

Komentari na Nacrt prijedloga zakona o izmjenama i dopunama zakona o javnoj nabavi

Zagreb, travanj 2022.



American Chamber of Commerce in Croatia *Američka gospodarska komora u Hrvatskoj*

Sadržaj

Sporne odredbe zakona	3
Komentari pojedinih odredbi Zakona	3
Naknada za pokretanje žalbenog postupka, Članak 430.	3
Pododjeljak 5. – Oslanjanje na sposobnost drugih subjekata, Članak 273.	4
ODJELJAK D IZUZETNO NISKE PONUDE, Članak 289.	5
Pododjeljak 2. – Načini dokazivanja, Članak 265.	6
ODJELJAK C RASKID UGOVORA, Članak 322.	8

Sporne odredbe zakona

Američka gospodarska komora u Hrvatskoj (AmCham) ovim dokumentom predstavlja svoje stajalište na Nacrt prijedloga zakona o izmjenama i dopunama zakona o javnoj nabavi.

AmCham kao sporne vidi sljedeće odredbe Zakona:

Komentari pojedinih odredbi Zakona

Naknada za pokretanje žalbenog postupka, Članak 430.

- 1) Žalitelj je obvezan platiti naknadu za pokretanje žalbenog postupka u iznosu od:
 - 1. 5000,00 kuna za procijenjenu vrijednost nabave do 750.000,00 kuna*
 - 2. 10.000,00 za procijenjenu vrijednost nabave od 750.000,01 do 1.500.000,00 kuna*
 - 3. 25.000,00 kuna za procijenjenu vrijednost nabave od 1.500.000,01 do 7.500.000,00 kuna*
 - 4. 45.000,00 kuna za procijenjenu vrijednost nabave od 7.500.000,01 do 25.000.000,00 kuna*
 - 5. 70.000,00 kuna za procijenjenu vrijednost nabave od 25.000.000,01 do 60.000.000,00 kuna*
 - 6. 100.000,00 kuna za procijenjenu vrijednost nabave višu od 60.000.000,00 kuna.**
- (2) Iznimno od stavka 1. ovoga članka, za žalbu na dokumentaciju o nabavi žalitelj je obvezan platiti naknadu za pokretanje žalbenog postupka u iznosu od 5000,00 kuna.*
- (3) Ako procijenjena vrijednost nabave nije poznata u trenutku izjavljivanja žalbe Državnoj komisiji, naknada za pokretanje žalbenog postupka plaća se u iznosu od 5000,00 kuna.*
- (4) Ako se žalba izjavljuje na odluku o odabiru ili poništenju za jednu ili više grupa predmeta nabave, naknada iznosi jednu petinu iznosa iz stavka 1. ovoga članka za svaku grupu predmeta nabave, ali ukupno ne više od iznosa navedenih u stavku 1. ovoga članka.*
- (5) Državna komisija provjerava izvršenje uplate naknade za pokretanje žalbenog postupka na računu državnog proračuna Republike Hrvatske.*
- (6) Naknada za pokretanje žalbenog postupka uplaćuje se u korist državnog proračuna Republike Hrvatske.*
- (7) Tijela iz članka 401. stavka 2. ovoga Zakona oslobođena su plaćanja naknade za pokretanje žalbenog postupka.*
- (8) Žalitelj je oslobođen plaćanja upravne pristojbe.*
- (9) Ako je žalitelj uplatio naknadu za pokretanje žalbenog postupka u iznosu višem od propisanog ovim člankom, ima pravo na povrat preplaćenog iznosa iz državnog proračuna Republike Hrvatske putem ministarstva nadležnog za financije.*

Komentar AmCham-a na članak 430.:

AmCham smatra kako predložene izmjene žalbenih naknada u značajnoj mjeri negativno utječu na mogućnost ostvarivanja pravne zaštite pred DKOM-om, ali i na pripremu i provođenje postupaka javne nabave na strani naručitelja.

