

# Težak profesionalni propust kao fakultativni razlog za isključenje gospodarskog subjekta iz postupka javne nabave

Sanja Badrov Ranić\*

*Pitanje razloga isključenja gospodarskih subjekata iz postupaka javne nabave predstavlja jedan od ključnih aspekata funkcioniranja sustava javne nabave. Analiza fakultativnih razloga za isključenje gospodarskih subjekata iz postupka javne nabave otvara mnoga pitanja te ovaj rad razmatra bitne pretpostavke koje se odnose na sve fakultativne osnove za isključenje gospodarskih subjekata.*

## 1. Uvod

Pitanje razloga isključenja gospodarskih subjekata iz postupka javne nabave predstavlja jedan od ključnih aspekata funkcioniranja sustava javne nabave. Utječe na konkurentnost postupaka koje organiziraju naručitelji, razinu dostupnosti ugovora za sudionike na tržištu i transparentnost sustava javne nabave. U isto vrijeme pitanje tumačenja i praktične primjene pojedinih osnova čini predmet od velikog interesa za pravnu doktrinu, revizijska tijela, sudove, kao i naručitelje te gospodarske subjekte koji sudjeluju u postupcima javne nabave.

Analiza fakultativnih razloga za isključenje gospodarskih subjekata iz postupka javne nabave otvara mnoga pitanja, među kojima i pitanje u kojim situacijama ponuditelje odnosno natjecatelje treba isključiti, kada i pod kojim uvjetima treba dopustiti ponuditeljima da se vrate na tržište javne nabave, treba li isključenje imati učinak samo u odnosu na određeni postupak javne nabave ili može imati učinak na buduće postupke koje provode naručitelji, i konačno, tko bi i na koji način (s kojim stupnjem diskrecije) trebao odlučivati o primjeni tako radikalne mjere prema gospodarskim subjektima.

U cilju davanja odgovora na navedena pitanja, ovaj rad razmatra bitne pretpostavke koje se odnose na sve fakultativne osnove za isključenje gospodarskih subjekata iz postupka javne nabave (fakultativnost, diskreciju, razdoblje isključenja, mjere samokorigiranja) pri čemu se rad fokusira na fakultativnu osnovu za isključenje definiranu člankom 57. stavak 4. c) 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 u tekstu: Direktiva 2014/24/EU), odnosno člankom 254. stavak 1. točka 3. Zakona o javnoj nabavi (NN, br.: 120/16 i 114/22, dalje u tekstu: ZJN 2016) – težak profesionalni propust, koji dovodi u pitanje integritet gospodarskog subjekta.

## 2. Fakultativni razlozi za isključenje prema Direktivi 2014/24/EU

Fakultativni razlozi za isključenje propisani su u članku 57. stavak 4. Direktive 2014/24/EU. Uz teški poslovni prekršaj,

Direktiva 2014/24/EU poznaje još osam fakultativnih razloga za isključenje. Države članice mogu zahtijevati isključenje iz postupka javne nabave gospodarskih subjekata koji se nalaze u situacijama opisanim kao fakultativne osnove za isključenje, ako takvu obvezu naznače u nacionalnom zakonodavstvu. Kada govorimo o fakultativnim osnovama za isključenje potrebno je uzeti u obzir i članak 57. stavak 7. Direktive 2014/24/EU koji propisuje da države članice, uzimajući u obzir pravo Unije, određuju provedbene uvjete za ovaj članak zakonima i drugim propisima. To znači da prilikom propisivanja fakultativnih osnova za isključenje države članice imaju određeni stupanj diskrecije.

Navedeno potvrđuje i praksa Suda Europske unije (dalje u tekstu: Sud), koji navodi da „članak 57. stavak 7. Direktive 2014/24/EU ne predviđa ujednačenu primjenu na razini Unije osnova za isključenje koje su u njemu navedene jer države članice imaju mogućnost ili uopće ne primijeniti te osnove za isključenje ili ih uključiti u svoje nacionalne propise s određenim stupnjem strogosti koji može biti različit od slučaja do slučaja, ovisno o okolnostima pravnog poretka i gospodarskim ili socijalnim okolnostima koje prevladavaju na nacionalnoj razini.“ Države članice, dakle, raspolažu određenom diskrecijskom ovlašću prilikom utvrđivanja provedbenih uvjeta fakultativnih osnova za isključenje predviđenih u članku 57. stavku 4. Direktive 2014/24/EU.<sup>1</sup>

Iz prakse Suda također proizlazi da diskrecijska ovlašt država članica nije neograničena i da nakon što država članica odluči preuzeti neku od fakultativnih osnova za isključenje iz Direktive 2014/24/EU, ona mora poštovati njezina ključna obilježja, kako su navedena u toj direktivi. Sud naglašava da se propisivanjem u članku 57. stavku 7. Direktive 2014/24 da „države članice, uzimajući u obzir pravo Unije, određuju provedbene uvjete za taj članak“, onemogućuje da države članice iskrive fakultativne osnove za isključenje sadržane u toj odredbi odnosno da zanemare ciljeve ili načela na kojima se temelji svaka od tih osnova.“<sup>2</sup>

Dakle, države članice mogu odlučiti sve fakultativne razloge isključenja u nacionalom zakonodavstvu učiniti obveznim, dio učiniti obveznim, a dio fakultativnim, ili sve navedene razloge

\* Sanja Badrov Ranić, dipl.iur., Voditeljica Stručne službe za praćenje prakse i zastupanje u sudskim postupcima u Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave – stavovi izneseni u članku osobni su stavovi autorice

<sup>1</sup> Presuda Suda Europske unije, Tim, C-395/18 od 30. siječnja 2020.

