

Značaj tržišnog natjecanja u javnoj nabavi

Kristina Rihtar*

Ovim radom želi se ukazati na važnost postojanja tržišnog natjecanja i zabrane njegova narušavanja u javnoj nabavi. Bez tržišnog natjecanja između gospodarskih subjekata, odnosno njihovim nedopuštenim udruživanjem radi dobivanja ugovora o javnoj nabavi, ne mogu se postići ciljevi javne nabave postavljeni Direktivom o javnoj nabavi, a posebice ne dobivanje najbolje vrijednosti za novac.

1. Uvod

Tržišno natjecanje predstavlja konkurenciju na tržištu koja pridonosi razvoju tržišta i gospodarstva, a koje omogućava svim poduzetnicima pod jednakim uvjetima pristup i sudjelovanje na tržištu što pridonosi konkurentnom tržištu koje povećava gospodarski rast, a ujedno se eliminiraju nepoštene prakse kojima se oštećuju potrošači, odnosno u postupcima javne nabave naručitelji roba, usluga i radova.

Direktiva 2014/24/EU Europskog parlamenta i vijeća, od 26. veljače 2014., o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ – dalje u tekstu: Direktiva 2014/24/EU) je postavila ciljeve koji se moraju postići u državama članicama, kao što su: unaprjeđenje otvorenosti javne nabave tržišnom natjecanju i održivosti, te malim i srednjim poduzećima; smanjenje administrativnog opterećenja ponuditelja; brži, jednostavniji i učinkovitiji postupci javne nabave; poštivanje načela transparentnosti, zabrane diskriminacije i jednakog postupanja; smanjenje korupcije i prijevare u postupcima javne nabave; uvažavanje socijalnih i okolišnih zahtjeva i upotreba prihvatljivih standarda; te kao krajnji cilj, dobivanje najbolje vrijednosti za novac.

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

2. Pravna osnova tržišnog natjecanja

Tržišno natjecanje pokreće gospodarstva jer potiče sve sudionike na tržištu da stvaraju nove proizvode, usluge ili rad, primjenjujući nove metode i rješenja koja će povećati učinkovitost stvorenih proizvoda, usluga ili rada uz niže troškove te povezivanje gospodarskih subjekata iz različitih država kako bi stvorili konkurentniji proizvod, uslugu ili rad.“ Područje tržišnog natjecanja uređeno je već primarnim zakonodavstvom Europske unije, odnosno Ugovorom o funkcioniranju Europske unije (dalje u tekstu: UFEU). Iznimni značaj tržišnog natjecanja ogleda se u činjenici da je njegova regulacija dana u isključivu nadležnost Europske unije što znači da samo Europska unija „može donositi i usvajati pravno obvezujuće akte“ i utvrđivati pravila o tržišnom natjecanju potrebnih za funkcioniranje unutarnjeg tržišta. Člankom 101. UFEU je propisano da su nespojivi s unutarnjim tržištem te zabranjeni svi sporazumi među poduzetnicima, odluke udruženja poduzetnika i usklađeno djelovanje koji bi mogli utjecati na trgovinu među državama članicama i koji imaju za cilj ili posljedicu sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu (karteli), a osobito oni kojima se:

- neposredno ili posredno utvrđuju kupovne ili prodajne cijene ili drugi trgovinski uvjeti;
- ograničuju ili nadziru proizvodnja, tržišta, tehnički razvoj ili ulaganja;
- vrši podjela tržišta ili izvora nabave;
- primjenjuju nejednaki uvjeti na istovrsne poslove s ostalim trgovinskim partnerima, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju;
- sklapanje ugovora uvjetuje preuzimanjem dodatnih obveza od strane drugih stranaka koje, po svojoj naravi ili prema običajima u trgovini, nisu ni u kakvoj vezi s predmetom tih ugovora.

Načelo tržišnog natjecanja je jedno od temeljnih načela javne nabave koje se ostvaruje poštivanjem načela nediskriminacije, jednakog tretmana i transparentnosti. S obzirom na to da je uređenje tržišnog natjecanja u isključivoj nadležnosti Europske unije te uređeno primarnim zakonodavstvom, to svi akti Europske unije i država članica moraju uzimati u obzir pravila tržišnog natjecanja kao osnovnog postulata uređenja određenog područja. Navedeno je

* Kristina Rihtar, dipl.iur., Hrvatske ceste, Zagreb

i vidljivo iz samih odredbi Direktive o javnoj nabavi, koja se već u samoj preambuli poziva na poštivanje i omogućivanje tržišnog natjecanja. Pa tako se odredbe o zaštiti prava tržišnog natjecanja ne odnose samo na osnovna načela javne nabave kojih su se sudionici obvezni pridržavati, već se iste odnose na odabir vrste postupka, opisa predmeta nabave i njegove podjele na grupe, propisivanja tehničkih specifikacija, oznaka i marki, osnova za isključenje, kriterija za kvalitativan odabir gospodarskog subjekta, kriterija za odabir ponude, uvjeta po posebnim stručnim i zakonskim pravilima, uvjeta za izvršenje ugovora, ali i u samim odredbama za izvršenje ugovora.

