

Enesa Mrkaljević*

**Nabavka intelektualnih usluga fizičkih osoba:
Primjena Zakona o javnim nabavkama Bosne i
Hercegovine**

Sadržaj

1. Uvod
2. Svrha i predmet ZJN
3. Status fizičkih osoba kao ekonomskih subjekata u postupku javnih nabavki
 - 3.1. Zakon o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine
 - 3.2. Nacrt Zakona o javnim nabavkama u BiH
 - 3.3. Direktiva 2004/18/EZ
 - 3.4. Europska sudska praksa
4. Potreba angažovanja eksperata
5. Načini angažovanja eksperata u praksi ugovornih organa
 - 5.1. Ugovori u postupcima javnih nabavki
 - 5.2. Ugovor o djelu
 - 5.3. Javni poziv
6. Problem angažovanja eksperata u praksi ugovornih organa
7. Revizijski izvještaji u pogledu angažovanja eksperata
8. Zaključak i preporuke

1. Uvod

Zakon o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine¹ (ZJN) i njegova pravila su novost u domaćoj legislativi i praksi, jer ova materija u prošlosti nije bila predmetom pravne misli, ne samo u

* Autorica je dipl. pravnik, zaposlena u Ministarstvu civilnih poslova BiH na poslovima Višeg stručnog saradnika za pravne poslove.

¹ Zakon o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine, Sl. gl. BiH, br. 49/04, 19/05, 52/05, 8/06, 24/06, 70/06, 12/09, 60/10. Zakon dostupan na: <http://www.javnenabavke.ba/index.php?id=10zak&zak=1&jezik=bs>.

Bosni i Hercegovini (BiH), već ni u drugim zemljama socijalističkog pravopolitičkog kruga. Pravila javnih nabavki su stečevina Europske unije, a BiH ih je prihvatila kao jedan od uslova za pristup evropskim integracijama. Naime, Europska komisija je, kao jedan od uslova iz Studije izvodljivosti, postavila usvajanje jedinstvenog zakona o javnim nabavkama na čitavoj teritoriji BiH, što je i učinjeno usvajanjem ZJN u septembru 2004. godine². S obzirom da se radilo o novom načinu raspologanja javnim sredstvima, kao i nesavršenosti donesenog zakona, u praksi se pojavilo niz pitanja i nedoumica koje je potrebno rješavati kako bi ZJN ispunio svoju svrhu, te opravdao principe na kojima počiva. Neki od ovih principa su, između ostalih, transparentnost, pravična konkurencija, efikasnost, najveća vrijednost za novac, te opravdano trošenje sredstava poreznih obveznika. Jedno od pitanja koje se pojavilo u domaćoj praksi jeste slučaj kada ugovorni organ ima potrebu za angažovanjem intelektualnih usluga fizičkih osoba koje posjeduju odgovarajuću stručnu spremu ili znanje ali nisu obrtnici, niti imaju registrovanu djelatnost po bilo kojem zakonskom osnovu (u daljem tekstu: eksperti)³. Angažovanje ovih osoba je, obično, kratkotrajno, neplanirano, a često i ispod minimalnog vrijednosnog praga javnih nabavki. U ovakvim slučajevima ugovorni organi često angažuju eksperte putem *ugovora o djelu*, bez objavljivanja javnog poziva, primjenjujući odredbe Zakona o obligacionim odnosima.⁴ Revizorski izvještaji negativno ocjenjuju ovakvu praksu. U drugim slučajevima, ugovorni organi imaju praksu da provode postupak javnog poziva.

U nastavku će se analizirati domaće i europsko zakonodavstvo i praksa, te pokušati odgovoriti na pitanje prihvatljivog postupka ugovornih organa za slučajeve angažovanja eksperata, postupka koji se orijentira na dobre principe javnih nabavki i racionalno trošenje javnog novca.

² Studija izvodljivosti (Feasibility Study) i SPP (Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju). [http://www.dei.gov.-ba/dokumenti/?id=4875](http://www.dei.gov.ba/dokumenti/?id=4875).

