
ADMINISTRATIVNI VODIČ O PRIMJENI FAKULTATIVNIH OSNOVA ZA ISKLUČENJE I MJERAMA SAMOKOREKCIJE

(„Self-cleaning“ mjere)

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

Izdavač:

Američka trgovačka komora u Bosni i Hercegovini (AmCham BiH)

Autorica:

Kristina Rihtar

Stručna i projektna koordinacija:

Američka trgovačka komora u Bosni i Hercegovini (AmCham BiH)

Jezička redakтура:

Američka trgovačka komora u Bosni i Hercegovini (AmCham BiH)

Grafičko oblikovanje i priprema za štampu:

Dina Babačić

Štampa:

AMOS GRAF, Sarajevo

Tiraž:

50 primjeraka

Mjesto i godina izdanja:

Sarajevo, 2026.

Projekat:

„Jačanje integriteta u javnim nabavkama i kapaciteta za strateško zagovaranje u Bosni i Hercegovini“
(Strengthening Public Procurement Integrity and Strategic Advocacy Capacity in Bosnia and Herzegovina)

Implementator projekta:

Američka trgovačka komora u Bosni i Hercegovini (AmCham BiH)

Uz finansijsku i mentorsku podršku:

Center for International Private Enterprise (CIPE)

Grant:

#1122-00703

© 2026 American Chamber of Commerce in Bosnia and Herzegovina (AmCham BiH)

Vodič je izrađen u okviru projekta „Jačanje integriteta u javnim nabavkama i kapaciteta za strateško zagovaranje u Bosni i Hercegovini“, koji AmCham BiH provodi uz finansijsku i mentorsku podršku Center for International Private Enterprise (CIPE).

Napomena:

Ovaj Vodič predstavlja administrativni i stručni alat namijenjen lakšem razumijevanju i primjeni postojećeg pravnog okvira u oblasti javnih nabavki. Ne predstavlja propis, obavezujuće pravno tumačenje niti zamjenu za važeće zakone, podzakonske akte i odluke nadležnih institucija.

SADRŽAJ

1.	UVOD.....	5
2.	INSTITUCIONALNI OKVIR.....	5
3.	NAČELA JAVNE NABAVKE.....	6
3.1.	Načelo transparentnosti.....	7
3.2.	Načelo jednakog postupanja.....	7
3.3.	Načelo nediskriminacije.....	7
3.4.	Načelo tržišne konkurencije.....	7
4.	EVROPSKO ZAKONODAVSTVO.....	8
4.1.	Obavezne osnove za isključenje.....	8
4.2.	Fakultativne osnove za isključenje.....	8
5.	NACIONALNO ZAKONODAVSTVO.....	10
5.1.	Obavezne osnove za isključenje.....	10
5.2.	Fakultativne osnove za isključenje.....	10
5.3.	Razlika obaveznih i fakultativnih osnova za isključenje.....	11
5.3.1.	Razlika odredbi Direktive o javnoj nabavci i Zakona.....	11
5.3.2.	Razlika obaveznih i fakultativnih osnova za isključenje u skladu sa Zakonom.....	12
6.	MJERE SAMOKOREKCIJE („SELF-CLEANING“ MJERE) I NAČELO PROPORCIONALNOSTI.....	13
6.1.	Mjere samokorekcije („self-cleaning“ mjere) u skladu sa odredbama Direktive o javnoj nabavci.....	13
6.2.	Mjere samokorekcije („self-cleaning“ mjere) u skladu sa odredbama Zakona.....	14
6.3.	Načelo proporcionalnosti.....	14
6.4.	Primjena i procjena mjera samokorekcije.....	15
6.5.	Period isključenja kod fakultativnih osnova za isključenje.....	17
6.6.	Popis ponuđača koji su isključeni iz postupka javne nabavke.....	19
7.	ODLUKA O ISKLJUČENJU ILI PRIHVATANJU PONUĐAČA.....	20
8.	SPORAZUM KOJEM JE CILJ NARUŠAVANJE TRŽIŠNE KONKURENCIJE.....	22
8.1.	Zabranjeni sporazumi i tržišna konkurencija.....	23
8.2.	Sporazumi ponuđača u postupku javne nabavke – EU.....	24
8.3.	Sporazumi ponuđača u postupku javne nabavke – BiH.....	25
8.4.	Učešće povezanih subjekata i mogućnost isključenja.....	27
8.5.	Mogućnosti ugovornog organa u skladu sa odredbama Zakona.....	28
8.6.	Pokretanje postupka u skladu sa Zakonom i Zakonu o konkurenciji.....	29
8.7.	Postupanje ugovornog organa i donošenje odluke.....	31
9.	TEŠKI PROFESIONALNI PROPUST KOJI DOVODI U PITANJE INTEGRITET PONUĐAČA.....	32
9.1.	Odredba Direktive o javnoj nabavci i Zakona.....	32
9.2.	Definicija teškog profesionalnog propusta u evropskom zakonodavstvu.....	32
9.3.	Definicija teškog profesionalnog propusta u nacionalnom zakonodavstvu.....	33
9.4.	Sličnosti i razlike evropskog i nacionalnog zakonodavstva.....	34
9.5.	Obuhvat teškog profesionalnog propusta.....	35
9.6.	Odgovarajući dokazi za utvrđenje teškog profesionalnog propusta.....	36
9.7.	Postupanje ugovornog organa i donošenje odluke.....	37
10.	ZNAČAJNI NEDOSTACI TOKOM PROVOĐENJA PRETHODNOG JAVNOG UGOVORA ILI PRETHODNOG UGOVORA SA SEKTORSKIM UGOVORNIM ORGANOM 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.	Ugovorni organ 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 organa i donošenje odluke.....	44
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.....	47

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 organa i donošenje odluke.....	50
12.	SUKOB INTERESA U SMISLU ČLANA 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.....	56
12.4.	Postupanje ugovornog organa i donošenje odluke.....	59
13.	PREPORUKE.....	60

1. UVOD

Javna nabavka je dinamično područje koje se konstanto mijenja i razvija kao rezultat promjena i razvoja novina na tržištu i privredi. Javna nabavka čini oko 15 % bruto domaćeg proizvoda Evropske unije (dalje u tekstu: EU) te oko 10% bruto domaćeg proizvoda Bosne i Hercegovine (dalje u tekstu: BiH). Područje javne nabavke ima višestruku prirodu i međusobno je usko povezana s drugim važnim područjima u kojima se javnom nabavkom želi postići ostvarenje ciljeva, kao što su slobodna i poštena tržišna konkurencija, borba protiv korupcije, zaštita zdravlja, zaštita potrošača, zaštita životne sredine, razvoj poslovnog okruženja, razvoj malih i srednjih preduzeća, 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. juna 2008. godine. Evropska 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 obavezu BiH da ojača prevenciju i borbu protiv korupcije, organizovanog kriminala, uključujući pranje novca i terorizam, posebno usklađivanjem zakonodavstva i jačanjem kapaciteta u području javne nabavke. U tom smislu, a budući da je javna nabavka 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 nabavke u BiH.¹

U skladu sa Strategijom javnih nabavki 2024. – 2028. izdane od strane Agencije za javne nabavke Bosne i Hercegovine, pravni i regulatorni okvir javne nabavke u BiH je sveobuhvatan, sastavljen od jednog zakona, Zakon o javnim nabavkama² (dalje u tekstu: Zakon), i dvadeset podzakonskih akata, što čini vrlo kompleksni sistem javne nabavke. Prednost sistema je dobro organizovan sistem usavršavanja, gdje je moguće regulatorne promjene brzo komunicirati sa stručnom javnošću, dok je nedostatak sistema relativno brojna i kompleksan sistem pravnih pravila. Zakon je u većoj mjeri usklađen sa zakonodavstvom EU, iako postoje osnove za unapređenje i dalje usavršavanje sistema.

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 nabavke. U provođenju 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 privrednim subjektima i ugovornim organima prilikom utvrđivanja postojanja fakultativnih osnova za isključenje i postupanju u provođenju postupaka javne nabavke.

Cilj ovog Administrativnog vodiča je podstaći i pomoći ugovornim organima i privrednim subjektima da pravilno razumiju i primjenjuju fakultativne osnove za isključenje, zbog kojih se ponuđač može isključiti iz postupka javne nabavke te pomoći ugovornim organima u donošenju odluka o isključenju, ali i privrednim subjektima na koji način postupati u postupcima javnih nabavki.

2. INSTITUCIONALNI OKVIR

Agencija za javne nabavke Bosne i Hercegovine (dalje u tekstu: Agencija) je samostalna upravna organizacija nadležna za sistem javnih nabavki u BiH. Druge ključne institucije sistema u BiH su: Ured za razmatranje žalbi Bosne i Hercegovine, Sud Bosne i Hercegovine, uredi za reviziju, Agencija za prevenciju korupcije i koordinaciju borbe protiv korupcije i Konkurencijsko vijeće Bosne i Hercegovine.

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

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

Agencija je nadležna za praćenje primjene Zakona i svih podzakonskih akata. Njene najbitnije nadležnosti su priprema i izrada nacrtu zakona i podzakonskih akata, unapređenje informisanosti ugovornih organa, objavljivanje priručnika i uputstava, pružanje pomoći i savjetodavnih mišljenja, uspostavljanje sistema praćenja postupka, prikupljanje podataka, održavanje obuka i razvijanje informacionih sistema u području javne nabavke.

Ured za razmatranje žalbi Bosne i Hercegovine (dalje u tekstu: URŽ) je nezavisna institucija koja razmatra žalbe u postupcima javnih nabavki.

Sud Bosne i Hercegovine u postupcima javnih nabavki je uključen u upravnim sporovima. Protiv odluke URŽ-a moguće je pokrenuti upravni spor, koji se vodi po hitnom postupku. Upravni spor mogu pokrenuti ugovorni organi ili ponuđači.

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 Bosne i Hercegovine. Nadležna je za prevenciju korupcije i koordinaciju borbe protiv korupcije, što uključuje različite aktivnosti, koje su od velike važnosti i za područje javne nabavke.

Konkurencijsko vijeće Bosne i Hercegovine (dalje u tekstu: Konkurencijsko vijeće) nadležno je za odlučivanje o postojanju zabranjenog sporazuma na tržištu Bosne i Hercegovine. Konkurencijsko vijeće je nadležno postupati u skladu sa Zakonom o konkurenciji te se njegova nadležnost, između ostalih svojih nadležnosti, odnosi na utvrđivanje postojanja zabranjenih sporazuma između privrednih subjekata, uključujući nedozvoljeno dogovaranje ponuđača koje može imati za cilj ili posljedicu sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišne konkurencije u postupcima javnih nabavki.

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 Bosne i Hercegovine) je promovisanje 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 sistem javne nabavke.

Način rada i institucionalna povezanost navedenih ključnih institucija u sistemu javne nabavke je ključan za razvoj i unapređenje sistema javne nabavke. Institucionalni okvir javne nabavke u BiH je dobro razvijen sistem različitih institucija s razrađenom organizacijom i područjem rada, za kojeg je ključna njihova kontinuirana saradnja, jačanje kapaciteta i profesionalizacija u svrhu kvalitetnog, efikasnog i adekvatnog obavljanje svih nadležnosti. Svaka od navedenih institucija ima obavezu otkrivati, sprečavati i sankcionisati nepravilnosti u postupcima javne nabavke, u okviru svojih nadležnosti utvrđenih relevantnim zakonima u okviru kojih postupaju.

3. NAČELA JAVNE NABAVKE

Članom 3. Zakona propisano je da je ugovorni organ dužan je postupati transparentno, u postupku javne nabavke ponašati se prema ponuđačima jednako i nediskriminirajuće na način da osigura pravičnu i aktivnu tržišnu konkurenciju, u cilju najefikasnijeg korištenja javnih sredstava u vezi s predmetom nabavke i njegovom svrhom. Navedena opća načela obavezno se primjenjuju i poštuju i u postupku pravne zaštite. Navedena načela su od izrazite važnosti prilikom postupanja u skladu sa članom 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 naručioca, u korist potencijalnih ponuđača kojim se nastoji osigurati oglašavanje javne nabavke u mjeri koja je dovoljna da bi se omogućilo nadmetanje na tržištu te provjera nepristrasnosti postupaka javne nabavke. Načelo transparentnosti zahtijeva da se cjelokupni postupak javne nabavke, u svim njegovim fazama, provodi na jasan i vidljiv način koji omogućuje vidljivost svim zainteresovanim privrednim subjektima.

3.2. Načelo jednakog postupanja

Načelo jednakog tretmana zahtijeva da se naručioci prema svim privrednim subjektima, kao potencijalnim ponuđačima u postupcima javne nabavke, 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 uslov i zahtjev mora biti unaprijed određen dokumentacijom o nabavci na način da istovremeno osigurava svim zainteresovanim privrednim subjektima dostavu i dostupnost relevantnih informacija, te tržišnu konkurenciju.

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 nabavke, prema privrednom subjektu iz jedne države članice mora se postupati jednako kao i prema privrednom subjektu iz države članice naručioca. Načelo zabrane diskriminacije zabranjuje svaku diskriminaciju na osnovu državljanstva, poslovnog nastana i slično te je vezano uz nacionalnost odnosno sjedište privrednog subjekta, koje utvrđuje da se u kontekstu javne nabavke prema privrednim subjektima iz jedne države članice EU mora postupati jednako kao i prema privrednim subjektima iz države članice naručioca.

3.4. Načelo tržišne konkurencije

Načelo tržišne konkurencije podrazumijeva stvaranje i očuvanje uslova u kojima privredni subjekti mogu slobodno i ravnopravno učestvovati na tržištu i međusobno konkurisati pod jednakim i nediskriminirajućim uslovima. Primjena ovog načela zahtijeva da se pravilima, uslovima ili postupanjem učesnika na tržištu i nadležnih organa ne stvaraju neopravdane prepreke pristupu tržištu, ne ograničava tržišnu konkurenciju niti pojedinim privrednim subjektima neopravdano daje povoljniji ili nepovoljniji položaj.

Tržišna konkurencija predstavlja konkurenciju na tržištu koja doprinosi razvoju tržišta i privrede, a koje omogućava svim privrednim subjektima pod jednakim uslovima pristup i učešće na tržištu što doprinosi konkurentnom tržištu koji povećava privredni rast, a ujedno se eliminišu nepoštene prakse kojima se oštećuju naručioci.

Tržišna konkurencija pokreće privrede jer podstiče sve učesnike na tržištu stvaranju novih proizvoda, usluga ili rada, primjenjujući nove metode i rješenja koja će povećati efikasnost stvorenih proizvoda, usluga ili rada uz niže troškove te povezivanje privrednih subjekata iz različitih država kako bi stvorili konkurentniji proizvod, uslugu ili rad.

Načelom tržišne konkurencije omogućuje se učešće što većem broju privrednih subjekata u postupcima javne nabavke te dobivanje bolje kvalitete robe, usluga i radova za novac koji se plaća za predmet nabavke, kao krajnjeg cilja postupka javne nabavke.

4. EVROPSKO ZAKONODAVSTVO

Područje javne nabavke EU uređeno je direktivama o javnoj nabavci: „klasična“ direktiva o javnoj nabavci³ (dalje u tekstu: Direktiva o javnoj nabavci), „sektorska“ direktiva o javnoj nabavci⁴, direktiva o koncesijama⁵ i direktiva o pravnoj zaštiti⁶. Pravila EU u području javne nabavke donesena su radi ostvarenja jedinstvenog tržišta s ciljem osiguranja slobodnog kretanja i uklanjanja ograničenja tržišnoj konkurenciji⁷. U tom smislu, glavni ciljevi postavljeni direktivama o javnoj nabavci su: 1. otvorenost javne nabavke tržišnoj konkurenciji i održivosti; 2. otvorenost postupaka javne nabavke malim i srednjim preduzećima; 3. smanjenje administrativnog opterećenja ponuđača u postupcima javne nabavke; 4. brži, jednostavniji i efikasniji postupci javne nabavke; 5. ostvarenje načela transparentnosti, zabrane diskriminacije i jednakog postupanja; 6. dobivanje najbolje vrijednosti za novac; 7. smanjenje korupcije i prevare u postupcima javne nabavke; 8. uvažavanje socijalnih i ekoloških zahtjeva i upotreba prihvatljivih standarda.

4.1. Obavezne osnove za isključenje

U Uvodnoj izjavi Direktive o javnoj nabavci je navedeno da se ugovori ne bi trebali dodjeljivati privrednim subjektima kod kojih su ostvarene osnove za isključenje: učešće u aktivnostima kriminalne organizacije proglašenje krivima za korupciju, prevaru na štetu finansijskih interesa EU, krivična teroristička djela, pranje novaca ili finansiranje terorizma. Isto tako, izbjegavanje plaćanja poreza ili doprinosa za socijalno osiguranje također bi trebalo voditi obavezujućem isključenju.

Članom 57. Direktive o javnoj nabavci propisane su osnove za isključenje, koje se dijele na obavezne i fakultativne te su propisane mjere samokorekcije. Članom 57. stavom 1. Direktive o javnoj nabavci propisane su obavezne osnove za isključenje koje se odnose na postojanje kažnjavanosti za sljedeća kažnjiva djela: učešće u kriminalnog organizaciji, korupcija, prevara, krivično djelo terorizma ili krivična djela povezana s terorističkim aktivnostima, pranje novca ili finansiranje terorizma, te dječji rad i drugi oblici trgovanja ljudima.

Sljedeća obavezna osnova za isključenje se odnosi na plaćanje poreza i doprinosa za socijalno osiguranje propisana članom 57. stavom 2. Direktive o javnoj nabavci. Ako javni naručilac dozna da privredni subjekt ne poštuje svoje obaveze koje se odnose na plaćanje poreza ili doprinosa za socijalno osiguranje i ako je to utvrđeno obavezujućom sudskom ili upravnom odlukom u skladu s pravnim odredbama države u kojoj ima sjedište ili s državama članicama javnog naručioca, privredni subjekt se isključuje iz učešća u postupku nabavke.

4.2. Fakultativne osnove za isključenje

Uvodnom izjavom Direktive o javnoj nabavci je navedeno da bi se javnim naručiocima trebala pružiti mogućnost isključenja privrednih subjekata koji su dokazano nepouzdana jer su, na primjer, prekršili ekološke ili društvene obaveze, uključujući pravila o dostupnosti za osobe s invaliditetom, ili su počinili ostale oblike teških poslovnih prekršaja, poput kršenja pravila o tržišnoj konkurenciji ili prava intelektualnog vlasništva. Direktiva o javnoj nabavci, teški poslovni prekršaj definiše kao prekršaj koji može dovesti u pitanje integritet privrednog subjekta. Privredni subjekti mogu biti isključeni iz dodjele javnog ugovora nezavisno o tome imaju li tehničke i ekonomske sposobnosti za izvršenje ugovora.

³ Direktiva 2014/24/EU Evropskog parlamenta i vijeća, od 26. februara 2014., o javnoj nabavci i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ

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

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

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

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

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

Direktiva o javnoj nabavci propisuje da bi naručioci također trebali biti u mogućnosti isključiti kandidate ili ponuđače čija je izvršenje u prethodnim javnim ugovorima imala velike nedostatke vezane uz bitne zahtjeve, na primjer, ako kandidati ili ponuđači nisu izvršili isporuku ili svoje obaveze, ako su isporučeni proizvod ili pružena usluga imali znatne nedostatke zbog kojih su bili neiskoristivi za potrebe kojima su namijenjeni ili ako su se kandidati ili ponuđači ponašali na neprimjeren način koji dovodi u pitanje pouzdanost privrednog subjekta. Također se propisuje da bi u nacionalnom pravu trebalo predvidjeti maksimalno trajanje takvog isključenja.

Pri primjeni fakultativnih osnova za isključenje, javni naručioci bi trebali posvetiti posebnu pažnju načelu proporcionalnosti. Manje nepravilnosti bi samo u izuzetnim okolnostima trebale dovesti do isključenja privrednog subjekta. Ipak, ponovljeni slučajevi manjih nepravilnosti mogu dati povod sumnji u pouzdanost privrednog subjekta koja može opravdati njegovo isključenje.

Članom 57. stavom 4. Direktive o javnoj nabavci propisano je da javni naručioci mogu isključiti iz učešća u postupku nabavke bilo koji privredni subjekt ako postoji bilo koja od sljedećih situacija:

- a) ako javni naručilac može na odgovarajući način dokazati kršenje primjenjivih obaveza iz člana 18. stava 2. Direktive 2014/24/EU;*
- b) ako je privredni subjekt u stečaju, insolventan ili u postupku likvidacije, ako njegovom imovinom upravlja stečajni upravnik ili sud, ako je u nagodbi s povjericima, 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 naručilac može dokazati odgovarajućim sredstvima da je privredni subjekt kriv za teški poslovni prekršaj koji dovodi u pitanje njegov integritet;*
- d) ako javni naručilac ima dovoljno vjerodostojnih pokazatelja da je privredni subjekt sklopio sporazum s drugim privrednim subjektima kojima je cilj narušavanje tržišne konkurencije;*
- e) ako se sukob interesa u smislu člana 21. Direktive 2014/24/EU ne može efikasno ukloniti drugim, manje drastičnim mjerama;*
- f) ako se narušavanje tržišne konkurencije iz prethodnog uključivanja privrednog subjekta u pripremu postupka nabavke, kako je navedeno u članu 39.a Direktive 2014/24/EU, ne može ukloniti drugim, manje drastičnim mjerama;*
- g) ako privredni subjekt pokaže značajne ili postojeće nedostatke tokom provođenja ključnih zahtjeva iz prethodnog javnog ugovora ili prethodnog ugovora sa sektorskim naručiocem čija je posljedica bila prijevremeni raskid tog prethodnog ugovora, naknada štete ili slične sankcije;*
- h) ako je privredni 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 prikrrio takve informacije ili nije u stanju priložiti dodatne dokumente u skladu s članom 57. Direktive 2014/24/EU;*
- i) ako je privredni subjekt pokušao na neprimjeren način uticati na postupak odlučivanja javnog naručioca, doći do povjerljivih informacija koje bi mu mogle omogućiti nepoštenu prednost u postupku nabavke ili da pruži pogrešnu informaciju koja može imati materijalni uticaj na odluke koje se tiču isključenja, odabira ili dodjele.*

5. NACIONALNO ZAKONODAVSTVO

5.1. Obavezne osnove za isključenje

Članom 45. stavom 1. Zakona propisano je da je ugovorni organ dužan odbaciti zahtjev za učešće ili ponudu ako kandidat/ponuđač:

- a) ***u krivičnom postupku je osuđen pravosnažnom presudom za krivična djela organizovanog kriminala, korupciju, prevaru ili pranje novca, u skladu sa važećim propisima u Bosni i Hercegovini ili zemlji u kojoj je registrovan;***
- 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, u skladu sa važećim propisima u Bosni i Hercegovini ili zemlji u kojoj je registrovan;***
- c) ***nije ispunio obaveze u vezi s plaćanjem penzijskog i invalidskog osiguranja i zdravstvenog osiguranja, u skladu sa važećim propisima u Bosni i Hercegovini ili propisima zemlje u kojoj je registrovan;***
- d) ***nije ispunio obaveze u vezi s plaćanjem direktnih i indirektnih poreza, u skladu sa važećim propisima u Bosni i Hercegovini ili zemlji u kojoj je registrovan.***

Radi se o obaveznim osnovama za isključenje za koje postoji obaveza da u slučaju utvrđenja postojanja jednih od navedenih okolnosti kod kandidata / ponuđača, ugovorni organ odbaci zahtjev za učešće ili ponudu.

