

PREGOVARAČKI POSTUPAK BEZ PRETHODNE OBJAVE

*Autorica: Marijana Raguž, Temporis savjetovanje d.o.o. Zagreb

Autorica u članku navodi osnovne odredbe vezane za primjenu pregovaračkog postupka bez prethodne objave poziva na nadmetanje sukladno Zakonu o javnoj nabavi (Narodne novine, br. 90/11, 83/13, 143/13 i 13/14 – Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske). Također, zbog jednostavnijeg razumijevanja primjene ovog postupka u praksi navedeni su i primjeri odluka Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave (dalje u tekstu: DKOM).

1 Uvod

Prema Statističkom izvješću o javnoj nabavi u Republici Hrvatskoj u 2014. godini ukupna vrijednost javne nabave iznosi 42.157.174.728 kuna s PDV-om, što je 12,82% BDP-a. U 2014. objavljena su ukupno 14.924 sklopljena ugovora u ukupnoj vrijednosti od 32.875.972.157 kuna s PDV-om.

Najviše se koristio otvoreni postupak javne nabave koji je brojem objava i vrijednosno najzastupljeniji, dok je najmanje korišten ograničeni postupak. Nakon otvorenog postupka, pregovarački postupak javne nabave bez prethodne objave najčešće je korišten postupak (8,97% od svih provedenih postupaka). Temeljem pregovaračkog postupka bez prethodne objave naručitelji su sklopili 1338 ugovora, ukupne vrijednosti 3.545.179.565 kuna s PDV-om (10,78% od ukupne vrijednosti objavljene nabave). Broj i vrijednost ugovora prema vrsti postupka koji su objavljeni u Elektroničkom oglasniku javne nabave Republike Hrvatske (dalje u tekstu: EOJN) prikazani su u Tablici br.1.

Tablica br.1. Broj i vrijednost ugovora prema vrsti postupka

Postupak	Broj	%	Vrijednost (kuna s PDV-om)	%
Otvoreni	12.695	85,06	25.820.495.144	78,54
Pregovarački bez prethodne objave	1.338	8,97	3.545.179.565	10,78
Pregovarački s prethodnom objavom	114	0,76	2.725.400.742	8,29
Usluge iz Dodatka II.B.	690	4,62	260.821.329	0,79
Ograničeni	83	0,56	513.650.172	1,56
Izuzeće od primjene ZJN-a	4	0,03	10.425.205	0,03
UKUPNO	14.924	100,00	32.875.972.157	100,00

Podaci o broju i vrijednosti ugovora za koje su javni naručitelji proveli pregovarački postupak bez prethodne objave (podaci iz EOJN-a) prikazani su u Tablici br.2.

Tablica br. 2. Broj i vrijednost ugovora sklopljenih temeljem pregovaračkog postupka bez prethodne objave – javni naručitelji

Broj i vrijednost ugovora u 2014. godini - JAVNI NARUČITELJI				
Postupak	Broj	%	Vrijednost (kuna s PDV-om)	%
Pregovarački bez prethodne objave	999	8,4	1.530.423.441	7,2

Podaci o broju i vrijednosti ugovora za koje su sektorski naručitelji proveli pregovarački postupak bez prethodne objave (podaci iz EOJN-a) prikazani su u Tablici br.3.

Tablica br. 3. Broj i vrijednost ugovora sklopljenih temeljem pregovaračkog postupka bez prethodne objave – sektorski naručitelji

Broj i vrijednost ugovora u 2014. godini – SEKTORSKI NARUČITELJI				
Postupak	Broj	%	Vrijednost (kuna s PDV-om)	%
Pregovarački bez prethodne objave	339	11,3	2.014.756.124	17,5

2 Pregovarački postupak bez prethodne objave – primjena

Pregovarački postupak javne nabave je postupak u kojem se naručitelj obraća gospodarskim subjektima po vlastitom izboru i pregovara o uvjetima ugovora s jednim ili s više gospodarskih subjekata. Vrste pregovaračkog postupka su:

- pregovarački postupak javne nabave s prethodnom objavom,
- pregovarački postupak javne nabave bez prethodne objave.

U praksi, pregovarački postupak bez prethodne objave najčešće se provodi s jednim gospodarskim subjektom (što ga čini manje transparentnim postupkom u odnosu na druge postupke javne propisane ZJN-om).

Odabir postupka. Za sklapanje ugovora o javnoj nabavi ili okvirnog sporazuma **javni naručitelj** slobodno bira između otvorenog i ograničenog postupka javne nabave, dok **sektorski naručitelj** slobodno bira između otvorenog, ograničenog i pregovaračkog postupka s prethodnom objavom.

Primjena postupka. Ako su ispunjeni posebni slučajevi i okolnosti iz Zakona o javnoj nabavi (dalje u tekstu: ZJN) smije se koristiti pregovarački postupak bez prethodne objave:

- javni naručitelj tada primjenjuje: članak 26. stavak 2. ZJN-a (radovi), članak 27. stavak 2. ZJN-a (roba) ili članak 28. stavak 2. ZJN-a (usluge),
- sektorski naručitelj tada primjenjuje: članak 117. ZJN-a (roba, radovi, usluge).

Teret dokazivanja postojanja posebnih slučajeva i okolnosti za primjenu ovog postupka je na naručitelju. Navedeno znači da naručitelj mora obrazložiti (dokazati) zakonitost primjene ovog postupka.

Osnovna pravila kod primjene postupka. S obzirom na to da se ovaj postupak doživljava kao najmanje transparentan postupak Sud Europske unije je u svojoj praksi utvrdio dva pravila značajna za primjenu pregovaračkog postupka bez prethodne objave:

- da se zakonske pretpostavke za primjenu ovoga postupka moraju strogo tumačiti, što znači da se ovaj postupak treba provoditi iznimno, kad su zakonske pretpostavke za njegovu provedbu zaista ispunjene,
- da je na naručitelju teret dokazivanja okolnosti i zakonskih pretpostavki koje opravdavaju primjenu ovoga postupka.

