

Klasa: 031-02//2011-01/124
Urbroj: 580-05-11-58-02
Zagreb, 27. rujna 2011.

Vlada Republike Hrvatske
Ured za središnju javnu nabavu
g. Dražen Ivanušec, predstojnik Ureda

Krležin Gvozd 17
10000 Zagreb

Predmet: Ured za središnju javnu nabavu
- mišljenje u svezi javne nabave
- stručno mišljenje; dostavlja se

Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje: Agencija) zaprimila je 29. srpnja 2011. zahtjev Ureda za središnju javnu nabavu, kojim se traži stručno mišljenje Agencije u svezi primjene Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja („Narodne novine“, broj 79/09; dalje: ZZTN) na sporazume između članova zajednice ponuditelja.

Naime, u postupcima javne nabave u svojstvu ponuditelja mogu sudjelovati gospodarski subjekti odnosno fizičke ili pravne osobe koje na tržištu nude izvođenje radova, isporuku robe ili pružanje usluga kao i udruženja gospodarskih subjekata odnosno zajednice ponuditelja. Temeljem članka 11. stavka 1. Zakona o javnoj nabavi („Narodne novine“, broj 110/07 i 125/08) zajednica ponuditelja je udruženje više gospodarskih subjekata s ciljem dostavljanja zajedničke ponude, neovisno o uređenju njihova međusobnog odnosa koji se obvezuju da će naručitelju u skladu s ugovorom solidarno izvršiti nabavu na području istoga ili različitoga strukovnog usmjerenja.

Agencija je na temelju odluke Vijeća za zaštitu tržišnog natjecanja u sastavu: mr.sc. Olgica Spevec, predsjednica Vijeća, Mladen Cerovac, mag.iur., zamjenik predsjednice Vijeća, Vesna Patrlj, dipl.iur., Milivoj Maršić, dipl.oec. i dr.sc. Mirna Pavletić-Župić, članovi Vijeća, s 85. sjednice, održane 27. rujna 2011., u smislu članka 25. stavka 3., članka 30. točke 10. i članka 31. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, donijela sljedeće

M I Š L J E N J E

Važeći Zakon o javnoj nabavi („Narodne novine“, broj 110/07 i 125/08), kao i novi Zakon o javnoj nabavi („Narodne novine“, broj 90/11), koji stupa na snagu 1. siječnja 2012., omogućuju sudjelovanje zajednice ponuditelja u postupcima javne nabave ne predviđajući mogućnost isključenja zajednice ponuditelja iz bilo kojeg razloga.

U smislu propisa o zaštiti tržišnog natjecanja, zajednica ponuditelja, osnovana s ciljem dostavljanja zajedničke ponude u postupcima javne nabave, sama po sebi, nije suprotna propisima o zaštiti tržišnog natjecanja. Međutim, zabranjen je svaki sporazum unutar zajednice ponuditelja koji za cilj ili posljedicu može imati narušavanje tržišnog natjecanja. Drugim riječima, zajednica ponuditelja ne smije se, u smislu prava tržišnog natjecanja, zasnivati na zabranjenom sporazumu.

Zabranjenim sporazumima, u smislu propisa o zaštiti tržišnog natjecanja, smatraju se ne samo ugovori, pojedine odredbe ugovora, nego i svi pisani ili usmeni i tajni dogovori među poduzetnicima te usklađeno djelovanje koje je posljedica takvih dogovora. U kontekstu zajednice ponuditelja koja sudjeluje na natječajima u postupcima javne nabave, to se osobito odnosi na dogovore o cijenama, podjeli tržišta ili nekom drugom obliku suradnje koji za posljedicu može imati tajni ili nezakoniti dogovor koji se smatra povredom propisa o zaštiti tržišnog natjecanja.

Područje javne nabave u Republici Hrvatskoj, uređeno važećim Zakonom o javnoj nabavi te novim Zakonom o javnoj nabavi, usklađeno je s relevantnom pravnom stečevinom Europske unije. U svrhu boljeg uvida u spomenutu problematiku, dakle, u odnos instituta zajednice ponuditelja i njegove sukladnosti ili pak nesukladnosti s propisima o tržišnom natjecanju, Agencija je na isti način izvršila uvid u provedbenu praksu i politiku tržišnog natjecanja zemalja članica Europske unije, a kontaktirala je i nacionalne regulatore tržišnog natjecanja u Poljskoj, Češkoj, Švedskoj, Mađarskoj, Bugarskoj, Njemačkoj te Francuskoj kako bi joj dostavili relevantne podatke.

