

II.

(Informacije)

INFORMACIJE INSTITUCIJA, TIJELA, UREDA I AGENCIJA EUROPSKE UNIJE

EUROPSKA KOMISIJA

Obavijest o alatima za borbu protiv tajnih sporazuma u području javne nabave i smjernice za primjenu s time povezane osnove za isključenje

(2021/C 91/01)

Sadržaj

| | <i>Stranice</i> |
|---|-----------------|
| 1. 1. UVOD | 3 |
| 1.1. Problem koji se razmatra | 3 |
| 1.2. Poteškoće pri rješavanju problema | 4 |
| 1.3. Dosadašnje mjere za rješavanje problema tajnih sporazuma | 5 |
| 2. ALATI ZA BORBU PROTIV TAJNIH SPORAZUMA NA RAZINI EU-a | 5 |
| 2.1. Politička obveza poduzimanja mjera | 5 |
| 2.2. Osnovna načela za ostvarivanje preuzete obveze | 6 |
| 2.3. Svrha ove Obavijesti | 7 |
| 3. PODUPIRANJE DRŽAVA ČLANICA I JAVNIH NARUČITELJA | 7 |
| 4. POBOLJŠANJE SURADNJE NACIONALNIH SREDIŠNJIH TIJELA ZA JAVNU NABAVU I TIJELA NADLEŽNIH ZA TRŽIŠNO NATJECANJE | 8 |
| 5. SMJERNICE JAVNIM NARUČITELJIMA O TOME KAKO PRIMIJENITI OSNOVU ZA ISKLJUČENJE ZBOG SKLAPANJA TAJNOG SPORAZUMA U SKLADU S ČLANKOM 38. STAVKOM 7. TOČKOM (e) DIREKTIVE 2014/23/EU, ČLANKOM 57. STAVKOM 4. TOČKOM (d) DIREKTIVE 2014/24/EU I ČLANKOM 80. STAVKOM 1. DIREKTIVE 2014/25/EU | 10 |
| 5.1. Primjenjive zakonske odredbe i njihova dosadašnja primjena | 10 |
| 5.2. Područje primjene osnove za isključenje zbog sklapanja tajnog sporazuma: obuhvaćanje usklađenih djelovanja i povezanost s osnovom za isključenje zbog teškog poslovnog prekršaja | 12 |
| 5.3. Nadležnost javnih naručitelja za primjenu osnova za isključenje: velika sloboda prosudbe i ograničenja njihovih diskrecijskih ovlasti | 13 |
| 5.4. Pojam „dovoljno vjerodostojni pokazatelji”: činjenice koje se mogu smatrati pokazateljima, što čini „pokazatelje” za razliku od „dokaza” i kako se odnositi prema podnositelju zahtjeva za oslobođanje od kazne ili njezino smanjenje | 14 |
| 5.5. Povezana društva koja sudjeluju u istom postupku dodjele: pravo gospodarskih subjekata za koje se možda sumnja da su sklopili tajni sporazum da dokažu svoju neovisnost tijekom podnošenja ponuda | 17 |

| | |
|--|----|
| 5.6. Zajedničko podnošenje ponuda i podugovaranje: pažljiva, ali uravnotežena procjena javnog naručitelja | 18 |
| 5.7. Mjere „samopročišćenja” koje su poduzeli gospodarski subjekti u smislu članka 57. stavka 6. Direktive: pravo gospodarskih subjekata da dokažu svoju pouzdanost i obveza javnih naručitelja da izvrše proporcionalnu procjenu iznesenih argumenata | 19 |
| 5.8. Zašto je važno da javni naručitelji obavještavaju i/ili zamole za pomoć tijelo nadležno za tržišno natjecanje ili druga relevantna središnja tijela | 20 |
| 5.9. Određivanje uvjeta za isključenje gospodarskog subjekta na temelju članka 57. stavka 7. Direktive | 21 |
| PRILOG I | 23 |
| Sredstva i savjeti za učinkovito sprječavanje tajnih sporazuma u javnoj nabavi | 23 |

1. UVOD

1.1. Problem koji se razmatra

Javna nabava jedan je od najkonkretnijih oblika javne potrošnje jer joj je svrha osigurati izvođenje radova, nabavu robe ili usluga koje građani izravno koriste (kao što su cesta ili zračna luka, materijali koji se koriste u bolnici i usluge javnog autobusnog prijevoza). Javna nabava čini znatan udio u BDP-u država članica EU-a ⁽¹⁾ i uvelike utječe na gospodarski rast, društveni napredak i ispunjavanje važnog cilja države da pruži kvalitetne usluge građanima. Građani imaju pravo na to da se javna sredstva troše na najučinkovitiji, najtransparentniji, najodgovorniji i najpravedniji način kako bi mogli koristiti kvalitetne javne usluge te, naposljetku, i dalje imati povjerenje u javne institucije.

Pojam tajni sporazum u području javne nabave (često se naziva i „namještanje ponuda“) odnosi se na nezakonite sporazume između gospodarskih subjekata s ciljem narušavanja tržišnog natjecanja u postupcima dodjele ugovora. Takvi sporazumi mogu imati različite oblike, kao što su prethodno utvrđivanje sadržaja ponuda (osobito cijena) kako bi se utjecalo na ishod postupka, suzdržavanje od podnošenja ponuda, podjela tržišta prema geografskim područjima, javnom naručitelju ili predmetu nabave ili uspostavljanje sustava naizmjeničnog dobivanja ugovora za neke postupke. Cilj je svih tih praksi da se unaprijed utvrđenom ponuditelju omogućí sklapanje ugovora uz stvaranje dojma da je postupak uistinu konkurentan.

Tajni sporazumi zapravo umanjuju korisne učinke poštenog, transparentnog, konkurentnog tržišta javne nabave usmjerenog na ulaganja jer poduzećima ograničavaju pristup tom tržištu, a javnim naručiteljima smanjuju mogućnost izbora. Prisutnost tajnih sporazuma na tržištu javne nabave obično odvrća gospodarske subjekte koji poštuju zakon od sudjelovanja u postupcima dodjele ili ulaganja u projekte javnog sektora. Time su osobito pogođena poduzeća koja pokušavaju ili trebaju razviti svoje poslovanje, posebno mala i srednja poduzeća. Jednako su pogođena poduzeća koja su sposobna i željna razviti inovativna rješenja za potrebe javnog sektora. Tajni sporazumi odavno se smatraju glavnim čimbenikom rizika za učinkovitu javnu potrošnju te ih se tretira kao takve. Procjenjuje se da se troškovi koje javni naručitelji plaćaju zbog takvih sporazuma povećavaju do 60 % u odnosu na one koje bi platili u normalnim tržišnim uvjetima ⁽²⁾. Čak i samo jedan slučaj tajnog sporazuma u višemilijunskom postupku dodjele stajat će europske porezne obveznike dodatne milijune eura, što ima negativne posljedice na učinkovitu i odgovornu javnu potrošnju.

Tajni sporazumi učestala su pojava na tržištima javne nabave (među ostalim i u velikim gospodarskim sektorima, kao što su građevinarstvo, informacijske tehnologije ili zdravstvo). Slučajevi tajnog sporazuma redovito se otkrivaju, istražuju i procesuiraju (administrativno i, u mnogim slučajevima, kazneno) u cijelom svijetu, među ostalim i u državama članicama EU-a ⁽³⁾. U izvanrednim situacijama, kao što je pandemija bolesti COVID-19, hitna potreba javnih tijela da u vrlo kratkom roku nabave velike količine robe i usluga za svoje zdravstvene sustave može povećati rizik od tajnog sporazuma među određenim gospodarskim subjektima koji mogu pokušati iskoristiti izvanrednu situaciju i umjetno ograničiti tržišno natjecanje kako bi povećali svoju dobit na teret javnih financija. Štetni učinci tajnog sporazuma na javne financije mogu se pokazati još većima nakon takvih izvanrednih situacija, u vrijeme kad gospodarski oporavak u velikoj mjeri ovisi o najboljem mogućem raspolaganju dostupnim javnim sredstvima i o znatnim ulaganjima u ključne gospodarske sektore. Neprimjereno trošenje prekomjernih iznosa za radove, robu i usluge znači manje javnih sredstava za obavljanje osnovnih državnih zadaća, veći proračunski deficit i veću potrebu država da pribjegnu podizanju zajmova, čime se ugrožava njihova financijska stabilnost i smanjuju učinci mjera koje se poduzimaju za oporavak. Osim toga, oklijevanje poduzeća da sudjeluju u projektima javnog sektora na tržištima na kojima su prisutni tajni sporazumi potkopava nastojanja za privlačenje privatnih ulaganja u infrastrukturu (na primjer, u slučaju koncesija koje zahtijevaju sudjelovanje privatnog kapitala).

U okviru prava Unije ⁽⁴⁾, tajni sporazum između gospodarskih subjekata obuhvaćen je člankom 101. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (UFEU), kojim se izričito zabranjuju sporazumi ili usklađena djelovanja kojima je cilj ili posljedica sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu i koji mogu utjecati na

⁽¹⁾ Procjenjuje se da čini više od 14 % ukupnog BDP-a država članica EU-a.

⁽²⁾ Na primjer: <http://documents.banquemonddiale.org/curated/fr/975181468151765134/Curbing-fraud-corruption-and-collusion-in-the-roads-sector>. Trenutačno se u Sjedinjenim Američkim Državama istražuje slučaj navodnog tajnog sporazuma koji uključuje nekoliko velikih farmaceutskih poduzeća i u kojem su izneseni navodi da su poduzeća koja su sudjelovala u tajnom sporazumu namještala cijene za brojne generičke lijekove čak i 1000 % iznad uobičajene tržišne cijene.

⁽³⁾ Na temelju podataka dobivenih od država članica (vidjeti odjeljak 2.2. ove Obavijesti).

⁽⁴⁾ Analizirano u odjeljku 5.1. ove Obavijesti.

trgovinu među državama članicama. Štoviše, od donošenja najnovije generacije direktiva EU-a o javnoj nabavi 2014., dovoljno vjerodostojni pokazatelji o tajnim sporazumima izričito su postali moguća osnova za isključivanje gospodarskog subjekta iz postupka dodjele ⁽⁵⁾.

1.2. Poteškoće pri rješavanju problema

Otkrivanje i rješavanje slučajeva tajnog sporazuma u javnoj nabavi posebno je zahtjevno za nacionalna tijela. Nezakoniti sporazumi između gospodarskih subjekata po definiciji su tajni i, u većini slučajeva, sklapaju se i provode vrlo pažljivo i sofisticirano. Postoje naznake da u brojnim slučajevima (a možda i u većini) tajni sporazum ostaje neotkriven tijekom postupka dodjele, a na kraju ga otkrivaju i kazneno progone (ako uopće) nadležna tijela, obično dugo nakon što je ugovor u potpunosti izvršen. Dugoročni sustavi tajnih sporazuma mogu čak postati način poslovanja u nekim gospodarskim sektorima jer gospodarski subjekti dolaze u iskušenje ili su skloni pridružiti se takvim sporazumima kako bi im se „zajamčio” pristup tržištu i udio na njemu.

Tržišta javne nabave imaju posebne značajke, što ih čini podložnijima tajnim sporazumima u odnosu na druga tržišta. Javni naručitelji obično slijede relativno stabilne obrasce nabave, pri čemu se postupci dodjele često ponavljaju, količine su slične, a specifikacije proizvoda ili usluga standardne i bez većih promjena u usporedbi s prethodnim postupcima. Ta predvidljivost potražnje olakšava nezakonitu podjelu tržišta među subjektima jer jamči „pravedan” povrat za svakog od njih. Osim toga, u određenom tržišnom sektoru može djelovati vrlo mali broj gospodarskih subjekata koji se natječu za ugovore o javnoj nabavi, često zbog udaljene lokacije javnog naručitelja ili ograničene veličine predmetnog tržišta. Odabiri ili prakse samih javnih naručitelja, koji se ne odlučuju za otvorene postupke ili postavljaju stroge ili pretjerano specificirane zahtjeve za javne natječaje, mogu dodatno smanjiti ionako nedovoljan broj ponuditelja, što može dovesti do još većeg smanjenja broja ponuda podnesenih u postupku dodjele. Što je broj aktivnih subjekata na tržištu nabave manji, lakše je sklapati tajne sporazume. Naposljetku, javni naručitelji možda se moraju pridržavati i brojnih zahtjeva u pogledu objave informacija o postupcima dodjele, koji nadilaze ono što se zahtijeva u direktivama EU-a o javnoj nabavi (na primjer, otkrivanje pojedinosti o tome tko je predao ponudu i za koju cijenu). Zbog toga subjekti koji su sklopili tajni sporazum mogu lakše razmjenjivati informacije i pratiti pridržavaju li se sve stranke tog nezakonitog sporazuma.

Rješavanje sumnjivih slučajeva tajnog sporazuma samo je po sebi teško, a dodatno ga pogoršava situacija s kojom se javni naručitelji često susreću tijekom provođenja postupaka nabave. Javni naručitelji (posebno manji) često nemaju pravilno obučeno i iskusno osoblje koje je sposobno otkriti tajni sporazum u predmetnom postupku dodjele. Službenici za javnu nabavu ⁽⁶⁾ obično su usmjereni na to da osiguraju da postupak ispunjava osnovne primjenjive postupovne i zakonske zahtjeve te da se završi u propisanom roku. Čak i ako službenici za javnu nabavu otkriju sumnjive ponude, često nisu u potpunosti upoznati sa sredstvima za reagiranje koja su im na raspolaganju ili mogućim mehanizmima za dobivanje stručne pomoći od središnjih tijela za javnu nabavu ili tijela nadležnih za tržišno natjecanje. Osim toga, moguća kašnjenja u postupku dodjele, koja često imaju administrativne, proračunske ili čak političke posljedice, mogu odvratiti službenike za javnu nabavu od učinkovitog rješavanja slučajeva u kojima se sumnja na postojanje tajnog sporazuma. Sumnje u sposobnost ili čak spremnost javnog naručitelja da se odlučno uhvati ukoštac s tajnim sporazumom mogu djelovati kao dodatni poticaj gospodarskim subjektima da sklapaju tajne sporazume.

⁽⁵⁾ Vidjeti članak 57. stavak 4. točku (d) Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (SL L 94, 28.3.2014., str. 65.) i članak 38. stavak 7. točku (e) Direktive 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovora o koncesiji (SL L 94, 28.3.2014., str. 1.). Osnova za isključenje predviđena Direktivom 2014/24/EU može se odnositi i na Direktivu 2014/25/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ (SL L 94, 28.3.2014., str. 243.), na temelju članka 80. stavka 1. Direktive 2014/25/EU.

⁽⁶⁾ U svrhu ove Obavijesti, pojmovi „službenici za javnu nabavu” ili „osoblje za javnu nabavu” odnose se na osoblje javnih naručitelja ili subjekata koji u većoj ili manjoj mjeri sudjeluju u osmišljavanju, pokretanju i provedbi postupka dodjele javnog ugovora. Tom se definicijom ne dovodi u pitanje nadležnost država članica u pogledu organizacije državne uprave, razina odlučivanja, uključenosti različitih odjela u cjelokupne postupke dodjele itd. U tom smislu sposobnost otkrivanja i rješavanja slučaja u kojem postoji sumnja na tajni sporazum i dužnost osiguravanja pouzdanosti postupka dodjele primjenjuju se na sve koji su uključeni u postupak, od osoblja koje prima i otvara ponude do voditelja koji potpisuje odluku o dodjeli ugovora.

Naposljetku, još je teže boriti se protiv tajnog sporazuma u javnoj nabavi koji je povezan s korupcijom, na primjer ako gospodarski subjekti koji su se tajno udružili podmiću osobu koja ima utjecaj u postupku dodjele kako bi osigurali da njihovo nezakonito ponašanje ostane neotkriveno. Iako se za potrebe ove Obavijesti tajni sporazumi i korupcija smatraju zasebnim problemima u javnoj nabavi, mogu se pojaviti zajedno i dodatno narušiti pouzdanost postupka dodjele.

1.3. Dosadašnje mjere za rješavanje problema tajnih sporazuma

Do donošenja direktiva o javnoj nabavi 2014. tajni sporazumi u području javne nabave na razini EU-a primarno su se rješavali iz perspektive prava tržišnog natjecanja. Smatrali su se tipičnim slučajem sporazuma između dvaju ili više neovisnih tržišnih subjekata kojim se ograničava tržišno natjecanje i koji je zabranjen na temelju članka 101. UFEU-a.

Tijekom godina i Komisija i nacionalna tijela nadležna za tržišno natjecanje (ovlaštena za primjenu članaka 101. i 102. UFEU-a) riješili su nekoliko slučajeva tajnog sporazuma u području javne nabave (⁷). Nacionalna tijela nadležna za tržišno natjecanje u većini država članica EU-a donijela su posebne smjernice za borbu protiv tajnih sporazuma. Smjernice o sinergiji između tijela za javnu nabavu i tijela nadležnih za tržišno natjecanje razvijene su i u kontekstu Međunarodne mreže za tržišno natjecanje (⁸), u kojoj sudjeluje Komisija. Tijela nadležna za tržišno natjecanje informiraju javne naručitelje o tome kako poduzeti preventivne mjere u fazi planiranja postupaka javne nabave te provode osposobljavanje službenika za javnu nabavu za borbu protiv tajnih sporazuma. Posljednjih godina metode za analizu podataka iz elektroničkih sustava nabave postaju dodatni vrijedni alat za otkrivanje tajnih sporazuma.

