



REPUBLIKA HRVATSKA
MINISTARSTVO REGIONALNOGA RAZVOJA
I FONDOVA EUROPSKE UNIJE



KLASA: 910-04/17-02/74
URBROJ: 538-05-2-1-2/324-21-348
Zagreb, 23. ožujka 2021. godine

***Upute Upravljačkog tijela za upravljanje nepravilnostima u
Operativnom programu „Konkurentnost i kohezija 2014.-2020.“***

Verzija 1.0

Ožujak 2021. godine

Relevantne kratice.....	3
Uvod.....	4
1. OPĆENITO O NAČINU ODREĐIVANJA FINACIJSKIH ISPRAVAKA I KONTROLI POSTUPAKA JAVNE NABAVE	5
1.1. Određivanje financijskih ispravaka.....	5
1.1.1. Postupanje u slučajevima neusklađenosti teksta ovih Uputa sa tekstem navedenim u Pravilima koje su sastavni dio ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava.....	5
1.1.1.1. a) Uputa PT-ovima 2 o dodatnim informacijama koje je potrebno navoditi u Odluci o nepravilnosti te o ispravnom načinu pisanja iste.....	7
b) Uputa tijelima u sustavu vezano za obvezu traženja UT-a produljenje roka u iznimnim slučajevima za donošenje odluke o nepravilnosti.....	7
1.1.2. Metodologija određivanja financijskog ispravka.....	8
1.1.3. Metodologija smanjenja financijskih ispravaka.....	10
1.1.4. Određivanje financijskih ispravaka kod umjetne podjele ugovora o nabavi	11
1.2. Nepravilnosti u svezi reguliranja obveze prethodnog savjetovanja sa zainteresiranim gospodarskim subjektima u odnosu na odredbe ZJN-a i Direktive 2014/24/EU.....	12
1.3. Pregovarački postupak.....	13
1.4. Računanje rokova.....	14
1.5. Naplata FIDIC knjiga.....	16
1.6. Dokazivanje ne/postojanja osnova za isključenje gospodarskog subjekta	17
a) Stav UT-a kako postupati u smislu odredbe članka 265. stavak 1. u svezi s člankom 269. ZJN-a.....	17
b) Naknadno dokazivanje nepostojanja osnova za isključenje	18
c) Porezni dug kao osnova za isključenje	21
d) Postupanje u slučajevima neprovođenja postojanja osnova za isključenje u odnosu na novouvedenog podugovaratelja i korigiranje naknadno uvedenih podugovaratelja preko dopuštenog ograničenja.....	22
e) Postupanje u situacijama kada je prokurist društva potpisao izjavu o nekažnjavanju u svrhu dokazivanja nepostojanja razloga za isključenje ponuditelja.....	23
1.7. Utvrđivanje postojanja nepravilnosti u situacijama kada je dokumentacijom o nabavi određena obveza obilaska ili pregleda lokacije kao predujeta za podnošenja ponude	25
1.8. Primjena Pravila za NOJN-ove u odnosu na mogućnost sklapanja okvirnog sporazuma.....	26
2. NEZAKONITI/DISKRIMINACIJSKI UVJETI SPOSODNOSTI, UVJETI SPOSODNOSTI KOJI NISU POVEZANI S PREDMETOM NABAVE	28
2.1. Nepravilnosti u svezi propisivanja iskustva FIDIC inženjera i općeg radnog iskustva.....	28
2.2. Nepravilnosti u slučaju zahtjeva za dostavom ovlaštenja kao uvjeta sposobnosti	28
2.3. Potencijalno restriktivni uvjet u dokumentaciji o nabavi kad naručitelji traže dostavu prijevoda ponude na hrvatski jezik po ovlaštenom sudskom tumaču	29
2.4. Utvrđivanje postojanja nepravilnosti u situacijama kada se dokumentacijom o nabavi u minimalnim uvjetima stručne sposobnosti traži iskustvo u projektima (su)financiranim iz EU sredstava	31
2.5. Utvrđivanje postojanja nepravilnosti tijekom provjere postupaka nabave.....	31
2.6. Postupanje u postupcima jednostavne nabave kada je kao uvjet sposobnosti za obavljanje profesionalne djelatnosti od gospodarskog subjekta traženo da je isti registriran za obavljanje pojedine djelatnosti, a pod uvjetima tehničke sposobnosti da ima izvršene ugovore	32
3. DISKRIMINIRAJUĆE TEHNIČKE SPECIFIKACIJE / TEHNIČKE SPECIFIKACIJE KOJE OGRANIČAVAJU TRŽIŠNO NATJECANJE	35
3.1. Nepravilnosti povezane s upućivanjem na određenu marku ili izvor.....	35
3.2. Nepravilnosti u svezi upućivanja na norme osiguranja kvalitete u dokumentaciji o nabavi.....	37
4. JAMSTVA	39
4.1. Nepravilnosti u svezi postupanja kod pogreški u dostavljanju i iznosu na koji je izdana bankarska garancija.....	39
4.1.1. Postupanje kod pogrešaka u dostavljanju bankarske garancije	39
4.1.2. Postupanje kod pogrešaka u odnosu na iznos na koji je bankarska garancija izdana	43
4.1.3. Postupanje kod pogrešaka u dostavljanju bankarske garancije u slučaju sklapanja dodatka ugovoru o javnoj nabavi	44
4.1.4. Postupanje kod pogrešaka u dostavljanju bjanko zadužnice	45
4.1.5. Učinak pogreški kod dostavljanja bjanko zadužnice na utvrđivanje nepravilnosti.....	45
4.2. Nepravilnosti u svezi police osiguranja.....	46
4.3. Nepravilnosti u svezi pogreški kod dostavljanja jamstva za povrat predujma	47
5. NABAVA PUTNIH KARATA I HOTELSKOG SMJEŠTAJA	49
6. POSTUPANJE TIJELA VEZANO ZA OKOLNOSTI UZROKOVANE EPIDEMIJOM COVID-19.....	50

Relevantne kratice

ARPA	Agencija za reviziju sustava provedbe programa Europske unije
DČ	Država članica
DKOM	Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave
EK	Europska komisija
EU	Europska unija
EOJN	Elektronički oglasnik javne nabave
FIDIC	Federation Internationale des Ingénieurs-Conseils
MF	Ministarstvo financija
MRRFEU	Ministarstvo regionalnoga razvoja i fondova Europske unije
NN	Narodne novine
NOJN	Neobveznik Zakona o javnoj nabavi
OPKK	Operativni program "Konkurentnost i kohezija 2014.-2020."
OZ	Ovršni zakona (NN, broj: 112/12, 93/14, 73/17, 131/20)
PRAVILA	Pravila o financijskim korekcijama
PT2	Posredničko tijelo razine 2
SMJERNICE 2013	Odlukom Komisije od 19. prosinca 2013. za određivanje financijskih ispravaka koje u slučaju nepoštovanja primjenjivih pravila o javnoj nabavi Komisija primjenjuje na rashode koje financira Unija
SMJERNICE 2019	Odluka Komisije od 14. svibnja 2019. o utvrđivanju smjernica za utvrđivanje financijskih ispravaka koje u slučaju nepoštovanja pravila o javnoj nabavi Komisija primjenjuje na izdatke koje u okviru podijeljenog upravljanja financira Unija
SL	Službeni list (Europska unija)
SUK	Sustav upravljanja i kontrole
TED	Tenders Electronic Daily
UREDBA (EU) BR. 1303/2013	Uredba (EU) br. 1303/2013 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. prosinca 2013. o utvrđivanju zajedničkih odredbi o Europskom fondu za regionalni razvoj, Europskom socijalnom fondu, Kohezijskom fondu, Europskom poljoprivrednom fondu za ruralni razvoj i Europskom fondu za pomorstvo i ribarstvo i o utvrđivanju općih odredbi o Europskom fondu za regionalni razvoj, Europskom socijalnom fondu, Kohezijskom fondu i Europskom fondu za pomorstvo i ribarstvo te o stavljanju izvan snage Uredbe Vijeća (EZ) br. 1083/2006 od 11. srpnja 2006. (SL L 347, 20.12.2013.)
UT	Upravljačko tijelo
UTPJN	Uprava za trgovinu i politiku javne nabave
ZJN 2011	Zakon o javnoj nabavi (NN, broj: 90/11, 83/2013, 143/2013 i 13/2014)
ZJN	Zakon o javnoj nabavi (NN, broj: 120/16)
ZNP	Zajedničko nacionalno pravilo
ZTD	Zakon o trgovačkim društvima (NN, broj: 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15, 40/19)
ZOO	Zakon o obveznim odnosima (NN, broj: 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18)

Uvod

Stavovi UT-a izneseni u ovim Uputama primjenjivati će se pro futuro od dana njihovog donošenja, na sve postupke koji su u tijeku. Pod postupcima u tijeku smatraju se oni započeti na temelju prijave sumnje u kojima nije donesena odluka o nepravilnosti, postupci provjere na razini sustava upravljanja i kontrole te postupci ponovnog odlučivanja sukladno rješenju UT-a kojim je prigovor djelomično ili u cijelosti usvojen.

UT zaprimilo je 13. studenog 2020. godine analizu i mišljenje ARPA-e dano na upute UT-a sadržane u Sažetom pregledu uputa UT-a za upravljanje nepravilnostima u OPKK. Uvažavajući stavove ARPA-e i prijedloge posredničkih tijela ovim dokumentom znatno su revidirani pojedini stavovi izloženi u Sažetku uputa ver. 2.0 čime prestaju formalno važiti i sve do sada izdane upute UT-a čiji se stavovi ovdje izlažu i/ili mijenjaju.

Tijela će tijekom postupanja iz svoje nadležnosti neposredno primjenjivati ovaj dokument te se stoga neće pozivati na ranije donesenu uputu, kao do sada nego će neposredno primijeniti pojedinu točku iz ovih Uputa.

Odluke o nepravilnostima koje su donesene sukladno Sažetim pregledima uputa verzija 1. i 2 te uputama UT-a donesenim do donošenja ovih Uputa, neće se mijenjati.

Ovdje napominjemo da su predmetni primjeri u ovim Uputama samo neke od situacija koje su se pojavile u praksi te daju smjernice za postupanje PT2 u analognim situacijama, u onoj mjeri u kojoj se mogu primijeniti sukladno specifičnim okolnostima slučaja. Međutim, PT2 je dužno utvrditi sve relevantne okolnosti za svaku pojedinu situaciju sukladno specifičnostima iste te odrediti adekvatni financijski ispravak. Navedeno se odnosi i na obveznike ZJN-a i na NOJN.

Upute stupaju na snagu danom objave na stranici <https://strukturnifondovi.hr>

1. OPĆENITO O NAČINU ODREĐIVANJA FINANCIJSKIH ISPRAVAKA I KONTROLI POSTUPAKA JAVNE NABAVE

1.1. Određivanje financijskih ispravaka

Napomena: Ova točka se primjenjuje na obveznike ZJN-a, a smisao iste primjenjuje se i na NOJN u onoj mjeri koja je odgovarajuća s obzirom na konkretnu situaciju i pravila postupanja za NOJN.

Za postupanje u slučajevima dvojbe kod određivanja financijskih ispravaka u smislu mogu li se Pravila, koja su ujedno i sastavni dio Posebnih uvjeta Ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava, a sukladno ZNP-u, verzija 3.1., poglavlju 05, Izvršavanje i upravljanje ugovorima o dodjeli bespovratnih sredstava, Prilogu 17- Nepravilnosti, primijeniti i na korisnike u slučajevima nepravilnosti kod kojih navedeni Prilog 17 nije sastavni dio ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava, pojašnjavamo da se Pravila mogu primjenjivati isključivo na korisnike kod kojih su predmetna Pravila sastavni dio ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava. U skladu s načelom transparentnosti i jednakog postupanja na sve korisnike je potrebno primijeniti pravila koja su vrijedila u trenutku sklapanja ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava, neovisno o tome rezultiraju li manjom stopom korekcije. Shodno tome, pojašnjavamo da u slučajevima nepravilnosti u ugovorima o dodjeli bespovratnih sredstava kod kojih se upućivalo na odredbe primjenjivih Smjernica za utvrđivanje financijskih ispravaka nije dopušteno primijeniti Pravila.

1.1.1. Postupanje u slučajevima neusklađenosti teksta ovih Uputa sa tekstom navedenim u Pravilima koje su sastavni dio ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava

Napomena: Ova točka se primjenjuje na obveznike ZJN-a, a smisao iste primjenjuje se i na NOJN u onoj mjeri koja je odgovarajuća s obzirom na konkretnu situaciju i pravila postupanja za NOJN.

U odnosu na učinak uputa valja uzeti u obzir kako UT u okviru svoje nadležnosti donosi obvezujuće upute koje se primjenjuju na cijeli OPKK pa samim donošenjem obvezuju tijela u sustavu upravljanja i kontrole. Ujedno valja imati na umu kako se upute izdaju u trenutku kada se pojavi potreba za tumačenjem odredbi primjenjivih Smjernica/Pravila, a sve u svrhu pravodobnog otklanjanja mogućih negativnih posljedica i izbjegavanja daljnjih financijskih korekcija.

Slijedom navedenog, moguće je da se tekst ovih Uputa razlikuje od teksta navedenog u Pravilima budući da je različita dinamika kojom se mijenja ZNP od dinamike donošenja uputa. Naime, upute UT-a se primjenjuju neovisno od sadržaja navedenih Pravila, stoga u konkretnom slučaju neovisno od uočene razlike u tekstu, u svrhu poštivanja načela jednakog postupanja kao jednog od temeljnih načela u postupku utvrđivanja nepravilnosti, valja uzeti u obzir sadržaj ovih Uputa jer predstavljaju ukupnost recentnih stavova UT-a u pogledu upravljanja nepravilnostima.

Nadalje, same upute u najvećem broju slučajeva nastaju kao odgovor na upit pojedinog tijela kako razmatrati konkretnu situaciju s obzirom na postojeća ugovorna i zakonska pravila. UT

tada daje tumačenje o ispravnom načinu postupanja, uvažavajući sva relevantna pravna pravila, ono daje odgovor o ispravnom načinu postupanja u svim situacijama istih specifičnih okolnosti.

U daljnjem tijeku postupanja, tijelo koje vrši provjeru dužno je primjenjivati odredbe ovih uputa, ali uvijek sagledavajući specifične okolnosti pojedinog slučaja pa uputu primijeniti u onoj mjeri i na onaj način koji je adekvatan za novu situaciju koja u manjoj ili većoj mjeri može imati drugačije okolnosti. Stoga se svaka nova situacija mora razmatrati „case by case“ pristupom, no imajući u vidu smjer postupanja koji daje uputa.

Jednako tako, uputa se javlja kao odgovor na potrebe tijela u konkretnoj situaciji pa se njima ne razrađuju sve situacije koje bi se ikada mogle dogoditi u budućnosti. Na navedeni način, UT ne isključuje mogućnost da se može pojaviti situacija koja nije obrađena u samoj uputi pa nadležno tijelo i u tom slučaju mora postupati sukladno svim relevantnim pravnim pravilima, a u smjeru uputom danog rješenja u onoj mjeri koja je primjenjiva. Osobito se napominje da uputama nije moguće derogirati odredbe zakona i drugih propisa i da se oni u svakoj situaciji moraju primjenjivati.

Nadalje, ukoliko se konkretan slučaj nije problematizirao do određenog trenutka pa se nakon izvjesnog vremena otkrije da korisnici rade određenu vrstu pogreške, spoznaja o nepravilnom postupanju se dijeli i drugim tijelima kako bi se otklonile nove iste nepravilnosti u tom projektu i drugima. To se ne smije sagledavati kao nametanje novih obaveza nego kao osvježavanje nečega što je Korisnik trebao znati i poštivati od početka.

Unatoč razumijevanju poteškoća s kojima se tijela susreću kada se potreba tumačenja javi nakon proteka određenog perioda te se tek tada detektira da postoji nepravilnost koja se do tada nije sagledavala, predmetnu uputu potrebno je adekvatno primijeniti kako je u Uvodu objašnjeno.

Nadalje, Sporazumima o obavljanju delegiranih funkcija (Sporazumi) između UT i PT2 tijela, određene su obveze i odgovornosti UT i PT2 u obavljanju funkcija (zadaca) koje je UT delegirao PT2 tijelima. Prema stavku 3., članku 3. Sporazuma, strane Sporazuma dužne su u obavljanju poslova u vezi provedbe projekata postupati s dužnom pažnjom, učinkovito, transparentno te u skladu s najboljom praksom i relevantnim dokumentima te međusobno komunicirati radi razmjene informacija. Prema stavku 4., članku 3. Sporazuma, UT je obavezan davati upute u svrhu obavljanja delegiranih funkcija. Sagledavajući svrhu uputa u kontekstu Uredbe i Sporazuma, može se razumno zaključiti da je inicijalna svrha uputa koordiniranje te usmjeravanje provedbe delegiranih zadataka radi osiguravanja njihovih adekvatnih rezultata. Također, prema Sporazumima, izravnu odgovornost za rezultate provedbe pojedinačnih upravljačkih provjera imaju PT2 tijela.

Nadalje, primjena načela razdvajanja odgovornosti nužna je kako bi se osigurala provedba delegiranih funkcija u skladu sa Sporazumima između UT i PT2 tijela, u kojima su svakoj sporazumnoj strani utvrđene uloge i odgovornosti. Prema Sporazumima, PT2 obavlja delegirane funkcije, a UT nadzire njihovu provedbu, s obzirom da je odgovoran za sveukupnu provedbu OP-a. Uloga UT-a nije da usmjerava rezultat pojedinih upravljačkih provjera ulazeći uputama u odlučivanje o pitanjima koja su prema Sporazumima u djelokrugu uloge i odgovornosti PT2. Takvim pristupom uputama, osim što se ograničava adekvatan pristup PT2 u skladu sa Sporazumima, prema kojima bi PT2 tijela trebala samostalno donositi zaključke temeljem razmatranja svih relevantnih okolnosti svakog pojedinog slučaja, dodatno se narušava i načelo razdvajanja odgovornosti u provedbi delegiranih funkcija i provedbe

njihovog nadzora. Zbog toga UT može biti u situaciji da u provedbi nadzora delegiranih funkcija provjerava rezultate upravljačkih provjera o kojima je već ranije posrednim putem odlučivao UT, a ne PT2 kojem je utvrđivanje rezultata provedbe upravljačkih provjera direktan djelokrug i odgovornost. Time se smanjuje objektivnost provedbe nadzora delegiranih funkcija što može rezultirati slabljenjem sustava unutarnjih kontrola i opadanjem kvalitete upravljačkih provjera

1.1.1. a) Uputa PT-ovima 2 o dodatnim informacijama koje je potrebno navoditi u Odluci o nepravilnosti te o ispravnom načinu pisanja iste

Napomena: ova točka se primjenjuje na obveznike ZJN-a, a smisao iste primjenjuje se i na NOJN u onoj mjeri koja je odgovarajuća s obzirom na konkretnu situaciju i pravila postupanja za NOJN.

U Odlukama o nepravilnostima potrebno je jasno navesti koja verzija Pravila je primijenjena u konkretnom slučaju te obrazložiti razloge za njihovu primjenu (primjerice, da je Ugovor o dojeli bespovratnih sredstava sklopljen po verziji 3.0. ZNP-a (potrebno naznačiti datum sklapanja ugovora), da nije izvršeno završno plaćanje, da je korisnik primio obavijest o jednostranoj izmjeni ugovora (potrebno naznačiti datum primitka obavijesti i tome slično).

Također, podsjećamo da Odluka o nepravilnosti mora sadržavati sve bitne informacije, a to su utvrđeno činjenično stanje, dokazi na kojima se takvo utvrđenje temelji, pravna osnova na kojoj se temelji odluka te detaljno obrazloženje koje s obzirom na utvrđeno činjenično stanje, upućuje na nužnost utvrđivanja nepravilnosti te shodno tome pripadajuće financijske korekcije i/ili privremene mjere i/ili mjere povrata. Također, u Odluci se mora navesti i uputa o pravnom lijeku te, ako je u projektu utvrđeno više nepravilnosti, potrebno je utvrditi jasnu podjelu i sva neophodna obrazloženja u odnosu na svaku utvrđenu nepravilnost. Potrebno je voditi računa i o tehničkim elementima pisanja kao što je numeriranje stranica odluke o nepravilnosti kako ne bi dolazilo do nedoumica, osobito kod primjerka odluke koji se šalje korisniku (obavijest), nedostaje li u dostavljenom skeniranom dokumentu pojedina stranica ili je sama odluka/obavijest manjkava.

b) Uputa tijelima u sustavu vezano za obvezu traženja UT-a produljenje roka u iznimnim slučajevima za donošenje odluke o nepravilnosti

Napomena: Ova točka se primjenjuje na obveznike ZJN-a, a smisao iste primjenjuje se i na NOJN u onoj mjeri koja je odgovarajuća s obzirom na konkretnu situaciju i pravila postupanja za NOJN.

Sukladno poglavlju 13 ZNP-a koje se odnosi na upravljanje nepravilnostima, nepravilnost se utvrđuje u roku od 30 radnih dana od dana kada je osoba za nepravilnosti svojim potpisom na Obrascu prijave sumnje potvrdila postojanje sumnje na nepravilnost. U iznimnim, posebno zahtjevnim slučajevima, uz suglasnost UT-a navedeni rok se može produljiti. Zahtjev za produljenje roka radi utvrđivanja nepravilnosti mora se podnijeti UT-u prije isteka roka za donošenje Odluke o nepravilnosti.

Ovim putem daje se uputa da od primitka ove upute posrednička tijela razine 2 više nisu dužna tražiti produljenje rokova od UT-a, odnosno obavještavamo da UT više neće odobravati produljenja rokova. Međutim, u slučaju potrebe produljenja roka za donošenje odluke,

nadležno PT2 biti će dužno prekoračenje obrazložiti u obrascu odluke o nepravilnosti na način da navede razloge produljenja roka koji upućuju na posebno zahtjevni slučaj (primjerice potreba za angažiranjem vanjskog stručnjaka, ishodenje upute od UT-a ili neke druge institucije i tome slično), radnje poduzete tijekom postupka i njihovu vremensku dinamiku. PT2 dužno je u slučaju prekoračenja navedenu činjenicu evidentirati u registru nepravilnosti te u obliku napomene istaknuti u elektroničkoj pošti prilikom dostavljanja odluke UT-u.

Ovako izmijenjenim načinom postupanja, PT2 preuzima odgovornost za odlučivanje o produljenom roku, a što će biti podložno revizijskim provjerama i ocjenama ispravnosti predmetne odluke donesene od strane PT2.

