



Javne nabavke

Formiranje komisija za žalbe u postupcima javnih nabavki

SADRŽAJ

- [Značaj sistema za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki](#)
- [Glavni institucionalni modeli](#)
- [Ključni zahtjevi specijalizirane komisije za zaštitu prava](#)
- [Upravne žalbe komisiji za zaštitu prava](#)
- [Status i nezavisnost specijalizirane komisije za zaštitu prava](#)
- [Ostala važna praktična pitanja](#)
- [Dodatne informacije](#)

Odobrila za objavljivanje Karen Hill, rukovoditeljica programa SIGMA

Značaj sistema za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki

Glavni cilj sistema za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki jeste praktična primjena zakona o javnim nabavkama tako što će se ispraviti kršenja ovog zakona i namjernih i nenamjernih grešaka naručilaca. Sistem zaštite prava koji dobro funkcionira je u interesu svih zainteresovanih strana – kako privrednih subjekata i naručilaca tako i cjelokupne javnosti.

Sistem zaštite prava država članica je uspostavljen i razvijen na osnovu posebnih zahtjeva iz direktiva o zaštiti prava,¹ Ugovora² i sudske prakse Suda pravde Evropske unije (SPEU).

Sistem zaštite prava treba da pruži oštećenim ponuđačima i kandidatima pravnu zaštitu, koja mora da bude:

- brza
- efikasna
- transparentna
- nediskriminatorna.

Iako se direktive o zaštiti prava odnose na države članice, zemlje kandidatkinje za pristupanje Evropskoj uniji i neke zemlje partneri Evropske unije razvijaju nove zdrave i efikasne sisteme pravne zaštite koji se zasnivaju na općim načelima koji su dati u direktivama o zaštiti prava. Cilj ovog Informativnog dokumenta jeste da pruži opće smjernice – naročito kreatorima politika u tim zemljama – o jednom od najvažnijih elemenata koji treba uzeti u obzir u razvoju i provođenju sistema pravne zaštite u postupcima javnih nabavki: formiranje komisije (ili komisija) za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki.

Ovaj Informativni dokument najprije daje opis glavnih institucionalnih modela Evropske unije, bez pokušavanja da procjenjuje njihove prednosti/mane ili da preporučuje bilo koje institucionalne aranžmane. U dokumentu se zatim naglašavaju ključni zahtjevi koji su dati u direktivama o zaštiti prava i sudskoj praksi Suda pravde Evropske unije za „specijalizirane“ komisije za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki. Posljednji dijelovi ovog Informativnog dokumenta se prije svega bave aspektima dobre prakse, kao što su načini da se osigura nezavisnost komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki i da se riješe druga važna pitanja pri formiranju komisije za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki.

Glavni institucionalni modeli

Postoji mnogo različitih modela za uspostavljanje institucionalnog okvira pravne zaštite u postupcima javnih nabavki, kao i različiti pristupi primjeni u državama članicama.³ Ova

¹ Direktiva Vijeća 89/665/EEZ od 21. decembra 1989. godine o usklađivanju zakona, propisa i upravnih odredbi koji se odnose na primjenu postupaka zaštite prava kod dodjele ugovora o javnim nabavkama i javnim radovima, 21. decembar 1989. godine; Direktiva 92/13/EEZ o usklađivanju zakona i drugih propisa o primjeni pravila Zajednice u postupcima nabavke subjekata koji djeluju u sektoru vodoprivrede, energetskom, saobraćajnom i telekomunikacijskom sektoru, 25. februar 1992. godine; Direktiva 2007/66/EZ o izmjenama i dopunama Direktive Vijeća 89/665/EEZ i 92/13/EEZ u pogledu poboljšanja efikasnosti postupka zaštite prava u vezi sa dodjelom ugovora o javnim nabavkama, 11. decembar 2007. godine.

² Ugovor o funkcioniranju Evropske unije – prečišćena verzija Ugovora o funkcioniranju Evropske unije, *Službeni list Evropske unije*, C 326, 26. oktobar 2012. godine. U Informativnom dokumentu o javnim nabavkama Ugovor o funkcioniranju Evropske unije naziva se i „UOEU“ ili „Ugovor“.

³ Informacije u ovom Informativnom dokumentu o glavnim institucionalnim modelima izvučene su iz SIGMA dokumenta br. 41 (2007) *Sistemi zaštite prava u oblasti javnih nabavki u Evropskoj uniji (Public Procurement Review and Remedies Systems in the European Union)*, koji još nije ažuriran. Za najnovije informacije, vidjeti i: [Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts - Final](#)

raznolikost postoji uslijed različitosti nacionalnih pravnih tradicija. Stoga je teško tvrditi da je jedan model bolji od drugog. Kako sve države članice uživaju institucionalnu autonomiju, svaka slobodno može da bira opciju koja joj najviše odgovara za osiguravanje preispitivanja odluka o ugovorima o javnim nabavkama. Od država članica se ne traži da mijenjaju svoju institucionalnu strukturu kako bi provele, primijenile ili izvršile zakone Evropske unije, ali mogu da iskoriste nacionalne kanale i mehanizme koji već postoje, pod uslovom da su oni u skladu sa zakonima Evropske unije. U isto vrijeme, ništa ne ometa državu članicu da oformi nove, specijalizirane administrativne komisije koje će imati ovlaštenja da pružaju pravnu zaštitu u postupcima javnih nabavki.

Sve dok države članice osiguravaju efikasno preispitivanje postupaka u dodjeli ugovora o javnim nabavkama, mogu slobodno povjeriti funkcije pružanja pravne pomoći u postupcima javnih nabavki bilo kojem od sljedećih organa:

- redovnim sudovima;
- specijaliziranim upravnim tijelima; ili
- kombinaciji ova dva.

Direktivama o zaštiti prava predviđeno je da se žalbe mogu podnijeti „posebnim tijelima nadležnim za različite aspekte ovog postupka“. U većini zemalja članica, odabrani model predstavlja kombinaciju različitih tijela za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki koje su nadležne za različite aspekte zaštite prava. Na primjer, uobičajeno je da zahtjeve za naknadu štete razmatraju redovni sudovi. Međutim, u nekim nadležnostima, specijalizirana komisija za zaštitu prava može da preispituje žalbe bez odlučivanja o naknadi štete, ukoliko se traži naknada štete. Često, uslov ugovora je tačka u kojoj su dva dijela u takvom sistemu odvojena.

