

Unaprjeđenje sustava pravne zaštite u javnoj nabavi

Zagreb, srpanj 2021.



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

Sadržaj

Uvod	3
Jačanje uloge Uprave za trgovinu i politiku javne nabave te Državnog odvjetništva u nadzoru zakonitosti postupaka javne nabave	4
Jačanje upravnosudske zaštite kroz uspostavu specijaliziranog sudskog vijeća unutar Visokog upravnog suda RH koje će se baviti javnom nabavom	5
Objavljivanje sadržaja Ugovora i Aneksa ugovora	5
Pravni interes – mogućnost podnošenja žalbi kroz profesionalne udruge	8
Obrazložena mišljenja Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave	9
Zaključak	10

Uvod

Javni sektor na nabavu roba, radova i usluga od sudionika u privatnom sektoru putem postupaka javne nabave godišnje potroši iznose koji premašuju nekoliko desetaka milijardi kuna, što je u 2019. godini predstavljalo preko 16% ukupnog iznosa BDP-a Republike Hrvatske. Budući da se radi o značajnom trošenju proračunskog novca, potrebno je uspostaviti učinkovite mehanizme kojima se ispravljaju nedostaci u postupcima javne nabave, a u svrhu uspostavljanja transparentnog i predvidivog pravnog okvira koji unaprjeđuje interes privatnog sektora za suradnju s javnim sektorom i time unaprjeđuje konkurentnost hrvatskog gospodarstva.

Budući da je unaprjeđenje konkurentnosti gospodarstva strateški cilj Republike Hrvatske, ostvarivanje tog cilja ne smije biti prepušteno isključivo privatnom sektoru. Dionici javnog sektora moraju odigrati aktivnu ulogu u unaprjeđenju sustava javne nabave, ponajprije kroz osvješćivanje problema koje ističu dionici privatnog sektora, a potom i kroz jačanje vlastitih kapaciteta kako bi se uspješno nosili sa izazovima koje donosi sve konkurentnije tržište.

AmCham i njegovi članovi ulažu znatne napore u identificiranju problema koji se javljaju prilikom provođenja postupaka javne nabave. S tim u vezi, uočeni su određeni nedostaci u sustavu javne nabave, što uključuje između ostalog neusklađenost prakse tijela koja odlučuju o pravima i obvezama sudionika postupaka javne nabave, nedostatak kapaciteta na strani nadzornih tijela javnog sektora koja su zadužena za kontrolu zakonitosti postupaka javne nabave, kao i značajan nedostatak provedbe nadzora nad zakonitim izvršavanjem ugovora dodijeljenih kroz postupke javne nabave.

U nastavku stajališta AmCham detaljnije analizira uočene probleme i daje preporuke za poboljšanje zakonodavnog i institucionalnog okvira.

Jačanje uloge Uprave za trgovinu i politiku javne nabave te Državnog odvjetništva u nadzoru zakonitosti postupaka javne nabave

Ukupna vrijednost javne nabave u 2019. godini premašuje 54 milijarde kuna. Udio javne nabave bez PDV-a u BDP-u Republike Hrvatske je prema izvješću Uprave za politiku javne nabave za 2019. iznosio 16,46%. S obzirom na značajan udio javne nabave u rashodovnoj strani proračuna, kao i ograničenu mogućnost tržišta da samoregulacijom samostalno ostvari najbolje učinke za naručitelje, potrebno je sustavno raditi na osnaživanju institucija kojima je zakonom povjerena funkcija nadzora nad zakonitošću provođenja postupaka javne nabave. Pri tome, osobitu pažnju treba posvetiti ulogama Ministarstva gospodarstva i održivog razvoja i Državnog odvjetništva u provođenju takvog nadzora.

Prema statističkim izvještajima, Ministarstvo gospodarstva i održivog razvoja (djelujući putem Uprave za trgovinu i politiku javne nabave) i Državno odvjetništvo u pravilu ne provode nadzor nad zakonitošću postupaka javne nabave, odnosno provode takav nadzor u neznatnom opsegu. Jednako tako alati koji su na raspolaganju Državnom uredu za reviziju i Sektoru za financijski i proračunski nadzor (Ministarstva financija) ne omogućavaju efikasan i transparentan nadzor trošenja proračunskih sredstava. Na taj način je snažno oslabljena uloga države u kontroli zakonitosti postupaka javne nabave, a koja je gotovo u potpunosti prepuštena sudionicima na tržištu.