1.1.2. Metodologija određivanja financijskog ispravka

Napomena: Uputa se primjenjuje na obveznike ZJN-a, a smisao iste primjenjuje se i na NOJN u onoj mjeri koja je odgovarajuća s obzirom na konkretnu situaciju i pravila postupanja za NOJN.

a) U odnosu na metodologiju određivanja financijskog ispravka kada se radi o postupku javne nabave koji je podijeljen na grupe, pa se utvrdi postojanje više nepravilnosti koje se svaka ili više njih odnosi na pojedinu grupu, tada se ukupan iznos ispravka računa tako da se uzmu u obzir sve nepravilnosti unutar pojedine grupe, te se odredi nepravilnost za pojedinu grupu na način da se kao jedinstvena stopa uzme ona koja se odnosi na najznačajniju nepravilnost (ukoliko ima više utvrđenih nepravilnosti).

Nadalje, kod određivanja ukupnog financijskog ispravka ne mogu se zbrajati postoci svih određenih korekcija. Kao osnova za određivanje korekcije ne mogu se uzimati vrijednosti pojedinih stavaka, osim iznimno u slučaju opisanom u toč. 3.0. ovih Uputa. U svim ostalim slučajevima osnova za određivanje korekcije je vrijednost cijele nabave (odnosno grupe).

U odnosu na metodologiju određivanja financijskog ispravka u slučaju kada se radi o jednom postupku javne nabave, tj. jednom ugovoru o nabavi, a utvrđene su dvije nepravilnosti od kojih se jedna određuje u apsolutnom iznosu, a druga u postotnom, razlikuju se dvije situacije.

Prva je kada se može točno procijeniti nepravilan iznos za sami postupak nabave (primjerice trošak podugovaratelja koji je neispravno uveden). U tom slučaju tu fiksnu korekciju ne treba kumulirati sa postotnom, odnosno one se ne zbrajaju već treba odrediti jedinstvenu nepravilnost određujući onu koja je veća.

Druga situacija je kada se utvrdi postojanje nekog neprihvatljivog troška (npr. kada ne postoji račun za neki predmet, i sl.). Takav trošak mora se oduzeti od prihvatljivog iznosa nabave, a na ostatak troška se primjenjuje postotna korekcija.

b) Pregledom odluka o nepravilnosti uočeno da se pojedine okolnosti pogrešno koriste kao olakotne okolnosti te da se utvrđuju i otegotne okolnosti, a što nije predviđeno relevantnim aktima.

Vezano za olakotne okolnosti, Smjernicama 2019. određeno je da Komisija može izračunati iznos ispravka koji treba primijeniti uzimajući u obzir tri kriterija, i to prirodu i težinu nepravilnosti te financijski gubitak za fondove. Jednaki kriteriji za određivanje ispravaka određeni su i Smjernicama 2013. i svim Pravilima koji su sastavni dio ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava.

Sukladno stavu UT-a za upravljanje nepravilnostima u OPKK prilikom donošenja odluka o postojanju nepravilnosti i utvrđivanja financijskih ispravka treba uzeti u obzir postignutu razinu tržišnog natjecanja, transparentnosti i jednakog postupanja. Sve olakotne okolnosti koje PT2 utvrđuju moraju biti povezane i imati izvorište u gore navedenim okolnostima.

Nadalje, EK u svom Završnom izvješću o reviziji, Misija br.: 2015/HR/REGIO/C2/1428/1 te Odgovoru nacionalnim tijelima na povezano završno izvješće o reviziji navela je okolnosti koje se mogu uzeti kao opravdane za smanjenje stope financijskog ispravka. Naime, EK je stava da se stopa financijskog ispravka opravdano može umanjiti s 25% na 5% vrijednosti ugovora o nabavi uvažavajući, uz ostalo, sljedeće okolnosti:

- „ako je dostavljen razuman broj ponuda (u konkretnom razmatranom slučaju pet dostavljenih ponuda) odvrćajući učinak kriterija za odabir je ograničen/smanjen („Financijski ispravak može se smanjiti s 25% na 5% zbog ograničenja odvrćajućeg učinka kriterija za odabir jer je dostavljen razuman broj ponuda“ (pet dostavljenih ponuda) “,
- „ako se nerazmjerni i diskriminirajući kriteriji za odabir odnose samo na jednog stručnjaka, podneseno je 11 ponuda i nije odbijen ni jedan ponuditelj zbog neispunjavanja predmetnih kriterija za odabir, a odvrćajući je učinak ograničen“,
- „utvrđena je samo jedna vrsta nerazmjernih kriterija za odabir“.

(Navedeni tekst odnosi se isključivo na konkretne primjere i njihove specifičnosti s kojima se susrela EK prilikom svoje provjere, no to nisu apsolutna mjerila koja reguliraju kolika će biti stopa korekcije. U ovom kontekstu predstavlja orijentir kako sagledavati ove olakotne okolnosti, no za zaključak u pojedinom predmetu nužno je sagledati ne samo ovdje navedene okolnosti, već sve okolnosti konkretnog slučaja.)

Međutim, analizirajući odluke o nepravilnostima, primijećeno je da pojedina tijela koriste okolnosti temeljem kojih smanjuju stopu financijske korekcije, a da se predmetne okolnosti ne mogu svrstati u niti jednu kategoriju olakotnih okolnosti.

Primjerice, činjenica da korisnik nije obveznik ZJN-a ne može se razmatrati kao olakotna okolnost jer je to samo činjenica, a kojoj su pravila postupanja te načini određivanja korekcije već prilagođeni. Naprotiv, kada bi se to uzimalo kao olakotna okolnost, niti jedna nepravilnost ne bi dovela do korekcije od 25 posto bez umanjivanja, a što je suprotno odredbama ugovora. Činjenica postotka kojim korisnik sufinancira projekt također ni na koji način ne utječe na tržišno natjecanje, transparentnost postupanja i jednako postupanje prema subjektima na tržištu. Zatim, činjenica provođenja otvorenog postupka predstavlja ispunjenost zahtjeva ugovorom određenih pravila te se ne može sagledavati kao olakotna okolnost, već upravo suprotno, da korisnik ta pravila nije poštovao, takvo postupanje bi predstavljalo nepravilnost za sebe. Tek ukoliko bi korisnik prešao zahtijevanu razinu transparentnosti, takva okolnost bi se mogla sagledavati kao olakotna okolnost. Također, u odnosu na navod u odlukama o nepravilnosti da se radi o složenom predmetu nabave isti je nužno povezati sa relevantnim okolnostima temeljem kojih je moguće doći do zaključka kako to predstavlja olakotnu okolnost. Činjenica da je pristigla samo jedna ponuda ne može se koristiti kao olakotna okolnost u situaciji nejasne dokumentacije, restriktivnih ili diskriminirajućih uvjeta sposobnosti ili diskriminirajućih tehničkih specifikacija.

Valja napomenuti da postoje druge vrste olakotnih okolnosti koje nisu uočene u odlukama pojedinih tijela, koje dakle nisu ponekad uzete u obzir, a predstavljaju bitne činjenice koje na izravan način pokazuju u kojoj mjeri je ograničeno tržišno natjecanje. Primjerice, u situacijama nepravilnosti radi diskriminirajućih tehničkih specifikacija uvijek je potrebno jasno navesti

kojem gospodarskom subjektu se pogodovalo. Ako je navedena robna marka, ta činjenica će biti jasnija nego u situaciji kada su tehničke specifikacije bile opisane na način da pogoduju samo određenom gospodarskom subjektu. No niti u tom slučaju, nije nemoguće utvrditi koji gospodarski subjekt je neopravdano stavljen u povoljniji položaj te će vrlo često upravo konkurentni subjekti ukazati na pogodovanje. Međutim, u svakom slučaju je nužno utvrditi koji je taj subjekt kojem se pogodovalo. U tom smislu, ukoliko bi se pogodovalo samo jednom subjektu, može se zaključiti da je tržišno natjecanje onemogućeno, dok ako je zahtjevima više proizvođača bilo u mogućnosti udovoljiti, tada je tržišno natjecanje bilo ograničeno. Ukoliko je tržišno natjecanje bilo ograničeno, potrebno je utvrditi u kojoj mjeri, jer također ne bi trebalo izjednačavati situacije ako je predmetni proizvod moglo ponuditi dva proizvođača ili njih dvadeset.

Nadalje navodimo da olakotne okolnosti za umanjenje stope ispravka primjerice mogu biti: zaprimljeno je više od jedne ponude u postupku, nisu zaprimljeni zahtjevi za izmjenom dokumentacije ni zahtjevi za pojašnjenjem (u slučaju kada se nepravilnost odnosi na dokumentaciju) i sl. Nadalje, ako su kriteriji za odabir ponude nejasni, a javio se samo jedan subjekt, nije moglo doći do pogrešnog odabira pa je isključeno postojanje štetnog financijskog učinka. Jednako tako, ako je rangiranje ponuda pogrešno provedeno, a moguće je doći do zaključka da bi ispravnim postupkom bila odabrana ista ponuda (dakle, rezultat bi bio isti da pogreške nije bilo), može se ustvrditi da nije bilo štetnog financijskog učinka u takvoj situaciji. Nadalje, sama činjenica da je zaprimljena samo jedna ponuda ne upućuje nužno na zatvorenost tržišnog nadmetanja budući da se može raditi o složenom predmetu nabave za koji je mali broj subjekata sposoban ili zainteresiran za izvršenje. Pritom je važno voditi računa da složeni predmet nabave nije samo onaj koji ima veliku procijenjenu vrijednost, nego koji je kompleksnije tehničke složenosti ili je specifičnih okolnosti pa za isti još ne postoji toliko razvijeno tržište i sl.

Ističemo da ovo nije zatvoren popis olakotnih okolnosti već samo neki primjeri te se svaka situacija mora sagledavati sukladno njezinim specifičnim okolnostima, a to znači da je moguće da ista (ovdje navedena ili neka druga) olakotna okolnosti u različitim situacijama može značiti različiti učinak na tržišno natjecanje te može dovesti do potrebe određivanja drugačijih korekcija. Nužno je također sagledati radi li se o jednoj ili više olakotnih okolnosti, a sve to u svojoj ukupnosti ocjenjuje PT2 analizirajući specifičnost svake pojedine situacije te je isključivo on nadležan za donošenje konačnog zaključka o težini povrede i posljedično određivanju adekvatnog financijskog ispravka.

Nadalje, primijećeno je da se u obrazloženjima umanjenja financijske korekcije utvrđuju i otegotne okolnosti koje se onda uzimaju u obzir prilikom izbora adekvatne korekcije. Međutim, u tom smislu ističemo da je prema svim relevantnim pravilima stopa financijskog ispravka određena jednoznačno, a tek ako postoje okolnosti koje unatoč pogrešci na neki način dodatno otvaraju tržišno natjecanje te idu u prilog jednakom postupanju i transparentnosti moguće je predviđenu korekciju ublažiti. U tom smislu se utvrđuju olakotne okolnosti te se ocjenjuje koliko je moguće smanjiti financijsku korekciju. U suprotnom, ako olakotne okolnosti ne postoje, financijska korekcija neće biti umanjena.

1.1.3. Metodologija smanjenja financijskih ispravaka

Napomena: Ova točka se primjenjuje na obveznike ZJN-a, a smisao iste primjenjuje se i na NOJN u onoj mjeri koja je odgovarajuća s obzirom na konkretnu situaciju i pravila postupanja za NOJN.

UT je na temelju pregledavanja odluka o utvrđenim nepravilnostima uočilo nedostatno obrazlaganje razloga koji opravdavaju smanjenje visine stope financijskog ispravka u slučajevima kada je to aktima koji određuju na koji način odrediti financijsku korekciju dopušteno. U svezi nužnosti jasnog i nedvojbenog obrazlaganja razloga smanjenja stope financijskog ispravka u odlukama o utvrđenoj nepravilnosti, ukazuje se na to da akti koji određuju na koji način odrediti financijsku korekciju u pojedinim točkama dopuštaju smanjenje stope, međutim takvo postupanje mora imati temelja u utvrđenim činjenicama koje moraju na jasan i nedvojben način biti navedene u obrazloženju odluke o utvrđenoj nepravilnosti. U suprotnome, bez valjanog obrazloženja može se steći dojam da se radi o arbitrarnom postupanju tijela, a koje u slučaju provjere od strane revizije može rezultirati ozbiljnim posljedicama na cijeli SUK. Stoga UT ističe kako je u odluci o nepravilnosti nužno valjano obrazložiti razloge pri određivanju smanjenja financijske korekcije.

1.1.4. Određivanje financijskih ispravaka kod umjetne podjele ugovora o nabavi

Napomena: Ova točka se primjenjuje na obveznike ZJN-a, a smisao iste primjenjuje se i na NOJN u onoj mjeri koja je odgovarajuća s obzirom na konkretnu situaciju i pravila postupanja za NOJN.

a) Postupanje u slučajevima kada nadležno PT2 u skladu s primjenjivim Smjernicama ili relevantnim Pravilima utvrdi da se u konkretnom slučaju radi o nepravilnosti opisanoj u točki koja regulira umjetnu podjelu ugovora o radovima/uslugama/nabavi robe, tada kao osnovu izricanja financijskog ispravka valja uzeti vrijednost svih nabava koje bi trebale sukladno odredbama važećeg ZJN-a ili pravila postupanja za NOJN biti objedinjene i za koje je trebalo provesti jedan postupak. Naime, ukoliko je korisnik umjetno podijelio nabavu time je počinio nepravilnost koja zahvaća sve nabave koje su proistekle iz takvog postupanja pa se stoga financijski ispravak mora odrediti na temelju ukupne vrijednosti svih nabava, a ne na temelju vrijednosti samo jednog ugovora, odnosno grupe. PT2 nije ovlašteno u takvim slučajevima na temelju diskrecijske odluke odrediti koji će od predmetnih postupaka nabava uzeti kao pravilno proveden, a koji ne jer takvo postupanje dovodi do pravne nesigurnosti i arbitrarnosti, a što nije dopušteno.

b) U odnosu na primjenu pod gore navedenom **podtočkom a) ove točke**, a koja se odnosi na postupanje u slučajevima utvrđivanja nepravilnosti radi umjetne podjele ugovora o radovima/uslugama/nabavi robe, daje se sljedeće pojašnjenje.

Iako se u načelu kao nepravilnost ima smatrati svako cijepanje predmeta nabave te je temeljem toga utvrđenja potrebno odrediti financijski ispravak na iznos svih nabava koje su trebale biti objedinjene u jedan predmet nabave, valja sagledati i slučajeve u kojima je primjerice od dviju provedenih nabava koje su trebale biti objedinjene u jedan postupak nabave, nabava većeg iznosa procijenjene vrijednosti predmeta nabave provedena na način na koji bi i objedinjavanjem svih predmeta nabave koji su neutemeljeno cijepani, bila provedena ista vrsta postupka nabave i to prema pragovima za objedinjeni iznos predmeta nabave. U opisanom je slučaju potrebno primijeniti financijski ispravak na način da se primijeni stopa financijskog ispravka sukladno važećim Smjernicama, odnosno Pravilima i to samo na nabavu koja nije provedena u okviru postupka kako je ovdje primjerice opisan, uzimajući u obzir da je postupak nabave s kojim je isti trebao biti objedinjen već ostvario onu razinu transparentnosti kakva je zahtijevana iznosom objedinjene nabave.

Međutim, financijski ispravak je ipak potrebno odrediti na sve provedene postupke nabave ukoliko bi objedinjavanje dovelo do toga da je trebalo provesti jedinstveni postupak veće transparentnosti od provedenoga u svim podijeljenim nabavama (npr. trebalo je provesti otvoreni postupak velike vrijednosti umjesto otvorenog postupka male vrijednosti).

Nadalje valja sagledati i situacije u kojima je, primjerice, adekvatna objava objedinjenih nabava trebala biti objavljena na TED-u, a nabave su razdvojene te je jedna ili su obje objavljene na EOJN-u. U takvom specifičnom slučaju treba uzeti u obzir da je objema Smjernicama predviđeno da se korekcija od 100% ukupnog ugovorenog iznosa ugovora može smanjiti na 25%, ukoliko je objava izvršena drugim odgovarajućim sredstvom (iako poziv na nadmetanje nije bio objavljen na propisan način, isti je bio objavljen na način da je gospodarski subjekt koji se nalazi u drugoj državi članici imao pristup odgovarajućim informacijama o javnoj nabavi, prije izbora ponuditelja, te je bio u mogućnosti iskazati interes za sudjelovanjem u nadmetanju).

Ovdje napominjemo da su predmetni primjeri samo neke od situacija koje su se pojavile u praksi te daju smjernice za postupanje PT2 u analognim situacijama, u onoj mjeri u kojoj se mogu primijeniti sukladno specifičnim okolnostima slučaja. Međutim, PT2 je dužno utvrditi sve relevantne okolnosti za svaku pojedinu situaciju sukladno specifičnostima iste te odrediti adekvatni financijski ispravak.

1.2. Nepravilnosti u svezi reguliranja obveze prethodnog savjetovanja sa zainteresiranim gospodarskim subjektima u odnosu na odredbe ZJN-a i Direktive 2014/24/EU

Napomena: Ova točka se primjenjuje isključivo na obveznike ZJN-a.

U svezi postupanja u slučajevima neispunjavanja obveze provođenja prethodnog savjetovanja prije pokretanja otvorenog ili ograničenog postupka javne nabave i treba li se navedeni propust okvalificirati kao nepravilnost, ističe se kako slijedi.

Predmetna materija normirana je odredbom članka 198. stavka 3. i 4. ZJN- a te člankom 40. i 41. Direktive 2014/24/EU.

Člankom 198. stavkom 3. ZJN-a propisano je da je prije pokretanja otvorenog ili ograničenog postupka javne nabave za nabavu radova ili postupka javne nabave velike vrijednosti za nabavu robe ili usluga, javni naručitelj obvezan opis predmeta nabave, tehničke specifikacije, kriterije za odabir ponude i posebne uvjete za izvršenje ugovora staviti na prethodno savjetovanje sa zainteresiranim gospodarskim subjektima u trajanju od najmanje pet dana. Stavkom 4. navedenog članka ZJN-a propisano je da je nakon provedenog savjetovanja javni naručitelj obvezan razmotriti sve primjedbe i prijedloge zainteresiranih gospodarskih subjekata, izraditi izvješće o prihvaćenim i neprihvaćenim primjedbama i prijedlozima te ga objaviti na internetskim stranicama.

Člankom 40. Direktive 2014/24/EU normirana je materija prethodne provjere tržišta, te je propisano da prije pokretanja postupka nabave javni naručitelji mogu provesti provjeru tržišta u svrhu pripreme nabave i informiranja gospodarskih subjekata o svojim planovima i zahtjevima u vezi s nabavom.

Nadalje, člankom 41. Direktive 2014/24/EU, koja se odnosi na prethodno sudjelovanje natjecatelja ili ponuditelja, propisano je da ako se natjecatelj, ponuditelj ili poduzeće koji je u vezi s natjecateljem ili ponuditeljem savjetovao s javnim naručiteljem, bilo u smislu članka 40. ili ne, ili je na neki drugi način uključen u pripremu postupka nabave, javni naručitelj poduzima prikladne mjere kako bi osigurao da sudjelovanje tog natjecatelja ili ponuditelja ne naruši tržišno natjecanje.

Slijedom navedenog, razvidno je da bi na ovaj način bila prekršena odredba ZJN-a, međutim za postojanje nepravilnosti mora biti utvrđen i štetan financijski učinak koji bi pratio navedenu povredu.

U tom smislu, prije svega, valja reći da se radi o obvezi koja prethodi tržišnom natjecanju pa ne utječe na prava gospodarskih subjekata koji bi sudjelovali ili potencijalno bili zainteresirani za sudjelovanje u tržišnom natjecanju. Iz istog razloga odredbama ZJN-a nisu propisane prekršajne odredbe za ovakav slučaj i nema mogućnosti žalbe. Stoga se može zaključiti da povreda zakonske procedure na ovaj način u pravilu ne dovodi do narušavanja tržišnog natjecanja, a time niti štetnog utjecaja na opći proračun EU. Dodatno, kako Direktivom nije propisano ovakvo postupanje kao obvezno, a Smjernicama (2013. i 2019.) nije predviđena ova vrsta nepravilnosti (kao niti druga koja bi joj bila slična), dodatno se potvrđuje kako ovakvo kršenje odredbi nacionalnog zakona ne bi imao učinak na samo tržišno natjecanje.

Slijedom navedenog, a u slučaju da ne postoje druge okolnosti koje bi dovele do drugačijeg zaključka, može se utvrditi da kod ovakve povrede nije bilo niti je moglo biti stvarnog niti potencijalnog financijskog učinka na proračun EU pa stoga ne postoji nepravilnost.

1.3. Pregovarački postupak

Napomena: Ova točka se primjenjuje isključivo na obveznike ZJN-a

U slučajevima gdje se pojavilo pitanje jesu li ispunjeni uvjeti iz ZJN-a za primjenu pregovaračkog postupka bez prethodne objave poziva na nadmetanje kod nabave usluga projektantskog nadzora, uzimajući u obzir Zakon o poslovima i djelatnostima prostornog uređenja i gradnje (NN, br. 78/15, 118/18, ovdje u tekstu Zakon) koji je stupio na snagu 1. siječnja 2019. godine, ističe se kako slijedi.

Članak 55. stavak 1. navedenog Zakona propisuje kako poslove projektantskog nadzora obavlja projektant arhitektonske, građevinske, strojarske i/ili elektrotehničke struke koji je izradio glavni projekt prema kojem se gradi građevina.

Nadalje, članak 55. stavak 2. Zakona propisuje kako je osoba koja obavlja projektantski nadzor odgovorna u svojstvu projektanta odgovarajuće struke.

U smislu odredbe članka 55. stavak 3. Zakona propisano je da ako projektant projekta, u skladu s kojim se izvode radovi, za vrijeme izvođenja radova više ne obavlja projektantsku djelatnost ili izričito svojom voljom pismeno izrazi da to ne može iz objektivnih razloga, poslove projektantskog nadzora obavlja projektant odgovarajuće struke.

Članak 131. ZJN stavak 1. točka 2. propisuje kako javni naručitelj smije koristiti pregovarački postupak bez prethodne objave poziva na nadmetanje za dodjelu ugovora o javnoj nabavi ako

samo određeni gospodarski subjekt može izvoditi radove, isporučiti robu ili pružiti usluge iz bilo kojeg od sljedećih razloga:

- a) cilj nabave je stvaranje ili stjecanje jedinstvenog umjetničkog djela ili umjetničke izvedbe,
- b) nepostojanje tržišnog natjecanja iz tehničkih razloga, ili
- c) zbog zaštite isključivih prava, uključujući prava intelektualnog vlasništva.

