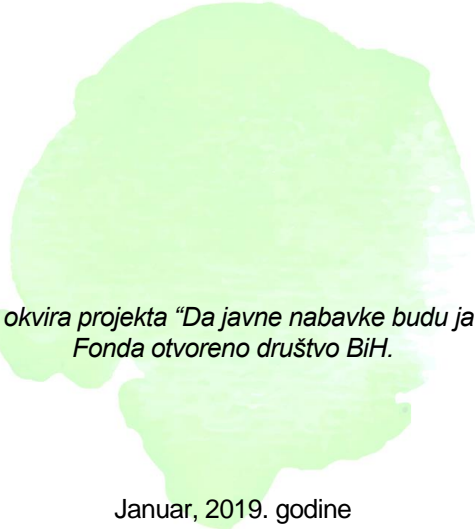




Sukob interesa i korupcija u javnim nabavkama



Ovaj dokument sačinjen je u okviru projekta “Da javne nabavke budu javne”, finansiranog od strane Fonda otvoreno društvo BiH.

Januar, 2019. godine

Pravila EU

Transparency International definiše **sukob interesa** kao situaciju u kojoj je pojedinac ili pravno lice, bilo da se radi o vladinoj, poslovnoj, medijskoj ili građanskoj asocijaciji, konfrontiran izborom između zahtjeva i obaveza svoje pozicije i svojih privatnih interesa. Radi se dakle o situaciji koja može (ali ne mora) dovesti u pitanje nepristrasnost odlučivanja, zbog čega se sukob interesa i smatra tzv. sivom zonom korupcije, a mjere za sprječavanje sukoba interesa spadaju među osnovne mjere prevencije korupcije.

Korupciju Transparency International definiše kao zloupotrebu (bilo kakve) povjerene moći za sticanje vlastite koristi. Ona se najčešće događa prilikom interakcija između javnog i privatnog sektora, ali nipošto ne treba zanemariti njene manifestacije unutar samo javnog ili samo privatnog sektora (eng. private to private corruption). Upravo su nepropisni dogovori između kandidata/ponuđača, tzv. koluzija (lat. *collusio*: tajni dogovor, sporazum u nepoštenu svrhu) jedan od češćih oblika korupcije kada je riječ o javnim nabavkama.

Sam sukob interesa, kao značajan potencijal za korupciju u javnim službama, star je koliko i državna uprava, a posljednjih godina je postao jedno od najvažnijih pitanja kojim se bave ne samo zemlje u tranziciji, već i razvijene zemlje. To je rezultat rasta privatnog sektora i posljedično sve većeg broja transakcija između javnog i privatnog sektora (javno ugovaranje), što dovodi i do umnožavanja mogućnosti sukoba interesa. Pored toga, sve su brojniji i prelazi pojedinaca, bivših nosilaca javnih funkcija u privatni sektor i obrnuto, sa specifičnim znanjima, informacijama i stečenim kontaktima, koji pak stavljaju ova lica u privilegovani položaj tokom eventualnih daljih poslovnih transakcija između nove i prethodne, javne ili privatne, funkcije.

Ova i srodna pitanja, ako se ne regulišu na način da javni interes bude zaštićen, u pravilu vrlo lako prelaze u korupciju, sa svim pratećim posljedicama po društvo i ekonomiju (neadekvatna raspodjela javnih sredstava, narušavanje tržišne konkurencije, projekti i nabavke koje ne zadovoljavaju javni interes, nedostatnog su kvaliteta, često rizični po život i zdravlje ljudi; posljedično rastuće nepovjerenje u javni sektor i drugo). Pitanje povjerenja u javni sektor, odnosno percipiranog integriteta javnih funkcija, važno je i kao političko pitanje, pa se i sukob interesa po međunarodnim standardima prevenira čak i kada postoji samo njegov privid.¹

Prema procjenama OECD-a, korupcija poskupljuje ugovore o nabavkama za prosječno 20% - 25%, a u nekim slučajevima gubici su i preko 50% ukupne vrijednosti ugovora.² Postoje naravno i situacije gdje su ovi troškovi višestruki, što se postiže aneksiranjem inicijalnog ugovora, prikazivanjem lažnih potreba za dodatnim robama, uslugama i radovima, neopravdanim multipliciranjem procjenjene vrijednosti nabavki i drugo. Stoga, kao dio širih globalnih reformi, i Direktive EU o javnim nabavkama iz 2014. godine, upravo pitanjima sukoba interesa (integriteta) i korupcije daju poseban značaj.

