

Prof. dr. sc. Dragan Medvedović, redoviti profesor Pravnog fakulteta
Sveučilišta u Zagrebu u mirovini

UPRAVNA ZAŠTITA SUDIONIKA U POSTUPKU JAVNE NABAVE U HRVATSKOM PRAVU

UDK: 347.92 (497.5)

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: studeni 2010.

Javna nabava legislativno je u Hrvatskoj prvi puta regulirana 1997. godine, a sustav upravne zaštite prava učesnika u postupku javne nabave ustanovljen je tek 2001. godine. U radu je prvo prikazana geneza upravne zaštite, a zatim suvremena pravna vrela upravne zaštite - Zakon o javnoj nabavi (2007. i 2008.) i Zakon Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (2010.) te Zakon o općem upravnom postupku (2009.) koji se primjenjuje kao supsidijaran procesni propis. U radu se kritički razmatraju relevantna pitanja upravne zaštite - nadležnost (Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave, predmet upravne zaštite, pokretanje postupka (žalba, legitimacija, sadržaj i oblik, izjavljivanje i način predaje, suspenzivni učinak), postupak odlučivanja o žalbi (pravila postupka, stranke u postupku, prava i dužnosti naručitelja, postupanje Državne komisije (utvrđivanje činjeničnog stanja, dokazivanje), odlučivanje Državne komisije (način odlučivanja, ovlasti, odluke), troškovi postupka i sudska zaštita.

Ključne riječi: *javna nabava, žalba, upravni postupak, upravna zaštita*

1. UVOD

Javna nabava i njezina cjelovita regulacija s osiguranom upravnom i upravnosudskom zaštitom sudionika nema dugu tradiciju u hrvatskom pravu.

U razdoblju tzv. prve Jugoslavije postojali su, istina, propisi kojima je relativno iscrpno bilo uređeno zaključivanje ugovora između države i privatnih korporacija.¹ U pravilu, zaključivanju ugovora prethodili su različiti oblici javnog nadmetanja dok je neposredna pogodba bila iznimka. No, primaran cilj tih propisa o javnoj nabavi nije bio zaštita ravnopravnosti gospodarskih subjekata na tržištu

¹ Tako su se neka pravila nalazila u Zakonu o državnom računovodstvu (preuzet iz Kraljevine Srbije, izmijenjen i dopunjen 1921. i 1922.g.) i u, na osnovu njega donesenom, Pravilniku za izvršenje odredaba iz odjeljka B (ugovori i nabavke). Prema tim propisima prije sklapanja ugovora između države i korporacija u državnom vlasništvu moralo je prethoditi javno nadmetanje, dok je direktna pogodba bila dopuštena samo u taksativno navedenim slučajevima. Pored toga postojao je još relativno veliki broj pravnih propisa u vezi s javnim nabavama.

Na temelju novog Zakona o državnom računovodstvu iz 1934.g. (stupio na snagu 1936.) javna nabava se mogla zaključiti nakon javnog nadmetanja (licitacije, jeftimbe), neposrednom pogodbom i putem prikupljanja pisanih ponuda. Svaki od načina javne nabave bio je detaljno uređen tako da su upravni organi, koji su u ime države sklapali te ugovore bili mnogo jače vezani, nego njihovi sukontrahtenti - dobavljači. Kod nekih ugovora koji su u znatnoj mjeri angažirali državni proračun tražila se prethodna i naknadna suglasnost viših organa - ministra financija i Ministarskog vijeća. V.: Kostić, Lazo, Administrativno pravo Kraljevine Jugoslavije, sv. II, Beograd 1939., str 36.

ni zakonito i uspješno funkcioniranje javnih službi. Po mišljenju dijela tadašnje pravne doktrine, prvenstvena svrha tih propisa bila je suzbijanje zlouporaba državnih tijela prigodom sklapanja ugovora o nabavi.² U pravnim propisima nije se poklanjala posebna pozornost zaštiti sudionika u tijeku postupka javne nabave, nego njihovoj zaštiti tek nakon sklapanja ugovora.³

U socijalističkoj Jugoslaviji javna nabava nije bila cjelovito pravno uređena što je razumljivo obzirom na činjenicu da je gospodarstvo prvo djelovalo u uvjetima državnog vlasništva i planske privrede s rukovodnom ulogom uprave, a poslije, u uvjetima društvenog vlasništva pod jakim utjecajem političkih i upravnih tijela. Tek se u rijetkim situacijama, na temelju posebnih propisa trebao provoditi naročiti postupak nabave robe i usluga, i to kad se radilo o dobavi iz inozemstva⁴ ili o investicijskoj izgradnji.⁵

U Republici Hrvatskoj javna nabava se pravno uređuje tek od 1995. godine. Vlada Republike Hrvatske te je godine donijela Uredbu o postupku nabave roba i usluga i ustupanju radova⁶. Tom vrlo kratkom uredbom - ukupno dvadeset članaka - vrlo šturo su uređena samo neka pitanja nabave.

Ta je uredba bila donijeta na temelju Zakona o ovlasti Vlade Republike Hrvatske da uredbama uređuje pojedina pitanja iz djelokruga Zastupničkog doma Sabora,⁷ pa je, prema odredbi čl. 88. st. 3. Ustava RH, trebala prestati važiti istekom roka od godinu dana od dana dobivene ovlasti. No, istekom toga roka nije nastao pravni vakuum. Naime, novim zakonima Vladi su ponovno delegirane ovlasti da uređuje pitanja iz djelokruga Zastupničkog doma Sabora. Temeljem delegacije ovlasti, Vlada je 1996. i 1997. godine donijela nove uredbe kojima je ponovno uređila sustav javne nabave.⁸ Te su uredbe donesene s istim nazivom kao i uredba iz 1995. godine. I njihov opseg i sadržaj bio je gotovo istovjetan. Izvršena su samo manja sadržajna i nomotehnička poboljšanja, no nije se zadiralo u dotadašnji sustav javne nabave.

² v.: ibidem, str 36.

³ Opširnije o postupcima javne nabave, sadržaju ugovora i njihovom izvršenju v.: ibidem, str. 37.-41.

⁴ Tako je npr. na temelju Zakona o prometu robe i usluga s inozemstvom (Sl. L. FNRJ, br. 21/62 odn. Sl. l. SFRJ, br. 14/65 i 28/66) načelno poduzećima bio dopušten uvoz robe na osnovu neposredne pogodbe ili nakon prethodno održanog javnog nadmetanja ili prethodnog prikupljanja ponuda određenog najmanjeg broja ponuđača. Međutim, u zakonom određenim slučajevima uvoz je bio dopušten samo na osnovu provedenog javnog natječaja ili prikupljanja ponuda. Slično je stanje ostalo i poslije. Prema Zakonu o prometu robe i usluga s inozemstvom (Sl. list SFRJ, br. 66/85), roba se mogla uvoziti iz inozemstva na temelju provedenog javnog natjecanja, prikupljanja ponuda od određenoga najmanjeg broja ponuđača ili na temelju neposredne pogodbe, s s tim da je subjekt za čije potrebe se uvozi odrađivao na koji će se od ovih načina roba uvoziti (čl. 40).

⁵ Investicije, ur. A. Goldstein, Zagreb, 1969.

⁶ Uredba o postupku nabave roba i usluga i ustupanju radova, Narodne novine, br 13 od 28. veljače 1995. g. Uredba je stupila na snagu danom objave.

⁷ Narodne novine, br. 79 od 27. listopada 1994.

⁸ Uredba o postupku nabave roba i usluga i ustupanju radova, Narodne novine, br. 25 od 29. ožujka 1996.g., a primjenjivala se od 1. travnja 1996. g. i Uredba o postupku nabave roba i usluga i ustupanju radova, Narodne novine, br. 33 od 28. ožujka 1997.g., a primjenjivala se od 1. travnja 1997.g.

Pod snažnim utjecajem međunarodnih asocijacija i financijskih institucija (WTO, EBRD) materija javna nabave legislativno je prvi puta uređena Zakonom o nabavi roba, usluga i ustupanju radova koji je donijet krajem 1997. godine s tim da se primjenjivao od ožujka 1998. godine.⁹

Potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica (Luksemburg, 29. listopada 2001. g.) i njegovom ratifikacijom¹⁰ počeo je proces pridruživanja Republike Hrvatske europskim integracijama. U tom postupku važna obveza Hrvatske bila je da prilagodi svoje zakone i druge pravne propise zakonodavstvu Europske zajednice (*acquis communautaire*), i to poglavito zakonodavstva koje se odnosi na tržište i područja vezana uz trgovinu: tržišno natjecanje, tržišno gospodarstvo, intelektualno i industrijsko vlasništvo, normizacija, mjeriteljstvo, zaštita potrošača itd. Posebni opsežni uglavci Sporazuma (čl. 72 - *Public contracts*) posvećeni su javnoj nabavi i kontroli njihova dosljednog poštivanja.

Radi prilagodbe hrvatskog zakonodavstva europskim pravilima o javnoj nabavi donesen je u prosincu 2001. g. Zakon o javnoj nabavi¹¹ koji je stupio na snagu 1. siječnja 2002. godine. Relativno promptno Vlada RH donijela je neophodne provedbene propise kojima se uređuje objava i evidencija javne nabave te postupak nabave roba, radova i usluga male vrijednosti.¹² Međutim, sa znatnim zakašnjenjem doneseni su zakoni o osnivanju Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave¹³ i Ureda za javnu nabavu.¹⁴ A upravo je tim tijelima namijenjena zadaća osiguranja zakonitog postupanja u materiji javne nabave.

Prilagodba hrvatskog zakonodavstva europskim pravilima nije, nažalost, napravljena na optimalan način. Zakon je izrađen lošom tehnikom prepisivanja i kompiliranja odredbi odgovarajućih zakona nekih europskih država, a koji, očito nisu najbolje prevedeni na hrvatski jezik. Zato je u Zakonu o javnoj nabavi bilo, s jedne strane nepotrebnih ponavljanja, a s druge strane postojale su brojne pravne praznine. Povrh toga, koristili su se izrazi koji ne postoje u hrvatskoj pravnoj terminologiji. Jezična konstrukcija pravnih normi nerijetko je bila nezgrapna i nije bila u duhu hrvatskog jezika. Zato je sadržaj brojnih pravnih normi bio je

⁹ Zakon o nabavi roba, usluga i ustupanju radova donesen 19. prosinca 1997.g., a objavljen je u Narodnim novinama, br. 142 od 31. prosinca 1997.g. Ispravak je objavljen u Narodnim novinama, br. 32 od 10. travnja 2001.g.,

¹⁰ Sporazum je ratificiran Zakonom o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica kojeg je 5. prosinca 2001.g. usvojio Hrvatski sabor. Zakon je objavljen u Narodnim novinama - međunarodni ugovori br. 14. od 27. listopada 2001.g. i stupio je na snagu osmog dana od objavljivanja.

¹¹ Zakon o javnoj nabavi donesen je 14. prosinca 2001. godine. i objavljen u Narodnim novinama broj 117 od 24. prosinca 2001. g.

¹² Uredba o objavama i evidencijama javne nabave i Uredba o postupku nabave roba, radova i usluga male vrijednosti, Narodne novine, br. 14 od 13. veljače 2002.g.