<sup>2</sup> Presuda Suda Europske unije, Meca, C-41/18 od 19. lipnja 2019.

isključenja ostaviti fakultativnim. Iako države članice imaju određenu diskreciju prilikom definiranja fakultativnih osnova za isključenje, takvo definiranje mora slijediti ciljeve direktive i smisao koji se pojedinoj osnovi za isključenje htjelo dati. Navedeno znači da prilikom tumačenja pojedine osnove treba uzeti u obzir uvodne odredbe Direktive, kao i praksu Suda koja se odnosi na fakultativne osnove za isključenje, uz uvažavanje specifičnosti pravnog sustava svake pojedine države članice.

### 3. Fakultativni razlozi za isključenje prema ZJN 2016

ZJN 2016 fakultativne osnove za isključenje propisuje u članku 254., na način da su sve osnove iz članka 57. stavak 4. Direktive 2014/24/EU fakultativne za naručitelje, pri čemu opisi pojedinih osnova u potpunosti slijede izričaj i doseg Direktive 2014/24/EU. Tako je i u odnosu na težak profesionalni propust, koji je propisan u stavku 1. točka 3. istoga članka ZJN 2016.

Kada govorimo o osnovama za isključenje, načinu na koji se one primjenjuju, odnosno razlici obveznih i fakultativnih osnova u hrvatskom zakonodavstvu, treba poći od samog teksta ZJN 2016. U odnosu na fakultativne osnove za isključenje, članak 254. koristi sljedeću stipulaciju: „*Javni naručitelj može isključiti gospodarskog subjekta iz postupka javne nabave ako: 1. može na odgovarajući način dokazati...*“, dok kod obveznih osnova za isključenje (članci 251. i 252.) ZJN 2016 koristi sljedeću stipulaciju: „*Javni naručitelj obavezan je isključiti gospodarskog subjekta iz postupka javne nabave ako utvrdi da...*“.

Uzimajući u obzir odredbe članka 280. i 290. ZJN 2016, kojima je propisano da se pri izradi ponude ponuditelj mora pridržavati zahtjeva i uvjeta iz dokumentacije o nabavi te da nakon otvaranja ponuda javni naručitelj pregledava i ocjenjuje ponude na temelju uvjeta i zahtjeva iz dokumentacije o nabavi, općeprihvaćeno je tumačenje da naručitelj može, ali ne mora, u dokumentaciji o nabavi propisati pojedine fakultativne osnove za isključenje iz članka 254. ZJN 2016. Ako naručitelj odluči propisati određenu fakultativnu osnovu za isključenje, dužan je sukladno navedenoj odredbi pregledavati ponude. Navedeno znači da fakultativna osnovu za isključenje postaje obvezna osnovu u fazi pregleda i ocjene ponuda, ali samo za slučaj da je propisana kao takva dokumentacijom o nabavi.<sup>3</sup> S druge strane, u smislu odredbe članka 251. ZJN 2016 obvezne razloge za isključenje naručitelj je dužan primijeniti u svakom postupku javne nabave.<sup>4</sup>

Iako naručitelji imaju diskreciju hoće li ili ne pojedine fakultativne osnove propisati kao razlog za isključenje prilikom sastavljanja dokumentacije o nabavi, naručitelji ipak ne bi mogli u dokumentaciji o nabavi navesti gospodarske subjekte koje isključuju, odnosno isključiti gospodarske subjekte samom dokumentacijom o nabavi, ako smatraju da kod kojeg od njih postoji neka od fakultativnih osnova za isključenje. Tako Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (dalje u tekstu: DKOM) navodi da „*dikcija norme članka 254. stavka 1. točke 7. ZJN 2016 ne omogućava naručitelju da već sadržajem dokumentacije o nabavi iz određenog, objavljenog postupka javne nabave, isključi ponuditelja s kojim je u prethodno provedenom postupku javne nabave imao sklopljen ugovor te koji ugovor je*

*po naručitelju jednostrano raskinut radi nepravilnog izvršavanja istog.*“<sup>5</sup>

Dakle, postojanje fakultativnih razloga za isključenje naručitelji utvrđuju tijekom pregleda i ocjene ponuda (članak 291. ZJN 2016), u odnosu na osnove koji su sami propisali dokumentacijom o nabavi, uvažavajući načela javne nabave (članak 4.), kao i članak 255. ZJN 2016 (mjere samokorigiranja, razdoblje isključenja). Pri tome bi bilo oportuno uvažavati i stavove koji proizlaze iz prakse Suda, odnosno ciljeve i svrhu pojedine fakultativne osnove za isključenje.

### 4. Definiranje teškog profesionalnog propusta

Pitanje definiranja teškog profesionalnog propusta predstavlja osnovno pitanje o kojem ovisi primjena fakultativne osnove za isključenje. Naručitelji, prilikom pregleda i ocjene ponuda, razne propuste ponuditelja definiraju kao profesionalni propust, a najčešće su to povrede koje se odnose na povredu *tržišnog natjecanja i povrede prilikom izvršenja ranijih ugovora o javnoj nabavi*.