U studenome 2017. OLAF je objavio priručnik pod naslovom „Prijevare u javnoj nabavi – zbirka upozoravajućih znakova i najboljih praksi” (⁹), koji je izrađen na temelju stručnog doprinosa država članica u Savjetodavnom odboru za koordinaciju sprečavanja prijevare (COCOLAF). Priručnik sadržava odjeljak o tajnim sporazumima, u kojem se nalazi vrlo iscrpan i detaljan popis upozoravajućih znakova i savjeta za otkrivanje tajnih sporazuma u fazi prije podnošenja ponuda i fazi provedbe javnog natječaja.

I ostala tijela, osobito OECD (¹⁰) i Svjetska banka (¹¹), obavila su važan posao u sprečavanju tajnih sporazuma u javnoj nabavi.

2. ALATI ZA BORBUTAJNIH SPORAZUMA NA RAZINI EU-a

2.1. Politička obveza poduzimanja mjera

Kao što je prethodno navedeno, europskim i nacionalnim tijelima nadležnima za tržišno natjecanje povjerene su ovlasti za provođenje istrage i izvršenje kako bi se kaznilo tajne prakse i odvratilo gospodarske subjekte od sklapanja tajnih sporazuma u budućnosti. Međutim, u većini slučajeva provedba pravila u području tržišnog natjecanja i kazne slijede nakon što je šteta već počinjena, tj. nakon što je ugovor dodijeljen i, u većini slučajeva, u potpunosti izvršen. Iako prepoznavanje tajnih sporazuma u kasnijoj fazi ima svrhu kažnjavanja gospodarskih subjekata koji su sklopili tajni sporazum i odvratanja od sličnih praksi u budućnosti, od njega nema koristi u natjecajnim postupcima na koje su takve prakse stvarno utjecale i u kojima može doći do toga da se ugovor dodjeli subjektu koji je sklopio tajni sporazum, čime se šteti javnom interesu. Iako europska i nacionalna tijela nadležna za tržišno natjecanje imaju ključnu ulogu u borbi protiv tajnih sporazuma, iznimno je važno da se protiv tajnih sporazuma bori i u najvažnijoj fazi, tj. prije dodjele ugovora.

(⁷) Za slučajeve koje je istraživala Komisija, vidjeti, na primjer, predmet SPO (koji uključuje građevinska poduzeća u Nizozemskoj) iz 1992. (predmeti IV/31.572 i 32.571), predmet o predizoliranim cijevima iz 1999. (predmet IV/35.691/E-4), predmet o dizalima i pokretnim stepenicama iz 2007. (predmet COMP/E-1/38.823), predmet o električnim vodovima iz 2014. (predmet AT.39610), kao i predmete navedene u izvješću Komisijine Glavne uprave za tržišno natjecanje o provedbi prava tržišnog natjecanja u farmaceutskom sektoru donesenom 28. siječnja 2019. (dostupno na https://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/report2019/report_en.pdf).

(⁸) Posebice poglavlje priručnika o provedbi protukartelskih mjera koji je izradila Međunarodna mreža za tržišno natjecanje (ICN) u kojem se obrađuju „Odnosi između agencija za zaštitu tržišnog natjecanja i tijela za javnu nabavu”.

(⁹) Tajni sporazumi bili su i predmet studije koju je naručio OLAF pod nazivom „Utvrđivanje i smanjivanje korupcije u javnoj nabavi u EU-u”, koja je objavljena u lipnju 2013. (dostupna na https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf).

(¹⁰) Vijeće OECD-a donijelo je 17. srpnja 2012. dokument *Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement* (Preporuka za borbu protiv namještanja ponuda u javnoj nabavi) (<https://www.oecd.org/competition/oecdrecommendationonfightingbidriggingin-publicprocurement.htm>). U preporuci se pozivaju vlade da nastoje provoditi postupke javne nabave kojima se promiče tržišno natjecanje i smanjuje rizik od namještanja ponuda. Odjel za tržišno natjecanje OECD-a već je 2009. izradio vrlo detaljne smjernice i kontrolne popise za borbu protiv namještanja ponuda u javnoj nabavi. Preporuka OECD-a poslužila je kao osnova za tekstove smjernica koje je izdalo nekoliko nacionalnih tijela koja se bave rješavanjem pitanja tajnih sporazuma.

(¹¹) Svjetska banka je 2013. izdala *Fraud and Corruption Awareness Handbook* (Informativni priručnik o prijevarama i korupciji) za državne službenike koji sudjeluju u javnoj nabavi, koji sadržava i poseban odjeljak o tajnim sporazumima. Banka je 2011. izdala i posebne smjernice za borbu protiv tajnih sporazuma u građevinskom sektoru, za koji je utvrdila da je, zajedno sa sektorom medicinske opreme, najpodložniji tajnim sporazumima.

Rješavanju problema treba pristupiti i iz aspekta javne nabave, što podrazumijeva jačanje uloge službenika za javnu nabavu koji vode postupke dodjele kako bi učinkovito spriječili, otkrili i reagirali na ponašanje koje ukazuje na tajno dogovaranje tijekom samog postupka. To uključuje upotrebu sredstava predviđenih direktivama o javnoj nabavi, osobito mogućnosti isključivanja ponuditelja iz postupka ako postoje dovoljno vjerodostojni pokazatelji da je sklopio tajni sporazum kako bi zapravo ograničio tržišno natjecanje ⁽¹²⁾.

U Komunikaciji iz 2017. pod nazivom „Kako unaprijediti funkcioniranje javne nabave u Europi i za nju” (COM (2017) 572) ⁽¹³⁾ Komisija je utvrdila šest strateških prioriteta u kojima se jasnim i konkretnim mjerama javna nabava može pretvoriti u snažan instrument u paketu mjera gospodarskih politika svih država članica, što dovodi do znatnih koristi u ishodima nabave. U okviru strateškog prioriteta „Veća transparentnost, integritet i bolji podaci” Komisija je najavila da namjerava

„razviti instrumente i inicijative za rješavanje tog pitanja i jačanje svijesti kako bi na najmanju moguću mjeru svela tajno dogovaranje na tržištima javne nabave. To će uključivati i mjere za poboljšanje znanja javnih naručitelja o tržištu, potporu javnim naručiteljima, pažljivo planiranje i osmišljavanje postupaka javne nabave te bolju suradnju i razmjenu informacija između tijela za javnu nabavu i tijela nadležnih za tržišno natjecanje. Komisija će isto tako pripremiti smjernice za primjenu novih direktiva EU-a o javnoj nabavi u pogledu razloga za isključenje zbog tajnog dogovaranja.”

Uz te konkretne mjere, u komunikaciji iz 2017. naveden je i strateški prioritet „Bolji pristup tržištima javne nabave”. S tim ciljem

„[...] Komisija potiče treće zemlje da se priključe Sporazumu WTO-a o javnim nabavama i nastoji zatvoriti ambiciozna poglavlja o javnoj nabavi u sporazumima o slobodnoj trgovini”.

Otvaranje međunarodnih tržišta nabave i omogućivanje ulaska novih gospodarskih subjekata u postupke dodjele, posebno u zemljama s manjim tržištem nabave i u sektorima u kojima je ponuda ograničena, općenito se prepoznaje kao ključno sredstvo za povećanje tržišnog natjecanja, izbjegavanje tržišne koncentracije ili oligopola i, posljedično, odvratanje od tajnih sporazuma.

Komisija je 10. ožujka 2020. potvrdila da namjerava pružiti smjernice za borbu protiv tajnih sporazuma u javnoj nabavi u svojoj komunikaciji pod naslovom „Dugoročni akcijski plan za bolju provedbu i osiguravanje primjene pravila jedinstvenog tržišta” (COM(2020) 94 final) ⁽¹⁴⁾.

2.2. Osnovna načela za ostvarivanje preuzete obveze

U skladu s preuzetom političkom obvezom da će se boriti protiv tajnih sporazuma Komisija radi na izradi alata koji su prvenstveno usmjereni na osoblje koje provodi postupke nabave u državama članicama. Cilj je osigurati da osoblje ima odgovarajuće alate, osposobljavanje i potporu koje će mu omogućiti učinkovito suzbijanje tajnih sporazuma u postupku dodjele.

Komisija ne namjerava ponavljati rad koji je dosad obavljen, nego će razmotriti aspekte regulatornog ili administrativnog okvira za koje je jasno da tržište sve više treba smjernice i konkretne mjere.

Komisija se nadovezuje na iskustva i primjere dobre prakse koji već postoje u državama članicama EU-a. Temeljite odgovore na deset pitanja koja je Komisija postavila u veljači 2019. dostavila je 21 država članica i tako dala praktičan doprinos rješavanju ovog problema. Komisija će u razvoj najavljenih alata nastojati trajno uključiti nacionalne stručnjake za javnu nabavu i tržišno natjecanje kako bi se osiguralo da svaka poduzeta mjera donosi stvarnu dodanu vrijednost u borbi protiv tajnih sporazuma i da je zaista usmjerena na potrebe javnih naručitelja.

⁽¹²⁾ Analizirano u odjeljku 5.1. ove Obavijesti.

⁽¹³⁾ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=COM%3A2017%3A572%3AFIN>

⁽¹⁴⁾ https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-enforcement-implementation-single-market-rules_en_0.pdf

2.3. Svrha ove Obavijesti

U ovoj se Obavijesti detaljno opisuju alati najavljeni u spomenutoj Komunikaciji iz 2017., koje Komisija planira uvesti kako bi učinkovito poduprla države članice i njihove javne naručitelje u suzbijanju tajnih sporazuma u području javne nabave. Cilj je tih alata:

- **poduprijeti države članice i javne naručitelje u izgradnji kapaciteta za rješavanje problema**, osobito uključivanjem metoda za odvratanje, otkrivanje i suzbijanje tajnih sporazuma u postojeće inicijative Komisije za profesionalizaciju javne nabave. Metode obuhvaćaju poboljšanje znanja o tržištu, prilagođavanje postupaka kako bi se potaknulo sudjelovanje što većeg broja gospodarskih subjekata i ograničio rizik od tajnih sporazuma te informiranje (vidjeti odjeljak 3.);
- **poticanjesuradnje između nacionalnih središnjih tijela za javnu nabavu⁽¹⁵⁾ i tijela nadležnih za tržišno natjecanje** kako bi se osigurala učinkovita i kontinuirana potpora javnim naručiteljima (vidjeti odjeljak 4.).

U ovoj se Obavijesti nalaze i najavljene kratke, jednostavne i lako razumljive **smjernice za javne naručitelje o tome kako primijeniti osnovu za isključenje zbog sklapanja tajnog sporazuma** predviđenu direktivama o javnoj nabavi. One se nalaze u odjeljku 5., koji sadržava prilog u kojem su utvrđena sredstva za bolje odvratanje, otkrivanje i rješavanje slučajeva u kojima se sumnja na tajni sporazum.

3. PODUPIRANJE DRŽAVA ČLANICA I JAVNIH NARUČITELJA

Rješavanje problema tajnih sporazuma prije zaključenja postupka dodjele zahtijeva zajednički trud država članica i javnih naručitelja da izgrade administrativne kapacitete potrebne za pravilnu provedbu postupka dodjele. Mjere koje bi države članice i javni naručitelji mogli uzeti u obzir u svrhu izgradnje takvih kapaciteta uključuju:

- **stavljanje na raspolaganje resursa**, posebno osoblja koje je osposobljeno za provođenje postupaka dodjele i sposobno za pravilno i pravodobno rješavanje slučajeva sumnje na postojanje tajnog sporazuma;
- **korištenje dostupnih administrativnih poticaja za nagrađivanje osoblja** koje provodi postupke nabave i aktivno otkriva, rješava i prijavljuje moguće slučajeve tajnog sporazuma;
- **organiziranje osposobljavanja i informativnih događanja za osoblje za javnu nabavu**. Osposobljavanje za osoblje bilo bi prvenstveno usmjereno na skretanje pozornosti na štetan učinak tajnih sporazuma na postupke dodjele, poticanje kulture u javnoj upravi da se tajni sporazumi moraju aktivno suzbijati i pružanje prilike osoblju za javnu nabavu da stekne praktične vještine koje mu omogućuju da rješava taj problem u praksi. Osposobljavanje bi moglo uključivati načine za poboljšanje znanja o tržištu, osmišljavanje i provođenje postupaka na način koji smanjuje rizik od sklapanja tajnih sporazuma i poticanje subjekata na sudjelovanje u postupcima dodjele, kao i korištenje svih alata i metoda dostupnih za otkrivanje tajnih sporazuma tijekom postupka dodjele. Preporučuje se i da se službenicima za javnu nabavu pruži osposobljavanje o osnovnim načelima prava o tržišnom natjecanju koje se odnosi na kartele.

Države članice EU-a svjesne su važnosti stručnog osposobljavanja osoblja za javnu nabavu u tom pogledu. Većina ih je objavila smjernice ili druge informacije o sprečavanju i otkrivanju slučajeva tajnih sporazuma. Neke su ujedno razvile (ili razvijaju) praktične alate za provjeru dostupnih informacija radi djelotvornijeg otkrivanja sumnjivih ponuda. Većina država članica organizira informativne kampanje i tečajeve osposobljavanja o borbi protiv tajnih sporazuma za javne naručitelje i službenike za javnu nabavu.

Kako bi skrenula pozornost na to pitanje i poduprla mjere koje su poduzele države članice, Komisija nastoji na različite načine uključiti borbu protiv tajnih sporazuma u svoje tekuće inicijative za profesionalizaciju javne nabave (u skladu s Preporukom o profesionalizaciji iz 2017.). To uključuje:

- uključivanje profesionalnih vještina za sprečavanje i otkrivanje tajnih sporazuma u europski okvir kompetencija za stručnjake za javnu nabavu (ProcurCompEU)⁽¹⁶⁾;

⁽¹⁵⁾ Za potrebe ove Obavijesti, „središnja tijela za javnu nabavu” znači tijelo, odjel ili instituciju kojima je na nacionalnoj razini povjereno sastavljanje, provedba, praćenje i/ili podupiranje funkcioniranja pravnog okvira za javnu nabavu na nacionalnoj razini. Time se ne dovodi u pitanje nadležnost država članica kad je riječ o organizaciji državne uprave.

⁽¹⁶⁾ https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/professionalisation-public-buyers/procurcompeu-european-competency-framework-public-procurement-professionals_hr

- dijeljenje sa svim državama članicama primjera dobre prakse i alata razvijenih na nacionalnoj razini u okviru stručnih skupina Komisije ili putem dostupnih digitalnih sredstava za komunikaciju;
- poticanje nacionalnih tijela nadležnih za tržišno natjecanje (posebno službenika koji su se u praksi bavili slučajevima tajnih sporazuma) da sudjeluju u informativnim događanjima i osposobljavanju službenika za javnu nabavu jer nacionalna tijela nadležna za tržišno natjecanje već posjeduju stručno znanje u tom području (vidjeti i odjeljak 4.);
- promicanje ciljanih mjera za podupiranje manjih javnih naručitelja u državama članicama. To bi moglo uključivati načine na koje bi se nacionalnim središnjim tijelima za javnu nabavu omogućilo da pruže sveobuhvatnu potporu manjim javnim naručiteljima u provedbi postupaka dodjele ili da izrade posebne module osposobljavanja prilagođene njihovim konkretnim potrebama;
- razmjenu primjera dobre prakse za poticanje službenika za javnu nabavu da aktivno rješavaju slučajeve sumnje na postojanje tajnih sporazuma;
- suradnju s drugim međunarodnim organizacijama (kao što su OECD, WTO, Svjetska banka i EBRD) radi poticanja međunarodne razmjene znanja i iskustva u borbi protiv tajnih sporazuma, među ostalim znanja i iskustva u području otvaranja globalnih tržišta te osmišljavanja i provedbe postupaka na način kojim se potiče tržišno natjecanje i privlači najveći broj gospodarskih subjekata.

U skladu s prethodno spomenutom komunikacijom iz 2017., posebna se pažnja posvećuje gospodarskim sektorima koji se smatraju osjetljivima jer su ili podložni tajnim sporazumima (na primjer, zbog koncentracije ponude ili potražnje, kao što su manji postupci dodjele koji se provode na regionalnoj ili lokalnoj razini) ili važni zbog svoje gospodarske veličine ili uloge u društvu (primjerice građevina, zdravstvo i IT sektor).

4. POBOLJŠANJE SURADNJE NACIONALNIH SREDIŠNJIH TIJELA ZA JAVNU NABAVU I TIJELA NADLEŽNIH ZA TRŽIŠNO NATJECANJE

Učinkovito suzbijanje tajnih sporazuma u području javne nabave zahtijeva sveobuhvatan pristup javnih naručitelja, uz iskorištavanje znanja i stručnosti u području javne nabave i tržišnog natjecanja. Da bi se uspostavio sveobuhvatan, stabilan i učinkovit okvir za podupiranje javnih naručitelja u toj zadaći, nacionalna središnja tijela za javnu nabavu i tijela nadležna za tržišno natjecanje moraju punopravno surađivati.