¹³ Zakon o Državnoj komisiji za kontrolu postupka javne nabave donesen je 14. srpnja 2003., a objavljen je u Narodnim novinama, br. 117 od 23. srpnja 2003.g. Stupio na snagu danom objave.

¹⁴ Uredba o osnivanju Ureda za javnu nabavu, Narodne novine, br. 179 od 12. studenog 2003. g. Stupila je na snagu danom objave.

teško razumljiv ili potpuno nerazumljiv.¹⁵

Zbog tih nedostataka, kao i drugih razloga, ovaj je zakon izmijenjen i dopunjen 2003. i 2005. godine¹⁶, a 2007. je stavljen izvan snage novim Zakonom o javnoj nabavi.

2. GENEZA UPRAVNE ZAŠTITE SUDIONIKA U POSTUPKU JAVNE NABAVE

U prvoj uredbi - Uredbi o postupku nabave roba i usluga i ustupanju radova pravna zaštita sudionika u javnoj nabavi osigurana je isključivo putem prigovora. Sudionici u postupku javne nabave - ponuditelji, dobavljači, izvoditelji radova ili usluga ("korisnici") imali su pravo u roku od tri radna dana od obavijesti o dodjeli posla izjaviti pisani i obrazloženi prigovor. Prigovor se podnosio subjektu koji je provodio postupak nabave ("korisnik") i Ministarstvu financija. Pravodobno izjavljen prigovor imao je suspenzivan učinak te je zaustavljao potpisivanje ugovora. O prigovoru je prvo odlučivao subjekt koji je provodio postupak nabave ("korisnik"). On je bio dužan u roku od sedam radnih dana od izjavljenog prigovora odgovoriti na njega ili otkloniti nedostatke iz prigovora. Ako je odgovor bio negativan ili ako se o prigovoru nije postupalo predmet je preuzimalo Ministarstvo financija. Ono je bilo dužno razmotriti prigovor i u roku od 15 radnih dana od podnjetog prigovora donijeti rješenje. Prema općim propisima - Zakonu o upravnim sporovima - nezadovoljna stranka bila je ovlaštena osporavati zakonitost tog rješenja tužbom pred Upravnim sudom Republike Hrvatske.

Uredbom iz 1997. g. malo je detaljnije uređen postupak pravne zaštite ponuditelja u postupku javne nabave i obveze naručitelja (čl. 16. do 18.). No, važno je da je i dalje zadržan prigovor naručitelju kao remonstrativni pravni lijek. Tek ako je naručiteljeva odluka bila negativna ili se ona presumirala zbog šutnje, ponuditelj je imao pravo izjaviti prigovor Ministarstvu financija. Izriječno je bilo propisano (čl. 18.) da ponuditelj ima pravo, nakon iscrpljenog upravnog puta, na sudsku zaštitu. Protiv rješenja Ministarstva financija bilo je dopušteno pokrenuti upravni spor pred Upravnim sudom. No, to je bilo dopišteno već na temelju općeg propisa - Zakona o upravnim sporovima.

U prvom Zakonu o javnoj nabavi iz 1997. godine pravna zaštita je dosta opširno regulirana brojnim odredbama sadržanim u samo tri članka (čl. 54. do čl. 56.).

Pravna zaštita protiv nepravilnosti u postupku javne nabave pružala se samo ponuditelju.

¹⁵ V.: Medvedović, D. i Šprajc, I., Postupak javnih nabavki i pravna zaštita sudionika, XLI. susret pravnik, Zbornik, Opatija 2003g., str. 166. i d.

¹⁶ Vlada Republike Hrvatske je na temelju zakonske ovlasti donijela Uredbu o izmjenama i dopunama Zakona o javnoj nabavi, koja je objavljena u Narodnim novinama, br. 197 od 17. prosinca 2003. g. Izmjene i dopune izvršene su i Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o javnoj nabavi koji je objavljen u Narodnim novinama br. 92 od 27. srpnja 2005.g.

Njemu je na raspolaganju bio pravni lijek - prigovor, i to naručitelju i Upravi za nabavu.

Ponuditelj je bio ovlašten u roku od tri dana od primitka pisane obavijesti o odabiru ponuditelja uložiti prigovor na nepravilnosti u postupku. Prigovor se izjavljivao naručitelju. Prigovor je bio u pisanom obliku, a ponuditelj je kopiju prigovora dostavljao i Upravi za nabavu. Prigovor izjavljen u propisanom roku imao je suspenzivni učinak te je zaustavljao sklapanje ugovora o nabavi.

Naručitelj je bio dužan odgovoriti ponuditelju na prigovor u roku od osam dana od primitka prigovora i otkloniti eventualne nepravilnosti te i o tome obavijestiti Upravu za nabavu.

Ako bi naručitelj dostavio ponuditelju negativan odgovor ili uopće ne bi odgovorio ponuditelj je mogao izjaviti obrazložen i dokumentiran prigovor Upravi za nabavu. Interesantno je bilo rješenje da je ponuditelju određen prekluzivni rok za izjavljivanje ovog prigovora - tri dana od proteka roka u kojem se naručitelj trebao očitovati o izjavljenom prigovoru.

Uprava za nabavu bila je dužna donijeti rješenje o prigovoru u roku od 15 dana od primitka prigovora, odnosno od dana dostave dokumentacije. Rješenje Uprave za nabavu bilo je konačno, te protiv njega nije bilo mjesta žalbi višem tijelu državne uprave. Ako Uprava za nabavu ne bi donijela rješenje smatralo se da je prigovor ponuditelja odbijen.

Protiv rješenja Uprave za nabavu ponuditelj je mogao pokrenuti upravni spor pred Upravnim sudom Republike Hrvatske po općim propisima o pokretanju upravnog spora.

U Zakonu o javnoj nabavi iz 2001. godine pravna zaštita uređuje se odredbama tri članka (čl. 70. do čl. 73.), ali se bitno mijenja. Uz pravni lijek prigovor otvara mogućnost izjavljivanja žalbe neovisnom državnim tijelu.

Legitimacija za traženje pravne zaštite se širi: te pravnu zaštitu mogu tražiti ponuditelj i natjecatelj (prije: samo ponuditelj). Nezadovoljni ponuditelj, odnosno natjecatelj ovlašten je tražiti pravnu zaštitu korištenjem prigovora. Prigovor se mogao izjaviti naručitelju javne nabave u roku od tri dana od dana primitka pisane odluke o odabiru. Prigovor se mogao uložiti zbog nepravilnosti koje su počinjene u postupku nabave. Međutim, prigovor nije bio dopušten na odabir načina nabave i na odluku naručitelja o poništenju nadmetanja.

Prigovor je, kao i u prethodnoj regulaciji, djelovao suspenzivno te je zaustavljao sklapanje ugovora o nabavi.

Naručitelj je bio dužan odgovoriti ponuditelju, odnosno natjecatelju u roku od osam dana od dana primitka prigovora. Ako bi naručitelj uvažio prigovor novu odluku trebao je dostaviti svim ponuditeljima ili natjecateljima.

Novum u pravnoj regulaciji zaštite sudionika je novi pravni lijek u postupku javne nabave - žalba. Žalbu je bio ovlašten izjaviti ponuditelj ili natjecatelj koji je sudjelovao u postupku nadmetanja pod pretpostavkom da je prethodno koristio mogućnost izjavljivanja prigovora naručitelju. Žalbu je mogao izjaviti ponuditelj,

odnosno naručitelj ako je dobio negativan odgovor naručitelja na žalbu, odnosno ako uopće ne bi dao odgovor.

Žalba se izjavljivala novo projektiranom tijelu (osnovano je sa zakašnjenjem) - Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave.

Rok za podnošenje žalbe bio je 8 dana od dana primitka odgovora naručitelja. Ako naručitelj ne bi odgovorio onda je rok za žalbu bio 15 dana od dana podnošenja prigovora naručitelju.

I žalba je, kao i prigovor, imala suspenzivni učinak pa je, prema tome zaustavljala sklapanje ugovora o nabavi. Državna komisija bila je dužna o žalbi riješiti u roku od 15 dana od dana primitka žalbe, odnosno od dostave dokumentacije za nadmetanje. Odlučivala je rješenjem koje je bilo konačno, ali ne i pravomoćno.

Protiv rješenja Državne komisije nezadovoljna stranka imala je pravo pokrenuti upravni spor pred Upravnim sudom Republike Hrvatske.

3. PRAVNA VRELA UREĐENJA UPRAVNE ZAŠTITE SUDIONIKA

Pravne izvore koji uređuju upravnopravnu zaštitu u postupcima javne nabave možemo klasificirati u tri skupine.

I prvoj skupini su legificirani pravni izvori. Tmeljni zakon kojim je uređena pravna - upravna i sudska - u postupku javne nabave je Zakon o javnoj nabavi (dalje: ZOJN). Taj je Zakon donesen 2007. godine¹⁷, a stupio je na snagu 1. siječnja 2008. g., osim niza odredbi čije je stupanje na snagu odgođeno do dana prijama Republike Hrvatske u Europsku uniju.

Pravna zaštita - upravna i sudska - uređena je odredbama 5. dijela zakona pod nazivom: Pravna zaštita. Taj dio zakona originalno je sadržavao 34 članka - od čl. 134. do čl. 167. Ti članci svrstani su u dvije glave čiji su naslovi nelogični i netočni jer ne odražavaju odgovarajući sadržaj. Po svojem obimu su neproporcionalne: glava I. - Postupak pravne zaštite obuhvaća 30 članaka (čl. 134. do 163.) a glava II. Građanskopravne odredbe samo 4 članka (čl. 164. do 167.). Povrh toga, kao i u prethodnim propisima, norme kojima se uređuje upravna zaštita sadržajno su i pravnotehnički loše koncipirane. Neki podnesci i postupovne radnje nepotrebno su detaljno normirani, a propušteno je urediti neka važna procesna pitanja. Zato se već iduće godine (2008.) Zakonom o izmjenama i dopunama ZOJN-a¹⁸ bitno interveniralo u odredbe o pravnoj zaštiti. Izmijenjene su i dopunjene odredbe čak 12 članaka (čl. 140., čl. 141., čl. 143., čl. 146., čl. 147., čl. 148., čl. 150., čl. 153., čl. 154., čl. 155., čl. 156. i čl. 164.), a brisane odredbe dva članka (čl. 165. i čl. 166.).

¹⁷ Zakon o javnoj nabavi donesen je 3. listopada 2007. g., a objavljen je u Narodnim novinama br. 110 od 25. listopada 2007. g.

¹⁸ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o javnoj nabavi donesen je 17. listopada 2008. g., a objavljen je u Narodnim novinama, br. 125 od 29. listopada 2008. g. Zakon je stupio na snagu 1. siječnja 2009..

Upravna zaštita prava sudionika u postupku javne nabave uređena je odredbom i Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (u daljnjem tekstu ZDKJN) koji je donesen 2010. g.¹⁹

Vrlo važno pravno vrelo za postupak upravne zaštite je Zakon o općem upravnom postupku (u daljnjem tekstu: ZUP)²⁰. Na temelju ovog zakona, koji uređuje opći upravni postupak, dužna su postupati sva javnopravna tijela, tj. tijela državne uprave i druga državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i pravne osobe koje imaju javne ovlasti kad u okviru svojeg djelokruga utvrđenog na temelju zakona postupaju i rješavaju u upravnim stvarima. Sva javnopravna tijela primjenjuju odredbe ZUP-a u postupanju u svim upravnim stvarima. Samo ako je zakonodavac iskoristio mogućnost da pojedina pitanja postupka uredi drugačije onda odredbe posebnog zakona imaju primat pa javnopravno tijelo postupi po njima, a odredbe ZUP-a primjenjivat će supsidijarno, tj. na sva ona pitanja postupka koja nisu uređena posebnim zakonom.