Direktiva 2014/24/EU daje samo djelomičan odgovor na pitanje koji činjenični supstrat možemo podvesti pod definiciju teškog profesionalnog propusta. Naime, ista Direktiva ne sadrži definiciju pojma „*teški profesionalni propust*.“ Međutim, pomoć možemo naći u uvodnoj odredbi broj 101 spomenute Direktive, u kojoj se navodi da naručitelj može isključiti gospodarske subjekte koji su počinili ostale oblike teških poslovnih prekršaja, poput kršenja pravila o *tržišnom natjecanju ili prava intelektualnog vlasništva*.

Nadalje, Direktiva iz 2014/24/EU, kao posebnu fakultativnu osnovu za isključenje, različitu od teškog poslovnog prekršaja, propisuje nedostatke prilikom izvršenja prethodnih ugovora u točki (g) članka 57. stavka 4., navodeći da javni naručitelj može isključiti gospodarskog subjekta ako gospodarski subjekt pokaže značajne ili postojeće nedostatke tijekom provedbe ključnih zahtjeva iz prethodnog javnog ugovora ili prethodnog ugovora sa sektorskim naručiteljem čija je posljedica bila prijevremeni raskid tog prethodnog ugovora, naknada štete ili slične sankcije. Dakle, kršenje obveza iz ranijih ugovora načelno ne bi bio težak poslovni propust.

Smjernice za definiranje teškog profesionalnog propusta te razlikovanje te osnove od povrede prilikom izvedbe ranijih ugovora nalazimo u presudi Suda, Meca, C-41/18 od 19. lipnja 2019., i to konkretnije u mišljenju nezavisnog odvjetnika, koji navodi sljedeće: „*Iz uvodne izjave 101. Direktive 2014/24 proizlazi da su profesionalni propusti iz točke (c) uglavnom izvanugovorne prirode, odnosno riječ je o nepravilnim postupanjima do kojih u načelu dolazi izvan područja ugovornih odnosa. To je slučaj profesionalnih propusta koji se odnose na neispunjavanje okolišnih ili društvenih obveza, povredu pravila o tržišnom natjecanju ili prava intelektualnog vlasništva ili slučaj povrede poreznih obveza ili obveza u području socijalne sigurnosti. Suprotno tomu, postupanje kvalificirano u točki (g) karakteristična je povreda ugovora. Međutim, točno je da neke povrede ugovora istodobno mogu uključivati neki oblik teškog profesionalnog propusta, odnosno propusta počinjenog u okviru prethodnog javnog ugovora, koji je takve prirode da uzrokuje raskid ugovornog odnosa. S tog gledišta, povezanost dviju točaka jest povezanost koja je svojstvena *lex generalis**

<sup>3</sup> Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/21-01/862 od 30. rujna 2021.; Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/21-01/1113 od 18. siječnja 2022.; Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/22-01/76 od 10. ožujka 2022.

<sup>4</sup> Presuda VUS-a poslovni broj: UsII-274/19 od 12. lipnja 2019. u predmetu DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/19-01/215 od 9. travnja 2019.

<sup>5</sup> Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/20-01/660 od 28. rujna 2020.

(točka (c) u odnosu na *lexspecialis* (točka (g)), čime se za utvrđivanje načela koja se moraju poštovati pri tumačenju pravila sadržanog u točki (g) omogućuje uzimanje u obzir općenitih ciljeva i razloga.”

Ovdje valja spomenuti i presudu Suda, Consorzio Nazionale Servizi, C-425/18 od 4. lipnja 2019., koja se odnosi na raniju Direktivu 2004/18/EZ, a koja se bavi definiranjem teškog profesionalnog propusta. Tako Sud u navedenoj presudi napominje da pojam „težak profesionalni propust” obuhvaća svako protupravno postupanje koje utječe na profesionalnu vjerodostojnost predmetnog gospodarskog subjekta, njegov integritet i pouzdanost. Nadalje Sud navodi: „Posljedično, pojam „težak profesionalni propust”, koji se široko tumači, ne može biti ograničen samo na povrede i nepažnje počinjene tijekom izvršavanja ugovora o javnoj nabavi. Osim toga, pojam „težak propust” mora se razumjeti na način da se uobičajeno odnosi na postupanje predmetnog gospodarskog subjekta koje pokazuje njegovu *protupravnu namjeru ili nepažnju određenog stupnja*. Konačno, članak 45. stavak 2. prvi podstavak točka (d) Direktive 2004/18 dopušta javnim naručiteljima *utvrđivanje teškog profesionalnog propusta svim sredstvima kojima ga mogu opravdati*. Utvrđivanje takvog popusta ne zahtijeva pravomoćnu sudsku presudu s obzirom na to da odluka nacionalnog tijela za zaštitu tržišnog natjecanja kojom se utvrđuje da je subjekt prekršio pravila tržišnog natjecanja može zasigurno predstavljati indiciju o postojanju teškog propusta koji je počinio taj subjekt. Stoga bi počinjenje povrede pravila o tržišnom natjecanju, osobito kada je ta povreda bila sankcionirana novčanom kaznom, predstavljalo razlog za isključenje obuhvaćen člankom 45. stavkom 2. prvim podstavkom točkom (d) Direktive 2004/18.

