

Fakultativne osnove za isključenje gospodarskih subjekata s poslovnim nastanom izvan RH

Kristina Rihtar*

Osnove za isključenje gospodarskih subjekata iz postupka javne nabave dijele se na: obvezne i fakultativne. Obvezne osnove za isključenje propisane su člancima 251. i 252. Zakona o javnoj nabavi („Narodne novine“, broj: 120/16 i 114/22 – dalje: ZJN 2016), a fakultativne osnove za isključenje člankom 254. ZJN-a 2016, a naručitelji ih mogu ali nisu ih obvezni primijeniti u postupku javne nabave. Autorica u članku obrađuje fakultativne osnove za isključenje gospodarskog subjekta u postupku javne nabave, uvažavajući upise u sustav e-Certis, te praksu Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave (dalje: Državna komisija) i Visokog upravnog suda RH (dalje: VUS RH), u slučaju kada je natjecatelj/ponuditelj gospodarski subjekt s poslovnim nastanom izvan RH, kao i relevantna stajališta Suda EU o pojedinim pitanjima vezanim uz fakultativne osnove za isključenje.

1. Fakultativne osnove za isključenje iz postupka javne nabave prema ZJN 2016

Člankom 57. stavkom 4. Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i vijeća, od 26. veljače 2014., o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ – dalje: Direktiva 2014/24/EU) propisane su fakultativne osnove za isključenje gosp. subjekta iz postupka javne nabave. Ista odredba Direktive 2014/24/EU transponirana je u hrvatsko zakonodavstvo javne nabave člankom 254. stavkom 1. toč. 1. do 9. ZJN 2016. Istom odredbom ZJN 2016 propisano je da javni naručitelj može isključiti gospodarskog subjekta iz postupka javne nabave ako: **1.** može na odgovarajući način dokazati kršenje primjenjivih obveza u području prava okoliša, socijalnog i radnog prava, uključujući kolektivne ugovore, a osobito obvezu isplate ugovorene plaće, ili odredbama međunarodnog prava okoliša, socijalnog i radnog prava navedenim u Prilogu XI. ZJN-a 2016; **2.** je nad gospodarskim subjektom otvoren stečajni postupak, ako je nesposoban za plaćanje ili prezadužen, ili u postupku likvidacije, ako njegovom imovinom upravlja stečajni upravitelj ili sud, ako je u nagodbi s vjerovnicima, ako je obustavio poslovne aktivnosti ili je u bilo kakvoj istovrsnoj situaciji koja proizlazi iz sličnog postupka prema nacionalnim zakonima i propisima; **3.** može dokazati odgovarajućim sredstvima da je gospodarski subjekt kriv za teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje njegov integritet; **4.** ima dovoljno vjerojatnih pokazatelja da zaključi da je gospodarski subjekt sklopio sporazum s drugim gospodarskim subjektima kojem je cilj narušavanje tržišnog natjecanja; **5.** se sukob interesa u smislu poglavlja 8. glave III. dijela prvog ovoga Zakona ne može učinkovito ukloniti drugim, manje drastičnim mjerama; **6.** se narušavanje tržišnog natjecanja, zbog prethodnog sudjelovanja gospodarskog subjekta u pripremi postupka nabave, kako je navedeno u članku 199. ZJN-a 2016, ne može ukloniti

drugim, manje drastičnim mjerama; **7.** gospodarski subjekt pokaže značajne ili opetovane nedostatke tijekom provedbe bitnih zahtjeva iz prethodnog ugovora o javnoj nabavi ili prethodnog ugovora o koncesiji čija je posljedica bila prijevremeni raskid tog ugovora, naknada štete ili druga slična sankcija; **8.** je gospodarski subjekt kriv za ozbiljno pogrešno prikazivanje činjenica pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru odsutnosti osnova za isključenje ili za ispunjenje kriterija za odabir gospodarskog subjekta, ako je prikrio takve informacije ili nije u stanju priložiti popratne dokumente u skladu s pododjeljkom 1. odjeljkom C tog poglavlja; **9.** je gospodarski subjekt pokušao na nepropisan način utjecati na postupak odlučivanja javnog naručitelja, doći do povjerljivih podataka koji bi mu mogli omogućiti nepoštenu prednost u postupku nabave ili je iz nemara dostavio pogrešnu informaciju koja može imati materijalni utjecaj na odluke koje se tiču isključenja, odabira gospodarskog subjekta ili dodjele ugovora.