AmCham stoga smatra kako je potrebno ojačati kapacitete unutar Ministarstva gospodarstva i održivog razvoja za provođenje postupaka upravnog nadzora nad zakonitošću provođenja postupaka javne nabave, kroz zapošljavanje i edukaciju stručnog osoblja za provođenje nadzora. Također, potrebno je bolje definirati i osnažiti ulogu Državnog odvjetništva kao tijela ovlaštenog za ulaganje žalbi u postupcima javne nabave (osobito u velikim infrastrukturnim projektima). Isto tako, potrebno je osigurati pojačanu transparentnost provedenih postupaka i utvrđenih nepravilnosti u trošenju proračunskih sredstava od strane Državnog ureda za reviziju i Sektora za financijski i proračunski nadzor (Ministarstva financija), a s naglaskom na poduzete aktivnosti za otklanjanje utvrđenih nepravilnosti.

Konačno, postojeći sustav sankcija za utvrđene propuste ne predviđa stvarnu odgovornost sudionika koji čine takve propuste te zbog toga ne ostvaruje svoju zaštitnu svrhu. Stoga je potrebno osmisлити efikasniji sustav sankcija za osobe (fizičke kako i pravne) u slučaju utvrđenih nezakonitosti u postupcima javne nabave.

Jačanje upravnosudske zaštite kroz uspostavu specijaliziranog sudskog vijeća unutar Visokog upravnog suda RH koje će se baviti javnom nabavom

Visoki upravni sud RH je organiziran na način da ima zasebne specijalizirane odjele prema broju predmeta i njihovom značaju u društveno-gospodarskom životu Republike Hrvatske (Mirovinsko-invalidsko-zdravstveni; Financijski i radnopravni; ili pak Imovinsko-pravni odjel). Pri tome, pitanja javne nabave dodijeljena su u nadležnost svakom od navedenih odjela, čime se umanjuje smisao specijalizacije sudaca za postupanje u određenim predmetima. Zakonom o javnoj nabavi iz 2016. godine propisana je nadležnost Visokog upravnog suda za odlučivanje o upravnim tužbama protiv odluka DKOM-a kojima je odlučeno o žalbama, a koja je do tog trenutka bila propisana za upravne sudove. Takva je zakonska promjena rezultirala i većim priljevom predmeta iz domene javne nabave na Visoki upravni sud, a koji je uz to obvezan i donositi odluke u značajno kraćem roku nego su to bili obvezni upravni sudovi.

Radi značaja javne nabave u gospodarstvu Republike Hrvatske, AmCham smatra kako je nužno trajno unaprjeđivati kapacitete Visokog upravnog suda radi poboljšanja kvalitete pravne zaštite u sudskom postupcima. AmCham stoga predlaže uspostavljanje novog sudskog odjela specijaliziranog isključivo za sudske postupke iz domene javne nabave, a podredno imenovanje posebnih sudskih vijeća koja bi odlučivala u takvim postupcima.

Objavljivanje sadržaja Ugovora i Aneksa ugovora

Sam postupak javne nabave je vrlo formalan i podložan kontrolama u svim fazama postupka. Međutim, nakon što ugovor bude dodijeljen, česte su pojave nedopuštenih izmjena ugovora uključujući izmjene trajanja ugovora, opisa predmeta nabave i tehničkih specifikacija nabavljenih radova, roba i usluga te povećanja cijena i količina roba, radova i usluga.

U hrvatskom sustavu javne nabave ne postoji dovoljno jasan i transparentan sustav nadzora nad sklopljenim ugovorima, što uključuje nadzor opće i stručne javnosti nad izvršavanjem ugovora i njegovim izmjenama. Također, nije uspostavljeno dovoljno transparentno izvještavanje naručitelja o izmjenama ugovora, postupak utvrđivanja nezakonitosti kao ni odgovornost naručitelja za utvrđene nezakonitosti pri izmjenama ugovora.

U praksi, izgledno je kako postoji neznatan broj slučajeva u kojima je izjavljena žalba koja bi dovela do poništenja ugovora o javnoj nabavi ili okvirnog sporazuma, iako ponuditelji i javnost ukazuju na znatno veći broj nezakonitosti.

Inicijativa za pokretanje žalbenog postupka svakako je na ponuditeljima ali pritom nisu ispunjene praktične pretpostavke koje bi omogućile učinkovitiji nadzor nad izvršavanjem ugovora. Sadašnji obrazac u EOJN predviđa objavu izmijene ukupnog iznosa, mjesta izvršenja, naručivanja dodatne robe, opis dodatnih stavki i unos generičkog odgovora kod razloga za izmjenom ugovora.