Članak 131. ZJN stavak 2. propisuje kako se razlozi iz podtočaka b) i c) točke 2. stavka 1. istog članka mogu primijeniti samo ako ne postoji razumna alternativa ili zamjena, a nepostojanje tržišnog natjecanja nije rezultat namjere da se određenom gospodarskom subjektu neopravdano da prednost ili ga se stavi u nepovoljan položaj.

Projektantski nadzor je usluga nadzora koju obavlja projektant, odnosno projektantski tim koji je izradio cjelovitu projektnu dokumentaciju, u pogledu pojedinosti oblikovanja i izvedbe koje se ne mogu jednoznačno odrediti samom projektnom dokumentacijom, već zahtijeva dodatni angažman projektanta na gradilištu. Uzimajući u obzir kako projektantski nadzor prvenstveno predstavlja davanje dodatnih tumačenja i objašnjenja izrađene projektne dokumentacije u pogledu pojedinosti oblikovanja i izvedbe, koji se ne mogu jednoznačno odrediti samom dokumentacijom, samo projektant koji je izradio projektnu dokumentaciju, odnosno glavni projekt, može vršiti uslugu projektantskog nadzora.

Slijedom navedenog, s obzirom na izmijenjenu odredbu članka 55. Zakona, kako je to gore opisano, UT je mišljenja da u slučaju kada se osnovnim ugovorom o izradi projektne dokumentacije, ukoliko s projektantom, odnosno projektantskim timom koji je izradio cjelovitu projektnu dokumentaciju, nije ugovorena usluga projektantskog nadzora, naknadno ugovaranje usluge projektantskog nadzora može izvršiti prema prije citiranim odredbama ZJN-a koje uređuju pregovarački postupak bez prethodne objave poziva na nadmetanje.

Zaključno napominjemo kako je na naručitelju teret dokaza da okolnosti konkretnog slučaja opravdavaju primjenu pregovaračkog postupka javne nabave bez prethodne objave poziva na nadmetanje.

Uz prethodno navedeno mišljenje o mogućnosti korištenja pregovaračkog postupka bez prethodne objave u slučaju projektantskog nadzora, naručitelj smije koristiti pregovarački postupak bez prethodne objave i u svim drugim situacijama u kojima su ispunjeni uvjeti određeni u važećem ZJN-u i na način opisan tim odredbama.

1.4. Računanje rokova

Napomena: Ova točka se primjenjuje na obveznike ZJN-a, a smisao iste primjenjuje se i na NOJN u onoj mjeri koja je odgovarajuća s obzirom na konkretnu situaciju i pravila postupanja za NOJN.

U vezi računanja rokova u postupcima javne nabave, potrebno je istaknuti kako je predmetna materija normirana slijedećim propisima:

Uredbom Vijeća (EEZ, EURATOM) br. 1182/71 od 3. lipnja 1971. o utvrđivanju pravila koja se primjenjuju na razdoblja, datume i rokove (u daljnjem tekstu: Uredba 1182/71) na snazi je od 1. srpnja 1971.

Direktivom Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama (u daljnjem tekstu Direktiva 2004/18/EZ).

Direktivom 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ. (u daljnjem tekstu Direktiva 2014/24/EU).

Zakonom o javnoj nabavi (2011).

Zakonom o javnoj nabavi (2016).

Analizirajući relevantne odredbe gore navedenih propisa, potrebno je navesti da Uredba 1182/71, u članku 3. stavku 1. propisuje kako sat tijekom kojeg se zbiva događaj ili tijekom kojeg se odvija radnja ne ulazi u dotično razdoblje kada se od trenutka u kojem se zbiva događaj ili u kojem se odvija radnja treba izračunati razdoblje izraženo u satima.

Dan tijekom kojeg se zbiva događaj ili tijekom kojeg se odvija radnja **ne ulazi u dotično razdoblje** kada se od trenutka u kojem se zbiva događaj ili odvija radnja treba izračunati razdoblje izraženo u danima, tjednima, mjesecima ili godinama.

Nadalje, stavak 2. članka 3. Uredbe 1182/71 propisuje:

- a) razdoblje izraženo u satima započinje početkom prvog sata i završava istekom posljednjeg sata dotičnog razdoblja;
- b) razdoblje izraženo u danima započinje početkom prvog sata prvoga dana i završava istekom posljednjeg sata zadnjeg dana dotičnog razdoblja;
- c) razdoblje izraženo u tjednima, mjesecima ili godinama započinje početkom prvog sata prvoga dana razdoblja i završava istekom posljednjeg sata bilo kojeg dana u zadnjem tjednu, mjesecu ili godini, istog dana tjedna ili istog datuma kao dan od kojeg teče dotično razdoblje. Kada u razdoblje koje se izražava u mjesecima ili godinama nema dana u posljednjem mjesecu tijekom kojeg to razdoblje istječe, razdoblje završava istekom posljednjeg sata zadnjeg dana tog mjeseca;
- d) ako razdoblje uključuje dijelove mjeseca smatra se da mjesec, radi izračunavanja takvih dijelova mjeseca, ima trideset dana.

Članak 3. stavak 3. Uredbe 1182/71 propisuje kako dotična razdoblja uključuju blagdane, subote i nedjelje, osim ako su izričito izuzeta ili izražena u radnim danima.

Članak 3. stavak 4. Uredbe 1182/71 propisuje da kada je posljednji dan razdoblja koje se izražava na drugi način osim u satima blagdan, subota ili nedjelja, razdoblje završava istekom posljednjeg sata sljedećeg radnog dana.

Nadalje, točka 50. Preambule Direktive 2004/18/EZ propisuje: „Prikladno je da bi se Uredba Vijeća (EEZ, Euratom) br. 1182/71 od 3. lipnja 1971. o utvrđivanju pravila koja se primjenjuju na razdoblja, datume i rokove trebala primjenjivati na izračun rokova sadržanih u ovoj Direktivi.“

Dodatno, točka 106. Preambule Direktive 2014/24/EU propisuje: „Trebalo bi ponoviti da se Uredba Vijeća (EEZ, Euratom) br. 1182/71 primjenjuje na računanje rokova sadržanih u ovoj Direktivi.“

Nadalje ZJN 2011 sadrži odredbe koje su u skladu s Direktivom 2004/18/EZ, a ZJN sadrži odredbe koje su u skladu s Direktivom 2014/24/EU. Članci 56., 57. i 58. ZJN-a izričito uređuju način računanja rokova pri čemu je ZJN u skladu s Direktivom 2014/24/EU, a Direktiva 2014/24/EU je u skladu s Uredbom 1182/71.

Za istaknuti je kako Odredbe ZJN-a 2011 ne propisuju izričito način računanja rokova. Međutim, kako je ZJN 2011 u skladu s Direktivom 2004/18/EZ koja propisuje kako je prikladno da se Uredba 1182/71 primjenjuje na izračun rokova sadržanih u Direktivi 2004/18/EZ, nesporno je kako se odredbe o računanju rokova koje sadrži Uredba 1182/71 te Direktiva 2004/18/EZ ima primjenjivati i na postupke javne nabave regulirane ZJN-om 2011.

Iz gore navedenih odredbi jasno proizlazi da se kod računanja rokova na dane, neovisno o tome primjenjuje li se u konkretnom slučaju ZJN 2011 ili trenutno važeći ZJN, kao prvi dan roka računa idući dan, a ne dan u kojem se zbiva događaj ili odvija radnja.

1.5. Naplata FIDIC knjiga

Napomena: Ova točka se primjenjuje isključivo na obveznike ZJN-a.

U odnosu na provjere koje su vršene na razini sustava u kojima je utvrđeno da dokumentacija za nadmetanje, odnosno prijedlozi ugovora u dokumentacijama za nadmetanje koje objavljuju naručitelji kao korisnici bespovratnih sredstava europskih strukturnih i investicijskih fondova sadrže odredbu koja se u bitnome odnosi na činjenicu da uvjeti ugovora o javnoj nabavi sadrže "Opće uvjete" koji su dio uvjeta iz pojedinih FIDIC ugovora te "Posebne uvjete" koji uključuju izmjene i dopune tih "Općih uvjeta", uz navođenje da "Opći uvjeti" nisu reproducirani u dokumentaciji za nadmetanje niti u prijedlog ugovora, ali da se mogu kupiti od izdavača hrvatskog izdanja s uputom na kontakt podatke Hrvatske komore inženjera građevinarstva, navodi se kako je UT-e utvrdio kako slijedi.

Sukladno članku 78. ZJN 2011 dokumentacija za nadmetanje mora biti jasna, razumljiva i nedvojbeno te izrađena na način da omogući podnošenje usporedivih ponuda, od gospodarskih subjekata ne smije zahtijevati naknada troškova za izradu i stavljanje na raspolaganje dokumentacije za nadmetanje te moguće dodatne dokumentacije niti to isto postavljati kao uvjet za preuzimanje dokumentacije. Također, člankom 201. ZJN propisano je da naručitelj ne smije od gospodarskog subjekta zahtijevati naknadu troškova za izradu i stavljanje na raspolaganje dokumentacije o nabavi niti to postavljati kao uvjet za preuzimanje dokumentacije. Istaknuto je kako je člankom 200. stavak 5. ZJN, određeno da je javni naručitelj, istodobno sa slanjem na objavu poziva na nadmetanje, obavezan poslati i pripadajuću dokumentaciju o nabavi te u tekstu obavijesti navesti internetsku stranicu na kojoj je dokumentacija o nabavi dostupna te kako citirane zakonske odredbe ne uključuju mogućnost da naručitelj obvezuje potencijalne ponuditelje na kupovinu FIDIC knjige. Isto tako navedeno je kako izmjene članaka koje su izvršene na način da se upućuje na druge članke koji ponuditeljima nisu vidljivi, čine dokumentaciju za nadmetanje u istom dijelu teksta, gdje se pojedini članci mijenjaju pozivanjem na opće i posebne uvjete čiji tekst nije vidljiv, nejasnom i nerazumljivom.

S obzirom na to da cijena jedne FIDIC knjige iznosi 350,00 kuna, dok vrijednost pojedinih ugovora o nabavi koji su sklopljeni na temelju dokumentacije o nabavi koja je sadržavala gore opisane uvjete u dokumentaciji za nadmetanje dosežu i iznose od nekoliko stotina milijuna kuna, UT je stava da u svezi navedenog opisanog slučaja, gdje je pokrenuti postupak

utvrđivanja nepravilnosti prema točki Smjernica 2013. i/ili relevantnih Pravila kojom se normira nedostatna definicija predmeta ugovora, nema nepravilnosti, a imajući u vidu načelo razmjernosti.

Međutim, UT upućuje PT2 i dalje obavještavati korisnike/naručitelje o potrebi promjene navedene prakse budući da bi ista potencijalno mogla dovesti do primjene značajnih financijskih ispravaka.. Naime, Smjernice 2019. predviđaju nepravilnost koja se odnosi na restrikcije u dostupnosti dokumentacije o nadmetanju, koja je okarakterizirana kao ozbiljna nepravilnost sa stopom ispravka od 25% i nemogućnošću umanjenja stope financijskog ispravka pa se preporuča izmjenom prakse otkloniti bilo kakvu mogućnost postojanja nepravilnosti.

1.6. Dokazivanje ne/postojanja osnova za isključenje gospodarskog subjekta

a) Stav UT-a kako postupati u smislu odredbe članka 265. stavak 1. u svezi s člankom 269. ZJN-a.

Napomena: Ova točka se primjenjuje isključivo na obveznike ZJN-a.

Uzimajući u obzir mišljenje Ministarstva gospodarstva i održivog razvoja, UTPJN-a KLASA: 406-01/19-01/303, URBROJ: 526-06-01-02-01/1-19-2 od 14. listopada 2019. godine, u odnosu na tumačenje naprijed navedenih odredbi ZJN-a, *predmetna točka 1.6. se mijenja na način da se briše raniji tekst umjesto kojeg sada stoji:*

Člankom 265. stavkom 1. točkom I. ZJN-a propisano je da je javni naručitelj obavezan kao dostatan dokaz da ne postoje osnove za isključenje prihvatiti 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. ZJN-a.

Nadalje, članak 265. stavak 2. ZJN-a propisuje da ako se u državi poslovnog nastana gospodarskog subjekta, odnosno državi čiji je osoba državljanin, ne izdaju dokumenti iz stavka 1. istog članka ZJN-a ili ako ne obuhvaćaju sve okolnosti iz članka 251. stavka 1. članka 252. stavka 1. i članka 254. stavka 1. točke 2. ZJN-a, 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.

Člankom 269. stavkom 2. ZJN-a propisano je da je javni naručitelj obavezan zahtijevati prvenstveno one vrste i oblike dokaza iz pododjeljka 2. odjeljka C koji su obuhvaćeni sustavom e-Certis, ako su podaci u sustavu e-Certis ažurirani.

Slijedom svega navedenog, ako postoji više mogućnosti dokazivanja pojedine osnove za isključenje (ili uvjeta sposobnosti), države članice u e-Certis mogu dokaze navesti kumulativno, alternativno ili kao točno određeni dokument. Nadalje, ako je DČ navela više dokaza koji se moraju dostaviti kumulativno za dokazivanje jedne osnove za isključenje, onda gospodarski subjekt mora dostaviti sve te dokaze koji su navedeni u e-Certisu. S druge strane,

ako je DČ dokaze navela alternativno, (npr. kod Savezne Republike Njemačke), onda bilo koji dokaz, s popisa, koji gospodarski subjekt dostavi, dokazuje da ne postoji osnova za isključenje, jer se u tom slučaju alternativno određeni dokazi trebaju smatrati jednakovrijednim. Sumirano, u slučaju kada je e-Certisom kao jednakovrijedan dokaz potvrdi o nekažnjavanju u pojedinoj državi članici predviđena izjava, tada se predmetna izjava primjenom čl.269. ZJN može uzeti kao dostatan dokaz nekažnjavanosti.

Također uz navedeno, u slučajevima kada je u postupku javne nabave na Odluku o odabiru bila izjavljena žalba te je DKOM samim time, bez obzira na žalbeni navod, po službenoj dužnosti sukladno odredbama čl. 404 st. 2 t. 5 ZJN provjeravao i odsutnost obveznih osnova za isključenje odabranog ponuditelja, isto bi se svakako trebalo uvažiti.

b) Naknadno dokazivanje nepostojanja osnova za isključenje

Napomena: Ova točka se primjenjuje na obveznike ZJN-a, a smisao iste primjenjuje se i na NOJN u onoj mjeri koja je odgovarajuća s obzirom na konkretnu situaciju i pravila postupanja za NOJN.

Smjernicama 2019. predviđena je financijska korekcija od 25 posto ugovorenog iznosa, bez mogućnosti umanjenja. Prilikom ex post kontrole provedenog postupka nabave, nadležno tijelo će zatražiti od Korisnika pojašnjenje o navedenom, a ovisno o očitovanju, konačno utvrđenje može dovesti do različitih rezultata. Nadležno tijelo može zaprimiti očitovanje kojim korisnik izjavljuje da je došlo do pogreške prilikom provedbe postupka javne nabave, uz prilaganje dokumentaciju iz koje je razvidna odsutnost razloga za isključenje u trenutku provođenja pregleda i ocjene ponuda, odnosno prije donošenja odluke o odabiru. Također, čest je slučaj da iz pojašnjenja i naknadno dostavljene dokumentacije proizlazi da nije naknadno dokazana odsutnost razloga za isključenje ili upravo suprotno, a vidljivo je da je odabran pogrešan subjekt jer su postojali razlozi za isključenje.

Budući da se radi opisanih slučajeva postavljalo pitanje odgovara li jednako korigiranje u tako različitim okolnostima načelu proporcionalnosti, UT je 24. lipnja 2020. uputio zahtjev EK za pojašnjenjem Smjernica u kontekstu određivanja financijskih ispravaka u tim slučajevima.

Upit je glasio:

„National management and control system bodies (MCS bodies) have faced an issue in implementation of the new Guidelines for determining financial corrections to be made to expenditure financed by the Union for non-compliance with the applicable rules on public procurement (C(2019) 3452 final) of 14.5.2019, thus we kindly ask Commission for clarification of adequate implementation of the Guidelines.

Namely, in several cases MCS bodies have identified that in public procurement procedure works/services/supplies have been awarded to an Economic operator that failed to provide one or more proves regarding absence of exclusion grounds from Article 57 of the Directive. It is our understanding that in such cases the new Guidelines envisage application of the financial correction of 25%, without possible reduction of the level of financial correction. In ex post controls of public procurement procedures, MCS bodies identify the possible irregularity and invite the Beneficiary (who is the Contracting Authority in the public procurement procedure) to provide explanation. When in the contradictory procedure the Beneficiary submits the explanation that an omission occurred in the public procurement procedure and provides

subsequently obtained documents from the Contractor (awarded tender) proving absence of exclusion grounds, the question arises regarding the application of the financial correction.

Namely, in such cases, MCS bodies are of the opinion that the application of 25% financial correction is not proportionate, given that such financial correction is applied in cases where winning tender is convicted by final judgment for one of the reasons for exclusion grounds from Article 57 of the Directive. In cases when in the process of ex post control it is proved that the Contractor as the winning tender has not been convicted and the proof of that is subsequently provided during ex post verifications performed by MCS bodies, it does not seem proportionate to apply the same level of financial correction which is applied in the situation when the Contractor / winning tender should be excluded for being convicted by final judgement for one of the reasons for exclusion grounds. It is pointed out that during ex post verification of the public procurement procedure it is established by the MCS bodies that the Economic operator / winning tender would be able to provide relevant prove(s) if it was requested by the Contracting Authority to complete the relevant missing information/documentation. Thus, the tender was awarded to the Economic operator to whom it should be awarded as the exclusion grounds were de facto absent.

We would appreciate that Commission services provide their opinion on the presented issue so that we ensure that the practice of MS authorities is in line with the Commission practice.

Dana 24. rujna 2020. UT je zaprimio odgovor u kojem je navedeno:

“Determining the irregularity and the level of (potential) financial correction should be assessed on a case-by-case basis. The information provided in the background of the question is not sufficient to establish a definitive opinion on the particular case at stake. The competent national authorities should however bear in mind the following general principles.

According to Article 56(1) of the Directive 2014/24:

“Contracts shall be awarded on the basis of criteria laid down in accordance with Articles 67 to 69, provided that the contracting authority has verified in accordance with Articles 59 to 61 that all of the following conditions are fulfilled:

(a) the tender complies with the requirements, conditions and criteria set out in the contract notice or the invitation to confirm interest and in the procurement documents, taking into account, where applicable, Article 45;

(b) the tender comes from a tenderer that is not excluded in accordance with Article 57 and that meets the selection criteria set out by the contracting authority in accordance with Article 58 and, where applicable, the non-discriminatory rules and criteria referred to in Article 65.”

Taking into account the above, tenderers who do not demonstrate that they respect exclusion grounds of Article 57 must be excluded.

However, in cases in which this question does not refer to mandatory exclusion grounds, according to Articles 57(1) or (2) of the Directive 2014/24, this principle must be applied according to paragraph 34 of the Case C-41/18, Meca disposing that “As is clear from the wording of Article 57(4) of Directive 2014/24, the EU legislature intended to confer on the contracting authority, and to it alone, the task of assessing whether a candidate or tenderer

must be excluded from a public procurement procedure during the stage of selecting the tenderers."

In this context, the contracting authority should analyse if the specific exclusion grounds are applicable to this tenderer, even using the possibilities provided by Article 56(3) of the Directive 2014/24/EU, disposing that "Where information or documentation to be submitted by economic operators is or appears to be incomplete or erroneous or where specific documents are missing, contracting authorities may, unless otherwise provided by the national law implementing this Directive, request the economic operators concerned to submit, supplement, clarify or complete the relevant information or documentation within an appropriate time limit, provided that such requests are made in full compliance with the principles of equal treatment and transparency".

It is clear that Article 57(6) of the Directive 2014/24/EU allows "Any economic operator that is in one of the situations referred to in paragraphs 1 and 4 may provide evidence to the effect that measures taken by the economic operator are sufficient to demonstrate its reliability despite the existence of a relevant ground for exclusion. If such evidence is considered as sufficient, the economic operator concerned shall not be excluded from the procurement procedure".

As falling from the above, any additional information must be submitted in the appropriate time limit and analysed by the contracting authority before awarding the contract. Therefore, if the tenderer that has not submitted all the required documentation concerning the exclusion grounds at the indicated time limit, it must be excluded. If this has not been done, it is considered to be a breach of the public procurement rules, in particular Article 56(1) of Directive 2014/24, in relation to the principle of equal treatment, included in its Article 18(1).

With regard to the application of a financial correction for such irregularity, the 2019 Commission guidelines for financial correction in public procurement (Commission Decision C(2019) 3452) should be followed. It is to be noted that, in addition to a certain level of flexibility provided via different rates of financial correction for some of the irregularities following the stated conditions, these guidelines also allow to depart from the set rates of financial corrections in case of exceptional individual circumstances not foreseen by the guidelines, or when specific features of the case referring to the nature and gravity of the irregularities and the resulting financial loss to the Funds would duly justify the application of a different level of correction. However, these exceptional circumstances would have to be individually assessed and duly evidenced by the competent national authorities."

Iz navedenoga proizlazi da se kod opisanog propusta u dokazivanju odsustva osnova za isključenje tijekom postupka javne nabave neminovno radi o nepravilnosti u kojoj je potrebno primijeniti financijske korekcije iz Smjernica 2019. slijedom čega ne može biti riječ o formalnom propustu bez financijskog učinka. Komisija pojašnjenjem upućuje na primjenu razine financijske korekcije sukladno Smjernicama 2019. (a to je 25%), ali otvara mogućnost da se uz „case by case“ pristup, u iznimnim i opravdanim slučajevima, može odstupiti od razine financijske korekcije zadane u Smjernicama 2019., uzimajući u obzir prirodu i težinu nepravilnosti te financijskog gubitka za Fondove.

Uvažavajući navedeno, a ukoliko se dodatnim dokazivanjem u postupku ex post kontrole prikupe dokazi koji potvrđuju da nisu postojali razlozi za isključenje u trenutku provedbe postupka javne nabave, može se razmotriti snižavanje financijske korekcije. Međutim s

obzirom na dio očitovanja EK u kojem je istaknuto „*in case of exceptional individual circumstances not foreseen by the guidelines, or when specific features of the case referring to the nature and gravity of the irregularities and the resulting financial loss to the Funds would duly justify the application of a different level of correction*”, takva mogućnost se ne smije tumačiti ekstenzivno te smanjenje korekcije ne smije postati pravilo već se mora raditi o iznimnom postupanju opravdanom posebnostima pojedinog slučaja.

Prilikom primjene ove mogućnosti umanjenja stope, potrebno je razlikovati okolnosti te sukladno njima, a uzevši u obzir i sve ostale okolnosti konkretnog slučaja, odrediti adekvatni financijski ispravak.