Dokazi za utvrđivanje navedenih okolnosti, u skladu sa članom 45. stavu 2. Zakona su:

- a) ***uvjerenje nadležnog suda kojim dokazuje da u krivičnom postupku nije izrečena pravosnažna presuda kojom je osuđen za krivično djelo učešća u kriminalnoj organizaciji, za korupciju, prevaru ili pranje novca;***
- b) ***uvjerenje nadležnog suda ili organa uprave kod kojeg je registrovan kandidat/ponuđač 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/ponuđač izmirio dospelje obaveze, a koje se odnose na doprinose za penzijsko i invalidsko osiguranje i zdravstveno osiguranje;***
- d) ***uvjerenja od nadležnih institucija da je kandidat/ponuđač izmirio dospelje obaveze u vezi s plaćanjem direktnih i indirektnih poreza.***

Također, kao dokaz za ispunjavanje uslova izmirenja dospjelih obaveza, koje se odnose na doprinose za penzijsko i invalidsko osiguranje i zdravstveno osiguranje i onih koje se odnose na obaveze u vezi s plaćanjem direktnih i indirektnih poreza prihvata 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 tijela da ponuđač u predviđenoj dinamici izmiruje svoje reprogramirane obaveze.

Ako ugovorni organ ima sumnje o postojanju okolnosti obaveznih osnova za isključenje, može se obratiti nadležnim organima u cilju pribavljanja potrebnih informacija u predmetnom postupku.

5.2. Fakultativne osnove za isključenje

Članom 45. stavom 5. Zakona je propisano:

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:

- a) ako ima **dokaz** da je kandidat/ponuđač **sklopio sporazum** s drugim kandidatom/ponuđačem kojem je **cilj narušavanje tržišne konkurencije**;
- b) ako ugovorni organ **može dokazati odgovarajućim dokaznim sredstvima** da je ponuđač **kriv za teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje njegov integritet**;
- c) ako se utvrde **značajni nedostaci tokom provođenja prethodnog javnog ugovora ili prethodnog ugovora sa sektorskim ugovornim organom** čija je posljedica bila **prijevreteni raskid tog prethodnog ugovora, naknada štete ili druga slična sankcija**;
- d) ako je kandidat/ponuđač **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 člana 52. ovog zakona ne može ukloniti drugim manje drastičnim mjerama.

Stavkom 6. istog člana Zakona je propisano da se rok od 12 mjeseci računa od dana donošenja odluke nadležnog organa iz stava 5. istog člana 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 nabavci.

5.3. Razlika obaveznih i fakultativnih osnova za isključenja

5.3.1. Razlika odredbi Direktive o javnoj nabavci i Zakona

Razlika obaveznih osnova za isključenje u skladu sa Direktivom o javnoj nabavci i Zakona se ogleda u tome što je širi katalog kažnjivih djela u skladu sa Direktivom o javnoj nabavci (*učešće u aktivnostima kriminalne organizacije proglašenje krivima za korupciju, prevaru na štetu finansijskih interesa EU, krivična teroristička djela, pranje novaca ili finansiranje terorizma*), u odnosu na one što ih propisuje Zakon (*krivična djela organizovanog kriminala, korupciju, prevaru ili pranje novca*).

Nadalje, Direktiva o javnoj nabavci kao **fakultativnu osnovu za isključenje** propisuje: *ako je privredni subjekt u stečaju, insolventan ili u postupku likvidacije, ako njegovom imovinom upravlja stečajni upravnik ili sud, ako je u nagodbi s povjeriocima, 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 **obavezna osnovu 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, u skladu sa važećim propisima u Bosni i Hercegovini ili zemlji u kojoj je registrovan*.

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

- 1) *kršenje primjenjivih obaveza 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 tržišne konkurencije iz prethodnog uključivanja privrednog subjekta u pripremu postupka nabavke, ne može ukloniti drugim, manje drastičnim mjerama*;
- 3) *ako je privredni subjekt pokušao na neprimjeren način uticati na postupak odlučivanja javnog naručioca, doći do povjerljivih informacija koje bi mu mogle omogućiti nepoštenu prednost u postupku nabavke ili da pruži pogrešnu informaciju koja može imati materijalni uticaj na odluke koje se tiču isključenja, odabira ili dodjele*.

5.3.2. Razlika obaveznih i fakultativnih osnova za isključenje u skladu sa Zakonom

Zakon propisuje obavezne i fakultativne osnove za isključenje. Najveća razlika između obaveznih i fakultativnih osnova za isključenje je u njihovoj praktičnoj primjeni. Kod obaveznih osnova za isključenje, naručilac mora odbaciti zahtjev za učešće ili ponudu ako kod kandidata / ponuđača postoji obavezna osnova za isključenje, na osnovu same zakonske obaveze.

Kod fakultativnih osnova za isključenje, naručilac može, ali i ne mora isključiti ponuđača ako kod njega postoji koja od fakultativnih osnova za isključenje te naručilac procjenjuje utiču li fakultativne osnove za isključenje na njegovu pouzdanost i povjerenje prema privrednom subjektu te na osnovu procjene donosi odluku.

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

Jedna od ključnih razlika između obaveznih i fakultativnih osnova za isključenje su odredbe o dokazima kojima se utvrđuju obavezne odnosno fakultativne osnove za isključenje. Kod obaveznih osnova isključenje propisana su taksativno navedena dokazna sredstva, dok kod fakultativnih osnova za isključenje dokazna sredstva nisu propisana na taksativno određeni način te se razlikuju za pojedine fakultativne osnove za isključenje.

Ključne razlike obaveznih i fakultativnih osnova za isključenje:

Obavezne osnove za isključenje	Fakultativne osnove za isključenje
Naručilac mora odbaciti zahtjev za učešće ili ponudu ako se utvrdi postojanje osnove za isključenje	Naručilac može, ali ne mora isključiti kandidata / ponuđača, ako se utvrdi postojanje osnove za isključenje
Propisane su kao zakonska obaveza	Primjena zavisi o procjeni naručioca
Kažnjavanost Stečaj i slične okolnosti Postojanje duga na osnovu poreskih i socijalnih davanja	Zabranjeni sporazum Teški profesionalni propust Značajni nedostaci u izvršenju ugovora Lažno prikazivanje činjenica Sukob interesa
Taksativno definisana dokazna sredstva da ne postoji osnova za isključenje	Nisu definisana 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 privrednog subjekta, ako postoji osnova za isključenje
Postojanje osnove za isključenje obavezuje sve naručioce	Postojanje fakultativne osnove za isključenje obavezuje samo naručioca koji je donio odluku
Ne postoji mogućnost preduzimanja mjera samokorekcije („self-cleaning“)	Postoji mogućnost preduzimanja mjera samokorekcije („self-cleaning“)
Nije propisano period za odbacivanje zahtjev za učešće ili ponudu	Propisano je period od 12 mjeseci za isključenje

Obavezne osnove za isključenje	Fakultativne osnove za isključenje
Ako ugovorni organ ima sumnje o postojanju okolnosti, može se obratiti nadležnim organima u cilju pribavljanja potrebnih informacija	Ako ugovorni organ ima sumnje o postojanju okolnosti, nije propisano da se može obratiti nadležnim organima u cilju pribavljanja potrebnih informacija

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

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

6.1. Mjere samokorekcije („self-cleaning“ mjere) u skladu sa odredbama Direktive o javnoj nabavci

Direktiva o javnoj nabavci propisuje da bi privrednim subjektima trebalo dozvoliti da preduzimaju mjere samokorekcije koje su usmjerene na ispravljanje svojih protivpravnih postupanja kojima se efikasno sprečava buduće neprimjereno ponašanje.

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

Privredni subjekti bi trebali imati mogućnost zatražiti preispitivanje preduzetih mjera samokorekcije u svrhu mogućeg uključivanja u postupke javne nabavke, 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 naručiocima izvršavanje relevantnih procjena ili provjeriti taj zadatak drugim organima na centralnom ili decentralizovanom nivou.

Direktiva o javnoj nabavci propisuje da svaki privredni subjekt kod kojeg je ostvarena obavezna osnova za isključenje koja se odnosi na presude za kažnjiva djela ili fakultativna osnova za isključenje, može pružiti dokaze kako bi dokazao da su preduzete mjere samokorekcije dovoljne da pokažu njegovu pouzdanost, bez obzira na postojanje osnove za isključenje. Mjere se odnose na plaćanje naknade štete prouzrokovane kažnjivim djelom ili propustom, tehničke i organizacione mjere te mjere za osoblje primjerene za sprečavanje daljih protivpravnih postupanja. Mjere samokorekcije koje se preduzmu, ocjenjuju se uzimajući u obzir težinu i posebne okolnosti protivpravnog postupanja.

Nadalje, ako se smatra da su mjere samokorekcije i dokazi dovoljni da čine taj privredni subjekt pouzdanim partnerom, privredni subjekt neće biti isključen iz postupka nabavke. Ako se smatra da mjere samokorekcije nisu dovoljne, privredni subjekt mora biti obaviješten o razlozima isključenja i iz kojeg razloga mjere samokorekcije nisu dovoljne. U nacionalnom pravu treba predvidjeti maksimalno trajanje isključenja.

Privredni subjekt koji je pravosnažnom presudom isključen iz učešća u postupku nabavke nema pravo korištenja takve mogućnosti tokom perioda isključenja koji proizlazi iz takve presude u državi članici u kojoj je presuda na snazi.

6.2. Mjere samokorekcije („self-cleaning“ mjere) u skladu sa odredbama Zakona

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

Preduzimanje mjera samokorekcije nije moguće kod ostvarenja obavezne osnove za isključenje na način kako je to propisano Direktivom o javnoj nabavci.

Preduzimanje mjera iz ovog stava kandidat /ponuđač dokazuje:

- a) **plaćanjem naknade štete** ili preduzimanjem drugih odgovarajućih mjera u cilju plaćanja naknade štete prouzrokovane krivičnim djelom ili propustom;
- b) **aktivnom saradnjom s nadležnim istražnim organima** radi potpunog razjašnjenja činjenica i okolnosti u vezi s krivičnim djelom ili propustom;
- c) **odgovarajućim tehničkim, organizacionim i kadrovskim mjerama** radi sprečavanja daljih krivičnih djela ili propusta.

Mjere koje je preduzeo kandidat / ponuđač ocjenjuju se uzimajući u obzir težinu i posebne okolnosti djela ili propusta te je obavezno obrazložiti razloge za prihvatanje ili neprihvatanje mjera. Ugovorni organ neće isključiti kandidata / ponuđača iz postupka javne nabavke ako je ocijenjeno da su preduzete mjere primjerene.

Kandidat / ponuđač kojem je pravosnažnom presudom određena zabrana učešća u postupcima javne nabavke na određeno vrijeme nema pravo korištenja mogućnosti dokazivanja pouzdanosti putem preduzetim mjerama samokorekcije, do isteka roka zabrane u državi u kojoj je presuda na snazi.

Period isključenja propisan je u trajanju od 12 mjeseci i računa se od dana donošenja odluke o isključenju nadležnog organa, odnosno ugovornog organa koji je donio odluku.

6.3. Načelo proporcionalnosti

Primjena **načela proporcionalnosti** izrazito je naglašena kod primjene fakultativnih osnova za isključenje. Uvodna izjava Direktive o javnoj nabavci propisuje da ugovorni organi trebaju posebnu pažnju posvetiti načelu proporcionalnosti odnosno da bi samo manje nepravilnosti trebale u izuzetnim okolnostima dovesti do isključenja kandidata / ponuđača, dok ponovljeni slučajevi manjih nepravilnosti mogu dati povod sumnji u pouzdanost privrednog subjekta koja može opravdati njegovo isključenje.

Načelo proporcionalnosti sprečava automatsko isključivanje ponuđača i zahtijeva individualnu, objektivnu i obrazloženu procjenu njihove pouzdanosti. Ono naglašava da svrha isključenja nije kažnjavanje za prošle povrede, nego zaštita legitimnog interesa ugovornog organa da ugovor dodijeli kandidatu / ponuđaču, koji pruža dovoljna garancije integriteta i pouzdanosti za buduće izvršenje ugovora.⁸

Načelo proporcionalnosti sprečava automatsko isključenje i zahtijeva da ugovorni organ ocijeni i donese odluku o isključenju ili prihvatanju, uzimajući i ocjenjujući u obzir sljedeće okolnosti:

1. Ugovorni organ mora ocijeniti specifične okolnosti slučaja,
2. Ugovorni organ mora utvrditi težinu povrede,
3. Ugovorni organ mora procijeniti koliko je povreda relevantna za predmetni ugovor,
4. Ugovorni organ mora razmotriti ponašanje privrednog subjekta nakon povrede,
5. Ugovorni organ mora uzeti u obzir preduzete mjere samokorekcije,

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

6. Ugovorni organ mora ocijeniti jesu li preduzete mjere samokorekcije primjerene u odnosu na učinjenu povredu,
7. Ugovorni organ mora procijeniti je li isključenje zaista nužno radi zaštite integriteta postupka nabavke.

Na osnovu ocjene između utvrđene fakultativne osnove za isključenje i preduzetih mjera samokorekcije, a koja ocjena je provedena na osnovu načela proporcionalnosti, ugovorni organ donosi odluku o isključenju kandidata / ponuđača ili njegovu prihvatanju. Odluka ugovornog organa mora biti obrazložena s razlozima za isključenje ili prihvatanje, kako bi zainteresovane 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 / ponuđač može dostaviti ugovornom organu dokaze o mjerama samokorekcije koje je preduzeo kako bi dokazao svoju pouzdanost, bez obzira na postojanje relevantne osnove za isključenje.

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

Iz prakse Suda EU proizlazi da je ostavljena mogućnost privrednim subjektima da dostave dokaze o preduzetim mjerama samokorekcije i na njihovu inicijativu i na inicijativu naručioca, isto kao što se to može učiniti prilikom podnošenja zahtjeva za učešće ili ponude, kao i u kasnijoj fazi postupka. Obaveza samoinicijativne dostave dokaza mjera samokorekcije može biti primjenjiva samo ako je takva obaveza predviđena na jasan, precizan i nedvosmislen način u primjenjivim nacionalnim propisima i ako je stavljena na znanje navedenom privrednom subjektu putem dokumentacije o nabavci.¹⁰ Zakon ne propisuje takvu obavezu, što znači da kandidat / ponuđač može na vlastitu inicijativu ili po pozivu ugovornog organa dostaviti dokaze o preduzetim mjerama samokorekcije.

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

Ocjena pouzdanosti i integriteta kandidata / ponuđača je diskrecijska ovlaštenje ugovornog organa i zasniva se na odgovorima na sljedeća pitanja:

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

Ako ugovorni organ utvrdi da postoji fakultativna osnova za isključenje, ugovorni organ je dužan pozvati kandidata / ponuđača da dostavi dokaze o preduzetim mjerama samokorekcije, kojima će dokazati svoju pouzdanost.

Dokazi kojima kandidat / ponuđač dokazuje svoju pouzdanost odnose se na dokaze o plaćanju naknade štete nastale zbog nepravilnosti, aktivnu saradnju s nadležnim organima, te uvođenje

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

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

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

odgovarajućih preventivnih mjera (tehničkih, organizacionih i kadrovskih), kao što su: uvođenje etičkog kodeksa, sistem interne kontrole, smjena odgovornih osoba, edukacija zaposlenika, provođenje nezavisnih nadzora i revizija te slično.

Dokazi koji predstavljaju mjere samokorekcije:

1. Plaćanje naknade štete,
2. Aktivna saradnja s nadležnim organima u provođenju istrage o postojanju osnove za isključenje (zapisnici, odluke i slično),
3. Tehničke, organizacione i kadrovske mjere (opoziv i smjena osoblja)
4. Reorganizacija privrednog subjekta (odluka o reorganizaciji),
5. Uvođenje etičkog kodeksa (etički kodeks),
6. Uvođenje sistema interne kontrole (certifikati, odluke, pravilnici),
7. Provođenje edukacije zaposlenika (potvrde o održanim edukacijama),
8. Provođenje nezavisnih nadzora i revizija (izvještaji i slično).

Mjere samokorekcije koje je preduzeo kandidat / ponuđač ocjenjuju se uzimajući u obzir težinu i posebne okolnosti djela ili propusta te je ugovorni organ dužan obrazložiti razloge za prihvatanje ili neprihvatanje mjera. Ugovorni organ neće isključiti kandidata / ponuđača iz postupka javne nabavke ako je ocijenjeno da su preduzete mjere primjerene i dovoljne.

Ugovorni organ mora utvrditi jesu li dokazi takve prirode da čine tog kandidata / ponuđača pouzdanim partnerom za dodjelu ugovora odnosno da ocijeni i uvjeri se u njegov integritet i pouzdanost. Ugovorni organ donosi ocjenu primjenom načela proporcionalnosti koje sprečava automatsko isključenje i zahtijeva da se u tačno određenom slučaju individualiziranim pristupom ocijeni postupanje kandidata / ponuđača, kako bi se donijela ocjena o pouzdanosti i integriteta na osnovu svih relevantnih elemenata.

Ugovorni organ ocjenjuje mjere samokorekcije prema sljedećim kriterijima:

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

Na osnovu ocjene između počinjenog djela i preduzetih mjera samokorekcije, a koja ocjena je provedena na osnovu načela proporcionalnosti, ugovorni organ donosi odluku o isključenju kandidata / ponuđača ili njegovu prihvatanju. Odluka ugovornog organa mora biti obrazložena s opisanim razlozima za isključenje ili prihvatanje, kako bi zainteresovane strane mogle zaštititi svoja prava i koristiti pravne lijekove.¹²

Ugovorni organ može ne prihvatiti mjere odnosno ocijeniti da mjere nisu prikladne ako mjere nisu konkretne, nisu provedene, nisu proporcionalne odnosno ako su samo deklaratorne.

Tok postupanja ugovornog organa:

1. Sumnja na postojanje fakultativne osnove za isključenje,
2. Utvrđivanje postojanja fakultativne osnove za isključenje,
3. U slučaju utvrđenja postojanja fakultativne osnove za isključenje, ugovorni organ je dužan pozvati kandidata / ponuđača da dostavi dokaze o preduzetim mjerama samokorekcije,

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

4. Ocjena ugovornog organa o preduzetim mjerama samokorekcije u odnosu na počinjenje povrede, uzimajući u obzir načelo proporcionalnosti,
5. Donošenje odluke o isključenju kandidata / ponuđača ili donošenje odluke o njegovom prihvatanju,
6. Odluka mora biti obrazložena.

6.5. Period isključenja kod fakultativnih osnova za isključenje

Zakon je propisao mogućnost preduzimanja mjera samokorekcije u skladu s odredbama Direktive o javnoj nabavci, koje se odnose na mogućnost da kandidat / ponuđač dokazuje svoju pouzdanost preduzimanjem mjera samokorekcije, vrstu mjera samokorekcije te period isključenja.

Direktiva o javnoj nabavci propisuje da bi u nacionalnom pravu trebalo predvidjeti maksimalno trajanje isključenja. U tom smislu, Zakon propisuje da ugovorni organ može isključiti kandidata / ponuđača na period od 12 mjeseci, koji se računa od dana donošenja odluke o isključenju nadležnog organa. Naime, zakonska odredba glasi: „*Rok od 12 mjeseci računa se od dana donošenja odluke nadležnog organa iz stava (5) ovog člana zakona.*“, te bi se iz navedene odredbe moglo zaključiti da se nadležni organ odnosi na ugovorni organ.

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

U skladu sa članom 45. stavom (6), rok od 12 mjeseci računa se od dana donošenja odluke nadležnog organa iz stava (5). Kao nadležni organi mogu se smatrati sudovi, Konkurencijsko vijeće Bosne i Hercegovine ili drugi organi koji su ovlašteni donositi odluke relevantne za pojedinu osnovu za isključenje.

U skladu sa praksom Suda EU, za ponuđača kojemu je utvrđeno postojanja profesionalnog propusta na način da je nadležni organ za zaštitu tržišne konkurencije države poslovnog nastana ponuđača donijela odluku o postojanju zabranjenih sporazuma odnosno narušavanja tržišne konkurencije, datum donošenja te odluke predstavlja navedeni događaj.¹³

U tom smislu, ako drugo nadležni organ donese odluku o počinjenoj povredi, na primjer odluku o utvrđenom zabranjenom sporazumu, ili ugovorni organ 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.

Na primjer, kandidatu / ponuđaču je utvrđen zabranjeni sporazum i izrečena kazna odlukom nadležnog organa za zaštitu tržišne konkurencije države poslovnog nastana privrednog subjekta. Datum odluke nadležnog organa za zaštitu tržišne konkurencije države poslovnog nastana privrednog subjekta, će biti relevantna za računanje perioda isključenja, te će se period isključenja računati od dana donošenja te odluke kojom je utvrđen zabranjeni sporazum i izrečena kazna.

U duhu prakse Suda EU, u slučaju da ugovorni organ isključi kandidata / ponuđača zbog fakultativne osnove za isključenje zbog značajnih nedostataka tokom provođenja prethodnog javnog ugovora ili prethodnog ugovora sa sektorskim ugovornim organom, čija je posljedica bila prijevremeni raskid tog prethodnog ugovora, naknada štete ili druga slična sankcija, tek trenutak donošenja odluke o isključenju ugovornog organa koji provodi postupak javne nabavke, predstavlja trenutak kada je nastala fakultativna osnova za isključenje i od kada se računa period isključenja, a ne trenutak nastupa raskida prethodnog ugovora.

U slučaju da ugovorni organ isključi kandidata / ponuđača zbog fakultativne osnove za isključenje počinjene u samom postupku javne nabavke, na primjer zbog lažnog prikazivanja činjenice pri

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

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 organa predstavlja trenutak kada je nastala fakultativna osnova za isključenje i računanje perioda isključenja teče od tog trenutka.

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

Odredbu koja se odnosi na period isključenja od 12 mjeseci i postupanje ugovornog organa i privrednog subjekta u tom periodu, potrebno je razraditi detaljnije. Naime, u tom periodu, ugovorni organ isključuje privredni subjekt iz postupka javne nabavke, ali prema praksi Suda EU, ne postoji mogućnost automatskog isključenja, već se privrednom subjektu mora omogućiti dostavljanje obrazloženja i dokaza o preduzetim mjerama samokorekcije, kako bi privredni subjekt dokazao svoju pouzdanost kao budući ugovorni partner. Odredba o automatskom isključenju protivna je odredbama o mogućnosti preduzimanja mjera samokorekcije i načelu proporcionalnosti.¹⁴

Ugovorni organ može isključiti kandidata / ponuđača iz postupka javne nabavke i odrediti mu period isključenja u trajanju 12 mjeseci. Iz navedene odredbe proizlazi da ugovorni organ, ako utvrdi postojanje fakultativne osnove za isključenje kandidata / ponuđača, preispituje okolnosti slučaja i potencijalno donosi odluku o isključenju u kojoj će navesti da se taj kandidat / ponuđač isključuje iz postupka javne nabavke i iz učešća u postupcima javne nabavke ugovornog organa u trajanju od 12 mjeseci.

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

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

Odgovor: U konkretnoj situaciji ugovorni organ je dužan odgovoriti na zahtjev za pojašnjenje tenderske dokumentacije, budući da u datom momentu još nije došlo do analize i ocjene ponuda koji će uslijediti kasnije.