ZJN 2016 propisuje da javni naručitelj „može“ isključiti gospodarskog subjekta iz postupka javne nabave, što znači da te osnove nisu obvezne te sam javni naručitelj odabire osnove za isključenje koje će propisati dokumentacijom o nabavi, ali nema obvezu provjeravati postojanje svih taksativno navedenih fakultativnih osnova za isključenje. Njihovim propisivanjem dokumentacijom o nabavi one postaju obvezne. Fakultativne osnove za isključenje u ponudi se dokazuju ESPD obrascem. Tijekom postupka pregleda i ocjene naručitelj na temelju vlastitih saznanja provjerava njihovo ne/postojanje odnosno odgovarajućim sredstvima (dokazima) dokazuje postojanje li koja od osnova za isključenje. U slučaju njihova postojanja, ZJN 2016 propisuje mogućnost poduzimanja „mjera samokorigiranja“. Na temelju **testa razmjernosti (proporcionalnosti)** utvrđuje se jesu li te mjere primjerene ili ne za donošenje odluke o isključenju.

Fakultativne osnove za isključenje mogu se podijeliti u dvije grupe: osnove koje se odnose na poslovanje gosp. subjekta

i osnove koje se odnose na njegovo postupanje u samom postupku javne nabave.

U prvu skupinu ubraja se: **a)** kršenje primjenjivih obveza u području prava okoliša, socijalnog i radnog prava, uključujući kolektivne ugovore, a osobito obvezu isplate ugovorene plaće, ili odredbama međunarodnog prava okoliša, socijalnog i radnog prava Prilogu XI. ZJN 2016; **b)** otvoren stečajni postupak, nesposobnost za plaćanje ili prezaduženost, ili postupak likvidacije, ako imovinom upravlja stečajni upravitelj ili sud, nagodba s vjerovnicima, obustava poslovnih aktivnosti ili bilo kakva istovrsna situacija koja proizlazi iz sličnog postupka prema nacionalnim zakonima i propisima; **c)** postojanje teškog profesionalnog propusta koji dovodi u pitanje njegov integritet; te **d)** značajnih ili opetovanih nedostataka tijekom provedbe bitnih zahtjeva iz prethodnog ugovora o javnoj nabavi ili prethodnog ugovora o koncesiji čija je posljedica bila prijevremeni raskid tog ugovora, naknada štete ili druga slična sankcija.

U drugu skupinu, koja se odnosi na postupanje gosp. subjekta u samom postupku javne nabave, ubraja se: **a)** sklapanje sporazuma s drugim gosp. subjektima kojem je cilj narušavanje tržišnog natjecanja; **b)** sukob interesa koji se ne može učinkovito ukloniti drugim, manje drastičnim mjerama; **c)** narušavanje tržišnog natjecanja, zbog prethodnog sudjelovanja gospodarskog subjekta u pripremi postupka javne nabave, kako je navedeno u članku 199. ZJN-a 2016, koje se ne može ukloniti drugim, manje drastičnim mjerama; **d)** krivnja za ozbiljno pogrešno prikazivanje činjenica pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru odsutnosti osnova za isključenje ili za ispunjenje kriterija za odabir gospodarskog subjekta, prikrivanje takve informacije ili nemogućnost prilaganja popratnih dokumenata; **e)** pokušaj utjecaja na nepropisan način na postupak odlučivanja naručitelja, dolaženja do povjerljivih podataka koji bi mu mogli omogućiti nepoštenu prednost u postupku nabave ili iz nemara dostavljanja pogrešnih informacija koja može imati materijalni utjecaj na odluke koje se tiču isključenja, odabira gospodarskog subjekta ili dodjele ugovora.

2. Načini dokazivanja fakultativnih osnova za isključenje

Člankom 265. ZJN 2016 propisani su načini dokazivanja obveznih osnova za isključenje i fakultativne osnove za isključenje iz članka 254. stavka 1. točke 2. ZJN 2016. U tom smislu, toč. 3. stavka 1. istoga članka propisano je da je naručitelj obavezan kao dostatan dokaz da ne postoje osnove za isključenje prihvatiti **izvadak iz sudskog registra ili potvrdu trgovačkog suda ili drugog nadležnog tijela u državi poslovnog nastana gosp. subjekta** kojim se dokazuje da ne postoje osnove za isključenje iz članka 254. stavka 1. točke 2. ZJN 2016. Stavkom 2. je propisano da ako se u državi poslovnog nastana gosp. subjekta, odnosno državi čiji je osoba državljanin ne izdaju dokumenti iz stavka 1. tog članka ili ako ne obuhvaćaju sve okolnosti iz članka 254. stavka 1. točke 2. ZJN 2016, oni mogu biti zamijenjeni **izjavom pod prisegom** ili, ako izjava pod prisegom prema pravu dotične države ne postoji, **izjavom davatelja s ovjerenim potpisom kod nadležne sudske ili upravne vlasti,**

javnog bilježnika ili strukovnog ili trgovinskog tijela u državi poslovnog nastana gosp. subjekta, odnosno državi čiji je osoba državljanin.

