



Javne nabavke

Formiranje komisija za žalbe u postupcima javnih nabavki

SADRŽAJ

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

Odobrila za objavljivanje Karen Hill, rukovodilac SIGMA programa

Značaj sistema za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki

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

Sistem zaštite prava država članica je uspostavljen i razvijen na osnovu posebnih zahteva 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 kandidat za pristupanje Evropskoj uniji i neke zemlje partneri Evropske unije razvijaju nove zdrave i efikasne sisteme pravne zaštite koji se zasnivaju na opštim načelima koji su dati u direktivama o zaštiti prava. Cilj ovog Informativnog dokumenta jeste da pruži opšte smernice – naročito kreatorima politika u tim zemljama – o jednom od najvažnijih elemenata koji treba uzeti u obzir u razvoju i sprovođenju sistema pravne zaštite u postupcima javnih nabavki: formiranje komisije (ili komisija) za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki.

Ovaj Informativni dokument najpre daje opis glavnih institucionalnih modela Evropske unije, bez pokušavanja da procenjuje njihove prednosti/mane ili da preporučuje bilo koje institucionalne aranžmane. U dokumentu se zatim naglašavaju ključni zahtevi koji su dati u direktivama o zaštiti prava i sudskoj praksi Suda pravde Evropske unije za „specijalizovane“ komisije za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki. Poslednji delovi ovog Informativnog dokumenta se pre svega bave aspektima dobre prakse, kao što su načini da se osigura nezavisnost komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki i reše 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 primeni u državama članicama.³ Ova raznolikost postoji usled različitosti nacionalnih pravnih tradicija. Stoga je teško tvrditi da je

¹ Direktiva Saveta 89/665/EEZ od 21. decembra 1989. godine o usklađivanju zakona, propisa i upravnih odredaba koji se odnose na primenu postupaka zaštite prava kod dodele ugovora o javnim nabavkama i javnim radovima, 21. decembar 1989. godine; Direktiva 92/13/EEZ o usklađivanju zakona i drugih propisa o primeni pravila Zajednice u postupcima nabavke subjekata koji deluju u sektoru vodoprivrede, energetskom, saobraćajnom i telekomunikacijskom sektoru, 25. februar 1992. godine; Direktiva 2007/66/EZ o izmenama i dopunama Direktive Saveta 89/665/EEZ i 92/13/EEZ u pogledu poboljšanja efikasnosti postupka zaštite prava u vezi sa dodelom ugovora o javnim nabavkama, 11. decembar 2007. godine.

² Ugovor o funkcionisanju Evropske unije – prečišćena verzija Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, *Službeni list Evropske unije*, C 326, 26. oktobar 2012. godine. U Informativnom dokumentu o javnim nabavkama Ugovor o funkcionisanju 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, videti i: [Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts - Final Study Country Fiches \[Ekonomska efikasnost i pravna efektivnost postupaka zaštite prava u vezi sa ugovorima o javnim nabavkama – finalni pregledi po zemljama\] \(MARKT/2013/072/C\)](#).

jedan model bolji od drugog. Kako sve države članice uživaju institucionalnu autonomiju, svaka slobodno može da bira opciju koja joj najviše odgovara za obezbeđivanje preispitivanja odluka o ugovorima o javnim nabavkama. Od država članica se ne traži da menjaju svoju institucionalnu strukturu kako bi sprovele, primenile 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 vreme, ništa ne ometa državu članicu da oformi nove, specijalizovane administrativne komisije koje će imati ovlašćenja da pružaju pravnu zaštitu u postupcima javnih nabavki.

Sve dok države članice obezbeđuju efikasno preispitivanje postupaka u dodeli ugovora o javnim nabavkama, mogu slobodno da povere funkcije pružanja pravne pomoći u postupcima javnih nabavki bilo kojem od sledećih organa:

- redovnim sudovima;
- specijalizovanim upravnim telima; ili
- kombinaciji ova dva.

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

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

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 reč o prvoj kategoriji ugovora, a civilni sudovi rešavaju u sporovima koji uključuju ugovore druge kategorije.