Prema Direktivi 2014/24/EU, ponude koje nisu u skladu s tenderskom dokumentacijom, koje su primljene nakon roka za predaju, kada postoji dokaz za tajni sporazum ili korupciju ili za koje su javni naručitelji ustanovili da su izuzetno niske vrijednosti smatraju se **nepravilnim ponudama**.

¹ Vidjeti *Preporuku Vijeća o Smjernicama za rješavanje sukoba interesa u javnoj upravi*, Vijeće Europe, 2003., koja pravi razliku između stvarnog, potencijalnog i prividnog sukoba interesa

² EU Anti-corruption report (2014)

Direktiva definiše **sukob interesa (Član 24.)** kao situaciju u kojoj osobe koje su uključene, ili mogu da utiču na postupak dodjele ugovora od strane ugovornog organa, imaju direktan ili indirektan finansijski, ekonomski ili drugi lični interes koji može ugroziti nepristrasnost i nezavisnost postupka; te nalaže državama članicama da preuzmu korake da spriječe, identifikuju i riješe sukobe interesa.

Direktiva dalje prepoznaje **proces prethodnih (tehničkih) konsultacija** kao posebno rizičan za pojavu korupcije. Naime, u okviru priprema poziva za tendere, ugovorni organi mogu biti u situaciji da moraju prethodno da konsultuju kompanije koje imaju relevantne informacije i ekspertizu. Takve konsultacije mogu dovesti do situacija koje favorizuju konsultovane kompanije u odnosu na ostale potencijalne učesnike u postupcima, čime se narušava konkurencija. Stoga Direktiva određuje sljedeće mjere vezane za prethodne konsultacije (**Član 40 - Prethodna provjera tržišta i član 41. Prethodno sudjelovanje kandidata ili ponuđača**):

- Ugovorni organi moraju preuzeti neophodne korake kako bi obezbijedili da učešće kompanija koje su prethodno konsultovane ne utiče na konkurenciju u okviru tenderske procedure, te da ne dovede postupak u pitanje;
- Svaka informacija u čijem je kreiranju određena kompanija učestvovala kao rezultat prethodnih konsultacija, mora biti poslata ostalim kompanijama, učesnicama na tenderu;
- Međutim, ova kompanija može biti isključena iz natjecanja samo u krajnjem slučaju i to ako se ni na koji drugi način ne može garantovati jednak tretman svih kompanija učesnica na tenderu.

Kao način osiguranja da sve zainteresovane kompanije imaju pristup svim informacijama neke zemlje su propisale da se proces prethodnih konsultacija odvija putem internet stranica, objavljivanjem osnovnih elemenata tenderske dokumentacije (opis predmeta nabavke, tehničke specifikacije, kvalifikacioni uslovi kandidata ili ponuđača, kriteriji za odabir ponude i posebni uslovi za izvršenje ugovora, što propisuje Zakon o javnim nabavkama Republike Hrvatske, Član 198. Prethodna analiza tržišta) i davanjem mogućnosti zainteresovanim privrednim subjektima da daju primjedbe i prijedloge u trajanju od najmanje pet dana. Nakon toga, ugovorni organ ima obavezu razmotriti sve pristigle komentare, izraditi izvještaj o prihvaćenim i neprihvaćenim primjedbama i prijedlozima, te ga objaviti na internet stranicama.