Odredba čl. 163. ZOJN-u izrijeком propisuje: “Na postupak pred Državnom komisijom koji nije uređen odredbama ovoga Zakona primijenit će se odredbe zakona kojim se uređuje upravni postupak.” Ova odredba nije konstitutivnog značenja jer se na temelju nje ne stvara obveza postupanja po odredbama ZUP-a. Obveza Državne komisije da postupi po odredbama ZUP-a utemeljena je već na odredbi članka 1. ZUP-a. Državna komisija je državno tijelo te je kao i svako drugo javnopravno tijelo dužno primjenjivati pravila ZUP- a kad postupaju i rješavaju u upravnim stvarima. Odredbom čl. 163. ZOJN-a samo se “podsjeća” Državna komisija i svi subjekti koji se pojavljuju u žalbenom postupku da će se primjenjivati postupovna pravila ZUP-a. Nažalost, kao i u nizu drugih slučajeva, i u ovoj odredbi sadržana je pogreška, i to ispuštanjem riječi “opći”. Naime, u njoj je trebalo stajati da će se primijeniti odredbe “zakona kojim se uređuje opći upravni postupak”, a to je Zakon o općem upravnom postupku.

I nizom drugih odredbi ZOJN-a je izravno propisana primjena ZUP-a glede pojedinih procesnih pitanja. Tako je propisano da se odredbe ZUP-a primjenjuju na: računanje rokova (čl. 38.), razloge ništavosti (čl. 151. st. 1. toč. 5.) te na odnose zastupanja stranaka (čl. 155. st. 6.).

U drugoj skupini pravnih izvora su odluke Državne komisije, Upravnog suda RH i Ustavnog suda RH.

Posebno je važna praksa Državne komisije jer je na osnovu važećeg zakona već donesen relativno veliki broj odluka. U njima je Državna komisija zauzela pravna stanovišta te bi ih sudionici u postupcima upravne zaštite pred Državnom komisijom trebali imati u vidu. Da bi praksa Državne komisije bila pouzdan pravni izvor trebalo bi osigurati da se jednom zauzeta stanovišta o pojedinim pitanjima kontinuirano i dosljedno primjenjuju u svim istovjetnim situacijama te da su sve

¹⁹ Zakon o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave donesen je 5. veljače 2010. g. i objavljen u Narodnim novinama, br. 21 od 15. veljače 2010. g.

²⁰ Zakon o općem upravnom postupku donesen je 27. ožujka 2009. g. Objavljen je u Narodnim novinama br. 47. od 16. travnja 2009. g. Stupio je na snagu 1. siječnja 2010. g.

odluke Državne komisije javno dostupne (publikacije, Internet).

Odluke Upravnog suda RH i Ustavnog suda RH tek će postati pravnim izvorom. Naime, do sada se pravna regulacija javne nabave često mijenjala tako da danas praktično ne postoje odluke koje su relevantne za rješavanje sporova nastalih po važećem ZOJN-u.

U trećoj skupini pravnih vrela bit će, nakon primitka Republike Hrvatske u članstvo Europske unije, ogromna praksa Europske komisije i Europskog suda peravde (Luksemburg) koja već postoji i koja će vremenom postajati sve većom i nerijetko će biti dominantna u odnosu na nacionalna pravna vrela.

4. NADLEŽNOST - DRŽAVNA KOMISIJA ZA KONTROLU POSTUPAKA JAVNE NABAVE

Zaštita prava sudionika u postupcima javne nabave centralizirana je i isključivoj je nadležnosti Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave. Njezino sjedište je u Zagrebu.

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave je samostalno i neovisno državno tijelo osnovano posebnim zakonom - Zakonom o Državnoj komisiji za kontrolu javne nabave.

Odredbama zakona o statusu Državne komisije, postupku imenovanju njezinih članova, uvjetima za njihov izbor, postupku odlučivanja, načinu donošenja odluka, ovlastima, obvezatnosti odluka i javnosti rada osigurava se s dovoljna organizaciona i funkcionalna samostalnost i neovisnost ovog tijela. Tako se time udovoljava standardima pravozaštitnih direktiva EU o statusu i funkcioniranju tijela koje pruža pravnu zaštitu sudionicima u postupcima javne nabave.

Državna komisija ima pet članova od kojih je jedan predsjednik i jedan zamjenik predsjednika. Imenuje ih Hrvatski sabor na prijedlog Vlade Republike Hrvatske, a na temelju prethodno provedenog javnog natječaja. Članovi Državne komisije imenuju se na razdoblje od 5 godina i mogu biti ponovno imenovani. Člana Državne komisije može razriješiti dužnosti prije isteka samo Hrvatski sabor na prijedlog Vlade Republike Hrvatske, i to iz zakonom strogo propisanih razloga (čl. 13. ZDKJN)

Zakonom propisani uvjeti za imenovanje članova Državne komisije²¹

²¹ Uvjeti za izbor predsjednika i članova Državne komisije utvrđeni su odredbama čl. 10 ZDKJN. Za predsjednika Državne komisije imenuje se osoba koja ima završen sveučilišni studij prava, odnosno visoku stručnu spremu, stručni naziv diplomirani pravnik, stečenu na temelju ranije važećih propisa, položen pravosudni ispit, najmanje šest godina rada kao sudac, državni odvjetnik, zamjenik državnog odvjetnika, javni bilježnik ili odvjetnik, odnosno 10 godina na drugim pravnim poslovima nakon položenog pravosudnog ispita.

Osim predsjednika Državne komisije, još najmanje dva člana Državne komisije moraju biti osobe koje imaju završen sveučilišni studij prava, odnosno visoku stručnu spremu stečenu na temelju ranije važećih propisa, od kojih se jedan imenuje za zamjenika predsjednika, te radno iskustvo u struci najmanje 10 godina. Ostali članovi Državne komisije moraju imati završen sveučilišni studij ekonomije, prava ili tehničkog usmjerenja, odnosno visoku stručnu spremu na temelju ranije važećih propisa, te radno iskustvo

trebaju osigurati visoku razinu stručnosti za odlučivanje o stvarima iz njegova djelokruga.

Državna komisija je nadležna u žalbenom postupku odlučivati o zakonitosti postupaka, radnji, propuštanja radnji i odluka kao i pojedinačnih akata donesenih u postupcima javne nabave, davanja koncesija i odabira privatnog partnera u projektima javno-privatnog partnerstva. Nadležna je da odlučuje i o drugim dopuštenim zahtjevima, u pravilu akcesornim, koje su u postupku pravne zaštite postavile stranke postupka.

5. PREDMET (OBJEKT) UPRAVNE ZAŠTITE

Načelni je stav hrvatskog zakonodavca da se pravna zaštita - upravna i sudska - u postupcima javne nabave treba osigurati protiv svih odluka, radnji i propuštanja te postupaka naručitelja koji imaju ili bi mogli imati učinak na prava sudionika u postupku. Pravo na pravnu zaštitu osigurava se bez obzira na vrijednost ugovora radi kojeg se provodi postupak javne nabave. Tu hrvatski zakonodavac dosljedno slijedi stroga pravila o osiguranju zakonitosti u postupcima javne nabave koja su ustanovljena recentnim direktivama Europske unije.

Nažalost, dobra ideja i namjera da se osigura zakonitost i pravna zaštita sudionika u javnoj nabavi nije adekvatno jasno i precizno pretočena u pravne norme. Predmet (objekt) pravne zaštite nije u ZOJN-u cjelovito i jasno određen jednom ili više posebnih pravnih normi. Određivanje predmeta pravne zaštite pomiješano je s normama o pravnim sredstvima za osiguranje zaštite i normama koje uređuju krug osoba koje su legitimirane tražiti pravnu zaštitu.

Odredbom čl. 137. st. 1. ZOJN-a, koja je loše nomotehnički sročena, propisano je da se pravna zaštita pred Državnom komisijom može tražiti "protiv odluke, radnje, propuštanja radnje naručitelja koju je na temelju ovoga Zakona trebalo obaviti, te postupaka na koje se mora primijeniti ovaj Zakon". Prema tome, postoje četiri vrste predmeta (objekata) pravne zaštite: a) odluke, b) radnje, c) propuštanja dužnog činjenja i d) postupaka na koje se ZOJN primjenjuje.

Odredba iz čl. 2. st. 2. ZDKJN-a kojom se određuje predmet pravne zaštite je još nepreciznija i uža od odredbe iz čl. 137. st. 1. ZOJN-a. Naime, odredbom čl. 2. st. 2. propisano je da "Državna komisija u žalbenom postupku odlučuje o zakonitosti postupaka, radnji, propuštanja radnji i odluka kao pojedinačnih akata donesenih u postupcima javne nabave...". Tu ne samo da je promijenjeno formuliranje predmeta zaštite u odnosu na formulaciju iz čl. 137. st. 1. ZOJN-a, nego je i nelogično izvrnut redosljed predmeta pravne zaštite. Ocjena zakonitosti odluka stavljena je na posljednje mjesto mada je potpuno jasno da su one primaran objekt kontrole te za sudionike u javnonabavnom postupku najvažnije. Analiza prakse Državne komisije pokazuje da su žalbe protiv odluka, i to protiv odluka

u struci najmanje 10 godina.

donesenih na kraju postupka javne nabave, daleko najbrojnije.

Iz teksta odredbe čl. 137. st. 1. ZOJN-a ne može se utvrditi što se smatra odlukom (je li to akt u formalnom smislu ili je to neformalno odlučenje) i u kojoj fazi javnonabavnog postupka je odluka donesena. Tako je isto učinjeno i glede radnji, propuštanja dužnog činjena i postupaka na koje se ZOJN primjenjuje. Tek analizom sadržaja odredbe čl. 147. st. 2. ZOJN-a o računanju rokova za izjavljivanje žalbe i odredbe čl. 140. st. 2. o bitnim povredama ZOJN-a može se zaključiti se pravna zaštita može tražiti protiv npr. dluka o odabiru ponuda te odluka u vezi objave o javnoj nabavi u odnosu na podatke, radnje, postupke i nečinjenja iz objave; javnog otvaranje ponuda u odnosu na radnje, postupke, nečinjenja vezana uz dokumentaciju nabave te postupak otvaranja ponuda, protiv odluke kojom se odlučuje o pojedinačnom pravu iz javne nabave u odnosu na postupak pregleda i ocjene sposobnosti te postupak pregleda, ocjene i odabira ponude; zbog nedonošenja odluke i zbog provođenja postupka javne nabave suprotan ZOJN-u.

Dakle, pravna zaštita može se tražiti ne samo protiv odluke naručitelja donesene na kraju javnonabavnog postupka, nego i protiv svih odluka naručitelja, njegovih radnji ili propuštanja dužnog činjenja kao i nezakonitog postupanja u svim prethodnim fazama javnonabavnog postupka.