Okolnosti koje se prvenstveno trebaju uzeti u obzir su:

- ako nije ni naknadno dokazano nepostojanje razloga za isključenje, načelno nema okolnosti koja bi mogla opravdati umanjenje predviđene korekcije od 25%
- ako je naknadno dokazano nepostojanje razloga za isključenje, ali je u postupku preostala jedna ili više valjanih ponuda, načelno bi primjerenu stopu ispravka predstavljala korekcija od 10%
- ako je naknadno dokazano nepostojanje razloga za isključenje i nije preostala nijedna valjana ponuda te u situacijama kad je pitanju postojao nedostatak s izjavom o nekažnjavanju (s obzirom na pretpostavku da bi se nedostatak mogao otkloniti da je bio korišten institut pojašnjenja/upotpunjavanja), načelno bi primjerenu stopu ispravka predstavljala korekcija od 5%.

c) Porezni dug kao osnova za isključenje

Napomena: Ova točka se primjenjuje isključivo na obveznike ZJN-a

U situacijama u kojima je Naručitelj DoN-om, u dijelu koji se odnosi na obvezne osnove za isključenje, propisao da će javni naručitelj isključiti gospodarskog subjekta iz postupka javne nabave ako utvrdi da gospodarski subjekt nije ispunio obveze plaćanja dospjelih poreznih obveza i obveza za mirovinsko i zdravstveno osiguranje, upućujemo na sadržaj rješenja DKOM-a KLASA: UP/II-034-02/21-01/80, URBROJ: 354-01/21-8 od 24. veljače 2021.

U njemu je zauzet stav da iako je u trenutku dohвата, prema podacima Porezne uprave postojao određeni porezni dug, potrebno je uvažiti sve činjenice i okolnosti koje su bitne za donošenje odluke o isključenju gospodarskog subjekta.

Naime, isključenje gospodarskog subjekta jedna je od najstrožih sankcija pa ona mora biti i razmjerna povredi odredbi o postupanju. Stoga je u svakom konkretnom slučaju potrebno uzeti u obzir sve okolnosti, a osobito: koliki je iznos duga te naročito radi li se o iznosu koji se prema odredbi čl. 150. Općeg poreznog zakona (NN, broj: 115/16, 106/18, 121/19, 32/20, 42/20) otpisuje po službenoj dužnosti, po kojoj osnovi je dug nastao, postoje li vanjske okolnosti na koje ponuditelj nije mogao utjecati koje su ga spriječile podmiriti taj dug na vrijeme. Zatim treba uvažiti okolnost je li u postupanju povrijeđeno načelo jednakog tretmana (primjerice kada bi naručitelj, u situaciji da svi naručitelji imaju takav dug, naručitelj jednog ponuditelja isključio iz postupka javne nabave, a drugoga ne) te je li dug do trenutka donošenja odluke o daljnjem sudjelovanju ponuditelja u postupku prestao postojati (uvidom u ažurirane popratne dokumente). Tek analizirajući sve okolnosti, naručitelj će postupiti sukladno odredbi čl. 301. ZJN-a i ispravno odlučiti hoće li isključiti gospodarskog subjekata iz postupka javne nabave ili ne.

d) Postupanje u slučajevima neprovjeravanja postojanja osnova za isključenje u odnosu na novouvedenog podugovaratelja i korigiranje naknadno uvedenih podugovaratelja preko dopuštenog ograničenja

Napomena: Ova točka se primjenjuje isključivo na obveznike ZJN-a.

U slučaju kada je naknadno tijekom provedbe ugovora o javnoj nabavi, uveden novi podugovaratelj, a za istog nije provedena provjera nepostojanja osnova za isključenje iako je to bilo propisano DoN-om, UT ističe sljedeće.

Člankom 224. stavkom 1. ZJN-a propisano je da ugovaratelj može tijekom izvršenja ugovora o javnoj nabavi od javnog naručitelja zahtijevati: 1. promjenu podugovaratelja za onaj dio ugovora o javnoj nabavi koji je prethodno dao u podugovor, 2. uvođenje jednog ili više novih podugovaratelja čiji ukupni udio ne smije prijeći 30 % vrijednosti ugovora o javnoj nabavi bez poreza na dodanu vrijednost, neovisno o tome je li prethodno dao dio ugovora o javnoj nabavi u podugovor ili nije, 3. preuzimanje izvršenja dijela ugovora o javnoj nabavi koji je prethodno dao u podugovor, dok je u stavku 2. istog članka navedeno da uz zahtjev iz stavka 1. točaka 1. i 2., ugovaratelj javnom naručitelju dostavlja podatke i dokumente sukladno članku 222. stavku 1. za novog podugovaratelja.

Nadalje, člankom 225. stavak 2. ZJN-a propisano je kako javni naručitelj ne smije odobriti zahtjev ugovaratelja u slučaju iz članka 224. stavka 1. točaka 1. i 2. ovoga Zakona, ako se ugovaratelj u postupku javne nabave radi dokazivanja ispunjenja kriterija za odabir gospodarskog subjekta oslonio na sposobnost podugovaratelja kojeg sada mijenja, a novi podugovaratelj ne ispunjava iste uvjete, ili postoje osnove za isključenje.

Člankom 313. ZJN-a propisano je da ugovorne strane izvršavaju ugovor o javnoj nabavi u skladu s uvjetima određenima u dokumentaciji o nabavi i odabranom ponudom te da je javni naručitelj obavezan kontrolirati je li izvršenje ugovora u skladu s uvjetima određenima u dokumentaciji o nabavi i odabranom ponudom.

Iz svega navedenoga proizlazi obveza naručitelja prije uvođenja novog podugovaratelja provjeriti ispunjava li novi podugovaratelj iste uvjete kao podugovaratelj kojeg sada mijenja, ako se radi dokazivanja ispunjenja kriterija za odabir gospodarskog subjekta oslonio na sposobnost tog ranijeg podugovaratelja, te postoje li kod istog osnove za isključenje.

U situaciji kada naručitelj nije provjerio navedeno prije uvođenja novog podugovaratelja, nedvojbeno je prekršio navedene odredbe, no za svaku situaciju zasebno valja provjeriti je li time došlo i do štetnog financijskog učinka na proračun EU.

Naime, kod naknadno uvedenih podugovaratelja, radi se o fazi izvršenja ugovora i samo tržišno natjecanje je završeno. U toj fazi ne postoje dodatni subjekti koji bi bili uključeni u tržišno natjecanje pa da bi neprovjeravanje predmetnih okolnosti imalo posljedicu na njihov status u nadmetanju (odnosno neopravdano isključenje iz tržišnog natjecanja), za razliku od situacije kako je to slučaj prilikom trajanja postupka javne nabave, prije pregleda i ocjene ponuditelja i ponude. Stoga je samo bitno da naknadnim izmjenama nije došlo do bitne izmjene koja bi onda narušila ispravno provedeno ranije tržišno natjecanje i ispravno proveden postupak nabave.

Prilikom takve provjere, PT2 je dužan ocijeniti sve okolnosti slučaja kako bi utvrdio je li došlo do bitne izmjene ugovora, no osobito uzeti u obzir činjenicu postoji li neka osnova zbog koje

konkretni podugovaratelj nije smio biti ugovoren. Ukoliko to nije slučaj, sami propust naručitelja da to provjeri, moguće nije doveo do štetnog financijskog učinka na proračun EU jer se obje provjere (i naručitelja i tijela koje vrši kontrolu) odvijaju u istoj fazi izvršenja pa ako PT2 i naknadno utvrdi da podugovaratelj nije imao okolnosti zbog kojih nije smio biti ugovoren, propust naručitelja je samo formalne prirode jer je podugovaratelj u konačnici ispunjavao sve uvjete za njegovo uvođenje. Ako neke druge okolnosti ne bi upućivale na drugačiji zaključak, u ovoj situaciji moglo bi se utvrditi nepostojanje nepravilnosti.

Nadalje, vezano za način određivanja financijske korekcije naknadno uvedenih podugovaratelja u situaciji u kojoj je naknadnim podugovaranjem, odnosno uvođenjem novih podugovaratelja u fazi izvršenja ugovora, premašeno 30% vrijednosti ugovora o javnoj nabavi bez PDV-a, ističemo sljedeće.

Samom činjenicom da je netko u izvršenju povećao postotak podugovaranja iznad zakonskog ne utječe na početne uvjete nadmetanja niti utječe na ekonomsku ravnotežu na način da bi navedenu povredu mogli okarakterizirati kao bitnu izmjenu ugovora (napominjemo da se u ovom kontekstu ne problematizira provjeravanje osnova radi kojih ne bi smio biti uveden novi podugovaratelj ili zamijenjen postojeći, a koja okolnost može dovesti do bitne izmjene ugovora kako je ranije izloženo).

Uzevši u obzir navedeno, u konkretnoj situaciji financijska korekcija može se odrediti na način da se odredi jednostavna financijska korekcija za dio ugovora koji su izvršili novouvedeni podugovaratelji i to za onaj dio koji prelazi zakonsko ograničenje od 30% vrijednosti ugovora.

e) Postupanje u situacijama kada je prokurist društva potpisao izjavu o nekažnjavanju u svrhu dokazivanja nepostojanja razloga za isključenje ponuditelja

Napomena: Ova točka se primjenjuje isključivo na obveznike ZJN-a. U postupcima koje vode NOJN-ovi, u svim slučajevima potpisivanja izjava od strane prokurista, potrebno je pridržavati se svih pozitivnih propisa koji reguliraju tu materiju te relevantnih odredbi Pravila za NOJN.

Potrebno je istaknuti kako je u ovakvim slučajevima UT primijetio kako se radi o nesukladnosti članka 20. stavka 10. Pravilnika o dokumentaciji o nabavi te ponudi u postupcima javne nabave (NN, broj: 65/2017, u ovom daljnjem tekstu Pravilnik) sa člancima 44. i 47. ZTD.

Slijedom navedenog valja ukazati na načelo zakonitosti koje zahtijeva da svi propisi nižega ranga u okviru danoga pravnoga poretka budu u skladu s propisima višega ranga. Načelo zakonitosti zadovoljava samo onaj pravni akt koji je donijelo nadležno tijelo po utvrđenom postupku (formalni aspekt) i onaj koji je sadržajem suglasan s višim pravnim aktom (materijalni aspekt).

ZTD je propis koji regulira sadržaj i opseg prokure, kao najšire trgovačke punomoći i slijedom toga i ovlasti prokuriste koje su negativno određene odnosno u ZTD u su navedena ograničenja za prokuristu:

- ne smije prodati ni opteretiti nekretninu, osim ako dobije specijalnu punomoć
- ne smije davati izjave i poduzimati radnje kojima se započinje stečajni postupak ili drugi postupak koji dovodi do prestanka društva, osim ako dobije specijalnu punomoć

- ne može davati punomoć za sklapanje poslova drugim osobama pa čak i kada dobije specijalnu punomoć

Izvan taksativno navedenih ograničenja prokurist je izjednačen sa članom uprave (kao osobom koja po zakonu zastupa društvo) i sukladno odredbi članka 47. stavak 1. ZTD-a, prokurist može sklapati sve ugovore i poduzimati sve pravne radnje u ime i za račun trgovačkoga društva i zastupati ga u postupcima pred upravnim i drugim državnim organima, ustanovama s javnopravnim ovlastima, te državnim i izbranim sudovima.

S druge strane, iz odredbe članka 20. stavak 10. Pravilnika, izjavu iz članka 265. stavka 2. u vezi s člankom 251. stavkom 1. ZJN-a može dati osoba po zakonu ovlaštena za zastupanje gospodarskog subjekta za gospodarski subjekt i za sve osobe koje su članovi upravnog, upravljačkog ili nadzornog tijela ili imaju ovlasti zastupanja, donošenja odluka ili nadzora gospodarskog subjekta.

Potrebno je nadalje ukazati i na činjenicu kako Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske NN 99/99. i 29/02. (pročišćeni tekst objavljen u NN, broj: 49 od 3. svibnja 2002.) u članku 37. stavak 2. propisuje da ako sud u postupku utvrdi da drugi propis koji bi trebao primijeniti, odnosno pojedina njegova odredba nisu suglasni s Ustavom i zakonom, na konkretan slučaj će neposredno primijeniti zakon, a Ustavnom sudu će podnijeti zahtjev za ocjenu suglasnosti spornog propisa, odnosno pojedine njegove odredbe s Ustavom i zakonom.

Ovu odredbu smatramo važnom u odnosu na mogućnost da ukoliko korisnik koji zbog primjene Pravilnika i donošenja odluke o nepravilnosti, protiv odluke pokrene spor pred upravnim sudom u okviru kojeg će gotovo sigurno ukazati na gore navedenu neusklađenost. Za pretpostaviti je da će Sud postupajući sukladno gore citiranoj odredbi članka 37. stavak 2. neposredno primijeniti ZTD i slijedom toga usvojiti tužbeni zahtjev te poništiti rješenje MRRFEU-a/odluku o nepravilnosti.

Stoga je u svakom konkretnom slučaju potrebno uvidom u sudski registar utvrditi je li prokuristu ograničena ovlast iz prokure u bilo kojem smislu pa tako eventualno i u smislu potpisivanja izjave o nekažnjavanju jer se sva ograničenja prokure moraju jasno navesti u sudskom registru.

Nadalje, PTovi 2 u ovakvim slučajevima trebaju utvrditi da nije došlo do povrede domaćeg zakonodavstva s obzirom na činjenicu da ZTD kao propis višeg pravnog ranga nije povrijeđen ovim postupanjem pa stoga nije niti ostvarena pretpostavka iz definicije nepravilnosti, a to je kršenje propisa države članice ili EU regulative. Shodno tome u slučaju kada je izjavu o nekažnjavanju potpisao prokurist koji nije imao ograničenja prokure upisane u izvadak iz trgovačkog registra iz kojih bi izričito proizlazilo da takvu izjavu nije ovlašten potpisati, tada treba donijeti odluku o nepostojanju nepravilnosti.

Za napomenuti je kako je izneseni stav različit od stava UTPJN-a i DKOM-a, međutim ističemo da je UTPJN nadležan isključivo za stručnu pomoć u vezi s primjenom ZJN-a i njegovih podzakonskih propisa, a DKOM prilikom donošenja odluka po žalbi postupa u okviru svoje nadležnosti te pri tome donosi odluke koje su po pravnim učincima u odnosu na prava i interese naručitelja/korisnika bitno različite od odluka o nepravilnostima koje donose PT ovi 2, a koji odlukama o nepravilnostima proizvode neposredne financijske učinke određivanjem financijske korekcije. Nadalje, PT ovi 2 postupak javne nabave gledaju ne samo s aspekta kršenja pozitivnih pravnih propisa RH i EU zakonodavstva, nego procjenjuju učinke takvih

kršenja na proračun EU čime idu i jedan korak dalje od DKOM-a koji se zaustavlja na tome da utvrdi postoji li kršenje ZJN-a.

1.7. Utvrđivanje postojanja nepravilnosti u situacijama kada je dokumentacijom o nabavi određena obveza obilaska ili pregleda lokacije kao preduvjeta za podnošenja ponude

Napomena: Ova točka se primjenjuje isključivo na obveznike ZJN-a. Ako NOJN propiše obavezan obilazak lokacije kao uvjet za podnošenje ponude, procjenjivati će se sukladno Pravilima za NOJN je li isto u skladu sa njegovim obvezama i načelima postupanja, odnosno postoji li ograničavajući učinak na tržišno natjecanje.

Temeljem pregleda donesenih odluka o utvrđenoj nepravilnosti utvrđeno je da je obveza obilaska ili pregleda lokacije kao preduvjet podnošenja ponude ocijenjena odvrćajućim elementom te kršenjem odredbe članka 200. stavka 2. ZJN-a, koja propisuje da dokumentacija o nabavi mora omogućiti izračun cijena bez preuzimanja neuobičajenih rizika i poduzimanja opsežnih predradnji ponuditelja. U navedenim odlukama istaknuto je da su propisivanjem obveze posjeta lokacije gradilišta dovedeni u otegotni položaj subjekti koji zbog udaljenosti ili drugih razloga nisu u mogućnosti obaviti obilazak prije podnošenja ponude ili im takav obilazak nepotrebno uzrokuje dodatni trošak. Ističe se i da je obilazak gradilišta možda bitan element za podnošenje ponude, ali da navedeno treba ostaviti na dispoziciju svakom ponuditelju pa tako obilazak lokacije mora biti ostavljen kao mogućnost, a ne kao obveza.

Međutim, odredba članka 238. ZJN-a propisuje da ako se ponude mogu sastaviti tek nakon obilaska lokacije ili nakon neposrednog pregleda na licu mjesta dokumenata koji potkrepljuju dokumentaciju o nabavi, javni naručitelj obavezan je rok za dostavu ponuda, koji mora biti dulji od minimalnih rokova propisanih ovim odjeljkom, odrediti na način da se svi zainteresirani gospodarski subjekti mogu upoznati sa svim informacijama potrebnim za izradu ponude. Ista odredba, dakle, predviđa situaciju kada je obilazak lokacije potreban/nužan, a to je kada se ponude mogu sastaviti tek nakon izvršene radnje obilaska lokacije ili neposrednog pregleda na licu mjesta dokumenata koji potkrepljuju dokumentaciju o nabavi. Stoga je svaku konkretnu situaciju obilaska lokacije nužno promatrati ne samo kroz odredbu članka 200. stavak 2. ZJN-a, već i kroz odredbu članka 238. ZJN-a.

U tom kontekstu, primjenom članka 200. stavka 2. ZJN-a prilikom pripreme dokumentacije za nadmetanje osigurava se poštivanje načela javne nabave jer se minimiziraju prepreke sudjelovanju gospodarskih subjekata u postupcima javne nabave budući da se postavlja zahtjev naručitelju da pripremi takvu dokumentaciju za nadmetanje koja omogućava izračun cijena bez preuzimanja neuobičajenih rizika i poduzimanja opsežnih predradnji ponuditelja pa je u slučaju propisivanja obveze obilaska lokacije u svakom pojedinom slučaju potrebno procijeniti je li tako postavljeni uvjet nužan za sastavljanje ponude odnosno postoji li opravdani razlog iz kojeg se ponuda ne može sastaviti bez takvog obilaska. Na taj način je predmetni članak doveden u vezu s člankom 238. ZJN-a te po utvrđenju da se radi o uvjetu koji je nužan za sastavljanje ponude, odnosno da postoji opravdani razlog temeljem kojeg se ponuda ne može sastaviti bez takvog obilaska, može se utvrditi da propisivanje takve obveze nije suprotno odredbi članka 200. stavka 2. ZJN-a. Nastavno na navedeno, potrebno je provjeriti i je li određen adekvatan rok za podnošenje ponuda, odnosno utvrditi postoji li nepravilnost u tom dijelu postupanja.

Zaključno, napominjemo da je u odluci o nepravilnosti potrebno detaljno elaborirati utvrđeno činjenično stanje, kao i izvedene zaključke.

1.8. Primjena Pravila za NOJN-ove u odnosu na mogućnost sklapanja okvirnog sporazuma

Napomena: Ova točka se primjenjuje isključivo na NOJN.

U svezi primjene Pravila za NOJN i mogućnosti sklapanja okvirnog sporazuma UT pojašnjava da ZJN razlikuje pojmove „ugovor o javnoj nabavi“ i „okvirni sporazum“ budući da su, unutar njegovog djelokruga, to različiti instituti za koje je potrebno zasebno regulirati pravila postupanja, prava i obveze.

Međutim, ZOO pod pojmom ugovora podrazumijeva suglasnost ugovornih strana o bitnim sastojcima ugovora (pa su u tom kontekstu oba gore navedena instituta po svojoj pravnoj naravi zapravo ugovori) te propisuje da sudionici u prometu slobodno uređuju obvezne odnose.

U kontekstu provjere kontrole ispravnosti nabave, razumljivo je da u Pravilima za NOJN izraz ugovor asocira na pojam, a time i institut „ugovora“ iz ZJN-a, međutim budući da na konkretne subjekte nije primjenjiv ZJN, niti pojmovi ZJN-a nisu primjenjivi na pravila. Naprotiv, preslikavanje značenja pojmova ZJN-a je u kontradikciji sa smislom pravila koja se ugovaraju upravo zato što osobe nisu obveznici ZJN-a.

Budući da su Pravila NOJN-a dio Ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava, a svaki ugovor uređuje Zakon o obveznim odnosima, pod pojmom ugovora koji proizlazi iz Pravila za NOJN treba podrazumijevati onaj sadržaj koji predviđa ZOO.

ZOO nadalje dopušta slobodno uređenje ugovornog odnosa, ali su u ovom kontekstu ugovorne strane koje sklapaju ugovor o nabavi ograničene ugovornim odredbama koje proizlaze iz Pravila za NOJN. Unutar tih Pravila nije navedeno kakav sadržaj treba imati ugovor o nabavi, nisu postavljena ograničenja u potrebama i načinima ostvarivanja tih potreba naručitelja, nije niti određeno kakvu narav će imati sklopljeni ugovor te mora li svojim sadržajem nalikovati određenom institutu pojedinog specijalnog zakona. Jedino što je Pravilima regulirano je generalno poštivanje tržišnog natjecanja. To znači da odgovarajući postupak mora biti primijenjen sukladno procijenjenoj vrijednosti, da svi zainteresirani gospodarski subjekti i ponuditelji imaju jednaka prava i mogućnosti, da pravila objavljena u dokumentaciji ili pozivu za nadmetanje moraju biti poštivana prilikom sklapanja ugovora i njegovog izvršavanja i sl. Stoga, dok god naručitelj na jasan i transparentan način predvidi sva pravila sudjelovanja u postupku nabave te dok postupa sukladno tim pravilima, nije povrijedio ugovorne odredbe neovisno o tome kakav će naziv ili sadržaj imati konkretni ugovor (konkretno hoće li prema Zakonu o javnoj nabavi nalikovati na ugovor ili okvirni sporazum).

Stoga NOJN u okviru svojeg postupka nabave može koristiti prednosti i pravila onoga što ZJN podrazumijeva pod pojmom okvirni sporazum i to neovisno o kojem pozivu na dodjelu bespovratnih sredstava se radi.

Nastavno, ukoliko NOJN koristi ovu mogućnost, ograničenja za izmjene ovakvog ugovora su jednaka kao i za svaki drugi, dakle tržišno natjecanje mora biti očuvano, ne smiju se uvoditi uvjeti koji bi, da su u početku bili određeni privukli druge ponuditelje i/ili drugačije ponude, odnosno ne smije doći do izmjena koje bi narušilo tržišno nadmetanje.