U nekim državama članicama ta su tijela *ad hoc* sporazumom utvrdila (ili je taj postupak u tijeku) uvjete za dublju suradnju u borbi protiv tajnih sporazuma. Takvim se sporazumima u praksi potiče razmjena informacija, iskustava i primjera dobre prakse u borbi protiv protutržišnog ponašanja u području javne nabave. U nekim državama članicama, primjerice u Švedskoj i Njemačkoj, tijelo nadležno za tržišno natjecanje ujedno ima nadzornu ulogu u provedbi pravila o javnoj nabavi.

Bez obzira na oblik takve suradnje, Komisija svakako potiče inicijativu središnjih tijela za javnu nabavu i tijela nadležnih za tržišno natjecanje u državama članicama da udruže snage u borbi protiv tajnih sporazuma u javnoj nabavi. Time bi se državama članicama i njihovim središnjim tijelima omogućilo da pripreme i učinkovitije provode mjere potpore javnim naručiteljima, kao što su:

- uspostavljanje službe sigurnosti (u obliku kontaktne točke ili telefonske linije za korisničku podršku) koja pruža podršku javnim naručiteljima;
- promicanje upotrebe alata dostupnih na razini EU-a ili na nacionalnoj razini putem kojih pojedinci ili poduzeća mogu prijaviti slučajeve tajnih sporazuma, posebno mehanizama za zviždače ili pokajničkih programa ⁽¹⁷⁾;
- izrada postupnih praktičnih rješenja prema kojima javni naručitelji mogu zatražiti stručnu pomoć središnjih tijela za javnu nabavu i tijela nadležnih za tržišno natjecanje;
- olakšavanje tijelima pristup informacijama koje su im potrebne da obavljaju zadaće i rješavaju slučajeve sumnje na postojanje tajnog sporazuma. Države članice mogle bi, u okviru svojeg pravnog okvira i uz poštovanje zahtjeva EU-a ⁽¹⁸⁾ i nacionalnih zahtjeva za zaštitu podataka;
- omogućiti tijelima nadležnima za tržišno natjecanje da za slučajeve koje istražuju pristupe elektroničkim bazama podataka o javnoj nabavi (kao što su dostupni nacionalni registri ugovora) i natječajima;

⁽¹⁷⁾ Pogledajte primjer takvog alata koji je uspostavila Europska komisija: <https://ec.europa.eu/competition/cartels/whistleblower/index.html>.

⁽¹⁸⁾ Posebno Opća uredba o zaštiti podataka (Uredba (EU) 2016/679).

- omogućiti razmjenu dostupnih informacija između tijela za javnu nabavu i tijela nadležnih za tržišno natjecanje kako bi ona mogla procijeniti postoje li obrasci tajnih sporazuma između gospodarskih subjekata;
- uvesti obvezu da javni naručitelji izvješćuju središnja tijela za javnu nabavu i tijela nadležna za tržišno natjecanje o slučajevima u kojima su isključili gospodarski subjekt zbog sumnje na postojanje tajnog sporazuma (vidjeti i odjeljak 5.8.). To bi središnjim tijelima omogućilo da na nacionalnoj razini prate i nadziru primjenu osnove za isključivanje predviđene u direktivama i poduzmu potrebne daljnje mjere u takvim slučajevima (primjerice, kad razmatraju slučajeve na temelju pravila tržišnog natjecanja ili razmatraju isključenje gospodarskog subjekta iz postupaka javne nabave na određeno vrijeme);
- uspostavljanje nacionalne baze podataka o slučajevima u kojima su gospodarski subjekti bili isključeni zbog sklapanja tajnog sporazuma, uz poštovanje nacionalnog prava te zahtjeva EU-a ⁽¹⁹⁾ i nacionalnih zahtjeva za zaštitu podataka. Takva baza podataka javnim naručiteljima bila bi izvor lako dostupnih informacija o gospodarskim subjektima koji su u prošlosti sudjelovali u tajnom sporazumu i na taj način olakšala procjenu njihova integriteta i pouzdanosti. Središnjim nacionalnim tijelima bilo bi od koristi da prate kako različiti javni naručitelji rješavaju slične slučajeve i koliko je učinkovita provedba odluka o isključivanju gospodarskih subjekata iz postupaka dodjele ugovora;
- uvođenje neobaveznih alata za javne naručitelje u nacionalni okvir javne nabave kojima bi se gospodarski subjekti učinkovito odvratili od sklapanja tajnih sporazuma. To bi moglo uključivati sljedeće:
 - zahtjev da svaki ponuditelj uz ponudu priloži izjavu o neovisnoj izradi ponude ⁽²⁰⁾, i
 - izričite klauzule u ugovoru kojima se utvrđuje pravo javnog naručitelja da raskine ugovor ili zahtijeva naknadu štete ako se utvrdi da je ugovaratelj sklopio tajni sporazum;
- suradnja u pogledu analize podataka o javnoj nabavi kako bi se lakše otkrili tragovi tajnog sporazuma u postupcima dodjele ugovora. U tu svrhu države članice potiču se da na nacionalnoj razini uspostave jednostavne i lako primjenjive metode za prikupljanje i analizu velike količine podataka dostupnih u elektroničkim bazama podataka o javnoj nabavi (moguće s pomoću algoritama, algoritama umjetne inteligencije ili strojnog učenja);
- sudjelovanje u organizaciji osposobljavanja o javnoj nabavi i tržišnom natjecanju za osoblje koje je zaduženo za javnu nabavu i tržišno natjecanje kako bi se obje profesionalne zajednice upoznale s radnim okvirom i praksom one druge;
- uspostavljanje sustava za zajedničko periodičko preispitivanje odabranih postupaka dodjele ugovora radi utvrđivanja slučajeva tajnih sporazuma i praćenja nabave u osjetljivim sektorima;
- provedba informativnih kampanja usmjerenih na poslovnu zajednicu aktivnu u javnoj nabavi, u okviru kojih dionici informiraju o zakonskim zahtjevima za sudjelovanje u postupcima javne nabave, potencijalnim posljedicama tajnih sporazuma, kao i o prednostima poštenog tržišnog natjecanja na tržištu javne nabave za javne naručitelje i poduzeća.

Komisija će razmotriti načine da podupre aktivnosti koje države članice poduzimaju za uspostavu potrebnih sinergija na nacionalnoj razini između središnjih tijela za javnu nabavu i tijela nadležnih za tržišno natjecanje (posebno učinkovitih i praktičnih mehanizama stalne suradnje, razmjene informacija i pružanja pomoći), primjerice:

- na temelju rasprava u stručnim skupinama Komisije za prenošenje dobrih praksi o nacionalnim mehanizmima potpore službenicima za javnu nabavu i o načinima nacionalne suradnje između središnjih tijela za javnu nabavu i tijela nadležnih za tržišno natjecanje. To bi u idealnim okolnostima uključivalo prezentacije država članica koje su već uspostavile takve sustave. Smjernice koje je izradila Međunarodna mreža za tržišno natjecanje (vidjeti odjeljak 1.3.) mogle bi biti poticaj za takvu praksu;

⁽¹⁹⁾ Vidjeti bilješku 18.

⁽²⁰⁾ Gospodarski subjekti pri podnošenju europske jedinstvene dokumentacije o nabavi (ESPD) već su obvezni izjaviti jesu li sklopili tajni sporazum. Komisija bi u budućnosti mogla razmotriti dopunu te odredbe zahtijevanjem izjave kojom se potvrđuje da je ponuditelj neovisno izradio svoju ponudu. OECD je izradio primjer te vrste izjave: <https://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/certificate-independent-bid-determination.pdf>.

- organizacijom prvog zajedničkog sastanka ili radionice na kojoj će se okupiti profesionalne zajednice stručnjaka za javnu nabavu i stručnjaka za zaštitu tržišnog natjecanja. Komisija bi nadalje mogla razmotriti mogućnost uspostavljanja, ako se smatra korisnim, foruma na razini EU-a kako bi se potaknula prekogranična suradnja i razmjena informacija, iskustva i znanja u tom području. Takav forum mogao bi se koristiti za raspravu i razmjenu iskustava o pitanjima kao što su zajedničke prakse na razini EU-a u prikupljanju podataka i analizi pokazatelja koji ukazuju na tajne sporazume u cijelom EU-u, funkcioniranje mogućnosti „samopročišćenja” predviđene pravom Unije (vidjeti odjeljak 5.7.) ili način primjene Direktive 2014/104/EU ⁽²¹⁾ za naknadu štete koju uzrokuju tajni sporazumi.

Osim toga, Komisija će razmotriti moguće načine za promicanje suradnje i razmjene informacija na razini EU-a između nacionalnih središnjih tijela za javnu nabavu i tijela nadležnih za tržišno natjecanje, u skladu sa zakonodavstvom EU-a ⁽²²⁾ i nacionalnim zakonodavstvom o zaštiti podataka kako bi se u cijelom EU-u omogućila razmjena informacija o gospodarskim subjektima koji su isključeni iz postupaka dodjele ugovora zbog sudjelovanja u tajnim sporazumima. Poticaj za to mogli bi biti postojeći instrumenti, kao što su Informacijski sustav unutarnjeg tržišta ⁽²³⁾, središnji informacijski sustav Europske mreže za tržišno natjecanje (sustav Europske mreže za tržišno natjecanje) ili mehanizam razmjene informacija razvijen u okviru dobrovoljnog *ex ante* mehanizma Komisije za velike infrastrukturne projekte ⁽²⁴⁾.

5. SMJERNICE JAVNIM NARUČITELJIMA O TOME KAKO PRIMIJENITI OSNOVU ZA ISKLJUČENJE ZBOG SKLAPANJA TAJNOG SPORAZUMA U SKLADU S ČLANKOM 38. STAVKOM 7. TOČKOM (e) DIREKTIVE 2014/23/EU, ČLANKOM 57. STAVKOM 4. TOČKOM (d) DIREKTIVE 2014/24/EU I ČLANKOM 80. STAVKOM 1. DIREKTIVE 2014/25/EU

U ovom odjeljku Obavijesti utvrđuju se pravno neobvezujuća stajališta Komisije o načinu primjene osnove za isključenje zbog sklapanja tajnog sporazuma u skladu s člankom 38. stavkom 7. točkom (e) Direktive 2014/23/EU, člankom 57. stavkom 4. točkom (d) Direktive 2014/24/EU i člankom 80. stavkom 1. Direktive 2014/25/EU. Usmjeren je na posebna pitanja s kojima se države članice susreću pri provedbi direktiva, a službenici za javnu nabavu pri procjeni ponuda u postupcima dodjele. Ta stajališta ne dovode u pitanje nadležnost država članica pri prenošenju i primjeni direktiva niti se njima uvode nova pravila ili obveze. Samo je Sud Europske unije (dalje u tekstu: „Sud”) nadležan za pravno obvezujuće tumačenje odredbi prava Unije na koje se odnosi ova Obavijest.

Radi cjelovitosti i upotrebljivosti takvih smjernica u Prilogu ovoj Obavijesti navedeni su jednostavni i sažeti savjeti koji su prvenstveno upućeni službenicima za javnu nabavu koji pripremaju i provode postupke dodjele za javne naručitelje. U njemu su utvrđena sredstva i upozoravajući znakovi za koje Komisija smatra da ih službenici za javnu nabavu mogu jednostavno upotrebljavati tijekom cijelog postupka dodjele ugovora radi odvratanja od tajnih sporazuma, njihova otkrivanja i rješavanja. Ti su savjeti rezultat vrijednog rada koji su proteklih godina obavile organizacije i službe kao što su OECD, OLAF ili nacionalna tijela nadležna za tržišno natjecanje, koje su službenicima za javnu nabavu pružile sveobuhvatne i lako dostupne smjernice i primjere dobre prakse u području borbe protiv tajnih sporazuma.

5.1. Primjenjive zakonske odredbe i njihova dosadašnja primjena

Tajni sporazumi između gospodarskih subjekata zabranjeni su pravom Unije na temelju članka 101. UFEU-a ⁽²⁵⁾, kojim se propisuje sljedeće:

„1. Budući da su nespojivi s unutarnjim tržištem, zabranjuju se: svi sporazumi među poduzetnicima, odluke udruženja poduzetnika i usklađeno djelovanje koji bi mogli utjecati na trgovinu među državama članicama i koji imaju za cilj ili posljedicu sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu [...]”.

Ako tajni sporazum (potencijalno) ne utječe na trgovinu između država članica, svedeno može biti kažnjiv na temelju nacionalnih pravila o tržišnom natjecanju.

⁽²¹⁾ Direktiva 2014/104/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. studenoga 2014. o određenim pravilima kojima se uređuju postupci za naknadu štete prema nacionalnom pravu za kršenje odredaba prava tržišnog natjecanja država članica i Europske unije.

⁽²²⁾ Vidjeti bilješku 18.

⁽²³⁾ Vidjeti uvodnu izjavu 128. Direktive 2014/24/EU.

⁽²⁴⁾ <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/pp-large-projects/>

⁽²⁵⁾ Komisija je 8. travnja 2020. donijela Komunikaciju o privremenom okviru za procjenu protumonopolskih pitanja povezanih s poslovnom suradnjom pri odgovoru na hitne situacije proizašle iz aktualne pandemije bolesti COVID-19, (C(2020) 3200 final). U Komunikaciji se iz perspektive prava o tržišnom natjecanju obrađuju mogući oblici suradnje između gospodarskih subjekata kako bi se tijekom pandemije bolesti COVID-19 osigurala opskrba i odgovarajuća distribucija najvažnijih traženih proizvoda i usluga.

Prije stupanja na snagu direktiva o javnoj nabavi 2014. ponuditelji koji su sklopili tajni sporazum mogli su biti isključeni iz natječajnih postupaka na temelju članka 45. stavka 2. Direktive 2004/18/EZ, pod uvjetom da su pravomoćnom presudom osuđeni za djelo koje se tiče njihova profesionalnog postupanja (članak 45. stavak 2. točka (c)) ili da su bili krivi za težak profesionalni propust koji javni naručitelj može dokazati na bilo koji način (članak 45. stavak 2. točka (d))⁽²⁶⁾. Kad su primjenjivali potonju neobvezujuću osnovu za isključenje, javni naručitelji mogli su uključiti kršenje pravila o tržišnom natjecanju, poput sklapanja tajnih sporazuma, kao primjer koji opravdava takvo isključivanje, pod uvjetom da su ispunjeni uvjeti navedeni u tom članku⁽²⁷⁾.

Direktivama o javnoj nabavi iz 2014. izmijenjena su pravila o isključenju uvođenjem novih obvezujućih i neobvezujućih osnova za isključenje, mogućnosti da se gospodarski subjekti pozivaju na mjere „samopročišćenja” i maksimalnog trajanja isključenja. U njima je tajni sporazum prvi put izričito utvrđen kao neobvezujuća osnova za isključenje gospodarskih subjekata iz postupaka dodjele. Konkretnije, u članku 57. stavku 4. točki (d) Direktive 2014/24/EU (u daljnjem tekstu „Direktiva”) predviđa se da javni naručitelj može isključiti ili država članica može od njega zahtijevati da isključi gospodarski subjekt iz natječajnog postupka:

„(d) ako javni naručitelj ima dovoljno vjerodostojnih pokazatelja da je gospodarski subjekt sklopio sporazum s drugim gospodarskim subjektima kojima je cilj narušavanje tržišnog natjecanja”.

Ta neobvezujuća osnova za isključenje odražava se i u članku 38. stavku 7. točki (e) Direktive 2014/23/EU o dodjeli ugovorâ o koncesiji i može se primijeniti na javnu nabavu obuhvaćenu Direktivom 2014/25/EU o komunalnim uslugama na temelju njezina članka 80. stavka 1.⁽²⁸⁾

Člankom 57. stavkom 6. Direktive uvodi se pravo gospodarskog subjekta da iskoristi ono što se obično naziva mjerama „samopročišćenja” (dalje analizirano u odjeljku 5.7.), pod uvjetom da:

„Svaki gospodarski subjekt koji se nalazi u nekoj od situacija iz stavaka 1. i 4. može pružiti dokaze kako bi dokazao da su mjere koje je poduzeo dovoljne da pokažu njegovu pouzdanost bez obzira na postojanje nekog ključnog razloga za isključenje. Ako se takav dokaz smatra dovoljnim, dotični gospodarski subjekt neće biti isključen iz postupka nabave.

U tu svrhu gospodarski subjekt dokazuje da je platio ili preuzeo obvezu plaćanja naknade bilo kakve moguće štete prouzročene kaznenim djelom ili propustom, da je u potpunosti razjasnio činjenice i okolnosti uz aktivnu suradnju s tijelima nadležnima za provedbu istrage te da je poduzeo konkretne mjere tehničke i organizacijske prirode te mjere za osoblje primjerene za sprječavanje daljnjih kaznenih djela ili propusta.

Mjere koje poduzimaju gospodarski subjekti ocjenjuju se uzimajući u obzir težinu i posebne okolnosti kaznenog djela ili propusta. Ako se smatra da su mjere nedostatne, gospodarski subjekt prima izjavu o razlozima takve odluke.

Gospodarski subjekt koji je pravomoćnom presudom isključen iz sudjelovanja u postupku nabave ili dodjele koncesija nema pravo korištenja mogućnosti iz ovog stavka tijekom razdoblja isključenja koje je proizašlo iz takve presude u državi članici u kojoj je presuda na snazi.”