Sukob interesa, ako ga nije moguće ukloniti drugim, manje drastičnim mjerama, predstavlja i **osnov za isključenje** privrednih subjekata iz postupaka javnih nabavki (član 57 Direktive 2014/24/EU, Osnove za isključenje). Generalno, osnove za isključenje iz postupka javnih nabavki su osnažene i proširene. Pored osude za prevare i korupciju, razlozi za isključenje uključuju:

- Situacije u kojima kompanije neopravdano utiču na proces donošenja odluka koji vodi do sklapanja ugovora;
- Lažne izjave u vezi sa procedurom za dodjelu javnog ugovora, bilo da se one odnose na odsustvo osnova za isključenje, posjedovanje profesionalnih, tehničkih i finansijskih kapaciteta ili izostanak slanja neophodnih sertifikata;
- Sporazumno narušavanje konkurencije, itd.

Međutim, svaka kompanija koja je isključena iz postupka može demonstrirati svoju pouzdanost pružajući dokaze o koracima koje je preduzela u otklanjanju problema ili nastale štete, osim u slučajevima kada je nadležni sud donio drugačiju odluku.

Član 58. Direktive - **Kriteriji za odabir**, daje mogućnost ugovornim organima da pretpostave da privredni subjekat nema potrebnu stručnu sposobnost, ako je taj ugovorni organ odredio da je privredni subjekt u sukobu interesa, što može negativno uticati na izvršenje ugovora.

Izmjene ugovora u toku njihovog trajanja, bez objavljivanja nove tenderske procedure, takođe često dovode do kršenja pravila o javnim nabavkama. Nova pravila zato uvode pojašnjenja i pojednostavljenja, s ciljem otklanjanja svih mogućih sumnji u tom pogledu. Novi poziv za prikupljanje ponuda nije potreban za modifikacije koje:

- Nisu suštinske, odnosno ne mijenjaju prirodu ili ekonomsku ravnotežu ugovora,
- Čija vrijednost ne prelazi vrijednosne razrede za primjenu direktiva i koja je manja od 10% vrijednosti originalnog ugovora za robe i usluge i 15% za radove,
- Su specificirane u ugovoru, bez obzira na njihovu vrijednost,
- Proizilaze iz nepredvidivih događaja ili se odnose na neophodne dopunske radove, proizvode i usluge koje, iz tehničkih razloga ili zbog troškova, može obezbjediti samo kompanija koje trenutno ima ugovor. U oba slučaja posljedični porast cijena ne može biti veći od 50% vrijednosti inicijalnog ugovora.

Član 83. Direktive – **Upravljanje** - propisuje obaveze trogodišnjeg izvještavanja, između ostalog i o slučajevima prevare, korupciji, sukobu interesa i drugim ozbiljnim nepravilnostima u javnim nabavkama.

Pojedinačni izvještaji o postupcima za dodjelu ugovora (član 84. Direktive), podrazumevaju takođe dio o otkrivenim sukobima interesa i naknadno preduzetim mjerama.

Bosna i Hercegovina

Aktuelni Zakon o javnim nabavkama BiH, kao što je pominjano u brojnim prethodnim izvještajima Transparency International u BiH, ne tretira adekvatno pitanja sukoba interesa (član 52), obzirom da se u velikoj mjeri poziva na ostale važeće propise o sukobu interesa u Bosni i Hercegovini. Međutim, ova je regulativa brojna, komplikovana, neusaglašena i neučinkovita, a postoje i dalje pojedine javne funkcije koje ili nisu obuhvaćene propisima, ili su pak neadekvatno tretirane u smislu prevencije i regulisanja sukoba interesa. U takvim okolnostima, formulacija iz člana 52 stav (3) ZJN kojom se eventualne situacije sukoba interesa učesnika u javnim nabavkama rješavaju u skladu sa postojećim propisima u BiH, je neadekvatna i nedostatna.

