

## PRETJERANI PRAVNI FORMALIZAM I POSTUPCI JAVNE NABAVE

Izv. prof. dr. sc. Frane Staničić \*

UDK: 35.077.2/.3.:351.712.2(497.5)

342.924:351.712.2 (497.5)

351.95:351.712.2 (497.5)

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: svibanj 2017.

*Javna nabava je mehanizam kojim se osigurava da javni i sektorski naručitelji učinkovito i transparentno utroše javna sredstva. Pravna zaštita u postupku provođenja javne nabave važna je kako bi se osiguralo da se postupci provode u skladu sa zakonom i kako bi se uistinu osiguralo učinkovito trošenje javnih sredstava, odnosno kako bi dodjela ugovora o javnoj nabavi bila transparentna i provjerljiva. U našem pravu pravnu zaštitu sudionicima takvih postupaka pruža samostalno i neovisno državno tijelo nadležno za rješavanje o žalbama u postupcima javne nabave – Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave. Autor smatra da je praksa Državne komisije često obilježena pretjeranim pravnim formalizmom te misli da je u nizu slučajeva, umjesto uskog i gramatičkog tumačenja, bilo mjesta teleološkom i pravno smislenom tumačenju propisa kako bi se strankama u postupcima uistinu omogućila učinkovita i dostupna pravna zaštita. Autor će uputiti na stajališta Ustavnog suda Republike Hrvatske, koji je u svojoj praksi kritizirao javnopravna tijela i sudove upravo zbog pretjeranog pravnog formalizma i gramatičkog tumačenja zakona. Autor smatra da pretjerani pravni formalizam može proizvesti zazor investitora od sudjelovanja u postupcima javne nabave, što može imati negativne posljedice na investicijski ciklus u Republici Hrvatskoj. Zbog toga će autor u radu pokazati, teorijski i na konkretnim primjerima, što smatra pretjeranim pravnim formalizmom i kako se, prema njegovu mišljenju, takvo tumačenje zakona može izbjeći.*

*Ključne riječi: pravni formalizam, javna nabava, Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave, žalba*

---

\* Dr. sc. Frane Staničić, izvanredni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Sv. Ćirila i Metoda 4, Zagreb; frane.stanicic@pravo.hr;  
ORCID ID: orcid.org/0000-0001-8304-7901

## 1. UVOD

Prvotna ideja prilikom pristupanja pisanju ovog rada bila je analiza rada Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave (dalje u tekstu: DKOM) pri pružanju pravne zaštite u postupcima javne nabave. Naime, taj rad, prema mojem mišljenju, karakterizira (u određenoj mjeri) izraženi pretjerani pravni formalizam, koji smatram negativnom pojavom. Međutim, morao sam (pomalom iznenađujuće) konstatirati da mi je, kako bih mogao analizirati rad tog državnog tijela, ponajprije dužnost analizirati i razjasniti pojam pravnog formalizma. Naime, u hrvatskoj pravnoj teoriji nisam našao odgovarajuću teorijsko-pravnu podlogu, odnosno djelo ili rad koji bi se sustavno bavio temom pravnog formalizma.<sup>1</sup> Zbog toga ću, kako bih adekvatno mogao analizirati pojavu pretjeranog pravnog formalizma u radu DKOM-a, u prvom dijelu rada sustavno analizirati pojam pravnog formalizma. Prema tome, rad je koncipiran u dvije cjeline. U prvoj cjelini analizirat ću, s teorijsko-pravnog stajališta, pojam pravnog formalizma, kao i našu ustavnopravnu doktrinu o toj pojavi u cilju razjašnjenja pojavnosti pretjeranog pravnog formalizma. U drugoj cjelini analizirat ću primjenu mjerodavnih pozitivnih propisa na konkretne slučajeve u žalbenim postupcima javne nabave kako bih pokazao da je u radu DKOM-a primjetan pretjerani pravni formalizam. Zbog različitih elemenata koji se analiziraju u navedenim cjelinama rada, i moj će pristup materiji biti drukčiji – prva cjelina nužno će biti apstraktnija, dok će druga cjelina biti konkretnija.

## 2. PRAVNI FORMALIZAM

Nužno je, kako bi se ispunila svrha ovog rada, postaviti teorijski okvir, odnosno analizirati sam pojam “pravnog formalizma”. Uistinu, što je to pravni formalizam? Je li tu riječ o negativnoj ili pozitivnoj pojavi, kako se ona definira

---

<sup>1</sup> Treba, ipak, istaknuti rad Rodin, S., *Diskurs i autoritarnost u europskoj i postkomunističkoj pravnoj kulturi*, Politička misao, vol. XLII, br. 3, 2005., str. 41 – 64. U citiranom radu Rodin analizira utjecaj, u postkomunističkim društvima srednje i istočne Europe, pravnog formalizma na semantičku harmonizaciju u kontekstu harmonizacije prava s pravom Europske unije. Rodin smatra da je pravni formalizam prepreka semantičkoj harmonizaciji s obzirom na to da su tijekom komunističkog razdoblja mnoge karakteristike izvornog formalizma 19. stoljeća, poput objektivnosti, koherencije i sustavne naravi prava, degenerirale u “vulgarni tekstualni formalizam” koji je nadživio komunističko doba. *Ibid.*, str. 55 i 56. Od starijih radova valja istaknuti rad Visković, N., *Šta je to pravni pozitivizam?*, Arhiv za pravne i društvene nauke, vol. 38, br. 4, 1969., str. 595 – 608.

i kakve posljedice pravni formalizam može proizvesti? U ovom dijelu rada pokušat ću dati odgovor na postavljena pitanja kako bih onda na primjerima iz prakse mogao pokazati kakve posljedice primjena pretjeranog pravnog formalizma može izazvati.

Ponajprije, potrebno je odgovoriti na pitanje zašto je bitno koju metodu koristiti u pravoodlučivanju odnosno prilikom rješavanja o pravima, obvezama ili pravnim interesima fizičkih i pravnih osoba. U pokušaju davanja odgovora na ovo pitanje poslužit ću se riječima Ronalda Dworkina:

“Važno je kako suci rješavaju predmete. Ponajprije je to važno ljudima koji su dovoljno nesretni ili pravdoljubivi ili pokvareni ili sveti kako bi se našli pred sudom. Poštovani Hand, koji je bio jedan od najboljih i najčuvenijih američkih sudaca, rekao je da se tužbe bojao više od smrti ili poreza. Kazneni slučajevi su najstrašniji od svih, kao što su i najzanimljiviji za javnost. Ali, građanske parnice, u kojima jedna osoba traži naknadu ili zaštitu od druge za neko počinjeno ili zapriječeno nedjelo, su nekada značajnije od svih osim najodsudnijih kaznenih suđenja. Razlika između dostojanstva i propasti može ovisiti o jednom argumentu koji nekog drugog suca ne bi tako snažno impresionirao, ili čak ni istog suca nekog drugog dana. Ljudi često mogu više dobiti ili izgubiti jednim naklonom glave suca nego li bi ikada mogli bilo kojim općim aktom Kongresa ili Parlamenta. Tužbe su važne i na jedan drugi način koji se ne može mjeriti novcem ili čak slobodama. Postoji neizbježna moralna dimenzija pravnog djelovanja, pa prema tome i uvijek postojeći rizik od vrlo preciznog oblika javne nepravde. Sudac mora odlučiti ne samo tko će što imati, nego i tko se dobro ponašao, tko je ostvario obveze građanstva, a tko je, vođen pohlepom ili neosjetljivošću, zanemario svoje obveze prema drugima ili preuveličao tuđe obveze prema sebi. Ako je njegova presuda nepravična, tada je društvo zadalo moralnu ozljedu jednom od svojih članova jer ga je, u određenom stupnju ili dimenziji, označilo kao kriminalca. Povreda je najveća kada je nevina osoba osuđena za zločin, ali dovoljno je značajna i kada je tužitelj s opravdanom tužbom otjeran sa suda ili kada optuženik ode s nezasluženom stigmom.”<sup>2</sup>

Pravni formalisti smatraju da je pravo logički posloženo, autonomno i bez pravnih praznina te suci donose odluke kroz mehaničko primjenjivanje pravila. Klasični formalizam razumije pravo kao autonomnu, sveobuhvatnu i strogo strukturiranu doktrinarnu znanost. Pravo je, prema njihovu shvaćanju, vođeno

<sup>2</sup> Dworkin, R., *Law's Empire*, Belknap press, London, 1986., str. 1 i 2.

setom temeljnih znanstvenih principa koji su dokazivi logikom. U pravnom formalizmu pravo je “interno valjana, autonomna i samoopravdavajuća znanost” u kojoj se odgovori izvode iz “autonomnog logičkog zaključivanja iz samog tog sustava”. Zbog toga se iz prava logičkim metodama, indukcijom i silogističkim zaključivanjem može doći do potrebnih odgovora. Zbog činjenice da je pravno rezoniranje karakterizirano spomenutim logičkim pojmovima, koji su unutarne vezani za pravo i neovisni o konkretnom predmetu, formalizam percipira primjenjivače prava kao tehničare čiji je zadatak i stručnost mehanička: detektirati relevantne pravne norme, objaviti što one propisuju i primijeniti ono što je u njima zadano. Budući da ova doktrina proizlazi iz određenih i unutarnjih ispravnih odgovora, primjenjivači ne bi trebali, odnosno ne smiju uzimati u obzir socijalne ciljeve ili ljudske vrijednosti.<sup>3</sup> “Takvo gledište na tumačenje, kao na ustanovljenje volje zakonodavca, naziva se subjektivnim. Gledišta kojima je cilj utvrditi ono značenje pravne norme koje najbolje odgovara aktualnim društvenim prilikama u vrijeme primjene obično se nazivaju objektivnim. Tu se obično ubrajaju: a) škola interesne jurisprudencije, koja zastupa mišljenje da ne samo zakonodavac već i sudac prilikom spora treba uzimati u obzir interese stranaka i da je osnovna funkcija prava rješavanje sukoba interesa, b) vrijednosna jurisprudencija, koja tvrdi da pravno rješavanje sukoba interesa ne znači uvijek ostvarivanje samo jednog interesa i potiskivanje drugog interesa, nego odmjeravanje i vrednovanje tih interesa, c) škola slobodnog prava, koja osobito naglašava stvaralačku ulogu suca i daje mu mogućnost da popunjava pravne praznine, a sudska odluka temelji se na pravnom osjećaju.”<sup>4</sup>

## 2.1. Pozitivna stajališta o pravnom formalizmu u pravnoj teoriji

Kada govorimo o pravnom formalizmu, pogrešno bi bilo smatrati kako je riječ o pojavi koja se u pravnoj teoriji percipira isključivo kao nešto negativno. Dapače, postoji niz teoretičara prava koji u formalizmu vide isključivo pozitivnu pojavu koja omogućava sudu/tijelima donošenje pravilnih i zakonitih odluka.<sup>5</sup> Prema njihovu razmišljanju pravni formalizam za premisu ima to da se

<sup>3</sup> Dagan, H., prema: Tamanaha, B. Z., *The Mounting Evidence Against the ‘Formalist Age’*, *Texas Law Review*, vol. 92, 2014., str. 1668. Tamanaha se suprotstavlja stavu da su pravni formalisti ikada percipirali pravo na opisan način.

<sup>4</sup> Harašić, Ž., *Viskovićeva teorija tumačenja u pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 48, br. 1, 2011., str. 58.

<sup>5</sup> Patterson, D. M., *Foreword: The challenge of legal formalism*, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 16, br. 3, 1993., str. 579; Dworkin, R., *Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977.; isti autor, *op. cit.* u bilj. 2. Dworkin je u svojim

sudski (zakonski) odnosi mogu razumjeti kao oni koji sadržavaju “imanentnu moralnu racionalnost”. Uloga prava za onoga tko ga formalno primjenjuje jest izraziti tu imanentnu racionalnost u doktrini, institucijama i odlukama pozitivnog prava.<sup>6</sup> Moderne teorije o tumačenju počele su sa školom egzegeze koja se, “početkom 19. stoljeća, pod utjecajem velikih kodifikacija razvila u Francuskoj, odnosno školom pojmovne jurisprudencije, kako se nazivala u Njemačkoj. Tadašnji pravници, držeći novo kodificirano pravo potpunim i pravednim, smatrali su da se u njemu mogu jezičko-logičkim metodama naći rješenja za svaki spor, a zadatak suca su svodili na što iscrpniju primjenu u njima iskazane volje zakonodavca, i na čisto-mehaničko zaključivanje.”<sup>7</sup>

Za formaliste, pravo sačinjavaju misli, njegov sadržaj sačinjava koncept koji služi za razumijevanje pravnih odnosa. Prema tome, pravo je identično idejama od kojih se sastoji, pa razumijevanje prava ovisi o shvaćanju reda i povezanosti tih ideja. Iz toga slijedi premisa formalista da je pravo ustvari odraz inteligencije.<sup>8</sup> Iz navedenog slijedi kako se, ispravno primjenjujući pravo, logičkom dedukcijom mogu riješiti sve zamislive pravne situacije kako je gore i navedeno. Naime, u pravnoj državi vrijedi načelo diobe vlasti, koje sudsku praksu isključuje s popisa izvora prava. Stvaranje prava monopol je zakonodavnih organa, u pravilu predstavničkih skupština. Suci nisu ovlašteni stvarati pravo, nego čak imaju obvezu ograničiti se na primjenu prava koje je već stvorio zakonodavac.<sup>9</sup> Ovakvo se shvaćanje u teoriji prava naziva dogmom o potpunosti prava, koja u osnovi poriče postojanje pravnih praznina, ali i ističe da bi sudsko stvaranje prava bilo u sukobu s pravnom sigurnošću (bilo bi nemoguće predvidjeti sudsku odluku kojom se primjenjuje norma koja ne postoji u trenutku donošenja presude, nego je sudac stvara *ex novo*)<sup>10</sup>, a bilo bi u sukobu i s načelom zabrane unatragnog djelovanja prava jer je sudsko stvaranje prava nužno svojevrsno *ex post facto* zakonodavstvo s obzirom na to da norma koju je sudac može bitno stvorio ima za cilj urediti činjenično stanje koje je nastalo prije nego je sudac stvorio normu koju sada želi primijeniti na prethodno nastalo činjenično stanje.<sup>11</sup>

---

ranijim radovima zagovarao tezu o jednom ispravnom odgovoru, pa ga se zato i povezivalo s formalizmom. Međutim, poslije tu tezu nije naglašavao.