Dakle, sukladno Direktivi 2014/24/EU i praksi Suda *težak profesionalni propust* obuhvaća svako protupravno postupanje koje utječe na profesionalnu vjerodostojnost predmetnog gospodarskog subjekta, njegov integritet i pouzdanost, poput kršenja pravila o tržišnom natjecanju, prava intelektualnog vlasništva, neispunjavanje okolišnih i društvenih obveza te druge povrede izvanugovorne prirode.

Za razliku od Direktive 2014/24/EU, ZJN 2016 u članku 3. definira profesionalni propust. Tako u točki 24. tog članka navodi se da je *profesionalni propust 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*.

Čini se da ova definicija u bitnome slijedi Direktivu 2014/24/EU i praksu koji je razvio Sud. Međutim, valja pri tome primijetiti da se pod citiranom definicijom profesionalnog propusta mogu naći i povrede koje mogu predstavljati druge osnovne za isključenje, odnosno osnovu za isključenje iz točke 1. (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. ovoga Zakona) i točke 4. (sklapanje sporazuma s drugim gospodarskim subjektima kojima je cilj narušavanje tržišnog natjecanja) članka 254. stavka 1. ZJN 2016. Također, pod postupanje protivno pravilima struke mogle bi se podvesti povrede koje se odnose na povrede prilikom izvršenja ranijih ugovora.

U praksi nalazimo i primjere u kojima naručitelji sami u dokumentaciji o nabavi definiraju što će smatrati profesionalnim propustom u pojedinom postupku javne nabave, a navedeno postupanje bilo bi sukladno odredbi članka 57. stavak 7. Direktive 2014/24/EU, prema kojoj države članice, uzimajući pravo Unije, određuju provedbene uvjete za ovaj članak zakonima i drugim propisima. Također, u ESPD obrascu se napominje da za potrebe ove nabave neke od fakultativnih osnova za isključenje mogu biti preciznije definirane u nacionalnom pravu, odgovarajućoj obavijesti ili dokumentaciji o nabavi.

Tako je u jednom predmetu o kojem je odlučivao DKOM, naručitelj dokumentacijom o nabavi obrazložio da je profesionalni propust postupanje gospodarskog subjekta suprotno odredbama Uredbe (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka) te Zakonu o provedbi Opće Uredbe o zaštiti podataka („Narodne novine“, broj 42/18.).<sup>6</sup>

Konačno, valja napomenuti da su prema praksi Visokog upravnog suda RH (dalje u tekstu: VUS) i DKOM-a, pojmovi *poslovnog prekršaja* i *poslovnog propusta jednoznačni*, što nadalje znači da pojam teškog poslovnog prekršaja koji se koristi u ESPD obrascu, a koji koristi i Direktiva, predstavlja pojam teškog profesionalnog propusta iz ZJN 2016.<sup>7</sup>

Slijedom navedenog, razvidno je da razni propusti ponuditelja mogu biti svrstani pod težak profesionalni propust. Na naručiteljima je pravo da dokumentacijom o nabavi propišu fakultativne osnove za isključenje, a onda i obveza da pojedina činjenična stanja podvedu pod pojedinu osnovu, uzimajući citirana obrazloženja Suda. U praksi se pokazalo da ista činjenična stanja mogu biti razlog za isključenje po različitim osnovama, a koju će osnovu naručitelji primijeniti diktira dokumentacija o nabavi.

## 5. Isključenje kao diskrecijsko pravo naručitelja

U fazi izrade dokumentacije o nabavi, a sukladno rješenju hrvatskog zakonodavca, propisivanje teškog profesionalnog propusta kao razloga za isključenje predstavlja diskreciju naručitelja. To proizlazi iz same činjenice da je riječ o fakultativnim osnovama za isključenje. Kao što je već navedeno, fakultativne osnove za isključenje naručitelj može, ali nije obavezan propisati u dokumentaciji o nabavi. Također, naručitelj može izabrati koje od osnova za isključenje iz članka 254. stavak 1. ZJN 2016 će propisati u dokumentaciji o nabavi: sve, neke ili niti jednu. U jednoj dokumentaciji o nabavi naručitelj može propisati sve fakultativne razloge za isključenje, dok u drugoj dokumentaciji, koju primjerice istodobno objavljuje za drugi postupak nabave, to ne mora učiniti.

Nadalje, u fazi pregleda i ocjene ponuda, kada govorimo o teškom profesionalnom propustu (te isključenju ponuditelja zbog propusta prilikom izvršenja ranijeg ugovora o javnoj nabavi), diskrecija proizlazi iz činjenice da je *odluka o isključenju povjerenja naručitelju*, a ne primjerice sudu te da prilikom te ocjene naručitelj ocjenjuje je li ili nije narušen *odnos povjerenja između njega i ponuditelja*. Navedeno ujedno znači da pojedinu

<sup>6</sup> Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/21-01/744 od 12. listopada 2021.

<sup>7</sup> Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/19-01/215 od 9. travnja 2019., Presuda VUS-a poslovni broj: UsII-274/19 od 12. lipnja 2019.

povredu jedan naručitelj može ocijeniti kao razlog za isključenje dok drugi naručitelj navedeno ne mora.<sup>8</sup> Zbog navedenog, u praksi se često čini da postupanje naručitelja prilično neujednačeno, a zatim i praksa revizijskih tijela.

