

Prof. dr. sc. Damir Aviani,
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

PРАВНА ЗАШТИТА U POSTUPKU DODJELE JAVNIH UGOVORA – HARMONIZACIJA HRVATSKOG PRAVA S *ACQUIS COMMUNAUTAIRE*

UDK: 35. 073. 53 (497.5)

Primljeno: 14. 01. 2008.

Svaka ekonomska aktivnost javnopravnog tijela, pa tako i aktivnosti javnopravnog tijela na dodjeli javnog ugovora gospodarskom partneru, podliježe pravilima o tržišnom natjecanju. Da bi se osiguralo slobodno tržišno nadmetanje i tržišno djelovanje javnopravnog tijela, Europska zajednica svojim pravilima ograničava djelovanje javne vlasti i prisiljava je da se u svojim ekonomskim aktivnostima ponaša tržišno.

Pravna stečevina Zajednice koja se odnosi na dodjelu javnih ugovora (o javnoj nabavi, o koncesiji i o javno-privatnom partnerstvu) temelji se na **općim načelima** koja proizlaze iz Ugovora o osnivanju Europske zajednice, te iz sudske prakse Europskog suda pravde, poput transparentnosti, jednakog tretmana, slobode tržišnog natjecanja i nediskriminacije.

Zahtjevi koji se postavljaju na pravnu zaštitu unutar područja dodjele određenih javnih ugovora regulirani su dvjema, u važnijim točkama podudarnim **smjernicama EU o pravnim lijekovima**: Smjernicom 89/665/EEZ, koja se odnosi na pravnu zaštitu u tzv. klasičnom sektoru, i Smjernicom 92/13/EEZ, koja se odnosi na pravnu zaštitu u uslužnom sektoru.

Navedenim se Smjernicama postavljaju određeni zahtjevi kojima moraju udovoljiti države-članice prilikom reguliranja pravne zaštite u svom nacionalnom zakonodavstvu.

Hrvatski sustav pravnih lijekova nije jedinstven u pitanjima pravne zaštite u postupcima dodjele javnih ugovora. Naime, različito se uređuje sustav pravne zaštite u postupcima javne nabave od pravne zaštite u postupcima dodjele ugovora o koncesiji, te ugovora o javno-privatnom partnerstvu.

Sudska kontrola javne uprave prepoznata je kao temeljni element vladavine prava. Međutim, postoji začajani prostor za unapređivanje pravne, a posebno sudske zaštite u Republici Hrvatskoj za povrede prava prilikom dodjele javnih ugovora.

Ključne riječi: *tržišno natjecanje, javna nabava, koncesije, javno-privatno partnerstvo, pravna zaštita, sudska zaštita, harmonizacija prava*

I. UVOD

1. Pojam javnog ugovora

Pod pojmom javni ugovor (public contract) u pravnoj stečevini Europske zajednice uobičajeno se smatra posebna vrsta ugovora koje sklapa javnopravna s privatnopravnom osobom, kojim se ostvaruje širi društveni interes, a na koje se ugovore primjenjuju posebne pravne norme u određenoj mjeri različite od normi privatnog prava.

Koncepcija javnih ugovora u pravnoj stečevini Europske zajednice, kao i u nacionalnim pravima država članica, razvila se iz koncepcije upravnih ugovora u pravu građanskih država na europskom kontinentu na kraju 19. i početkom 20. stoljeća, kada su se u tim državama javnopravna tijela podvrgavali strogo načelu legaliteta kojim se ograničavalo njihovo slobodno djelovanje i onda kada su ugovorima osiguravali zadovoljenje javne potrebe. Najširu teorijsku razradu bitnih elemenata upravnih ugovora dala je baš francuska teorija upravnog prava i praksa francuskog Državnog savjeta.¹

Tri su temeljne karakteristike javnih ugovora: prvo, u subjektima ugovora, drugo, u cilju i svrsi zbog kojeg se ugovor zaključuje, i treće, u posebnim pravilima koja vrijede pri zaključivanju i izvršavanju ovih ugovora.²

Prva karakteristika javnih ugovora jest da je jedna strana uvijek javnopravna osoba: država, jedinica regionalne ili lokalne samouprave i njihova tijela, ali isto tako i pravne osobe koje se u cijelosti ili u određenom značajnijem dijelu financiraju iz državnog proračuna ili drugog javnog proračuna (javne ustanove, javna poduzeća i dr.).

Druga karakteristika je da sklapanjem takvog ugovora javnopravno tijelo želi ostvariti određeni javni interes, koji može biti različit, a u osnovi se svodi na zadovoljenje određene javne potrebe.

Koristeći javnu imovinu, javnopravno tijelo može ugovorom povjeriti izgradnju određene građevine za javne potrebe (npr. škole, bolnice, javne ceste, zgrade za potrebe sudstva ili vlade), zatim pružanje javnih usluga, odnosno javne službe (npr. usluge javnog gradskog prijevoza, snabjevanje stanovništva električnom energijom, plinom, vodom, gospodarenje otpadom i dr.), dodijeliti javno dobro na gospodarenje privatnom subjektu, ugovoriti nabavu određene robe za potrebe funkcioniranja javnopravnog tijela, javne službe i sl.

¹ O upravnom ugovoru postoji bogata literatura. Vidi primjerice Laubadèr, A., Moderne, F., Devolvè, P., *Traité des contrats administratifs*, Paris, 1983., Richer, L., *Les contrats administratifs*, Paris, 1991. i dr. Gotovo svaki udžbenik upravnog prava u Francuskoj sadrži poglavlje o upravnim ugovorima.

² Borković ovu vrstu ugovora naziva „upravni ugovor“ prema francuskoj koncepciji „contrat administratif“. Upravni ugovor Borković okvirno definira kao „dvostrani pravni akt koji država, odnosno drugo javnopravno tijelo zaključuje s trećim osobama (fizičkim ili pravnim) u svrhu ostvarivanja cilja od šireg društvenog interesa a pod uvjetima utvrđenim posebnim propisima“. Borković, I., *Upravni ugovori*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, God. 30, br. 2, 1993., str. 423.

Treća karakteristika jest da su određena, možda baš i najznačajnija pitanja uređena normama javnog prava - postupak koji prethodi odabiru privatnopravnog subjekta, sam odabir subjekta kojem će se ponuditi sklapanje javnog ugovora, pitanje pravne zaštite subjekata kojima nije ponuđeno sklapanje takvog ugovora, postupak izmjene ugovora tijekom trajanja ugovornog odnosa i dr.

Sadržajno gledajući, predmet ugovora kojeg sklapa javnopravno tijelo s privatnopravnim subjektom mogu biti javni radovi, javna nabava robe, te pružanje javne usluge. S obzirom na neke druge elemente u sadržaju javnog ugovora, kao što su pitanja financiranja izgradnje ili pružanja usluga ili pitanje raspodjele određenih rizika (npr. tko snosi rizike raspoloživosti građevine, odnosno usluge krajnjem korisniku, pada potražnje i dr.) javni ugovori mogu biti, prvo, ugovori o javnoj nabavi radova, roba i usluga, drugo, ugovori o koncesiji, i treće, ugovori o javno-privatnom partnerstvu.

2. Regulatorni okvir za javne ugovore

Svaka ekonomska aktivnost javnopravnog tijela, pa tako i aktivnosti javnopravnog tijela na dodjeli javnog ugovora gospodarskom partneru, podliježe pravilima o tržišnom natjecanju. Da bi se osiguralo slobodno tržišno nadmetanje i tržišno djelovanje javnopravnog tijela, Europska zajednica svojim pravilima ograničava djelovanje javne vlasti i prisiljava je da se u svojim ekonomskim aktivnostima ponaša tržišno.

Pravna stečevina Zajednice koja se odnosi na dodjelu javnih ugovora (o javnoj nabavi, o koncesiji i o javno-privatnom partnerstvu) temelji se na **općim pravnim načelima**.

Temeljna načela prava općenito, pa tako i ona načela koja su relevantna za tržišno natjecanje razvijena su praksom Europskog suda. Naime Europski sud je razvio doktrinu da pravo Zajednice ne proizlazi samo iz Osnivačkog ugovora³ i tzv. zakonodavstva, nego i iz općih načela prava. Opća se načela prava Zajednice izvode iz različitih izvora, ali su najvažniji Ugovori Zajednice. Tako se, iz četiri tržišne slobode iz Osnivačkog ugovora: slobode kretanja roba, osoba, usluga i kapitala, izvode temeljna načela tržišnog natjecanja. Ta su načela: nediskriminacije, jednakog tretmana, transparentnosti, uzajamnog priznavanja i razmjernosti.

