|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **BOSNA I HERCEGOVINA**AGENCIJA ZA JAVNE NABAVKE/NABAVE | **Description: grb-bih-kvalitetni3.png** | **БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА**АГЕНЦИЈА ЗА ЈАВНЕ НАБАВКЕ |
| **BOSNIA AND HERZEGOVINA**PUBLIC PROCUREMENT AGENCY |

Svibanj 2024.

Izdavač publikacije: Agencija za javne nabave Bosne i Hercegovine

Recenzent: Doc.dr.Tarik Rahić, dipl.pravnik, Direktor Agencije za javne nabave Bosne i Hercegovine

Pripremila: Anita Knezović

**Slučajevi neosnovanog izuzimanja subjekata od primjene pozitivnih propisa o javnim nabavama sa primjerima iz prakse**

**Sadržaj :**

1. Uvod...............................................................................................................................1
2. Praćenje postupaka javne nabave...................................................................................1
3. Relevantna praksa Europskog suda pravde....................................................................4
4. Studija slučaja................................................................................................................12
5. Zaključak.......................................................................................................................14
6. Literatura.......................................................................................................................14

 **1. Uvod**

Javne nabave su veoma bitna komponenta sustava Bosne i Hercegovine, a također jedan su od instrumenata koji može značajno doprinijeti ostvarenju pametnog i održivog ekonomskog rasta te jedno od važnih poglavlja u okviru pristupanja Europskoji uniji. Ovo ključno područje upravljanja javnim sredstvima zahtijeva posebnu pozornost kako bi se osigurala transparentnost, konkurencija te racionalno i pravično korištenje javnog novca. Javne nabave su važan preduvjet realizacije javnih politika, kao i očuvanja stabilnosti proračunske potrošnje odnosno pravilnog korištenja javnih sredstava. sJedan od ključnih instrumenata za postizanje ovih ciljeva jeste praćenje javnih nabava.

1. **Praćenje postupaka javnih nabava**

Agencija za javne nabave Bosne i Hercegovine ima ulogu da u sustavu javnih nabava osigura pravilnu provedbu Zakona o javnim nabavama („Službeni glasnik BiH“, br. 39/14 i 59/22) i podzakonskih akata. Za ostvarivanje te uloge utvrđene su slijedeće nadležnosti Agencije:

1. priprema i izrada nacrta zakona, nacrta izmjena i dopuna zakona i pratećih podzakonskih akata, u svrhu osiguranja njihove djelotvornosti i svrsishodnosti;
2. unapređenje informiranosti ugovornih tijela i ponuditelja o propisima o javnim nabavama i njihovim ciljevima, postupcima i metodama;
3. objavljivanje priručnika i naputaka, kao i izrada i ažuriranje standardnih obrazaca i modela u skladu s odredbama ovog zakona;
4. pružanje tehničke pomoći i savjetodavnih mišljenja ugovornim tijelima i ponuditeljima u vezi s pravilnom primjenom ovog zakona i podzakonskih akata;
5. uspostavljanje sustava praćenja postupaka koje provode ugovorna tijela za nabavu robe, usluga i radova, s ciljem edukacije i otklanjanja uočenih nepravilnosti u pojedinačnim postupcima javnih nabava;
6. prikupljanje podataka, izrada analize i objavljivanje informacija u vezi s postupcima javnih nabava i dodijeljenim ugovorima o javnim nabavama;
7. razvijanje i uspostava elektronskih informacijskih sustava u oblasti javnih nabava u Bosni i Hercegovini;
8. pokretanje, podržavanje i stvaranje pretpostavki za razvoj prakse elektronskih nabava i komunikacija u oblasti javnih nabava;
9. organiziranje i održavanje obuka za ovlaštene predavače i službenike za javne nabave, objavljivanje informacija u vezi s obukama, te priprema priručnika i drugih pratećih materijala za profesionalni razvoj u oblasti javnih nabava u skladu s podzakonskim aktom koje donosi Vijeće ministara BiH;
10. praćenje rada ovlaštenih predavača i vođenje evidencije o akreditiranim predavačima iz oblasti javnih nabava i službenicima za javne nabave;
11. izrada godišnjih izvješća za Vijeće ministara BiH.

