

Unaprjeđenje nadležnosti institucija u sustavu javne nabave

Zagreb, prosinac 2021.



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

Sadržaj

Uvod	3
Nadležne institucije u sustavu javne nabave	3
Dodatno nadležne institucije za postupke javne nabave u sklopu EU sufinanciranih projekata	4
Trenutni pravni okvir	5
Uprava, DKOM, Visoki upravni sud	5
Upravljačko tijelo, Posrednička tijela, Tijelo za reviziju	6
Problem u implementaciji i postupanju te primjeri neujednačenosti prakse nadležnih institucija	8
Uprava-DKOM	8
DKOM – VUS - Tijela u sustavu upravljanja i kontrole EU fondova	9
Praksa DKOM-a nakon Presude VUS-a od 16.7.2020.	11
DKOM - Tijela u sustavu upravljanja i kontrole EU fondova	12
EX-ANTE (prethodna) KONTROLA	12
EX-POST (naknadna) KONTROLA	12
Preporuke za otklanjanje problema	14
Prilog – Prikaz relevantne prakse	16

Uvod

Zakon o javnoj nabavi (Narodne novine 120/2016 „ZJN 2016“) određuje osnovno razgraničenje nadležnosti u postupcima javne nabave, ono između Središnjeg tijela državne uprave zaduženog za politiku javne nabave, Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave i Visokog upravnog suda.

Osim navedene „temeljne“ podjele nadležnosti u postupcima koji su u cijelosti financirani iz Državnog proračuna Republike Hrvatske, u postupcima koji se provode u sklopu projekata sufinanciranih ili financiranih iz fondova EU, postoje brojne specifičnosti, ponajprije zato što je naručitelj podložan dvostrukoj kontroli; kroz osnovne institucije javne nabave, Državnu komisiju za kontrolu postupaka javne nabave i Visoki upravni sud, ali i kroz ex-ante i ex-post kontrole nadležnih posredničkih tijela, upravljačkog tijela i raznih revizija, što je potvrđeno i praksom DKOM-a, kako je opisano u nastavku.

Američka gospodarska komora u Hrvatskoj ovim stajalištem želi ukazati na probleme vezane uz nadležnost institucija s kojima se susreću i naručitelji i ponuditelji te predložiti načine za unapređenje i izmjenu sustava.

Nadležne institucije u sustavu javne nabave

Kao što je u uvodu navedeno, u postupcima javne nabave koji su u cijelosti financirani iz Državnog proračuna Republike Hrvatske postoje tri glavne institucije:

- Uprava za trgovinu i politiku javne nabave u sklopu Ministarstva gospodarstva i održivog razvoja
- Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (DKOM)
- Visoki upravni sud (VUS)

Uprava za trgovinu i politiku javne nabave, između ostalog, obavlja poslove vezane za izradu nacрта zakona i podzakonskih propisa, provođenje mjera razvoja i unapređenja sustava javne nabave, daje mišljenja o načinu sprječavanja ili otklanjanja nepravilnosti te prikuplja, evidentira, obrađuje i analizira uočene nepravilnosti radi poduzimanja mjera za pravilnu i ujednačenu primjenu propisa u području javne nabave, pruža stručnu pomoć u vezi s primjenom propisa, provodi nadzor nad provedbom Zakona o javnoj nabavi te je zadužena za pripremu i provedbu izobrazbe u području javne nabave.

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (DKOM), je samostalno i neovisno državno tijelo nadležno za rješavanje žalbi u postupcima javne nabave,

postupcima davanja koncesija i postupcima odabira privatnog partnera u projektima javno-privatnog partnerstva.

Visoki upravni sud (VUS) nadležan je za odlučivanje u upravnim sporovima protiv odluka Državne komisije.

Dodatno nadležne institucije za postupke javne nabave u sklopu EU sufinanciranih projekata

U postupcima javne nabave u sklopu projekata koji su sufinancirani ili financirani od strane Europske unije naručitelji su „podložni“ dvostrukoj nadležnosti; DKOM odlučuje u žalbenim postupcima, a **Tijela u sustavu upravljanja i kontrole ESI fondova** (MRRFEU, SAFU, HAMAG-BICRO...i dr.) vrše kontrolu provedbe projekata Europske unije u kojima su upravljanje i odgovornost preneseni na Republiku Hrvatsku kroz ex-ante i ex-post kontrolu putem nadležnih tijela. Ex-ante (prethodna) kontrola je provjera Dokumentacije o nabavi prije pokretanja postupka javne nabave, a ex-post (naknadna) kontrola je provjera Dokumentacije o nabavi, provedbe postupka javne nabave, postupka ugovaranja te eventualnih dodataka ugovora.

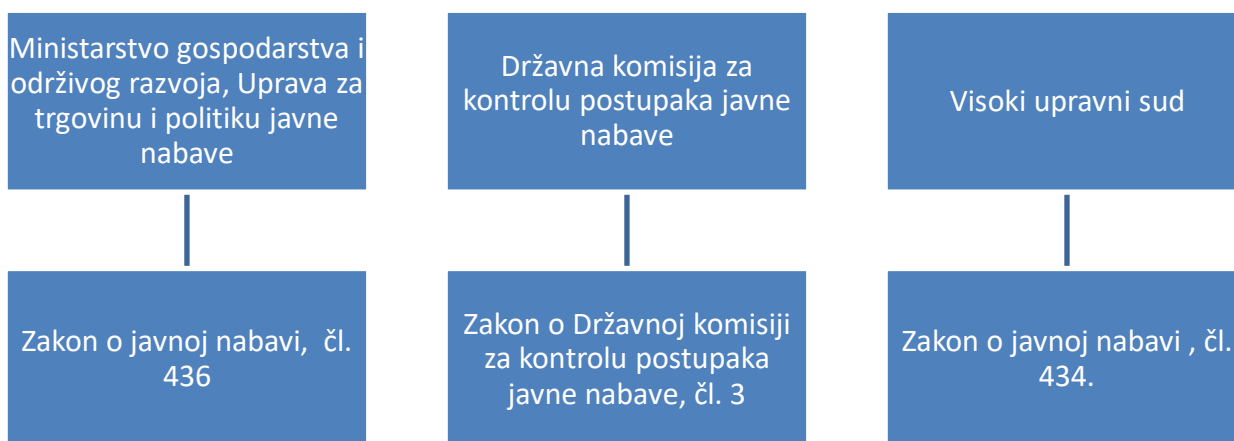
Takva dvostruka kontrola stvara velike probleme naručiteljima jer, iako posrednička tijela vrše ex-ante provjeru Dokumentacije o nabavi (DON), nikada iza toga službeno ne stoje već se radi o preporukama neobvezujuće prirode i svejedno naručitelj može kasnije dobiti financijsku korekciju na nešto iz tog DON-a. Osim toga, činjenica da je DON ex-ante pregledan od strane posredničkog tijela ne znači da DKOM neće utvrditi da u DON-u nema nezakonitosti, i obratno.