<sup>6</sup> Weinrib, E. J., *On the Immanent Rationality of Law*, *The Yale Law Journal*, vol. 97, br. 6, 1988., str. 957.

<sup>7</sup> Harašić, *op. cit.* u bilj. 4, str. 57.

<sup>8</sup> Weinrib, *op. cit.* u bilj. 6, str. 962.

<sup>9</sup> Guastini, R., *Sintaksa prava*, Naklada Breza, Zagreb, 2016., str. 377.

<sup>10</sup> *Ibid.*, str. 378.

<sup>11</sup> *Ibid.*

Nadalje, pravni formalizam ne mora se smatrati čisto mehaničkim pravnim zaključivanjem s obzirom na to da je nužno, prilikom njegove primjene, identificirati važeće izvore prava, interpretirati te izvore, razlikovati između relevantnih i irelevantnih izvora. Osim toga, postoji i teorijski nivo pravnog formalizma koji objašnjava kako se ovo pravno rezoniranje treba provesti, a da bude valjano.<sup>12</sup>

Formalisti smatraju kako je postupak konkretne primjene prava u takvom slučaju deduktivan postupak. Bez tog postupka logičke upotrebe uma, slijedi iz takvog rezoniranja, rad pravnik i suca završio bi u kaosu jer je za primjenu prava neizbježno da je postupak logički. Stvaranje je prava (zakonodavno) voljna funkcija, a primjena prava je umna funkcija.<sup>13</sup> Dodatno, iako je formalistički pristup zatvoren u pravo, formalizam je evaluativan i nije samo deskriptivan. Svrha formalizma je istaknuti standarde evaluacije koji su unutarnji za fenomen koji se evaluira. Prema tome, formalizam ima kritičku komponentu, ali onu koja izvire iz samog prava.<sup>14</sup> Dakle, kako bi se pravo razumjelo, mora ga se promotriti iznutra, a to nam osigurava primjena pravnog formalizma. Drugim riječima, nijedna kritika pravne norme ne može biti uspješna osim ako je riječ o imanentnoj kritici (imanentna kritika je ona koja počinje pravnim diskursom i, kroz proces kritičke refleksije, otkriva prirodu i strukturu pravne misli).<sup>15</sup> Naime, u kontekstu prava, razlika između forme i sadržaja govori nam nešto o prirodi pravnih ideja. Na ovaj način primjenom pravnog formalizma izbjegavamo pogreške u koje nas mogu dovesti vanjski utjecaji, što nas dovodi do toga da uistinu razumijemo pravo.<sup>16</sup>

## 2.2. Negativna stajališta o pravnom formalizmu u pravnoj teoriji

S druge strane, mnogi smatraju da je pravni formalizam iznimno loša, čak štetna pojava u pravu i za to iznose razne razloge. Primjerice, smatraju da je takva primjena prava pretjerano mehanička, da se pretjerano oslanja na postojeća pravna pravila i logičku dedukciju kako bi se riješili svi slučajevi na koja se

<sup>12</sup> Leiter, B., *Legal formalism and legal realism: what is the issue*, str. 2, <http://ssrn.com/abstract=1646110> (24. ožujka 2017.).

<sup>13</sup> Kocourek, A., *An Introduction to the Science of Law*, Boston, 1930., str. 207 i 211. Prema: Kelsen, H., *Opća teorija normi*, Naklada Breza, Zagreb, 2015., str. 261 i 262.

<sup>14</sup> Weinrib, E. J., *The jurisprudence of legal formalism*, Harvard Journal of Law & Public Policy, vol. 16, br. 3, 1993., str. 583.

<sup>15</sup> Patterson, *op. cit.* u bilj. 5, str. 579.

<sup>16</sup> *Ibid.*

ta pravna pravila primjenjuju.<sup>17</sup> Kao rezultat pretjerane primjene pravnog deduktivizma pravna pravila postaju kruta i nepromjenljiva, a pravo postaje inherentno konzervativno. Naime, shvaćanje prema kojem suci do prava trebaju dolaziti isključivo dedukcijom stavlja ih u položaj u kojem ne mogu pridonijeti pravodobnoj promjeni prava, njegovoj prilagodbi promjenama vrijednosnih shvaćanja u društvu. Isto tako, takvo shvaćanje rezultira nemogućnošću suca u korigiranju prava s obzirom na konkretne potrebe slučaja (u smislu ostvarivanja pravičnog rezultata). To ima za posljedicu nemogućnost prava da se prilagodi rapidno mijenjajućim društvenim okolnostima. Drugim riječima, kritičari pravnog formalizma tvrde da formalisti ignoriraju stvarno djelovanje pravnih pravila u društvenim okolnostima.<sup>18</sup> Njihova kritika ide dalje u pravcu naglašavanja činjenice da oni koji se zalažu za takvu primjenu prava prenamlašavaju značenje logičkog zaključivanja iz pravnih pravila, što zatim u praksi postaje jedini izvor prava, a dovodi do doktrinarne rigidnosti te naglašavanja činjenice da pravni formalizam vodi u pravni konzervativizam koji nastaje zbog zanemarivanja prava kao uistinu operativnog pravnog sustava te kao alata koji uistinu djeluje u stvarnim društvenim okolnostima i koji bi trebao sustav napraviti koherentnijim, upravljivijim i pravednijim.<sup>19</sup> Upravo suprotno, pravo bi se trebalo sagledavati kao socijalni fenomen sa stvarnim društvenim utjecajem koji može biti alat za provođenje društvenih promjena. Zbog toga treba umanjiti ulogu pravnog zaključivanja, pravne logike u pravnim pravilima i biti spreman na zaobilazanje ili čak i kršenje tih pravila.<sup>20</sup>

Kako bih dodatno pojasnio potrebu uzimanja dodatnih kriterija uz one koje zagovaratelji pravnog formalizma uzimaju, citirao bih riječi velikog pravnog teoretičara Kelsena, koji navodi:

“[Ako] pri primjeni zakona povrh pritom neophodnog utvrđivanja okvira unutar kojega se treba držati akt koji se donosi treba biti mjesta za još neku spoznajnu aktivnost, onda to nije spoznaja pozitivnog prava nego drugih normi koje se tu mogu uključiti u proces stvaranja prava, normi morala, pravednosti, društvenih vrijednosnih sudova koji se obično označavaju natuknicama narodno dobro, državni interes, napredak itd.”<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Quevedo, S. M., *Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory*, California law review, vol. 73, br. 1, 1985., str. 121.

<sup>18</sup> *Ibid.*, str. 122.

<sup>19</sup> *Ibid.*, str. 123.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Kelsen, H., *Čista teorija prava*, Naklada Breza, Zagreb, 2012., str. 78.

Isti autor odlučno tvrdi da se u području prava valjanost pojedinačne norme<sup>22</sup> ne može postići putem logičkog zaključivanja.<sup>23</sup> Naravno, to ne znači da primjeni logike nema mjesta. Dapače, ako postoji, a postoji, nešto što nazivamo pravnim mišljenjem (*legal thinking*), principi logike itekako su primjenljivi na takvo mišljenje. Međutim, problem se očituje u tome jesu li principi logike primjenljivi na norme, koje nisu smisao činova mišljenja, nego smisao činova volje.<sup>24</sup> Za protivnike formalizma – pravne realiste, kako ih naziva teorija prava – ustavna načela i ostali pravni principi opravdavaju svoje postojanje u smislu njihova doprinosa socijalnim potrebama<sup>25</sup>, pa prema tome i njihovo tumačenje varira u skladu s promjenama u činjeničnim situacijama na koje se primjenjuju, odnosno iz kojih je nastala potreba za njihovom primjenom.<sup>26</sup>

### 2.3. Pravni formalizam kao pozitivna ili negativna pojava?

Ako sažmemo sve navedeno, mišljenja sam kako je čitatelju do sada jasno da pretežu argumenti na temelju kojih bi se trebalo zaključiti kako pravu treba pristupati sa što manje formalističkog pristupa. Jasno, nekada je to potrebno i nužno, ali smatram kako se pravo ne može mehanički primjenjivati čak ni pozivanjem na pravnu logiku, odnosno na deduktivno izvođenje zaključaka iz teksta pravne norme. Pravna norma se, uz primjenu pravne logike, dakako, mora primarno promatrati u društvenom kontekstu. Osim toga, primjenjivač pravne norme uvijek je dužan ostvariti njezin cilj i svrhu. Naime, svaka pravna norma nastala je kako bi putem nje zakonotvorac ostvario svoju volju, odnosno kako bi regulirao određeni pravni problem. Na primjenjivaču te norme je da kroz primjenu ostvari njezin cilj. To nije moguće bez propitivanja društvenih okolnosti i cilja koji je postavljen pred predmetnu pravnu normu. Upotrijebit ću na ovom mjestu Guastinijevu terminologiju o tumačenju norme. On tumačenje prava (pa onda i primjenu) dijeli na:

1) spoznajno tumačenje – “O može značiti N1 ili N2”

<sup>22</sup> “Pojedinačna norma“ u ovom kontekstu znači produkt primjene opće pravne norme koja uređuje apstraktnu pravnu situaciju na konkretan slučaj.

<sup>23</sup> Kelsen, *op. cit.* u bilj. 13, str. 253.

<sup>24</sup> *Ibid.*, str. 263.

<sup>25</sup> Anonymous Author, *Formalism, Legal Realism, and Constitutionally Protected Privacy Under the Fourth and Fifth Amendments*, Harvard Law Review, vol. 90, 1977., str. 965.

<sup>26</sup> *Ibid.*, str. 966. Neki autori smatraju da se u teoriji nepotrebno vodi rasprava između formalista i realista, odnosno da pravni formalisti, odnosno oni pravni teoretičari koji su podržavali formalističku metodu primjene prava, nisu slijepo slijedili izložene postulate pravnog formalizma. Tamanaha, *op. cit.* u bilj. 3, str. 1672 – 1679.

- 2) standardno odlučujuće tumačenje – “O znači N1” ili “O znači N2”
- 3) stvaralačko tumačenje – “O znači N3”.<sup>27</sup>

Mišljenja sam da primjenom pravnog formalizma možemo doći samo do prvoga nivoa tumačenja iz Guastinijeve podjele: spoznajnog tumačenja. Nije moguće, strogo primjenjujući normu, identificirajući važeće izvore prava, interpretirajući te izvore i razlikujući između relevantnih i irelevantnih izvora, doći do standardnog odlučujućeg tumačenja ili stvaralačkog tumačenja. Ono izmiče pravnom formalizmu. Naime, spoznajno je tumačenje u cijelosti nalik na rječničku definiciju, odlučujuće je tumačenje slično redefiniciji, dok je stvaralačko tumačenje slično stipulativnoj definiciji (uvođenju novog, neuobičajenog pojma). Guastini to vrlo plastično pokazuje na sljedećem primjeru:

“[Č]l. 40. važećeg talijanskog Ustava glasi: ‘Pravo na štrajk ostvaruje se u okviru zakona kojim je uređeno’. Pretpostavimo sada da ostvarivanje toga prava nije uređeno nijednim zakonom. Dakle, spoznajno tumačenje te ustavne odredbe moglo bi imati sljedeći oblik. Čl. 40. Ustava moguće je pripisati tri različita značenja: (a) pravo na štrajk ne može se ostvarivati sve dok se nekim zakonom ne uredi njegovo ostvarivanje; (b) u nedostatku ikakvog zakonskog uređenja, pravo na štrajk može se ostvarivati bez ikakvog ograničenja; (c) i u nedostatku zakona kojima se uređuje ta materija pravo na štrajk se može ostvarivati, ali ne bez ograničenja, nego u okviru granica koje prolaze iz njegova odvagivanja s drugim ustavnim pravima i vrijednostima.”<sup>28</sup>

Osobno smatram da bi primjenom pravnog formalizma došli samo do prvog značenja, kako sam već naznačio, dok bi nam drugo i treće izmaklo jer bi zahtijevalo provođenje, ipak, pravnog tumačenja. Tumačenje se može odnositi na pripisivanje značenja tekstu (češće), a katkad na ono što nazivam “pravnim konstruiranjem”<sup>29</sup> (rjeđe). Dakako, ne smatram kako bi primjenjivači pravne norme trebali provoditi “pravno konstruiranje” u smislu da uzurpiraju nadležnost zakonotvorca, ali smatram kako bi morali imati pravo i ovlast, ali i dužnost, da pravnoj normi odrede pravilno značenje u skladu s njezinim ciljem i svrhom, uzimajući u obzir sve okolnosti (moral, društvenu koheziju, društvene okolnosti itd.).