Usko povezano područje s tržišnim natjecanjem odnosno njegovim narušavanjem, su i sama koruptivna i prijevarena djelovanja. Samim time se još više pridonosi nepovjerenju javnosti u sustav državne uprave i naručitelja koji su obveznici provedbe postupaka javne nabave. Stoga, cilj je suzbiti ili smanjiti na što manju mjeru mogućnost korupcije i prijevare. Korupcija i prijevara se može javiti kod obje strane budućeg ugovora o javnoj nabavi. Na strani naručitelja se manifestira u počinjenju kaznenog djela **nezakonitog pogodovanja ponuditelju** kroz propisivanje uvjeta postupka, dok se na strani ponuditelja ona manifestira u **sklapanju zabranjenih sporazuma (kartel) između ponuditelja**. Oba ova oblika djelovanja predstavljaju narušavanje tržišnog natjecanja u javnoj nabavi. Direktiva o javnoj nabavi je kroz poštivanje načela javne nabave te primjenu različitih instituta u svim fazama postupka javne nabave, propisala načine kojima se može suzbiti nezakonito djelovanje, a koje se odnose na odredbe o prethodnom istraživanju tržišta i savjetovanju; objavi postupaka putem javno dostupnih platformi; elektroničkoj komunikaciji; sukobu interesa; osnovama za isključenje; uvjetima sposobnosti; kriterijima za odabir ponude; te konačno i u fazi samog izvršavanja ugovora o javnoj nabavi kroz odredbe o izmjeni ugovora.

Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja predvidio je važan instrument u suzbijanju koruptivnog djelovanja kroz odredbe o zabranjenim sporazumima (karteli), čije je utvrđivanje i kažnjavanje u nadležnosti Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje u tekstu: AZTN). Uz problem otkrivanja i dokazivanja kaznenih djela, još više poteškoća postoji kod postojanja koruptivnih i prijevernih djelovanja ponuditelja koja se odnose na narušavanje tržišnog natjecanja putem zabranjenih sporazuma (kartela) koji predstavljaju najteže povrede tržišnog natjecanja. „*Kartelom se uobičajeno nazivaju sporazumi između tržišnih takmaca čija je svrha ograničavanje ili potpuno isključivanje tržišnog natjecanja između sudionika sporazuma s ciljem da povećanjem cijena ostvare znatno veći profit*“. Naručitelji rijetko raspolazu informacijama jesu li protiv gospodarskih subjekata donesene presude ili odluke koje se odnose na narušavanje tržišnog natjecanja. Isto ne predstavlja samo problem za naručitelje, već je isto i općenito problem u društvu jer ih je teško otkriti i dokazati te sankcionirati, jer se u pravilu radi o tajnim sporazumima koji su najčešće usmeni i neformalni. Međutim, uvođenje Programa zviždača kojim se potiče sudionike kartela da prijave AZTN-u postojanje

kartela uz istodobno oslobođenje ili umanjenje kazne, uz davanje ovlasti da se izriču visoke novčane kazne, može se doprinijeti učinkovitoj borbi protiv kartela. U Republici Hrvatskoj postoje uspješni primjeri otkrivanja kartela, iako u nedovoljnoj mjeri.

3. Tržišno natjecanje kroz odredbe Zakona o javnoj nabavi

Zakon o javnoj nabavi (ZJN 2016) je propisujući načela javne nabave odredio polazišnu točku za provedbu postupaka kako bi ostvario veću otvorenost tržišnom natjecanju, te je usklađen s odredbama Direktive o javnoj nabavi u odnosu na odabir vrste postupaka; opis predmeta nabave i njegove podjele na grupe; propisivanje tehničkih specifikacija; osnova za isključenje; kriterija za kvalitativan odabir gospodarskog subjekta; kriterija za odabir ponuda; primjerenih rokova za podnošenje ponuda; uvjeta po posebnim stručnim i zakonskim pravilima; uvjeta za izvršenje ugovora, ali i u samim odredbama za izvršenje ugovora. Pravilima koja uređuju područje javne nabave moraju se omogućiti uvjeti da što veći broj gospodarskih subjekata sudjeluje u postupcima javne nabave, jer se tržišnom konkurencijom može postići dobivanje bolje kvalitete robe, usluga i radova za novac kojim se financira nabavljeni predmet nabave.

Ostvarenje tržišnog natjecanja kroz odabir vrste postupka ogleda se u odabiru otvorenog ili ograničenog postupka, u kojima je omogućeno sudjelovanje svim zainteresiranim gospodarskim subjektima, te koji predstavljaju većinu provedenih postupaka. Tržišno natjecanje je ipak ograničeno primjenom primjerice pregovaračkog postupka bez prethodne objave, koji se provodi samo s određenim gospodarskim subjektima. Otvorenost postupaka tržišnom natjecanju je omogućena i kroz odredbe ZJN 2016 o podjeli predmeta nabave na grupe, jer se time omogućuje sudjelovanje većem broju gospodarskih subjekata. To znači da u slučaju da je predmet nabave podijeljen na grupe, određuju se kriteriji prema procijenjenoj vrijednosti same grupe što predstavlja blaže kriterije u odnosu na one propisane za cjelokupni predmet nabave, te je time olakšano sudjelovanje malim i srednjim poduzećima, jer moraju zadovoljiti niže kriterije, a čime se i otvara tržišno natjecanje, jer će u postupku moći sudjelovati veći broj gospodarskih subjekata. Međutim, podjela predmeta nabave na grupe je obvezujuća samo za postupke javne nabave velike vrijednosti, i to ako je moguće, dok takva obveza ne postoji za postupke javne nabave male vrijednosti. Podjela predmeta nabave na grupe mora biti provedena vodeći se objektivnim kriterijima. Nemogućnost podnošenja ponude za predmet nabave ili za pojedinu grupu predmeta nabave od strane jednog gospodarskog subjekta, ne predstavlja narušavanje tržišnog natjecanja, budući da gospodarskim subjektima ZJN 2016 omogućuje na različite načine sudjelovanje u postupcima javne nabave, kao što su nastup zajednice gospodarskih subjekata, podugovaranje ili oslanjanje na sposobnost drugog subjekta.