Dakle, jedino je za osnovu iz članka 254. stavka 1. toč. 2. ZJN 2016 propisan način kojim se dokazuje nepostojanje te osnove za isključenje, dok za ostale fakultativne osnove za isključenje iz članka 254. ZJN 2016 ne postoje strogo određeni dokazi kojima će se dokazivati njihovo nepostojanje odnosno dokaz kojim će naručitelj utvrditi njihovo postojanje i donijeti odluku o isključenju gospodarskog subjekta iz postupka javne nabave. Za dokazivanje tih „ostalih“ (fakultativnih) osnova za isključenje, u prvom redu naručitelj mora imati saznanja o postojanju istih, a tek na temelju saznanja o njima, iste će dokazivati različitim vrstama dokaza, ovisno o vrsti fakultativne osnove za isključenje. **U pravilu, dokazivanje fakultativnih osnova za isključenje domaćih i stranih gospodarskih subjekata, neće se uvelike razlikovati, osim u dijelu u kojem te razlike proizlaze iz pravnih uređenja država poslovnog nastana gospodarskog subjekta.**

Primjerice, za odgovornost za narušavanje tržišnog natjecanja države, što predstavlja postojanje **teškog profesionalnog propusta**, članice EU mogu propisati kaznenu ili administrativnu odgovornost. U slučaju da je propisana kaznena odgovornost (npr. u Danskoj ili Češkoj), za narušavanje tržišnog natjecanja, sud će donijeti presudu gosp. subjektu kojom će ga kazniti novčanom kaznom ili kaznom pritvora odnosno zatvora. U tom slučaju, **postojanje presude je odgovarajuće sredstvo kojim se dokazuje postojanje teškog profesionalnog propusta.** U slučaju da je propisana administrativna odgovornost, **postojanje odluke nadležnog tijela za zaštitu tržišnog natjecanja** države poslovnog nastana gospodarskog subjekta, predstavljat će dokaz o postojanju navedene osnove za isključenje.

Pojedine fakultativne osnove za isključenje, npr. **zabranjeni sporazum u postupku javne nabave s ciljem narušavanja tržišnog natjecanja ili postojanje sukoba interesa ili dostavljanja lažnih podataka**, naručitelj u samom postupku javne nabave utvrđuje na temelju sumnji i saznanja, te će te osnove za isključenje u samom postupku javne nabave dokazivati svim prikladnim sredstvima koje ima na raspolaganju.

3. e-Certis – internetsko spremište potvrda EU

e-Certis je alat uveden Direktivom 2014/24/EU radi olakšavanja prekograničnog nadmetanja. Njime se olakšava razmjena informacija o dokumentima potrebnim za dokazivanje kriterija za kvalitativni odabir gosp. subjekata. Članak 269. ZJN 2016 definira e-Certis kao internetsko spremište potvrda koji se koristi radi dobivanja podataka o vrstama i oblicima dokaza radi dokazivanja kriterija za kvalitativni odabir gosp. subjekata, kao i Direktiva 2014/24/EU. Sustav pomaže naručiteljima i ponuditeljima u utvrđivanju i uspoređivanju potvrda odnosno dokaza koji se izdaju u državama članicama EU te Lihtenštajnu, Norveškoj i Islandu. e-Certis omogućuje pregledavanje dokaza, kriterija ili izdavalatelja u državama članicama.

Različiti su načini dokazivanja u pojedinim državama članicama EU pa tako primjerice Belgija za dokazivanje nepostojanja fakultativnih osnova za isključenje navodi **ESPD obrazac**, dok Španjolska, Njemačka i Slovenija navode da se nepostojanje istih dokazuje **izjavom**. Posebnost je osnova za isključenje iz članka 254. stavka 1. toč. 2. ZJN 2016, za koje države članice navode primjerice **potvrdu o registraciji** (Švedska) ili **izvadak iz sudskog registra** (Poljska) ili **potvrda suda** (Danska). Također, specifičnost podataka o načinima dokazivanja fakultativnih osnova za isključenje navedenih u e-Certisu je da primjerice Austrija uopće nema podataka o načinima dokazivanja fakultativnih osnova za isključenje, ili Švedska koja navodi da se ne traže dokazi, ili Danska koja navodi da je teret dokaza na naručitelju. Dakle, zaključak je da načini dokazivanja postojanja odnosno nepostojanja fakultativnih osnova za isključenje u državi poslovnog nastana gosp. subjekta ovise od pravnog sustava države.

4. Kršenje primjenjivih obveza u području prava okoliša, socijalnog i radnog prava

Prvo od taksativno propisanih fakultativnih osnova za isključenje predstavljaju razlozi koji se odnose na *kršenje primjenjivih obveza u području prava okoliša, socijalnog i radnog prava, uključujući kolektivne ugovore, a osobito obvezu isplate ugovorene plaće, ili odredbama međunarodnog prava okoliša, socijalnog i radnog prava navedenim u Prilogu XI. ZJN 2016*. Navedenu osnovu za isključenje mogli bismo dovesti u vezu s teškim profesionalnim propustom koji dovodi u pitanje integritet gospodarskog subjekta. Naime, **teški profesionalni propust** odnosi se na *postupanje gospodarskog 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*, kako je propisano člankom 3. ZJN 2016. Uspoređujući te dvije osnove za isključenje, šira je kvalifikacija osnove za isključenje teškog profesionalnog propusta, te obuhvaća više okolnosti, u čemu se ogledaju razlozi za propisivanje upravo te osnove za isključenje dokumentacijom, u odnosu na onu iz članka 254. stavka 1. točke 1. ZJN 2016.

