

Kritička analiza važnijih novina u Zakonu o javnoj nabavi

*Ivan Šprajc**

UDK 35.073.53
658.7(497.)(094)
Izvorni znanstveni rad
Primljeno 5. 12. 2005.
Prihvaćeno 23. 2. 2006.

Predmet rada su normativne novine uvedene u tekst Zakona o javnoj nabavi (ZOJN). Autor podvrgava kritičkoj analizi novelirane institute ZOJN-a te ih smješta u normativni kontekst određen prijašnjom verzijom zakonskog teksta odnosno europskim zakonodavstvom. Naposljetku, ocjenjuje se smisao i značenje izmjena i dopuna ZOJN-a.

Ključne riječi: novela Zakona o javnoj nabavi, postupak javne nabave

I. Uvod

Potreba postojanja kodificiranih postupaka javne nabave je nesporna, a postojanje kvalitetne kodifikacije tog tipa je i višestruko bitno. Posljedica je to brojnosti i važnosti onih segmenata na kojima se osjećaju učinci tih postupaka. Od spomenutih osobito ističemo ekonomske,

* Mr. sc. Ivan Šprajc, Zagreb

političke, administrativne kao i brojne druge učinke. Promatrana u tom svjetlu odnosna regulativa može izravno utjecati, pa redovito to i čini, na stupanj kompetitivne sposobnosti ili nesposobnosti nacionalnog gospodarstva (a to danas treba shvatiti isključivo u kategorijama globalnog tržišta), odnosno na štedljivo ili rastrošno gospodarenje javnim sredstvima te time povezanom kvalitetom i razinom ponude javnih dobara, zatim na stupanj prisutnosti ili iskorijenjenosti korupcije u javnom sektoru itsl.¹

Naznačeni značaj propisi o javnoj nabavi posjeduju, dakako, i u hrvatskom pravnom poretku. Tome valja pridodati i okolnost da u sadašnjem stanju odnosa Republike Hrvatske i Europske unije ukupna hrvatska pravna regulativa – pa shodno tome i onaj dio koji se odnosi na javnu nabavu – prolazi kroz fazu intenzivnog ispitivanja sukladnosti s pravnim poretkom EU. Spomenuta okolnost, zasigurno, dodatno podiže stupanj važnost domaćih propisa o javnoj nabavi, a time istodobno postaje i novi kriterij procjene istih tih propisa.

Svi izneseni razlozi uzrokuju, posve razumljivo, izrazitu zainteresiranost stručne, pa i šire, javnosti za svaku zakonodavnu intervenciju u propise o javnoj nabavi. Iznimka u tom smislu nije ni posljednja novela ključnog propisa tog pravnog područja – Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine, br. 117/01; dalje: ZOJN. Novela, izvršena Zakonom o izmjenama i dopunama ZOJN-a, objavljena je u Narodnim novinama, br. 92/05; dalje u tekstu: Novela). Uvjereni smo da će Novela, koja je stupila na snagu 1. listopada 2005, uzrokovati znatne i brojne promjene u pravnom režimu javnih nabava. Upravo iz tog uvjerenja proizlazi potreba poznavanja sadržaja Novele kojoj je i posvećen naš tekst.

Zbog ograničenosti prostora ne možemo analizirati sve promjene zakonskog teksta učinjene Novelom, naš tekst se bavi isključivo izmjenama odredbi koje imperativno definiraju pojmove upotrijebljene u Zakonu (čl. 2. ZOJN), zatim odredbama na temelju kojih se određuje krug obveznika primjene tog propisa (čl. 4–5. ZOJN), potom odredbama koje uređuju situacije u kojima se zakonski akt u pitanju ne primjenjuje (tzv. »egzemptivne klauzule« sadržane u čl. 6. ZOJN), dalje odredbama koje potanko propisuju pretpostavke za primjenu jednog oblika javnonabavnog postupka (čl. 12. i dijelom čl. 13. ZOJN) te konačno

¹ V. opširnije u: D. Medvedović – I. Šprajc, Postupak javnih nabavki i pravna zaštita sudionika, Pravo u gospodarstvu, br. 4/2003, str. 164–165 odnosno 181–182.

odredbama kojih se sadržaj iscrpljuje u uređenju instancijskog dijela javnonabavnog postupka (čl. 70–71. te dijelom i čl. 13. ZOJN).

II. Opći pregled Novele

Generalno promatrano Novela ZOJN-a je opsežna, bitna i proeuropski koncipirana. Opsežnost proizlazi iz činjenice da je novelirano čak 32 od 80 članaka ZOJN-a. Kad se od potonjeg broja oduzmu prijelazne i završne odredbe (čl. 75–80. ZOJN), tada je evidentno da je analizirana Novela obuhvatila malo manje od polovine zakonskog teksta pa je posve opravdano postaviti pitanje o njezinoj svrsishodnosti. Stoga smo uvjerei da je, uzimajući u obzir opsežnost Novele, bilo umjესnije prići koncipiranju novog zakonskog teksta.

Upravo izrečena tvrdnja dodatno je osnažena uvidom u značenje izvršenih izmjena. Riječ je primarno o izmjenama onih zakonskih odredbi koje su nosivi dio zakonske konstrukcije postupaka javne nabave. Drugačije rečeno, Novela je bila koncentrirana na norme ZOJN-a koje po svom značenju uređuju same temelje ukupnog pravnog režima javnih nabava. Primjerice, izvršene su izmjene – i to potpune – normi koje određuju obveznike primjene ZOJN-a (čl. 4–5.), zatim norme koja sadržava egzemptivne klauzule od primjene ZOJN-a (čl. 6) te je, konačno, statuirana i potpuno nova norma koja regulira jedan od triju osnovnih postupovnih oblika nabave (pregovarački postupak u čl. 12.).

Naposljetku, Novela je proeuropski koncipirana utoliko što je kao jedan od ciljeva te legislativne intervencije izriješkom naveden pokušaj održavanja koraka s modifikacijama odgovarajuće europske legislativne.² Pod time mislimo na dvije direktive kojima su nadležna europska tijela unijela znatne promjene u području javnih nabava kao dijelu pravnog poretka EU. Riječ je o Direktivi 2004/17/EC od 31. ožujka 2004. o usklađenju postupaka nabave entiteta koji djeluju u sektorima vo-

² Dobru ilustraciju tvrdnje predstavlja izjava T. Obradović Mazal, hrvatske pregovaračice za područje javne nabave, tijekom pristupnih pregovora RH i EU. Prema toj izjavi hrvatski pravni sustav još uvijek nije usklađen s europskom pravnom stečevinom. Cjelokupnu izjavu v. na: www.vlada.hr, dne 7. studenog 2005.

doopskrbe, energetike, prometa i poštanskih usluga (dalje: Direktiva 2004/17) te o Direktivi 2004/18/EC od 31. ožujka 2004. o usklađenju postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi te ugovora o javnim uslugama (dalje: Direktiva 2004/18). Te direktive izvanredno su važni legislativni akti kojima države članice moraju prilagoditi sadržaj nacionalnih zakonodavstava najkasnije do 31. siječnja 2006.

Iako u ovom trenutku Republika Hrvatska nije članica EU, Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju (Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 14/01, stupio na snagu 1. veljače 2005; dalje: SSP) preuzela je obvezu prihvaćanja referentnih pravila i WTO i EU.³ Sve rečene obveze RH iz SSP-a vrijede to više kad se promotre iz perspektive nedavnog formalnog otvaranja pregovora o pristupanju Republike Hrvatske Europskoj uniji. U tom kontekstu možemo ustvrditi da iako trenutno formalnopravno ne obvezuju RH, citirane direktive EU valja promatrati kao izvore prava koji će uskoro važiti i u našem pravnom poretku. Boljeg argumenta u cilju poznavanja, prihvaćanja pa i primjene europskih propisa, smatramo, nije potrebno navoditi.

³ V. u tom smislu čl. 72. SSP koji glasi:

»1. Stranke smatraju da je željeni cilj otvaranje pristupa nadmetanju za sklapanje ugovora o javnim nabavama na temelju nediskriminacije i uzajamnosti, posebice u skladu s pravilima Svjetske trgovinske organizacije.

2. Hrvatskim trgovačkim društvima, bez obzira na to jesu li osnovana u Zajednici ili nisu, od stupanja na snagu ovoga Sporazuma bit će omogućen pristup natječajima o javnim nabavama u Zajednici, prema pravilima o nabavama koja vrijede u Zajednici, pod uvjetima ne manje povoljnim od uvjeta koji se primjenjuju na društva Zajednice.

Gornje odredbe također će se primjenjivati na ugovore s područja komunalnih usluga nakon što hrvatska Vlada usvoji zakonodavstvo kojim se na to područje uvode pravila Zajednice. Zajednica će periodično provjeravati je li Hrvatska stvarno uvela takvo zakonodavstvo.

Trgovačkim društvima Zajednice koja nisu osnovana u Hrvatskoj omogućit će se pristup natječajima o javnim nabavama u Hrvatskoj u skladu sa Zakonom o javnim nabavama, pod uvjetima ne manje povoljnim od uvjeta koji se primjenjuju na hrvatska društva, najkasnije tri godine od stupanja na snagu ovoga Sporazuma. Društva Zajednice osnovana u Hrvatskoj, prema odredbama poglavlja 2. glave V. imat će pristup natječajima o javnim nabavama pod uvjetima ne manje povoljnim od onih koji se primjenjuju na hrvatska društva od stupanja na snagu ovog Sporazuma.

Vijeće za stabilizaciju i pridruživanje periodično će ispitivati mogućnost da Hrvatska svim društvima Zajednice omogući pristup natječajima o javnim nabavama u Hrvatskoj.

3. Što se tiče poslovnog nastana, djelovanja, pružanja usluga između Hrvatske i Zajednice te zapošljavanja i kretanja radne snage, što je povezano s izvršavanjem ugovora o javnim nabavama, primjenjuju se odredbe članaka 45. do 68.«

III. Pregled važnijih i noveliranih članaka ZOJN-a

Sve norme Novele možemo podijeliti u dvije skupine:

III.a) korigirajuće izmjene i dopune, te

III.b) bitne izmjene i dopune.

