvorenosti tržišnog natjecanja i otvorenosti malom i srednjem poduzetništvu, uz poštivanje načela transparentnosti, jednakog tretmana, zabrane diskriminacije.

Načelo tržišnog natjecanja je jedno od temeljnih načela javne nabave koje se ostvaruje poštivanjem načela nediskriminacije, jednakog tretmana i transparentnosti. Odredbe o zaštiti prava tržišnog natjecanja se odnose i na odabir vrste postupka, opisa predmeta nabave i njegove podjele na grupe, propisivanja tehničkih specifikacija, oznaka i marki, uvjetima sposobnosti, kriterija za odabir ponude, te uvjetima za izvršenje ugovora.

Usko povezano područje s tržišnim natjecanjem odnosno s njegovim narušavanjem, su i sama koruptivna i prijevarena djelovanja. Samim time se još više pridonosi nepovjerenju javnosti u sustav državne uprave i ugovorna tijela koji su obveznici provedbe postupaka javne nabave. Stoga, cilj je suzbiti ili smanjiti na što manju mjeru mogućnost korupcije i prijevare. Korupcija i prijevara se može javiti kod obje strane budućeg ugovora o javnoj nabavi. Na strani ugovornog tijela se manifestira u **pogodovanju ponuditelju** kroz propisivanje uvjeta postupka, dok se na strani ponuditelja ona manifestira u sklapanju **zabranjenih sporazuma (kartel)** između ponuditelja. Oba ova oblika djelovanja predstavljaju narušavanje tržišnog natjecanja u javnoj nabavi.

Ugovorna tijela se prema gospodarskim subjektima moraju ponašati jednako i bez diskriminacije te djelovati na transparentan i razmjeran način. Koncept javne nabave nije osmišljen s namjerom da se umjetno suzi nadmetanje. Smatra se da se nadmetanje prijetvorno sužava kada je koncept nabave osmišljen s namjerom da se određenim gospodarskim subjektima neopravdano da prednost ili ih se stavi u nepovoljan položaj.²⁵

8.2. Sporazumi ponuditelja u postupku javne nabave – EU

Direktiva o javnoj nabavi propisuje: *naručitelji mogu isključiti iz sudjelovanja u postupku nabave bilo koji gospodarski subjekt ako javni naručitelj ima dovoljno vjerodostojnih pokazatelja da je gospodarski subjekt sklopio sporazum s drugim gospodarskim subjektima kojima je cilj narušavanje tržišnog natjecanja.* U slučaju sumnje u postojanje jedne ili više od navedenih

²³ Ugovor o funkcioniranju EU (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=celex:12016ME/TXT>)

²⁴ Sud EU, presuda od 15. rujna 2022., Landkreis Aichach-Friedberg, protiv J. Sch. Omnibusunternehmen, K. Reisen GmbH, C-416/21, ECLI:EU:C:2022:689

²⁵ Sud EU, presuda od 15. rujna 2022., Landkreis Aichach-Friedberg, protiv J. Sch. Omnibusunternehmen, K. Reisen GmbH, C-416/21, ECLI:EU:C:2022:689

okolnosti, naručitelj ima pravo utvrđivati postojanje zabranjenog sporazuma i isključiti ponuditelje iz postupka javne nabave.

Situacije koje ukazuju na zabranjeni sporazum u postupku javne nabave:

- 1) Dva ponuditelja unaprijed dogovore kojem će biti dodijeljen ugovor o javnoj nabavi i dogovore cijenu ponude;
- 2) Jedan ponuditelj podnese namjerno skuplju ponudu kako bi drugi ponuditelj bio izabran;
- 3) Ponuditelji međusobno usklade cijene, primjerice podnošenjem neuobičajeno visokih cijena ponuda od cijena po kojima se inače nudi predmet nabave ili su ponude s istim ili vrlo sličnim cijenama;
- 4) Ponuditelji podijele tržište po teritoriju ili naručiteljima pa se međusobno ne natječu:
 - 4.a) jedan ponuditelj podnosi ponudu kod jednog naručitelja, a drugi ponuditelj podnosi ponudu kod drugog istovrsnog naručitelja (naručitelji iz istog sektora);
 - 4.b) sudjelovanje neobjašnjivo malog broja ponuditelja u postupku javne nabave može upućivati na dogovor o podjeli tržišta, čija je svrha izbjegavanje međusobne konkurencijurencije na, primjerice, nekom zemljopisnom području;
- 5) Ponuditelji dogovore povlačenje ponude jednog od njih kako bi drugi pobijedio;
- 6) Ako u ponudi sudjeluje više ponuditelja nego što je to potrebno za izvršenje ugovora.

Da bi postojao „zabranjeni sporazum“ dovoljno je da su poduzetnici izrazili zajedničku volju da se na tržištu ponašaju na određeni način odnosno da djeluju usklađeno. Usklađeno djelovanje odnosi se na oblik koordinacije između poduzetnika koji, iako nije doveo do stvaranja sporazuma u užem smislu, svjesno zamjenjuje rizike tržišnog natjecanja praktičnom međusobnom suradnjom. Sporazumi o raspoređivanju klijenata, kao i sporazumi o cijenama, obuhvaćeni su kategorijom najtežih ograničenja tržišnog natjecanja. Održavanje sastanaka između predstavnika poduzeća, na kojima su se razmatrali te povremeno zajedno pripremali tablični prikazi procjena budućih javnih nabava, njihovih cijena, očekivanih profitnih marži, podjele pojedinih ugovora, kao i dogovoreno sudjelovanje u navedenim postupcima javne nabave, predstavljaju „zabranjeni sporazum“.²⁶

Iz europskog zakonodavstva proizlazi da u slučaju postojanja dovoljno vjerojatnih pokazatelja, odnosno da su ponuditelji postigli dogovor o podnošenju ponuda koji će rezultirati narušavanjem tržišnog natjecanja, to ugovorno tijelo može takve ponude isključiti. Ugovorno tijelo ne mora raspolagati dokazom da je sklopljen zabranjeni sporazum, već je dovoljno da postoje vjerojatni pokazatelji o sporazumu između ponuditelja.

8.3. Sporazumi ponuditelja u postupku javne nabave – BiH

Zakon propisuje da *ugovorno tijelo može na period od 12 mjeseci isključiti iz učešća u postupku nabavke kandidata / ponuditelja ako ima **dokaz** da je kandidat / ponuditelj sklopio sporazum s drugim kandidatom / ponuditeljem kojem je cilj narušavanje tržišne konkurencijurencije.*

Ključna razlika između odredbi Direktive o javnoj nabavi i Zakona je da se na temelju odredbi Direktive o javnoj nabavi, zabranjeni sporazum utvrđuje na temelju **dovoljno vjerojatnih pokazatelja**, dok na temelju Zakona, ugovorno tijelo mora raspolagati **dokazom** da je kandidat / ponuditelj sklopio zabranjeni sporazum.

Naručitelj ne smije zaključiti da postoji zabranjeni sporazum na temelju nagađanja ili sumnje odnosno dovoljno vjerojatnih pokazatelja, kako je to propisano Direktivom o javnoj nabavi. Potreban je dokaz kojim se može utvrditi da je sporazum doista postojao.

Mišljenje Agencije, Broj: 03-02-1-1069-2/24 od 06. 08. 2024. godine:

Ako ugovorno tijelo ima dokaz da je kandidat ili ponuditelj sklopio sporazum s drugim kandidatom ili ponuditeljem čiji je cilj narušavanje tržišnog natjecanja.

²⁶ Sud EU, presuda od 14. siječnja 2021., Kilpailu- ja kuluttajavirasto, C-450/19, ECLI:EU:C:2021:10

Primjer:

Ako konkurencijurencijsko vijeće utvrdi da su tvrtke A i B na natječaju dogovorile cijene kako bi eliminirale konkurencijurenciju, naručitelji se mogu pozvati na članak 45. stavak 5. točku a) i isključiti te gospodarske subjekte iz svojih postupaka na razdoblje propisano Zakonom.

Relevantan dokaz za utvrđivanje postojanja zabranjenog sporazuma može biti:

- 1) Odluka konkurencijurencijskog vijeća BiH,
- 2) Sudska odluka, ili
- 3) Odluka drugog nadležnog tijela.

Primjer iz prakse:

konkurencijurencijsko vijeće je 03. 04. 2023. godine zaprimilo prijavu narušavanja konkurencijurencije u postupku javne nabave ugovornog tijela Općine Breza pod nazivom: Sanacija dijela lokalne ceste Breza - Mahmutović Rijeka, dionica Bulbulušići - Grabovik, koji je objavljen na portalu javne nabave 24. 02. 2023. godine, od strane gospodarskog subjekta čiji identitet je poznat konkurencijurencijskom vijeću protiv subjekata „Ado - Trans“ d.o.o. Visoko, „Komgrad - Ze“ d.o.o. Zenica i „Roco Commerce“ d.o.o. Livno, zbog osnovane sumnje da su zaključili zabranjeni sporazum iz članka 4. Zakona o konkurencijurenciji.

U prijavi zabranjenog konkurencijurencijskog djelovanja, Podnositelj prijave navodi da je ugovorno tijelo Općina Breza objavilo postupak javne nabave pod nazivom Sanacija dijela lokalne ceste Breza - Mahmutović Rijeka, dionica Bulbulušići - Grabovik, koji je objavljen na portalu javne nabave 24. 02. 2023. godine. Podnositelj prijave je zaprimio zapisnik o otvaranju ponuda broj 02/1-2-11-512-5/23 od 17.03.2023. godine, a ugovorno tijelo je zakazalo e-aukciju koja je održana dana 22. 03. 2023. godine u 9,00 sati. Na e-aukciji u roku od 2 minute i 05 sekundi ponuditelji „Roco Commerce“ d.o.o. Livno i „Komgrad - Ze“ d.o.o. Zenica uspjeli su da promijene cijenu svojih ponuda čak šest puta i to tri puta ponuditelj „Roco commerce“ d.o.o. Livno i tri puta ponuditelj „Komgrad-Ze“ d.o.o. Zenica. Na ovaj način su uspjeli da cijene svojih ponuda smanje za veliki iznos, te je jedan ponuditelj smanjio cijenu za 50,54% od početne cijene ponude, a drugi 42,29% od početne cijene ponude. Ponuditelj „Komgrad -Ze“ d.o.o. Zenica uspio da cijenu svoje ponude sa početne cijene od 303.294,88 KM bez PDV-a smanji na iznos od 150.000,00 KM bez PDV-a i na taj način umanjio je cijenu svoje ponude za čak 50,54%. Ponuditelj „Roco Commerce“ d.o.o. Livno uspio da smanji cijenu svoje ponude sa početne cijene od 303.216,14 bez PDV-a na iznos od 175.000,00 KM bez PDV-a tako da je cijenu svoje ponude smanjio za čak 42,29%. Zabranjeni sporazum odnosno narušavanje konkurencijurencije se ogleda u činjenici da postoji dogovor između ponuđača „Ado - Trans“ d.o.o. Visoko, „Roco Commerce“ d.o.o. Livno i „Komgrad - Ze“ d.o.o. Zenica, jer su ponuditelji „Roco Commerce“ d.o.o. Livno i „Komgrad - Ze“ d.o.o. Zenica u dogovoru sa ponuditeljem „Ado-Trans“ d.o.o. Visoko. Ponuđači „Roco - Commerce“ i „Komgrad - Ze“ namjerno snižavali cijenu svojih ponuda za maksimalne iznose kako bi na taj način pogodovali ponuditelju „Ado - Trans“. Dana 29.03.2023. godine

Podnositelj prijave je zaprimio Odluku o izboru najpovoljnijeg ponuditelja kojom je kao najpovoljniji odabran ponuditelj „Komgrad - Ze“ d.o.o. Zenica, te u ovom podnesku od 30.03.2023. godine obavještava konkurencijurencijsko vijeće da taj ponuditelj nema namjeru da zaključi ugovor sa Općinom Breza za ovaj postupak javne nabave, da isti neće dostaviti dodatnu dokumentaciju iz člana 45. Zakona o javnim nabavama BiH ili ako istu dostavi neće biti ispravna, te da će ugovorno tijelo morati da donese drugu Odluku o izboru najpovoljnijeg ponuditelja kojim će kao najpovoljniji biti odabran „Roco Commerce“ d.o.o. Livno koji također nema namjeru zaključiti nikakav ugovor sa Općinom Breza niti će dostaviti dokumentaciju iz člana 45. Zakona o javnim nabavama BiH ili ako istu dostavi ona neće biti ispravna i na taj način bit će odabran ponuditelj „Ado - Trans“ d.o.o. Visoko, zbog kojeg su ponuditelji „Roco Commerce“ i „Komgrad - Ze“ i snižavali cijene svojih ponuda. Sam Podnositelj prijave imao je ozbiljne namjere da sudjeluje na e-aukciji, ali je bio spriječen jer su ponuditelji „Roco Commerce“ i „Komgrad - Ze“ u rekordnom roku snizili cijene svojih ponuda do iznosa kojim ni jedan ponuditelj ne bi mogao izvršiti predmet nabave bez gubitka za svoju kompaniju. Podnositelj prijave kao sudionik postupka javne nabave je bio spriječen da

sudjeluje u e-aukciji, jer su naprijed navedeni gospodarski subjekti u rekordnom roku i maksimalnom iznosu snizili svoje cijene tako da drugi ponuditelji nakon završenog dogovorenog snižavanja cijene nisu imali nikakav motiv da snize cijenu svoje ponude. Također navodi da je "Ado - Trans" ponuditelj koji će u ovom postupku dostaviti dokumente iz člana 45. Zakona o javnim nabavama i zaključiti ugovor sa ugovornim tijelom.

Nakon provedenog postupka, konkurencijurencijsko vijeće je 7. 11. 2024. donijelo Rješenje kojim je utvrdilo da su gospodarski subjekti "Ado - Trans" d.o.o. Visoko, "Komgrad - Ze" d.o.o. Zenica i "Roco Commerce" d.o.o. Livno, u postupku javne nabave ugovornog tijela Općine Breza broj 726-1-3-6-3-4/23 od 24. 02. 2023. godine, zajedničkim djelovanjem dogovorili i usuglasili poslovnu strategiju sa ciljem da utječu na ishod postupka javne nabave, te su na taj način sklopili zabranjeni sporazum u smislu članka 4. stavka (1) točke b) i c) Zakona o konkurencijurenciji, kojim su značajno ograničili i narušili tržišnu konkurencijurenciju na relevantnom tržištu.

Rješenjem su navedenim gospodarskim subjektima izrečene novčane kazne te je izrečena zabrana svakog budućeg postupanje kojim bi se mogla ograničiti, narušiti ili spriječiti konkurencijurencija na način opisan u točki 1. dispozitiva tog Rješenja.

Ako postoji odluka nadležnog tijela kojom je utvrđen zabranjeni sporazum, ugovorno tijelo može isključiti ponuditelja na razdoblje od 12 mjeseci. Rok od 12 mjeseci teče od dana donošenja odluke nadležnog tijela.

Mišljenje Agencije, Broj: 03-02-1-1069-2/24 od 06. 08. 2024. godine:

Sukladno članku 45. stavku (6), rok od 12 mjeseci računa se od dana donošenja odluke nadležnog tijela iz stavka (5). Kao nadležna tijela mogu se smatrati sudovi, konkurencijurencijsko vijeće BiH ili druga tijela koja su ovlaštena donositi odluke relevantne za pojedinu osnovu za isključenje.

U konkurencijuretnom slučaju, u kojem je konkurencijurencijsko vijeće donijelo Rješenje kojim je utvrdilo da su gospodarski subjekti, sklopili zabranjeni sporazum, ugovorno tijelo je imalo ovlast isključiti navedene gospodarske subjekte iz postupaka javne nabave, u roku 12 mjeseci od donošenja odluke konkurencijurencijskog vijeća.

Zaključak:

Ugovorno tijelo **nije ovlašteno samo utvrđivati** postojanje zabranjenog sporazuma.

Ugovorno tijelo **mora raspolagati dokazom** da su ponuditelji sklopili zabranjeni sporazum.

Relevantan dokaz može biti **odluka konkurencijurencijskog vijeća, odluka suda ili drugog nadležnog tijela.**

Rok od 12 mjeseci teče od dana donošenja odluke nadležnog tijela.

8.4. Sudjelovanje povezanih subjekata i mogućnost isključenja

Cilj javne nabave je sudjelovanje što većeg broja ponuditelja u postupku javne nabave, kako bi se kroz tržišno natjecanje ostvarila što bolja vrijednost za novac. U tom smislu, dopušteno je sudjelovanje povezanih subjekata u postupku javne nabave pod uvjetom da su njihove ponude samostalne, nezavisne i nisu rezultat međusobnog dogovora povezanih subjekata. U slučaju podnošenja ponuda povezanih subjekata, ne postoji mogućnost njihova automatskog isključenja, već je potrebno ispitati jesu li ponude samostalne i nezavisne te o rezultatu utvrđenja, naručitelj je ovlašten donijeti odluku o isključenju ili utvrđenju da ne postoji osnova za isključenje.

Uzimanje u obzir ponuda koje nisu samostalne ni neovisne, a koje su podnijeli povezani poduzetnici, protivno je načelu jednakog postupanja. U slučaju povezanih ponuditelja, načelo jednakog postupanja bilo bi povrijeđeno kad bi povezani ponuditelji mogli podnijeti usklađene ili dogovorene, odnosno ni samostalne ni neovisne ponude, koje bi im tako mogle donijeti neopravdane prednosti u odnosu na druge ponuditelje. Načelo jednakog postupanja može biti

prepreka dodjeli ugovora gospodarskim subjektima koji čine gospodarsku cjelinu i čije ponude, iako su podnesene zasebno, nisu ni samostalne ni neovisne.²⁷

U europskom zakonodavstvu cilj je osigurati najšire moguće sudjelovanje ponuditelja u postupku javne nabave. U tom smislu, ne propisuje se opća apsolutna zabrana istodobnog i konkurencijurenskog djelovanja u istom postupku javne nabave gospodarskih subjekata povezanih odnosom kontrole ili pripadnošću istoj grupi odnosno sustavno uskraćivanje da međusobno povezani gospodarski subjekti podnose ponude u postupku javne nabave, jer bi to bilo protivno učinkovitoj primjeni prava iz područja javne nabave. Iz ustaljene prakse Suda EU proizlazi da automatsko isključenje međusobno povezanih ponuditelja, prelazi nužnost za prevenciju koluzivnog ponašanja i time ono što je potrebno da bi se osigurala primjena načela jednakog postupanja i poštovanje obveze transparentnosti. Ponuditelji ne moraju obavijestiti naručitelja o svojim međusobnim vezama i naručitelj mora ponude ponuditelja tijekom cijelog postupka smatrati valjanima, ako ne postoje indicije da su ponude, koje su podnijeli povezani ponuditelji, usklađene ili dogovorene. Poštovanje načela proporcionalnosti zahtijeva da naručitelj mora ispitati i ocijeniti jesu li međusobno povezani ponuditelji podnijeli samostalne i neovisne ponude te je li veza između dva subjekta imala konkurencijuretni utjecaj na sadržaj ponuda podnesenih u okviru istog postupka javne nabave odnosno da taj odnos nije utjecao na njihovo ponašanje tijekom predmetnog postupka, pri čemu je utvrđenje takvog utjecaja, u bilo kojem obliku, dovoljno da bi se ti ponuditelji isključili iz postupka.²⁸

8.5. Mogućnosti ugovornog tijela sukladno odredbama Zakona

Člankom 2. Zakona propisane su definicije prihvatljive, neprihvatljive i nepravilne ponude.

Prihvatljiva ponuda je ponuda koju je podnio ponuditelj koji nije bio isključen sukladno članku 45. ovog zakona i koji ispunjava kriterije za izbor najpovoljnije ponude, te čija je ponuda sukladna tehničkim specifikacijama bez da je nepravilna ili neprihvatljiva.

Neprihvatljiva ponuda je ponuda čija cijena premašuje planirana odnosno osigurana novčana sredstva ugovornog tijela za nabavu ili ponuda ponuditelja koji ne ispunjava kriterije za kvalifikaciju gospodarskog subjekta.

Nepravilna ponuda je ponuda koja nije sukladna tenderskoj dokumentaciji ili je primljena izvan roka za dostavu ponuda ili postoje dokazi o tajnom sporazumu ili korupciji ili nije rezultat tržišne konkurencijurencije ili je ugovorno tijelo utvrdilo da je cijena ponude izuzetno niska.

S obzirom na to da ugovorno tijelo ne može samostalno utvrđivati postojanje zabranjenog sporazuma i mora raspolagati dokazom da su ponuditelji sklopili zabranjeni sporazum, ugovorno tijelo ima na raspolaganju proglasiti ponude nepravilnima, jer iste nisu rezultat tržišnog natjecanja.