Primjer iz prakse Visokog upravnog suda RH: Presudom posl. broj UsII-180/21 od 10. lipnja 2021., Sud je odbio tuž-

beni zahtjev tužitelja za poništenje Rješenja KLASA: UP/II-034-02/21-01/247 od 8. travnja 2021. navodeći: „S obzirom da se naručitelj prilikom podjele predmeta na grupe i formiranjem Grupe 1. vodio objektivnim kriterijima u skladu s pravilima struke što je i valjano argumentirao, proizlazi da je tuženik imao osnove za zaključak da opisanim postupanjem naručitelj nije povrijedio odredbu članka 204. stavka 1. ZJN 2016 i da takvim određivanjem predmeta nabave nije onemogućio pristup drugim gospodarskim subjektima da sudjeluju u predmetnom postupku. Činjenica što tužitelj samostalno ne može ponuditi proizvode tražene predmetnom dokumentacijom, sama po sebi ne znači da je predmet nabave nezakoniti. Ujedno, tužitelj ničim ne dokazuje da opisani predmet nabave sadrži elemente iz kojih proizlazi da niti jedan gospodarski subjekt ne može samostalno ponuditi proizvode iz Grupe1. U odnosu na te navode pravilno tuženik ističe da u postupku javne nabave mogu konkurirati svi subjekti s područja EU, dakle, stanje na tržištu RH nije relevantan faktor te nije osnovan prigovor tužitelja o povredi tržišnog natjecanja.“

Jedan od načina kako se može otvoriti tržište javne nabave je propisivanjem tehničkih specifikacija na način da gospodarski subjekti mogu predati ponude „koje uzimaju u obzir raznolikost mjerila tehničkih rješenja i tehničkih specifikacija na tržištu, uključujući one koji su sastavljeni na temelju kriterija uspješnosti povezanih s vijekom trajanja i održivosti postupka proizvodnje radova, roba i usluga“ (paragraf 74. Direktive o javnoj nabavi), čime će se omogućiti ostvarenje otvorenosti javne nabave tržišnom natjecanju. Tehničke specifikacije pojedinog postupka javne nabave bi trebale biti propisane na takav način da se ne omogućava sudjelovanje u postupcima samo jednom gospodarskom subjektu koji nudi određenu robu, uslugu ili rad na tržištu, već da se omogući većem broju gospodarskih subjekata nuđenje različite robe, usluga ili rada koje postižu iste funkcionalne i izvedbene rezultate. Propisivanjem funkcionalnosti se zapravo propisuje krajnji rezultat koji se želi postići nabavom robe, usluge ili rada, bez obzira na vrstu robe, usluge ili rada kojim se to postiže, čime se ujedno pridonosi inovacijama na tržištu, razvoju tržišta i gospodarstva, a čime se zadovoljava uvjet ostvarenja tržišnog natjecanja.

Propisanim fakultativnim osnovama za isključenje iz članka 254. ZJN-a 2016 najbolje se prikazuju odredbe o tržišnom natjecanju i njegovom narušavanju. Većina propisanih fakultativnih osnova za isključenje u svom opisu sadrže na direktan ili indirektan način odredbu o zaštiti tržišnog natjecanja. Pa tako, teški profesionalni propust, sklapanje sporazuma s drugim gospodarskim subjektima kojem je cilj narušavanje tržišnog natjecanja, sukob interesa, narušavanje tržišnog natjecanja zbog prethodnog sudjelovanja gospodarskog subjekta u pripremi postupka nabave, ozbiljno pogrešno prikazivanje činjenica pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru odsutnosti osnova za isključenje ili za ispunjenje kriterija za odabir gospodarskog subjekta, ili prikrivanja takvih informacija, nepropisan način utjecaja na postupak odlučivanja javnog naručitelja, dolaženje do povjerljivih podataka koji bi mo-

gli omogućiti nepoštenu prednost u postupku nabave ili iz nemara dostavljanje pogrešnih informacija koja mogu imati materijalni utjecaj na odluke koje se tiču isključenja, odabira gospodarskog subjekta ili dodjele ugovora, sadrže u svojem opisu pravila tržišnog natjecanja. Kroz većinu propisanih fakultativnih osnova za isključenje je propisano načelo tržišnog natjecanja te posljedice njegovog narušavanja kao najstrože sankcije u postupku javne nabave. S načelom tržišnog natjecanja povezani su zabranjeni sporazumi gospodarskih subjekata odnosno karteli. Koliko je važno ostvariti načelo tržišnog natjecanja i onemogućiti sporazume gospodarskih subjekata kojima se narušava to načelo odnosno doprinijeti sprječavanju stvaranja kartela, pokazuje dodatno i činjenica da je Pravilima o financijskim korekcijama postojanje kartela uvršteno kao nepravilnost u postupcima javne nabave s mogućnošću najviše stope financijske korekcije (100%).

Propisivanje primjerenih rokova za podnošenje kvalitetnih ponuda koji će omogućiti da gospodarski subjekti iz drugih država imaju vremena pripremiti ponudu, kao i javna objava postupaka javne nabave u EOJN RH i SLEU (Službeni list EU), pridonose ostvarenju načela tržišnog natjecanja i mogućnosti sudjelovanje više gospodarskih subjekata, upravo kako bi naručitelj na temelju konkurentnih ponuda dobio najbolju vrijednost robe, usluga ili radova za financijska sredstva koja ulaže u dotičan predmet nabave.