Postojanje ove osnove za isključenje naručitelj utvrđuje na temelju saznanja i putem odgovarajućih dokaza, kao što su različite odluke, presude, potvrde Porezne uprave ili sl. U slučaju da ne postoji odluka ili presuda o utvrđenju npr. kršenja obveze isplate plaće, ali postoje drugi dokazi, naručitelj na temelju savjesne i brižljive ocjene svih dokaza mora donijeti odluku o isključenju kao najstrože sankcije u postupku javne nabave, uz prethodno primjenu instituta „mjera samokorigiranja“. Način dokazivanja nepostojanja ove osnove za isključenje kod stranih ponuditelja ovisi i o pravnom uređenju države poslovnog nastana gosp. subjekta. Naime, ova osnova za isključenje obuhvaća različite okolnosti za koje u državi poslovnog nastana gosp. subjekta može biti propisana građanska i/ili kaznena i/ili administrativna odgovornost i kažnjavanje. Ovisno o vrsti odgovornosti i nadležnosti tijela za utvrđivanje odgovornosti, ovisiti će i vrsta dokaza.

5. Stečaj, nesposobnost za plaćanje, prezaduženost i slične okolnosti

Jedna od najčešćih fakultativnih osnova za isključenje propisana dokumentacijom o nabavi je: *ako je nad gosp. subjektom otvoren stečajni postupak, nesposobnost za plaćanje ili prezaduženost, ili postupak likvidacije, ako imovinom upravlja stečajni upravitelj ili sud, nagodba s vjerovnicima, obustava poslovnih aktivnosti ili bilo kakva istovrsna situacija koja proizlazi iz sličnog postupka prema nacionalnim zakonima i propisima* (članak 254. stavak 1. toč. 2. ZJN 2016.).

Treba istaknuti da je člankom 254. stavkom 2. ZJN 2016 jedino za ovu osnovu za isključenje propisano da javni naručitelj, iznimno može, ako je tako odredio u dokumentaciji, odustati od isključenja ako utvrdi da će taj gosp. subjekt biti sposoban izvršiti ugovor, uzimajući u obzir primjenjiva nacionalna pravila i mjere za nastavak poslovanja. To bi bili slučajevi kada se provodi npr. restrukturiranje u stečajnom postupku ili predstečajna nagodba. Međutim, kod ponuditelja s poslovnim nastanom izvan RH, takvi slučajevi ovise o pravnom uređenju prava poslovanja trgovačkih društva države poslovnog nastana.

Okolnosti iz članka 254. stavka 1. točke 2. ZJN 2016 se u postupku pregleda i ocjene ponuda dokazuju na način propisan člankom 265. ZJN 2016 odnosno izvatkom iz sudskog registra ili potvrdom trgovačkog suda ili drugog nadležnog tijela u državi poslovnog nastana gosp. subjekta. U slučaju da se ne izdaju ti dokumenti ili oni ne obuhvaćaju sve okolnosti te dokumente može zamijeniti odgovarajućom izjavom, sukladno stavku 2. istoga članka. Za ponuditelja s poslovnim nastanom izvan RH, potrebno je utvrditi jesu li sve okolnosti obuhvaćene izvatkom ili potvrdom, te ako nisu, tada je potrebno slijediti redoslijed dokazivanja iz članka 265. ZJN 2016. Posebice se ističe da ako u ponudi sudjeluje gosp. subjekt koji nema pravnu osobnost, kao npr. podružnica, tada je propisano osnovu za isključenje potrebno provjeriti i u odnosu na podružnicu i odnosu na njezinog osnivača. Navedena situacija česta je kod stranih ponuditelja koji imaju osnovanu podružnicu u RH, te imaju porezni broj u RH i u zemlji poslovnog nastana.

Primjerice, prema e-Certisu *Izvadak iz nac. sudskog registra i Izvadak iz Središnjeg registra i informacija o poslovanju* su dokazi koji se u Poljskoj odnosi na fakultativne osnove za isključenje: *stečaj, nesolventnost, nagodba s vjerovnicima, situacije istovrsne stečaju prema nacionalnim zakonima, imovinom subjekta upravlja stečajni upravitelj, suspendirane poslovne aktivnosti*. Navedeni dokazi bi bili dostatni za dokazivanje nepostojanja ove osnove za isključenje ponuditelja s poslovnim nastanom u Poljskoj.