Podredno ističemo da je u nekim Pravilima za NOJN, u završnim odredbama, ostavljena mogućnost prijaviteljima na poziv na dodjelu bespovratnih sredstva, korisnicima bespovratnih sredstava i njihovim partnerima u provedbi projekta postupke nabave ako žele provoditi postupak nabave prateći primjenjivu proceduru ZJN-a da to mogu učiniti, u kojem slučaju se primjenjiva procedura poštuje u cijelosti, bez odstupanja (u mjeri u kojoj je to objektivno moguće), a tada se primjenjuju i pravila o financijskim korekcijama koja se primjenjuju na obveznike ZJN-a. Stoga NOJN može izabrati i ovakvu opciju ako je predviđeno konkretnim ugovorom u kojoj bi formalno primjenjivao pravila ZJN-a, a u tom slučaju u potpunosti mora (u dijelu u kojem je moguće/primjenjivo) poštovati uvjete i odredbe koje se odnose na institut okvirnog sporazuma.

2. NEZAKONITI/DISKRIMINACIJSKI UVJETI SPOSOBNOSTI, UVJETI SPOSOBNOSTI KOJI NISU POVEZANI S PREDMETOM NABAVE

2.1. Nepravilnosti u svezi propisivanja iskustva FIDIC inženjera i općeg radnog iskustva

Napomena: Ova točka se primjenjuje isključivo na obveznike ZJN-a.

U skladu sa Smjernicama, potrebno je izuzeti iznose koji se odnose na:

- a) nabave u kojima je uočen restriktivan uvjet sposobnosti koji se odnosi na prethodno iskustvo u pružanju usluga stručnog nadzora građevinskih radova u okviru ugovora izvršenog u skladu s FIDIC općim uvjetima ugovaranja, kao i iskustvo nadzornog inženjera kao inženjera FIDIC-a te iskustvo nadzornog inženjera u nadzoru ugovora FIDIC, bez ostavljanja mogućnosti za nadmetanje ponuditeljima koji imaju slično iskustvo u provedbi jednakovrijednih ugovora;
- b) nabave u kojima je uvjet stručne sposobnosti koji je zahtijevao petnaest godina općeg radnog iskustva za mjesto inženjera gradilišta te deset godina u izvršavanju dužnosti inženjera gradilišta na određenim projektima, odnosno nabave u kojima je zahtijevan uvjet stručne sposobnosti u odnosu na iskustvo u izvršavanju dužnosti inženjera gradilišta na određenim projektima duže od onoga propisanoga posebnim zakonom koji je bio na snazi u vrijeme provođenja postupka (javne) nabave, bez dovođenja takvog uvjeta stručne sposobnosti u vezu s konkretnim predmetom nabave i detaljnog obrazloženja vezanog uz takav zahtjev za uvjetom stručne sposobnosti.

Međutim, nabave u kojima je kao uvjet stručne sposobnosti postavljen uvjet specifičnog radnog iskustva predstavljati će dopušten uvjet ako je takvo iskustvo povezano s predmetom nabave. Ako je za pojedinog stručnjaka granica minimalnog iskustva određena posebnim propisom koji je bio na snazi u vrijeme provođenja postupka javne nabave, moguće je odrediti specifično iskustvo u dužem trajanju od onog propisanog uz obrazloženje i opravdanost postavljanja takvog uvjeta. Npr., ukoliko je broj godina iskustva koji se traži IZNAD onoga propisanog posebnim zakonom potrebno je utvrditi je li traženo povezano s predmetom nabave. Ukoliko se traži iskustvo, koje nije povezano s nekim posebnim zakonom, potrebno je utvrditi je li isto razmjerno predmetu nabave. Sve kako je propisano člankom 256. stavak 4. ZJN-a.

Sukladno stavovima EK, opisane uvjete sposobnosti pod **podtočkama a) i b)** ovdje valja smatrati restriktivnima u svim postupcima javne nabave, a koji se financiraju u sklopu OPKK te se stoga upućuju tijela u sustavu upravljanja i kontrole da provedu postupak utvrđivanja nepravilnosti te odrede primjereni financijski ispravak vezano uz opisane nepravilnosti. Međutim, utvrđivanje nepravilnosti neće biti potrebno u slučaju kada je kao uvjet stručne sposobnosti postavljen dopušten uvjet specifičnog radnog iskustva koje je povezano s predmetom nabave, a kako je to prethodno opisano.

Napomena - opisani uvjeti imaju se smatrati nepravilnostima u okviru nabave radova i usluga.

2.2. Nepravilnosti u slučaju zahtjeva za dostavom ovlaštenja kao uvjeta sposobnosti

Napomena: Ova točka se primjenjuje na isključivo obveznike ZJN-a.

Vezano uz nepravilnosti koje se odnose na restriktivne uvjete koji proizlaze iz zahtjeva naručitelja da ponuditelji dostave dopuštenje Ministarstva kulture i medija za obavljanje poslova na zaštiti i očuvanju kulturnih dobara; uvjerenje nadležnog ministarstva o položenom ispitu zaštite na radu u fazi izvođenja radova – koordinatora II ili rješenje / uvjerenje nadležnog ministarstva o priznavanju statusa za koordinatora II zaštite na radu; suglasnost Ministarstva prostornoga uređenja, graditeljstva i državne imovine za započinjanje obavljanja djelatnosti građenja te posjedovanje suglasnosti za obavljanje stručnih geodetskih poslova, za sebe i/ili podizvoditelja jer je traženjem takvih isprava, bez navođenja da ponuditelj mora dokazati posjedovanje važećeg ovlaštenja ako u državi njegova sjedišta postoji obveza posjedovanja određenog ovlaštenja, onemogućeno sudjelovanje stranim ponuditeljima u postupku nabave.

Naprijed opisane slučajeve valja smatrati nepravilnošću u smislu točke Smjernica i/ili relevantnih Pravila koja normira slučajeve u kojima su subjekti spriječeni dati ponudu zbog nezakonitih i/ili diskriminacijski uvjeta sposobnosti, obzirom da se u konkretnim slučajevima radi o nezakonitim uvjetima sposobnosti koji su utvrđeni u pozivu na nadmetanje ili DoN-u te je na takve slučajeve potrebno primijeniti odgovarajući financijski ispravak.

Zahtijevani uvjeti sposobnosti, a koji se odnose na suglasnost Ministarstva prostornoga uređenja, graditeljstva i državne imovine za započinjanje obavljanja djelatnosti građenja te posjedovanje suglasnosti za obavljanje stručnih geodetskih poslova, okarakterizirani su kao diskriminirajući za strane ponuditelje, odnosno kao dodatni administrativni, tehnički i financijski uvjet koji nije nametnut hrvatskim ponuditeljima čime je prekršeno načelo tržišnog natjecanja i uzajamnog priznavanja.

Sve zahtjeve koji se odnose na uvjete sposobnosti, a prelaze posebnim zakonom određeni minimum koji osoba koja je angažirana u provedbi ugovora o nabavi mora imati, potrebno je razmotriti na način jesu li uvjeti sposobnosti povezani s predmetom ugovora i razmjerni ugovoru pa ukoliko tome nije tako, donijeti odluku o nepravilnosti i određivanju financijskog ispravka, u skladu s točkom Smjernica i/ili relevantnih Pravila koja normira uvjete sposobnosti koji nisu povezani s predmetom ugovora i nisu razmjerni predmetu ugovora (npr. godine iskustva inženjera koji će biti angažirani u predmetnom ugovoru o nabavi, njihove stručne kvalifikacije i slično).

2.3. Potencijalno restriktivni uvjet u dokumentaciji o nabavi kad naručitelji traže dostavu prijevoda ponude na hrvatski jezik po ovlaštenom sudskom tumaču

Napomena: Ova točka se primjenjuje na obveznike ZJN-a, a smisao iste primjenjuje se i na NOJN u onoj mjeri koja je odgovarajuća s obzirom na konkretnu situaciju i pravila postupanja za NOJN.

Postupanje u slučaju potencijalno restriktivnog uvjeta u slučaju kada je u DoN-u propisana obveza prijevoda ponude na hrvatski jezik po ovlaštenom sudskom tumaču.

U skladu s člankom 280. stavkom 2. ZJN-a ponuda se izrađuje na hrvatskom jeziku i latiničnom pismu, osim ako je drukčije određeno u DoN-u.

Nadalje, u skladu s člankom 263. ZJN javni naručitelj je obavezan prije donošenja odluke u postupku javne nabave velike vrijednosti, a u postupcima javne nabave male vrijednosti može, od ponuditelja koji je podnio ekonomski najpovoljniju ponudu zatražiti da u primjerenom roku, ne kraćem od pet dana, dostavi ažurirane popratne dokumente u skladu s pododjeljkom 2.-

Načini dokazivanja i 4. -Norme osiguranja kvalitete i norme upravljanja okolišem ovoga odjeljka, osim ako već posjeduje te dokumente.

U smislu odredbe stavka 2. istog članka, javni naručitelj može pozvati gospodarske subjekte da nadopune ili objasne dokumente zaprimljene sukladno pododjeljcima 2. i 4. ovoga odjeljka.

Nadalje, UT upućuje na odredbu članka 265. ZJN-a kojom je propisano da je javni naručitelj obavezan kao dostatan dokaz da ne postoje osnove za isključenje prihvatiti taksativno navedene isprave odnosno potvrde.

Povezujući gore navedene odredbe stav UT-a je da iz odredbi ZJN-a ne proizlazi da ponuda treba biti prevedena po sudskom tumaču, već samo da treba biti izrađena na hrvatskom jeziku pa bi stoga svako nametanje navedene obveze predstavljalo prekomjerno opterećenje za ponuditelje i prelazilo zakonom propisani minimum koji ponuditelji moraju ispuniti.

Međutim, uzimajući u obzir i slučaj u kojem dostavljeni prijevod (koji nije ovjeren) ostavlja dvojbe i nejasnoće koje onemogućavaju naručitelja da donese nedvojbenu odluku o nekoj odlučnoj činjenici od koje može ovisiti i sama odluka o odabiru, tada nema zapreke da se od ponuditelja, i to primjenom gore citirane odredbe članka 263. stavak 2. u svrhu objašnjenja i nadopune zatraži i dostava ovjerenog prijevoda u odnosu na isprave i potvrde taksativno navedene u članku 265. ZJN-a.

U navedenim slučajevima PT 2 treba utvrditi koliko je iznosila cijena prijevoda odabrane ponude koristeći se prosječnom cijenom prijevoda na tržištu. Utvrđeni iznos potrebno je staviti u omjer s ukupnom vrijednosti ugovora o javnoj nabavi (odnosno grupe ukoliko je predmet nabave podijeljen na grupu, a nepravilnost se odnosi samo na određenu grupu nabave).

Nadležno PT 2 će uvažavajući okolnosti svakog pojedinog slučaja, ocijeniti je li određenim postupanjem naručitelja došlo do kršenja relevantnog zakonodavnog okvira te je li utvrđeni trošak prijevoda u odnosu na ukupnu vrijednost ugovora/grupe zbog svoje visine imao odvrćajući učinak, odnosno je li predstavljao prekomjerni administrativni teret za ponuditelje.

Ukoliko se utvrdi da nije bilo odvrćajućeg učinka pa time niti prekomjernog administrativnog opterećenja za ponuditelje, nadležno PT 2 utvrditi će da nema nepravilnosti, budući da izricanje financijske korekcije ne bi bilo u skladu s načelom razmjernosti..

Naime, ukoliko je naručitelj u DoN-u propisao kako je za dijelove ponude, koji nisu na hrvatskom jeziku, potrebno dostaviti prijevod ovlaštenog sudskog tumača na hrvatski jezik, a imajući na umu da je člankom 200. stavak 2. ZJN-a propisano da dokumentacija o nabavi mora omogućiti izračun cijene bez preuzimanja neuobičajenog rizika i poduzimanja opsežnih predradnji ponuditelja, UT smatra kako prethodno citirana odredba članka 280. stavak 2. ZJN-a postavlja temeljno pravilo da se ponuda izrađuje na hrvatskom jeziku i latiničnom pismu, ali pritom omogućuje naručitelju da u DoN-u odredi drugačije. Navedeno shvaćanje proizlazi iz rješenja DKOM-a, KLASA: UP/II-034-02/20-01/16, URBROJ:354-01/20-21, od 13.ožijka 2020. godine, temeljem kojeg je postavljanje takvog zahtjeva u DoN-u sukladno načelu transparentnosti i jednakog tretmana, a budući da bi svaki ponuditelj trebao biti upoznat sa sadržajem svoje ponude pa slijedom navedenog takva odredba DoN-a ne nameće ponuditeljima obvezu preuzimanja neuobičajenog rizika ili poduzimanja opsežnih predradnji pri sastavljanju i predaji ponude.

Međutim, ukoliko nadležno PT 2 utvrdi da bi utvrđena cijena prijevoda u odnosu na vrijednost nabave/grupe predstavljala prekomjerno administrativno opterećenje i zbog svoje visine imala

i odvrćajući učinak na ponuditelje, tada će uvažavajući sve relevantne okolnosti donijeti odluku o postojanju nepravilnosti i izreći financijsku korekciju.

2.4. Utvrđivanje postojanja nepravilnosti u situacijama kada se dokumentacijom o nabavi u minimalnim uvjetima stručne sposobnosti traži iskustvo u projektima (su)financiranim iz EU sredstava

Napomena: Ova točka se primjenjuje na obveznike ZJN-a, a smisao iste primjenjuje se i na NOJN u onoj mjeri koja je odgovarajuća s obzirom na konkretnu situaciju i pravila postupanja za NOJN.

U svezi postupanja u slučaju kada se DoN-om u minimalnim uvjetima stručne sposobnosti traži iskustvo u projektima financiranim iz EU sredstava, potrebno je istaknuti kako su svi naručitelji dužni poštovati određena načela javne nabave te pravila koja iz njih proizlaze slijedom čega UT smatra kako navedeni uvjet stručne sposobnosti u načelu nije povezan s predmetom nabave te je u suprotnosti s načelom razmjernosti, zbog čega takvo postupanje u načelu predstavlja nepravilnost, pri čemu je irelevantno jesu li sva tri gospodarska subjekta kojima je poslan poziv na dostavu ponuda udovoljili navedenom uvjetu ili samo neki od njih. Navedeno se odnosi i na obveznike i na NOJN-ove.

Međutim, utvrđivanje nepravilnosti neće biti potrebno kada je predmetni uvjet stručne sposobnosti postavljen kao dopušteni uvjet specifičnog radnog iskustva koje je povezano s predmetom nabave uz obrazloženje i opravdanost postavljanja takvog uvjeta.

2.5. Utvrđivanje postojanja nepravilnosti tijekom provjere postupaka nabave

Napomena: Ova točka se primjenjuje na obveznike ZJN-a, a smisao iste primjenjuje se i na NOJN u onoj mjeri koja je odgovarajuća s obzirom na konkretnu situaciju i pravila postupanja za NOJN.

Postupanje u slučaju kada je tijekom provjere postupaka nabave uočeno da je u DoN-u za nabavu, primjerice vanjske usluge za pripremu i provedbu javne nabave, pod kriterijima ekonomski najpovoljnije ponude (ENP) određeno da će se bodovati:

- Broj provedenih postupaka javne nabave u svojstvu ovlaštenog predstavnika naručitelja odnosno člana stručnog povjerenstva za javnu nabavu za potrebe provedbe projekta financiranog ili sufinanciranog iz fondova EU ili drugih međunarodnih financijskih institucija odnosno iz međunarodnih izvora financiranja.
- Broj provedenih postupaka javne nabave robe velike vrijednosti u svojstvu ovlaštenog predstavnika naručitelja odnosno člana stručnog povjerenstva za javnu nabavu za potrebe provedbe projekta financiranog ili sufinanciranog iz fondova EU ili drugih međunarodnih financijskih institucija odnosno iz međunarodnih izvora financiranja.

U ovom kontekstu, prvenstveno se ukazuje na razliku između restriktivnosti i diskriminatornosti pojedinog uvjeta.

Naime, odredbom čl. 2. Zakona o suzbijanju diskriminacije (NN, broj: 85/08, 112/12) propisano je da se diskriminacijom smatra stavljanje u nepovoljniji položaj bilo koje osobe po osnovi rase, etničke pripadnosti, boje kože, spola, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, nacionalnog ili socijalnog podrijetla, imovnog stanja, članstva u sindikatu, obrazovanja, društvenog položaja, bračnog ili obiteljskog statusa, dobi, zdravstvenog stanja, invaliditeta,

genetskog nasljeđa, rodnog identiteta, izražavanja ili spolne orijentacije. Navedeno podrazumijeva stavljanje određene osobe u nepovoljniji položaj od onog koji bi joj objektivno trebao pripadati radi subjektivnih preferencija osoba koje odlučuju o osobnim okolnostima osobe o kojoj se odlučuje, a koje u konkretnim situacijama javne nabave ni na koji način nisu u korelaciji s mogućnošću ili sposobnošću pružanja usluga, izvođenja radova ili prodaje robe, odnosno s predmetom javne nabave. Nasuprot tome, postoje i uvjeti koji jesu povezani s predmetom nabave, ali sami za sebe nisu nužni da bi predmet javne nabave bio ostvaren ili nisu nužni u tolikoj mjeri koja je zatražena. U tom slučaju se radi o restriktivnosti pojedinog uvjeta.

Prilikom određivanja uvjeta sposobnosti, javni naručitelji dužni su voditi računa da zahtijevaju samo minimalne razine sposobnosti koje osiguravaju da će gospodarski subjekt biti sposoban izvršiti ugovor o javnoj nabavi te da svi uvjeti sposobnosti moraju biti vezani uz predmet nabave i razmjerni predmetu nabave (odredba čl. 256. st. 3. i 4. ZJN-a). Međutim, kada se određuju kriteriji za odabir ponude, odredba čl. 285. st. 1. ZJN-a propisuje samo da kriteriji za odabir ponude ne smiju biti diskriminirajući, moraju biti povezani s predmetom nabave te moraju omogućiti učinkovito nadmetanje, no ne traži se i razmjernost predmetu nabave.

U konkretnom slučaju sporan uvjet je povezan s predmetom nabave te se ne radi o osobnim okolnostima ponuditelja koji ni na koji način ne utječu na izvršenje predmeta nabave. Stoga isti nije diskriminatoran i ne može biti razmatran u tom smislu, već samo u smislu restriktivnosti pri čemu taj aspekt, kako je i ranije obrazloženo, nije od utjecaja na raspisivanje kriterija za odabir ponude.

Slijedom svega navedenoga, radi ovako određenih kriterija za bodovanje ekonomski najpovoljnije ponude nema elemenata za utvrđenje postojanja nepravilnosti.

2.6. Postupanje u postupcima jednostavne nabave kada je kao uvjet sposobnosti za obavljanje profesionalne djelatnosti od gospodarskog subjekta traženo da je isti registriran za obavljanje pojedine djelatnosti, a pod uvjetima tehničke sposobnosti da ima izvršene ugovore

Napomena: Ova točka se primjenjuje na obveznike ZJN-a, a smisao iste primjenjuje se i na NOJN u onoj mjeri koja je odgovarajuća s obzirom na konkretnu situaciju i pravila postupanja za NOJN.

Člankom 4. ZJN-a propisano je da je naručitelj u primjeni ZJN-a u odnosu na sve gospodarske subjekte obavezan poštovati načelo slobode kretanja robe, načelo slobode poslovnog nastana i načelo slobode pružanja usluga te načela koja iz toga proizlaze, kao što su načelo tržišnog natjecanja, načelo jednakog tretmana, načelo zabrane diskriminacije, načelo uzajamnog priznavanja, načelo razmjernosti i načelo transparentnosti.

Člankom 12. stavak 1. točka 1. ZJN-a propisano je da se isti ne primjenjuje na nabavu robe i usluga te provedbu projektnih natječaja procijenjene vrijednosti manje od 200.000,00 kuna i radova procijenjene vrijednosti manje od 500.000,00 kuna.

Člankom 15. stavak 2. ZJN-a propisano je da pravila, uvjete i postupke jednostavne nabave utvrđuje naručitelj općim aktom, uzimajući u obzir načela javne nabave te mogućnost primjene elektroničkih sredstava komunikacije.

Temeljem prethodno navedenih zakonskih odredbi naručitelj, uz obvezu poštivanja načela javne nabave, općim aktom određuje način postupanja, obveze i odgovornosti organizacijskih jedinica naručitelja u procesu (javne) nabave (u planiranju, pripremi i o provođenju postupaka nabave, ugovaranju i praćenju realizacije ugovorenog).

Nadalje, točkom Smjernica i/ili relevantnih Pravila koja normira nezakonite i/ili diskriminacijske uvjete sposobnosti i/ili kriterije za odabir ponude utvrđene u pozivu na nadmetanje ili dokumentaciji za nadmetanje, kojom su obuhvaćeni slučajevi u kojima su gospodarski subjekti spriječeni dati ponudu zbog nezakonitih uvjeta sposobnosti i/ili kriterija za odabir ponude utvrđenih u pozivu na nadmetanje ili dokumentaciji za nadmetanje, određena je stopa financijskog ispravka u visini od 25%, koji ispravak se može smanjiti na 10% ili 5% ovisno o ozbiljnosti nepravilnosti. Slijedom navedenog, uzimajući u obzir načelo jednakog tretmana i zabrane diskriminacije UT je mišljenja kako naručitelj ne može kao uvjet sposobnosti za obavljanje profesionalne djelatnosti tražiti od gospodarskog subjekta da je isti registriran za obavljanje pojedine djelatnosti. Također, pod uvjetima tehničke sposobnosti ne može se tražiti od ponuditelja da ima izvršene ugovore.

Takvim propisivanjem uvjeta sposobnosti za obavljanje profesionalne djelatnosti te uvjeta tehničke sposobnosti u postupcima jednostavne nabave javni naručitelj bi općim aktom, kojeg sam donosi, nametnuo stroža pravila postupanja u postupcima u kojima se ne primjenjuje ZJN, odnosno nametnuo bi stroža pravila u postupci nabave robe i usluga te provedbe projektnih natječaja procijenjene vrijednosti manje od 200.000,00 kuna i radova procijenjene vrijednosti manje od 500.000,00 kuna.

Naime, u postupcima javne nabave iznad prethodno navedenih vrijednosti, a na koje se primjenjuje ZJN (a to su postupci javne nabave male i velike vrijednosti) javni naručitelj sukladno članku 256. stavak 3. ZJN-a, smije zahtijevati samo minimalne razine sposobnosti koje osiguravaju da će gospodarski subjekt biti sposoban izvršiti ugovor o javnoj nabavi te je propisivanje naprijed opisanih uvjeta sposobnosti ocijenjeno kao diskriminirajuće, odnosno kao postupanje koje dovodi do ograničavanja načela tržišnog natjecanja.