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (dalje u tekstu: DKOM) također slijedi praksu Suda Europske unije.

Sankcije. Naručitelj treba znati prekršajne odredbe iz članka 182. ZJN-a, u slučaju da primjeni pregovarački postupak bez prethodne objave protivno ZJN-u. Novčanom kaznom kaznit će se za prekršaj:

- od 50.000,00 do 1.000.000,00 kuna pravna osoba ili jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave ako primijeni pregovarački postupak javne nabave bez prethodne objave protivno odredbama članaka 26., 27., 28. ili 117. ZJN-a, te
- od 10.000,00 do 100.000,00 kuna odgovorna osoba u pravnoj osobi ili odgovorna osoba u državnom tijelu ili u jedinici lokalne i područne (regionalne) samouprave.

3 Zakonske pretpostavke za primjenu postupka

Pregovarački postupak bez prethodne objave koristi se iznimno, u posebnim slučajevima i okolnostima koje propisuje ZJN. Primjena postupka ovisi od vrste naručitelja (javni ili sektorski) i predmeta nabave (radovi, roba ili usluge).

Za javne i sektorske naručitelje obveze i primjena ovog postupka su u pojedinim situacijama propisane na isti način, međutim postoje i neke posebnosti za svakog od ovih naručitelja. U nastavku su navedeni posebni slučajevi i okolnosti koji dozvoljavaju korištenje ovog postupka.

Ugovor o javnoj nabavi smije se sklopiti u pregovaračkom postupku javne nabave bez prethodne objave poziva na nadmetanje:

1. Javni i sektorski naručitelj za nabavu radova, robe ili usluge

kada nije dostavljena **nijedna ponuda ili nijedna prikladna ponuda** ili nije dostavljen nijedan zahtjev za sudjelovanje u provedenom otvorenom ili ograničenom postupku javne nabave (ili pregovaračkom s prethodnom objavom – samo kod sektorskog naručitelja), pod uvjetom da se **početni uvjeti ugovora bitno ne mijenjaju** (i da je Europskoj komisiji poslan zapisnik o pregledu i ocjeni inicijalnih i/ili konačnih ponuda, ako ga zatraži – obveza propisana samo za javnog naručitelja).

Za pravilnu primjenu ove odredbe naručitelj dodatno treba znati sljedeće:

- **Neprikladna ponuda** je ponuda koja u cijelosti ne odgovara potrebama naručitelja određenim u opisu predmeta nabave i tehničkim specifikacijama odnosno kojom se nude roba, radovi ili usluge koje očito ne zadovoljavaju potrebe naručitelja u odnosu na traženi predmet nabave.¹
- **Javni naručitelj slobodno provodi** otvoreni ili ograničeni postupak, dok **sektorski naručitelj slobodno provodi** otvoreni, ograničeni ili pregovarački postupak s prethodnom objavom poziva na nadmetanje.
- Europska komisija može zatražiti od javnog naručitelja dostavu zapisnika o pregledu i ocjeni inicijalnih i/ili konačnih ponuda. U tom slučaju javni naručitelj ima obvezu dostaviti traženi zapisnik.
- Sukladno članku 105. stavak 5. ZJN-a **bitne izmjene ugovora o javnoj nabavi** su izmjene koje:
 - uvode uvjete koji bi, da su bili određeni u osnovnom postupku javne nabave, omogućili sudjelovanje dodatnih ponuditelja uz one koji su sudjelovali ili različitih ponuditelja od onih koji su sudjelovali, ili odabir drugačije ponude od odabrane, ili
 - znatno proširuju predmet ugovora na robu, radove ili usluge koje nisu obuhvaćene osnovnim ugovorom, ili
 - mijenjaju ekonomsku ravnotežu u korist ponuditelja na način koji nije bio predviđen u uvjetima osnovnog ugovora o javnoj nabavi, ili
 - mijenjaju ugovornu stranu odabranog ponuditelja.

2. Javni i sektorski naručitelj za nabavu radova, robe ili usluge

kada **zbog tehničkih ili umjetničkih razloga** ili razloga povezanih sa **zaštitom isključivih prava** ugovor može izvršiti samo određeni gospodarski subjekt.

Posebno ili isključivo pravo je pravo koje nadležno tijelo dodjeljuje na temelju zakona, drugih propisa ili upravnog akta, a koje obavljanje određene djelatnosti ograničava na jednog ili više gospodarskih subjekata, te ima znatan utjecaj na mogućnost drugih subjekata da obavljaju tu djelatnost.²

Naručitelji trebaju okolnosti i zakonsku pretpostavku ispuniti na način da opravdaju primjenu ovoga postupka. U nastavku je navedeno nekoliko primjera dobre i pogrešne primjene ove odredbe u praksi:

- Primjer br. 1, predmet nabave: usluga integracije informatičkog sustava. Izjavljena je žalba na prethodnu obavijest o namjeri sklapanja ugovora. Žalitelj u žalbi tvrdi kako u predmetnom slučaju ne postoje uvjeti za primjenu pregovaračkog postupka bez prethodne objave, jer je predmet nabave dovoljno općenit te da ne postoje razlozi koji bi ograničavali izvršenje ugovora na samo određene gospodarske subjekte. Smatra da je naručitelj pogrešno primijenio članak 28. ZJN-a te prekršio načela javne nabave. DKOM je ocijenio da dostavljenim ugovorima (i ostalim dokazima) u žalbenom postupku naručitelj nije dokazao da su članovi odabrane zajednice ponuditelja (i njihov podizvoditelj) nositelji isključivih prava na aplikacijama (računalnim programima) koje naručitelj namjerava integrirati i da im kao autorima računalnih programa pripadaju prava prema Zakonu o autorskom pravu i srodnim pravima (Narodne novine, br. 167/03, 79/07, 80/11, 125/11, 141/13 i 127/14). Žalba je osnovana i poništen je pregovarački postupak javne nabave bez prethodne objave.³

¹ Članak 29. točka 3. i članak 118. Zakona o javnoj nabavi.