<sup>27</sup> Guastini, *op. cit.* u bilj. 9, str. 355.

<sup>28</sup> *Ibid.*, str. 356.

<sup>29</sup> *Ibid.*, str. 357.

Ako u ovom kontekstu promotrimo Guastinijeva razmatranja o neodređenosti prava te ih prihvatimo kao ispravna, čitatelju će postati jasnije zbog čega smatram da je pravni formalizam (odnosno njegova pretjerana primjena) negativna pojava u pravu koja proizvodi iznimno štetne posljedice. Naime, Guastini smatra da je pravo dvostruko neodređeno. Ponajprije, smatra da je pravni poredak, kao takav, neodređen, kao i da je svaki od njegovih sastavnih dijelova (pravna norma) neodređen. Pravni poredak neodređen je u smislu da je neizvjesno koje mu norme pripadaju, a ta neizvjesnost proizlazi iz višeznačnosti normativnih tekstova<sup>30</sup>, dok je svaka vrijedeća norma neodređena u smislu da se ne zna koja činjenična stanja pripadaju njezinu području primjene. Neodređenost norme proizlazi iz neizbježne nejasnosti predikata (norma je na određene slučajeve nedvojbeno primjenljiva, na neke je nedvojbeno neprimjenljiva, ali ima i slučajeve u kojima je primjenljivost norme sporna).<sup>31</sup> Ako se složimo s tezom o neodređenosti prava koja proizlazi iz navedenih razloga, jasno slijedi da pravni formalizam nema odgovor na takav set okolnosti.

Zbog navedenoga, gledanje na pravni formalizam kao na nešto pozitivno, odnosno "slijepa" primjena prava može, što se često i događa, prijeći u pretjerani pravni formalizam, odnosno u takvu primjenu prava koja se protivi, što će poslije biti razjašnjeno, zdravom razumu. Svaka primjena prava (prilikom koje se primjenjivač norme drži pravnog formalizma u smislu da smatra da u primjeni prava nije dopušteno tumačiti pravo, a pogotovo pravno konstruirati) koja dovodi do odluka koje su nerazumne, iracionalne ili u suprotnosti sa zdravim razumom čini, prema mojem mišljenju, pretjerani pravni formalizam. Ako pogledamo praksu Europskog suda za ljudska prava, vidjet ćemo da je taj sud odavno prepoznao opasnosti koje prijete od pretjeranog (ekscesivnog) pravnog formalizma, bilo u tumačenju proceduralnih pravila, bilo u tumačenju materijalnih pravila.<sup>32</sup> Tako se pretjeranim formalizmom smatra posebno strogo tumačenje proceduralnih pravila koja mogu spriječiti podnositeljima pristup sudu (stroga interpretacija rokova, proceduralnih pravila i pravila o

<sup>30</sup> *Ibid.*, str. 359 – 364.

<sup>31</sup> *Ibid.*, str. 364.

<sup>32</sup> Referentna presuda koja se može smatrati sažetkom temeljnih pravnih stajališta Europskog suda o najvažnijim mjerilima za prosudbu postojanja pretjeranog pravnog formalizma je predmet *Maširević protiv Srbije* (presuda, zahtjev br. 30671/08, 2014.), a u tumačenju materijalnih pravila kao primjer se navodi predmet *Rodrigues Da Silva i Hoogkamer protiv Nizozemske* (presuda, zahtjev br. 50435/99, 31. siječnja 2006.).

dokazivanju)<sup>33</sup>, kao i pridavanje najveće važnosti činjeničnim razmatranjima bez njihova adekvatnog balansiranja s temeljnim pravima podnositelja.<sup>34</sup> Slično rezoniranje, na kojemu velikim dijelom i temeljim svoje stavove, možemo naći i u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske, o čemu više *infra*.

#### 2.4. Ustavnosudska doktrina o pretjeranom pravnom formalizmu u svjetlu vladavine prava

Ako promotrimo užu sliku – pravni sustav RH, vidjet ćemo da je pretjerani pravni formalizam itekako prisutan.<sup>35</sup> Naši sudovi i tijela javne uprave vrlo često posežu za gramatičkim i uskim tumačenjem zakona, odnosno nesprenni su sagledati širu sliku. Dakako, to ne vrijedi uvijek ni za sve sudove ni za sva tijela javne uprave. Međutim, Ustavni sud Republike Hrvatske (dalje u tekstu: USUD) u nizu svojih odluka upozoravao je na nesprenost otklona od tekstualnog pozitivizma i pretjeranog formalizma u zaštiti subjektivnih prava građana.<sup>36</sup> Ovakve formulacije USUD-a sadržavaju odluke o ustavnim tužbama u upravnim, kaznenim i građanskim stvarima, pa možemo zaključiti da je kod nas “virus” pretjeranog pravnog formalizma prisutan u svim granama sudovanja.

Ako se posebno osvrnemo na probleme koji nastaju u upravnoj grani sudovanja zbog pretjeranog pravnog formalizma, onda ćemo vidjeti kako se takvim,

---

<sup>33</sup> *Handbook on European law relating to access to justice*, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2016., str. 119.

<sup>34</sup> *Ibid.*, str. 121.

<sup>35</sup> “Primjeri pravnog formalizma mnogobrojni su u hrvatskom pravnom poretku.” Rodin, *op. cit.* u bilj. 1, str. 55. Slično rezonira i Omejec u radu *Hrvatska uprava – od socijalističkog do europskog koncepta zakonitosti* u: *Hrvatsko-francuski upravni pravni dani, Hrestomatija, Opći dio: Javna uprava I*, Miscellanea, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Conseil D’etat, Université Panthéon Assas, Split, Paris, 2016. Naime, Omejec govori o “okovima krutog ‘tekstualnog’ ili ‘gramatičkog’ pozitivizma” (str. 127), o “kroničnom ekscesivnom formalizmu” (str. 127), odnosno o “rigidnim formalističko-pozitivističkim obrascima postupanja, u osnovi indiferentnim prema praktičnim problemima pravde, koji neizbježno završavaju u slijepom formalizmu kao djelotvornom načinu rješavanja predmeta” (str. 129) te “formalističkim ‘pretjerivanjima’” (str. 129).

<sup>36</sup> U-III-2646/2007 od 18. lipnja 2008. (Narodne novine, br. 104/2008), U-III-2778/2013 od 30. listopada 2013., [www.usud.hr](http://www.usud.hr) (28. ožujka 2017.), U-III-3817/2009 od 19. prosinca 2012. (Narodne novine, br. 18/2013), U-III-2709/2010 od 8. svibnja 2014. (Narodne novine, br. 75/2014), U-III-4057/2013 od 17. rujna 2014., [www.usud.hr](http://www.usud.hr) (25. ožujka 2017.).

relativno čestim pristupom, izravno utječe na pravo podnositelja da neovisni i nepristrani sud odluči o njegovu pravu u “meritumu”, što je opravdano istaknuo USUD. Dapače, USUD je istaknuo, u svojoj odluci iz 2011., kako takva praksa dovodi do apsurdnih situacija, potkrepljujući to primjerom kod kojega bi određena dozvola bila upravni akt, ali odluka o izdavanju takve dozvole to ne bi bila.<sup>37</sup> To bi zapravo značilo da bi sudsku zaštitu uvijek imale samo one osobe koje su dozvolu dobile (a koje je u tom slučaju i ne trebaju), a nikad ne bi mogle imati one osobe čiji su zahtjevi za dobivanje dozvola odbijeni. Situacija koju proizvodi takvo rješenje (a koja je proizlazila iz sudske prakse) izravno je suprotna temeljnim načelima prava, poretku RH, a osobito načelu jednakosti i poštenog suđenja u državi utemeljenoj na vladavini prava. U jednoj odluci USUD je vrlo izravno istaknuo da je primjenu prava obilježio pretjerani formalizam koji je u okolnostima konkretnog slučaja očito nadvladao argument zdravog razuma.<sup>38</sup> Dodatno, u drugoj odluci USUD je izrazito oštro predbacio Upravnom sudu pretjerani pravni formalizam:

“Očit je pretjerani formalizam kojim Upravni sud nastoji opravdati svoje odbijanje postupiti po odluci Ustavnog suda i otkloniti povrede podnositeljčinih ustavnih prava. Svojim utvrđenjem da je Ustavni sud ‘utvrdio povredu ustavnog prava, međutim, nije poništio presudu ovog Suda i rješenja tuženoga kojima je tužiteljica bila stavljena na raspolaganje’, pa je ‘rješenje o stavljanju tužiteljice na raspolaganje ostalo ... konačno i pravomoćno’, zbog čega je ‘nastupila zakonom propisana činjenica koja čini pretpostavku za prestanak službe po sili zakona’, a time i za odbija-

<sup>37</sup> U-III-3937/2011 od 14. prosinca 2011., Narodne novine, br. 1/2012, točka 14.

<sup>38</sup> U-III-412/2016 od 3. lipnja 2016., Narodne novine, br. 60/2016, točka 68. U pravnoj teoriji je, inače, razrađeno načelo *absurd result principle*, koje zabranjuje primjenjivaču pravne norme primjenu pravne norme na način koji bi doveo do apsurdnih rezultata. Apsurdni rezultati bili bi oni koji su protivni logici, razumnosti, racionalnosti i zdravom razumu, pa su sudovi dužni odbiti doslovna tumačenja zakona koja bi rezultirala nerazumnim i neracionalnim odlukama ili odlukama koje bi bile protivne zdravom razumu. Primjerice, ako bi pravna norma zabranjivala bilo kome da okrvavi (*to draw blood*) ikoga na ulici, onda bi rezultat takve norme i njezine slijepe primjene bio i kažnjavanje kirurga, slučajnog prolaznika koji bi pustio krv žrtvi udara (u cilju da mu spusti tlak), što je dakako u potpunosti nelogično. Ili, osoba koja pobjegne iz zatvora mora se kazniti. Međutim, bilo bi protivno zdravom razumu kazniti zatvorenika zato što je pobjegao iz gorućeg zatvora da se spasi. O navedenom vidi: Dougherty, V. M., *Absurdity and the Limits of Literalism: Defining the Absurd Result Principle in Statutory Interpretation*, The American University Law Review, vol. 44, br. 1, 1994., str. 127 – 166.

nje tužbe podnositeljice kao neosnovane, otkriva teškoće Upravnog suda u prihvaćanju koncepta zaštite ljudskih prava ustanovljenog u Ustavu, ali i nespremnost otklona od tekstualnog pozitivizma i pretjeranog formalizma u zaštiti subjektivnih prava građana.”<sup>39</sup>

Ustaljeno je stajalište USUD-a da je zadaća u prvom redu nadležnih tijela državne i javne vlasti da tumače i primjenjuju pravo.<sup>40</sup> Oni su dužni pravne norme tumačiti polazeći od cilja i svrhe koju je zakonodavac želio postići njihovim propisivanjem te u skladu s tako utvrđenom svrhom primjenjivati mjerodavnu normu, imajući u vidu specifične okolnosti konkretnog slučaja.<sup>41</sup> Naravno, ne bi smjelo dolaziti do razmimoilaženja u tumačenju i primjeni norme u konkretnim slučajevima. Međutim, kada bi do toga i dolazilo, to bi bio jasan znak pogrešaka i nedostataka u njezinoj određenosti.<sup>42</sup> Iz prakse USUD-a jasno proizlazi da nema mjesta doslovnom uzimanju riječi i/ili brojki u pravnim normama, a da se ne pita ništa o njihovu značenju. Naime, takvo postupanje nije ni valjano gramatičko tumačenje, a pogotovo ne teleološko tumačenje, koje zahtijeva da se otkrije svrha zakona i utvrde vrijednosti na kojima se zakon temelji.<sup>43</sup> Štoviše, takav način postupanja državnih tijela i/ili sudova vodi u arbitrarno postupanje, što je potvrđeno ustavnosudskom praksom.<sup>44</sup> Iz prak-

<sup>39</sup> U-III-3063/2007 od 4. listopada 2011., Narodne novine, br. 124/2011, točka 9.