Za **redovne sudove**, direktive o zaštiti prava ne zahtijevaju zaštitu prava pred civilnim ili upravnim sudovima. Prema proceduralnim pravilima svake zemlje, može biti predviđena bilo koja opcija ili obje.

U Austriji, Belgiji, Francuskoj, Irskoj, Litvaniji, Holandiji, Portugalu, Švedskoj i Ujedinjenom Kraljevstvu preispitivanje odluka o javnim nabavkama je u isključivoj nadležnosti redovnih sudova.

Belgija pravi jasnu razliku između ugovora pokrivenih Direktivom 2004/18/EZ i ugovora pokrivenih Direktivom 2004/17/EZ. Belgijski upravni sudovi se bave sporovima u oblasti javnih nabavki kada je riječ o prvoj kategoriji ugovora, a civilni sudovi rješavaju u sporovima koji uključuju ugovore druge kategorije.

U ostalim državama članicama, nadležnost zavisi od (privatne ili upravne) prirode određenog ugovora. Francuska je primjer gdje su i civilni i upravni sudovi uključeni u proces zaštite prava: civilni sudovi preispituju odluke o javnim nabavkama privatnih komunalnih preduzeća.⁴

Značajna razlika između različitih modela tiče se stepena prvostepene komisije za zaštitu prava. Prvi stepen se u nekim slučajevima odnosi na upravne sudove najnižeg stepena ili u drugim slučajevima na viši nivo nadležnosti. Prvostepeni nivo ima uticaja na visinu troškova, brzinu i dostupnost u odnosu na strane u sporu. Postupci u sudu višeg stepena mogu da budu skupi, dugotrajni i geografski udaljeni od mjesta provođenja ugovora o javnoj nabavci. Ovi faktori mogu da odvrate ponuđače da podnesu žalbu. Suprotno tome, postupci pred nižim sudovima mogu da budu jeftiniji, brži i bliži regionu u kojem se provodi ugovor o javnoj nabavci; s druge strane, komisiji može nedostajati iskustvo i stručnost.

[Study Country Fiches \[Ekonomska efikasnost i pravna efektivnost postupaka zaštite prava u vezi sa ugovorima o javnim nabavkama – finalni pregledi po zemljama\] \(MARKT/2013/072/C\).](#)

⁴ Ilustrativni primjeri koji se koriste u ovom Informativnom dokumentu pravnih pozicija i praksi država članica izvučeni su iz dokumenta SIGMA br. 41 (vidjeti fusnotu 3 gore).

Specijalizirane komisije za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki postoje u oko polovini svih država članica. Ove komisije su obično nesudske ili kvazisudske prirode (naime, slično sudovima u značenju člana 267. Ugovora o funkcioniranju Evropske unije) i imaju funkciju prvostepene komisije za zaštitu prava. Uz neke izuzetke, odluke specijalizirane komisije za zaštitu prava su obavezujuće iako se mogu osporiti pred civilnim i upravnim sudovima, koji mogu da ponište ili izmijene odluku u drugom stepenu.

U mnogim državama članicama drugi stepen je posljednja instanca, ali jedan broj država članica ima treće stepene preispitivanja sudskih odluka, npr. Estonija, Letonija, Litvanija, Holandija, Slovačka, Švedska i Ujedinjeno Kraljevstvo.

Nekoliko važnih prednosti preporučuje formiranje specijaliziranih komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki, naročito u zemljama kandidatkinjama i potencijalnim kandidatkinjama, kao i u svim drugim zemljama koje su zainteresovane za primjenu efikasnog sistema zaštite prava:

- Postupak je obično jednostavniji i brži nego što je slučaj pred redovnim sudovima. Ove karakteristike osiguravaju uslove za bolje ispunjenje kriterija „brzine“, koji mora da bude posebna odlika sistema zaštite prava.
- Članovi specijalizirane komisije za zaštitu prava bave se isključivo javnim nabavkama. Stoga, oni imaju mogućnost da se specijaliziraju veoma brzo i da se upoznaju sa dodjelom ugovora i drugim povezanim pitanjima.
- Troškovi podnošenja žalbe specijaliziranoj komisiji za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki su često niži od troškova zaštite prava pred redovnim sudom, zbog trajanja postupka i potrebe pravnog zastupanja pred redovnim sudovima.

Ključni zahtjevi specijalizirane komisije za zaštitu prava

Iako specijalizirana komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki nije sudski organ, ona može imati sudski karakter.

Sudski karakter: U sudskoj praksi Suda pravde Evropske unije⁵ utvrđeni su glavni zahtjevi osnova na kojem komisija nadležna za pružanje zaštite prava treba da se uzme u obzir u smislu toga da ima sudski (ili kvazisudski) karakter. Sud pravde Evropske unije uzima u obzir mnogo faktora, uključujući i to da li je ta komisija formirana po zakonu i da li je stalna, kao i da li je njena nadležnost obavezna, da li se postupak vodi između strana (*inter partes*), da li primjenjuje odredbe zakona i da li je nezavisna.

- **Komisija je osnovana u skladu sa zakonom.** U mnogim zemljama članicama, osnivanje komisije za zaštitu prava je predviđeno posebnim odjeljkom zakona o javnim nabavkama. Poseban zakon kojim se pokriva samo institucionalni aspekt može biti dobro rješenje. Zakonske odredbe mogu da reguliraju razne aspekte kojima se osigurava funkcionalnost komisije, uključujući, na primjer, odredbe koje se odnose na nadležnosti komisije za zaštitu prava, imenovanje i razrješenje njenih članova, kvalifikacije koje članovi komisije za zaštitu prava moraju imati, odredbe o sukobu interesa, predodređen sistem za raspodjelu predmeta i proceduralni zahtjevi.
- **Komisija za zaštitu prava je stalna.** Komisija se ne osniva *ad hoc*. Njeni članovi su na funkciji određeno vrijeme i bave se predmetima prema prethodno određenom sistemu raspodjele.