Osobito značenje navedenih načela proizlazi iz okolnosti što su javnopravna tijela odgovorna za njihovo ostvarenje u svojim ekonomskim aktivnostima. Takvo se poslovno djelovanje javnopravnih tijela ogleda prilikom odabira najpovoljnijeg ponuđača na natječaju kojem će ponuditi sklapanje javnog ugovora o nabavi roba, radova, odnosno usluga, ili ugovora o koncesiji ili ugovora o javno-privatnom partnerstvu. Tim je veće značenje ovih načela ukoliko neka ekonomska

³ Treaty Establishing The European Community, (Consolidated Version, Official Journal of the European Union, C 321, 29.12.2006.)

aktivnost javnopravnog tijela države-članice uopće nije uređena sekundarnim zakonodavstvom Zajednice.

Brojne su odluke Europskog suda (bilo European Court of Justice, ECJ bilo European Court of First Instance, ECF) u kojima je utvrđeno da se u slučaju kada dodjela javnog ugovora nije uređena ili je samo djelomično uređena smjernicom ili drugim pravnim aktom, primjenjuju se opća pravna načela.⁴

a. Regulatorni okvir za javnu nabavu

Temeljni akti kojima se uređuje sustav javne nabave u pravnoj stečevini Europske zajednice su dvije smjernice: Smjernica 2004/17 kojom se uređuju postupci javne nabave u tzv. „utilities“ sektorima, tj. u području vodoopskrbe, energetike, transporta i poštanskih usluga, te Smjernica 2004/18 kojom se uređuju postupci za dodjelu ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe, te ugovora o javnim uslugama u tzv. klasičnom sektoru.⁵

⁴ Od osobitog je značenja za primjenu općih načela sudska odluka ECJ-a u slučaju **Teleaustria**. Radi se o slučaju C-324/98 od 7. prosinca 2000. godine. Stranke u sporu su bile: Teleaustria Verlags GmbH i Telefonadress GmbH protiv Telekom Austria AG, uz učesnika Herold Business Data AG kao zainteresiranog za slučaj. U pitanju je bilo preliminarno mišljenje Suda koje je zatražio Bundesvergabeamt – Austria (Savezni ured za javne nabave) o tumačenju primjene Smjernice 92/50/EEC (kojom su tada bili regulirani postupci dodjele ugovora o javnoj službi, zatim Smjernice 93/38/EEC (kojom su tada bili regulirani postupci dodjele ugovora o javnoj službi u području telekomunikacija) i primjene pravne stečevine Europske zajednice na postupke dodjele koncesije za javnu službu.

Naime, Teleaustria, kao pravni sljednik Post & Telegraphenverwaltung (PTV - Poštanska i telegrafska uprava) objavila je u Službenom glasniku Austrije poziv za podnošenje ponuda za dodjelu koncesije (public service concession) za publiciranje telefonskog imenika, te je sklopila koncesijski ugovor s Herold Business Data AG za proizvod i publikaciju telefonskog imenika. Radilo se o ispunjenju obveze iz Zakona o telekomunikacijama (Telekommunikationsgesetz, BGBl. I No 100/1997) prema kojemu (paragraf 19) svaki provajder javnog telefonskog servisa mora održavati (ažurirati) listu pretplatnika s njihovim brojevima. Telekom Austria i Telefonadress nezadovoljni postupkom Teleaustrije o dodjeli koncesije Heroldu, uputili su žalbu Saveznoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (Bundes-Vergabekontrollkommission), a potom i Savezni ured za javne nabave.

ECJ je zauzeo stajalište, kao prvo, da je takav ugovor u nadležnosti nacionalnog pravosuđa. Drugo, da se na ovaj ugovor o koncesiji usluga ne primjenjuju gore navedene smjernice, ali da se na postupak dodjele takvog ugovora primjenjuju temeljna pravila Osnivačkog ugovora, te načela nediskriminacije i transparentnosti. Obveza transparentnosti koja je nametnuta ugovornim stranama sastoji se u osiguranju dovoljnog stupnja oglašavanja da se osigura otvorenost tržišta usluga natjecanju, za dobrobit potencijalnih ponuditelja, i mogućnost kontrole procedure javne nabave.

⁵ Pored te dvije smjernice, postoji cijeli niz različitih akata i dokumenata koji se odnose na javne ugovore ili samo na neke od tih ugovora i čine pravnu stečevinu Zajednice. To su npr.: Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions (30.04.2004.), Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of Regions - Implementing European Union strategy on defence-related industries (COM (1997.) 583, 12.01.1997.), Commission Regulation (EC) No 1564/2005 of 7 September 2005 establishing standard forms for the publication of notices in the framework of public procurement procedures pursuant to Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council (*OJ L 257, 01.10.2005. p. 1-126*), zatim tzv. „Remedies directives“ odnosno smjernice o pravnim lijekovima: Council Directive 92/13/EEC of 25 February 1992 coordinating the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of Community rules on the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors (*OJ L 076 23.03.1992 p. 14*) i Council Directive 89/665/EEC of 21 December 1989 on the

Kad se govori o području primjene Smjernica 2004/17 i 18 postavljaju se dva pitanja. Prvo tko primjenjuje te smjernice, odnosno na koje se naručitelje smjernice odnose i drugo, na koje se ugovore te smjernice odnose.

Što se tiče subjekata primjene Smjernica 2004/17 i 18, to su: prvo, tradicionalna tijela vlasti: državna, regionalna ili lokalna tijela, i drugo, pravne osobe koje su subjekti javnog prava. Ove potonje su one pravne osobe koje su „osnovane za specifičnu svrhu za zadovoljenje općeg interesa, a koje nemaju industrijski ili komercijalni karakter“ i koje su također: financirane najvećim dijelom od strane države, regionalne ili lokalne vlasti ili drugog tijela koje se ravna javnim pravom, ili su subjekti nadzora od strane države, regionalne ili lokalne vlasti ili drugog tijela koje se ravna javnim pravom, ili imaju upravno, ili nadzorno tijelo čijih više od polovine članova imenuje država, regionalne ili lokalne vlasti ili drugo tijelo koje se ravna javnim pravom.⁶

Ugovori na koje se primjenjuju Smjernice su, prvo, ugovori o javnim nabavama, i drugo, ugovori o koncesijama za javne radove u tzv. klasičnom sektoru.

Ugovori o javnim nabavama, u smislu navedenih smjernica, su naplatni ugovori sklopljenim u pisanom obliku između jednog ili više gospodarskih subjekata i jednog ili više naručitelja i koji imaju za predmet izvođenje radova, isporuku robe ili pružanje usluga. Postoje tri vrste ugovora o javnim nabavama uređene ovim smjernicama: ugovori o javnim radovima, ugovori o javnoj nabavi robe i ugovori o javnim uslugama.

Ugovori o javnim radovima su ugovori o javnoj nabavi čiji je predmet izvođenje građevinskih radova ili projektiranje, ili oboje.

Ugovori o javnoj nabavi robe su javni ugovori koji nisu ugovori o javnim radovima a čiji je predmet kupovina, uzimanje u najam, davanje u zakup, kupnja na otplatu, sa ili bez opcije kupnje, proizvoda.

Ugovori o javnim uslugama su ugovori koji nisu ugovori o radovima ili robi, a čiji je predmet pružanje usluga.⁷

Smjernice 2004/17 i 18 definiraju koncesije, razlikujući dva tipa koncesija: koncesije za javne radove i koncesija za javne usluge.

Koncesija za javne radove je ugovor istog tipa kao i ugovor o javnim radovima,

coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts (*OJL 395 30.12.1989. p. 33*), te drugi akti

⁶ Ova tri kriterija financiranja, upravljanja i imenovanja objasnio je ECJ u slučajevima Mannesmann, Case C-44/95, The Queen v. HM Treasury Exp. The University of Cambridge, Case C-380/98. Kao pomoć u određivanju koja su to tijela koja se ravnaju prema javnom pravu, obe Smjernice sadrže dodatak (Anex I Smjernice 2004/17 i Anex III Smjernice 2004/18) s listom, relevantnih tijela u svakoj državi-članici, tj. s listom naručitelja. Kao opći princip, ECJ konstatirao je da koncept tijela vođena javnim pravom mora biti interpretirano šire (Adolf Truly v. Bestattung Wien, Case C-373/000), što znači da je navedeni popis tijela samo orijentacijski, a ne i iscrpan.

⁷ Smjernice 17 i 18 /2004. sadrže dodatke u kojim se taksativno nabrajaju djelatnosti i poslovi koji su predmet ugovora o javnim radovima, kao i usluge koje su predmet ugovora o javnim uslugama.

a razlikuje se samo u činjenici da se naknada za radove koji se izvode sastoji ili samo od prava na iskorištavanje radova, ili od tog prava zajedno s plaćanjem.