Uz navedeno, nakon ex-post kontrole za pojedine projekte provodi se i dodatna kontrola Tijela za reviziju i raznih revizorskih misija Europske komisije. Pravni okvir prethodno navedenih kontrola opisan je u nastavku.

Trenutni pravni okvir

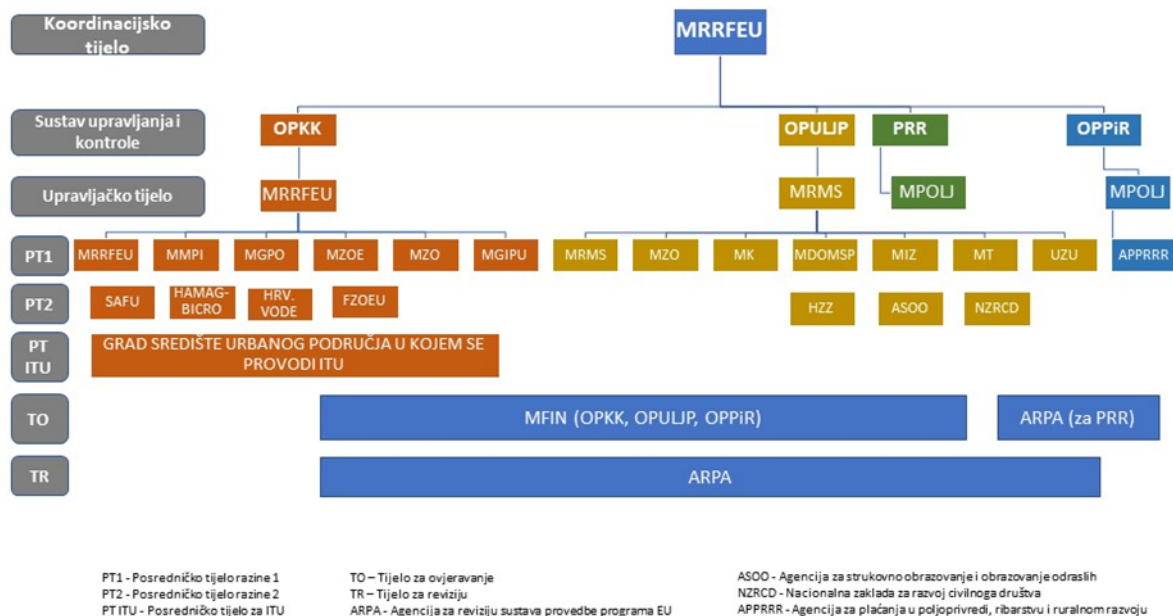
Uprava, DKOM, Visoki upravni sud

Nadležnosti Središnjeg tijela državne uprave za politiku javne nabave (Uprava) te nadležnosti Visokog upravnog suda opisane su u Zakonu o javnoj nabavi (ZJN 2016), dok je nadležnost DKOM-a opisana u Zakonu o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave.



Upravljačko tijelo, Posrednička tijela, Tijelo za reviziju

Institucionalni okvir za (operativne) programe financijskog razdoblja 2014.-2020.



Izvor: <https://strukturnifondovi.hr/wp-content/uploads/2019/01/Organigram.jpg>

Nadležnost Tijela u sustavu nije normirana Zakonom o javnoj nabavi već sukladno čl.5. st.1. **Uredbe o tijelima u sustavu** upravljanja i kontrole korištenja Europskog socijalnog fonda, Europskog fonda za regionalni razvoj i Kohezijskog fonda, u vezi s ciljem „Ulaganje za rast i radna mjesta“ (NN 107/14, 129/15, 15/17, 18/17; dalje: Uredba)¹ **Ministarstvo regionalnoga razvoja i fondova Europske unije** vrši funkciju Upravljačkog tijela (UT) za Operativni program »Konkurentnost i kohezija«, financiran iz EFRR-a i Kohezijskog fonda.

Prethodno navedena Uredba donesena je temeljem **Zakona o uspostavi institucionalnog okvira** za provedbu europskih strukturnih i investicijskih fondova u Republici Hrvatskoj u financijskom razdoblju od 2014-2020 (NN 92/14)² te je člankom 5. st.3. toč.3. Uredbe određeno da UT donosi smjernice o, među ostalim, upravljanju nepravilnostima, dok je toč.10. Uredbe propisano da Upravljačko tijelo daje naputke Posredničkom tijelu razine 1 (PT1) i Posredničkom tijelu razine 2 (PT2) za provedbu delegiranih funkcija kojima se osigurava da operacije doprinose ostvarenju specifičnih ciljeva i rezultata relevantnih prioriternih osi te nadzire provedbu navedenih funkcija.

¹ <http://www.propisi.hr/print.php?id=13248>

² <https://www.zakon.hr/z/734/Zakon-o-uspostavi-institucionalnog-okvira-za-provedbu-europskih-strukturnih-i-investicijskih-fondova-u-Republici-Hrvatskoj-u-razdoblju-2014-2020>

Sukladno Uredbi, pravna osoba s javnim ovlastima nadležna za poslove revizije sustava provedbe programa Europske unije jest Tijelo za reviziju (engl. Audit Authority). Ulogu Tijela za reviziju u Republici Hrvatskoj ima **ARPA (Agencija za reviziju sustava provedbe programa Europske unije)**, čiji osnivač je Republika Hrvatska, a osnivačka prava i dužnosti u ime osnivača obavlja Ministarstvo financija. ARPA izrađuje i dostavlja godišnja revizijska izvješća te revizijska mišljenja službama Europske komisije, pri čemu izvještava o učinkovitosti i djelotvornosti sustava upravljanja i kontrole EU fondova u Republici Hrvatskoj te o valjanosti, ispravnosti i zakonitosti svih računovodstvenih evidencija i izvršenih transakcija. Time je ARPA, kao hrvatsko Tijelo za reviziju, izravno odgovorna Europskoj komisiji, istovremeno štiteći financijske interese Republike Hrvatske i Europske Unije.