Uz povećanje vrijednosti ugovora koja je najčešći razlog sklapanja dodataka ugovorima o javnoj nabavi, promjena opisa predmeta nabave i tehničkih specifikacija isporučenih radova roba i usluga, promjena rokova isporuke bi svakako trebala biti prijavljena u EOJN prilikom objave obavijesti o potpisivanju dodatka ugovoru.

AmCham smatra kako bi prilikom objave podataka o izmjeni ugovora javni naručitelji trebali svakako u objavu unijeti podatke o slijedećim okolnostima:

- izmjeni tehničkih specifikacija iz dokumentacije o nabavi,
- izmjeni okolnosti koje su bile ocjenjivane kao uvjet sposobnosti za odabir gospodarskog subjekta u postupku javne nabave (izmjena stručnjaka, podugovaratelja na koje se gospodarski subjekt oslanjao radi zadovoljenja uvjeta sposobnosti i sl.),
- izmjeni bilo kakve okolnosti koja se ocjenjivala u sklopu kriterija za odabir ponude.

Prijedlog AmCham-a:

U Pravilnik o planu nabave, registru ugovora, prethodnom savjetovanju i analizi tržišta u javnoj nabavi (dalje u tekstu: Pravilnik) unijeti odredbu prema kojoj Registar

ugovora o nabavi i okvirnih sporazuma sadrži i podatke o dodatcima ugovora o javnoj nabavi i okvirnih sporazuma. Tako bi Naručitelji uz podatke iz članka 5. Pravilnika trebali u Registru ugovora o javnoj nabavi i okvirnih sporazuma trebali unijeti i podatke o tome je li došlo do izmjene tehničkih specifikacija tijekom provedbe Ugovora o javnoj nabavi/Okvirnog sporazuma te jesu li se mijenjali uvjeti koji su bili ranije bodovani u sklopu ENP kriterija. Osim transparentnosti svrha predložene izmjene je odvratanje naručitelja od toga da čine one izmjene kojima se unose uvjeti koji bi, da su bili dio prvotnog postupka nabave, dopustili prihvaćanje drugih natjecatelja od onih koji su prvotno odabrani ili prihvaćanje ponude različite od ponude koja je izvorno prihvaćena ili privlačenje dodatnih sudionika u postupak javne nabave. Zabrana ovakvih izmjena izričito je propisana čl. 321. ZJN 2016, ali gospodarski subjekti ne ulažu žalbe na izmjene i dodatke ugovora jer jednostavno nemaju informaciju o prirodi izmjena, a sami Naručitelji pojednostavljaju pravila o dodatcima ugovora na način da jedino paze na dopuštenost povećanja cijene jer ostali podaci nisu niti vidljivi sudionicima prethodnog postupka javne nabave.

Potrebno je izmijeniti i obrazac za dodatak ugovoru koji se objavljuje u EOJN, te isti mora sadržavati polje „vrijednost kriterija dodatne kvalitete“ za onoliko takvih kriterija koje je Naručitelj predvidio u okviru svoje Dokumentacije o nabavi i objave u EOJN.

Iako se još ne primjenjuje u praksi, potrebno je predložene izmjene povezati sa prekršajnom odgovornošću pravnih osoba – naručitelja i odgovornih osoba za pojedini postupak javne nabave. U tom smislu predlažemo izmjenu članka 433. st.2. t. 2 koji predviđa prekršajnu odgovornost za neobjavljivanje registra ugovora na način da se ta odgovornost proširi i na objavljivanje netočnih i nepotpunih podataka u registru ugovora, kao i izmjenu članka 433. st.1. t. 9 koji predviđa prekršajnu odgovornost za neobjavljivanje obavijesti o dodatku ugovoru na način da se ta odgovornost proširi i na objavljivanje netočnih i nepotpunih obavijesti dodatku ugovoru pri čemu se netočnim i nepotpunim informacijama ne smatraju formalni propusti i nenamjerne omaške prilikom pisanja.

Pravni interes – mogućnost podnošenja žalbi kroz profesionalne udruge

Sustav pravne zaštite u postupcima javne nabave ne omogućava u svim slučajevima pravodoban i efikasan način kontrole trošenja proračunskih sredstava. Iz navedenog razloga, AmCham smatra kako bi se proširivanjem kruga osoba koje su ovlaštene podnijeti žalbu Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (**DKOM**) značajno unaprijedio sustav takve pravne zaštite.