Koncesija za pružanje usluga je ugovor istog tipa kao i ugovor o javnim uslugama, a razlikuje se samo u činjenici da se naknada za pružanje usluga sastoji ili samo od prava na iskorištavanje usluga, ili od tog prava zajedno s plaćanjem.

Iz ovih definicija različitih ugovora o javnoj nabavi i ugovora o koncesiji proizlazi da su to ugovori istog tipa, dakle, javni ugovori. Međutim, temeljna razlika među njima je u pitanju financiranja javnih radova, odnosno pružanju usluga. Kod ugovora o javnoj nabavi, obveza financiranja je na strani naručitelja, a kod koncesije, obvezu financiranja radova, odnosno usluga ima koncesionar, dakle gospodarski subjekt, a ne javnopravno tijelo. Međutim, koncesionar naplaćuje radove, odnosno usluge od krajnjeg korisnika i time vraća uloženi kapital i ostvaruje određenu primjerenu dobit. Financijska konstrukcija takvih koncesijskih ugovora može biti kompleksna te je ovisno o tržišnim prilikama moguće i financijsko učešće javnog sektora u cijelom poduhvatu. Činjenica da Smjernice dopuštaju dodatno plaćanje naknade uz pravo gospodarskog korištenja ne mijenja temeljnu razliku javne nabave i koncesije, odnosno prirodu ugovora o koncesiji. Država tako snosi dio troškova ostvarenja koncesije kako bi snizila cijenu za korisnika (osigurala tzv. „socijalnu“ cijenu).

Premda ove smjernice sadrže definicije obih koncesija, treba kazati da Smjernica 2004/17 ne uređuje ni koncesiju javnih radova ni koncesiju usluga u području primjene te Smjernice („utilities“ sector). Jedino Smjernica 2004/18 uređuje koncesiju javnih radova u tzv. klasičnom sektoru. Dakle, smjernicama se uređuje jedino koncesija javnih radova u klasičnom sektoru, a isključene su smjernice iz primjene na koncesiju javnih radova u područjima vodoopskrbe, opskrbe energijom, transporta i poštanskih usluga, te na koncesiju javnih usluga u svim područjima.⁸

⁸ Prema njihovim izričitim odredbama, navedene smjernice se ne primjenjuju na ugovore o javnoj nabavi u području telekomunikacija, s obzirom na situaciju učinkovitog tržišnog natjecanja u području telekomunikacija nakon provedbe pravila Zajednice koja su imala za cilj liberalizaciju tog područja. Nadalje, iz primjene tih smjernica isključeni su tajni ugovori i ugovori koji zahtijevaju posebne sigurnosne mjere odnosno koji su od specijalnog sigurnosnog interesa. Isto tako, smjernice se ne primjenjuju na one ugovore koji su dodijeljeni u skladu s međunarodnim pravilima npr. ugovori koji se odnose na sporazume sklopljene u okviru Svjetske trgovinske organizacija (WTO).

Nadalje, postoje i posebne iznimke iz primjene Smjernica o javnoj nabavi, kao što su stjecanje ili zakup nekretnine, usluge arbitraže i mirenja, određene financijske usluge (npr. instrumenti monetarne politike, devizni tečaj, javni dug, izdavanje, kupovina, prodaja ili prijenos vrijednosnih papira), ugovor o zaposlenju, usluge istraživanja i razvoja.

Na kraju smjernice o javnoj nabavi se ne primjenjuju na nabave čija je vrijednost ispod određenog financijskog praga za određenu vrstu ugovora. Financijski prag za javne radove je 5.000.000 EUR-a, za robe i usluge, ovisno o situaciji (vrsti usluge, tijela koje je naručilac i sl.) od 130.000 do 200.000 EUR-a. Financijski se pragovi mijenjaju otprilike svake dvije godine).

b) Regulatorni okvir za koncesije i javno-privatno partnerstvo

Neke države-članice već dugo koriste koncesije, posebice za provedbu i financiranje velikih infrastrukturnih projekata, kao što su izgradnja željezničkih pruga i velikih dionica cestovne mreže. Udio privatnog sektora u tim je projektima počeo opadati u prvoj četvrtini 20. stoljeća od kada su se vlade sve više izravno uključivale u izgradnju infrastrukture i pružanje javnih usluga te upravljanje odgovarajućim sustavima. Međutim, u posljednjih se nekoliko godina, zbog proračunskih ograničenja i potrebe da se ograniči sudjelovanje javnih vlasti u toj vrsti projekata, ali i želje da se u javnom sektoru iskoriste znanja i iskustva privatnih subjekata, ponovno se javlja povećano zanimanje za koncesije.

Europska komisija je 1999. godine donijela i objavila nacrt svog priopćenja o tumačenju odredaba prava Zajednice o javnoj nabavi koje se primjenjuju na koncesije,⁹ te ga dostavila širokom krugu tijela na razmatranje. Uzimajući u obzir brojna mišljenja koje je primila nakon objave prvog nacrta, Europska komisija je donijela Interpretativno priopćenje o tumačenju odredaba prava Zajednice koje se primjenjuju na koncesije.¹⁰

Koncesije nisu definirane Osnivačkim ugovorom. Jedina definicija koncesije nalazi se, kako je već rečeno, u Smjernicama o javnim nabavama. Međutim, jedine odredbe koje se odnose na koncesije su one u Smjernici 2004/18, u kojoj se uređuju koncesije za javne radove u klasičnom sektoru čija vrijednost je iznad određenog financijskog praga (5 milijuna eura). Dakle, sekundarnim zakonodavstvom Zajednice nisu uređene i ostale koncesije: koncesije javnih radova u uslužnom sektoru, koncesije javnih radova u klasičnom sektoru čija je vrijednost ispod navedenog financijskog praga, te koncesije javnih usluga u oba sektora i bez obzira na vrijednost.

To ipak ne znači, smatra Komisija u navedenom Interpretativnom priopćenju, da koncesije izvan primjene Smjernice 2004/18 nisu regulirane pravnom stečevinom Zajednice. Naime, koncesije podliježu pravilima i načelima Ugovora i načelima koja potječu iz prakse Europskog suda utoliko ukoliko se temelje na državnim aktima čiji je predmet obavljanje gospodarske djelatnosti i nabava robe. Komisija smatra da praksa Suda ukazuje na nužnost pridržavanja načela slobodnog tržišnog nadmetanja u slučajevima dodjele javnih ugovora, čak i onih koji nisu uređeni Smjernicama 2004/17 i 18.

Korak dalje otišla je Europska komisija 2004. godine kad je donijela Zelenu knjigu o javno-privatnom partnerstvu i pravu Europske zajednice o javnim ugovorima i koncesijama (dalje: Zelena knjiga o JPP-u).¹¹

⁹ OJ C 94, 7.4.1999, p. 4.

¹⁰ Commission interpretative communication on concession under Community law, OJ C 121/2, 29.4.2000.

¹¹ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM (2004) 327, 30.4.2004. Nakon javne rasprave inicirane Zelenom knjigom o JPP-u, Komisija je izdala Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Public-Private Partnerships and

Ova Zelena knjiga o JPP-u obrazlaže fenomen javno-privatnog partnerstva (dalje: JPP) iz perspektive prava Zajednice o javnim nabavama i koncesijama. Sukladno Zelenoj knjizi, svaki akt, bilo da je ugovorni ili jednostrani, kojim javno tijelo povjerava pružanje gospodarske aktivnosti trećoj strani mora biti razmotreno u svjetlu propisa i načela koji proizlaze iz ugovora, osobito u pogledu načela o slobodi osnivanja i slobodi pružanja usluga.

Pravila o unutarnjem tržištu, uključujući pravila i načela koja reguliraju javne ugovore i koncesije se primjenjuju na bilo koju gospodarsku aktivnost, tj. bilo koju aktivnost koja se sastoji u pružanju usluga, dobara ili poduzimanju radova na tržištu, čak ako su ove usluge, dobra ili radovi namijenjeni pružanju „javne usluge“.

Načela o slobodi osnivanja i pružanja usluga, sukladno Zelenoj knjizi o JPP-u, obuhvaćaju osobito načelo transparentnosti, jednakosti postupanja, razmjernosti i uzajamnog priznavanja.

Partnerstvo javnog i privatnog sektora (Public Private Partnership, PPP) općenit je naziv za moguće različite oblike povezanosti i suradnje tijela javne vlasti i poslovnih subjekata čiji je cilj osigurati financiranje, izgradnju, obnovu, upravljanje ili održavanje infrastrukturnih objekata ili osigurati financiranje i pružanje usluga od javnog interesa.