Navedeno potvrđuje presuda Suda, Meca, C-41/18 od 19. lipnja 2019. U toj presudi se navodi da naručitelji nisu automatski vezani ocjenom treće strane prilikom primjene fakultativnih osnova za isključenje, već svaki naručitelj ima mogućnost iz postupka javne nabave isključiti ponuditelja, čime se upravo naručitelju omogućuje ocjena integriteta i pouzdanosti svakog od ponuditelja, kao i obraćanje pažnje na načelo proporcionalnosti.

Nadalje, Sud u presudi Delta Antrepriză de Construcții i Montaj 93, C-267/18 od 3. listopada 2019., potvrđuje da naručitelj prilikom donošenja odluke o isključenju ponuditelja nije vezan odlukom ranijeg naručitelja o raskidu ugovora. Navedena se presuda odnosi na povredu prilikom izvršenja prethodnog ugovora, dakle na tumačenje članka 57. stavak 4. točke (g) Direktive 2014/24/EU. Tako Sud navodi da uspostava odnosa povjerenja između javnog naručitelja i uspješnog ponuditelja pretpostavlja da taj *javni naručitelj ne bude automatski vezan ocjenom koju je u okviru prethodne javne nabave donio drugi javni naručitelj* kako bi, među ostalim, posebnu pozornost mogao obratiti na načelo proporcionalnosti u trenutku primjene fakultativnih osnova za isključenje.

Konačno, valja reći da diskrecijska prava naručitelja ne znače ujedno i arbitrarnost prilikom odlučivanja. Pri tome valja uzeti u obzir odredbu članka 301. stavak 3. ZJN 2016, kojom je propisano da je javni naručitelj obavezan svaku odluku obrazložiti, što uključuje obrazloženje o razlozima za isključenje ili neispunjavanje kriterija za odabir gospodarskog subjekta, odnosno za odbijanje zahtjeva za sudjelovanje te razloge za odbijanje ponude, uključujući razloge o nepostojanju jednakovrijednosti ili neispunjavanju izvedbenih i funkcionalnih zahtjeva za ponudenu robu, radove ili usluge, ime ili naziv odabranog ponuditelja te informacije o svojstvima i prednostima odabrane ponude, ili razloge za poništenje postupka.

Svaka odluka naručitelja o isključenju podložna je provjeri u revizijskom postupku, odnosno povodom žalbe zainteresiranog gospodarskog subjekta. Stoga valja ukazati i na odredbu članka 403. stavka 3. ZJN 2016, koja se odnosi na teret dokazivanja. Navedenim člankom propisano je da je naručitelj obavezan dokazati postojanje činjenica i okolnosti na temelju kojih je donio odluku o pravima, poduzeo radnje ili propustio radnje te proveo postupke koji su predmet žalbenog postupka.

U odnosu na navedenu problematiku valja ukazati na presudu Suda Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19 od 7. rujna 2021., koja razjašnjava pitanje u kojoj mjeri je odluka o isključenju prepuštena naručitelju, a koje pravo već proizlazi iz ranije citirane presude Meca, C-41/18. Naime, Sud pojašnjava da „kako se ne bi zanemarilo poštovanje prava na djelotvoran pravni lijek, kako je zajamčeno, u području javne nabave, člankom 1. stavkom 1. četvrtim podstavkom i člankom 1. stavkom 3. Direktive 89/665 kao i člankom 47. Povelje, odluku kojom

*javni naručitelj odbija, makar i implicitno, isključiti gospodarskog subjekta iz postupka javne nabave zbog nekog od fakultativnih razloga za isključenje predviđenih člankom 57. stavkom 4. Direktive 2014/24 mora moći pobijati svaka osoba koja ima ili je imala interes za dodjelu određenog ugovora o javnoj nabavi i koja je pretrpjela štetu zbog povrede te odredbe ili je imala takav rizik. Iz toga slijedi da nacionalni sud može, u okviru spora između natjecatelja ili ponuditelja isključenog iz dodjele ugovora i javnog naručitelja, nadzirati ocjenu javnog naručitelja o tome jesu li uvjeti potrebni za primjenu nekog od fakultativnih razloga za isključenje iz članka 57. stavka 4. Direktive 2014/24 bili ispunjeni u pogledu gospodarskog subjekta kojemu je dodijeljen ugovor i, slijedom toga, od nje odstupati. Stoga, ovisno o slučaju, taj sud može u tom smislu odlučiti o meritumu ili u tu svrhu vratiti predmet nadležnom nacionalnom tijelu ili sudu.“*

## 6. Dostavljanje podataka naručitelju o teškom profesionalnom propustu

Europska jedinstvena dokumentacija o nabavi (European Single Procurement Document – ESPD) je ažurirana formalna izjava gospodarskog subjekta, koja služi kao preliminarni dokaz umjesto potvrda koje izdaju tijela javne vlasti ili treće strane, a kojima se potvrđuje da taj gospodarski subjekt, između ostalog, nije u jednoj od situacija koje se gospodarski subjekt isključuje ili može isključiti iz postupka javne nabave (osnove za isključenje).<sup>9</sup>

U praksi se pokazalo da gospodarski subjekti različito shvaćaju na koji način ispunjavati ESPD obrazac, posebice u dijelu koji je odnosi na *teški poslovni propust*. Naime, pitanje u ESPD obrascu glasi: „Je li gospodarski subjekt kriv za teški poslovni prekršaj? Ako je odgovor da, navedite pojedinosti.; Ako je odgovor da, je li gospodarski subjekt poduzeo mjere samokorigiranja? Ako jeste, opišite pojedine mjere.“

Ako se uzme u obzir gore navedena dvojba oko definiranja teškog profesionalnog propusta, a zatim i iznesena tvrdnja da postojanje razloga za isključenje ocjenjuje prvenstveno naručitelj, i sama obveza ispunjavanja ESPD obrasca u navedenom dijelu postaje za ponuditelje upitna. Osim toga, ponuditelji su manje skloni samooptuživanju na način da podnesu popis povreda koje naručitelj eventualno može kvalificirati kao težak profesionalni propust.