<sup>40</sup> U-III-539/2008 od 12. lipnja 2012. (Narodne novine, br. 75/2012, točka 5.), U-III-3211/2009 od 8. prosinca 2012., www.usud.hr, točka 3. (25. ožujka 2017.), U-III-6283/2010 od 6. ožujka 2013., www.usud.hr, točka 8. (25. ožujka 2017.).

<sup>41</sup> U-III-2259/2013 od 5. svibnja 2016., www.usud.hr, točka 6.1. (25. ožujka 2017.), U-III-3817/2009 od 19. prosinca 2012. (Narodne novine, br. 18/2013, točka 8.).

<sup>42</sup> U-I-722/2009 od 6. travnja 2011., Narodne novine, br. 44/2011, točka 5.2.

<sup>43</sup> U-III-3864/2015 od 17. veljače 2016., www.usud.hr, točka 4. (25. ožujka 2017.), U-III-2646/2007 od 18. lipnja 2008., Narodne novine, br. 104/2008, točka 5.3.

<sup>44</sup> Kao primjer navodim odluku USUD-a U-III-3817/2009 (*op. cit.* u bilj. 32, točka 8.) u kojoj je bilo sporno “postoji li na temelju utvrđenih činjenica i mjerodavnog prava obveza podnositelja na plaćanje poreza na promet nekretnina (...) Razlozi na temelju kojih upravna tijela i Upravni sud smatraju da se na podnositelja ustavne tužbe ne može primijeniti navedena zakonska iznimka svode se, sažeto, na utvrđenje da je stavkom 5. članka 17. Zakona o pravnom položaju vjerskih zajednica izrijekom propisano da se ona primjenjuje samo na one prostore koji (već) imaju obilježja vjerskog objekta. Stoga se podnositelja ustavne tužbe nije moglo osloboditi od obveze plaćanja poreza budući da navedena zakonska odredba ‘ne glasi da vjerska zajednica ne plaća porez na promet nekretnina kada stječe objekte koji će postati vjerski objekti ili koji će imati namjenu vjerskog objekta’ (podrobnije vidjeti citirana rješenja upravnih tijela i presude Upravnog suda u točki 3 obrazloženja odluke). Ustavni sud primjećuje da se navedenim utvrđenjima, u formalnom smislu, nema

se USUD-a vidljivo je kako pretjerano formalističko postupanje smatra takvim postupanjem koje ne uzima u obzir pravi smisao i svrhu pravne norme.<sup>45</sup> Upravo suprotno, zadaća je sudova, dakle, i Upravnog suda, kao i upravnih tijela, da tumače pravne norme polazeći od cilja i svrhe koje je zakonodavac želio postići njihovim propisivanjem, te da s tako utvrđenom svrhom primjenjuju mjerodavnu normu u skladu sa specifičnim okolnostima konkretnog slučaja.<sup>46</sup> USUD je u svojoj praksi uspostavio pravilo tumačenja i povezivanja pravnih normi u cilju zakonitog i pravilnog rješavanja stvari pred sudovima i upravnim tijelima.<sup>47</sup> Dužnost je nadležnih tijela, uključujući sudove, ako je u nekom konkretnom slučaju mjerodavan jedan zakon, ali združeni učinci tog i nekog drugog ili više drugih zakona izravno utječu na zakonska prava ili obveze stranka, bez iznimke tumačiti sve te mjerodavne propise u njihovoj ukupnosti, polazeći od združenih učinaka koje oni proizvode za stranku u svjetlu osobitih okolnosti samog slučaja, stalno imajući na umu da njihove odluke ne smiju dovoditi do nerazumnog i objektivno neopravdanog ishoda za samu stranku, a ponajmanje kršiti njihova ustavna prava ili objektivne vrijednosti hrvatskog ustavnog poretka.<sup>48</sup> Nažalost, već i prema broju citiranih odluka USUD-a u ovom radu možemo zaključiti da to često nije slučaj. Kako bi se dodatno argumentirao ovaj stav, citirat ću vrlo teške, ali i opravdane riječi USUD-a:

“S obzirom na učinke koje proizvode, takvo nerazumno tumačenje i formalistička primjena propisa nisu dopustivi u pravnom poretku utemeljenom na vladavini prava i zaštiti ljudskih prava. Ustavni sud naglašava

---

što prigovoriti jer stavak 5. članka 17. Zakona o pravnom položaju vjerskih zajednica, gramatički čitan, doista tako i glasi. (...) Polazeći od naprijed opisanog stajališta upravnih tijela i Upravnog suda, proizlazilo bi da vjerska zajednica nikada ne bi mogla kupiti određeni prostor (poslovni prostor) koji već nije vjerski prostor, koji se ne koristi za obavljanje vjerskih obreda (...) Ustavni sud primjećuje da ukoliko bi se prihvatilo navedeno stajalište, to bi značilo da niti jedna vjerska zajednica nikada ne bi mogla kupiti prostor koji već nema status (nije klasificiran) kao vjerski objekt, odnosno prostor koji služi za vjerske potrebe. Iz takvog pristupa proizlazilo bi da bi vjerske zajednice mogle kupovati takve objekte samo jedne od drugih. Takvo stajalište ne čini se logičnim i životnim. Ustavni sud, slijedom navedenoga, smatra da je način na koji su nadležna upravna tijela i Upravni sud tumačila i primijenila mjerodavno pravo isuviše formalistički te da nema svoje racionalno opravdanje.”

<sup>45</sup> U-III-6283/2010 od 6. ožujka 2013., www.usud.hr, točka 12. (25. ožujka 2017.).

<sup>46</sup> U-III-4285/2013 od 27. rujna 2016., www.usud.hr, točka 8.2. (25. ožujka 2017.).

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> U-III-6045/2016 od 20. travnja 2017., www.usud.hr, točka 27., U-III-5989/2013 od 9. veljače 2016., Narodne novine, br. 25/2016, točka 45., U-III-2184/2009 od 13. studenoga 2014., Narodne novine br. 145/2014, točka 26.1.

da te temeljne odrednice hrvatskog pravnog poretka obvezuju ne samo sudove nego i upravna te druga javnopravna tijela jer 'upravne vlasti predstavljaju jedan element države koji podliježe vladavini prava' (...) Sukladno tome, i Upravni sud u Rijeci pristupio je mjerodavnom pravu na pretjerano formalan i nefleksibilan način. (...) Ovaj je predmet u tom smislu ogledni primjer Ustavom nedopuštenog ekscesivnog formalizma koji, općenito govoreći, još uvijek opterećuje rad nadležnih tijela državne i javne uprave, ali i nadležnih domaćih sudova, kad odlučuju o pravima i obvezama stranaka u pravnim postupcima. Ustavni sud već godinama uporno ponavlja da su nadležna tijela, uključujući sudove, dužni tumačiti i primjenjivati mjerodavno pravo, uvijek i bez izuzetka, u svjetlu osobitih okolnosti svakog konkretnog slučaja.<sup>49</sup>

Iz navedenoga proizlazi kako primjena pretjeranog pravnog formalizma ima za posljedicu negiranje vladavine prava, što je nedopustivo u demokratskom društvu. Navedeno vrijedi i obratno, pa se ni pojedinac ne može pozivati na formalističko poimanje prava kada bi mu ono išlo u korist.<sup>50</sup> Nadalje, to, posebice u postupcima javne nabave, može rezultirati vrlo nepovoljnim posljedicama za proklamirani cilj javne nabave – najučinkovitije korištenje javnih sredstava. Naime, pravna ili fizička osoba koja na svoju štetu pretrpi posljedice pretjeranog pravnog formalizma može jednostavno zaključiti da ne treba poslovati u državi u kojoj se postupa, riječima USUD-a, suprotno temeljnim načelima prava, a osobito načelu jednakosti i poštenog suđenja. Pravna sigurnost – zajedno s načelom supremacije prava – podrazumijeva da je pravo stvoreno kako bi se primjenjivalo u praksi na konkretne životne situacije. Iako je apstraktno vrednovanje samog zakonodavstva važno za ostvarenje načela vladavine prava, kategoričnost objektivnog prava nikako ne znači da se pravna pravila smiju primjenjivati na konkretne životne situacije toliko nefleksibilno, mehanički i slijepo da postaje nemoguće uvažavati imperativne razumnosti i pravičnosti. U svakom takvom slučaju uvijek će biti riječ o pretjeranom formalizmu protivnom Ustavu.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> "Uz navedeno, Ustavni sud primjećuje da ponašanje podnositelja (izbjegavanje osobnog preuzimanja poziva) upućuje na zlouporabu procesnih ovlaštenja. Sukladno tome, pozivanje podnositelja u ustavnoj tužbi na striktno tumačenje članka ZPP-a o osobnoj dostavi, u osobitim okolnostima konkretnog slučaja, predstavljalo bi pretjerani formalizam." U-III-7347/2010 od 17. travnja 2014. [www.usud.hr](http://www.usud.hr), točka 5. (25. ožujka 2017.).

<sup>51</sup> U-III-5989/2013 (*op. cit.* u bilj. 40, točka 46.).

U pravnoj teoriji javlja se ideja o korištenju “vladavine prava” kao središnjeg načela u uspostavljanju javnopravnih vrijednosti prilikom sudske ocjene odluka koje donose tijela javne vlasti.<sup>52</sup> To u osnovi znači da vladavina prava zahtijeva održavanje temeljnih principa prava.<sup>53</sup> Je li to moguće u sustavu koji je opterećen pravnim formalizmom? Kada to promotrimo u okviru našeg ustavnog poretka i činjenice da je USUD u nizu svojih odluka naglasio vladavinu prava kao jednu od temeljnih vrednota hrvatskog ustavnopravnog poretka<sup>54</sup>, jasno je da pretjeranom pravnim formalizmu ne smije biti mjesta u sustavu koji poštuje i održava vladavinu prava. Naime, kada se vladavina prava koristi kao normativni koncept, ona djeluje kao obavezna reakcija pri otkrivanju nepravdi i kao smjerekaz glede odgovarajuće sudske odluke.<sup>55</sup>

Vladavina prava identificira temeljna ljudska prava koja povezujemo sa zapadnim liberalnim demokracijama. Ta prava i imperativ da ih se zaštiti od povreda jačaju poriv da se prerežu sve preostale konceptualne veze s teorijom pravnog pozitivizma. Naime, danas se ne može uspješno tvrditi da bi “moralno odvratan zakon”, koji bi formalnopravno bio valjan, mogao djelovati s punom silom zakona.<sup>56</sup> Prema tome, trebalo bi prihvatiti promjenu smjera od pravila formalizma prema tumačenju pravnih normi u skladu s temeljnim vrijednostima – ljudskim dostojanstvom, jednakošću i slobodom.<sup>57</sup> Slično rezonira i USUD kada navodi, govoreći o vladavini prava u kontekstu tumačenja prava i pravnog formalizma, da je ta “ustavna vrednota (...) temelj za tumačenje cjeline ustavnog teksta i pojedinih njegovih odredbi te kao takva, natkriljuje mjerodavne zakonske norme, ne dopuštajući njihovu primjenu”<sup>58</sup> na mehaničko podvođenje stanja stvari pod mjerodavne odredbe važeće pravne norme.

---

<sup>52</sup> Joseph, P. A., *Exploratory questions in administrative law*, New Zealand Universities Law Review, vol. 25, 2012., str. 87 – 90.

<sup>53</sup> *Ibid.*, str. 88.

<sup>54</sup> U kontekstu pravnog formalizma posebno bih naglasio odluku U-III-4285/2013 od 27. rujna 2016. U predmetnom slučaju bila je riječ o razrezu poreza na promet nekretnina unatoč činjenici da podnositeljica ustavne tužbe nikada nije mogla postati niti je ikad postala vlasnicom predmetne nekretnine.

<sup>55</sup> Joseph, *op. cit.* u bilj. 55, str. 102.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> *Ibid.*, str. 101.

<sup>58</sup> U-III-4285/2013, *op. cit.* u bilj. 51, točka 8.3.

### 3. PRAVNA ZAŠTITA U JAVNOJ NABAVI

O pravnoj zaštiti u postupcima javne nabave u našoj se pravnoj teoriji poprilično pisalo. Stoga ću na ovom mjestu samo ukratko ocrtati pravno uređenje pravne zaštite u postupcima javne nabave. Sukladno Zakonu o javnoj nabavi, pravnu zaštitu u postupcima javne nabave pruža DKOM. To je samostalno i neovisno državno tijelo nadležno za rješavanje o žalbama u vezi s postupcima javne nabave, postupcima davanja koncesija i postupcima odabira privatnog partnera u projektima javno-privatnog partnerstva.<sup>59</sup> To neovisno tijelo u žalbenom postupku odlučuje o zakonitosti postupaka, radnji, propuštanja radnji i odluka donesenih u postupcima javne nabave, kao i o drugim zahtjevima koje su u žalbenim postupcima ovlaštene postaviti stranke. DKOM u žalbenim postupcima odlučuje u vijećima<sup>60</sup>, a razvio je bogatu praksu koja je u pravilu dosljedna. Bilo bi pogrešno smatrati kako je rad tog vrlo važnog tijela nekvalitetan, niti takav stav dijelim. Međutim, mišljenja sam da je i u radu ovog tijela prisutan, u znatnoj mjeri, pretjerani pravni formalizam, što nije potvrdilo, u dovoljnoj mjeri, upravno sudstvo, ali jest USUD.