Primjer odbijanja ponuda ugovornog tijela koje nisu rezultat tržišnog natjecanja:

Naručitelj je proveo postupak javne nabave u kojoj je zaprimio dvije ponude različitih ponuditelja, jednu ponudu ponuditelja X s izrazito niskom cijenom i drugu ponudu zajednice ponuditelja Y s izrazito visokom cijenom. Naručitelj je u obje ponude utvrdio podudarnosti koje se očituju u tome da član zajednice ponuditelja Y sudjeluje u ponudi ponuditelja X kao podugovaratelj, da je taj ponuditelj X osnivač odnosno jedini dioničar tog člana zajednice ponuditelja Y, ista

²⁷ Sud EU, presuda od 15. rujna 2022., Landkreis Aichach-Friedberg, protiv J. Sch. Omnibusunternehmen, K. Reisen GmbH, C-416/21, ECLI:EU:C:2022:689

²⁸ Sud EU, presuda od 17. svibnja 2018., Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras, „Ecoservice projektai” UAB, prethodno „Specializuotas transportas” UAB, C-531/16, ECLI:EU:C:2018:324

Sud EU, presuda od 8. veljače 2018., Lloyd's of London protiv Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria, C-144/17, ECLI:EU:C:2018:78

Sud EU, presuda od 8. prosinca 2022., AAS „BTA Baltic Insurance Company” protiv Iepirkumu uzraudzības birojs, Tieslietu ministrija, C-769/21, ECLI:EU:C:2022:973

Sud EU, presuda od 15. rujna 2022., Landkreis Aichach-Friedberg, protiv J. Sch. Omnibusunternehmen, K. Reisen GmbH, C-416/21, ECLI:EU:C:2022:689

poslovna adresa ta dva gospodarska subjekta, jamstvo za ozbiljnost ponude je izdano od iste banke, te podudarnost većine imenovanih stručnjaka u obje ponude, od kojih je jedan od stručnjaka član uprave člana zajednice ponuditelja Y. Naručitelj je, unatoč utvrđenim podudarnostima nastavio pregled i ocjenu ponuda, te kao ekonomski najpovoljnijeg ponuditelja rangirao ponuditelja X. Naručitelj je zatražio dostavu ažuriranih popratnih dokumenata od ponuditelja X, koji iste nije dostavljao unatoč pozivima naručitelja. Istekom rokova, ponuditelj X je dostavio ažurirane popratne dokumente, u kojima je naručitelj utvrdio nedostatke te pozivao ponuditelja da iste otkloni, koje ponuditelj X nije otklanjao. Naručitelj je posumnjao u postupanje ponuditelja X kao „namjernog gubitnika“, odnosno namjerno ili iz nemara ne dostavlja dokumente na koje ga naručitelj poziva, kako bi se njegova ponuda odbila i odabrala ponuda zajednice ponuditelja Y te time dovelo naručitelja u položaj da odabere skuplju ponudu. Naručitelj je na kraju donio odluku o poništenju postupka, budući je odbio ponude ponuditelja X i zajednice ponuditelja Y.

Na navedenu odluku o poništenju, zajednica ponuditelja Y je uložila žalbu nadležnom tijelu, koja je žalbu odbila uz zaključak:

„Međutim, u konkurencijretnom slučaju se i prema ocjeni ovog državnog tijela, radi o objektivnim i podudarnim činjenicama kao indicijama, koji promatrani kao cjelina, upućuju na povrede pravila tržišnog natjecanja, sve sukladno detaljnom obrazloženju naručitelja iz zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda. Dakle, prema ocjeni ovoga tijela naručitelj je, u konkurencijretnom slučaju, na temelju nesporne činjenice podugovaranja u ponudama u kojima su gospodarski subjekti povezani na način da je jedan ponuditelj X osnivač člana zajednice gospodarskih subjekata Y kao drugog ponuditelja, zatim podudarnosti kao što su ista poslovna adresa, isti stručnjaci i evidentno nemarno ponašanje ponuditelja X tijekom postupka pregleda i ocjene ponuda, kao ponuditelja koji je podnio ekonomski najpovoljniju ponudu, imao dovoljno elemenata za ocjenu da podnesene ponude nisu rezultat tržišnog natjecanja.“²⁹

8.6. Pokretanje postupka sukladno Zakonu i Zakonu o konkurencijurenciji

Člankom 52. stavkom 12. Zakona je propisano: U postupku javne nabave ponuditelji su dužni podnijeti svoju ponudu bez narušavanja tržišne konkurencijurencije u smislu zabranjenih dogovora s drugim ponuditeljima. Za postupke zaštite tržišne konkurencijurencije nadležno je konkurencijurencijsko vijeće Bosne i Hercegovine. U slučaju postojanja osnova sumnje da se u postupku javne nabave narušava tržišna konkurencijurencija, zahtjev za pokretanje postupka pred konkurencijurencijskim vijećem Bosne i Hercegovine može podnijeti svaka gospodarska ili fizička osoba koja za to ima pravni ili ekonomski interes, gospodarske komore, udruge poslodavaca ili gospodarstvenika, udruge potrošača i tijela izvršne vlasti.

Člankom 27. Zakona o konkurencijurenciji je propisano da konkurencijurencijsko vijeće pokreće postupak, u smislu tog zakona, po službenoj dužnosti ili na osnovu zahtjeva stranke. konkurencijurencijsko vijeće pokrenut će postupak po službenoj dužnosti ako postoji osnovana sumnja da se značajno sprečava, ograničava i narušava tržišna konkurencijurencija.

Zahtjev za pokretanje postupka pred konkurencijurencijskim vijećem, u skladu s odredbama tog zakona, može podnijeti:

- a) svaka gospodarska ili fizička osoba koje za to ima pravni ili ekonomski interes;
- b) privredne komore, udruženja poslodavaca i poduzetnika;
- c) udruženja potrošača;
- d) organi izvršne vlasti u Bosni i Hercegovini.

Dakle, u slučaju sumnje na postojanje zabranjenog sporazuma u postupku javne nabave kojim se narušava tržišna konkurencijurencija, može se podnijeti zahtjev konkurencijurencijskom vijeću radi utvrđivanja je li nastupio zabranjeni sporazum te određivanja sankcija.

²⁹ Republika Hrvatska, Rješenje Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave KLASA: UP/II-034-02/23-01/372 od 1. rujna 2023. i Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske posl. broj: UsII-181/23 od 16. studenog 2023., kojima je potvrđeno postupanje naručitelja

Primjer iz prakse:

Gospodarski subjekt čiji je identitet poznat konkurencijurencijskom vijeću je putem emaila dana 29. 11. 2023. godine podnio prijavu o koluzivnom ponašanju sudionika u postupku javne nabave računarske opreme. konkurencijurencijskom vijeću i Agenciji za javne nabavke Bosne i Hercegovine. Predmetna prijava je podnesena protiv subjekata PR "SMART COMPUTER", PR "MEDIA MARKET" i "Softkom S" d.o.o., zbog kako je navedeno, manipulacija na e-aukcije u postupku javne nabave računarske opreme.

Agencija za javne nabavke je aktom zaprimljenim dana 01. 12. 2023. godine i aktom zaprimljenim dana 07. 12. 2023. godine, obavijestila konkurencijurencijsko vijeće da je dana 17. 11. 2023. godine zaprimila mail od Podnositelja prijave, o postojanju sumnje na dogovor ponuđača PR "SMART COMPUTER", PR "MEDIA MARKET" i "Softkom S" d.o.o. u postupku javne nabave kompjuterske opreme, koji je provodilo konkurencijurencijsko vijeće u kom je prema Odluci o izboru najpovoljnijeg ponuđača za nabavu računarske opreme, kao najpovoljniji ponuditelj izabran PR "MEDIA MARKET", zbog čega Agencija za javne nabavke smatra da ova situacija ukazuje na moguću koluziju ponuditelja i postupanje iz članka 4. Zakona o konkurencijurenciji.

Prijava podnesena protiv ponuditelja PR "SMART COMPUTER", PR "MEDIA MARKET" i "Softkom S" d.o.o. dopunjena je dana 29. 12. 2023. godine, podacima za postupak javne nabave računara koju je provodio ugovorno tijelo Zavod za zdravstvenu zaštitu radnika u saobraćaju Sarajevo.

Agencija za javne nabavke je dana 04. 01. 2024. godine aktom prosljedila podatke koje joj je dostavio Podnositelj prijave, a tiču se postupka javne nabave kompjuterske opreme koji je provodio ugovorno tijelo JU Srednjoškolski centar Petar Kočić, Zvornik.

Postupajući po naprijed navedenim prijavama, a u cilju prikupljanja podataka vezanih za postupanje ponuditelja Smart Computer Prijedor, Softkom d.o.o. Prijedor i Media Market Prijedor u postupcima javnih nabavi izvršen je uvid u postupak javne nabave računarske opreme za konkurencijurencijsko vijeće, kao i u zvaničnu stranicu Agencije za javne nabavke www.ejn.gov.ba. na kojoj se nalaze podaci o postupcima javnih nabava u kojima su sudjelovali gospodarski subjekti kao ponuditelji.

Utvrđeno je da postoji osnovana sumnja zabranjenog dogovora/koluzije iz članka 4. stavka (1) točka b) i c) Zakona o konkurencijurenciji, između ponuditelja/ subjekata PR SMART COMPUTER Prijedor, PR MEDIA MARKET Prijedor, SOFTKOM S d.o.o. Prijedor, BISCOMMERC d.o.o. Banja Luka, ELUR d.o.o. Kiseljak., COPITRADE d.o.o. Bijeljina, INTER-COM d.o.o. Zenica, ALF-OM d.o.o. Banja Luka, ZERICK d.o.o. Sarajevo, UNIVERZALNO d.o.o. Sarajevo i EMADO d.o.o. Sarajevo, u postupcima javne nabave računarske opreme. Naime, nakon provedene e-aukcije, u pravilu ugovor o predmetnoj nabavci se zaključi sa trećeplasiranim na konačnoj rang listi ponuditelja a koji su sudjelovali na e-aukciji, koji je malo ili nikako snizio svoju cijenu ponude na e-aukciji, jer su prvoplasirani i drugoplasirani ponuditelji koji su se na tim pozicijama našli nakon okončanja e-aukcije, jer su cijenu svojih ponuda na e-aukciji snižavali i više od 50% , odustali od predmetne nabave, odnosno nisu dostavili dokumentaciju iz člana 45. Zakona o javnim nabavama koju su bili obavezni dostaviti kao izabrani najpovoljniji ponuditelj.

Nakon provedenog postupka, konkurencijurencijsko vijeće je 7. 11. 2024. donijelo Rješenje kojim je utvrdilo da su gospodarski subjekti PR Media Market Prijedor, PR Smart Computer Prijedor i Softkom S d.o.o. Prijedor, direktnom ili indirektnom razmjenom informacija sklopili zabranjeni sporazum iz članka 4. stavka (1) točke b) i c) Zakona o konkurencijurenciji, kojim su značajno ograničili i narušili tržišnu konkurencijurenciju na tržištu javne nabave računarske opreme u niz postupaka javne nabave kod različitih ugovornih tijela.

Rješenjem su navedenim gospodarskim subjektima izrečene novčane kazne.

Predmetnim postupkom utvrđivanja postojanja zabranjenog sporazuma bili su obuhvaćeni i drugi gospodarski subjekti, za koje je utvrđeno da nisu sudjelovali u zabranjenom sporazumu.

Iz navedenog je razvidno da u slučaju postojanja sumnje da su ponuditelji u postupku javne nabave ili na tržištu, a na temelju provedenih postupaka javnih nabava, sklopili zabranjeni sporazum, ugovorno tijelo ili drugi ponuditelj u postupku javne nabave, ima mogućnost podnijeti zahtjev za pokretanje postupka pred konkurencijurencijskim vijećem.

Iz prakse Suda EU proizlazi: „...postoje indicije da su gospodarski subjekti sklopili takav sporazum kojim bi se utjecalo na tržište kroz manipuliranje ponudama u postupku putem sporazuma o cijenama koje će ponuditi u okviru tih postupaka, sporazuma o redoslijedu kojim će podnositi ponude u postupcima javne nabave, sporazuma o podjeli tržišta na način da se gospodarski subjekti dogovore koji će od njih podnijeti ponude na postupke određenih naručitelja, odnosno suzdržavati se od sudjelovanja u postupcima naručitelja koji „pripadaju“ drugim ponuditeljima i slično (dovoljno vjerojatnih pokazatelja da postoji zabranjeni sporazum)“.³⁰

Nakon provedenog postupka, konkurencijurencijsko vijeće može donijeti odluku, Rješenje kojim se utvrđuje da su gospodarski subjekti sudjelovali u zabranjenom sporazumu u postupku javne nabave. Takvo Rješenje predstavlja dokaz ugovornom tijelu da na strani ponuditelja postoji osnova za isključenje iz članka 45. stavka 5. točke a) Zakona.

Postupak u slučaju sumnje na postojanje zabranjenog sporazuma:

1. Sumnja u postojanje usklađenog djelovanja – zabranjenog sporazuma, kako je definiran člankom 4. Zakona o konkurencijurenciji, između kandidata / ponuditelja u postupku javne nabave,
2. Ugovorno tijelo može ponude za koje posumnja da nisu rezultat tržišnog natjecanja odbiti kao nepravilne,
3. Prijava konkurencijurencijskom vijeću ponuditelja za koje posumnja da su sklopili zabranjeni sporazum,
4. Postupak utvrđivanja postojanja zabranjenog sporazuma od strane konkurencijurencijskog vijeća,
5. Ako konkurencijurencijsko vijeće utvrdi postojanje zabranjenog sporazuma, donosi se Rješenje o utvrđivanju zabranjenog sporazuma i izricanje novčanih kazni,
6. Rješenje konkurencijurencijskog vijeća predstavlja dokaz sukladno članku 45. stavku 5. točki a) Zakona, na temelju kojeg ugovorno tijelo može isključiti kandidata / ponuditelja iz postupka javne nabave.

8.7. Postupanje ugovornog tijela i donošenje odluke

Ako ugovorno tijelo utvrdi da postoji dokaz o sklopljenom zabranjenom sporazumu, ugovorno tijelo je dužno pozvati kandidata /ponuditelja da dostavi dokaze o mjerama samokorekcije koje je poduzeo kako bi dokazao svoju pouzdanost.

Ti dokazi mogu biti: dokaz o plaćanju naknade štete nastale zbog zabranjenog sporazuma, dokaz o aktivnoj suradnji s nadležnim tijelima, dokaz o uvođenju odgovarajućih preventivnih tehničkih, organizacijskih i kadrovskih mjera, kao što su: uvođenje etičkog kodeksa, sustav interne kontrole, smjena odgovornih osoba, edukacija zaposlenika, provedba neovisnih nadzora i revizija te slično.

Dokaz o postojanju zabranjenog sporazuma kandidata / ponuditelja ne dovodi do njegovog automatskog isključenja, već ugovorno tijelo mora ocijeniti je li postojanje zabranjenog sporazuma, takve naravi da ono čini tog kandidata / ponuditelja pouzdanim odnosno nepouzdanim budućim ugovornim partnerom. Ocjena pouzdanosti kandidata / ponuditelja se temelji na ključnom obilježju uspješnog kandidata / ponuditelja i ugovornog tijela, koje podrazumijeva pouzdanost prvoga na kojem se temelji povjerenje koje mu poklanja drugi³¹.

³⁰ Sud EU, presuda od 15. rujna 2022., Landkreis Aichach-Friedberg, protiv J. Sch. Omnibusunternehmen, K. Reisen GmbH, C-416/21, ECLI:EU:C:2022:689

³¹ Sud EU, presuda od 15. rujna 2022., Landkreis Aichach-Friedberg, protiv J. Sch. Omnibusunternehmen, K. Reisen GmbH, C-416/21, ECLI:EU:C:2022:689

Mjere koje je poduzeo kandidat / ponuditelj ocjenjuju se uzimajući u obzir težinu i posebne okolnosti protupravnog djelovanja. Ugovorno tijelo je obvezno obrazložiti razloge za prihvatanje ili neprihvatanje mjera. Ugovorno tijelo neće isključiti kandidata / ponuditelja iz postupka javne nabave ako je ocijenjeno da su poduzete mjere primjerene.

Ugovorno tijelo donosi ocjenu primjenom načela proporcionalnosti koje zahtijeva da se u konkurencijretnom slučaju individualiziranim pristupom ocijeni postupanje kandidata / ponuditelja, kako bi se donijela ocjena o pouzdanosti na temelju svih relevantnih elemenata.

Tijek postupanja ugovornog tijela prilikom isključenja kandidata / ponuditelja zbog postojanja sporazuma kojem je cilj narušavanje tržišne konkurencijurencije:

1. Mora biti podnesena ponuda kandidata / ponuditelja u postupku javne nabave;
2. Mora postojati dokaz – odluka nadležnog tijela o utvrđenom zabranjenom sporazumu;
3. Ugovorno tijelo mora imati saznanje o postojanju dokaza o zabranjenom sporazumu;
4. Ugovorno tijelo upućuje zahtjev kandidatu / ponuditelju za dostavu dokaza o poduzetim mjerama samokorekcije;
5. Ugovorno tijelo provodi ocjenu o poduzetim mjerama samokorekcije, kako bi se na temelju načela proporcionalnosti utvrdila pouzdanost kandidata / ponuditelja;
6. Ugovorno tijelo na temelju provedene ocjene pouzdanosti, donosi odluku o isključenju ili prihvatanju, koja mora biti obrazložena.

Ako ugovorno tijelo utvrdi da mjere samokorekcije koje je poduzeo kandidat / ponuditelj nisu primjerene odnosno nisu takve naravi da čine kandidata / ponuditelja pouzdanim partnerom, može donijeti odluku o isključenju, koju mora obrazložiti, kako je opisano u točki 7. ovog Vodiča.

9. TEŠKI PROFESIONALNI PROPUST KOJI DOVODI U PITANJE INTEGRITET PONUDITELJA

Usko povezano sa sporazumom kojim se narušava tržišno natjecanje je i teški profesionalni propust. Teški profesionalni propust je širi pojam od sporazuma kojim se narušava tržišno natjecanje, jer obuhvaća i druge profesionalne propuste ponuditelja. Sporazum kojim se narušava tržišno natjecanje potpada u definiciju teškog profesionalnog propusta.

9.1. Odredba Direktive o javnoj nabavi i Zakona

Direktiva o javnoj nabavi propisuje da javni naručitelji mogu isključiti iz sudjelovanja u postupku nabave bilo koji gospodarski subjekt ako javni naručitelj može dokazati odgovarajućim sredstvima da je gospodarski subjekt kriv za teški poslovni prekršaj koji dovodi u pitanje njegov integritet.

Zakon propisuje da ugovorno tijelo može na razdoblje od 12 mjeseci isključiti iz sudjelovanja u postupku nabave kandidata / ponuditelja ako ugovorno tijelo može dokazati odgovarajućim dokaznim sredstvima da je ponuditelj kriv za teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje njegov integritet.

Odredbe Direktive o javnoj nabavi i Zakona su u većem dijelu usklađene. Razlika u odredbi Direktive o javnoj nabavi i Zakona ogleda su u odnosu na kojeg subjekta se odnosi osnova za isključenje. Sukladno Direktivi o javnoj nabavi, osnova za isključenje se odnosi na gospodarski subjekt, a sukladno Zakonu se odnosi na kandidata / ponuditelja. Gospodarski subjekt je širi pojam

od kandidata / ponuditelja, te se u europskom zakonodavstvu odnosi i na podugovaratelja i na gospodarski subjekt na čiju sposobnost se oslanja ponuditelj, dok se u nacionalnom zakonodavstvu odnosi samo na kandidata / ponuditelja.

Niti odredbe Direktive o javnoj nabavi niti odredbe Zakona ne daju izričitu definiciju pojma teškog profesionalnog propusta.

9.2. Definicija teškog profesionalnog propusta u europskom zakonodavstvu

Direktiva o javnoj nabavi ne daje izričitu definiciju pojma teški profesionalni propust (*engl. grave professional misconduct*). U uvodnoj izjavi Direktive pojašnjeno je da se teškim profesionalnim propustom mogu smatrati: povrede etičkih i profesionalnih pravila, nezakonito ili neetično ponašanje u obavljanju profesionalne djelatnosti, ozbiljni nedostaci pri izvršenju prethodnih ugovora, ponašanje koje dovodi u pitanje pouzdanost i integritet gospodarskog subjekta.

Sud EU nije dao jednu univerzalnu definiciju pojma teški profesionalni propust, ali je kroz svoju praksu razradio njegov sadržaj. Sud EU dodatno je naglasio da pojam ima široko značenje te obuhvaća svako pogrešno, protupravno ili neprimjereno profesionalno ponašanje gospodarskog subjekta koje utječe na njegov profesionalni kredibilitet, integritet, vjerodostojnost ili pouzdanost, a ne samo na povrede profesionalnih pravila utvrđenih od strane strukovnih tijela ili pravomoćne presude za određeno djelo, odnosno radnje koje predstavljaju kazneno djelo ili prekršaj, a koji mora biti objektivno težak.³²

U toj presudi Sud EU je utvrdio da se pojam teški profesionalni propust ne odnosi samo na povrede koje su prethodno utvrdili disciplinska tijela ili sudovi, nego obuhvaća svako ponašanje koje dovodi u pitanje profesionalni integritet gospodarskog subjekta. Sud je naglasio da za utvrđenje takvog propusta nije nužna prethodna pravomoćna kaznena ili disciplinska odluka, već je dovoljno da ugovorno tijelo odgovarajućim sredstvima dokaže ponašanje gospodarskog subjekta koje upućuje na ozbiljan nedostatak profesionalnog integriteta, vjerodostojnosti ili pouzdanosti za izvršenje ugovora o javnoj nabavi.