Međutim, nerijetki su slučajevi da izvadak iz nacionalnog registra ne obuhvaća sve okolnosti opisane člankom 254. stavkom 1. točkom 2. ZJN 2016 te u tom slučaju ponuditelj s poslovnim nastanom izvan RH mora navedene okolnosti dokazivati odgovarajućom izjavom sukladno članku 265. stavku 2. ZJN 2016.

6. Teški profesionalni propust

Člankom 3. ZJN 2016 je propisano da je *profesionalni propust je postupanje gosp. 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. Člankom 254. stavkom 1. toč. 3. ZJN 2016 je propisana osnova za isključenje u slučaju postojanja profesionalnog propusta odnosno da javni naručitelj može isključiti gosp. subjekt ako može dokazati odgovarajućim sredstvima da je kriv za teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje njegov integritet. U slučaju kada bi gosp. subjekt u državi svog poslovnog nastana bio kažnjen odlukom agencije za zaštitu tržišnog natjecanja za povrede tržišnog natjecanja odnosno zbog postojanja zabranjenih sporazuma tzv. „kartel“, tada na strani tog gosp. subjekta postoji profesionalni propust. Stoga, kod narušavanja tržišnog natjecanja, **odluka nadležnog tijela za zaštitu tržišnog natjecanja** je odgovarajuće sredstvo za utvrđivanje osnove za isključenje profesionalnog propusta, budući da obuhvaća okolnosti narušavanja tržišnog natjecanja, te se razdoblje isključenja gosp. subjekta od dvije godine računa od dana donošenja odluke o utvrđivanju narušavanja tržišnog natjecanja.

VUS RH je presudom, posl. br. UsII-274/19-9, od 12. lipnja 2019. odbio tužbeni zahtjev tužitelja za poništenje Rješenja, KLASA: UP/II-034-02/19-01/215, od 09.04.2019.

U presudi Suda se navodi: „Daljnjom odredbom članka 254. stavka 1. toč. 3. ZJN 2016 propisano je da javni naručitelj može isključiti gosp. subjekta ako može dokazati odg. sredstvima da je on kriv za teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje njegov integritet, koji razlog za isključenje je naručitelj propisao u toč. 26.1. dokumentacije. Nadalje se u članku 255. stavku 7. ZJN 2016 propisuje da je razdoblje isključenja gospodarskog subjekta kod kojeg su ostvarene osnove za isključenje iz članka 254. ZJN 2016 dvije godine od dana dotičnog događaja.... Tužitelj niti u tužbi ne spori postojanje Odluke Komisije za zaštitu tržišnog natjecanja Helenske Republike broj: 642/2017 od 10. ožujka 2017., niti sadržaj te Odluke, ali polemizira o prirodi utvrđene presude....Slijedom navedenog pravilan je zaključak tuženika da je tužitelj bio dužan navesti i podatke o profesionalnom propustu, a da postojanje Odluke od 10. ožujka 2017. predstavlja profesionalni propust na strani tužitelja.“

7. Sporazumi s ciljem narušavanja tržišnog natjecanja

Osnova za isključenje koja se odnosi na sklopanje sporazuma gosp. subjekta s drugim gosp. 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 je obuhvaćeno i teškim profesionalnim propustom. Međutim, ono što je razlikuje od teškog profesionalnog propusta je vrijeme u kojem nastaje osnova za isključenje. Teški profesionalni propust je postupanje gospodarskog subjekta u prošlom vremenu, te mu je već utvrđeno narušavanje tržišnog natjecanja zbog kojeg je nastupio profesionalni propust. Međutim, sklopanje sporazuma kojem je cilj naru-

šavanje tržišnog natjecanja nastaje u sadašnjem vremenu i tek se gospodarskom subjektu treba utvrditi narušavanje tržišnog natjecanja i postojanje profesionalnog propusta, a koje će nastupiti prijavom nadležnoj agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja i donošenjem odluke o narušavanju tržišnog natjecanja.

Utvrđivanje zabranjenog sporazuma gospodarskih subjekata kojim se narušava tržišno natjecanje u postupku javne nabave je dugoročan i težak proces. Potrebno je da postoje naznake da su gospodarski subjekti koji sudjeluju u postupku javne nabave 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 sl. Takvi zabranjeni sporazumi predstavljaju „kartel“ koji je najteži oblik narušavanja tržišnog natjecanja. 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.

Presuda Suda EU od 15. rujna 2022., Landkreis Aichach-Friedberg, protiv J. Sch. Omnibusunternehmen, K. Reisen GmbH, uz sudjelovanje: E. GmbH & Co. KG, C416/21

„... postoje indicije da su gosp. subjekti sklopili takav sporazum kojim bi se utjecalo na tržište kroz manipuliranje ponudama putem sporazuma o cijenama koje će ponuditi u okviru tih postupaka, sporazuma o redoslijedu kojim će podnositi ponude u postupcima, 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 sl....“

Iz navedenog slučaja proizlazi da ako naručitelj ima sumnju odnosno ako postoje indicije da su se dva ili više gospodarska subjekta s poslovnim nastanom izvan RH dogovorila o podnošenju ponuda u postupku javne nabave, a postoje podudarnosti u ponudama i/ili postupanju oba gospodarska subjekta koje imaju značaj manipuliranja ponudama u postupku javne nabave, naručitelj će takvo postupanje kazniti donošenjem odluke o isključenju oba ponuditelja zbog zabranjenog sporazuma u postupku javne nabave.