### 4. PRAVNI FORMALIZAM U POSTUPANJU DRŽAVNE KOMISIJE ZA KONTROLU POSTUPAKA JAVNE NABAVE

Javna nabava je pravni mehanizam, uređen na razini Europske unije<sup>61</sup>, putem kojega se osigurava transparentno i učinkovito trošenje javnih sredstava. Sukladno dostupnim podacima više od 250.000 tijela u EU-u godišnje troši oko 14 % BDP-a na nabavku usluga, radova i zaliha.<sup>62</sup> U RH je prema služ-

<sup>59</sup> Čl. 3. st. 1. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave, Narodne novine, br. 18/2013, 127/2013 i 74/2014.

<sup>60</sup> U Državnoj komisiji ustrojavaju se tri vijeća. Vijeća se sastoje od tri člana Državne komisije – čl. 13. st. 2. Zakona o DKOM-u.

<sup>61</sup> Prijašnje direktive – Direktiva 2004/18/EC o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama (Sl. L 134/114 od 30. travnja 2004.) i Direktiva 2004/17/EC o usklađivanju postupaka nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga (Sl. L 134/1 od 31. ožujka 2014.) – zamijenjene su Direktivom 2014/24/EU o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (Sl. L 94/65 od 26. veljače 2014.) te Direktivom 2014/25/EU o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ (Sl. L 94/243 od 26. veljače 2014.).

<sup>62</sup> Usp. [https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement\\_en](https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en) (4. ožujka 2017.).

benim podacima za 2015. ukupna vrijednost objavljenih ugovora i okvirnih sporazuma iznosila 31.110.563.170 kn, a vrijednost evidentirane bagatelne nabave iznosila je 9.470.932.263 kn.<sup>63</sup> Javni naručitelji objavili su 12.996 ugovora u vrijednosti 22.258.988.145 kn, dok su sektorski naručitelji objavili 2.489 ugovora u vrijednosti 8.851.575.025 kn. Sukladno tome, udio ukupne vrijednosti javne nabave u BDP-u za 2015. je 12,14 %.<sup>64</sup>

Nesporno je kako je kod javne nabave riječ o iznimno osjetljivu i važnu pitanju.<sup>65</sup> Naime, riječ je o jednom od instrumenata utemeljenih na tržištu koji se koriste za postizanje pametnog, održivog i uključivog rasta, a kojima se osigurava najučinkovitije korištenje javnih sredstava. Dužnost je svake javne vlasti da osigura što je moguće bolju potrošnju javnih sredstava, u isto vrijeme osiguravajući da usluge, radovi ili roba koja se nabavlja putem javne nabave zadovoljava sve kriterije kvalitete. Uz navedene direktive EU-a, u RH je javna nabava regulirana važećim Zakonom o javnoj nabavi<sup>66</sup>, koji je usklađen s važećim regulatornim okvirom EU-a.

U ovom ću dijelu rada analizirati postojanje i posljedice pravnog formalizma u radu neovisnog državnog tijela koje pruža pravnu zaštitu u postupcima javne nabave – DKOM-a. Riječ je o tijelu koje je svojim radom postavilo kvalitetne osnove za ostvarivanje pravne zaštite ponuditelja u javnonabavnim postupcima i čija je praksa uglavnom konzistentna. To znači da žalitelji, u pravilu, mogu s velikim stupnjem sigurnosti predvidjeti uspjeh, odnosno neuspjeh, prije negoli žalbu izjave, što je veliki korak u stvaranju učinkovitog sustava pravne zaštite u javnoj nabavi.

Međutim, primjetno je da rad DKOM-a, u određenoj mjeri, ne uvijek ni u svim predmetima, karakterizira pretjerani pravni formalizam. Ta pojava generira loše posljedice za cjelokupni sustav javne nabave u RH te bi DKOM trebao eliminirati, ili svesti na najmanju moguću mjeru, pojavnost pretjeranog pravnog formalizma u svojoj praksi. Dugoročno, to može imati isključivo pozitivne posljedice i za rad DKOM-a, a i za sustav pravne zaštite u javnoj nabavi općenito. Zbog toga ću na konkretnim primjerima pokazati što smatram pretjeranim pravnim formalizmom u radu DKOM-a. Ujedno ću dati prijedloge za

<sup>63</sup> Statističko izvješće o javnoj nabavi u Republici Hrvatskoj za 2015. godinu, str. 10: [http://www.javnabava.hr/userdocsimages/Statisticko\\_izvjesce\\_JN-2015.pdf](http://www.javnabava.hr/userdocsimages/Statisticko_izvjesce_JN-2015.pdf) (4. ožujka 2017.).

<sup>64</sup> *Ibid.*, str. 11.

<sup>65</sup> Ljubanović, B.; Britvić-Vetma, B., *Hrvatsko pravo javne nabave – usklađenost s pravom EU*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 48, br. 2, 2011., str. 407.

<sup>66</sup> Narodne novine, br. 120/2016.

poboljšanje njegova rada kako bi to tijelo uistinu bilo u stanju izvršiti svoju temeljnu društvenu funkciju. Naime, ono je ustrojeno da bi, kroz žalbene postupke, učinkovito nadziralo procese javne nabave radi sprečavanja manipulacija i nepravilnosti koje se u takvim postupcima događaju, odnosno pojavljuju. U radu će se analizirati praksa DKOM-a prema odredbama starog Zakona o javnoj nabavi (dalje u tekstu: ZJN)<sup>67</sup> s obzirom na to da je novi zakon na snazi tek tri mjeseca u trenutku završavanja ovog rada.

#### 4.1. Problemi glede dostave žalbi putem ovlaštenih pružatelja poštanskih usluga

Započet ću s praksom DKOM-a glede primjene čl. 145. st. 3.<sup>68</sup> i 146. st. 2.<sup>69</sup> tada važećeg ZJN-a, ponajprije u vezi s čl. 72. st. 2.<sup>70</sup> Zakona o općem upravnom postupku (dalje u tekstu: ZUP)<sup>71</sup>. ZJN je propisivao rokove za predaju žalbe, ovisno o tipu postupka javne nabave te propisuje kako pravodobnost žalbe utvrđuje DKOM. Čl. 72. st. 2. ZUP-a propisuje da se, kad je podnesak upućen poštom preporučeno ili predan ovlaštenom pružatelju poštanskih usluga, dan predaje pošti, odnosno ovlaštenom pružatelju poštanskih usluga, smatra danom predaje javnopravnom tijelu kojem je upućen. DKOM je zauzeo stav da se žalba mora predati isključivo preporučenom pošiljkom kako bi se smatralo da je zaprimljena na dan predaje pošti, zanemarujući alternativno postavljen čl. 72. st. 2. ZUP-a. DKOM je, a što je nažalost kao ispravno potvrdio i Upravni sud u Zagrebu, selektivno tumačio i potpuno zanemario veznik "ili" u čl. 72. st. 2. ZUP-a, koji dozvoljava da se podnesak preda i drugom ovlaštenom pružatelju poštanskih usluga. Time je doveo ponuditelje u neravnotežan položaj, što nedvojbeno šteti pravnoj sigurnosti, a što je potvrdio i USUD u nizu odluka iz 2016.<sup>72</sup> ZUP je nedvojbeno izjednačio slanje poštom

---

<sup>67</sup> Narodne novine, br. 90/2011, 83/2013, 143/2013 i 13/2014.

<sup>68</sup> "Istodobno s dostavljanjem žalbe Državnoj komisiji, žalitelj je obavezan primjerak žalbe dostaviti i naručitelju na dokaziv način."

<sup>69</sup> "Žalitelj koji je propustio izjaviti žalbu u određenoj fazi otvorenog postupka javne nabave sukladno odredbi stavka 1. ovoga članka nema pravo na žalbu u kasnijoj fazi postupka za prethodnu fazu."

<sup>70</sup> "Kad je podnesak upućen poštom preporučeno ili predan ovlaštenom pružatelju poštanskih usluga, dan predaje pošti, odnosno ovlaštenom pružatelju poštanskih usluga smatra se danom predaje javnopravnom tijelu kojem je upućen."

<sup>71</sup> Narodne novine, br. 47/2009.

<sup>72</sup> Vidi U-III-2259/2013 od 5. svibnja 2016., [www.usud.hr](http://www.usud.hr) (28. ožujka 2017.), U-III-1439/2012 od 30. lipnja 2016., [www.usud.hr](http://www.usud.hr) (28. ožujka 2017.): "Stječe se

preporučeno i slanje putem drugog ovlaštenog pružatelja poštanskih usluga, pa je jedino što je potrebno, a da bi se smatralo da je pošiljka zaprimljena u tijelu onog dana kada je predana, biti u stanju dokazati da je upravo tog dana predana – bilo pošti na slanje preporučenom pošiljkom, bilo drugom ovlaštenom pružatelju poštanskih usluga.

DKOM je u svom pravnom formalizmu išao toliko daleko da je, u situaciji u kojoj je stranka predala žalbu, kako je sama ispravno smatrala, poštom preporučeno te imala dokaz o vremenu predavanja žalbe, zbog činjenice da je pismeno premašivalo 2 kg za 324 grama (a pošiljka do 2 kg smatra se pismenom) zaključio kako nije riječ o pismenu koje je poslano poštom preporučeno, nego o paketu, te se danom predaje žalbe ne smatra dan predaje pošti, nego dan kada je žalba zaprimljena u DKOM-u, pa je zbog toga žalbu odbacio kao nepravodobnu.<sup>73</sup> Isto tako je DKOM zaključio da pošiljka poslana poštanskom uslugom hpekspres nije preporučena pošiljka iako je nedvojbeno kada je pošiljatelj takvu pošiljku predao ovlaštenom pružatelju poštanskih usluga, o čemu postoji pisani dokaz.<sup>74</sup> I u najnovijim rješenjima DKOM insistira na preporu-

---

dojam da su Državna komisija i Upravni sud u Zagrebu članak 72. stavak 2. ZUP-a selektivno tumačili te potpuno zanemarili veznik 'ili' i drugi dio odredbe koja dozvoljava da se podnesak preda ovlaštenom pružatelju poštanskih usluga. Pri tome za svoj pristup nisu dali nikakvo obrazloženje pa su ostali nejasni razlozi zbog kojih smatraju da takva predaja ovlaštenom pružatelju poštanskih usluga nema isti učinak odnosno da nije izjednačena s upućivanjem pošiljke preporučeno poštom.”

<sup>73</sup> Vidi rješenje DKOM-a Klasa: UP/II-034-02/14-01/1232, Urbroj: 354-01/15-10 od 11. veljače 2015.: “Uvidom u omotnicu, u kojoj je dostavljena žalba Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave, utvrđeno je da je žalitelj predao žalbu kao paket s oznakom ‘P’, težine 2,324 grama dana 15. prosinca 2014., koja je kod ovog državnog tijela zaprimljena 18. prosinca 2014. (...) Davatelj poštanske usluge (...) je na svojim internetskim stranicama objavio Opće uvjete za obavljanje univerzalne usluge. Prema odredbi članka 8. stavka 1. tih Općih uvjeta preporučena pošiljka u unutarnjem prometu je poštanska pošiljka za koju se pošiljatelju izdaje potvrda o primitku i uručuje se primatelju uz potpis, a u slučaju gubitka, oštećenja ili umanjena sadržaja, isplaćuje propisana naknada štete, dok prema stavku 3. toga članka *masa i dimenzije preporučene pošiljke* i prioritetne preporučene pošiljke *moraju odgovarati uvjetima za pismo iz članka 4. tih Općih uvjeta*. Prema odredbi članka 4. stavka 3. Općih uvjeta za obavljanje univerzalne usluge *pismo može biti mase do 2 kilograma*. S obzirom na to da predmetni paket nije preporučena poštanska pošiljka, dan predaje žalbe ovom državnom tijelu je 18. prosinac 2014., koji dan je izvan žalbenog roka za izjavljivanje žalbe.”

<sup>74</sup> Vidi rješenje DKOM-a Klasa: UP/II-034-02/13-01/1506, Urbroj: 354-01/13-7 od 29. listopada 2013.: “pošiljka poslana poštanskom uslugom hpekspres nije preporučena poštanska pošiljka u smislu Zakona o poštanskim uslugama.”