² Članak 2. točka 19. Zakona o javnoj nabavi.

³ Rješenje DKOM-a, KLASA: UP/II-034-02/15-01/930 od 14. prosinca 2015.

- Primjer br.2, predmet nabave: nabava softver sustava. Na prethodnu obavijest o namjeri sklapanja ugovora izjavljena je žalba. Žalitelj navodi da ne postoje uvjeti za primjenu pregovaračkog postupka bez prethodne objave, da je opis predmeta nabave uopćen te da kao takav ne opravdava primjenu izabranog postupka javne nabave. DKOM je zaključio da je u žalbenom postupku naručitelj kao dokaz dostavio licencu tvrtke XY, no iz iste nije razvidno da naručitelj koristi navedeni softver temeljem licence, a nije dostavio niti primjerak ugovora iz kojeg bi bilo razvidno da ima ugovorni odnos s društvom XY o nabavi softvera. Žalba je osnovana i poništen je pregovarački postupak javne nabave bez prethodne objave.⁴ U ponovljenom postupku na prethodnu obavijest o namjeri sklapanja ugovora izjavljena je žalba. Žalitelj i dalje smatra da nema osnove za primjenu pregovaračkog postupka bez prethodne objave. Naručitelj je uz odgovor na žalbu dostavio Ugovor o nabavi JSK licenci, sklopljen između naručitelja i tvrtke XY te samu licencu, pri čemu je između ostalog navedeno da se ne dozvoljava instaliranje i uključivanje u aplikacije JSK granula koje nisu predmet ugovora i dodatka ugovoru. Svako takvo uključivanje granula smatra se kršenjem licence. DKOM je zaključio da s obzirom na to da je odabrani gospodarski subjekt nositelj autorskog prava na kompjuterskim programima koji su predmet navedenog Ugovora, da se naručitelj Ugovorom obvezao da neće bez suglasnosti gospodarskog subjekta prodavati, prenositi, davati u najam, trgovati, ustupati ili dopuštati bilo kojoj osobi, firmi ili udruženju da na bilo koji način kopira, reproducira ili otkriva kompletan kompjutorski program ili neki njegov dio, ili pripadajuću dokumentaciju, uzimajući u obzir obrazloženje naručitelja da se radi o potrebi objedinjavanja sa već postojećim softver sustavom, provođenjem pregovaračkog postupka bez prethodne objave žalitelju nisu prekršena subjektivna prava te da je naručitelj dokazao osnovu za provođenje predmetnog postupka. Žalba je neosnovana.⁵
- Primjer br. 3, predmet nabave: univerzalne poštanske usluge. Izjavljena je žalba na prethodnu obavijest o namjeri sklapanja ugovora. Žalitelj u žalbi navodi da naručitelj nije imao zakonsku osnovu za provođenje pregovaračkog postupka bez prethodne objave kao i da nije pravilno odredio predmet nabave. Žalitelj navodi da je naručitelj neosnovano i nezakonito primijenio odredbu članka 28. stavka 2. točke 2. ZJN-a budući da stupanjem na snagu novog Zakona o poštanskim uslugama ne postoji više pravna osnova za provođenje pregovaračkog postupka bez prethodne objave. DKOM je zaključio da sukladno Zakonu o poštanskim uslugama HP je davatelj univerzalne usluge i ima pravo i obvezu obavljati tu uslugu. Međutim, sa stajališta korisnika zamjenske poštanske usluge se mogu smatrati uslugama unutar opsega univerzalne usluge, jer su u dostatnoj mjeri zamjenjive univerzalnom uslugom. Također, ističe se mišljenje Ministarstva prometa u suglasnosti s Ministarstvom gospodarstva prema kojem više ne postoji osnova za provođenje pregovaračkog postupka bez prethodne objave. Žalba je osnovana i poništen je pregovarački postupak javne nabave bez prethodne objave.⁶
- Primjer br. 4, predmet nabave: opskrba prirodnim plinom. Na prethodnu obavijest o namjeri sklapanja ugovora izjavljena je žalba. Žalitelj osporava odabir pregovaračkog postupka javne nabave bez prethodne objave i ističe da je opskrba prirodnim plinom energetska djelatnost koja na tržištu djeluje po načelu liberalne tržišne konkurencije te da je za nabavu prirodnog plina trebalo provesti otvoreni postupak javne nabave. Naručitelj navodi da samo jedan gospodarski subjekt ima koncesiju za distribuciju plina na području Grada X. DKOM je zaključio sljedeće. Članak 2. Zakona o

⁴ Rješenje DKOM-a, KLASA: UP/II-034-02/13-01/1193 od 13. rujna 2013.

⁵ Rješenje DKOM-a, KLASA: UP/II-034-02/13-01/1721 od 19. studenog 2013.

⁶ Rješenje DKOM-a, KLASA: UP/II-034-02/13-01/1199 od 03. rujna 2013.

tržištu plina propisano je da je distribucija plina prijenos plina kroz distribucijski sustav radi isporuke plina krajnjim kupcima, isključujući opskrbu plinom. Opskrba plinom je trgovina plinom. Budući da je predmet nabave u konkretnom postupku opskrba plinom, iz Ugovora o koncesiji za distribuciju plina ne proizlazi da koncesionar ima isključivo pravo za opskrbu plinom te naručitelj nije dokazao postojanje posebnih slučajeva i okolnosti za primjenu pregovaračkog postupka bez prethodne objave.⁷

3. Javni i sektorski naručitelj za nabavu radova, robe ili usluga

kada je to nužno potrebno ako se **zbog razloga iznimne žurnosti izazvane događajima koje naručitelj nije mogao predvidjeti**, rokovi u otvorenom, ograničenom ili pregovaračkom postupku javne nabave s prethodnom objavom ne mogu primijeniti.