Osobito spornim smatramo višestruko povećanje žalbene naknade u dijelu koji se odnosi na žalbe na dokumentaciju o nabavi. Gospodarski subjekti, čiji interes u toj fazi postupka još nije značajno izražen, će biti izrazito obeshrabreni za ulaganje žalbe s obzirom na veliki trošak žalbe i neizvjesnost ishoda. Time će tržište izgubiti značajan mehanizam nadzora zakonitosti postupaka javne nabave. Istodobno, naručitelji će biti izloženi ekstremno visokim troškovima čak i u slučaju manje značajnih pogrešaka u pripremi dokumentacije. Zbog straha od pogreške takvog financijskog značaja, doci će do velikog usporavanja pripreme dokumentacija o nabavi.

Slijedom svega navedenog, predlažemo dodati novi stavak 2 u članak 430 kojim bi se:

- ograničio gornji iznos žalbene naknade u fazi žalbe na dokumentaciju o nabavi na maksimalno 20.000 kuna, te
- ograničio gornji iznos žalbene naknade u svim postupcima na maksimalno 200.000 kuna

Pododjeljak 5. – Oslanjanje na sposobnost drugih subjekata, Članak 273.

Trenutne odredbe ZJN 2016:

(1) Gospodarski subjekt može se u postupku javne nabave radi dokazivanja ispunjavanja kriterija za odabir gospodarskog subjekta iz članka 258. i 259. ovoga Zakona osloniti na sposobnost drugih subjekata, bez obzira na pravnu prirodu njihova međusobnog odnosa.

(2) Gospodarski subjekt može se u postupku javne nabave osloniti na sposobnost drugih subjekata radi dokazivanja ispunjavanja kriterija koji su vezani uz obrazovne i stručne kvalifikacije iz članka 268. stavka 1. točke 8. ovoga Zakona ili uz relevantno stručno iskustvo, samo ako će ti subjekti izvoditi radove ili pružati usluge za koje se ta sposobnost traži.

Obrazloženje i AmCham-ov prijedlog izmjena:

Kako je razvidno iz predmetnog članka, sam ZJN 2016 ne propisuje minimalan financijski udio sudjelovanja u izvršenju ugovora gospodarskih subjekata na koje se ponuditelj oslanja u aspektu tehničke sposobnosti, međutim usprkos navedenom praska DKOM-a i VUS-a je pokazala da udio sudjelovanja takvog gospodarskog subjekta ne bi trebao biti manji od 1% iznosa ponude. Osim toga, postoji prostor za različita tumačenja u slučaju oslanjanja na resurse drugog subjekta u aspektu stručne sposobnosti u smislu može li tada samo stručnjak sudjelovati u izvršenju ili mora i gospodarski subjekt, je li tu primjenjiv prikladan minimalni financijski udio u odnosu na iznos ponude i sl.

Nadalje, slijedom iznad istaknute prakse DKOM-a i VUS-a slijedi da gospodarski subjekti na koje se ponuditelj oslanja ustvari trebaju sudjelovati u izvršenju ugovora i financijski, pa se postavlja pitanje gdje je točno granica oslanjanja i podugovaranja, stoga bi isto trebalo jasnije zakonom definirati jer trenutne odredbe

i praksa su u neku ruku kontradiktorni, budući da ako gospodarski subjekt na kojeg se ponuditelj oslanja mora sudjelovati u izvršenju ugovora, nije li isti time u kategoriji podugovaratelja, odnosno potrebno je isto zakonom jasno razgraničiti i definirati.

Slijedom navedenog, predlaže se ili proširiti izričaj postojećih stavaka čl. 273 ZJN 2016 ili uvesti dodatne stavke kojima bi se obuhvatilo iznad istaknuto.

ODJELJAK D IZUZETNO NISKE PONUDE, Članak 289.

Trenutne odredbe ZJN 2016

(1) Javni naručitelj obvezan je zahtijevati od gospodarskog subjekta da, u primjerenom roku ne kraćem od pet dana, objasni cijenu ili trošak naveden u ponudi ako se čini da je ponuda izuzetno niska u odnosu na radove, robu ili usluge.