Naredni problem vezan za član 52 je taj što je u stavu (4) sukob interesa eksplicitno definisan samo za rukovodioce, te članove upravnih i nadzornih odbora ugovornih organa i to prilično fleksibilno obzirom da im je dopušteno vlasništvo u kapitalu određenog privrednog subjekta do 20%, bez da se to smatra sukobom interesa.

Zakon i podzakonski akt, u dijelu koji se tiče uspostave i rada Komisije za nabavke, malo preciznije definišu sukob interesa i zabrane za lica koja učestvuju u radu komisije, ali prethodne manjkavosti i dalje stoje.

Pored toga, članom 52. ZJN propisane su i prethodne konsultacije, ali nije propisana i njihova transparentnost, tako da ovaj dio odredbi dodatno otvara vrata sukobu interesa i korupciji.

Ništavost ugovora sklopljenog u situaciji sukoba interesa, a što je po svim relevantnim međunarodnim standardima neodvojivi segment rješavanja o sukobu interesa, nije predviđena važećim propisima.

Nacrtom zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnim nabavkama iz januara 2019 godine, sačinjenog od strane radne grupe koju je imenovalo Vijeće ministara BiH, a u čijem je radu u određenoj mjeri učestvovao i Transparency International BiH sa partnerskim organizacijama civilnog društva, mijenjane su i odredbe koje se tiču sukoba interesa i korupcije.

Tako je u definicijama pojmova uvedena definicija neppravilne ponude – u pitanju je ponuda koja nije u skladu sa tenderskom dokumentacijom ili je primljena izvan roka za dostavu ponuda ili postoje dokazi o tajnom sporazumu ili korupciji ili nije rezultat tržišne konkurencije ili je ugovorni organ utvrdio da je cijena ponude izuzetno niska. Ovo je pozitivno rješenje, usklađeno sa Direktivama EU.

Nacrt dalje propisuje prethodnu provjeru tržišta za sve postupke, što je pozitivan pomak obzirom da je u važećem Zakonu to obaveza samo za postupak direktnog sporazuma. Međutim, u okviru istog, novog člana (član 9. Nacrta kojim se uvodi član 14.a ZJN) **predviđaju se i svojevrsne prethodne konsultacije**, odnosno data je mogućnost ugovornim organima da traže ili prihvate savjet nezavisnih stručnjaka, nadležnih organa ili učesnika na tržištu, koji se mogu koristiti u planiranju i provedbi postupka nabavke, ukoliko to ne dovodi do narušavanja tržišne konkurencije, kršenja principa zabrane diskriminacije i transparentnosti. **Mehanizmi pak praktičnog osiguranja transparentnosti i drugih temeljnih principa Zakona nisu razvijeni, pa time ni minimizirana opasnost od sukoba interesa i moguće korupcije.** U tom smislu bi mogao poslužiti kao primjer Hrvatski Zakon o javnoj nabavi iz 2016. godine, kao što je prethodno objašnjeno.

Izmjene koje tretiraju korupciju odnose se i na aktuelni član 45. ZJN, čijim je predloženim izmjenama predviđeno da ugovorni organ može na period od 36 mjeseci isključiti iz postupka nabavke kandidata/ponuđača koji se nađe u bilo kojoj od sljedećih situacija:

- a) ako ima dokaz da je kandidat/ponuđač sklopio sporazum s drugim kandidatom/ponuđačem kojima je cilj narušavanje tržišne konkurencije;
- b) ako ugovorni organ može dokazati odgovarajućim sredstvima da je ponuđač kriv za teški profesionalni propust koji dovodi u pitanje njegov integritet;
- c) ako se utvrde značajni nedostaci tokom provedbe prethodnog javnog ugovora ili prethodnog ugovora sa sektorskim ugovornim organom, čija je posljedica bila prijevremeni raskid tog prethodnog ugovora, naknada štete ili druga slična sankcija;
- d) ako je kandidat/ponuđač lažno prikazao činjenice pri dostavljanju podataka potrebnih za provjeru kvalifikacijskih i/ili kriterija za dodjelu ugovora, ako je prikrio takve informacije ili nije u stanju priložiti popratne dokumente.