Uz to, postupci javne nabave provedeni u sklopu EU sufinanciranih projekata podložni su i drugim revizijama, primjerice od strane **revizora iz Europske komisije**, a sukladno odredbama Uredbe EU br. 1303/2013³ Europskog parlamenta i Vijeća od 13.12.2013., kojom je između ostalog propisano da bi Komisija trebala imati ovlasti provoditi revizije i provjere na terenu usredotočene na pitanja dobrog financijskog upravljanja kako bi mogla donijeti zaključke o uspješnosti ESI fondova te da bi Komisija trebala moći pregledati revizorski trag revizorskog tijela ili sudjelovati u revizijama koje revizorsko tijelo provodi na licu mjesta. Uz navedeno, u tom smislu primjenjiva je i Uredba (EU, Euratom) 2018/1046⁴ Europskog parlamenta i Vijeća od 18.7.2018. o financijskim pravilima koja se primjenjuju na opći proračun Unije.

Stoga, u postupku utvrđivanja nepravilnosti posrednička tijela dužna su postupati sukladno uputama, mišljenjima i napucima UT-a. U tom smislu, UT je između ostalog donijelo upute koje samim donošenjem obvezuju tijela u sustavu. Zadnja verzija istih je:

- Upute Upravljačkog tijela za upravljanje nepravilnostima u Operativnom programu „Konkurentnost i kohezija 2014.-2020.“, verzija 1.0. od 25.03.2021.⁵

dok je prije toga na snazi bila verzija uputa:

- Sažeti pregleda uputa Upravljačkog tijela za upravljanje nepravilnostima u Operativnom programu „Konkurentnost i kohezija 2014.-2020.“, verzija 2.0. iz lipnja 2019.⁶

Mnoštvo propisa u kojima je opisana nadležnost Tijela u sustavu, njihova kompliciranost i nedosljednost u praksi samih tijela dovodi Korisnike Ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava u nezahvalan položaj i stvara pravnu nesigurnost.

³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1303&from=et>

⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32018R1046&from=HR>

⁵ <https://strukturnifondovi.hr/wp-content/uploads/2021/03/Upute-upravljackog-tijela-za-upravljanje-nepravilnostima-u-Operativnom-programu-Konkurentnost-i-kohezija-2014-2020-ver-1.0.pdf>

⁶ <https://strukturnifondovi.hr/wp-content/uploads/2017/05/Sa%C5%B8eti-pregled-uputa-Upravlja%C4%8Dkog-tijela-za-upravljanje-nepravilnostima-u-Operativnom-programu-Konkurentnost-i-kohezija-2014.-2020.-verzija-2.0.pdf>

Problem u implementaciji i postupanju te primjeri neujednačenosti prakse nadležnih institucija

Sudionici javne nabave se svakodnevno susreću s raznim izazovima u razgraničenju nadležnosti svih institucija, s neujednačenošću prakse, s višestrukim kontrolama zakonitosti postupanja, pri čemu upute koje zaprimaju od različitih sudionika u sustavu nisu ujednačene. Korisnici Ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava susreću se s dodatnim problemima u vidu dodatnih kontrola i neujednačenih uputa od strane nadležnih tijela.

Uprava-DKOM

Jedna od prvih posebnosti koje se primjećuju je razgraničenje nadležnosti između, Uprave za trgovinu i politiku javne nabave (dalje u tekstu: Uprava) i DKOM-a i to u dijelu davanja mišljenja.

Uprava pruža stručnu pomoć naručiteljima i ponuditeljima u vezi s primjenom propisa kroz davanje mišljenja. Institut davanja mišljenja je velika pomoć i ponuditeljima i naručiteljima jer dežurni savjetnici odgovaraju u vrlo kratkom roku (uglavnom 24 sata) pa sudionici javne nabave imaju na raspolaganju stručne i kvalitetne savjetnike osigurane od strane institucije koja „piše“ Zakon. U većini slučajeva, odgovori koje naručitelji i ponuditelji dobiju na taj način su dobra smjernica za daljnje postupanje. Problem se javlja jer su ta mišljenja neobvezujuća i mogu poslužiti isključivo kao pomoćni materijal pri pojašnjenju određenih pitanja koja se javljaju u postupcima javne nabave.

Nažalost, mišljenja Uprave ne obvezuju DKOM. Na mrežnoj stranici Uprave stoji napomena („disclaimer“) koja glasi: „*u njima (mišljenjima) sadržana tumačenja ne mogu prejudicirati tijek i ishod određenih postupaka, kao što je postupak pravne zaštite u sustavu javne nabave*“.

Na taj način sudionici u postupku javne nabave, nikad nisu sigurni hoće li DKOM tumačiti Zakon na isti način na koji ga tumači i Uprava.

S druge strane, nije moguće tražiti obvezujuće mišljenje DKOM-a. Zbog toga naručitelji i ponuditelji mogu samo uložiti žalbu ili tražiti slične slučajeve kroz praksu DKOM-a, VUS-a ili Europskog suda pravde.

Za to su se na tržištu pojavile brojne agencije i pružatelji usluga koji na sistematičan i „user friendly“ način omogućuju pretraživanje odluka DKOM-a i VUS-a. Isto tako, DKOM kontinuirano radi na poboljšanju pristupa informacijama na svojoj mrežnoj stranici. To svakako olakšava posao sudionicima u postupcima javne nabave, ali i dalje ostaje činjenica da mišljenje dobiveno od onih koji su pisali zakon nije obvezujuće, a mišljenje od onih koji će odlučivati kako primijeniti zakon, nije moguće dobiti, nego kroz žalbu.

Ovaj problem nastaje također i zbog činjenice da Uprava trenutno nema kapaciteta za provođenje svega što joj je dano u zadatak propisima iz područja javne nabave. Nedostatak prakse glede upravnog nadzora u provedbi postupaka javne nabave i pokretanja prekršajnih postupaka za one povrede ZJN gdje je propisana prekršajna odgovornost također primoravaju i naručitelje i ponuditelje da se prilikom rješavanja spornih pitanja ravnaju po praksi DKOM-a i VUS-a.