Daljnji načini postizanja otvorenosti tržišnog natjecanja su propisivanje nediskriminirajućih uvjeta odnosno kriterija za kvalitativan odabir gospodarskih subjekata, na način da se omogući jednak pristup gospodarskim subjektima iz svih država članica, bez uvođenja uvjeta koji se odnose na primjerice poslovni nastan gospodarskog subjekta u državi članici naručitelja, priznavanje stručnih kvalifikacija osoba (npr. diplome i certifikati) putem kojih se dokazuju uvjeti u postupku i koji će sudjelovati u izvršenju ugovora, posjedovanje ovlaštenja ili članstva koje je ograničeno na pravo države u kojoj se provodi postupak, pravu obavljanja djelatnosti koja je predmet nabave, uvjetima iskustva u odnosu na specifične okolnosti, npr. iskustvo u vođenju FIDIC ugovora i sl. Odredbe o nediskriminirajućim uvjetima se odnose i na kriterije za odabir ponude, posebne uvjete po stručnim i zakonskim pravilima, ali i uvjetima za izvršenje ugovora.

4. Narušavanje tržišnog natjecanja u javnoj nabavi

Polazište prava konkurencije ili prava tržišnog natjecanja čine zaštita od sklapanja zabranjenih sporazuma poduzetnika, odnosno sprječavanja stvaranja kartela i njihovog djelovanja, sprječavanja zlouporabe vladajućeg položaja poduzetnika na tržištu, te kontrola koncentracija poduzetnika. Ta tri instituta čine pravo tržišnog natjecanja u užem smislu i povreda njegovih pravila predstavlja najozbiljnije narušavanje tržišnog natjecanja, koje u području javne nabave rezultira najstrožim sankcijama. Polazišna točka postupanja naručitelja i ponuditelja u javnoj nabavi su načela javne nabave iz članka 4. ZJN-a 2016, pa tako i načelo tržišnog natjecanja. Za naručitelja ono znači da se

prilikom propisivanja uvjeta u dokumentaciji o nabavi i u postupanju prilikom pripreme i provedbe postupka javne nabave mora postupati prema ponuditeljima sukladno zakonskim odredbama rukovodeći se načelima javne nabave. Za ponuditelje ono znači da se prilikom pripreme i podnošenja ponuda rukovodi načelima te da svojim postupanjem ne pridonese narušavanju načela javne nabave. Osnovni postulat u podnošenju ponuda je da jedan ponuditelj ne može podnijeti više ponuda u jednom postupku javne nabave, osim ako je isti podijeljen na grupe. Upravo je navedeno i postavljeno kao osnovni postulat kako bi se spriječilo manipuliranje ponudama i narušavanju poštene tržišne utakmice. Navedeno je izraženo u Presudi Visokog upravnog suda RH, posl. broj: UsII-82/19 od 20. ožujka 2019.: *„Jedno od propisanih načela je načelo tržišnog natjecanja kojemu se protivi usporedivost ponuda na način da jedan ponuditelj u postupku konkurrira s više ponuda tj. da naručitelj uspoređuje više ponuda jednog ponuditelja s po jednom ponudom ostalih ponuditelja. Smatra da bi se time otvorio put manipulaciji. Podaci o ponuditeljima i njihovim ponudama tajni su do javnog otvaranja ponuda, a nakon otvaranja ponuda ponuditelji mogu odustati od ponude. Navedeno će ponuditelji i učiniti ako su dostavili više ponuda, odnosno odustat će od ponuda koje su nepovoljnije za njih. Naime, ponuditelji će iskoristiti podatke dobivene na javnom otvaranju ponuda o cijenama drugih ponuditelja te će ostati kod ponude s kojom mogu pobijediti, a koja nije nužno najpovoljnija za naručitelja. Zaključuje da bi se omogućavanjem dostavljanja više ponuda od istog ponuditelja urušio koncept propisane procedure za provođenje postupaka javne nabave, koji se temelji na tajnosti postupaka i osiguravanju poštene tržišne utakmice. Slijedom navedenog nedvojbeno je zakonodavac zadržao pravilo da jedan gospodarski subjekt u jednom postupku javne nabave može podnijeti samo jednu ponudu.“*

Pravila tržišnog natjecanja su propisana u niz odredbi ZJN 2016, a koja su obvezujuća za naručitelja prilikom pripreme i provedbe postupka javne nabave te njihovo kršenje od strane naručitelja dovodi do poništenja, bilo odredbi dokumentacije o nabavi ili odluke o odabiru. Na strani ponuditelja pridržavanje načela tržišnog natjecanja očituje se prilikom pripreme i podnošenja ponuda, a povrede tržišnog natjecanja od strane ponuditelja najviše dolaze do izražaja kroz odredbe ZJN 2016 o fakultativnim osnovama za isključenje ili kroz utvrđenje njegove ponude nepravilnom koje rezultira odbijanjem ponuditelja.