čenoj pošiljci iako nema razloga za takav stav.<sup>75</sup> ZUP alternativno omogućava slanje pismena preporučeno ili putem ovlaštenog pružatelja poštanskih usluga, pri čemu se danom predaje žalbe DKOM-u, sukladno ZUP-u, smatra dan predaje ovlaštenom pružatelju poštanskih usluga. DKOM u rješenju iz srpnja 2016. odbacuje žalbu žalitelja kao nepravodobnu iako je nedvojbeno predana u roku ovlaštenom pružatelju poštanskih usluga zbog činjenice da je riječ o pružatelju poštanskih usluga koji nije ovlašten za pružanje usluga preporučene pošiljke.<sup>76</sup> K tome, DKOM vrlo kreativno tumači čl. 49. st. 2. Ustava RH i zaključuje da bi zauzimanje drukčijeg stava stvorilo “razlike između davatelja poštanskih usluga” (sic!). Posve je nejasno iz kojeg razloga DKOM zauzima stav da sve žalbe koje se predaju putem pružatelja poštanskih usluga moraju biti predane preporučeno, a da bi se smatralo da su zaprimljene na dan predaje pružatelju poštanskih usluga. Naime, cilj ovih odredaba propisa o javnoj nabavi i ZUP-a jest osiguravanje mogućnosti dokaza da je pismeno uistinu predano ovlaštenom pružatelju poštanskih usluga unutar žalbenog roka. Nije od značenja na koji način se usluga pruža, pod uvjetom da je riječ o pružatelju koji je registriran za pružanje poštanskih usluga i osigurano je da se vrijeme predaje pismena može nedvojbeno dokazati. Takvim postupanjem DKOM-a ozbiljno se narušava pravo stranaka na žalbu. Novi Zakon o javnoj nabavi propisuje da se žalba izjavljuje “putem ovlaštenog davatelja poštanskih usluga” (čl. 405. st. 2.), što prema mojem mišljenju i dalje nije precizna odredba te će biti podložna tumačenju. Zbog toga smatram da se slanje putem bilo kojeg ovlaštenog pružatelja poštanskih usluga mora prihvatiti.<sup>77</sup>

U vezi s pitanjem pravodobnosti žalbe uputio bih na recentno rješenje DKOM-a kojim je žalba žalitelja odbačena kao nepravodobna jer je, iako je nedvojbeno žalitelj priložio izvornik univerzalnog naloga za plaćanje kao dokaz o plaćanju naknade iz kojeg je vidljivo da je nalog predan FINA-i na izvršenje u roku kojega je odredio DKOM, DKOM utvrdio da je FINA transakciju

<sup>75</sup> Jednako mišljenje vidi u: Šikić, M.; Turudić, M., *Nepravodobnost žalbe i preporučene pošiljke u javnoj nabavi*, Informator, br. 6364, 2015., str. 19 i 20.

<sup>76</sup> Vidi rješenje DKOM-a Klasa: UP/II-034-02/16-01/490, Urbroj: 354-01/16-7 od 14. srpnja 2016.: “Iz popisa davatelja poštanskih usluga proizlazi da je DHL ovlašten isključivo za obavljanje ostalih poštanskih usluga uz koje se ne ubrajaju preporučene pošiljke.”

<sup>77</sup> Vidi i odluku USUD-a U-III-7010/2014 od 28. rujna 2016. u kojoj je USUD i u postupcima dostave u upravnom sporu utvrdio da se slanje pismena putem ovlaštenog pružatelja poštanskih usluga smatra jednako onome putem preporučene pošiljke.

izvršila dan nakon zaprimanja, što je bilo van roka koji je DKOM odredio.<sup>78</sup> Prema tome, zbog radnje na koju žalitelj nikako nije mogao utjecati, za koju nije kriv, DKOM kažnjava žalitelja i odbacuje njegovu žalbu kao nepravodobnu. To je, također, nerazumni i ekscesivni pravni formalizam, što je nedopustivo u postupanju javnopravnih tijela.

#### 4.2. Istodobna dostava žalbe naručitelju i DKOM-u

Poseban primjer ekscesivnog pravnog formalizma bio je vidljiv u tumačenju sintagme “istodobno dostaviti naručitelju” iz čl. 145. st. 3. tada važećeg ZJN-a. Naime, ta odredba propisivala je obvezu žalitelja da dostavi primjerak žalbe DKOM-u, ali istodobno i naručitelju, na dokaziv način. Posljedica suprotnog postupanja bila je ta da bi se žalba koja nije dostavljena u skladu s čl. 145. st. 3. odbacila kao nepravodobna. Iz prakse DKOM-a proizlazi činjenica da je ovo državno tijelo sintagmu “istodobno” tumačilo na način da se žalba mora dostaviti DKOM-u i naručitelju istoga dana, a da nije dopustivo da se žalba dostavi najprije DKOM-u, a zatim naručitelju ili obratno, naravno unutar žalbenog roka.<sup>79</sup> Takvo je tumačenje pravno neodrživo i čini neutemeljeni pravni formalizam. Jedino što je bitno jest da je žalba dostavljena DKOM-u i naručitelju unutar žalbenog roka, a nije važno, pri ocjenjivanju pravodobnosti žalbe, u kojem trenutku je ona dostavljena DKOM-u i naručitelju ako je dokazano da su oba primjerka žalbe dostavljena unutar žalbenog roka. Kao ilustrativan primjer naveo bih slučaj u kojemu je žalitelj nedvojbeno unutar žalbenog roka dostavio žalbu DKOM-u i naručitelju, ali je naručitelju žalbu dostavio prije nego DKOM-u (4 dana), pa je DKOM odbacio takvu žalbu kao

<sup>78</sup> Vidi rješenje DKOM-a Klasa UP/II-034-02/16-01/1079, Urbroj: 354-01/17-8 od 20. veljače 2017.

<sup>79</sup> Vidi rješenje DKOM-a UP/II-034-02/14-01/72, Urbroj: 354-01/14-6 od 2. travnja 2014.: “[Ž]alitelj je 20. siječnja 2014. godine izjavio žalbu ovom državnom tijelu. Žalitelj je uz žalbu, kao dokaz da je primjerak žalbe istodobno dostavio naručitelju na dokaziv način, priložio Potvrdu o primitku iz kojeg je razvidan datum primitka 16. siječnja 2015. godine. Nadalje, uvidom u primjerak žalbe koji je zaprimljen kod naručitelja nedvojbeno je utvrđeno da je ista putem telefaksa upućena 16. siječnja 2014. godine (...), što naručitelj u svom odgovoru na žalbu i potvrđuje. Dakle, iz prethodno navedenog je evidentno da je žalitelj primjerak žalbe uputio naručitelju 16. siječnja 2014. godine putem telefaksa, dok je žalba ovom državnom tijelu izjavljena 20. siječnja 2014. godine, a što je protivno odredbi članka 145. stavka 3. Zakona o javnoj nabavi.” Vidi i slično rješenje DKOM-a Klasa: UP/II-034-02/14-02/14-01/248, Urbroj: 354-01/14-10 od 15. travnja 2014.

neppravodobnu.<sup>80</sup> Tumačenje da “istodobna dostava” znači da se žalba mora dostaviti istovremeno, istog dana i DKOM-u i naručitelju, ako ćemo udovoljiti strogom pravnom formalizmu, znači u stvari da tome uvjetu nije moguće udovoljiti. Naime, istodobno znači u identično vrijeme, dakle istog dana, sata i sekunde. Budući da se dva pismena fizički ne mogu predati na taj način, to se sintagma “istodobno” ni ne smije tumačiti kako je to činio DKOM, odnosno takvo tumačenje čini pretjerani pravni formalizam. Ono u potpunosti negira pravo stranke na žalbu, a smatram i da je u potpunosti lišeno svake pravne, pa i elementarne logike. Sposobnost, iz činjenice da je žalitelj dostavio žalbu i naručitelju i DKOM-u unutar žalbenog roka – dakle na vrijeme, izvući zaključak da je time povrijeđen zakon potpuno je nerazumno tumačenje norme i ekscesivni pravni formalizam, da parafraziram riječi USUD-a. Cilj navedene odredbe je da i naručitelj zna da je protiv njegove odluke o odabiru izjavljena žalba u žalbenom roku kako bi se prevenirala situacija eventualne omaške DKOM-a da na vrijeme izvijesti naručitelja o izjavljenoj žalbi, odnosno mogućnost da naručitelj iz neznanja krene u sklapanje i realizaciju ugovora o javnoj nabavi pogrešno smatrajući da žalba nije izjavljena. Dostavom žalbe naručitelju i DKOM-u u žalbenom roku, neovisno o redoslijedu radnji, taj se cilj ostvaruje. Prema tome, takvo postupanje nikako nije moglo biti u nesuglasju odnosno protivno čl. 145. st. 3. ZJN-a. Dobro je da je ovo kao problem prepoznao i zakonodavac, pa je ta odredba u novom Zakonu o javnoj nabavi izmijenjena.<sup>81</sup> Smatram da bi se moglo razmisliti o tome da se zakon izmijeni na način da se vrati prijašnje uređenje (prije 2007.) prema kojemu je ponuditelj prije žalbe DKOM-u morao izjaviti prigovor naručitelju u roku od tri dana od primitka pisane odluke o odabiru.<sup>82</sup> Ponuditelj ili natjecatelj koji je sudjelovao u postupku nadmetanja i koji je prethodno podnio prigovor naručitelju mogao je u slučaju negativnog odgovora naručitelja na prigovor ili njegovo nepostupanje po izjavljenom prigovoru uložiti pisanu žalbu DKOM-u. Na ovaj način bi se, moguće je zamisliti, dio sporova rješavao na prvom koraku – prigovoru, a DKOM bi rješavao stvarne prijepore koje ponuditelji i naručitelj ne bi mogli sami riješiti.

<sup>80</sup> Vidi rješenje DKOM-a Klasa: UP/II-034-02/14-01/86, Urbroj: 354-01/14-7 od 15. travnja 2014.: “Dakle, iz navedenog je evidentno da je žalitelj primjerak žalbe uputio naručitelju 18. siječnja 2014. godine putem telefaksa, dok je žalba ovom tijelu izjavljena 22. siječnja 2014. godine, a što je protivno odredbi članka 145. stavak 3. Zakona o javnoj nabavi.”

<sup>81</sup> “Žalitelj je obvezan primjerak žalbe dostaviti naručitelju u roku za žalbu.” – čl. 405. st. 3. Zakona o javnoj nabavi.

<sup>82</sup> Čl. 70. i 71. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine, br. 117/2001, 197/2003 i 92/2005).

### 4.3. Pravni formalizam glede jezika u postupcima javne nabave

Kao zanimljiv i pomalo nevjerojatan primjer pretjeranog formalizma istaknuo bih rješenje DKOM-a u kojemu je kao osnovani žalbeni razlog prihvaćen navod žalitelja kako je odabrani ponuditelj na str. 579/1012 pod t. 5. naveo članstvo u *Ingenieurkammer-Bau Nordrhein-Westfalen*, a da je naručitelj u dokumentaciji naveo da se ponuda u cijelosti izrađuje na hrvatskom jeziku. DKOM je prihvatio žalbeni navod kao osnovan.<sup>83</sup> Valja naglasiti da je ponuditelj na str. 521/1012 dokumentacije preveo navedeni pojam, ali ni ta činjenica nije bila dovoljna da DKOM ne uvaži žalbu.

U istom rješenju se zbog činjenice da se u ponudi koja ima 1012 str. teksta na 9 stranica pojavljuju izrazi na engleskom jeziku poput *data streamer*, *TeamSpirit*, *basic*, *premiuim*, *know-how* te dvije skraćenice koje nisu prevedene na hrvatski jezik, žalbeni navod ocijenio osnovanim.

Također, u drugom rješenju<sup>84</sup> žalbeni zahtjev ocijenjen je osnovanim jer se na str. 25 i 153 “doista nalazi tekst na njemačkom jeziku”. Ovakvo obrazloženje je nedopustivo. DKOM je u ovom slučaju, ako je već odlučio uvažiti žalbeni navod zbog te činjenice – nesukladnosti dokumentacije sa specifikacijama natječajne dokumentacije glede jezika, morao dostatno obrazložiti – prvo, specificirati o kojem je tekstu na njemačkom jeziku riječ, drugo, kakav je utjecaj tog teksta na valjanost ponude i zašto. Ipak, u ovom slučaju je ključno za pri-

<sup>83</sup> Vidi rješenje DKOM-a UP/II-034-02/16-01-76, Urbroj: 354-01/16-9 od 14. ožujka 2016.: “Uvidom u odabranu ponudu utvrđeno je da se na stranicama 579-585/1012 nalazi Životopis Projektanta tehnologije i Voditelja puštanja u pogon i pokusnog rada Gerrit Förster, dan na obrascu 11 dokumentacije za nadmetanje, te je na stranici 579/1012 pod točkom 5. Strukovno ovlaštenje za predloženi položaj za navedenog stručnjaka navedeno članstvo u Ingenieurkammer-Bau Nordrhein-Westfalen/Njemačka. (...) naručitelj je propisao da se ponuda u cijelosti izrađuje na hrvatskom jeziku. Odabrani ponuditelj je za Projektanta tehnologije i Voditelja puštanja u pogon i pokusnog rada Gerrit Förster dostavio Životopis u kojem je na stranom jeziku naveo naziv strukovnog tijela u kojem navedeni stručnjak ima članstvo. (...) Stoga, ponuda odabranog ponuditelja nije sukladna dokumentaciji za nadmetanje te je žalbeni zahtjev ocijenjen kao osnovan.”