Naposljetku, člankom 57. stavkom 7. Direktive propisuje se sljedeće:

„Države članice određuju provedbene uvjete za ovaj članak. One posebno utvrđuju maksimalno razdoblje isključenja ako gospodarski subjekt nije poduzeo nikakve mjere navedene u stavku 6. kako bi dokazao njihovu pouzdanost. Ako razdoblje isključenja nije utvrđeno pravomoćnom presudom, to razdoblje ne može trajati dulje od pet godina od datuma izricanja pravomoćne osuđujuće presude u slučajevima iz stavka 1. i tri godine od datuma dotičnog događaja u slučajevima iz stavka 4.”

⁽²⁶⁾ Te osnove za isključenje bile su primjenjive i na temelju Direktive 2004/17/EZ u skladu s njezinim člankom 54. stavkom 4.

⁽²⁷⁾ Vidjeti rješenje Suda od 4. lipnja 2019. u predmetu C-425/18, CNS, točke 18. i 33.

⁽²⁸⁾ Upućivanja u odjeljku 5. ove Obavijesti isključivo na Direktivu 2014/24/EU ili njezine odredbe trebaju se shvatiti tako da se odnose i na odgovarajuće odredbe u direktivama 2014/23/EU i 2014/25/EU.

Države članice prijavile su nekoliko slučajeva u kojima su se javni naručitelji savjetovali s nacionalnim tijelom nadležnim za tržišno natjecanje o tome kako postupati sa sumnjivim ponudama. U nekim državama članicama javni naručitelji zaista su odlučili isključiti gospodarske subjekte zbog sumnje na postojanje tajnog sporazuma. Međutim, podaci o takvim isključenjima nisu konačni jer u većini država članica javni naručitelji nisu obvezni izvješćivati nacionalna središnja tijela za javnu nabavu ili tijela nadležna za tržišno natjecanje o tim odlukama.

U nekoliko država članica u slučajevima koji se odnose na provedbu osnova za isključenje pokrenuti su i postupci pred nacionalnim sudovima.

U direktivama se izričito ne obrađuju učinak mogućeg uspješnog pravnog osporavanja odluke javnog naručitelja o isključenju gospodarskog subjekta kao ni proturječne odluke nacionalnog tijela nadležnog za tržišno natjecanje u tom pogledu nakon donošenja odluke o dodjeli ugovora. Države članice su te koje utvrđuju takve učinke.

5.2. Područje primjene osnove za isključenje zbog sklapanja tajnog sporazuma: obuhvaćanje usklađenih djelovanja i povezanost s osnovom za isključenje zbog teškog poslovnog prekršaja

Mogućnost isključivanja gospodarskog subjekta zbog sumnje na postojanje tajnog sporazuma u Direktivi se ne tumači kao kazna za njegovo ponašanje prije ili tijekom postupka dodjele ugovora. Umjesto toga služi kao sredstvo za osiguravanje poštovanja načela jednakog postupanja i natjecanja u postupku dodjele ugovora, kao i za osiguravanje integriteta, pouzdanosti i prikladnosti budućeg ugovaratelja za izvršenje ugovora ⁽²⁹⁾.

Kad je riječ o vrsti ponašanja obuhvaćenog osnovom za isključenje, razlike između teksta članka 57. stavka 4. točke (d) Direktive i članka 101. UFEU-a dovele su do nedoumica o tome koje nezakonite prakse javni naručitelj treba uzeti u obzir za potrebe primjene te osnove za isključenje.

Članak 57. stavak 4. točka (d) Direktive odnosi se samo na „sporazume s drugim gospodarskim subjektima kojima je cilj narušavanje tržišnog natjecanja”, dok su člankom 101. UFEU-a obuhvaćeni „svi sporazumi među poduzetnicima, odluke udruženja poduzetnika i usklađeno djelovanje koji bi mogli utjecati na trgovinu među državama članicama i koji imaju za cilj ili posljedicu sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu”. U kontekstu tumačenja Direktive na način koji je u skladu s Ugovorom, državama članicama mora se omogućiti da pri prenošenju Direktive u nacionalno pravo razmotre mogućnost da i sporazumi i usklađeno djelovanje u javnoj nabavi usmjereno na narušavanje tržišnog natjecanja mogu biti razlog za primjenu te osnove za isključenje. Alternativno, države članice mogle bi te druge oblike kršenja pravila o tržišnom natjecanju smatrati slučajem teškog poslovnog prekršaja te tako opravdati potencijalno isključenje gospodarskog subjekta na temelju članka 57. stavka 4. točke (c) Direktive ⁽³⁰⁾.

Mogu se pojaviti i neka pitanja u pogledu razlike između osnove za isključenje zbog sklapanja tajnog sporazuma iz članka 57. stavka 4. točke (d) Direktive i osnove za isključenje zbog teškog poslovnog prekršaja iz članka 57. stavka 4. točke (c). Kao što je prethodno navedeno, do stupanja na snagu direktiva iz 2014. potonja je odredba služila kao osnova za isključivanje gospodarskog subjekta iz postupka dodjele ugovora u slučajevima kršenja pravila o tržišnom natjecanju ⁽³¹⁾. Obje osnove za isključenje i dalje bi mogle služiti istoj svrsi (mogućnost potvrđena u uvodnoj izjavi 101. Direktive, na temelju koje se kršenje pravila o tržišnom natjecanju izričito kvalificira kao slučaj teškog poslovnog prekršaja), a obje su za javne naručitelje neobvezujuće i imaju potpuno jednak učinak isključivanja ponuditelja iz postupka. Dodavanje osnove povezane sa sklapanjem tajnog sporazuma u članku 57. stavku 4. točki (d) zamišljeno je kao konkretniji alat kojim se proširuju mogućnosti koje su javnim naručiteljima dostupne za rješavanje slučajeva sklapanja tajnih sporazuma. Čini se da je ključna razlika između dviju odredbi stupanj sigurnosti koji je potreban da bi javni naručitelj isključio ponuditelja iz postupka. Kako bi se mogao primijeniti članak 57. stavak 4. točka (c), javni naručitelj mora moći „dokazati odgovarajućim sredstvima da je gospodarski subjekt kriv za teški poslovni prekršaj”. S druge strane, člankom 57. stavkom 4. točkom (d) javnom naručitelju omogućeno je da razmotri isključivanje ponuditelja čak i u slučaju da „(d) ima dovoljno vjerodostojnih pokazatelja da je gospodarski subjekt sklopio sporazum s drugim gospodarskim subjektima kojima je cilj narušavanje tržišnog natjecanja”. Naručitelj je taj koji mora u pojedinačnom slučaju prosuditi koja bi se od tih dviju osnova mogla smatrati primjenjivom, pri čemu se podrazumijeva da se nijednom odredbom iz Direktive ne sprečava javnog naručitelja da isključi ponuditelja iz postupka na temelju više od jedne osnove za isključenje.

⁽²⁹⁾ Vidjeti uvodnu izjavu 101. Direktive.

⁽³⁰⁾ Kako je potvrđeno u uvodnoj izjavi 101. Direktive.

⁽³¹⁾ Vidjeti prethodno navedeno rješenje Suda u predmetu CNS, točke 18. i 33.

5.3. Nadležnost javnih naručitelja za primjenu osnova za isključenje: velika sloboda prosudbe i ograničenja njihovih diskrecijskih ovlasti

Člankom 57. stavkom 4. Direktive javnim naručiteljima daje se velika sloboda prosudbe hoće li ponuditelja isključiti iz postupka ako postoje dovoljno vjerodostojni pokazatelji za postojanje tajnog sporazuma.

U članku 57. stavku 4. točki (d) nije dodatno utvrđeno niti se implicira što bi se točno moglo smatrati pokazateljem ili na temelju čega bi se takav pokazatelj mogao smatrati dovoljno vjerodostojnim za isključivanje ponuditelja. Čini se da je namjera zakonodavca EU-a bila omogućiti javnim naručiteljima da u pojedinačnom slučaju procijene jesu li ispunjeni uvjeti za isključenje ponuditelja po toj osnovi, a da ne bude pretjerano preskriptivan⁽³²⁾. Neobvezujuća priroda te osnove za isključenje znači da javni naručitelji smiju zadržati ponuditelja u postupku dodjele, čak i ako raspolažu dovoljno vjerodostojnim pokazateljima koji upućuju na postojanje tajnog sporazuma (osim ako se nacionalnim zakonodavstvom nalaže javnim naručiteljima da isključe ponuditelja – vidjeti u nastavku).

Sud je dosljedno potvrđivao da je na temelju članka 57. stavka 4. Direktive javni naručitelj (a ne neka druga nacionalna instanca ili tijelo) taj koji bi trebao neovisno procijeniti mora li gospodarski subjekt biti isključen iz određenog postupka dodjele⁽³³⁾. Kao što je Sud vrlo primjereno istaknuo, „ta mogućnost kojom raspolaže svaki javni naručitelj da isključi ponuditelja iz postupka javne nabave osobito je namijenjena tomu da mu omogući da ocijeni integritet i pouzdanost svakog ponuditelja”, osobito kako bi se osigurala „pouzdanost uspješnog ponuditelja na kojoj se temelji povjerenje koje mu poklanja javni naručitelj”⁽³⁴⁾.

Javni naručitelji imaju veliku slobodu prosudbe kad je riječ o isključivanju ponuditelja zbog sumnje na postojanje tajnog sporazuma. Međutim, postoje određena ograničenja koja su utvrđena u Direktivi.

Prvo, države članice pri prenošenju Direktive u nacionalno pravo smiju obvezati svoje javne naručitelje da primjenjuju neobvezujuće osnove za isključenje predviđene člankom 57. stavkom 4. Direktive i, u slučaju članka 57. stavka 4. točke (d), da isključe ponuditelja iz postupka dodjele ako imaju dovoljno vjerodostojne pokazatelje koji ukazuju na postojanje tajnog sporazuma⁽³⁵⁾.

Osim toga, na temelju članka 57. stavka 7. Direktive, države članice imaju pravo odrediti uvjete za provedbu tog članka u skladu s pravom Unije, osobito kako bi osigurala da javni naručitelji primjenjuju dosljedan pristup tom pitanju na nacionalnoj razini. U uvodnoj izjavi 102. Direktive potvrđuje se mogućnost država članica da postave takve uvjete u posebnom slučaju procjene mjera „samopročišćenja” koje je iznio ponuditelj. Međutim, nijedan takav uvjet ne bi trebao utjecati na područje primjene ili obrazloženje osnova za isključenje iz stavka 4. navedenog članka, mijenjati ih, proširivati ili ograničavati, kao ni ograničiti diskrecijske ovlasti javnih naručitelja ili dovoditi u pitanje ili prejudicirati njihove odluke. Cilj je takvih uvjeta na nacionalnoj razini odrediti kriterije pod kojima će javni naručitelji izvršavati svoje ovlasti predviđene Direktivom⁽³⁶⁾.

Drugo, na temelju članka 57. stavka 6. Direktive, ponuditelj može dokazati svoju pouzdanost na način da javnom naručitelju predoči dokaze iz tog stavka koji potvrđuju da je poduzeo dostatne mjere usklađivanja kako bi otklonio negativne učinke svojeg propusta (ili mjere „samopročišćenja”). U uvodnoj izjavi 102. Direktive propisano je sljedeće:

„Ako takve mjere nude dovoljna jamstva, određeni gospodarski subjekt ne bi se više trebao isključivati samo na tim osnovama.”

Javni naručitelj je dužan ispitati takve dokaze uzimajući u obzir težinu ili posebne okolnosti kaznenog djela i dati obrazloženje ako odluči da dokazi nisu dostatni da ponuditelju omogućuju nastavak sudjelovanja u postupku.

⁽³²⁾ Vidjeti presudu Suda od 24. listopada 2018. u predmetu C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, točka 23., presudu od 19. lipnja 2019. u predmetu C-41/18, Meca srl, točke 28. i 31., i presudu od 3. listopada 2019. u predmetu C-267/18, Delta Antrepriza, točke od 25. do 29.

⁽³³⁾ Vidjeti presudu Vossloh Laeis, točka 23., presudu Meca, točke 28., 31. i, osobito, točku 34., presudu Delta Antrepriza, točke 25. i 27., rješenje u predmetu CNS, točke 34. i 35., kao i rješenje Suda od 20. studenoga 2019. u predmetu C-552/18, Indaco, točka 24.

⁽³⁴⁾ Vidjeti presudu Delta Antrepriza, točka 26.

⁽³⁵⁾ Odgovori koje je Komisija dobila na upitnik u veljači 2019. pokazuju da je većina država članica pri prenošenju direktiva iz 2014. odlučila da osnove za isključenje ostanu neobvezujuće za njihove javne naručitelje.

⁽³⁶⁾ Vidjeti presudu Meca, točka 33., i presudu Delta Antrepriza, točke 25. i 27. Sud zahtijeva da takvi uvjeti moraju „poštovati ključna obilježja”, kao i „ciljeve i načela” osnova za isključenje. Vidjeti i rješenje Indaco, točke 23. i 25., kao i presudu Suda od 30. siječnja 2020. u predmetu C-395/18, Tim, točka 36.

Treće, načelo proporcionalnosti kojim su obuhvaćene sve faze postupka dodjele odnosi se i na fazu procjene potencijalnog slučaja tajnog sporazuma. To je potvrđeno i u uvodnoj izjavi 101. Direktive u kojoj je navedeno:

„Pri primjeni fakultativnih osnova za isključenje, javni naručitelji bi trebali posvetiti osobitu pozornost načelu proporcionalnosti.”

Javni naručitelj mora primijeniti proporcionalnost i pri procjeni mjera „samopročišćenja” koje je iznio predmetni ponuditelj. Člankom 57. stavkom 6. Direktive propisuje se sljedeće:

„Mjere koje poduzimaju gospodarski subjekti ocjenjuju se uzimajući u obzir težinu i posebne okolnosti kaznenog djela ili propusta.”

Načelo proporcionalnosti, za potrebe primjene te osnove za isključenje, općenito zahtijeva od javnog naručitelja da provede konkretnu i pojedinačnu procjenu ponašanja predmetnog gospodarskog subjekta ⁽³⁷⁾ neovisno o prethodnim odlukama drugih tijela (vidjeti odjeljak 5.4.) i poštujući pravo subjekta da predstavi mjere „samopročišćenja” (vidjeti odjeljak 5.7.).

Četvrto, diskrecijske ovlasti javnog naručitelja u pogledu toga hoće li isključiti subjekta iz postupka dodjele ograničene su i potrebom da odluka bude dobro dokumentirana i propisno utemeljena. Ako se iznose mjere „samopročišćenja”, člankom 57. stavkom 6. Direktive propisuje se sljedeće:

„Ako se smatra da su mjere nedostatne, gospodarski subjekt prima izjavu o razlozima takve odluke.”

Propisno utemeljena odluka znatno bi smanjila rizik od toga da je predmetni gospodarski subjekt uspješno pravno ospori.

Općenito, javni naručitelji moraju biti svjesni u svim fazama postupka dodjele da isključivanje gospodarskog subjekta iz postupka dovodi do stvarnog ograničavanja tržišnog natjecanja i mogućnosti izbora za javnog naručitelja. To je mjera koju treba koristiti oprezno (posebno u sektorima u kojima postoji ograničen broj aktivnih gospodarskih subjekata) i samo ako se integritet i pouzdanost budućeg ugovaratelja ne mogu zajamčiti drugim, manje drastičnim mjerama.

5.4. Pojam „dovoljno vjerodostojni pokazatelji”: činjenice koje se mogu smatrati pokazateljima, što čini „pokazatelje” za razliku od „dokaza” i kako se odnositi prema podnositelju zahtjeva za oslobađanje od kazne ili njezino smanjenje

Kao što je navedeno u odjeljku 5.3., u direktivama nije detaljno opisano što bi se to moglo smatrati „dovoljno vjerodostojnim pokazateljima” koji bi javnom naručitelju omogućili da isključi gospodarski subjekt iz postupka dodjele ugovora na temelju osnove za isključenje zbog sklapanja tajnog sporazuma.

Stoga se općenito može smatrati da, pri ispitivanju mogućnosti isključivanja ponuditelja iz postupka dodjele koji je u tijeku zbog sumnje na postojanje tajnog sporazuma, javni naručitelj ima pravo, na temelju Direktive, procijeniti sve činjenice za koje zna da bi mogle dovesti u pitanje pouzdanost tog ponuditelja kao potencijalnog budućeg ugovaratelja. Javni naručitelj može uzeti u obzir kao potencijalni vjerodostojni pokazatelj saznanje da je, na primjer, ponuditelj već sklopio ugovor o podugovaranju s drugim ponuditeljem u istom postupku ili je naručio materijal potreban za izvršenje određenog predmetnog ugovora mnogo prije završetka postupka ocjenjivanja ponuda. Ostali aspekti koje javni naručitelji trebaju procijeniti (putem dostupnih analitičkih metoda ili na temelju popisa upozoravajućih znakova) uključuju:

- opće tržišno ponašanje ponuditelja koji sudjeluju u postupku (na primjer, ponuditelji koji nikad nisu podnijeli ponude u istom postupku dodjele ili ponuditelji koji daju ponude samo u određenim regijama ili ponuditelji za koje se čini da naizmjenično sudjeluju u postupcima dodjele),
- tekst ponuda (na primjer, iste pravopisne pogreške ili fraze u različitim ponudama ili primjedbe koje su pogreškom ostavljene u tekstu ponude, a ukazuju na potencijalni tajni sporazum među ponuditeljima),
- cijene ponuđene u postupku dodjele (na primjer, ponuditelji koji nude veću cijenu nego u prethodnim sličnim postupcima ili nude previsoke ili preniske cijene),
- administrativne detalje (na primjer, ponude koje podnosi isti predstavnik poduzeća) ⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ Vidjeti rješenje u predmetu CNS, točka 34.