Izvod iz Mišljenja: Ukoliko neki privredni subjekt preuzme tendersku dokumentaciju i postavi zahtjev za pojašnjenje tenderske dokumentacije (što ne znači da će predati ponudu), ugovorni organ je dužan dati odgovor s pojašnjenjem. Ukoliko pak taj ponuđač u daljem postupku ipak dostavi ponudu, ugovorni organ ga dakle isključuje u smislu člana 45. stav 5. Zakona, ali i ostalih uslova iz tenderske dokumentacije, u fazi pregleda i ocjene ponuda.

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

Ako je kandidat / ponuđač isključen iz postupka javne nabavke i određeno mu je isključenje iz postupka javne nabavke u periodu od 12 mjeseci od dana donošenja odluke ugovornog organa, postavlja se pitanje: „Što ako kandidat / ponuđač 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, period od 12 mjeseci se računa od dana donošenje odluke ugovornog organa, nezavisno u kojem trenutku je URŽ donio odluku. Ako URŽ poništi odluku o isključenju, tada ugovorni organ ponovno odlučuje o isključenju, te zavisno o ponovljenoj odluci, računa se period od 12 mjeseci od odluke o isključenju.

¹⁴ Sud EU, presuda od 30. januara 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

Zakon propisuje mogućnost isključenja kandidata / ponuđača u trajanju od 12 mjeseci računavši od dana donošenja odluke ugovornog organa. Nakon isteka tog perioda, za kandidata / ponuđača ne vrijedi zabrana isključenja, te se prema njemu postupa na način kao da fakultativna osnova za isključenje ne postoji. Iz tog razloga, ključno je predvidjeti da i u periodu od 12 mjeseci u kojem traje posljedica fakultativne osnove za isključenje, kandidat / ponuđač može ugovornom organu dokazati mjerama samokorekcije svoju pouzdanost.

6.6. Popis ponuđača koji su isključeni iz postupka javne nabavke

Na osnovu utvrđenih fakultativnih osnova za isključenje, ugovorni organ je ovlašten sastaviti popis privrednih subjekata koji se isključuju iz postupka javne nabavke. Popis je ugovorni organ ovlašten sastaviti samo na osnovu donesenih svojih odluka o isključenju.

Na primjer, ugovorni organ je sastavio i javno objavio popis nepodobnih ponuđača¹⁵ u kojem je naveo: naziv ponuđača, datum stavljanja na listu, period trajanja isključenja odnosno zabrane učešća u postupcima javne nabavke, datum isteka perioda zabrane učešća u postupcima javne nabavke, član u skladu s kojim je ponuđač stavljen na listu, nadležna jedinica koja provodi postupak javne nabavke i razlog stavljanja na listu nepodobnih ponuđača.

Ugovorni organ je na popis nepodobnih ponuđača naveo ponuđača koji se bavi određenom djelatnošću. U postupku javne nabavke za tu djelatnost odnosno za predmet nabavke kojim se bavi taj ponuđač, ugovorni organ je u pozivu za dostavu ponuda naveo¹⁶ da se taj ponuđač isključuje iz postupka javne nabavke na osnovu člana 45. stava 5. tačke b) i d) Zakona odnosno zbog: teškog profesionalnog propusta kojim se dovodi u pitanje integritet tog ponuđača i zbog lažnog prikazivanja činjenica pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru kvalifikacijskih i/ili kriterija za dodjelu ugovora. Taj ponuđač je dostavio ponudu u postupku javne nabavke. Ugovorni organ je donio odluku o odabiru drugog ponuđača koji je dostavio ponudu u tom postupku javne nabavke te je donio odluku o isključenju tog ponuđača iz postupka javne nabavke¹⁷.

Primjer iz prakse Suda EU:

Ugovorni organ je dodijelio ugovor zajednici ponuđača sastavljenom od pet članova. U međuvremenu, nad jednim članom zajednice ponuđača je otvoren stečajni postupak. Ugovorni organ je obavijestio preostale članove zajednice ponuđača da raskida sporni ugovor zbog bitne povrede obaveze počinjene time što je gradilište bilo napušteno i ostavljeno bez nadzora, što nije dostavljeno novo garancija, 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 zahtijevali da se nezakonitim proglase raskid spornog ugovora, koji je proveo ugovorni organ, i njihovo uvrštavanje na popis nepouzdatih dobavljača, koji se nalazi na centralnom portalu za javnu nabavku. Tužba, kao i žalba protiv odluke o tužbi, odbijene su te je Organ nadležan za javne nabavke uvrstilo članove zajednice ponuđača na popis nepouzdatih dobavljača.

Članovi zajednice ponuđača su podnijela tužbu protiv njihova uvrštavanja na popis nepouzdatih dobavljača nadležnom sudu. Nadležni sud je postavio pitanje Sudu EU: „Čini li odluka javnog naručioca da određeni privredni subjekt uvrsti na popis nepouzdatih dobavljača i time na određeno period ograniči njegovu mogućnost učešća u budućim postupcima javne nabavke – zbog toga što je taj privredni subjekt ozbiljno povrijedio ugovor sklopljen s tim javnim naručiocem – akt koji je moguće pobijati?“

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

¹⁶ Obavijest o javnoj nabavci 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 organa 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

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

Ono što je ključno naglasiti, da bi se kandidat / ponuđač stavio na listu nepouzdatih ponuđača, mora mu se omogućiti zaštita njegova prava pred sudom, ali i ne bi smjelo dolaziti do automatskog isključenja takvih ponuđača, budući da iz prakse Suda Eu proizlazi da nema mogućnosti automatskog isključenja iz postupaka javne nabavke¹⁹, jer se ponuđaču mora omogućiti da dostavi dokaze o preduzetim mjerama samokorekcije kako bi dokazao svoju pouzdanost.

7. ODLUKA O ISKLJUČENJU ILI PRIHVATANJU PONUĐAČA

Članom 70. Zakona je propisano da ugovorni organ donosi odluku o izboru najpovoljnijeg ponuđača te je propisan sadržaj odluke, ali u sadržaju odluke nije propisano da sadrži podatke o isključenju ponuđača. Također, Zakon ne propisuje posebnu formu odluke o isključenju, ali je u skladu sa članom 65. Zakona propisano da je ugovorni organ dužan izraditi zapisnik o ocjeni ponuda, u kojem navodi razloge odabira i odbijanja ponuda. Također, u navedenom članu nije propisano da zapisnik o ocjeni ponuda sadrži podatke o isključenju ponuđača.

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 preduzeo kandidat / ponuđač vrši ugovorni organ, te u svakom konkretnom slučaju, donosi odluku o isključenju u kojoj će obrazložiti razloge za neprihvatanje mjera ili ukoliko smatra da su preduzete mjere primjerene, takvog kandidata / ponuđača neće isključiti iz postupka javne nabavke.

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 člana 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 / ponuđača ili prihvatanju ponuđača, ako su preduzete mjere samokorekcije primjerene, mora biti obrazložena odnosno mora sadržavati ocjenu mjera samokorekcije te razloge isključenja ili prihvatanja. Iz mišljenja Agencije, zapisnik o ocjeni ponuda mora sadržavati navod o kandidatu / ponuđaču koji se odbija te razloge odbijanja, ali se ne navodi da mora sadržavati navod o kandidatu / ponuđaču koji se isključuje i razloge isključenja. Navedeno predstavlja svakako preporuku za propisivanje dodatnog sadržaja odluke o izboru najpovoljnijeg ponuđača i zapisnika o ocjeni ponuda.

Iz prakse Suda EU proizlazi da odluka ugovornog organa mora biti obrazložena s razlozima za isključenje ili prihvatanje, kako bi zainteresovane strane mogle zaštititi svoja prava i koristiti pravne lijekove.²⁰ Iako nije propisan sadržaj odluke o isključenju, nužno je da kandidat / ponuđač bude obaviješten o isključenju i razlozima isključenja, kako bi mogao ostvariti pravo na pravnu zaštitu.

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

¹⁹ Sud EU, presuda od 30. januara 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. decembra 2023., Infraestruturas de Portugal i Futrifer Indústrias Ferroviárias, C-66/22, ECLI:EU:C:2023:1016

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

Stoga smo mišljenja da ugovorni organ može isključiti ponuđača u novom postupku nabavke, iz razloga što je raskinuo prethodno zaključen ugovor. U tom slučaju ponuđač koji je isključen iz novog postupka nabavke, iz razloga navedenih u članu 45. stavu 5. Zakona, ima pravo izjaviti žalbu Uredu za razmatranje žalbi.

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

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

Primjer odluke o isključenju:

Ponuđač se isključuje iz postupka javne nabavke, jer je kod ponuđača ostvarena osnova za isključenje iz člana 45. stava 5. tačke a) Zakona, iz razloga kako slijedi. Odlukom nadležnog organa za zaštitu tržišne konkurencije broj _____ od dana _____ godine, utvrđeno da je ponuđač učestvovao u zabranjenim sporazumima kojima se narušava tržišna konkurencija.

S obzirom da je članom 45. stavom 5. tačkom a) Zakona propisano da ugovorni organ može isključiti iz učešća u postupku nabavke kandidata / ponuđača, ako ima dokaz da je kandidat / ponuđač sklopio sporazum s drugim kandidatom / ponuđačem kojem je cilj narušavanje tržišne konkurencije, to je ugovorni organ utvrdio da je kod ponuđača ostvarena osnova za isključenje iz člana 45. stava 5. tačke a) Zakona.

Ponuđač je pozvan da dostavi dokaze o preduzetim mjerama samokorekcije, kako bi dokazao svoju pouzdanost. Ugovorni organ ocjenjuje da preduzete mjere samokorekcije nisu primjerene. Naime, iz predmetne Odluke nadležnog organa za zaštitu tržišne konkurencije, proizlazi da je ponuđač sarađivao s nadležnim organom radi rješavanja sporova, ali tek povodom već svog utvrđenog protivpravnog ponašanja. Isto tako, Ponuđač navodi da je proveo mjere restrukturiranja tek nakon utvrđenja činjenica u ovom postupku javne nabavke.

Dakle, ponuđač nije našao svrsishodnim preduzeti mjere restrukturiranja neposredno nakon utvrđenja povreda prava tržišne konkurencije kako bi spriječio dalje protivpravno postupanje organa upravljanja društva. Ugovorni organ ocjenjuje da preduzete mjere restrukturiranja, kao mjera samokorekcije, nije relevantna za odlučivanje u ovom postupku javne nabavke, jer su iste preduzete tokom ovog postupka javne nabavke te ne dokazuju ugovornom organu ozbiljnost u postupanju ponuđača kojim bi pokazao da je imao namjeru otkloniti eventualna buduća postupanja protivna pravu tržišne konkurencije.

Članom 4. Zakona o konkurenciji su propisani zabranjeni sporazumi koje predstavljaju najteže oblike narušavanja tržišne konkurencije. Iz predmetne odluke nadležnog organa za zaštitu tržišne konkurencije je jasno da je ponuđač učestvovao u zabranjenom sporazumu te je kažnjen za takvo protivpravno postupanje. Postojanje predmetne odluke predstavlja dokaz u smislu člana 45. stava 5. tačke a) Zakona.

S obzirom na navedeno, uzimajući u obzir da postoji dokaz o zabranjenom sporazumu, da mjere samokorekcije koje je preduzeo ponuđač nisu primjerene da bi dokazale pouzdanost ponuđača,

to se ponuđač isključuje iz postupka javne nabavke, na osnovu člana 45. stava 5. tačke a) Zakona.

Primjer odluke o prihvatanju kandidata / ponuđača:

Ponuđač je kažnjen odlukom nadležnog organa za zaštitu tržišne konkurencije za povrede tržišne konkurencije, te mu postojanje navedene odluke predstavlja odgovarajuće sredstvo za dokazivanje osnove za isključenje zbog postojanja zabranjenog sporazuma. U slučaju da odluka ne postoji, ne može se niti utvrditi postojanje zabranjenog sporazuma zbog narušavanja tržišne konkurencije.

U postupku javne nabavke, naručilac je pozvao ponuđača da dostavi obrazloženje preduzetih mjera samokorekcije i dokaze o preduzetim mjerama samokorekcije.

Ponuđač je dostavio obrazloženje u kojem navodi:

- da je usvojen i implementiran Sistem upravljanja poslovnom usklađenošću,
- da je izvršio organizacione i kadrovske promjene, odnosno da je sankcionisao i opozvao osobe koje su bile obuhvaćene istragom nadležnog organa za zaštitu tržišne konkurencije,
- da je usko sarađivao s upravnim organima,
- da je platio umanjenju 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 sistema upravljanja usklađenošću u smislu održavanja trajnog dijaloga s menadžerima.

U prilog navedenom obrazloženju, ponuđač je dostavio:

- Odluku nadležnog organa za zaštitu tržišne konkurencije iz koje je vidljivo da je ponuđač sarađivao s nadležnim organom („izuzetno opsežna saradnja privrednog subjekta“) te kojim mu je utvrđena umanjena novčana kazna,
- Dokaz o uvedenom Sistemu upravljanja poslovnom usklađenošću (Certifikat ISO 37001:2016-10-15 Sistemi upravljanja za suzbijanje podmićivanja - zahtjevi i smjernice, i Certifikat ISO 37301:2021-04-12 Sistemi upravljanja usklađenošću - zahtjevi i smjernice za primjenu)
- Dokaz o izvršenim organizacionim i kadrovskim promjenama, odnosno dokaz o sankcionisanju i opozivu osoba obuhvaćenih istragom koje su bile obuhvaćene istragom nadležnog organa za zaštitu tržišne konkurencije,
- Dokaz o uplati umanjene novčane kazne,
- Certifikate kojima nezavisna tijela ocjenjuju i potvrđuju efikasnost sistema upravljanja,

Na osnovu dostavljenog obrazloženja i dokaza ponuđača, ugovorni organ je, na osnovu načela proporcionalnosti, ocijenio da je ponuđač 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 TRŽIŠNE KONKURENCIJE

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/>

8.1. Zabranjeni sporazumi i tržišna konkurencija

Zabranjeni sporazum u postupku javne nabavke podrazumijeva sporazum kojem je cilj narušavanje tržišne konkurencije. Zabranjeni sporazumi u javnoj nabavci smatraju se glavnim faktorom rizika za efikasnu javnu potrošnju, i predstavljaju najteži oblik povrede tržišne konkurencije.

Zakon o konkurenciji²² u članu 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 daljem tekstu: sporazumi) koji za cilj i posljedicu imaju sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišne konkurencije na relevantnom tržištu, a koji se odnose na: a) direktno ili indirektno utvrđivanje kupovnih i prodajnih cijena ili bilo kojih drugih trgovinskih uslova; b) ograničavanje i kontrolu proizvodnje, tržišta, tehničkog razvoja ili ulaganja; c) podjelu tržišta ili izvora opskrbe; d) primjenu različitih uslova za istovjetne transakcije s drugim privrednim subjektima, dovodeći ih u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju; e) zaključivanje takvih sporazuma kojima se druga strana uslovljava 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 definisanja zabranjenog sporazuma, Zakon o konkurenciji je usklađen s evropskim zakonodavstvom i to članom 101. Ugovora o funkcioniranju EU kojim su propisani zabranjeni sporazumi kojima se narušava tržišna konkurencija²³.

Fakultativna osnova za isključenje postojanja sporazuma kojem je cilj narušavanje tržišne konkurencije upućuje na protutržišne sporazume koje sklapaju privredni subjekti između sebe i ne može biti ograničena samo na sporazume između privrednih subjekata, kako je to propisano članom 101. Ugovora o funkcioniranju EU odnosno Zakonom o konkurenciji, već ima šire značenje.²⁴

Prilikom provođenja postupka javne nabavke, ugovorni organi i ponuđači moraju poštovati zakonske i podzakonske odredbe u svom postupanju, ali se moraju i rukovoditi postavljenim ciljevima javne nabavke. Može se zaključiti da ostvarenje navedenih ciljeva počiva na poštenoj tržišnoj konkurenciji svih privrednih subjekata zainteresovanih za učešće u postupcima javne nabavke, jer bez poštene tržišne konkurencije, ne ostvaruje se niti jedan od ciljeva javne nabavke. Upravo je osnovna misao vodilja pri provođenju javne nabavke pojednostavljenje, profesionalizacija, ubrzanje i fleksibilizacija postupaka, te ostvarenje većeg stepena otvorenosti tržišne konkurencije i otvorenosti malom i srednjem preduzetništvu, uz poštivanje načela transparentnosti, jednakog tretmana, zabrane diskriminacije.

Načelo tržišne konkurencije je jedno od temeljnih načela javne nabavke koje se ostvaruje poštivanjem načela nediskriminacije, jednakog tretmana i transparentnosti. Odredbe o zaštiti prava tržišne konkurencije se odnose i na odabir vrste postupka, opisa predmeta nabavke i njegove podjele na grupe, propisivanja tehničkih specifikacija, oznaka i marki, uslovima sposobnosti, kriterija za odabir ponude, te uslovima za izvršenje ugovora. Ugovorni organ je dužan pravilno pripremiti postupak na način da se ne pogoduje pojedinom ponuđaču, prepoznati sumnjive okolnosti, izvršiti provjeru vjerodostojnih informacija, obrazložiti sve činjenice i dokaze na kojima temelji svoju odluku, a sve poštujući načela javne nabavke.

Usko povezano područje s tržišnom konkurencijom odnosno s njegovim narušavanjem, su i sama koruptivna i prevarna djelovanja. Samim time se još više doprinosi nepovjerenju javnosti u sistem državne uprave i ugovorni organi koji su obaveznici provođenja postupaka javne nabavke. Stoga, cilj

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

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

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

je suzbiti ili smanjiti na što manju mjeru mogućnost korupcije i prevare. Korupcija i prevara se može javiti kod obje strane budućeg ugovora o javnoj nabavci. Na strani ugovornog organa se manifestuje u **pogodovanju ponuđaču** kroz propisivanje uslova postupka, dok se na strani ponuđača ona manifestuje u sklapanju **zabranjenih sporazuma (kartel)** između ponuđača. Oba ova oblika djelovanja predstavljaju narušavanje tržišne konkurencije u javnoj nabavci.

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

8.2. Sporazumi ponuđača u postupku javne nabavke – EU

Direktiva o javnoj nabavci propisuje: *naručioci mogu isključiti iz učešća u postupku nabavke bilo koji privredni subjekt ako javni naručilac ima dovoljno vjerodostojnih pokazatelja da je privredni subjekt sklopio sporazum s drugim privrednim subjektima kojima je cilj narušavanje tržišne konkurencije*. U slučaju sumnje u postojanje jedne ili više od navedenih okolnosti, naručilac ima pravo utvrđivati postojanje zabranjenog sporazuma i isključiti ponuđače iz postupka javne nabavke.

Situacije koje ukazuju na zabranjeni sporazum u postupku javne nabavke:

- 1) Dva ponuđača unaprijed dogovore kojem će biti dodijeljen ugovor o javnoj nabavci i dogovore cijenu ponude;
 - 2) Jedan ponuđač podnese namjerno skuplju ponudu kako bi drugi ponuđač bio izabran;
 - 3) Ponuđači međusobno usklade cijene, na primjer podnošenjem neuobičajeno visokih cijena ponuda od cijena po kojima se inače nudi predmet nabavke ili su ponude s istim ili vrlo sličnim cijenama;
 - 4) Ponuđači podijele tržište po teritoriju ili naručiocima pa se međusobno ne konkurišu:
- 4.a) jedan ponuđač podnosi ponudu kod jednog naručioca, a drugi ponuđač podnosi ponudu kod drugog istovrsnog naručioca (naručioci iz istog sektora);
- 4.b) učešće neobjašnjivo malog broja ponuđača u postupku javne nabavke može upućivati na dogovor o podjeli tržišta, čija je svrha izbjegavanje međusobnog tržišne konkurencije na, na primjer, nekom zemljopisnom području;
- 5) Ponuđači dogovore povlačenje ponude jednog od njih kako bi drugi pobijedio;
 - 6) Ako u ponudi učestvuje više ponuđača nego što je to potrebno za izvršenje ugovora;
 - 7) Podudarnosti u ponudama: isti obrasci u ponudama, iste bankarske garancije, neuobičajeno kretanje cijena, te ostale sličnosti u ponudama

Da bi postojao „zabranjeni sporazum“ dovoljno je da su privredni subjekti izrazili zajedničku volju da se na tržištu ponašaju na određeni način odnosno da djeluju usklađeno. Usklađeno djelovanje odnosi se na oblik koordinacije između privrednih subjekata koji, iako nije doveo do stvaranja sporazuma u užem smislu, svjesno zamjenjuje rizike tržišne konkurencije praktičnom međusobnom saradnjom. Sporazumi o raspoređivanju klijenata, kao i sporazumi o cijenama, obuhvaćeni su kategorijom najtežih ograničenja tržišne konkurencije. Održavanje sastanaka između predstavnika preduzeća, na kojima su se razmatrali te povremeno zajedno pripremali tablični prikazi procjena budućih javnih

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

nabavki, njihovih cijena, očekivanih profitnih marži, podjele pojedinih ugovora, kao i dogovoreno učešće u navedenim postupcima javne nabavke, predstavljaju „zabranjeni sporazum“.²⁶

Iz evropskog zakonodavstva proizlazi da u slučaju postojanja dovoljno vjerovatnih pokazatelja, odnosno da su ponuđači postigli dogovor o podnošenju ponuda koji će rezultirati narušavanjem tržišne konkurencije, to ugovorni organ može takve ponude isključiti. Ugovorni organ ne mora raspolagati dokazom da je sklopljen zabranjeni sporazum, već je dovoljno da postoje vjerovatni pokazatelji – indicije, o sporazumu između ponuđača.

8.3. Sporazumi ponuđača u postupku javne nabavke – BiH

Zakon propisuje da *ugovorni organ može na period od 12 mjeseci isključiti iz učešća u postupku nabavke kandidata / ponuđača ako ima **dokaz** da je kandidat / ponuđač sklopio sporazum s drugim kandidatom / ponuđačem kojem je cilj narušavanje tržišne konkurencije.*

Ključna razlika između odredbi Direktive o javnoj nabavci i Zakona je da se na osnovu odredbi Direktive o javnoj nabavci, zabranjeni sporazum utvrđuje na osnovu **dovoljno vjerovatnih pokazatelja**, dok na osnovu Zakona, ugovorni organ mora raspolagati **dokazom** da je kandidat / ponuđač sklopio zabranjeni sporazum.

Naručilac ne smije zaključiti da postoji zabranjeni sporazum na osnovu nagađanja ili sumnje odnosno dovoljno vjerovatnih pokazatelja, kako je to propisano Direktivom o javnoj nabavci. Potreban je dokaz kojim se može utvrditi da je zabranjeni sporazum doista postojao.

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

Ako ugovorni organ ima dokaz da je kandidat ili ponuđač sklopio sporazum s drugim kandidatom ili ponuđačem čiji je cilj narušavanje tržišne konkurencije.

Primjer:

Ako Konkurencijsko vijeće utvrdi da su preduzeća A i B u postupku javne nabavke dogovorila cijene kako bi eliminisale konkurenciju, naručioci se mogu pozvati na član 45. stav 5. tačku a) i isključiti te privredne subjekte iz svojih postupaka na period propisan Zakonom.

Relevantan dokaz za utvrđivanje postojanja zabranjenog sporazuma može biti:

- 1) Odluka Konkurencijskog vijeća BiH,
- 2) Sudska odluka, ili
- 3) Odluka drugog nadležnog organa.