8. Sukob interesa i prethodno sudjelovanje gosp. subjekta u pripremi postupka nabave

Fakultativna osnova za isključenje koja se odnosi na postojanje sukoba interesa u smislu poglavlja 8. glave III. dijela prvog ZJN 2016, a koje se ne može učinkovito ukloniti drugim, manje drastičnim mjerama (čl. 254. st. 1. toč. 5. ZJN 2016) i narušavanja tržišnog natjecanja, zbog prethodnog sudjelovanja gosp. subjekta u pripremi postupka nabave, kako je navedeno u članku 199. ZJN-a 2016, koje se ne može ukloniti drugim, manje drastičnim mjerama (članak 254. stavak 1. toč. 6. ZJN 2016) u praksi se rijetko primjenjuje.

U oba slučaja, naručitelji su vrlo oprezni da u postupku poštuju odredbe o sukobu interesa i prethodnom sudjelovanju gosp. 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 gosp. subjektima putem EOJN RH. Posebno je bitno poduzeti sve potrebne mjere kako bi se izbjegao sukob interesa u projektima sufinanciranim sredstvima EU, jer je u slučaju utvrđenog postojanja sukoba interesa, stopa financijskog ispravka 100%, bez mogućnosti umanjenja.

Njihovo postojanje naručitelj utvrđuje u samom postupku, ako postoje naznake za njihovo ostvarenje. Postojanje sukoba interesa i prethodnog sudjelovanja gosp. subjekta u pripremi postupka javne nabave je jednostavno utvrditi, budući da je sam naručitelj dužan znati s kojim gospodarskim subjektima je u sukobu interesa te koji je gospodarski subjekt sudjelovao u pripremi postupka. Primjerice, u slučaju kada ostvarene okolnosti iz članaka 76. i 77. ZJN-a 2016 odnosno kada postoje okolnosti povezanosti predstavnika naručitelja i gosp. subjekta s poslovnim nastavnom izvan RH, taj gospodarski subjekt mora biti naveden u dokumentaciji o nabavi kao gospodarski subjekt s kojim naručitelj ne smije sklopiti ugovor o javnoj nabavi.

9. Nedostatci iz prethodnih ugovora o javnoj nabavi

Još jedna od najčešćih fakultativnih osnova za isključenje propisanih dokumentacijom je isključenje gosp. subjekta ako se dokažu *značajni ili opetovani nedostaci tijekom provedbe bitnih zahtjeva iz prethodnog ugovora o javnoj nabavi ili prethodnog ugovora o koncesiji čija je posljedica bila prijevremeni raskid tog ugovora, naknada štete ili druga slična sankcija* (članak 254. stavak 1. toč. 7.). Da bi se utvrdila ova osnova za isključenje, bitno je da naručitelj utvrdi sve okolnosti iz opisa ove osnove odnosno da se radi o značajnim i opetovanim nedostacima, bitnim zahtjevima iz ugovora, te da je posljedica bila prijevremeni raskid, naknada štete ili druga slična sankcija (npr. *naplata jamstva za uredno ispunjenje ugovora*).

Primjerice, u postupku je sudjelovao ponuditelj XY s poslovnim nastanom u Austriji. Drugi ponuditelj XX u tom postupku obavijestio je naručitelja da ponuditelj XY ima raskid ugovora u Italiji, a vezanim uz izgradnju autoceste, te raskid ugovora u BiH, vezano uz izgradnju željezničke pruge. Naručitelj je zatražio pojašnjenje dostavljenih navoda od ponuditelja XY. Ponuditelj se u odnosu na raskid u Italiji očitovao i dostavio dokaze (korespondenciju ponuditelja i naručitelja) da je nastupio raskid ugovora zbog financijskih poteškoća naručitelja. Za raskid u BiH ponuditelj je dostavio dokaze o provedbi arbitražnog postupka koji je u tijeku, a koji se vodi povodom raskida ugovora za izgradnju željezničke pruge, a koji je pokrenuo sam ponuditelj zbog nezakonitog raskida. Naručitelj je ocijenio dokaze dostavljene od strane ponuditelja i donio odluku da isti nisu takvog značaja kojega bi okolnosti činile takvog ponuditelja nepouzdanim partnerom.

Dokazivanje ove osnove za isključenje, kako dokazi nisu strogo propisani, niti su navedeni u e-Certisu kao primjer dokazivanja, dokazuje se svim prikladnim sredstvima kojima ponuditelj raspolaže.