4.1. „Vodič za naručitelje u otkrivanju i prijavi kartela u javnoj nabavi“

Značaj utvrđivanja narušavanja tržišnog natjecanja vidljiv je kroz djelovanje AZTN-a i njegovu ovlast izricanja sankcija gospodarskim subjektima u slučaju utvrđenja narušavanja tržišnog natjecanja u javnoj nabavi, pored sankcija izrečenih u samom postupku javne nabave. Radi olakšavanja naručiteljima utvrđivanja zabranjenih sporazuma u javnoj nabavi, AZTN je donio i objavio *Vodič za naručitelje u otkrivanju i prijavi kartela u javnoj nabavi* (dalje u

tekstu: *Vodič*), kojemu je svrha educirati sudionike kako prepoznati indicije odnosno podudarnosti u postupku koje upućuju na zabranjeni sporazum tj. kartel, odnosno manipulaciju ponudama (*bid-rigging kartel*). Karteli u javnoj nabavi u potpunoj su kontradiktornosti s javnom nabavom, budući da se njima ne samo narušavaju osnovni postulati javne nabave, već se narušavaju ciljevi postavljeni Direktivom o javnoj nabavi, a rezultiraju dobivanjem veće cijene za nižu kvalitetu usluge, robe ili radova. *Vodič* propisuje najčešće indicije koje dovode do sumnje u zabranjeni sporazum, kao što su: sumnjivo visoke cijene, sumnjiva nedosljednost u cijenama, sumnjivo velike razlike u cijenama, sumnjiva sličnost u cijenama, sumnjivi kolektivni bojkot javnog natječaja, sumnjive podudarnosti, sumnjive zajednice ponuditelja, sumnjivo malo ponuda, sumnjivi podugovarateljski ugovori, te sumnjivo nepotpune ponude i izričaj. Sve ove okolnosti trebale bi potaknuti naručitelja na preispitivanje ponuditelja i potaknuti ga na ispitivanje o postojanju mogućeg kartela. Međutim, kako se često radi o usmenim i neformalnim dogovorima gospodarskih subjekata, takvo istraživanje naručitelja i u konačnici utvrđenje narušavanja tržišnog natjecanja čini se gotovo nemogućim. U slučaju da naručitelj ipak uspije utvrditi da postoji zabranjeni sporazum, odnosno indicije su takve da postoji osnovana sumnja u to, naručitelj bi bio dužan takav zabranjeni sporazum prijaviti AZTN-u u svrhu daljnjeg postupanja i potencijalnog sankcioniranja. Ovo je posebno važno za napomenuti u postupcima javne nabave koji se provode u okviru projekata sufinanciranih iz EU sredstava, gdje utvrđenje kartela može rezultirati financijskim ispravkom u najvišem iznosu 100%.

Propisujući fakultativne osnove za isključenje koje u sebi sadrže činjenične opise narušavanja tržišnog natjecanja odnosno kojima je cilj zaštita tržišnog natjecanja, naručitelji uviđaju značaj nepoštene utakmice u samom postupku, ili onome koji se dogodio u prijašnjem postupanju gospodarskog subjekta. Time se želi postići da ponuditelji ne postupaju suprotno navedenim osnovama za isključenje, budući da će biti kažnjeni najstrožom sankcijom u postupku odnosno isključenjem. Upravo se tim osnovama za isključenje najbolje postižu ciljevi Direktive o javnoj nabavi odnosno dobivanje najbolje vrijednosti za novac, budući da se osigurava poštena tržišna utakmica između gospodarskih subjekata.

4.2. Fakultativne osnove za isključenje - vrste

Fakultativne osnove za isključenje koje sadrže načelo tržišnog natjecanja mogu se podijeliti u dvije vrste, **one koje su nastale prije samog postupka javne nabave i nisu nužno vezane za konkretni postupak, i one koje se dogode u samom postupku javne nabave.**

4.2.1. Fakultativne osnove za isključenje koje su nastale prije samog postupka javne nabave

U prvu vrstu fakultativnih osnova za isključenje koje sadrže načelo tržišnog natjecanja mogu se ubrojiti *teški profesionalni propust* koji dovodi u pitanje integritet gospodarskog subjekta, a koji se odnosi na postupanje gos-

podarskog subjekta protivno propisima iz područja prava koje uređuje obavljanje njegove djelatnosti, prava okoliša, socijalnog i radnog prava, uključujući kolektivne ugovore, a osobito obvezu isplate ugovorene plaće, prava tržišnog natjecanja, prava intelektualnog vlasništva te postupanje protivno pravilima struke. Slična povreda je propisana člankom 254. stavkom 1. točkom 1. ZJN-a 2016. Za obje osnove za isključenje je propisano da naručitelj njihovo postojanje dokazuje na odgovarajući na način odnosno odgovarajućim sredstvima, kao što su primjerice odluke ili presude.

Primjerice, ponuditelj je u Austriji kažnjen odlukom Savezne agencija za tržišno natjecanje Republike Austrije za povredu tržišnog natjecanja, te mu postojanje navedene odluke predstavlja odgovarajuće sredstvo za dokazivanje osnove za isključenje profesionalnog propusta. Jer, da odluka ne postoji, ne može se niti utvrditi postojanje profesionalnog propusta. I u Republici Hrvatskoj se narušavanje tržišnog natjecanja utvrđuje i kažnjava odlukom AZTN-a. Istovjetna situacija bi bila i u slučaju narušavanja tržišnog natjecanja, u slučaju da je naručitelj propisao dokumentacijom o nabavi osnovu za isključenje iz članka 254. stavka 1. točke 1. ZJN-a 2016.

Osnova za isključenje koja se odnosi na sklapanje sporazuma gospodarskog subjekt s drugim gospodarskim subjektima kojem je cilj narušavanje tržišnog natjecanja, a za koje naručitelj ima dovoljno vjerojatnih pokazatelja da sumnja u navedene okolnosti, predstavlja narušavanje tržišnog natjecanja, koje nastaje u sadašnjem vremenu odnosno u samom postupku javne nabave i tek se gospodarskom subjektu treba utvrditi narušavanje tržišnog natjecanja i postojanje profesionalnog propusta. Narušavanje tržišnog natjecanja, povlači za sobom, ne samo posljedicu isključenja iz postupka javne nabave, već i obvezu naručitelja da ovakvo postupanje prijavi nadležnim institucijama radi narušavanja tržišnog natjecanja.