(2) Objašnjenja gospodarskog subjekta iz stavka 1. ovoga članka mogu se posebice odnositi na:

- 1. ekonomičnost proizvodnog procesa, pružanja usluga ili načina gradnje*
- 2. izabrana tehnička rješenja ili iznimno povoljne uvjete dostupne ponuditelju za isporuku proizvoda, pružanje usluga ili izvođenje radova*
- 3. originalnost radova, robe ili usluga koje nudi ponuditelj*
- 4. usklađenost s primjenjivim obvezama 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*
- 5. usklađenost s obvezama iz odjeljka G poglavlja 2. glave III. ovoga dijela Zakona*
- 6. mogućnost da ponuditelj dobije državnu potporu.*

(3) Ako tijekom ocjene dostavljenih podataka postoje određene nejasnoće, javni naručitelj može od ponuditelja zatražiti dodatno objašnjenje.

(4) Javni naručitelj može odbiti ponudu samo ako objašnjenje ili dostavljeni dokazi zadovoljavajuće ne objašnjavaju nisku predloženu razinu cijene ili troškova, uzimajući u obzir elemente iz stavka 2. ovoga članka.

(5) Javni naručitelj obvezan je odbiti ponudu ako utvrdi da je ponuda izuzetno niska jer ne udovoljava primjenjivim obvezama 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.

(6) Ako javni naručitelj utvrdi da je ponuda izuzetno niska jer je ponuditelj primio državnu potporu, smije tu ponudu samo na temelju toga odbiti tek nakon što zatraži ponuditelja objašnjenje, ako ponuditelj u primjerenom roku određenom od strane javnog naručitelja nije u mogućnosti dokazati da je potpora zakonito dodijeljena.

(7) Javni naručitelj koji u postupku javne nabave velike vrijednosti odbije ponudu sukladno stavku 6. ovoga članka obvezan je o tome obavijestiti Europsku komisiju.

Pravilnika o dokumentaciji o nabavi i ponudi u postupcima javne nabave (NN 65/17, 75/20):

Objašnjenje izuzetno niske ponude

Članak 22.

(1) *Naručitelj može od ponuditelja zahtijevati objašnjenje ponude ako su ispunjeni svi sljedeći uvjeti:*

- 1. zaprimljene su najmanje tri valjane ponude*
- 2. cijena ili trošak ponude su više od 20% niži od cijene ili troška drugorangirane valjane ponude, i*
- 3. cijena ili trošak ponude su više od 50% niži od prosječne cijene ili troška preostalih valjanih ponuda.*

(2) *Naručitelj može od ponuditelja zahtijevati objašnjenje ponude, ako se čini da je ona izuzetno niska i iz drugih razloga osim onih navedenih u stavku 1. ovoga članka.*

(3) *Zahtjev naručitelja te objašnjenje ponuditelja sastavni su dijelovi zapisnika o pregledu i ocjeni.*

Obrazloženje i AmCham-ov prijedlog izmjena:

Budući da je u postupcima javne nabave već dugo prisutan trend izuzetno niskih cijena ponuda, osobito kod nabave usluga, smatramo da je nužno hitno uvesti odgovarajuće izmjene u zakonodavni okvir, kojima bi se Naručiteljima, ali i drugim dionicima u postupcima javne nabave, dao veći stupanj ovlasti kod dokazivanja i utvrđivanja da se radi o izuzetno niskoj ponudi. Stoga smatramo da bi trebalo omogućiti Žalitelju u žalbenom postupku na Odluku o odabiru ili Odluku o poništenju predložiti dokaze o tome je li ponuda izuzetno niska ili ne, a Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave bi trebala biti ovlaštena na temelju istih samostalno utvrditi je li takav žalbeni navod osnovan, odnosno da li je konkretna ponuda izuzetno niska, slijedom čega pravo odlučivanja o izuzetno niskoj ponudi nije isključivo ovlast Naručitelja.