⁵ Jedan od najrelevantnijih predmeta pred Sudom pravde Evropske unije je C-54/96, *Dorsch Consult GmbH v. Bundesbaugesellschaft Berlin*. Vidjeti i C-203/14 *Consorti Sanitari del Maresme v Corporacio de Salut del Maresmei la Selva* za skorije razmatranje ovog pitanja.

- **Nadležnost komisije za zaštitu prava je obavezna.** Sve odluke koje donese komisija za zaštitu prava su izvršne. Naročito, komisija ima ovlaštenja da:
 - uvodi privremene mjere, sa ciljem ispravljanja kršenja ili sprečavanja dalje štete. Ove privremene mjere uključuju mjere prekida ili mjere koje vode ka prekidu tenderskog postupka ili provođenju bilo koje odluke naručioca;
 - poništi ili učini da se svaka odluka koja je donesena protivzakonito poništi. Ovo poništavanje uključuje uklanjanje diskriminatornih tehničkih, ekonomskih ili finansijskih specifikacija u pozivu za podnošenje ponuda ili tenderskoj dokumentaciji.

Ovlaštenje za dodjelu naknade štete nije obavezan uslov i preporučuje se da se ovo ovlaštenje da višim sudovima.

Izuzetak se može primijetiti u **Danskoj**, gdje je Odbor za žalbe ovlašten da dodjeljuje naknade štete. Međutim, treba napomenuti da je broj žalbi u Danskoj veoma mali, tako da količina posla ne utiče na uslov da se osigura brzina i zaštita prava. Dodjela odštete zavisi od prethodne odluke o materiji predmeta, odnosno o odluci kojom se potvrđuje opravdanost prigovora na kršenje propisa iz oblasti javnih nabavki. O zahtjevima za naknadu štete se rješava u skladu sa općim načelima danskog zakona. U zavisnosti od okolnosti predmeta, iznos odštete može dogovarati troškovima učešća u tenderskom postupku ili izgubljene dobiti.

- **Postupak pred komisijom za zaštitu prava je postupak između strana (*inter partes*).** Opća akuzatorna pravila se moraju primijeniti u svim predmetima. Svim zainteresovanim stranama se daje adekvatna šansa da predstavljaju činjenice i dokaze, i svaka strana treba da ima pravo da odgovori ili da dovede u pitanje sve dokaze i argumente koje predstavi druga strana. Usmene rasprave pružaju bolju priliku da obje strane razmotre poziciju druge strane, ali je prihvatljiva alternativa dozvoliti stranama da dostave pismene izjave tokom postupka zaštite prava. Objе strane moraju da imaju pristup evidenciji postupka koji se vodi povodom zaštite prava, sa izuzetkom pristupa povjerljivim informacijama.

U načelu, rasprave koje vodi **Odbor za javne nabavke Mađarske** održavaju se na otvorenim sjednicama, ali Odbor može da donese odluku o vođenju postupka *in camera* ako je to potrebno radi zaštite poslovnih, profesionalnih ili državnih tajni. Uz neke izuzetke koji se obično tiču zaštite poslovnih tajni, pristup tenderskoj dokumentaciji je garantovan svim stranama u postupku.

- **Komisija za zaštitu prava primjenjuje principe vladavine prava.** Kada donosi odluke, komisija za zaštitu prava mora da primjenjuje odredbe kojima je regulirana dodjela ugovora o javnim nabavkama, koje su predviđene u relevantnim direktivama o javnim nabavkama i u nacionalnom zakonodavstvu koje je usvojeno, čime su ove direktive transponovane u nacionalne zakone. Ovaj uslov je blisko povezan sa prvim uslovom (komisija je osnovana u skladu sa zakonom) jer bi jaka argumentacija za to da komisija ispunjava ovaj uslov mogla da bude činjenica da su opća proceduralna pravila kojima se osigurava funkcionalnost ove komisije same predviđene zakonom.
- **Komisija za zaštitu prava je nezavisna.** Ovaj zahtjev pokriva mnogo aspekata – institucionalnih i finansijskih – ali je glavni princip da komisija za zaštitu prava izvršava svoj zadatak nezavisno i sama snosi odgovornost, i da njeni članovi samo moraju da poštuju zakon (više pojedinosti je dato u sljedećem odjeljku ovog Informativnog dokumenta).

Nesudski karakter: U slučajevima gdje komisije nadležne za postupke zaštite prava nisu sudskog karaktera, te komisije mogu da preispitaju dodjele ugovora o javnim nabavkama u prvom stepenu, ali Direktive o zaštiti prava predviđaju i neke zaštitne mjere:

- Kada komisije nadležne za postupke zaštite prava nisu sudskog karaktera, uvijek se moraju dati razlozi za njihove odluke napismeno.
- Odluke koje donesu komisije koje nemaju sudski karakter moraju podlijegati sudskom preispitivanju ili preispitivanju od strane drugog tijela, koje je sud ili tribunal u okviru značenja člana 267. Ugovora o funkcioniranju Evropske unije nezavisan i od naručioca i od komisije za zaštitu prava. Takvo nezavisno tijelo mora da zadovolji određene zahtjeve iz drugog podstava člana 2(8) Direktive 89/665/EEZ6. Suštinski, ono mora da zadovolji svih šest zahtjeva koji su gore navedeni.

Sistem zaštite prava u postupcima javnih nabavki na **Kipru** može se podijeliti u tri segmenta: žalba koja se podnosi naručiocu, nesudsko preispitivanje koje vodi **Uprava za zaštitu prava**, i sudsko preispitivanje koje vodi Vrhovni sud Kipra. Uprava za zaštitu prava je osnovana sa ovlaštenjem da preispita sve odluke koje naručioci donesu prije zaključivanja nekog ugovora o javnoj nabavci, a u pogledu navodne povrede zakona. Stoga je to posebna komisija nadležna za preispitivanje odluka u oblasti javnih nabavki koja postupuje nezavisno od Vlade Kipra. Ipak, članovi ove komisije ne uživaju status sličan onom koji imaju sudije. Uprava za zaštitu prava ima pet članova, uključujući predsjednika. Svako lice koje je oštećeno odlukom Uprave za zaštitu prava ili odlukom koju ugovorni organ donese prije ili nakon zaključivanja ugovora, iste može osporiti pred Vrhovnim sudom Kipra. Članovi i predsjednik Vrhovnog suda su sudije, a njihov status je reguliran Ustavom Kipra.