Naime, iz objavljenih godišnjih statističkih Izvješća o javnoj nabavi i upisnika predmeta Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave vidljivo je da Uprava uz navedene funkcije nema kapaciteta za provedbu upravnog nadzora, pokretanje prekršajnih postupaka za kršenje određenih odredbi Zakona o javnoj nabavi te izjavljivanje žalbi u onim postupcima javne nabave gdje bi to radi očuvanja javnog interesa bilo potrebno. Tako je u godišnjem statističkom izvješću o javnoj nabavi za 2020. navedeno da je Uprava tijekom te godine provela 112 nadzora uvidom u EOJN RH te podnijela svega 8 optužnih prijedloga pred nadležnim prekršajnim sudovima. Iz upisnika predmeta Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave vidljivo je kako je Uprava izjavila svega dvije žalbe i to 2012. godine. Uz postojeća zaduženja Uprava je aktivna u sastancima tijela sustava upravljanja i kontrole korištenja ESI fondova jer se većina sredstava iz ESI fondova troši ili kroz postupke javne nabave ili prema primjenjivim Pravilima za neobveznike javne nabave (NOJN) koja u bitnome slijede načela javne nabave te bi se eventualna pitanja iz domene javne nabave trebala rješavati upravo od strane Uprave kao institucije koja „piše“ ZJN.

Ipak, razgraničenje nadležnosti između DKOM-a i Uprave predstavlja znatno manji problem u odnosu na razgraničenja nadležnosti DKOM-a i VUS-a i neujednačenosti njihove praksi.

DKOM – VUS – Tijela u sustavu upravljanja i kontrole EU fondova

U odnosu DKOM – VUS – Tijela u sustavu upravljanja i kontrole EU fondova primijećene su dvije vrste problema:

1. PRAKTIČNI PROBLEMI (Nesuspensivan učinak tužbe)

Nesuspensivan učinak tužbe na odluku DKOM-a i realna mogućnost izvršavanja ugovora od strane (nezakonito) odabranog ponuditelja. Naime, u slučaju kad VUS usvoji tužbu protiv odluke DKOM-a te presudom poništiti odluku DKOM-a i odluči

o žalbi u postupku javne nabave to može rezultirati poništenjem DON ili poništenjem Odluke o odabiru. Time bi se postupak trebao vratiti u prethodnu fazu, a u realnosti, vjerojatno je ugovor već sklopljen s prethodno odabranim ponuditeljem i velika je mogućnost da je ugovor barem djelomično, ako ne i u potpunosti izvršen. Naručitelj će u slučaju uspjeha tužbe uvijek moći poništiti nadmetanje jer ponude više ne odgovaraju potrebama naručitelja (osobito kod nabave radova i usluga). Iako tužitelju ostaje teoretska mogućnost naknade štete, i takvi postupci će redovno biti neizvjesni i dugotrajni.

2. PROBLEMI KOJI PROIZLAZE IZ NEUJEDNAČENOSTI PRAKSE

U postupcima koji su sufinancirani ili financirani od strane EU, česti problemi su izmjena prakse DKOM-a na temelju presuda VUS-a i realna mogućnost dobivanja financijskih korekcija za Korisnike Ugovora o dodjeli nepovratnih sredstava iako su postupali u potpunosti u skladu s praksom DKOM-a, odnosno VUS-a koja je bila važeća u vrijeme provedbe pojedinog postupka javne nabave.

Kako je prethodno istaknuto, u Republici Hrvatskoj postoje određene nedosljednosti u praksi tijela nadležnih za tumačenje i kontrolu postupaka javne nabave. Isto je osobito nezahvalno za javne naručitelje koji su Korisnici Ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava, s obzirom na to da su postupci javne nabave koje oni provode podložni ne samo potencijalnim žalbama o kojima odlučuje DKOM, odnosno tužbama o kojima odlučuje VUS, već i potencijalnim financijskim korekcijama slijedom ex-post kontrola koju provode tijela u sustavu upravljanja i kontrole, što su najčešće posrednička tijela 2. razine (razvidna na prethodno priloženom slikovnom prikazu). Naime, DKOM je Rješenju od 15.9.2020., ukratko opisanom pod **Primjerom 1** u Prilogu 1 ovog dokumenta, jasno potvrdio činjenicu da je praksa posredničkih tijela, odnosno tijela u sustavu upravljanja i kontrole, stroža od samog Zakona o javnoj nabavi.

Slijedom navedenog, neminovno se postavlja pitanje hoće li Korisnici bespovratnih sredstava biti kažnjeni financijskom korekcijom, koja se vrlo često utvrđuje u iznosu od 25% vrijednosti ugovora, iako su se tijekom provedbe pojedinog postupka javne nabave pridržavali tada važeće prakse DKOM-a, odnosno VUS-a, koja se kasnije promijenila?

U **Primjeru 2** iz Priloga 1 ovog dokumenta prikazuje se konkretan primjer zabrinjavajućeg nesklada u recentnoj praksi DKOM-a i VUS-a, s osvrtom na to kako će se ta i slične situacije reflektirati na naručitelje koji su Korisnici Ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava.

Naime, čl. 293 ZJN 2016 propisano je da ako su informacije ili dokumentacija koje je trebao dostaviti gospodarski subjekt nepotpuni ili pogrešni ili se takvima čine ili ako nedostaju određeni dokumenti, javni naručitelj može, poštujući načela jednakog tretmana i transparentnosti, zahtijevati od dotičnih gospodarskih subjekata da dopune, razjasne, upotpune ili dostave nužne informacije ili dokumentaciju u primjerenom roku ne kraćem od pet dana, pri čemu takvo postupanje ne smije dovesti do pregovaranja u vezi s kriterijem za odabir ponude ili ponuđenim predmetom nabave.

VUS je u Presudi od **16.7.2020.** detaljno opisanoj pod Primjerom 2 utvrdio da upotpunjavanje referenci temeljem čl. 293 ZJN 2016 koje nisu bile navedene u ponudi nije dopušteno, slijedom čega DKOM donosi više Rješenja u tom smislu, da bi VUS u presudi od **10.12.2020.**, koja je dostavljena DKOM-u tek 3.3.2021., utvrdio da upotpunjavanje referenci koje nisu bile navedene u ponudi ipak je dopušteno, iz čega se može zaključiti da je DKOM ustvari pogrešno protumačio Presudu od 16.7.2020. i u svojoj praksi primijenio ovaj aspekt pregleda i ocjene ponuda, a takvo shvaćanje evidentno su imali i brojni javni naručitelji, ali i ponuditelji koji redovno prate prasku VUS-a i DKOM-a.