<sup>84</sup> Vidi rješenje DKOM-a Klasa: UP/II-034-02/11-01/1454, Urbroj: 354-01/12-7 od 26. siječnja 2012.: “Točka 25. dokumentacije za nadmetanje propisuje da je jezik na kojim se izrađuje ponuda hrvatski jezik. Uvidom u predmetnu ponudu utvrđeno je da se na stranicama 96. i 156. doista nalazi tekst na njemačkom jeziku, što je protivno spomenutoj točki 25. dokumentacije za nadmetanje. (...) Sukladno navedenom, naručitelj je bio dužan predmetnu ponudu isključiti jer je ista suprotna odredbama dokumentacije za nadmetanje. Žalbeni navod je stoga osnovan.”

hvaćanje žalbe bila činjenica da je dokumentacija za nadmetanje bila nejasna, pa je naručitelj počinio bitnu povredu zakona iz čl. 140. st. 2. t. 2. tada važećeg ZJN-a. Međutim, unatoč tome što je ta bitna povreda osnovni razlog za poništavanje odluke o odabiru, bilo je potrebno obrazložiti i razloge za prihvaćanje i drugog (premda manje važnog) žalbenog navoda.

Glede jezika u natječajnoj dokumentaciji kao žalbenog razloga, valja naglasiti sljedeće: Nedvojbeno je da su ponuditelji dužni ponudu sačiniti u skladu s natječajnom dokumentacijom. Ako naručitelj specificira da traži ponude na hrvatskom jeziku, propust ponuditelja u tom smislu nužno znači da je njegova ponuda nevaljana. Međutim, znači li specificiranje da je “jezik na kojem se izrađuje ponuda hrvatski jezik” ujedno i apsolutnu zabranu korištenja stranih riječi/izraza? Mišljenja sam da je to nemoguće i da se to ne može tražiti. U gore navedenom primjeru notorno je, ili bi trebalo biti, da se nazivi ne prevode. Nekada je nemoguće naći adekvatnu riječ na hrvatskom jeziku, posebno ako je riječ o tehničkim<sup>85</sup> terminima. Prema tome, nikako nije dopustivo zauzeti stav da u natječajnoj dokumentaciji ne smije biti ni jedna strana riječ, čak i kada je specificirano da je jezik ponuda hrvatski. Dakako, ostaje problem – kada smatrati da je broj stranih riječi prevelik, odnosno da je riječ o riječima koje su ključne za valjanost ponude? Na to pitanje odgovor može dati samo DKOM u svojoj praksi. Međutim, ta praksa ne smije biti vođena slijepim formalizmom kao što je, nažalost, bio slučaj u dvama prikazanim primjerima.

Kao dojmljiv primjer uputio bih na rješenje<sup>86</sup> DKOM-a kojim je poništena odluku o odabiru u otvorenom postupku javne nabave predmet nabave kojega su bili radovi na rekonstrukciji i dogradnji putničkog terminala u Zračnoj luci Split. Jedini razlog zbog kojega je DKOM uvažio žalbu žalitelja jest činjenica da izvornik garancije za ozbiljnost ponude sadržava određene strane riječi u zaglavlju i u dijelu “Mjesto podnošenja”: “Sektor za trgovinsko *bančništvo*, *Oddelek* za garancijske posle”, u dijelu “Osnovni posao” riječ: “pomenutog” te ispod teksta i navoda o odgovornim osobama riječi: “*namestnica* direktorice *in vodja oddelka*” te “*direktorica sektorja*”.

<sup>85</sup> Na ovom mjestu upotrijebio bih primjer koji je u svojem iznimnom radu *Is Law a Technical Language?* upotrijebio Shauer. Naime, Shauer svoj rad započinje primjerom rečenice “*Before rebushing the lower trunnion banjos, you must remove the bonnet fascia and undo the A-arm nut with a #3 spanner.*”, za koju napominje da je siguran da je na engleskom jeziku, ali da je vrlo teško zaključiti da je uistinu na engleskom jeziku zbog činjenice da sadržava puno tehničkih izraza. Shauer, F., *Is Law a Tehnical Language?*, San Diego Law Review, vol. 52, 2015., str. 501.

<sup>86</sup> Klasa: UP/II-034-02/16-01/684, Urbroj: 354-01/16-16 od 26. rujna 2016.

Prema tome, u dokumentu koji je u postupku javne nabave vrlo bitan – jamstvu za ozbiljnost ponude, našle su se, nedvojbeno, riječi na stranom jeziku. Pitanje koje se postavlja jest je li to dovoljno da smatramo da je ponuda nevaljana s obzirom na to da ne odgovara dokumentaciji za nadmetanje u kojoj je bilo specificirano da se ponude izrađuju na hrvatskom jeziku. Napomenuo bih da u razrješavanju ovog problema nikako nije od značenja činjenica da je riječ o “razumljivom” stranom jeziku. Dodatno, kao što DKOM ispravno primjećuje, naručitelj je pozvao ponuditelja da ispravi dio ponude koja se može ispraviti zbog toga što određena izjava sadržava riječ *provomorno*, a kod jamstva koje se ne može ispraviti (jer je riječ o neotklonjivu nedostatku) smatra da strane riječi ne utječu na valjanost stranog dokumenta. Utječu li, onda, utvrđenih osam stranih riječi u jamstvu za ozbiljnost ponude na valjanost ponude? Mišljenja sam da ne. Naime, bila je riječ o dokumentu čije nedostavljanje odnosno nevaljanost obvezno vodi do isključenja ponuditelja, sukladno čl. 94. st. 2. tada važećeg ZJN-a. Ovdje je očito pitanje valjanosti jamstva, budući da je nedvojbeno da je ponuditelj dostavio jamstvo, ali koje je upitne valjanosti jer sadržava strane riječi s obzirom na to da je dokumentacijom za nadmetanje bilo propisano da se ponuda s pripadajućom dokumentacijom izrađuje na hrvatskom jeziku. Mišljenja sam da postojanje stranih riječi u predmetnom slučaju nikako nije moglo imati utjecaj na valjanost jamstva. Naglasio bih i da se valjanost jamstva može vrlo jednostavno provjeriti – kontaktiranjem pravne osobe koja je jamstvo izdala, što je naručitelj i proveo, pa zatim i dokazao u žalbenom postupku.

#### 4.4. Tumačenje pravnog interesa u žalbenim postupcima

Posebnu pažnju posvetio bih tumačenju “pravnog interesa” od strane DKOM-a. Naime, DKOM je zauzeo stav da žalitelj, ako osporava valjanost odabrane ponude, ali istodobno ne osporava razloge odbijanja svoje ponude, nema pravni interes za dobivanje ugovora o javnoj nabavi u tom predmetu javne nabave te ne može pretrpjeti štetu.<sup>87</sup> Naime, čl. 401. st. 1. Zakona o javnoj

<sup>87</sup> Vidi rješenje DKOM-a Klasa UP/II-034-02/16-01/663, Urbroj: 354-01/16-9 od 18. kolovoza 2016.: “Dakle, žalitelj (...) ne osporava razloge odbijanja svoje ponude. S obzirom na to da žalitelj ne osporava odbijanje svoje ponude, žaliteljeva ponuda u predmetnom postupku javne nabave ne bi mogla biti odabrana kao najpovoljnija ni u slučaju da odabrana ponuda nije valjana, pa žalitelj nema pravni interes za dobivanje ugovora o javnoj nabavi u predmetnom postupku javne nabave te nikako ne bi mogao pretrpjeti štetu. Prema tome, žalitelj u ovom postupku nije dokazao

nabavi propisuje da pravo na žalbu ima ona stranka koja ima ili je imala pravni interes za dobivanje određenog ugovora o javnoj nabavi i koja je pretrpjela ili bi mogla pretrpjeti štetu od navodnog kršenja subjektivnih prava. Iz navedenog DKOM izvlači zaključak da žalitelj koji ne osporava razloge odbijanja vlastite ponude nema pravni interes niti mu može nastati šteta. Međutim, praksa DKOM-a u ovom pitanju nije posve konzistentna.<sup>88</sup> Naime, u određenim situacijama u kojima je čitatelju “očito” da žalitelj nije dokazao pravni interes, DKOM zaključuje suprotno. Primjerice, u situaciji u kojoj žalitelj nije u roku za žalbu osporavao prethodnu fazu postupka u kojoj je njegova ponuda ocijenjena nevaljanom, DKOM zauzima stav da žalitelj ipak ima pravni interes za izjavljivanje žalbe i žalbu uvažava! Ako je žalitelj propustio izjaviti žalbu protiv odluke da mu je ponuda nevaljana, onda to više ne može osporavati, pa je, prema tome, nepobitno utvrđeno da ne može sklopiti ugovor o javnoj nabavi u predmetnom postupku javne nabave. Unatoč tome, DKOM nalazi da takav žalitelj ima pravni interes u žalbenom postupku i donosi rješenje o poništavanju odluke o odabiru.<sup>89</sup> S druge strane, u pravilu formalistički i kruto

---

postojanje uvjeta za pravo na žalbu iz članka 141. Zakona o javnoj nabavi (pravni interes i moguća šteta).”

<sup>88</sup> Postoji i suprotna praksa DKOM-a, u kojoj priznaje žalitelju pravo na žalbu iako je riječ o usporedivoj situaciji. Vidi rješenje DKOM-a Klasa: UP/II-034-02/14-01/1150, Urbroj: 354-01/14-13 od 16. prosinca 2015.: “Naručitelj i odabrani ponuditelj u žalbenom postupku tvrde da žalitelj (...) nema pravni interes za izjavljivanje žalbe. (...) točna je tvrdnja da je već prilikom donošenja odluke o odabiru od 12. kolovoza 2014. godine žaliteljeva ponuda bila odbijena, te da se razlozi odbijanja prilikom ponovljenog pregleda i ocjene navedene ponude nisu mijenjali. Međutim, žalitelj je ponuditelj u predmetnom postupku javne nabave te žalbenim navodima ukazuje na nejednako postupanje naručitelja prilikom ponovnog pregleda i ocjene ponuda (...). Stoga je utvrđeno da žaliteljima pravo na žalbu iz članka 141, stavka 1. Zakona o javnoj nabavi, odnosno da ima pravni interes za dobivanje predmetnog ugovora o javnoj nabavi te da bi mu mogla nastati šteta ukoliko se utvrdi eventualno kršenje njegovih subjektivnih prava.” Ova je odluka suprotna ustaljenoj praksi DKOM-a u iz koje je vidljivo da žalitelj koji nije pobijao odbijanje svoje ponude nema pravni interes u sudjelovanju u žalbenom postupku. Vidi rješenja DKOM-a: Klasa: UP/II-034-02/12-01/1575, Urbroj: 354-01/12-4 od 27. prosinca 2012., Klasa: UP/II-034-02/15-01/7, Urbroj: 354-01/15-6 od 16. siječnja 2015.

Postoje i rješenja u kojima je DKOM trebao utvrditi, slijedeći vlastitu praksu, da je žalba nedopuštena odnosno da žalitelj nema pravni interes, ali je odlučio suprotno i ušao u meritum. Vidi rješenja DKOM-a Klasa: UP/II-034-02/13-01/1041, Urbroj: 354-01/13-12 od 9. rujna 2013. godine i Klasa: UP/II-034-02/16-01/655, Urbroj: 354-01/16-7 od 9. rujna 2016.

<sup>89</sup> Vidi rješenje DKOM-a Klasa: UP/II-034-02/16-01/653, Urbroj: 354-01/16-7 od 7. listopada 2016.:

odbacuje žalbe kod kojih žalitelj, moguće i pogreškom, nije osporio razloge odbijanja vlastite ponude, možda računajući da je očito da ako osporava valjanost odabrane ponude, tvrdi da bi trebao dobiti ugovor o javnoj nabavi.

Nalazim stav da netko tko ujedno ne osporava razloge odbijanja vlastite ponude nema pravni interes neživotnim i protivnim pravnoj logici. Naime, posve je moguće da je ponuditelj čija je ponuda odbijena bio u situaciji da je ona odbijena jer nije, primjerice, priložio svu potrebnu dokumentaciju, ali ju je u međuvremenu kompletirao. S druge strane, imamo odabranog ponuditelja za kojega prvi ponuditelj, čija je ponuda odbijena, smatra da je također trebao biti odbijen. U slučaju uspjeha, moguće je da dođe do pokretanja novog postupka javne nabave, na kojem bi mogao konkurirati i ponuditelj kojemu je ponuda odbijena. S druge strane, pravni sustav ne smije tolerirati da ugovor o javnoj nabavi sklopi ponuditelj čija je ponuda također nevaljana, ali zbog formalističkog pristupa ta činjenica nije mogla biti utvrđena. Zbog navedenog smatram kako i takvi žalitelji imaju pravni interes i može im nastati šteta te se njihove žalbe ne bi smjele odbacivati zbog nedostatka pravnog interesa. Dakako, u slučaju promjene u shvaćanju postojanja pravnog interesa bilo bi nužno povećati naknade za žalbe kako bi se osiguralo da žalbu podnose samo oni subjekti u postupcima javne nabave koji smatraju da imaju realne izgleda za uspjeh žalbe.