U tom smislu, valja napomenuti da pojam težak profesionalni propust obuhvaća svako protupravno postupanje koje utječe na profesionalnu vjerodostojnost predmetnog gospodarskog subjekta, njegov integritet i pouzdanost. Posljedično, pojam težak profesionalni propust, koji se široko tumači, ne može biti ograničen samo na povrede i nepažnje počinjene tijekom izvršavanja ugovora o javnoj nabavi. Osim toga, pojam „težak propust” mora se razumjeti na način da se uobičajeno odnosi na postupanje predmetnog gospodarskog subjekta koje pokazuje njegovu protupravnu namjeru ili nepažnju određenog stupnja.³³

Na temelju sudske prakse Suda EU može se formulirati sljedeća definicija:

Teški profesionalni propust je svako pogrešno, protupravno ili neprimjereno profesionalno ponašanje gospodarskog subjekta, koje je objektivno teško i koje utječe na njegov profesionalni kredibilitet, integritet, vjerodostojnost ili pouzdanost za izvršenje ugovora o javnoj nabavi.

Primjer definicije teškog profesionalnog propusta:

„Profesionalni propust je postupanje gospodarskog subjekta protivno propisima iz područja prava koje uređuje obavljanje njegove djelatnosti, prava okoliša, socijalnog i radnog prava,

³² Sud EU, presuda od 13. prosinca 2012., Forposta SA and ABC Direct Contact sp. z o.o. v Poczta Polska SA, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801

³³ Sud EU, presuda od 4. lipnja 2019., Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) protiv Gruppo Torinese Trasporti GTT Sp, C-425/18, ECLI:EU:C:2019:476

uključujući kolektivne ugovore, a osobito obvezu isplate ugovorene plaće, prava tržišnog natjecanja, prava intelektualnog vlasništva te postupanje protivno pravilima struke.“³⁴

9.3. Definicija teškog profesionalnog propusta u nacionalnom zakonodavstvu

Zakon propisuje fakultativnu osnovu za isključenje teškog profesionalnog propusta koji dovodi u pitanje integritet ponuditelja skoro identično kao i Direktiva o javnoj nabavi. Vezano uz teški profesionalni propust, Agencija je objavila mišljenja za pojedine slučajeve.

Mišljenje Agencije, Broj: 03-02-1-1069-2/24 od 06. 08. 2024. godine:

Pod teškim profesionalnim propustom, u kontekstu javne nabave, može se smatrati počinjenje krivičnog djela, prekršaja ili drugog djela za koje je gospodarski subjekt kažnjen od strane nadležnog suda, a koje je u vezi s predmetom nabave.

Ugovorno tijelo može koristiti ovaj razlog za isključenje samo ukoliko je gospodarski subjekt ranije učinio profesionalni propust pri izvršenju ugovora koji je vezan za predmet nabave.

Ugovorno tijelo ne može isključiti gospodarski subjekt na osnovu teškog profesionalnog propusta učinjenog kod drugog ugovornog tijela. Dakle, isključenje je moguće samo na osnovu konkurencijretnog dokaza u vlastitim postupcima javne nabave.

Mišljenje Agencije, Broj 04-02-1-306-2/24 od 07. 03. 2024. godine:

Naime, pod teškim profesionalnim propustom, u kontekstu javne nabave, može se smatrati počinjenje krivičnog djela, prekršaja, djela za koje je određen gospodarski subjekt kažnjen od strane nadležnog suda, a djelo je u vezi sa predmetom nabave. Ugovorna tijela mogu koristiti ovaj razlog, a isključenje samo ukoliko je gospodarski subjekt ranije učinio profesionalni propust pri izvršenju nekog ugovora koji se veže za predmet nabave jer se time dozvoljava ugovornim tijelima da ne ulaze u ugovorne odnose sa gospodarskim subjektima koji nisu u stanju ispuniti preuzete ugovorne obaveze iz predmetne djelatnosti. Ugovorno tijelo ne može isključiti gospodarski subjekt iz postupka javne nabave na osnovu izvršenja teškog profesionalnog propusta ako je taj propust učinjen kod drugog ugovornog tijela.

Dakle, ugovorno tijelo može isključiti gospodarskog subjekta zbog teškog profesionalnog propusta na osnovu konkurencijretnog dokaza samo u svojim postupcima javne nabave.

Iz mišljenja Agencije proizlazi da kandidat / ponuditelj može biti isključen iz postupka javne nabave zbog teškog profesionalnog propusta, ako je gospodarski subjekt:

1. kažnjen od strane nadležnog suda,
2. za djelo koje je vezano uz predmet nabave za koje ugovorno tijelo provodi postupak javne nabave, te
3. za postojanje teškog profesionalnog propusta koje se dogodilo kod ugovornog tijela koje provodi postupak javne nabave, ali ne i kod drugog ugovornog tijela.

Iz prakse Suda EU proizlazi da nije nužno da teški profesionalni propust bude izravno povezan uz predmet nabave, jer Sud EU tumači pojam teškog profesionalnog propusta široko, kao svako ponašanje koje dovodi u pitanje profesionalni integritet, vjerodostojnost ili pouzdanost gospodarskog subjekta. Sud EU nije postavio uvjet da propust mora biti povezan s predmetom ugovora koji se nabavlja, već da mora biti takve naravi da opravdano izaziva sumnju u pouzdanost gospodarskog subjekta kao budućeg ugovornog partnera.³⁵

Iz prakse Suda EU, za postojanje teškog profesionalnog propusta nije nužno postojanje sudske presude, niti kaznene niti disciplinske. Sud EU je izričito utvrdio da pojam teškog profesionalnog propusta ne obuhvaća samo povrede koje su prethodno utvrđene odlukom strukovnog, disciplinskog tijela ili pravomoćnom sudskom odlukom odnosno nije nužno prethodno sudsko utvrđenje odgovornosti, već je dovoljno da ugovorno tijelo odgovarajućim sredstvima dokaže ponašanje gospodarskog subjekta koje upućuje na ozbiljan nedostatak profesionalnog integriteta, vjerodostojnosti ili pouzdanosti za izvršenje ugovora o javnoj nabavi.

³⁴ Zakon o javnoj nabavi Republike Hrvatske („Narodne novine“, broj: 120/16, 114/22, 48/26)

³⁵ Sud EU, presuda od 13. prosinca 2012., Forposta SA and ABC Direct Contact sp. z o.o. v Poczta Polska SA, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801

Presuda suda ili drugog nadležnog tijela nije uvjet za utvrđenje teškog profesionalnog propusta. Ugovorno tijelo može postojanje teškog profesionalnog propusta dokazati i drugim odgovarajućim sredstvima, pod uvjetom da na temelju objektivnih činjenica može zaključiti da ponašanje gospodarskog subjekta dovodi u pitanje njegov integritet, vjerodostojnost ili pouzdanost.

9.4. Sličnosti i razlike europskog i nacionalnog zakonodavstva

Uzimajući u obzir odredbe Direktive o javnoj nabavi i prakse Suda EU u odnosu na odredbe Zakona i mišljenja Agencije, utvrđene su sljedeće sličnosti i razlike.

Sličnosti Direktive o javnoj nabavi i Zakona:

Odredba Direktive o javnoj nabavi: Javni naručitelji mogu isključiti iz sudjelovanja u postupku nabave bilo koji gospodarski subjekt ako javni naručitelj može dokazati odgovarajućim sredstvima da je gospodarski subjekt kriv za teški poslovni prekršaj koji dovodi u pitanje njegov integritet	Odredba Zakona: Ugovorno tijelo može isključiti iz sudjelovanja u postupku nabave kandidata / ponuditelja ako ugovorno tijelo može dokazati odgovarajućim dokaznim sredstvima da je ponuditelj kriv za teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje njegov integritet
Ne postoji definicija „teškog profesionalnog propusta“	Ne postoji definicija „teškog profesionalnog propusta“
Za postojanje teškog profesionalnog propusta nije nužno postojanje sudske ili druge odluke nadležnog tijela (raskid ugovora)	Za postojanje teškog profesionalnog propusta nije nužno postojanje sudske ili druge odluke nadležnog tijela (raskid ugovora)

Razlike Direktive o javnoj nabavi i Zakona:

Odredba Direktive o javnoj nabavi se odnosi na svaki gospodarski subjekt	Odredba Zakona se odnosi na kandidata / ponuditelja
Teški profesionalni propust ne mora biti vezan za predmet nabave postupka koji provodi ugovorno tijelo	Teški profesionalni propust mora biti vezan za predmet nabave postupka koji provodi ugovorno tijelo
Teški profesionalni propust ne mora biti učinjen kod tog ugovornog tijela	Teški profesionalni propust mora biti učinjen kod tog ugovornog tijela

9.5. Obuhvat teškog profesionalnog propusta

U europskom zakonodavstvu, teški profesionalni propust može predstavljati različita djela koje je počinio gospodarski subjekt, kao što su: zabranjeni sporazum i narušavanje tržišnog natjecanja, davanje lažnih podataka, prikriivanje važnih informacija, pokušaj nedopuštenog utjecaja na

ugovorno tijelo, koruptivno ponašanje, ozbiljne povrede ugovornih obveza u ranijim ugovorima, namjerno ili krajnje nepažljivo neispunjavanje profesionalnih obveza, ozbiljni propusti u kvaliteti izvršenja ugovora koji dovode do raskida, naknade štete ili sličnih sankcija i druga ponašanja koja objektivno dovode u pitanje poslovni integritet i pouzdanost gospodarskog subjekta.

Za postojanje teškog profesionalnog propusta, nije dovoljno samo postojanje bilo kakve povrede, ako ona ne pokazuje ozbiljan nedostatak profesionalne pouzdanosti ili nema stvarnu težinu za ocjenu gospodarskog subjekta kao budućeg ugovornog partnera.

U presudama Forposta i ABC Direct Contact (C-465/11) i Generali-Providencia Biztosító (C-470/13), Sud je već pojasnio da pojam težak profesionalni propust obuhvaća svako protupravno postupanje koje utječe na profesionalnu vjerodostojnost predmetnog subjekta i da je počinjenje povrede pravila o tržišnom natjecanju, osobito kada je ta povreda bila sankcionirana novčanom kaznom, razlog za isključenje obuhvaćen fakultativnim osnovama za isključenje.³⁶

Sud EU je dodatno pojasnio da ozbiljni nedostaci u izvršenju ranijeg ugovora mogu predstavljati teški profesionalni propust kada dovode u pitanje integritet gospodarskog subjekta te da naručitelj ima određenu diskreciju u ocjeni takvog ponašanja, pod uvjetom da raspolaže odgovarajućim dokazima.³⁷

U nacionalnom zakonodavstvu, teški profesionalni propust može predstavljati različita djela koje je počinio kandidat / ponuditelj, kao što su: zabranjeni sporazum, davanje lažnih podataka, koruptivno ponašanje, kažnjiva djela, prekršaji i druga kažnjiva ponašanja koje dovode u pitanje integritet kandidata / ponuditelja, a za koje je gospodarski subjekt kažnjen od strane nadležnog suda. Sukladno mišljenju Agencije, teški profesionalni propust uključuje i profesionalni propust pri izvršenju nekog ugovora koji se veže za predmet nabave, učinjen kod ugovornog tijela koje provodi postupak javne nabave.

Potrebno je voditi računa da ako je kandidat / ponuditelj u kaznenom postupku osuđen pravomoćnom presudom za kaznena djela organiziranog kriminala, korupciju, prijevaru ili pranje novca, takva presuda predstavlja osnovu za obvezno isključenje kandidata / ponuditelja iz postupka javne nabave. Odluka nadležnog suda za sva ostala kaznena djela može predstavljati osnovu za fakultativno isključenje kandidata / ponuditelja, uz ispunjenje uvjeta da takvo protupravno postupanje dovodi u pitanje njegov integritet.

9.6. Odgovarajući dokazi za utvrđenje teškog profesionalnog propusta

Uzimajući definiciju teškog profesionalnog propusta nacionalnog zakonodavstva, primjeri odgovarajućih dokaza za utvrđenje teškog profesionalnog propusta mogu biti različite odluke, zapisnici, izvještaji, dokumentirani raskidi ugovora dokazi o lažnim informacijama ili drugi dokazi o teškim povredama poslovanja.

Dokazi kojima ugovorno tijelo dokazuje postojanje teškog profesionalnog propusta:

1. pravomoćne sudske presude u kaznenom ili prekršajnom postupku,
2. konačne odluke nadležnih nadzornih ili regulatornih tijela,
3. konačne odluke tijela za zaštitu tržišnog natjecanja (konkurencijurencijsko vijeće),
4. konačne odluke arbitražnih vijeća ili sudova,
5. zapisnici i/ili izvještaji nadzora i stručna vještačenja koji potvrđuju ozbiljne propuste u izvršenju ugovora,
6. zapisnici inspekcija ili drugih nadležnih tijela,

³⁶ Sud EU, presuda od 4. lipnja 2019., Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) protiv Gruppo Torinese Trasporti GTT Sp, C-425/18, ECLI:EU:C:2019:476

³⁷ Sud EU, presuda od 19. lipnja 2019., Meca Srl protiv Comune di Napoli, C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507

7. dokumentirani raskidi ranijih ugovora zbog krivnje ugovaratelja,
8. dokumentacija koja pokazuje da je zbog postupanja kandidata / ponuditelja nastala značajna šteta ili da ugovor nije mogao biti uredno izvršen,
9. dokazi o davanju lažnih podataka,
10. dokazi o drugim teškim povredama profesionalne etike i poslovanja.

Za dokazivanje teškog profesionalnog propusta nije potrebna sudska presuda, ali naručitelj mora raspolagati konkurencijretnim, objektivnim i provjerljivim dokazima iz kojih proizlazi ozbiljan nedostatak integriteta, vjerodostojnosti ili profesionalne pouzdanosti gospodarskog subjekta. Nije dovoljno da se postojanje teškog profesionalnog propusta utvrđuje na temelju glasina ili nagađanja, anonimnih prijava bez dokaza, manjim pogreškama ili nepravilnostima koje ne dovode u pitanje integritet kandidata / ponuditelja.

Primjer:

Konačno, članak 45. stavak 2. prvi podstavak točka (d) Direktive 2004/18 dopušta javnim naručiteljima utvrđivanje teškog profesionalnog propusta svim sredstvima kojima ga mogu opravdati. Utvrđivanje takvog popusta ne zahtijeva pravomoćnu sudska presudu (presuda od 13. prosinca 2012., Forposta i ABC Direct Contact, C-465/11) s obzirom na to da odluka nacionalnog tijela za zaštitu tržišnog natjecanja kojom se utvrđuje da je subjekt prekršio pravila tržišnog natjecanja može zasigurno predstavljati indiciju o postojanju teškog propusta koji je počinio taj subjekt. Stoga bi počinjenje povrede pravila o tržišnom natjecanju, osobito kada je ta povreda bila sankcionirana novčanom kaznom, predstavljalo razlog za isključenje obuhvaćen člankom 45. stavkom 2. prvim podstavkom točkom (d) Direktive 2004/18 (presuda 18. prosinca 2014., Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, t. 35.).³⁸

U slučaju kada je gospodarski subjekt kažnjen odlukom konkurencijurencijskog vijeća ili nadležne agencije za zaštitu tržišnog natjecanja za povrede tržišnog natjecanja u državi svog sjedišta odnosno zbog postojanja zabranjenih sporazuma tzv. „kartel“, tada na strani tog gospodarskog subjekta postoji profesionalni propust. Stoga, kod narušavanja tržišnog natjecanja, odluka nadležnog tijela za zaštitu tržišnog natjecanja je odgovarajuće sredstvo za utvrđivanje osnove za isključenje profesionalnog propusta, budući da obuhvaća okolnosti narušavanja tržišnog natjecanja, te se razdoblje isključenja gospodarskog subjekta od dvije godine računa od dana donošenja odluke o utvrđivanju narušavanja tržišnog natjecanja.

Primjer postojanja teškog profesionalnog propusta zbog narušavanja tržišnog natjecanja:

„... propisano je da javni naručitelj može isključiti gospodarski subjekt iz postupka javne nabave ako može dokazati odgovarajućim sredstvima da je gospodarski subjekt kriv za teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje njegov integritet. Nadalje se propisuje da je razdoblje isključenja gospodarskog subjekta kod kojeg su ostvarene fakultativne osnove za isključenje, dvije godine od dana dotičnog događaja.... Tužitelj niti u tužbi ne spori postojanje Odluke Komisije za zaštitu tržišnog natjecanja Helenske Republike broj: 642/2017 od 10. ožujka 2017., niti sadržaj te Odluke, ali polemizira o prirodi utvrđene presude....Slijedom navedenog pravilan je zaključak tuženika da je tužitelj bio dužan navesti i podatke o profesionalnom propustu, a da postojanje Odluke od 10. ožujka 2017. predstavlja profesionalni propust na strani tužitelja.“³⁹

U postupku utvrđivanja teškog profesionalnog propusta, naručitelj mora utvrditi konkurencijretne činjenice i dokaze, ocijeniti težinu i okolnosti postupanja, poštovati načelo proporcionalnosti te omogućiti kandidatu / ponuditelju da dokaže svoju pouzdanost.

³⁸ Sud EU, presuda od 4. lipnja 2019., Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) protiv Gruppo Torinese Trasporti GTT Sp, C-425/18, ECLI:EU:C:2019:476

³⁹ Republika Hrvatska, Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske posl. broj: UsII-274/19-9, od 12. lipnja 2019.

U svrhu dokazivanja postojanja teškog profesionalnog propusta, naručitelj mora moći na temelju raspoloživih činjenica uvjerljivo i obrazloženo zaključiti da je došlo do profesionalnog ponašanja koje ozbiljno dovodi u pitanje pouzdanost ponuditelja. Takva ocjena mora biti individualna i proporcionalna.

9.7. Postupanje ugovornog tijela i donošenje odluke

Tijek postupanja ugovornog tijela:

1. Mora biti podnesena ponuda kandidata / ponuditelja u postupku javne nabave,
2. Ugovorno tijelo mora raspolagati konkurencijretnim odgovarajućim sredstvima da na strani kandidata / ponuditelja postoji protupravno postupanje koje se može okarakterizirati kao teški profesionalni propust kojim se dovodi u pitanje integritet kandidata / ponuditelja,
3. Protupravno postupanje mora biti vezano uz predmet nabave,
4. Protupravno postupanje mora biti počinjenom u postupku javne nabave ugovornog tijela koji ocjenjuje protupravno postupanje,
5. Ako se utvrdi postojanje teškog profesionalnog propusta, ugovorno tijelo upućuje zahtjev kandidatu / ponuditelju za dostavu dokaza o poduzetim mjerama samokorekcije,
6. Ugovorno tijelo provodi ocjenu o poduzetim mjerama samokorekcije, kako bi se na temelju načela proporcionalnosti utvrdila pouzdanost i integritet kandidata / ponuditelja,
7. Ugovorno tijelo na temelju provedene ocjene pouzdanosti, donosi odluku o isključenju ili prihvaćanju, koja mora biti obrazložena.

Ako ugovorno tijelo utvrdi da mjere samokorekcije koje je poduzeo kandidat / ponuditelj nisu primjerene odnosno nisu takve naravi da čine kandidata / ponuditelja pouzdanim partnerom, može donijeti odluku o isključenju, koju mora obrazložiti.

Primjer odluke o isključenju:

Ponuditelj se isključuje iz postupka javne nabave, jer je kod ponuditelja ostvarena osnova za isključenje iz članka 45. stavka 5. točke b) Zakona, iz razloga kako slijedi. Odlukom agencije za zaštitu tržišnog natjecanja broj _____ od dana _____ godine, utvrđeno da je ponuditelj sudjelovao u zabranjenim sporazumima kojima se narušava tržišno natjecanje.

S obzirom da je člankom 45. stavkom 5. točkom b) Zakona propisano da ugovorno tijelo može isključiti iz sudjelovanja u postupku nabave kandidata / ponuditelja, ako ugovorno tijelo može dokazati odgovarajućim dokaznim sredstvima da je ponuditelj kriv za teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje njegov integritet, to je ugovorno tijelo utvrdilo da je kod ponuditelja ostvarena osnova za isključenje iz članka 45. stavka 5. točke b) Zakona.

Ponuditelj svojim pojašnjenjem nije otklonio postojanje teškog profesionalnog propusta. Također, Ponuditelj je u svom pojašnjenju naveo mjere samokorekcije, koje ugovorno tijelo ocjenjuje da nisu primjerene da bi dokazao svoju pouzdanost. Naime, iz predmetne odluke proizlazi da je ponuditelj sudjelovao s nadležnom agencijom radi rješavanja sporova, ali tek povodom već svojeg utvrđenog protupravnog ponašanja. Isto tako, Ponuditelj je proveo mjere restrukturiranja tijekom ovog postupka javne nabave. Dakle, ponuditelj nije našao svrsishodnim poduzeti mjere restrukturiranja neposredno nakon utvrđenja povreda prava tržišnog natjecanja, kako bi spriječio daljnje protupravno postupanje upravljačkih tijela društva. Ugovorno tijelo ocjenjuje da poduzete mjere restrukturiranja, kao mjera samokorekcije, nije relevantna za odlučivanje u ovom postupku javne nabave, jer su iste poduzete u tijeku ovog postupka javne nabave te ne dokazuju ugovornom tijelu ozbiljnost u postupanju ponuditelja da je imao namjeru otkloniti eventualna buduća postupanja protivna pravu tržišnog natjecanja.