Vršeći nadležnost praćenja pojedinačnih postupaka javnih nabava sukladno Zakonu i Pravilniku o praćenju postupaka javnih nabava („Službeni glasnik BiH“ 72/16), Agencija za javne nabave BiH je u prethodnoj godini pregledala 25.000 različitih izvora praćenja i provelo 566 praćenja i to: - 461 praćenje na osnovu informacija sa Portala javnih nabava, - ostale izvore praćenja i to: nevladin sektor (10 zahtjeva Transparency International BiH), Ured za borbu protiv korupcije i kontrolu kvaliteta Kantona Sarajevo (17 zahtjeva), Ured za reviziju institucija u FBIH (55 zahtjeva) i zahtjevi ponuditelja (23 zahtjeva).

Ukupna vrijednost dodijeljenih ugovora putem postupaka javnih nabava u 2023. godini je iznosila 5.060.132.125,61KM bez PDV-a (u 2022. godini ova vrijednost je iznosila je 4.410.241.194,50KM, u 2021. godini 2.803.956.860,08KM), dakle sve godine vrijednost novca koji se potroši putem postupaka javnih nabava sve više raste.

Kroz praćenje postupaka javnih nabava u 2023. godini, Agencija je utvrdila određene devijacije u sustavu javnih nabava, između ostalog utvrđeni su i slučajevi neosnovanog izuzimanja subjekata od primjene pozitivnih propisa o javnim nabavama. Izuzimajući se od primjene propisa o javnim nabavama, određeni subjekti sve svoje nabave vrše putem određenih internih, nezakonitih procedura te na taj način novac poreskih obveznika troše na nezakonit način.

Naime, radi se o manjem broju ugovornih tijela koji su u prethodnom razdoblju utvrdili da nisu obveznici primjene Zakona o javnim nabavama, te koji su uglavnom temeljem vlastitih odluka i samoincijativno prestali sa primjenom Zakona o javnim nabavama.

Člankom 116. stavak (2) točka a) Zakona je određeno da će novčanom kaznom u iznosu od 1.500,00 do 15.000,00 KM kaznit prekršaj ugovorno tijelo:

a) ako nabavi robu, radove ili usluge bez provođenja postupaka javne nabave propisanih ovim zakonom osim u slučajevima kada to Zakon dopušta.Agencija je u svim slučajevima, u kojima je primjetila ovakava ponašanja kod ugovornih tijela, proslijedila kaznenu prijavu nadležnim tužiteljstvima te podnijela zahtjev za pokretanje prekršajnog postupka protiv institucije i odgovornih osoba.
Prema nalazima Agencije, u slučajevima nesnovanog izuzeća subjekata od primjene Zakona o javnim nabavama, uglavnom se radi o ugovornim tijelima definiranim slijedećim člankom Zakona o javnim nabavama:

(1) Ugovorno tijelo, u smislu ovog Zakona, je:

b) Pravna osoba koja je osnovana za određenu svrhu s ciljem zadovoljavanja potreba od općeg interesa, a koje nema industrijski ili komercijalni karakter i ispunjava najmanje jedan od sljedećih uvjeta:

 1) financirana je, najvećim dijelom, iz javnih sredstava, ili

 2) nadzor nad upravljanjem vrši ugovoro tijelo definirano u toč. a) i b) ovog stavkа, ili

 3) više od polovine članova skupštine, upravnog ili nadzornog odbora su imenovani ili izabrani predstavnici ugovornih tijela iz toč. a) i b) ovog stavka.

Prema Zakonu, ukoliko pravna osoba koja je utemeljena za određenu svrhu u cilju zadovoljavana potreba od općeg interesa, a koja nema industrijski ili komercijalni karakter ispunjava najmanje jedan od pomenuta tri uvjeta, obvezna je primjenjivati odredbe Zakona.