Sakupljeni podaci tijela srodnih Agenciji upućuju na zajednički zaključak da zajednica ponuditelja postoji kao neosporan i zakonit način udruživanja poduzetnika u postupcima javne nabave. Takav se način udruživanja na razini Europske unije i potiče, naročito između malih i srednjih poduzetnika kako bi im se omogućio opstanak na tržištu, naročito tamo gdje takva udruživanja proizvode učinke zbog sinergije i razmjene informacija, gdje ponuditelji udružuju financijska i druga sredstva i tako ukidaju zapreke ulasku na tržište na kojem se sami, neudruženi, ne bi mogli uspješno pojaviti. To govori i Europski kodeks najbolje prakse kojim se malim i srednjim poduzetnicima omogućuje pristup ugovorima o javnoj nabavi Europske komisije¹, u kojem ona iznosi stav da je nužno malim i srednjim poduzetnicima omogućiti pristup tržištu javnih nabava kako bi se u potpunosti iskoristio njihov potencijal, osigurala viša razina tržišnog natjecanja te ostvarila veća vrijednost za novac.

No, i iskustva država članica uključenih u analizu, potvrđuju da zajednice ponuditelja u postupcima javnih nabava često mogu predstavljati i zabranjenu praksu u smislu propisa o zaštiti tržišnog natjecanja u slučaju kada umjesto navedenih pozitivnih učinaka za posljedicu imaju smanjenje broja konkurenata na tržištu ili mali broj stalno istih ponuditelja, nepojavljivanje očekivanih ponuditelja, zemljopisnu podijeljenost ponuda ili, još i gore, kada takve zajednice otvaraju put ili čak potiču tajne ili nezakonite dogovore između članova odnosno pojedinačnih ponuditelja. Takvi negativni učinci na tržišno natjecanje u javnim nabavama, koji su posljedica dogovaranja i koordinacije postupanja poduzetnika članova zajednice ponuditelja, a izravno utječu na zatvaranje tržišta, poznata su u regulativi i praksi zemalja koje su Agenciji dostavile relevantne podatke.

Iako se regulacija zajednice ponuditelja u postupcima javnih nabava razlikuje se između zemalja članica Europske unije, u većini zemalja ovaj institut nije posebno reguliran.

¹ *European Code of Best Practices facilitating access by SMEs to public procurement contracts, SEC (2008) 2193 od 25.6.2008.*

Primjerice, u Belgiji i Danskoj nema ograničenja prilikom formiranja ponuda zajednice ponuditelja, naravno, ukoliko dogovor članova zajednice ponuditelja za cilj ili posljedicu nema narušavanje tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu. Također, Danska je primjer države u kojoj se na javne natječaje rijetko javljaju zajednice ponuditelja, a i tada se one sastoje od dva ili tri poduzetnika.

S druge strane, Italija, Austrija i Rumunjska, u provedbenoj praksi, ograničavaju mogućnost sudjelovanja zajednice ponuditelja u slučajevima kada su članovi zajednice ponuditelja procijenjeni da mogu samostalno podnijeti ponudu. Istovremeno, dozvoljeno je sudjelovanje zajednice ponuditelja koja se sastoji od poduzetnika koji može samostalno podnijeti ponudu na konkretni javni natječaj i poduzetnika koji ne ispunjava uvjete za samostalno sudjelovanje. No, zajednička ponuda dvaju ponuditelja koji samostalno, pojedinačno, mogu podnijeti ponudu, nije dopuštena. Ocjena dopuštenosti zajednice ponuditelja ostavljena je naručitelju i razlikuje se u svakom pojedinom postupku javne nabave.

Nedostatak regulacije instituta zajednice ponuditelja uvidjela je i Češka te je započela projekt pod nazivom Dogovoreno nadmetanje u javnim nabavama, sufinanciran od strane Europskih strukturalnih fondova unutar kojeg će pripremiti smjernice, priručnike i detaljne informacije za naručitelje kako pripremati javne natječaje i spriječiti da veliki poduzetnici ulaze u zajednice ponuditelja kada za to ne postoje opravdani razlozi. U svome je odgovoru Agenciji češko tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja, u okviru čije su nadležnosti i javne nabave, navelo probleme u tom sektoru, posebno nedostatak informacija o nepravilnostima kao i zahtjeva za pokretanje službenih postupaka. U takvim okolnostima naglasilo je značaj suradnje tijela za tržišno natjecanje i tijela za kontrolu javnih nabava te njihovih zajedničkih aktivnosti u promicanju znanja o zabranjenim postupanjima u postupku javnih nabava s aspekta propisa o zaštiti tržišnog natjecanja.