Analognom primjenom, UT je mišljenja kako bi opisanim postupanjem javni naručitelj u postupcima jednostavne nabave ili „bagatelne nabave“ sam sebi nametnuo stroža ograničenja od onih dopuštenih i propisanih ZJN-om te bi takvim postupanjem prekršio načelo jednakog tretmana i načelo zabrane diskriminacije, kao i načelo tržišnog natjecanja, a koja načela je obavezan poštovati sukladno ZJN-u, međutim u svrhu utvrđivanja štetnih posljedica (stvarnih ili potencijalnih) po proračun EU pa time i postojanje elemenata za izricanje financijske korekcije, potrebno je utvrditi sve relevantne okolnosti konkretnog slučaja.

Sumirano ističemo da se u svim, pa i jednostavnim nabavama, mora voditi računa, a time i provjeravati jesu li uvjeti sposobnosti adekvatno postavljeni. Nije dozvoljeno pretpostaviti da je naručitelj prilikom odabira gospodarskih subjekata iste odabrao u analizi tržišta koja je kao jedan od parametara uzela u obzir određeni uvjet jer ako je takvo postupanje izvjesno i logično, ne znači da je u svim pojedinačnim slučajevima postupak tako i proveden. Moguća je i situacija u kojoj je naručitelj poslao poziv na dostavu ponuda na određeni broj gospodarskih subjekata, a da jedan ili više ne udovoljava traženom uvjetu pa nije u mogućnosti poslati ponude upravo zbog diskriminatornosti/restriktivnosti traženog uvjeta. Takvo postupanje može biti slučajno, budući da naručitelj nije imao saznanja da pojedini ponuditelj zapravo ne udovoljava traženom uvjetu, ali može biti i način koji omogućuje manipuliranje u traženju određenog ponuditelja. Stoga nije dopušteno pretpostavljati da postavljanjem restriktivnog/diskriminatornog uvjeta nije došlo do narušavanja tržišnog natjecanja iako je tržište u ovakvim slučajevima ograničeno isključivo na odabrane gospodarske subjekte.

Ono što je specifičnost u takvim situacijama, za razliku od situacija u kojima postoji javna objava poziva, je to što takva nepravilnost ne mora nužno dovesti do financijskog učinka.

Naime, ukoliko su ponude dostavili svi pozvani ponuditelji, razvidno je da ovakva nepravilnost nije imala štetan financijski učinak na proračun EU budući da u konkretnom slučaju nije imalo utjecaj na tržišno natjecanje relevantnog tržišta, a to su odabrani gospodarski subjekti. Nadalje,

u slučajevima u kojima nisu dostavili ponude svi gospodarski subjekti, preporučljivo je, ukoliko već sam ponuditelj nije to naveo u obrazloženju nedostavljanja ponude, zatražiti od korisnika da pribavi izjave gospodarskih subjekta koji ponudu nisu dostavili o razlozima nepodnošenja ponude. Ukoliko iz pribavljenih izjava proizlazi da razlozi nepodnošenja ponuda nisu u vezi s postavljenim uvjetom sposobnosti, moguće je utvrditi da predmetno postupanje nije imalo štetan financijski učinak na opći proračun EU. U navedenim slučajevima radilo bi se o situaciji u kojoj je moguće utvrditi da u konkretnom slučaju nema nepravilnosti.

Međutim, i nadalje preporučujemo u ax ante provjeri nabave upozoravati korisnike na postavljene potencijalno restriktivne i/ili diskriminatorne uvjete sposobnosti, u svim nabavama pa tako i jednostavnim, kako bi se eliminiralo i samo postojanje nepravilnosti, a ne samo njezin štetan utjecaj i financijska korekcija.

3. DISKRIMINIRAJUĆE TEHNIČKE SPECIFIKACIJE / TEHNIČKE SPECIFIKACIJE KOJE OGRANIČAVAJU TRŽIŠNO NATJECANJE

3.1. Nepravilnosti povezane s upućivanjem na određenu marku ili izvor

Napomena: Ova točka se primjenjuje na obveznike ZJN-a, a smisao iste primjenjuje se i na NOJN u onoj mjeri koja je odgovarajuća s obzirom na konkretnu situaciju i pravila postupanja za NOJN.

Vezano za nabavu roba i usluga u građevinarstvu ističe se da po svojoj prirodi doista mogu biti specifični i zahtijevati stručno znanje prilikom propisivanja tehničkih specifikacija. Međutim, navođenje robnih marki u troškovniku je iznimka koja mora imati opravdanje u smislu kako to zahtijeva odredba 81. stavka 10. ZJN-a 2011 te odredba članka 210. stavaka 2. i 3. ZJN-a, u smislu da je takvo navođenje dopušteno samo ukoliko se predmet nabave ne može dovoljno precizno i razumljivo opisati, odnosno ako je to opravdano predmetom nabave, uz obvezno navođenje izraza „ili jednakovrijedan“. Definiranje predmeta nabave, osim što mora zadovoljiti stručne i tehničke kriterije u skladu s propisima iz građevinarstva, a što je i razumljivo, mora ujedno zadovoljiti i uvjetima ZJN-a 2011 i ZJN-a odnosno mora rezultirati zakonitim i pravilno provedenim postupkom javne nabave. Slijedom svega navedenog, opravdanost upućivanja na robne marke u troškovniku mora se bez iznimke provjeravati od strane nadležnog tijela koje provodi postupak kontrole.

U odnosu na adekvatnost utvrđivanja ograničavajućeg učinka i utvrđivanja nepravilnosti povezanih s upućivanjem na određenu marku ili izvor potrebno je, u skladu s načelom postupanja od slučaja do slučaja, u svakom pojedinom postupku utvrđivanja nepravilnosti, osigurati procjenu i obrazlaganje potencijalnog i/ili stvarnog štetnog učinka kao preduvjeta za adekvatno utvrđivanje nepravilnosti i za određivanje proporcionalne financijske korekcije temeljem procjene prirode i ozbiljnosti utvrđene nepravilnosti. U tom kontekstu, primjerice, nekad samo jedna stavka u troškovniku može prouzročiti ograničavanje tržišta, a nekad niti više stavaka ne mora rezultirati takvim učinkom.

Primjerice, u slučaju procjene da je u tehničkim specifikacijama neopravdano navedena robna marka, a koja je popraćena izrazom „ili jednakovrijedno“ te se adekvatnim pristupom (procjenom svih relevantnih okolnosti) utvrdi i obrazloži ograničavajući učinak tako određenih tehničkih specifikacija na tržišno nadmetanje, navedeno upućuje na postojanje nepravilnosti. Dobra praksa u takvim slučajevima podrazumijevala bi da obrazloženja osiguravaju pouzdanost ocjene o neopravdanosti navođenja robne marke kao i dokaze o nemogućnosti nuđenja jednakovrijednih proizvoda. Ukoliko se, u istom slučaju te istim pristupom utvrdi da ne postoji ograničavajući učinak, u tom slučaju, uslijed nepostojanja štetnog učinka, radilo bi se o formalnom nedostatku koji za posljedicu ne bi trebao imati utvrđivanje nepravilnosti.

a) U odnosu na nabave **radova, robe i usluga**, u slučaju kada PT2 utvrdi da je robna marka u troškovniku popraćena izrazom „ili jednakovrijedno“, no da upućivanje na robnu marku nije opravdano i/ili da nedostaju kriteriji za ocjenu jednakovrijednosti, u postupku utvrđivanja postojanja nepravilnosti, a posljedično tome i visine financijskog ispravka, u svakom pojedinom slučaju potrebno je utvrditi ograničavajući učinak tako propisanih tehničkih specifikacija na tržišno nadmetanje uz procjenu potencijalnog i/ili stvarnog štetnog učinka na proračun EU.

Prilikom ocjene postojanja ograničavajućeg učinka na tržište bitno je u svakom konkretnom slučaju utvrditi i jasno obrazložiti ima li takvo propisivanje tehničkih specifikacija učinak pogodovanja ili isključivanja određenih poduzeća ili određenih proizvoda.

Ukoliko nakon provedenog postupka ne postoji jasna uzročno-posljedična veza s učinkom na proračun EU kako je gore opisano te PT2 utvrdi da u konkretnom slučaju opisano postupanje nije dovelo do ograničavajućeg učinka tako određenih tehničkih specifikacija na tržišno nadmetanje, a posljedično tome do stvarnog ili potencijalnog financijskog učinka na proračun EU, tada se može zaključiti da nepravilnosti nema.

Uz to, u slučaju kada upućivanje na robnu marku nije bilo neophodno, ali je omogućeno nuđenje jednakovrijednog proizvoda sa ili bez navođenja kriterija za ocjenu jednakovrijednosti, smatra se da je tijekom ex-post kontrole prikladno utvrditi da ne postoji **diskriminatoran** učinak ili je on neznatan jer činjenično ponuditelji mogu ponuditi i druge jednakovrijedne proizvode.

Uz navedeno, važno je istaknuti da sam zahtjev o navođenju kriterija mjerodavnih za ocjenu jednakovrijednosti, iako predviđen čl. 210. ZJN-a, nije predviđen i čl. 42. Direktive br. 2014/24/EU .

Usprkos prethodno navedenom, sukladno trenutnoj praksi tijela u sustavu, predlaže se svakako izbjegavati upućivanje na određenu marku, izvor ili tip, s obzirom na to da je dosadašnje iskustvo pokazalo da naručitelji vrlo rijetko uspiju dokazati opravdanost takvog korištenja jer najčešće sama činjenica da su raspisani kriteriji jednakovrijednosti i način kako su propisani (u pravilu zapravo minimalne tražene tehničke karakteristike predmeta) upućuje na zaključak da je upućivanje na određenu marku / izvor i sl. neopravdano i nepotrebno.

Napomena - u svezi navođenja normi i njihovog određivanja u dokumentaciji za nadmetanje bez oznake „ili jednakovrijedno“ pojašnjava se kako će se kod NOJN-a raditi o potencijalnoj nepravilnosti isključivo ako je u Pravilima za NOJN-ove, koja su primjenjiva u konkretnom slučaju, zahtijevan takav navod.

b) Nadalje, kada se radi o situaciji kada je u troškovniku navedena robna marka (i sl.) bez izraza „ili jednakovrijedno“, ističemo sljedeće.

U skladu s člankom 144. stavkom 2. UREDBE (EU) br. 1303/2013, pri utvrđivanju financijskih ispravaka države članice uzimaju u obzir prirodu i težinu nepravilnosti te financijski gubitak za fondove i primjenjuju proporcionalni ispravak. Tijela sustava upravljanja i kontrole uvijek trebaju uzeti u obzir odvrćajući učinak koji ograničavajući element može imati na cijelu nabavu. Iako vrijednost stavke na koju se ograničavajući element odnosi u mnogo slučajeva može biti naznaka sporedne prirode te stavke, u drugim slučajevima čak i takva stavka ograničene vrijednosti može imati odvrćajući učinak (npr. u slučaju kad bi se vrlo specifična tehnologija za sporedni element smatrala obvezujućom). Zbog toga se razina financijskog ispravka treba utvrđivati od slučaja do slučaja. U okviru toga, ne samo da se sporedna priroda predmetne stavke na temelju njezine vrijednosti treba uzeti u obzir kao prvi pokazatelj mogućeg utjecaja na odvrćajući učinak, već se treba uzeti u obzir i analiza ukupnog učinka tražene posebne stavke na određenu nabavu i tehničke specifikacije.

Slijedom navedenog, razina financijskog ispravka povezanog s ograničavajućim elementima u javnoj nabavi treba se utvrđivati od slučaja do slučaja, na temelju kvantitativne i kvalitativne procjene u dva koraka. U procjeni bi trebalo uzeti u obzir odvrćajući učinak, kao i moguću sporednu prirodu predmetne stavke.

Nastavno na navedeno, ukoliko bi se procjenom zasebnog slučaja utvrdilo da je ograničavajući učinak prisutan, korekciju je potrebno utvrditi u skladu s važećim Pravilima/Smjernicama. U suprotnom, korekcija će se odrediti na način da se izuzme iznos predmetne stavke/i za koju/e je u troškovniku navedena robna marka (i sl.) bez izraza „ili jednakovrijedno“.

c) U odnosu na situaciju kada se prilikom navođenja robnih marki u tehničkim specifikacijama navodi izraz „kao“ i „slično“, umjesto propisanog izraza „ili jednakovrijedno“ te mogu li se takvi izrazi smatrati istoznačnicama propisanog izraza „ili jednakovrijedno“ te u odnosu na slučajeve kada javni naručitelj u troškovniku/tehničkim specifikacijama uz robne marke nije naveo izraz „ili jednakovrijedno“, međutim u skladu sa stavkom 2. gore navedenog članka 210. ZJN-a, javni naručitelj je u DoN-u naveo kriterije mjerodavne za ocjenu jednakovrijednosti predmeta nabave daje se mišljenje kako slijedi.

U skladu s člankom 210. stavkom 1. ZJN-a proizlazi da bi naručitelj u opisanim slučajevima trebao koristiti izraz „ili jednakovrijedno“ budući da ZJN ne poznaje izraze poput „kao“ ili „slično“.

Međutim, ako naručitelj u DoN-u navede kriterij mjerodavan za ocjenu jednakovrijednosti predmeta nabave sukladno odredbi članka 210. stavka 3. ZJN-a neovisno o tome što je u tehničkim specifikacijama naveo izraz „kao“ ili „slično“, mišljenja smo da bi naručitelj u tom slučaju postupio sukladno odredbama ZJN-a.

Iz svega naprijed navedenog ne treba proizvesti zaključak da naručitelji mogu proizvoljno navoditi izraze koji nisu „jezik“ javne nabave. Specifičan, stručan „jezik“ javne nabave treba koristiti u najvišoj mogućoj mjeri jer se tada izbjegavaju različita tumačenja o značenju pojedinih riječi. Iznimne situacije mogu se prihvatiti smo i jedino u slučaju ako je postignuta svrha javne nabave.

3.2. Nepravilnosti u svezi upućivanja na norme osiguranja kvalitete u dokumentaciji o nabavi

Napomena: Ova točka se primjenjuje isključivo na obveznike ZJN-a.

U skladu s člankom 73. stavcima 2. i 3. ZJN-a 2011 naručitelj mora priznati jednakovrijedne potvrde (certifikate) o sukladnosti sustava osiguranja kvalitete izdane od tijela za potvrđivanje osnovanih u drugim DČ, a naručitelj mora od gospodarskog subjekta prihvatiti i druge dokaze o jednakovrijednim mjerama osiguranja kvalitete. Također, u odnosu na ZJN, valja uvažiti odredbu da ako naručitelj zahtijeva prilaganje potvrda neovisnih tijela kojima se potvrđuje sukladnost gospodarskog subjekta s određenim normama osiguranja kvalitete, uključujući pristupačnost za osobe s invaliditetom, obavezan je uputiti na sustave osiguranja kvalitete koji se temelje na odgovarajućim serijama europskih normi koje su potvrdila akreditirana tijela, a naručitelj mora priznati jednakovrijedne potvrde tijela osnovanih u drugim DČ te mora prihvatiti dokaze o jednakovrijednim mjerama osiguranja kvalitete ako gospodarski subjekt iz objektivnih razloga nije mogao pribaviti potvrde iz stavaka 1. i 2. članka 270. ZJN-a u odgovarajućem roku, pod uvjetom da dokaže da su te mjere usklađene s traženim normama osiguranja kvalitete.

Iz navedenog proizlazi da je naručitelj dužan priznati jednakovrijedne potvrde: 1) tijela osnovanih u drugim DČ; 2) dokaze o jednakovrijednim mjerama osiguranja kvalitete pod uvjetima iz članka 270. stavka 3. ZJN-a u slučaju primjenjivosti tog zakona, odnosno druge dokaze o jednakovrijednim mjerama osiguranja kvalitete u slučaju primjenjivosti ZJN-a 2011.

Nastavno, odstupanje u pripremi DoN-a ili odstupanje od primjenjivih pravila prilikom pregleda i ocjene ponude predstavlja moguću nepravilnost. U tom smislu sankcioniranju je podložna samo situacija u kojoj bi iz DoN-a izričito ili implicitno bilo onemogućeno priznanje i prihvaćanje jednakovrijednih potvrda (certifikata) o sukladnosti sustava osiguranja kvalitete. Također, s obzirom na narav citiranih odredbi, njezino poštovanje se mora pratiti ne samo prilikom faze procjene valjanosti DoN-a, nego prvenstveno prilikom pregleda i ocjene ponude pa se u tom smislu treba provjeravati ispravnost postupanja naručitelja.

Za ocjenu radi li se o izuzetku od navedenih odredbi relevantnog ZJN-a koji je moguće primijeniti s obzirom na narav, specifičnost i primjenu pojedine norme, nadležno je u skladu s člankom 436. ZJN-a isključivo središnje tijelo državne uprave za politiku javne nabave - UTPJN Ministarstva gospodarstva i održivog razvoja, s obzirom da je isto nadležno za pružanje stručne pomoći u vezi s primjenom ZJN-a kroz davanje mišljenja, uputa i slično u skladu s člankom 177. ZJN-a te stručnu pomoć u vezi s primjenom ZJN-a kroz davanje mišljenja u skladu s člankom 436. točkom 4. ZJN-a.

4. JAMSTVA

Napomena: Sve točke iz poglavlja “4. Jamstva” primjenjuju se na obveznike ZJN-a, a smisao istih primjenjuje se i na NOJN u onoj mjeri koja je odgovarajuća s obzirom na konkretnu situaciju i pravila postupanja za NOJN.

4.1. Nepravilnosti u svezi postupanja kod pogreški u dostavljanju i iznosu na koji je izdana bankarska garancija

4.1.1. Postupanje kod pogrešaka u dostavljanju bankarske garancije

U slučajevima pogreški kod dostave bankarske garancije razlikujemo one koje dovode do znatne izmjene ugovora o (javnoj) nabavi od onih koje su manjeg značenja i stoga ne dovode do znatne izmjene ugovora.

a) Ukoliko se radi o znatnoj izmjeni elemenata ugovora, a vezano uz dostavu bankarske garancije, potrebno je primijeniti točku Smjernica i/ili relevantnih Pravila kojom je normirana znatna izmjena elemenata ugovora te odrediti financijski ispravak u visini 25% vrijednosti ugovora, pri čemu u obzir valja uzeti okolnosti svakog slučaja zasebno te razmotriti način i opseg izmjene elemenata ugovora u odnosu na dostavu zahtijevanih garancija. Ovdje se ističe da je za nedostavljanje bankarske garancije potrebno odrediti financijski ispravak u iznosu 25% vrijednosti ugovora.

Ukoliko je dostava jamstva za uredno izvršenje ugovora u određenom roku, na propisani način postavljena kao uvjet za sklapanje ugovora ili ako je kašnjenje u dostavi jamstva za uredno izvršenje ugovora u određenom roku, na propisani način postavljeno kao raskidni uvjet nakon potpisa ugovora, a ono nije dostavljeno u propisanom roku i na propisani način, tada takvo postupanje samo po sebi ne predstavlja bitnu izmjenu ugovora već je u postupku utvrđivanja nepravilnosti prvenstveno potrebno ocijeniti sve relevantne okolnosti slučaja. Potrebno je ukazati na činjenicu da Korisnik može raskinuti ugovor i provesti novo rangiranje ponuda, ali prije toga mora uzeti u obzir razloge kašnjenja i sve radnje ponuditelja iz kojih se može donijeti jasan zaključak o tome postoji li na strani ponuditelja volja da se ugovor održi ili ne. Ovdje treba ukazati i na odredbu članka 297. ZOO koji normira materiju uvjeta, i kojim je u stavku 3. propisano kako se uzima da je uvjet ispunjen ako njegovo ispunjenje protivno načelu savjesnosti i poštenja, spriječi strana na čiji je teret određen, odnosno da nije ispunjen ako njegovo ispunjenje, protivno načelu savjesnosti i poštenja, prouzroči strana u čiju je korist određen.

Nadalje, potrebno je sagledati relevantne okolnosti konkretnog slučaja pa će tako za ocjenu postojanja nepravilnosti i njezine težine, osim činjenice da unatoč propisanog raskidnog uvjeta kod ponuditelja postoji jasno izražena volja da će dostaviti jamstvo, pa isto i bude dostavljeno sa zakašnjenjem, izvan roka propisanog DoN-om, biti potrebno uzeti u obzir koliko je ono iznosilo, je li dostavljeno jamstvo u visini zahtijevanog iznosa i na koji vremenski period, je li dostavljeno jamstvo u konačnici pokrivalo period koji je bio određen dokumentacijom o nadmetanju, jesu li za neki period ili ukupno trajanje bila dostavljena slabija sredstva osiguranja i sl., a kako je već navedeno u ovim Uputama.

Tek ukoliko je naručitelj mogao nedvojbeno zaključiti da jamstvo za uredno izvršenje ugovora neće biti dostavljeno niti u nekom naknadnom roku, tada je bio dužan sukladno članku 214.

ZJN-a aktivirati jamstvo za ozbiljnost ponude te izvršiti ponovno rangiranje ponuda i to sukladno članku 307. stavak 7. točka 4. ZJN-a. Postupanje Korisnika suprotno navedenom dovelo bi do sklapanja ugovora s pogrešno odabranim gospodarskim subjektom te kao takvo predstavlja nepravilnost za koju je propisana stopa financijskog ispravka 25% od ugovorenog iznosa.

Također, prilikom donošenja odluke o bitnoj izmjeni ugovora u slučaju kada je ugovor već sklopljen, potrebno je sagledati i uzeti u obzir odredbe članka 73. i članka 72. stavak 4. Direktive (EU) 2014/24, koje su prenesene u članak 322. točka 1. i članak 321. stavak 2. točka 1. i 2. ZJN-a, a kojima su propisani slučajevi kada je raskid ugovora obavezan. To su slučajevi u kojima je ugovor značajno izmijenjen, što zahtijeva provođenje novog postupka nabave. Navedenim odredbama ZJN-a propisano je kako se u svakom slučaju smatra da je ugovor značajno izmijenjen ako je ispunjen jedan ili više sljedećih uvjeta:

1. izmjenom 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,

2. izmjenom se mijenja ekonomska ravnoteža ugovora u korist ugovaratelja na način koji nije predviđen prvotnim ugovorom.