Ispred DKOM-a se postavilo pitanje ispunjavanja ESPD obrasca u dijelu *teškog poslovnog propusta* u slučaju kada u vrijeme predaje ponude nije još bila izrečena novčana kazna Kartelnog suda za slučaj povrede tržišnog natjecanja. DKOM ocjenjuje da odgovornost i krivnja ne nastaje tijekom provođenja postupka, ni istražnih radnji niti postavljanjem zahtjeva nekog tijela za kažnjavanje, nego konačnom odlukom nadležnog tijela ili nekog suda. Stoga, prema ocjeni DKOM-a: „ponuditelj nije bio niti dužan navesti podatke o svom postupanju za koje u tom trenutku nije ni donesena odluka Kartelnog suda. Unatoč tome što je ponuditelj znao da je zatraženo izricanje novčane kazne u upravnom postupku, da je pokrenuta istraga u kaznenom postupku te što je već započelo provođenje mjera samokorekcije, ne može se reći da je nenavođenjem takvog podatka kao počinjenog teškog profesionalnog propusta došlo do ozbiljnog pogrešnog prikazivanja činjenica pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru odsutnosti osnova za isključenje, odnosno da je ponuditelj bio dužan već i prije donošenja u spornom

<sup>8</sup> Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/20-01/139 od 29. travnja 2020.; Presuda VUS-a poslovni broj: UsII-226/20 od 15. srpnja 2020.; Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/21-01/64 od 19. veljače 2021.; Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/21-01/656 od 3. rujna 2021.; Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/21-01/862 od 30. rujna 2021.; Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/21-01/893 od 29. listopada 2021.

<sup>9</sup> Članak 260. stavak 1. ZJN 2016

ESPD obrascu navesti da je kriv za neko djelo za koje nije done-sena odluka Kartelnog suda.<sup>10</sup>

Uz pitanje popunjavanja ESPD obrasca, postavlja se pitanje na koji način naručitelji dolaze do saznanja o postojanju fakultativnih osnova za isključenje ako ponuditelji smatraju da ne postoji razlog za isključenje i u tom dijelu ne ispune ESPD obrazac. Navedeno predstavlja izazov za naručitelje, posebice u slučaju inozemnih ponuditelja.

U praksi se često pojavljuju i slučajevi kada naručitelji nemaju saznanja o postojanju fakultativnih osnova za isključenje te o istima dobiju saznanja tek u žalbenom postupku od strane žalitelja koji pobija odluku o odabiru ponude ponuditelja za kojeg smatra da je trebao biti isključen iz postupka javne nabave.<sup>11</sup> U tim situacijama se postavlja pitanje može li naručitelj obraniti svoju odluku o odabiru u žalbenom postupku ili odluku o odabiru treba poništiti i vratiti naručitelju da razmotri dokaze o postojanju fakultativne osnove za isključenje i eventualno poduzetim mjerama samokorigiranja.

DKOM zauzima stajalište da u tom slučaju naručitelju treba vratiti predmet na ponovno na odlučivanje i u slučaju kada naručitelj u žalbenom postupku tvrdi da unatoč novim saznanjima ne postoji razlog za isključenje kod ponuditelja.<sup>12</sup> DKOM obrazlaže da iz odredbe članka 254. stavka 1. točke 7. ZJN 2016 proizlazi da je ocjena treba li iz postupka javne nabave isključiti gospodarskog subjekta povjerena javnom naručitelju koji slobodnom ocjenom, na temelju savjesne i brižljive ocjene svakog dokaza posebno i svih dokaza zajedno te na temelju rezultata cjelokupnog postupka utvrđuje postoji li na strani gospodarskog subjekta navedeni razlog za isključenje. Dakle, naručitelj treba ponovo izvršiti pregled i ocjenu ponuda, u kojem treba uzeti u obzir saznanja iz žalbenog postupka te nedvojbeno utvrditi postoji li na strani ponuditelja osnova za njegovo isključenje iz ovog postupka javne nabave.

U tim slučajevima se postavlja pitanje ekonomičnosti postupka.

Ujedno, ako ponuditelj u ESPD obrascu nije naveo da je počinio profesionalni propust, to povlači i činjenicu da nije u ESPD obrascu naveo niti mjere samokorigiranja. S tim u vezi, upućuje se na presudu Suda, RTS infra i AannemingsbedrijfNorré-Behaegel, C-387/19 od 14. siječnja 2021., u kojoj Sud ističe da „ni tekst članka 57. stavka 6. Direktive 2014/24 ni njezina uvodna izjava 102. ne određuju pobliže na koji se način i u kojoj fazi postupka javne nabave može podnijeti dokaz o poduzetim korektivnim mjerama. U tim okolnostima valja istaknuti da se, s obzirom na sam tekst članka 57. stavka 6. Direktive 2014/24, mogućnost ostavljena gospodarskim subjektima da pruže dokaz o poduzetim korektivnim mjerama može provesti i na njihovu inicijativu i na inicijativu javnog naručitelja, isto kao što se to može učiniti prilikom podnošenja zahtjeva za sudjelovanje ili ponude kao i u kasnijoj fazi postupka.“

## 7. Razdoblje isključenja

U odredbi članka 57. stavki 7. Direktive 2014/24/EU propisano je da države članice posebno utvrđuju maksimalno razdoblje isključenja, pri čemu, ako razdoblje isključenja nije utvrđeno

pravomoćnom presudom, to razdoblje ne može trajati dulje tri godine od datuma dotičnog događaja u slučajevima fakultativnih razloga za isključenje. Također, u uvodnim odredbama Direktive 2014/24/EU(101), navodi se da bi u nacionalnom pravu trebalo predvidjeti maksimalno trajanje isključenja.