Istovjetne su situacije kod osnova za isključenje koja se odnosi na narušavanje tržišnog natjecanja, zbog prethodnog sudjelovanja gospodarskog subjekta u pripremi postupka nabave, kako je navedeno u članku 199. ZJN-a 2016, a koja se ne može ukloniti drugim, manje drastičnim mjerama (članak 254. stavak 1. točka 6. ZJN-a 2016) i postojanja sukoba interesa (članak 254. stavak 1. točka 5. ZJN-a 2016). U oba slučaja, naručitelji su vrlo oprezni da u postupku poštuju odredbe o sukobu interesa i prethodnom sudjelovanju gospodarskog subjekta u pripremi postupka. Navedeno se postiže time da se već u pripremi postupka javne nabave poduzimaju mjere radi otklanjanja postojanja sukoba interesa, u vidu navoda gospodarskih subjekta s kojima je naručitelj u sukobu interesa kroz dokumentaciju o nabavi, kao i provedbe prethodnog savjetovanja s gospodarskim subjektima putem EOJN RH. Posebno je bitno poduzeti sve potrebne mjere kako bi se izbjegao sukob interesa u projektima sufinanciranim sredstvima Europske unije, budući da je u slučaju utvrđenog postojanja sukoba interesa, stopa financijskog ispravka 100%, bez mogućnosti umanjavanja.

Osnove za isključenje ozbiljnog pogrešnog prikazivanja činjenica, prikazivanja informacija, nemogućnosti podnošenja traženih dokumenata, prikupljanja povjerljivih informacija radi ostvarivanja nepoštene prednosti, nepropisnog utjecaja na naručitelja, te nedostavljanja podataka u svrhu dovođenja naručitelja na donošenje pogrešne odluke, imaju u sebi sva obilježja narušavanja tržišnog natjecanja, budući da u svakoj od navedenih okolnosti dovodi se do odabira pogrešnog ponuditelja na štetu ponuditelja koji je dostavio valjanu ponudu u skladu s tržišnim načelima. Usko vezano uz ove osnove za isključenje je i značaj pojma korupcije, koja bi se mogla definirati kao svako odstupanje od postavljenih normi odnosno zloupotrebu javnih ili službenih ovlasti s ciljem ostvarivanja osobnih probitaka ili probitaka povezanih osoba, bilo da se radi o javnom ili privatnom sektoru. Narušavanje tržišnog natjecanja i korupcija, koja je uključena u ovu osnovu za isključenje, povlači za sobom, ne samo posljedicu isključenja iz postupka javne nabave, već i obvezu naručitelja da ovakvo postupanje prijavi nadležnim institucijama radi narušavanja tržišnog natjecanja te pokretanja kaznenog postupka. Također, i ove osnove za isključenje svrstavaju se u vrstu osnova koje se događaju u samom postupku javne nabave, odnosno u sadašnjem vremenu. Propisivanjem ovih osnova za isključenje, naručitelj mora biti svjestan koje sve posljedice mogu proizaći ako se utvrdi ovakvo protupravno postupanje gospodarskih subjekata.

4.2.2. *Fakultativne osnove za isključenje koje su nastale u samom postupku javne nabave*

Osnove za isključenje koje se ostvaruju u samom postupku odnosno u tijeku konkretnog postupka javne nabave, odraz su nepoštene tržišne utakmice u samom postupku, te predstavljaju jedne od težih povreda samog postupka javne nabave. Njihovo postojanje naručitelj utvrđuje u samom postupku, ako postoje naznake za njihovo ostvarenje. Postojanje sukoba interesa i prethodnog sudjelovanja gospodarskog subjekta u pripremi postupka, je jednostavno utvrditi, budući da sam naručitelj je dužan znati s kojim gospodarskim subjektima je u sukobu interesa te koji je gospodarski subjekt sudjelovao u pripremi postupka.

Što se tiče ozbiljnog pogrešnog prikazivanja činjenica, prikrivanja informacija, nemogućnosti prilaganja popratnih dokumenata, nepropisnog pokušaja utjecaja na postupak odlučivanja javnog naručitelja, dolaženja do povjerljivih podataka koji bi mogli gospodarskom subjektu omogućiti nepoštenu prednost u postupku nabave ili iz nemara dostavljanja pogrešnih informacija koja može imati materijalni utjecaj na odluke naručitelja, radi se osnovama koje naručitelj može provjeriti, ako o istima ima saznanja. Pa čak i ako nema saznanja, ali postoji sumnja u postupanje gospodarskog subjekta ili istinitost informacija, ZJN 2016 omogućuje naručitelju da provjeri dostavljene podatke kod izdavatelja dokumenta, nadležnog tijela ili treće strane koja ima saznanja o relevantnim činjenicama.

Od nabrojanih osnova, najteže je utvrditi zabranjeni sporazum odnosno sporazum gospodarskih subjekata kojim

se narušava tržišno natjecanje. Potrebno je da postoje naznake odnosno indicije da su gospodarski subjekti koji sudjeluju u postupku sklopili takav sporazum kojim bi se utjecalo na tržište kroz manipuliranje ponudama u postupku putem sporazuma o cijenama koje će ponuditi u okviru tih postupaka, sporazuma o redoslijedu kojim će podnositi ponude u postupcima javne nabave, sporazuma o podjeli tržišta na način da se gospodarski subjekti dogovore koji će od njih podnijeti ponude na postupke određenih naručitelja, odnosno suzdržavati se od sudjelovanja u postupcima naručitelja koji „pripadaju“ drugim ponuditeljima i slično. Naručitelj prilikom utvrđivanja ove osnove za isključenje ne raspolaže konkretnim dokazima, već mu je nužan uvjet da ima dovoljno vjerojatnih pokazatelja da postoji zabranjeni sporazum.