Svrha je JPP-a je uključivanje privatnog financiranja razvoja infrastrukture, umjesto tradicionalnog financiranja iz javnog proračuna. Tijekom posljednjih desetak godina fenomen JPP-a se razvio u brojnim područjima djelovanja javnog sektora. Različiti čimbenici objašnjavaju povećano pribjegavanje JPP-ima. Prvo, u situacijama proračunskog ograničenja države, JPP udovoljava potrebi privatnog financiranja javnog sektora. Zatim, obično se ističe veća korist u javnom životu koji pružaju know-how i radne metode privatnog sektora. Na kraju, razvoj JPP-a je dio šire promijene uloge javnog sektora u pružanju javnih usluga, koji se iz uloge izravnog subjekta mijenja u ulogu organizatora, regulatora i kontrolora.

Dva su temeljna modela JPP-a: tzv. čisti ugovorni model i institucionalni model. Kod čisto ugovornog modela, partnerstvo je osnovano isključivo na ugovoru. Institucionalni modeli JPP-a uključuju osnivanje tijela koje bi zajednički držali javni i privatni partner.¹²

Kod ugovornog modela JPP-a, čin dodjele ugovora o JPP-u odabranom privatnom partneru određen je kao javni ugovor. Dva su najznačajnija modela: BOT (Build – Operate - Transfer, izgradi – upravljaj – prenesi), te PFI (Private Finance Initiative, privatna financijska inicijativa).

Kod BOT modela, privatni partner pruža uslugu javnosti umjesto, iako pod kontrolom javnog partnera. Privatni se partner financira od pristojbi nametnutih

Community Law on Public Procurement and Concessions (Priopćenje Komisije /.../ o javno-privatnom partnerstvu i pravu Europske zajednice o javnim nabavama i koncesijama, COM (2005) 569 final.

¹² Države-članice koriste različite termine u ovom kontekstu, npr. Kooperationsmodell, joint venture, i dr. Na takve se modele ne primjenjuju pravila Zajednice o javnim ugovorima.

korisnicima usluga uz mogućnost subvencije javnog tijela. U pitanju je koncesijski model i moguć je jedino kod tzv. komercijalnih projekata (izgradnja hotela, studentskih domova, vodoopskrbnog sustava, ceste, željeznice itd.).

Kod PFI modela, privatni partner gradi i/ili upravlja infrastrukturom za javnog partnera. Zatim, privatni partner naplaćuje isporučene usluge (građevinu ili javnu službu) od javnog sektora u vidu najamnine, a ne od krajnjeg korisnika. Plaćanja javnog sektora mogu biti fiksna, ali se mogu izračunavati kao varijabilna. Takav je model primjenjiv kod tzv. nekomercijalnih projekata (škole, zgrade za potrebe sveučilišta, bolnice, sudovi, zatvori, građevine za potrebe obrane, policije i sl.). Nakon isteka roka na koji je ugovoreno JPP, bez obzira je li u pitanju BOT ili PFI model, građevina u pravilu prelazi u vlasništvo javnog partnera.

Velika prednost modela JPP-a za javni sektor jest u raspodjeli rizika. U klasičnoj javnoj nabavi većinu rizika preuzima javni sektor. U JPP-u rizici se raspodjeljuju, ovisno o prilikama na tržištu, ali u pravilu većinu rizika preuzima privatni partner. Što više, ako privatni partner preuzme rizik projektiranja, izgradnje, održavanja i upravljanja građevinom i barem još jedan rizik: rizik raspoloživosti građevine korisnicima ili rizik varijacije u potražnji, tada prema stajalištu EUROSTAT-a, plaćanje najma korištenja građevine ne računaju se u tekuće zaduženje kapitalnih investicija javnog sektora, već je izvanbilančna imovina.¹³

Ono što je bitno za tržišno djelovanje javnopravnih tijela kod javnoprivatnog partnerstva jest odabir partnera. Normativni okvir koji uređuje odabir privatnog partnera, bio je predmetom koordinacije Zajednice na nekoliko razina i stupnjeva intenziteta sa širokom lepezom pristupa koji postoje na nacionalnoj razini, premda svaki akt javnopravnog tijela kojim se dodjeljuju zadaci trećoj strani uređen minimumom osnovnih načela koji proizlaze iz Osnivačkog ugovora. Zelenom knjigom o JPP-ima, Komisija je pokrenula raspravu o najboljem načinu osiguravanja da se JPP- može razviti u kontekstu učinkovite konkurencije i pravne razvidnosti (transparentnosti). Kako se čisto ugovorno partnerstvo u Zelenoj knjizi određuje kao čin dodjele javnog ugovora, to se na ugovorne modele JPP-a, osobito na odabir partnera i sklapanje ugovora primjenjuju Smjernice o javnoj nabavi. Koncesijski model JPP-a (BOT) ravna se prema odredbama koje se odnose na koncesije. Dakle, nema posebnih pravnih odredbi u pravnoj stečevini Europske zajednice koje bi se imale primijeniti samo na JPP.

II. STANDARDI PRAVNE ZAŠTITE U DODJELI JAVNIH UGOVORA U EUROPSKOJ UNIJI

Zahtjevi koji se postavljaju na pravnu zaštitu unutar područja dodjele određenih javnih ugovora (ugovor o javnoj nabavi, ugovor o koncesiji građevinskih radova,

¹³ New decision of EUROSTAT on deficit and debt: Treatment of public-private partnership, 18/2004 – 11 February 2004, <http://europa.eu.int/comm/eurostat>. Prema toj odluci Ugovor o JPP-u ima status „of balance sheet treatment“, ako je raspodjela rizika kako je gore navedeno.

odnosno ugovor o javno-privatnom partnerstvu) regulirani su dvjema, u važnijim točkama podudarnim **smjernicama EU o pravnim lijekovima**:

- a) Smjernica 89/665/EEZ koja se odnosi na pravnu zaštitu u tzv. klasičnom sektoru, i
- b) Smjernica 92/13/EEZ koja se odnosi na pravnu zaštitu u uslužnom sektoru.¹⁴

1. Ciljevi EU smjernica o pravnim lijekovima

Svrha je ovih smjernica o pravnim lijekovima osigurati efektivnu primjenu smjernica 2004/17/EC i 2004/18/EC u nacionalnim pravima država-članica, dakle onih smjernica kojima se uređuju postupci dodjele javnih ugovora, i to na način da su države-članice obvezne uspostaviti efektivnu i brzu pravnu zaštitu svakome onome tko smatra da su mu u postupku dodjele javnog ugovora povrijeđena određena prava ili pravni interesi.

Posebno značenje smjernica o pravnim lijekovima ogleda se u okolnosti što one osiguravaju subjektivno pravo na poštivanje odredbi javne nabave svim tržišnim subjektima koji su zainteresirani za javni ugovor.

Na kraju, može se reći da im je svrha osigurati u nacionalnom pravu mogućnost kontrole otvorenosti, transparentnosti i ravnopravnosti nadmetanja za dodjelu javnog ugovora

2. Sadržaj smjernica o pravnim lijekovima

Smjernicama se postavljaju određeni zahtjevi kojima moraju udovoljiti države-članice prilikom reguliranja pravne zaštite u svom nacionalnom zakonodavstvu. Te je zahtjeve koji se postavljaju smjernicama o pravnim lijekovima moguće podijeliti u četiri kategorije:

- a) zahtjevi koji se odnose na kvalitetu pravne zaštite,
- b) zahtjevi koji se odnose na institucije koje provode pravnu zaštitu i na njihove zaposlenike,
- c) zahtjevi koji se odnose na okvirne ovlasti institucija koje provode pravnu zaštitu, te
- d) zahtjevi koji se odnose na postupak koji se vodi pred institucijama za pravnu zaštitu.

Nadalje, smjernice o pravnim lijekovima sadrže pravila i načela koje država članica MORA osigurati prijenosom tih smjernica u nacionalnom pravu. Pored toga, smjernice sadrže i one odredbe koje država-članica MOŽE, dakle, ne treba prenijeti u svoje nacionalno zakonodavstvo.