³ Pod ugovornim organom podrazumijeva se: „a) svaki organ uprave na nivou Bosne i Hercegovine, entiteta, Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, odnosno na kantonalnom, gradskom ili općinskom nivou (u daljnjem tekstu: organi na državnom ili lokalnom nivou uprave); b) svaki javni subjekt i/ili privredno društvo, tj. organ, kako je to definirano u stavu (2) ovog člana; c) svako javno društvo/preduzeće koje obavlja neku od djelatnosti definiranih u stavu (3) ovog člana i nad kojim ugovorni organ može vršiti dominantan uticaj po osnovu vlasništva nad tim društvom/preduzećem, finansijskog učešća u tom društvu/preduzeću ili po osnovu Pravila o upravljanju tim društvom/preduzećem (2) Javni subjekt, tj. organ, u skladu sa stavom (1) tačka b) ovog člana, podrazumijeva svaki subjekt: a) osnovan u posebnu svrhu zadovoljavanja potreba od općeg interesa, a nema industrijski ili komercijalni karakter b) koji ima svojstvo pravnog lica i c) koji većinskim dijelom finansiraju organi na državnom ili lokalnom nivou uprave ili drugi javni subjekti definirani u ovom stavu; ili u kome nadzor nad upravljanjem vrše organi ili subjekti definirani u ovom stavu; ili koji ima upravni, upravljački ili nadzorni odbor u kojem su više od polovine članova imenovali organi na državnom ili lokalnom nivou uprave ili drugi javni subjekti definirani u ovom stavu. (3) Djelatnosti koje obavljaju javna društva / preduzeća iz stava (1) tačka c) ovog člana sastoje se od: a) osiguranja ili rada fiksnih mreža s ciljem pružanja javnih usluga u vezi s proizvodnjom, transportom ili distribucijom: 1) vode; 2) električne energije; 3) plina ili toplotne energije; ili snabdijevanja takvih mreža vodom, električnom energijom, plinom ili toplotnom energijom; b) eksploatacije geografske lokacije sa svrhom: 1) istraživanja ili crpljenja nafte, plina, uglja ili drugih čvrstih goriva, ili 2) smještaja zračne, morske ili riječne luke ili drugih terminala za prijevoznike u zračnom, morskom ili riječnom saobraćaju; c) rada mreža koje pružaju usluge javnog prijevoza putem željeznice, metroa, tramvaja, trolejbusa, autobusa ili žičare; d) osiguranja ili rada javnih telekomunikacionih sistema ili pružanje jedne ili više javnih telekomunikacionih usluga.“

⁴ Vidi čl. 600 Zakona o obligacionim odnosima Sl. nov. FBiH, br. 29/03, 41/11.

2. Svrha i predmet ZJN

Osnovni cilj i svrha ZJN je da se obezbijedi poštivanje principa preuzetih iz direktiva EU, kao i pravilna primjena postupaka javnih nabavki u skladu s direktivama EU. ZJN, između ostalog, navodi da ima za cilj najefikasniji način korištenja javnih sredstava s obzirom na svrhu i predmet javne nabavke, te da su ugovorni organi dužni da preuzmu sve potrebne mjere kako bi se osigurala pravična i aktivna konkurencija među potencijalnim dobavljačima, uz ostvarivanje jednakog tretmana, nediskriminacije i transparentnosti.⁵

BiH je, na putu do punopravnog članstva u EU, dužna u potpunosti uskladiti svoje zakonodavstvo sa direktivama EU. Jedan od značajnih uslova za to je kadrovsko i stručno jačanje kapaciteta ugovornih organa kako bi mogli pravilno provoditi postupke javnih nabavki i tako obezbijediti punu konkurenciju na tržištu i efikasno trošenje javnih sredstava. Ne treba zaboraviti jedan od osnovnih postulata u postupku javnih nabavki Europske unije, a to je najveća vrijednost za novac, odnosno jasno postavljanje kriterija nabavke, kako bi ugovorni organ dobio najbolje na tržištu za svoj novac.

Važno je naglasiti da ove ciljeve ugovorni organi trebaju imati u vidu i kada imaju potrebu za intelektualnim uslugama, a pri tom takve usluge mogu ponuditi eksperti, odnosno određene fizičke osobe koje posjeduju posebnu stručnost i profesionalnu iskustvo u određenoj oblasti, ali nisu registrovane.

3. Status fizičkih osoba kao ekonomskih subjekata u postupku javnih nabavki

3.1. Zakon o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine

U definiciji ZJN kod pojmova „kandidat“, odnosno „ponuđač“ navedeno je da oni mogu biti i fizičke osobe.