1. **Relevantna praksa Europskog suda pravde**

Direktiva 2004/18 koja koordinira postupke javnih nabava javnog sektora (''klasična direktiva'') definira ugovorna tijela kao ''državna, regionalna ili lokalna tijela, tijela kojima upravlja javno pravo, udruženja utemeljena od strane jednog ili više takvih tijela ili jednog ili više takvih tijela kojima upravlja javno pravo'' (članak 1. (9). Prema definiciji koja je navedena u članu 1. (9) b) ''tijelo kojim upravlja javno pravo'' je svako tijelo koje:

1. je utemeljeno za određene svrhe zadovoljavanja potreba u općem interesu, a koje nema industrijski ili trgovački karakter;
2. ima pravni oblik; i
3. ispunjava najmanje jedan od slijedećih uvjeta:
	* financira ga, najvećim (tj. više od 50%) dijelom, država ili druga ugovorna tijela,
	* podložno je upraviteljskom nadzoru od strane takvih tijela;
	* ima menadžerski odbor čijih više od pola članova imenuje takva tijela.

Tijelo kojim upravlja javno pravo je (primarno) neprofitna organizacija, koja ovisi od države (ili lokalnih vlasti), kreirana u svrhu zadovoljavanja općih potreba, koje nemaju komercijalni karakter. Potrebe komercijalnog karaktera zadovoljavaju se kada su robe i usluge dostupne na tržištu. Opće potrebe koje nemaju komercijalni karakter zadovoljavaju država i njene institucije.

Potrebe te vrste su one koje, iz razloga povezanih sa općim interesom, sama država odabere da osigura ili preko kojih želi da zadrži utjecaj. Tijelo kojim upravlja javno pravo u pravilu nema konkurenciju privatnih komercijalnih kompanija (ima monopolističku poziciju i/ili operira u nekomercijalnom sektoru). Ipak, čak i postojanje konkurencije od strane privatnih kompanija nije validan test, obzirom da uvijek postoji mogućnost da i privatne kompanije žele pružati te iste usluge.

Vezano za naprijed navedeno, kad je u pitanju nekomercijalni karakter subjekta postoji trodijelni test, i to:

* je li sjecanje profita osnovni cilj tog subjekta ?
* ima li to tijelo konkurenciju na tržištu ?
* je li moguće da bi država ili neko drugo upravno tijelo intervenirali u svrhu umanjivanja komercijalnog pritiska (na primjer kako bi time spriječili stečaj tog subjekta)?

Ako su odgovori na prva dva pitanja negativni, a odgovor na treće pitanje pozitivan onda taj subjekt nema komercijalni ili industrijski karakter i tim je obveznik primjene Zakona.

Aneks III Direktive 2004/18 navodi tijela i kategorije tijela kojima upravlja javno pravo u zemljama članicama. Na listi su, između ostalih:

* državne (centralne) banke,
* javni radio i televizijski emiteri,
* univerziteti, javne škole,
* državne akademije nauka i druge naučne ustanove,
* javne bolnice i druge zdravstvene ustanove,
* regionalne razvojne agencije,
* regionalne turističke organizacije,
* muzeji, galerije i javne biblioteke,
* državna kazališta i opere,
* javne fondacije,
* poljoprivredne organizacije.

Ova lista je navedena samo kao smjernica. Lista nije konačna, to znači da onda kada određena institucija odgovara općoj definiciji, a nije uključena u spisak, ipak mora primjenjivati propise o javnim nabavama (opća definicija, a ne lista, je referentna u slučaju nesigurnosti). Ako određeno tijelo nije navedeno u aneksu III, njegova pravna i stvarna situacija mora se ispitati kako bi se ustanovilo da li on zadovoljava ili ne potrebe od općeg interesa.

Europski sud pravde je već nekoliko puta imao raspravu o tome da li određena institucija potpada pod definiciju iz Direktive kojom se definira tijelo kojim upravlja javno pravo.

Sud pravde je prepoznao sljedeće vrste aktivnosti kao one koje ispunjavaju potrebe u općem interesu:

univerzitetske djelatnosti, organiziranje izložbi i sajmova, obavljanje djelatnosti pogrebnih usluga, štampanje zvaničnih dokumenata, prikupljanje odlaganje otpada, upravljanje nacionalnim šumama i drvnim industrijama, djelatnosti radio i televizijskog emitiranja, osiguranje grijanja urbanom području primjenom okolišno prihvatljivog procesa i sl.

Dakle, čak i ako ugovorno tijelo uz svoju obvezu zadovoljavanja potreba od općeg interesa provodi i druge aktivnosti kao što su komercijalne ili industrijske aktivnosti, on i dalje ima obvezu da provodi svoje nabave u skladu sa Zakonom.