¹⁴ U skladu s načelom sudske zaštite koje proizlazi iz Osnivačkog ugovora, dostupnost pravnih lijekova također se zahtijeva i izvan područja primjene tih smjernica o pravnim lijekovima.

a) Što država članica MORA osigurati prijenosom smjernica EU o pravnom lijeku u nacionalnom pravu

Prvo, države-članice moraju svojim nacionalnim pravom, prije svega, osigurati **učinkovitu i brzu pravnu zaštitu**. No, postavlja se pitanje koja je pravna zaštita brza i učinkovita. Slijedom sudske prakse, ipak se stvaraju određeni standardi učinkovitosti pravne zaštite. Prvo, pravna je zaštita učinkovita jedino ako je brza. Drugim riječima, spora pravda više nije pravda. Nadalje, u postupku mora postojati mogućnost poduzimanja privremene mjere, poput zaustavljanja postupka dodjele javnog ugovora. Tako treba postojati mogućnost obustavljanja postupka sklapanja javnog ugovora s odabranim partnerom ako npr. natječaj sadrži diskriminatorne tehničke, ekonomske ili financijske specifikacije, ili sadrži neke druge povrede. To znači, da se mora omogućiti dobivanje javnog ugovora tek nakon uklanjanja pogreške, jer je u protivnom upitna učinkovitost pravne zaštite. Osobito je značajno za učinkovitost pravne zaštite da tijela za provedbu kontrole moraju biti opremljena odgovarajućim kapacitetima kako bi mogla jamčiti učinkovitost u cjelini.

Drugo, države-članice moraju omogućiti pristup pravnoj zaštiti svima koji su zainteresirani za određeni javni ugovor.

Treće, države-članice moraju osnovati institucije za postupak kontrole javne nabave. Institucija za kontrolu postupka javne nabave, istina, ne mora nužno biti sud. To može biti određeno upravno tijelo, odnosno tijelo koje pripada izvršnoj vlasti. Međutim, u slučaju da država članica postupak kontrole javne nabave, uključujući i postupke dodjele ostalih javnih ugovora, povjeri instituciji koja nije sud, koja dakle ne pripada sudbenoj već izvršnoj vlasti, tada ona mora osigurati dvije stvari: prvo, neovisnost te institucije i njenih članova, i drugo, preispitivanje odluke te institucije pred sudom. Neovisnost takve kontrolne institucije kvalitativno mora biti uređena kao neovisnost sudova i sudaca. Štoviše, predsjednik takve institucije mora ispunjavati uvjete jednake uvjetima za imenovanje suca. Unatoč tomu, mora se osigurati mogućnost sudskog preispitivanja zakonitosti odluke izvršnog tijela u postupku kontrole postupka dodjele javnog ugovora.

Četvrto, u postupku ocjene zakonitosti dodjele javnog ugovora mora se primjenjivati načelo kontradiktornosti, tj. načelo saslušanja svake osobe na čija se prava odnosi odluka. Time je isključeno donošenje odluke samo prema stanju spisa.¹⁵

Peto, institucije za ocjenu zakonitosti, bilo upravne bilo sudbene, moraju raspolagati određenim ovlastima. Pored već spomenutih ovlasti na donošenje odluke o privremenoj mjeri, odnosno na obustavljanje postupka dodjele javnog ugovora, kontrolne institucije moraju raspolagati još i ovlastima na ukidanje ili otklanjanje protupravnih odluka ili protupravnih sadržaja iz dokumentacije za

¹⁵ U Smjernici 92/13 u čl. 2. st. 8. stoji „...u postupku, u kojem se saslušavaju obje strane...“, što ukazuje na procesno načelo kontradiktornosti.

nadmetanje (npr. diskriminirajućeg uvjeta iz natječaja), te ovlašću za odlučivanje o naknadi štete.

Šesto, mora se omogućiti da poduzeća koja su pretrpjela štetu zbog kršenja odredbi o javnoj nabavi imaju pravo na naknadu štete, i to naravno, bez diskriminacije.

b) Što država članica MOŽE regulirati prijenosom direktiva EU o pravnom lijeku u nacionalnom pravu

Iz zahtjeva koji su zajednički i jednoj i drugoj smjernici o pravnim lijekovima, pored popisa obveza koje se moraju ugraditi u nacionalnom pravu, postoje i one odredbe koje mogu ugraditi u nacionalnom pravu, ali ne moraju („need not“). Takve odredbe stoje na dispoziciji nacionalnom zakonodavcu. Sukladno smjernicama o pravnim lijekovima, država-članica može regulirati sljedeće.

Prvo, treba li navedenim ovlastima raspolagati više odvojenih sudskih instanci.

Drugo, može se propisati da donošenje privremenih mjera nije obavezno. U tom slučaju je bitno da kontrolna institucija ima mogućnost, ali ne i obvezu poduzimanja privremene mjere. U odlučivanju da li će takvu mjeru poduzeti ili ne treba odvojeno uzeti u obzir interese svih oštećenih, te procijeniti je li je šteta koja bi nastala donošenjem privremenih mjera veća, nego prednosti takvih mjera.

Treće, može se propisati da se pravo na naknadu štete može ostvariti samo ako tijelo koje je za to nadležno prethodno ukine pogrešnu odluku.

Četvrto, može se propisati da nakon sklapanja ugovora može postojati samo pravo na naknadu štete, te na kraju, treba li postupak kontrole imati automatski učinak odgode za postupak zaključivanja javnog ugovora.

3. Prijedlog nove Smjernice o pravnim lijekovima

Europska je komisija, prateći primjenu postojećih EU smjernica o pravnim lijekovima zaključila kako one ne omogućavaju uvijek postizanje svojih ciljeva: povećanje garancije transparentnosti i nediskriminacije, učinkovitost mjera poduzetih u slučaju povrede smjernica koje uređuju dodjelu javnih ugovora, osiguravanje gospodarskim subjektima jedanko tretiranje njihovih ponuda.¹⁶

Zbog toga je u svibnju 2006. godine Europska komisija dala prijedlog Smjernice Europskog parlamenta i Savjeta kojom se mijenjaju sadašnje smjernice o pravnim

¹⁶ Vidi: IMPACTASSESSMENTREPORT – REMEDIES IN THE FIELD OF PUBLIC PROCUREMENT, Commission staff working document, Annex to the Proposal for a DIRECTIVE ... amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC..., str. 4.

lijekovima, tj. Smjernice 89/665/EEC i 92/13/EEC sa svrhom poboljšanja efektivnosti preispitivanja postupaka dodjele javnih ugovora.¹⁷

Prijedlogom nove Smjernice uvodi se čitav niz novina u postupku ispitivanja pravilnosti postupka dodjele javnog ugovora. Tako se, između ostalog, posebno razrađuje ispitivanje povrede prava Europske unije u fazi prije sklapanja javnog ugovora, jer je preispitavnije takve povrede nakon sklapanja ugovora načelno ograničeno ipak samo na odlučivanje o naknadi štete.

Ujedno se pojašnjavaju određene povrede postupka dodjele javnog ugovora sukladno razvijenoj sudskoj praksi.

Uvodi se tzv. standstill period, tj. period odgode sklapanja javnog ugovora u slučaju prigovora zainteresiranog subjekta. Takav period može trajati najmanje deset pa do 17 dana. Svrha mu je da se u tom periodu, dakle prije sklapanja javnog ugovora, a nakon odabira najpovoljnije ponude, otklone najznačajnije povrede pravila o dodjeli tih ugovora.

III. STANJE I PERSPEKTIVE PRAVNE ZAŠTITE U POSTUPCIMA DODJELE JAVNIH UGOVORA U REPUBLICI HRVATSKOJ

1. Uvod

U postupcima dodjele javnog ugovora moguće su različite povrede prava zainteresiranih subjekata za dobivanje javnog ugovora, bilo da se radi o javnoj nabavi, koncesijama ili javno-privatnom partnerstvu. Povrede subjektivnih prava uvijek su posljedica određenih grešaka javnopravnog tijela. Drugim riječima, uvijek je javnopravno tijelo, dakle tijelo koje dodjeljuje javni ugovor odgovorno za pridržavanje kako odgovarajućih načela tako i propisanih pravila. Povrede subjektivnih prava moguće su u svakoj fazi postupka dodjele javnog ugovora. Povreda prava je moguća već kod donošenja odluke da se krene u postupak javne nabave, ili dodjele koncesije, odnosno u projekt javno-privatnog partnerstva, potom u postupku odabira ponuditelja (dobavljača, koncesionara, privatnog partnera), zatim prilikom sklapanja javnog ugovora, pa čak i tijekom trajanja ugovornog odnosa.

Povrede subjektivnih prava u pravilu su posljedica neusklađenosti dokumentacije za nadmetanje (naročito tehničke specifikacije) sa zakonom, koja bi mogla dovesti ili dovodi do diskriminacije ponuditelja ili ograničenja tržišnog nadmetanja, pogrešaka u svezi javne objave natječaja, odabira ponude koja nije

¹⁷ Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts (presented by Commission of the European Communities), {SEC(2006)557}, Brussels, 4.5.2006. COM(2006) 195 final, 2006/0066 (COD)

najpovoljnija, naknadna izmjena ugovora suglasnošću ugovornih stranaka koja u pravilu narušava načelo jednakosti postupanja, i dr.