Napominjemo da u čl. 22 st. 4 ZJN propisuje: „Ugovornom organu nije dozvoljeno odbiti zahtjev za učešće ili ponudu isključivo na osnovu toga što su podneseni ili od pravnog ili od fizičkog lica“. Međutim, čl. 24 ZJN propisuje da svako ko učestvuje u javnim nabavkama, mora biti registrovan za djelatnost koja je predmet ugovora o javnim nabavkama. Analizirajući ovaj član može se zaključiti da je zakonodavac pod pojmom „fizičke osobe“ podrazumijevao obrtnike, odnosno ekonomske subjekte koji svoju djelatnost nisu registrovali sa svojstvom pravne osobe nego sa svojstvom fizičke osobe.

Međutim, analizirajući uslove koje ekonomski subjekti u postupku javne nabavke moraju ispuniti, prema članovima 23, 24, 43 i 44 ZJN, postavlja se pitanje šta zakonodavac smatra pod fizičkom osobom.⁶ Pažljiva analiza navedenih članova upućuje da ZJN nema afirmirajuće niti zabranjujuće odredbe u pogledu nabavke intelektualnih usluga fizičkih osoba koje posjeduju stručne kvalifikacije. Treba napomenuti da ove osobe često imaju status eksperta u određenoj oblasti, ali nisu registrovani kao obrtnici ili registrovane na drugi način kao fizičke osobe.⁷

⁵ Čl. 1 Zakona o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine.

⁶ Čl. 23, 24, 43 i 44 Zakona o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine.

Tekst zakona dostupan na <http://www.javnenabavke.ba/index.php?id=10zak&zak=1&jezik=bs>.

⁷ Vidi opširnije: Ž. Rička, H. Buza, S. Petričević, M. Stanarević. *Zakon o javnim nabavkama, komentar i primjena*, Sarajevo, 2008, s. 59, 320-325.

3.2. Nacrt Zakona o javnim nabavkama u BiH

Trenutno je u BiH u procesu konsultacija, a uskoro će i u parlamentarnoj proceduri biti novi Nacrt Zakona o javnim nabavkama u BiH, od kojeg se očekuje da otkloni nedostatke postojećeg ZJN i približi proces javnih nabavki europskim standardima. U novoj konačnoj verziji Nacrta Zakona o javnim nabavkama u BiH, u čl. 2, definisano je: „Privredni subjekt je pravno ili fizičko lice, ili grupa takvih lica, koje/a na tržištu nudi/e robe, usluge i/ili radove, a registrovano/a je/su za obavljanje predmetne djelatnosti, te može biti učesnik u postupku javne nabavke(...)”⁸. Ovakvom definicijom automatski se iz tržišne utakmice isključuju fizičke osobe koje nisu registrovani privredni subjekti, o kojima se govori u ovom tekstu. Međutim, dalje u čl. 33 st. 5 Nacrta Zakona o javnim nabavkama u BiH je navedeno: ”Na konkurs za izradu idejnog rješenja mogu se prijaviti sva zainteresovana i pravna i fizička lica u smislu člana 2. stav (3) ovog zakona, kao i fizička lica koja nisu registrovana kao privredni subjekti.”, što je u kontradiktornosti sa definicijom iz čl. 2 Nacrta Zakona o javnim nabavkama u BiH.⁹ Usput treba napomenuti da član 2 Nacrta Zakona o javnim nabavkama u BiH niti ne sadrži stav 3.

Iz navedenog prozilazi da je i Nacrt Zakona o javnim nabavkama u BiH propustio da definiše status fizičkih osoba koje nisu registrovane, te da kao i postojeći ZJN ostavlja prazninu koja se može dvojako tumačiti.

3.3. Direktiva 2004/18/EZ

Direktiva 2004/18/EC definiše ekonomske subjekte u postupku javne nabavke na sljedeći način „8. Izraz "izvođač radova", "dobavljač" i "pružatelj usluga" znači fizička ili pravna osoba ili javno tijelo ili skupina takvih osoba i/ili tijela koja na tržištu nudi izvođenje radova i/ili posla, odnosno proizvode ili usluge.“¹⁰ Dakle, nigdje se ne spominje da fizički subjekti moraju biti registrovani. Ova definicija je preuzeta u postojećem ZJN, ali je, kako je već rečeno, nedosljedna u kontekstu drugih odredaba zakona. S druge strane, aktuelni Nacrt Zakona o javnim nabavkama u BiH uvodi definiciju koja se protivi navedenoj europskoj direktivi.

3.4. Europska sudska praksa

S obzirom da se, kod angažovanja eksperata radi o iznosima koji su daleko ispod vrijednosnih pragova EU direktive, treba naglasiti da ovi ugovori potpadaju onda pod nacionalno pravo jer su ispod granice međunarodnih vrijednosnih razreda, te nisu u fokusu europskog konkurencijskog prava.