Ad III.a) U ovoj skupini nalazimo takve modifikacije kojima se ispravljaju notorne pogreške u dosadašnjem zakonskom tekstu. Takva je, primjerice, intervencija u čl. 53, st. 5. (putem čl. 23. Novele) ili u čl. 63, st. 1. (putem čl. 26. Novele) ZOJN. U istu vrstu spadaju i odredbe kojima se zakonski tekst terminološki prilagođuje novouvedenoj zakonskoj dikciji (*exempli gratia*, čl. 8. Novele kojim se terminološki modificira čl. 11. ZOJN). Ipak, moramo primijetiti da su neke od tih intervencija suviše jer je korigiranje očito nesuvislog zakonskog teksta izvršeno praktičnom primjenom ZOJN-a (kao što je to s pogreškom u čl. 53, st. 5. ZOJN a sada korigiranom čl. 23. Novele) te da je terminološko prilagođivanje izvršeno na nepotpun način (v. primjerice čl. 21, st. 4. tj. 6. ZOJN koji i nadalje sadržavaju termine kojih se uporaba napušta u čl. 10.–11. ZOJN).

Ad III.b) Novela, međutim, sadržava i čitav niz vrlo bitnih odredbi posljedica kojih je temeljita izmjena dosadašnje verzije ZOJN-a. Prvu odredbu takvog značenja i sadržaja nalazimo već u uvodnom članku Novele kojim se mijenja čl. 2. ZOJN.

III.b) 1. Redefiniranje postojećih i uvođenje novih temeljnih pojmova
Nakon stupanja na snagu Novele članak 2. ZOJN obuhvaća 21 normu-definiciju čime se postiže izričajna preciznost odnosno jasnoća ukupnog zakonskog teksta. Isključiva svrha tih izmjena i dopuna iscrpljuje se u terminološkom izjednačavanju našeg zakona s prethodno navedenim direktivama EU; dobar primjer za to pruža uvođenje novih normi-definicija. Tako su sada po uzoru na europsku legislativu definirani pojmovi poput »središnjeg tijela nabave« (t. 21. čl. 2. ZOJN), odnosno »prevladavajućeg utjecaja« (t. 20. istog članka) te konačno i »gospodarskog subjekta« (t. 19. istog članka).⁴ Intervencije u dosada

⁴ Zbog svoje važnosti, kako u okviru zakonskog teksta, tako i u okviru našeg rada, navodimo sljedeće definicije: – »prevladavajući utjecaj« u smislu ZOJN-a: »pretpostavlja da tijela iz članka 4, stavka 1, točke 1. ovoga Zakona u odnosu na druge subjekte, izravno ili neizravno:

postojeće norme-definicije izvedene su tako da je, preuzimanjem istovrsnih normi iz Direktive 2004/17 i Direktive 2004/18, izvršena svojevrsna kontraktualizacija zakonskog nazivlja. U konkretnom slučaju to znači da su na mjesto dosadašnjih normi koje su definirale predmet javnonabavnih ugovora (robu, radove, tj. usluge) postavljene norme koje definiraju istovrsne ugovore. Primjerice, umjesto zakonske definicije »usluge« sada postoji zakonska definicija »ugovora o javnim uslugama« (t. 9. čl. 2. ZOJN).

Da doslovno preuzimanje europskih normativnih uzora ne daje uvijek pozitivne rezultate, međutim, pokazuje primjer izmijenjene definicije pojma »ugovor o javnoj nabavi« (t. 13. čl. 2. ZOJN). Iako je upravo citiranom odredbom ZOJN-a u potpunosti preslikana odredba al. a. st. 2. čl. 1. Direktive 2004/18, takvim normativnim preuzimanjem nije postignuto mnogo. Naime, dosada važeća norma-definicija čvrsto je povezala ugovor o javnoj nabavi sa zakonskim odredbama koje uređuju javnonabavni postupak odnosno s onim propozicijama koje prije pokretanja tog postupka statuiraju naručitelj.⁵ Za razliku od nje, novopostavljena odredba je kao definicija puno uža jer niti jednim slovom ne naglašava potrebu zakonitog i natječajnim propozicijama sukladnog postupanja sukontrahenata. Takva, proširena definicija čini nam se osobito prihvatljivom kad se uoči da su naručitelji, vrlo vjerojatno, nositelji javnih ovlasti za koje vrijedi princip strogog načela zakonitosti.⁶

- imaju većinski dio u upisanom kapitalu,
- kontroliraju većinu glasova na temelju dionica,
- mogu imenovati više od polovice upravnog ili nadzornog tijela.«
- »Gospodarski subjekt« u smislu ZOJN-a »jest fizička ili pravna osoba koja je izvođač radova, isporučitelj robe i pružatelj usluge«.

⁵ Prije stupanja na snagu Novele, t. 13. čl. 2. ZOJN glasila je: »Ugovor o nabavi jest ugovor sklopljen u pisanom obliku između naručitelja i ponuditelja sukladno uvjetima provedenog postupka nabave.« Sadašnja, novelirana verzija te odredbe glasi: »Ugovor o javnoj nabavi je naplatni pravni posao, sklopljen u pisanom obliku između jednog ili više ugovornih subjekata iz članka 4. Zakona i jednog ili više gospodarskih subjekata.«

⁶ Općenito o načelu zakonitosti, a posebno o ulozi općih pravnih načela, v. D. Vrban, Država i pravo, Zagreb, 2003, str. 102–106. Uvodno i instruktivno o važenju načela zakonitosti za javnu upravu I. Borković, Upravno pravo, Zagreb, 2002, str. 66–82, odnosno V. Ivančević, Institucije upravnog prava, Zagreb, 1983, str. 177–196, te G. Breban, Administrativno pravo Francuske, Beograd-Podgorica, 2002, str. 173–190 odnosno 200–213. O specifičnom važenju tog načela u području javne nabave v. I. Šprajc, Temeljna načela postupaka javne nabave, Suvremeno poduzetništvo, br. 8/2003, str. 94–95.

U tom kontekstu uočena promjena prvi je, ali ne i posljednji, znak procesa (pre)naglašivanja privatnog te proporcionalno tome zanemarivanja javnog interesa u sustavu javne nabave (za koji proces predlažemo naziv »privatizacija javne nabave«), pa makar i na terminološkoj razini. Na daljnje znakove tog procesa u pogledu sadržaja ZOJN-a upućujemo u nastavku rada. Osim toga, takav normativni potez klasičan je primjer primjene tzv. *copy-out* metode u prilagođivanju domaće relevantnoj europskoj normi. Karakteristika upravo imenovane metode jest doslovno preuzimanje europske norme odnosno njezino izravno inkorporiranje u domaći pravni sustav. Međutim, takav pristup usklađivanju dvaju pravnih poredaka ne donosi uvijek i isključivo pozitivne rezultate, što ćemo pokazati na još nekoliko odredbi Novele.⁷

III.b) 2. Novi način određenja obveznika primjene ZOJN-a

Sljedeća iz skupine ključnih izmjena ZOJN-a sadržana je u čl. 3. Novele kojim se izmijenio čl. 4. ZOJN. Tim se člankom postavlja novi niz pravila (kriterija) kojima se određuje krug obveznika primjene ZOJN-a te se, na pravno nespretn način, obvezuje Vlada RH da formira popis svih entiteta koji će morati primjenjivati ZOJN.

Na tom popisu sad će se, osim već uobičajenih državnih tijela,⁸ naći pravne osobe definirane po nekoliko različitih kriterija. Ako državna i lokalna tijela označimo kao primarne obveznike primjene ZOJN-a, tada u drugi red obveznika istog propisa možemo smjestiti one pravne osobe koje zadovoljavaju kumulativno dva kriterija. Prvi od njih je nepromjenjiv i iscrpljuje se u obavljanju jedne ili više djelatnosti od općeg interesa (pa se shodno tome ne radi o djelatnostima od komercijalnog ili industrijskog karaktera za koje je karakterističan princip dobiti). Uz navedeni, a poradi ulaska u drugi krug obveznika primjene ZOJN-a, na pravnu se osobu mora moći primijeniti jedan od sljedećih dvaju kriterija: a) većinsko, izravno ili neizravno, financiranje dotične pravne osobe iz proračunskih sredstava (bez obzira na to je li riječ o državnom, područnom ili lokalnom proračunu) ili b) kriterij osnivanja odnosno

⁷ V. detaljniju kritiku rečene metode u: I. McLeod, *Legal method*, 5th edition, Palgrave MacMillan, 2005, str. 312.

⁸ I u prijašnjoj i u sadašnjoj verziji ZOJN-a obveznici primjene su: a) sva državna tijela te jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave (čl. 4, st. 1, t. 1).

ključnog utjecaja koji vrši, pretpostavljamo,⁹ neki iz kruga primarnih obveznika primjene ZOJN-a. Pri tome se kao elementi ključnog utjecaja navode nadzor nad poslovanjem, prevladavajući utjecaj ili imenovanje više od polovice upravnog ili nadzornog tijela.¹⁰

U trećem krugu obveznika primjene ZOJN-a nalaze se udruge koje su osnovali primarni i/ili sekundarni obveznici primjene tog zakona. Drugačije rečeno, riječ je o udrugama koje osnivaju državna tijela ili netom opisane pravne osobe na koje se ZOJN, također, imperativno primjenjuje.

Konačno, posljednji (četvrti) krug entiteta koji prilikom nabave moraju primijeniti ZOJN čine pravne osobe definirane na sličan način kao i pravne osobe iz drugog kruga. I ovdje je riječ o kumulativnoj primjeni dvaju kriterija od kojih je jedan stalan, a drugi varijabilan. Pri tome, kao stalan kriterij označeno je obavljanje jedne (ili više) djelatnosti na području vodoopskrbe, energetike, prometa i telekomunikacija (podroban popis djelatnosti v. u čl. 5. ZOJN; dalje: djelatnosti VEPT-a). Drugi, varijabilan, kriterij može predstavljati: a) nadzor nad poslovanjem ili prevladavajući utjecaj obveznika primjene ZOJN-a iz prvih

⁹ Izražena sumnja odnosi se na vrlo nejasnu zakonsku dikciju. Naime, ZOJN u dotičnom, relevantnom dijelu glasi: »*kojima su osnivači državna i druga tijela iz točke 1., 2. i 3. ovoga stavka ...*« (al. 2. t. 2. st. 1. čl. 4). Očito je da problem proizlazi iz kolizije koju stvaraju upotrijebljeni izrazi (»državna i druga tijela«) te neodgovarajuća uputa na mjesto gdje se ista tijela detaljno, iako generički, numeriraju (»točke 1., 2. i 3. ovoga stavka«). To stoga što ako se željelo uputiti na državna tijela te jedinice lokalne i područne samouprave, tada je uputa trebala glasniti »... iz točke 1. ovoga stavka ...« čime bi se u dovoljnoj mjeri uputilo na primarne obveznike primjene ZOJN-a. Sve to pišemo pod pretpostavkom da je zakonodavac htio apostrofirati isključivo državna i druga tijela; jer ako to nije bio slučaj, poslužio se potpuno neprikladnim terminima jer se pojam »tijelo« koristi kao sinonim za pojam »organ« u sadržaj kojeg se nikako ne mogu podvesti pravne osobe (dakle samostalni pravni subjekti) iz t. 2, odnosno udruge iz t. 3. st. 1. čl. 4. ZOJN na koje izravno referira analizirano mjesto.V. u tom smislu besprijekorno formuliranu dikciju sljedeće (treće po redu) točke istog stavka, a koja jasno razlučuje tijela od pravnih osoba. Mogućnost da je predmetna nejasnoća uzrokovana nerazlikovanjem alineja (od kojih je zapravo sastavljena točka 1. st. 1. čl. 4) od točaka (od kojih je sastavljen stavak 1. čl. 4) ne razmatramo ozbiljno jer bi to značilo pretpostaviti upravo nevjerojatnu pogrešku zakonodavca.