Kako je gore već pomenuto, članak 4. stavak (2) Zakona navodi tri uvjeta koja moraju biti kumulativno ispunjena da bi se tijelo iz čl. 4 stavak b) Zakona- odnosno tijelo kojim upravlja javno pravo, smatralo obveznikom primjene Zakona. Pored pobrojanih uvjeta, takvo tijelo je subjekt koje je osnovan za određenu svrhu s ciljem zadovoljavanja potreba od općeg interesa, a koje nema industrijski ili komercijalni karakter.

Dosadašnja praksa Suda Europske unije nam daje važne konkretne smjernice za utvrđivanje najšireg kruga „tijela kojima upravlja javno pravo“ s ciljem zadovoljavanja potreba od općeg interesa a koje nemaju industrijski ili komercijalni karakter.

Navedena odredba zahtijeva tumačenje šta je to točno opći interes, kako utvrditi da određeni interesi nemaju komercijalni ili industrijski karakter. Sud Europske unije je uglavnom odvojio utvrđivanje ta dva pitanja odnosno zasebno je utvrđivao ima li određena aktivnost pravne osobe za svrhu zadovoljavanje potreba od općeg interesa te ima li industrijski ili komercijalni karakter.

Temelj za takvo tumačenje se također može pronaći u direktivama Europske unije o javnim nabavama koje sadrže iste definicije “subjekta koji podliježe odredbama Zakona” kao i određenim presudama Europskog suda pravde. Navedeni kriteriji moraju biti ispunjeni kumulativno, što je u praksi najčešće i slučaju. Ali moguće su situacije u kojima djelatnost zadovoljava potrebe u općem interesu ali je ujedno i od industrijskog ili komercijalnog karaktera pa onda takva pravna osoba nije ugovorno tijelo.

a) Utvrđivanje općeg interesa

 Izraz „potrebe od općeg interesa“ nije definiran u Direktivi, ali potreba za ujednačenom primenom europskog prava o javnim nabavama i načela jednakosti zahtijeva da uvjeti zakonskih odredaba prava budu dosljedno tumačeni u državama članicama. Postoje dva glavna pitanja koja su relevantna i ona uključuju definiciju (i) potreba od općeg interesa i (ii) potreba od općeg interesa koje nemaju industrijski ni komercijalni karakter.

a.1) Potrebe od općeg interesa

„Potrebe od općeg interesa koje nemaju industrijski ni komercijalni karakter“ obično su potrebe koje se zadovoljavaju drugačije od dostupnosti robe i usluga na tržištu i one koje, zbog razloga povezanih sa općim interesom, država bira da zadovolji kako bi sebe osigurala ili preko kojih zadržala odlučujući uticaj. Europski sud pravde je razmatrao potrebe države sa osvrtom na posebne zadatke koje treba ispuniti; jasno rezerviranje nekih aktivnosti za javna tijela; obveza države da pokrije troškove tih aktivnosti; kontrola troškova naplaćenih za usluge; potreban stupanj nadzora i „javni interes“.

U presudi predmeta C-373/00 SEU zaključuje se da će se pravna osoba smatrati tijelom kojim upravlja javno pravo čak i ako njena djelatnost kojom se ispunjava opći interes čini samo određeni (manji) dio njene sveukupne djelatnosti. Konkretno, u ovom predmetu je zaključeno da, iako pogrebne usluge u užem smisli (sam čin pokapanja ili kremiranja, šti je svakkao usluga od općeg intersa)čine samo manji dio usluga koje pružaju pogrebnici(ostale usluge-čiji je karakter usluga od općeg interesa osporava- su obavještavanje o smrti pokojnika, polijeganje u lijes, transport pokojnika i dr.) ta činjenica je nebitna budući da pogrebnici svejedno ispunjavanju potrebe od općeg interesa.