Praksa DKOM-a nakon Presude VUS-a od 16.7.2020.

Slijedom iznad navedene Presude kojom je poništeno Rješenje DKOM-a, DKOM prilagođava svoju praksu te u brojnim Rješenjima, pozivajući se upravo na presudu VUS-a od 16.7.2020., ne prihvaća upotpunjavanje referenci koje nisu bile navedene u ponudi, što je slučaj primjerice u Rješenjima iz **Primjera 3, 4, 5 i 6** detaljno opisanim u Prilogu 1 ovog dokumenta.

Međutim, kako je prethodno istaknuto, VUS u Presudi od 10.12.2020., dostavljenoj DKOM-u s preko 3 mjeseca zakašnjenja od donošenja iste, utvrđuje kako ipak je dopušteno upotpunjavati reference koje nisu bile navedene u ponudi temeljem čl. 293 ZJN 2016, a predmetna Presuda opisana je u **Primjeru 7** iz Priloga 1 ovog dokumenta.

S obzirom na to da je iz prikazanih primjera DKOM Rješenja razvidno da je u više slučajeva DKOM donio Rješenje bazirajući svoju odluku između ostalog na Presudi VUS-a od 16.7.2020., postavlja se pitanje što će biti s ugovorima koji su sklopljeni nastavno na upravo takvo Rješenje, i možda već u potpunosti izvršeni, a ustvari je potencijalno trebao biti odabran sasvim drugi ponuditelj?

Drugo važno pitanje koje se postavlja je hoće li naručitelji dobiti financijsku korekciju od tijela u sustavu slijedom odabira ponuditelja postupajući po praksi DKOM-a, odnosno VUS-a koja je bila važeća prilikom provedbe pojedinog postupka javne nabave, ali je kasnije promijenjena, s obzirom na to da su obvezni uvažavati praksu DKOM-a i VUS-a, a s druge strane su Pravila o financijskim korekcijama neupitno stroža od ZJN 2016.

Evidentno je da isto ne bi smjelo biti slučaj te da postoji zabrinjavajuća razina pravne nesigurnosti u postupcima javne nabave u Republici Hrvatskoj, osobito onih koji se provode u sklopu EU sufinanciranih projekata, stoga je nužno hitno poduzeti odgovarajuće mjere i korake kako bi se praksa nadležnih tijela i tumačenje ZJN 2016 ujednačila na razini Republike Hrvatske te kako Pravila o financijskim korekcijama, koja u konačnici donosi Ministarstvo regionalnoga razvoja i fondova Europske unije Republike Hrvatske, ne bi bila stroža od Zakona o javnoj nabavi. Također, utvrđivanja DKOM-a, VUS-a i Tijela u sustavu trebala bi biti ujednačena, što nije uvijek slučaj.

DKOM - Tijela u sustavu upravljanja i kontrole EU fondova

Osnovni problem u razgraničenju DKOM-a i Tijela u sustavu upravljanja i kontrole EU fondova nalazi se u samom cilju njihova djelovanja. Zadatak DKOM-a je zaštita pravnih interesa naručitelja i ponuditelja, dok je osnovni zadatak Tijela u sustavu zaštita financijskih sredstava Europske unije.

Problemi se primjećuju u svim fazama postupka, i prilikom prethodne kontrole DON (ex-ante kontrole), i prilikom naknadne kontrole cjelokupnog postupka (ex-post kontrole).

EX-ANTE (prethodna) KONTROLA

Ex-ante kontrola dokumentacije je između ostalog propisana Odlukom Vlade RH o obvezi provedbe prethodne (ex-ante) kontrole javnih nabava u okviru projekata koji se namjeravaju sufinancirati i sufinanciraju iz europskih strukturnih i investicijskih fondova u financijskom razdoblju 2014. – 2020.⁷

Iako posrednička tijela vrše ex-ante (prethodnu) provjeru DON, nikada iza toga službeno ne stoje već se radi o preporukama neobvezujuće prirode i svejedno naručitelj može kasnije dobiti financijsku korekciju na nešto iz te dokumentacije, a činjenica da je dokumentacije ex-ante pregledana od posredničkog tijela ne znači da DKOM neće pronaći nezakonitosti u toj dokumentaciji. U tom smislu ima i DKOM Rješenja iz kojih je razvidno npr. neslaganje stavova SAFU i DKOM-a, primjerice.:

- KLASA: UP/II-034-02/17-01/746, URBROJ: 354-01/17-8 od 4.12.2017.⁸ (*žalba je osnovana i poništava se dio DON, a naručitelj u odgovoru na žalbu navodi da je DON prije objave prošla ex-ante kontrolu od strane SAFU, kao nadležnog posredničkom tijelu razine 2 za kontrolu ovih postupaka, te da nisu utvrđene nezakonitosti*),
- KLASA: UP/II-034-02/20-01/403, URBROJ: 354-01/20-11 od 17.7.2020.⁹ (*žalba je osnovana i poništava se dio DON, a naručitelj u odgovoru na žalbu navodi da se prilikom sastavljanja DON vodio zaključcima i pravilima koje je propisala Središnja agencija za financiranje i ugovaranje programa i projekata Europske unije (SAFU)*).

EX-POST (naknadna) KONTROLA

Prema ZJN 2016 postupak javne nabave bi trebao završiti izvršnošću Odluke o odabiru / Poništenju te ako nije bilo žalbi, tu bi trebao biti kraj. Međutim, ako se postupak javne nabave provodi u sklopu EU projekta, onda su naručitelj izloženi potencijalnim financijskim korekcijama slijedom odredbi priloga Ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava koji se odnosi na utvrđivanje financijskih korekcija. Pri tome

⁷ https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2018_09_87_1709.html

⁸ <http://pdf.dkom.hr/17401.pdf>

⁹ <http://pdf.dkom.hr/dokumentit/202007231418578264.pdf>

se može dogoditi da se u ex-post kontroli naručitelje kazni između ostaloga i za aspekte koji ponuditeljima i/ili DKOM-u nisu bili sporni, primjerice:

- Propisivanje uvjeta sposobnosti za koje PT2 ocjenjuje da su prekomjerni, primjerice traženje više od 5 godina specifičnog iskustva u određenom području i sl. (maksimalan adekvatan broj godina varira od slučaja do slučaja prema ocjeni PT2),
- Ocjenjivanje spornim i uvijek previše subjektivnim korištenje organizacije i metodologije u ENP-u iako ZJN 2016 jasno dopušta primjenu takvog kriterija,
- Ne produživanje roka za dostavu ponuda / neobjavlivanja izmjene Obavijesti o nadmetanju kada izmjena nije bila značajna, jer PT2 ocjenjuje da je bila značajna odnosno da se trebao produžiti rok čak i kada postoji Rješenje DKOM-a u kojem DKOM po službenoj dužnosti utvrđuje da takvih povreda nije bilo,
- Dokazivanje nepostojanja osnova za isključenje za strance – ocjenjivanje spornim to što naručitelj prije dostupnosti eCertisa nije tražio potvrdu već je prihvatio izjavu u smislu dokazivanja nepostojanja osnova za isključenje iz čl. 251 i 252 ZJN 2016 zato što PT2 godinama nakon finalizacije postupka javne nabave temeljem uvida u eCertis utvrđuje da je trebala biti pribavljena potvrda nadležnog tijela, iako za konkretan postupak nabave postoji DKOM Rješenje u kojem DKOM nije utvrdio osobito bitne povrede,
- Navođenje marki u tehničkih specifikacijama uz navod „ili jednakovrijedno“ te opis kriterija za ocjenu jednakovrijednosti - korištenje logike da samim time što su opisani kriteriji za ocjenu jednakovrijednosti time je dokazano da nije bilo nužno navesti robnu marku,
- Kašnjenje u dostavi jamstva za uredno ispunjenje ugovora (Uputa UT-a: *U smislu navedenoga, daje se uputa da je potrebno za donošenje odluke o nepravilnosti primijeniti slijedeće: za kašnjenje u dostavi do 8 radnih dana Upravljačko tijelo smatra da nije potrebno odrediti financijski ispravak; za kašnjenje od 9 do 20 radnih dana potrebno je odrediti financijski ispravak u visini 5% iznosa ugovora; za kašnjenje veće od 20 radnih dana potrebno je odrediti financijski ispravak u visini 10% iznosa ugovora*),
- Korištenje pregovaračkog postupka / projektnog natječaja i kada ZJN 2016 to dopušta ocjenjuje se spornim jer se smatra da se na taj način ograničava tržište,
- Ocjenjivanje suprotnim ZJN 2016 traženje ovjerenog prijevoda dokumenata koji su u ponudi dostavljeni na stranom jeziku i kod obveznika i kod neobveznika ZJN (NOJN-ova); UPUTA UT-a: *predmetna točka primjenjuje se i na NOJN-ove. Naime, unatoč tome što se Pravilima za NOJN-ove izrijekom ne normira pitanje jezika na kojemu ponuda mora biti izrađena, a niti pitanje*

prihvatljivosti traženja prijevoda po ovlaštenom sudskom tumaču, NOJN-ovi su dužni poštivati osnovna načela javne nabave, pa stoga nema zapreke da se ova točka primjeni i na NOJN-ove.

MRRFEU kao Upravljačko tijelo te SAFU i ostala Posrednička tijela (PT2) objavljuju svoje upute i smjernice po kojima bi se trebalo postupati.

Najdetalnije su upute SAFU-a¹⁰ koje se mijenjaju periodično i prikazuju stavove SAFU-a o pojedinim pitanjima postupaka javne nabave. To su upute koje su neformalne i neobvezujuće, a SAFU ih samo informativno objavljuje te može svejedno utvrditi korekciju za nešto što su sugerirali svojom uputom ako se ona promjeni poslije kroz njihovu praksu.

Daljnji problem su Pravila o financijskim korekcijama¹¹ koja su donesena na temelju „COCOF“ Smjernica za nepravilnosti na razini EU, ali su koja su u određenim aspektima stroža od njih. Prethodna verzija „COCOF“ Smjernica¹² za utvrđivanje financijskih ispravaka koje u slučaju nepoštovanja pravila o javnoj nabavi Komisija primjenjuje na izdatke koje u okviru podijeljenog upravljanja financira Unija primjenjiva je na određene starije Ugovore o dodjeli bespovratnih sredstava, dok je trenutno važeća verzija „COCOF“ Smjernica¹³ (dostupna samo na engleskom jeziku) iz svibnja 2019.

Preporuke za otklanjanje problema

Konačan cilj je usklađeno i komplementarno funkcioniranje institucija nadležnih za postupke javne nabave u Republici Hrvatskoj. DKOM, VUS i tijela u sustavu moraju biti usklađeni jer trenutačno postoji pravna nesigurnost za naručitelje, osobito one koji su Korisnici Ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava, što nerijetko rezultira i značajnim financijskim posljedicama za naručitelje koji su obveznici primjene ZJN, ali i za neobveznike primjene ZJN (privatnike).

Što se tiče tijela u sustavu, AmCham smatra da je potrebno:

- zakonski regulirati da tijela u sustavu ne mogu biti stroža od samog Zakona o javnoj nabavi te da se u ex-ante i ex-post kontroli moraju držati relevantne prakse DKOM-a i VUS-a
- ujednačiti praksu tijela u sustavu na način da ista bude u skladu s odlukama DKOM-a i VUS-a, a ne stroža od istih te u tom smislu pojačati direktnu komunikaciju tijela u sustavu s DKOM-om i VUS-om
- ažurirati Pravila o financijskim korekcijama u smislu da ista ni u kom aspektu ne budu stroža od Zakona o javnoj nabavi i COCOF smjernica

¹⁰ <https://www.safu.hr/datastore/filestore/10/Najcesce-pogreske-JN-05.11.2021.pdf>

¹¹ https://strukturnifondovi.hr/dokumenti/?doc_id=549&fondovi=esi_fondovi

¹² https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/cocof/2013/cocof_13_9527_annexe_hr.pdf

¹³

https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/GL_corrections_pp_irregularities_annex_EN.pdf

- rezultate ex-ante kontrole izraditi u formi dokumenta s pregledom utvrđenih činjenica, koji će biti obvezujuć za tijela u sustavu, budući da trenutni način ex-ante kontrole kod kojeg Korisnici dobivaju Dokumentaciju o nabavi s jako puno komentara, od kojih se velik dio odnosi na fazu provedbe, nije učinkovit ni za koga od dionika u procesu ex-ante kontrole,
- osigurati da naručitelji ne mogu dobiti financijsku korekciju za odredbu DON koja je u ex-ante kontroli ocijenjena prihvatljivom
- javnim naručiteljima ne utvrđivati financijske korekcije slijedom kasnije promjene prakse DKOM-a ili VUS-a kada su u svojim postupcima nabave postupali sukladno tada važećoj praksi.