6. POKRETANJE POSTUPKA UPRAVNE ZAŠTITE

6. 1. Žalba

Za pokretanje postupka pravne zaštite vrijedi isključivo privatna maksima, a ne i službena (oficijelna) maksima. Državna komisija ne može sama po službenoj dužnosti (ex off) pokrenuti postupak upravne zaštite. Pružanju upravne zaštite - ocjeni zakonitosti odluke radnje, propuštanja činjenja i postupanja u konkretnom postupku javne nabave može pristupiti tek kad je legitimirana stranka podnijela žalbu, odnosno zahtjev. Tek u kasnijim fazama postupka upravne zaštite, i to ako su ispunjene određene pretpostavke, Državna komisija može postupati po službenoj dužnosti (ex off).

Postupak upravne zaštite pokreće se, u pravilu, žalbom. Samo se postupak poništenja postupka javne nabave zbog nedostavljanja dokumentacije Državnoj komisiji pokreće zahtjevom.

Predajom žalbe naručitelju, odnosno zahtjeva za poništenje postupka javne nabave zbog nedostavljanja dokumentacije Državnoj komisiji započinje postupak pravne zaštite (čl. 147. st. ZOJN-a).

6. 2. Ovlaštene osobe za podnošenje žalbe - aktivno legitimirane osobe

Budući da se postupak zaštite prava sudionika pokreće isključivo po privatnoj maksimi vrlo je važno utvrditi tko je legitimiran uložiti žalbu, odnosno drugi

zahtjev za ostarijanje zaštite

U ZOJN-u je legitimacija za pokretanje postupka upravne zaštite vrlo široko koncipirana. To je izravna posljedica recipiranja relevantne odredbe pravnozaštitne direktive EU,²² te realizacije načela dostupnosti i nediskriminacije pri ulaganju pravnih lijekova.

Analizom odredbe čl. 137. ZOJN-a može se utvrditi da postoje tri kruga subjekata koji su legitimirani za iniciranje postupka. U prva dva kruga su subjekti koji iniciraju postupak radi zaštite svojih prava i pravnih interesa, a treći krug obuhvaća subjekte koji iniciraju žalbeni postupak isključivo radi zaštite zakonitosti postupanja u javnoj nabavi, a time indirektno štite javni interes.

U prvom krugu su relativno jasno definirani subjekti - to su natjecatelji i ponuditelji u postupku javne nabave. Natjecatelj je gospodarski subjekt, dakle fizička ili pravna osoba koja na tržištu nudi izvođenje radova, isporuku robe ili pružanje usluga ili udruženje gospodarskih subjekata, koji je voljan sudjelovati u postupku javne nabave i svoju je volju iskazao zahtjevom za sudjelovanje. Ponuditelj je gospodarski subjekt (fizička ili pravna osoba koja na tržištu nudi izvođenje radova, isporuku robe ili pružanje usluga) ili udruženje gospodarskih subjekata, koji je dostavio svoju ponudu. Status natjecatelja i ponuditelja može se, u pravilu, bez većih teškoća utvrditi jer postoji u spisu predmeta (dokumentaciji) njihov pisani zahtjev, odnosno ponuda. Za njih nije potrebno ni utvrđivati postojanje pravnog interesa za iniciranje postupka pravne zaštite. Taj interes je evidentan. Dostavom zahtjeva, odnosno ponude nedvosmisleno su iskazali svoj pravni interes za dobivanje ugovora o javnoj nabavi.

U drugom krugu su "drugi gospodarski subjekti", dakle to nisu ni natjecatelji niti ponuditelji. Takav "drugi gospodarski subjekt" legitimiran je inicirati postupak upravne zaštite tek ako su ispunjene dvije pretpostavke. Prva je, da taj subjekt ima pravni interes za dobivanje ugovora o javnoj nabavi u konkretnom postupku javne nabave, a druga da je pretrpio ili bi mogao pretrpjeti štetu od navodnoga kršenja subjektivnih prava. Dikcija odredbe čl. 137. st. 2. i uporaba riječi "odnosno" otvara moguću dilemu - radi li se o pretpostavkama koje se trebaju ispuniti alternativno ili kumulativno. Po mojem mišljenju, koje je možda odveć konzervativno, potrebno je ispuniti obje pretpostavke kumulativno jer bi se u protivnom mogao pretjerano širiti krug potencijalnih žalitelja te otvorile široke mogućnosti zlouporaba - da subjekti, koji nisu podnijeli zahtjev ili ponudu sprečavaju ili odgađaju sklapanje ugovora o javnoj nabavi.

"Drugi gospodarski subjekti" nisu podnijeli zahtjev, odnosno ponudu za sklapanje ugovora o javnoj nabavi kao što su to učinili natjecatelji ili ponuditelji te se, prema tome, ne može presumirati postojanje njihova pravnog interesa. Prigodom izjavljivanja žalbe oni prvo moraju dokazati ili bar učiniti vjerojatnim

²² Odredba Art. 1 toč. 3 pravnozaštitne direktive 2007/66 EC Europskog parlamenta i vijeća nameće obvezu državama članicama da sredstva pravne zaštite učine dostupnima "barem svakom subjektu koji je ili koji je bio zainteresiran za dobivanje konkretnog ugovora i koji je pretrpio ili je u opasnosti da pretrpi štetu zbog navodnog kršenja".

postojanje njihova pravnog interesa. U tom smislu ide i postojeća praksa Državne komisije²³

Interes za dobivanje ugovora može se procjenjivati na osnovu različitih okolnosti, kao što je - da li je žalitelj registriran za obavljanje djelatnosti koja je predmet javne nabave, je li pripremio ponudu za konkretan postupak javne nabave, je li od naručitelja tražio dodatne informacije o postupku ili je tražio objašnjenje dokumentacije. Postojanje pravnog interesa mora se procjenjivati od slučaja do slučaja, a za odluku o legitimaciji žalitelja svakako će biti relevantno postojanje druge pretpostavke.

Naime, "drugi gospodarski subjekti" moraju dokazati ili učiniti bar vjerojatnim da su u konkretnom postupku javne nabave pretrpjeli štetu ili da bi je mogli pretrpjeti. Glede ocjene postoji li aktivna legitimacija tih drugih subjekata svakako će biti instruktivna praksa Europskog suda pravde u Luksemburgu. On je dosad prilično široko priznao tužbovnu (žalbenu) legitimaciju benevolentno ocjenjujući postojanja pravnog interesa tužitelja (žalitelja) i štete koja je nastupila ili bi mogla za njega nastupiti.²⁴

U trećem krugu legitimiranih subjekata za iniciranje upravne zaštite su državna tijela kojima je cilj štititi zakonitost i javni interes. To su, prema odredbi čl. 137. st. 3. ZOJN-a : tijelo nadležno za sustav javne nabave²⁵ i/ili Državno odvjetništvo.

U izvornoj odredbi čl. 137. st. 3. ZOJN-u iz 2007. g. bilo je propisano da pravnu zaštitu može tražiti Ured za javnu nabavu Vlade Republike Hrvatske, no novelom ZOJN-a iz 2009. g. to je zamijenjeno s "tijelom nadležnim za sustav javne nabave." Ovo tijelo trebalo bi otkrivati nepravilnosti u postupku javne nabave koje počine naručitelji. Zato ima pravo zatražiti svakog naručitelja dokumentaciju za nadmetanje ili pojedine njezine dijelove, njegove odluke i ostale podatke povezane s pojedinom nabavom te očitovanje o izvršenoj nabavi, a naručitelj je to dužan učiniti u određenom mu roku. Ovo tijelo je ovlašteno i davati mišljenja naručitelju o uočenim nepravilnostima i preporuku o načinu otklanjanja uočenih nepravilnosti, a konačno ovlašten je pokrenuti postupak pravne zaštite

²³ Rješenje Državne komisije, Klasa: UP/II-034-02/09-01/277 od 9.4.2009.

²⁴ V.: Odluku u predmet C-249/01 Werner Hackermüller and Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG), Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED) (2003) ECR I-6319,

²⁵ Tijelo nadležno za sustav javne nabave ima vrlo široko određenu nadležnost i brojne ovlasti. Ono je nadležno za razvoj, unapređenje i koordinaciju cjelokupnoga sustava javnih nabava; davanje mišljenja, uputa i pružanje stručne pomoći u svezi s primjenom ZOJN-a i drugih propisa u području javne nabave; za predlaganje, pripremu i koordinaciju izrade nacrtu prijedloga zakona i drugih propisa o javnoj nabavi. Ono je nadležno provoditi nadzor nad provedbom ZOJN-a i drugih propisa u području javne nabave i podnošenje zahtjeva za pokretanje prekršajnog postupka. Rad ovoga tijela trebao bi biti prvenstveno usmjeren na preventivno-instruktivni rad - izobrazba i usavršavanje sudionika sustava javne nabave usklađivanje i sudjelovanje u izradi tehničkih i normizacijskih; za suradnju s državnim tijelima Republike Hrvatske radi postizanja ujednačenog tumačenja i pravilne primjene propisa iz područja javne nabave; prikupljanje, evidenciju, obradu i analizu podataka o javnoj nabavi te podnošenje statističkih izvješća; ostvarivanje međunarodne suradnje i promicanje vrijednosti sustava javne nabave, te za druge poslove propisane ovim Zakonom.

pred Državnom komisijom za kontrolu postupaka javne nabave.

Na temelju Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o unutarnjem ustrojstvu i djelokrugu središnjih tijela državne uprave²⁶ Ministarstvo gospodarstva, rada i poduzetništva preuzelo je poslove prava i obveze Ureda za javnu nabavu Vlade Republike Hrvatske. Sada postoji neobična situacija da je jedna ustrojbeno jedinica tijela državne uprave (Ministarstva) ovlaštena samostalno pokretati postupak pred Državnom komisijom.

I Državno odvjetništvo ima ovlast na ulaganje žalbe protiv odluke naručitelja temeljem izričite odredbe čl. 137. st. 3. ZOJN-a, ali to ovlaštenje proizlazi i iz Zakona o državnom odvjetništvu, koje je samostalno i neovisno pravosudno tijelo ovlašteno i dužno postupati protiv počinitelja kaznenih djela i drugih kažnjivih djela, poduzimati pravne radnje radi zaštite imovine Republike Hrvatske, te podnositi pravna sredstva radi zaštite Ustava i zakona (čl. 2. st. 1 Zakona o državnom odvjetništvu).²⁷

Zadaća tijela nadležnog za sustav javne nabave i Državnog odvjetništva je da štite zakonitost i da pokreću postupak u slučaju sumnje u protupravno djelovanje naručitelja javne nabave. Zato svaki od njih može samostalno inicirati postupak pravne zaštite pred Državnom komisijom. Moguće je da u konkretnom postupku žalbu podnosi jedno od ta dva tijela, ali nema zapreke da žalbu izjave oba no ipak će se voditi jedan postupak.

6. 3. Sadržaj i oblik žalbe

Da bi se o bilo kojoj žalbi uopće moglo postupiti, ocijeniti zakonitost osporenog akta, činjenja ili propuštanja nekog javnopravnog tijela uvijek je potrebno je da žalba sadrži relevantne podatke o podnositelju žalbe, predmetu žalbe, činjeničnom stanju, zahtjevu žalitelja te formalnosti koje zasvjedočuju autentičnost podnositelja. Dok se u općem upravnom postupku vrlo benevolentno tolerira da žalitelj u žalbi iznese samo nužni minimum podataka potrebnih za postupanje drugostupanjskog tijela drugačije je u postupku javne nabave.