Pravila po Sporazumu o vladinim nabavkama: Osnovni zahtjevi za postupke zaštite prava u postupcima javnih nabavki ustanovljeni su Sporazumom o vladinim nabavkama (GPA) Svjetske trgovinske organizacije (STO) iz 1994. godine, koji je revidiran u februaru 2014. godine, kao i Modelom zakona Komisije Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo (UNCITRAL), koji je ažuriran 2011. godine. Ovi osnovni pokazatelji funkcije postavili su osnovu na kojoj vlade mogu da grade institucije za zaštitu prava i preispitivanje odluka kako bi zadovoljile javni interes efikasnim trošenjem javnih fondova i istovremeno radi zaštite interesa privatnih aktera koji učestvuju u postupku dodjele ugovora.

Korisno je istaći da Sporazum o vladinim nabavkama sadrži principe u pogledu komisija za zaštitu prava slične onima koji su predviđeni propisima Evropske unije. Tačno je da je sudska praksa Suda pravde Evropske unije nudi mnogo više pojedinosti o tumačenju općih načela koja se primjenjuju u specifičnim okolnostima, ali su sličnosti između Evropske unije i Svjetske trgovinske organizacije o tome kako pristupiti pitanju komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki vrijednih spomena kao primjer dobre prakse koji je priznat kao takav na međunarodnom nivou.

Prema Sporazumu o vladinim nabavkama, dobavljač mora da ima pravo da se žali na odluku „nepriistrasnom upravnom ili sudskom organu koji je nezavisan od naručioca čija je nabavka predmet osporavanja“ i „tijelo za zaštitu prava koje nije sud donijet će svoju odluku na osnovu sudskog preispitivanja ili će uspostaviti postupke kojima se osigurava da:

- (a) naručilac pisanim putem odgovori na osporavanje tijelu za zaštitu prava i objelodani sve relevantne dokumente;
- (b) učesnici u postupku (u daljem tekstu: „učesnici“) imaju pravo da budu saslušani prije nego što tijelo za zaštitu prava donese odluku o osporavanju;
- (c) učesnici imaju pravo na zastupnika ili pratioca;

⁶ Član 2. stav (8) Direktive 89/665/EEZ: „Članovi takvog nezavisnog tijela imenuju se i razrješavaju dužnosti pod istim uslovima koji važe za pripadnike pravosuđa u smislu njihovog imenovanja, trajanja mandata i razrješavanja. Pritom, bar predsjednik ovakvog nezavisnog tijela mora imati profesionalne kvalifikacije koje imaju i pripadnici pravosuđa. Nezavisno tijelo donosi svoje odluke po postupku u kome se saslušavaju obje strane i te odluke su, na način na koji to odredi država članica, pravno obavezujuće.“

- (d) učesnici imaju pristup svim postupcima;
- (e) učesnici imaju pravo da zatraže da postupci budu javni da imaju pravo na pozivanje svjedoka; i
- (f) tijelo za zaštitu prava donese svoje odluke ili preporuke pravovremeno i pisanim putem i da priloži objašnjenje osnova za svaku odluku ili preporuku.⁷

Upravne žalbe naručiocu

Zakonodavstvo u nekim državama članicama predviđa obavezu ili mogućnost:

- podnošenja prethodne upravne žalbe naručiocu koji je navodno prekršio zakon o javnim nabavkama; ili
- obavještavanja naručioca o namjeri da se traži preispitivanje.

Obje ove obaveze su opcione, u skladu sa direktivama o zaštiti prava.

Mogućnost podnošenja prigovora direktno naručiocu može da ima određene prednosti, posebno u slučajevima kada spor proističe iz nenamjerne i očigledne greške, a ne iz namjerne povrede zakona o javnim nabavkama. Ponuđač može da izbjegne sukob sa naručiocem, jer naručilac ima priliku da ispravi svoju grešku. Ovo rješenje može da bude najbrži način ispravljanja kršenja i ono pruža mogućnost izbjegavanja troškova koji su uključeni u postupku preispitivanja.

Iako bi ovakvo pravilo moglo biti korisno u praksi, **prethodna žalba naručiocu se ne smatra prvom fazom procesa preispitivanja**, u skladu sa direktivama o zaštiti prava.

Mana je to što čekanje da naručilac odluči o žalbi može dugo da traje i što može da produži cjelokupni postupak preispitivanja. Međutim, u slučaju da je prethodno obavještenje upućeno naručiocu istovremeno sa podnošenjem žalbe komisiji za zaštitu prava, ne postoji obaveza da se sačeka odluka naručioca. To je jedan od razloga zašto neke države članice zahtijevaju od privrednih subjekata koji traže kvazisudsko ili sudsko preispitivanje da pošalju kopiju svoje žalbe ili tužbe samo naručiocu. Ovaj postupak daje samom naručiocu mogućnost da ispravi kršenje prije otpočinjanja postupka preispitivanja.

Status i nezavisnost specijalizirane komisije za zaštitu prava

Jedan zahtjev iz direktiva o zaštiti prava, što također predstavlja stvar najbolje međunarodne prakse, jeste nezavisnost komisije za zaštitu prava. Ovaj zahtjev se može smatrati osnovom za osiguravanje vjerodostojnih rezultata u postupcima zaštite prava protiv odluka javnih nabavki.

Pitanja koja se odnose na ovu nezavisnost treba uputiti na dva nivoa:

- nezavisnost komisije za zaštitu prava kao institucije;
- nezavisnost članova komisije za zaštitu prava.

Što se tiče **nezavisnosti institucije**, bez obzira da li specijalizirana komisija za zaštitu prava ima nezavisan pravni status, komisija za zaštitu prava mora da bude (1) nezavisna od strana u postupcima javnih nabavki – naručilaca i privrednih subjekata; i (2) funkcionalno nezavisna od organa vlasti.