Ovdje je važno istaknuti da u slučaju fakultativnih osnova za isključenje, razdoblje isključenja je dvije godine od dotičnog događaja. U slučajevima gdje je propisano da se osnova za isključenje utvrđuje na temelju odgovarajućih dokaza, znači da naručitelj mora raspolagati odlukom o utvrđenju postojanja povrede, kao što je to primjerice kod postojanja profesionalnog propusta zbog narušavanja tržišnog natjecanja. Naime, takvu odluku će, u pravilu, donijeti nadležno tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja ili sud. U tom slučaju, naručitelju je vrlo lako i pouzdano utvrditi da je gospodarski subjekt počinio povredu, naravno, pod pretpostavkom da naručitelj ima saznanja o tome. Postavlja se pitanje što predstavlja dotični događaj kod postojanja fakultativnih osnova za isključenja. Kod utvrđenja osnova za isključenje teškog profesionalnog propusta u vidu narušavanja tržišnog natjecanja, datum donošenja odluke o narušavanju tržišnog natjecanja predstavlja dotični događaj.

Primjerice, za ponuditelja je utvrđeno postojanja profesionalnog propusta na način da je nadležna agencija za zaštitu tržišnog natjecanja države poslovnog nastana ponuditelja donijela odluku o postojanju zabranjenih sporazuma odnosno narušavanja tržišnog natjecanja. Datum donošenja te odluke predstavlja dotični događaj. Međutim, kod osnova za isključenje koje se tiču samog postupka javne nabave u kojemu su počinjene, primjerice kod postojanja sporazuma gospodarskih subjekata kojemu je cilj narušavanje tržišnog natjecanja, čin isključenja iz tog postupka predstavlja dotični događaj.

U situaciji kada je naručitelj propisao fakultativne osnove za isključenje koje se odnose na tržišno natjecanje, naručitelj je dužan takve osnove provjeravati i utvrđivati njihovo nepostojanje, te u slučaju utvrđenja njihova postojanja, donijeti odluku o isključenju. Međutim, u slučaju da naručitelj nije propisao fakultativne osnove za isključenje koje se odnose na tržišno natjecanje, naručitelj ima na raspolaganju institut odbijanja ponude ponuditelja koja nije rezultat tržišnog natjecanja. Člankom 3. ZJN-a 2016 je propisano da **je nepravilna ponuda svaka ponuda koja nije sukladna dokumentaciji o nabavi, ili je primljena izvan roka za dostavu ponuda, ili postoje dokazi o tajnom sporazumu ili korupciji, ili nije rezultat tržišnog natjecanja, ili je**

naručitelj utvrdio da je izuzetno niska, ili ponuda ponuditelja koji nije prihvatio ispravak računske pogreške.

Primjerice, naručitelj je proveo postupak javne nabave velike vrijednosti u kojoj je zaprimio dvije ponude različitih ponuditelja, jednu ponudu ponuditelja X s izrazito niskom cijenom i drugu ponudu zajednice ponuditelja XY s izrazito visokom cijenom. Naručitelj je u obje ponude utvrdio podudarnosti koje se očituju u tome da član zajednice ponuditelja XY sudjeluje u ponudi ponuditelja X kao podugovaratelj, da je taj ponuditelj X osnivač odnosno jedini dioničar tog člana zajednice ponuditelja XY, ista poslovna adresa ta dva gospodarska subjekta, jamstvo za ozbiljnost ponude je izdano od iste banke, te podudarnost većine imenovanih stručnjaka u obje ponude, od kojih je jedan od stručnjaka član uprave člana zajednice ponuditelja XY. Naručitelj je, unatoč utvrđenim podudarnostima nastavio pregled i ocjenu ponuda, te kao ekonomski najpovoljnijeg ponuditelja rangirao ponuditelja X. Naručitelj je zatražio dostavu ažuriranih popratnih dokumenata od ponuditelja X, koji iste nije dostavljao unatoč pozivima naručitelja. Istekom rokova, ponuditelj X je dostavio ažurirane popratne dokumente, u kojima je naručitelj utvrdio nedostatke te pozivao ponuditelja da iste otkloni, koje ponuditelj X nije otklanjao. Rukovodeći se uputama Vodiča AZTN-a, naručitelj je utvrdio da se ponuditelj X ponaša kao „*namjerni gubitnik*“, odnosno namjerno ili iz nemara ne dostavlja dokumente na koje ga naručitelj poziva, kako bi se njegova ponuda odbila i odabrala ponuda zajednice ponuditelja XY te time dovelo naručitelja u položaj da odabere skuplju ponudu. Naručitelj je na kraju donio odluku o poništenju postupka, budući da je odbio ponude ponuditelja X i zajednice ponuditelja XY, kao nepravilne odnosno da nisu rezultat tržišnog natjecanja. Na navedenu odluku o poništenju, zajednica ponuditelja XY je uložila žalbu Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave, 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 promatrani kao cjelina, upućuju na povrede pravila tržišnog natjecanja, sve sukladno detaljnom obrazloženju naručitelja iz zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda. Dakle, prema ocjeni ovoga tijela naručitelj je, u konkretnom slučaju, na temelju nesporne činjenice podugovaranja u ponudama u kojima su gospodarski subjekti povezani na način da je jedan ponuditelj X osnivač člana zajednice gospodarskih subjekata XY kao drugog ponuditelja, zatim podudarnosti kao što su ista poslovna adresa, isti stručnjaci i evidentno nemarno ponašanje ponuditelja X tijekom postupka pregleda i ocjene ponuda, kao ponuditelja koji je podnio ekonomski najpovoljniju ponudu, imao dovoljno elemenata za ocjenu da podnesene ponude nisu rezultat tržišnog natjecanja.*“ (KLASA: UP/II-034-02/23-01/372 od 1. rujna 2023.) Navedeno postupanje je potvrđeno i Presudom Visokog upravnog suda RH posl. broj: UsII-181/23 od 16. studenog 2023.