Zbog velike društvene i gospodarske važnosti javne nabave, potrebe njezina učinkovitog i brzog realiziranja, a što uključuje i rješavanje spora između naručitelja i sudionika javne nabave, kao i s obzirom na okolnost da u ime naručitelja i žalitelja nastupaju kvalificirane stručne osobe zakonodavac je sadržaj žalbe u stvarima javne nabave strogo propisao taksativno navodeći sve podatke koja mora sadržavati. Takva žalba sa svim relevantnim podacima omogućava žalbenom tijelu da hitro postupa bez nepotrebnog pozivanja žalitelja na dopunu ili pojašnjenje žalbe.

U odredbi čl. 143. st. 1. ZOJN-a propisano je u 12 točaka što žalba treba da sadrži. No, ako se uzmu u obzir posljedice činjenice da žalitelj neke podatke

²⁶ V.: odredba čl. 13. st. 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o unutarnjem ustrojstvu i djelokrugu središnjih tijela državne uprave, Narodne novine, br. 27/08.

²⁷ Narodne novine, br. 76/09 i 153/09.

nije iznio u žalbi onda se može utvrditi da žalba treba sadržavati obligatorne i fakultativne, ali poželjne, preporučene podatke.

Obligatorno se u žalbi moraju navesti samo podaci: a) o žalitelju (ime, prezime, tvrtka ili naziv, adresa prebivališta, sjedište), b) o nazivu, tvrtki i sjedištu naručitelja, c) o broju i datumu postupka javne nabave i podatke o objavi o javnoj nabavi, d) o broju i datumu odluke o odabiru ponude, poništenju nadmetanja ili druge odluke naručitelja i e) prijedlog dokaza.

Kao fakultativni, ali preporučeni podaci su oni:

- a) o zastupniku ili punomoćniku,
- b) o radnji, propuštanju radnje ili postupcima naručitelja koji su predmet postupka, predmetu nabave te o evidencijskim brojem nabave,
- c) opis činjeničnog stanja,
- d) opis nepravilnosti s obrazloženjem,
- e) žalbeni zahtjev,
- f) zahtjev za naknadu troškova postupka i
- g) potpis ovlaštene osobe i pečat.

Distinkcija na obligatorne i fakultativne podatke žalbe proizlazi iz pravnih posljedica.

Naime, ako žalba ne sadržava obligatorne podatke Državna komisija je dužna pozvati žalitelja da upotpuni žalbu i odrediti mu rok koji ne može biti duži od pet dana. A ako žalitelj ne postupi po pozivu žalba će se odbaciti kao neuredna, osim ako bi se iz sadržaja moglo postupiti i ako žalba ima postavljen žalbeni zahtjev (čl. 144. ZOJN-a). Ovakvo zakonodavčevo rješenje je prilično nelogično budući da su među obligatorne podatke uvršteni različiti tehnički podaci koji samo olakšavaju administrativno-tehničko manipuliranje predmetom, a s druge strane se ne inzistira da žalitelj u žalbi navede podatke o zastupniku ili punomoćniku, opisu nepravilnosti, da istakne žalbeni zahtjev i da je potpiše ovlaštene osoba i pečatom, koji trebaju Državnoj komisiji jamčiti autentičnost zahtjeva.

Žalitelj je dužan i priložiti dokaz o uplati upravne pristojbe i o uplati naknade za vođenje postupka.

Žalitelj koji nema sjedište na području Republike Hrvatske dužan je u žalbi odrediti punomoćnika ili punomoćnika za prijem pismena sa teritorija Republike Hrvatske ili odrediti drugi način dostave koji neće dovesti do odugovlačenja postupka. Ako žalitelj nije imenovao punomoćnika ili punomoćnika za prijem pismena sa područja Republike Hrvatske trebalo bi postupiti prema odredbi čl. 37. st. 2. ZUP-a, tj. takvu žalbu odbaciti.

Ako žalitelj traži određivanje privremene mjere dužan je odgovarajući prijedlog postaviti odmah u žalbi, a ne naknadno. Naknadno izjavljen prijedlog odbacit će se (čl. 143. st. 4. i 5).

Budući da se postupak pravne zaštite vodi na hrvatskom jeziku i uz uporabu latiničnog pisma (čl. 136. ZOJN-a) žalba mora biti napisana na hrvatskom jeziku

i latiničnom pismu.

6. 4. Rok za žalbu

U odredbi čl. 147. st. 2. ZOJNA-a određuje se strogo prekluzivni rok u kojem se izjavljuje žalba. Žalba se izjavljuje, u pravilu, u roku od deset dana, a iznimno, u postupcima nabave male vrijednosti u roku od tri dana.

Početak računanja roka za izjavljivanje žalbe nije jedinstveno propisan, nego se on određuje različito s obzirom na akt ili radnju koja se žalbom osporava. Tako se propisuje da računanje roka za žalbu počinje od dana: a) objave o javnoj nabavi u odnosu na podatke, radnje, postupke i nečinjenja iz objave, b) javnog otvaranja ponuda u odnosu radnje, postupke, nečinjenja vezana uz dokumentaciju nabave te postupak otvaranja ponuda, a u slučaju kada nije bilo javnog otvaranja ponuda od dana dostave odluke kojom se odlučuje o pojedinačnom pravu iz javne nabave u odnosu na postupak pregleda i ocjene sposobnosti te postupak pregleda, ocjene i odabira ponude, c) primitka odluke kojom se odlučuje o pojedinačnom pravu iz javne nabave u odnosu na postupak pregleda i ocjene sposobnosti te postupak pregleda, ocjene i odabira ponude, d) isteka roka za donošenje odluke o pojedinačnim pravima iz javne nabave u odnosu na postupak pregleda i ocjene sposobnosti te postupak pregleda, ocjene i odabira ponude, e) od saznanja za postupak nabave proveden na način suprotan ZOJN-u, a najkasnije u roku godine dana od dana kada je taj postupak proveden.

Budući je odredbom čl. 38. ZOJN-a izrijeком propisano da se na računanje rokova u postupku javne nabave primjenjuju odgovarajuće odredbe ZUP-a to nedjelje, blagdani i neradni dani ne utječu na tijek roka, ali ako zadnji dan roka pada u nedjelju, na blagdan ili drugi dan kad naručitelj ne radi, rok istječe prvoga sljedećega radnog dana (čl. 81. ZUP-a). Pri tome se primjenjuje normalan tzv. civilni način računanja (*computatio civilis*) koji smatra cijeli dan nedjeljivom cjelinom, tako da rok istječe krajem dana. Primjenom pravila ZUP-a (čl. 72. st. 1. i 2.) smatrat će se da je žalba izjavljena u roku ako je prije isteka roka zaprimljena od strane naručitelja, odnosno Državne komisije. No, kad je žalba upućena poštom preporučeno ili predana ovlaštenom pružatelju poštanskih usluga dan predaje pošti, odnosno pružatelju poštanskih usluga smatra se danom predaje naručitelju, odnosno Državnoj komisiji kojem je upućen (čl. 145. st. 4. ZOJN-a).

Budući da se radi o strogo prekluzivnom roku naručitelj ni Državna komisija ne mogu produžiti rokove za izjavljivanje žalbe. Propuštanjem roka za žalbu protiv odluka i radnji, odnosno njihovih propuštanja nezadovoljna stranka gubi pravo na žalbu. Da se izbjegnu eventualne nedoumice o posljedicama propuštanja roka za žalbu u tijeku postupka javne nabave odredbom čl. 147. st. 3. ZOJN-a izrijeком je propisano da žalitelj koji je propustio izjaviti žalbu u odnosu na radnje i postupke i nečinjenja vezana uz dokumentaciju nabave te postupak otvaranja ponuda, gubi pravo tražiti ispitivanje njihove zakonitosti u kasnijoj fazi postupka.

6. 5. Izjavljivanje žalbe i način njezine predaje

Žalba se izjavljuje Državnoj komisiji (čl. 145. st. 1. ZOJN-a), koja je nadležna za odlučivanje o njoj.

Žalba se, međutim, predaje naručitelju (čl. 145. st. 1. ZOJN-a) jer naručitelj ima važna i široka prava i obveze u odnosu na žalbu. No, žalitelj je dužan jedan primjerak žalbe istovremeno predati i Državnoj komisiji (čl. 145. st. 2. ZOJN-a). Ratio ove odredbe je sprečavanje eventualnog nezakonitog postupanja naručitelja u vezi sa žalbom te da se tako žalbeni postupak učini bržim i učinkovitijim.

Žalba se predaje naručitelju i Državnoj komisiji u pisanom obliku izravno ili preporučenom poštanskom pošiljkom. Po mojem mišljenju, žalitelj može poslati žalbu i putem ovlaštenog pružatelja poštanskih usluga kao što je to regulirano i odredbama ZUP-a. Žalba se može poslati naručitelju i Državnoj komisiji i elektroničkim putem ali pod pretpostavkom da su ostvareni uvjeti dostavljanja elektroničkih isprava u skladu s odredbama o elektroničkom potpisu.

Žalba se podnosi u dovoljnom broju primjeraka za Državnu komisiju i za sve ostale stranke u postupku.

6. 6. Suspenzivni učinak žalbe - zabrana sklapanja ugovora

Žalba u našem pravnom sistemu ima, u pravilu, odgovodni učinak. Izvršenju sadržaja rješenja se, dakle ne može pristupiti u roku za izjavljivanje žalbe, a ako je žalba izjavljena sve do donošenja odluke. To pravilo primijenjeno je i u postupku upravne zaštite sudionika u javnoj nabavi. Ono je u izvjesnoj mjeri modificirano što je uvjetovano specifičnim oblikom izvršenja odluke koja se može osporiti žalbom. Naime, odgovodni učinak žalbe odnosi se na potpisivanje ugovora o javnoj nabavi.

Nakon završenog postupka javne nabave i donesene odluke kojom je odlučeno o pojedinačnom pravu iz javne nabave u odnosu na postupak pregleda i ocjene sposobnosti te postupak pregleda, ocjene i odabira ponude naručitelj ne smije potpisati ugovor o javnoj nabavi ili pristupiti njegovu izvršenju u roku od petnaest od dana kad je sudionik u postupku (potencijalni žalitelj) primio. U postupcima nabave male vrijednosti taj rok je skraćen na pet dana (čl. 138. st. 1. ZOJN-a).

Interesantno je da je zakonodavac produžio rokove u kojem se ne smije zaključiti ugovor o javnoj nabavi u odnosu na rokove za izjavljivanje žalbe. Dok su rokovi za izjavljivanje žalbe deset, odnosno tri dana to su rokovi suspenzije izvršenja osporenog akta produženi na petnaest, odnosno pet dana. To je racionalno rješenje. Naime, ako bi rok za odgodu sklapanja ugovora bio istovjetan roku za izjavljivanje žalbe bila bi moguća situacija da, neposredno nakon proteka roka za žalbu (10 odnosno 3 dana), naručitelj sklopi ugovor o javnoj nabavi te da tek nakon toga stigne žalba koja je u roku poslana preporučenom pošiljkom o kojoj se treba tek odlučiti. Produženjem roka u kojem se odgađa sklapanje ugovora o javnoj nabavi otklanja se u najvećoj mjeri ta opasnost. Ta opasnost nije apsolutno otklonjena, ali je vrlo mala vjerojatnost, iako je moguća, da će da ispravno izjavljena žalba i

poslana poštom kasniti više od pet, odnosno dva dana.