Primjer iz prakse:

Konkurencijsko vijeće je 03. 04. 2023. godine zaprimilo prijavu narušavanja konkurencije u postupku javne nabavke ugovornog organa Općine Breza pod nazivom: Sanacija dijela lokalne ceste Breza - Mahmutović Rijeka, dionica Bulbulušići - Grabovik, koji je objavljen na portalu javne nabavke 24. 02. 2023. godine, od strane privrednog subjekta čiji identitet je poznat Konkurencijskom vijeću protiv subjekata A, B i C, zbog osnovane sumnje da su zaključili zabranjeni sporazum iz člana 4. Zakona o konkurenciji.

U prijavi zabranjenog konkurencijskog djelovanja, Podnosilac prijave navodi da je ugovorni organ Općina Breza objavio postupak javne nabavke pod nazivom Sanacija dijela lokalne ceste Breza - Mahmutović Rijeka, dionica Bulbulušići - Grabovik, koji je objavljen na portalu javne nabavke 24. 02. 2023. godine. Podnosilac prijave je zaprimio zapisnik o otvaranju ponuda broj 02/1-2-11-512-5/23 od 17.03.2023. godine, a ugovorni organ je zakazao 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 ponuđači B i C uspjeli su da

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

promijene cijenu svojih ponuda čak šest puta i to tri puta ponuđač C i tri puta ponuđač B. Na ovaj način su uspjeli da cijene svojih ponuda smanje za veliki iznos, te je jedan ponuđač smanjio cijenu za 50,54% od početne cijene ponude, a drugi 42,29% od početne cijene ponude. Ponuđač B 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%. Ponuđač C 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 konkurencije se ogleda u činjenici da postoji dogovor između ponuđača "A, B i C, jer su ponuđači B i C u dogovoru sa ponuđačem A. Ponuđači B i C su namjerno snižavali cijenu svojih ponuda za maksimalne iznose kako bi na taj način pogodovali ponuđaču A. Dana 29.03.2023. godine

Podnosilac prijave je zaprimio Odluku o izboru najpovoljnijeg ponuđača kojom je kao najpovoljniji odabran ponuđač C, te u ovom podnesku od 30.03.2023. godine obavještava Konkurencijsko vijeće da taj ponuđač nema namjeru da zaključi ugovor sa Općinom Breza za ovaj postupak javne nabavke, da isti neće dostaviti dodatnu dokumentaciju iz člana 45. Zakona o javnim nabavkama BiH ili ako istu dostavi neće biti ispravna, te da će ugovorni organ morati da donese drugu Odluku o izboru najpovoljnijeg ponuđača kojim će kao najpovoljniji biti odabran B koji također nema namjeru zaključiti nikakav ugovor sa Općinom Breza niti će dostaviti dokumentaciju iz člana 45. Zakona o javnim nabavkama BiH ili ako istu dostavi ona neće biti ispravna i na taj način bit će odabran ponuđač A, zbog kojeg su ponuđači B i C snižavali cijene svojih ponuda. Sam Podnosilac prijave imao je ozbiljne namjere da učestvuje na e-aukciji, ali je bio spriječen jer su ponuđači B i C u rekordnom roku snizili cijene svojih ponuda do iznosa kojim ni jedan ponuđač ne bi mogao izvršiti predmet nabavke bez gubitka za svoju kompaniju. Podnosilac prijave kao učesnik postupka javne nabavke je bio spriječen da učestvuje u e-aukciji, jer su naprijed navedeni privredni subjekti u rekordnom roku i maksimalnom iznosu snizili svoje cijene tako da drugi ponuđači nakon završenog dogovorenog snižavanja cijene nisu imali nikakav motiv da snize cijenu svoje ponude. Također navodi da je ponuđač A koji će u ovom postupku dostaviti dokumente iz člana 45. Zakona o javnim nabavkama i zaključiti ugovor sa ugovornim tijelom.

Nakon provedenog postupka, Konkurencijsko vijeće je 7. 11. 2024. donijelo Rješenje kojim je utvrdilo da su privredni subjekti A, B i C, u postupku javne nabavke ugovornog organa Općine Breza broj 726-1-3-6-3-4/23 od 24. 02. 2023. godine, zajedničkim djelovanjem dogovorili i usaglasili poslovnu strategiju sa ciljem da utiču na ishod postupka javne nabavke, te su na taj način sklopili zabranjeni sporazum u smislu člana 4. stava (1) tačke b) i c) Zakona o konkurenciji, kojim su značajno ograničili i narušili tržišnu konkurenciju na relevantnom tržištu.

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

Ako postoji odluka nadležnog organa kojom je utvrđen zabranjeni sporazum, ugovorni organ može isključiti ponuđača na period od 12 mjeseci. Rok od 12 mjeseci teče od dana donošenja odluke nadležnog organa.

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

U skladu sa članom 45. stavom (6), rok od 12 mjeseci računa se od dana donošenja odluke nadležnog organa iz stava (5). Kao nadležni organi mogu se smatrati sudovi, Konkurencijsko vijeće Bosne i Hercegovine ili drugi organi koji su ovlašteni donositi odluke relevantne za pojedinu osnovu za isključenje.

U konkretnom slučaju, u kojem je Konkurencijsko vijeće donijelo Rješenje kojim je utvrdilo da su privredni subjekti sklopili zabranjeni sporazum, ugovorni organ je imao ovlaštenje isključiti navedene

privredne subjekte iz postupaka javne nabavke, u roku 12 mjeseci od donošenja odluke Konkurencijskog vijeća.

Zaključak:

Ugovorni organ nije ovlašten **samo utvrđivati** postojanje zabranjenog sporazuma.

Ugovorni organ **mora raspolagati dokazom** da su ponuđači sklopili zabranjeni sporazum.

Relevantan dokaz može biti **odluka Konkurencijskog vijeća, odluka suda ili drugog nadležnog organa**.

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

8.4. Učešće povezanih subjekata i mogućnost isključenja

Cilj javne nabavke je učešće što većeg broja ponuđača u postupku javne nabavke, kako bi se kroz tržišnu konkurenciju ostvarila što bolja vrijednost za novac. U tom smislu, dozvoljeno je učešće povezanih subjekata u postupku javne nabavke pod uslovom 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, naručilac je ovlašten donijeti odluku o isključenju ili utvrđenju da ne postoji osnova za isključenje.

Uzimanje u obzir ponuda koje nisu samostalne ni nezavisne, a koje su podnijeli povezani privredni subjekti, protivno je načelu jednakog postupanja. U slučaju povezanih ponuđača, načelo jednakog postupanja bilo bi povrijeđeno kad bi povezani ponuđači mogli podnijeti usklađene ili dogovorene, odnosno ni samostalne ni nezavisne ponude, koje bi im tako mogle donijeti neopravdane prednosti u odnosu na druge ponuđače. Načelo jednakog postupanja može biti prepreka dodjeli ugovora privrednim subjektima koji čine privrednu cjelinu i čije ponude, iako su podnesene zasebno, nisu ni samostalne ni nezavisne.²⁷

U evropskom zakonodavstvu cilj je osigurati najšire moguće učešće ponuđača u postupku javne nabavke. U tom smislu, ne propisuje se opća apsolutna zabrana istodobnog djelovanja u istom postupku javne nabavke privrednih subjekata povezanih odnosom kontrole ili pripadnošću istoj grupi odnosno sistemski uskraćivanje da međusobno povezani privredni subjekti podnose ponude u postupku javne nabavke, jer bi to bilo protivno efikasnoj primjeni prava iz područja javne nabavke. Iz ustaljene prakse Suda EU proizlazi da automatsko isključenje međusobno povezanih ponuđača, prelazi nužnost za prevenciju koluzivnog ponašanja i time ono što je potrebno da bi se osigurala primjena načela jednakog postupanja i poštovanje obaveze transparentnosti. Ponuđači ne moraju obavijestiti naručioca o svojim međusobnim vezama i naručilac mora ponude ponuđača tokom cijelog postupka smatrati valjanima, ako ne postoje indicije da su ponude, koje su podnijeli povezani ponuđači, usklađene ili dogovorene. Poštovanje načela proporcionalnosti zahtijeva da naručilac mora ispitati i ocijeniti jesu li međusobno povezani ponuđači podnijeli samostalne i nezavisne ponude te je li veza između dva subjekta imala konkretni uticaj na sadržaj ponuda podnesenih u okviru istog postupka javne nabavke odnosno da taj odnos nije uticao na njihovo ponašanje tokom predmetnog postupka, pri čemu je utvrđenje takvog uticaja, u bilo kojem obliku, dovoljno da bi se ti ponuđači isključili iz postupka.²⁸

²⁷ Sud EU, presuda od 15. septembra 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. maja 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. februara 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. decembra 2022., AAS „BTA Baltic Insurance Company“ protiv Iepirkumu uzraudzības birojs, Tieslietu ministrija, C-769/21, ECLI:EU:C:2022:973

8.5. Mogućnosti ugovornog organa u skladu sa odredbama Zakona

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

Prihvatljiva ponuda je ponuda koju je podnio ponuđač koji nije bio isključen u skladu sa članom 45. ovog zakona i koji ispunjava kriterije za izbor najpovoljnije ponude, te čija je ponuda usklađena tehničkim specifikacijama bez da je nepravilna ili neprihvatljiva.

Neprihvatljiva ponuda je ponuda čija cijena premašuje planirana odnosno osigurana novčana sredstva ugovornog organa za nabavku ili ponuda ponuđača koji ne ispunjava kriterije za kvalifikaciju privrednog subjekta.

Nepravilna ponuda je ponuda koja nije usklađena tenderskoj dokumentaciji ili je primljena izvan roka za dostavu ponuda ili postoje dokazi o tajnom sporazumu ili korupciji ili nije rezultat tržišne konkurencije ili je ugovorni organ utvrdio da je cijena ponude izuzetno niska.

S obzirom na to da ugovorni organ ne može samostalno utvrđivati postojanje zabranjenog sporazuma i mora raspolagati dokazom da su ponuđači sklopili zabranjeni sporazum, ugovorni organ ima na raspolaganju proglasiti ponude nepravilnima, jer iste nisu rezultat tržišne konkurencije.

Primjer odbijanja ponuda ugovornog organa koje nisu rezultat tržišne konkurencije:

Naručilac je proveo postupak javne nabavke u kojoj je zaprimio dvije ponude različitih ponuđača, jednu ponudu ponuđača X s izrazito niskom cijenom i drugu ponudu zajednice ponuđača Y s izrazito visokom cijenom. Naručilac je u obje ponude utvrdio podudarnosti koje se očituju u tome da član zajednice ponuđača Y učestvuje u ponudi ponuđača X kao podugovarač, da je taj ponuđač X osnivač odnosno jedini dioničar tog člana zajednice ponuđača Y, ista poslovna adresa ta dva privredna subjekta, garancija 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 ponuđača Y. Naručilac je, unatoč utvrđenim podudarnostima nastavio pregled i ocjenu ponuda, te kao ekonomski najpovoljnijeg ponuđača rangirao ponuđača X. Naručilac je zatražio dostavu ažuriranih popratnih dokumenata od ponuđača X, koji iste nije dostavljao unatoč pozivima naručioca. Istekom rokova, ponuđač X je dostavio ažurirane popratne dokumente, u kojima je naručilac utvrdio nedostatke te pozivao ponuđača da iste otkloni, koje ponuđač X nije otklanjao. Naručilac je posumnjao u postupanje ponuđača X kao „namjernog gubitnika“, odnosno namjerno ili iz nemara ne dostavlja dokumente na koje ga naručilac poziva, kako bi se njegova ponuda odbila i odabrala ponuda zajednice ponuđača Y te time dovelo naručioca u položaj da odabere skuplju ponudu. Naručilac je na kraju donio odluku o poništenju postupka, budući je odbio ponude ponuđača X i zajednice ponuđača Y.

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

„Međutim, u konkretnom slučaju se i prema ocjeni ovog državnog tijela, radi o objektivnim i podudarnim činjenicama kao indicijama, koji posmatrani kao cjelina, upućuju na povrede pravila tržišne konkurencije, sve u skladu s detaljnim obrazloženjem naručioca iz zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda. Dakle, prema ocjeni ovog organa naručilac je, u konkretnom slučaju, na osnovu nesporne činjenice podugovaranja u ponudama u kojima su privredni subjekti povezani na način da je jedan ponuđač X osnivač člana zajednice privrednih subjekata Y kao drugog ponuđača, zatim podudarnosti kao što su ista poslovna adresa, isti stručnjaci i evidentno nemarno ponašanje ponuđača X tokom postupka pregleda i ocjene ponuda, kao ponuđača koji je podnio ekonomski najpovoljniju ponudu, imao dovoljno elemenata za ocjenu da podnesene ponude nisu rezultat tržišne konkurencije.“²⁹

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

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

8.6. Pokretanje postupka u skladu sa Zakonom i Zakonu o konkurenciji

Članom 52. stavom 12. Zakona je propisano: *U postupku javne nabavke ponuđači su dužni podnijeti svoju ponudu bez narušavanja tržišne konkurencije u smislu zabranjenih dogovora s drugim ponuđačima. Za postupke zaštite tržišne konkurencije nadležno je Konkurencijsko vijeće Bosne i Hercegovine. U slučaju postojanja osnova sumnje da se u postupku javne nabavke narušava tržišna konkurencija, zahtjev za pokretanje postupka pred Konkurencijskim vijećem Bosne i Hercegovine može podnijeti svaka privredna ili fizička osoba koja za to ima pravni ili ekonomski interes, privredne komore, udruženja poslodavaca ili privrednika, udruženja potrošača i organi izvršne vlasti.*

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

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

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

Dakle, u slučaju sumnje na postojanje zabranjenog sporazuma u postupku javne nabavke kojim se narušava tržišna konkurencija, može se podnijeti zahtjev Konkurencijskom vijeću radi utvrđivanja je li nastupio zabranjeni sporazum te određivanja sankcija. Ugovorni organ kada posumnja da postoji zabranjeni sporazum, može podnijeti zahtjev Konkurencijskom vijeću. Ugovorni organ može posumnjati u postojanje zabranjenog sporazuma kada se ostvare okolnosti na način opisanim u tački 8.2., odnosno kada posumnja da su ponude podnesene na osnovu dogovora između dva ili više privredna subjekta.

Primjer iz prakse:

Privredni subjekt čiji je identitet poznat Konkurencijskom vijeću BiH je putem emaila dana 29. 11. 2023. godine podnio prijavu o koluzivnom ponašanju učesnika u postupku javne nabavke računarske opreme Konkurencijskom vijeću BiH i Agenciji za javne nabavke Bosne i Hercegovine. Predmetna prijava je podnesena protiv subjekata A i B, zbog kako je navedeno, manipulacija na e-aukcije u postupku javne nabavke računarske opreme.

Agencija za javne nabavke Bosne i Hercegovine je aktom primljenim dana 01. 12. 2023. godine i aktom primljenim dana 07. 12. 2023. godine, obavijestila Konkurencijsko vijeće da je dana 17. 11. 2023. godine primila e-mail od podnosioca prijave, o postojanju sumnje na dogovor ponuđača A, B i C u postupku javne nabavke kompjuterske opreme, koji je provodilo Konkurencijsko vijeće u kom je prema Odluci o izboru najpovoljnijeg ponuđača za nabavku računarske opreme, kao najpovoljniji ponuđač izabran ponuđač A, zbog čega Agencija za javne nabavke smatra da ova situacija ukazuje na moguću koluziju ponuđača i postupanje iz člana 4. Zakona o konkurenciji.

Prijava podnesena protiv ponuđača A, B i C dopunjena je dana 29. 12. 2023. godine, podacima za postupak javne nabavke računara koju je provodio ugovorni organ Zavod za zdravstvenu zaštitu radnika u saobraćaju Sarajevo.

Agencija za javne nabavke Bosne i Hercegovine je dana 04. 01. 2024. godine aktom prosljedila podatke koje joj je dostavio Podnosilac prijave, a tiču se postupka javne nabavke kompjuterske opreme koji je provodio ugovorni organ JU Srednjoškolski centar Petar Kočić, Zvornik.

Postupajući po naprijed navedenim prijavama, a u cilju prikupljanja podataka vezanih za postupanje ponuđača A, B i C u postupcima javnih nabavki izvršen je uvid u postupak javne nabavke računarske opreme za Konkurencijsko vijeće, kao i u zvaničnu stranicu Agencije za javne nabavke www.ejn.gov.ba. na kojoj se nalaze podaci o postupcima javnih nabavki u kojima su učestvovali privredni subjekti kao ponuđači.

Utvrđeno je da postoji osnovana sumnja zabranjenog dogovora/koluzije iz člana 4. stava (1) tačka b) i c) Zakona o konkurenciji, između ponuđača/ subjekata A, B i C, te D, E, F, G, H, I, J i K, u postupcima javne nabavke računarske opreme. Naime, nakon provedene e-aukcije, u pravilu ugovor o predmetnoj nabavci se zaključi sa trećeplasiranim na konačnoj rang listi ponuđač a koji su učestvovali na e-aukciji, koji je malo ili nikako snizio svoju cijenu ponude na e-aukciji, jer su prvoplasirani i drugoplasirani ponuđači 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 nabavke, odnosno nisu dostavili dokumentaciju iz člana 45. Zakona o javnim nabavkama koju su bili obavezni dostaviti kao izabrani najpovoljniji ponuđač.

Nakon provedenog postupka, Konkurencijsko vijeće je 7. 11. 2024. donijelo Rješenje kojim je utvrdilo da su privredni subjekti A, B i C, direktnom ili indirektnom razmjenom informacija sklopili zabranjeni sporazum iz člana 4. stava (1) tačke b) i c) Zakona o konkurenciji, kojim su značajno ograničili i narušili tržišnu konkurenciju na tržištu javne nabavke računarske opreme u niz postupaka javne nabavke kod različitih ugovornih organa.

Rješenjem su navedenim privrednim subjektima izrečene novčane kazne.

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

Iz navedenog je jasno da u slučaju postojanja sumnje da su ponuđači u postupku javne nabavke ili na tržištu, a na osnovu provedenih postupaka javnih nabavki, sklopili zabranjeni sporazum, ugovorni organ ili drugi ponuđač u postupku javne nabavke, ima mogućnost podnijeti zahtjev za pokretanje postupka pred Konkurencijskim vijećem. Ugovorni organ nema ovlaštenja samo utvrđivati postojanje zabranjenog sporazuma, čije je utvrđenje isključiva nadležnost Konkurencijskog vijeća.

Iz prakse Suda EU proizlazi: „...postoje indicije da su privredni subjekti sklopili takav sporazum kojim bi se uticalo 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 nabavke, sporazuma o podjeli tržišta na način da se privredni subjekti dogovore koji će od njih podnijeti ponude na postupke određenih naručioca, odnosno suzdržavati se od učešća u postupcima naručioca koji „pripadaju“ drugim ponuđačima i slično (dovoljno vjerovatnih pokazatelja da postoji zabranjeni sporazum)“.³⁰

Nakon provedenog postupka, Konkurencijsko vijeće može donijeti odluku odnosno rješenje kojim se utvrđuje da su privredni subjekti učestvovali u zabranjenom sporazumu u postupku javne nabavke. Takvo Rješenje predstavlja dokaz ugovornom organu da na strani ponuđača postoji osnova za isključenje iz člana 45. stava 5. tačke a) Zakona.

Postupak u slučaju sumnje na postojanje zabranjenog sporazuma:

1. Sumnja u postojanje usklađenog djelovanja – zabranjenog sporazuma, kako je definisan članom 4. Zakona o konkurenciji, između kandidata / ponuđača u postupku javne nabavke,
2. Ugovorni organ može ponude za koje posumnja da nisu rezultat tržišne konkurencije odbiti kao nepravilne, ali nema ovlaštenja utvrđivati postojanje zabranjenog sporazuma u skladu sa Zakonom o konkurenciji,
3. Prijava Konkurencijskom vijeću ponuđača za koje posumnja da su sklopili zabranjeni sporazum,

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

4. Postupak utvrđivanja postojanja zabranjenog sporazuma od strane Konkurencijskog vijeća,
5. Ako Konkurencijsko vijeće utvrdi postojanje zabranjenog sporazuma, donosi se Rješenje o utvrđivanju zabranjenog sporazuma i izricanje novčanih kazni,
6. Rješenje Konkurencijskog vijeća predstavlja dokaz u skladu sa članom 45. stavu 5. tački a) Zakona, na osnovu kojeg ugovorni organ može isključiti kandidata / ponuđača iz postupka javne nabavke.

8.7. Postupanje ugovornog organa i donošenje odluke

Ako ugovorni organ utvrdi da postoji dokaz o sklopljenom zabranjenom sporazumu odnosno odluka Konkurencijskog vijeća, ugovorni organ je dužan pozvati kandidata /ponuđača da dostavi dokaze o mjerama samokorekcije koje je preduzeo kako bi dokazao svoju pouzdanost.

Ti dokazi mogu biti: dokaz o plaćanju naknade štete nastale zbog zabranjenog sporazuma, dokaz o aktivnoj saradnji s nadležnim organima, dokaz o uvođenju odgovarajućih preventivnih tehničkih, organizacionih i kadrovskih mjera, kao što su: uvođenje etičkog kodeksa, sistem interne kontrole, smjena odgovornih osoba, edukacija zaposlenika, provođenje nezavisnih nadzora i revizija te slično.

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

Mjere koje je preduzeo kandidat / ponuđač ocjenjuju se uzimajući u obzir težinu i posebne okolnosti protivpravnog djelovanja. Ugovorni organ je dužan obrazložiti razloge za prihvatanje ili neprihvatanje mjera. Ugovorni organ neće isključiti kandidata / ponuđača iz postupka javne nabavke ako je ocijenjeno da su preduzete mjere primjerene.

Ugovorni organ donosi ocjenu primjenom načela proporcionalnosti koje zahtijeva da se u tačno određenom slučaju individualiziranim pristupom ocijeni postupanje kandidata / ponuđača, kako bi se donijela ocjena o pouzdanosti na osnovu svih relevantnih elemenata.

Tok postupanja ugovornog organa prilikom isključenja kandidata / ponuđača zbog postojanja sporazuma kojem je cilj narušavanje tržišne konkurencije:

1. Mora biti podnesena ponuda kandidata / ponuđača u postupku javne nabavke;
2. Mora postojati dokaz – odluka nadležnog organa o utvrđenom zabranjenom sporazumu;
3. Ugovorni organ mora imati saznanje o postojanju dokaza o zabranjenom sporazumu;
4. Ugovorni organ upućuje zahtjev kandidatu / ponuđaču za dostavu dokaza o preduzetim mjerama samokorekcije;
5. Ugovorni organ provodi ocjenu o preduzetim mjerama samokorekcije, kako bi se na osnovu načela proporcionalnosti utvrdila pouzdanost kandidata / ponuđača;
6. Ugovorni organ na osnovu provedene ocjene pouzdanosti, donosi odluku o isključenju ili prihvatanju, koja mora biti obrazložena.

Ako ugovorni organ utvrdi da mjere samokorekcije koje je preduzeo kandidat / ponuđač nisu primjerene odnosno nisu takve prirode da čine kandidata / ponuđača pouzdanim partnerom, može donijeti odluku o isključenju, koju mora obrazložiti, kako je opisano u tački 7. ovog Vodiča.