U slučaju Uprave za trgovinu i politiku javne nabave i Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave predlaže se:

- da Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave uvede mogućnost davanja pravnih shvaćanja po prijedlogu stranke i na taj način osigura predvidivost u postupanju DKOM-a
- ojačati kapacitete Uprave za trgovinu i politiku javne nabave na način da se ista ili bar dio njenih zaposlenika uključi u Sustav upravljanja i kontrole u najavljenim izmjenama institucionalnog okvira za korištenje fondova Europske unije u okviru podijeljenog upravljanja počev od financijskog razdoblja 2021.-2027. i to na temelju činjenice da se sredstva iz Europskih fondova troše bilo u postupcima javne nabave ili prema Pravilima za neobveznike javne nabave što bi omogućilo stimulatívne radne uvjete postojećim i budućim zaposlenicima Uprave.

U slučaju DKOM-a i VUS RH predlažemo:

- objavu Rješenja DKOM-a i Presuda VUS-a u digitalno pretraživom obliku
- strogo pridržavanje roka od 30 dana za donošenje Presuda jer u praksi se često desi da dok VUS donese Presudu ugovor je već u odmaklim fazama implementacije, što dovodi do nemogućnosti ispunjenja ugovora po ranije ugovorenim uvjetima
- pisanje jasnijih izričaja u Presudama i pojačana komunikacija s DKOM-om kako se ne bi dogodilo da DKOM pogrešno shvati određenu Presudu ili da istu ne dobije 3 mjeseca od donošenja iste i sl.

Prilog – Prikaz relevantne prakse

Primjer 1

U Rješenju DKOM-a od 15.9.2020.¹⁴ (KLASA: UP/II-034-02/20-01/619, URBROJ: 354-01/20-5) žalitelj osporava zakonitost kriterija za odabir ponude iz Dokumentacije u nabavu u kojem naručitelj ocjenjuje iskustvo stručnjaka u izvršenju usluga pripreme i provedbe postupaka javne nabave radova, roba ili usluga **sufinanciranih ili financiranih iz EU fondova**, provedenih u skladu sa Zakonom o javnoj nabavi, što po tumačenju žalitelja stavlja u nepovoljan položaj sve stručnjake koji su postupke javne nabave provodili po ZJN 2016, ali nisu (su)financirani iz EU fondova. Naručitelj u odgovoru na žalbu navodi da se priprema i provedba postupaka javne nabave u sklopu provedbe projekata (su)financiranih iz fondova EU provodi u skladu s ZJN 2016, ali ima i određene specifičnosti, **prvenstveno zbog ex-ante i ex-post provjere** nadležnih posredničkih tijela te **podložnosti financijskim korekcijama** te naglašava da su **sastavni dio Ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava za svaki EU projekt Pravila o financijskim korekcijama** koja se primjenjuju u provedbi projekta, stoga je u postupcima javne nabave koji se provode u sklopu EU projekata **naručitelj podložan dvostrukoj kontroli**. **DKOM** žalbeni navod ocjenjuje **neosnovanim** te utvrđuje kako se **ne može se prihvatiti tumačenje žalitelja da nema nikakve razlike između postupaka javne nabave koje se provode u sklopu EU projekata i onih koje nisu vezane uz EU fondove**, s obzirom da se u postupcima javne nabave u sklopu provedbe projekata (su)financiranih iz fondova EU **primjenjuju pravila koja se ne primjenjuju** u postupcima javne nabave koja su u cijelosti financirana iz Državnog proračuna Republike Hrvatske, prvenstveno **zbog sudjelovanja posredničkih tijela te podložnosti financijskim korekcijama**.

Primjer 2

Presuda VUS-a od 16.7.2020. – nije dopušteno upotpunjavati reference tijekom pregleda i ocjene ponuda

U Presudi VUS-a od 16.7.2020.¹⁵, poslovni broj: UsII-200/20-6 (zaprimljeno 28.7.2020. od strane DKOM-a) poništava se DKOM Rješenje KLASA: UP/II-034-02/20-01/181, URBROJ: 354-01/20-7 od 21.4.2020. Odluka o odabiru za grupu 3. Tužitelj smatra je pozivanje odabranog ponuditelja da dostavi novo ispunjeni ESPD obrazac suprotno dopuštenom postupanju u smislu članka 293. ZJN-a jer isto ne smije dovesti do nove ponude. Tuženik (DKOM) u odgovoru na tužbu ističe da u konkretnom slučaju primjenom instituta iz članka 293. ZJN-a nije došlo do izmjene ponude uvođenjem novih elemenata u ponudu. VUS utvrđuje da je tužbeni zahtjev osnovan jer da bi izmjena podataka iz inicijalne ponude bila dopuštena, nužno je da je riječ o nepotpunim ili pogrešnim podacima ili o podacima koji se takvim čine ili o situaciji u kojoj određeni dokumenti nedostaju, **stoga uvođenje novih elemenata u ponudu koji dovode do sadržajno**

¹⁴ <http://pdf.dkom.hr/dokumentit/202009301240381189.pdf>

¹⁵ <http://pdf.dkom.hr/dokumentit/202007291317328901.pdf>

različite ponude od inicijalne ponude, prelazi granice dopuštenog postupanja naručitelja, odnosno ponuditelja u smislu članka 293. ZJN-a.