Čak i ako je komisija za zaštitu prava tehnički nezavisna od naručilaca, ona je ipak dio državnog aparata, i kao rezultat toga će uvijek postojati zabrinutost da nije potpuno nezavisna od organa vlasti. Nemogućnost garantovanja takve nezavisnosti u postupanju bi dovela do nedostatka

⁷ Sporazum o državnim nabavkama Svjetske trgovinske organizacije (STO) iz 2014. godine, član XVII – Domaći postupci preispitivanja.

kredibiliteta, što bi imalo ozbiljne posljedice za sistem javnih nabavki u cjelini i za opipljive koristi koje jedan funkcionalni sistem treba da pruži. Ukoliko komisija za zaštitu prava ne može da provede propise o javnim nabavkama protiv prekršilaca u postupku, ili čak ako se smatralo da to nije bila u stanju da uradi, oštećeni ponuđači ne bi imali nikakvu korist od podnošenja žalbi, tako da se time ne bi ispravilo kršenje propisa.

Iz tih razloga, status komisije za zaštitu prava je također povezan sa mjestom komisije u hijerarhiji organa vlasti. Sve dok je komisija za zaštitu prava pod nadzorom ministra, teško je da se pokaže stvarna nezavisnost ove institucije i njenih zaposlenih, koji moraju da budu zaštićeni od nepotrebnog političkog uplitanja. Čak i ako su veze sa ministarstvom ograničene samo na administrativna pitanja, neizbježna posljedica ove veze jeste da bi ponuđači mogli da imaju percepciju da je komisija za zaštitu prava ostala dio hijerarhije i da se na njenu nezavisnost i neutralnost može uticati u bilo kom trenutku. Funkcija zaštite prava i preispitivanja pretpostavlja mandat institucije da donese kvazisudsku odluku (uključujući dodjelu naknade) protiv organa vlasti. Otvoreno je pitanje da li bi ministarstvo imalo mandat i/ili kredibilitet da donosi takve odluke.

Prema tome, najbolje rješenje je vjerovatno da se oformi komisija za zaštitu prava izvan ministarstva, prvenstveno kao posebna institucija. U svakom slučaju – čak i ako nije moguće osigurati „apsolutnu“ nezavisnost – to da komisija za zaštitu prava bude izvan svake hijerarhijske pozicije u okviru državnog aparata, služilo bi uglavnom kao sredstvo očuvanja njene nezavisnosti i neutralnosti⁸.

U principu, moderni sistemi državne uprave zahtijevaju podjelu vlasti unutar uprave kako bi se garantovala odgovornost, kao i pravovremeno i ispravno postupanje. Oni koji su odgovorni za kreiranje politike, tumačenje, primjenu i pružanje savjeta, dakle, nisu isti oni koji su odgovorni za provođenje (uključujući funkciju razmatranja i prava na žalbu). Uz vrlo malo izuzetaka, u svim državama članicama gdje su formirane specijalizirane komisije za zaštitu prava, te institucije imaju jasnu i isključivu odgovornost da osiguraju zaštitu prava. Veoma je važno da se osigura podjela vlasti i nadležnosti u sistemu javnih nabavki da bi se izbjegao bilo kakav sukob interesa i da bi se stvorilo povjerenje u sistem.

U mnogim zemljama koje su počele da grade nove sisteme javnih nabavki, u prvoj fazi su regulatornom tijelu (upravi/agenciji/organu za javne nabavke) data i ovlaštenja komisije za zaštitu prava za odluke o javnim nabavkama.

Ako je regulatorno tijelo zaduženo, u skladu sa zakonom, da daje savjete naručiocima, može ponekad biti suočeno sa vlastitim savjetima. Ovakva situacija bi bila još komplikovanija ako bi to tijelo bilo uključeno u *ex ante* kontrolu svih ili djela procesa javne nabavke. Posljedica je da bi regulatorno tijelo bilo u stanju da riješi žalbe u slučajevima gdje je uprava/agencija za javne nabavke već prihvatila (ili čak nametnula) navodno pogrešnu odluku.

Ista nekompatibilnost se može primijetiti u slučajevima gdje je komisija za zaštitu prava direktno uključena u poslove javne nabavke, na primjer kada joj je dodijeljeno, između ostalih zadataka, da postupa kao organ za centralizirane javne nabavke.

U takvim slučajevima, institucija postaje *regulator*, *regulirani*, *kontrolor* i *sudija*, a potencijalni sukob interesa i zloupotreba gotovo su neizbježni. Ovakvi modaliteti nisu u skladu sa zahtjevom nezavisnosti komisije za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki, a mnoge zemlje su promijenile svoj institucionalni okvir u tekućem procesu reformisanja sistema javnih nabavki.

Posebnu pažnju treba obratiti na finansiranje institucija. Specijalizirana komisija za zaštitu prava mora da bude finansijski nezavisna, sa vlastitim budžetom. Adekvatno finansiranje je

⁸ Vidjeti predmet Suda pravde Evropske unije C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias&Akarnanias (Syfait)* i ostali v. GlaxoSmithKline, naročito stavove 30 i 31.

neophodno kako bi se garantovala nezavisnost i osiguralo odgovarajuće osoblje (uključujući i administrativno pomoćno osoblje) i drugi resursi radi pružanja usluga na potrebnom nivou kvaliteta. Najbolje rješenje je da se osigura finansiranje putem pravnog/regulatornog okvira. Ako je finansiranje neadekvatno ili čak u slučaju kada je finansiranje adekvatno, ali zavisi od administrativnih odluka i može se lako mijenjati, komisija za zaštitu prava neće imati stvarnu nezavisnost da ispuni svoje obaveze.

Komisiji za zaštitu prava mora da se osigura dovoljna infrastruktura (odnosno, kancelarijski prostor, informaciona i tehnička komunikaciona oprema, baze podataka i obuka) da bi uspješno obavljala svoj posao.

Što se tiče nezavisnosti članova **specijalizirane komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki**, ta nezavisnost je bitan uslov da se prikaže nezavisni status komisije za zaštitu prava.