Presuda Suda EU od 26. siječnja 2023., „HSC Baltic” UAB „Mitnija” UAB, „Montuotojas” UAB protiv Vilniaus miesto savivaldybės administracija, C682/21

Grad Vilnius je sklopio ugovor o javnoj nabavi radova sa ZP HSC Baltic, Mitnija i Montuotojas. Grad Vilnius je zbog neizvršavanja ugovornih obveza, raskinuo taj ugovor i uvrstio navedena društva u **Popis nepouzdanih dobavljača**. Zajednica ponuditelja je podnijela tužbu sudu zbog nezakonitog raskida u uvrštavanja na Popis nepouzdanih dobavljača. Tužba je odbijena s obrazloženjem: „Budući da su ta društva solidarno odgovorna za pravilno izvršavanje spornog ugovora, i da je on raskinut, naručitelj nije imao nikakvu diskrecijsku ovlast da sve članove zajednice ne uvrsti na popis nepouzdanih dobavljača.

To uvrštavanje nije sprječavalo navedena društva da se rehabilitiraju te sudjeluju u drugim postupcima nabave.“ Na odluku je ZP podnijela žalbu, koja je također odbijena, te je povodom toga pokrenut postupak pred Vrhovnim sudom Litve, koji je uputio Sudu EU prethodna pitanja. Sud EU je utvrdio:

„Kada su, kao u ovom slučaju, članovi zajednice gospodarskih subjekata zbog raskida ugovora o javnoj nabavi koji im je bio dodijeljen uvršteni na popis nepouzdanih dobavljača – pri čemu je to uvrštavanje proveo javni naručitelj ili je ono provedeno na njegovu inicijativu – i na taj način privremeno isključeni iz sudjelovanja u budućim postupcima javne nabave, to uvrštavanje, koje utječe na interes svakog od tih subjekata za dobivanje ugovora o javnoj nabavi na koje se primjenjuje pravo Unije, čini odluku javnog naručitelja u smislu čl.1. st.1. Direktive 89/665. Kao što to proizlazi iz ispitivanja drugog i trećeg pitanja, ta odluka mora poštovati ključna obilježja fakultativne osnove za isključenje iz članka 57. stavka 4. toč. (g) Direktive 2014/24 i biti u skladu s načelom proporcionalnosti. U slučaju navodne povrede tih odredaba ili bilo koje druge norme prava Unije, navodno oštećena osoba mora na temelju čl. 1. st. 1. i 3. Direktive 89/665 imati na raspolaganju djelotvoran pravni lijek.

Međutim, mogućnost podnošenja pravnog lijeka protiv raskida ugovora iz kojeg proizlazi njihovo uvrštavanje na popis nepouzdanih dobavljača ne čini, za članove zajednice koja je uspješni ponuditelj, djelotvoran pravni lijek protiv odluke da ih se uvrsti na taj popis i na taj način isključi, u načelu, iz budućih postupaka javne nabave. Naime, zakonitost tog raskida, s jedne strane, i tog uvrštavanja i isključenja, s druge strane, može ovisiti, kao što to proizlazi iz analize koja se odnosi na drugo pitanje, o različitim elementima. Slijedom toga, kada je raskinuti ugovor bio dodijeljen zajednici gospodarskih subjekata, svaki član te zajednice mora moći podnijeti pravni lijek protiv svojeg uvrštavanja na popis nepouzdanih dobavljača, iz kojega proizlazi njegovo isključenje, u načelu, iz budućih postupaka javne nabave.“

Dakle, iz opisanog slučaju proizlazi da se postojanje odnosno nepostojanje ove osnove za isključenje dokazuje

„Popisom nepouzdanih dobavljača“. U sustavu e-Certis za Litvu je upisano da se nepostojanje ove osnove za isključenje dokazuje samodeklaracijom (izjava) ili Popisom nepouzdanih dobavljača koji izdaje Ured za javnu nabavu. Međutim, u slučaju da je ponuditelj iz Litve upisan na taj Popis, imao bi pravo dokazivati svoju pouzdanost kroz primjenu instituta „mjera samokorigiranja“ odnosno putem dokaza o osporavanju uvrštenja na navedeni Popis, budući da je Sud EU ocijenio nezakonitim nemogućnost podnošenja pravnog lijeka na uvrštenje na taj Popis.

10. Pogrešno prikazivanje činjenica i prikrivanje informacija; Nepropisan način utjecaja na postupak javne nabave

Osnovu za isključenje iz članka 254. stavka 1. toč. 8. ZJN 2016 koja se odnosi na *krivnju gosp. subjekta za ozbiljno pogrešno prikazivanje činjenica pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru odsutnosti osnova za isključenje ili za ispunjenje kriterija za odabir gospodarskog subjekta, prikrivanje takve informacije ili nemogućnosti prilaganja popratnih dokumenata u skladu s pododjeljkom 1. odjeljkom C tog poglavlja ZJN 2016*, te osnovu za isključenje iz članka 254. stavka 1. toč. 9. ZJN 2016 koja se odnosi na *pokušaj gosp. subjekta da na nepropisan način utječe na postupak odlučivanja javnog naručitelja, dođe do povjerljivih podataka koji bi mu mogli omogućiti nepoštenu prednost u postupku nabave ili koji je iz nemara dostavio pogrešnu informaciju koja može imati materijalni utjecaj na odluke koje se tiču isključenja, odabira gospodarskog subjekta ili dodjele ugovora*, potrebno je razmatrati u sličnom kontekstu.