Naime, direktive EU sadrže pravilo *de minimis* koje propisuje donji vrijednosni prag za nabavke ispod koga se ne primjenjuju, već se na takve ugovore primjenjuje nacionalno pravo.

⁸ Čl. 2 Nacrta Zakona o javnim nabavkama u BiH.

Tekst Nacrta dostupan na: <http://www.javnenabavke.ba/index.php?id=10d&jezik=bs>.

⁹ Čl. 33 Nacrta zakona o javnim nabavkama. Tekst Nacrta dostupan na: <http://www.javnenabavke.ba/index.php?id=10d&jezik=bs>.

¹⁰ Direktiva 2004/18/EC.

Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0018:EN:HTML>.

Tako EU Direktiva 2004/18/EC propisuje donju vrijednosnu granicu za nabavku usluga koja iznosi 249.000 EUR bez PDV (ova granica je nedavno promijenjena na iznos od 200.000 EUR). Na ugovore ispod ovog iznosa primjenjuje se domaće zakonodavstvo, s obzirom da se ne radi o međunarodnoj konkurenciji. Također, kao primjer se može navesti odluka Žalbenog upravnog suda u Švedskoj, koji se u slučaju revizorske usluge pozvao na navedeno *de minimis* pravilo.¹¹

Kada se radi o nacionalnim pravilima u oblasti javnih nabavki, u europskim državama ona su različita, ali je zajedničko da ne prave diskriminaciju fizičkih osoba, mada ove osobe moraju biti na neki način registrovane, čime dokazuju svoju kompetenciju. Dakle, kada su u pitanju intelektualne usluge eksperata o kojima je u analizi riječ, razmatranja ostaju unutar domaćeg zakonskog okvira.

4. Potreba angažovanja eksperata

Najčešći slučaj angažovanja eksperata je kada se javlja potreba za određenim konsultantskim uslugama,¹² ekspertizom ili nekom drugom stručnom uslugom (npr. kratkotrajna potreba prevođenja stranog jezika za određeni događaj) koja se ne može pronaći unutar ugovornog organa, a ne isplati se, sa stanovišta troškova, zaposliti osobe koje mogu pružiti takve usluge. Važno je naglasiti da je potreba za ekspertima obično povremena, nekoliko sati, nekoliko mjeseci u godini ili svakih nekoliko godina, ili vrijeme i potreba nisu poznati, pa se ovakvi poslovi iznenada javljaju i obično je potreba za takvim poslovima hitna.

Tako je u pogledu konsultantskih usluga u priručniku GAP-a¹³ navedeno: „pojedinačni konzultanti se mogu angažirati za slične aktivnosti kao i firme, u situacijama gdje ugovorni organ ne smatra da je neophodno angažirati konzultantsku kuću koja pokriva mnoga različita područja djelovanja. Pojedinačni konzultanti mogu biti samostalni uposlenici, uposlenici iz drugih organa uprave ili entiteta, univerziteta, fakulteta, i slično. Ovakvo angažiranje u pravilu se ne smatra ekonomičnim u smislu troškova nadziranja, niti učinkovitim, uzimajući u obzir koordinaciju u vezi sa upošljavanjem više lica u odnosu na jednog ili dva neovisna konzultanta koji bi radili zajedno; prednost angažiranja konzultantske kuće je u tome da spomenuti troškovi nadziranja i koordinacijske aktivnosti već postoje unutar organizacije, te stoga nema potrebe da ih pruža konzultant(…)“ Dakle, vidi se da će, zavisno od okolnosti, za ugovorni organ nekad biti ekonomičnije angažovati eksperta koji je fizička osoba, a nekad će okolnosti, u cilju maksimalnog učinka trošenja javnih sredstava, zahtijevati angažovanje konsultantske kuće.

5. Načini angažovanja eksperata u praksi ugovornih organa

Ugovorni organi, u potrebi za uslugama eksperata, najčešće se koriste jednim od sljedećih oblika angažovanja ovih osoba: ugovor o djelu, javni poziv i postupci javnih nabavki. Svaka od navedenih formi nabavke koju u praksi primjenjuju ugovorni organi ima i prednosti i nedostatke.

¹¹ Presuda suda: Administrative Court of Appeal of Jönköping. Dostupno na: <http://www.concurrences.com/anglais/bulletin/free-version-articles/free-version-th-administrative-e49292>.