Dakle, iako Zakon propisuje kao posebnu osnovu za isključenje „sklapanje sporazuma s drugim kandidatom / ponuditeljem kojem je cilj narušavanje tržišne konkurencijurencije“, isto je uključeno i pod pojam teškog profesionalnog propusta

Člankom 4. Zakona o konkurencijurenciji su propisani zabranjeni sporazumi koje predstavljaju najteže oblike narušavanja tržišne konkurencijurencije. Iz predmetne odluke agencije za zaštitu tržišnog natjecanja je razvidno da je ponuditelj sudjelovao u zabranjenom sporazumu te je kažnjen za takvo protupravno postupanje. Postojanje predmetne odluke predstavlja dokaz u smislu članka 45. stavka 5. točke b) Zakona.

S obzirom na navedeno, uzimajući u obzir da postoji odgovarajuće sredstvo – odluka, kojom se potvrđuje teški profesionalni propust, a kojim se dovodi u pitanje integritet ponuditelja, te da mjere samokorekcije koje je poduzeo ponuditelj nisu primjerene da bi dokazale pouzdanost ponuditelja, to se ponuditelj isključuje iz postupka javne nabave, na temelju članka 45. stavka 5. točke b) Zakona.

10. ZNAČAJNI NEDOSTACI TOKOM PROVOĐENJA PRETHODNOG JAVNOG UGOVORA ILI PRETHODNOG UGOVORA SA SEKTORSKIM UGOVORNIM TIJELOM ČIJA JE POSLJEDICA BILA PRIJEVREMENI RASKID TOG PRETHODNOG UGOVORA, NAKNADA ŠTETE ILI DRUGA SLIČNA SANKCIJA

Fakultativnu osnovu za isključenje značajnih nedostataka tokom provođenja prethodnog javnog ugovora ili prethodnog ugovora sa sektorskim ugovornim tijelom čija je posljedica bila prijevremeni raskid tog prethodnog ugovora, naknada štete ili druga slična sankcija, usko je vezana uz definiciju teškog profesionalnog propusta koji dovodi u pitanje integritet ponuditelja.

Naime, ova osnova za isključenje se smatra jednim od oblika teškog profesionalnog propusta, ali nije identična tom pojmu u užem smislu, jer je pojam teškog profesionalnog propusta širi pojam. Po svojoj prirodi i svrsi ova osnova za isključenje predstavlja teški profesionalni propust, odnosno dokaz profesionalne nepouzdanosti ponuditelja, ali ujedno predstavlja i zasebnu fakultativnu osnovu za isključenje, kojom se dokazuje nepouzdanost gospodarskog subjekta. Njena svrha je zaštita ugovornog tijela od ponuditelja koji su svojim ponašanjem pokazali da nisu sposobni ili pouzdani za uredno izvršenje ugovora. Svrha nije kažnjavanje ponuditelja za svaku nepravilnost u izvršenju ugovora, nego zaštita javnog interesa od gospodarskih subjekata koji su pokazali ozbiljnu nepouzdanost u izvršavanju ugovornih obveza.

U slučaju postojanja raskida prethodnog ugovora zbog značajnih nedostataka tokom njegova provođenja, čija je posljedica bila prijevremeni raskid tog prethodnog ugovora, naknada štete ili druga slična sankcija, ugovorno tijelo može isključiti kandidata / ponuditelja iz postupka javne nabave pozivajući se na ovu osnovu za isključenje ili na osnovu postojanja teškog profesionalnog propusta koji dovodi u pitanje njegov integritet.

Ključne razlike u odnosu na teški profesionalni propust:

Teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje integritet ponuditelja	Značajni nedostaci tokom provođenja prethodnog javnog ugovora ili prethodnog ugovora sa sektorskim ugovornim tijelom čija je posljedica bila prijevremeni raskid tog prethodnog ugovora, naknada štete ili druga slična sankcija
--	--

Širi i apstraktniji pojam	Poseban, uži i konkurencijretan pojam
Može nastati i izvan ugovora o javnoj nabavi	Uvijek vezan uz prethodni ugovor
Nisu nužno potrebni raskid ugovora ili šteta	Moraju nastupiti propisane posljedice
Dokazuje općenitu profesionalnu nepouzdanost gospodarskog subjekta koje obuhvaća različite oblike neetičnog ili neprofesionalnog ponašanja	Dokazuje nepouzdanost gospodarskog subjekta kroz izvršenje konkurencijretnog ugovora koje obuhvaća ozbiljne propuste odnosno nedostatke u izvršenju ugovora
Teže dokaziv jer ugovorno tijelo mora dokazati da ponašanje gospodarskog subjekta ozbiljno dovodi u pitanje njegov integritet	Lakše dokaziv jer se temelji na konkurencijretnim dokumentima iz prethodnog ugovornog odnosa

10.1. Definicija

Direktiva o javnoj nabavi propisuje: *ako gospodarski subjekt pokaže **značajne ili postojeće** nedostatke tijekom provedbe ključnih zahtjeva iz prethodnog javnog ugovora ili prethodnog ugovora sa sektorskim naručiteljem čija je posljedica bila prijevremeni raskid tog prethodnog ugovora, naknada štete ili slične sankcije.*

*Zakon propisuje: ako se utvrde **značajni nedostaci** tijekom provedbe prethodnog javnog ugovora ili prethodnog ugovora sa sektorskim ugovornim tijelom čija je posljedica bila prijevremeni raskid tog prethodnog ugovora, naknada štete ili druga slična sankcija.*

Razlika odredbe Direktive o javnoj nabavi i Zakona se ogleda u tome što Direktiva o javnoj nabavi propisuje da se radi o značajnim i postojećim nedostacima, dok Zakon propisuje značajne nedostatke, koji ne moraju biti postojani. Pod pojmom postojani se smatraju nedostaci koji su ponavljani.

Moraju kumulativno biti ispunjena dva elementa:

1. da su postojali **značajni nedostaci** u izvršenju prethodnog javnog ugovora ili kod prethodnog ugovora sa sektorskim ugovornim tijelom, i
2. da je zbog tih nedostataka **nastupila jedna od zakonom navedenih posljedica.**

Za postojanje ove osnove za isključenje ključno je da je ugovorno tijelo pokrenulo postupak raskida ugovora, naknade štete ili druge slične sankcije, prema gospodarskom subjektu odnosno da su od strane gospodarskog subjekta počinjeni ozbiljni propusti koji su doveli do posljedice, a koju posljedicu je iniciralo ugovorno tijelo. Navedena osnova za isključenje ne odnosi se na obrnuto postupanje. Dakle, do nastupanja posljedice mora doći zbog krivnje gospodarskog subjekta odnosno ugovaratelja u izvršenju ugovora. Primjerice, ako je gospodarski subjekt inicirao

raskid ugovora zbog postupanja ugovornog tijela u izvršenju ugovora, takav raskid se ne bi smatrao da na strani gospodarskog subjekta postoji ova osnova za isključenje.

10.1.1. Značajni nedostatak u izvršenju ugovora

Značajni nedostatak u izvršenju ugovora može nastati tokom provođenja prethodnog javnog ugovora ili kod prethodnog ugovora sa sektorskim ugovornim tijelom⁴⁰. Uslijed značajnog nedostatka u izvršenju ugovora, mora nastupiti jedna od propisanih posljedica: prijevremeni raskid tog ugovora, naknada štete ili druga slična sankcija.

Značajnim nedostatak u izvršenju ugovora znači povredu ugovorne obveze koja je toliko ozbiljna da drugu stranu lišava onoga što je ugovorom opravdano očekivala dobiti odnosno koja bitno utječe na ostvarenje svrhe ugovora.

Primjerice: prodavatelj isporuči stroj koji ne može obavljati ugovorenu funkciju ili ne odgovara tehničkim specifikacijama, izvođač radova izvede građevinske radove s ozbiljnim konstrukcijskim greškama, izvođač ne završi radove, dobavljač kasni s isporukom toliko dugo da roba više nema vrijednost za kupca (npr. oprema za jednokratni događaj nakon što je događaj već održan).

Značajni nedostatak, ugovorno tijelo procjenjuje na temelju ozbiljnosti povrede ugovorne obveze, mogućnosti i troškova otklanjanja nedostataka, na koji način nedostatak utječe na ispunjenje svrhe ugovora, predstavlja li učinjeni nedostatak bitan ugovorni uvjet, koliki je stupanj štete ili gubitak za ugovorno tijelo.

Značajnim nedostatkom može se smatrati:

1. Neizvršenje ugovora u njegovom bitnom dijelu,
2. Odbijanje izvršenja ugovornih obveza,
3. Dugotrajna kašnjenja koja onemogućavaju ostvarenje svrhe ugovora,
4. Isporuka robe, radova ili usluga koji ne odgovaraju ugovorenim specifikacijama,
5. Ponavljano neispunjavanje ugovornih obaveza usprkos upozorenjima ugovornog tijela u izvršenju ugovora;
6. Povrede koje su uzrokovale materijalnu štetu ili ozbiljne poremećaje u radu ugovornog tijela.

Pojedinačni manji propusti, manje nepravilnosti, administrativne greške ili beznačajna odstupanja u izvršenju ugovora ne bi trebali predstavljati dovoljnu osnovu za isključenje ako nisu proizveli teške posljedice. Navedeno je u skladu s načelom proporcionalnosti, koje propisuje: „Manje nepravilnosti bi samo u iznimnim okolnostima trebale dovesti do isključenja gospodarskog subjekta. Ipak, ponovljeni slučajevi manjih nepravilnosti mogu dati povod sumnji u pouzdanost gospodarskog subjekta koja može opravdati njegovo isključenje.“

Primjer iz prakse Suda EU:

Pitanje: Može li se smatrati da postoji „teška profesionalna povreda“ kada je prethodni ugovor raskinut zbog okolnosti za koje je odgovoran gospodarski subjekt te je neizvršeni dio ugovora iznosio najmanje 5 % njegove vrijednosti?

Odgovor: Pojam profesionalna povreda obuhvaća svako protupravno ponašanje koje utječe na profesionalni kredibilitet gospodarskog subjekta i ne obuhvaća samo povrede profesionalne etike u užem smislu.

⁴⁰ Članak 5. Zakona.

Neispunjenje ugovornih obveza može predstavljati profesionalnu povredu, ali ne predstavlja automatski tešku profesionalnu povredu. Potrebna je pojedinačna i konkurencijretna procjena ponašanja gospodarskog subjekta.

Zaključno, nije u skladu s EU zakonodavstvom stav prema kojem automatski postoji teška profesionalna povreda samo zato što je prethodni ugovor raskinut zbog okolnosti za koje je ponuditelj odgovoran te je neizvršeni dio ugovora dosegnuo najmanje 5 % vrijednosti ugovora.⁴¹

Posebno je značajno istaknuti da se ne može svaki ugovorni spor ili svako kašnjenje automatski smatrati osnovom za isključenje. Mjera isključenja zbog postojanja osnove za isključenje predstavlja ozbiljnu sankciju te nedostaci moraju biti dovoljno teški da opravdaju takvu posljedicu.

Sama činjenica da je ugovorno tijelo bilo nezadovoljno izvršenjem ugovora, da je postojao spor između ugovornih strana ili da su izrečene manje ugovorne kazne, bez dokazivanja ozbiljnih nedostataka i njihovih posljedica, u pravilu nije dovoljna za zakonito isključenje ponuditelja iz postupka javne nabavke. Stoga, ovu osnovu za isključenje treba primjenjivati izuzetno oprezno. Teret dokazivanja je na ugovornom tijelu, a svaka odluka mora biti zasnovana na konkurencijretnim dokazima o ozbiljnom neispunjavanju prethodnog ugovora i posljedicama koje Zakon izričito propisuje.

10.1.2. Ugovorno tijelo kod kojeg je nastupila osnova za isključenje

Ono što je ključno za istaknuti je da se radi o prethodnom ugovoru tog ugovornog tijela i prethodnom ugovoru koje je vezano uz predmet nabave za koje ugovorno tijelo provodi postupak javne nabave

Mišljenje Agencije, Broj 04-02-1-306-2/24 od 07. 03. 2024. godine:

*Naime, pod teškim profesionalnim propustom, u kontekstu javne nabave, može se smatrati počinjenje krivičnog djela, prekršaja, djela za koje je određen gospodarski subjekt kažnjen od strane nadležnog suda, a djelo je u vezi sa predmetom nabave. Ugovorna tijela mogu koristiti ovaj razlog, a isključenje samo ukoliko je gospodarski subjekt **ranije učinio profesionalni propust pri izvršenju nekog ugovora koji se veže za predmet nabave** jer se time dozvoljava ugovornim tijelima da ne ulaze u ugovorne odnose sa gospodarskim subjektima koji nisu u stanju ispuniti preuzete ugovorne obaveze iz predmetne djelatnosti. Ugovorno tijelo **ne može isključiti gospodarski subjekt** iz postupka javne nabave na osnovu izvršenja teškog profesionalnog propusta **ako je taj propust učinjen kod drugog ugovornog tijela.***

*Dakle, ugovorno tijelo **može isključiti gospodarskog subjekta** zbog teškog profesionalnog propusta **na osnovu konkurencijretnog dokaza samo u svojim postupcima javne nabave.***

Iz prakse Suda EU proizlazi da nije nužno da je ova osnova za isključenje nastupila kod ugovornog tijela koje provodi postupak, već može nastupiti i kod drugog ugovornog tijela. Upravo što je bitno u tom slučaju je mogućnost kojom raspolaže svako ugovorno tijelo da isključi ponuditelja iz postupka javne nabave, a koje se temelji na ključnom obilježju odnosa uspješnog ponuditelja i ugovornog tijela, odnosno na pouzdanosti uspješnog ponuditelja na kojoj se temelji povjerenje koje mu poklanja ugovorno tijelo. Navedeno je osobito namijenjeno tomu da omogućiti ugovornom tijelu da ocijeni integritet i pouzdanost svakog ponuditelja.⁴²

Primjer iz prakse Suda EU:

Ugovorno tijelo je provelo postupak javne nabave u kojem je ponudu podnio ponuditelj koji ima raskid ugovora kod drugog ugovornog tijela.

Ugovorno tijelo je provjerilo kod drugog ugovornog tijela iz kojeg razloga je nastupio raskid ugovora te je dobilo informaciju da je raskid nastupio zbog teške povrede ugovora izvođača, ali da je izvođač podnio tužbe povodom raskida.

⁴¹ Sud EU, presuda od 13. prosinca 2012., Forposta SA and ABC Direct Contact sp. z o.o. v Poczta Polska SA, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801

⁴² Sud EU, presuda od 3. listopada 2019., Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA protiv Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826

S obzirom na dobivene informacije, ugovorno tijelo je isključilo tog ponuditelja iz postupka javne nabave. Ponuditelj je podnio tužbu protiv te odluke nadležnom sudu, koji je uputio zahtjev za tumačenje ove osnove za isključenje Sudu EU.

Sud EU je utvrdio:

Ugovorno tijelo ne može automatski iz odluke drugog ugovornog tijela o raskidu prethodnog ugovora o javnoj nabavi, zaključiti da je taj uspješni ponuditelj počinio značajne ili postojeće nedostatke u smislu članka 57. stavka 4. točke (g) Direktive 2014/24 u vezi s provedbom ključnih zahtjeva iz tog ugovora o javnoj nabavi.

Nužno je da ugovorno tijelo na temelju okolnosti raskida ugovora, samo ocijeni je li nepravilnost koju je ponuditelj počinio morala biti dovoljna teška da na temelju načela proporcionalnosti opravda raskid ugovora. Ugovorno tijelo dužno je samo ocijeniti ponašanje gospodarskog subjekta na kojeg se odnosi raskid prethodnog ugovora o javnoj nabavi. U tom pogledu ugovorno tijelo mora pažljivo i nepristrano na temelju svih relevantnih informacija ispitati, među ostalim, odluku o raskidu i, s obzirom na načelo proporcionalnosti, je li taj subjekt po njegovu mišljenju odgovoran za značajne ili postojeće nedostatke počinjene tijekom provedbe ključnih zahtjeva koji su mu postavljeni u okviru tog ugovora s obzirom na to da navedeni nedostaci mogu prouzročiti prekid odnosa povjerenja s gospodarskim subjektom o kojem je riječ.

Sud EU je naposljetku utvrdio da ugovorno tijelo mora samo utvrditi obuhvaća li raskid ugovora kod drugog ugovornog tijela sve elemente sadržane u osnovi za isključenje te samostalno donijeti odluku o postojanju osnove za isključenje. Također, Sud EU je utvrdio da uvođenje podugovaratelja bez odobrenja ugovornog tijela predstavlja značajan nedostatak tijekom provedbe ključnih zahtjeva iz ugovora.⁴³

10.1.3. Posljedica značajnog nedostatka tokom provođenja ugovora

Zakon propisuje da osnova za isključenje postoji ako je posljedica bila prijevremeni raskid tog prethodnog ugovora, naknada štete ili druga slična sankcija. Dakle, posljedica mora nastupiti.

Posljedica značajnih nedostataka tokom provođenja prethodnih ugovora može biti:

1. Prijevremeni raskid ugovora, koji mora nastati krivnjom gospodarskog subjekta,
2. Naknada štete, dosuđena ili naplaćena,
3. Naplata ugovorne kazne zbog ozbiljnog neispunjenja ugovornih obveza,
4. Naplata jamstva za uredno ispunjenje ugovora
5. Druge ugovorne ili zakonske sankcije koje proizlaze iz ozbiljnih kršenja obveza u izvršenju ugovora.

Ugovorno tijelo izriče posljedicu gospodarskom subjektu, na temelju utvrđenog značajnog nedostatka u izvršenju ugovora krivnjom gospodarskog subjekta. U tom slučaju, najčešće se daje gospodarskom subjektu rok za otklanjanje nedostatka. Ako se taj nedostatak ne otkloni, ugovorno tijelo može donijeti odluku o raskidu ugovora.

Takvu posljedicu gospodarski subjekt može osporavati i protiviti se nastupu posljedica. Primjerice, gospodarski subjekt može podnijeti tužbu nadležnom sudu kojom osporava zakonitost raskida. U tom slučaju, ne može se tvrditi da je nastupila osnova za isključenje, jer posljedica povrede ugovornih obveza nije nastupila. Ako je u tijeku sudski spor vezan uz raskid ugovora, koji nije pravomoćno okončan, raskid prethodnog ugovora se ne može koristiti kao osnova za isključenje. Tek povodom pravomoćnog okončanja spora, ako je utvrđena posljedica raskida ili druge sankcije gospodarskom subjektu, ugovorno tijelo takvu presudu može koristiti kao dokaz za postojanje osnove za isključenje.

Mišljenje Agencije broj: 03-02-1-1069-2/24 od 06. 08. 2024. godine

Ako je gospodarski subjekt osporio odluku ugovornog tijela o raskidu ugovora i pokrenuo sudski spor koji još nije okončan, ugovorno tijelo ne može koristiti taj raskid kao razlog za isključenje iz postupka nabave.

⁴³ Sud EU, presuda od 3. listopada 2019., Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA protiv Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826

Primjer – raskid nije nastupio:

Ugovorno tijelo i gospodarski subjekt imaju sklopljen ugovor o javnoj nabavi. Tokom provođenja ugovora, ugovorno tijelo je pokrenulo postupak raskida ugovora te je ostavilo naknadni rok za otklanjanje nedostatka. Gospodarski subjekt je u ostavljenom roku djelomično otklonio nedostatak, te je ugovorno tijelo izjavilo da jednostrano raskida ugovor.

Povodom izjave o raskidu ugovora, gospodarski subjekt podnosi ugovornom tijelu prijedlog mirnog rješenja spora te je ugovorno tijelo pozvalo gospodarskog subjekta da precizira prijedlog mirnog rješenja spora. S obzirom na to da je u tijeku korespondencija između ugovornog tijela i gospodarskog subjekta o mirnom rješenju spora i potencijalnom nastavku provođenja ugovora, to nije nastupio raskid ugovora niti je nastala osnova za isključenje.

10.2. Dokazivanje postojanja osnove za isključenje

Ugovorno tijelo ne može ponuditelja isključiti samo na temelju subjektivnog uvjerenja ili lošeg iskustva, već je potrebno da se radi o konkurencijretnoj značajnoj povredi ugovornih obveza krivnjom gospodarskog subjekta za nedostatak, uslijed kojega je nastupila posljedica u vidu raskida ugovora, naknade štete ili slične sankcije.

Za utvrđenje navedenih okolnosti, ugovorno tijelo mora raspolagati dokazima u vidu odluke o raskidu, sudske odluke, arbitražne odluke, zapisnika, dokumentaciji o naplati naknade štete, ugovorne kazne ili slične sankcije.

Ugovorno tijelo mora raspolagati dokazima na temelju kojih će se utvrditi sljedeće činjenice:

1. postojanje ugovora odnosno sklopljen ugovor između ugovornog tijela i tog gospodarskog subjekta,
2. konkurencijretna značajna povreda ugovornih obveza krivnjom gospodarskog subjekta,
3. uzročna veza između povrede ugovorne obveze i nastupa posljedice,
4. činjenica da je ugovor raskinut, da je određena ili naplaćena šteta ili da je izrečena druga slična sankcija.