¹⁰ Dodatno zbunjuje okolnost da se na ovom mjestu (al. 2. t. 2. st. 1. čl. 4) spominju, u potpuno istoj ravni, pojmovi »nadzor nad poslovanjem«, »prevladavajući utjecaj« te »imenovanje više od polovice upravnog ili nadzornog tijela«. To stoga što je pojam »prevladavajući utjecaj« imperativno definiran u t. 20. čl. 2. koja definicija obuhvaća i »imenovanje više od polovice upravnog ili nadzornog tijela«. Dakle, riječ je o normativnoj tautologiji koja je osobito nepoželjna u tako delikatnim pravnim normama.

triju krugova, ili b) obavljanje neke od djelatnosti VEPT-a na temelju posebnog ili isključivog prava (primjerice koncesije).

Radi jednostavnije i transparentnije primjene tog članka, kao i samog ZOJN-a, st. 2. čl. 4. predviđa obvezu Vlade RH da formira popis obveznika primjene tog zakona. Zamjetno je, i vrijedno žaljenja, da upravo naznačena obveza ne obuhvaća oblatorno objavljivanje tog popisa, što Vladu RH ipak ne sprječava da jednom formirani popis službeno objavi – primjerice u *Narodnim novinama*. Međutim, potrebno je napomenuti da ta lista obveznika primjene ZOJN-a nema konstitutivni učinak jer izostavljanje s nje neće rezultirati mogućnošću neprimjenjivanja ZOJN-a, a to zakonodavac i izrijeком navodi (čl. 4. st. 2. *in fine*). *Ratio* tako postavljene norme nudi zaključak da ni uvrštenje na konkretni popis ne stvara, kao posljedicu, konačnu i neizmjenjivu obvezu primjene ZOJN-a. U tom smislu moglo bi se ustvrditi da uvrštenje na popis obveznika primjene ZOJN-a za neki entitet ima značenje oborive presumpcije koja govori u prilog dužnosti njegova primjenjivanja pri nabavi robe, usluga i radova. Jednako značenje ima ta lista i u europskom pravu iz kojeg izvire obveza njezina formiranja.¹¹

III.b) 3. Djelatnosti vodoopskrbe, energetike, prometa i telekomunikacija; zaključna ocjena determiniranja obveznika primjene ZOJN-a

Prije konačne ocjene o noveliranim člancima koji uređuju krug obveznika primjene ZOJN-a potrebno je, barem u najkraćim crtama, analizi podvrgnuti Novelom potpuno izmijenjeni čl. 5. ZOJN. U tom su članku definirane, na pozitivan i negativan način, djelatnosti VEPT-a iz koje se definicije potom zaključuje o obvezi primjene ili mogućnosti neprimjene ZOJN-a. Promotrimo li isključivo tekst samih odredbi sadržanih u čl. 5, primijetiti ćemo tek manje intervencije zakonodavca. No, bitno je zapaziti da i te, tekstualno neznatne, izmjene i dopune dovode do osjetnih sadržajnih promjena u ZOJN-u.

Pro primo, potrebno je uočiti da su entiteti koji oblatorno moraju primjenjivati ZOJN normativno fiksirani na potpuno nov način. Naime, u dosadašnjoj je verziji naručitelj koji obavlja djelatnosti VEPT-a

¹¹ V. u tom smislu t. 9. čl. 1. Direktive 2004/18 te s njom povezani Annex III istog propisa. Upozoravamo, međutim, na ključnu važnost koju, u tom kontekstu, imaju presude Europskog suda. *Per exemplum*, v. presude Europskog suda u slučajevima Mannesmann Anlagenbau Austria AG i dr. (br. C-44/96), zatim Europska komisija v. Republika Francuska (br. C-297/99) te konačno Europska komisija v. Kraljevina Španjolska (br. C-283/00).

bio određen, ponajprije i krucijalno, putem posjedovanja posebnih ili isključivih prava (ovlasti) za obavljanje neke od djelatnosti VEPT-a. To sada više nije slučaj, i to zato što je zakonodavac odlučio proširiti opseg primjene ZOJN-a u tim djelatnostima. Naime, kao što smo već istaknuli u analizi čl. 4. ZOJN-a, taj kriterij nije više jedini, već mu potpuno ravnopravno konkurira i kriterij nadzora nad poslovanjem ili prevladavajućeg utjecaja koji na oovrsnog naručitelja ima neki od entiteta koji spadaju u prva tri kruga obveznika primjene ZOJN-a (v. t. 4. st. 1. čl. 4. ZOJN). Dakle, evidentno je proširivanje obveze primjene ZOJN-a u djelatnostima VEPT-a što je izvršeno alternativnim dodavanjem novog kriterija za određenje pojedinog obveznika.

Daljnja ekspanzija primjene ZOJN-a u ovom kontekstu izvršena je putem sužavanja kruga nabava na koje se ne mora primijeniti neki od nabavnih postupaka iz ZOJN-a. Takav zakonodavni potez očit je u t. 5. st. 2. čl. 5. ZOJN (koji po objektu regulacije odgovara t. 3. st. 3. čl. 5. dosadašnje verzije istog zakona). Naime, dok je dosadašnja verzija analizirane odredbe omogućivala neprimjenjivanje ZOJN-a na nabavu koju vrši naručitelj iz bilo koje djelatnosti VEPT-a, novelirana verzija iste odredbe osigurava tu privilegiju isključivo za naručitelje »*koji se bave pružanjem ili raspolaganjem javne telekomunikacijske mreže, ili pružanjem jedne ili više telekomunikacijskih usluga ...*«. ¹² Nije osobito teško zaključiti, na temelju jednostavne uporedbe smisla i sadržaja dosadašnje i sadašnje verzije navedene odredbe, da je zakonodavac odlučio proširiti krug obveznika primjene ZOJN-a kad je riječ o pravnim osobama koje obavljaju jednu (ili više) djelatnosti VEPT-a. Preostale izmjene čl. 5. zapravo su tek dobrodošle korekcije (radi preciziranja) slova zakona koje bitno ne mijenjaju sadržaj i smisao tog članka. ¹³

Zaključno možemo ustvrditi da je došlo do korjenitih promjena u načinu na koji je u sadašnjoj verziji čl. 4–5. normativno fiksiran krug obveznika primjene ZOJN-a. Iako bi prvi, pomalo brzopleti i preuranjeni, zaključak o smjeru i smislu promjena glasio da je došlo isključivo

¹² Dodatno su, kao pretpostavke te normativne solucije, navedene i: a) okolnost da nabava mora biti namijenjena isključivo omogućivanju pružanja jedne ili više telekomunikacijskih usluga, te b) okolnost da i drugi naručitelji mogu (zapravo smiju) ponuditi istovrsne usluge u istom zemljopisnom području pod sadržajno identičnim uvjetima.

¹³ Tvrdnja se odnosi na oovrsku korekciju izvršenu u al. 2. t. 1. st. 1. čl. 5. (uvodenje vremenskog kriterija kao dopune te odredbe) odnosno na t. 6. st. 2. čl. 5. (preciziranje osnivača povezanih društava).

do sužavanja ovovrsnog kruga,¹⁴ smatramo da postoje, a to smo u ovom dijelu našeg teksta i pokazali, značajni indikatori istodobnog proširivanja opsega važenja ZOJN-a u personalnom smislu, što citirani zaključak čini netočnim. Naša tvrdnja odnosi se kako na osjetno normativno proširivanje kruga obveznika primjene ZOJN-a u djelatnostima VEPT-a, tako i na činjenicu uključenja nekih udruga u opći krug obveznika primjene ZOJN-a, što dosada nije bio slučaj (v. t. 3. st. 1. čl. 4. ZOJN). Pored toga, smatramo da preuzimanje europskih kriterija po kojima se odlučuje o obvezi primjene kodificiranih nabavnih postupaka, a što je pravi smisao Novele u ovim člancima, promovira u sustavu javne nabave i značajnu ulogu onih foruma koji svojim odlukama imperativno potvrđuju dužnost primjene ZOJN-a. (Ta okolnost, naravno, znači i stalnu mogućnost širenja kruga obveznika primjene ZOJN-a.) U pravnom području EU takvu ulogu ima Europski sud te je njegova dosadašnja praksa u tom pogledu bitna, i to zato što je jasno artikulirana i konkluzivna za donošenje konačne ocjene o širini kruga obveznika primjene europskih propisa. Unutar hrvatskog pravnog poretka, ovog trena, potpuno je nejasno koje bi tijelo trebalo preuzeti takvu, arbitriraću ulogu u pravnom području javne nabave, što obećava mnogo nesnalaženja i dvojbenih situacija u primjeni ZOJN-a i nakon stupanja na snagu Novele. U tom smislu možemo samo zažaliti što to pitanje nije razriješeno Novelom.

III.b) 4. Egzemptivne klauzule u ZOJN-u; nove mogućnosti i opasnosti

Ovaj dio našeg rada – posvećen analizi intervencije u opće odredbe te u odredbe koje preciziraju djelokrug važenja ZOJN-a – zaključujemo analizom onog članka Novele kojim je potpuno izmijenjen čl. 6. ZOJN.¹⁵ Sadržaj netom citirane norme sastoji se u enumeraciji egzemptivnih klauzula pri čemu se kao kriteriji izuzeća primjene ZOJN-a ističu ili isključivo predmet (sadržaj) nabave ili se predmetu nabave dodaju i određeni formalni kriteriji (izvor posebnih pravila nabave, npr. međunarodni ugovor ili drugi međunarodnopravni akti kao npr. u t. 2. istog članka, odnosno posebne karakteristike potencijalnog sukontra-

¹⁴ V. takvu tvrdnju u: I. Žilić, Izmjene i dopune Zakona o javnoj nabavi, str. 8, Javna nabava – aktualnosti u pravnoj regulativi i praksi (radni materijal), Narodne novine, Zagreb, 2005, koje je izdanje popratilo istoimenu skup održan u organizaciji Narodnih novina u Zagrebu 26. rujna 2005.