⁽³⁸⁾ Opis najčešće korištenih upozoravajućih znakova naveden je u prilogu ovim smjernicama.

Javni naručitelji moraju na oprezan i proporcionalan način procijeniti jesu li pokazatelji koji upućuju na postojanje tajnog sporazuma utvrđeni u postupku dodjele koji je u tijeku dovoljno vjerodostojni za isključivanje ponuditelja, pri čemu se moraju držati činjenica i izbjegavati pretpostavke. Na primjer, bilo bi teško opravdati izuzeće dvaju ponuditelja iz postupka dodjele samo zato što su svoju ponudu predali elektroničkim putem u razmaku od nekoliko minuta.

Neka konkretnija pitanja o tome što bi se moglo shvatiti kao dovoljno vjerodostojan pokazatelj za potrebe Direktive objašnjena su u nastavku.

Prvo, s obzirom na analizu iz odjeljka 5.3. može se smatrati da se direktivama državama članicama dopušta da uvedu nacionalna pravila ili smjernice u kojima bi se odredilo što to javni naručitelj može smatrati „dovoljno vjerodostojnim pokazateljima” za potrebe primjene osnove za isključenje. Međutim, kao što je već navedeno, nacionalna pravila trebala bi biti u skladu s tekstom i duhom Direktive, kojom se zahtijevaju samo „pokazatelji” sudjelovanja u nezakonitim sporazumima kojima se narušava tržišno natjecanje u postupku dodjele ugovora, a ne formalni dokazi, poput sudske presude koja potvrđuje takvo sudjelovanje. Da je europski zakonodavac zahtijevao dokaze za aktiviranje te osnove za isključenje, to bi se odrazilo u tekstu, kao što je to slučaj u članku 26. stavku 4. točki (b) i članku 35. stavku 5. Direktive. Sud je potvrdio i da povreda pravila EU-a o javnoj nabavi, kao što je protutržišno ponašanje, „... može biti dokazana ne samo izravnim dokazima, već i indicijama, pod uvjetom da su objektivne i podudarne i da povezani ponuditelji mogu podnijeti dokaz o suprotnom”⁽³⁹⁾.

U praksi to znači da javni naručitelji ne moraju imati dokaze o postojanju tajnog sporazuma u postupku dodjele ugovora koji je u tijeku jer bi to bilo u suprotnosti s tekstom Direktive. Stoga nacionalno zakonodavstvo kojim se zahtijeva odluka tijela nadležnog za tržišno natjecanje ili sudska presuda kojom se potvrđuje da je predmetni gospodarski subjekt sklopio tajni sporazum u postupku dodjele koji je u tijeku da bi javni naručitelj mogao odbiti ponudu na temelju članka 57. stavka 4. točke (d) dovodi do sumnje u pogledu njegove usklađenosti s Direktivom s obzirom na to da takva odluka zapravo predstavlja dokaz o postojanju tajnog sporazuma⁽⁴⁰⁾. Time bi se neopravdano ograničile ovlasti dane javnom naručitelju na temelju Direktive da isključi ponuditelja na temelju dovoljno vjerodostojnih pokazatelja o postojanju tajnog sporazuma, a ne na osnovi dokaza. Pokazateljem tajnog sporazuma mogle bi se smatrati, na primjer, informacije koje je javni naručitelj dobio o istrazi koju je pokrenulo tijelo nadležno za tržišno natjecanje ili o optužnici podignutoj protiv uprave gospodarskog subjekta zbog sumnje na postojanje tajnog sporazuma u postupku koji je u tijeku ili u drugim postupcima dodjele.

Drugo, pri procjeni integriteta ili pouzdanosti ponuditelja u smislu članka 57. stavka 4. točke (d) Direktive javni naručitelj ima pravo uzeti u obzir bilo koju činjenicu koja ukazuje na protutržišno ponašanje tog ponuditelja, neovisno o tome odnosi li se to na postupak koji je u tijeku ili na neki drugi postupak, prošli ili sadašnji. Člankom 57. stavkom 4. točkom (d) Direktive nije utvrđeno moraju li se činjenice koje dovode do dovoljno vjerodostojnih pokazatelja o postojanju tajnog sporazuma odnositi na postupak koji je u tijeku ili se mogu odnositi na druge (prethodne ili tekuće) postupke, postupke u drugom gospodarskom sektoru ili postupke nabave u privatnom sektoru. Za razliku od toga, u članku 57. stavku 5. drugom podstavku Direktive izričito je navedeno da javni naručitelj može uzeti u obzir „djela počinjena ili propuštena bilo prije ili tijekom postupka”. Stoga javni naručitelj pri procjeni pouzdanosti ponuditelja za potrebe postupka u tijeku može uzeti u obzir prethodnu odluku drugog javnog naručitelja o isključenju gospodarskog subjekta iz postupka dodjele ili odluku tijela nadležnog za tržišno natjecanje ili presudu nacionalnog suda, na temelju koje je gospodarski subjekt ili član njegove uprave ili njegova osoblja proglašen krivim za sklapanje tajnog sporazuma u prijašnjim postupcima dodjele⁽⁴¹⁾. Međutim, sudjelovanje gospodarskog subjekta u prethodnom slučaju tajnog sporazuma samo po sebi nije osnova za njegovo isključenje iz postupka dodjele koji je u tijeku s obzirom na to da, na temelju sudske prakse Suda⁽⁴²⁾, odluke drugih tijela u prethodnim slučajevima ne dovode u pitanje presudbu javnog naručitelja koji provodi

⁽³⁹⁾ Vidjeti presudu Suda EU-a od 17. svibnja 2018. u predmetu C-531/16, Ecoservice projektai, točka 37.

⁽⁴⁰⁾ U svojoj nedavnoj presudi od 11. lipnja 2020. u predmetu C-472/19, Vert Marine, Sud je isto tako istaknuo potrebu da provedbeni uvjeti koje su postavile države članice budu u skladu s rokovima postupka dodjele ugovora, kako ne bi došlo do toga da su odredbe Direktive lišene sadržaja (vidjeti točke 36. i 38. presude).

⁽⁴¹⁾ Iako odluke donesene u inozemstvu nisu obvezujuće za javne naručitelje, oni mogu uzeti u obzir slučajeve u kojima je gospodarski subjekt sudjelovao u tajnom sporazumu u drugoj zemlji.

⁽⁴²⁾ Vidjeti presudu Delta Antrepriza, točka 27., i rješenje u predmetu CNS, točka 34.

postupak dodjele. Isto vrijedi i ako je u prethodnom slučaju ponuditelj bio osumnjičen za sklapanje tajnog sporazuma, ali su naposljetku te sumnje bile odbačene ili je ponuditelj ostao u postupku dodjele bez obzira na to. Nijedna takva prethodna odluka nije obvezujuća za javnog naručitelja pri provedbi postupka dodjele ⁽⁴³⁾ te on zadržava pravo da razmotri mogućnost isključivanja ponuditelja iz postupka dodjele ako prethodno ponašanje tog ponuditelja dovodi do opravdane sumnje javnog naručitelja u integritet i pouzdanost ponuditelja u kontekstu postupka dodjele ugovora koji je u tijeku.

Kao što je navedeno u odjeljku 5.3., javni naručitelj mora obrazložiti kako je donio konačnu odluku o isključenju predmetnog subjekta iz postupka dodjele, a osobito zašto su se određene činjenice smatrale dovoljno vjerodostojnim pokazateljima o postojanju tajnog sporazuma i tako dovele u pitanje pouzdanost ponuditelja za potrebe postupka dodjele koji je u tijeku. Kako bi javni naručitelj mogao donijeti utemeljenu procjenu, gospodarski subjekt mora na zahtjev obavijestiti javnog naručitelja, o svakoj prethodnoj odluci tijela nadležnog za tržišno natjecanje ili presudama suda u kojima je utvrđeno da je sudjelovao u tajnom sporazumu. Te se informacije traže putem upitnika koji je sastavni dio Europske jedinstvene dokumentacije o nabavi (ESPD) ili sličnih nacionalnih obrazaca, koje gospodarski subjekt obično mora priložiti svojoj ponudi ⁽⁴⁴⁾. Ako gospodarski subjekt uskrati javnom naručitelju informacije potrebne za provjeru postoje li osnove za isključenje, naručitelj ima pravo, na temelju članka 57. stavka 4. točke (h) Direktive, isključiti taj gospodarski subjekt iz postupka dodjele.

Treće, postoje primjeri gospodarskih subjekata koji su u prošlosti priznali da su sudjelovali u slučaju tajnog sporazuma i surađivali s tijelom nadležnim za tržišno natjecanje, kao podnositelj zahtjeva za oslobođenje od kazne ili njezino smanjenje ili kao podnositelj zahtjeva za dodjelu imuniteta i/ili u kontekstu postupka nagodbe. Postavlja se pitanje može li se nacionalnim zakonodavstvom propisati da se zbog takve prethodne suradnje automatski oduzima mogućnost javnim naručiteljima da to prethodno sudjelovanje u tajnom sporazumu smatraju dovoljno vjerodostojnim pokazateljem tajnog sporazuma za potrebe primjene osnove za isključenje u postupcima dodjele koji se provode nakon što je tijelo nadležno za tržišno natjecanje javno objavilo svoju odluku.

Prije nego što odgovorimo na to pitanje, korisno je imati na umu da u većini jurisdikcija:

- odluka o oslobađanju od kazne odnosno njezinu smanjenju ili o nagodbi pretpostavlja da je predmetni subjekt priznao da je sudjelovao u nezakonitom tajnom sporazumu;
- moguće je da je gospodarski subjekt koji je bio pod istragom zbog tajnog sporazuma i naposljetku se odlučio nagoditi u početku odbijao surađivati s tijelom nadležnim za tržišno natjecanje i sprječavao ili ometao istragu. To je suprotno od onoga što bi se na temelju članka 57. stavka 6. Direktive moglo očekivati od gospodarskog subjekta kako bi ga se ponovno smatralo pouzdanim kao budućeg ugovaratelja;
- naposljetku, to što je u tim predmetima postignuta nagodba ne nameće obvezu gospodarskom subjektu da u budućnosti izbjegava slične prakse ili da poduzme određene radnje. Gospodarski subjekt ne obvezuje se niti jamči da će donijeti posebne mjere (mjere „samopročišćenja”) kako bi ponovno stekao pouzdanost i integritet u smislu Direktive. Zakonodavstvom o tržišnom natjecanju općenito se ne predviđa isključenje gospodarskog subjekta iz budućih postupaka javne nabave kao sankcija za njegovo protutržišno ponašanje.

U kontekstu prethodno navedenog, treba razlikovati dva slučaja: s jedne strane, postupak ili postupke dodjele koji su bili predmet istrage i odluke nacionalnog tijela nadležnog za tržišno natjecanje i koji su uključivali zahtjev za oslobađanje od kazne ili njezino smanjenje odnosno sklapanje nagodbe i, s druge strane, druge postupke dodjele koji se provode nakon objavljivanja prethodno spomenute odluke.

- U prvom bi slučaju države članice općenito trebale moći slobodno odlučivati hoće li u potpunosti ili djelomično izuzeti podnositelje zahtjeva za oslobađanje od kazne ili njezino smanjenje, zahtjeva za dodjelu imuniteta ili zahtjeva za nagodbu od svih sankcija u vezi s postupkom ili postupcima dodjele koji su obuhvaćeni tim zahtjevom i ako je utvrđeno postojanje tajnog sporazuma između predmetnih gospodarskih subjekata te je takvo postupanje

⁽⁴³⁾ Osim ako je donesena odluka o isključenju predmetnog gospodarskog subjekta iz svih postupaka dodjele na određeno vrijeme (vidjeti odjeljak 5.9.).

⁽⁴⁴⁾ Vidjeti presudu Delta Antrepriza, točka 36.

sankcionirano odlukom nacionalnog tijela nadležnog za tržišno natjecanje ⁽⁴⁵⁾. Time bi se mogla zajamčiti učinkovitost pokajničkog programa ili mehanizma izvansudske nagodbe koje su uspostavile države članice s obzirom na to da bi oslobađanje gospodarskog subjekta koji prizna sudjelovanje u tajnom sporazumu od ozbiljnih posljedica predviđenih nacionalnim zakonodavstvom moglo biti vrlo snažan poticaj gospodarskim subjektima da priznaju i otkriju slučajeve tajnih sporazuma.

Navedeno bi ujedno trebalo biti moguće ako je postupak dodjele ugovora u okviru kojeg je utvrđeno postojanje tajnog sporazuma koji je nacionalno tijelo nadležno za tržišno natjecanje odlučilo sankcionirati još u tijeku u trenutku u kojem tijelo nadležno za tržišno natjecanje objavi svoju odluku. Bez obzira na ovlasti javnog naručitelja na temelju članka 57. stavka 4. točke (d) Direktive može se nedvojbeno smatrati da gospodarski subjekt koji je priznao svoje sudjelovanje u tajnom sporazumu, surađivao s tijelom nadležnim za tržišno natjecanje, platio izrečene kazne i poduzeo odgovarajuće mjere da bi ga se ponovno moglo smatrati pouzdanim ispunjava uvjete za „samopročišćenje” u skladu s člankom 57. stavkom 6. Direktive. U skladu s time moglo bi se smatrati neproporcionalnim da javni naručitelj isključi taj gospodarski subjekt iz tekućeg postupka dodjele, u odnosu na koji su mjere „samopročišćenja” koje je subjekt poduzeo već djelomično uzete u obzir u odgovarajućoj odluci nacionalnog tijela nadležnog za tržišno natjecanje.

- U drugom slučaju, međutim, u Direktivi nema ničega što se može protumačiti kao dopuštanje državama članicama da uvedu obveznu, opću i nekvalificiranu pretpostavku pouzdanosti za takve gospodarske subjekte i/ili da obvežu javne naručitelje da automatski prihvate njihovo sudjelovanje u postupcima dodjele koji se provode ili završavaju nakon objavljivanja odluke nacionalnog tijela nadležnog za tržišno natjecanje. To bi se zapravo protivilo posebnoj diskrecijskoj ovlasti javnih naručitelja (koja je predviđena Direktivom i koju je Sud dosljedno potvrđivao kao što je objašnjeno u prethodnom tekstu) da zahtijevaju dokaze ili jamstvo da je ponuditelj pouzdan, među ostalim, eventualnim traženjem dokaza o poduzetim mjerama „samopročišćenja” predviđenima u članku 57. stavku 6. i procjenjivanjem jesu li mjere koje je iznio taj gospodarski subjekt dovoljne za daljnje sudjelovanje ponuditelja u postupku dodjele ⁽⁴⁶⁾. Kao što je Sud isto tako naglasio ⁽⁴⁷⁾, takvo jamstvo za sudjelovanje u budućim postupcima dodjele može se čak smatrati izravno proturječnim odredbi o mjerama „samopročišćenja” iz članka 57. stavka 6. (ili ih čak učiniti neučinkovitim) jer gospodarski subjekt kojem je zajamčen pristup budućim postupcima dodjele ugovora ne bi imao nikakav poticaj za donošenje mjera za ponovno dokazivanje svoje pouzdanosti.

Pravo javnog naručitelja da procijeni rizik od sklapanja tajnih sporazuma koji predstavlja sudjelovanje u postupku dodjele ugovora ponuditelja koji je u prošlosti podnio zahtjev za oslobađanjem od kazne ili njezinim smanjenjem ili je u prethodnom slučaju tajnog sporazuma sklopio nagodbu pravilno je uravnoteženo s obvezom proporcionalne procjene dokaza koje taj subjekt može podnijeti na temelju članka 57. stavka 6. o mjerama koje je poduzeo kako bi ponovno dokazao svoju pouzdanost. Ako javni naručitelj odluči isključiti ponuditelja bez obzira na mjere „samopročišćenja” o kojima je obaviješten, javni naručitelj mora obrazložiti zašto je te mjere smatrao nedovoljnim da bi ponuditelju dozvolio daljnje sudjelovanje u postupku dodjele.