Naime, ESPD obrazac u dijelu koji se odnosi na osnove za isključenje lažnog prikazivanja, prikrivanja informacija, nemogućnosti podnošenja traženih dokumenata i prikupljanja povjerljivih informacija, objedinio je dvije fakultativne osnove za isključenje: a) ozbiljno pogrešno prikazivanje činjenica pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru odsutnosti osnova za isključenje ili za ispunjenje kriterija za odabir gosp. subjekta, ako je prikrivao takve informacije ili nije u stanju priložiti ažurirane popratne dokumente, i b) pokušaj da se na nepropisan način utječe na postupak odlučivanja javnog naručitelja, dođe do povjerljivih podataka koji bi mu mogli omogućiti nepoštenu prednost u postupku nabave ili iz nemara dostavljanja pogrešne informacije koja može imati materijalni utjecaj na odluke koje se tiču isključenja, odabira gosp. subjekta ili dodjele ugovora. Ove dvije osnove su u biti usko povezane, ali osnova nepropisnog utjecaja na odlučivanje naručitelja obuhvaća veći broj okolnosti u kojemu je moguće isključenje, budući da se osnova pogrešnog prikazivanja odnosno prikrivanja činjenica ili nemogućnosti dostave ažuriranih popratnih dokumenata odnosi samo na kvalitativne kriterije za odabir gosp. subjekta.

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 gosp. 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, sukladno članku 264. ZJN 2016.

Primjer iz prakse Državne komisije: Ne može se otkloniti prigovor da je propuštanje ispunjavanja ESPD obrasca u dijelu koji se odnosi na postojanje profesionalnog propusta, ozbiljno pogrešno prikazivanje činjenica pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru odsutnosti osnova za isključenje

Naručitelj HC d.o.o. objavio je 9. ožujka 2018. u EOJN RH poziv na nadmetanje s dokumentacijom u otvorenom postupku, broj objave: 2018/S 0F2-0005667, za predmet: izgradnja pristupnih cesta mostu Pelješac. U žalbi na Odluku o odabiru žalitelj navodi da naručitelj nije ispravno utvrdio nepostojanje razloga za isključenje iz toč. 26.3. dokumentacije, budući je u cijelosti zanemario očito postojanje okolnosti koje ukazuju na ozbiljno pogrešno prikazivanje činjenica pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru odsutnosti osnova za isključenje. Žalitelj navodi budući da je odabrani ponuditelj (poslovni nastan u Grčkoj) u ESPD-obrascu propustio označiti da postoji odluka koja se odnosi na povrede pravila o tržišnom natjecanju, samim time je povrijedio toč. 26.3. dokumentacije, jer je očito dostavio pogrešne podatke potrebne za provjeru odsutnosti osnova za isključenje, odnosno prikrivao je takve informacije.

Toč. 26.3. dokumentacije propisano je da će naručitelj isključiti gosp. subjekt ako je isti kriv za ozbiljno pogrešno prikazivanje činjenica pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru odsutnosti osnova za isključenje ili za ispunjenje kriterija za odabir gospodarskog subjekta, ako je prikrivao takve informacije ili nije u stanju priložiti popratne dokumente u skladu s člancima 260. – 263., Odjeljak C ZJN 2016. Državna komisija je ocijenila da se ne može otkloniti prigovor žalitelja te da naručitelj treba ponovno izvršiti pregled i ocjenu ponuda u kojem treba uzeti u obzir saznanja iz ovog žalbenog postupka te u odnosu na odabranog ponuditelja ispitati postojanje osnova za isključenje iz toč. 26.3. dokumentacije o nabavi. Žalbeni navod je osnovan. (KLASA: UP/II-034-02/19-01/215, od 09.04.2019.)

11. Zaključno

Koje će fakultativne osnove za isključenje propisati dokumentacijom te primijeniti u postupku javne nabave odlučuje sam naručitelj. Naručitelj nema obvezu provjeravati postojanje svih taksativno navedenih fakultativnih osnova za isključenje. U pravilu, dokazivanje fakultativnih osnova za isključenje domaćih i stranih gospodarskih subjekata, neće se uvelike razlikovati, osim u dijelu u kojem te razlike proizlaze iz pravnih uređenja država poslovnog nastana gospodarskog subjekta.

pitajcentar@tim4pin.hr