Okolnosti na koje se poziva za opravdanje iznimne žurnosti ne smiju ni u kojem slučaju biti uzrokovane postupanjem javnog naručitelja, a što potvrđuju i sljedeći primjeri iz prakse:

- Činjenica što je po drugi put izjavljena žalba na odluku o odabiru u prethodnom otvorenom postupku, naručitelju nikako nije moglo biti razlog za opravdanje iznimne žurnosti. Obzirom da je u prethodnom otvorenom postupku temeljem žalbe poništena odluka o odabiru razvidno je da naručitelj nije proveo postupak nabave sukladno ZJN-u. Stoga su okolnosti na koje se poziva za opravdanje žurnosti uzrokovane postupanjem samog naručitelja. Nije dokazano postojanje okolnosti koje bi bile opravdanje za iznimnu žurnost. DKOM je poništio pregovarački postupak bez prethodne objave.⁸
- Europska komisija je 9. rujna 2015. godine donijela *Komunikaciju o propisima o javnoj nabavi u vezi s trenutačnom azilantskom krizom*, COM(2015) 454 final. U ovoj Komunikaciji daje se pregled mogućnosti koje javni naručitelji, ugovorna tijela, imaju za brzo pružanje infrastrukture (smještaja), kao i najnužnijih potrepština i usluga nastalih zbog iznenadnog i znatno povećanog priljeva tražitelja azila. Cilj Komunikacije je objasniti razne mogućnosti zadovoljenja hitnih potreba na temelju primjenjivih propisa Europske unije u području javne nabave. U Komunikaciji je objašnjena mogućnost korištenja pregovaračkog postupka bez prethodne objave iz razloga iznimne žurnosti. Ugovorna tijela mogu sklapati javne ugovore pregovaračkim postupkom bez objave „kada je nužno potrebno ako se, zbog razloga iznimne žurnosti izazvane događajima koje dotični javni naručitelji nisu mogli predvidjeti, rok za otvorene, ograničene ili pregovaračke postupke ne može primijeniti. Okolnosti na koje se poziva za opravdanje iznimne žurnosti ne smiju ni u kojem slučaju biti dovedene u vezu s javnim naručiteljem.” Budući da ugovorna tijela u tom slučaju odstupaju od temeljnog načela iz Ugovora u pogledu transparentnosti, Sud Europske unije zahtijeva da se taj postupak primjenjuje samo u iznimnim slučajevima. Svi uvjeti moraju biti kumulativno ispunjeni i moraju se tumačiti restriktivno. Svako ugovorno tijelo morat će procijeniti jesu li ispunjeni uvjeti za primjenu takvog „pregovaračkog postupka bez prethodne objave”. Svoj će izbor takvog postupka morati opravdati u pojedinačnom izvješću.⁹

⁷ Rješenje DKOM-a, KLASA: UP/II-034-02/13-01/676 od 13. lipnja 2013.

⁸ Rješenje DKOM-a, KLASA: UP/II-034-02/14-01/974 od 10. listopada 2014.

⁹ Komunikacija je dostupna na www.javnabava.hr

4. Javni i sektorski naručitelj za nabavu radova ili usluga

za dodatne radove (ili usluge) čija ukupna vrijednost **ne smije preći 25% vrijednosti osnovnog ugovora**, koji(e) nisu bili uključeni u početni projekt niti u osnovni ugovor, ali su zbog nepredviđenih okolnosti postali(e) nužni(e) za izvođenje radova (usluga) opisanih u njima, **pod uvjetom da se ugovor sklopi s gospodarskim subjektom koji izvršava osnovni ugovor te:**

- kada takve dodatne radove (usluge) nije moguće tehnički ili ekonomski odvojiti od osnovnog ugovora bez znatnih poteškoća za naručitelja, ili
- kada su takvi radovi (usluge), iako odvojivi od izvršenja osnovnog ugovora, nužno potrebni za njegov dovršetak.

Izračun procijenjene vrijednosti nabave za dodatne radove, usluge ili robu. U slučaju ugovaranja dodatnih radova, usluga ili robe naručitelj treba biti pažljiv prilikom određivanja procijenjene vrijednosti nabave i provođenja odgovarajućeg postupka javne nabave. Izračun procijenjene vrijednosti nabave temelji se na ukupnom iznosu, bez poreza na dodanu vrijednost (PDV-a). Pri izračunu procijenjene vrijednosti nabave naručitelj mora uzeti u obzir ukupnu vrijednost nabave, koja uključuje sve opcije i moguća obnavljanja ugovora.

Prema mišljenju Ministarstva gospodarstva, Uprave za sustav javne nabave predmet nabave treba promatrati u cjelini, odnosno sagledavati u smislu da li isti predstavlja ili može predstavljati zaseban predmet nabave u smislu odredbe članka 79. stavka 1. ZJN-a. Naime, ta odredba propisuje da se predmet nabave određuje na način da predstavlja tehničku, tehnološku, oblikovnu, funkcionalnu ili drugu cjelinu. Ukoliko se određene nabave vezuju za osnovni ugovor o javnoj nabavi, odnosno uz prije sklopljeni ugovor za koji je već proveden odgovarajući postupak javne nabave, a što se u pravilu odnosi na dodatne isporuke robe ili dodatne radove i usluge, prema gledištu Ministarstva gospodarstva potrebno je sagledavati tu „dodatnu“ nabavu u cjelini s nabavom za koju je već proveden postupak javne nabave, s kojom ista u ukupnosti čini cjelinu (zbrojena vrijednost osnovnog ugovora i vrijednost dodatne robe, radova ili usluga). U slučaju takve dodatne nabave, prema mišljenju Ministarstva postoji obveza primjene ZJN-a, odnosno provođenja odgovarajućeg postupka javne nabave u skladu sa ZJN-om. Shodno tome, u slučajevima propisanim ZJN-om postoji i obveza objave prethodne obavijesti o namjeri sklapanja takvog ugovora te obavijesti o sklopljenom ugovoru za tu nabavu.¹⁰