¹⁵ V. čl. 5. Novele.

henta te konačno vrijednost nabave kao što je to učinjeno u t. 6. čl. 6. ZOJN). Za razliku od dosada važeće verzije čl. 6. ZOJN, popis tih izuzeća znatno je kraći i obuhvaća, umjesto dosadašnja 23 slučaja, samo 14 slučajeva. Ipak, reducirani broj slučajeva ne znači nužno da je norma poboljšana niti da je potpuno usklađena s europskim normativnim uzorima, što ćemo i pokazati u nastavku našeg teksta.

U analizi predmetne norme najprije valja poći od slučajeva koji više nisu dijelom čl. 6. ZOJN, iz čega zaključujemo da se, od stupanja na snagu Novele i pod pretpostavkom nepostojanja specijalnog pravila (sadržanog bilo u ZOJN-u ili u nekom drugom pravnom izvoru - primjerice vrlo skoro u europskim pravnim izvorima), i na njih primjenjuje ZOJN. Tako primjerice egzemtivna klauzula ne postoji više glede nabava u kojima su s obje strane entiteti iz čl. 4. ZOJN. Nadalje, izuzeće od primjene ZOJN-a više ne vrijedi za dodjele koncesija niti za nabave burzovne robe kad se nabavljaju neposredno na burzi.¹⁶ Osim toga, od primjene ZOJN-a nisu više izuzete nabave koje se odnose na poštanske usluge odnosno usluge javnog prometa kao ni one koje se odnose na usluge telekomunikacijskih mreža, telefonije, radiotelefonije i satelitskih usluga. Konačno, s liste izuzeća ispuštene su i nabave radi žurnog otklanjanja šteta od prirodnih nepogoda te nabave koje su, odlukom Vlade RH, bile označene kao iznimne ili se radilo o nabavama određene pravne osobe za koju je Vlada RH donijela posebnu odluku o izuzeću od primjene ZOJN-a u nekom prijelaznom periodu.

U novoj verziji čl. 6. ZOJN i nadalje postoje neke egzemtivne klauzule koje figuriraju kao svojevrsni normativni nastavci – iako u nekoj mjeri modificirani – dosad važećih i netom nabrojanih slučajeva izuzeća. Tako se, primjerice, sada ZOJN neće aplicirati na nabave robe, usluga i radova koji su označeni tajnom ili kada to zahtijeva zaštita bitnih interesa države (t. 1. čl. 6. ZOJN).¹⁷ Analizirajući sadržaj tako sročene

¹⁶ Na ovom mjestu, ipak, valja uputiti na čl. 17. Direktive 2004/18 koji, *explicite*, ugovore o koncesiji usluga ostavlja izvan dosega tog propisa. Ipak v. čl. 56–65. Direktive koji se odnose na ugovore o koncesijama za radove. Za odgovarajuće ugovore u području primjene Direktive 2004/17 v. čl. 18. istog propisa.

¹⁷ Sve do ulaska RH u EU u našem pravnom području neće važiti odredba čl. 10. Direktive 2004/18 koja iznjekom navodi da se Direktiva odnosi i na nabave u području obrane (uz uputu na nepromijenjeno važenje čl. 296. Ugovora o EZ). To, međutim, ne znači da su, u ovom trenutku, unaprijed i sve nabave na području obrane izuzete od primjene ZOJN-a. Međutim, lako je uočiti da navedena odredba ZOJN-a pruža dovoljno mogućnosti njihova izuzimanja.

egzemptivne klauzule, ne vidimo ni poboljšanje ni bitnu razliku od dosada egzistentne mogućnosti da Vlada RH svojim odlukama izuzme neku nabavu od primjene ZOJN-a. Štoviše, sada važeća odredba utoliko je nekvalitetnije (čitaj: nejasnije) formulirana što niti jednim slovom ne upućuje na tijelo nadležno da donese ovovrsnu odluku.¹⁸ Shodno tome, odredba poput upravo citirane otvorena je za takvo tumačenje koje priznaje mogućnost svakom naručitelju donošenje odgovarajuće odluke koja će istodobno značiti i otpadanje obveze na primjenu ZOJN-a u postupku nabave. Tome je tako, zasigurno, u pogledu određenja nabave kao tajne. U tim okolnostima poseban propis koji se odnosi na zaštitu tajnosti podataka može se, iz te perspektive, čitati i kao popis situacija u kojima nabava naprosto mora biti proglašena tajnom te dosljedno tome biti izuzeta od provođenja postupka propisanog ZOJN-om.¹⁹

I netom izneseni primjer pokazuje probleme koje može uzrokovati primjena tzv. *copy-out* metode. Naime, izravno preuzimanje europskih normi-smjernica nužno zahtijeva njihovo preciziranje prije no što se ugrade u domaći pravni poredak. Ako izostane taj, nužno potrebni i dodatni, normativni napor domaćeg normotvorca, rezultat je nedovršena (čitaj: neusustavljena) odredba za primjenu koje nisu određena ni nadležna tijela, ni potrebna normativna sredstva (odgovarajući postupci odnosno akti).²⁰ Daljnja posljedica toga je pravna praznina umjesto potpune regulacije, a tu prazninu, u iznesenom primjeru, može popuniti svaki obveznik primjene ZOJN-a, i to na način koji ne odgovara cilju i svrsi ZOJN-a kao regulativnog akta.

Po svojoj normativnoj nesavršenosti upravo citiranoj odredbi nalikuje i egzemptivna klauzula o neprimjenjivanju ZOJN-a na nabave koje se odvijaju između dvaju obveznika primjene istog propisa. U odnosu na prijašnju, sadašnja istovrsna odredba je uža – jer od primjene ko-

¹⁸ Isključivi uzrok vidimo u doslovnom i nedovoljno promišljenom preuzimanju te odredbe iz Direktive 2004/18 (čl. 14) koja, zbog svoje nadnacionalne naravi, upućuje na nacionalne propise kao one koji trebaju odrediti nadležne organe, postupke te akte na temelju kojih se ovovrsne nabave izuzimaju od primjene Direktive 2004/18. Zakonodavac je, očito i nažalost, zanemario razliku između nacionalnog i europskog pravnog poretka, a sve na štetu jasnoće i primjenjivosti dotične odredbe.

¹⁹ Aludiramo, naravno, na Zakon o zaštiti tajnosti podataka (Narodne novine br. 108/96; dalje: ZZTP). Primjerice, v. čl. 7, 9. te 12–13. ZZTP.

²⁰ V. sličan zaključak koji, na primjeru engleskog prava, izvodi I. McLeod, *loc. cit.*

dificiranih postupaka javne nabave izuzima samo usluge (dosada su izuzeti bili svi predmeti nabave) – ali u osnovi i dalje egzistira kao mogućnost.²¹ Promatrajući iz perspektive određene dosadašnjom analizom, opravdanim se čini zaključak o bitno identičnom stanju u području predmetnih izuzeća od primjene ZOJN-a, i to barem u netom analiziranim slučajevima.

Konačno, potrebnim se čini naglasiti i to da je popisu situacija na koje se ne primjenjuje ZOJN dodana i usluga mirenja (al. 3. t. 3. čl. 6. ZOJN). Kad se tome doda zadržavanje egzempcije glede odvjatničkih i javnobilježničkih usluga razvidno je izuzeće cjeline usluga – pod zajedničkim nazivom pružanja pravne pomoći – iz dosega ZOJN-a.

Ocjenjajući kvalitetu i kvantitetu izvršene izmjene čl. 6. ZOJN ne možemo ne zadržati rezervirano stajalište o učinjenom normativnom poboljšanju uz protivljenje tvrdnji o potpunom reduciranju dosad analiziranih slučajeva izuzeća, odnosno o njihovu potpunom usklađenju s europskim pravnim izvorima.²²

III.b) 5. Temeljna regulacija izravne pogodbe kao postupovnog oblika Normativnim opsegom najveća jest zasigurno izmjena čl. 12. ZOJN – učinjena člankom 9. Novele – kojom se na nov način regulira pregovarački postupak nabave (izravna pogodba). Najprije treba primijetiti da je iz nomotehničke perspektive novelirani čl. 12. nepregledan i teško čitljiv normativni tekst. Posljedica je to neopravdanog zadržavanja prevelike količine zakonskog teksta u samo jednom članku; očekivana normativna cezura trebala je uslijediti nakon šestog stavka jer se (i sam vrlo opsežan) sedmi stavak odnosi na zaseban krug naručitelja (onih iz djelatnosti VEPT-a). Bilo kako bilo, valja nam pristupiti analizi novina u tom članku.

²¹ V. t. 4. čl. 6. ZOJN prema kojoj se odredbe ZOJN-a ne primjenjuju »na nabavu usluga od naručitelja iz članka 4. ovoga Zakona koji usluga pruža na temelju posebnog ili isključivog prava dodijeljenog na temelju zakona ili podzakonskog akta«. Ni pozivanje na čl. 18. Direktive 2004/18 neće biti od pomoći u ovoj normativnoj situaciji, to stoga što citirana europska norma – za razliku od domaće – sadržava dodatni kriterij sukladnosti normativnog temelja posebnih prava s Ugovorom o EZ.

²² Takvo stajalište zastupa I. Žilić, op. cit, str. 10, kad govori da je usklađenje s europskim normativnim uzorima (tj. navedenim direktivama) provedeno »bez ikakvih odstupanja«, odnosno kada tvrdi da je došlo do potpunog brisanja egzemptivne klauzule koja se odnosi na nabave između obveznika primjene ZOJN-a, tj. one koja je pretpostavljala donošenje odgovarajućih odluka Vlade RH.

Prvo i najvažnije, za provođenje pregovaračkog postupka nije više potrebna prethodna suglasnost Ureda za javnu nabavu.²³ Međutim, provedena deformalizacija ne znači da je naručitelju – a pod tim izrazom trenutačno razumijemo samo one entitete koji ne obavljaju djelatnosti VEPT-a – dana potpuna sloboda u odabiru dotičnog oblika javnonabavnog postupka. Zadržana je takva normativna konstrukcija instituta izravne pogodbe koja razlikuje dvije podinačice; prvu, koja pretpostavlja prethodnu objavu poziva za nadmetanje, te drugu, koja ne obvezuje na objavu istovrsnog poziva.