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

9. TEŠKI PROFESIONALNI PROPUST KOJI DOVODI U PITANJE INTEGRITET PONUĐAČA

Usko povezano sa zabranjenim sporazumom kojim se narušava tržišna konkurencija je i teški profesionalni propust. Teški profesionalni propust je širi pojam od zabranjenog sporazuma kojim se narušava tržišna konkurencija, jer obuhvata i druge profesionalne propuste ponuđača. Zabranjeni sporazum kojim se narušava tržišna konkurencija potpada u definiciju teškog profesionalnog propusta.

9.1. Odredba Direktive o javnoj nabavci i Zakona

Direktiva o javnoj nabavci propisuje da javni naručioci mogu isključiti iz učešća u postupku nabavke bilo koji privredni subjekt ako javni naručilac može dokazati odgovarajućim sredstvima da je privredni subjekt kriv za teški poslovni prekršaj koji dovodi u pitanje njegov integritet.

Zakon propisuje da ugovorni organ može na period od 12 mjeseci isključiti iz učešća u postupku nabavke kandidata / ponuđača ako ugovorni organ može dokazati odgovarajućim dokaznim sredstvima da je ponuđač kriv za teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje njegov integritet.

Odredbe Direktive o javnoj nabavci i Zakona su u većem dijelu usklađene. Razlika u odredbi Direktive o javnoj nabavci i Zakona ogleda su u odnosu na kojeg subjekta se odnosi osnova za isključenje. U skladu sa Direktivom o javnoj nabavci, osnova za isključenje se odnosi na privredni subjekt, a u skladu sa Zakonom se odnosi na kandidata / ponuđača. Privredni subjekt je širi pojam od kandidata / ponuđača, te se u evropskom zakonodavstvu odnosi i na podugovarača i na privredni subjekt na čiju sposobnost se oslanja ponuđač, dok se u nacionalnom zakonodavstvu odnosi samo na kandidata / ponuđača.

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

9.2. Definicija teškog profesionalnog propusta u evropskom zakonodavstvu

Direktiva o javnoj nabavci 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 privrednog subjekta.

Sud EU nije dao jednu univerzalnu definiciju pojma teški profesionalni propust, ali je kroz svoju praksu razradio njegov sadržaj. Sud EU je dodatno naglasio da pojam ima široko značenje te obuhvata svako pogrešno, protivpravno ili neprimjereno profesionalno ponašanje privrednog subjekta koje utiče na njegov profesionalni kredibilitet, integritet, vjerodostojnost ili pouzdanost, a ne samo na povrede profesionalnih pravila utvrđenih od strane strukovnih organa ili pravosnažne presude za određeno djelo, odnosno radnje koje predstavljaju krivično 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 disciplinski organi ili sudovi, nego obuhvata svako ponašanje koje dovodi u pitanje profesionalni integritet privrednog subjekta. Sud je naglasio da za utvrđenje takvog propusta nije nužna prethodna pravosnažna krivična ili disciplinska odluka, već je dovoljno da ugovorni organ odgovarajućim sredstvima dokaže ponašanje privrednog subjekta koje upućuje na ozbiljan

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

nedostatak profesionalnog integriteta, vjerodostojnosti ili pouzdanosti za izvršenje ugovora o javnoj nabavci.

U tom smislu, treba napomenuti da pojam težak profesionalni propust obuhvata svako protivpravno postupanje koje utiče na profesionalnu vjerodostojnost predmetnog privrednog subjekta, njegov integritet i pouzdanost. Slijedom toga, pojam težak profesionalni propust, koji se široko tumači, ne može biti ograničen samo na povrede i nepažnje počinjene tokom izvršavanja ugovora o javnoj nabavci. Osim toga, pojam „težak propust” mora se razumjeti na način da se uobičajeno odnosi na postupanje predmetnog privrednog subjekta koje pokazuje njegovu protivpravnu namjeru ili nepažnju određenog stepena.³³

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

Teški profesionalni propust je svako pogrešno, protivpravno ili neprimjereno profesionalno ponašanje privrednog subjekta, koje je objektivno teško i koje utiče na njegov profesionalni kredibilitet, integritet, vjerodostojnost ili pouzdanost za izvršenje ugovora o javnoj nabavci.

Primjer definicije teškog profesionalnog propusta:

„Profesionalni propust je postupanje privrednog subjekta protivno propisima iz područja prava koje uređuje obavljanje njegove djelatnosti, prava okoliša, socijalnog i radnog prava, uključujući kolektivne ugovore, a posebno obavezu isplate ugovorene plaće, prava tržišne konkurencije, 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 ponuđača skoro identično kao i Direktiva o javnoj nabavci. 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 nabavke, može se smatrati počinjenje krivičnog djela, prekršaja ili drugog djela za koje je privredni subjekt kažnjen od strane nadležnog suda, a koje je u vezi s predmetom nabavke.

Ugovorni organ može koristiti ovaj razlog za isključenje samo ukoliko je privredni subjekt ranije učinio profesionalni propust pri izvršenju ugovora koji je vezan za predmet nabavke.

Ugovorni organ ne može isključiti privredni subjekt na osnovu teškog profesionalnog propusta učinjenog kod drugog ugovornog organa. Dakle, isključenje je moguće samo na osnovu konkretnog dokaza u vlastitim postupcima javne nabavke.

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

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

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

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

Dakle, ugovorni organ može isključiti privrednog subjekta zbog teškog profesionalnog propusta na osnovu konkretnog dokaza samo u svojim postupcima javne nabavke.

Iz mišljenja Agencije proizlazi da kandidat / ponuđač može biti isključen iz postupka javne nabavke zbog teškog profesionalnog propusta, ako je privredni subjekt:

1. kažnjen od strane nadležnog suda,
2. za djelo koje je vezano uz predmet nabavke za koje ugovorni organ provodi postupak javne nabavke, te
3. za postojanje teškog profesionalnog propusta koje se dogodilo kod ugovornog organa koji provodi postupak javne nabavke, ali ne i kod drugog ugovornog organa.

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

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

Presuda suda ili drugog nadležnog organa nije uslov za utvrđenje teškog profesionalnog propusta. Ugovorni organ može postojanje teškog profesionalnog propusta dokazati i drugim odgovarajućim sredstvima, pod uslovom da na osnovu objektivnih činjenica može zaključiti da ponašanje privrednog subjekta dovodi u pitanje njegov integritet, vjerodostojnost ili pouzdanost.

9.4. Sličnosti i razlike evropskog i nacionalnog zakonodavstva

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

Sličnosti Direktive o javnoj nabavci i Zakona:

Odredba Direktive o javnoj nabavci:	Odredba Zakona:
Javni naručioci mogu isključiti iz učešća u postupku nabavke bilo koji privredni subjekt ako javni naručilac može dokazati odgovarajućim sredstvima da je privredni subjekt kriv za teški poslovni prekršaj koji dovodi u pitanje njegov integritet	Ugovorni organ može isključiti iz učešća u postupku nabavke kandidata / ponuđača ako ugovorni organ može dokazati odgovarajućim dokaznim sredstvima da je ponuđač 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 organa (raskid ugovora)	Za postojanje teškog profesionalnog propusta nije nužno postojanje sudske ili druge odluke nadležnog organa (raskid ugovora)

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

Razlike Direktive o javnoj nabavci i Zakona:

Odredba Direktive o javnoj nabavci se odnosi na svaki privredni subjekt	Odredba Zakona se odnosi na kandidata / ponuđača
Teški profesionalni propust ne mora biti vezan za predmet nabavke postupka koji provodi ugovorni organ	Teški profesionalni propust mora biti vezan za predmet nabavke postupka koji provodi ugovorni organ
Teški profesionalni propust ne mora biti učinjen kod tog ugovornog organa	Teški profesionalni propust mora biti učinjen kod tog ugovornog organa

9.5. Obuhvat teškog profesionalnog propusta

U evropskom zakonodavstvu, teški profesionalni propust može predstavljati različita djela koje je počinio privredni subjekt, kao što su: zabranjeni sporazum i narušavanje tržišne konkurencije, davanje lažnih podataka, prikrivanje važnih informacija, pokušaj nedozvoljenog uticaja na ugovorni organ, koruptivno ponašanje, ozbiljne povrede ugovornih obaveza u ranijim ugovorima, namjerno ili krajnje nepažljivo neispunjavanje profesionalnih obaveza, ozbiljni propusti u kvalitetu izvršenja ugovora koji dovode do raskida, naknade štete ili sličnih sankcija i druga ponašanja koja objektivno dovode u pitanje poslovni integritet i pouzdanost privrednog 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 privrednog 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 obuhvata svako protivpravno postupanje koje utiče na profesionalnu vjerodostojnost predmetnog subjekta i da je počinjenje povrede pravila o tržišnoj konkurenciji, posebno kada je ta povreda bila sankcionisana 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 privrednog subjekta te da naručilac ima određenu diskreciju u ocjeni takvog ponašanja, pod uslovom da raspolaže odgovarajućim dokazima.³⁷

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

Potrebno je voditi računa da ako je kandidat / ponuđač u krivičnom postupku osuđen pravosnažnom presudom za krivična djela organizovanog kriminala, korupciju, prevaru ili pranje novca, takva presuda predstavlja osnovu za obavezno isključenje kandidata / ponuđača iz postupka javne nabavke. Odluka nadležnog suda za sva ostala krivična djela može predstavljati osnovu za fakultativno isključenje kandidata / ponuđača, uz ispunjenje uslova da takvo protivpravno postupanje dovodi u pitanje njegov integritet.

³⁶ Sud EU, presuda od 4. juna 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. juna 2019., Meca Srl protiv Comune di Napoli, C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507

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 ugovorni organ dokazuje postojanje teškog profesionalnog propusta:

1. sudska presuda u krivičnom ili prekršajnom postupku,
2. odluka nadležnih nadzornih ili regulatornih organa,
3. odluka nadležnog organa za zaštitu tržišne konkurencije,
4. odluka 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 organa,
7. dokumentirani raskidi ranijih ugovora zbog krivnje ugovarača,
8. dokumentacija koja pokazuje da je zbog postupanja kandidata / ponuđača 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 naručilac mora raspolagati konkretnim, objektivnim i provjerljivim dokazima iz kojih proizlazi ozbiljan nedostatak integriteta, vjerodostojnosti ili profesionalne pouzdanosti privrednog subjekta. Nije dovoljno da se postojanje teškog profesionalnog propusta utvrđuje na osnovu glasila ili nagađanja, anonimnih prijava bez dokaza, manjim pogreškama ili nepravilnostima koje ne dovode u pitanje integritet kandidata / ponuđača.

Primjer:

Konačno, član 45. stav 2. prvi podstav tačka (d) Direktive 2004/18 dozvoljava javnim naručiocima utvrđivanje teškog profesionalnog propusta svim sredstvima kojima ga mogu opravdati. Utvrđivanje takvog popusta ne zahtijeva pravosnažnu sudsku presudu (presuda od 13. decembra 2012., Forposta i ABC Direct Contact, C-465/11) s obzirom na to da odluka nacionalnog tijela za zaštitu tržišne konkurencije kojom se utvrđuje da je subjekt prekršio pravila tržišne konkurencije može zasigurno predstavljati indiciju o postojanju teškog propusta koji je počinio taj subjekt. Stoga bi počinjenje povrede pravila o tržišnoj konkurenciji, posebno kada je ta povreda bila sankcionisana novčanom kaznom, predstavljalo razlog za isključenje obuhvaćen članom 45. stavom 2. prvim podstavkom tačkom (d) Direktive 2004/18 (presuda 18. decembra 2014., Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, t. 35.).³⁸

U slučaju kada je privredni subjekt kažnjen odlukom nadležnog organa za zaštitu tržišne konkurencije za povrede tržišne konkurencije u državi svog sjedišta odnosno zbog postojanja zabranjenih sporazuma tzv. „kartel“, tada na strani tog privrednog subjekta postoji profesionalni propust. Stoga, kod narušavanja tržišne konkurencije, odluka nadležnog organa za zaštitu tržišne konkurencije je odgovarajuće sredstvo za utvrđivanje osnove za isključenje profesionalnog propusta, budući da obuhvata okolnosti narušavanja tržišne konkurencije, te se period isključenja privrednog subjekta od dvije godine računa od dana donošenja odluke o utvrđivanju narušavanja tržišne konkurencije.

Primjer postojanja teškog profesionalnog propusta zbog narušavanja tržišne konkurencije:

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

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

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

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

9.7. Postupanje ugovornog organa i donošenje odluke

Tok postupanja ugovornog organa:

1. Mora biti podnesena ponuda kandidata / ponuđača u postupku javne nabavke,
2. Ugovorni organ mora raspolagati konkretnim odgovarajućim sredstvima da na strani kandidata / ponuđača postoji protivpravno postupanje koje se može okarakterisati kao teški profesionalni propust kojim se dovodi u pitanje integritet kandidata / ponuđača,
3. Protivpravno postupanje mora biti vezano uz predmet nabavke,
4. Protivpravno postupanje mora biti počinjenom u postupku javne nabavke ugovornog organa koji ocjenjuje protivpravno postupanje,
5. Ako se utvrdi postojanje teškog profesionalnog propusta, ugovorni organ upućuje zahtjev kandidatu / ponuđaču za dostavu dokaza o preduzetim mjerama samokorekcije,
6. Ugovorni organ provodi ocjenu o preduzetim mjerama samokorekcije, kako bi se na osnovu načela proporcionalnosti utvrdila pouzdanost i integritet kandidata / ponuđača,
7. Ugovorni organ na osnovu provedene ocjene pouzdanosti, donosi odluku o isključenju ili prihvatanju, koja mora biti obrazložena.

Ako ugovorni organ utvrdi da mjere samokorekcije koje je preduzeo kandidat / ponuđač nisu primjerene odnosno nisu takve prirode da čine kandidata / ponuđača pouzdanim partnerom, može donijeti odluku o isključenju, koju mora obrazložiti.

Primjer odluke o isključenju:

Ponuđač se isključuje iz postupka javne nabavke, jer je kod ponuđača ostvarena osnova za isključenje iz člana 45. stava 5. tačke b) Zakona, iz razloga kako slijedi. Odlukom nadležnog organa za zaštitu tržišne konkurencije broj _____ od dana _____ godine, utvrđeno da je ponuđač učestvovao u zabranjenim sporazumima kojima se narušava tržišna konkurencija.

S obzirom da je članom 45. stavom 5. tačkom b) Zakona propisano da ugovorni organ može isključiti iz učešća u postupku nabavke kandidata / ponuđača, ako ugovorni organ može dokazati odgovarajućim dokaznim sredstvima da je ponuđač kriv za teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje njegov integritet, to je ugovorni organ utvrdio da je kod ponuđača ostvarena osnova za isključenje iz člana 45. stava 5. tačke b) Zakona.

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

Ponuđač svojim pojašnjenjem nije otklonio postojanje teškog profesionalnog propusta. Također, Ponuđač je u svom pojašnjenju naveo mjere samokorekcije, koje ugovorni organ ocjenjuje da nisu primjerene da bi dokazao svoju pouzdanost. Naime, iz predmetne odluke proizlazi da je ponuđač učestvovao s nadležnim organom radi rješavanja sporova, ali tek povodom već svog utvrđenog protivpravnog ponašanja. Isto tako, Ponuđač je proveo mjere restrukturiranja tokom ovog postupka javne nabavke. Dakle, ponuđač nije našao svrsishodnim preduzeti mjere restrukturiranja neposredno nakon utvrđenja povreda prava tržišne konkurencije, kako bi spriječio dalje protivpravno postupanje organa upravljanja društva. Ugovorni organ ocjenjuje da preduzete mjere restrukturiranja, kao mjera samokorekcije, nije relevantna za odlučivanje u ovom postupku javne nabavke, jer su iste preduzete u toku ovog postupka javne nabavke te ne dokazuju ugovornom organu ozbiljnost u postupanju ponuđača da je imao namjeru otkloniti eventualna buduća postupanja protivna pravu tržišne konkurencije.

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

Članom 4. Zakona o konkurenciji su propisani zabranjeni sporazumi koje predstavljaju najteže oblike narušavanja tržišne konkurencije. Iz predmetne odluke nadležnog organa za zaštitu tržišne konkurencije je jasno da je ponuđač učestvovao u zabranjenom sporazumu te je kažnjen za takvo protivpravno postupanje. Postojanje predmetne odluke predstavlja dokaz u smislu člana 45. stava 5. tačke 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 ponuđača, te da mjere samokorekcije koje je preduzeo ponuđač nisu primjerene da bi dokazale pouzdanost ponuđača, to se ponuđač isključuje iz postupka javne nabavke, na osnovu člana 45. stava 5. tačke b) Zakona.

10. ZNAČAJNI NEDOSTACI TOKOM PROVOĐENJA PRETHODNOG JAVNOG UGOVORA ILI PRETHODNOG UGOVORA SA SEKTORSKIM UGOVORNIM ORGANOM 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 organom 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 ponuđača.

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 ponuđača, ali ujedno predstavlja i zasebnu fakultativnu osnovu za isključenje, kojom se dokazuje nepouzdanost privrednog subjekta. Njena svrha je zaštita ugovornog organa od ponuđača koji su svojim ponašanjem pokazali da nisu sposobni ili pouzdani za uredno izvršenje ugovora. Svrha nije kažnjavanje ponuđača za svaku nepravilnost u izvršenju ugovora, nego zaštita javnog interesa od privrednih subjekata koji su pokazali ozbiljnu nepouzdanost u izvršavanju ugovornih obaveza.

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, ugovorni organ može isključiti kandidata / ponuđača iz postupka javne nabavke 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 ponuđača	Značajni nedostaci tokom provođenja prethodnog javnog ugovora ili prethodnog ugovora sa sektorskim ugovornim organom čija je posljedica bila prijevremeni raskid tog prethodnog ugovora, naknada štete ili druga slična sankcija
Širi i apstraktniji pojam	Poseban, už i konkretan pojam
Može nastati i izvan ugovora o javnoj nabavci	Uvijek vezan uz prethodni ugovor
Nisu nužno potrebni raskid ugovora ili šteta	Moraju nastupiti propisane posljedice
Dokazuje opću profesionalnu nepouzdanost privrednog subjekta koje obuhvata različite oblike neetičnog ili neprofesionalnog ponašanja	Dokazuje nepouzdanost privrednog subjekta kroz izvršenje konkretnog ugovora koje obuhvata ozbiljne propuste odnosno nedostatke u izvršenju ugovora
Teže dokaziv jer ugovorni organ mora dokazati da ponašanje privrednog subjekta ozbiljno dovodi u pitanje njegov integritet	Lakše dokaziv jer se temelji na konkretnim dokumentima iz prethodnog ugovornog odnosa

10.1. Definicija

Direktiva o javnoj nabavci propisuje: *ako privredni subjekt pokaže **značajne ili postojeće nedostatke tokom provođenja ključnih zahtjeva iz prethodnog javnog ugovora ili prethodnog ugovora sa sektorskim naručiocem čija je posljedica bila prijevremeni raskid tog prethodnog ugovora, naknada štete ili slične sankcije.***

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

Razlika odredbe Direktive o javnoj nabavci i Zakona se ogleda u tome što Direktiva o javnoj nabavci 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 organom, i
2. da je zbog tih nedostataka **nastupila jedna od zakonom navedenih posljedica.**

Za postojanje ove osnove za isključenje ključno je da je ugovorni organ pokrenulo postupak raskida ugovora, naknade štete ili druge slične sankcije, prema privrednom subjektu odnosno da su od strane privrednog subjekta počinjeni ozbiljni propusti koji su doveli do posljedice, a koju posljedicu je iniciralo ugovorni organ. Navedena osnova za isključenje ne odnosi se na obrnuto postupanje. Dakle, do nastupanja posljedice mora doći zbog krivnje privrednog subjekta odnosno ugovarača u izvršenju ugovora. Na primjer, ako je privredni subjekt inicirao raskid ugovora zbog postupanja ugovornog

organa u izvršenju ugovora, takav raskid se ne bi smatrao da na strani privrednog 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 organom⁴⁰. Uslijed značajnog nedostatka u izvršenju ugovora, mora nastupiti jedna od propisanih posljedica: prijevremeni raskid tog ugovora, naknada štete ili druga slična sankcija.

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

Na primjer: prodavac 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, ugovorni organ procjenjuje na osnovu ozbiljnosti povrede ugovorne obaveze, mogućnosti i troškova otklanjanja nedostataka, na koji način nedostatak utiče na ispunjenje svrhe ugovora, predstavlja li učinjeni nedostatak bitan ugovorni uslov, koliki je stepen štete ili gubitak za ugovorni organ.

Značajnim nedostatkom može se smatrati:

1. Neizvršenje ugovora u njegovom bitnom dijelu,
2. Odbijanje izvršenja ugovornih obaveza,
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 organa u izvršenju ugovora;
6. Povrede koje su uzrokovale materijalnu štetu ili ozbiljne poremećaje u radu ugovornog organa.

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 izuzetnim okolnostima trebale dovesti do isključenja privrednog subjekta. Ipak, ponovljeni slučajevi manjih nepravilnosti mogu dati povod sumnji u pouzdanost privrednog 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 privredni subjekt te je neizvršeni dio ugovora iznosio najmanje 5 % njegove vrijednosti?

Odgovor: Pojam profesionalna povreda obuhvata svako protivpravno ponašanje koje utiče na profesionalni kredibilitet privrednog subjekta i ne obuhvata samo povrede profesionalne etike u užem smislu.

Neispunjenje ugovornih obaveza može predstavljati profesionalnu povredu, ali ne predstavlja automatski tešku profesionalnu povredu. Potrebna je pojedinačna i konkretna procjena ponašanja privrednog subjekta.

⁴⁰ Članak 5. Zakona.

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 ponuđač 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 ugovorni organ 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 ponuđača iz postupka javne nabavke. Stoga, ovu osnovu za isključenje treba primjenjivati izuzetno oprezno. Teret dokazivanja je na ugovornom organu, a svaka odluka mora biti zasnovana na konkretnim dokazima o ozbiljnom neispunjavanju prethodnog ugovora i posljedicama koje Zakon izričito propisuje.

10.1.2. Ugovorni organ kod kojeg je nastupila osnova za isključenje

Ono što je ključno za istaknuti je da se radi o prethodnom ugovoru tog ugovornog organa i prethodnom ugovoru koje je vezano uz predmet nabavke za koje ugovorni organ provodi postupak javne nabavke

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

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

*Dakle, ugovorni organ **može isključiti privrednog subjekta** zbog teškog profesionalnog propusta **na osnovu konkretnog dokaza samo u svojim postupcima javne nabavke.***

Iz prakse Suda EU proizlazi da nije nužno da je ova osnova za isključenje nastupila kod ugovornog organa koji provodi postupak, već može nastupiti i kod drugog ugovornog organa. Upravo što je bitno u tom slučaju je mogućnost kojom raspolaže svaki ugovorni organ da isključi ponuđača iz postupka javne nabavke, a koje se temelji na ključnom obilježju odnosa uspješnog ponuđača i ugovornog organa, odnosno na pouzdanosti uspješnog ponuđača na kojoj se temelji povjerenje koje mu poklanja ugovorni organ. Navedeno je posebno namijenjeno tomu da omogući ugovornom organu da ocijeni integritet i pouzdanost svakog ponuđača.⁴²

Primjer iz prakse Suda EU:

Ugovorni organ je proveo postupak javne nabavke u kojem je ponudu podnio ponuđač koji ima raskid ugovora kod drugog ugovornog organa.