5. Javni naručitelj za nabavu radova i usluga, sektorski naručitelj za nabavu radova

za nove radove (ili usluge) koji(e) se sastoje u ponavljanju sličnih radova (usluga) koji (e) se dodjeljuju gospodarskom subjektu s kojim je isti naručitelj već sklopio osnovni ugovor, pod uvjetom:

- da su takvi radovi (usluge) u skladu s osnovnim projektom za koji je bio sklopljen osnovni ugovor,
- da je osnovni ugovor sklopljen u otvorenom ili ograničenom postupku javne nabave (ili pregovaračkom postupku javne nabave s prethodnom objavom – kod sektorskog naručitelja),
- da je već u prvom pozivu na nadmetanje bila predviđena mogućnost primjene ovoga postupka,

¹⁰ Izvor Ministarstvo gospodarstva, Uprava za sustav javne nabave, www.javnanabava.hr, mišljenje za: *Pitanje nabave dodatne robe, radova odnosno usluga, ako je njihova vrijednost manja od „pragova“ iz članka 18. stavka 3. Zakona o javnoj nabavi.*

- da je naručitelj pri određivanju procijenjene vrijednosti nabave uzeo u obzir ukupnu procjenu troškova novih radova (usluga) koji će se ponavljati, i
- da se ovaj postupak odvija unutar tri godine nakon sklapanja osnovnog ugovora (uvjet samo za javnog naručitelja).

Za primjenu ove zakonske odredbe **naručitelj treba ispuniti sve prethodno navedene odredbe**, u protivnom nije ostvario zakonske preduvjete za primjenu pregovaračkog postupka bez prethodne objave, na što upućuje i sljedeći primjer iz prakse.

Naručitelj je proveo otvoreni postupak javne nabave koji završava sklapanjem okvirnog sporazuma. U dokumentaciji za nadmetanje odredio je da u posebnim slučajevima i okolnostima iz članka 26. stavka 2. ZJN-a može za nove radove koji se sastoje u ponavljanju sličnih radova s istim gospodarskim subjektom primijeniti pregovarački postupak bez prethodne objave. Izjavljena je žalba. Žalitelj tvrdi da sklapanje ugovora na temelju okvirnog sporazuma nije otvoreni niti ograničeni postupak pa ne postoji mogućnost dodjele dodatnog ugovora primjenom pregovaračkog postupka bez prethodne objave. DKOM je zaključio da je postupak sklapanja ugovora o javnoj nabavi na temelju okvirnog sporazuma propisan člankom 39. ZJN-a i kao takav predstavlja zaseban (svojevrсни) postupak sklapanja ugovora o javnoj nabavi različit od otvorenog i ograničenog postupka javne nabave. S obzirom da ovaj postupak završava sklapanjem okvirnog sporazuma, a ne ugovora o javnoj nabavi, u ovom otvorenom postupku javne nabave s namjerom sklapanja okvirnog sporazuma nisu ispunjene pretpostavke za primjenu odredbe članka 26. stavka 2. točke 5. ZJN-a. Žalbeni navod je osnovan.¹¹

6. Javni naručitelj za nabavu robe

kada se predmetni **proizvodi izrađuju isključivo u svrhu istraživanja**, eksperimentiranja, proučavanja ili razvoja. Ova odredba ne obuhvaća proizvodnju kojom bi se ostvarila tržišna isplativost ili pokriće troškova istraživanja i razvoja.

Navedenu odredbu može primijeniti **javni naručitelj kada nabavlja robu** koja se izrađuje u svrhu istraživanja itd, **dok su usluge istraživanja i razvoja izuzete od primjene ZJN-a**. Naime, temeljem članka 10. stavka 1. točke 7. ZJN se ne primjenjuje na ugovore koje sklapa javni naručitelj za usluge istraživanja i razvoja. Dodatno, javni naručitelj treba znati da se ZJN ipak primjenjuje na one usluge istraživanja i razvoja od kojih korist ima isključivo javni naručitelj za svoju uporabu u obavljanju svojih poslova i za koje on plaća punu naknadu.

7. Javni i sektorski naručitelj za nabavu robe

za **dodatne isporuke od dobavljača iz osnovnog ugovora** koje su namijenjene ili kao djelomična zamjena uobičajene robe ili instalacija ili kao proširenje postojeće robe ili instalacija, ako bi promjena dobavljača obvezala naručitelja da nabavi robu koja ima drugačije tehničke značajke što bi rezultiralo nesukladnošću ili nerazmjernim tehničkim poteškoćama u radu i održavanju. Trajanje takvih ugovora kao i ugovora koji se ponavljaju ne smije biti duže od tri godine za javne naručitelje, dok ovog ograničenja nema za sektorske naručitelje.

¹¹ Rješenje DKOM-a, KLASA: UP-II-034-02/14-01/200 od 19. ožujka 2014.

U nastavku je naveden primjer iz prakse po pitanju primjene ove zakonske odredbe. Naručitelj je provodio otvoreni postupak javne nabave, u kojem je naveo mogućnost buduće primjene pregovaračkog postupka bez prethodne objave. Izjavljena je žalba na dokumentaciju za nadmetanje. Žalitelj tvrdi da su određeni uvjeti pod kojima će provoditi drugi postupak javne nabave, pregovarački postupak bez prethodne objave za dodatne isporuke. DKOM je zaključio da samim navođenjem u dokumentaciji za nadmetanje mogućnosti provođenja pregovaračkog postupka bez prethodne objave, a sukladno članku 117. točki 5. ZJN-a, naručitelj nije postupio protivno ZJN-u. Eventualne nezakovitosti glede provođenja naknadnog pregovaračkog postupka bez prethodne objave ne mogu biti predmet ovog žalbenog postupka.¹²

8. Javni i sektorski naručitelj za nabavu robe

za robu koja kotira i nabavlja se na burzi robe.