Podatke o kandidatu/ponuđaču koji se našao u jednoj od gore navedenih situacija, ugovorni organ objavljuje na Portalu javnih nabavki.

Nacrtom ZIDZJN iz januara 2019. godine uvedene su dodatne odredbe koje nisu postojale u njegovoj verziji iz jula 2018. godine, a koje omogućavaju privrednim subjektima da pruže dokaze da su preduzeli mjere kako bi dokazali svoju pouzdanost, bez obzira na postojanje relevantne osnove za isključenje. Ove su odredbe usklađene sa Direktivom 2014/24/EU i uključuju: plaćanje ili preduzimanje akcije plaćanja naknade za bilo kakvu moguću štetu prouzrokovanu kažnjivim djelom ili propustom; potpuno razjašnjenje činjenica i okolnosti uz aktivnu saradnju sa tijelima nadležnima za provođenje istrage, te konkretne mjere tehničke i organizacijske prirode kao i mjere za osoblje, primjerene za sprječavanje daljih kriminalnih djela ili propusta. Ako se takvi dokazi smatraju dovoljnim, dotični privredni subjekat neće biti isključen iz postupka nabavke.

Dosljedna i objektivna primjena navedenih novih mjera vezanih za član 45. ZJN unaprijedila bi integritet privrednih subjekata koji učestvuju u postupcima javnih nabavki u BiH. Rigorozan i selektivan pristup bi pak potencijalno imao negativan uticaj za razvoj malih i srednjih preduzeća, kojima često nedostaju znanja i stručnost za učestvovanje u postupcima, a nasuprot većih kompanija koje se često u analizama povezuju sa predstavnicima vlasti na različitim nioima u BiH, odnosno političkim partijama.

Član 52. (Diskvalifikacija po osnovu sukoba interesa i korupcije) je značajno mijenjan Nacrtom i većina novih odredbi je pozitivna iz ugla usklađenosti sa Direktivom. Smanjen je udio vlasništva u privrednom subjektu koji se ne smatra sukobom interesa (0,5%), uključena su povezana lica na koja se takođe primjenjuju ove odredbe, propisana je ništavost ugovora sklopljenog u situaciji sukoba interesa i td.

Ono što pak Nacrtom nije najbolje postavljeno jeste da se sukobom interesa ne smatra ako je povezano lice steklo udio u upravljanju, odnosno kapitalu privrednog subjekta, u periodu od najmanje dvije godine prije imenovanja, odnosno stupanja na dužnost predstavnika ugovornog tijela s kojim je povezano (stav (5) novog člana 52. ZJN). Ovo bi praktično značilo **legalizaciju dijela de facto sukoba interesa povezanih lica** i umanjuje kvalitet ostatka ovog člana. Obzirom da je BiH mala zemlja, skromnog tržišta javnih nabavki, primjena identičnih odredbi za sva povezana lica predstavljala bi zaista probleme u praksi i teškoće za sklapanja ugovora, međutim Predlagač Nacrta bi trebalo da razmotri da se u ovom članu napravi distinkcija između blisko povezanih lica, koja po restrikcijama ne bi imala povlašteni tretman u odnosu na same predstavnike ugovornih tijela, i ostalih povezanih lica na koja se mogu primjenjivati predložene manje striktno odredbe.