Nadalje, od prethodno navedenog potrebno je razlikovati postupanje Korisnika koje ne bi predstavljalo bitnu izmjenju, a koje je potrebno na temelju okolnosti svakog pojedinog slučaja ocijeniti i utvrditi je li došlo do počinjenja nepravilnosti i koja je težina iste. Tako je potrebno razlikovati slučajeve kada je u ugovoru navedeno da se on „može“, a ne izričito da se mora raskinuti, tada u tim slučajevima isto ne predstavlja znatnu izmjenju budući da u slučaju kašnjenja do raskida ugovora nije moralo doći. U toj situaciji nije sklopljen ugovor s ponuditeljem s kojim se nije mogao sklopiti, odnosno nije riječ o slučaju kada je trebalo provesti novi postupak nabave.

b) Ukoliko se radi o kašnjenju u dostavi garancija, pri ocjeni radi li se o znatnoj izmjeni elemenata ugovora ili ne, potrebno je uzeti u obzir sve okolnosti predmetnog slučaja (npr. je li u slučaju kašnjenja u dostavi jamstva za povrat predujma, predujam isplaćen prije dostave zahtijevanog jamstva; je li u slučaju kašnjenja u dostavi garancije za uredno izvršenje ugovora plaćanje po ispostavljenom računu / situaciji obavljeno prije dostavljene garancije za uredno izvršenje ugovora, itd.) te da li je u slučajevima znatne izmjene elemenata ugovora, a koji su ovdje navedeni primjerice, potrebno odrediti financijski ispravak u visini 25% vrijednosti ugovora.

Napomena - ovaj se popis ne treba smatrati zatvorenim već samo kao primjer slučajeve radi li se o znatnoj izmjeni elemenata ugovora ili ne.

Iako su predmetne situacije navedene samo primjerice te je ostavljena mogućnost da bi i druge okolnosti mogle biti od utjecaja pri ocjeni radi li se o bitnoj izmjeni ugovora, ipak je činjenica izvršenog plaćanja kao primjer dovedena u svezu samo s jamstvom za povrat predujma, a ne generalno sa dostavom bilo kakvog jamstva. Jamstvo za otklanjanje nedostataka je po svojoj svrsi i naravi drugačije od navedenih, budući da su u trenutku dospjeća obveze dostave predmetnog jamstva, sva plaćanja (ili njihov pretežiti dio) već izvršena slijedom čega bi proizlazilo da bi se, u slučaju uzimanja te činjenice kao relevantne, neminovno radilo o bitnim izmjenama. Međutim, razumijevanje okolnosti koji bi odgodili dostavu predmetnog jamstva moralo bi biti jednakovrijedno onima kada se dostavljaju i druga jamstva te se ne može

zaključiti da bi kašnjenje u dostavi jamstva za otklanjanje nedostataka od par dana nužno predstavljalo znatnu izmjenu početnih uvjeta ugovora. Stoga je i u ovom slučaju potrebna gradacija težine zakašnjenja, no naravno i uzimanje u obzir svih okolnosti koje su značajne za određivanje ozbiljnosti nepravilnosti u toj specifičnoj situaciji. Zaključno, kod sagledavanja relevantnih okolnosti vezano za kašnjenje u dostavi jamstva za otklanjanje nedostataka uzima u obzir činjenica je li u razdoblju koje zbog kašnjenja nije bilo pokriveno nastupio osigurani slučaj i način na koji je isti otklonjen te je li njegovo otklanjanje negativno utjecalo na realizaciju ugovora. Zaključno, ukoliko nadležno PT 2 utvrdi da je nastupio osigurani slučaj, ali je nedostatak u roku otklonjen i nije stoga imao negativan učinak na dinamiku realizacije ugovora, utvrditi će se kako nema elemenata nepravilnosti u konkretnom slučaju.

Zaključno, u slučajevima kašnjenja u dostavi jamstva pri ocjeni radi li se o znatnoj izmjeni ugovora potrebno je prvenstveno uzeti u obzir vrstu i svrhu samog jamstva te posljedice koje je kašnjenje uzrokovalo u konkretnom slučaju.

c) U situacijama u kojima je zahtijevana garancija dostavljena sa zakašnjenjem, ali koji slučajevi nisu obuhvaćeni pod-točkom b) ove točke, valja sagledati radi li se o takvom kašnjenju da je došlo do izmjene ugovora nakon sklapanja istoga na način da se, u iako manjem opsegu i s manjim značajem, utjecalo na ekonomsku ravnotežu između naručitelja i odabranog ponuditelja. Slijedom navedenog potrebno je odrediti za takve slučajeve financijski ispravak, proporcionalno načinu i opsegu izmjene elemenata ugovora u odnosu na dostavu zahtijevanih garancija.

U smislu navedenoga, daje se uputa da je potrebno za donošenje odluke o nepravilnosti primijeniti slijedeće:

- za kašnjenje u dostavi do 8 radnih dana UT smatra da nije potrebno odrediti nepravilnost;

Nadalje, ukoliko se kašnjenje u dostavi odnosi na razdoblje od 9 i više dana, tada je nužno utvrditi je li kašnjenje opravdano. Ukoliko je do kašnjenja došlo uslijed radnje ili propusta koji se ne mogu pripisati korisniku (događaj koji korisnik nije mogao predvidjeti, spriječiti, izbjeći ili otkloniti) tada se radi o opravdanom kašnjenju i utvrđuje se da nema nepravilnosti. Ukoliko se radi o neopravdanom kašnjenju tada je potrebno utvrditi nepravilnosti i odrediti financijski ispravak kako slijedi;

- 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

Navedena dopuna točke c) odnosi se i na primjenu:

- za kašnjenje ili nepotpunu pokrivenost veću od 20 dana potrebno je odrediti ispravak u visini od 10% samo ako kašnjenje ne doseže 50% ukupno određenog roka koje treba vrijediti. Naprotiv, ako bi bilo dostavljeno jamstvo sa zakašnjenjem (ili kraćim trajanjem) od 50 ili više % ukupno ugovorenog roka važenja jamstva, tada se radi o bitnoj izmjeni ugovora za koju treba odrediti korekciju u iznosu od 25% iznosa ugovora.

U navedenim slučajevima kašnjenja utvrđivati će se radi li se opravdanom razlogu pa ukoliko je on opravdan, tada nije potrebno utvrditi nepravilnost.

d) Ukoliko je izvršitelj umjesto bakarske garancije, bankovne mjenice, ovjerenog čeka, obveznice koje daju osiguravajuća kuća i/ili tvrtke za obveznice ili neopozivi akreditiv dostavio bjanko zadužnicu, a dostavljeno jamstvo je dostavljeno pravodobno, pokrivalo je rok važenja na koji je isto trebalo biti i izdano te na iznos koji je zahtijevan DoN-om i ugovorom o nabavi, moguće je odrediti financijski ispravak u visini 5% vrijednosti ugovora o nabavi.

Ukoliko izvršitelj dostavi bankarsku garanciju suprotno odredbama DoN-a koja nalažu dostavu bjanko zadužnice, tada se kod određivanja financijske korekcije trebaju primjenjivati pravila koja se odnose na kašnjenje bjanko zadužnice jer se ne može strože sankcionirati izvršitelja samo zato jer je sam odabrao drugi instrument osiguranja od onog koji je DoN-om bio propisan.

e) Nadalje, prilikom utvrđivanja nepravilnosti potrebno je voditi računa i o mogućim izmjenama načina dostave jamstva. Npr., ako je u dokumentaciji o nadmetanju određena obveza dostave jamstva koje bi vrijedilo 4 godine, a ugovaratelj u predviđenom trenutku dostavi jamstvo koje vrijedi 2 godine pa prije isteka tog jamstva isto produži ili pribavi novo na 2 godine, unatoč činjenici da bi u konačnici svrha dostave jamstva bila ispunjena, sam način dostave je izmijenjen na način da je ugovaratelju olakšana obveza. Iz navedenog također proizlazi da, kako sam ugovaratelj nije bio u mogućnosti dostaviti u zadanom trenutku puno jamstvo, jednako tako možda nije bio u mogućnosti neki drugi zainteresirani gospodarski subjekt koji se iz tog razloga nije javio, a koji bi se, u slučaju da je ovakva mogućnost dostave jamstva bila odmah predviđena, odazvao nadmetanju. Međutim, hoće li izmjena načina dostave jamstva predstavljati izmjenu ugovora s manjim opsegom i manjim značajem ili bitnu izmjenu, ocijenit će se za svaki slučaj zasebno uzimajući u obzir okolnosti kao npr. jesu li dostavljena jamstva u konačnici pokrivala period koji je bio određen dokumentacijom o nadmetanju, jesu li za neki period ili ukupno trajanje bila dostavljena slabija sredstva osiguranja i sl.

U slučaju kada su kumulativno ispunjeni slijedeći uvjeti radi se o izmjeni ugovora s manjim značenjem:

1. jamstvo ne pokriva cijelo razdoblje na koje je trebalo biti izdano sukladno dokumentaciji o nabavi, ali pretežiti dio razdoblja na koji je dokumentacijom o nabavi zahtijevano jamstvo pokriven je takvim prvotno dostavljenim jamstvom,

2. prvotno dostavljeno jamstvo koje nije dostavljeno za cijelo razdoblje trajanja jamstva, definiranog dokumentacijom o nabavi, mora biti dostavljeno u obliku, u roku i u iznosu kako je zahtijevano u dokumentaciji o nabavi,

3. naknadno dostavljenim jamstvom je pokriveno i preostalo razdoblje koje prvotno dostavljenim jamstvom nije bilo pokriveno pa nema prekida u trajanju jamstva,

4. novo, naknadno dostavljeno jamstvo koje pokriva cijelo razdoblje trajanja jamstva, kako je definirano dokumentacijom o nabavi, dostavljeno je za vrijeme trajanja prvotno dostavljenog jamstva (kraćeg trajanja), moguće je utvrditi da je izmjena početnih uvjeta takva da je izvjesno da ista ne bi dovela do drugih ili drugačijih ponuda te da nije izmijenjena ekonomska ravnoteža u korist ugovaratelja na način na koji bi se utjecalo na tržišno natjecanje.

U smislu navedenoga, a radi poštivanja načela razmjernosti, u navedenim slučajevima moguće je utvrditi da se zbog manjeg značaja izmjene ugovora ne radi se o nepravilnosti pri čemu valja utvrditi sve okolnosti - primjerice: je li do dostave jamstva koje pokriva cijelo razdoblje nastao štetan događaj koji je razlog za naplatu jamstva, je li jamstvo kakvo je dostavljeno, a ne pokriva cijelo razdoblje, u skladu sa zahtjevima iz dokumentacije o nadmetanju, koliki je omjer pokrivenog i nepokrivenog razdoblja i tome slično.

Naime, prilikom ishođenja bankarske garancije kao sredstva osiguranja potrebno je prije svega snositi financijski teret njezinog izdavanja koji se očituje u cijeni koja odgovara postotku garantiranog iznosa te je proporcionalna duljini trajanja osiguranja. U slučaju kada je primjerice ugovoreno da je jamstveni rok za izvedene radove pet godina, koji počinje teći od dana uspješno obavljenog tehničkog pregleda, a jamstvo je dostavljeno na rok od 5 godina kako je i traženo, ali s datumom važenja prije obavljenog tehničkog pregleda iz čega proizlazi da njegova valjanost ističe prije nego što bi trebala ne bi se radilo o situaciji olakšavanja obveza, odnosno izmjene ekonomske ravnoteže u korist ugovaratelja unatoč nespornoj činjenici da dostavljena garancija ne pokriva period koji je zatražen DoN-om. Na taj način je došlo do kršenja odredbi dokumentacije o nabavi koja određuje vremenski period koji garancija mora pokrivati, a time i odredbe 313. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine, broj 120/16) koja u st. 1. propisuje da ugovorne strane izvršavaju ugovor o javnoj nabavi u skladu s uvjetima određenima u dokumentaciji o nabavi i odabranom ponudom, međutim kako takvo kršenje ne utječe na tržišno natjecanje, ne proizvodi niti štetni financijski učinak na proračun EU. Stoga bi bilo uputno u ovom smislu zaključiti da nema elemenata nepravilnosti.

Međutim, postojanje nepravilnosti može se očitovati u nepokrivenosti cijelog zahtijevanog razdoblja bankarskom garancijom. No u tom smislu potrebno je prije svega pokušati otkloniti postojanje nepravilnosti ako je to još uvijek moguće, odnosno ako još nije nastupilo razdoblje nepokrivenosti. Jednako tako, ako još nije nastupilo razdoblje nepokrivenosti, ne može se govoriti o postojanju sumnje na nepravilnost jer se radi o budućem događaju koji može, ali i ne mora nastupiti. Tek u slučaju da nastupi, potrebno je isto postupanje sagledati u vidu potencijalne sumnje na nepravilnost tako da bi prijava sumnje prije nastupa konkretnog događaja bila preuranjena.

4.1.2. Postupanje kod pogrešaka u odnosu na iznos na koji je bankarska garancija izdana

U situacijama u kojima je zahtijevana bankarska garancija izdana i dostavljena na vrijeme, ali nije u skladu s DoN-om i/ili sklopljenim ugovorom o nabavi, potrebno je odrediti za takve slučajeve financijski ispravak, proporcionalno načinu i opsegu dostavljene garancije u odnosu na dostavu zahtijevanih garancija, a što se tiče visine traženog iznosa.

U smislu navedenoga, potrebno je za donošenje odluke o nepravilnosti primijeniti slijedeće:

- ukoliko se radi o dostavljenoj bankarskoj garanciji s iznosom za do 20% manjim (uključujući i 20%) od prvotno traženoga iznosa garancije potrebno je odrediti financijski ispravak u visini 5% iznosa ugovora;
- ukoliko je dostavljena bankarska garancija s iznosom za od 21% do 25% manjim (uključujući i 25%) od prvotno traženoga iznosa garancije potrebno je odrediti financijski ispravak u visini 10% iznosa ugovora;

- ukoliko je dostavljena bankarska garancija s iznosom za više od 25% manjim od prvotno traženoga iznosa garancije potrebno je odrediti financijski ispravak u visini 25% iznosa ugovora;
- u odnosu na situacije kada nije utvrđeno kašnjenje u dostavi bankarske garancije, ali istom nije pokriveno cijelo razdoblje na koje je takva garancija trebala biti izdana, valja primijeniti uputu koja se odnosi na kašnjenje u dostavi bankarske garancije **podtočkom c) točke 4.1.1.**

Dodatno, u slučajevima kada bankarskom garancijom nije pokriveno cijelo razdoblje na koje je takva garancija trebala biti izdana potrebno je provjeriti dolazi li određivanjem financijske korekcije sukladno prethodnoj **podtočki c) točke 4.1.1.** do narušavanja načela proporcionalnosti. Naime, u slučajevima kada je izvršenost ugovora o javnoj nabavi veća od 85% (uključujući i 85%), uvažavajući načelo proporcionalnosti, potrebno je financijsku korekciju odrediti sukladno Smjernicama i/ili relevantnim Pravilima na preostali neizvršeni dio ugovora o javnoj nabavi.

Pod izvršenošću ugovora smatra se vrijednost isporučenih roba, izvršenih usluga odnosno obavljenih radova u odnosu na cjelokupnu vrijednost nabave, pri čemu se kao dokaz u obzir uzimaju ispostavljeni računi a ne podneseni zahtjev za nadoknadu sredstava.

Prilikom računanja rokova u svim slučajevima kašnjenja dostavljanja garancija, kao početak roka uzima dan izdavanja garancije, a ne dan dostave budući da sama garancija proizvodi učinke upravo od tog dana, pa se stoga datum dostave ne smatra relevantnim kod određivanja financijskog ispravka.

4.1.3. Postupanje kod pogrešaka u dostavljanju bankarske garancije u slučaju sklapanja dodataka ugovoru o javnoj nabavi

U odnosu na slučajeve kada se nepravilnost odnosi na bankarske garancije, bilo da se radi o kašnjenju u dostavi, bilo da bankarska garancija ne glasi na iznos propisan u DoN-u, upute dane **točkom 4.1.1. i točkom 4.1.2.**, analogno se primjenjuju i na sve dodatke predmetnog ugovora o nabavi.

Naime, s obzirom na to da se DoN om propisuju obveze ponuditelja za ugovor kao cjelinu, a kojeg su sastavni dio i svi eventualni dodaci koji mogu biti sklopljeni tijekom njegove realizacije, u pogledu obveza koje se odnose na bankarsku garanciju sve odredbe DoN-a u tom smislu neposredno se primjenjuju i na dodatke. To znači da je ponuditelj razmjerno odredbama dodatka ugovora dužan ispuniti obveze u odnosu na dostavu jamstava u pogledu povećane vrijednosti ugovora, njegovog trajanja i ostalih elemenata koji su povezani s nekim od propisanih jamstava. U suprotnom, takav propust ima elemenata nepravilnosti te su tijela dužna utvrditi sve relevantne činjenice i ocijeniti od kakvog je značaja propust ponuditelja da dostavi novo/izmijenjeno jamstvo imao na načela (javne) nabave a time i na postojanje financijskog učinka u konkretnom slučaju.

U slučaju nepravilnosti zbog nedostavljanja jamstva kod povećanja vrijednosti ugovora korekcija se određuje u odnosu na vrijednost dodatka ili dodataka ugovoru koji nisu bili pokriveni jamstvom, a ne na osnovu vrijednosti cijelog ugovora.

4.1.4. Postupanje kod pogrešaka u dostavljanju bjanko zadužnice

U slučajevima kada javni ponuditelj kao instrument osiguranja nije dostavio bjanko zadužnicu odnosno dostavljena je sa zakašnjenjem i utjecaj takvog postupanja na postojanje nepravilnosti u smislu primjene Smjernica i/ili relevantnih Pravila potrebno je prije svega uputiti na odredbu članka 215. stavak 1. OZ-a u smislu koje dužnik može privatnom ispravom potvrđenom kod javnog bilježnika dati suglasnost da se radi naplate tražbine čiji će iznos biti naknadno upisan u ispravi zaplijene svi njegovi računi kod banaka, te da se novčana sredstva s tih računa, u skladu s njegovom izjavom sadržanom u toj ispravi, izravno s računa isplate vjerovniku koji je određen u ispravi ili koji će naknadno biti u nju upisan (bjanko zadužnica). Takva isprava izdaje se u jednom primjerku i, nakon što u nju bude upisan iznos tražbine i podaci o vjerovniku, ima učinak rješenja o ovrsi kojim se zapljenjuje tražbina po računu i prenosi na ovrhovoditelja.

Slijedom navedenog, nedostava/kašnjenje u dostavi bjanko zadužnice samo po sebi ne predstavlja nepravilnost, izuzevši slučajeve kada takvo postupanje za posljedicu ima financijski učinak na proračun EU, a što se mora utvrditi u svakom pojedinačnom slučaju. Pri ocjeni radi li se o nepravilnosti kada nije dostavljena/zakašnjela bjanko zadužnica koja je sukladno DON-u bila instrument osiguranja za dobro izvršenje posla ili otklanjanje nedostataka, potrebno je utvrditi je li u nepokrivenom razdoblju došlo do štetnog događaja te način i dinamiku otklanjanja. Ukoliko se utvrdi da je ponuditelj postupao sukladno načelima dobrog gospodarstvenika te priznao postojanje nedostataka i iste otklonio u razumnom roku, tada se može zaključiti kako nema elemenata nepravilnosti u konkretnom slučaju.

Nadalje, ukoliko je bjanko zadužnica DoN-om bila propisana kao sredstvo osiguranja za ozbiljnost ponude, pa unatoč kršenju odredbi DoN-a (kašnjenje odnosno nedostava) dođe do sklapanja ugovora, tada se može zaključiti kako nije bilo elemenata nepravilnosti budući da je ugovor sklopljen i više ne postoji rizik za postojanje financijskog učinka. UT je svjestan važnosti dostave jamstva za ozbiljnost ponude i posljedica koje kod nedostave propisuje ZJN, međutim za postojanje nepravilnosti osim kršenja pozitivnih pravnih propisa nužno je utvrditi i jasnu uzročno posljedičnu vezu navedenog propusta na načela nabave i dovesti sve u svezu s postojanjem financijskog rizika u konkretnom slučaju. Bjanko zadužnica po svojoj pravnoj prirodi koja je gore objašnjena nema odvratajući učinak na potencijalne ponuditelje jer samim izdavanjem ne stvara nikakve obveze u odnosu na ponuditelja, a nepravilnost nastaje tek u momentu kada dođe do osiguranog slučaja koji pak mora imati negativan učinak na sklapanje, provedbu ugovora odnosno na postupak uklanjanja nedostataka, a što se utvrđuje u svakom konkretnom slučaju.

4.1.5. Učinak pogreški kod dostavljanja bjanko zadužnice na utvrđivanje nepravilnosti

Za postupanje u slučajevima u kojima je u DoN-u propisana obveza dostavljanja bjanko zadužnice kao instrumenta osiguranja, a ponuditelj je nije dostavio, **ukazujemo na gornju točku 4.1.4.**, a koja se odnosi na postupanje u slučaju kašnjenja u dostavi bjanko zadužnice i u kojoj je detaljnije opisana njena pravna priroda pozivajući se na odredbu članka 215. stavak 1.OZ-a.

U slučajevima kada je ugovor o javnoj nabavi u kojem je kao sredstvo osiguranja propisana obveza dostavljanja bjanko zadužnice, pa ona nije dostavljena, za odlučivanje o postojanju nepravilnosti valja sagledati koje su posljedice takvog postupanja javnog ponuditelja u svakom konkretnom slučaju, odnosno je li time došlo ili moglo doći do narušavanja tržišne ravnoteže u korist ponuditelja. Naime, u slučaju kada je ugovor izvršen u cijelosti pa tijekom ex post kontrole provedbe postupka javne nabave nadležno PT2 utvrdi da ponuditelj nije dostavio

bjanko zadužnicu, takav propust, iako predstavlja nepravilnost u konkretnom slučaju nije mogao dovesti do štete za proračun EU, stoga nije potrebno niti određivati financijski ispravak. Međutim, u slučaju kada se navedena nepravilnost otkrije tijekom razdoblja izvršenja ugovora o javnoj nabavi, tada je u svrhu donošenja odluke o nepravilnosti i visine financijskog ispravka potrebno utvrditi kakve posljedice je takav propust imao ili mogao imati za proračun EU, pa ukoliko nadležno PT2 tijekom postupka utvrdi kako su štetne posljedice nastupile, tada je potrebno odrediti financijski ispravak.

Pri tome će PT2 utvrditi poštivanje rokova provedbe projekta do trenutka uočavanja sumnje na nepravilnost, opseg izvršenosti ugovora te financijsku situaciju izvođača u razdoblju izvršenja ugovora o nabavi, odnosno bi li on imao poteškoća u slučaju naplate penala ili ne. Navedene činjenice potrebno je uzeti u obzir upravo iz razloga da bi se utvrdilo je li postojala stvarna, odnosno potencijalna opasnost po proračun EU. Naime, ukoliko iz utvrđenih činjenica proizlazi da je ponuditelj, odnosno izvođač, uredno i u propisanim rokovima provodio projekt te da u konkretnom slučaju nije došlo do kašnjenja ili drugih situacija koje bi mogle imati negativan utjecaj na tijek radova, tada nema elemenata koji bi ukazivali na postojanje potencijalne opasnosti za proračun EU pa se ne bi niti određivao financijski ispravak. Ujedno valja ukazati da se mogući nastanak štete uslijed kašnjenja ili drugih situacija može naplatiti i na osnovu samog ugovora o građenju u vidu penala. Bjanko zadužnica nije jedini instrument osiguranja pa zato kod njenog nedostavljanja treba utvrditi jesu li postojali i drugi instrumenti osiguranja od mogućeg nastanka štete.