Dalje, jedan primer je subjekat koji je osnovan da na ekskluzivnoj osnovi da izrađuje zvanične dokumente, među kojima su za neka bile potrebne mjere povjerljivosti ili sigurnosti, kao za putovnice, vozačke dozvole i identifikacijske kartice; dok su druga bila predviđena za širenje zakonodavnih, regulatornih i administrativnih dokumenata države. Javna su tijela odredila cijenu, a služba državne kontrole je bila odgovorna za nadzor sigurnosnih mjera gde je to bilo potrebno. Dokumenti su bili povezani sa javnim redom i zahtijevali su sigurnu isporuku i uvjete proizvodnje koji su morali da ispune standarde povjerljivosti i sigurnosti. Tijelo je osnovano za posebne namjene zadovoljavanja potreba od općeg interesa (C-44/96 Mannesmann). Subjekat koji je imao pravni oblik akcionarskog društva, koje su oformile dve općine, i kome je povjeren niz zadataka definiranih zakonom iz oblasti odlaganja otpada i čišćenja općinske mreže puteva, ispunjavao je potrebe od općeg interesa. (Slučaj C-360/96 Gemeente Arnhem ).

Nadalje, presudom C-223/99 je utvrđeno da pravna osoba koja organizira sajam i izložbe, ne djeluje isključivo u pojedinačnom interesu poizvođača i trgovaca već i posjetiteljima daje informacije koje se mogu smatrati poticajem trgovini u općem interesu odnosno opći interes se može utvrditi iako istovremeno postoji i privatni gospodarski interes.

a.2)Potrebe od općeg interesa koje nemaju industrijski ni komercijalni karakter

Dodatni kriterij u svrhu ove definicije jeste da potrebe od općeg interesa ne bi trebalo da imaju industrijski ni komercijalni karakter. To su uglavnom djelatnosti koje se obavljaju zarad profita na konkurentnim tržištima. Europski sud pravde (u slučaju C-360/96 Gemeente Arnhem) smatrao je da

1. odsustvo industrijskog i komercijalnog karaktera jeste kriterij koji je trebalo da pojasni, a ne da ograniči značenje izraza „potrebe od općeg interesa“;
2. takav izraz stvara unutar kategorije potreba od općeg značaja podkategoriju potreba koje nisu industrijskog ni komercijalnog karaktera; i
3. zakonodavstvo je napravilo razliku između potreba od općeg interesa koje nemaju industrijski ni komercijalni karakter, i potreba od općeg interesa koje imaju industrijski i komercijalni karakter. Ipak, to ne znači da tijelo kojim upravlja javno pravo smije obavljati zadatke u općem interesu koji nemaju industrijski ni komercijalni karakter. Može i jedno i drugo. U slučaju Mannesmann, na primer, subjekat je imao zadatak da osigura zvanične dokumenta za javno tijelo (potreba od općeg interesa), ali je istovremeno vodio tiskaru. Takođe je nebitno da li se subjekat bavi drugim djelatnostima pored zadataka od općeg interesa. ukoliko nastavi da obavlja potrebe za koje je obvezno da ispunjava.

Na primjer, u slučaju C – 44/96 “Mannesmann” Europski sud pravde navodi da “činjenica da taj segment zadovoljenja potreba od javnog interesa zauzima relativno mali dio ukupnih aktivnosti tog subjekta nije relevantna, pod uvjetom da subjekt i dalje zadovoljava potrebe koje se od njega zahtijevaju” i “status subjekta koji podliježe odredbama Zakona ne ovisi od relativnog značaja, unutar njegovog cjelokupnog poslovanja, vezanog za zadovoljenje potreba od općeg interesa koje nemaju industrijski ili komercijalni karakter.” Ovo mišljenje je kasnije potkrijepljeno i odlukama donesenim nakon ovog slučaja (npr. C – 360/96 “BFI – Holding”). Nevažno je da li, pored svoje dužnosti zadovoljavanja potreba od općeg interesa, subjekt-pravna osoba ima slobodu da se bavi drugim profitabilnim djelatnostima.