Jedan od najvažnijih aspekata je skup pravila kojima se reguliraju postupci imenovanja i razrješenja. Mogućnost poništavanja imenovanja članova, prije isteka njihovog mandata, mora da se ograniči na samo nekoliko specifičnih okolnosti koje su vrlo dobro definirane zakonom. Lice/institucija koja zvanično imenuje članove komisije za zaštitu prava treba u isto vrijeme da ima mandat da ih razrješava (ali samo u posebnim slučajevima koji su predviđeni zakonom). Što je lice/institucija koja ima zakonski mandat da imenuje/razrješava članove komisije za zaštitu prava nezavisnije, bit će sigurniji njihov položaj, a time i njihova nezavisnost.

Austrija

Nezavisnost sudija u upravnim postupcima (stalni članovi – *Senatsvorsitzende*) je garantovana ustavnim zakonom. Stalne članove imenuje **savezni predsjednik Austrije**, a predsjednik i njegov zamjenik se doživotno imenuju na te funkcije.

Postoje zahtjevi koji se odnose na profesionalne kvalifikacije za imenovanje (posebna znanja o javnim nabavkama i pravno iskustvo). Predsjedavajući, zamjenik i stalni članovi moraju da budu kvalifikovani pravници sa najmanje pet godina profesionalnog iskustva u primjeni prava ili u oblasti javnih nabavki.

Slovenija

Nacionalna komisija za zaštitu prava u Sloveniji je specijalizirano, nezavisno i autonomno državno tijelo za preispitivanje postupaka dodjele ugovora o javnim nabavkama kako je to predviđeno Zakonom o zaštiti prava u postupcima javnih nabavki. Predsjednika i četiri člana Nacionalne komisije za zaštitu prava Slovenije imenuje Narodna skupština (*Državni zbor*), na prijedlog Komisije za mandate i izbore, na period od pet godina uz mogućnost reizbora.

Predsjednik i dva člana moraju da imaju diplomu pravnog fakulteta i stručni stepen koji ih kvalifikuje za prijem u Advokatsku komoru. Druga dva člana moraju da imaju završen ekonomski ili neki tehnički fakultet.

U svakom slučaju, članovi komisije za zaštitu prava moraju biti zaštićeni zakonom od bilo kakvog miješanja ili čak pritiska koji može biti vršen na izvršnom i/ili političkom nivou. Članovi komisije za zaštitu prava moraju da obavljaju svoje funkcije potpuno nezavisno, i svaka instrukcija koju dobiju u obavljanju dužnosti u ime drugog lica mora biti zabranjena zakonom.

Nezavisnost članova komisije za zaštitu prava je preduslov za osiguravanje njihove nepristrasnosti, što je osnovni princip svih sudskih, kvazisudskih i upravnih institucija. Međutim, na ovu nepristrasnost mogu uticati sukobi interesa koji se ne mogu izbjeći i koji mogu nastati prirodno, bez ičije krivice. Iz tog razloga, zakon ili barem propisi moraju da osiguraju pravila o otkrivanju i objelodanjivanju sukoba interesa i predlažu mjere koje se mogu preduzeti da bi se oni izbjegli ili ublažili. Članovi komisije za zaštitu prava treba da budu isključeni iz učešća u postupku preispitivanja kad god imaju privatni interes u odluci. Na primjer, spor se može ticati člana lično ili član može da bude rođak lica koje je jedna od strana u sporu. U tom slučaju, u redu je da član zadrži svoj položaj, ali da se uzdrže od učešća u bilo

kom procesu odlučivanja o pitanjima koja se tiču njega. To se može preduzeti suzdržavanjem od glasanja, povlačenjem iz diskusije o datom prijedlogu i odbijanjem da primi bilo koje dokumente ili druge informacije vezane za taj predmet.

Kao opće pravilo, članovima komisije za zaštitu prava treba da bude zabranjeno da:

- obavljaju komercijalne aktivnosti, uključujući konsultantske aktivnosti, neposredno ili putem posrednika;
- budu članovi ekonomske interesne grupe;
- budu članovi političke stranke i obavljaju ili učestvuju u političkim aktivnostima;
- vrše bilo kakvu javnu ili privatnu funkciju, osim aktivnosti u nastavi, naučnom istraživanju i/ili književnom i umjetničkom stvaralaštvu.

Finansijska sigurnost je još jedan aspekt koji se mora pažljivo tretirati kada se raspravlja o nezavisnosti članova komisije za zaštitu prava. Lica na takvim pozicijama bi mogla biti izložena u bilo koje vrijeme finansijskim ili drugim vrstama iskušenja i ona moraju biti u stanju da izdrže takva iskušenja. U onim zemljama u kojima je nivo plata u javnom sektoru generalno niži, preporučljivo je da se nađe zakonsko rješenje za primjenu posebnih šema plata kako bi se osigurao razuman finansijski status za članove komisije za zaštitu prava.

Rumunija

Članovi Nacionalnog vijeća za rješavanje žalbi u Rumuniji su državni službenici koji uživaju poseban status (nezavisnost, postupak odabira i imenovanja, nespojivosti i zabrane obavljanja više dužnosti, plate) i imaju iskustva s oblašću javnih nabavki. Članovi Vijeća se biraju na konkursu, na osnovu profesionalnih sposobnosti i reputacije, a formalno ih imenuje predsjednik Vlade. Oni moraju da imaju visoku stručnu spremu i najmanje dvije godine radnog iskustva u javnim nabavkama. Najmanje polovina članova Vijeća moraju biti kvalifikovani pravnici.

Što se tiče nivoa naknade za njih, članovi Vijeća su izjednačeni sa funkcijom generalnog sekretara Vlade.

Ostala važna praktična pitanja

Nije dovoljno jednostavno opisati „na papiru“ kakvu komisiju za zaštitu prava treba uspostaviti kao ni to koja opća pravila treba primijeniti. Izvjestan broj dodatnih pojedinosti treba pažljivo uzeti u obzir. Ove pojedinosti nisu izričito predviđene u direktivama o zaštiti prava, ali imaju potencijalni uticaj na opća načela zabrane diskriminacije, efikasnosti i transparentnosti.