Hrvatski sustav pravnih lijekova nije jedinstven u pitanjima pravne zaštite u postupcima dodjele javnih ugovora. Naime, različito se uređuje sustav pravne zaštite u postupcima javne nabave od pravne zaštite u postupcima dodjele ugovora o koncesiji, te ugovora o javno-privatnom partnerstvu.

2. Pravna zaštita u postupcima javne nabave

Pravna zaštita u postupcima javne nabave uključuje kako upravnu (administrativnu), tako i sudsku pravnu zaštitu. Upravna (administrativna) pravna zaštita uređena je ponajprije Zakonom o javnoj nabavi iz 2007. godine.¹⁸

Pravna se zaštita temelji ponajprije na općim načelima javne nabave kao što su načelo slobode kretanja robe, načelo slobode poslovnog nastana i načelo slobode pružanja usluga te načela koja iz toga proizlaze, kao što je načelo tržišnog natjecanja, načelo učinkovitosti, načelo jednakog tretmana, načelo zabrane diskriminacije, načelo uzajamnog priznavanja, načelo razmjernosti i načelo transparentnosti. Osim na tim načelima, pravna se zaštita temelji i na načelima zakonitosti, efikasnosti, ekonomičnosti i kontradiktornosti.

Sukladno odredbama tog Zakona, postupak pravne zaštite započinje predajom žalbe naručitelju.¹⁹ Dva su razloga važnosti ulaganja žalbe naručitelju. Prvo, naručitelj ima određenih ovlasti u vezi s izjavljenom žalbom. Naime, ako naručitelj nađe da je ona u cijelosti ili djelomično osnovana može ispraviti radnju, poduzeti činjenje ili provesti drugi postupak, ili može postojeću odluku staviti izvan snage i zamijeniti je drugom odlukom, ili poništiti postupak javne nabave te o tome obavijestiti sudionike postupka. Time se omogućava brza zaštita prava, naravno u slučaju kada naručitelj smatra žalbu osnovanom. Drugo, ulaganje žalbe naručitelju je uvjet za zadržavanje prava tražiti ispitivanje zakonitosti u kasnijoj fazi postupka pravne zaštite. Drugim riječima, propuštanje izjavljivanja žalbe naručitelju znači gubitak prava da daljnje postupke pravne zaštite. Ako naručitelj nije iskoristio ovlasti povodom žalbe, smatrajući je neosnovanom, mora žalbu sa cijelom dokumentacijom i odgovorom na žalbu prosljediti Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (dalje: Državna komisija).

¹⁸ Zakon o javnoj nabavi („Narodne novine“, br. 110/2007.), 5. dio, čl. 134.-167. Stupa na snagu 1. siječnja 2008. godine.

¹⁹ Rok za predaju žalbe iznosi osam dana (odnosno tri dana u postupcima nabave male vrijednosti) i računa se ili od objave o javnoj nabavi (ako je žalitelj ulaže žalbu već nakon objave o javnoj nabavi i prije odluke o odabiru dobavljača), ili od otvaranja ponuda (ako se žalba odnosi na tu fazu postupka javne nabave) ili od primitka odluke kojom se odlučuje o pojedinačnom pravu iz javne nabave), ili nakon isteka roka za donošenje odluke o pojedinačnom pravu iz javne nabave, ili od saznanja za postupak nabave proveden protivno zakonskim odredbama, ali najkasnije u roku od godine dana od kad je postupak proveden. U potonjem slučaju postoje dva roka: subjektivni rok (osam odnosno tri dana od dana saznanja za postupak nabave) i objektivni rok (godina dana od kad je postupak javne nabave proveden).

Prema Zakonu o javnoj nabavi, osobe koje imaju aktivnu legitimaciju na ulaganje žalbe su ne samo natjecatelji ili ponuditelji u postupku javne nabave, već i svaki drugi gospodarski subjekt koji ima pravni interes za dobivanje predmetnog ugovora o javnoj nabavi, makar još nije ni uputio svoju prijavu, pod uvjetom da je pretrpio ili mogao pretrpjeti štetu od navodnog kršenja subjektivnih prava. Isto tako, legitimaciju za ulaganje žalbe imaju Ured za javnu nabavu Vlade Republike Hrvatske, kao i Državno odvjetništvo.

Žalba se može uložiti ne samo protiv odluka naručitelja u svezi odabira ili poništenja postupka, već i protiv radnje ili propuštanja u vođenju postupaka na koje se mora primijeniti Zakon o javnoj nabavi.²⁰

Državna je komisija ovlaštena odrediti i neku od privremenih mjera, kao što su zabrana potpisivanja ugovora o javnoj nabavi i izvršavanje ugovornih obveza, ali i svaka druga mjera kojoj bi cilj bio sprječavanje nastanka štete do koje bi moglo doći ako se ne usvoji predložena mjera.²¹

U postupku rješavanja o žalbi, Državna komisija ispituje zakonitost postupka nabave u cjelini te donosi odluku sukladno pravilima iz Zakona o javnoj nabavi. Ovlasti joj se kreću od odbacivanja žalbe (ako ne postoje procesne pretpostavke da se žalba ispita) ili odbijanja žalbe kao neosnovane, pa do poništavanja nezakonite odluke, postupka ili radnje javnopravnog tijela kao naručitelja.

Međutim, novina je Zakona o javnoj nabavi što sadrži odredbe o mirenju. Naime, stranke postupka i Državna komisija u tijeku će cijelog postupka nastojati spor riješiti mirnim putem. U tom smislu, stranke mogu tijekom cijelog postupka pred Državnom komisijom sklopiti nagodbu, koja naravno ne smije biti protivna zakonskoj normi, pravilima javnog morala niti smije biti na uštrb pravnih interesa trećih osoba.

Odluke Državne komisije podliježu sudskoj kontroli pred Upravnim sudom Republike Hrvatske temeljem Zakona o upravnim sporovima. U upravnom sporu, Sud ocjenjuje zakonitost odluke Državne komisije, kao i zakonitost samog postupka nabave.

Zahtjev za naknadu štete moguć je putem parničnog postupka, kako je regulirano Zakonom o obveznim odnosima i Zakonom o parničnom postupku.

Opisan postupak kontrole, jednako se primjenjuje u klasičnom kao i u uslužnom sektoru. Međutim, takav se postupak pravne zaštite ne primjenjuje se na one ugovore koji nisu obuhvaćeni Zakonom o javnoj nabavi poput koncesija i javno-privatnog partnerstva.

²⁰ Do stupanja na snagu novog Zakona o javnoj nabavi, žalba se može uložiti tek nakon donošenja odluke naručitelja o odabiru najpovoljnijeg ponuditelja. Novim Zakonom otvara se mogućnost ulaganja žalbe i prije odluke o odabiru, ako npr. potencijalni natjecatelj smatra da su uvjeti u natječaju diskriminirajući ili npr. neprimjereni predmetu konkretne javne nabave.

²¹ Zakonom o javnoj nabavi određen je priod zabrane sklapanja ugovora, i to 12 dana (odnosno 3 dana u nabavi male vrijednosti) računajući od dana predaje žalbe.

3. Pravna zaštita u postupcima dodjele koncesija, odnosno sklapanja ugovora o javno-privatnom partnerstvu

U postupcima dodjele ugovora o koncesiji, odnosno ugovora o javno-privatnom partnerstvu također se razlikuje upravni postupak pravne zaštite od sudskog postupka.

Kad se govori o pravnom uređenju koncesija, može se kazati da su koncesije generalno uređene Zakonom o koncesijama iz 1992. godine.²² Taj zakon sadrži svega 10 članaka, čija primjena je supsidijarna u odnosu na zakone kojima se uređuje pojedina oblast. Tako su koncesije uređene sa 20-tak „sektorskih“ zakona i isto toliko podzakonskih provedbenih propisa. Premda je veliki broj propisa koji se odnosi na koncesije, ipak je relativno mali broj odredbi tih zakona koji se odnose na taj pravni institut.

Pored toga, u pojedinim područjima različito se uređuju brojna pitanja dodjele koncesija, pa tako i pitanja pravne zaštite. Ne ulazeći sada u te razlike, zajedničko je svim tim koncesijama da je odluka o dodjeli koncesije upravni akt, te se na donošenje je takvog akta primjenjuje Zakon o općem upravnom postupku. To istovremeno znači da se i pravna zaštita putem žalbe pruža primjenom Zakona o općem upravnom postupku. Međutim, problem je u tome, što prema odredbama tog Zakona (čl. 224.), žalba, kao redovni pravni lijek nije dozvoljena protiv rješenja Sabora i Vlade RH, a u pravilu ni protiv prvostupanjskih rješenja ministarstava i drugih republičkih organa državne uprave. A, upravo su navedeni organi najčešći javnopravni subjekti koji dodjeljuju koncesije.²³

²² „Narodne novine“, br. 82/92.