Dokazi za utvrđivanje postojanja osnove za isključenje:

1. odluka o raskidu ugovora iz koje proizlazi krivnja gospodarskog subjekta,
2. pravomoćna sudska odluka, kojom se utvrđuje raskid ugovora krivnjom gospodarskog subjekta, ako je pokrenut sudski postupak,
3. arbitražna odluka, ako je raskid ugovora bio predmetom arbitražnog postupka,
4. zapisnici i dokumenti kojima je utvrđeno neizvršenje ugovora,
5. dokumentacija o naplati ugovorne štete ili ugovorne kazne.

Primjer – presuda kao dokazno sredstvo:

Ugovorno tijelo i gospodarski subjekt imali su sklopljen ugovor o javnoj nabavi. Tokom provođenja ugovora, ugovorno tijelo je pokrenulo postupak raskida ugovora te je ostavilo naknadni rok za otklanjanje nedostatka. Gospodarski subjekt niti u ostavljenom roku nije otklonio nedostatak, te je ugovorno tijelo izjavilo da jednostrano raskida ugovor i prosljedilo je jamstvo za uredno ispunjenje ugovora na naplatu. Povodom izjave o raskidu ugovora i naplate jamstva za uredno ispunjenje ugovora, gospodarski subjekt podnosi tužbu nadležnom sudu radi utvrđenja nezakonitog raskida i naplate jamstva za uredno ispunjenje ugovora. Nadležni sud je utvrdio da je gospodarski subjekt počinio značajne nedostatke tokom izvršenja ugovornih obveza te da je ugovorno tijelo zakonito raskinulo ugovor i naplatilo jamstvo za ozbiljnost ponude. Presuda donesena u sudskom postupku je postala pravomoćna.

10.3. Postupanje ugovornog tijela i donošenje odluke

U provedbi isključenja gospodarskog subjekta na temelju ove osnove za isključenje, ugovorno tijelo mora svaki slučaj razmatrati zasebno. Nije dozvoljeno automatski zaključiti da svaki raskid ugovora znači da postoje značajni nedostaci tokom provođenja prethodnog ugovora, već je potrebno utvrditi uzrok raskida i stupanj odgovornosti odnosno krivnje ponuditelja.

Prijevremeni raskid ugovora sam za sebe ne predstavlja fakultativnu osnovu za isključenje, već isključivo onaj prijevremeni raskid koji je uzrokovan značajnim nedostacima tokom provođenja prethodnog ugovora. Ugovorno tijelo prilikom ocjene smatra li gospodarskog subjekta podobnim partnerom za sklapanje i provedbu ugovora o javnoj nabavi, treba uzeti u obzir da li određeno postupanje ponuditelja u ranijim ugovornim odnosima u tolikoj mjeri narušava odnos povjerenja između njega i tog ponuditelja da ga naručitelj može kvalificirati kao značajne nedostatke tokom provođenja prethodnog ugovora.

Posebno je značajno istaknuti da se ne može svaki ugovorni spor ili svako kašnjenje automatski smatrati osnovom za isključenje. Mjera isključenja zbog postojanja osnove za isključenje predstavlja ozbiljnu sankciju te nedostaci moraju biti dovoljno teški da opravdaju takvu posljedicu.

U slučaju da ugovorno tijelo utvrdi da postoji osnova za isključenje kandidata / ponuditelja, potrebno je da ga pozove da dostavi dokaze o poduzetim mjerama samokorekcije kojima će dokazati da je pouzdan budući ugovorni partner, neovisno o postojanju osnove za isključenje.

Mjere samokorekcije mogu biti:

1. Reorganizacija sustava upravljanja projektima, uključujući odgovorne osobe za praćenje realizacije ugovora i poštivanje ugovornih rokova,
2. Uvedene su dodatne procedure kontrole kvalitete,
3. Uveden je sustav upravljanja rizicima, kojim se pravovremeno identificiraju i otklanjaju potencijalni problemi tokom realizacije ugovora.
4. Provedena je dodatna obuka zaposlenika iz upravljanja ugovorima i sustavom osiguranja kvalitete,
5. Podmirene su sve financijske obveze proizašle iz raskida ugovora, uključujući naknadu štete.

Na temelju načela proporcionalnosti, ugovorno tijelo mora procijeniti je li težina utvrđenih nedostataka takva da opravdava isključenje ponuditelja iz novog postupka javne nabave. Dakle, ocjena postojanja osnove za isključenje i pouzdanosti gospodarskog subjekta se temelji na ključnom obilježju uspješnog gospodarskog subjekta i ugovornog tijela, koje podrazumijeva pouzdanost prvoga na kojem se temelji povjerenje koje mu poklanja drugi⁴⁴. Načelo proporcionalnosti zahtijeva konkurencijretnu i individualiziranu ocjenu ponašanja kandidata / ponuditelja na temelju svih relevantnih elemenata kojima raspolaže ugovorno tijelo prilikom donošenja odluke.

Primjer iz prakse Suda EU:

Ugovorno tijelo obrazložilo je isključenje tužitelja iz glavnog postupka činjenicom da su u okviru provedbe prethodnog ugovora koje je dodijelilo isto ugovorno tijelo kao u glavnom predmetu počinili „teške profesionalne propuste” koji su većinom sankcionirani i koji su se odnosili na važne aspekte za provedbu ugovora za koji su sada dostavili ponudu. U tom kontekstu, ugovorno tijelo je ocijenilo da teške i ponavljane povrede ugovora tužitelja iz glavnog postupka izazivaju sumnje i nesigurnosti u pogledu njihove sposobnosti za osiguranje pravilne provedbe novog ugovora.

Tužitelji iz glavnog postupka podnijeli su tužbu sudu u kojoj su istaknuli da su oni prije isključenja zbog navodnih teških profesionalnih propusta morali imati mogućnost obraniti se s tim u vezi i tako dokazati da su otklonili posljedice tih propusta odgovarajućim mjerama samokorekcije.

Sud koji je uputio zahtjev pita može li se isključiti gospodarskog subjekta iz postupka javne nabave zbog teškog profesionalnog propusta, a da ga javni naručitelj prethodno nije pozvao ili to u

⁴⁴ Sud EU, presuda od 15. rujna 2022., Landkreis Aichach-Friedberg, protiv J. Sch. Omnibusunternehmen, K. Reisen GmbH, C-416/21, ECLI:EU:C:2022:689

dokumentaciji o nabavi nije navedeno da podnese dokaz da je i dalje pouzdan, bez obzira na taj propust.

Sud EU je utvrdio: „...kada javni naručitelj utvrdi postojanje osnove za isključenje koja se odnosi na takav raskid ili na prikrivanje informacija koje se odnose na takav raskid, dotičnim subjektima svejedno mora ostaviti mogućnost da podnesu dokaz o poduzetim mjerama samokorekcije ...“⁴⁵

Tijek postupanja ugovornog tijela:

1. Mora biti podnesena ponuda kandidata / ponuditelja u postupku javne nabave,
2. Ugovorno tijelo mora dokazati da je sklopljen prethodni ugovor,
3. Ugovorno tijelo mora dokazati da su postojali značajni nedostaci u izvršenju prethodnog ugovora, koji su se odnosili na bitne ugovorne obveze, uzrokovani krivnjom gospodarskog subjekta,
4. Ugovorno tijelo mora dokazati uzročno-posljedičnu vezu između značajnih nedostataka i nastupa posljedice odnosno da je zbog tih nedostataka došlo do prijevremenog raskida ugovora, naknade štete ili druge slične sankcije;
5. Ugovorno tijelo mora raspolagati objektivnim i provjerljivim dokazima,
6. Prije donošenja odluke o isključenju, ugovorno tijelo mora pružiti mogućnost gospodarskom subjektu da dostavi dokaze poduzetih mjera samokorekcije,
7. Ugovorno tijelo mora na temelju načela proporcionalnosti, ocijeniti jesu li poduzete mjere samokorekcije primjerene ili neprimjerene da čine tog gospodarskog subjekta pouzdanim / nepouzdanim budućim ugovornim partnerom,
8. Ugovorno tijelo na temelju provedene ocjene pouzdanosti, donosi odluku o isključenju ili prihvaćanju, koja mora biti obrazložena.

Primjer odluke o isključenju:

Ugovorno tijelo i kandidat / ponuditelj sklopili su ugovor o javnoj nabavi. Tokom provođenja ugovora, ugovorno tijelo je pokrenulo postupak raskida ugovora zbog neispunjenja ugovornih obveza te je ostavilo naknadni rok za otklanjanje nedostatka. Kandidat / ponuditelj niti u ostavljenom roku nije otklonio nedostatak, te je ugovorno tijelo izjavilo da jednostrano raskida ugovor i prosljedilo je jamstvo za uredno ispunjenje ugovora na naplatu. Povodom izjave o raskidu ugovora i naplate jamstva za uredno ispunjenje ugovora, kandidat / ponuditelj nije poduzeo nikakve radnje te je nastupio raskid ugovora.

Ugovorno tijelo pozvalo je kandidata / ponuditelja da dostavi mjere samokorekcije koje je poduzeo kako bi dokazao svoju pouzdanost. Kandidat / ponuditelj je dostavio obrazloženje u kojem je naveo da je proveo organizacijske mjere u vidu reorganizacije osoblja zaduženih za vođenje ugovora te da mu je naplaćeno jamstvo za uredno ispunjenje ugovora, čime je ugovorno tijelo obeštećeno. Kandidat / ponuditelj nije dostavio dokaze kojima dokazuje svoje navode.

S obzirom na navedene okolnosti, ugovorno tijelo isključuje gospodarski subjekt iz postupka javne nabave na temelju članka 45. stavka 5. točke c) Zakona.

Primjer odluke o prihvaćanju kandidata / ponuditelja:

Ugovorno tijelo i gospodarski subjekt sklopili su ugovor o javnoj nabavi. Tokom provođenja ugovora, ugovorno tijelo je pokrenulo postupak raskida ugovora te je ostavilo naknadni rok za otklanjanje nedostatka. Gospodarski subjekt je u ostavljenom roku djelomično otklonio nedostatak, te je ugovorno tijelo izjavilo da jednostrano raskida ugovor.

Povodom izjave o raskidu ugovora i naplate jamstva za uredno ispunjenje ugovora, gospodarski subjekt podnosi tužbu nadležnom sudu radi utvrđenja nezakonitog raskida i naplate

⁴⁵ Sud EU, presuda od 14. siječnja 2021., RTS infra BVBA, Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel protiv Vlaams Gewest, C-387/19, ECLI:EU:C:2021:13

jamstva za uredno ispunjenje ugovora. S obzirom na to da je u tijeku sudski postupak pred nadležnim sudom to ugovorno tijelo utvrđuje da nije ostvarena osnova za isključenje kandidata / ponuditelja kako je propisano člankom 45. stavkom 5. točkom c) Zakona.

11. LAŽNO PRIKAZIVANJE ČINJENICA PRI DOSTAVI PODATAKA POTREBNIH ZA PROVJERU KVALIFIKACIJSKIH I/ILI KRITERIJA ZA DODJELU UGOVORA, PRIKRIVANJE TAKVIH INFORMACIJA ILI NEMOGUĆNOST PRILAGANJA POPRATNIH DOKUMENATA

Osnova za isključenje lažnog prikazivanja činjenica pri dostavi podataka potrebnih za provjeru kvalifikacijskih i/ili kriterija za dodjelu ugovora, prikrivanje takvih informacija ili nemogućnost prilaganja popratnih dokumenata, nastaje u samom postupku javne nabave i nije vezana za prošle događaje, kao što je to primjerice kod sporazuma kojim se narušava tržišno natjecanje ili značajni nedostaci kod provođenja prethodnog ugovora.

Ova osnova za isključenje također se može podvesti pod pojam teškog profesionalnog propusta, koji je širi pojam, ali koje ponašanje kandidata / ponuditelja dovodi u pitanje njegovu pouzdanost i integritet, jer bi navedenim ponašanjem doveo u zabludu ugovorno tijelo na temelju kojega bi se donijela pogrešna odluka o odabiru.

Postupanje na način da kandidat / ponuditelj lažno prikaže činjenice pri dostavi podataka potrebnih za provjeru kvalifikacijskih i/ili kriterija za dodjelu ugovora, prikriva takve informacije ili nije u mogućnosti dostaviti popratne dokumente, predstavlja jedan od najtežih oblika povrede načela transparentnosti, tržišnog natjecanja i jednakog tretmana sudionika u postupku javne nabave, kojim se direktno ugrožava integritet postupka i dovodi u pitanje vjerodostojnost podataka na temelju kojih ugovorno tijelo donosi odluku o odabiru najpovoljnijeg ponuditelja.

Svrha ove osnove za isključenje je zaštita ugovornog tijela od kandidata / ponuditelja koji na nepropisan način pokušavaju steći neopravdanu prednost u postupku javne nabave u odnosu na ostale kandidate / ponuditelje. Nepropisan način utjecaja na odluku ugovornog tijela ogleda se u aktivnom davanju lažnih činjenica odnosno u prešućivanju ili prikrivanju informacija.

Direktiva o javnoj nabavi u članku 57. propisuje dvije fakultativne osnove za isključenje koje se u praksi promatraju zajednički:

„- ako je gospodarski subjekt kriv za ozbiljno lažno prikazivanje činjenica pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru odsutnosti razloga za isključenje ili za ispunjenje kriterija za odabir, ako je prikrivao takve informacije ili nije u stanju priložiti dodatne dokumente u skladu s člankom 57.; ili

- ako je gospodarski subjekt pokušao na nedoličan način utjecati na postupak odlučivanja javnog naručitelja, doći do povjerljivih informacija koje bi mu mogle omogućiti nepoštenu prednost u postupku nabave ili da pruži krivu informaciju koja može imati materijalni utjecaj na odluke koje se tiču isključenja, odabira ili dodjele.“

Zakon propisuje osnovu za isključenje *lažnog prikazivanja činjenica pri dostavi podataka potrebnih za provjeru kvalifikacijskih i/ili kriterija za dodjelu ugovora, prikrivanje takvih informacija ili nemogućnost prilaganja popratnih dokumenata*, te ne obuhvaća i drugu osnovu za isključenje koju predviđa Direktiva o javnoj nabavi, a usko je vezana uz postupanje kandidata / ponuditelja u postupku javne nabave.

11.1. Okolnosti osnove za isključenje

Osnova za isključenje obuhvaća tri okolnosti:

1. **Lažno prikazivanje činjenica** pri dostavi podataka potrebnih za provjeru kvalifikacijskih i/ili kriterija za dodjelu ugovora,
2. **Prikrivanje informacija** pri dostavi podataka potrebnih za provjeru kvalifikacijskih i/ili kriterija za dodjelu ugovora,
3. **Nemogućnost prilaganja odnosno dostave popratnih dokumenata.**

11.1.1. Lažno prikazivanje činjenica pri dostavi podataka potrebnih za provjeru kvalifikacijskih i/ili kriterija za dodjelu ugovora

Lažno prikazivanje činjenica znači namjerno ili nesvjesno iznošenje netočnih, iskrivljenih ili obmanjujućih informacija kao da su istinite činjenice, s ciljem da se druga osoba dovede u zabludu ili da na temelju takvih informacija donese određenu odluku.

Navedeno postupanje kandidata / ponuditelja može obuhvaćati, primjerice:

1. Dostavljanje neistinitih izjava ili potvrda o ispunjavanju uvjeta za kvalifikaciju (izjava da ispunjava uvjet, ali u stvarnosti ne ispunjava),
2. Dostavljanje krivotvorenih ili izmijenjenih dokumenata (krivotvorena izjava, certifikat ili drugi dokument),
3. Netočno prikazivanje referenci, iskustva ili tehničkih kapaciteta (referenca za ugovor koji nikada nije izvršen),
4. Prikazivanje stručnog osoblja koje nije angažirano ili nije dostupno za izvršenje ugovora (imenovanje stručnjaka za kojega nema suglasnost stručnjaka),
5. Netočno prikazivanje financijske sposobnosti ili tehničke sposobnosti (izjava o većem financijskom prometu ili navod da ima veći broj zaposlenih od stvarno zaposlenih).

11.1.2. Prikrivanje informacija pri dostavi podataka potrebnih za provjeru kvalifikacijskih i/ili kriterija za dodjelu ugovora

Ako se utvrdi da je kandidat / ponuditelj znao za određenu okolnost, a nije je prijavio iako je bila relevantna za kvalifikaciju ili dodjelu ugovora, moguće je zaključiti da je informacija prikrivena. Najčešći oblici prikrivanja informacija ne odnose se samo na potpuno prešućivanje određene činjenice, nego i na davanje nepotpunih informacija koje ugovornom tijelu stvaraju pogrešnu sliku o sposobnosti ponuditelja. Na taj način ugovorno tijelo donosi odluku o ispunjavanju uvjeta na temelju pogrešnih činjenica.

Navedeno postupanje kandidata / ponuditelja može obuhvaćati, primjerice:

1. Ne navođenje okolnosti koje utječu na ispunjavanju kvalifikacijskih uvjeta i/ili kriterija za dodjelu ugovora (primjerice, ne posjedovanje licence, certifikata, broja zaposlenih, ne raspolaganje opremom)
2. Ne navođenje postojanja teškog profesionalnog propusta (primjerice utvrđenog postojanja zabranjenog sporazuma),
3. Ne navođenje postojanja raskida ugovora krivnjom kandidata / ponuditelja ili izrečenoj sankciji za povredu ugovornih obveza,
4. Navođenje izvršenja ugovora, ali prikrivanju informacija da ugovor nije izvršen do kraja, prikazom samo dijela izvedenih radova)
4. Ograničenjima u izvršavanju ugovora (primjerice ne raspolaže dovoljnom opremom za izvršenje ugovora, ne raspolaže ili nema zaposlen dovoljan broj stručnjaka),

5. Ne prijavljivanje podugovaratelja, za kojega mu je potrebno odobrenje ugovornog tijela,
6. Ne navođenje podatka da mu je certifikat ili licenca istekla,
7. Prikrivanje financijskog stanja (primjerice insolventnost, stečaj, porezni dug, blokirani račun)

11.1.3. Nemogućnost prilaganja popratnih dokumenata

Ako kandidat / ponuditelj nije u mogućnosti dostaviti dokumente kojima dokazuje navode iz ponude ili zahtjeva za sudjelovanje, ugovorno tijelo ima pravo posumnjati u vjerodostojnost dostavljenih informacija u ponudi.

Navedeni dokumenti se mogu odnositi na:

1. Uvjerenja nadležnih tijela kojima se dokazuje da ne postoje okolnosti iz članka 45. stavka 1. Zakona,
2. Financijski i drugi odgovarajući dokumenti kojima se dokazuje ekonomska i financijska sposobnost,
3. Potvrde kojima se dokazuju uvjeti tehničke i profesionalne sposobnosti,
4. Licence i/ili certifikati,
5. Tehnička specifikacija,
6. Izjave tražene dokumentacijom o nabavi.

U slučaju nemogućnosti dostavljanja popratnih dokumenata, potrebno je razlikovati dvije situacije:

1. Situacija objektivne nemogućnosti dostave popratnih dokumenata zbog djelovanja treće strane, primjerice javno tijelo koje izdaje uvjerenje, nije izdalo uvjerenje te kandidat / ponuditelj u ostavljenom roku nije mogao dostaviti traženu dokumentaciju, ili zbog primjerice više sile (elementarna nepogoda) se ne mogu izdati dokumenti. U ovom slučaju, ugovorno tijelo mora ocijeniti sve okolnosti slučaja i omogućiti dostavljanje popratnih dokumenata.

2. Kandidat / ponuditelj nije u mogućnosti dostaviti popratne dokumente zbog okolnosti da su činjenice u ponudi netočne, lažno prikazane ili su informacije prikrivene. U tom slučaju, postoji okolnost da kandidat / ponuditelj na nepropisan način utječe na odluku ugovornog tijela, što ga čini nepouzdanim kandidatom / ponuditeljem, te isto predstavlja osnovu za isključenje.

Mišljenje Agencije broj: 04-02-1-2089-2/23 od 14. 11. 2023. godine

Pitanje: „Da li ugovorni organ na osnovu člana 45 stav 5 Zakona o javnim nabavkama može zabraniti učešće na tenderima 12 mjeseci ponuđaču koji je izabran kao najpovoljniji a koji propusti dostaviti dokumentaciju u traženom roku koju je bio obvezan dostaviti nakon odluke o dodjeli ugovora?“

Odgovor: „U slučaju nedostavljanja dokumentacije od strane najpovoljnijeg ponuditelja nakon donošenja o izboru u smislu članka 72. stavak (3) Zakona, ugovorno tijelo može razmotriti isključenje ponuditelja na temelju članka 45. stavak (5) točke d) Zakona s naglaskom na činjenicu da isti „nije u stanju priložiti popratne dokumente.“

11.2. Načini dokazivanja osnove za isključenje

Lažno prikazivanje činjenica pri dostavi podataka potrebnih za provjeru kvalifikacijskih i/ili kriterija za dodjelu ugovora ili prikrivanje takvih informacija, nije jednostavno utvrditi. Prikrivanje

informacija u praksi teže je dokazati od dostavljanja lažnih podataka, jer se dokazuje ono što je ponuditelj propustio otkriti, a ne ono što je izričito naveo.