U korištenju prvonavedene podinačice (st. 1–5. čl. 12. ZOJN) dogodile su se sljedeće promjene; prvo, dodan je nov razlog (slučaj) njezina provođenja (t. 4. st. 1. čl. 12. ZOJN – radovi izvedeni za potrebe istraživanja, testiranja i razvoja uz uvjet da se obavljaju poradi stjecanja dobiti ili povrata troškova).²⁴ Zatim, naručitelju koji se odluči za dotičnu podinačicu dopušteno je pregovarati s natjecateljima (ponuditeljima) o ponudama. Cilj tih pregovora je modificiranje ponuda u mjeri potrebnog prilagođivanja zahtjevima iz natječajne dokumentacije. Pri tome, imperativno se nalaže naručitelju da pregovore vodi tako da svim sudionicima osigura ravnopravan položaj, a to naravno implicira zabranu diskriminiranja u svakom pogledu, a osobito u pogledu otkrivanja relevantnih informacija (st. 3. čl. 12). Konačno, a glede načina vođenja pregovora, osobitu pozornost pobudit će novouvedena mogućnost organizacije tih pregovora u stupnjevima. Ipak, naručitelj koji se odluči za tu soluciju mora to objaviti u pozivu za nadmetanje, iz čega se može zaključiti (*argumentum a contrario*) da objava poziva za ovovrsno nadmetanje u kojoj nije sadržana mogućnost stupnjevanja pregovora ujedno znači gubitak te mogućnosti.

Još jedna zanimljiva novina nalazi se u t. 1. st. 1. čl. 12. Naime, ta se odredba odnosi na slučaj izravne pogodbe (u podinačici uz objavu po-

²³ To je posljedica noveliranja čl. 13. ZOJN. V. detaljnije o tome u dijelu ovog rada između bilješki 27 i 30.

²⁴ To, nastavno, znači da je, kao i dosad, moguće provesti pregovarački postupak uz prethodnu objavu poziva u sljedećim slučajevima: a) kao svojevrsan nastavak prethodnog pokušaja provođenja postupka nabave u otvorenom ili ograničenom postupku (a u okvirima kojih nije zaprimljena nijedna prihvatljiva ponuda), b) u iznimnim slučajevima koji su definirani prirodom predmeta nabave, a koja je takva da ne dopušta prethodno određivanje cijene istog predmeta, te c) u slučaju nabave usluga kojih je priroda takva da ne dopušta precizno specificiranje potrebno za provođenje otvorenog ili ograničenog postupka (al. 1–3. st. 1. čl. 12. ZOJN).

ziva) kao svojevrsnog nastavka otvorenog ili pregovaračkog postupka. Ključan uvjet nastanka te normativne situacije je nepostojanje jedne prihvatljive ponude u prethodno provedenom postupku (uz bitnu identičnost početnih uvjeta nabave). Zakonodavac je, u opisanoj normativnoj konstelaciji, omogućio naručitelju čak i to da ne objavi poziv na nadmetanje te da pregovarački postupak nastavi isključivo sa sposobnim ponuditeljima iz prethodnog postupka.

Sumnju u pravo značenje analizirane odredbe otvara sintagma prema kojoj se radi o onim ponuditeljima »... koji su dostavili ponude u skladu sa zahtjevima postupka nadmetanja«. (druga rečenica *in fine* t. 1. st. 1. čl. 12. ZOJN). Sumnja je tim osnovanija kad se uoči da prema čl. 59, st. 1, al. 1. ZOJN prihvatljiva ponuda jest ponuda sposobnog ponuditelja »koja je potpuno sukladna dokumentaciji za nadmetanje«. Dakle, prema netom citiranim sintagmama pretpostavlja se postojanje više prihvatljivih ponuda. Tome nasuprot, ključni uvjet primjene izravne pogodbe u konkretnoj situaciji je nepostojanje prihvatljive ponude u prethodnom postupku. Ordinarna usporedba svih relevantnih odredbi dovodi u pitanje mogućnosti transformacije jedne podinačice izravne pogodbe (uz objavu poziva) u drugu (bez objave poziva), zbog izravne međusobne isključivosti uvjeta korištenja te normativne mogućnosti. Stoga moramo zaključiti da je riječ o previdu zakonodavca koji je kompromitirao svoju intenciju pojednostavljenja instituta izravne pogodbe u konkretnom slučaju. Rezultat uočenog previda jest obligatorna objava poziva i vođenje pregovaračkog postupka kao da prethodni postupak (u formi otvorenog ili ograničenog postupka) i nije proveden.²⁵

Institut izravne pogodbe može biti korišten i u drugoj naznačenoj podinačici, dakle bez objave poziva (st. 6. čl. 12. ZOJN). Odredba o kojoj je riječ značajno je nomotehnički poboljšana; razlikovanje slučajeva primjene s obzirom na predmet nabave (roba-radovi-usluge) pridonosi lakšoj primjeni odredbe, ali nažalost i na ovom mjestu moramo konstatirati postojanje nepotrebne pogreške. Naime, korekcija je potrebna u t. 3. st. 6. jer iako se sve relevantne alineje odnose na situacije nabave radova i/ili usluga, uvodna sintagma glasi: »za nabavu robe i usluga ...«.

²⁵ Potrebno je napomenuti da je opisana podinačica pregovaračkog postupka i nadalje primjenljiva pod uvjetom sudjelovanja najmanje triju natjecatelja ili ponuditelja (st. 5. čl. 12. ZOJN).

Poboljšana sistematika odredbe koja regulira ovu podinačicu ogleda se u korištenju naravi predmeta nabave kao kriterija razdvajanja različitih slučajeva primjene. Tako postoje tri slučaja kad se izravna pogodba može koristiti za bilo koji predmet nabave (al. 1–3. t. 1. st. 6), zatim četiri slučaja kad se može izravno pregovarati o nabavi robe (al. 1–4. t. 2. st. 6) te konačno dva slučaja kad se to isto može učiniti glede nabave radova i usluga (al. 1–2. t. 3. st. 6). Shodno izloženom normativnom rasporedu, prvonavedenu skupinu – koja se odnosi na sve predmete nabave – možemo nazvati općim razlozima korištenja izravne pogodbe u podinačici bez objave poziva, dok skupinu koju čine svi ostali slučajevi (sistematizirani prema predmetima nabave) možemo označiti posebnim razlozima korištenja izravne pogodbe u istoj podinačici.

Sadržajno, analizirana podinačica nije pretrpjela veće izmjene. Opći razlozi korištenja te podinačice postojali su i u prijašnjoj verziji zakona, dok su posebni razlozi kategorizirani ovisno o predmetu nabave. Glede svakog od predmeta nabave postoji mogućnost dodatne nabave, čime se razumije svojevrсна ekstenzija primarnog ugovora o nabavi zaključenog kao rezultat prethodnog javnonabavnog postupka (bez obzira na to o kojoj se vrsti prethodnog postupka radilo).²⁶ No, pri tome je nemoguće ne zapaziti da ovovrsna odredba koja se odnosi na dodatnu nabavu robe – al. 1. t. 2. st. 6. – sadržava relativno malo normativnih »osigurača« koji bi mogli prevenirati eventualne evazivne namjere adresata ZOJN-a.

Uspoređujući netom citiranu odredbu s odgovarajućim odredbama koje uređuju istu situaciju, ali s obzirom na dodatnu nabavu radova i usluga (al. 1–2. t. 3. st. 6), lako je uočiti prednosti potonjih odredbi. Od vrijednosnog ograničenja dodatnih ugovora (u postotku od osnovnog ugovora u al. 1) pa sve do objave takve mogućnosti u prethodnom javnonabavnom postupku (al. 2). U tom smislu nije teško predvidjeti da će dodatne nabave robe biti češće nego istovrsne nabave radova i usluga.

Konačno, potrebno je još osvrnuti se na st. 7. čl. 12. koji uređuje korištenje pregovaračkog postupka od strane naručitelja u djelatnostima VEPT-a. Nužno je napomenuti da se na ovom normativnom mjestu

²⁶ Za robu v. al. 1. t. 2. st. 6, dok su za radove i usluge ključne obje alineje u t. 3. istog stavka.

uređuje isključivo podinačica pregovaračkog postupka u kojoj se prethodno ne objavljuje poziv za nadmetanje. Odredba se može primijeniti na 12 situacija te je opravdano pretpostaviti da će zbog svoje opsežnosti biti često korištena. Njezin sadržaj djelomično je identičan prethodnom stavku, ali obuhvaća i neke unikatne razloge primjene pregovaračkog postupka. U tako označenu skupinu razloga spadaju svakako situacije kupnje na rasprodaji (korištenje iznimno povoljne mogućnosti kupnje koje traju vrlo kratko), odnosno situacija nabave (isključivo) robe od dobavljača koji prestaje sa svojim poslovnim aktivnostima (slučajevi likvidacije odnosno stečaja).²⁷

III.b) 6. Izravna pogodba; deformalizacija postupka i nove obveze naručitelja u podinačici bez prethodne objave poziva za nadmetanje

Najuža povezanost ovog članka s prethodnim člankom ZOJN-a zadržana je i nakon stupanja na snagu Novele, iako je sadržaj i smisao čl. 13. potpuno izmijenjen. Naime, umjesto već spomenutog i Novelom ukinutog instituta prethodne suglasnosti²⁸ – kao pretpostavke provođenja ograničenog ili pregovaračkog postupka – novi čl. 13. uređuje obveze naručitelja u slučaju odabira pregovaračkog postupka u podinačici bez prethodne objave poziva za nadmetanje. S obzirom na to da su te obveze naručitelja pretpostavka korištenja pravozaštitnih sredstava – a prema sadržaju Novelom također izmijenjenog čl. 70. ZOJN – opravdano je smatrati čl. 13. ZOJN dijelom pravozaštitnog mehanizma ustanovljenog ZOJN-om.²⁹

Ratio noveliranog sadržaja čl. 13. iscrpljuje se u deformalizaciji provođenja pregovaračkog postupka uz pokušaj osiguranja stanovite razine pravne zaštite. Deformalizacija se postigla ukidanjem instituta prethodne suglasnosti, dok je na njegovo mjesto stupila obligatorna objava odluke o odabiru, kao i pripadajućih podataka (o predmetu nabave, odnosno o zakonskoj osnovi iz čl. 12. ZOJN). Objava se mora izvršiti u *Narodnim novinama*, i to najkasnije 15 dana prije dana sklapanja ugovora. U skladu s maksimom »*Nulla regula sine exceptione*« predviđena

²⁷ V. al. 10–11. st. 7. čl. 12. ZOJN.