Žalba koja je izjavljena protiv odluke o odabiru, obavijesti o početku postupka javne nabave u slučajevima pregovaračkog postupka javne nabave bez prethodne objave, izuzeća javne nabave od primjene ovog Zakona te nabave javnih usluga iz Dodatka II B (javne usluge, npr. prijevoza, obrazovne, zdravstvene, rekreacijske) sprječava potpisivanje ugovora o javnoj nabavi za sve grupe ili dijelove predmeta nabave (čl. 138. st. 2. ZOJN-a).

7. POSTUPAK ODLUČIVANJA O ŽALBI

7. 1. Pravila postupka

Postupak odlučivanja o žalbi uređen je vrlo sumarno odredbama ZOJN-a pa se zato moraju primjenjivati odgovarajuće norme ZUP-a. Pri tome, svakako se treba imati u vidu da se upravni postupak u pravilu vodi kao jednostranački postupak dok je postupak pravne zaštite u stvarima javne nabave dvostranački, odnosno višestranački. Insuficijencija specijalnih procesnih normi primjerenih dvostranačkom, odnosno višestranačkom postupku odlučivanja o žalbi u stvarima javne nabave potencira važnost procesnih načela koje proklamira ZOJN i ZUP.

Prema odredbi čl. 135. ZOJN-a pravna zaštita temelji se na “općim načelima javne nabave”²⁸ i posebnim načelima²⁹ - zakonitosti, efikasnosti, ekonomičnosti i kontradiktornosti postupka. A načela ZUP-a su: zakonitosti, razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa, pomoći neukoj stranci, utvrđivanja materijalne istine, samostalnosti i slobodne ocjene dokaza, učinkovitosti i ekonomičnosti, pristupa podacima i zaštite podataka, pravu stranke na pravni lijek i zaštite stečenih prava stranaka (čl. 5. do 14.)

Postupak pravne zaštite vodi se, prema odredbi čl. 136. ZOJN-a, na hrvatskom jeziku i uz uporabu latiničnog pisma.

7. 2. Stranke u postupku

U postupku upravne zaštite obligatorno sudjeluju sa položajem stranke: žalitelj i naručitelj. U istom postupku može sudjelovati više žalitelja koji osporavaju istu odluku, radnju ili propuštanje iz istih ili različitih razloga i s različitim zahtjevima. Međutim u postupku kao stranke mogu sudjelovati i odabrani ponuditelj te “drugi gospodarski subjekti” iz članka 137. stavka 2. ovoga Zakona.

O pokretanju žalbenog postupka Državna komisija je dužna po službenoj dužnosti obavijestiti odabranog ponuditelja. On ima pravo sudjelovanja u

²⁸ O načelima javane nabave u hrvatskom pravu v.: Medvedović, D. Temeljna načela javne nabave, Savjetovanje o javnoj nabavi, Narodne novine i Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, Zagreb, 2004.; Šprajc, I., Temeljna načela postupka javne nabave, Suvremeno poduzetništvo, br. 8, 2003., str. 94.-98.;

²⁹ Aviani, D., Pravna zaštita u postupku dodjele javnih ugovora -harmonizacija hrvatskog prava s *acquis communautaire*, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, br. 1, 2008., str. 175.-195.;

daljenjem postupku upravne zaštite, ali to nije njegova obveza.

“Druge gospodarske subjekte” Državna komisija nije dužna obavijestiti o pokretanju žalbenog postupka (u pravilu ni ne zna za njih), međutim oni se mogu sami prijaviti za sudjelovanje u postupku

Tijelo nadležno za sustav javne nabave i Državno odvjetništvo mogu imati svojstvo stranke u dvije različite situacije. Prva je, da su izjavili žalbu, te prema tome u postupku nastupaju kao žalitelji. Druga situacija je da nisu uložili žalbu. Državna komisija nije ih dužna obavijestiti o pokrenutom žalbenom postupku, nego za njegovo postojanje oni mogu saznati iz drugih izvora te, ako smatraju da je potrebno ili korisno njihovo sudjelovanje u žalbenom postupku mogu se prijaviti te time stječu položaj stranke.

Zbog ovako koncipiranog kruga stranaka moguće je da u žalbenom postupku sudjeluju samo dvije stranke - žalitelj i naručitelj, ali i da sudjeluje relativno veliki broj osoba, npr. više žalitelja, jedan ili više “drugih gospodarskih subjekata”, tijelo nadležno za sustav javne nabave i Državno odvjetništvo. Veliki broj stranaka svakako će otežati vođenje postupka i usporiti donošenje odluke.

U postupku upravne zaštite stranke zastupaju osobe ovlaštene za zastupanje. Budući da će u postupku javne nabave, u pravilu, sudjelovati pravne osobe njih zastupa zakonski zastupnik, odnosno ovlašteni predstavnik (čl. 33. st. 4. ZUP-a). Prema odredbi čl. 155. st. 6. ZOJN-a, stranke mogu u postupku upravne zaštite zastupati punomoćnici, a na odnos stranaka i punomoćnika primjenjuju se odredbe ZUP-a.

7. 3. Prava i dužnosti naručitelja u svezi sa žalbom

U propisima o javnoj nabavi koji su prethodili važećem ZOJN-u stranka je imala pravo protiv odluka i radnji naručitelja izjaviti prigovor naručitelju i tek ako je on prigovor odbacio ili odbio ili u zakonskom roku ne bi o prigovoru donio odluku stranka je mogla izjaviti žalbu. Takvo zakonsko rješenje vodilo je usporavanju žalbenog postupka posebice ako naručitelj nije postupao u skladu sa zakonom.

U važećem ZOJN-u napušten je prigovor te nezadovoljni sudionik u postupku javne nabave može protiv odluke, radnje, postupka ili propuštanja njihova donošenja, odnosno poduzimanja izjaviti žalbu nadležnom tijelu - Državnoj komisiji.

Radi postizanja ekonomičnosti i to bržeg ostvarivanja prava žalitelja odredbama ZOJN-a naručitelju su ipak data relativno široka prava i obveze glede žalbe. Ona su, međutim, bitno sužena u odnosu na ovlasti prvostupanjskog tijela propisanih u upravnom postupku.

Naručitelj nema ovlast, kao što to ima prvostupanjsko tijelo prema ZUP-u, ocjenjivati ispunjenje formalnih pretpostavki za valjano izjavljivanje žalbe i njezino odbacivanje. Naručitelj ne smije odbaciti žalbu zbog nenadležnosti, nedopuštenosti, neurednosti, nepravodobnosti ili zato što je izjavljena od

neovlaštene osobe (čl. 153. st. 2. ZOJN-a). Ovlašt odbacivanja žalbe iz ovih razloga rezervirana je isključivo za žalbeno tijelo - Državnu komisiju.

Nakon primitka žalbe naručitelj je ovlašten ispitati njezinu osnovanost i, u cijelosti ili djelomice, otkloniti grješke koje je počinio. Naručitelj je ovlašten: a) ispraviti radnju, poduzeti činjenje ili provesti drugi postupak, b) osporenu odluku staviti izvan snage i zamijeniti je drugom odlukom i c) poništiti postupak javne nabave čl. 153. st. 1. ZOJN-a). Smatram da bi ove ovlasti naručitelj smio koristiti samo u slučaju da u žalbenom postupku sudjeluje jedan žalitelj, dakle radi se o jednostranačkoj strani. No, ako u žalbenom postupku sudjeluju dva ili više žalitelja, koji osporavaju odluku, činjenje, propuštanje ili postupanje iz različitih razloga i s različitim zahtjevima naručitelj bi se obavezno morao suzdržati od intervencije u svoju ranije donesenu žalbom osporenu odluku, radnju, propuštanje ili drugo postupanje.

Naručitelj ima pravo koristiti se ovim ovlastima u roku od pet dana od dana primitka žalbe. Naime, ako je naručitelj iskoristio svoje ovlasti u svezi sa žalbom on je dužan je o tome obavijestiti žalitelja, kao i sve druge sudionike u roku pet dana od primitka žalbe. Protiv nove odluke, činjenja, nečinjenja i novog postupka žalitelj ima pravo žalbe.

Naručitelj je također dužan obavijestiti Državnu komisiju o korištenju svojih ovlasti u povodu žalbe te joj dostaviti izvornika nove odluke i dokaza o dostavi odluke svim sudionicima u postupku odabira. A Državna komisija je ex officio dužna kontrolirati je li je naručitelj odlučio o svim zahtjevima žalitelja. Ako nije onda će Državna komisija nastaviti žalbeni postupak (čl. 153. st. 5. ZOJN-a).

Neovisno o tome je li se koristio ovlastima - da razmotri žalbu, ocijeni njezinu osnovanost i otkloni nedostatke - naručitelj je dužan u roku pet dana od primitka žalbe Državnoj komisiji dostaviti žalbu sa svim priložima u izvorniku s podatkom i dokazom o vremenu njezina uručenja te spis predmeta, tj. kompletnu dokumentaciju postupka u kojoj trebaju biti cjeloviti i neizmijenjeni izvornici ponuda ponuditelja, prvenstveno žalitelja i odabranog ponuditelja te onih sposobnih ponuditelja koji omogućavaju postupak odabira (čl. 146. st. 1. toč. 1, 3. i 4. ZOJN-a).

Budući da se postupak pred Državnom komisijom vodi kao kontradiktoran postupak između žalitelja i naručitelja to je naručitelj dužan dati i odgovor na žalbu. Njegov odgovor mora biti obrazložen s očitovanjem o činjeničnim i pravnim navodima te o žalbenom zahtjevu, kronologiju postupka javne nabave s navodima o bitnim elementima postupka javne nabave (procijenjena vrijednost nabave, podaci o objavi o javnoj nabavi, postupak otvaranja ponuda, postupak pregleda i ocjene ponuda, odluka o odabiru itd.) te dokaze koji se odnose na okolnosti postojanja pretpostavki za donošenje zakonite odluke, radnji, propuštanja ili pak postupaka.

Moguća je situacija da naručitelj ne postupa u skladu sa zakonom te da Državnoj komisiji u roku ne dostavi žalbu sa svom potrebnom dokumentacijom (146. st. 1. ZOJN-a), odnosno Državnoj komisiji ne dostavi novu odluku koju je donio u povodu žalbe (čl. 153. st. 4. ZOJN-a).

U tom slučaju Državna komisija, koja zna da je žalba izjavljena budući da je primila primjerak žalbe od žalitelja istovremeno kad i naručitelj, zatražiti će ex officio od naručitelja da mu se dostavi dokumentacija. Nakon njezina primitka nastavit će postupati po žalbi (čl. 146. st. 2. ZOJN-a).