Ugovorno tijelo mora posumnjati da je kandidat / ponuditelj lažno prikazao činjenice ili prikrio informacije ili je osnovano posumnjao u postojanje navedenih okolnosti prilikom poduzimanja radnji u postupku javne nabave. Važno je naglasiti da sama sumnja nije dovoljan dokaz i osnova za isključenje ne može se dokazivati na temelju pretpostavki, već ugovorno tijelo mora imati konkurencijretne dokaze kojima se potvrđuje da je kandidat / ponuditelj lažno prikazao činjenice ili prikrio informacije. Ugovorno tijelo ne mora znati unaprijed da je činjenica lažna ili da je prikrivena informacija, ali mora imati osnovanu sumnju da su nastupile takve okolnosti.

Osnovana sumnja najčešće nastupa u sljedećim okolnostima:

1. Pojavom nelogičnosti u samoj ponudi na način da podaci u jednom dokumentu proturječe podacima u drugom dokumentu (primjerice različit broj zaposlenih),
2. Usporedbom ponude i naknadno dostavljene dokumentacije (primjerice nenavođenjem potpunih informacija o ispunjavanju uvjeta tehničke i profesionalne sposobnosti)
3. Provjerom ugovornog tijela kod izdavatelja dokumenta te se provjerom utvrdi da potvrda nije autentična (primjerice reference, potvrde, uvjerenja),
4. Saznanjem iz javnih registara (primjerice podaci iz sudskog registra, poreznih evidencija, licenci ili drugih javnih baza ne podudaraju se s navodima iz ponude),
5. Žalбом drugog ponuditelja koji u žalbenom postupku dostavi dokaze da je odabrani ponuditelj dostavio lažne činjenice ili dokumente,
6. Prethodnim iskustvom ugovornog tijela u kojem ima saznanja da ponuditelj s kojim je već surađivao ne raspolaže kapacitetima koji su traženi u postupku javne nabave,
7. Provjerom referenci pri kojoj ugovorno tijelo utvrdi da ugovor nije izveden, ili da je izveden u manjem opsegu ili od strane drugog izvođača,
8. Provjerom javno dostupnih e-sustava (primjerice provjerom objava, odluka i ugovora putem Portala javnih nabavki).

U praksi se najčešće provjeravaju i dokazuju sporne reference, neprijavljeni stručnjaci ili lažno prikazani angažirani stručnjaci, neprijavljeni podugovaratelji, prikrivanje činjenice da ponuditelj ne raspolaže potrebnim resursima za izvršenje ugovora, prikrivanje teških profesionalnih propusta.

Primjer:

Drugi kandidat / ponuditelj dostavi dokaz da osoba prikazana kao stručnjak zapravo radi kod drugog poslodavca i nije dala suglasnost za sudjelovanje u projektu, to može biti dokaz prikrivanja stvarnog stanja.

Dokazi kojima se dokazuje lažno prikazivanje činjenica:

1. Službene evidencije i registri (primjerice sudski registar, potvrda porezne uprave, uvjerenja nadležnih tijela, registri licenci, dozvola i ovlaštenja, evidencije ministarstava),
2. Potvrde ili odluke nadležnih tijela (primjerice sudovi, ministarstva, komore),
3. Ugovori, reference, potvrde ugovornih tijela,
4. Vještačenja ili stručne analize (primjerice kod tehničke specifikacije robe, krivotvorenje potpisa, krivotvoreni certifikati),

5. Zapisnici, izjave, dopisi, službena korespondencija,
6. Službena očitovanja trećih osoba (institucije, ugovorna tijela koje su izdale dokument, sudska ili druga odluka),
7. Izjave fizičkih ili pravnih osoba,
8. Ponude iz ranijih postupaka, drugi aktivni podaci i dokumenti iz tih postupaka.

U slučaju da kandidat / ponuditelj u postupku javne nabave podnese krivotvorenu službenu ispravu (uvjerenje, licenca, certifikat i slično), isto predstavlja kazneno djelo. Ako postoji sumnja da je službena isprava krivotvorena, može se podnijeti kaznena prijava. Ako se donese presuda da je službena isprava krivotvorena, takva presuda predstavlja najsnažniji dokaz da su činjenice lažno prikazane.

11.3. Postupanje ugovornog tijela i donošenje odluke

Kandidat / ponuditelj je dužan u ponudi navesti sve relevantne, istinite i potpune podatke koje omogućuju ugovornom tijelu provesti pregled i ocjenu ponuda kako bi donio odluku o odabiru najpovoljnijeg ponuditelja. Ako kandidat / ponuditelj ne navede sve relevantne, istinite i potpune podatke, time dovodi u zabludu ugovorno tijelo odnosno na nepropisan način utječe na ugovorno tijelo u donošenju odluke. Navedenim postupanje čini ovu osnovu za isključenje i na taj način pokazuje ugovornom tijelu svoju nepouzdanost. Davanje lažnih, nepotpunih informacija ili njihovim prikrivanjem, kandidat / ponuditelj umanjuje svoju vjerodostojnost, ali i vjerodostojnost poduzetih mjera samokorekcije.

Kod lažnog prikazivanja činjenica ili prikrivanja informacija, ključno je dokazati da je informacija bila relevantna za postupak odnosno za donošenje odluke, jer da je ponuditelj naveo informaciju, isto bi moglo utjecati na odluku ugovornog organa.

Od izrazite je važnosti dokazati da je ponuditelj bio dužan dati određenu informaciju. Ugovorno tijelo u svrhu utvrđivanja postojanja ove osnove za isključenje mora dokazati da je informacija relevantna za postupak odnosno donošenje odluke, da je tražena u postupku javne nabave, da je ponuditelj znao ili morao znati za tu činjenicu ili informaciju, da informacija nije dostavljena odnosno da je lažno navedena te da je mogla utjecati na ocjenu sposobnosti ili dodjelu ugovora. Ako jedan od ovih elemenata nedostaje, osnova za isključenje može biti upitna.

U praksi nije nužno dokazati namjeru za lažno prikazivanje činjenica ili prikrivanje informacija. Dovoljno je da ugovorno tijelo na temelju objektivnih činjenica može razumno zaključiti da je ponuditelj lažno prikazao činjenicu ili prikrivio informaciju i doveo ugovorno tijelo u zabludu prilikom donošenja odluke.

Mišljenje Agencije broj: 04-02-1-306-2/24 od 07. 03. 2026. godine

„Nadalje, prilikom provjere ispunjenja kvalifikacijskih i/ili kriterija za dodjelu ugovora ugovorno tijelo može utvrditi da je kandidata / ponuditelj lažno dostavio podatke i prikazao činjenice, da je prikrivio takve informacije ili nije u stanju priložiti dokumente/dokaze za koje je u izjavama o ispunjenju kvalifikacijskih uvjeta sudjelovanja naveo da ih ispunjava.

Za bolje razumijevanje ove odredbe od značaja može biti stav sadržan u Presudi ESP u predmetu C-387/14 - „Formulacija čl. 45. st. 2 t. g) Direktive 2004/18 ni na koji način ne upućuje na namjerno postupanje gospodarskog subjekta. Zbog toga se utvrđenje takvog postupanja ne može smatrati nužnim elementom za isključenje takvog subjekta iz sudjelovanja u postupku javne nabave. Nasuprot tome, kako bi se ponuditelja utvrdilo „krivim za ozbiljno“ lažno prikazivanje u smislu navedene odredbe, te ga isključilo iz postupka javne nabave, dovoljno je da je on odgovoran za nepažnju određenog stupnja odnosno nepažnju koja bi mogla imati odlučujući utjecaj na odluke o isključivanju, odabiru, ili sklapanju ugovora o javnoj nabavi“...

Posljedično tome, kako bi gospodarskog subjekta koji je podnio lažnu izjavu, sankcioniralo njegovim isključenjem iz sudjelovanjem u postupku javne nabave, ugovorno tijelo nije dužno dostaviti dokaz postojanja namjerne greške tog gospodarskog subjekta.“

Primjer iz prakse Suda EU:

Pitanje: Može li gospodarski subjekt biti isključen iz postupka ako je kriv za ozbiljno lažno prikazivanje činjenica pri dostavljanju podataka koji su imali ili mogli imati utjecaja na ishod postupka, pod pretpostavkom da krivnja za lažno prikazivanje proizlazi iz samog davanja pogrešnih podataka javnom naručitelju koji utječu na odluku javnog naručitelja o isključenju gospodarskog subjekta (i odbijanju njegove ponude), bez obzira na to je li gospodarski subjekt djelovao s namjerom i ciljano, ili pak bez namjere, iz nepažnje, nemara ili zbog zanemarivanja dužne pažnje? Može li se uzeti da je „kriv za ozbiljno lažno prikazivanje činjenica pri dostavljanju lažnih podataka ili da nije dostavio takve podatke samo onaj gospodarski subjekt koji je dostavio lažne podatke (koji ne odgovaraju istini) ili se isto može uzeti i za gospodarskog subjekta koji je, doduše, dostavio istinite podatke, ali na način koji je bio usmjeren na stvaranje uvjerenja kod javnog naručitelja da gospodarski subjekt ispunjava propisane uvjete, iako to nije točno?

Odgovor Suda EU: U tom pogledu kao prvo valja navesti da formulacija Direktive o javnoj nabavi 2004/18 ni na koji način ne upućuje na namjerno postupanje gospodarskog subjekta. Zbog toga se utvrđenje takvog postupanja ne može smatrati nužnim elementom za isključenje takvog subjekta iz sudjelovanja u postupku javne nabave.

Članak 45. stavak 2. točku (g) Direktive 2004/18 – koji omogućuje isključenje gospodarskog subjekta iz sudjelovanja u postupku javne nabave osobito ako je „kriv za ozbiljno“ lažno prikazivanje prilikom podnošenja podataka koje je zahtijevao javni naručitelj – valja tumačiti tako da se može primijeniti kad je predmetni subjekt odgovoran za nepažnju određenog stupnja, odnosno nepažnju koja može imati odlučujući utjecaj na odluke o isključenju, odabiru ili dodjeli ugovora o javnoj nabavi, i to neovisno o utvrđenju namjerne pogreške tog subjekta.⁴⁶

Primjer iz prakse Suda EU:

U mišljenju nezavisnog odvjetnika Manuela Camposa Sanchez-Bordone od 8. svibnja 2019. u predmetu C-267/18 pred Sudom EU, istaknuto je da neovisno o tome je li riječ o aktivnom postupanju (lažno prikazivanje činjenica) ili izostavljanju informacija (prikriivanje), važno je da informacije koje su lažno prikazane ili prikrivene utječu na odluku koju donosi javni naručitelj, što je ujedno i posljedica načela proporcionalnosti.⁴⁷

Teret dokazivanja postojanja osnove za isključenje je na ugovornom tijelu. Iako ugovorno tijelo ima pravo isključiti ponuditelja, takva odluka mora biti zasnovana na utvrđenim činjenicama i dokazima. Isključenje ne smije biti rezultat pretpostavki ili nagađanja, već mora postojati razumna i dokumentirana osnova koja pokazuje da je ponuditelj dostavio neistinite podatke, prikrrio relevantne informacije ili nije mogao dokazati navode iz svoje ponude. Time se osigurava zakonitost postupka i zaštita prava svih sudionika.

Kada ugovorno tijelo utvrdi da je kandidat / ponuditelj počinio osnovu za isključenje, mora pozvati kandidata / ponuditelja da dostavi mjere samokorekcije koje je poduzeo kako bi dokazao svoju pouzdanost. Mjere bi mogle posebno obuhvaćati mjere vezane uz osoblje ili organizaciju poput raskidanja svih veza s osobama ili organizacijama koje su sudjelovale u neprimjerenom ponašanju, odgovarajućih mjera reorganizacije osoblja, uvođenja sustava izvještavanja i nadzora, stvaranja strukture interne revizije kako bi se pratila usklađenost i donošenja pravila o internoj odgovornosti

⁴⁶ Suda EU, presuda od 4. svibnja 2017., Esaprojekt Sp. z o.o. protiv Województwo Łódzkie, C-387/14, ECLI:EU:C:2017:338

⁴⁷ Sud EU, Mišljenje nezavisnog odvjetnika Manuela Camposa Sanchez-Bordone od 8. svibnja 2019., Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA protiv Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, C-267/18, ECLI:EU:C:2019:393

Mišljenje Agencije broj: 04-02-1-306-2/24 od 07. 03. 2026. godine

Pitanje: Ugovorno tijelo je dana 28. 11. 2023. godine donijelo Odluku o izboru najpovoljnijeg ponuditelja, kojom je ponudu drugog ponuditelja odbacilo u skladu sa člankom 68. stavkom (I) Zakona o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine, a radi lažnog predstavljanja informacija koje su dokaz ispunjavanja uvjeta iz članka 45. do 51. Zakona. Naime, prilikom evaluacije ponuda, utvrđeno je da je ponuda ponuditelja sadržavala krivotvorene upotrebne dozvole za građevinske mašine i tehničku opremu, koje su bile uvjet za dokazivanje tehničke sposobnosti prema članku 51. Zakona. Također, ugovorno tijelo je u vezi sa navedenim saznanjima dana 18. 12. 2023. godine podnijelo kaznenu prijavu. Ugovorno tijelo je nakon ovoga objavilo postupak nabave za istovrsnu grupu predmeta nabave. Isti ponuditelj je ponovo dostavio ponudu u novoobjavljenom postupku nabave. Sada se u ponudi ne nalaze krivotvorene upotrebne dozvole za građevinske mašine i tehničku opremu, nego su sada dostavljene druge upotrebne dozvole, upravo ishodbene, za koje je potvrđena valjanost od strane institucija koje su ih izdale.

Molimo da nam date mišljenje da li se stav (7) članka 45. Zakona ima primijeniti u konkurencijretnom slučaju, tj. da li ponuda time što je nakon krivotvorenja upotrebnih dozvola ishodbio ispravne upotrebne dozvole ima pravo zahtijevati od ugovornog tijela da mu prizna pouzdanost bez obzira na postojanje relevantne osnove za isključenje.

Odgovor: U svezi mjera iz članka 45. stavak (7) Zakona, te mjere mogle bi posebno obuhvaćati mjere vezane uz osoblje ili organizaciju poput raskidanja svih veza s osobama ili organizacijama koje su sudjelovale u neprimjerenom ponašanju, odgovarajućih mjera reorganizacije osoblja, uvođenja sustava izvještavanja i nadzora, stvaranja strukture interne revizije kako bi se pratila usklađenost i donošenja pravila o internoj odgovornosti. Gospodarski subjekti trebali bi imati mogućnost zatražiti da se preispitaju mjere usklađenosti poduzete u svrhu mogućeg uključivanja u postupak nabave. Ocjenu mjera koje je poduzeo kandidat / ponuditelj vrši ugovorno tijelo, te u svakom konkurencijretnom slučaju, donosi odluku o isključenju u kojoj će obrazložiti razloge za neprihvatanje mjera ili ukoliko smatra da su poduzete mjere primjerene takvog kandidata / ponuditelja neće isključiti iz postupka javne nabave.

Tijek postupanja ugovornog tijela:

1. Mora biti podnesena ponuda kandidata / ponuditelja u postupku javne nabave;
2. Ugovorno tijelo mora dokazati lažno prikazivanje činjenica pri dostavi podataka potrebnih za provjeru kvalifikacijskih i/ili kriterija za dodjelu ugovora, prikriivanje takvih informacija ili nemogućnost prilaganja popratnih dokumenata;
3. Protupravno postupanje mora biti počinjenom u postupku javne nabave ugovornog tijela koji ocjenjuje protupravno postupanje;
4. Ako se dokaže lažno prikazivanje činjenica pri dostavi podataka potrebnih za provjeru kvalifikacijskih i/ili kriterija za dodjelu ugovora, prikriivanje takvih informacija ili nemogućnost prilaganja popratnih dokumenata, ugovorno tijelo upućuje zahtjev kandidatu / ponuditelju za dostavu dokaza o poduzetim mjerama samokorekcije;
5. Ugovorno tijelo provodi ocjenu o poduzetim mjerama samokorekcije, kako bi se na temelju načela proporcionalnosti utvrdila pouzdanost kandidata / ponuditelja;
6. Ugovorno tijelo na temelju provedene ocjene pouzdanosti, donosi odluku o isključenju ili prihvaćanju, koja mora biti obrazložena.

Na temelju utvrđene osnove za isključenje, ocjene pouzdanosti kandidata / ponuditelja te poduzetih mjera samokorekcije, ugovorno tijelo donosi **odluku koja mora biti obrazložena i koja mora sadržavati:**

1. Opis činjenice ili informacije ili dokumenta na koje se odnosi osnova za isključenje,
2. Na temelju kojih dokaza i radnji je ugovorno tijelo utvrdilo da je činjenica lažna ili informacija

- prikrivena ili dokument nije dostavljen,
3. Je li navedena okolnost bila navedena u natječajnoj dokumentaciji ili Zakonu,
 4. Je li navedena okolnost nužna za odlučivanje ugovornog tijela,
 5. Ima li navedena okolnost utjecaj na drugačiju odluku ugovornog tijela.

Primjer odluke:

"U postupku provjere utvrđeno je da ponuditelj u ponudi nije naveo činjenicu da ključni stručnjak naveden za izvršenje ugovora nije zaposlen niti ugovorno angažiran kod ponuditelja. Ova okolnost proizlazi iz dostavljene potvrde poslodavca od dana _____. Budući da je tenderskom dokumentacijom bilo propisano dokazivanje raspolaganja stručnim kadrom, a navedena činjenica nije prijavljena ugovornom organu, smatra se da je ponuditelj prikrivio informaciju relevantnu za ocjenu tehničke i profesionalne sposobnosti."

Primjer odluke o isključenju iz prakse:

"Tačkom 1.3. Poziva za dostavljanje ponuda u postupku javne nabavke usluga: „Nabavka usluga fizičko – tehničke zaštite u objektima preduzeća“, a u skladu sa odredbama člana 45. stav 5. tačke b) i D) Zakona o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 39/14 i 59/22), isključen je ponuđač _____."

Predmetnim članom Zakona je propisano kako slijedi: „(%) Ugovorni organ može na period od 12 mjeseci isključiti iz učešća u postupku nabavke kandidata/ponuđača koji se nađe u bilo kojoj od sljedećih situacija: b) ako ugovorni organ može dokazati odgovarajućim dokaznim sredstvima da je ponuđač kriv za teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje njegov integritet i d) ako je kandidat/ponuđač lažno prikazao činjenice pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru kvalifikacijskih i/ili kriterija za dodjelu ugovora, ako je prikrivio takve informacije ili nije u stanju priložiti popratne dokumente“. U predmetnom postupku javne nabavke u 2023. godini, ponuđač je kao dokaze o ispunjavanju uvjeta iz tehničke i profesionalne sposobnosti, dostavila Certifikate ISO/IEC 20000-1:2018 i ISO 45001:2018, a za koje je utvrđeno od strane Ugovornog organa i Ureda za razmatranje žalbi Rješenjem broj: JN2-03-07-1-1261-12/23 od 21.07.2023. godine, da isti nisu izdati od strane privrednog subjekta za koje ponuđač je tvrdio da jesu, te je samim time počinio propust koji u pitanje dovodi njegov integritet kao ponuđača, kao i da je lažno prikazao činjenice pri dostavljanju predmetnih Certifikata."⁴⁸

12. SUKOB INTERESA U SMISLU ČLANKA 52. ZAKONA KOJI SE NE MOŽE UKLONITI DRUGIM, MANJE DRASTIČNIM MJERAMA

12.1. Odredbe Zakona o sukobu interesa

Sukob interesa definiran je člankom 52. Zakona, kojim se propisuje da sukob interesa između ugovornog tijela i gospodarskog subjekta obuhvaća situacije kada predstavnici ugovornog tijela, koji su uključeni u provedbu postupka javne nabave ili mogu utjecati na ishod tog postupka, imaju, izravno ili neizravno, finansijski, gospodarski ili bilo koji drugi osobni interes koji bi se mogao smatrati štetnim za njihovu nepristranost i neovisnost u sklopu postupka (primjerice, a osobito, ali nije ograničeno, upravljački poslovi u gospodarskom subjektu ili vlasništvo u gospodarskom subjektu s više od 0,5%).

⁴⁸ Odluka o odabiru od 08. 03. 2024. godine ugovornog tijela JP Sarajevo, Sarajevska žičara, https://www.jpsarajevo.ba/uploads/documents/odluka-o-izboru-najpovoljnijeg-ponudaca-nabavka-usluga-fizicko-tehnicke-zastite-u-objektima-preduzeća_1710161399.pdf

Ugovorno tijelo dužno je poduzimati odgovarajuće mjere kako bi učinkovito spriječilo, prepoznalo i uklonilo sukobe interesa u vezi s postupkom javne nabave, a radi izbjegavanja narušavanja tržišnog natjecanja i osiguranja jednakog postupanja prema svim gospodarskim subjektima.

Predstavnikom ugovornog tijela se smatra: rukovoditelj te član upravnog, upravljačkog i nadzornog tijela ugovornog tijela, član povjerenstva za javnu nabavu i druga osoba koja je uključena u provedbu ili koja može utjecati na odlučivanje ugovornog tijela u postupku javne nabave, te njihove povezane osobe (srodnike po krvi u pravoj liniji ili u pobočnoj liniji do trećeg stupnja, srodnike po tazbini do drugog stupnja, bračnog ili izvanbračnog druga, bez obzira na to je li brak prestao, te posvojitelje i posvojenike).