Ugovorni organ je provjerio kod drugog ugovornog organa 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. decembra 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. oktobra 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, ugovorni organ je isključio tog ponuđača iz postupka javne nabavke. Ponuđač je podnio tužbu protiv te odluke nadležnom sudu, koji je uputio zahtjev za tumačenje ove osnove za isključenje Sudu EU.

Sud EU je utvrdio:

Ugovorni organ ne može automatski iz odluke drugog ugovornog organa o raskidu prethodnog ugovora o javnoj nabavci, zaključiti da je taj uspješni ponuđač počinio značajne ili postojeće nedostatke u smislu člana 57. stava 4. tačke (g) Direktive 2014/24 u vezi s provođenjem ključnih zahtjeva iz tog ugovora o javnoj nabavci.

Nužno je da ugovorni organ na osnovu okolnosti raskida ugovora, samo ocijeni je li nepravilnost koju je ponuđač počinio morala biti dovoljna teška da na osnovu načela proporcionalnosti opravda raskid ugovora. Ugovorni organ dužan je samo ocijeniti ponašanje privrednog subjekta na kojeg se odnosi raskid prethodnog ugovora o javnoj nabavci. U tom pogledu ugovorni organ mora pažljivo i nepristrasno na osnovu 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 tokom provođenja ključnih zahtjeva koji su mu postavljeni u okviru tog ugovora s obzirom na to da navedeni nedostaci mogu prouzročiti prekid odnosa povjerenja s privrednim subjektom o kojem je riječ.

Sud EU je naposljetku utvrdio da ugovorni organ mora samo utvrditi obuhvata li raskid ugovora kod drugog ugovornog organa sve elemente sadržane u osnovi za isključenje te samostalno donijeti odluku o postojanju osnove za isključenje. Također, Sud EU je utvrdio da uvođenje podugovarača bez odobrenja ugovornog organa predstavlja značajan nedostatak tokom provođenja 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 privrednog subjekta,
2. Naknada štete, dosuđena ili naplaćena,
3. Naplata ugovorne kazne zbog ozbiljnog neispunjenja ugovornih obaveza,
4. Naplata garancije za uredno ispunjenje ugovora
5. Druge ugovorne ili zakonske sankcije koje proizlaze iz ozbiljnih kršenja obaveza u izvršenju ugovora.

Ugovorni organ izriče posljedicu privrednom subjektu, na osnovu utvrđenog značajnog nedostatka u izvršenju ugovora krivnjom privrednog subjekta. U tom slučaju, najčešće se daje privrednom subjektu rok za otklanjanje nedostatka. Ako se taj nedostatak ne otkloni, ugovorni organ može donijeti odluku o raskidu ugovora.

Takvu posljedicu privredni subjekt može osporavati i protiviti se nastupu posljedica. Na primjer, privredni 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 obaveza nije nastupila. Ako je u toku sudski spor vezan uz raskid ugovora, koji nije pravosnažno okončan, raskid prethodnog ugovora se ne može koristiti kao osnova za isključenje. Tek povodom pravosnažnog okončanja spora, ako je utvrđena posljedica raskida ili druge sankcije privrednom subjektu, ugovorni organ takvu presudu može koristiti kao dokaz za postojanje osnove za isključenje.

⁴³ Sud EU, presuda od 3. oktobra 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

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

Ako je privredni subjekt osporio odluku ugovornog organa o raskidu ugovora i pokrenuo sudski spor koji još nije okončan, ugovorni organ ne može koristiti taj raskid kao razlog za isključenje iz postupka nabavke.

Primjer – raskid nije nastupio:

Ugovorni organ i privredni subjekt imaju sklopljen ugovor o javnoj nabavci. Tokom provođenja ugovora, ugovorni organ je pokrenuo postupak raskida ugovora te je ostavilo naknadni rok za otklanjanje nedostataka. Privredni subjekt je u ostavljenom roku djelomično otklonio nedostatak, te je ugovorni organ izjavilo da jednostrano raskida ugovor.

Povodom izjave o raskidu ugovora, privredni subjekt podnosi ugovornom organu prijedlog mirnog rješenja spora te je ugovorni organ pozvao privrednog subjekta da precizira prijedlog mirnog rješenja spora. S obzirom na to da je u toku korespondencija između ugovornog organa i privrednog 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

Ugovorni organ ne može ponuđača isključiti samo na osnovu subjektivnog uvjerenja ili lošeg iskustva, već je potrebno da se radi o konkretnoj značajnoj povredi ugovornih obaveza krivnjom privrednog subjekta za nedostatak, uslijed kojega je nastupila posljedica u vidu raskida ugovora, naknade štete ili slične sankcije.

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

Ugovorni organ mora raspolagati dokazima na osnovu kojih će se utvrditi sljedeće činjenice:

1. postojanje ugovora odnosno sklopljen ugovor između ugovornog organa i tog privrednog subjekta,
2. konkretna značajna povreda ugovornih obaveza krivnjom privrednog subjekta,
3. uzročna veza između povrede ugovorne obaveze 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 privrednog subjekta,
2. pravosnažna sudska odluka, kojom se utvrđuje raskid ugovora krivnjom privrednog 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:

Ugovorni organ i privredni subjekt imali su sklopljen ugovor o javnoj nabavci. Tokom provođenja ugovora, ugovorni organ je pokrenuo postupak raskida ugovora te je ostavilo naknadni rok za otklanjanje nedostataka. Privredni subjekt niti u ostavljenom roku nije otklonio nedostatak, te je ugovorni organ izjavilo da jednostrano raskida ugovor i prosljedilo je garancija za uredno ispunjenje ugovora na naplatu. Povodom izjave o raskidu ugovora i naplate garancije za uredno ispunjenje ugovora, privredni subjekt podnosi tužbu nadležnom sudu radi utvrđenja nezakonitog

raskida i naplate garancije za uredno ispunjenje ugovora. Nadležni sud je utvrdio da je privredni subjekt počinio značajne nedostatke tokom izvršenja ugovornih obaveza te da je ugovorni organ zakonito raskinulo ugovor i naplatilo garancija za ozbiljnost ponude. Presuda donesena u sudskom postupku je postala pravosnažna.

10.3. Postupanje ugovornog organa i donošenje odluke

U provođenju isključenja privrednog subjekta na osnovu ove osnove za isključenje, ugovorni organ 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 stepen odgovornosti odnosno krivnje ponuđača.

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. Ugovorni organ prilikom ocjene smatra li privrednog subjekta podobnim partnerom za sklapanje i provođenje ugovora o javnoj nabavci, treba uzeti u obzir da li određeno postupanje ponuđača u ranijim ugovornim odnosima u tolikoj mjeri narušava odnos povjerenja između njega i tog ponuđača da ga naručilac 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 ugovorni organ utvrdi da postoji osnovu za isključenje kandidata / ponuđača, potrebno je da ga pozove da dostavi dokaze o preduzetim mjerama samokorekcije kojima će dokazati da je pouzdan budući ugovorni partner, nezavisno o postojanju osnove za isključenje.

Mjere samokorekcije mogu biti:

1. Reorganizacija sistema upravljanja projektima, uključujući odgovorne osobe za praćenje realizacije ugovora i poštivanje ugovornih rokova,
2. Uvedene su dodatne procedure kontrole kvalitete,
3. Uveden je sistem upravljanja rizicima, kojim se pravovremeno identifikuju i otklanjaju potencijalni problemi tokom realizacije ugovora.
4. Provedena je dodatna obuka zaposlenika iz upravljanja ugovorima i sistemom osiguranja kvaliteta,
5. Izmirene su sve finansijske obaveze proizašle iz raskida ugovora, uključujući naknadu štete.

Na osnovu načela proporcionalnosti, ugovorni organ mora procijeniti je li težina utvrđenih nedostataka takva da opravdava isključenje ponuđača iz novog postupka javne nabavke. Dakle, ocjena postojanja osnove za isključenje i pouzdanosti privrednog subjekta se temelji na ključnom obilježju uspješnog privrednog subjekta i ugovornog organa, koje podrazumijeva pouzdanost prvoga na kojem se temelji povjerenje koje mu poklanja drugi⁴⁴. Načelo proporcionalnosti zahtijeva konkretnu i individualiziranu ocjenu ponašanja kandidata / ponuđača na osnovu svih relevantnih elemenata kojima raspolaže ugovorni organ prilikom donošenja odluke.

Primjer iz prakse Suda EU:

Ugovorni organ obrazložilo je isključenje tužitelja iz glavnog postupka činjenicom da su u okviru provođenja prethodnog ugovora koje je dodijelilo isto ugovorni organ kao u glavnom predmetu počinili „teške profesionalne propuste” koji su većinom sankcionisani i koji su se odnosili na važne aspekte za provođenje ugovora za koji su sada dostavili ponudu. U tom kontekstu,

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

ugovorni organ je ocijenio da teške i ponavljane povrede ugovora tužitelja iz glavnog postupka izazivaju sumnje i nesigurnosti u pogledu njihove sposobnosti za osiguranje pravilne provođenja 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 privrednog subjekta iz postupka javne nabavke zbog teškog profesionalnog propusta, a da ga javni naručilac prethodno nije pozvao ili to u dokumentaciji o nabavci nije navedeno da podnese dokaz da je i dalje pouzdan, bez obzira na taj propust.

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

Tok postupanja ugovornog organa:

1. Mora biti podnesena ponuda kandidata / ponuđača u postupku javne nabavke,
2. Ugovorni organ mora dokazati da je sklopljen prethodni ugovor,
3. Ugovorni organ mora dokazati da su postojali značajni nedostaci u izvršenju prethodnog ugovora, koji su se odnosili na bitne ugovorne obaveze, uzrokovani krivnjom privrednog subjekta,
4. Ugovorni organ 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. Ugovorni organ mora raspolagati objektivnim i provjerljivim dokazima,
6. Prije donošenja odluke o isključenju, ugovorni organ mora pružiti mogućnost privrednom subjektu da dostavi dokaze preduzetih mjera samokorekcije,
7. Ugovorni organ mora na osnovu načela proporcionalnosti, ocijeniti jesu li preduzete mjere samokorekcije primjerene ili neprimjerene da čine tog privrednog subjekta pouzdanim / nepouzdanim budućim ugovornim partnerom,
8. Ugovorni organ na osnovu provedene ocjene pouzdanosti, donosi odluku o isključenju ili prihvatanju, koja mora biti obrazložena.

Primjer odluke o isključenju:

Ugovorni organ i kandidat / ponuđač sklopili su ugovor o javnoj nabavci. Tokom provođenja ugovora, ugovorni organ je pokrenuo postupak raskida ugovora zbog neispunjenja ugovornih obaveza te je ostavilo naknadni rok za otklanjanje nedostataka. Kandidat / ponuđač niti u ostavljenom roku nije otklonio nedostatak, te je ugovorni organ izjavilo da jednostrano raskida ugovor i prosljedilo je garancija za uredno ispunjenje ugovora na naplatu. Povodom izjave o raskidu ugovora i naplate garancije za uredno ispunjenje ugovora, kandidat / ponuđač nije preduzeo nikakve radnje te je nastupio raskid ugovora.

Ugovorni organ pozvao je kandidata / ponuđača da dostavi mjere samokorekcije koje je preduzeo kako bi dokazao svoju pouzdanost. Kandidat / ponuđač je dostavio obrazloženje u kojem je naveo da je proveo organizacione mjere u vidu reorganizacije osoblja zaduženih za vođenje ugovora te da mu je naplaćeno garancija za uredno ispunjenje ugovora, čime je ugovorni organ obeštećen. Kandidat / ponuđač nije dostavio dokaze kojima dokazuje svoje navode.

S obzirom na navedene okolnosti, ugovorni organ isključuje privredni subjekt iz postupka javne nabavke na osnovu člana 45. stava 5. tačke c) Zakona.

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

Primjer odluke o prihvatanju kandidata / ponuđača:

Ugovorni organ i privredni subjekt sklopili su ugovor o javnoj nabavci. Tokom provođenja ugovora, ugovorni organ je pokrenuo postupak raskida ugovora te je ostavilo naknadni rok za otklanjanje nedostatka. Privredni subjekt je u ostavljenom roku djelomično otklonio nedostatke, te je ugovorni organ izjavilo da jednostrano raskida ugovor.

Povodom izjave o raskidu ugovora i naplate garancije za uredno ispunjenje ugovora, privredni subjekt podnosi tužbu nadležnom sudu radi utvrđenja nezakonitog raskida i naplate garancije za uredno ispunjenje ugovora. S obzirom na to da je u toku sudski postupak pred nadležnim sudom to ugovorni organ utvrđuje da nije ostvarena osnova za isključenje kandidata / ponuđača kako je propisano članom 45. stavom 5. tačkom 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 nabavke i nije vezana za prošle događaje, kao što je to na primjer kod sporazuma kojim se narušava tržišna konkurencija 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 / ponuđača dovodi u pitanje njegovu pouzdanost i integritet, jer bi navedenim ponašanjem doveo u zabludu ugovorni organ na osnovu kojega bi se donijela pogrešna odluka o odabiru.

Postupanje na način da kandidat / ponuđač 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, tržišne konkurencije i jednakog tretmana učesnika u postupku javne nabavke, kojim se direktno ugrožava integritet postupka i dovodi u pitanje vjerodostojnost podataka na osnovu kojih ugovorni organ donosi odluku o odabiru najpovoljnijeg ponuđača.

Svrha ove osnove za isključenje je zaštita ugovornog organa od kandidata / ponuđača koji na nepropisan način pokušavaju steći neopravdanu prednost u postupku javne nabavke u odnosu na ostale kandidate / ponuđače. Nepropisan način uticaja na odluku ugovornog organa ogleda se u aktivnom davanju lažnih činjenica odnosno u prešućivanju ili prikrivanju informacija.

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

„- ako je privredni 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 prikriva takve informacije ili nije u stanju priložiti dodatne dokumente u skladu s članom 57.; ili

- ako je privredni subjekt pokušao na neprimjeren način uticati na postupak odlučivanja javnog naručioca, doći do povjerljivih informacija koje bi mu mogle omogućiti nepoštenu prednost u postupku nabavke ili da pruži pogrešnu informaciju koja može imati materijalni uticaj 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 obuhvata i drugu osnovu za isključenje koju predviđa Direktiva o javnoj nabavci, a usko je vezana uz postupanje kandidata / ponuđača u postupku javne nabavke.

11.1. Okolnosti osnove za isključenje

Osnova za isključenje obuhvata 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 netačnih, iskrivljenih ili obmanjujućih informacija kao da su istinite činjenice, s ciljem da se druga osoba dovede u zabludu ili da na osnovu takvih informacija donese određenu odluku.

Navedeno postupanje kandidata / ponuđača može obuhvatati, na primjer:

1. Dostavljanje neistinitih izjava ili potvrda o ispunjavanju uslova za kvalifikaciju (izjava da ispunjava uslov, ali u stvarnosti ne ispunjava),
2. Dostavljanje krivotvorenih ili izmijenjenih dokumenata (krivotvorena izjava, certifikat ili drugi dokument),
3. Netačno 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 kojeg nema suglasnost stručnjaka),
5. Netačno prikazivanje finansijske sposobnosti ili tehničke sposobnosti (izjava o većem finansijskom 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 / ponuđač 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 organu stvaraju pogrešnu sliku o sposobnosti ponuđača. Na taj način ugovorni organ donosi odluku o ispunjavanju uslova na osnovu pogrešnih činjenica.

Navedeno postupanje kandidata / ponuđača može obuhvatati, na primjer:

1. Ne navođenje okolnosti koje utiču na ispunjavanju kvalifikacijskih uslova i/ili kriterija za dodjelu ugovora (na primjer, ne posjedovanje licence, certifikata, broja zaposlenih, ne raspolaganje opremom)
2. Ne navođenje postojanja teškog profesionalnog propusta (na primjer utvrđenog postojanja zabranjenog sporazuma),
3. Ne navođenje postojanja raskida ugovora krivnjom kandidata / ponuđača ili izrečenoj sankciji za povredu ugovornih obaveza,
4. Navođenje izvršenja ugovora, ali prikrivanju informacija da ugovor nije izvršen do kraja, prikazom samo dijela izvedenih radova)

4. Ograničenjima u izvršavanju ugovora (na primjer ne raspolaže dovoljnom opremom za izvršenje ugovora, ne raspolaže ili nema zaposlen dovoljan broj stručnjaka),
5. Ne prijavljivanje podugovarača, za kojeg mu je potrebno odobrenje ugovornog organa,
6. Ne navođenje podatka da mu je certifikat ili licenca istekla,
7. Prikrivanje finansijskog stanja (na primjer insolventnost, stečaj, poreski dug, blokirani račun)

11.1.3. Nemogućnost prilaganja popratnih dokumenata

Ako kandidat / ponuđač nije u mogućnosti dostaviti dokumente kojima dokazuje navode iz ponude ili zahtjeva za učešće, ugovorni organ ima pravo posumnjati u vjerodostojnost dostavljenih informacija u ponudi.

Navedeni dokumenti se mogu odnositi na:

1. Uvjerenja nadležnih organa kojima se dokazuje da ne postoje okolnosti iz člana 45. stava 1. Zakona,
2. Finansijski i drugi odgovarajući dokumenti kojima se dokazuje ekonomska i finansijska sposobnost,
3. Potvrde kojima se dokazuju uslovi tehničke i profesionalne sposobnosti,
4. Licence i/ili certifikati,
5. Tehnička specifikacija,
6. Izjave tražene dokumentacijom o nabavci.

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

1. Situacija objektivne nemogućnosti dostave popratnih dokumenata zbog djelovanja treće strane, na primjer javni organ koji izdaje uvjerenje, nije izdalo uvjerenje te kandidat / ponuđač u ostavljenom roku nije mogao dostaviti traženu dokumentaciju, ili zbog na primjer više sile (elementarna nepogoda) se ne mogu izdati dokumenti. U ovom slučaju, ugovorni organ mora ocijeniti sve okolnosti slučaja i omogućiti dostavljanje popratnih dokumenata.
2. Kandidat / ponuđač nije u mogućnosti dostaviti popratne dokumente zbog okolnosti da su činjenice u ponudi netačne, lažno prikazane ili su informacije prikrivene. U tom slučaju, postoji okolnost da kandidat / ponuđač na nepropisan način utiče na odluku ugovornog organa, što ga čini nepouzdanim kandidatom / ponuđačem, 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 obavezan dostaviti nakon odluke o dodjeli ugovora?“

Odgovor: „U slučaju nedostavljanja dokumentacije od strane najpovoljnijeg ponuđača nakon donošenja o izboru u smislu člana 72. stav (3) Zakona, ugovorni organ može razmotriti isključenje ponuđača na osnovu člana 45. stav (5) tačke 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 ponuđač propustio otkriti, a ne ono što je izričito naveo.

Ugovorni organ mora posumnjati da je kandidat / ponuđač lažno prikazao činjenice ili prikrrio informacije ili je osnovano posumnjao u postojanje navedenih okolnosti prilikom preduzimanja radnji u postupku javne nabavke. Važno je naglasiti da sama sumnja nije dovoljan dokaz i osnova za isključenje ne može se dokazivati na osnovu pretpostavki, već ugovorni organ mora imati konkretne dokaze kojima se potvrđuje da je kandidat / ponuđač lažno prikazao činjenice ili prikrrio informacije. Ugovorni organ 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 (na primjer različit broj zaposlenih),
2. Usporedbom ponude i naknadno dostavljene dokumentacije (na primjer nenavođenjem potpunih informacija o ispunjavanju uslova tehničke i profesionalne sposobnosti)
3. Provjerom ugovornog organa kod izdavaoca dokumenta te se provjerom utvrdi da potvrda nije autentična (na primjer reference, potvrde, uvjerenja),
4. Saznanjem iz javnih registara (na primjer podaci iz sudskog registra, poreskih evidencija, licenci ili drugih javnih baza ne podudaraju se s navodima iz ponude),
5. Žalbom drugog ponuđača koji u žalbenom postupku dostavi dokaze da je odabrani ponuđač dostavio lažne činjenice ili dokumente,
6. Prethodnim iskustvom ugovornog organa u kojem ima saznanja da ponuđač s kojim je već sarađivao ne raspolaže kapacitetima koji su traženi u postupku javne nabavke,
7. Provjerom referenci pri kojoj ugovorni organ utvrdi da ugovor nije izveden, ili da je izveden u manjem obimu ili od strane drugog izvođača,
8. Provjerom javno dostupnih e-sistema (na primjer 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 podugovarači, prikrivanje činjenice da ponuđač ne raspolaže potrebnim resursima za izvršenje ugovora, prikrivanje teških profesionalnih propusta.

Primjer:

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

Dokazi kojima se dokazuje lažno prikazivanje činjenica:

1. Službene evidencije i registri (na primjer sudski registar, potvrda poreske uprave, uvjerenja nadležnih organa, registri licenci, dozvola i ovlaštenja, evidencije ministarstava),
2. Potvrde ili odluke nadležnih organa (na primjer sudovi, ministarstva, komore),
3. Ugovori, reference, potvrde ugovornih organa,
4. Vještačenja ili stručne analize (na primjer kod tehničke specifikacije robe, krivotvorenje potpisa, krivotvoreni certifikati),
5. Zapisnici, izjave, dopisi, službena korespondencija,
6. Službena očitovanja trećih osoba (institucije, ugovorni organi 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 / ponuđač u postupku javne nabavke podnese krivotvorenu službenu ispravu (uvjerenje, licenca, certifikat i slično), isto predstavlja krivično djelo. Ako postoji sumnja da je službena isprava krivotvorena, može se podnijeti krivična prijava. Ako se donese presuda da je

službena isprava krivotvorena, takva presuda predstavlja najsnažniji dokaz da su činjenice lažno prikazane.

11.3. Postupanje ugovornog organa i donošenje odluke

Kandidat / ponuđač je dužan u ponudi navesti sve relevantne, istinite i potpune podatke koje omogućuju ugovornom organu provesti pregled i ocjenu ponuda kako bi donio odluku o odabiru najpovoljnijeg ponuđača. Ako kandidat / ponuđač ne navede sve relevantne, istinite i potpune podatke, time dovodi u zabludu ugovorni organ odnosno na nepropisan način utiče na ugovorni organ u donošenju odluke. Navedenim postupanje čini ovu osnovu za isključenje i na taj način pokazuje ugovornom organu svoju nepouzdanost. Davanje lažnih, nepotpunih informacija ili njihovim prikrivanjem, kandidat / ponuđač umanjuje svoju vjerodostojnost, ali i vjerodostojnost preduzetih 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 ponuđač naveo informaciju, isto bi moglo uticati na odluku ugovornog organa.

Od izrazite je važnosti dokazati da je ponuđač bio dužan dati određenu informaciju. Ugovorni organ 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 nabavke, da je ponuđač znao ili morao znati za tu činjenicu ili informaciju, da informacija nije dostavljena odnosno da je lažno navedena te da je mogla uticati 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 ugovorni organ na osnovu objektivnih činjenica može razumno zaključiti da je ponuđač lažno prikazao činjenicu ili prikrivio informaciju i doveo ugovorni organ 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 ugovorni organ može utvrditi da je kandidata / ponuđač 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 uslova učešća 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 privrednog subjekta. Zbog toga se utvrđenje takvog postupanja ne može smatrati nužnim elementom za isključenje takvog subjekta iz učešća u postupku javne nabavke. Nasuprot tome, kako bi se ponuđača utvrdilo „krivim za ozbiljno“ lažno prikazivanje u smislu navedene odredbe, te ga isključilo iz postupka javne nabavke, dovoljno je da je on odgovoran za nepažnju određenog stepena odnosno nepažnju koja bi mogla imati odlučujući uticaj na odluke o isključivanju, odabiru, ili sklapanju ugovora o javnoj nabavci“...