U praksi, dio ponuditelja je primijetio promjene u tretmanu od strane naručitelja prema onim ponuditeljima koji su, ostvarujući svoja zakonska prava, usporili ili onemogućili provođenje onih postupaka javne nabave koji nisu bili u skladu s primjenjivim propisima. Takvo postupanje se ponajprije očituje kroz formiranje neformalnih "crnih lista", pri čemu su ponuditelji s takvih lista izloženi diskriminatornom postupanju naručitelja koje, iako unutar zakonskih okvira, često rezultira nejednakim tretmanom ponuditelja u postupcima javne nabave. Takvo postupanje ima za ponuditelje odvratajući učinak, a posljedično propuštanje ponuditelja da izjavljuju žalbe umanjuje kvalitetu postupaka javne nabave. AmCham smatra kako bi u takvim situacijama bilo nužno omogućiti ponuditeljima da svoja prava na pravnu zaštitu ostvaruju anonimno, odnosno da se pravni interes za izjavljivanje žalbe omogući profesionalnim udruženjima i strukovnim udrugama ponuditelja.

Nadalje, u praksi je primijećeno usklađeno djelovanje sudionika na tržištu, i to osobito u slučajevima kad na tržištu postoji manji broj ponuditelja sposobnih za izvršenje ugovora koji je predmet nabave. U takvim slučajevima, ponuditelji neformalnim sporazumima na različite načine međusobno dijele ugovore, uključujući, između ostalog, suzdržavanje od podnošenja ponuda, namjerno podnošenje neprihvatljivih ponuda te suzdržavanje od korištenja sredstava pravne zaštite (čak i u slučaju očiglednih nepravilnosti). U onim slučajevima u kojima DKOM nije obvezan postupati prema službenoj dužnosti, kao i u slučajevima u kojima izostane učinkovit nadzor nadležnih tijela države, postupci nabave bivaju provedeni bez učinkovite kontrole trošenja proračunskih sredstava. AmCham zbog toga smatra kako se zainteresiranoj javnosti, okupljenoj oko zajedničkog interesa zaštite transparentnosti i kontrole trošenja proračunskih sredstava, mora omogućiti pravni interes za

izjavljivanje žalbi u postupcima javne nabave. U potpunosti uvažavajući interes za efikasnošću i brzinom postupaka nabave, AmCham predlaže da se otvori rasprava o dopuštenim oblicima udruživanja javnosti za potrebe takvog ostvarivanja pravne zaštite, s jedne strane, te vrijednosnih pragova kad bi takva pravna zaštita bila dopuštena (na primjer, u slučajevima velikih infrastrukturnih projekata ili druge nabave osobite ekonomske ili društvene vrijednosti).

Obrazložena mišljenja Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave

U sustavu javne nabave, česte su primjedbe ponuditelja i naručitelja na neusklađenost stavova Uprave za trgovinu politikom javne nabave, Visokog upravnog suda i tijela u Sustavu upravljanja i kontrole EU fondova, s jedne strane te stavove DKOM-a, s druge strane. U određenom broju slučajeva, ponuditelji i naručitelji ističu i neusklađenost stavova sadržanih unutar pojedinih odluka DKOM-a, što po njihovom mišljenju predstavlja neujednačeno postupanje DKOM-a.

Pravna sigurnost, kao jedno od najviših mjerila demokratskog društva i temeljni preduvjet za gospodarski napredak, ostvaruje se ponajprije kroz predvidivost postupanja sudova i državnih tijela. Institut obrazloženog mišljenja je značajno poboljšao predvidivost postupanja Porezne uprave u točno određenim predmetima. Uvođenjem sličnog koncepta u postupanje DKOM-a omogućilo bi se otklanjanje neusklađenih praksi, dvojbi u primjeni zakona te prenio teret odlučivanja o ključnim pitanjima s Uprave za trgovinu i politiku javne nabave, što su koristi koje AmCham snažno podržava. Kako bi se osiguralo da DKOM ima potrebne kapacitete za preuzimanje ovakve zadaće, AmCham predlaže da izdavanje mišljenja bude podložno plaćanju administrativne naknade (po uzoru na Poreznu upravu) koja bi se smatrala prihodom DKOM-a.

Zaključak

AmCham smatra kako bi se predloženim izmjenama značajno unaprijedio postojeći zakonodavni i institucionalni okvir, a osobito kroz:

- Jačanje kapaciteta dionika javnog sektora (uključujući izvršnu i sudsku vlast) za otklanjanjem nezakonitosti uočениh u postupcima javne nabave;
- Povećanu transparentnost u fazi izvršavanja ugovora sklopljenih u postupcima javne nabave, te
- Unaprjeđenje predvidivosti postupanja kroz objavljivanje obvezujućih mišljenja od strane Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave.

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