5.5. Povezana društva koja sudjeluju u istom postupku dodjele: pravo gospodarskih subjekata za koje se možda sumnja da su sklopili tajni sporazum da dokažu svoju neovisnost tijekom podnošenja ponuda

Javni naručitelji često se bave pitanjem kako postupiti sa zasebnim ponudama koje u istom postupku dodjele podnose gospodarski subjekti koji su na neki način povezani (na primjer, društva koja su članovi iste grupe ili je jedno društvo podređeno društvu drugog, društva koja imaju iste članove upravnog odbora ili zakonske predstavnike ili društva koja imaju udjele u istom trećem društvu). Može se dogoditi da javni naručitelj sumnja da su ponude koje podnose povezani ponuditelji koordinirane (tj. da nisu ni samostalne ni neovisne), čime se dovodi u pitanje poštovanje načela transparentnosti i jednakog postupanja prema ponuditeljima ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁵⁾ U članku 23. stavku 1. Direktive 2019/1 „o ovlaštavanju tijela država članica nadležnih za tržišno natjecanje za učinkovitiju provedbu pravila o tržišnom natjecanju i osiguravanju pravilnog funkcioniranja unutarnjeg tržišta” predviđa se obveza država članica da osiguraju da sadašnji i bivši direktori, rukovoditelji i drugi zaposlenici podnositelja zahtjeva za oslobađanje od novčanih kazni tijelima nadležnima za tržišno natjecanje u potpunosti uživaju zaštitu od sankcija izrečenih u upravnom i nekaznenom sudskom postupku, u vezi s njihovim sudjelovanjem u tajnom kartelu na koji se odnosi zahtjev za oslobađanje od novčanih kazni, za povrede nacionalnih propisa kojima se pretežno nastoje ostvariti isti ciljevi kao oni iz članka 101. UFEU-a. U uvodnoj izjavi 64. potvrđeno je da ta odredba obuhvaća i nacionalne propise o namještanju ponuda. U obavijesti Komisije iz 2006. godine o oslobađanju od novčanih kazni oslobađanje se ograničava na „svak[u] kazn[u], koja bi u suprotnome bila određena za poduzetnika koji je razotkrio svoje sudjelovanje u navodnom kartelu”.

⁽⁴⁶⁾ Vidjeti presudu Vossloh Laeis, točka 32.

⁽⁴⁷⁾ Vidjeti rješenje Indaco, točka 27.

⁽⁴⁸⁾ Vidjeti presudu Ecoservice projektai, točka 29. To može biti slučaj osobito kad postoje pokazatelji da je jedno društvo imalo povlaštenu pristup metodu za izradu ponude drugog društva ili da je izrada njihovih ponuda ili njihove strategije određivanja cijena na neki način koordinirana.

Prema sudskoj praksi Suda ⁽⁴⁹⁾ javni naručitelj mora izbjegavati donošenje općih pretpostavki koje bi mogle dovesti do automatskog odbijanja takvih ponuda ⁽⁵⁰⁾. Umjesto toga trebao bi omogućiti predmetnim gospodarskim subjektima da dokažu, bilo kojim dokazom koji smatraju primjerenim, da su njihove ponude uistinu neovisne i da ne dovode u pitanje transparentnost niti narušavaju tržišno natjecanje u postupku dodjele ugovora ⁽⁵¹⁾. To bi moglo uključivati, na primjer, činjenice koje dokazuju da su pojedine ponude sastavljene neovisno, da su različite osobe bile uključene u njihovu pripremu itd.

Javni naručitelj ima pravo prosuditi pružaju li takva objašnjenja dovoljan dokaz da povezanost gospodarskih subjekata nije utjecala na njihovo postupanje u postupku dodjele ili na sadržaj njihovih ponuda u smislu članka 57. stavka 4. točke (d) Direktive i odlučiti hoće li se predmetnim gospodarskim subjektima dopustiti daljnje sudjelovanje u postupku.

5.6. Zajedničko podnošenje ponuda i podugovaranje: pažljiva, ali uravnotežena procjena javnog naručitelja

U nekim slučajevima zajedničko podnošenje ponuda izaziva sumnju kod javnog naručitelja, osobito ako bi se članovi grupe društava koji zajednički podnose ponudu lako mogli natjecati zasebno (ili, štoviše, ako se to od njih očekivalo). Neke države članice poduzele su konkretne korake za to, savjetujući gospodarske subjekte kako da uzmu u obzir mogućnost zajedničkog podnošenja ponuda, a da ih se ne optuži za potencijalno protutržišno ponašanje ⁽⁵²⁾.

Javni naručitelj ima dovoljnu slobodu prosudbe na temelju Direktive da procijeni predstavlja li slučaj zajedničkog podnošenja ponude rizik za pravilnu provedbu postupka dodjele, posebno postoje li pokazatelji tajnog sporazuma koji bi mogli aktivirati osnovu za isključenje na temelju članka 57. stavka 4. točke (d) Direktive. Međutim, pri rješavanju takvih pitanja javni naručitelj mora uspostaviti ravnotežu između izbjegavanja rizika za tržišno natjecanje koje predstavlja zajedničko podnošenje ponuda ⁽⁵³⁾ i poštovanja prava gospodarskih subjekata da zajednički podnesu ponudu (kao što je navedeno u članku 2. stavku 1. točki 10., članku 19. stavku 2. i članku 63. stavku 1. Direktive). Treba imati na umu da društva često smatraju strateško partnerstvo ili suradnju ključnim aspektom svoje strategije rasta. Gospodarski subjekti imaju pravo na legitiman poslovni odabir aktivnosti koje će poduzeti i javni naručitelji ne bi smjeli automatski ograničavati to pravo, već bi trebali procijeniti rizike od postojanja tajnog sporazuma u pojedinačnom slučaju.

Sličan pristup potreban je u slučaju podugovaranja: javni naručitelj bi trebao pažljivo procijeniti slučajeve u kojima je predloženi podugovaratelj lako mogao samostalno sudjelovati u postupku dodjele i samostalno izvršiti ugovor. Isto tako, javni naručitelji mogu slučajeve u kojima se dva ponuditelja uzajamno podugovaraju smatrati potencijalnim pokazateljem o postojanju tajnog sporazuma koji će se ispitati na temelju članka 57. Direktive, s obzirom na to da su stranke na temelju takvih ugovora o podugovaranju obično upoznate s financijskom ponudom druge stranke, čime se dovodi u pitanje neovisnost stranaka u formuliranju vlastitih ponuda. Iako se ugovori o podugovaranju poput prethodno spomenutih mogu smatrati upozoravajućim znakovima koji ukazuju na potencijalni tajni sporazum, javni naručitelji trebali bi izbjegavati opće pretpostavke da sklapanje sporazuma o podugovaranju odabranog ponuditelja s drugim ponuditeljem u istom postupku predstavlja tajni sporazum između predmetnih gospodarskih subjekata, a da pritom tim subjektima ne omoguće da dokažu suprotno ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁴⁹⁾ Vidjeti presudu Suda od 16. prosinca 2008. u predmetu C-213/07, *Michaniki*, točke 42., 43. i 62., presudu od 19. svibnja 2009. u predmetu C-538/07, *Assitur*, točke 30. i 32., presudu od 8. veljače 2018. u predmetu C-144/17, *Lloyd's of London*, točke 35., 36. i 38., i presudu u predmetu *Ecoservice* projektai, točka 38.

⁽⁵⁰⁾ Pogotovo s obzirom na to da je Sud potvrdio da korporativne strukture povezanih gospodarskih subjekata mogu uključivati sustave koji jamče neovisnost i povjerljivost u pripremi ponuda za isti postupak (vidjeti presudu *Lloyds of London*, točka 37., i presudu *Assitur*, točka 31.).

⁽⁵¹⁾ Vidjeti presudu *Lloyds of London*, točka 36., i presudu *Assitur*, točka 30.

⁽⁵²⁾ U skladu sa „Smjernicama o primjenjivosti članka 101. UFEU-a na horizontalne sporazume o suradnji” koje je Komisija donijela u siječnju 2011. (dostupno na [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN)).

⁽⁵³⁾ Općenito otvoreno tržište i velik broj ponuda primljenih u određenom postupku dodjele mogu se smatrati smanjenjem rizika koji bi zajednička ponuda mogla predstavljati u smislu ograničavanja tržišnog natjecanja.

⁽⁵⁴⁾ Vidjeti presudu Suda od 22. listopada 2015. u predmetu C-425/14, *Impresa Edilux*, točka 39.

5.7. Mjere „samopročišćenja” koje su poduzeli gospodarski subjekti u smislu članka 57. stavka 6. Direktive: pravo gospodarskih subjekata da dokažu svoju pouzdanost i obveza javnih naručitelja da izvrše proporcionalnu procjenu iznesenih argumenata

Kao što je navedeno u odjeljku 5.3., člankom 57. stavkom 6. Direktive gospodarskim subjektima koji su u situaciji koja opravdava njihovo isključivanje daje se pravo da dokažu svoju pouzdanost iako postoje osnove za njihovo isključenje ⁽⁵⁵⁾.

U članku 57. stavku 6. detaljno su opisane te takozvane mjere „samopročišćenja” o kojima gospodarski subjekti u tu svrhu mogu obavijestiti javnog naručitelja. U uvodnoj izjavi 102. Direktive navedeni su primjeri tih mjera, osobito mjere povezane s osobljem ili organizacijom poput raskidanja svih veza s osobama ili organizacijama koje su sudjelovale u neprimjerenom ponašanju, odgovarajućih mjera reorganizacije osoblja, uvođenja sustava izvještavanja i nadzora, stvaranja strukture interne revizije kako bi se pratila sukladnost i donošenja pravila o internoj odgovornosti i naknadama.

U istoj se uvodnoj izjavi upućuje na mogućnost država članica, na temelju članka 57. stavka 7. Direktive, da „... utvrd[e] točne postupovne i materijalne uvjete primjenjive u takvim slučajevima”, što uključuje mogućnost da na nacionalnoj razini predvide detaljne kriterije ili smjernice o načinu na koji će javni naručitelji primjenjivati odredbe o „samopročišćenju” u praksi. Međutim, kako je objašnjeno u odjeljku 5.3., takve nacionalne odredbe uspostavljene u skladu s člankom 57. stavkom 7. Direktive trebale bi biti u skladu s područjem primjene i obrazloženjem odgovarajućih odredbi Direktive, ne dovodeći u pitanje pravo gospodarskog subjekta da iznese argumente o poduzetim mjerama „samopročišćenja” ni diskrecijske ovlasti javnog naručitelja da ih procijeni ⁽⁵⁶⁾. Države članice mogu se odlučiti i na to da povjere procjenu mjera „samopročišćenja” tijelima koja nisu javni naručitelji, bilo na središnjoj ili decentraliziranoj razini. Međutim, pritom moraju osigurati da su zadovoljeni uvjeti i ciljevi sustava „samopročišćenja”, posebno kad je u pitanju provođenje pravilne i brze procjene mjera „samopročišćenja” koje je predočio gospodarski subjekt ⁽⁵⁷⁾.

Precizne informacije ili dokazi koje gospodarski subjekt može dostaviti javnom naručitelju radi procjene razlikuju se ovisno o konkretnom slučaju. U svjetlu načela proporcionalnosti, trebalo bi biti moguće smatrati da gospodarski subjekt mora dokazati da poduzima mjere utvrđene u članku 57. stavku 6. drugom podstavku koje se mogu primijeniti na konkretni slučaj. Na primjer, gospodarski subjekt mora dokazati da je nadoknadio ili se obvezao nadoknaditi štetu nastalu zbog njegova nezakonitog ponašanja samo ako je protiv njega podnesen zahtjev za naknadu štete. Osim toga, mogu postojati slučajevi kad je poduzimanje mjera samo u pogledu osoblja dovoljno da bi se javni naručitelj uvjerio u pouzdanost gospodarskog subjekta, bez potrebe za poduzimanjem drugih tehničkih ili organizacijskih mjera.

Direktivom se od javnih naručitelja zahtijeva da procijene argumente koje je iznio predmetni gospodarski subjekt prije nego što odluče hoće li ga isključiti iz postupka, čak i ako smatraju da imaju dokaze da je subjekt sklopio tajni sporazum. Kao što je potvrdio Sud ⁽⁵⁸⁾, u Direktivi nije propisano podnosi li ponuditelj objašnjenja ili iznosi mjere „samopročišćenja” na vlastitu inicijativu ili na zahtjev javnog naručitelja. Budući da nema izričite odredbe i u smislu članka 57. stavka 7., kao što je prethodno navedeno, na državama članicama je da utvrde trebaju li javni naručitelji zatražiti od gospodarskih subjekata da daju ta objašnjenja prije nego što donesu odluku ili bi sam gospodarski subjekt trebao odlučiti da iskoristi tu mogućnost. Ako se u nacionalnom zakonodavstvu predviđi zahtjev da ponuditelj spontano iznosi mjere „samopročišćenja” najkasnije zajedno sa svojom ponudom, javni naručitelj mora obavijestiti ponuditelje o tom zahtjevu na jasan i precizan način pri pokretanju postupka ⁽⁵⁹⁾. U svakom slučaju, s obzirom na sudsku praksu Suda ⁽⁶⁰⁾, preporučuje se da javni naručitelji jasno navedu u natječajnoj dokumentaciji informacije koje gospodarski subjekti moraju uključiti u svoju ponudu, uključujući informacije o svojim vezama ili sporazumima sklopljenima s ostalim ponuditeljima i svim mjerama „samopročišćenja” koje su poduzeli nakon prethodnog kršenja pravila o tržišnom natjecanju. Zahtjev za prijavom takvih sporazuma, kao i za dostavu informacija o mogućim mjerama „samopročišćenja”, već je uključen u Europsku jedinstvenu dokumentaciju o nabavi (ESPD) ili slične nacionalne obrasce, koje gospodarski subjekt obično mora priložiti svojoj ponudi.

⁽⁵⁵⁾ U presudi u predmetu *Vert Marine* (točka 17.), kao i u presudi od 14. siječnja 2021. u predmetu C-387/19, *RTS*, točkama 26. i 48., Sud je potvrdio da države članice pri prenošenju Direktive moraju zajamčiti to pravo.

⁽⁵⁶⁾ Vidjeti presudu *Vert Marine*, točka 24.

⁽⁵⁷⁾ Vidjeti presudu *Vert Marine*, točke 28., 33., 35. i 36.

⁽⁵⁸⁾ Vidjeti presudu *RTS*, točka 33.

⁽⁵⁹⁾ Vidjeti presudu *RTS*, točke 36. i 42.

⁽⁶⁰⁾ Vidjeti presudu *Ecoservice* projekta, točke 23. i 25.

Člankom 57. stavkom 6. Direktive ne daje se samo gospodarskom subjektu pravo da pruži dokaze koji bi mu omogućili daljnje sudjelovanje u postupku dodjele, već se isto tako javnom naručitelju omogućuje da ne isključi gospodski subjekt koji je u dostatnoj mjeri riješio probleme povezane sa svojim prethodnim ponašanjem u postupcima nabave. Jedino ograničenje prava gospodarskog subjekta da iznese mjere „samopročišćenja” jest to da se tim pravom ne može koristiti sve dok se na njega primjenjuje isključenje iz postupaka dodjele ugovora na određeno vrijeme utvrđeno pravomoćnom presudom u državi članici u kojoj je ta presuda na snazi (vidjeti odjeljak 5.9.) ⁽⁶¹⁾. Iz toga proizlazi da se tom odredbom ne sprječava javnog naručitelja da dozvoli sudjelovanje u postupku gospodarskom subjektu koji je tijekom postupka priznao nezakonite sporazume s drugim ponuditeljima, aktivno surađivao s javnim naručiteljem radi razjašnjenja situacije i poduzeo sve potrebne mjere kako bi spriječio daljnje neprimjereno ponašanje.

Tijekom postupka dodjele javni naručitelj procjenjuje sve mjere „samopročišćenja” koje je iznio gospodarski subjekt za kojeg je utvrđeno da je prethodno sklopio tajni sporazum s drugim gospodarskim subjektima, uzimajući u obzir sve dokaze koje je pružio taj gospodarski subjekt ⁽⁶²⁾. Kao što je navedeno u odjeljku 5.3., javni naručitelj mora proporcionalno procijeniti dokaze koje je podnio gospodarski subjekt, tj. uzimajući u obzir ozbiljnost i posebne okolnosti slučaja ⁽⁶³⁾, kao i konkretne mjere koje je taj subjekt poduzeo kako bi ponovno dokazao svoju pouzdanost ⁽⁶⁴⁾.

To se odnosi i na gospodarske subjekte koji su sudjelovali u prethodnim slučajevima sklapanja tajnog sporazuma te su sudjelovali u pokajničkom programu ili programu oslobađanja od novčanih kazni i/ili su sklopili nagodbe (vidjeti odjeljak 5.4.). S obzirom na važnost pokajničkih programa u borbi protiv kartela i potrebu da se podnositeljima zahtjeva za oslobađanje od kazne ili njezino smanjenje pruži pravna sigurnost i transparentnost u pogledu uvjeta pokajanja, države članice trebale bi poticati javne naručitelje da osiguraju proporcionalno postupanje s takvim gospodarskim subjektima pri procjeni učinkovitosti mjera „samopročišćenja” koje su poduzeli kako bi zajamčili svoju pouzdanost i integritet. Sud je već potvrdio da bi „dostava javnom naručitelju odluke kojom je utvrđena povreda pravila o tržišnom natjecanju koju je počinio ponuditelj, na kojega je, međutim, primijenjeno pravilo o pokajanju zbog njegove suradnje s tijelom za zaštitu tržišnog natjecanja, trebala biti dostatna da javnom naručitelju dokaže da je spomenuti gospodarski subjekt uz aktivnu suradnju s tim tijelom u potpunosti razjasnio činjenice i okolnosti...”, što je u skladu s člankom 57. stavkom 6. Direktive ⁽⁶⁵⁾.

Ako javni naručitelj zaključi da mjere koje je gospodarski subjekt iznio nisu dovoljne za dokazivanje njegova integriteta, mora navesti razloge za tu odluku.