Što se tiče **poštovanja principa zabrane diskriminacije**, opće je shvatanje da pristup pravnoj zaštiti treba da bude otvoren za sve privredne subjekte bez diskriminacije, naročito ne na nacionalnoj osnovi.

Pored toga, princip jednakosti zahtijeva da, kada se određena pravna sredstva odnose na izvršenje pravila Evropske unije, uslovi za primjenu ovih sredstava treba da budu „ne manje povoljni“ od uslova za primjenu sličnih mjera za primjenu domaćih pravila. Pravila u vezi sa pristupom komisiji za zaštitu prava, naknada koje se plaćaju, rokova i dokaza koji se dostavljaju stoga ne smiju da dovedu do toga da ostvarivanje prava koja su predviđena po zakonu bude nemoguće ili pretjerano teško.⁹

Na primjer, troškovi u vezi sa preispitivanjem i zaštitom prava ne bi trebali da budu visoki, jer bi se visoki troškovi mogli smatrati obeshrabrivanjem ponuđača da podnose žalbe. Većina država

⁹ Vidjeti predmet Suda pravde Evropske unije C-327/00, *SantexSpAv Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*.

članica, u cilju smanjenja rizika od zloupotrebe putem lažnih tvrdnji, naplaćuje početnu naknadu za podnošenje žalbe. Međutim, naknade koje se plaćaju prvostepenim komisijama za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki su u svakom slučaju niže od onih koje se plaćaju za žalbu ili za razmatranje u tijelima posljednje instance. Naknade treba da budu proporcionalne, kako bi se smanjilo podsticanje podnošenja lažnih ili neosnovanih žalbi, a da to istovremeno ne bude obeshrabrujuće u smislu podnošenja opravdanih žalbi i da ne ograniči pristupačnost malim i srednjim preduzećima postupcima preispitivanja i zaštite prava.

Prirodno je da se zakonski predvide najvažniji elementi koji treba da budu uključeni u žalbu ili koji treba da se nalaze u prilogu žalbe. Međutim, ne bi trebalo da su zahtjevi u pogledu dokaza pretjerani ili da ih je nemoguće ispuniti. Može se desiti da privredni subjekti nekada ne dostave određene dokumente/informacije ili da tačno ispoštuju traženi format za neka dokumenta. U takvim slučajevima, preporučljivo je da se tim privrednim subjektima omogući da upotpune dokumentaciju.

Što se tiče **poštovanja principa efikasnosti**, pravna sredstva treba da pruže dovoljno moći (formalnih ovlaštenja) kako bi se osiguralo poštovanje propisa o javnim nabavkama, a postupak preispitivanja mora biti što je brži mogući. Da bi se postigao ovaj cilj, preduslov je da komisija za zaštitu prava bude operativna. Organizacija komisije za zaštitu prava, njeno finansiranje, osoblje i ovlaštenja u obavljanju svoje dužnosti treba da budu dovoljni i u skladu sa nadležnostima komisije.

Jasne i detaljne norme se moraju zakonski uspostaviti ili barem na nivou primjene propisa, imajući u vidu proceduralne uslove i pravila za proces preispitivanja. Druga pitanja također treba da budu jasno regulirana, kao što su način dodjeljivanja predmeta članovima komisije za zaštitu prava (nasumična raspodjela je vjerovatno najbolji izbor tamo gdje korupcija predstavlja ozbiljnu prijetnju), kako izbjeći sukob interesa, kao i koje su potrebne kvalifikacije da bi se postao član komisije (stručna sprema, iskustvo, znanje i druge posebne vještine). Važno je da se osigura pravna sigurnost u smislu da cijela komisija za zaštitu prava treba da odluči o predmetima ili će se osnovati vijeće za donošenje odluka. Ako se radije odabere druga opcija, treba navesti broj članova svakog vijeća.

Treba usvojiti proceduralna pravila kako bi se osigurala brzina postupka, na primjer propisivanjem maksimalnih rokova za odluke komisije za zaštitu prava.

Sve gore spomenute norme koriste ne samo uspostavljanju operativne komisije za zaštitu prava, već su i u interesu svih zainteresovanih strana – kako naručilaca tako i privrednih subjekata. U ovim normama su jasno navedena pravila i šta se može očekivati tokom postupka preispitivanja.

Kapaciteti komisije za zaštitu prava moraju biti adekvatni kako bi komisija mogla da postupa po očekivanom broju žalbi, a vremenom ovi kapaciteti moraju biti ojačani u skladu sa ukupnim razvojem čitavog sistema. Što se tiče ljudskih resursa naročito, administrativni kapaciteti će se odraziti na broj zaposlenih, sastav zaposlenih i njihove stručne spreme.

Ako institucije za zaštitu prava konstantno imaju nedovoljan broj zaposlenih, njihovi kapaciteti u pogledu ljudskih resursa nisu dovoljni za efikasno obavljanje njihovih funkcija. Broj članova komisije za zaštitu prava treba odrediti uzimajući u obzir nekoliko važnih činilaca, kao što su:

- okvir poslova koji su dodijeljeni komisiji za zaštitu prava, uključujući ne samo ovlaštenja, već i okvir sistema za preispitivanje;¹⁰
- broj naručilaca u zemlji;
- kultura zaštite prava, uključujući i lokalni mentalitet i tendenciju privrednih subjekata da podnose žalbe protiv odluke naručilaca;
- rokovi predviđeni zakonom za odlučivanje o sporu;
- broj članova komisije za zaštitu prava koji, u skladu sa zakonom, moraju da se bave svakim predmetom;
- podrška koja se može ponuditi članovima komisije za zaštitu prava od strane tehničkog i administrativnog osoblja institucije.

Stručne spremljene zaposlenih koji rade u komisiji za zaštitu prava su također važne, jer članovi komisije ne treba da imaju samo dobro znanje o pitanjima javne nabavke, već i da budu u stanju da ocjenjuju dokaze i pripremaju obrazložene odluke. Imenovanje lica za vršenje funkcija preispitivanja odluka u kontekstu reforme sistema javnih nabavki ne znači nužno da su oni, samom tom činjenicom, kompetentni da obavljaju te funkcije. Formiranje (novih) komisija za zaštitu prava će obično zahtijevati napor za izgradnju kapaciteta, koji bi obuhvatao intenzivne obuke, naročito na početku rada institucije, ali i u narednim godinama kroz učešće u kontinuiranom programima edukacije.