Suprotno tome, neće svaka podudarnost u ponudama rezultirati njihovim isključenjem ili odbijanjem, budući da postoje instituti javne nabave kojima se omogućava da gospodarski subjekti sudjeluju u ponudama drugih gospo-

darskih subjekata na različite načine, kroz institut zajednice gospodarskih subjekata, podugovaranje ili oslanjanje na sposobnost drugog gospodarskog subjekta. Štoviše, nije niti zabranjeno da jedan gospodarski subjekt podnese ponudu kao samostalni ponuditelj, dok može drugu ponudu podnijeti u zajednici ponuditelja. Podudarnost u ponudama je od značaja samo ako je postupanje i tijekom postupka takve naravi da se odabere ponuda ponuditelja s višom cijenom i time ošteti naručitelja, odnosno postupanje koje dovodi do zlouporabe prava u javnoj nabavi kojim se narušava tržišno natjecanje.

Primjer iz prakse Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Rješenje KLASA: UP/II-034-02/21-01/348 od 6. svibnja 2021. : „U konkretnom slučaju iz cjelokupnog postupka javne nabave proizlazi da navedeni ponuditelji cijenom ponuda i navođenjem tehničkog stručnjaka i raspolaganja opremom, nisu zloupotrebili svoja prava i postupali protivno načelima javne nabave, konkretno načelu tržišnog natjecanja, određujući ishod javnog nadmetanja svojim postupanjem. Naručitelj u postupku javne nabave mora voditi računa o osnovnim načelima javne nabave te mora primjenjivati odredbe ZJN 2016 na način koji omogućava učinkovitu javnu nabavu i ekonomično trošenje sredstava za javnu nabavu. Naručitelj je dužan obazrivo postupati, jer naručitelj je taj koji može i mora sagledati sve činjenice i okolnosti svakog konkretnog postupka nabave u cjelini. Državna komisija uzela je u obzir tvrdnju naručitelja da u predmetnom postupku nabave postoji sumnja o tajnom sporazumu ponuditelja. Međutim, u žalbenom postupku utvrđeno je da, cijeneći opisano postupanje ponuditelja, naručitelj nije imao dovoljno osnova za ocjenu da ponuda žalitelja nije rezultat tržišnog natjecanja te da je stoga bio dužan takvu ponudu odbiti iz navedenog razloga. Slijedom navedenog, žalbeni navod žalitelja da njegova ponuda nije rezultat tajnog sporazuma, ocijenjen je osnovanim.“

5. Zaključak

Područje javne nabave počiva na načelima koja svoja polazišta pronalaze u europskom primarnom zakonodavstvu i kao takva su obvezujuća za sve, ne samo sudionike javne nabave. Iako svako od propisanih načela ima jednaku vrijednost i značaj te predstavljaju osnovu postupanja svakog sudionika, ipak je područje javne nabave jedan od većih generatora tržišta i gospodarstva koje se temelji na četiri osnovne tržišne slobode, a posebice poštenog tržišnog natjecanja radi ostvarenja te četiri slobode svakog sudionika. Upravo je temeljna misao osnivanja Europske unije stvaranje jedinstvenog zajedničkog tržišta temeljenog na četiri osnovne tržišne slobode. Da bi se postigli ciljevi Direktive o javnoj nabavi, svaki sudionik mora poštivati načelo tržišnog natjecanja. S jedne strane, naručitelji prilikom pripreme i provedbe postupka javne nabave, dok s druge strane, ponuditelji prilikom pripreme i podnošenja ponuda. Bez poštivanja načela tržišnog natjecanja odnosno u slučajevima njegova narušavanja, ne može se jamčiti da će biti ostvaren bilo koji od ciljeva, a posebno najvažniji cilj dobivanja najbolje vrijednosti za novac. Naručitelji ne poštujući načelo tržišnog natjecanja, kroz propisivanje ograničavajućih uvjeta, onemogućuju pristup gospodarskim subjektima koji na tržištu nude kvalitetnije proizvode. Ponuditelji postupajući kroz nepošteno tržišnu utakmicu manipuliraju ponudama te ne nude najbolju kvalitetu radi dobivanja ugovora, čime se ugrožava konkurentnost na tržištu. Kroz javnu nabavu, naručitelji nabavljaju robu, usluge i radove s ciljem dobivanja najbolje kvalitete za nabavljeni predmet nabave. Upravo u slučajevima narušavanja tržišnog natjecanja, jer ponude ne odražavaju stvarne cijene niti su rezultat konkurentnosti i poštene tržišne utakmice, ne može se postići dobivanje najbolje kvalitete robe, usluga i radova za uložena financijska sredstva.



IMATE PITANJE?

Slobodno nam se obratite sa svim dilemama i pitanjima.
Tu smo za Vas.

pitajcentar@tim4pin.hr