Bliska suradnja javnog naručitelja i drugih tijela, poput tijela nadležnog za tržišno natjecanje, tijela odgovornih za nacionalne poslovne registre itd., olakšava procjenu mjera „samopročišćenja”. Ta tijela mogu na pojedinačnoj osnovi pružiti dragocjene savjete o učinku tih mjera i informacije (uz poštovanje zakonodavstva EU-a ⁽⁶⁶⁾ i nacionalnog zakona o zaštiti podataka) potrebne da bi javni naručitelj procijenio, na primjer, je li gospodarski subjekt u prethodnom slučaju dostatno i aktivno surađivao s tijelom nadležnim za tržišno natjecanje, jesu li osobe koje su sudjelovale u prethodnom tajnom sporazumu zamijenjene te jesu li izrečene novčane kazne ili naknada štete propisno plaćene. Kako bi se postupci dodjele završili u razumnom roku, tijela bi trebala nastojati uspostaviti takvu suradnju što prije te tako na najbolji mogući način iskoristiti dostupne resurse.

5.8. Zašto je važno da javni naručitelji obavještavaju i/ili zamole za pomoć tijelo nadležno za tržišno natjecanje ili druga relevantna središnja tijela

Direktivama se ne zahtijeva da javni naručitelj prije donošenja odluke o isključenju gospodarskog subjekta iz postupka dodjele zatraži savjet od nacionalnog središnjeg tijela za javnu nabavu ili tijela nadležnog za tržišno natjecanje. Međutim, općenito se preporučuje da se javni naručitelji koriste svakom dostupnom pomoći čim otkriju sumnjivu ponudu. Stručni savjeti tih tijela olakšali bi cjelokupnu procjenu slučaja, pomogli javnom naručitelju da na odgovarajući način opravda donesene odluke i na taj način znatno smanjili rizik uspješnog od pravnog osporavanja konačne odluke. Osobito za manje javne naručitelje s ograničenim resursima potpora središnjih tijela za javnu nabavu ili tijela nadležnih za tržišno natjecanje može biti od presudne važnosti za rješavanje slučaja tajnog sporazuma, posebno kad se ta potpora pruža u obliku savjeta o pokazateljima koje je utvrdio javni naručitelj ili pomoći pri procjeni mjera „samopročišćenja” koje je iznio ponuditelj. Kad je riječ o potonjem obliku potpore, u uvodnoj izjavi 102. Direktive izričito se priznaje mogućnost da države članice

⁽⁶¹⁾ Kao što je Sud nedavno pojasnio, sve dok isključenje na određeno vrijeme nije potvrđeno pravomoćnom presudom, gospodarski subjekt ima pravo predočiti mjere „samopročišćenja” kako bi dokazao svoju pouzdanost (vidjeti presudu Vert Marine, točka 18.).

⁽⁶²⁾ Vidjeti presudu Vossloh Laeis, točka 23.

⁽⁶³⁾ Vidjeti, među ostalim presudama, presudu u predmetu Tim, točka 50.

⁽⁶⁴⁾ Kao što su posebne mjere poduzete za zamjenu osoba koje su sudjelovale u tajnim postupcima ili, ako to nije provedeno do postupka dodjele, mjere poduzete kako bi se osiguralo da te osobe ne mogu uključiti gospodarski subjekt u daljnje nezakonito protutržišno ponašanje. Vidjeti presudu Delta Antrepriza, točka 37.

⁽⁶⁵⁾ Presuda Vossloh Laeis, točka 31.

⁽⁶⁶⁾ Vidjeti bilješku 18.

drugom tijelu povjere procjenu mjera „samopročišćenja” koje je predočio ponuditelj za kojeg se sumnja da je sklopio tajni sporazum kako bi dokazao svoju pouzdanost. Kao što je navedeno u odjeljcima 5.3. i 5.4., uključivanje nacionalnih središnjih tijela za javnu nabavu ili tijela nadležnih za tržišno natjecanje u procjenu potencijalnog slučaja tajnog sporazuma ne bi trebalo dovoditi u pitanje nadležnost javnog naručitelja da u konačnici odluči hoće li ponuditelja isključiti iz postupka dodjele.

Za uhodanu i učinkovitu suradnju između javnog naručitelja koji provodi postupak dodjele i nacionalnih središnjih tijela za javnu nabavu ili tijela nadležnih za tržišno natjecanje u rješavanju slučaja sumnje u postojanje tajnog sporazuma obje strane moraju biti svjesne važnosti rješavanja problema, uporabe svih raspoloživih resursa i pravodobne razmjene informacija. Čak i prije pokretanja postupka dodjele, javni naručitelji bi trebali imati na raspolaganju kontaktne točke u okviru središnjeg nacionalnog tijela za javnu nabavu i/ili tijela nadležnog za tržišno natjecanje koje mogu kontaktirati čim se pojave sumnje tijekom postupka. Središnja tijela za javnu nabavu ili tijela nadležna za tržišno natjecanje trebala bi nastojati što prije odgovoriti na pozive za potporu i pružiti savjete javnom naručitelju. Dvije strane trebale bi biti spremne podijeliti, prema potrebi, sve informacije koje bi mogle biti bitne za otkrivanje i procjenu slučajeva tajnog sporazuma ⁽⁶⁷⁾. Čak i ako se javni naručitelji ne savjetuju sa središnjim tijelima za javnu nabavu ili tijelima nadležnima za tržišno natjecanje, preporučuje se da obavijeste ta tijela o svim slučajevima sumnje na postojanje tajnog sporazuma i o svim konačnim odlukama koje su donesene kako bi se gospodarski subjekti isključili iz postupka dodjele.

Posljednje, ali ne manje važno, svaki kontakt između javnog naručitelja i drugih tijela, od trenutka utvrđivanja slučaja sumnje na postojanje tajnog sporazuma do (ako je to moguće u skladu s nacionalnim zakonodavstvom) zahtijevanja pojašnjenja od gospodarskog subjekta, trebao bi se uspostaviti uz poštovanje povjerljivosti i ne smije se otkriti osumnjičenom ponuditelju ni ostalim sudionicima u postupku dodjele. Ako se ne poštuju zahtjevi u pogledu povjerljivosti, vjerojatno je da će se ponuditelji koji su sklopili tajni sporazum nezakonito riješiti svih dokaza o svojem sporazumu čim doznaju za radnju koja se poduzima protiv njih, a tijela kaznenog progona tako će ostati bez vrijednih dokaza u budućoj istrazi.

5.9. Određivanje uvjeta za isključenje gospodarskog subjekta na temelju članka 57. stavka 7. Direktive

Kao što je već navedeno ⁽⁶⁸⁾, člankom 57. stavkom 7. Direktive državama članicama omogućuje se da utvrde uvjete za provedbu tog članka. Ti uvjeti mogu uključivati određivanje maksimalnog razdoblja tijekom kojeg gospodarski subjekt neće moći sudjelovati u postupcima javne nabave, kriterije ili primjere onoga što bi se moglo smatrati okolnošću koja opravdava takvo isključenje i nacionalno tijelo koje će biti nadležno za uvođenje takve sankcije (kao što je potvrđeno u uvodnoj izjavi 102. Direktive). Člankom 57. stavkom 7. predviđa se da, ako razdoblje isključenja iz postupka dodjele nije utvrđeno pravomoćnom presudom, to razdoblje ne može biti dulje od tri godine od datuma predmetnog događaja u slučajevima iz članka 57. stavka 4. U najnovijoj sudskoj praksi ⁽⁶⁹⁾ Sud je pojasnio da je „datum predmetnog događaja” za utvrđivanje početne točke za izračun razdoblja isključenja datum na koji je nadležno tijelo donijelo odluku o nezakonitom postupanju gospodarskog subjekta, ne uzimajući u obzir datum nastanka činjenica koje su dovele do te osuđujuće presude.

Direktivom se države članice ne sprječavaju da utvrde da isključenje na određeno vrijeme, pod uvjetima iz članka 57. stavka 7., može odrediti javni naručitelj u pogledu vlastitih budućih postupaka dodjele ili neko drugo tijelo (kao što je npr. nacionalno tijelo nadležno za tržišno natjecanje, središnje tijelo za javnu nabavu ili posebno tijelo uspostavljeno u tu svrhu) s općenitijim područjem primjene.

Na temelju članka 57. stavka 7., maksimalno razdoblje isključenja od tri godine primjenjuje se samo ako razdoblje isključenja nije prethodno utvrđeno pravomoćnom presudom. Tom se odredbom ne sprječava da se u nacionalnom zakonodavstvu pravosudnim tijelima dopusti da razmotre primjenu još duljeg razdoblja isključenja ako se pravomoćna presuda donosi u slučaju tajnog sporazuma, ovisno o njegovoj težini.

⁽⁶⁷⁾ Pod uvjetima utvrđenima u zakonodavstvu EU-a i nacionalnom zakonodavstvu (osobito u članku 31. Direktive 2019/1).

⁽⁶⁸⁾ Vidjeti odjeljke 5.1. i 5.3.

⁽⁶⁹⁾ Presuda Vossloh Laeis, točke 37., 38. i 41.

Ako gospodarski subjekt, koji je isključen iz postupaka dodjele na određeno vrijeme na temelju članka 57. stavka 7. Direktive, preda ponudu tijekom razdoblja isključenja, javni naručitelj mora automatski odbiti tu ponudu bez daljnje potrebe za procjenom. Kad istekne razdoblje isključenja gospodarskog subjekta, javni naručitelj još može odlučiti isključiti taj gospodarski subjekt iz postupka dodjele, ali samo ako su ispunjeni uvjeti za primjenu članka 57. stavka 4. točke (d).

Naposljetku, odluke o isključenju zbog tajnog sporazuma odnose se samo na gospodarski subjekt za koji se utvrdi da je sklopio tajni sporazum, a ne i na druge gospodarske subjekte koji su na neki način s njim povezani (poput matičnih društava, drugih društava koja pripadaju istoj grupi ili podređenih društava isključenih društava) i koji nisu bili uključeni u predmetne postupke dodjele. Time se, naravno, ne dovodi u pitanje pravo javnog naručitelja da isključi iz postupka dodjele svaki gospodarski subjekt koji se nalazi u jednoj od situacija koja opravdava isključenje na temelju uvjeta iz Direktive.

PRILOG

Sredstva i savjeti za učinkovito sprječavanje tajnih sporazuma u javnoj nabavi**1. Uvod**

Svako nastojanje da se osigura stvarno tržišno natjecanje i najbolja vrijednost za novac u javnoj nabavi pretpostavlja da su nabavna zajednica, osobito službenici za javnu nabavu, u potpunosti svjesni vrlo jednostavne činjenice: bez obzira na to koliko je dobro organiziran i proveden postupak dodjele javnog ugovora, on neće donijeti najbolji mogući rezultat za javnog naručitelja ako su ponuditelji koji u njemu sudjeluju unaprijed tajno dogovorili tko će od njih dobiti taj ugovor. Tajni sporazum između ponuditelja znači da građanin neće dobiti najbolji mogući proizvod ili uslugu po najpovoljnijoj cijeni, čime se ugrožava javni interes.

Službenik za javnu nabavu, tj. osoba koja provodi postupak dodjele, ima ključnu ulogu u smanjivanju rizika od nastanka tajnog sporazuma u javnoj nabavi i rješavanju takvog slučaja ako do njega dođe. To je osoba koja je u najboljem položaju da ograniči rizik pri pripremi postupka, da otkrije tajni sporazum pri ocjenjivanju ponuda i da se koristi alatima predviđenima zakonodavstvom EU-a i nacionalnim zakonodavstvom za aktivno suzbijanje tog problema i osiguravanje konkurentnosti i pravičnosti postupka dodjele. Iako često radi u teškim uvjetima i pod opterećenjem kratkih rokova, od službenika za javnu nabavu očekuje se da napravi taj dodatni korak i uloži dodatni trud kako bi osigurao učinkovitu potrošnju javnih sredstava.

Kako bi podržala službenike za javnu nabavu u tom zadatku, Komisija je sastavila sažete savjete o tome kako:

- osmisлити postupke dodjele na način koji će odvratiti ponuditelje od sklapanja tajnog sporazuma (odjeljak 2. Priloga),
- otkriti potencijalni tajni sporazum pri ocjenjivanju ponuda (odjeljak 3. Priloga) i
- reagirati na konkretan slučaj sumnje na postojanje tajnog sporazuma (odjeljak 4. Priloga).

Opsežnije savjete potražite u detaljnijim smjernicama koje su objavili OECD ⁽¹⁾ i OLAF ⁽²⁾, kao i nacionalna tijela država članica EU-a nadležna za tržišno natjecanje.

2. Savjeti o tome kako osmisлити postupke dodjele ugovora na način koji će odvratiti ponuditelje od sklapanja tajnog sporazuma

- Pri izradi cjelokupne strategije javne nabave i osmišljavanja postupaka dodjele **nastojite privući što veći broj ponuditelja** iz zemlje i inozemstva.

Olakšavanje sudjelovanja većeg broja gospodarskih subjekata povećava tržišno natjecanje i smanjuje rizik od nastanka tajnog sporazuma. Osim toga, sudjelovanje gospodarskih subjekata iz inozemstva ograničava rizik od sklapanja tajnog sporazuma u koncentriranim sektorima, u kojima je aktivan mali broj nacionalnih gospodarskih subjekata.

- Nakon što utvrdite predmet ugovora te prije planiranja i pokretanja postupka dodjele, **temeljito istražite tržište** koje će pružiti uslugu ili proizvod koji se nabavlja.
 - Pokušajte dobiti što više informacija o tome što je dostupno na tržištu, specifikacijama koje se mogu ponuditi, koji su gospodarski subjekti aktivni u sektoru, cijenama koje se naplaćuju u sličnim slučajevima (i za javnu i za privatnu nabavu iste vrste), očekivanim troškovima ugovaratelja itd.
 - Ako nemate jasnu predodžbu o očekivanim stvarnim tržišnim troškovima usluge, robe ili radova za koje namjeravate objaviti javni natječaj, nećete moći procijeniti koliko su prikladne ili razumne ponude niti manipulira li se ponuđenom cijenom.
 - Istražite tržište putem interneta te pretražite svoju nacionalnu bazu podataka o elektroničkoj nabavi kako biste pronašli odluke iz prethodnih postupaka nabave iste ili slične prirode, kao i službene strukovne registre certificiranih ugovaratelja.
 - Razgovarajte o tome s kolegama u svojoj službi ili drugim javnim naručiteljima koji su nedavno nabavili isti proizvod ili uslugu i iskoristite njihovo iskustvo.
 - Imajte na umu da ne postoji pravilo koje zabranjuje službeniku za javnu nabavu temeljito istraživanje tržišta, kao što bi to činio bilo tko prije privatne kupnje.

⁽¹⁾ <https://www.oecd.org/daf/competition/guidelinesforfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>

⁽²⁾ https://ec.europa.eu/sfc/sites/sfc/2014/files/sfc-files/Fraud%20in%20Public%20Procurement_final%2020.12.2017%20ARES%282017%296254403.pdf

- Pri planiranju svojih postupaka nabave **izbjegavajte, ako je to moguće, predvidljivost** ili stalno ponavljanje obrazaca u postupcima dodjele koje često provodite.

Ako je poznato ili izvjesno da ćete tijekom sljedećih godina pokretati postupke dodjele svakih šest mjeseci za istu količinu određenih radova, proizvoda, usluge ili opreme s istim procijenjenim proračunom i pod istim ugovornim uvjetima, uvelike ćete olakšati sklapanje tajnih sporazuma jer će gospodarski subjekti koji koriste takve prakse znati da će biti dovoljno ugovora za sve. Iako je korisno unaprijed obavijestiti tržište o svojim srednjoročnim i dugoročnim potrebama, pokušajte svoje postupke nabave organizirati na način da se dovoljno razlikuju u pogledu vremena, količina i proračuna. To otežava gospodarskim subjektima koji sudjeluju u tajnim sporazumima da podijele tržište među sobom na „pravedan” način.

- **Pravodobno planirajte i pokrenite postupke dodjele** tako da imate dovoljno vremena za pravilno ocjenjivanje ponuda i rješavanje slučajeva sumnje na postojanje tajnog sporazuma, a da pritom ne prekoračite rokove za zaključenje postupka.
- Ako je to moguće i prikladno za vašu nabavu, **razmotrite mogućnost korištenja središnje javne nabave**, koja može pružiti dodatna jamstva za dostupnost resursa i znanje potrebno za otkrivanje tajnog sporazuma.

Središnja javna nabava obično ima oblik okvirnih ugovora. Iako ta tehnika ima znatne prednosti za javne naručitelje i za gospodarske subjekte (može biti posebno korisna za ispunjavanje javnih potreba i osiguravanje brze isporuke), u nekim slučajevima može imati štetne učinke koji mogu biti pogodni za sklapanje tajnog sporazuma. Okvirni ugovor, u načelu, ograničava tržišno natjecanje u nekom sektoru jer se u razdoblju do četiri godine nijedan gospodarski subjekt osim izvršitelja iz okvirnog ugovora neće moći nadmetati za pojedinačni ugovor u sklopu okvirnog ugovora. Nepostojanje novih sudionika na tržištu tijekom tog razdoblja moglo bi povećati rizik od sklapanja tajnog sporazuma među izvršiteljima iz okvirnog ugovora, osobito za okvirne ugovore koji uključuju ponovnu provedbu nadmetanja u fazi pojedinačnih ugovora.