Žalitelj ima, temeljem odredbi čl. 154. ZOJN-a, na raspolaganju moćno i vrlo rigidno sredstvo u slučaju da naručitelj onemogućuje ili odugovlači postupanje po njegovoj žalbi. Naime, ako naručitelj ne bi Državnoj komisiji dostavio žalbu sa svom potrebnom dokumentacijom onda je žalitelj ovlašten u roku od trideset dana od dana predaje žalbe naručitelju postaviti zahtjev Državnoj komisiji da donese odluku o poništenju cjelokupnog postupka javne nabave. Ako žaliteljev zahtjev sadrži sve zakonom propisane podatke (čl. 154. st. 2. ZOJN-a) Državna komisija je dužna usvojiti zahtjev žalitelja i poništiti cijeli postupak javne nabave (čl. 154. st. 3. ZOJN-a).

Ove odredbe o obvezatnom poništenju cijelog postupka javna nabave zbog nedostavljanja dokumentacije u roku trpe ozbiljnu kritiku. Ne samo da su sadržajno i nomotehnički loše te se mogu različito interpretirati (npr. o roku), nego otvaraju realnu mogućnost da naručitelj ili žalitelj odnosno naručitelj i žalitelj zajednički manipuliraju ovim sredstvom i dovedu do poništenja cijelog postupka javne nabave koja je možda zakonito provedena. A time se izravno oštećuje druga stranka, npr. odabrani ponuditelj.

7. 4. Postupanje Državne komisije

Nakon primitka žalbe Državna komisija dužna je prvo ispitati je li uopće nadležna postupati po žalbi, a potom je li žalba dopuštena, uredna, pravodobna i izjavljena od ovlaštene osobe. Ako Državna komisija utvrdi da nije nadležna ili da je žalba nedopuštena, nepravodobna ili izjavljena od neovlaštene osobe, a limine će je odbaciti (čl. 151. st. 1. toč.2. ZOJN-a). Nema zapreke da se žalba iz ovih razloga odbaci i u kasnijem tijeku postupka ako se naknadno ustanovi postojanje razloga za to.

Zakonodavac je prilično blagonaklon prema žalitelju koji je predao neurednu žalbu. Naime ako je žalba neuredna pa ne sadrži određene podatke Državna komisija će pozvati žalitelja da otkloni nedostatke u žalbi i odrediti mu rok koji ne može biti duži od pet dana. Tek ako žalitelj u određenom mu roku ne otkloni nedostatke Državna komisija će žalbu odbaciti, osim ako bi na temelju sadržaja žalbe moglo postupati i ako je u žalbi postavljen žalbeni zahtjev (čl. 144. st. 2.). Upitno je zašto zakonodavac ide toliko in favorem neurednog žalitelja kad se s pravom treba očekivati da žalitelj nije neuka stranka nego, obrnuto, da je predstavnik žalitelja ili njegov punomoćnik stručan u poslovima javne nabave čim sudjeluje u takvom postupku.

U slučaju da Državna komisija nije a limine odbacila žalbu dužna je odmah ex offo obavijestiti odabranog ponuditelja o izjavljenoj žalbi, kako bi ovaj odlučio o svom sudjelovanju u postupku.

Budući je postupak pravne zaštite kontradiktoran Državna komisija je dužna svim strankama dostaviti žalbu i sve druge podneske koje primi tijekom postupka. Postupak odlučivanja o žalbi je u pravilu pismen bez održavanja javne rasprave. No, Državna komisija može odlučiti na obrazloženi prijedlog stranke i po vlastitoj inicijativi odrediti održavanje usmene rasprave. Ona će se naročito odrediti kad je potrebno razjasniti neko složeno činjenično stanje ili pravno pitanje (čl. 161. ZOJN-a). Odredbama ZOJN-a nije uređen tijek usmene rasprave, pa se stoga trebaju primijeniti odredbe čl. 54. ZUP-a. (5). Usmena je rasprava javna, a javnost može biti isključena zbog potrebe čuvanja poslovne, vojne ili službene tajne.

7. 5. Utvrđivanje činjeničnog stanja i dokazivanje

Da bi Državna komisija u žalbenom postupku mogla ocijeniti zakonitost osporene odluke, radnje, propuštanja ili drugog postupanja naručitelja treba utvrditi činjenično stanje. Činjenično stanje prvenstveno utvrđuje na temelju dokumentacije postupka javne, iz podataka tužbe, odgovora naručitelja na navode iz tužbe te podnesaka i izjava drugih stranaka ako ih u postupku ima.

Sve stranke u postupku dužne su iznijeti sve činjenice na kojima temelje svoje zahtjeve ili odluke, postupke, radnje ili nečinjenja, te predložiti dokaze kojima se te činjenice utvrđuju.

Žalitelj treba, načelno, već u žalbi dati opis činjeničnog stanja, opis nepravilnosti koje su učinjene i predložiti dokaze. On je dužan već u labi, ali i tijekom postupka pravne zaštite dokazati ili barem učiniti vjerojatnim postojanje činjenica i razloga koji se tiču ovlasti na podnošenje žalbe, povreda postupka ili povreda primjene materijalnog prava za koje zna ili bi trebao znati.

Naručitelj je dužan već prigodom dostave žalbe Državnoj komisiji dostaviti svu dokumentaciju postupka javne nabave i očitovati se o svim navodima žalitelja te dokazati postojanje činjenica i okolnosti na temelju kojih je donio osporenu odluku, poduzeo ili propustio radnju je postupa koji su predmet postupka. Tijekom postupka naručitelj je na poziv Državne komisije dužan dostaviti dodatnu dokumentaciju u određenom mu roku. Svaka stranka ima pravo očitovati se o zahtjevima i navodima drugih stranaka te predložiti dokaze. Zato je Državna komisija dužna svakoj stranci dostaviti podneske koje zaprimi u predmetu kojima se raspravlja o glavnoj stvari ili predlažu nove činjenice i dokazi.

Povrh toga, svaka stranka ovlaštena je kod Državne komisije razgledati spis predmeta osim onog dijela ponude i dokumentacije koji je u skladu s odredbom čl. 8. ZOJN-a ili drugog zakona utvrđen tajnim.

7. 6. Nagodba i mirenje

Stranke mogu tijekom cijeloga postupka sklopiti nagodbu. Sporazum o nagodbi unosi se u zapisnik. Nagodbu sklopljenu u postupku pred Državnom komisijom odobrit će vijeće pod uvjetom da ona ne vrijeđa prisilne odredbe zakona i pravila javnog morala ili pravne interese trećih osoba (čl. 152. ZOJN-a). Na sadržaj

nagodbe i način njezina sklapanja primjenjuju se i odredbe čl. 57. ZUP-a.

Prema odredbi čl. 142. ZOJN, stranke u postupku i Državna komisija trebaju nastojati da se spor riješi mirnim putem (mirenje). Budući da su mnoga materijalnopravna pitanja javne nabave uređena kogentnim pravnim normama upitna je dopustivost mirenja u svakom konkretnom postupku. Također je pitanje može li se uspješno provesti mirenje u postupcima upravne zaštite u kojima ne sudjeluje samo žalitelj i naručitelj, nego i veći broj žalitelja ili drugih stranaka.

8. ODLUČIVANJE DRŽAVNE KOMISIJE

8. 1. Način odlučivanja Državne komisije

Državna komisija u žalbenom predmetu donosi odluke isključivo kao kolegijalno tijelo na sjednici. Nema jedne vrste odluke o pravnoj zaštiti u postupku javne nabave koju bi bio ovlašten donijeti predsjednik, zamjenik predsjednika ili jedan član Državne komisije. Kворum za sjednicu čine tri člana od kojih je jedan obavezno predsjednik Državne komisije ili njegov zamjenik (čl. 156. st. 2. ZOJN-a i čl. 14. st. 2. ZDKJN). Odredbom da je na sjednici Državne komisije obavezna prisutnost predsjednika ili njegova zamjenika želi se postići dovoljna pravna kvalificiranost budući da samo predsjednik i njegov zamjenik nužno imaju pravno obrazovanje.³⁰

U odlučivanju o konkretnom predmetu ne smije sudjelovati član Državne komisije ako postoje razlozi za njegovo izuzeće.³¹

Odluka se o žalbenom predmetu donosi većinom od najmanje tri glasa s tim da se član

Državne komisije ne može suzdržati od glasovanja. Dakle, ako sjednici prisustvuju samo tri člana za donošenje odluke potrebna je njihova unisonost. No, tu se otvara pitanje što ako nje nema.

Sjednice vijeća Državne komisije su nejavne. O njezinu tijeku vodi se poseban zapisnik kojeg potpisuju svi prisutni članovi Državne komisije i zapisničar.

³⁰ O mogućim problemima utvrđivanja sastava vijeća Državne komisije koje odlučuje u konkretnom predmetu i eventualnim posljedicama nepravilnog sastava v.: Šprajc, I., Sporna mjesta u novom Zakonu o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave, Hrvatska pravna revija, svibanj 2010., str. 75

³¹ Član Državne komisije, uključujući i predsjednika i zamjenika predsjednika izuzet će se iz rada i odlučivanja ako postoji jedan od razloga za izuzeće propisanih u čl. 157. ZOJN-a.

Razlozi za izuzeće su člana Državne komisije su: 1. ako je sam stranka, zakonski zastupnik stranke ili je sa strankom u poslovnom odnosu, 2. ako je stranka ili njezin zastupnik srodnik, bračni drug ili srodnik potazbini, 3. ako postoje i druge okolnosti koje dovode u sumnju njegovu nepristranost ili Član Državne komisije izuzet će se od rada u vijeću u konkretnom predmetu čim sazna za postojanje kojeg od razloga za izuzeće te o tome obavijestiti predsjednika Državne komisije. Ako se rado o predsjedniku Državne komisije on obavještava o razlozima za izuzeće "ostale članove Državne komisije".

I stranke u postupku mogu tražiti izuzeće članova vijeća Državne komisije. O zahtjevu stranke za izuzeće odlučit će predsjednik Državne komisije, a o zahtjevu za izuzeće predsjednika vijeća odlučit će Opća sjednica.

8. 2. Ovlasti Državne komisije u povodu žalbe

Posljedica primjene privatne maksime u pokretanju postupka pravne zaštite trebala bi biti da je, u pravilu, Državna komisija i u tijeku postupka ograničena u pogledu širine ocjenjivanja osporene odluke, činjenja, propuštanja dužnog činjenja ili drugog postupka naručitelja³².

Stoga, Državna komisija postupa načelno u granicama zahtjeva iz žalbe (čl. 141. st. 1. ZOJN-a). No, na temelju noveliranih odredbi čl. 140. ZOJN-a, Državna komisija po službenoj dužnosti ocjenjuje zakonitost i onih dijelova postupka javne nabave u vezi kojih nije izjavljena žalba, istina samo u pogledu postojanja bitnih povreda ZOJN-a.

U odredbi čl. 140. st. 2. ZOJN-a taksativno su nabrojane povrede zakona koje se smatraju bitnim te je notorno da će njihovo postojanje Državna komisija moći utvrditi bez dodatnih i većih ispitivanja.