Predstavnik ugovornog tijela mora dati izjavu o postojanju ili nepostojanju sukoba interesa, koju je dužan ažurirati bez odgode ako nastupe promjene. Na temelju danih izjava, na internetskim stranicama ugovornog tijela (ako nema, na internetskoj stranici osnivača) i u natječajnoj dokumentaciji navode se gospodarski subjekti s kojima je ugovorno tijelo u sukobu interesa ili se navodi da takvi gospodarski subjekti ne postoje. U slučaju saznanja o postojanju sukoba interesa, član stručnog povjerenstva za javnu nabavu i druga osoba koja je uključena u provedbu ili koja može utjecati na odlučivanje ugovornog tijela u postupku javne nabave, obvezna je odmah se izuzeti iz postupka javne nabave i o tome obavijestiti rukovoditelja ugovornog tijela.

Sukladno članku 45. stavku 5. točki e) Zakona, u slučaju da se u postupku javne nabave ostvari nastup okolnosti postojanja sukoba interesa, koji se ne može ukloniti drugim manje drastičnim mjerama, ugovorno tijelo je ovlašteno isključiti gospodarski subjekt s kojim je predstavnik naručitelja u sukobu interesa.

Svrha zakonskih odredbi o učinkovitom sprječavanju i uklanjanju sukoba interesa je sankcioniranje stvarno dokazane pristranosti u postupku javne nabave, ali i sprječavanje svake stvarne i potencijalne situacije koja može dovesti do opravdane sumnje u nepristranost, jednaki tretman i objektivnost postupka. Sama svrha odredbi o sukobu interesa nije automatsko isključenje, već sprečavanje, prepoznavanje i uklanjanje sukoba interesa, a ako ono nije moguće, tada nastupa posljedica isključenja.

Postojanje sukoba interesa se procjenjuje prema objektivnim okolnostima konkurencijretnog slučaja te nije nužno dokazati da je nastupio stvarni pristrani utjecaj na postupak javne nabave, već je dovoljno dokazati da postoje okolnosti koje mogu utjecati ili se razumno mogu smatrati da utječu na pristranost postupka javne nabave. Situacija sukoba interesa odnosno povezanosti predstavnika ugovornog tijela i gospodarskog subjekta stvara sumnju u nepristranost postupanja koje bi gospodarskom subjektu dala prednost u odnosu na druge sudionike u postupku javne nabave.

U ovom konkurencijretnom slučaju, osnova za isključenje nastaje ne samo na strani gospodarskog subjekta, već i na strani ugovornog tijela, jer je nužna povezanost ugovornog tijela i gospodarskog subjekta. Iz tog razloga, ugovorno tijelo je nužno poduzeti svojevrstne korektivne mjere koje se ogledaju u poduzimanju drugih manje drastičnih mjera kojima se uklanja sukob interesa, ali i gospodarski subjekt mora poduzeti mjere samokorekcije da bi dokazao svoju pouzdanost. Tek nakon procjene mogućnosti poduzimanja korektivnih mjera jedne strane i mjera samokorekcije s druge strane, i ocjene da poduzete mjere nisu dostatne, može se donijeti odluka o isključenju gospodarskog subjekta.

12.2. Dokazivanje postojanja sukoba interesa

U postupku javne nabave teret dokazivanje ne znači nužno da je potrebno dokazati da je nastupilo pogodovanje određenom gospodarskom subjektu, već je dovoljno dokazati postojanje

okolnosti koje objektivno mogu stvoriti opravdanu sumnju u nepristranost osobe koja je uključena u postupak javne nabave, a koju ugovorno tijelo mora istražiti.

Ako postoje objektivne okolnosti koje mogu dovesti u sumnju nepristranost stručnjaka uključenih u ocjenjivanje, te okolnosti treba istražiti. Međutim, sama činjenica da postoji određena profesionalna ili druga veza ne znači automatski da je odluka o dodjeli ugovora nezakonita. Potrebno je procijeniti konkurencijretne okolnosti slučaja.⁴⁹

Sukob interesa postoji ako je predstavnik ugovornog tijela sudjelovao u pripremi tehničke dokumentacije (troškovnik) ili tehničkih specifikacija, pripremi projektnog zadatka, pripremi kvalifikacijskih uvjeta i/ili kriterija za odabir ponude, te pregledu i ocjeni ponuda.

U svrhu dokazivanja postojanja sukoba interesa, u prvom redu dolaze do izražaja izjave predstavnika ugovornog tijela o postojanju odnosno nepostojanju sukoba interesa. U slučaju postojanja sukoba interesa, predstavnik ugovornog tijela dužan je navesti gospodarske subjekte s kojima je u sukobu interesa, ili njegove povezane osobe. Ti gospodarski subjekti se navode u natječajnoj dokumentaciji, što je u skladu s načelom transparentnosti. U tom slučaju, navedeni gospodarski subjekti ne mogu sudjelovati u postupku javne nabave.

Međutim, postoje situacije u kojima predstavnik ugovornog tijela nije naveo gospodarske subjekte s kojima je u sukobu interesa, ili njegove povezane osobe. U tom slučaju, gospodarski subjekti nisu obaviješteni putem natječajne dokumentacije da su u sukobu interesa i u skladu s tim navodima, mogu podnijeti ponudu u postupku javne nabave. Ali, tada nastupa situacija dokazivanja da je predstavnik ugovornog tijela ipak u sukobu interesa s određenim gospodarskim subjektom. Sukob interesa se može dokazivati jednim konkurencijretnim dokazom iz kojega se sa sigurnošću može utvrditi postojanje odnosa predstavnika ugovornog tijela i gospodarskog subjekta (primjerice izvadak iz sudskog registra) ili s kombinacijom više dokaza (primjerice odluka o imenovanju, dokaz o pristupu informacija, korespondencija).

Dokazi koji se mogu koristiti za dokazivanje postojanja sukoba interesa:

1. Izjava o sukobu interesa u kojoj su navedeni gospodarski subjekti s kojima je predstavnik ugovornog tijela u sukobu interesa, ili ako nisu navedeni, a utvrdi se da je izjava o sukobu interesa neistinita, ono predstavlja dokaz o povredi nepristranosti i integriteta postupka,
2. Izvadak iz sudskog registra predstavlja najjači dokaz iz kojeg je vidljivo da je predstavnik ugovornog tijela u nekom odnosu s gospodarskim subjektom (primjerice član uprave ili odgovorna osoba, vlasnik / suvlasnik i slično),
3. Dokazi o rodbinskim i obiteljskim vezama, koji vrijedi za povezane osobe za koje predstavnik ugovornog tijela nije dao izjavu o sukobu interesa (izvodi iz matičnih knjiga, podaci iz službenih evidencija, javno dostupni registri)
4. Elektronička komunikacija o razmjeni informacija o predmetu nabave, između predstavnika ugovornog tijela i gospodarskog subjekta kojoj nemaju pristup ostali gospodarski subjekti,
5. Tehnička dokumentacija, specifikacija ili projektni zadatak iz kojega je vidljivo koja je osoba izrađivala dokumente i postoji li povezanost s gospodarskim subjektom (primjerice projektant – obvezan dati izjavu o sukobu interesa),
6. Interni dopisi i službene zabilješke iz kojih je vidljivo tko je inicirao postupak, predlagao uvjete i zahtjeve natječajne dokumentacije (iako formalno nisu navedeni u odluci o imenovanju, kroz pripremu utječu na postupak)
7. Odluka o imenovanju kojom se dokazuje formalno sudjelovanje u postupku javne nabave

⁴⁹ Sud EU, presuda od 12. ožujka 2015., eVigilo Ltd protiv Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166

(odluka o imenovanju povjerenstva za javnu nabavu, odluka o imenovanju projektnog tima i slično)

8. Zapisnik o pregledu i ocjeni ponuda iz kojih je vidljivo tko je sudjelovao u pripremi postupka, pregledu i ocjeni ponuda te odlučivanju,

9. Odluka o odabiru koja je potpisana od strane predstavnika ugovornog tijela koje ima ovlast u odlučivanju.

Ono što je ključno za naglasiti je da sukob interesa predstavlja svaki odnos koji može izravno ili neizravno, putem financijskog, gospodarskog ili bilo kojeg drugog osobnog interesa, smatrati se štetnim za nepristranost i neovisnost postupka javne nabave. Iz tog razloga, ako ne postoje konkurencijretni dokazi, moguće je sukob interesa dokazivati i putem skupa dokaza koji zajednički ukazuju na postojanje odnosa kojima se utječe na nepristranost i neovisnost postupka. Takvi zajednički indikativni dokazi mogu biti: natječajni uvjeti koje može ispuniti samo jedan ponuditelj, tehničke specifikacije kojima udovoljava samo jedan ponuditelj, prethodna povezanost predstavnika ugovornog tijela i gospodarskog subjekta (primjerice, zaposlenje kod gospodarskog subjekta i prelazak kod ugovornog tijela). Međutim, u takvim slučajevima će dokazivanje biti otežano, jer nema konkurencijretnog dokaza o postojanju sukoba interesa.

Sukob interesa se dokazuje na temelju objektivnih činjenica koje povezuju osobu uključenu u pripremu i provedbu postupka javne nabave te donošenja odluka, s gospodarskim subjektom i njihovu povezanost, kojom je osoba imala mogućnost utjecati na postupak javne nabave i koja je mogla utjecati na nepristranost i neovisnost postupka javne nabave.

Da bi se utvrdio sukob interesa potrebno je utvrditi:

1. Predstavnik ugovornog tijela je sudjelovao u pripremi (tehničke specifikacije, projektni zadatak) i provedbi postupka javne nabave (priprema uvjeta i zahtjeva natječajne dokumentacije i pregled i ocjena ponuda) te donošenju odluke (odluke o odabiru najpovoljnijeg ponuditelja, odluka o poništenju postupka),
2. Povezanost predstavnika ugovornog tijela s gospodarskim subjektom u vidu da predstavnik ugovornog tijela ima izravni ili neizravni, financijski, gospodarski ili drugi osobni interes s gospodarskim subjektom,
3. Mogućnost utjecaja na propisivanje uvjeta i zahtjeva natječajne dokumentacije.

Primjeri sukoba interesa:

1. Član povjerenstva za javnu nabavu je braćni drug člana uprave gospodarskog subjekta koji može podnijeti ponudu u postupku javne nabave.

2. Direktor sektora koji inicira postupak javne je brat vlasnika gospodarskog subjekta koji je sastavljao tehničku specifikaciju za postupak javne nabave.

3. Gospodarski subjekt je imao saznanja o tehničkim specifikacijama i zahtjevima iz postupka javne nabave prije objave postupka javne nabave, jer je osoba koja priprema tehničke specifikacije i zahtjeve, brat člana uprave gospodarskog subjekta.

U svakom konkurencijretnom slučaju, ako postoji povezanost ugovornog tijela i gospodarskog subjekta, ugovorno tijelo dužno je ispitati eventualno postojanje sukoba interesa i poduzeti prikladne mjere za sprečavanje, otkrivanje i njegovo otklanjanje.⁵⁰

⁵⁰ Sud EU, presuda od 12. ožujka 2015., eVigilo Ltd protiv Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166

12.3. Druge manje drastične mjere kojima se uklanja sukob interesa

U slučaju utvrđenja i dokazanosti postojanja sukoba interesa, ugovorno tijelo može isključiti tog gospodarskog subjekta iz postupka javne nabave. Međutim, ugovorno tijelo prije isključenja mora razmotriti mogućnosti uklanjanja sukoba interesa poduzimanjem drugih manje drastičnih mjera odnosno mora razmotriti postoje li blaže mjere kojima bi se mogao osigurati zakoniti nastavak postupka, budući da je mjera isključenja najstroža sankcija u postupku javne nabave. Te mjere predstavljaju svojevrzne korektivne mjere koje se poduzimaju u svrhu nastavka postupka.

Druge manje drastične mjere mogu biti, primjerice:

1. Izuzeće predstavnika ugovornog tijela iz postupka javne nabave koji je u sukobu interesa s gospodarskim subjektom,
2. Imenovanje novog povjerenstva za javnu nabavu,
3. Izmjena natječajne dokumentacije i produžetak trajanja faze postupka javne nabave odnosno produžetak roka za dostavu ponuda,
4. Izmjena ili revizija tehničkih specifikacija te uvjeta i zahtjeva natječajne dokumentacije od strane neovisnih osoba.
5. Ponavljanje pojedine faze postupka (primjerice pregleda i ocjene ponuda),
6. Poništenje postupka javne nabave i pokretanje novog postupka javne nabave.

Izuzeće predstavnika ugovornog tijela je moguće samo ako se radi o članu povjerenstva za javnu nabavu i drugoj osobi koja je uključena u provedbu ili koja može utjecati na odlučivanje ugovornog tijela u postupku javne nabave. U tom slučaju, predstavnik ugovornog tijela može se izuzeti iz daljnjih aktivnosti u postupku javne nabave. Izuzimanje je moguće samo ako se u nastavku postupka može osigurati nepristranost. Ako se radi o rukovoditelju te članu upravnog, upravljačkog i nadzornog tijela ugovornog tijela, njegovo izuzimanje nije predviđeno.

Imenovanje novog povjerenstva za javnu nabavu može predstavljati manje drastičnu mjeru samo ako tehnička dokumentacija, specifikacije, projektni zadatak ili uvjeti i zahtjevi natječajne dokumentacije nisu sporni, već je sporna faza pregleda i ocjene ponuda. Tada se može imenovati novo povjerenstvo za javnu nabavu koje će izvršiti pregled i ocjenu ponuda ili će se ponoviti pregled i ocjena ponuda, ako je u fazi pregleda i ocjene ponuda, ali prije donošenja odluke, utvrđen sukob interesa.

Ako postoji sumnja da je predstavnik ugovornog tijela utjecao na izradu tehničke dokumentacije, specifikacije, projektnog zadatka ili uvjete i zahtjeve natječajne dokumentacije, mogu se izmijeniti tehnička dokumentacija, specifikacije, projektni zadatak ili uvjeti i zahtjevi natječajne dokumentacije te produžiti rok za dostavu ponuda, kako bi se omogućili svim gospodarskim subjektima jednaki uvjeti pristupa postupku javne nabave.

Ugovorno tijelo može angažirati neovisne vanjske stručnjake ili revizore kako bi revidirali tehničku dokumentaciju, specifikacije, projektni zadatak ili uvjete i zahtjeve natječajne dokumentacije, koji bi utvrdili jesu li uvjeti određeni na objektivni i nepristran način koji omogućuje podnošenje ponuda većem broju gospodarskih subjekata ili su prilagođeni potencijalnom jednog gospodarskom subjektu. U potonjem slučaju bi predložili izmjenu natječajne dokumentacije.

Ponavljanje pojedine faze postupka je moguće samo ako se sukob interesa može ukloniti u toj fazi postupka javne nabave odnosno ako faza postupka javne nabave nije završila. Primjerice, ako je sukob interesa otkriven u fazi do otvaranja ponuda, tada se može ili napraviti revizija natječajne dokumentacije i produžiti rok za dostavu ponuda, ili ako je sukob interesa otkriven u fazi pregleda i ocjene ponuda, može se imenovati novo povjerenstvo za javnu nabavu koje će pregledati i ocijeniti

ponuda, ali samo pod uvjetom da prethodni članovi povjerenstva nisu sudjelovali u pripremi natječajne dokumentacije.

Poništenje postupka javne nabave i pokretanje novog postupka javne nabave je mjera koja je manje drastična od isključenja gospodarskog subjekta i dolazi do izražaja samo u slučaju kada je dovedeno u pitanje nepristranost i integritet cijelog postupka javne nabave. Međutim, ova mjera će u većini slučajeva za ugovorno tijelo biti neprihvatljiva te će se ugovorno tijelo odlučiti za isključenje gospodarskog subjekta, nego što će poništiti postupak javne nabave. Ako je u postupku javne nabave sudjelovao samo jedan gospodarski subjekt za kojega se utvrdi da je u sukobu interesa s predstavnikom ugovornog tijela, poništenje postupka će biti jedina mogućnost, jer nakon isključenja takvog gospodarskog subjekta, ne preostaje niti jedan gospodarski subjekt kojega ugovorno tijelo može prihvatiti te je obavezan poništiti postupak javne nabave.

Primjer obrazloženja mogućnosti primjene manje drastičnih mjera:

Ugovorno tijelo je razmotrilo mogućnost primjene manje drastičnih mjera radi otklanjanja sukoba interesa nastalog u postupku javne nabave. Ugovorno tijelo je utvrdilo da je povezana osoba člana povjerenstva za javnu nabavu, član uprave gospodarskog subjekta. Ugovorno tijelo je razmatranjem utvrdilo da izuzimanje člana povjerenstva za javnu nabavu i imenovanjem druge zamjenske osobe kao člana povjerenstva za javnu nabavu se uspješnom može otkloniti sukob interesa manje drastičnim mjerama. Naime, predmetna osoba nije sudjelovala u izradi tehničke dokumentacije niti specifikacije niti projektnog zadatka te nije sudjelovala u pripremit uvjeta i zahtjeva natječajne dokumentacije, posebno onih koji se odnose na kvalifikacijske kriterije i kriterije za odabir ponude. U predmetnom postupku rok za dostavu ponuda nije istekao i ponude nisu otvorene. S obzirom na to da član povjerenstva za javnu nabavu nije sudjelovao u pripremi postupka, a postojanje sukoba interesa je otkriveno prije roka za dostavu ponuda, to bi njegovim izuzimanjem i imenovanjem njegove zamjene, uspješno se otklonio potencijalni utjecaj postojanja sukoba interesa na daljnje aktivnosti u provedbi postupka javne nabave, to navedene manje drastične mjere predstavljaju dostatne mjere za otklanjanje sukoba interesa.

Međutim, ako je predstavnik ugovornog tijela koji je u sukobu interesa s gospodarskim subjektom sudjelovao u ključnim fazama postupka, posebno u izradi projektnog zadatka, tehničkih specifikacija, kriterija za kvalifikaciju ili pregleda i ocjene ponuda, te nije moguće sa sigurnošću otkloniti učinke njegovog sudjelovanja, smatra se da sukob interesa nije moguće ukloniti naknadnim manje drastičnim mjerama. Tada, sukob interesa ima karakter povrede kojom se narušava nepristranost i integritet postupka javne nabave, kojim se narušavaju načela javne nabave.

U takvim okolnostima narušena su načela jednakog tretmana, transparentnosti i tržišnog natjecanja, pa bi nastavak postupka s gospodarskim subjektom s kojim je predstavnik ugovornog tijela u sukobu interesa, doveo u pitanje zakonitost i nepristranost cijelog postupka javne nabave.

Razlozi zbog kojih se sukob interesa ne može ukloniti manje drastičnim mjerama, jer iste nisu dostatne te postoji stvarna i objektivno osnovana sumnja u nepristranost postupka:

1. Sukob interesa postojao je tijekom bitnih faza postupka javne nabave, koje su završile i koje se ne mogu ponoviti,
2. Nije moguće utvrditi u kojoj je mjeri odnos predstavnika ugovornog tijela s gospodarskim subjektom utjecao na sadržaj natječajne dokumentacije ili položaj tog gospodarskog subjekta u odnosu na druge gospodarske subjekte,
3. Ne može se osigurati jednak položaj ostalih gospodarskih subjekata koji su sudjelovali ili mogli sudjelovati u postupku,
4. Naknadno izuzeće predstavnika ugovornog tijela ne može ukloniti posljedice radnji koje su već poduzete.

Prilikom procjene učinkovitosti poduzimanja manje drastičnih mjera kojima se uklanja sukob interesa ili nastupa isključenja, potrebno je procijeniti jesu li mjere dovoljne da bi se uklonio sukob interesa ili mjere nisu dovoljne, jer je utjecaj kojim se narušava nepristranost i integritet postupka javne nabave već nastao.

Nije dovoljno navesti da sukob interesa postoji i da nastupa isključenje, već je nužno obrazložiti iz kojeg razloga nije moguće sukob interesa otkloniti manje drastičnim mjerama te na koji način je nastupilo narušavanje integriteta postupka javne nabave. Ugovorno tijelo mora dokazati da primjena manje drastičnih mjera nije dovoljna da bi se otklonio sukob interesa kroz analizu konkurencijretnih radnji poduzetih u postupku javne nabave i njihov utjecaj na odlučivanje te bi li se poduzimanjem tih mjera mogao anulirati ishod poduzetih radnji u postupku javne nabave.

Primjer obrazloženja nemogućnosti primjene manje drastičnih mjera:

Ugovorno tijelo je razmotrilo mogućnost primjene manje drastičnih mjera, uključujući izuzeće uključene osobe, imenovanje novog povjerenstva za javnu nabavu i ponovni pregled i ocjenu ponuda. Međutim, utvrđeno je da je predmetna osoba sudjelovala u izradi tehničkih specifikacija i definiranju uvjeta natječajne dokumentacije u postupku javne nabave. Posljedice navedenog sudjelovanja više nije moguće naknadno otkloniti, jer su tehnički zahtjevi već ugrađeni u natječajnu dokumentaciju te su predstavljali osnovu za pripremu i dostavu ponuda svih gospodarskih subjekata. U postupku javne nabave istekao je rok za dostavu ponuda te su ponude dostavljene i u tijeku je pregled i ocjena ponuda. Nije moguće ponoviti fazu do roka za dostavu ponuda, te se poduzimanjem manje drastičnih mjera u ovoj fazi postupka pregleda i ocjene ponude ne može otkloniti utjecaj na nepristranost i integritet postupka javne nabave. Slijedom navedenog, utjecaj sukoba interesa na postupak javne nabave već je nastao i njegovi učinci ne mogu se otkloniti izuzećem osobe niti imenovanje novog povjerenstva niti drugim manje drastičnim mjerama.