Međutim, ukoliko PT2 uvažavajući okolnosti svakog pojedinačnog slučaja utvrdi da je financijski rizik ipak postojao, potrebno je poštujući načelo razmjernosti uzeti u obzir kao olakotne sve one okolnosti koje su utjecale na smanjenje predmetnog rizika i shodno tome umanjiti financijski ispravak.

4.2. Nepravilnosti u svezi police osiguranja

Zakonom o komori arhitekata i komorama inženjera u graditeljstvu i prostornom uređenju (NN 78/15, 114/18, 110/19) propisano je u članku 1. stavak 2. kako se ovim Zakonom između ostalog regulira osiguranje, osiguranje od odgovornosti, prekršajne odredbe i nadzor nad provođenjem Zakona. Iz odredbe članka 2. stavak 2. navedenog Zakona, proizlazi kako se u Komoru obvezno udružuju ovlašteni arhitekti, ovlašteni arhitekti urbanisti, ovlašteni inženjeri, ovlašteni voditelji građenja, ovlašteni voditelji radova koji u svojstvu ovlaštene osobe obavljaju stručne poslove prostornog uređenja, poslove projektiranja i/ili stručnog nadzora građenja i vođenja građenja radi zastupanja i usklađivanja zajedničkih interesa, zaštite javnog interesa i zaštite interesa trećih osoba. Sukladno odredbi članka 26. navedenog Zakona, članstvo u Komori i pravo uporabe strukovnog naziva stječe se rješenjem o upisu u odgovarajući imenik članova odgovarajuće komore. Nadalje, člankom 54. Zakona propisana je dužnost osiguranja. Stavkom 1. istog članka Zakona propisano je kako su se ovlašteni arhitekt, ovlašteni arhitekt urbanist, ovlašteni inženjer, ovlašteni voditelj građenja, ovlašteni voditelj radova i strana ovlaštena osoba dužni osigurati od profesionalne odgovornosti, primjereno vrsti i stupnju opasnosti, za štetu koju bi obavljanjem poslova, odnosno djelatnosti mogli učiniti investitoru ili drugim osobama za sve vrijeme obavljanja poslova, odnosno djelatnosti pri čemu iznos osiguranja ne može biti manji od 1.000.000,00 kuna.

Na temelju prije citiranih odredbi Zakona, članovi Komore moraju biti osigurani, tj. imati sklopljene police osiguranja jer u suprotnom ne bi niti mogli obavljati svoju djelatnost, pa stoga u slučaju kašnjenja u dostavljanju, odnosno nedostavljanje i/ili postojanje nedostataka u sadržaju police ne bi bili osnova za prijavu sumnje na nepravilnost jer se ne radi o slučajevima u kojima bi dolazila u obzir primjena relevantne odredbe Smjernica i/ili relevantnih Pravila koja

normira nepravilnosti uzrokovane znatnim izmjenama elemenata ugovora određenih u pozivu na nadmetanje ili u DoN-u. Naime, naknadnom dostavom polica ne mijenjaju se elementi ugovora u smislu da dolazi do narušavanja ekonomske ravnoteže u korist ponuditelja. Samo članstvo u Komori pretpostavlja da je član osiguran, budući da Komora preuzima osnovno osiguranje od profesionalne odgovornosti svojih članova (ovlaštenih arhitekata, ovlaštenih arhitekata urbanista, ovlaštenih inženjera, ovlaštenih voditelja građenja i ovlaštenih voditelja radova, te stranih ovlaštenih osoba), a članovi Komore dužni su Komori plaćati naknadu za profesionalno osiguranje, kako je to propisano odredbom članka 55. navedenog Zakona. Stoga kao zaključak ponavljamo kako u ovakvim slučajevima ne postoji nepravilnost u smislu relevantne odredbe Smjernica i/ili relevantnih Pravila koja normira nepravilnosti uzrokovane znatnim izmjenama elemenata ugovora određenih u pozivu na nadmetanje ili u DoN-u.

Nadalje, u odnosu na police osiguranja za izvođače radova, ističemo kako nema razlike u obvezi osiguranja između ovlaštenih inženjera građevinarstva, ovlaštenih voditelja građenja i ovlaštenih voditelja radova. Naime, svi su oni članovi Komore, pa se slijedom toga i na ovlaštene voditelje građenja, te voditelje radova u pogledu polica osiguranja od profesionalne odgovornosti primjenjuju ista pravila, odnosno svi su na temelju navedenog Zakona dužni sklopiti policu obveznog osiguranja. U svrhu potvrde navedenog upućujemo na informacije objavljene na službenoj stranici Hrvatske komore inženjera građevinarstva na kojoj je objavljena obavijest koja se odnosi na klauzulu za osiguranje od profesionalne odgovornosti u inženjerskim poslovima u prostornom uređenju i gradnji. Iz obavijesti proizlazi sljedeće: „Dana 30. svibnja 2017. godine potpisan je Ugovor o obveznom osiguranju ovlaštenih inženjera građevinarstva, ovlaštenih voditelja građenja, ovlaštenih voditelja radova i stranih ovlaštenih osoba članova Komore od profesionalne odgovornosti u poslovima prostornog uređenja i gradnje između Croatia osiguranja d.d. i Hrvatske komore inženjera građevinarstva.“

Slijedom navedenog, ovlašteni voditelji građenja i ovlašteni voditelji radova moraju imati sklopljenu policu obveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti (koja se obnavlja svake godine) jednako kao i ovlašteni inženjeri, stoga u tom smislu niti u ovom slučaju nedostavljanje police odnosno kašnjenje u dostavljanju ili postojanja nedostataka u sadržaju, ne mogu se smatrati razlozima koji bi opravdavali prijavljivanje sumnje na nepravilnost.

Budući da se u svojstvu ovlaštenih arhitekata, ovlaštenih arhitekata urbanista, ovlaštenih inženjera, ovlaštenih voditelja građenja i ovlaštenih voditelja radova kao ponuditelji mogu javljati i subjekti sa sjedištem izvan Republike Hrvatske, koji stoga nisu članovi Komore, u tom smislu u pogledu dostave polica osiguranja upućujemo na primjenu odredbe članka 266. ZJN-a, kojom se normira način dokazivanja sposobnosti za obavljanje profesionalne djelatnosti gospodarskog subjekta. Stavkom 2. navedenog članka propisano je kako se u konkretnom slučaju treba dostaviti potvrda o ovlaštenju ili članstvu u određenoj organizaciji u državi sjedišta poslovnog subjekta. Posebno valja napomenuti kako je navođenje članstva u Komori, kao uvjeta sposobnosti ponuditelja, a bez primjene citirane odredbe članka 266. ZJN-a, odnosno propisivanja potrebe dostavljanja dokaza o sposobnosti za strane ponuditelje, smatra nepravilnošću, te sa sobom kao posljedicu povlači i određivanje financijskog ispravka u smislu odredbi Smjernica i/ili relevantnih Pravila koje normiraju nezakonite i/ili diskriminacijske uvjete sposobnosti i/ili kriterije za odabir ponude utvrđene u pozivu na nadmetanje ili dokumentaciji za nadmetanje.

4.3. Nepravilnosti u svezi pogreški kod dostavljanja jamstva za povrat predujma

U odnosu na slučajeve kada je DoN-om propisana obveza ponuditelja da dostavi jamstvo za povrat predujma u formi bankarske garancije, pa ona bude dostavljena sa zakašnjenjem, tada je potrebno analogno primijeniti točku 4.1.1. Sažetog pregleda uputa, odnosno metodologiju iz

pod-točke c) navedene točke i to ovisno o danima kašnjenja. Međutim, kako se u slučaju isplate predujma, jamstvo odnosi upravo na povrat predmetnog iznosa tada se kao osnova za izricanje korekcije treba uzeti iznos isplaćenog predujma, a ne vrijednost ugovora o nabavi budući da su u opisanoj situaciji ugrožena (ili potencijalno ugrožena) isključivo sredstva koja su isplaćena na ime predujma, a ne iznos na koji je sklopljen ugovor o (javnoj) nabavi.

Nadalje, u slučaju kada se predmetno jamstvo sukladno DoN-u trebalo dostaviti u formi bjanko zadužnice, a ponuditelj je zakasnio sa dostavom, tada se analogno trebaju primijeniti točke 4.1.4 i 4.1.5. ovih Uputa. I u ovom slučaju kao osnova za izricanje korekcije treba se uzeti iznos isplaćenog predujma, a ne vrijednost ugovora o nabavi budući da su u opisanoj situaciji ugrožena (ili potencijalno ugrožena) isključivo sredstva koja su isplaćena na ime predujma, a ne iznos na koji je sklopljen ugovor o (javnoj) nabavi.

Za napomenuti je da se u slučaju nedostavljanja jamstava za povrat predujma primjenjuju relevantne odredbe Smjernica i/ili relevantnih Pravila ukoliko je propisano jamstvo u formi bankarske garancije, odnosno ukoliko se radi o bianko zadužnici, tada se primjenjuje točka 4.1.5. ovih Uputa s time da se kako je to već istaknuto, kao osnova za izricanje korekcije treba uzeti iznos isplaćenog predujma, a ne vrijednost ugovora o nabavi.

5. NABAVA PUTNIH KARATA I HOTELSKOG SMJEŠTAJA

Napomena: Ova točka se primjenjuje isključivo na obveznike ZJN-a.

U svezi nabave putnih karata i hotelskog smještaja, neposredno ili putem putničke agencije te može li se svako pojedino putovanje odrediti kao zasebni predmeti nabave, odnosno tretiraju li se putovanja planirana unutar jednog projekta kao jedna cjelina, UT smatra kako u svakom konkretnom slučaju valja sagledati sve okolnosti i na temelju njih primijeniti odgovarajući postupak nabave. Pri tome valja uzeti u obzir da li putovanje, odnosno više njih u sklopu pojedinog projekta predstavlja jednu cjelinu u smislu odredbi ZJN-a. Naime, u slučaju da predstavljaju cjelinu tada bi u obzir došlo sklapanje okvirnog sporazuma, a ukoliko se ne radi o cjelini tada bi se mogla provoditi zasebna nabava. Sukladno odredbi članka 203. ZJN-a, javni naručitelj određuje predmet nabave na način da predstavlja tehničku, tehnološku, oblikovnu, funkcionalnu ili drugu objektivno odredivu cjelinu. Ukoliko naručitelj u okviru jednog projekta planira određeni broj putovanja u svezi projekta pri čemu putovanja mogu predstavljati jednu cjelinu u smislu odredbe članka 203. ZJN-a, a koji se mogu okvirno odrediti u smislu količine i vremenskog perioda tada dolazi u obzir primjena okvirnog sporazuma.

6. POSTUPANJE TIJELA VEZANO ZA OKOLNOSTI UZROKOVANE EPIDEMIJOM COVID-19

Ova uputa daje s obzirom na veći broj upita koji se odnose na trenutnu situaciju te otežano poslovanje, kojima se traži odgovor na mogućnost sklapanja dodatka ugovorima te mijenjanje dinamike plaćanja, produženje ugovorenih rokova za radove u situacijama kada se pojavi nemogućnost pojedinih izvođača da izvrše ugovorene radove u inicijalno određenim rokovima, produženje ugovorenih rokova za robu u situacijama kada pojedini isporučitelji nisu u mogućnosti izvršiti isporuke u inicijalno planiranim rokovima, izmjene troškovnika/ponude u situacijama kada pojedini isporučitelji nisu u mogućnosti izvršiti isporuke roba pod uvjetom da se izmjena odnosi na nabavu robe iste ili bolje kvalitete, ali uz potrebu nove kalkulacije cijene.

UT svjesno je trenutne situacije vezano za pandemiju COVID-a 19 i otežanog poslovanja gospodarskih subjekata te se može složiti s činjenicom da epidemija korona virusa (COVID-19) može predstavljati višu silu uslijed koje dolazi do potrebe za izmjenom ugovora, odnosno sklapanja dodatka ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava budući da su tijekom provedbe ugovora nastupile okolnosti koje pažljiv naručitelj nije mogao predvidjeti, spriječiti niti otkloniti.

Međutim, u ovom trenutku ne postoji osnova na temelju koje bi se omogućavala bezuvjetna produljenja i izmjene na način da se na svaki zahtjev koji se povezuje s temom COVID-19 odgovara pozitivno, bez daljnjih uvjeta.

U odnosu na trenutnu situaciju i dalje se primjenjuju svi zakonodavni okviri koji se odnose na postupke javne nabave, Smjernice, Direktiva 2014/24/EU i ZJN-a, na što upućuju i Smjernice EK za primjenu okvira za javnu nabavu u kriznoj situaciji uzrokovanoj bolešću COVID-19 (2020/C 108 I/01). Naime, upravo na predmetnoj Direktivi 2014/24 EU, koja je prenesena u naš ZJN, EK temelji svoje odgovore na izazove u ovoj situaciji.

U uvodnom dijelu Direktive 2014/24/EU točka 109. navodi se „Javni naručitelji mogu biti suočeni s vanjskim okolnostima koje nisu mogli predvidjeti u trenutku dodjele ugovora, posebno ako će za izvršenje ugovora biti potrebno duže razdoblje. U tom slučaju potreban je određeni stupanj fleksibilnosti kako bi se ugovor prilagodio tim okolnostima bez provođenja novog postupka nabave. Pojam nepredvidivih okolnosti podrazumijeva okolnosti koje nisu mogle biti predviđene usprkos temeljnoj pripremi prvotne dodjele od strane javnog naručitelja, uzimajući u obzir sva dostupna sredstva, narav i obilježja određenog projekta, dobru praksu u određenom području te potrebu osiguravanja prikladnog odnosa između sredstava potrošenih na pripremu dodjele i njezinu predviđenu vrijednost. Međutim, to se ne može primjenjivati u slučajevima u kojima izmjena uzrokuje promjenu naravi cjelokupne nabave, primjerice, zamjenom radova, robe ili usluga koje je potrebno nabaviti nečim različitim ili temeljnom promjenom vrste nabave, jer se u takvim slučajevima može pretpostaviti mogući utjecaj na rezultate.“

U međuvremenu, a s obzirom da se cijela EU suočava s pandemijom te i ostale države članice imaju iste ili slične probleme, EK je na ova i slična pitanja odgovorila na platformi COVID 19 te je vezano na pitanja oko mogućnosti izmjena postojećih ugovora o javnoj nabavi dala svoj odgovor pozivajući se na članak 72. stavak 1. točka c) Direktive 2014/24/EU i to na način da

su izmjene moguće kada se radi o višoj sili te je do potrebe za izmjenom „došlo zbog okolnosti koje pažljiv naručitelj nije mogao predvidjeti“. Dakle, izmjene su moguće ako su ispunjeni svi sljedeći uvjeti: do potrebe za izmjenom došlo je zbog okolnosti koje pažljivi javni naručitelj nije mogao predvidjeti; izmjenom se ne mijenja cjelokupna priroda ugovora; svako povećanje cijene nije veće od 50 % vrijednosti prvotnog ugovora ili okvirnog sporazuma. Ako je učinjeno nekoliko uzastopnih izmjena, to se ograničenje primjenjuje na vrijednost svake izmjene. Takve uzastopne izmjene ne smiju imati za cilj zaobilaženje ove Direktive. Međutim, naglašavaju da se svaki ugovor o javnoj nabavi ipak treba gledati sam za sebe te izmjene moraju biti opravdane u onoj mjeri u kojoj su potrebne za ublažavanje posljedica krize u izvršavanju javnih ugovora i to samo u toj mjeri.

Također, treba imati u vidu i sljedeći rizik, a taj je da se traženo uklapa u značajne izmjene ugovora o javnoj nabavi tijekom njegova trajanja. Činjenica je i da se sukladno članku 317. ZJN-a smije izmijeniti ugovor o javnoj nabavi ako je do potrebe došlo zbog okolnosti koje pažljiv javni naručitelj nije mogao predvidjeti i ako se izmjenom ne mijenja cjelokupna priroda ugovora te ako svako povećanje cijene nije veće od 30% vrijednosti prvotnog ugovora. Istina je da ove okolnosti u kojima smo do sada nitko nije mogao predvidjeti prilikom definiranja postupka javne nabave pa onda sukladno tome odrediti i rok izvršenja ugovora o nabavi, međutim, navedeni članak ne isključuje primjenu članka 321. ZJN-a, temeljem kojeg se, izmjena ugovora o javnoj nabavi tijekom njegova trajanja smatra značajnom ako njome ugovor postaje značajno različit po svojoj naravi od prvotno zaključenog, a izmjena se u svakom slučaju smatra značajnom ako je ispunjen jedan ili više sljedećih uvjeta:

1. izmjenom 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,

2. izmjenom se mijenja ekonomska ravnoteža ugovora u korist ugovaratelja na način koji nije predviđen prvotnim ugovorom.

Nadalje, sukladno novim Smjernicama, tražene izmjene uklapaju se u opis nepravilnosti kojom se normira *izmjena elemenata ugovora utvrđenih u obavijesti o nadmetanju ili natječajnim specifikacijama koje nisu u skladu s direktivama*, s tim da značajna izmjena elemenata ugovora (kao što su cijena, priroda radova, rokovi izvršenja, uvjeti plaćanja, upotrijebljeni materijali) postoji ako tom izmjenom provedeni ugovor postaje značajno različit po svojoj prirodi od prvotno zaključenog. U svakom slučaju, izmjena se smatra značajnom ako je ispunjen jedan uvjet ili više njih iz članka 72. stavak 4. Direktive 2014/24/, a čije odredbe su prenesene u prethodno navedeni članak 321. ZJN-a. Za navedeno je predviđena stopa ispravka od 25% vrijednosti prvotnog ugovora.

Sukladno načelu jednakog tretmana zahtijeva se da se prigodom dodjele javnih ugovora prema svakom natjecatelju ili ponuditelju postupi na jednak način. Ovo se načelo ostvaruje samo ako su ispunjene određene pretpostavke, a one su da svaki potencijalni natjecatelj pod jednakim uvjetima može podnijeti svoju ponudu, da su mu dostupni kriteriji i pravila odabira, te da su ti kriteriji nepristrano postavljeni. Sve ponude moraju biti specificirane sukladno zahtjevima naručitelja, kako bi se omogućilo njihovo nepristrano ostvarenje, no naknadnim izmjenama tih zahtjeva u situacijama više sile ne smije se pojedinom ponuditelju dopustiti naknadna izmjena

i na taj način stjecanje prednosti u odnosu na ostale ponuditelje i potencijalne ponuditelje koji bi prethodno dostavili svoje ponude i sudjelovali u postupku da su znali kako će doći do izmjene uvjeta u korist ugovaratelja, odnosno pomicanja ekonomske ravnoteže u njegovu korist.

Iz sveg navedenog proizlazi kako u odnosu na situacije opisane u upitima, potencijalno postoji učinak značajne izmjene ugovora. Naime, svaku od tih situacija potrebno je promatrati i na način kojim se postavlja pitanje, da su ostali gospodarski subjekti znali za promjene npr. u načinu plaćanja, da li bi i oni podnijeli ponudu. Ne može se isključiti niti izmijenjena ekonomska ravnoteža ugovora u korist ugovaratelja ukoliko mu se kroz nove uvjete omogućava da do novčanih sredstava dođe prije nego je to bilo određeno ugovorom.

U skladu s tim, uz poštivanje načela jednakog tretmana, valja pristupiti svakoj situaciji zasebno, analizirajući posebnosti svakog slučaj i svih okolnosti koje su dovele do potrebe za izmjenom (npr. što je dovelo do potrebe zatvaranja gradilišta, postoje li problemi od prije na projektu i jesu li eventualno oni doveli do potrebe za izmjenom uvjeta, je li Korisnik osigurao valjani revizijski trag o svim okolnostima, postoje li valjana očitovanja utemeljena na relevantnim okolnostima koja se mogu potkrijepiti valjanim dokazima, itd.).

Zaključno, UT navodi kako je EK zauzela stajalište da su izmjene moguće, kada se radi o višoj sili te je do potrebe za izmjenom „došlo zbog okolnosti koje pažljiv naručitelj nije mogao predvidjeti“. Međutim, naglašava se da se svaki ugovor o javnoj nabavi ipak treba gledati sam za sebe te izmjene moraju biti opravdane u onoj mjeri u kojoj su potrebne za ublažavanje posljedica krize u izvršavanju javnih ugovora i to samo u toj mjeri. Nastanak više sile treba razmatrati od slučaja do slučaja, a pri tome osnovni uvjeti koji moraju biti kumulativno zadovoljeni su: 1) radi se o nepredvidivim okolnostima, 2) na koje se nije moglo utjecati i 3) nisu se mogle izbjeći. Ovo je općeprihvaćena definicija više sile, koja je kao takva i dio općih odredbi ugovora o dodjeli bespovratnih sredstva.

MINISTRICA



Nataša Tramišak, mag. iur.

DOSTAVNA LISTA:

SREDIŠNJA AGENCIJA ZA FINANCIRANJE I UGOVARANJE PROGRAMA I
PROJEKATA EUROPSKE UNIJE

Ulica grada Vukovara 284 (objekt C)
10000 Zagreb

FOND ZA ZAŠTITU OKOLIŠA I ENERGETSKU UČINKOVITOST

Radnička cesta 80
10000 Zagreb

HRVATSKE VODE

Ulica grada Vukovara 220
10000 Zagreb

HRVATSKA AGENCIJA ZA MALO GOSPODARSTVO, INOVACIJE I INVESTICIJE

Ksaver 208
10000 Zagreb

Na znanje:

MINISTARSTVO MORA, PROMETA I INFRASTRUKTURE

Prisavlje 14
10000 Zagreb

MINISTARSTVO ZNANOSTI I OBRAZOVANJA

Donje Svetice 38
10000 Zagreb

MINISTARSTVO GOSPODARSTVA I ODRŽIVOG RAZVOJA

Radnička cesta 80,
Ulica grada Vukovara 78
10000 Zagreb

MINISTARSTVO PROSTORNOGA UREĐENJA, GRADITELJSTVA I DRŽAVNE
IMOVINE

Ulica Republike Austrije 20
10000 Zagreb

MINISTARSTVO FINACIJA

Katančičeva 5
10 000 Zagreb

AGENCIJA ZA REVIZIJU SUSTAVA PROVEDBE PROGRAMA EUROPSKE UNIJE

Alexandera von Humboldta 4/V,
10 000 Zagreb