9. Javni i sektorski naručitelj za nabavu robe

za **kupnju robe po posebno povoljnim uvjetima** od dobavljača koji je trajno obustavio poslovne djelatnosti, ili od stečajnog povjerenika ili likvidatora, ili u okviru nagodbe s vjerovnicima ili drugog sličnog postupka prema nacionalnim propisima zemlje sjedišta gospodarskog subjekta.

10. Javni i sektorski naručitelj za nabavu usluga

kada se predmetni ugovor o javnim uslugama sklapa **nakon provedenog natječaja** te se, u skladu s odgovarajućim pravilima, mora sklopiti s pobjednikom ili jednim od pobjednika toga natječaja. U potonjem slučaju **svi se pobjednici natječaja pozivaju na pregovaranje.**

11. Sektorski naručitelj

ako se **ugovor sklapa samo u svrhu istraživanja, eksperimenta, ispitivanja ili razvoja**, a ne s ciljem osiguranja profita ili pokrića troškova istraživanja i razvoja, te pod uvjetom da sklapanje takvih ugovora ne dovodi u pitanje konkurentno sklapanje daljnjih ugovora kojima su to isključivi ciljevi.

12. Sektorski naručitelj za nabavu robe

za **prigodnu kupnju** kada je robu moguće nabaviti koristeći posebno povoljnu mogućnost koja je dostupna samo u kratkom razdoblju po cijeni znatno nižoj od cijena uobičajenih na tržištu.

4 Tijek postupka

Tijek pregovaračkog postupka javne nabave bez prethodne objave propisan je **člankom 37.** ZJN-a. Ove odredbe primjenjuju javni i sektorski naručitelji.

Početak postupka. Pregovarački postupak bez prethodne objave započinje **danom slanja poziva na pregovaranje** (članak 23. ZJN-a). Poziv na pregovaranje se ne objavljuje u EOJN-u, već se upućuje jednom, ili ako je moguće, na adrese više gospodarskih subjekata u pisanom obliku. Ako se postupak

¹² Rješenje DKOM-a, KLASA: UP/II-034-02/14-01/309 od 11. travnja 2014.

vodi s više gospodarskih subjekata, poziv im se upućuje **istodobno** na način da nemaju uvid u podatke o ostalim gospodarskim subjektima.

Poziv na pregovaranje mora sadržavati:

- datum do kojeg se mora dostaviti inicijalna ponuda (rok za dostavu ponude nije propisan ZJN-om, nego ga naručitelj određuje na način da je dostatan za izradu i dostavu ponude),
- adresu na koju se dostavlja ponuda,
- podatak o jeziku na kojem se ponuda izrađuje te
- ostale podatke koje naručitelj smatra potrebnima.

Dokumentacija za nadmetanje. Pozivu na pregovaranje mora se priložiti dokumentacija za nadmetanje i moguća dodatna dokumentacija. Sadržaj dokumentacije za nadmetanje definiran je člankom 3. Uredbe o načinu izrade i postupanju s dokumentacijom za nadmetanje i ponudama¹³ (dalje u tekstu: Uredba) i sastoji se od sljedećih dijelova:

- opći podaci,
- podaci o predmetu nabave,
- razlozi isključenja ponuditelja,
- odredbe o sposobnosti ponuditelja,
- podaci o ponudi,
- ostale odredbe.

Dokumentacija za nadmetanje **može sadržavati** obrasce, predloške zahtijevanih dokumenata, izjava i sl, te prijedlog ugovora o javnoj nabavi. Dodatnu dokumentaciju mogu sačinjavati skice, nacrti, planovi, projekti, studije i sl, na temelju kojih su izrađeni troškovnici ili projektni zadaci.

Otvaranje ponuda. U pregovaračkom postupku bez prethodne objave **ne provodi se javno otvaranje ponuda.**

Postupak zaprimanja ponuda (članak 17. Uredbe) – svaku pravodobno dostavljenu ponudu naručitelj upisuje u upisnik o zaprimanju ponuda te ponuda dobiva redni broj prema redoslijedu zaprimanja. Ako je dostavljena izmjena i/ili dopuna ponude upisuje se u upisnik o zaprimanju ponuda te dobiva redni broj prema redoslijedu zaprimanja. Ponuda se u tom slučaju smatra zaprimljenom u trenutku zaprimanja posljednje izmjene i/ili dopune ponude. **Na oмотnici ponude naznačuje se datum i vrijeme zaprimanja te redni broj ponude prema redoslijedu zaprimanja. U pregovaračkom postupku bez prethodne objave ne mogu se dostaviti elektroničke ponude.**¹⁴

Kada ponuditelj neposredno dostavlja ponudu, izmjenu i/ili dopunu ponude, odnosno pisanu izjavu o odustajanju od dostavljene ponude naručitelj mu je obvezan o tome izdati potvrdu. Potvrda sadrži najmanje podatke o naručitelju, ponuditelju, predmetu ili grupi predmeta nabave za koji se odnosi ponuda, izmjena i/ili dopuna ponude, odnosno pisana izjava o odustajanju od dostavljene ponude te datumu i vremenu zaprimanja.

¹³ Narodne novine, br. 10/12.

¹⁴ Vidjeti članak 42. Zakona o izmjenama i dopunama ZJN-a (Narodne novine, br. 83/13).

Ponuda dostavljena nakon isteka roka za dostavu ponuda ne upisuje se u upisnik o zaprimanju ponuda, ali se evidentira kod naručitelja kao zakašnjela ponuda, obilježava se kao zakašnjela te neotvorena vraća pošiljatelju bez odgode.