Trenutačni zakonodavni okvir predviđa propitkivanje izuzetno niske ponude od strane naručitelja, i to samo „...ako se čini da je ponuda izuzetno niska...“, iz čega proizlazi da nema mehanizma kojim bi se obvezalo naručitelje na zahtijevanje objašnjenja izuzetno niske ponude. Razumno je za očekivati da je naručiteljima u cilju i ekonomično trošenje javnih sredstava te da ne moraju nužno propitkivati izuzetno niske ponude, međutim navedene odredbe vezano uz izuzetno nisku cijenu ponude bi trebalo postrožiti. Primjerice, odredbu iz stavka 2. članka 289. ZJN 2016 propisati kao obvezu ponuditeljima da prilikom obrazlaganja odnosno objašnjenja izuzetno niske ponude moraju obuhvatiti i elemente iz tog stavka. Nadalje, kako bi se zadovoljilo načelo transparentnosti, Naručitelji bi trebali imati obvezu pri prihvaćanju objašnjenja izuzetno niske ponude, jasno i nedvosmisleno obrazložiti u Zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda razloge prihvaćanja tog objašnjenja, a uzevši u obzir sve elemente iz članka 289. stavka 2. ZJN 2016.

Pododjeljak 2. – Načini dokazivanja, Članak 265.

Trenutne odredbe ZJN 2016:

(1) *Javni naručitelj obavezan je kao dostatan dokaz da ne postoje osnove za isključenje prihvatiti:*

1. izvadak iz kaznene evidencije ili drugog odgovarajućeg registra ili, ako to nije moguće, jednakovrijedni dokument nadležne sudske ili upravne vlasti u državi poslovnog nastana gospodarskog subjekta, odnosno državi čiji je osoba državljanin, kojim se dokazuje da ne postoje osnove za isključenje iz članka 251. stavka 1. ovoga Zakona

2. potvrdu porezne uprave ili drugog nadležnog tijela u državi poslovnog nastana gospodarskog subjekta kojom se dokazuje da ne postoje osnove za isključenje iz članka 252. stavka 1. ovoga Zakona

3. izvadak iz sudskog registra ili potvrdu trgovačkog suda ili drugog nadležnog tijela u državi poslovnog nastana gospodarskog subjekta kojim se dokazuje da ne postoje osnove za isključenje iz članka 254. stavka 1. točke 2. ovoga Zakona.

(2) Ako se u državi poslovnog nastana gospodarskog subjekta, odnosno državi čiji je osoba državljanin ne izdaju dokumenti iz stavka 1. ovoga članka ili ako ne obuhvaćaju sve okolnosti iz članka 251. stavka 1., članka 252. stavka 1. i članka 254. stavka 1. točke 2. ovoga Zakona, 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 gospodarskog subjekta, odnosno državi čiji je osoba državljanin.

Obrazloženje i AmCham-ov prijedlog izmjena:

Kako bi Naručitelj smjeo prihvatiti Izjavu kao dokaz iznad navedenog, on mora prije toga utvrditi izdaju li se u državi poslovnog nastana gospodarskog subjekta, odnosno državi čiji je osoba državljanin dokumenti iz stavka 1. ovoga članka, odnosno da li isti obuhvaćaju sve okolnosti iz članka 251. stavka 1., članka 252. stavka 1. i članka 254. stavka 1. točke 2. ZJN 2016. Tek ukoliko to nije slučaj, isti se mogu dokazati 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 gospodarskog subjekta, odnosno državi čiji je osoba državljanin.

U slučaju kada se radi o gospodarskom subjektu koji nema poslovni nastan u Republici Hrvatskoj, ili osobi koja nije državljanin Republike Hrvatske, prema čl. 269 ZJN 2016 javni naručitelj koristi sustav e-Certis radi dobivanja podataka o vrstama i oblicima dokaza te o nadležnim tijelima koja ih izdaju u državama članicama te je obvezan zahtijevati prvenstveno one vrste i oblike dokaza koji su obuhvaćeni sustavom e-Certis, ako su podaci u sustavu e-Certis ažurirani. U praksi je Naručiteljima vrlo izazovno utvrditi, osobito na jasan i nedvojben način, koji su odgovarajući dokazi koristeći e-Certis, dok brojne države uopće nisu obuhvaćene sustavom e-Certis, pa su Naručitelji često primorani pisati Veleposlanstvima država, koja ponekad uopće ne odgovaraju na tu vrstu upita, a kada daju odgovora isti često precizni ili u istima Veleposlanstva izjavljuju da ne znaju odgovor na postavljeno pitanje i sl. U tom slučaju Naručitelj je u vrlo nepovoljnoj poziciji te mu ZJN 2016 ne pruža nikakvu mogućnost izlaza iz takve situacije za koju nije sam kriv, dakle poduzeo je sve korake koje može, ali usprkos tome mu prijeti žalba ili financijska korekcija ako se radi o postupku javne nabave koji je EU sufinanciran.