ZJN 2016 u članku 255. stavak 7. propisuje da je razdoblje isključenja gospodarskog subjekta kod kojega su ostvarene osnove za isključenje iz članka 254. ovog Zakona iz postupka javne nabave dvije godine od dana dotičnog događaja. Dakle, hrvatski se zakonodavac odlučio za razdoblje koje je kraće od onoga određenog Direktivom 2014/24/EU.

Kada govorimo o pitanju razdoblja isključenja i definiranju pojma „dotičnog događaja“, a što je presudno za valjanu primjenu citirane norme, valja spomenuti presudu Suda, VosslohLaeisGmbH, C-124/17 od 24. listopada 2018., koja se bavi pitanjem početka računanja roka u slučaju postupanja gospodarskog subjekta koje je obuhvaćeno osnovom za isključenje iz njezina članka 57. stavka 4. točke (d) (narušavanje tržišnog natjecanja) i koje je sankcioniralo nadležno tijelo. Sud u presudi obrazlaže da je u „predmetnom slučaju postupanje koje čini relevantnu osnovu za isključenje sankcionirano odlukom nadležnog tijela u okviru postupka uređenog pravom Unije odnosno nacionalnim pravom čiji je cilj utvrđenje postupanja kojim se povređuje pravno pravilo. U tim okolnostima, radi dosljednosti s načinom izračuna roka predviđenog u pogledu obveznih osnova za isključenje, ali i radi predvidljivosti i pravne sigurnosti, valja smatrati da se trogodišnje razdoblje iz članka 57. stavka 7. Direktive 2014/24 računa od datuma donošenja spomenute odluke. To rješenje čini se tim više opravdanim kada se postojanje postupanja kojima se narušava tržišno natjecanje može smatrati dokazanim tek nakon donošenja takve odluke, kojom se činjenice pravno kvalificiraju na taj način.“

Dakle, početak računanja roka za isključenje nije uvijek jednoznačan trenutak. U odnosu na svaku pojedinu fakultativnu osnovu potrebno je, s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja, utvrditi početak računanja roka, kao i završetka. Pri tome spomenuta presuda Suda može biti samo putokaz za slučaj kada imamo odluku nadležnog tijela o postojanju razloga za isključenje, odnosno za slučajeve.

DKOM je u odnosu na osnovu za isključenje koja se odnosi na teški profesionalni propust bavio problematikom ispunjavanja ESPD obrasca u dijelu fakultativnih osnova za isključenje i time povezanim pitanjem računanja rokova. Naime, u konkretnom predmetu<sup>13</sup> ponuditelj je smatrao da nije trebao ispuniti ESPD obrazac u dijelu postojanja teškog profesionalnog propusta budući da je u vrijeme donošenja odluke o odabiru proteklo više od dvije godine od odluke povjerenstva o zaštiti tržišnog natjecanja o sudjelovanju u zabranjenim sporazumima kojima se narušava tržišno natjecanje. DKOM je ocijenio da se početak roka računa od dana donošenja odluke povjerenstva za zaštitu tržišnog natjecanja, te da je ponuditelj u ESPD obrascu trebao navesti činjenice koje su *postojale u trenutku predaje ESPD obrasca*, a ne, kako žalitelj tvrdi, u trenutku donošenja odluke o odabiru. DKOM dalje navodi da je smisao odredaba ZJN 2016 i Pravilnika o dokumentaciji o nabavi i ponudama upravo preliminarno dokazivanje, u konkretnom slučaju odsutnosti osnova za isključenje, i to u sadašnjosti (trenutku predaje ponude, odnosno ESPD-obrasca), a ne eventualne buduće odsutnosti osnova za isključenje.

<sup>10</sup> Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/22-01/76 od 10. ožujka 2022.

<sup>11</sup> Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/19-01/215 od 9. travnja 2019., Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/21-01/744 od 12. listopada 2021.

<sup>12</sup> Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/20-01/906 od 8. prosinca 2020., Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/21-01/744 od 12. listopada 2021.

<sup>13</sup> Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/19-01/753 od 11. rujna 2019.