¹² Governance Accountability Project: *Angažovanje i korištenje konsultantskih usluga* s. (9 i dalje) 9.

Dostupno na: http://www.bihgap.ba/dokument_new/KONZULTANTSKE%20USLUGE%20VODIC.pdf.

¹³ Vidjeti bilj. 12.

5.1. Ugovori u postupcima javnih nabavki

Ugovori o javnoj nabavci roba, usluga ili izvršenju radova dodjeljuju se putem jednog od sljedećih postupaka:

- a) otvoreni postupak;
- b) ograničeni postupak s pretkvalifikacijom;
- c) pregovarački postupak s objavljivanjem obavještenja o nabavci;
- d) pregovarački postupak bez objavljivanja obavještenja o nabavci;
- e) konkurs za izradu idejnog rješenja;
- f) konkurentski zahtjev za dostavljanje ponude;
- g) direktni sporazum.

Treba napomenuti da neki od navedenih postupaka dodjele ugovora nisu prikladni za nabavke usluga eksperata zbog visine vrijednosnih pragova, osim konkurentskog zahtjeva za dostavljanje ponuda i direktnog sporazuma, s obzirom da su ove usluge uglavnom manje vrijednosti. Takođe, rokovi kod većine postupaka javnih nabavki su uglavnom dugi za ovaj karakter usluga, osim pregovaračkog postupka bez prethodne objave i direktnog sporazuma. Tako npr. prema sadašnjem ZJN rokovi za postupke javne nabavke iznose:

U slučaju otvorenog postupka, minimalni rok za prijem ponuda ne može biti kraći od 28 dana od datuma objave obavještenja o nabavci u “Službenom glasniku BiH”.

U slučaju ograničenog ubrzanog ili pregovaračkog postupka:

- krajnji rok određen za prijem zahtjeva za učešće ne može biti kraći od 18 dana od datuma objave obavještenja o nabavci u “Službenom glasniku BiH”;
- krajnji rok određen za prijem ponuda u slučaju ograničenog postupka ne može biti kraći od 28 dana od datuma otpreme poziva za dostavljanje ponuda pretkvalificiranim kandidatima;¹⁴

Dakle, u prosjeku, postupci javne nabavke traju od 5 do 45 dana u najidealnijem slučaju. Jedini postupak javnih nabavki koji nije ograničen rokom je direktni sporazum.¹⁵

Nacrt zakona o javnim nabavkama u BiH napravio je iskorak, u pogledu dinamike javnih nabavki i rokova kod pojedinih postupaka, uvodeći novinu u postupak javnih nabavki a to je prethodno informacijsko obavještenje o javnim nabavkama što daje mogućnost skraćivanja rokova¹⁶, mada su oni i dalje, u određenim slučajevima, neadekvatni kada je u pitanju potreba za kratkotrajnim, hitnim i nepredviđenim intelektualnim uslugama.

Nadalje, vrlo je teško postaviti objektivne kriterije, kao kod nabavke nekih drugih dobara, kada je u pitanju odabir intelektualne usluge. Eksperti često stavljaju ovu primjedbu, o čemu će kasnije biti više riječi.

¹⁴ Čl. 21 Zakona o javnim nabavkama BiH.

¹⁵ Čl. 47 Zakona o javnim nabavkama BiH.

¹⁶ Čl. 41 i čl. 42 Nacrta Zakona o javnim nabavkama u BiH.

5.2. Ugovor o djelu

Ugovorni organi u praksi često angažuju eksperte pukim zaključivanjem ugovora o djelu sa takvim osobama, bez primjene ZJN ili objavljivanja javnog poziva. Prema čl. 600 Zakona o obligacionim odnosima: “Ugovorom o djelu izvođač radova se obavezuje da obavi određeni posao, kao što je izrada ili opravka neke stvari ili izvršenje nekog fizičkog ili intelektualnog rada i sl., a naručilac se obavezuje da mu za to plati naknadu.”¹⁷

Dakle, radi se o ugovornom odnosu građanskog prava, a ne primjeni ZJN i postupaka koje propisuje. Ovdje je dovoljno pronaći stručnu fizičku osobu koja će pružiti potrebne intelektualne usluge i obostrano dogovoriti pojedinosti ugovora. Prednost ugovora o djelu je što nema nikakvih dugotrajnih postupaka kao što je to slučaj kod primjene ZJN, ali zato nedostaje primjena nekih principa na kojima se temelji ZJN i koje su naprijed spomenuti, kao što su transparentnost, konkurencija i nediskriminacija.