²⁸ Riječ je o čl. 10. Novele.

²⁹ U tom se smislu pogrešnom čini tvrdnja G. Matešića o dosegu Novele u domeni pravne zaštite izražena u: *Pravozaštitni instrumenti u noveli Zakona o javnoj nabavi*, Javna nabava – aktualnosti u pravnoj regulativi i praksi, str. 17.

je i iznimka od obveze publiciranja odluke o odabiru; jedino u slučaju nabave poduzete s ciljem žurnog sprječavanja nastanka ili otklanjanja posljedica nastale štete uzrokovane višom silom ili zbog drugih opasnosti naručitelja ne opterećuje opisana obveza objavljivanja.

Međutim, dikcija te iznimke nije potpuno usklađena s referentnom normativnom odredbom, koju u konkretnom slučaju predstavlja čl. 12, st. 6–7. ZOJN. Usklađenost u dotičnom slučaju značila bi takvu terminološku i sadržajnu izjednačenost na temelju koje bi u primjeni čl. 13. valjalo tek detektirati »istozvučnu« odredbu iz čl. 12, st. 6–7. ZOJN te bez dodatnog tumačenja ustanoviti nepostojanje obveze odluke o odabiru. Pomno pregledavanje referentne norme pokazuje da je takvoj primjeni najbliža situacija koja nastaje ozbiljenjem al. 3. t. 1. st. 6. čl. 12. ZOJN. Iako se ne radi o potrebnom stupnju identičnosti reguliranih situacija (odnosno predmetnih odredbi), odgovarajućim metodama tumačenja – a na ovom mjestu primat zasigurno imaju lingvistička odnosno teleološka metoda – postiže se normativni cilj koji, na ovom mjestu, shvaćamo kao suzivanje kruga iznimki od obveze objave odluke o odabiru te, na taj način, postizanje zadovoljavajućeg stupnja transparentnosti i kod primjene pregovaračkog postupka u ovoj podnačici. Sukladno tako važnom normativnom cilju bila bi, ipak, preciznija zakonska dikcija te će se kod prve sljedeće novele morati ujednačiti terminologija u oba navedena članka ZOJN-a.

Sumirajući analizu izvršene normativne promjene sadržaja i smisla čl. 13. ZOJN, moramo upozoriti da su i na ovom mjestu lako uočljive naznake procesa »privatizacije javne nabave«. Uzrok tome nalazimo u takvom smjeru i smislu normativne izmjene koja zasigurno u većoj mjeri favorizira privatni interes (ovdje interes što bržeg zaključenja ugovora o nabavi u što je moguće neformalnijem postupku) nego odgovarajuću komponentu javnog interesa. Potonja komponenta svoju svrhu nalazi u osiguranju provođenja postupka nabave kojim će se onemogućiti bilo kakva evazija relevantnih odredbi ZOJN-a, a time svakako podići razina pravne sigurnosti u ovako delikatnom pravnom području.

Naime, izdavanje prethodne suglasnosti bez svake je sumnje pridonosilo formalizaciji javnonabavnog postupka. Ali jednako je tako nedvojbeno da je prethodna suglasnost imala svrhu osiguranja zakonitog provođenja postupka javne nabave te smanjivanja mogućnosti izigravanja slova i smisla ZOJN-a. Uspoređujući učinke deformalizacije i zasigurno šire mogućnosti zaobilazanja zakonskih odredbi – odnosno one

inačice postupka javne nabave koja jedina pruža garancije potpune transparentnosti i izjednačenosti šansi svih zainteresiranih poduzetnika, a to se naravno odnosi na inačicu javnog nadmetanja – smatramo da je dobitak relativno malen, a potencijalne opasnosti apsolutno velike. Sve rečeno učvršćuje nas u uvjerenju da je vrijedilo tolerirati i nešto duže provođenje javnonabavnog postupka nego usvojiti odredbu (te odgovarajuću normativnu konstrukciju) koja primarno pogoduje involviranim privatnim interesima.

III.b) 7. Prednosti i nedostaci novog uređenja instituta pregovora

Naš tekst završavamo s pregledom novina unesenih u mehanizam pravne zaštite predviđen ZOJN-om. Čl. 29. Novele parcijalno je izmijenio čl. 70. ZOJN, i to u dva smjera; prvo, u krug kontrolabilnih odluka unesena je izrijeком i odluka naručitelja o poništenju nadmetanja (st. 1. čl. 70). Dakle, od stupanja na snagu Novele prigovorom se može napadati – a na temelju njegova korištenja stječe se mogućnost korištenja i svih ostalih sredstava pravne zaštite – i odluka naručitelja o poništenju nadmetanja.³⁰ Time je zakonodavac konačno uskladio ZOJN s relevantnim europskim pravnim izvorima odnosno istovrsnom pravnom praksom koja je bez ikakve dvojbe upućivala na odluku o poništenju nadmetanja kao potencijalnu metu sredstava pravne zaštite.³¹

Druga značajna izmjena sastoji se u proširenju kruga osoba koje se mogu koristiti prigovorom odnosno ostalim sredstvima pravne zaštite. U noveliranom st. 2. čl. 70. u krug osoba ovlaštenih na korištenje prigovora sada su izrijeком uključeni i oni gospodarski subjekti koji imaju aktualni ili potencijalni pravni interes za sudjelovanje u javnonabavnom postupku. Potrebno je napomenuti da je njihova stranačka legitimacija vezana isključivo za pregovarački postupak, i to u podinačici bez prethodne objave poziva.³² Naravno, svoje pravo na pravnu zaštitu ovlašteni će gospodarski subjekt moći realizirati tek po objavi odluke o odabiru koju naručitelj, u dotičnoj varijanti javnonabavnog postupka,

³⁰ Razlozi za poništenje nadmetanja – njih sedam u nizu – taksativno su enumerirani u čl. 64, st. 1. ZOJN.

³¹ U tom kontekstu upozoravamo na odluku Europskog suda u slučaju C-92/00 Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik Planungsgesellschaft mbH v. Stadt Wien od 18. lipnja 2002. V. paragraf 51 te 53–54 odluke.

³² V. čl. 12, st. 6–7. ZOJN, odnosno ovaj rad između bilješki 22 i 24.

mora objaviti u *Narodnim novinama* najkasnije 15 dana prije sklapanja ugovora.³³ Dakle, riječ je o specijalnoj stranačkoj legitimaciji koja se može aktivirati tek u postupovnom stadiju prigovora.³⁴

Ocjenjujući normativni učinak Novele na institut prigovora, najprije moramo istaknuti da su oba zakonodavna poteza opravdana i pohvalna, iako značajno zakašnjela.³⁵ Ipak, poboljšanja su parcijalna i još uvijek nedostatna. Naime, uređenje prigovora i nadalje pati od prevelikog broja pravnih praznina.

Tako niti nakon stupanja na snagu Novele nije poznato koji je postupovni propis naručitelj dužan supsidijarno primjenjivati tijekom ispitivanja osnovanosti prigovora. Tek razrješenjem te dileme steći će se sve potrebne pretpostavke za punu kontrolu zakonitosti postupanja naručitelja u ovom postupovnom stadiju. Istodobno, sudionici javnabavnih postupaka (odnosno gospodarski subjekti iz st. 2. čl. 70) moći će osjetiti sve blagodati korištenja prigovora kao sredstva zaštite njihovih prava odnosno pravnih interesa. Do tog trena, međutim, korištenje prigovora nije ništa više od pukog ispunjavanja uvjeta nužnog za naknadno korištenje žalbe odnosno tužbe pred Upravnim sudom RH.

Osobito očitim spomenuti problem postaje kad se uoči koliko je podnormiran postupak rješavanja uloženog prigovora. Osim u inicijalnom smislu (st. 7. čl. 70), nisu propisane ovlasti naručitelja u tom postupku (primjerice kad je riječ o neurednom i/ili nepotpunom prigovoru), zatim uopće nisu propisani formalni zahtjevi kojima odluka naručitelja o prigovoru mora odgovoriti, a konačno, postupak mirenja i nadalje je potpuna nepoznanica (st. 5. čl. 70), jednako kao i pitanje propisa po kojem se u ovom dijelu postupka javne nabave ima obavljati te naknadno prosuđivati urednost dostave odnosno računanje relevantnih rokova.

Nažalost, prisiljeni smo konstatirati da ponovljenu pogrešku zakonodavca u dosadašnjoj primjeni ZOJN-a nije korigirao niti jedan od nadzornih organa koji bi – snagom svoje pozicije unutar nadzornog meha-

³³ Ta obveza proizlazi iz čl. 13. ZOJN; v. prethodni odjeljak ovog rada.

³⁴ Podrobnije o toj vrsti stranačke legitimacije v. I. Krbek, Stranka u upravnom postupku, Zagreb, 1928, str. 43–44.

³⁵ Naime, još smo 2003. godine upozoravali na manjkavosti sustava pravne zaštite u postupcima javne nabave uzimajući kao primjer upravo regulaciju instituta prigovora. V. podrobnije D. Medvedović – I. Šprajc, op. cit., str. 192–198.

nizma utvrđenog ZOJN-om, ali ništa manje i snagom institucionalnog autoriteta – bio pozvan to učiniti. Niti jedna nama poznata odluka Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, a niti odluka Upravnog suda RH nije razriješila dileme koje smo tek naznačili.

Kao jedan od mogućih izlaza sugeriramo prihvaćanje jedne, vrlo instruktivne odluke Ustavnog suda RH u kojoj je taj visoki forum ustvrdio da Zakon o općem upravnom postupku (dalje: ZUP) jest »... *supsidijarni postupovni zakon u izvansudskim postupcima (što proizlazi iz sadržaja i smisla odredbe čl. 1. tog Zakona), kojeg su, osim tijela državne uprave, dužne primjenjivati i druge pravne osobe ...*«. ³⁶ Smisljeno prihvaćanje i primjena dotične odluke dovela bi do višeg stupnja pravne sigurnosti poduzetnika koji se služe prigovorom te bi, zasigurno, olakšala rad nadzornih institucija u procjeni zakonitosti postupanja naručitelja. Međutim, valja biti svjestan da će supsidijarna primjena ZUP-a u instancijskom dijelu postupka javne nabave uzrokovati i stanovite probleme. ³⁷ Stoga smo uvjereni da je Novelom zakonodavac propustio detaljnije urediti taj postupovni stadij, čime je, u isti mah, propustio primjenu ZOJN-a učiniti transparentnijom, a glede kvalitetnije zaštite potencijalno ugroženih pravnih interesa i subjektivnih prava učinkovitijom.