Međutim, kada subjekat jednom potpadne pod definiciju tijela kojim upravlja javno pravo, bilo koji ugovor koji to tijelo napravi, bilo kakve prirode, smatra se ugovorom o javnoj nabavi u smislu definicije iz Direktive, i sve ugovore tog subjekta pokriva Direktiva. Čak ni činjenica da ispunjavanje potreba od općeg interesa čini relativno mali dio ostalih djelatnosti nije bitna, ukoliko subjekat nastavi da obavlja potrebe koje je obvezan da ispunjava. Ovo takođe znači da tijelo kojim upravlja javno pravo može da obavlja djelatnosti zbog ostvarivanja profita, ukoliko nastavi da obavlja potrebe za koje je obvezno da ispunjava. S druge strane, ukoliko se tijelo kojim upravlja javno pravo bavi drugim djelatnostima na konkurentnom tržištu, to može ukazati na odsustvo potrebe od općeg interesa, pošto nema ni industrijski ni komercijalni karakter. Ukoliko subjekat potpadne u tu kategoriju, onda se Direktiva ne primjenjuje. Ovdje postoji je razlika zato što i pored postojanja značajne konkurencije to ne poništava postojanje potrebe od općeg interesa bez industrijskog i komercijalnog karaktera koju treba ispuniti, već samo takvo postojanje konkurencije može ukazivati da potreba od općeg interesa ima industrijski ili komercijalni karakter.

Kao posljednje sredstvo, problem je riješen detaljnijom analizom prirode samog subjekta, umjesto djelatnosti koju obavlja. Javlja se pitanje da li subjekat deluje u industrijskoj ili komercijalnoj oblasti. Prema tome, u predmetu Korhonen, Europski sud pravde smatrao je da ukoliko tijelo:

1. posluje u normalnim tržišnim okolnostima,
2. pokušava da ostvari profit i
3. snosi gubitke u skladu sa svojim poslovanjem.

Malo je vjerovatno da potrebe koje tijelo nastoji da zadovolji nisu industrijskog ili komercijalnog karaktera. U svakom slučaju ponaosob moraju se uzeti u obzir relevantne zakonske i činjenične okolnosti, naročito one koje preovladavaju u vrijeme formiranja tijela, ali takođe i okolnosti u kojima posluje, uključujući razinu konkurentnosti na tržištu, pitanja da li je primarni cilj stvaranje profita ili nije, i da li snosi rizik u skladu sa svojim poslovanjem i bilo kakvim javnim financiranjem poslovanja.

U predmetu C-283/00, radi se državnom firmi koja je osnovana radi upravljanja zatvorom i obavljanja pripremnih radnji za izgradnju zatvora na području države Španjolske. Vlada je utvrdila da kako firma Siepsa ima komercijalni karakter te da nije tijelo kojim upravlja javno pravo. Međutim, Europski sud pravde je drugačije cijenio situaciju. Europski sud pravde je naveo da, neovisno o tome da li postoji službeni mehanizam za nadoknadu gubitaka SIEPSA-e, čini se malo vjerovatnim da će SIEPSA snositi financijske rizike povezane sa svojom aktivnošću, odnosno da će država poduzetik potrebne mjere ukoliko dođe do gubitaka u ovoj državnoj firmi.

b) pravni subjektivitet (status pravne osobe)

Prema Direktivama, postojanje pravnog subjektiviteta najjasnija je razlika između tijela koja su dio države, regionalnih ili lokalnih tijela vlasti, i onih koja se smatraju tijelima kojima upravlja javno pravo. Pitanje pravnog subjektiviteta čini razliku između tijela koja potpadaju pod definiciju članka 4. stavak (1) Zakona o javnim nabavama odnosno ugovornih tijela koje čine institucije vlasti u BiH, entititetima, Brčko distriktu, na razini županije, grada ili općine i pravnih osoba koje su osnovane za određenu svrhu c sciljem zadovoljavanja potreba od općeg interesa. Potonji uglavnom imaju pravni subjektivitet koji je odvojen od države.

c) zavisnost od države

Ovaj uvjet je postavljen na sličan način Direktivama i Zakonom o javnim nabavama a to jeste da sadrži tri alternativno postavljena kriterija (financira ga, najvećim (tj. više od 50%) dijelom, država ili druga ugovorna tijela, podložno je upraviteljskom nadzoru od strane takvih tijela i ima menadžerski odbor čijih više od pola članova imenuje takva tijela.