Osjetljivo pitanje je odlučiti da li komisija za zaštitu prava treba uzeti u obzir samo sadržaj žalbe i ograničiti preispitivanje isključivo na molbe koje su iznijeli privredni subjekti ili da li je trebala i da istraži šire, s obzirom na cjelokupnu dokumentaciju nabavke, kako bi se utvrdilo da li je došlo do još nekog značajnog kršenja zakona.

Ne postoje uslovi Evropske unije za **istrage po službenoj dužnosti (*ex officio*)** koje će vršiti institucija za zaštitu prava. Neke zemlje imaju takve odredbe u svojim zakonodavstvima, ali mnoge od njih namjeravaju da odustanu od ovog zahtjeva, jer rezultati ovih odredaba u praksi nisu uvijek bili pozitivni. U mnogim slučajevima, podnosioci su prenosili teret istrage na komisiju za zaštitu prava, što je dovelo do dugih i skupih procedura.

Važna vanjska podrška članovima komisije za zaštitu prava se može dati ako bi imali pristup korištenju vanjskih stručnjaka za ispitivanje tehničkih aspekata u određenom slučaju. Opće je pravilo da bi stručnjaci trebali da imaju specijalizirano znanje u određenoj oblasti, i njihov posao bi trebao da se usmjeri na pružanje objektivne pomoći komisiji za zaštitu prava u pogledu posebnih pitanja, koje su uglavnom tehničke ili finansijske prirode. I podnosiocu žalbe i naručiocu treba dozvoliti da podnesu stručno mišljenje (stručna mišljenja). Pored toga, komisija za zaštitu prava može da imenuje svog stručnjaka, koji mora da bude nepristrasan i nezavisan od strana i od bilo kog drugog uticaja. Ako se dati savjeti ne čine razumnim, komisija za zaštitu prava može da ih odbije, imenuje drugog stručnjaka ili usvoji zaključke stručnjaka strana, po potrebi.

Praktično, članovi komisije za zaštitu prava ne moraju da usvoje mišljenje stručnjaka, ali ovo mišljenje ipak može da nosi značajnu težinu prilikom donošenja odluke. Stoga ga ne treba tek tako zanemariti.

Što se tiče **poštovanja principa pravne sigurnosti i transparentnosti**, jedan od najvažnijih ciljeva komisije za zaštitu prava je da garantuje dosljednost odluka, koje bi trebalo učiniti dostupnim javnosti.

¹⁰ U najvećoj grupi država članica Evropske unije, sistem zaštite prava se primjenjuje jednako na ugovore koji su iznad i ispod pragova iz direktiva o javnim nabavkama 2004/17/EC i 2004/18/EC. Za više pojedinosti, vidjeti *Public Procurement Review and Remedies Systems in the European Union [Sistemi zaštite prava u oblasti javnih nabavki u Evropskoj uniji]* (SIGMA dokument br. 41).

Prvi uslov je da postoje jasne i transparentne procedure koje osiguravaju dosljednu primjenu zakona. Drugo, svaka strana treba da ima pravo da bude obaviještena o razvoju postupka kako bi mogla da adekvatno pripremi svoje argumente. Treće, strane treba da imaju pravo da budu obaviještene o razlozima za odluku komisije za zaštitu prava, uključujući i argumente koji određuje ocjenu dokaza i razmatranja pravnih pitanja koja su relevantna za odluku.

Objavljivanje odluka komisije za zaštitu prava na internet stranici komisije je efikasan način da se članovima pomogne u tome da se osigura veća dosljednost odluka institucije sa prethodnim odlukama u sličnim slučajevima i da se izbjegne donošenje sumnjivih odluka pri tumačenju zakona. Osim toga, to također može biti važan instrument da se podijeli stručno iskustvo komisije za zaštitu prava sa drugim ključnim akterima u sistemu. Naručioci i privredni subjekti će imati koristi od ovog odličnog načina promoviranja rješenja za različite žalbe koje je institucija riješila svojim tumačenjem različitih problema sa kojima se suočava sistem javnih nabavki.

Jednostavan pristup relevantnim podacima je neophodan za povećanje efikasnosti mehanizma „dijeljenja“ i omogućavanje brze pretrage predmeta koji ispunjavaju određene kriterije. Iz tog razloga, objavljivanje odluke u njenom sirovom obliku (npr. u PDF dokumentu) ne bi bilo dovoljno da garantuje dosljedno tumačenje i primjenu zakona. Bilo bi teško za one koji se bave javnim nabavkama da brzo nalaze rješenja za pravne probleme, što se ogleda u ovim pojedinačnim odlukama, bez čitanja svih njih.

Najbolje rješenje je da se napravi **baza podataka odluka, uključujući i pretraživanje** za pojedinačne pravne probleme kao način podrške onima koji se bave javnim nabavkama u njihovim svakodnevnim poslovima javnih nabavki i kao instrument za članove komisije za zaštitu prava u cilju donošenja dosljednih odluka. Pored toga, komisija za zaštitu prava treba da objavljuje analize najčešćih pravnih problema koji se sreću u postupcima javnih nabavki, da ukazuje na indikacije o tome kako rješavati ove probleme u praksi (npr. kvalifikacione kriterije, kriterije dodjele, korištenje tehničkih specifikacija i ponude sa nerealno niskom ponuđenom cijenom).

Dalje informacije

Publikacije

SIGMA (2007), *Public Procurement Review and Remedies Systems in the European Union* [*Sistemi zaštite prava u oblasti javnih nabavki u Evropskoj uniji*], SIGMA dokument br. 41, OECD Publishing, Paris, http://www.sigmaweb.org/publications/BSC_SP41_07.pdf

Informativni dokumenti o javnim nabavkama

<http://www.sigmaweb.org/publications/key-public-procurement-publications.htm>

SIGMA (2016), *Remedies* [*Zaštita prava*], Informativni dokument 12, OECD Publishing, Paris