III.b) 8. Žalba u postupku javne nabave; relevantnost ZUP-a u primjeni novih elemenata žalbe

Naposljedku, dužnu pozornost valja obratiti i izmjenama instituta žalbe u javnonabavnom postupku. ³⁸ Osim korigirajućih izmjena i dopuna (poput brisanja dosadašnjeg st. 4. u dotičnom članku), osobito je potrebno istaknuti produženje roka u kojem je moguće uložiti žalbu. Riječ je o roku koji svoju primjenu nalazi u slučaju da naručitelj nije odgovorio na prigovor jer sada isti rok iznosi 16 dana od dana podnošenja prigovora. ³⁹ Rok rješavanja uložene žalbe ostao je nepromijenjen i iz-

³⁶ Riječ je o Odluci br. U-III-268/1998. od 2. studenog 2000. koja je i objavljena u *Narodnim novinama* br. 115/00.

³⁷ Neke od tih problema v. u: D. Medvedović – I. Šprajc, op. cit., str. 194–195.

³⁸ V. čl. 30. Novele.

³⁹ Suprotno tome, nepromijenjen je ostao rok za ulaganje žalbe – te i nadalje iznosi 8 dana – u situaciji u kojoj je naručitelj poštovao svoju obvezu odgovaranja na prigovor u roku iz st. 6. čl. 70. ZOJN.

nosi 15 dana od dana primitka žalbe odnosno od dostave dokumentacije.⁴⁰

Uz žaljenje moramo primijetiti da zakonodavac nije intervenirao u vrlo nepraktično određene rokove za rješavanje žalbe.⁴¹ Nepraktičnost je posljedica više okolnosti; prvo, pravi je zakonodavni raritet određenje početka roka za rješavanje žalbe trenutkom njezina primitka od nadležne instancije. Drugo, još je nepraktičnije rješenje – a koje, uz to, ide na ruku nesavjesnim naručiteljima – početak istog roka učiniti ovisnim o trenutku dostave dokumentacije za nadmetanje od naručitelja.

Nisu poznati razlozi zbog kojih je propuštena prilika da se u sadržaj Novele uključe rješenja koja bi s jedne strane povećala stupanj postupovne discipline u žalbenom stadiju, dok bi s druge strane značajno potaknula ekspeditivnost tijela nadležnog za rješavanje žalbe te, shodno tome, sam žalbeni postupak učinila efikasnijim i transparentnijim. Kao rješenja koja bi dovela do opisanih učinaka vidimo uzakonjenje odredbe prema kojoj bi nadležno tijelo bilo ovlašteno riješiti žalbu i bez dostavljene dokumentacije o nadmetanju (a nakon isteka roka za njezinu dostavu od strane naručitelja),⁴² odnosno takvo oročavanje perioda u kojem se žalba ima riješiti kojeg bi početak bio izravno ovisan o momentu urednog ulaganja žalbe.⁴³

Nažalost, zakonodavac se nije poveo za iznesenim primjerima, čime je pravna pozicija žalitelja u postupku javne nabave još uvijek podložna tzv. »dvostrukoju šutnji«. Pod tim izrazom razumijemo kako pasivnost naručitelja u dostavi dokumentacije za nadmetanje, tako i pasivnost Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave prilikom rješavanja uložene žalbe.⁴⁴ Ostaje tek nadati se da će neka od sljedećih novela

⁴⁰ Na ovom mjestu izražavamo nadu da je tvrdnja G. Matešića, op. cit., str. 19, o produženju roka za rješavanje žalbe tek *lapsus calami*.

⁴¹ Dotični rokovi određeni su u st. 7. čl. 71. ZOJN koji glasi: »Državna komisija donijet će rješenje u roku od 15 dana od dana primitka žalbe, odnosno od dostave dokumentacije za nadmetanje.«

⁴² Prema st. 6. čl. 71. ZOJN, taj rok iznosi 8 dana od dana primitka zahtjeva Državne komisije. Predloženu soluciju sadržava čl. 33. st. 3. Zakona o upravnim sporovima (dalje: ZUS).

⁴³ Vidi klasičan primjer tako određenog roka rješavanja pravnog lijeka u čl. 247. st. 1. ZUP.

⁴⁴ Svjesni smo da se protiv »šutnje« Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave može iskoristiti tužba te pokrenuti upravni spor (čl. 72. ZOJN u vezi s čl. 26. ZUS).

okončati takvo, iz perspektive poduzetnika žalitelja, nezadovoljavajuće stanje.

Međutim, najznačajnija izmjena ovog dijela ZOJN-a rezultat je uvođenja novog instituta u žalbeni postupak. Riječ je o institutu odobrenja nastavka nabavnog postupka unatoč izjavljenoj žalbi.⁴⁵ Relevantna odredba glasi:

»Državna komisija može iznimno u roku od sedam dana od dana primitka zahtjeva naručitelja za nastavak postupka nabave, prije donošenja rješenja o žalbi, na temelju pisanog zahtjeva naručitelja s obrazloženjem o mogućem nastanku nerazmjerne štete, naručitelju odobriti nastavak postupka ukupne nabave ili dijela nabave. Presliku zahtjeva za odobrenje nastavka postupka nabave, upućenog Državnoj komisiji, naručitelj je obvezan istodobno dostaviti svim sudionicima u postupku nabave. Odluku Državne komisije naručitelj je obvezan u roku od tri dana od dana primitka uputiti svakoj strani u žalbenom postupku.«

Već sumarna analiza novog instituta pokazuje moguću, pa i vrlo vjerojatnu koliziju roka unutar kojeg Državna komisija mora odlučiti o ovovrsnom zahtjevu naručitelja s ostalim relevantnim rokovima u žalbenom postupku. Kao takve primarno označujemo 15-dnevni rok za rješavanje žalbe odnosno 8-dnevni rok u kojem naručitelj mora Državnoj komisiji poslati dokumentaciju o nadmetanju. Naime, vrlo je izgledno da će ulaganjem takvog zahtjeva naručitelj uzrokovati probijanje roka za rješavanje žalbe, što u postupcima u kojima je vrijednost nabave visoka nije nimalo preporučljiv scenarij. Vjerojatnost o kojoj govorimo je to veća ako se zaključi – a druga rečenica citiranog st. 11. čl. 71. ZOJN za takav zaključak daje dostatne osnove – da je Državna komisija dužna prije donošenja odluke o zahtjevu naručitelja razmotriti očitovanja svih sudionika u postupku nabave, odnosno da roku rješavanja o zahtjevu treba dodati i 3-dnevni rok unutar kojeg naručitelj mora o odluci Državne komisije obavijestiti sve dionike žalbenog postupka.

Ipak, zbog notorno predugog trajanja upravnog spora učinak takvog poteza žalitelja na ubrzanje rješavanja žalbe bit će minimalan, ako ikakav. Pored toga, žalitelj se, prema sadašnjem stanju stvari, suočava sa znatnim teškoćama ako želi ustanoviti točan moment od kojeg počinju teći rokovi iz st. 7. čl. 71. ZOJN, a što je pretpostavka za pokretanje spomenutog upravnog spora.

⁴⁵ Spomenuti institut uveden je u zakonski tekst putem st. 11. čl. 71. ZOJN.

Nadalje, zakonodavac je propustio obvezu dostave dokumentacije naručitelja vezati uz njegovo ovlaštenje da zatraži nastavak postupka nabave. Tako je sada očito moguće da naručitelj po primljenoj žalbi podnese zahtjev za nastavkom postupka, a da prije toga nije dostavio dokumentaciju o nadmetanju. Štoviše, ne postoji nijedna normativna prepreka koja bi spriječila takvu postupovnu situaciju te tako omogućila Državnoj komisiji da jedno (rješavanje zahtjeva za nastavkom postupka nabave) uvjetuje drugim (dostavom dokumentacije o nadmetanju). U konačnici, dakle, zamisliva je i realno ostvariva situacija u kojoj je Državna komisija odobrila nastavak postupka nabave naručitelju – što zapravo znači da je naručitelju odobreno zaključenje ugovora o nabavi na osnovi osporene odluke o odabiru – iako nije dostavio potrebnu dokumentaciju na temelju koje će se procjenjivati zakonitost njegova postupanja u tom nabavnom postupku. Iz te perspektive, evidentno je, žalba gubi gotovo svaki, a posebno preventivni, smisao.

Povrh rečenog, kao problem uočavamo i okolnost nedovoljnog poznavanja ZUP-a kao supsidijarno primjenjivog postupovnog propisa u žalbenom stadiju javnonabavnog postupka. Ako, naime, Državna komisija rješavajući o žalbi provodi upravni postupak – a na to upućuju njezina rješenja koja su redovito označena kao rješenja donesena u upravnom postupku – tada je jasno da bi se i ispitivanje opravdanosti zahtjeva naručitelja za nastavkom nabavnog postupka moralo temeljiti na primjeni ZUP-a. Našu sumnju dodatno pojačava okolnost da se novouvedeni institut uopće ne promatra kao dio žalbenog stadija u kojem se supsidijarno primjenjuje ZUP.⁴⁶ Stoga je postupanje Državne komisije po zahtjevu takvog sadržaja i nadalje upitno jer isključivo ovisi o njezinoj praksi, što nikako nije trebao biti rezultat Novele.

Unatoč okolnosti da ZUP ne sadržava institut identičan analiziranom, držimo da postoje svi normativni uvjeti za njegovu punu i više nego zadovoljavajuću supsidijarnu primjenu. Naime, osim upravo citirane odredbe ZOJN-a (koja može ispuniti ulogu dostatne pravne osnove

⁴⁶ Tvrdnja referira na tekst članka Državne komisije u kojem se novi institut promatra i analizira isključivo kao dio civilnog postupka unatoč okolnosti što Državna komisija označuje svoje akte kao akte upravnog postupka. V. G. Matešić, op. cit., str. 20–22. Izrazito je ilustrativan sljedeći navod spomenutog autora: »U analizi ove privremene mjere prava javne nabave prethodno će nam pomoći razmatranje temeljnih pravila kojima se u drugim sustavima« (sic! – nap. a.) »(parničnom, ovršnom, radnopravnom i dr.) ovaj institut normira.« Op. cit., str. 21.

za donošenje odgovarajuće odluke), Državna komisija, kao tijelo nadležno za donošenje odluke o nastavku nabavnog postupka, ima na dispoziciji još jednu, u ovoj normativnoj situaciji vrlo upotrebljivu odredbu ZUP-a. Riječ je o odredbi čl. 5. ZUP u kojoj je uobličeno načelo zaštite prava građana i zaštite javnog interesa.⁴⁷

Citirana odredba sadržava sve koordinate potrebne za identifikaciju, razmatranje i svojevrsno »vaganje« interesa tangiranih u normativnoj situaciji koja nastaje podnošenjem zahtjeva za nastavkom nabavnog postupka. Uz pomoć dotične odredbe moguće je pronaći ravnovjesje između javnog i privatnih interesa koji su angažirani i međusobno višestruko isprepleteni, pa i sučeljeni u momentu podnošenja rečenog zahtjeva.