5.3. Javni poziv

Javni poziv je jedan od postupaka koji ugovorni organi primjenjuju kako bi nabavili intelektualne usluge eksperata.

Interesantno je da je izmjenama Zakona o državnoj službi u institucijama Bosne i Hercegovine¹⁸ u čl. 62 st. 4 propisano da se na provođenje procedura koje se odnose na obuke i razvoj državne službe ne primjenjuju odredbe ZJN. Tako je Odlukom o utvrđivanju načina realizacije obuke i razvoja državnih službenika u institucijama BiH¹⁹ propisano da se na internet stranici Agencije za javnu službu BiH objavljuje postupak pokretanja poziva za prijavu predavača, kao i puni popis predavača koji su, nakon ocjene kvalifikovanosti, uvedeni u bazu predavača za određenu temu. Odlukom su propisani elementi vrednovanja ponuda, izbor odgovarajućeg prostora za obuku, kad nije moguće organizovati obuku u institucijama BiH, određena cijena po školskom času i vrsta ugovora (za pravne osobe ugovor o pružanju usluga, a za fizičke osobe autorski ugovor).

Ovakav način pribavljanja intelektualnih usluga eksperata nije u suprotnosti sa principima ZJN i u određenim slučajevima može biti efikasna i bolja alternativa u pribavljanju ovih usluga. Važno je napomenuti da se postupak javnog poziva provodi tako što se javni poziv oglašava na web stranici ugovornog organa koji vrši nabavku određene usluge, zatim objavljuje u jednom ili više dnevnih listova, uz jasno preciziranje uslova i kvalifikacija koji se traže od aplikanata.

Ovo je naročito prihvatljiva alternativa ZJN, u trenutnoj zakonskoj situaciji, kada i sam ZJN nije jasno definisao položaj eksperata, odnosno osoba koje nisu registrovane i time ih ograničio u tržišnoj konkurenciji.

¹⁷ Vidi čl. 600 Zakona o obligacionim odnosima.

¹⁸ Čl. 6 st. 4 Zakona o državnoj službi u institucijama Bosne i Hercegovine Sl. gl. BiH, br. 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 02/06, 32/07, 43/09, 8/10 i 40/12.

¹⁹ Odluka Agencije za državnu službu BiH broj 01-05-737-2/09 od 15.07.2011. Dostupna na: http://www.-ads.gov.ba/v2/index.php?option=com_content&view=category&id=38&Itemid=90&lang=bs.

6. Problem angažovanja eksperata u praksi ugovornih organa

Sve što je do sada izloženo ostavlja utisak nedorečenosti i konfuzije u pogledu angažovanja eksperata od strane ugovornih organa. Ako se analizira ZJN i izuzeci na koje se ne primjenjuje ovaj zakon, stiče se utisak da se ovaj zakon u sadašnjim okolnostima ne može zaobići kada su u pitanju eksperti o kojima smo govorili. Međutim, ako se uzme u obzir da zakon nema konzistentan stav čak ni o pojmu fizičke osobe, jasno je da postoji pravna praznina, pa stoga i različito tumačenje od strane ugovornih organa. Ovaj problem nije riješen ni Nacrtom Zakona o javnim nabavkama u BiH koji, kako je već rečeno, unosi još više kontradiktornosti u pogledu pojma fizičke osobe. Nadalje, već je ukazano da su značajan problem angažovanja ovih osoba i dugi rokovi za pojedine tenderske postupke, koje ove osobe nisu u mogućnosti ili ne žele pratiti. Ovdje treba spomenuti i plan nabavki koji ZJN i podzakonski akti predviđaju kao dio postupka javnih nabavki, mada prema važećem ZJN plan nabavki nije propisan kao obavezan. Međutim, novim Nacrtom Zakona o javnim nabavkama u BiH, u članu 17, definisan je plan nabavki kao obavezan dio postupka javnih nabavki. Problem koji se tiče plana nabavki je u činjenici da je anagažovanje eksperata najčešće sporadično, nepredvidivo, te kao takvo ne može biti prethodno planirano. Dosadašnja intencija svih ugovornih organa je, prema njihovim internim aktima, da nabavke budu planirane. Postavlja se pitanje kako onda, u idealnom konsenzusu obje strane - eksperta i ugovornog organa - primijeniti ZJN ako nabavka nije predviđena godišnjim planom nabavki. Ovaj problem otvara ponekad dugu korespondenciju unutar ugovornog organa, što ima za posljedicu gubitak vremena i, vrlo često, novca i klijenta.