- Osmislite i provedite svaki postupak dodjele na način kojim se **potiče sudjelovanje što većeg broja gospodarskih subjekata**.
 - Navedite jasne, razumne, sveobuhvatne i lako razumljive tehničke specifikacije i kriterije odabira koji su proporcionalni radovima, usluzi ili robi koji se nabavljaju i koji udovoljavaju europskim i nacionalnim zahtjevima.
 - Izbjegavajte izraze koji su nepotrebni, prekomplikirani, nebitni ili diskriminirajući (tj. protežiranje ili diskreditiranje određenih gospodarskih subjekata), kojima se ograničava tržišno natjecanje i koji, na kraju, dovode u pitanje objektivnost postupka dodjele i pouzdanost javnog naručitelja kao potencijalnog budućeg klijenta.
 - Koristite kriterije za dodjelu koji se temelje na kvaliteti: korištenje isključivo cijene kao kriterija dodjele olakšava tajne sporazume jer ishod ocjene postaje predvidljiviji i njime se lakše može manipulirati. Procjena ponuda na temelju kriterija kvalitete otežava sudionicima manipulaciju ponudama jer ne mogu lako pretpostaviti kako će ih odbor za ocjenjivanje ocijeniti.
 - Kad god je to moguće, tražite inovativna rješenja za svoje potrebe. Sudionici tajnog sporazuma, koji se obično oslanjaju na stabilne i predvidljive postupke javne nabave, često ne mogu jamčiti pružanje inovativnih usluga ili robe, za razliku od novih sudionika na tržištu koji na tržište ulaze kako bi popunili tu prazninu. Time se drastično smanjuje sigurnost u okviru tajnog sporazuma da će jedan od njegovih sudionika dobiti ugovor.
 - Osigurajte gospodarskim subjektima dovoljno vremena da se pripreme i predaju ponudu: bez obzira na minimalni rok utvrđen direktivama EU-a ili nacionalnim zakonodavstvom, slobodno postavite dulji rok za podnošenje ponuda, uzimajući u obzir složenost usluge ili robe koja se isporučuje.
 - Izbjegavajte naplaćivati naknade gospodarskim subjektima za pristup informacijama u vezi s postupkom dodjele.
 - Iskoristite potencijal elektroničke nabave koja ponuditeljima znatno olakšava pristup informacijama i podnošenje ponude.

- Objavite informacije i obavijesti o ugovoru na što više mjesta i izbjegavajte objavljivanje tijekom praznika jer se tako skraćuje vrijeme koje gospodarski subjekti imaju za izradu ponude.
- Pokušajte što brže zaključiti postupak, ograničavajući u najvećoj mogućoj mjeri razdoblje od roka za primanje ponuda do odluke o dodjeli ugovora. Na taj se način potiče gospodarske subjekte da sudjeluju i istodobno ograničava vrijeme koje je na raspolaganju ponuditeljima za sklapanje tajnih sporazuma (kao što je pregovaranje o povlačenju ponuditelja iz postupka u zamjenu za dobivanje dijela ugovora u svojstvu podugovaratelja).
- Koristite se metodama za **informiranje gospodarskih subjekata o potencijalnim posljedicama i njihovo odvratanje od sudjelovanja u tajnim sporazumima**.
 - U natječajnoj dokumentaciji predvidite odredbe i klauzule kao što su:
 - zahtjev da ponuditelji predaju izjavu o tome da su svoju ponudu pripremili samostalno i bez utjecaja ostalih ponuditelja,
 - novčane kazne za budućeg ugovaratelja za kojeg se utvrdi da je sudjelovao u tajnom sporazumu u kontekstu postupka dodjele ili izričita mogućnost da javni naručitelj raskine ugovor ili traži naknadu štete iz tog razloga,
 - informacije o potencijalnim kaznama predviđenima nacionalnim zakonodavstvom za slučajeve sudjelovanja u tajnim sporazumima (poput isključenja iz javnih natječaja na određeno vrijeme ili novčanih kazni na temelju zakona o zaštiti tržišnog natjecanja).
 - Zahtijevajte od ponuditelja, u skladu s uvjetima propisanim nacionalnim zakonodavstvom, da u što ranijoj fazi postupka otkriju namjeravaju li podugovoriti dio ugovora.
 - Pažljivo razmotrite koje informacije želite otkriti tijekom postupka dodjele. Ne morate otkriti više od onoga što se zahtijeva europskim i nacionalnim pravom. Ako je moguće, izbjegavajte otkrivanje informacija (na primjer, koji su subjekti predali ponudu, za koju cijenu, detalje postupka itd.) koji bi mogli olakšati kontakte između gospodarskih subjekata ili omogućiti gospodarskim subjektima koji sudjeluju u tajnom sporazumu da lako provjere jesu li se svi sudionici pridržavali uvjeta iz tog nezakonitog sporazuma pri sudjelovanju u postupcima dodjele.

3. Savjeti o tome kako otkriti potencijalni tajni sporazum pri ocjenjivanju ponuda

- **Odvojite dovoljno vremena za detaljno pregledavanje ponuda predanih tijekom postupka.** Tajni sporazum često se otkriva na temelju sitnih detalja, koji obično ostaju neprimijećeni, ali mogu biti vjerodostojni pokazatelji da je određene ponude pripremala ista osoba ili da su ih ponuditelji koordinirali. Obratite pozornost na:
 - iste pogreške ili pravopisne pogreške u različitim ponudama,
 - različite ponude sastavljene sličnim rukopisom ili fontom,
 - ponude u kojima se nalazi zaglavlje drugog ponuditelja ili njegovi podaci za kontakt,
 - različite ponude s identičnim pogrešnim izračunima ili identičnom metodologijom za procjenu troškova određenih stavki,
 - ponude koje je predala ista osoba ili osobe s istim podacima za kontakt.
- **Obratite više pozornosti na ponude koje su znatno ispod minimalnih standarda koji se zahtijevaju u natječajnoj dokumentaciji,** koje su većim dijelom nepotpune ili koje su predali gospodarski subjekti koji očito nisu sposobni izvršiti ugovor.

Takve su ponude pokazatelj da može postojati tajni sporazum, koji uključuje podnošenje takozvanih „lažnih ponuda” (tj. ponuda koje nemaju izgleda za dobivanje ugovora ili kojima nije namjera dobiti ugovor) radi manipulacije postupkom ocjenjivanja i postizanja željenog ishoda.
- **Pažljivo proučite cijene koje nude ponuditelji,** posebno one koje nemaju smisla jer su preniske ili previsoke u usporedbi s procijenjenom cijenom ugovora, a da za to ne postoji logično objašnjenje. Pokušajte otkriti sljedeće sumnjive čimbenike:
 - pokazatelje koji ukazuju na to da društva možda koordiniraju cijene, poput istih povećanja cijena koja se ne mogu objasniti povećanjem tržišnih troškova ili uskraćivanjem popusta, posebno na tržištu na kojem su se prethodno uvijek davali popusti,
 - veliku razliku između cijene odabrane ponude i ostalih ponuda,

- ponudu određenog ugovaratelja koja je mnogo veća za određeni ugovor od ponude tog dobavljača za drugi sličan ugovor,
 - znatna smanjenja u odnosu na prethodne cijene nakon što je novi gospodarski subjekt ili subjekt koji rijetko sudjeluje na natječajima predao ponudu, što znači da je novi gospodarski subjekt mogao poremetiti postojeći kartel,
 - lokalne dobavljače koji nude veće cijene za lokalnu dostavu nego za dostavu na dalja odredišta,
 - lokalna poduzeća i ona koja nisu iz tog područja koja nude slične troškove dostave,
 - većina ponuditelja nudi istu cijenu,
 - neki ponuditelji nude znatno drugačije cijene za slične postupke.
- **Ako je moguće, provjerite** (putem elektroničke baze podataka o nabavi, kao što su nacionalni registri ugovora ili bilo koji drugi dostupni IT alat) **podudaraju li se ponude koje ste dobili s obrascem postupaka nadmetanja** koji ste utvrdili na temelju prethodnih sličnih postupaka dodjele. Takvi se obrasci mogu smatrati pokazateljem koji ukazuje na postojanje tajnog sporazuma. Kako biste prepoznali takve obrasce, provjerite:
- koliko često pojedini gospodarski subjekti dobivaju ili gube ugovore,
 - postoje li gospodarski subjekti koji u nekim postupcima dosljedno nude visoke, a u drugima niske cijene za istu vrstu robe, radova ili usluge,
 - nudi li uvijek isti gospodarski subjekt najnižu cijenu,
 - postoje li gospodarski subjekti koji predaju ponude koji pobjeđuju samo u određenim geografskim područjima,
 - postoje li gospodarski subjekti koji redovito podnose ponude, ali nisu podnijeli ponudu u vašem postupku iako se od njih očekivalo da sudjeluju,
 - postoje li gospodarski subjekti koji neočekivano povlače ponude tijekom postupka,
 - postoje li gospodarski subjekti koji uvijek predaju ponude, ali nikad ne pobjeđuju,
 - postoje li gospodarski subjekti koji naizmjenično dobivaju ugovore.
- Iskoristite mogućnosti u okviru zakonodavstva EU-u i nacionalnog zakonodavstva za **dobivanje informacija u bilo kojoj fazi postupka o tome namjerava li ponuditelj dati dio ugovora u podugovor i, ako namjerava, kojem poduzeću.**
- Odabrani ponuditelj koji podugovara posao s neuspješnim ponuditeljima za isti ugovor ili odabrani ponuditelj koji ne prihvati potpisivanje ugovora, a kasnije se utvrdi da je podugovaratelj ponuditelja kojem je naposljetku dodijeljen ugovor mogu se smatrati dovoljno vjerodostojnim pokazateljima o postojanju tajnog sporazuma.
- **Obratite pozornost na ponude koje je podnio konzorcij gospodarskih subjekata** koji su mogli sami podnijeti ponudu ili bi se od njih to moglo očekivati.
- Zajednička ponuda može biti legitiman poslovni izbor, ovisno o posebnim tržišnim uvjetima postupka nabave, ili stvar potrebe ako gospodarski subjekti mogu ispuniti kriterije odabira ili imaju veće izgleda za dobivanje ugovora samo ako podnesu ponudu kao konzorcij. Ako vam se čini da ništa od navedenog nije slučaj, trebali biste pažljivo procijeniti može li se zajednička ponuda smatrati pokazateljem da postoji tajni sporazum.
- **Obratite pozornost i na ponude koje u postupku dodjele podnose gospodarski subjekti koji su na neki način povezani** (na primjer, ponude koje podnosi matično društvo i njegovo podređeno društvo ili dva društva koja pripadaju istoj grupi).
- Iako takva vrsta povezanosti sama po sebi nije dokaz da su takva povezana društva jedna drugom dopustila pristup pripremi ponude ili da su sklopila tajni sporazum, ponude povezanih poduzeća mogu obuhvaćati tajni sporazum i možda ćete morati dodatno provjeriti jesu li su sve ponude pripremljene na potpuno neovisan način.
- **Obratite posebnu pozornost na ponude koje su podnijeli gospodarski subjekti koje je vaš javni naručitelj ili neki drugi javni naručitelj u prošlosti isključio zbog tajnog sporazuma ili koje je nacionalno tijelo nadležno za tržišno natjecanje prethodno proglasilo krivima za sklapanje takvih sporazuma.**

Iako takvo otkriće ne dovodi automatski do isključenja ponuditelja iz postupka dodjele koji je u tijeku, u određenim okolnostima mogli biste ga smatrati dovoljno vjerodostojnim pokazateljem o postojanju tajnog sporazuma. Ništa vam ne zabranjuje da uzmete u obzir i slučajeve tajnog sporazuma utvrđene u inozemstvu u kojima je sudjelovao predmetni gospodarski subjekt. Ako je gospodarski subjekt isključen iz svih postupaka dodjele u vašoj zemlji na određeno vrijeme, a svejedno podnese ponudu tijekom tog razdoblja, podrazumijeva se da ga morate isključiti iz postupka dodjele bez procjene podnesene ponude.

4. Savjeti o tome kako postupiti u slučajevima sumnje na tajni sporazum

- Ako ste zaključili da postoje dovoljno vjerodostojni pokazatelji da su neki gospodarski subjekti sklopili tajni sporazum kako bi ograničili tržišno natjecanje ili unaprijed odredili pobjednika u postupku dodjele, **na temelju prava Unije imate pravo da razmotrite isključivanje tih ponuditelja iz postupka dodjele.**
 - Prije donošenja takve odluke temeljito procijenite pokazatelje kojima raspolazete i dokumentirajte svoje nalaze (uključujući sve povezane kontakte).
 - Uzmete u obzir aspekte kao što su priroda i ozbiljnost činjenica zbog kojih ste posumnjali u postojanje tajnog sporazuma, moguća objašnjenja ponuditelja (vidjeti u nastavku) i stanje na tržištu u tom sektoru.
 - Razmislite o isključivanju samo onih ponuditelja koji predstavljaju stvarnu prijetnju tržišnom natjecanju, na primjer, samo ponuditelja koji su pokrenuli tajni sporazum ili su njime upravljali.
 - Imajte na umu da svaki upozoravajući znak koji ukazuje na tajni sporazum može imati razumno objašnjenje koje morate uzeti u obzir prije isključivanja ponuditelja iz postupka.
- Iskoristite mogućnosti predviđene u zakonodavstvu EU-a i nacionalnim zakonodavstvu kako biste **omogućili ponuditeljima da iznesu dodatna objašnjenja o svojoj ponudi**, osobito o aspektima koji su doveli do sumnje na postojanje tajnog sporazuma.

Ponuditelji za koje se sumnja da su sklopili tajni sporazum u kontekstu postupka dodjele imaju pravo, na temelju prava Unije, dostaviti vam argumente u prilog svojem daljnjem sudjelovanju u postupku. To uključuje dokaze da su poduzeli mjere za ponovno dokazivanje svoje pouzdanosti (ako su isključeni iz prethodnog postupka ili ako ih je nacionalno tijelo nadležno za tržišno natjecanje proglasilo krivima za sudjelovanje u tajnom sporazumu) ili da njihovo sudjelovanje u postupku ne ugrožava stvarno tržišno natjecanje. Ako smatrate da su argumenti koje je ponuditelj iznio ili mjere „samopročišćenja” koje je poduzeo u skladu s direktivama EU-a ili nacionalnim zakonodavstvom dovoljni za dokazivanje njegove pouzdanosti, ponuditelju morate dozvoliti daljnje sudjelovanje u postupku. Time bi se povećalo tržišno natjecanje, osobito u slučajevima koncentriranih tržišta na kojima je aktivan mali broj gospodarskih subjekata.

- Kad primete i procjenjujete takve argumente, nemojte izravno optuživatiponuditelje za sudjelovanje u tajnom sporazumu niti im čak dajte naslutiti da biste to mogli učiniti jer to može potaknuti ponuditelje koji sudjeluju u tajnom sporazumu da nezakonito unište dokaze koji bi mogli biti korisni u postupku.
- Poštujte načelo jednakog postupanja s ponuditeljima (tj. dajte svim predmetnim ponuditeljima istu mogućnost da riješe probleme koji se odnose na njihove ponude), ali nikad o tim problemima ne razgovarajte kolektivno s ponuditeljima.
- Pri procjeni objašnjenja koja biste mogli dobiti obratite pozornost na svaku izjavu koja bi mogla potvrditi vaše sumnje, poput ponuditelja koji svoje cijene opravdavaju pozivanjem na „cijene koje diktira sektor”, „standardne tržišne cijene” ili „uobičajeni cjenik u sektoru”, koji navode da ne vrše prodaju na određenom području ili određenim kupcima bez ikakvoga razumnog objašnjenja ili koji upotrebljavaju iste argumente ili čak istu terminologiju kao drugi ponuditelji pri objašnjavanju cijene koju su ponudili.
- Ispitajte argumente ponuditelja na proporcionalan način i bez predrasuda.
- **Obratite se nacionalnom tijelu nadležnom za tržišno natjecanje i/ili središnjem tijelu za javnu nabavu** (ili bilo kojem drugom nadležnom tijelu, ovisno o sustavima na nacionalnoj razini), osobito ako ste u nedoumici, kako biste zatražili njihov savjet i stručnu pomoć u rješavanju problema.
 - Ako imate tu mogućnost i/ili je tako predviđeno, možete razmotriti i to da zatražite savjet od svoje pravne službe ili odjela za reviziju.

-
- Neka ti kontakti budu povjerljivi i ne otkrivajte ih sumnjivom ponuditelju ni drugim ponuditeljima kako bi se izbjeglo to da možebitni subjekti koji sudjeluju u tajnom sporazumu imaju vremena za nezakonito uništavanje dokaza prije nego što tijelo nadležno za tržišno natjecanje odluči intervenirati.
 - Ako odlučite isključiti ponuditelja na temelju te osnove, **obavijestite nacionalno tijelo nadležno za tržišno natjecanje i/ili središnje tijelo za javnu nabavu**, navodeći što više detalja. To će tim tijelima omogućiti da eventualno prate slučaj i da, u općenitijem smislu, na nacionalnoj razini prate koliko često i na koji način javni naručitelji primjenjuju tu osnovu za isključenje.
-