Isti stav zauzima i VUS u presudi poslovni broj: UslI-420/19-7 od 14. kolovoza 2019. godine, kada navodi da je „*smisao provođenja postupka javne nabave odabir najpovoljnije ponude sposobnog ponuditelja, a ta sposobnost mora postojati u trenutku predaje ESPD obrasca odnosno u trenutku predaje ponude, a ne naknadno.*“

### 8. Mjere samokorigiranja (self-cleaning)

Mogućnost samokorigiranja novina je koja je uvedena Direktivom 2014/24/EU i ZJN 2016. U uvodnim odredbama Direktive 2014/24/EU (102), pojašnjavaju se razlozi uvođenja ove novele kao i ciljevi koji se žele postići. Tako se u uvodnim odredbama navodi: „*da bi se trebalo dopustiti da gospodarski subjekti mogu usvajati mjere sukladnosti usmjerene na ispravljanje posljedica kaznenih djela ili neprimjerena ponašanja. Navodi se koje bi to primjerice mjere mogle biti, odnosno da bi mogle posebno obuhvaćati mjere vezane uz osoblje ili organizaciju poput raskidanja svih veza s osobama ili organizacijama koje su sudjelovale u neprimjerenom ponašanju, odgovarajućih mjera reorganizacije osoblja, uvođenja sustava izvještavanja i nadzora, stvaranja strukture interne revizije kako bi se pratila sukladnost i donošenja pravila o internoj odgovornosti i naknadama. Ako takve mjere ne nude dovoljna jamstva, određeni gospodarski subjekt ne bi se više trebao isključivati samo na tim osnovama. Gospodarski subjekti trebali bi imati mogućnost zatražiti da se preispitaju mjere sukladnosti poduzete u svrhu mogućeg uključivanja u postupak nabave. Međutim, države članice same bi trebale utvrditi točne postupovne i materijalne uvjete primjenjive u takvim slučajevima. Države članice trebale bi posebno biti slobodne odlučiti žele li dozvoliti pojedinim javnim naručiteljima izvršavanje relevantnih procjena ili provjeriti taj zadatak drugim tijelima na središnjoj ili decentraliziranoj razini.*“

Iz odredbe članka 255. ZJN 2016 proizlazi da je hrvatski zakonodavac izvršavanje procjene o poduzetim mjerama samokorigiranja prepustio javnim naručiteljima, pri čemu je naručitelj obavezan obrazložiti razloge prihvaćanja ili neprihvatanja mjera. Pri tome naručitelj treba uzeti u obzir težinu i posebne okolnosti kaznenog dijela ili propusta. Prema odredbi članka 255. stavak 1. ZJN 2016, gospodarski subjekt kod kojega su ostvarene osnove za isključenje iz članka 251. stavka 1. (kažnjavanje) i članka 254. stavaka 1. (fakultativne osnove za isključenje) može javnom naručitelju dostaviti dokaze o mjerama koje je poduzeo kako bi dokazao svoju pouzdanost.

DKOM svojom praksom potvrđuje da je naručitelj dužan, sukladno odredbama Direktive 2014/24/EU i ZJN 2016 te uzima-

jući ponovno u obzir značaj isključenja kao krajnje mjere koju poduzima, omogućiti ponuditelju dostavljanje dokaza o poduzetim mjerama samokorigiranja, sukladno članku 255. ZJN 2016, a kako bi se istom omogućilo da dostavi dokaze o mjerama koje je poduzeo kako bi dokazao svoju pouzdanost bez obzira na postojanje relevantne osnove za isključenje. Međutim, prema ocjeni DKOM, žalitelj nije u pravu kada naručitelju stavlja na teret da je morao u Zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda napraviti ocjenu svake radnje zasebno koju je odabrana zajednica poduzela u svrhu mjera samokorigiranja i ocijeniti je li svaka mjera zasebno dovoljna da se ispravi „pogreška“ koju je član odabrane zajednice počinio, jer takva obveza ne proizlazi niti jedne odredbe citiranih izvora mjerodavnog prava.<sup>14</sup>

Dakle, prije ocjene naručitelja da ponuditelja isključi iz postupka javne nabave, naručitelj bi trebao omogućiti ponuditelji da dostave mjere samokorigiranja. Navedeno ponuditelji mogu sami dostaviti prilikom dostave ponude ili naknadno tijekom postupka pregleda i ocjene ponuda. Prilikom ocjene mjera samokorigiranja naručitelji bi trebali posebnu pozornost obratiti načelu proporcionalnosti.

### 9. Zaključak

Težak profesionalni propust predstavlja pravnu osnovu za isključenje gospodarskog subjekta iz postupka javne nabave, koju značajno obilježava diskrecija naručitelja. Navedenu osnovu naručitelji mogu, ali ne moraju, propisati kao razlog za isključenje gospodarskih subjekata iz postupka javne nabave. Ako navedenu osnovu naručitelji u dokumentaciji o nabavi propišu kao razlog isključenja obvezni su tijekom pregleda i ocjene ponuda navedenu osnovu i primijeniti na način da utvrde, bilo na temelju činjenica s kojima sami raspolažu, ili činjenica koje im dostave ponuditelji, ima li razloga za isključenje ponuditelja iz konkretnog postupka javne nabave. Pri tome bi naručitelji trebali pravilno utvrditi postojanje same osnove i je li osnova obuhvaćena propisanim razdobljem isključenja. Međutim, i u slučaju kada utvrde navedeno, trebali bi posvetiti pozornost načelu proporcionalnosti i utvrditi je li isključenje primjerena mjera u okolnostima konkretnog slučaja. U svakom slučaju, prije isključenja naručitelji su dužni pozvati ponuditelje na dostavu eventualno provedenih mjera samokorigiranja.

<sup>14</sup> Rješenje DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/22-01/76 od 10. ožujka 2022.



## IMATE PITANJE?

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

**pitajcentar@tim4pin.hr**