Sljedeći argument je da eksperti, kod nas i vani, često prigovaraju na komplikovane tenderske procedure i odsutnost objektivnih kriterija kada su u pitanju intelektualne usluge.

Kao primjer može poslužiti zahtjev Architect's Council of Europe (Europsko vijeće arhitekata)²⁰ koji traže isključenje ovih intelektualnih usluga od primjene propisa o javnim nabavkama. Oni smatraju da se intelektualne usluge ne mogu porediti sa nabavkom drugih dobara, te da su postojeći europski propisi o javnim nabavkama samo nanijeli štetu javnim fondovima u pogledu ovih nabavki, kao i ozbiljne posljedice europskom konkurentskom pravu. Njihov zahtjev je već u proceduri, a ukoliko bude prihvaćen, ove izmjene europske direktive o javnim nabavkama bi se trebale primjenjivati već od 2014. godine.²¹

S druge strane, kada ugovorni organi ne primjenjuju ZJN na eksperte, već pribavljaju njihove usluge putem javnog poziva ili građanskim poslom putem ugovora o djelu, što se pokazalo efikasnijim i prihvatljivijim za eksperte, prigovara im se povreda transparentnosti u trošenju javnih sredstava i principa konkurencije.

7. Revizijski izvještaji u pogledu angažovanja eksperata

Problem angažovanja eksperata mimo odredaba ZJN, dodatno usložnjava stav revizije koja vrši nadzor nad radom ugovornog organa, što se može vidjeti iz revizorskih izvještaja,²² u kojima se

²⁰ Više o Architect's of Council of Europe na: <http://www.ace-cae.eu/>.

²¹ *Most Architect to Be Excluded from Public Procurement*, De Zeen Magazine, London, 2012, s. (1-1) 1.

Tekst dostupan na: <http://www.dezeen.com/2012/07/17/architecture-firms-excluded-from-public-procurement/>.

²² Vidjeti više na web stranicama ureda državne revizije, revizije RS i revizije FBiH: <http://www.revizija.gov.ba/Home.aspx?&langTag=bs-BA>.

vidi stav revizorskih institucija u pogledu angažovanja usluga fizičkih osoba. Iz navedenih revizorskih izvještaja vidljivo je da je u njima izražen negativan stav u pogledu angažovanja intelektualnih usluga fizičkih osoba po osnovu ugovora o djelu, kao građanskog ugovora, i da je preporučena primjena odredaba ZJN. Međutim, iz tih izvještaja se ne može utvrditi njihov stav prema postupku provođenja javnog poziva. S druge strane, ugovorni organi opravdavaju zaključivanje ugovora o djelu sa ekspertima nemogućnošću primjene ZJN jer ove osobe nisu registrovane, ili se žale na duge rokove u postupcima javnih nabavki. U sadašnjoj situaciji ambivalentnog i nedefinisanog odnosa ZJN prema ekspertima, odnosno fizičkim osobama, moguće je uvažiti argumente i revizije i ugovornih organa, s tim da je u aktuelnim okolnostima, preporučljivo koristiti postupak javnog poziva kad je to moguće.²³

8. Zaključak i preporuke

Imajući u vidu sve što je rečeno, razumljivo je da je pribavljanje potrebnih roba, usluga i radova za javne, odnosno ugovorne organe, putem postupaka javnih nabavki, postala neminovnost i realnost. BiH se opredijelila za put u evropsku porodicu i time se obavezala na prihvatanje uslova i pravila koje joj Evropska unija nalaže. Jedan od tih uslova je i podržavanje zdrave konkurencije, nediskriminacije i transparentne tržišne utakmice. Uređena procedura javnih nabavki je svakako najbolji put za pravičniju konkurenciju i transparentno trošenje novca poreznih obveznika, ali zakoni u ovom području, kao i u svakom drugom, nisu uvijek savršeni i podložni su promjenama. To se dešava i u samoj Evropskoj uniji koja je više puta mijenjala i usavršavala svoje direktive iz oblasti javnih nabavki, vodeći se uočenim manjkavostima u praksi i presudama sudova.