Slijedom toga, kako bi privrednog subjekta koji je podnio lažnu izjavu, sankcionisalo njegovim isključenjem iz učešća u postupku javne nabavke, ugovorni organ nije dužan dostaviti dokaz postojanja namjerne greške tog privrednog subjekta.“

Primjer iz prakse Suda EU:

Pitanje: Može li privredni subjekt biti isključen iz postupka ako je kriv za ozbiljno lažno prikazivanje činjenica pri dostavljanju podataka koji su imali ili mogli imati uticaja na ishod postupka, pod pretpostavkom da krivnja za lažno prikazivanje proizlazi iz samog davanja pogrešnih podataka javnom naručiocu koji utiču na odluku javnog naručioca o isključenju

privrednog subjekta (i odbijanju njegove ponude), bez obzira na to je li privredni 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 privredni subjekt koji je dostavio lažne podatke (koji ne odgovaraju istini) ili se isto može uzeti i za privrednog subjekta koji je, doduše, dostavio istinite podatke, ali na način koji je bio usmjeren na stvaranje uvjerenja kod javnog naručioca da privredni subjekt ispunjava propisane uslove, iako to nije tačno?

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

Član 45. stav 2. tačku (g) Direktive 2004/18 – koji omogućuje isključenje privrednog subjekta iz učešća u postupku javne nabavke posebno ako je „kriv za ozbiljno” lažno prikazivanje prilikom podnošenja podataka koje je zahtijevao javni naručilac – treba tumačiti tako da se može primijeniti kad je predmetni subjekt odgovoran za nepažnju određenog stepena, odnosno nepažnju koja može imati odlučujući uticaj na odluke o isključenju, odabiru ili dodjeli ugovora o javnoj nabavci, i to nezavisno o utvrđenju namjerne pogreške tog subjekta.⁴⁶

Primjer iz prakse Suda EU:

U mišljenju nezavisnog advokata Manuela Camposa Sanchez-Bordone od 8. maja 2019. u predmetu C-267/18 pred Sudom EU, istaknuto je da nezavisno 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 utiču na odluku koju donosi javni naručilac, što je ujedno i posljedica načela proporcionalnosti.⁴⁷

Teret dokazivanja postojanja osnove za isključenje je na ugovornom organu. Iako ugovorni organ ima pravo isključiti ponuđača, 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 ponuđač dostavio neistinite podatke, prikrio relevantne informacije ili nije mogao dokazati navode iz svoje ponude. Time se osigurava zakonitost postupka i zaštita prava svih učesnika.

Kada ugovorni organ utvrdi da je kandidat / ponuđač počinio osnovu za isključenje, mora pozvati kandidata / ponuđača da dostavi mjere samokorekcije koje je preduzeo kako bi dokazao svoju pouzdanost. Mjere bi mogle posebno obuhvatati mjere vezane uz osoblje ili organizaciju poput raskidanja svih veza s osobama ili organizacijama koje su učestvovala u neprimjerenom ponašanju, odgovarajućih mjera reorganizacije osoblja, uvođenja sistema izvještavanja i nadzora, stvaranja strukture interne revizije kako bi se pratila usklađenost i donošenja pravila o internoj odgovornosti

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

Pitanje: Ugovorni organ je dana 28. 11. 2023. godine donio Odluku o izboru najpovoljnijeg ponuđača, kojom je ponudu drugog ponuđača odbacio u skladu sa članom 68. stavom (I) Zakona o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine, a radi lažnog predstavljanja informacija koje su dokaz ispunjavanja uslova iz člana 45. do 51. Zakona. Naime, prilikom evaluacije ponuda, utvrđeno je da je ponuda ponuđača sadržavala krivotvorene upotrebne dozvole za građevinske mašine i tehničku opremu, koje su bile uslov za dokazivanje tehničke sposobnosti prema članu 51. Zakona. Također, ugovorni organ je u vezi sa navedenim saznanjima dana 18. 12. 2023. godine podnio krivičnu prijavu. Ugovorni organ je nakon ovoga objavio postupak nabavke za istovrsnu

⁴⁶ Suda EU, presuda od 4. maja 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. maja 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

grupu predmeta nabavke. Isti ponuđač je ponovo dostavio ponudu u novoobjavljenom postupku nabavke. Sada se u ponudi ne nalaze krivotvorene upotrebne dozvole za građevinske mašine i tehničku opremu, nego su sada dostavljene druge upotrebne dozvole, upravo ishodne, za koje je potvrđena valjanost od strane institucija koje su ih izdale.

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

Odgovor: U vezi sa mjerama iz člana 45. stav (7) Zakona, te mjere mogle bi posebno obuhvatati mjere vezane uz osoblje ili organizaciju poput raskidanja svih veza s osobama ili organizacijama koje su učestvovala u neprimjerenom ponašanju, odgovarajućih mjera reorganizacije osoblja, uvođenja sistema izvještavanja i nadzora, stvaranja strukture interne revizije kako bi se pratila usklađenost i donošenja pravila o internoj odgovornosti. Privredni subjekti trebali bi imati mogućnost zatražiti da se preispitaju mjere usklađenosti preduzete u svrhu mogućeg uključivanja u postupak nabavke. Ocjenu mjera koje je preduzeo kandidat / ponuđač vrši ugovorni organ, te u svakom konkretnom slučaju, donosi odluku o isključenju u kojoj će obrazložiti razloge za neprihvatanje mjera ili ukoliko smatra da su preduzete mjere primjerene takvog kandidata / ponuđača neće isključiti iz postupka javne nabavke.

Tok postupanja ugovornog organa:

1. Mora biti podnesena ponuda kandidata / ponuđača u postupku javne nabavke;
2. Ugovorni organ mora dokazati lažno prikazivanje činjenica pri dostavi podataka potrebnih za provjeru kvalifikacijskih i/ili kriterija za dodjelu ugovora, prikrivanje takvih informacija ili nemogućnost prilaganja popratnih dokumenata;
3. Protivpravno postupanje mora biti počinjenom u postupku javne nabavke ugovornog organa koji ocjenjuje protivpravno postupanje;
4. Ako se dokaže lažno prikazivanje činjenica pri dostavi podataka potrebnih za provjeru kvalifikacijskih i/ili kriterija za dodjelu ugovora, prikrivanje takvih informacija ili nemogućnost prilaganja popratnih dokumenata, ugovorni organ upućuje zahtjev kandidatu / ponuđaču za dostavu dokaza o preduzetim mjerama samokorekcije;
5. Ugovorni organ provodi ocjenu o preduzetim mjerama samokorekcije, kako bi se na osnovu načela proporcionalnosti utvrdila pouzdanost kandidata / ponuđača;
6. Ugovorni organ na osnovu provedene ocjene pouzdanosti, donosi odluku o isključenju ili prihvatanju, koja mora biti obrazložena.

Na osnovu utvrđene osnove za isključenje, ocjene pouzdanosti kandidata / ponuđača te preduzetih mjera samokorekcije, ugovorni organ 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 osnovu kojih dokaza i radnji je ugovorni organ utvrdio da je činjenica lažna ili informacija prikrivena ili dokument nije dostavljen,
3. Je li navedena okolnost bila navedena u tenderskoj dokumentaciji ili Zakonu,
4. Je li navedena okolnost nužna za odlučivanje ugovornog organa,
5. Ima li navedena okolnost uticaj na drugačiju odluku ugovornog organa.

Primjer odluke:

"U postupku provjere utvrđeno je da ponuđač u ponudi nije naveo činjenicu da ključni stručnjak naveden za izvršenje ugovora nije zaposlen niti ugovorno angažiran kod ponuđača. 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 ponuđač prikrrio 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. stava 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 prikrrio takve informacije ili nije u stanju priložiti popratne dokumente“. U predmetnom postupku javne nabavke u 2023. godini, ponuđač je kao dokaze o ispunjavanju uslova iz tehničke i profesionalne sposobnosti, dostavila Certificate 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 Certificate. “⁴⁸

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

12.1. Odredbe Zakona o sukobu interesa

Sukob interesa definisan je članom 52. Zakona, kojim se propisuje da sukob interesa između ugovornog organa i privrednog subjekta obuhvata situacije kada predstavnici ugovornog organa, koji su uključeni u provođenje postupka javne nabavke ili mogu uticati na ishod tog postupka, imaju, direktno ili indirektno, finansijski, privredni ili bilo koji drugi lični interes koji bi se mogao smatrati štetnim za njihovu nepristrasnost i nezavisnost u sklopu postupka (na primjer, a posebno, ali nije ograničeno, upravljački poslovi u privrednom subjektu ili vlasništvo u privrednom subjektu s više od 0,5%).

Ugovorni organ dužan je preduzimati odgovarajuće mjere kako bi efikasno spriječilo, prepoznalo i uklonilo sukobe interesa u vezi s postupkom javne nabavke, a radi izbjegavanja narušavanja tržišne konkurencije i osiguranja jednakog postupanja prema svim privrednim subjektima.

Predstavnikom ugovornog organa se smatra: rukovodilac te član upravnog, upravljačkog i nadzornog tijela ugovornog organa, član komisije za javnu nabavku i druga osoba koja je uključena u provođenje ili koja može uticati na odlučivanje ugovornog organa u postupku javne nabavke, te njihove povezane osobe (srodnike po krvi u pravoj liniji ili u pobočnoj liniji do trećeg stepena, srodnike po tazbini do drugog stepena, bračnog ili vanbračnog druga, bez obzira na to je li brak prestao, te usvojitelje i usvojenike).

Predstavnik ugovornog organa mora dati izjavu o postojanju ili nepostojanju sukoba interesa, koju je dužan ažurirati bez odgode ako nastupe promjene. Na osnovu datih izjava, na internet stranicama ugovornog organa (ako nema, na internet stranici osnivača) i u tenderskoj dokumentaciji navode se

⁴⁸ Odluka o odabiru od 08. 03. 2024. godine ugovornog organa 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

privredni subjekti s kojima je ugovorni organ u sukobu interesa ili se navodi da takvi privredni subjekti ne postoje. U slučaju saznanja o postojanju sukoba interesa, član stručne komisije za javnu nabavku i druga osoba koja je uključena u provođenje ili koja može uticati na odlučivanje ugovornog organa u postupku javne nabavke, obavezna je odmah se izuzeti iz postupka javne nabavke i o tome obavijestiti rukovodioca ugovornog organa.

U skladu sa članom 45. stavom 5. tačkom e) Zakona, u slučaju da se u postupku javne nabavke ostvari nastup okolnosti postojanja sukoba interesa, koji se ne može ukloniti drugim manje drastičnim mjerama, ugovorni organ je ovlašten isključiti privredni subjekt s kojim je predstavnik naručioca u sukobu interesa.

Svrha zakonskih odredbi o efikasnom sprečavanju i uklanjanju sukoba interesa je sankcionisanje stvarno dokazane pristranosti u postupku javne nabavke, ali i sprečavanje svake stvarne i potencijalne situacije koja može dovesti do opravdane sumnje u nepristrasnost, 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 konkretnog slučaja te nije nužno dokazati da je nastupio stvarni pristrani uticaj na postupak javne nabavke, već je dovoljno dokazati da postoje okolnosti koje mogu uticati ili se razumno mogu smatrati da utiču na pristranost postupka javne nabavke. Situacija sukoba interesa odnosno povezanosti predstavnika ugovornog organa i privrednog subjekta stvara sumnju u nepristrasnost postupanja koje bi privrednom subjektu dala prednost u odnosu na druge učesnike u postupku javne nabavke.

U ovom konkretnom slučaju, osnova za isključenje nastaje ne samo na strani privrednog subjekta, već i na strani ugovornog organa, jer je nužna povezanost ugovornog organa i privrednog subjekta. Iz tog razloga, ugovorni organ je nužno preduzeti svojevrzne korektivne mjere koje se ogledaju u preduzimanju drugih manje drastičnih mjera kojima se uklanja sukob interesa, ali i privredni subjekt mora preduzeti mjere samokorekcije da bi dokazao svoju pouzdanost. Tek nakon procjene mogućnosti preduzimanja korektivnih mjera jedne strane i mjera samokorekcije s druge strane, i ocjene da preduzete mjere nisu dovoljne, može se donijeti odluka o isključenju privrednog subjekta.

12.2. Dokazivanje postojanja sukoba interesa

U postupku javne nabavke teret dokazivanja ne znači nužno da je potrebno dokazati da je nastupilo pogodovanje određenom privrednom subjektu, već je dovoljno dokazati postojanje okolnosti koje objektivno mogu stvoriti opravdanu sumnju u nepristrasnost osobe koja je uključena u postupak javne nabavke, a koju ugovorni organ mora istražiti.

Ako postoje objektivne okolnosti koje mogu dovesti u sumnju nepristrasnost 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 konkretne okolnosti slučaja.⁴⁹

Sukob interesa postoji ako je predstavnik ugovornog organa učestvovao u pripremi tehničke dokumentacije (troškovnik) ili tehničkih specifikacija, pripremi projektnog zadatka, pripremi kvalifikacijskih uslova 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 organa o postojanju odnosno nepostojanju sukoba interesa. U slučaju postojanja sukoba interesa, predstavnik ugovornog organa dužan je navesti privredne subjekte s kojima je u sukobu

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

interesa, ili njegove povezane osobe. Ti privredni subjekti se navode u tenderskoj dokumentaciji, što je u skladu s načelom transparentnosti. U tom slučaju, navedeni privredni subjekti ne mogu učestvovati u postupku javne nabavke.

Međutim, postoje situacije u kojima predstavnik ugovornog organa nije naveo privredne subjekte s kojima je u sukobu interesa, ili njegove povezane osobe. U tom slučaju, privredni subjekti nisu obaviješteni putem tenderske dokumentacije da su u sukobu interesa i u skladu s tim navodima, mogu podnijeti ponudu u postupku javne nabavke. Ali, tada nastupa situacija dokazivanja da je predstavnik ugovornog organa ipak u sukobu interesa s određenim privrednim subjektom. Sukob interesa se može dokazivati jednim konkretnim dokazom iz kojega se sa sigurnošću može utvrditi postojanje odnosa predstavnika ugovornog organa i privrednog subjekta (na primjer izvadak iz sudskog registra) ili s kombinacijom više dokaza (na primjer 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 privredni subjekti s kojima je predstavnik ugovornog organa u sukobu interesa, ili ako nisu navedeni, a utvrdi se da je izjava o sukobu interesa neistinita, ono predstavlja dokaz o povredi nepristrasnosti i integriteta postupka,
2. Izvadak iz sudskog registra predstavlja najjači dokaz iz kojeg je vidljivo da je predstavnik ugovornog organa u nekom odnosu s privrednim subjektom (na primjer član uprave ili odgovorna osoba, vlasnik / suvlasnik i slično),
3. Dokazi o rodbinskim i porodičnim vezama, koji vrijedi za povezane osobe za koje predstavnik ugovornog organa nije dao izjavu o sukobu interesa (izvodi iz matičnih knjiga, podaci iz službenih evidencija, javno dostupni registri)
4. Elektronska komunikacija o razmjeni informacija o predmetu nabavke, između predstavnika ugovornog organa i privrednog subjekta kojoj nemaju pristup ostali privredni subjekti,
5. Tehnička dokumentacija, specifikacija ili projektni zadatak iz kojega je vidljivo koja je osoba izrađivala dokumente i postoji li povezanost s privrednim subjektom (na primjer projektant – obavezan dati izjavu o sukobu interesa),
6. Interni dopisi i službene zabilješke iz kojih je vidljivo ko je inicirao postupak, predlagao uslove i zahtjeve tenderske dokumentacije (iako formalno nisu navedeni u odluci o imenovanju, kroz pripremu utiču na postupak)
7. Odluka o imenovanju kojom se dokazuje formalno učešće u postupku javne nabavke (odluka o imenovanju komisije za javnu nabavku, odluka o imenovanju projektnog tima i slično)
8. Zapisnik o pregledu i ocjeni ponuda iz kojih je vidljivo tko je učestvovao u pripremi postupka, pregledu i ocjeni ponuda te odlučivanju,
9. Odluka o odabiru koja je potpisana od strane predstavnika ugovornog organa koji ima ovlaštenje u odlučivanju.

Ono što je ključno za naglasiti je da sukob interesa predstavlja svaki odnos koji može direktno ili indirektno, putem finansijskog, privrednog ili bilo kojeg drugog osobnog interesa, smatrati se štetnim za nepristrasnost i nezavisnost postupka javne nabavke. Iz tog razloga, ako ne postoje konkretni dokazi, moguće je sukob interesa dokazivati i putem skupa dokaza koji zajednički ukazuju na postojanje odnosa kojima se utiče na nepristrasnost i nezavisnost postupka. Takvi zajednički indikativni dokazi mogu biti: tenderski uslovi koje može ispuniti samo jedan ponuđač, tehničke specifikacije kojima udovoljava samo jedan ponuđač, prethodna povezanost predstavnika ugovornog organa i privrednog subjekta (na primjer, zaposlenje kod privrednog subjekta i prelazak kod ugovornog organa). Međutim, u takvim slučajevima će dokazivanje biti otežano, jer nema konkretnog dokaza o postojanju sukoba interesa.

Sukob interesa se dokazuje na osnovu objektivnih činjenica koje povezuju osobu uključenu u pripremu i provođenje postupka javne nabavke te donošenja odluka, s privrednim subjektom i njihovu

povezanost, kojom je osoba imala mogućnost uticati na postupak javne nabavke i koja je mogla uticati na nepristrasnost i nezavisnost postupka javne nabavke.

Da bi se utvrdio sukob interesa potrebno je utvrditi:

1. Predstavnik ugovornog organa je učestvovao u pripremi (tehničke specifikacije, projektni zadatak) i provođenju postupka javne nabavke (priprema uslova i zahtjeva tenderske dokumentacije i pregled i ocjena ponuda) te donošenju odluke (odluke o odabiru najpovoljnijeg ponuđača, odluka o poništenju postupka),
2. Povezanost predstavnika ugovornog organa s privrednim subjektom u vidu da predstavnik ugovornog organa ima direktni ili indirektni, finansijski, privredni ili drugi lični interes s privrednim subjektom,
3. Mogućnost uticaja na propisivanje uslova i zahtjeva tenderske dokumentacije.

Primjeri sukoba interesa:

1. Član komisije za javnu nabavku je bračni drug člana uprave privrednog subjekta koji može podnijeti ponudu u postupku javne nabavke.
2. Direktor sektora koji inicira postupak javne je brat vlasnika privrednog subjekta koji je sastavljao tehničku specifikaciju za postupak javne nabavke.
3. Privredni subjekt je imao saznanja o tehničkim specifikacijama i zahtjevima iz postupka javne nabavke prije objave postupka javne nabavke, jer je osoba koja priprema tehničke specifikacije i zahtjeve, brat člana uprave privrednog subjekta.

U svakom konkretnom slučaju, ako postoji povezanost ugovornog organa i privrednog subjekta, ugovorni organ dužan je ispitati eventualno postojanje sukoba interesa i preduzeti prikladne mjere za sprečavanje, otkrivanje i njegovo otklanjanje.⁵⁰

12.3. Druge manje drastične mjere kojima se uklanja sukob interesa

U slučaju utvrđenja i dokazanosti postojanja sukoba interesa, ugovorni organ može isključiti tog privrednog subjekta iz postupka javne nabavke. Međutim, ugovorni organ prije isključenja mora razmotriti mogućnosti uklanjanja sukoba interesa preduzimanjem 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 nabavke. Te mjere predstavljaju svojevrzne korektivne mjere koje se preduzimaju u svrhu nastavka postupka.

Druge manje drastične mjere mogu biti, na primjer:

1. Izuzeće predstavnika ugovornog organa iz postupka javne nabavke koji je u sukobu interesa s privrednim subjektom,
2. Imenovanje novog komisije za javnu nabavku,
3. Izmjena tenderske dokumentacije i produžetak trajanja faze postupka javne nabavke odnosno produžetak roka za dostavu ponuda,
4. Izmjena ili revizija tehničkih specifikacija te uslova i zahtjeva tenderske dokumentacije od strane nezavisnih osoba.
5. Ponavljanje pojedine faze postupka (na primjer pregleda i ocjene ponuda),
6. Poništenje postupka javne nabavke i pokretanje novog postupka javne nabavke.

Izuzeće predstavnika ugovornog organa je moguće samo ako se radi o članu komisije za javnu nabavku i drugoj osobi koja je uključena u provođenje ili koja može uticati na odlučivanje ugovornog organa u postupku javne nabavke. U tom slučaju, predstavnik ugovornog organa može se izuzeti iz daljih aktivnosti u postupku javne nabavke. Izuzimanje je moguće samo ako se u nastavku postupka

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

može osigurati nepristrasnost. Ako se radi o rukovodiocu te članu upravnog, upravljačkog i nadzornog tijela ugovornog organa, njegovo izuzimanje nije predviđeno.

Imenovanje novog komisije za javnu nabavku može predstavljati manje drastičnu mjeru samo ako tehnička dokumentacija, specifikacije, projektni zadatak ili uslovi i zahtjevi tenderske dokumentacije nisu sporni, već je sporna faza pregleda i ocjene ponuda. Tada se može imenovati novu komisiju za javnu nabavku 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 organa uticao na izradu tehničke dokumentacije, specifikacije, projektnog zadatka ili uslove i zahtjeve tenderske dokumentacije, mogu se izmijeniti tehnička dokumentacija, specifikacije, projektni zadatak ili uslovi i zahtjevi tenderske dokumentacije te produžiti rok za dostavu ponuda, kako bi se omogućili svim privrednim subjektima jednaki uslovi pristupa postupku javne nabavke.

Ugovorni organ može angažirati nezavisne vanjske stručnjake ili revizore kako bi revidirali tehničku dokumentaciju, specifikacije, projektni zadatak ili uslove i zahtjeve tenderske dokumentacije, koji bi utvrdili jesu li uslovi određeni na objektivan i nepristrasan način koji omogućuje podnošenje ponuda većem broju privrednih subjekata ili su prilagođeni potencijalnom jednog privrednom subjektu. U tom slučaju bi predložili izmjenu tenderske dokumentacije.

Ponavljanje pojedine faze postupka je moguće samo ako se sukob interesa može ukloniti u toj fazi postupka javne nabavke odnosno ako faza postupka javne nabavke nije završila. Na primjer, ako je sukob interesa otkriven u fazi do otvaranja ponuda, tada se može ili napraviti revizija tenderske dokumentacije i produžiti rok za dostavu ponuda, ili ako je sukob interesa otkriven u fazi pregleda i ocjene ponuda, može se imenovati novu komisiju za javnu nabavku koja će pregledati i ocijeniti ponude, ali samo pod uslovom da prethodni članovi komisije nisu učestvovali u pripremi tenderske dokumentacije.