Nastavno na to, nužno je u ZJN 2016 uvrstiti odredbu koja će štititi Naručitelje u prethodno opisanim situacijama, stoga se predlaže u čl. 265 dodati stavak (3), kojim će se propisati da ukoliko Naručitelj iz opravdanih razloga, nakon što je poduzeo sve mogućnosti koje su mu na raspolaganju, ne može jasno i nedvojbeno utvrditi koji je dokaz u pojedinoj državi prikladan, smije kao odgovarajući dokaz prihvatiti Izjavu pod prisegom ili, ako izjava pod prisegom prema pravu dotične države ne postoji, izjavu davatelja s ovjerenim potpisom kod nadležne sudske ili upravne vlasti, javnog bilježnika ili strukovnog ili trgovinskog tijela u državi poslovnog nastana gospodarskog subjekta, odnosno državi čiji je osoba državljanin.

ODJELJAK C RASKID UGOVORA, Članak 322.

Trenutne odredbe ZJN 2016:

Javni naručitelj obvezan je raskinuti ugovor o javnoj nabavi tijekom njegova trajanja ako:

- 1. je ugovor značajno izmijenjen, što bi zahtijevalo novi postupak nabave na temelju članka 321. ovoga Zakona*
- 2. je ugovaratelj morao biti isključen iz postupka javne nabave zbog postojanja osnova za isključenje iz članka 251. stavka 1. ovoga Zakona*
- 3. se ugovor nije trebao dodijeliti ugovaratelju zbog ozbiljne povrede obveza iz osnivačkih Ugovora i Direktive 2014/24/EU, a koja je utvrđena presudom Suda Europske unije u postupku iz članka 258. Ugovora o funkcioniranju Europske unije*
- 4. se ugovor nije trebao dodijeliti ugovaratelju zbog ozbiljne povrede odredaba ovoga Zakona, a koja je utvrđena pravomoćnom presudom nadležnog upravnog suda.*

Obrazloženje i AmCham-ov prijedlog izmjena:

Ukoliko je Naručitelj tijekom pregleda i ocjene pojašnjavao izuzetno nisku cijenu ponude te je prihvatio obrazloženje iste, s obzirom na to da je temeljem čl. 313 ZJN 2016 obvezan kontrolirati je li izvršenje ugovora o javnoj nabavi u skladu s uvjetima određenima u Dokumentaciji o nabavi i odabranom ponudom, ukoliko se tijekom izvršenja ugovora pokaže da odabrani ponuditelj ne izvršava ugovor uredno iz razloga što je ponudio izuzetno nisku cijenu ponude te je u obrazloženju iste predočio neistinite navode čiju neistinitost Naručitelj utvrđuje tek tijekom izvršenja ugovora, predlaže se zakonom omogućiti Naručitelju raskid ugovora iz tog razloga.

Nastavno na navedeno, u čl. 322 predlaže se dodati točku 5. kojom će se propisati da je Naručitelj obvezan raskinuti ugovor tijekom njegova trajanja ako se tijekom izvršenja ugovora dokaže da je odabrani ponuditelj ponudio izuzetno nisku cijenu, odnosno da je u obrazloženju iste predočio neistinite tvrdnje.

Za dodatne informacije molimo kontaktirajte:
Američka gospodarska komora u Hrvatskoj
Andrea Doko Jelušić,
Izvršna direktorica T: 01 4836 777
E: andrea.doko@amcham.hr