Međutim, ugovorni organi moraju imati u vidu specifičnost intelektualnih usluga prilikom donošenja odluke za nabavku tih usluga. Ovo posebno ako se uzme u obzir iskustvo evropske prakse i tendencija da se ovakav vid usluga isključi iz propisa o javnim nabavkama.²⁴ U postojećim okolnostima u BiH i odsustvu jasnih propisa u ZJN o fizičkim osobama koje nisu registrovane, među koje spadaju eksperti o kojima je bilo riječi, najprihvatljivija je primjena postupka javnog poziva, putem kojeg javni organi nabavljaju potrebne intelektualne usluge eksperata. Kao što je pokazano²⁵ ovakav postupak u velikoj mjeri zadovoljava principe javnih nabavki i pravila konkurencije. Uz to, ako se upoređi procedura ovog postupka sa postupcima javnih nabavki, vidjet ćemo da je ovaj postupak jednostavniji, efikasniji i prihvatljiviji za sve učesnike.

Insistiranjem, u nekim slučajevima, na provođenju postojećih postupaka javnih nabavki može biti daleko skuplje po ugovorni organ u odnosu na korištenje nekog drugog načina pribavljanja potrebne usluge, pa čak i protivno principima javnih nabavki. Kao što je već rečeno, ponekad je nemoguće planom nabavki za narednu godinu predvidjeti sve usluge ili neočekivane projekte koji se mogu pojaviti u ugovornom organu. U takvim nepredviđenim slučajevima vrlo je teško angažovati eksperta, provodeći neki od postupaka javnih nabavki. Ponekad osobe, koje su

<http://www.saifbih.ba/>

<http://www.gsr-rs.org/>

²³ Vidjeti paragraf 5.3. na s. 6.

²⁴ Vidjeti više na s. 7 zajedno sa bilj. 21.

²⁵ Vidjeti na s. 6.

priznati i poznati eksperti za određenu oblast, nemaju vremena na čekanje rokova za javne nabavke koji, kako je rečeno, iznose od 5 do 45 dana i duže. Nekada eksperti nisu zainteresovani da se prijavljuju na javne tendere označavajući ih neobjektivnim, te smatrajući da imaju dovoljne reference za neki drugi vid dijaloga sa ugovornim organom.

Ukoliko ugovorni organ insistira na primjeni ZJN na nabavke usluga eksperata, treba primijeniti jednostavniji i ekonomičniji postupak sa kratkim rokovima, kao što su to pregovarački postupak bez objave i direktni sporazum, ukoliko se okolnosti nabavke intelektualnih usluga uklapaju u procedure ovih postupaka.

Takođe, u slučaju kratkotrajne potrebe i hitnosti nabavke usluge eksperta, samo izuzetno (ili u slučajevima kada je to uslovljeno nekim drugim pravilima, kao npr. donatorskim) može se zaključiti građansko-pravni ugovor o djelu bez objavljivanja javnog poziva. Ipak, treba imati na umu da je ovo najmanje transparentan vid trošenja javnog novca i ostavlja dosta prostora za proizvoljnost ugovornog organa, te ga, u pravilu, treba izbjegavati.

Konačno, kako su u toku konsultacije o Nacrtu Zakona o javnim nabavkama u BiH, bilo bi preporučljivo da zakonodavac uskladi definiciju fizičke osobe kao ekonomskog subjekta sa relevantnim evropskim direktivama, te definiše mogućnost učestvovanja eksperata, odnosno fizičkih osoba koje nemaju registrovanu djelatnost. Isto tako, u novom zakonu treba razmotriti mogućnost izuzimanja svih intelektualnih usluga, između ostalih i intelektualnih usluga fizičkih osoba koje nemaju registrovanu djelatnost, od primjene propisa o javnim nabavkama.

I na kraju, novim Nacrtom Zakona o javnim nabavkama u BiH bilo bi uputno definisati mogućnost provođenja javnog poziva u određenim slučajevima i tako zakonski propisati njegovu proceduru. Oglašavanje putem javnog poziva je, kao što smo naveli, dosta često u praksi ugovornih organa, ali sama procedura ovog postupka nije utvrđena niti jednim propisom, što ostavlja mogućnost subjektivnosti u određivanju sadržaja i kriterija javnog poziva, pa bi bilo poželjno ovo pitanje zakonski regulisati.

Summary

This article deals with issue of intellectual services offering by natural person in public procurement procedure. The focus is on the natural persons that are not registered in professional or trade registers and the ways of engagement of this persons provided by law as well as ways of engagement of such persons in praxis of public authorities. European law and praxis on this issue has been also overviewed. Public Procurement Law of Bosnia and Herzegovina has been challenged regarding those services. Finally, applying of public call for such service has been recommended in actual legal frame. Legislative proposals on Draft on Public Procurement Law in Bosnia and Herzegovina which is in legislative procedure has been made as well.