Poništenje postupka javne nabavke i pokretanje novog postupka javne nabavke je mjera koja je manje drastična od isključenja privrednog subjekta i dolazi do izražaja samo u slučaju kada je dovedeno u pitanje nepristrasnost i integritet cijelog postupka javne nabavke. Međutim, ova mjera će u većini slučajeva za ugovorni organ biti neprihvatljiva te će se ugovorni organ odlučiti za isključenje privrednog subjekta, nego što će poništiti postupak javne nabavke. Ako je u postupku javne nabavke učestvovao samo jedan privredni subjekt za kojeg se utvrdi da je u sukobu interesa s predstavnikom ugovornog organa, poništenje postupka će biti jedina mogućnost, jer nakon isključenja takvog privrednog subjekta, ne preostaje niti jedan privredni subjekt kojega ugovorni organ može prihvatiti te je obavezan poništiti postupak javne nabavke.

Primjer obrazloženja mogućnosti primjene manje drastičnih mjera:

Ugovorni organ je razmotrio mogućnost primjene manje drastičnih mjera radi otklanjanja sukoba interesa nastalog u postupku javne nabavke. Ugovorni organ je utvrdio da je povezana osoba člana komisije za javnu nabavku, član uprave privrednog subjekta. Ugovorni organ je razmatranjem utvrdio da se izuzimanjem člana komisije za javnu nabavku i imenovanjem druge zamjenske osobe sukob interesa može uspješno otkloniti sukob interesa manje drastičnim mjerama. Naime, predmetna osoba nije učestvovala u izradi tehničke dokumentacije niti specifikacije niti projektnog zadatka te nije učestvovala u pripremi uslova i zahtjeva tenderske 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 komisije za javnu nabavku nije učestvovao u pripremi postupka, a postojanje sukoba interesa je otkriveno prije roka za dostavu ponuda, njegovim izuzimanjem i imenovanjem zamjene uspješno bi se otklonio potencijalni uticaj postojanja sukoba interesa na dalje aktivnosti u provođenju postupka javne nabavke, to navedene manje drastične mjere predstavljaju dovoljne mjere za otklanjanje sukoba interesa.

Međutim, ako je predstavnik ugovornog organa koji je u sukobu interesa s privrednim subjektom učestvovao 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 učešća, smatra se da sukob interesa nije moguće ukloniti naknadnim manje drastičnim mjerama. Tada, sukob interesa ima karakter povrede kojom se narušava nepristrasnost i integritet postupka javne nabavke, kojim se narušavaju načela javne nabavke.

U takvim okolnostima narušena su načela jednakog tretmana, transparentnosti i tržišne konkurencije, pa bi nastavak postupka s privrednim subjektom s kojim je predstavnik ugovornog organa u sukobu interesa, doveo u pitanje zakonitost i nepristrasnost cijelog postupka javne nabavke.

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

1. Sukob interesa postojao je tokom bitnih faza postupka javne nabavke, koje su završile i koje se ne mogu ponoviti,
2. Nije moguće utvrditi u kojoj je mjeri odnos predstavnika ugovornog organa s privrednim subjektom uticao na sadržaj tenderske dokumentacije ili položaj tog privrednog subjekta u odnosu na druge privredne subjekte,
3. Ne može se osigurati jednak položaj ostalih privrednih subjekata koji su učestvovali ili mogli učestvovati u postupku,
4. Naknadno izuzeće predstavnika ugovornog organa ne može ukloniti posljedice radnji koje su već preduzete.

Prilikom procjene efikasnosti preduzimanja 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 uticaj kojim se narušava nepristrasnost i integritet postupka javne nabavke 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 nabavke. Ugovorni organ mora dokazati da primjena manje drastičnih mjera nije dovoljna da bi se otklonio sukob interesa kroz analizu konkretnih radnji preduzetih u postupku javne nabavke i njihov uticaj na odlučivanje te bi li se preduzimanjem tih mjera mogao anulirati ishod preduzetih radnji u postupku javne nabavke.

Primjer obrazloženja nemogućnosti primjene manje drastičnih mjera:

Ugovorni organ je razmotrio mogućnost primjene manje drastičnih mjera, uključujući izuzeće uključene osobe, imenovanje nove komisije za javnu nabavku i ponovni pregled i ocjenu ponuda. Međutim, utvrđeno je da je predmetna osoba učestvovala u izradi tehničkih specifikacija i definisanju uslova tenderske dokumentacije u postupku javne nabavke. Posljedice navedenog učešća više nije moguće naknadno otkloniti, jer su tehnički zahtjevi već ugrađeni u tendersku dokumentaciju te su predstavljali osnovu za pripremu i dostavu ponuda svih privrednih subjekata. U postupku javne nabavke istekao je rok za dostavu ponuda te su ponude dostavljene i u toku je pregled i ocjena ponuda. Nije moguće ponoviti fazu do roka za dostavu ponuda, te se preduzimanjem manje drastičnih mjera u ovoj fazi postupka pregleda i ocjene ponude ne može otkloniti uticaj na nepristrasnost i integritet postupka javne nabavke. Na osnovu navedenog, uticaj sukoba interesa na postupak javne nabavke već je nastao i njegovi učinci ne mogu se otkloniti izuzećem osobe niti imenovanjem nove komisije niti drugim manje drastičnim mjerama.

12.4. Postupanje ugovornog organa 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 direktni ili indirektni, finansijski, privredni ili bilo koji drugi lični interes koji bi se mogao smatrati štetnim za nepristrasnost i nezavisnost u sklopu postupka javne nabavke između predstavnika ugovornog organa ili njegovih povezanih osoba i privrednog subjekta,
2. Da je predstavnik ugovornog organa učestvovao u pripremi i provođenju postupka javne nabavke, u kojem je mogao uticati na tok postupka javne nabavke i donošenje odluke, i
3. Da sukob interesa nije moguće otkloniti manje drastičnim mjerama kako bi se sačuvala nepristrasnost i integritet postupka javne nabavke.

U slučaju da ugovorni organ utvrdi navedene elemente, donosi odluku o postojanju sukoba interesa. Međutim, prije donošenja odluke o isključenju privrednog subjekta, mora ga pozvati da dostavi dokaze o preduzetim mjerama samokorekcije kojima će dokazati svoju pouzdanost. U ovom slučaju, radi se o ostvarenju osnove za isključenje koja nastaje u samom postupku javne nabavke, a ne kao posljedica prošlih protivpravnih postupanja privrednog subjekta. Mjere samokorekcije kod osnove za isključenje zbog postojanja sukoba interesa, su radnje koje privredni subjekt preduzima kako bi dokazao da, unatoč postojanju sukoba interesa, takav odnos nije uticao na podnošenje ponude u postupku javne nabavke i na donošenje odluke.

Mjere samokorekcije mogu biti, na primjer:

1. Prekid odnosa s osobom koja je uzrokovala sukob interesa, na primjer razrješenje s funkcije, premještanje ili isključenje iz projekta,
2. Donošenje i provođenje internih pravila za sprečavanje sukoba interesa, uključujući obavezu prijavljivanja potencijalnih sukoba,
3. Edukacija zaposlenika i uprave o integritetu, etici i pravilima javne nabavke,
4. Provođenje unutrašnjih kontrola i nadzora, uključujući nezavisne provjere i revizije postupanja zaposlenika,
5. Potpuna saradnja s ugovornim tijelom radi razjašnjenja okolnosti nastanka sukoba interesa,
6. Dokazivanje da sukob interesa nije mogao uticati na tržišnu konkurenciju ili ishod postupka, odnosno da su preduzete odgovarajuće mjere za uklanjanje te mogućnosti.

Pri ocjeni mjera samokorekcije, ugovorni organ mora procijeniti jesu li mjere dovoljne za dokazivanje pouzdanosti privrednog subjekta odnosno da postojanje sukoba interesa nije narušilo nepristrasnost i integritet postupka javne nabavke, te za uklanjanje rizika od ponavljanja nepravilnosti.

Tok postupanja ugovornog organa:

1. Mora biti podnesena ponuda kandidata / ponuđača u postupku javne nabavke;
2. Ugovorni organ mora utvrditi da je zbog postojanja sukoba interesa narušena nepristrasnost i integritet postupka javne nabavke;
4. Ugovorni organ mora procijeniti može li manje drastičnim mjerama ukloniti sukob interesa odnosno sa svoje strane mora preduzeti korektivne mjere;
5. Ako ugovorni organ utvrdi da ne može manje drastičnim mjerama ukloniti sukob interesa, upućuje zahtjev kandidatu / ponuđaču za dostavu dokaza o preduzetim mjerama samokorekcije;
6. Ugovorni organ provodi ocjenu o preduzetim mjerama samokorekcije, kako bi se na osnovu načela proporcionalnosti utvrdilo da povezanost nije uticala na ishod postupka;
7. Ugovorni organ na osnovu provedene ocjene, donosi odluku o isključenju ili prihvatanju, koja mora biti obrazložena.

Primjer odluke o isključenju:

Nakon analize utvrđenih činjenica i primjene člana 52. Zakona, ocjenjuje se da u predmetnom postupku postoji sukob interesa između ugovornog organa i privrednog subjekta koji ozbiljno dovodi u pitanje nepristrasnost, transparentnost i jednak tretman učesnika postupka javne nabavke.

Ugovorni organ je razmotrio mogućnost primjene drugih manje drastičnih mjera za otklanjanje posljedica sukoba interesa, u vidu izuzimanja člana komisije za javnu nabavku i imenovanja zamjene člana komisije za javnu nabavku. Međutim, utvrđeno je da je član komisije za javnu nabavku pripremao uslove tenderske dokumentacije koji su predstavljali osnovu za pripremu i dostavu ponuda, te su ponude dostavljene i u toku je pregled i ocjena ponuda. Kako nije moguće ponoviti fazu do roka za dostavu ponuda, to se preduzimanjem manje drastičnih mjera u ovoj fazi postupka pregleda i ocjene ponude ne može otkloniti uticaj na nepristrasnost i integritet postupka javne nabavke. Ugovorni organ je razmotrio mogućnost poništenja postupka javne nabavke i pokretanja novog postupka javne nabavke, ali kako se radi o predmetu nabavke za koji je obavezno osigurati kontinuitet, radi ostvarenja obavljanja djelatnosti ugovornog organa, poništenje postupka za ugovorni organ nije prihvatljivo, jer nije u mogućnosti obavljati svoju djelatnost bez ovog predmeta nabavke.

S obzirom na to da se učinci nastalog sukoba više ne mogu efikasno neutralizirati, ispunjeni su uslovi za isključenje privrednog subjekta iz predmetnog postupka javne nabavke u skladu sa članom 45. stavu 5. tački e) Zakona, jer se time štiti zakonitost i integritet postupka javne nabavke.

13. PREPORUKE

Na osnovu prikazanih relevantnih zakonskih odredbi evropskog i nacionalnog zakonodavstva, prakse Suda EU, mišljenja Agencije, prikaza stvarnih situacija i prijedloga postupanja, u nastavku se daju preporuke čija je svrha doprinijeti poboljšanju sistema javne nabavke u BiH.

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

U vidu propisanih fakultativnih osnova za isključenje i mogućnosti preduzimanja mjera samokorekcije, te ocjene preduzetih mjera samokorekcije prema načelu proporcionalnosti u odnosu na počinjene povrede, potrebna je dalja razrada zakonskih odredbi. Ono što je posebno naglasiti da su ugovorni organi dužni primjenjivati odredbe o primjeni i procjeni mjera samokorekcije prilikom utvrđenja postojanja osnove za isključenje u svrhu ocjene pouzdanosti ponuđača.

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

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

Potrebno je razjasniti da za vrijeme trajanja perioda isključenja od 12 mjeseci, kandidati / ponuđači mogu dostaviti ugovornom organu dokaze o preduzetim mjerama samokorekcije kojima dokazuju svoju pouzdanost te da ugovorni organ mora procijeniti preduzete mjere samokorekcije u odnosu na učinjenu povredu, primjenjujući načelo proporcionalnosti. Istekom roka od 12 mjeseci, prema privrednom subjektu se postupa kao da fakultativna osnova za isključenje ne postoji.

Sporazum kojem je cilj narušavanje tržišne konkurencije:

Iz odredbi Direktive o javnoj nabavci, kao i prakse Suda EU, te iz prakse država članica, proizlazi da je ugovorni organ ovlašten utvrđivati u postupku javne nabavke postojanje sporazuma kojim se narušava tržišna konkurencija, na osnovu dovoljno vjerovatnih pokazatelja. Ako ugovorni organ u postupku javne nabavke posumnja na osnovu dovoljno vjerovatnih pokazatelja – podudarnosti u ponudama, ovlašten je isključiti ponuđače iz postupka javne nabavke. Pored toga u EU, ugovorni organ može isključiti ponuđače iz postupka javne nabavke i ako postoji odluka nadležnog organa za zaštitu tržišne konkurencije ili odluka suda, kojima se utvrđuje da su privredni subjekti – ponuđači, sklopili zabranjeni sporazum u području javne nabavke.

Zakon omogućuje ugovornom organu da isključi ponuđače zbog postojanja zabranjenog sporazuma, samo ako raspolaže dokazom da je ponuđač sklopio zabranjeni sporazum, koji dokaz su: odluka Konkurencijskog vijeća, odluka suda ili drugog nadležnog organa.

Preporuka je da ugovorni organ dobije ovlaštenje da na osnovu dovoljno vjerovatnih pokazatelja utvrdi postojanje sporazuma kojim se narušava tržišna konkurencija u tačno određenom postupku javne nabavke koji je u toku, pored mogućnosti raspolaganja dokazom o postojanju zabranjenog sporazuma, kako bi se u potpunosti uskladilo s EU zakonodavstvom, te u skladu s time preduzima dalje pravne korake, kao što je pokretanje postupka pred Konkurencijskim vijećem. Naime, potrebno je razlikovati zabranjeni sporazum – kartel, čije je utvrđenje u isključivoj nadležnosti Konkurencijskog vijeća od postojanja sporazuma u samom postupku javne nabavke, u koji bi ugovorni organ posumnjao i na osnovu sumnje i dovoljno vjerovatnih pokazatelja odnosno indicija isključio ponuđače. Radi se o dvije različite fakultativne osnove za isključenje koje su zasebno propisane i za koje postoje različiti dokazi njihova utvrđenja, upravo kako to i proizlazi iz Direktive o javnoj nabavci. Dakle, u tom smislu bi bilo potrebno proširiti katalog fakultativnih osnova za isključenje. Na osnovu sumnje i indicija u sporazum kojim se narušava tržišna konkurencija, ugovorni organ bi mogao isključiti ponuđača, te povodom toga, podnijeti zahtjev Konkurencijskom vijeću da provede postupka i potencijalno utvrdi postojanje zabranjenog sporazuma – kartela i o tome donese odluku.

Teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje integritet ponuđača:

Direktiva o javnoj nabavci 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 definiše pojam teškog profesionalnog propusta, u svrhu nedvosmislene primjene i provođenja postupka u slučaju postojanja teškog profesionalnog propusta.

U nacionalnom zakonodavstvu, teški profesionalni propust mora biti vezan uz predmet nabavke za koje ugovorni organ provodi postupak javne nabavke. Iz prakse Suda EU proizlazi da svako ponašanje koje dovodi u pitanje profesionalni integritet, vjerodostojnost ili pouzdanost privrednog subjekta potpada pod pojam teškog profesionalnog propusta. U tom smislu, potrebno je definisati šire pojam teškog profesionalnog propusta, jer ako kod privrednog subjekta postoji protivpravno postupanje koje nije vezano uz predmet nabavke, takav privredni subjekt itekako može biti nepouzdan partner ugovornom organu i za provođenje ugovora koji nije vezan uz predmet nabavke za koji ugovorni organ provodi postupak javne nabavke.

Dalji uslov postojanja teškog profesionalnog propusta je da mora biti učinjen kod tog ugovornog organa koji provodi postupak javne nabavke. Ako kod privrednog subjekta postoji protivpravno postupanje koje je okarakterisano kao teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje njegov integritet, takav privredni subjekt je nepouzdan partner svakom ugovornom organu, nezavisno od toga kod kojeg ugovornog organa je takvo protivpravno postupanje učinjeno. Stoga, potrebno je definisati da teški profesionalni propust je takvo postupanje privrednog subjekta koje dovodi u pitanje njegov integritet, nezavisno od toga kod kojeg ugovornog organa je nastalo.

Iz odredbi člana 45. stava 5. tačke b) Zakona ne proizlazi da teški profesionalni propust mora biti vezan uz predmet nabavke niti mora biti učinjen kod tog ugovornog organa koji provodi postupak javne nabavke. Iz tog razloga, zakonska odredba nije ograničenje za definisanje teškog profesionalnog propusta u smislu evropskog zakonodavstva te njegovog utvrđenja nezavisno za koji predmet nabavke je počinjen niti kod kojeg ugovornog organa je nastao.

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

Smisao isključenja kandidata / ponuđača iz postupka javne nabavke na osnovu postojanja činjenica značajnih nedostataka tokom provođenja prethodnog javnog ugovora ili prethodnog ugovora sa sektorskim ugovornim organom čija je posljedica bila prijevremeni raskid tog prethodnog ugovora, naknada štete ili druga slična sankcija, je isključenje kandidata / ponuđača koji svojom krivnjom nije izvršio ugovorne obaveze prema ugovornom organu, te ga takvo postupanje čini nepouzdanim budućim ugovorni partnerom.

Ono što je ključno za naglasiti je da takav kandidat / ponuđač je nepouzdan partner ugovornom organu, nezavisno od toga kod kojeg ugovornog organa je nastupila ova osnova za isključenje i nezavisno u kojem predmetu nabavke je nastupila ova osnova za isključenje. Privredni subjekti mogu obavljati više djelatnosti istovremeno, te mogu podnositi ponude za više vrsta predmeta nabavke kod više ugovornih organa.

Stoga, ako je privredni subjekt ostvario ovu osnovu za isključenje kod nekog drugog ugovornog organa, različitog od onoga koji provodi postupak javne nabavke, to ne znači da je taj privredni subjekt pouzdan ugovorni partner ugovornom organu koji provodi postupak javne nabavke, ako mu je utvrđena osnova za isključenje kod drugog ugovornog organa, ili više njih. Ugovorni organ bi morao moći utvrditi samostalno pouzdanost kandidata / ponuđača zbog ostvarenja osnove za isključenje koje je nastupilo kod bilo kojeg ugovornog organa, uvažavajući okolnosti nastupa osnove za isključenje, ali i uzimajući u obzir preduzete mjere samokorekcije.

Isto tako, ako je privredni subjekt ostvario ovu osnovu za isključenje za predmet nabavke koji nije predmet nabavke postupka za koje provodi postupak javne nabavke ugovorni organ, također bi trebalo omogućiti ugovornom organu da ocjenjuje pouzdanost kandidata / ponuđača, jer nezavisno o kojem predmetu nabavke je riječ, nastup ove osnove za isključenje dovodi u pitanje pouzdanost kandidata / ponuđača za izvršenje budućeg ugovora. Ocjena pouzdanosti bi se trebala omogućiti na osnovu utvrđenih činjenica i okolnosti nastupa osnove za isključenje, te uzimajući u obzir preduzete 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 nabavci koje propisuju uticaj ponuđača na donošenje odluke ugovornog organa obuhvataju dvije zasebne osnove za isključenje koje se u praksi u pravilu razmatraju zajednički.

Prva osnova za isključenje je: „*ako je privredni 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 članom 57.*“, koju osnovu za isključenje propisuje i Zakon.

Druga osnova za isključenje je: „*ako je privredni subjekt pokušao na neprimjeren način uticati na postupak odlučivanja javnog naručioca, doći do povjerljivih informacija koje bi mu mogle omogućiti nepoštenu prednost u postupku nabavke ili da pruži pogrešnu informaciju koja može imati materijalni*

uticaj 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 na primjer raskida ugovora ili drugih određenih sankcija tokom provođenja ugovora ili teškog profesionalnog propusta koji dovodi u pitanje integritet ponuđača i njihova prijavljivanja u postupku javne nabavke. Jer, ponuđač može imati navedenu osnovu za isključenje kod drugog ugovornog organa i za drugu vrstu predmeta nabavke, ali takva osnova za isključenje vrijedi samo ako je nastala kod ugovornog organa koji provodi postupak javne nabavke i za istu vrstu predmeta nabavke za kojeg se provodi postupak nabavke. Slijedom toga, ponuđač nije dužan te osnove za isključenje prijavljivati kod drugog ugovornog organa i za drugu vrstu predmeta nabavke.

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

Postojanje sukoba interesa u postupku javne nabavke nastupa ako postoji povezanost ugovornog organa i privrednog subjekta. Povezanost se ogleda u direktnom ili indirektnom uticaju, finansijskom, privrednom ili bilo kojem drugom ličnom interesu predstavnika ugovornog organa u privrednom 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 organa ili obrnuto, osnova za isključenje ne postoji.

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

Ugovorni organi bi prilikom donošenja odluka o isključenju morala voditi računa, uzimajući u obzir načelo proporcionalnosti, je li isključenje na period u trajanju od 12 mjeseci proporcionalna sankcija, posebno jer u nekom drugom postupku javne nabavke, okolnosti postojanja sukoba interesa, zavisno o na primjer imenovanim članovima komisije za javnu nabavku, neće biti ostvarena.

Zaključno:

Ovaj Administrativni vodič ima za svrhu pomoći ugovornim organima i privrednim subjektima, ne samo na koji način postupati u pripremi i provođenju postupaka javne nabavke te donošenju odluka, već i prilikom ostvarivanja pravne zaštite u postupcima javne nabavke, ali i zaštiti prava i interesa, u slučaju utvrđenja protivpravnog postupanja.

Ugovorni organi i privredni subjekti u postupcima javne nabavke mogu podnositi pravne lijekove nadležnim organima i potrebno je na osnovu utvrđenih činjenica i okolnosti u postupcima javne nabavke, ali i na osnovu protivpravnih postupanja, koristiti sredstva zaštite koja su na raspolaganju učesnicima postupka javne nabavke.

Navedeno se u prvom redu ogleda u mogućnostima privrednih subjekata odnosno ponuđača u postupku javne nabavke. Ako je u postupku javne nabavke odabran ponuđač za kojeg postoje dokazi ili osnovane sumnje da je ostvarena fakultativna osnova za isključenje, podstiču se drugi konkurentski ponuđači da u postupku javne nabavke podnose pravne lijekove, u svrhu provođenja zakonitog donošenja odluka. S druge strane, ako je u postupku javne nabavke isključen ponuđač, koji smatra da mu je odlukom ugovornog organa povrijeđeno kakvo pravo ili interes, podstiče se takav ponuđač da ostvaruje zaštitu svojih prava ili interesa podnošenjem pravnih lijekova nadležnim organima.

Naposlijetku, podstiču se ugovorni organi, kada imaju saznanja za protivpravna postupanja privrednih subjekata, da koriste sve moguće raspoložive pravne lijekove u svrhu zaštite javnog interesa i javnih

sredstava, a kojima će se spriječiti buduće nezakonito postupanje. Ugovorni organi bi posebnu pažnju trebali poklanjati na sankcionisanje protivpravnih postupanja privrednih subjekata, kako bi osigurali zakonitost, transparentnost i tržišnu konkurenciju u postupcima javne nabavke.

Otkrivanjem i prijavljivanjem protivpravnih postupanja štite se javni interes i javna sredstva, te se ostvaruju i štite načela javne nabavke, koja su temelj sistema javne nabavke. U svrhu postizanja ciljeva javne nabavke potrebna je jača institucionalna saradnja svih učesnika postupaka javne nabavke, ugovornih organa, privrednih subjekata i nadležnih organa koji su nosioci politike javne nabavke, kontrolnih organa i drugih tijela koja imaju uticaja na zakonitost provođenja postupaka javne nabavke.