## 5. ZAKLJUČAK

Zadaća je svih nadležnih tijela državne i javne vlasti, pa tako i DKOM-a, da tumače i primjenjuju pravo. Dužni su pravne norme tumačiti polazeći od cilja i svrhe koju je zakonodavac želio postići njihovim propisivanjem te u skladu s tako utvrđenom svrhom primjenjivati mjerodavnu normu. Kako bi se takva primjena mjerodavne norme postigla, nadležna tijela moraju uzeti u obzir okolnosti svakog slučaja i smisleno procijeniti koja je svrha konkretne pravne norme, uzimajući u obzir sljedeće činjenice prilikom donošenja odluke: željeni društveni cilj mora biti dovoljno važan da bi opravdao zadiranje u privatna prava ili pravne interese, mora postojati racionalna veza između odluke i željenog cilja, odluka ne smije biti nerazmjerna cilju, a cilj koji želimo postići

---

“S obzirom na to da žalitelj svoje žalbene navode kojima osporava naručiteljevo utvrđenje oko (ne)potpisa ponude elektroničkim potpisom iznosi tek u žalbi na odluku o odabiru, koju je izjavio 2. kolovoza 2016. godine, dakle, izvan zakonskog roka od 5 dana od javnog otvaranja ponuda koje je održano 20. svibnja 2016. godine, žalitelj je sa žalbenim navodima koji se tiču postupka otvaranja ponuda zakasnio.”

mora opravdati sve negativne učinke donošenja odluke. Pretjerani pravni formalizam u hrvatskom pravu nedvojbeno postoji i negativna je pojava. USUD je višekratno osuđivao nespremnost sudova i javnopravnih tijela na otklon od tekstualnog pozitivizma i pretjeranog formalizma u zaštiti subjektivnih prava građana. Prema tome, nužan je rad na edukaciji primjenjivača pravne norme u teleološkom tumačenju pravne norme kako bi nedvojbeno bili u stanju tumačiti pravne norme polazeći od cilja i svrhe koji je zakonodavac želio postići njihovim propisivanjem te da s tako utvrđenom svrhom primjenjuju mjerodavnu normu u skladu sa specifičnim okolnostima konkretnog slučaja.<sup>90</sup>

Pravni formalizam u užem području – području javne nabave, također nedvojbeno postoji. Mišljenja sam da pretjerani pravni formalizam kojega je u nizu slučajeva iskazao DKOM, unatoč načelno kvalitetnom i konzistentnom radu tog državnog tijela, ima negativan utjecaj na ponuditelje u postupcima javne nabave. Mislim da takva praksa, u njezinu dijelu koji se mora ocijeniti negativno, odbija potencijalne ponuditelje, time negativno djelujući na cjelokupni postupak javne nabave u RH. Naime, takva primjena propisa otvara visok stupanj pravne nesigurnosti, a kad je riječ o ishodu odlučivanja u upravnim stvarima, postoji neizvjesnost i nepredvidljivost.<sup>91</sup> Ovaj rad zamišljen je kao poticaj DKOM-u da analiziranu praksu koju smatram negativnom i pogrešnom preispita i promijeni. Mišljenja sam da će to pozitivno utjecati na polje javne nabave u RH u cjelini, ali i na način da se ovaj rijetki negativni segment u inače pozitivnom i kvalitetnom radu DKOM-a, ako ne potpuno, barem djelomično ukloni.

## LITERATURA

Anonymous Author, *Formalism, Legal Realism, and Constitutionally Protected Privacy Under the Fourth and Fifth Amendments*, Harvard Law Review, vol. 90, 1977., str. 945 – 991.

Dougherty, Veronica M., *Absurdity and the Limits of Literalism: Defining the Absurd Result Principle in Statutory Interpretation*, The American University Law Review, vol. 44, br. 1., 1994., str. 127 – 166.

Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Belknap press, London, 1986.

<sup>90</sup> Čitatelja kojega zanima vještina tumačenja u pravu upućujem na niz radova našeg pravnog teoretičara Nikole Viskovića, čiji je opus u velikom dijelu bio usmjeren na problem tumačenja prava. Popis radova koji se mogu konzultirati dostupan je u zanimljivoj članku Harašić, *op. cit.* u bilj. 12, str. 60.

<sup>91</sup> Omejec, *op. cit.* u bilj. 35, str. 129.

- Dworkin, Ronald, *Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977.
- Guastini, Riccardo, *Sintaksa prava*, Naklada Breza, Zagreb, 2016.
- Handbook on European law relating to access to justice*, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2016.
- Harašić, Žaklina, *Viskovićeve teorija tumačenja u pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 48, br. 1, 2011., str. 57 – 72.
- Joseph, Philip A., *Exploratory questions in administrative law*, New Zealand Universities Law Review, vol. 25, 2012., str. 73 – 102.
- Kelsen, Hans, *Čista teorija prava*, Naklada Breza, Zagreb, 2012.
- Kelsen, Hans, *Opća teorija normi*, Naklada Breza, Zagreb, 2015.
- Kocourek, Albert, *An Introduction to the Science of Law*, Boston, 1930.
- Leiter, Brian, *Legal formalism and legal realism: what is the issue*, <http://ssrn.com/abstract=1646110> (24. listopada 2016.).
- Ljubanović, Boris; Britvić-Vetma, Bosiljka, *Hrvatsko pravo javne nabave – usklađenost s pravom EU*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 48, br. 2, 2011., str. 407 – 417.
- Omejec, Jasna, *Hrvatska uprava – od socijalističkog do europskog koncepta zakonitosti*, u: *Hrvatsko-francuski upravnopravni dani, Hrestomatija, Opći dio: Javna uprava I*, Miscellanea, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Conseil D’etat, Université Panthéon Assas, Split, Paris, 2016., str. 99 – 141.
- Patterson, Dennis M., Foreword: *The challenge of legal formalism*, Harvard Journal of Law & Public Policy, vol. 16, br. 3, 1993., str. 579 – 582.
- Rodin, Siniša, *Diskurs i autoritarnost u europskoj i postkomunističkoj pravnoj kulturi*, Politička misao, vol. XLII, br. 3, 2005., str. 41 – 64.
- Shauer, Frederick, *Is Law a Technical Language?*, San Diego Law Review, vol. 52, 2015., str. 501 – 513.
- Staničić, Frane, *Kontrola nad sklapanjem upravnih ugovora*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 53, br. 1, 2016., str. 233 – 252.
- Statističko izvješće o javnoj nabavi u Republici Hrvatskoj za 2015. godinu.*
- Šikić, Marko; Turudić, Marko, Nepravodobnost žalbe i preporučene pošiljke u javnoj nabavi, Informator, br. 6364, 2015., str. 19 i 20.
- Tamanaha, Brian Z., *The Mounting Evidence Against the ‘Formalist Age’*, Texas Law Review, vol. 92, 2014., str. 1667 – 1684.
- Visković, Nikola, *Šta je to pravni pozitivizam?*, Arhiv za pravne i društvene nauke, vol. 38, br. 4, 1969., str. 595 – 608.

Quevedo, Steven M., *Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory*, California law review, vol. 73, br. 1, 1985., str. 119 – 157.

Weinrib, Ernest J., *Legal formalism: On the Immanent Rationality of Law*, The Yale Law Journal, vol. 97, br. 6, 1988., str. 949 – 1016.

Weinrib, Ernest J., *The jurisprudence of legal formalism*, Harvard Journal of Law & Public Policy, vol. 16, br. 3, 1993., str. 583 – 589.

## IZVORI

### a) Ustavnosudska praksa

1. U-III-2646/2007 od 18. lipnja 2008.
2. U-I-722/2009 od 6. travnja 2011.
3. U-III-3063/2007 od 4. listopada 2011.
4. U-III-3937/2011 od 14. prosinca 2011.
5. U-III-539/2008 od 12. lipnja 2012.
6. U-III-3211/2009 od 8. prosinca 2012.
7. U-III-3817/2009 od 19. prosinca 2012.
8. U-III-6283/2010 od 6. ožujka 2013.
9. U-III-2778/2013 od 30. listopada 2013.
10. U-III-7347/2010 od 17. travnja 2014.
11. U-III-2709/2010 od 8. svibnja 2014.
12. U-III-4057/2013 od 17. rujna 2014.
13. U-III-2184/2009 od 13. studenoga 2014.
14. U-III-5989/2013 od 9. veljače 2016.
15. U-III-3864/2015 od 17. veljače 2016.
16. U-III-2259/2013 od 5. svibnja 2016.
17. U-III-1439/2012 od 30. lipnja 2016.
18. U-III-4285/2013 od 27. rujna 2016.
19. U-III-412/2016 od 3. lipnja 2016.
20. U-III-6045/2016 od 20. travnja 2017.

### b) Praksa DKOM-a

1. Klasa: UP/II-034-02/11-01/1454, Urbroj: 354-01/12-7 od 26. siječnja 2012.
2. Klasa: UP/II-034-02/13-01/1041, Urbroj: 354-01/13-12 od 9. rujna 2013.

3. Klasa: UP/II-034-02/13-01/1506, Urbroj: 354-01/13-7 od 29. listopada 2013.
4. Klasa: UP/II-034-02/14-02/14-01/248, Urbroj: 354-01/14-10 od 15. travnja 2014.
5. Klasa: UP/II-034-02/14-01/72, Urbroj: 354-01/14-6 od 2. travnja 2014.
6. Klasa: UP/II-034-02/14-01/86, Urbroj: 354-01/14-7 od 15. travnja 2014.
7. Klasa: UP/II-034-02/14-01/1232, Urbroj: 354-01/15-10 od 11. veljače 2015.
8. Klasa: UP/II-034-02/16-01-76, Urbroj: 354-01/16-9 od 14. ožujka 2016.
9. Klasa: UP/II-034-02/16-01/490, Urbroj: 354-01/16-7 od 14. srpnja 2016.
10. Klasa: UP/II-034-02/16-01/684, Urbroj: 354-01/16-16 od 26. rujna 2016.
11. Klasa UP/II-034-02/16-01/663, Urbroj: 354-01/16-9 od 18. kolovoza 2016.
12. Klasa: UP/II-034-02/14-01/1150, Urbroj: 354-01/14-13 od 16. prosinca 2015.
13. Klasa: UP/II-034-02/12-01/1575, Urbroj: 354-01/12-4 od 27. prosinca 2012.
14. Klasa: UP/II-034-02/15-01/7, Urbroj: 354-01/15-6 od 16. siječnja 2015.
15. Klasa: UP/II-034-02/16-01/655, Urbroj: 354-01/16-7 od 9. rujna 2016.
16. Klasa: UP/II-034-02/16-01/653, Urbroj: 354-01/16-7 od 7. listopada 2016.
17. Klasa UP/II-034-02/16-01/1079, Urbroj: 354-01/17-8 od 20. veljače 2017.

## Summary

Frane Staničić \*

**EXCESSIVE LEGAL FORMALISM AND PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURES**

*Public procurement represents a mechanism through which it is ensured that public and sector buyers spend public funds effectively and transparently. Legal protection in the public procurement procedure is important because it ensures that such procedures are implemented in accordance with the law and that public funds are spent in an effective manner. In our legal system, the legal protection to participants of such procedures is provided by an independent state body which is competent for resolving appeal procedures in the public procurement procedures – the State Commission for the Control of Public Procurement Procedures. The author argues that the practice of the State Commission has frequently been marked with excessive legal formalism and believes there is room, instead of a narrow and grammatical interpretation of the law, for a teleological and legally coherent interpretation of the norms in order to ensure that the parties in these procedures are provided all available and efficient legal protection. The author will emphasize the views of the Constitutional Court of the Republic of Croatia which has, in its practice, criticized public bodies and the courts for excessive legal formalism and grammatical interpretation of the law. The author feels that excessive legal formalism can produce disaffection of the investors, forcing them not to engage in public procurement procedures, which can, in turn, have negative consequences on the investments momentum in the Republic of Croatia. The author will present his view of excessive legal formalism, in theory and on specific examples, and discuss how such interpretation of the law could, in his view, be avoided. The author shows that excessive legal formalism is very much present in the practice of Croatian courts, and in administrative practice, as well. The only body which criticizes the occurrence of excessive legal formalism in Croatia is the Constitutional Court of the Republic of Croatia, which has, in its practice, repeatedly stated that it considers actions of the courts and administrative bodies in which they do not take into account the real meaning and purpose of the legal norm as excessively formalistic. Excessive formalism has a severe consequence – negation of the rule of law, which is not permissible in a democratic society. In his analysis, the author shows that the practice of the State Commission for the Control of Public Procurement Procedures is often marked with excessive legal formalism and puts forward his proposals for the*

---

\* Frane Staničić, Ph. D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Sv. Ćirila i Metoda 4, Zagreb; frane.stanicic@pravo.hr;  
ORCID ID: orcid.org/0000-0001-8304-7901

*improvement of the practice of this very important body. All public bodies are obliged to interpret legal norms in accordance with their purpose and to take into account the facts of every individual case in order to be able to make a lawful and correct decision. Only such practice can guarantee the rights of the parties in all legal procedures, including public procurement procedures.*

*Keywords: legal formalism, public procurement, State Commission for the Control of Public Procurement Procedures, appeal*