S obzirom da nema javnog otvaranja ponuda, upisnik o zaprimanju ponuda **je sastavni dio zapisnika o pregledu i ocjeni inicijalnih i/ili konačnih ponuda.**

Pregled i ocjena ponuda. Nakon otvaranja ponuda naručitelj pregledava i ocjenjuje ponude na temelju uvjeta i zahtijeva iz dokumentacije za nadmetanje. Postupak pregleda i ocjene ponuda na temelju uvjeta iz dokumentacije obavljaju stručne osobe i/ili stručne službe naručitelja te ako je potrebno neovisne stručne osobe. U postupku pregleda i ocjene ponude mora sudjelovati najmanje jedan ovlašteni predstavnik naručitelja koji posjeduje važeći certifikat u području javne nabave.

Naručitelj prvo provjerava **razloge isključenja i ocjenjuje sposobnost ponuditelja**, sukladno člancima 67. do 74. ZJN-a i dokumentaciji za nadmetanje. Ovo pravilo ima dvije iznimke:

- Naručitelj može iznimno odustati od isključenja ponuditelja kod kojeg je stečen razlog za isključenje iz članka 67. stavka 1. točke 2. ZJN-a (porezne obveze, obveze za mirovinsko i zdravstveno osiguranje) u slučaju kada ugovor zbog tehničkih ili umjetničkih razloga ili razloga povezanih sa zaštitom isključivih prava može izvršiti samo taj gospodarski subjekt.
- Naručitelj može odustati od traženja uvjeta iz članka 67. do 74. ZJN-a u slučaju nabave robe koja kotira i nabavlja se na burzi robe.

Ako naručitelj ocijeni da je ponuditelj sposoban (sukladno člancima 67. do 74. ZJN-a), tada pregledava i ocjenjuje **inicijalnu ponudu**. Nakon pregleda inicijalne ponude, ako je potrebno, naručitelj poziva ponuditelja na izmjenu i/ili nadopunu inicijalne ponude ili na dostavu konačne ponude. Inicijalna ponuda koja odgovara svim potrebama i zahtjevima naručitelja **može biti i konačna**. Ovu odredbu dobro je propisati u pozivu na nadmetanje i pripadajućoj dokumentaciji.

Naručitelj izrađuje zapisnik o pregledu i ocjeni inicijalnih i/ili konačnih ponuda te odabire najpovoljniju ponudu sukladno kriteriju za odabir ponude. Sadržaj zapisnika propisan člankom 25. Uredbe.

Nakon odabira naručitelj objavljuje prethodnu obavijest o namjeri sklapanja ugovora ili ponuditelju/ima dostavlja odluku o odabiru. Javni naručitelj sukladno odredbama članka 37. stavak 10. ZJN-a obvezno objavljuje prethodnu obavijest o namjeri sklapanja ugovora za propisane slučajeve i okolnosti. Sektorski naručitelj sukladno članku 124. stavku 1. ZJN-a objavljuje prethodnu obavijest o namjeri sklapanja ugovora za propisane slučajeve i okolnosti.

Prethodna obavijest o namjeri sklapanja ugovora. Nakon odabira ponude naručitelj **je obavezan** objaviti prethodnu obavijest o namjeri sklapanja ugovora (Tablica br.4).

Tablica br. 4. Objava prethodne obavijesti o namjeri sklapanja ugovora

Obvezna objava prethodne obavijesti o namjeri sklapanja ugovora	
Javni naručitelj	Sektorski naručitelj
• članak 26. stavak 2. točke 1., 2. i 5., • članak 27. stavak 2. točke 1., 2., 4., 5. i • članak 28. stavak 2. točke 1., 2., 5. i 6. ZJN-a.	• članak 117. točke 1., 2., 3., 5., 7. i 11. ZJN-a.

Kod pregovaračkog postupka bez prethodne objave postoji obveza objave prethodne obavijesti o namjeri sklapanja ugovora za sljedeće slučajeve i okolnosti za javne i sektorske naručitelje:

- kada nije dostavljena **nijedna ponuda ili nijedna prikladna ponuda** ili nije dostavljen nijedan zahtjev za sudjelovanje u provedenom otvorenom ili ograničenom postupku javne nabave (ili pregovaračkom s prethodnom objavom – samo kod sektorskog naručitelja), pod uvjetom da se početni uvjeti ugovora bitno ne mijenjaju (...);
- kada **zbog tehničkih ili umjetničkih razloga** ili razloga povezanih sa **zaštitom isključivih prava** ugovor može izvršiti samo određeni gospodarski subjekt;
- za **nove radove** (ili usluge – samo kod javnog naručitelja) koji(e) se sastoje u ponavljanju sličnih radova (usluga) koji (e) se dodjeljuju gospodarskom subjektu s kojim je isti naručitelj već sklopio osnovni ugovor (...);
- kada se proizvodi izrađuju (javni naručitelj), a kod sektorskog naručitelja kada se ugovor sklapa, isključivo **u svrhu istraživanja, eksperimentiranja, proučavanja/ispitivanja ili razvoja**;
- za **dodatne isporuke** od dobavljača iz osnovnog ugovora koje su namijenjene ili kao djelomična zamjena uobičajene robe ili instalacija ili kao proširenje postojeće robe ili instalacija;
- kada se ugovor o javnim uslugama sklapa **nakon provedenog natječaja** te se, u skladu s odgovarajućim pravilima, mora sklopiti s pobjednikom ili jednim od pobjednika toga natječaja.

U ostalim slučajevima **javni i sektorski naručitelji mogu** (nije obveza) objaviti prethodnu obavijest o namjeri sklapanja ugovora.

Dan objave prethodne obavijesti o namjeri sklapanja ugovora ima učinak dostave odluke o odabiru te je naručitelj obavezan primijeniti rok mirovanja.

Rok mirovanja (15 dana za nabave velike vrijednosti/10 dana za nabave male vrijednosti) – primjenjuje se ako je naručitelj objavio prethodnu obavijest o namjeri sklapanja ugovora i u slučaju ako je u postupku sudjelovao samo jedan ponuditelj (članak 98. stavak 3. ZJN-a). Početak roka mirovanja računa se **od prvog sljedećeg dana nakon dana objave** prethodne obavijesti o namjeri sklapanja ugovora.