Tako se bitnom povredom zakona u provedbi javne nabave smatra: 1. provođenje postupka javne nabave bez donošenja odluke o početku postupka javne nabave, sa sadržajem određenim člankom 13. stavak 5. ZOJN-a, 2. neusklađenost dokumentacije za nadmetanje s odredbama ZOJN-a, koja je dovela ili koja je mogla dovesti do diskriminacije ponuditelja ili ograničenja tržišnog nadmetanja, 3. objave postupaka javne nabave koje nisu u skladu s odredbama ZOJN-a, 4. propusti vezani za postupak otvaranja ponuda, propusti vezani za ocjenu zahtjeva za sudjelovanje, 5. propusti vezani za postupak pregleda, ocjene i odabira ponuda, 6. odabir ponude čija je ukupna cijena veća od planiranih sredstava za nabavu, 7. odabir ponude koja nije najpovoljnija i 8. odabir neprihvatljive ponude.

No, s obzirom na sadržaj odredbe čl. 140. 1. ZOJN-a otvara se ozbiljno pitanje granica ispitivanja zahtjeva u žalbi. Naime, iz ove odredbe može se zaključiti da Državna komisija praktično u svakom postupku upravne zaštite može ispitivati zakonitost svakog postupka javne nabave u vezi kojeg je izjavljena žalba te nije vezana granicama zahtjeva u žalbi. Naime, prema odredbi ovoga članka postoji bitna povreda ZOJN-a “ako naručitelj u postupku nabave nije primijenio ili je nepravilno primijenio koju odredbu ovoga Zakona, a to je bilo ili je moglo biti od utjecaja na donošenje zakonite odluke.”

Dakle, Državna komisija bi trebala u svakom postupku porenutom žalbom *ex offo* utvrđivati je li možda naručitelj propustio primijeniti neku odredbu ZOJN-a ili ju je nepravilno primijenio te onda cijeniti je li to moglo biti od utjecaja na donošenje zakonite odluke.

Važno ograničenje za Državnu komisiju, a time i stranke u postupku, je da ona nije ovlaštena kontrolirati činjenično i pravno stanje koje je bilo predmetom prethodne žalbe u istom postupku nabave (141. st. 2. ZOJN-a) što je u stvari posljedica načela stečenih prava (pravomoćnosti). O stvari o kojoj je jednom

³² Šprajc Ivan, Granice ispitivanja zakonitosti odluke naručitelja u žalbenom stadiju javnonabavnog postupka, Hrvatska javna uprava, br. 4, 2006.,

odlučeno ne raspravlja se još jednom.

Tijekom cijelog postupka pravne zaštite Državna komisija može obustaviti postupak zbog odustanka žalitelja od žalbe te odbaciti žalbu zbog nenadležnosti, nedopuštenosti, neurednosti, nepravodobnosti i zbog toga što je izjavljena od neovlaštene osobe (čl. 151. st. 1. toč. 1. i 2. ZOJN-a).

Nakon okončanja postupka ispitivanja zakonitosti osporene odluke, radnje, propuštanja dužnog činjenja ili postupka Državna komisija je ovlaštena: a) odbiti žalbu kao neosnovanu, b) poništiti - u cijelosti ili djelomice - osporenu odluku, postupak ili radnju i c) proglašiti odluku o pojedinačnom pravu ili postupak ništavim ako je u postupku učinjena kakva nepravilnost koja je razlog ništavosti prema odredbama ZUP-a u (čl. 151. st. 1. točk. 3., 4. i 5. ZOJN-a.).

Povrh toga, Državna komisija će odlučiti i a) o nagodbi sklopljenoj u postupku pred Državnom komisijom, b) o zahtjevu za naknadu troškova žalbenog postupka, c) o određivanju privremene mjere te d) o prijedlogu za nastavak postupka javne nabave (čl. 151. st. 1 toč. 6., 7., 8. i 9. ZOJN-a).

8. 3. Rok za donošenje odluke

Dosljedno realizirajući opća načela javne nabave te načela postupka pravne zaštite - efikasnosti i ekonomičnosti - zakonodavac je odredbom čl. 156. st. 7. ZOJN-a obvezao Državnu komisiju da donese odluku o žalbi u roku 15 dana od dana kad je kompletirana dokumentacija spisa.

Ova odredba, međutim, ne određuje jasno i nedvosmisleno rok za donošenje odluke o žalbi. Rok počinje teći tek od dana kad je "kompletirana dokumentacija spisa". A kompletiranje dokumentacije može i duže trajati. Povrh povrh toga žalitelj i ostale stranke u postupku ne znaju u kojem je trenutku spis kompletiran i od kada počinje teći rok za donošenje odluke. Slijedeći relevantne odredbe ZUP-a o računanju rokova za donošenje rješenja, kao i dosadašnju upravnu i upravnosudsku praksu, trebalo bi zaključiti da je Državna komisija dužna u roku od 15 dana donijeti odluku i dostaviti je žalitelju, kao i svim ostalim strankama.

Ako Državna komisija u roku ne donese i ne dostavi odluku u povodu žalbe žalitelju postoji klasična situacija tzv. šutnja uprave, a to otvara stranci put sudske zaštite.

8. 4. Oblik i sadržaj odluka Državne komisije

Odluka Državne komisije donosi se u formi rješenja ili zaključka. O glavnoj stvari donosi se rješenje, a u ostalim slučajevima zaključak (čl. 151. st. 2. ZOJN.a). Po mojem mišljenju rješenje se mora donijeti u tri slučaja: a) kad se žalba odbija, b) kad se u cijelosti ili djelomice poništava odluka, radnja ili postupak i c) kad se osporena odluka proglašava ništavom. U svim ostalim slučajevima donosi se zaključak. Imajući u vidu odredbe novog ZUP-a i drugačije distingviranje rješenja od zaključaka opravdano je očekivati da će se to odraziti i na odredbe ZOJN-a pa

će se i u onim slučajevima u kojima se danas u postupku upravne zaštite odlučuje zaključkom donositi rješenje. Dapače, i prije noveliranja ZOJN-a moguće je da Državna komisija primjenjujući ZUP i u tim slučajevima već sada odlučuje rješenjem.

Rješenje i zaključak se obavezno donose u pisanom obliku te trebaju sadržavati sve dijelove propisane odredbama ZUP-a o rješenju: uvod, izreku (dispozitiv), obrazloženje i uputu o pravnom lijeku.

Odluka (rješenje odnosno zaključak), tj. njezin pisani otpравak dostavlja se svim strankama u postupku te tijelu nadležnom za sustav javne nabave i Državnom uredu za reviziju (čl. 156. st. 3. ZOJN-a).

Odluke se javno objavljuju i na internetskoj stranici Državne komisije (čl. 156. st. 8. ZOJN-a), ali tek nakon što je uredno dostavljena najmanje jednoj stranci u postupku pravne zaštite (čl. 20. st. 1. i 2. ZDKJN-a). Odluke se mogu objaviti i u službenom glasilu Republike Hrvatske - "Narodnim novinama".

Odluka Državne komisije je konačna i izvršna (čl. 151. st. 3. ZOJN-a), no nije još i pravomoćna. Svojestvo pravomoćnosti steći će tek onda ako nijedna stranka ne podnese tužbu za pokretanje upravnog spora ili kad tužba bude odbačena ili odbijena.

9. TROŠKOVI POSTUPKA

Problem troškova i njihova snošenja uređen je samo odredbama iz čl. 158. ZOJN-a. Kao i mnoga druga zakonska rješenja ZOJN-a i ove odredbe o troškovima otvaraju neke dileme i trpe kritiku³³.

Osnovno pravilo je, prema čl. 158. st. 1. ZOJN-a da u postupku pred Državnom komisijom svaka stranka snosi troškove uzrokovane svojim radnjama. Takva odredba trebala bi pridonijeti ekonomičnosti postupka upravne zaštite i smanjiti žalbe koje se izjavljuju iz obijesti. Državna komisija rješava o troškovima žalbenog postupka, određuje tko snosi troškove postupka i njihov iznos te kome se i u kojem roku moraju platiti. O tome odlučuje na temelju zahtjeva stranke. Taj zahtjev mora biti posve određen, specificiran i dostavljen prije donošenja rješenja o žalbi.

Žalitelj je je dužan naručitelju nadoknaditi sve troškove nastale podnošenjem žalbe ako je odustao od žalbe ili je odlukom Državne komisije žalba odbijena.

Ako je Državna komisija u cijelosti uvažila žalbu i poništila sporenu odluku, postupak ili radnju ili je osporeni pojedinačni akt proglasila ništavim troškove bi trebao nesumnjivo nadoknaditi naručitelj .

Međutim, ako je žalba uvažena samo djelomice, Državna komisija može odlučiti da svaka strana podmiri svoje troškove, da se troškovi žalbenog postupka podijele na jednake dijelove ili da se podijele razmjerno usvajanju žalbe.

³³ Šprajc, Ivan Odlučivanje o troškovima pravnog zastupanja stranaka u žalbenom stadiju postupka javne nabave, Pravo u gospodarstvu, 2, 2009., str. 664.-676.

O troškovima postupka odlučuje se rješenjm kojim se odlučuje o glavnoj stvari.

10. SUDSKA ZAŠTITA PROTIV ODLUKE DRŽAVNE KOMISIJE

Protiv odluke (rješenje ili zaključak) Državne komisije nezadovoljna stranka može u roku od trideset dana od dana primitka odluke tužbom pokrenuti upravni spor. Upravni spor se pokreće i vodi po odredbama Zakona o upravnim sporovima. Prema posebnoj odredbi - čl. st. 2. ZOJN-a postupak u predmetu javne nabave je žurne naravi. Za odlučivanje o tužbi sada je nadležan Upravni sud Republike Hrvatske.

Budući da 1. siječnja 2012. g. stupa na snagu novi Zakon o upravnim sporovima na temelju kojeg se napušta dosadašnja organizacija upravnosudske kontrole te se uspostavljaju prvostupanjski upravni sudovi i Visoki upravni sud otvara se vrlo važno pitanje koji će sud biti nadležan odlučivati o zakonitosti odluke Državne komisije - prvostupanjski sudovi ili Visoki upravni sud. Zbog pravila novog Zakona o upravnim sporovima o određivanju mjesne nadležnosti prvostupanjskih sudova (prebivalište, odnosno sjedište tužitelja) zakonodavac će trebati uskoro propisati specijalna pravila o određivanju nadležnosti u stvarima u kojima se tužba izjavljuje protiv odluka Državne komisije donesenih u postupcima u povodu tužbi protiv Državne komisije donesne u postupcima javne nabave.

ADMINISTRATIVE PROTECTION OF PARTICIPANTS IN THE PROCEDURE OF PUBLIC PROCUREMENT UNDER CROATIAN LAW

Public procurement in Croatia was legislatively regulated for the first time in 1997. The system for administrative protection of the participant rights in public procurement was only established in 2001. In this paper, the genesis of administrative protection is firstly shown, as are the modern legal sources for administrative protection including the Public Procurement Act in 2007 and 2008 and the Government Commission for Controlling Public Procurement Procedure Act of 2010, and the General Administrative Procedure Act of 2009 which are applied as subsidiary regulation. Relevant issues of administrative protection are critically reviewed such as authority (Government Commission for Controlling Public Procurement Procedure) the subject of administrative protection, commencing a procedure (appeal, legitimation, content and form, pronouncement and method of transmission, suspensive affect), appeal decision procedure (procedural rules, parties to a dispute, rights and duties of the client, Government Commission procedure, determining facts and proof, Government Commission decision (method of decision, authority and decision), costs of proceedings and court protection.

Key words: *public procurement, appeal, administrative procedure, administrative protection*