Drugi neizostavni segment pravilnog normiranja sukoba interesa odnosi se na tzv. **pantoflažu**, odnosno restrikcije prelaska na određene funkcije u javnom i privatnom sektoru, po prestanku javne funkcije, s ciljem sprječavanja zloupotrebe korištenja prethodno stečenih kontakata, znanja i povlaštenih informacija u privatne svrhe. Ove restrikcije, u zavisnosti od funkcije, obično traju od 6 mjeseci do 5 godina (tzv. „cooling off“ period) i pominju se u nizu međunarodnih dokumenata koji regulišu ovu oblast, uključujući i one koje je BiH obavezna inkorporirati u svoje zakonodavstvo (UN Konvencija protiv korupcije - član 7. Javni sektor i član 12. Privatni sektor, stav (e) - Pantoflaža; OECD Smjernice za rješavanje sukoba interesa u javnoj upravi i td.). **Ovaj segment prevencije sukoba interesa treba biti bolje reflektovan** u Nacrtu izmjena i dopuna ZJN, kako kada je riječ o predstavnicima ugovornih organa, tako i o nosiocima ključnih funkcija u institucijama sistema, naročito među članovima Ureda za razmatranje žalbi.

Najznačajnija novina u Nacrtu izmjena i dopuna ZJN BiH odnosi se na **uvođenje inspeksijskog nadzora** nad provođenjem Zakona i podzakonskih akata. Inspektor za javne nabavke, koji je zaposlen u Inspektoratu kao posebnom odjelu pri Agenciji za javne nabavke, pored ostalog, vrši nadzor nad sprovođenjem antikorupcijskih mjera i mjera sprječavanja sukoba interesa u postupku javne nabavke, a ima mandat i da izriče i uručuje nalog za naplatu novčane kazne; izdaje prekršajni nalog za učinjeni prekršaj; podnosi zahtjev za pokretanje prekršajnog postupka; podnosi prijavu za učinjeno krivično djelo i obavještava drugi organ o potrebi preduzimanja mjera iz nadležnosti tog organa.

Pod pretpostavkom da se osigura svaka vrsta samostalnosti i nezavisnosti u provođenju nadzora, kao i dovoljno resursa za obavljanje ovih važnih poslova, navedene odredbe bi mogle polučiti značajne efekte u praksi.

Druga po redu važnosti novina Nacrta jeste **uvođenje krivičnog djela u javnim nabavkama** koje obuhvata kako odgovorna lica u poslovnim subjektima, tako i u ugovornim organima. Krivična djela za poslovne subjekte odnose se na podnošenje ponude zasnovane na lažnim podacima ili utemeljene na zabranjenom dogovoru između privrednih subjekata; nedozvoljene dogovore sa drugim ponuđačima, ili preduzimanje druge protivpravne radnje u namjeri da time se utiče na donošenje odluka ugovornog organa u bilo kojoj fazi postupka javne nabavke. Predviđena kazna je zatvorska, u trajanju od šest mjeseci do pet godina, kao i novčana kazna.

Krivično djelo na strani ugovornog organa propisano je za situacije kada službena i/ili odgovorna osoba u postupku javne nabavke pogoduje, ili da nalog drugom službenom licu da pogoduje jednom od privrednih subjekata, prilagođavanjem uslova javne nabavke ili sklopi ugovor s ponuđačem čija je ponuda u suprotnosti s uslovima iz tenderske dokumentacije. Predviđene kazne su iste kao i za poslovne subjekte.

Ako je krivičnim djelom pribavljena znatna imovinska korist ili je prouzrokovana znatna šteta, ili je djelo učinjeno u postupku nabavke čija je vrijednost veća od 1.000.000 KM, i za ponuđače i za ugovorne organe su predviđene kazne zatvora od jedne do deset godina i novčane kazne od 1.000,00 do 5.000,00 KM.

Može se zaključiti da određeni segmenti Nacrta Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnim nabavkama iz januara 2019. godine **čine značajan iskorak** po pitanju prevencije i rješavanja sukoba interesa, kao i prevencije i suzbijanja korupcije i one bi morale naći svoje mjesto u finalnom tekstu izmjena i dopuna ZJN.

Evidentno je takođe da postoji **prostor za dodatna poboljšanja**, naročito po pitanju prevencije sukoba interesa, što bi trebalo biti reflektovano u finalnom tekstu usvojenih izmjena i dopuna Zakona o javnim nabavkama.