Uzimajući u obzir sve podatke zaprimljene iz navedenih zemalja može se sa sigurnošću reći da oni ne upućuju na postojanje čvrstih dokaza da je postupanje zajednice ponuditelja u skladu s propisima o tržišnom natjecanju. Jedini zaključak koji bi se nesumnjivo mogao izvesti je taj da očito postoji potreba daljnjeg uređenja ovog područja, a naročito ako postoji sumnja u nepravilnosti i povrede zakona. Tada je pak potrebna ocjena u svakom pojedinačnom slučaju.

Slijedom navedenoga, i u Republici Hrvatskoj kao i većini u zemalja članica Europske unije postavlja se pitanje opravdanosti sudjelovanja zajednice ponuditelja u postupcima javne nabave, osobito u slučajevima kada svaki član zajednice može samostalno izvršiti predmet nabave odnosno u slučajevima kada se u zajednicu ponuditelja udruže svi poduzetnici na pojedinom mjerodavnom tržištu koji su prije nastupali pojedinačno i samostalno.

S aspekta prava i politike tržišnog natjecanja, a u skladu s iskustvom ostalih zemalja sličnog uređenja i prakse u primjeni propisa o zaštiti tržišnog natjecanja na zajednice ponuditelja u postupcima javnih nabava, sudjelovanje zajednice ponuditelja u postupcima javne nabave smatralo bi se opravdano samo u slučajevima kada pojedini poduzetnik, član zajednice ponuditelja, nije u mogućnosti samostalno izvršiti predmet nabave pojedinog postupka javne nabave odnosno kada nastankom zajednice ponuditelja nije u potpunosti došlo do neopravdanog zatvaranja mjerodavnog tržišta.

Isto tako, provedbena praksa EU i zemalja poput Švedske², ukazuje na još uvijek otvorena pitanja u području javnih nabava. To se posebno odnosi i na odgovornost naručitelja da u svakom pojedinom postupku javne nabave prvenstveno vodi računa o tržištima na kojima je vjerojatnije da bi zabranjeni sporazumi mogli nastati zbog osobitih obilježja djelatnosti ili proizvoda koji se nabavljaju, te da u svakom pojedinom slučaju procjeni je li opravdano

² *Open issues in Public Procurement, Konkurrensverket, Swedish Competition Authority.*

sudjelovanje pojedine zajednice ponuditelja. S tim u vezi, važnu ulogu ima i dobro planiranje i priprema postupka javne nabave, a sve u cilju otkrivanja znakova koji mogu upućivati na postojanje koluzija. Tako, primjerice, i OECD-ov dokument Smjernice za borbu protiv namještanja natječaja u javnim nabavama³ uzima u obzir, primjerice, veličinu ugovora, pristup relevantnim informacijama i kvalitetu tih informacija, razmjernost navedenih financijskih uvjeta, poseban naglasak na "vrijednost za novac", vrijeme koje je dano za izradu ponuda itd.

Zaključno, iako zajednica ponuditelja osnovana s ciljem dostavljanja zajedničke ponude u postupcima javne nabave nije suprotna propisima o zaštiti tržišnog natjecanja, ukoliko se ukaže sumnja o postojanju zabranjenog sporazuma u smislu propisa o zaštiti tržišnog natjecanja, potrebno je prije svega iskoristiti stručno znanje i iskustvo nadležnog tijela u postupcima javne nabave, a ako je sumnja opravdana, u svakom pojedinačnom slučaju o tome obavijestiti Agenciju za zaštitu tržišnog natjecanja, kako bi se temeljem ekonomskih načela i provjerljivih podataka sa sigurnošću moglo utvrditi je li riječ o povredi propisa o zaštiti tržišnog natjecanja ili ne.

Predsjednica Vijeća
za zaštitu tržišnog natjecanja

mr.sc. Olgica Spevec

Privitak:

1. European Code of Best Practices facilitating access by SMEs to public procurement contracts, SEC (2008) 2193 od 25.6.2008.;
2. OECD Guidelines for fighting bid rigging in public procurement, Helping governments to obtain best value for money, u izvorniku na engleskom jeziku i neslužbenom prijevodu na hrvatski jezik.

Na znanje:

1. Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave, (gđa Vlasta Pavličević, predsjednica), Koturaška cesta 43/IV, 10000 Zagreb;
2. Ministarstvo gospodarstva, rada i poduzetništva, Uprava za sustav javne nabave, (gđa Teja Kolar, ravnateljica), Vukovarska 78, 10000 Zagreb.

³ OECD Guidelines for fighting bid rigging in public procurement, Helping governments to obtain best value for money (tekst je preveden na hrvatski jezik u sklopu twinning projekta Agencije s Italijom i Velikom Britanijom).