Sadržaj prethodne obavijesti o namjeri sklapanja ugovora propisan je Dodatkom V.H. ZJN-a:

- podaci o naručitelju,
- podaci o predmetu nabave, vrsta ugovora, CPV,
- procijenjena vrijednost nabave,
- **obrazloženje** odluke naručitelja da sklopi ugovor bez objave poziva na nadmetanje odnosno obrazloženje posebnih slučajeva i okolnosti koji opravdavaju primjenu postupka,
- podaci o gospodarskom subjektu s kojim naručitelj namjerava sklopiti ugovor,
- podaci o iznosu ugovora koji se namjerava sklopiti,
- podaci o žalbenom tijelu i o rokovima za izjavljivanje žalbe,
- drugi podaci.

Odluka o odabiru. Ako naručitelj ne objavi prethodnu obavijest o namjeri sklapanja ugovora, nakon odabira donosi odluku o odabiru. Odluka o odabiru dostavlja se ponuditelju/ima na dokaziv način.

Rok mirovanja. Naručitelj je **obavezan primijeniti rok mirovanja** koji iznosi 15 dana kod nabave velike vrijednosti odnosno 10 dana kod nabave male vrijednosti od dana dostave odluke o odabiru. Početak roka mirovanja računa se od prvoga sljedećeg dana nakon dana dostave odluke o odabiru. Odluka o

odabiru postaje izvršna nakon proteka roka mirovanja. **Rok mirovanja ne primjenjuje se** ako je u postupku sudjelovao samo jedan ponuditelj čija je ponuda ujedno i odabrana (članak 98. stavak 2. točka 1. ZJN-a). Odluka o odabiru postaje izvršna njenom dostavom ponuditelju (članak 99. stavak 6. ZJN-a).

Obavijest o sklopljenom ugovoru. Naručitelj je obavezan za svaki sklopljeni ugovor o javnoj nabavi poslati na objavljivanje obavijest o sklopljenom ugovoru najkasnije **48 dana** (javni naručitelj), odnosno **dva mjeseca** (sektorski naručitelj) od dana sklapanja ugovora o javnoj nabavi. Ako naručitelj ne pošalje na objavljivanje obavijest o sklopljenom ugovoru, tada je prekršio ZJN (članak 182. ZJN-a).

Sadržaj obavijesti propisan je Dodatkom V.D. ZJN-a za javnog naručitelja i Dodatkom V.E. ZJN-a za sektorskog naručitelja. Obavijest o sklopljenom ugovoru između ostalog sadrži obrazloženje odluke naručitelja da sklopi ugovor bez objave poziva na nadmetanje, odnosno u slučaju pregovaračkog postupka bez prethodne objave, **obrazloženje posebnih slučajeva i okolnosti** koji opravdavaju njegovu primjenu.

Pravna zaštita. Sukladno članku 141. ZJN-a pravo na žalbu ima svaka fizička osoba, pravna osoba i zajednica fizičkih i/ili pravnih osoba koja ima ili je imala pravni interes za dobivanje određenog ugovora o javnoj nabavi ili okvirnog sporazuma ili natječaja i koja je pretrpjela ili bi mogla pretrpjeti štetu od navodnoga kršenja subjektivnih prava.

U članku 148. ZJN-a navedeni su rokovi za izjavljivanje žalbe u pregovaračkom postupku javne nabave bez prethodne objave:

- Ako **je objavljena** prethodna obavijest o namjeri sklapanja ugovora žalba se izjavljuje u roku:
 - 5 dana (nabava male vrijednosti), odnosno
 - 10 dana (nabava velike vrijednosti)**od dana objave** prethodne obavijesti o namjeri sklapanja ugovora u odnosu na slučajeve i okolnosti za odabir postupka, dokumentaciju za nadmetanje, postupak pregleda, ocjene i odabira ponuda. Žalitelj koji je propustio izjaviti žalbu nema pravo na žalbu nakon objave obavijesti o sklapanju ugovora.
- Ako **nije objavljena** prethodna obavijest o namjeri sklapanja ugovora žalba se izjavljuje u roku:
 - 5 dana (nabava male vrijednosti), odnosno
 - 10 dana (nabava velike vrijednosti)**od dana primitka odluke o odabiru ili poništenju** u odnosu na dokumentaciju za nadmetanje, postupak pregleda, ocjene i odabira ponuda odnosno razloge poništenja. Žalitelj koji je propustio izjaviti žalbu nema pravo na žalbu nakon objave obavijesti o sklapanju ugovora.
- Ako **nije objavljena** prethodna obavijest o namjeri sklapanja ugovora žalba se izjavljuje u roku 30 dana od dana objave obavijesti o sklopljenom ugovoru u odnosu na slučajeve i okolnosti za odabir postupka.
- Ako **nije objavljena** prethodna obavijest o namjeri sklapanja ugovora, niti obavijest o sklopljenom ugovoru (propust naručitelja) žalba se izjavljuje sukladno članku 151. ZJN-a.

Pohrana dokumentacije. Sukladno članku 104. ZJN-a naručitelj je obavezan svu dokumentaciju o svakom postupku javne nabave **čuvati najmanje četiri godine od završetka postupka javne nabave**. U slučaju pregovaračkog postupka bez prethodne objave potrebno je čuvati i obrazloženje (dokaze) kojima se potvrđuje zakonitost primjene ovog postupka.

5 Zaključak

Pregovarački postupak javne nabave bez prethodne objave primjenjuje se u posebnim slučajevima i okolnostima koje su propisane ZJN-om. Teret dokazivanja postojanja posebnih slučajeva i okolnosti za primjenu ovog postupka je na naručitelju. Navedeno znači da naručitelj mora obrazložiti (dokazati) zakonitost primjene ovog postupka. Naručitelj treba biti pažljiv kod primjene ovog postupka, jer u protivnom može biti izložen prekršajnim sankcijama.

6 Dijagram tijeka – pregovarački postupak bez prethodne objave