12.4. Postupanje ugovornog tijela i donošenje odluke

Da bi se utvrdilo postojanje sukoba interesa koji se ne može ukloniti manje drastičnim mjerama, potrebno je da se kumulativno utvrde tri ključna elementa:

1. Da postoji izravni ili neizravni, financijski, gospodarski ili bilo koji drugi osobni interes koji bi se mogao smatrati štetnim za nepristranost i neovisnost u sklopu postupka javne nabave između predstavnika ugovornog tijela ili njegovih povezanih osoba i gospodarskog subjekta,
2. Da je predstavnik ugovornog tijela sudjelovao u pripremi i provedbi postupka javne nabave, u kojem je mogao utjecati na tijek postupka javne nabave i donošenje odluke, i
3. Da sukob interesa nije moguće otkloniti manje drastičnim mjerama kako bi se sačuvala nepristranost i integritet postupka javne nabave.

U slučaju da ugovorno tijelo utvrdi navedene elemente, donosi odluku o postojanju sukoba interesa. Međutim, prije donošenja odluke o isključenju gospodarskog subjekta, mora ga pozvati da dostavi dokaze o poduzetim mjerama samokorekcije kojima će dokazati svoju pouzdanost. U ovom slučaju, radi se o ostvarenju osnove za isključenje koja nastaje u samom postupku javne nabave, a ne kao posljedica prošlih protupravnih postupanja gospodarskog subjekta. Mjere samokorekcije kod osnove za isključenje zbog postojanja sukoba interesa, su radnje koje gospodarski subjekt poduzima kako bi dokazao da, unatoč postojanju sukoba interesa, takav odnos nije utjecao na podnošenje ponude u postupku javne nabave i na donošenje odluke.

Mjere samokorekcije mogu biti, primjerice:

1. Prekid odnosa s osobom koja je uzrokovala sukob interesa, primjerice razrješenje s funkcije, premještaj ili isključenje iz projekta,
2. Donošenje i provedba internih pravila za sprječavanje sukoba interesa, uključujući obvezu prijavljivanja potencijalnih sukoba,
3. Edukacija zaposlenika i uprave o integritetu, etici i pravilima javne nabave,

4. Provedba unutarnjih kontrola i nadzora, uključujući neovisne provjere i revizije postupanja zaposlenika,
5. Potpuna suradnja s ugovornim tijelom radi razjašnjenja okolnosti nastanka sukoba interesa,
6. Dokazivanje da sukob interesa nije mogao utjecati na tržišno natjecanje ili ishod postupka, odnosno da su poduzete odgovarajuće mjere za uklanjanje te mogućnosti.

Pri ocjeni mjera samokorekcije, ugovorno tijelo mora procijeniti jesu li mjere dostatne za dokazivanje pouzdanosti gospodarskog subjekta odnosno da postojanje sukoba interesa nije narušilo nepristranost i integritet postupka javne nabave, te za uklanjanje rizika od ponavljanja nepravilnosti.

Tijek postupanja ugovornog tijela:

1. Mora biti podnesena ponuda kandidata / ponuditelja u postupku javne nabave;
2. Ugovorno tijelo mora utvrditi da je zbog postojanja sukoba interesa narušena nepristranost i integritet postupka javne nabave;
4. Ugovorno tijelo mora procijeniti može li manje drastičnim mjerama ukloniti sukob interesa odnosno sa svoje strane mora poduzeti korektivne mjere;
5. Ako ugovorno tijelo utvrdi da ne može manje drastičnim mjerama ukloniti sukob interesa, upućuje zahtjev kandidatu / ponuditelju za dostavu dokaza o poduzetim mjerama samokorekcije;
6. Ugovorno tijelo provodi ocjenu o poduzetim mjerama samokorekcije, kako bi se na temelju načela proporcionalnosti utvrdilo da povezanost nije utjecala na ishod postupka;
7. Ugovorno tijelo na temelju provedene ocjene, donosi odluku o isključenju ili prihvaćanju, koja mora biti obrazložena.

Primjer odluke o isključenju:

Nakon analize utvrđenih činjenica i primjene članka 52. Zakona, ocjenjuje se da u predmetnom postupku postoji sukob interesa između ugovornog tijela i gospodarskog subjekta koji ozbiljno dovodi u pitanje nepristranost, transparentnost i jednak tretman sudionika postupka javne nabave.

Ugovorno tijelo je razmotrilo mogućnost primjene drugih manje drastičnih mjera za otklanjanje posljedica sukoba interesa, u vidu izuzimanja člana povjerenstva za javnu nabavu i imenovanja zamjene člana povjerenstva za javnu nabavu. Međutim, utvrđeno je da je član povjerenstva za javnu nabavu pripremao uvjete natječajne dokumentacije koji su predstavljali osnovu za pripremu i dostavu ponuda, te su ponude dostavljene i u tijeku je pregled i ocjena ponuda. Kako nije moguće ponoviti fazu do roka za dostavu ponuda, to se poduzimanjem manje drastičnih mjera u ovoj fazi postupka pregleda i ocjene ponude ne može otkloniti utjecaj na nepristranost i integritet postupka javne nabave. Ugovorno tijelo je razmotrilo mogućnost poništenja postupka javne nabave i pokretanja novog postupka javne nabave, ali kako se radi o predmetu nabave za kojega je obvezno osigurati kontinuitet, radi ostvarenja obavljanja djelatnosti ugovornog tijela, poništenje postupka za ugovorno tijelo nije prihvatljivo, jer nije u mogućnosti obavljati svoju djelatnost bez ovog predmeta nabave.

S obzirom na to da se učinci nastalog sukoba više ne mogu učinkovito neutralizirati, ispunjeni su uvjeti za isključenje gospodarskog subjekta iz predmetnog postupka javne nabave sukladno članku 45. stavku 5. točki e) Zakona, jer se time štiti zakonitost i integritet postupka javne nabave.

13. PREPORUKE

Na temelju prikazanih mjerodavnih zakonskih odredbi europskog i nacionalnog zakonodavstva, prakse Suda EU, mišljenja Agencije, prikaza stvarnih situacija i prijedloga postupanja, u nastavku se daju preporuke čija je svrha doprinijeti poboljšanju sustava javne nabave u BiH.

Mjere samokorekcija („self-cleaning“ mjere) i načelo proporcionalnosti:

U vidu propisanih fakultativnih osnova za isključenje i mogućnosti poduzimanja mjera samokorekcije, te ocjene poduzetih mjera samokorekcije prema načelu proporcionalnosti u odnosu na počinjene povrede, potrebna je daljnja razrada zakonskih odredbi. Ono što je posebno naglasiti da su ugovorna tijela dužna primjenjivati odredbe o primjeni i procjeni mjera samokorekcije prilikom utvrđenja postojanja osnove za isključenje u svrhu ocjene pouzdanosti ponuditelja.

Potrebno je predvidjeti da se razdoblje isključenja u trajanju od 12 mjeseci ne računa samo od dana donošenja odluke o isključenju nadležnog tijela, već od nastupa okolnosti kojom je povreda nastala. To može biti odluka o isključenju ugovornog tijela, ali i nastup druge okolnosti, kao što je primjerice nastup raskida ugovora.

Ovo je posebno za istaknuti s obzirom na to da je protiv odluke o isključenju kandidata / ponuditelja moguće podnijeti žalbu URŽ-u, o čijem odlučivanju ovisi i sama osnovanost odluke o isključenju i računanje rokova za određivanje razdoblja od 12 mjeseci u kojem traje isključenje.

Potrebno je razjasniti da za vrijeme trajanja razdoblja isključenja od 12 mjeseci, kandidati / ponuditelji mogu dostaviti ugovornom tijelu dokaze o poduzetim mjerama samokorekcije kojima dokazuju svoju pouzdanost te da ugovorno tijelo mora procijeniti poduzete mjere samokorekcije u odnosu na učinjenu povredu, primjenjujući načelo proporcionalnosti. Istekom roka od 12 mjeseci, prema gospodarskom subjektu se postupa kao da fakultativna osnova za isključenje ne postoji.

Sporazum kojem je cilj narušavanje tržišnog natjecanja:

Iz odredbi Direktive o javnoj nabavi, kao i prakse Suda EU, te iz prakse država članica, proizlazi da je ugovorno tijelo ovlašteno utvrđivati u postupku javne nabave postojanje zabranjenog sporazuma, na temelju dovoljno vjerojatnih pokazatelja. Ako ugovorno tijelo u postupku javne nabave posumnja na temelju dovoljno vjerojatnih pokazatelja – podudarnosti u ponudama, ovlašteno je isključiti ponuditelje iz postupka javne nabave. Pored toga u EU, ugovorno tijelo može isključiti ponuditelje iz postupka javne nabave i ako postoji odluka nadležnog tijela za zaštitu konkurencijurencije odnosno tržišnog natjecanja ili odluka suda, kojima se utvrđuje da su poduzetnici – ponuditelji, sklopili zabranjeni sporazum u području javne nabave.

Zakon omogućuje ugovornom tijelu da isključi ponuditelje zbog postojanja zabranjenog sporazuma, samo ako raspolaže dokazom da je ponuditelj sklopio zabranjeni sporazum, koji dokaz su: odluka konkurencijurencijskog vijeća, odluka suda ili drugog nadležnog tijela.

Preporuka je da ugovorno tijelo dobije ovlaštenje da na temelju dovoljno vjerojatnih pokazatelja utvrdi postojanje zabranjenog sporazuma, pored mogućnosti raspolaganja dokazom o postojanju zabranjenog sporazuma, kako bi se u potpunosti uskladilo s EU zakonodavstvom, te u skladu s time poduzima daljnje pravne korake, kao što je pokretanje postupka pred konkurencijurencijskim vijećem.

Teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje integritet ponuditelja:

Direktiva o javnoj nabavi nije dala definiciju teškog profesionalnog propusta, ali je kroz praksu Suda EU razrađen sadržaj definicije teškog profesionalnog propusta. Zakon ne sadrži definiciju teškog profesionalnog propusta. Preporuka je da se zakonskom odredbom definira pojam teškog profesionalnog propusta, u svrhu jednoznačne primjene i provedbe postupka u slučaju postojanja teškog profesionalnog propusta.

U nacionalnom zakonodavstvu, teški profesionalni propust mora biti vezan uz predmet nabave za koje ugovorno tijelo provodi postupak javne nabave. Iz prakse Suda EU proizlazi da svako ponašanje koje dovodi u pitanje profesionalni integritet, vjerodostojnost ili pouzdanost gospodarskog subjekta potpada pod pojam teškog profesionalnog propusta. U tom smislu, potrebno je definirati šire pojam teškog profesionalnog propusta, jer ako kod gospodarskog

subjekta postoji protupravno postupanje koje nije vezano uz predmet nabave, takav gospodarski subjekt itekako može biti nepouzdan partner ugovornom tijelu i za provedbu ugovora koji nije vezan uz predmet nabave za koji ugovorno tijelo provodi postupak javne nabave.

Daljnji uvjet postojanja teškog profesionalnog propusta je da mora biti učinjen kod tog ugovornog tijela koji provodi postupak javne nabave. Ako kod gospodarskog subjekta postoji protupravno postupanje koje je okarakterizirano kao teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje njegov integritet, takav gospodarski subjekt je nepouzdan partner svakom ugovornom tijelu, neovisno kod kojeg ugovornog tijela je takvo protupravno postupanje učinjeno. Stoga, potrebno je definirati da teški profesionalni propust je takvo postupanje gospodarskog subjekta koje dovodi u pitanje njegov integritet, neovisno kod kojeg ugovornog tijela je nastalo.

Iz odredbi članka 45. stavka 5. točke b) Zakona ne proizlazi da teški profesionalni propust mora biti vezan uz predmet nabave niti mora biti učinjen kod tog ugovornog tijela koje provodi postupak javne nabave. Iz tog razloga, zakonska odredba nije ograničenje za definiranje teškog profesionalnog propusta u smislu europskog zakonodavstva te njegovog utvrđenja neovisno za koji predmet nabave je počinjen niti kod kojeg ugovornog tijela je nastao.

Značajni nedostaci tokom provođenja prethodnog javnog ugovora ili prethodnog ugovora sa sektorskim ugovornim tijelom čija je posljedica bila prijevremeni raskid tog prethodnog ugovora, naknada štete ili druga slična sankcija:

Smisao isključenja kandidata / ponuditelja iz postupka javne nabave na temelju postojanja činjenica značajnih nedostataka tijekom provedbe prethodnog javnog ugovora ili prethodnog ugovora sa sektorskim ugovornim tijelom čija je posljedica bila prijevremeni raskid tog prethodnog ugovora, naknada štete ili druga slična sankcija, je isključenje kandidata / ponuditelja koji svojom krivnjom nije izvršio ugovorne obveze prema ugovornom tijelu, te ga takvo postupanje čini nepouzdanim budućim ugovorni partnerom.

Ono što je ključno za naglasiti je da takav kandidat / ponuditelj je nepouzdan partner ugovornom tijelu, neovisno kod kojeg ugovornog tijela je nastupila ova osnova za isključenje i neovisno u kojem predmetu nabave je nastupila ova osnova za isključenje. Gospodarski subjekti mogu obavljati više djelatnosti istovremeno, te mogu podnositi ponude za više vrsta predmeta nabave kod više ugovornih tijela.

Stoga, ako je gospodarski subjekt ostvario ovu osnovu za isključenje kod nekog drugog ugovornog tijela, različitog od onoga koje provodi postupak javne nabave, to ne znači da je taj gospodarski subjekt pouzdan ugovorni partner ugovornom tijelu koji provodi postupak javne nabave, ako mu je utvrđena osnova za isključenje kod drugog ugovornog tijela, ili više njih. Ugovorno tijelo bi moralo moći utvrditi samostalno pouzdanost kandidata / ponuditelja zbog ostvarenja osnove za isključenje koje je nastupilo kod bilo kojeg ugovornog tijela, uvažavajući okolnosti nastupa osnove za isključenje, ali i uzimajući u obzir poduzete mjere samokorekcije.

Isto tako, ako je gospodarski subjekt ostvario ovu osnovu za isključenje za predmet nabave koji nije predmet nabave postupka za koje provodi postupak javne nabave ugovorno tijelo, također bi trebalo omogućiti ugovornom tijelu da ocjenjuje pouzdanost kandidata / ponuditelja, jer neovisno o kojem predmetu nabave je riječ, nastup ove osnove za isključenje dovodi u pitanje pouzdanost kandidata / ponuditelja za izvršenje budućeg ugovora. Ocjena pouzdanosti bi se trebala omogućiti na temelju utvrđenih činjenica i okolnosti nastupa osnove za isključenje, te uzimajući u obzir poduzete mjere samokorekcije.

Lažno prikazivanje činjenica pri dostavi podataka potrebnih za provjeru kvalifikacijskih i/ili kriterija za dodjelu ugovora, prikrivanje takvih informacija ili nemogućnost prilaganja popratnih dokumenata:

Odredbe Direktive o javnoj nabavi koje propisuju utjecaj ponuditelja na donošenje odluke ugovornog tijela obuhvaćaju dvije zasebne osnove za isključenje koje se u praksi u pravilu razmatraju zajednički.

Prva osnova za isključenje je: „*ako je gospodarski subjekt kriv za ozbiljno lažno prikazivanje činjenica pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru odsutnosti razloga za isključenje ili za ispunjenje kriterija za odabir, ako je prikrio takve informacije ili nije u stanju priložiti dodatne dokumente u skladu s člankom 57.*“, koju osnovu za isključenje propisuje i Zakon.

Druga osnova za isključenje je: „*ako je gospodarski subjekt pokušao na nedoličan način utjecati na postupak odlučivanja javnog naručitelja, doći do povjerljivih informacija koje bi mu mogle omogućiti nepoštenu prednost u postupku nabave ili da pruži krivu informaciju koja može imati materijalni utjecaj na odluke koje se tiču isključenja, odabira ili dodjele.*“, koju osnovu za isključene Zakon ne propisuje.

Dio koji je potrebno detaljnije razraditi odnosi se na prijavljivanje okolnosti primjerice raskida ugovora ili drugih određenih sankcija tijekom provođenja ugovora ili teškog profesionalnog propusta koji dovodi u pitanje integritet ponuditelja i njihova prijavljivanja u postupku javne nabave. Jer, ponuditelj može imati navedenu osnovu za isključenje kod drugog ugovornog tijela i za drugu vrstu predmeta nabave, ali takva osnova za isključenje vrijedi samo ako je nastala kod ugovornog tijela koje provodi postupak javne nabave i za istu vrstu predmeta nabave za kojeg se provodi postupak nabave. Posljedično, ponuditelj nije dužan te osnove za isključenje prijavljivati kod drugog ugovornog tijela i za drugu vrstu predmeta nabave.

Sukob interesa u smislu članka 52. Zakona koji se ne može ukloniti drugim, manje drastičnim mjerama:

Postojanje sukoba interesa u postupku javne nabave nastupa ako postoji povezanost ugovornog tijela i gospodarskog subjekta. Povezanost se ogleda u izravnom ili neizravnom utjecaju, financijskom, gospodarskom ili bilo kojem drugom osobnom interesu predstavnika ugovornog tijela u gospodarskom subjektu. Da bi se utvrdilo postojanje osnove za isključenje, ključno je da se ostvare okolnosti s obje strane, jer ako nema okolnosti sa strane predstavnika ugovornog tijela ili obrnuto, osnova za isključenje ne postoji.

U slučaju utvrđenja postojanja sukoba interesa, koje se ne može ukloniti drugim manje drastičnim mjerama, ugovorno tijelo isključuje gospodarski subjekt iz postupka javne nabave. Ali, upravo u činjenici da okolnosti osnove za isključenje postoje s obje strane, isključenje gospodarskog subjekta na razdoblje u trajanju od 12 mjeseci predstavlja prestrogu sankciju, posebice imajući u vidu da se ne radi o isključivoj krivnji gospodarskog subjekta, kao što je to situacija s ostalim osnovama za isključenje.

Ugovorna tijela bi prilikom donošenja odluka o isključenju morala voditi računa, uzimajući u obzir načelo proporcionalnosti, je li isključenje na razdoblje u trajanju od 12 mjeseci razmjerna sankcija, posebice jer u nekom drugom postupku javne nabave, okolnosti postojanja sukoba interesa, ovisno o primjerice imenovanim članovima povjerenstva za javnu nabavu, neće biti ostvarena.

Zaključno:

Ovaj Administrativni vodič ima za svrhu pomoći ugovornim tijelima i gospodarskim subjektima, ne samo na koji način postupati u pripremi i provedbi postupaka javne nabave te donošenju odluka, već i prilikom ostvarivanja pravne zaštite u postupcima javne nabave, ali i zaštiti prava i interesa, u slučaju utvrđenja protupravnog postupanja.

Ugovorna tijela i gospodarski subjekti u postupcima javne nabave mogu podnositi pravne lijekove nadležnim tijelima i potrebno je na temelju utvrđenih činjenica i okolnosti u postupcima javne nabave, ali i na temelju protupravnih postupanja, koristiti sredstva zaštite koja su na raspolaganju sudionicima postupka javne nabave.

Navedeno se u prvom redu ogleda u mogućnostima gospodarskih subjekata odnosno ponuditelja u postupku javne nabave. Ako je u postupku javne nabave odabran ponuditelj za

kojega postoje dokazi ili osnovane sumnje da je ostvarena fakultativna osnova za isključenje, potiču se drugi konkurencijurentski ponuditelji da u postupku javne nabave podnose pravne lijekove, u svrhu provedbe zakonitog donošenja odluka. S druge strane, ako je u postupku javne nabave isključen ponuditelj, koji smatra da mu je odlukom ugovornog tijela povrijeđeno kakvo pravo ili interes, potiče se takav ponuditelj da ostvaruje zaštitu svojih prava ili interesa podnošenjem pravnih lijekova nadležnim tijelima.

Naposljetku, potiču se ugovorna tijela, kada imaju saznanja za protupravna postupanja gospodarskih subjekata, da koriste sve moguće raspoložive pravne lijekove u svrhu zaštite javnog interesa i javnih sredstava, a kojima će se spriječiti buduće nezakonito postupanje. Ugovorna tijela bi posebnu pozornost trebala poklanjati na sankcioniranje protupravnih postupanja gospodarskih subjekata, kako bi osigurala zakonitost, transparentnost i tržišno natjecanje u postupcima javne nabave.

Otkrivanjem i prijavljivanjem protupravnih postupanja štite se javni interes i javna sredstva, te se ostvaruju i štite načela javne nabave, koja su temelj sustava javne nabave. U svrhu postizanja ciljeva javne nabave potrebna je jača institucionalna suradnja svih sudionika postupaka javne nabave, ugovornih tijela, gospodarskih subjekata i nadležnih tijela koji su nositelji politike javne nabave, kontrolnih tijela i drugih tijela koja imaju utjecaja na zakonitost provedbe postupaka javne nabave.