Postoji, dakle, međusobna suprotstavljenost između (privatnih) interesa stranaka (natjecatelja) koje su uložile žalbu kao i one stranke (ili više natjecatelja) koja je, kao podnositelj najpovoljnije ponude, odabrana žalbom osporenom odlukom naručitelja. Nastavno, niti javni interes angažiran u konkretnom postupku nabave nije jednoznačan niti podjednako zastupljen na oba interesna pola. S jedne strane, jasno je odrediv interes očuvanja suspenzivnosti žalbe kao ustavnog prava (kategorije) građana koje ovdje, istodobno, služi kao sredstvo zaštite čitavog niza ustavnih prava i sloboda od kojih osobito ističemo poduzetničku slobodu odnosno pravo na jednak tržišni položaj svih poduzetnika.⁴⁸ Tome nasuprot može stajati onaj dio javnog interesa koji skrbi za pravodobno i potpuno zadovoljenje javnih potreba, a to je jedan od najbitnijih razloga provođenja javnonabavnog postupka.

⁴⁷ Relevantni dijelovi čl. 5. ZUP glase:

»(1) Pri vođenju postupka i rješavanju organi su dužni strankama omogućiti da što lakše zaštite i ostvare svoja prava, vodeći pri tome računa da ostvarivanje njihovih prava ne bude na štetu prava drugih osoba ni u suprotnosti sa zakonom utvrđenim javnim interesom.

...

(3) Ako se na temelju zakona strankama nalažu kakve obveze, prema njima će se primjenjivati one mjere predviđene propisima koje su za njih povoljnije, ako se takvim mjerama postiže svrha zakona.«

Podrobnije o tom načelu v. V. Androjna, Upravni postopek in upravni spor, Ljubljana, 1985, str. 23–24, zatim Ž. Dupelj – Z. Turčić, Komentar Zakona o općem upravnom postupku, Zagreb, 2000, str. 37–40, te konačno P. Krijan, Komentar Zakona o općem upravnom postupku, Zagreb, 2004, str. 28–30.

⁴⁸ V. u tom pogledu čl. 18. te čl. 49. st. 1–2. Ustava RH (Narodne novine br. 41/01 – pročišćeni tekst, 55/01).

Pri tome treba voditi računa da je mogućnost odobrenja nastavka nabavnog postupka dana kao iznimka od suprotnog pravila što implicira suzdržanost u usvajanju odgovarajućeg zahtjeva utemeljenu na dužnosti uskog tumačenja iznimke (*exceptiones non sunt extendendae*). U konačnici, pred Državnu komisiju postavlja se zadatak estimacije specifične težine svakog od prethodno naznačenih interesa te donošenje odluke koja će jednom od istih interesa (zapravo jednom od interesnih polova ako pod tim izrazom razumijemo kompleks sukladnih privatnih i javnih interesa) dati prednost na račun drugog interesa (interesnog pola).

Nažalost, kako smo i prethodno pokazali, svi su izgledi da Državna komisija neće primjenjivati netom izloženu normativnu konstrukciju sadržanu u ZUP-u, što smatramo neopravdanim otklonom od upravnopostupovnog zakonodavstva.

Završavajući ovu, nužno sumarnu, analizu novina u žalbenom stadiju javnonabavnog postupka, ne možemo ne ustvrditi da u normativnoj regulaciji tog stadija još uvijek egzistiraju takve manjkavosti zakonskog teksta koje priječe realizaciju prava na žalbu kao temeljnog ustavnog prava te presumptivno najefikasnijeg pravozaštitnog sredstva.

IV. Zaključak

Analiza odabranih dijelova Novele pokazala je sljedeće;

- a) Novela je, bez sumnje, učinila korak naprijed u usavršavanju teksta ZOJN-a. Usavršavanje treba shvatiti u smislu korekcije i usklađivanja ZOJN-a s europskim zakonodavstvom. Ipak, spomenuti ciljevi nisu realizirani ni dosljedno, ni temeljito, a još manje potpuno. Takvu ocjenu potvrđuju i prve procjene tog pravnog područja izvršene u okviru tzv. *screeninga* kao sastavnog dijela pristupnih pregovora između RH i EU.
- b) U okviru tih ciljeva, Novela je bitno izmijenila neke od ključnih instituta ZOJN-a. Nazivlje je kontraktualizirano, drugačije su ocrtani krugovi obveznika primjene ZOJN-a, reducirane su egzemptivne klauzule te značajno promijenjen jedan od os-

novnih postupovnih oblika (pregovarački postupak nabave). Dodatno, noveliran je i sustav pravne zaštite putem proširenja kruga osoba koje u njemu mogu sudjelovati odnosno proširenjem kruga odluka protiv kojih je dopušteno korištenje pravnih lijekova.

- c) Svim odredbama kojima su novelirani netom spomenuti instituti mogu se uputiti ozbiljni prigovori, i to kako nomotehničke, tako i materijalne prirode. Primjerice, ponešto usavršeni sustav pravne zaštite i dalje ne daje odgovore na pitanja koja se postupovna pravila primjenjuju tijekom rješavanja prigovora odnosno na temelju kojih će se postupovnih kodifikacija provjeravati osnovanost zahtjeva na nastavkom postupka nabave u žalbenom stadiju. Nadalje, odredbe koje definiraju krugove obveznika primjene ZOJN-a pravno su nespretno i nepotpuno formulirane. Izraziti nedostatak vidimo u nepostojanju odredbe koja bi jasno i nedvosmisleno uputila na tijelo nadležno za rješavanje slučajeva u kojima postoji dvojba glede okolnosti radi li se o obvezniku primjene ZOJN-a ili ne. Konačno, među egzemptivnim klauzulama (odredbama) još uvijek postoje primjeri odredbi koje svojom neodređenošću te nepreciznošću pružaju vrlo lako iskoristivu prigodu za evaziju ZOJN-a. To se nikako ne može označiti očekivanim odnosno prihvatljivim rezultatom Novele. Navedenim primjerima ne iscrpljuje se, nažalost, popis manjkavosti u noveliranim odredbama.
- d) Ukupan smjer i značenje Novele označili smo izrazom »privatizacija javne nabave«. Pod tim izrazom razumijemo takve izmjenne ZOJN-a koje u većoj mjeri pogoduju privatnim nego javnim interesima angažiranim u javnonabavnom postupku. Najavljeni smjer primjene nove verzije ZOJN-a također upućuje na postojanje tog procesa. Primjere koji potvrđuju takvu tvrdnju nalazimo na više mjesta u ZOJN-u: od kontraktualizacije nazivlja, preko uklanjanja potrebe ishoda prethodne suglasnosti kao pretpostavke za korištenje ograničenog odnosno pregovaračkog postupka nabave, pa sve do razmatranja novih instituta žalbenog stadija isključivo u svjetlu civilnog postupka uz istovremeni otklon od mogućnosti primjene upravno postupovnog zakonodavstva (ZUP) iako bi, s obzirom na vrstu sud-

ske zaštite kao i status tijela nadležnog za rješavanje žalbi, bilo adekvatnije primjenjivati ZUP.

- e) Kao poseban problem koji smo notirali tijekom analize Novele označujemo način na koji domaći zakonodavac prihvaća relevantne europske norme. Zamjetno je da se europske norme prihvaćaju doslovno te da se prilikom njihova preuzimanja ne vodi računa o zahtjevima domaćeg pravnog sustava. Rezultat su neusustavljene norme – kako na terminološkoj (kao u slučaju normi-definicija u čl. 2. ZOJN), tako i na sadržajnoj razini (kao što to pokazuje primjer jedne od egzemptivnih klauzula iz čl. 6. ZOJN) – primjena kojih ne obećava zadovoljavajući rezultat.
- f) Konačni zaključak o kvaliteti Novele ZOJN-a nužno je podijeljen: ispravljanje manjkavosti prethodne verzije tog zakonskog teksta, odnosno njegovo poboljšanje učinjeno je na način koji je istodobno stvorio nove normativne nedostatke. Upravo radi notiranja te korigiranja takvih manjkavosti u čitavom tekstu ZOJN-a, pa shodno tome i njegova poboljšanja kroz neke buduće zakonske novele, pisan je i ovaj tekst.

A CRITICAL ANALYSIS OF SOME IMPORTANT NOVELTIES IN THE LAW ON PUBLIC PROCUREMENTS

Summary

The manner of codification of public procurement procedures is undoubtedly very important, which explains the interest created by each legislative intervention in the relevant regulations. The Law on Public Procurements (LPP) has been seriously and comprehensively revised for the first time (Official Gazette, No. 92/05). The objectives of the revision are the following: nomotechnical improvement of the LPP and its harmonisation with the new EU regulations in that area.

The comprehensive revision has thoroughly changed the essential provisions of the LPP. The changes refer to new terminology (Art. 2 of the

LPP), different definition of the entities bound by the Law (Articles 4 and 5), different list of exemptive clauses (Art. 6), deformatisation of prerequisites for implementation of the negotiation variety of public procurement procedure (Articles 12 and 13), and, finally, considerable modifications in the system of legal protection (Articles 13 and 70-71).

The revision has fulfilled its purpose to a certain extent; however, it cannot be said that all the objectives have been achieved. The revised LPP is still not completely harmonised with the European legislature. Furthermore, the text still contains unacceptable normative deficiencies that have considerable negative impact on legal position of the parties to public procurement procedures.

It is rather obvious that the legislator favours the private interest at the expense of the public. Normative examples that corroborate this are numerous: for example, the contractualisation of legal terminology and deformatisation of the procedure to such an extent that the protection of public interest becomes rather difficult. Moreover, European legislation has been translated literally, without taking into consideration national legal system. It has resulted in inconsistent legal norms that will be rather difficult to implement. This text is written with the intention of pointing out to the normative sources of possible problems, which might contribute to avoid them as often as possible.

Key words: revision of the Law on Public Procurement, public procurement procedure