Prvi kriterij (financiranje, najvećim (tj. više od 50%) dijelom, država ili druga ugovorna tijela), koji možemo nazvati i kriterijem financiranja, odnosi se na stupanj stvarne zavisnosti od države koji zavisi od razine državnog financiranja. Primjer presuda C-380/98 u slučaju sveučilišta, sredstva data u vidu nagrada ili nepovratnih kredita predstavljaju društvenu mjeru uvedenu za korist studenata i kako za takve isplate ne postoji ugovorena naknada, smatraju se financiranjem od strane naručitelja u kontekstu njegovih aktivnosti u oblasti obrazovanja. S druge strane, u slučaju naknade od strane jednog ili više naručitelja za nabavu usluga koje obuhvataju istraživački rad ili usluge konsultinga neće se smatrati financiranjem od strane naručitelja jer postoji komercijalni interes u pružanju te usluge.

Drugi kriterij je podložnost upraviteljskom nadzoru od strane takvih tijela koji možemo nazvati i kriterijem kontrole ili upravljačkim nadzorom, izražen je u tome da nad tijelom koje je osnovano u cilju obavaljanja potreba od općeg interesa, država izravno ili neizravno utječe na postupke nabave koje to tijelo provodi.

Slučaj C-306/97, Europski sud pravde je utvrdio da je država nadzirala postupke javne nabave u određenom tijelu od općeg interesa čak i kada nije postojala zakonska odredba koja je omogućavala državi da nadzire dodjelu ugovora.

Treći kriterij (ima menadžerski odbor čijih više od pola članova imenuje takva tijela) ili kriterij imenovanja, je zadovoljen ako je više od 50% članova upravnog ili nadzornog odbora imenovano od strane državnih tijela čime državna tijela utječu na odluke tijela koja su osnovana za svrhu općeg interesa u pogledu odlučivanja o postupcima javnih nabava.

1. **Studija slučaja**

Zahvaljujući proaktivnom istraživačkom novinarstvu, novinar određenog Portala se obratio Agenciji za javne nabave, sa upitom da li je ugovorno tijelo XY provodilo postupke javne nabave u razdoblju rujan 2022-2023 godine s obzirom da im je osnivač dodijelio 300.000 KM za prevazilaženje posljedica Covid 19 virusa i poboljšanje kvalitete usluga (Odluka osnivača objavljena u Službenim novinama). Na temelju ovog dopisa, Agencija je izvršila uvid u Portal javnih nabava [www.ejn.gov.ba](http://www.ejn.gov.ba) te uvidjela da predmetni subjekt uopće nije registriran na Portal javnih nabava kao ugovorno tijelo kako to propisuje Zakon i podzakonski akti iz oblasti javnih nabava. Naime prema Naputku o uvjetima i načinu objavljivanja obavijesti i dostavljanja izvješća o postupcima javnih nabava na Portalu javnih nabava („Službeni glasnik BiH“, br. 80/22) –u daljnjem tekstu: Naputak, korisnici Portala su:

 a) Ugovorno tijelo iz čl. 4. ili 5. Zakona o javnim nabavama i

 b) Gospodarski subjekat iz članka 2. stavak (1) točka c) Zakona.

Prema Pravilima o postupku registracije korisnika na Portalu javnih nabava nabava („Službeni glasnik BiH“, br. 30/23) navedeno je da nakon prijema zahtjeva za registraciju iz članka 4. stavak (2) Naputka, Agencija aktivira korisnika najkasnije u roku od 7 dana od dana prijema potpunog zahtjeva putem e-maila, faksa, pošte ili osobno na adresu.

Agencija za javne nabave se, na temelju novinarskog upita i uvida na Portal obratila ugovornom tijelu s pozivom da se u roku od sedam dana dostavi izjašnjenje:

1. zašto ugovorno tijelo nije registrirano na Portalu javnih nabava,
2. na koji način vrši nabave roba/usluga/radova odnosno po kakvim procedurama,.
3. izjašnjenje na koji način je utrošeno 300.000KM dodjeljenih od strane osnivača.

Ugovorno tijelo je odgovorilo dopisom kojim je navedeno da je upravni odbor nadležne institucije donio zaključak da ustanova nije obveznik primjene Zakona o javnim nabavama imajući u vidu činjenicu da je ustanova samofinancirajuća i da ostvaruje većinu prihoda po komercijalnoj osnovi te da osnivač nema većinu glasova u upravnom odboru institucije.