Primjer 3

U DKOM Rješenju od 18.9.2020.¹⁶ (KLASA: UP/II-034-02/20-01/615, URBROJ: 354-01/20-8), koje je poništeno slijedom Presude VUS-a od 10.12.2020. opisane ispod, žalitelj navodi da naručitelj nije prihvatio naknadno dostavljeni popis ugovora sa dodatnih osam ugovora, dostavljen temeljem zahtjeva za pojašnjenjem. DKOM utvrđuje da je nakon poziva naručitelja temeljem članka 293. ZJN 2016 žalitelj dostavio novi ESPD obrazac u kojemu je kao dokaz tehničke i stručne sposobnosti tražene točkom 23. DoN, **pored devet** ugovora/usluga navedenih u ponudi, **naveo i osam novih** ugovora/usluga. U smislu navedenih okolnosti DKOM ocjenjuje da ponudu žalitelja koja je sadržavala devet ugovora/iskoraka primjenom članka 293. ZJN 2016 **nije bilo dopušteno dopunjavati sa novim ugovorima/uslugama** jer konkretnom slučaju podaci u ponudi nisu bili nepotpuni ili pogrešni u smislu članka 293. ZJN 2016 već su ti podaci prema podacima iz ponude žalitelja predstavljali izraz volje žalitelja za podnošenjem upravo takve ponude. U takvim okolnostima, ocijenjeno je da je **ispravno** postupio naručitelj kada novo dostavljene ugovore/usluge **nije prihvatio**, stoga je ovaj žalbeni navod **neosnovan**.

Primjer 4

U DKOM Rješenju od 13.11.2020.¹⁷ (KLASA: UP/II-034-02/20-01/827, URBROJ: 354-01/20-9) žalitelj navodi da odabrani ponuditelj nije dostavio dokaz o ispunjavanju uvjeta tehničke sposobnosti te je iz obrasca ESPD i pojašnjenja ponude odabranog ponuditelja naručitelju trebalo biti jasno da odabrani ponuditelj ne ispunjava uvjete tehničke i stručne sposobnosti. Smatra da je naručitelj na nedopušten način kroz primjenu članka 293. ZJN 2016 odabranom ponuditelju dopustio da mijenja činjenične navode iz ponude. DKOM utvrđuje kako je žalbeni navod **osnovan** te uvođenje novih elemenata u ponudu koji dovode do sadržajno različite ponude od inicijalne ponude, prelazi granice dopuštenog postupanja ponuditelja u smislu članka 293. ZJN 2016. Ističe kako je navedeno pravno shvaćanje **sukladno je pravnom shvaćanju Visokog upravnog suda Republike Hrvatske izraženom u presudi Poslovni broj: UsII-200/20-6 od 16.7.2020.**

Primjer 5

U DKOM Rješenju od 17.11.2020.¹⁸ (KLASA: UP/II-034-02/20-01/749, URBROJ: 354-01/20-13) žalitelj navodi da je odabrana zajednica ponuditelja na zahtjev naručitelja dostavila pojašnjenje popisa glavnih isporuka robe, u sklopu kojeg je

¹⁶ <http://pdf.dkom.hr/dokumentit/202009291415509918.pdf>

¹⁷ <http://pdf.dkom.hr/dokumentit/202011271218107948.pdf>

¹⁸ <http://pdf.dkom.hr/dokumentit/202012011436356908.pdf>

dostavljen ažurirani popis glavnih isporuka. Žalitelj smatra da je naručitelj na nezakonit način primijenio odredbe čl. 293 jer novi popis referenci koji sadrži popis ugovora koji ne nalikuje popisu iz inicijalnog zahtjeva, budući da je **popis ugovora putem pojašnjenja proširen i ne odnosi se samo na ugovore koji su prvotno bili prezentirani. DKOM** ovaj žalbeni navod ocjenjuje **osnovanim te se referira na presudu VUS-a broj UsII-200/20-6 od 16.7.2020.**

Primjer 6

U DKOM Rješenju od 26.11.2020.¹⁹ (KLASA:UP/II-034-02/20-01/883, URBROJ: 354-01/20-10) žalitelj smatra da je dokazao tehničku i stručnu sposobnost te da je njegova ponuda neopravdano ocijenjena kao neprihvatljiva od strane naručitelja jer naručitelj nije uzeo u obzir žaliteljeve usluge pružene navedene u **naknadno dostavljenim** ispravljenim ESPD-obrascima. Naručitelj navodi da iste nije mogao prihvatiti iz razloga što je žalitelj uveo nove elemente u ponudu koji su doveli do izmjene ponude koja je sadržajno različita od inicijalno dostavljene ponude, a čije bi prihvaćanje konkretno rezultiralo prekoračenjem ovlaštenja naručitelja u smislu članka 293. ZJN 2016 i **upućuje na presudu VUS-a poslovni broj: UsII-200/20-6 od 16.7.2020.** DKOM utvrđuje kako je **žalba neosnovana** te je naručitelj **pravilno postupio** odbivši žaliteljevu ponudu kao neprihvatljivu.

Primjer 7

Presuda VUS-a od 10.12.2020.²⁰ – dopušteno je upotpunjavati reference tijekom pregleda i ocjene ponuda te DKOM pogrešno shvaća Presudu od 16.7.2020.

Presudom VUS-a poslovni broj: UsII-396/20-10 od 10.12.2021. (primljena u DKOM-u 3.3.2021.) poništava se DKOM Rješenje prethodno opisano u Primjeru 1 iznad te VUS utvrđuje kako je tužbeni zahtjev osnovan. Tužitelj navodi da je u tijeku postupka pregleda i ocjene ponude dostavio ispravljeni obrazac ESPD sa **novim** popisom ugovora, u kojem je prethodni popis **nadopunjen sa dodatnih osam** ugovora. Svi „novodostavljeni“ ugovori iz dopunjenog popisa **izvršeni su prije trenutka predaje ponude.** Tuženik (DKOM) u svom odgovoru na tužbu smatra da **tužiteljevo postupanje prelazi granice odredbe članka 293. Zakona o javnoj nabavi, te da predstavlja protupravnu izmjenu ponude.** Prema ocjeni VUS-a, protivno shvaćanju naručitelja i tuženika dostavljanjem novog ESPD obrasca i novog popisa izvršenih usluga/ugovora nije došlo do pregovaranja u smislu članka 293. stavak 2. ZJN-i niti povrede odredbi ZJN 2016. VUS **ne prihvaća niti pozivanje tuženika (DKOM-a) na stajalište VUS-a izraženo u presudi broj: UsII-200/20 od 16. srpnja 2020.** godine s obzirom da VUS smatra kako se tu se ne radi o istoj odnosno sličnoj činjeničnoj niti pravnoj situaciji.

¹⁹ <http://pdf.dkom.hr/dokumentit/202012041134216760.pdf>

²⁰ <http://pdf.dkom.hr/dokumentit/202103031054544690.pdf>

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