²³ Tako npr. prema Zakon o rudarstvu – pročišćeni tekst („Narodne novine“, br. 190/03.) rudarsku koncesiju za eksploataciju nafte i prirodnog plina dodjeljuje Vlada Republike Hrvatske. Odobrenje za istraživanje i rudarsku koncesiju za eksploataciju svih ostalih mineralnih sirovina dodjeljuje Ministarstvo gospodarstva, odnosno ured državne uprave u jedinici područne (regionalne) samouprave nadležan za poslove

Prema Zakonu o poljoprivrednom zemljištu („Narodne novine“, br. 66/01., 87/02. i 48/05.) odluku o davanju koncesije za korištenje poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države donosi Vlada Republike Hrvatske na prijedlog odgovarajućeg ministarstva.

Prema Zakonu o lovu („Narodne novine“, br.10/94. 29/99. i 14/01.) Odluku o koncesiji prava lova donosi Vlada Republike Hrvatske na temelju provedenog javnog prikupljanja ponuda i javnog natječaja.

Prema Zakonu o pomorskom dobru i morskim lukama („Narodne novine“, br.158/03. i 141/06.) koncesiju za gospodarsko korištenje pomorskog dobra, te za korištenje ili gradnju građevina na pomorskom dobru, ovisno o različitosti okolnosti daju različita tijela od Vlade Republike Hrvatske do županijskih, gradskih i općinskih tijela. Međutim, za raspravljanje svih pitanja i rješavanje svih sporova u svezi s davanjem, izvršavanjem, opozivom ili izmjenom odluka o koncesiji na pomorskom dobru nadležno je Ministarstvo koje djeluje u području pomorstva. Protiv rješenja Ministarstva ne može se izjaviti žalba, ali se može pokrenuti upravni spor.

Prema Zakonu o komunalnom gospodarstvu – pročišćeni tekst („Narodne novine“, br. 26/03., 82/04. i 178/04.) koncesiju za obavljanje određenih komunalnih djelatnosti dodjeljuje predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave pravnoj ili fizičkoj osobi registriranoj za obavljanje te djelatnosti. Protiv odluke o davanju koncesije žalba nije dopuštena, već se može pokrenuti upravni spor.

Sudska zaštita se osigurava u upravnom sporu pred Upravnim sudom Republike Hrvatske primjenom Zakona o upravnim sporovima. U takvom se sporu ocjenjuje jedino zakonitost odluke o dodjeli koncesije. Sukladno Zakonu o upravnim sporovima, u pravilu se ne provodi kontradiktorni postupak, ne saslušavaju se stranke i u pravilu se ne utvrđuje činjenično stanje, te se, u pravilu, ne vodi spor pune jurisdikcije.²⁴

Slična je situacija s postupkom odabira privatnog partnera za sklapanje ugovora o javno-privatnom partnerstvu. U Hrvatskoj ne postoji posebna pravna regulativa JPP. Ipak, kao instruktivan dokument, Hrvatski sabor je 2006. godine donio Smjernice za primjenu ugovornih oblika javno-privatnog partnerstva (JPP)²⁵, a koje se temelje na već spomenutoj Zelenoj knjizi o JPP. Sukladno toj Zelenoj knjizi, svaki pravni akt, bilo ugovorni ili jednostrani, kojim javno tijelo povjerava obavljanje gospodarskih aktivnosti trećoj osobi, mora bit usklađen s pravilima o unutarnjem tržištu, uključujući pravila i načela koja reguliraju javne ugovore i koncesije (osobito: načelo transparentnosti, jednakosti postupanja, razmjernosti i uzajamnog priznavanja).

To znači da se, sukladno pravnoj stečevini EU i na javno-privatno partnerstvo primjenjuju pravila koja vrijede za javnu nabavu, odnosno dodjelu koncesije.²⁶ Iz tog jedinstva pravila o dodjeli javnih ugovora proizlazi i potreba jednake pravne zaštite svih onih subjekata koji imaju pravni interes za dobivanje ugovora bilo o javnoj nabavi, bilo o koncesijama ili o javno-privatnom partnerstvu.

Kad je riječ o Hrvatskoj, treba kazati da ne postoje posebna pravila koja bi na jednak način uređivala pravnu zaštitu u javnoj nabavi, koncesijama i javno-privatnom partnerstvu. Tako se na pitanja administrativnopravne zaštite u postupcima dodjele ugovora o javno-privatnom partnerstvu, kao i kod koncesija primjenjuje Zakon o općem upravnom postupku. To iz razloga što je odluka o odabiru privatnog partnera, jednako kao i odluka o odabiru koncesionara, odnosno dobavljača u javnoj nabavi, neosporno upravni akt.

S obzirom na okolnosti da su sužene mogućnosti upotrebe žalbe kao redovnog pravnog lijeka, jednako kao u postupku dodjele koncesije, to veće značenje dobiva mogućnost vođenja upravnog spora. Naime, protiv konačne odluke o odabiru

²⁴ Spor pune jurisdikcije je moguć u iznimnim slučajevima, ako su kumulativno ispunjeni sljedeći uvjeti: da Sud poništi spornu odluku kao nezakonitu, da podaci postupka pružaju dovoljnu osnovu za meritorno rješavanje (činjenice se ne utvrđuju u sporu!) i da priroda stvari to dopušta. Ni u tom slučaju Sud nije obvezan donijeti presudu kojom će zamijeniti spornu odluku.

²⁵ „Narodne novine“, br. 98/06.

²⁶ Analizom nacionalnih zakonodavstava „starih“ i „novih“ država članica EU može se uočiti kako u većini država ne postoji posebni pravni okvir za javno-privatna partnerstva, već se pravni okvir koji se primjenjuje na JPP sastoji od Zakona o koncesijama (za tzv. koncesijski model JPP-a, tj. za komercijalne projekte) i Zakona o javnim nabavama (za nekomercijalne projekte). Čak i države koje imaju posebne zakone o JPP (npr. Irska) u pravilu ne reguliraju ni pitanje postupka odabira privatnog partnera, niti postupak pravne zaštite, već je to istovjetno javnoj nabavi i koncesijama.

ponuditelja može se pokrenuti i voditi upravni spor sukladno Zakonu o upravnim sporovima.²⁷

O eventualnom zahtjevu za naknadu štete odlučuju sudovi opće nadležnosti u parničnom postupku, na način kako je regulirano Zakonom o obveznim odnosima i Zakonom o parničnom postupku. Dakle, što se naknade štete tiče, za koncesije i javno-privatno partnerstvo vrijede isto što i za javnu nabavu.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Zaključno se može reći, kako pravila o tržišnom natjecanju i konkurenciji, kao i pravila o javnoj nabavi, koncesijama i javno-privatnom partnerstvu potječu iz istih vrijednosti koje su temelj stvaranja Europske zajednice, zajedničko tržište bez diskriminacije i jednakih mogućnosti. Pravila o javnoj nabavi, o dodjeli koncesija ili o javno-privatnom partnerstvu ciljaju na istu grupu subjekata, na javnopravna tijela koja u svojim ekonomskim, odnosno komercijalnim aktivnostima, unatoč što djeluju u javnom interesu, ne smiju postupati *iure imperii*.

Svaka ekonomska aktivnost javnopravnog tijela, pa tako i aktivnosti javnopravnog tijela na dodjeli javnog ugovora gospodarskom partneru, podliježe pravilima o tržišnom natjecanju. Da bi se osiguralo slobodno tržišno nadmetanje i tržišno djelovanje javnopravnog tijela, Europska zajednica svojim pravilima ograničava djelovanje javne vlasti i prisiljava je da se u svojim ekonomskim aktivnostima ponaša tržišno.

Pravna stečevina Zajednice koja se odnosi na dodjelu javnih ugovora (o javnoj nabavi, o koncesiji i o javno-privatnom partnerstvu) temelji se na **općim načelima** koja proizlaze iz Ugovora o osnivanju Europske zajednice, te iz sudske prakse Europskog suda pravde, poput transparentnosti, jednakog tretmana, slobode tržišnog natjecanja i nediskriminacije. Ova načela primjenjuju se na sve postupke dodjele javnih ugovora, uključujući i one koji nisu regulirani smjernicama.