Nadalje je navedeno da je institucija vršila nabave roba na temelju zaključenog ugovora o poslovnoj suradnji sa dobavljačem na razdoblje od dvanaest mjeseci, prikupljala ponude te kasnije ispostavljala narudžbenicu prema dobavljaču za kojeg smatra da je najpovoljniji. Kada je u pitanju izvođenje radova, za navedeno je bilo zaduženo povjerenstvo koje će se vršiti nadzor nad praćenjem izvođenja radova te podnošenje izvješća o izvršenim radovima. Prije nego što se započne bilo koje izvođenje radova, ustanova prikuplja ponude te na kraju odlučuje kojeg će izvođača angažirati. Za izvođenje radova koji su se obavljali u ustanovi (sitni popravci, rješavanje konkretnog problema koji nastane u objektu) ustanova je zaključivala ugovore o djelu za takvu vrstu poslova.

Zatim se Agencija obratila dopisom nadležnim intitucijama (uredima za borbu protiv korupcije, nadležnim ministarstvima, osnivaču ugovornog tijela, nadležnoj poreskoj upravi) u kojima je dala pojašnjenje u skladu sa odredbama koje reguliraju ugovorna tijela u smislu članka 4.Zakona, navodeći obveznost primjene Zakona u konkretnom slučaju i obrazlažući štetu koja se ovakvim praksama. Također je navedeno da članak 6. Zakona regulira da je ugovorno tijelo dužno dodjeljivati ugovore o javnoj nabavi robe, usluga i radova primjenjujući postupke definirane ovim Zakonom i podzakonskim aktima. Prema zakonskoj definiciji ugovornih organa, XY je obveznik primjene Zakona o javnim nabavama. Agencija je zatražila: da sukladno Pravilima o postupku registracije korisnika na Portal javnih nabava („Službeni glasnik BiH“, br. 30/23) ugovorno tijelo bez odlaganja/hitno pokrene proces registracije na Portalu javnih nabava [www.ejn.gov.ba](http://www.ejn.gov.ba), kao ugovorno tijelo i da momentalno osigura primjenu Zakon o javnom nabavama za nabave roba, usluga i radova.

Temeljem dopisa Agencije, ovo ugovorno tijelo je izvršilo registraciju na Portalu javnih nabava i počelo sa primjenom Zakona o javnim nabavama. Međutim, za razdoblje neopravdanog izuzeća od primjene Zakona, podnesene su kaznene prijave prema nadležnim tužiteljstvima i zahtjevi za podnošenje prekršajnog postupka protiv institucije i odgovornih tijela su u tijeku.

1. **Zaključak**

Neosnovana izuzeća od primjene Zakona o javnim nabavama ozbiljno narušavaju povjerenje u javni sektor, sprečavaju konkurenciju i potiču korupciju. Tumačeći gornje odredbe Direktiva i Zakona o javnim nabavama na ispravan način, Agencija za javne nabave je utvrdila da su se određeni subjekti izuzeli od primjene Zakona o javnim nabavama na potpuno nezakonitim osnovama.

Ovakve prakse otežavaju učinkovitu kontrolu i nadzor nad trošenjem novca poreskih obveznika.Nadležna tijela, civilno društvo, mediji i sve zainteresirane strane trebaju aktivno nadzirati takva ponašanja i ukazivati na dobre prakse kako bi se osigurala trenasparenost, pravičnost i ostala načela sadržana u pozitivnim propisima o javnim nabavama.Povećana transparentnost, jačanje regulatornih tijela, strože sankcije za zloupotrebe te kontinuiran edukacija u ovoj oblasti ključni su za suzbijanje ovakvih postupanja. Pored toga, nužno je jačanje kapaciteta, treninzi javnih službenika, aktivno ukljičvanje civilnog društva da bi se doprinijelo boljem upravljanju javnim nabavama.

**7. Literatura:**

(1) Obuka u oblasti javnih nabava namjenjena korisnicima instrumenta pretpristupne pomoći, OECD/Sigma moduli

(2) Zakon o javnim nabavama („Službeni glasnik BiH, br.39/14, 59/22)

(3) Odabrane presude Europskog suda pravde Europske unije u oblasti javnih nabava, Sigma, Paris, 2014

(3) <https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/law/find-case-law_hr>

(4)<https://upravnopravo.blog/2020/01/26/tijela-javnog-prava-kao-posebna-kategorija-javnih-narucitelja/>