U postupcima dodjele javnog ugovora moguće su različite povrede prava zainteresiranih subjekata za dobivanje takvog ugovora, bilo da se radi o javnoj nabavi, koncesijama ili javno-privatnom partnerstvu. Povrede subjektivnih prava moguće su u svakoj fazi postupka dodjele javnog ugovora: već kod donošenja odluke da se krene u postupak javne nabave, ili dodjele koncesije, odnosno u projekt javno-privatnog partnerstva, potom u postupku odabira ponuditelja

²⁷ Sukladno Zakonu o upravnim sporovima, predmet upravnog spora može biti jedino upravni akt. To znači da se u upravnom sporu može ocjenjivati samo zakonitost odluke o odabiru određenog ponuditelja. Slijedom toga, javni ugovori ne mogu biti predmetom upravnog spora. U upravnom se sporu u pravilu rješava na temelju spisa predmeta, što znači da u pravilu spor nije kontradiktoran. Ne postoji pravo žalbe na presudu, što znači da je presuda odmah pravomoćna (nema dvostupnjevanosti). Kad se tome pridoda duljina trajanja spora (cca 1-4 godine), očigledno je da je reforma upravnog sudovanja u Hrvatskoj neminovna, uključujući i jačanje ne samo pravosudnog već i upravnog kapaciteta radi povećanja sposobnosti primjene pravne stečevine EU u Hrvatskoj.

(dobavljača, koncesionara, privatnog partnera), zatim prilikom sklapanja javnog ugovora, pa čak i tijekom trajanja ugovornog odnosa.

Zahtjevi koji se postavljaju na pravnu zaštitu unutar područja dodjele određenih javnih ugovora regulirani su dvjema, u važnijim točkama podudarnim **smjernicama EU o pravnim lijekovima**: Smjernicom 89/665/EEZ, koja se odnosi na pravnu zaštitu u tzv. klasičnom sektoru, i Smjernicom 92/13/EEZ, koja se odnosi na pravnu zaštitu u uslužnom sektoru.

Smjernicama se postavljaju određeni zahtjevi kojima moraju udovoljiti države-članice prilikom reguliranja pravne zaštite u svom nacionalnom zakonodavstvu: zahtjevi koji se odnose na kvalitetu pravne zaštite, zahtjevi koji se odnose na institucije koje provode pravnu zaštitu i na njihove zaposlenike, zahtjevi koji se odnose na okvirne ovlasti institucija koje provode pravnu zaštitu, te zahtjevi koji se odnose na postupak koji se vodi pred institucijama za pravnu zaštitu.

Nadalje, smjernice o pravnim lijekovima sadrže pravila i načela koje država članica MORA osigurati prijenosom tih smjernica u nacionalnom pravu, kao i one odredbe koje država-članica MOŽE, dakle ne treba prenijeti u svoje nacionalno zakonodavstvo.

Hrvatski sustav pravnih lijekova nije jedinstven u pitanjima pravne zaštite u postupcima dodjele javnih ugovora. Naime, različito se uređuje sustav pravne zaštite u postupcima javne nabave od pravne zaštite u postupcima dodjele ugovora o koncesiji, te ugovora o javno-privatnom partnerstvu.

Pravna zaštita u postupcima javne nabave uključuje kako upravnu (administrativnu), tako i sudsku pravnu zaštitu. Upravna (administrativna) pravna zaštita uređena je ponajprije Zakonom o javnoj nabavi iz 2007. godine, koji će se primjenjivati od 1.siječnja 2008.

Nekoliko je značajnih novina u tom Zakonu u odnosu na ranija zakonodavna rješenja glede pravne zaštite. Definirana načela na kojima se temelji pravna zaštita. To su ponajprije opća načela javne nabave kao što su načelo slobode kretanja robe, načelo slobode poslovnog nastana i načelo slobode pružanja usluga te načela koja iz toga proizlaze, kao što je načelo tržišnog natjecanja, načelo učinkovitosti, načelo jednakog tretmana, načelo zabrane diskriminacije, načelo uzajamnog priznavanja, načelo razmjernosti i načelo transparentnosti. Osim na tim načelima, pravna se zaštita temelji i na načelima zakonitosti, efikasnosti, ekonomičnosti i kontradiktornosti.

Sukladno odredbama tog Zakona, postupak pravne zaštite započinje predajom žalbe naručitelju, a za Državnu komisiju za kontrolu postupaka javne nabave kao neovisnom državnim tijelu. U odnosu na ranija zakonska rješenja novim se Zakonom širi krug subjekata koji imaju pravo uložiti žalbu, te se dobiva pravo ulaganja žalbe u svakom stadiju postupka, to znači da ne treba čekati odluku o odabiru ponuditelja, jer se žalba može uložiti ne samo protiv odluka naručitelja u svezi odabira ili poništenja postupka, već i protiv radnje ili propuštanja u vođenju postupka na koje se mora primijeniti Zakon o javnoj nabavi.

Državna je komisija ovlaštena odrediti privremenu mjeru. Novina je Zakona o javnoj nabavi i ta što sadrži odredbe o mirenju. Naime, stranke postupka i Državna komisija u tijeku će cijelog postupka nastojati spor riješiti mirnim putem, sklapanjem nagodbe među strankama. Odluke Državne komisije podliježu sudskoj kontroli pred Upravnim sudom Republike Hrvatske temeljem Zakona o upravnim sporovima. Zahtjev za naknadu štete moguć je putem parničnog postupka, kako je regulirano Zakonom o obveznim odnosima i Zakonom o parničnom postupku.

Na pitanja administrativnopravne zaštite u postupcima dodjele ugovora o javno-privatnom partnerstvu, kao i kod koncesija primjenjuje Zakon o općem upravnom postupku. To iz razloga što je odluka o odabiru privatnog partnera, jednako kao i odluka o odabiru koncesionara, odnosno dobavljača u javnoj nabavi, neosporno upravni akt.

S obzirom na okolnosti da su sužene mogućnosti upotrebe žalbe kao redovnog pravnog lijeka, jednako kao u postupku dodjele koncesije, to veće značenje dobiva mogućnost vođenja upravnog spora. Naime, protiv konačne odluke o odabiru ponuditelja može se pokrenuti i voditi upravni spor sukladno Zakonu o upravnim sporovima.

Sudska kontrola javne uprave prepoznata je kao temeljni element vladavine prava. Međutim, postoji začajjan prostor za unapređivanje pravne, a posebno sudske zaštite u Republici Hrvatskoj za povrede prava prilikom dodjele javnih ugovora. Naime, sukladno Zakonu o upravnim sporovima, predmet upravnog spora može biti jedino upravni akt. To znači da se u upravnom sporu može ocjenjivati samo zakonitost odluke o odabiru određenog ponuditelja. Slijedom toga, javni ugovori ne mogu biti predmetom upravnog spora. U upravnom se sporu u pravilu rješava na temelju spisa predmeta, što znači da u pravilu spor nije kontradiktoran. Ne postoji pravo žalbe na presudu, što znači da je presuda odmah pravomoćna (nema dvostupnjevanosti). Kad se tome pridoda duljina trajanja spora (cca 1-4 godine), očigledno je da je reforma upravnog sudovanja u Hrvatskoj neminovna, uključujući i jačanje ne samo pravosudnog već i upravnog kapaciteta radi povećanja sposobnosti primjene pravne stečevine EU u Hrvatskoj.

LEGAL PROTECTION IN AWARDING PUBLIC CONTRACTS PROCEEDINGS- HARMONISATION OF CROATIAN LAW WITH THE *ACQUIS COMMUNAUTAIRE*

Every economic activity of public legal bodies, and similarly with the activities of public-legal bodies in awarding public contracts to business partners, is subject to the rules of market competition. In order to secure free market competition, and market oriented activity of public legal bodies, the European Union, with its rules, limits the activity of public power and forces it to act in a market oriented way in its economic activities.

The legal inheritance of the Union which is related to the awarding of public contracts (on public procurement, concessions and public-private partnership) is based on **general principles** which

arise from the Agreement on the Establishment of the European Union, and from the court practice of the European Court of Justice such as transparency, equal treatment and non-discrimination.

The demands which are placed on legal protection within the area of awarding certain public contracts are regulated by two, in important points conflictive directives of the EU on legal remedies: Directive 89/665/EEC, which is related to legal protection in the so called classic sector and by Directive 92/13/EEC which is related to the legal protection in the services sector.

The aforementioned with directives set certain demands which the member states must satisfy during the regulation of legal protection in their national legislative.

The Croatian system of legal remedies is not unique in the questions of legal protection in procedures of awarding public contracts. That is, the system of legal protection in the procedure of public procurement is different from legal protection in the procedure of awarding contracts of concession and contracts of public-private partnership.

Court control of public administration is recognisable as the fundamental element of the rule of law. However, there exists significant room for improvement of legal, and in particular, court protection in the Republic of Croatia for breach of law during awarding public contracts.

Key words: *market competition, public procurement, concessions, public-private partnership, legal protection, harmonisation of the law*