U ostalim državama članicama, nadležnost zavisi od (privatne ili upravne) prirode određenog ugovora. Francuska je primer gde 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 mesta sprovođenja 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 sprovodi ugovor o javnoj nabavci; s druge strane, komisiji može nedostajati iskustvo i stručnost.

Specijalizovane komisije za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki postoje u oko polovini svih država članica. Ove komisije su obično nesudske ili kvazi-sudske prirode (naime, slično sudovima u značenju člana 267. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije) i imaju funkciju prvostepene komisije za zaštitu prava. Uz neke izuzetke, odluke specijalizovane komisije za

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

zaštitu prava su obavezujuće iako se mogu osporiti pred civilnim i upravnim sudovima, koji mogu da ponište ili izmene odluku u drugom stepenu.

U mnogim državama članicama drugi stepen je poslednja 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 specijalizovanih komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki, naročito u zemljama kandidatima i potencijalnim kandidatima, kao i u svim drugim zemljama koje su zainteresovane za primenu efikasnog sistema zaštite prava:

- Postupak je obično jednostavniji i brži nego što je slučaj pred redovnim sudovima. Ove karakteristike obezbeđuju uslove za bolje ispunjenje kriterijuma „brzine“, koji mora da bude posebna odlika sistema zaštite prava.
- Članovi specijalizovane komisije za zaštitu prava bave se isključivo javnim nabavkama. Stoga, oni imaju mogućnost da se specijalizuju veoma brzo i da se upoznaju sa dodelom ugovora i drugim povezanim pitanjima.
- Troškovi podnošenja žalbe specijalizovanoj 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 zahtevi specijalizovane komisije za zaštitu prava

Iako specijalizovana 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 su utvrđeni glavni zahtevi osnova na kojem komisija nadležna za pružanje zaštite prava treba da se uzme u obzir u smislu toga da ima sudski (ili kvazi-sudski) 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 primenjuje 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 odeljkom zakona o javnim nabavkama. Poseban zakon kojim se pokriva samo institucionalni aspekt može biti dobro rešenje. Zakonske odredbe mogu da regulišu razne aspekte kojima se obezbeđuje funkcionalnost komisije, uključujući, na primer, odredbe koje se odnose na nadležnosti komisije za zaštitu prava, imenovanje i razrešenje njenih članova, kvalifikacije koje članovi komisije za zaštitu prava moraju imati, odredbe o sukobu interesa, predodređen sistem za raspodelu predmeta i proceduralni zahtevi.
- **Komisija za zaštitu prava je stalna.** Komisija se ne osniva *ad hoc*. Njeni članovi su na funkciji određeno vreme i bave se predmetima prema prethodno određenom sistemu raspodele.
- **Nadležnost komisije za zaštitu prava je obavezna.** Sve odluke koje donese komisija za zaštitu prava su izvršne. Naročito, komisija ima ovlašćenja da:
 - uvodi privremene mere, sa ciljem ispravljanja kršenja ili sprečavanja dalje štete. Ove privremene mere uključuju mere prekida ili mere koje vode ka prekidu tenderskog postupka ili sprovođenju bilo koje odluke naručioca;
 - poništi ili učini da se svaka odluka koja je doneta protivzakonito poništi. Ovo poništavanje uključuje uklanjanje diskriminatornih tehničkih, ekonomskih ili

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

finansijskih specifikacija u pozivu za podnošenje ponuda ili tenderskoj dokumentaciji.

Ovlašćenje za dodelu naknade štete nije obavezan uslov i preporučuje se da se ovo ovlašćenje da višim sudovima.

Izuzetak se može primetiti u **Danskoj**, gde je Odbor za žalbe ovlašćen da dodeljuje 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. Dodela odštete zavisi od prethodne odluke o materiji predmeta, odnosno o odluci kojom se potvrđuje opravdanost prigovora na kršenje propisa iz oblasti javnih nabavki. O zahtevima za naknadu štete se rešava u skladu sa opštim načelima danskog zakona. U zavisnosti od okolnosti predmeta, iznos odštete može odgovarati troškovima učešća u tenderskom postupku ili izgubljene dobiti.

- **Postupak pred komisijom za zaštitu prava je postupak između strana (*inter partes*).** Opšta akuzatorna pravila se moraju primeniti 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 obe strane razmotre poziciju druge strane, ali je prihvatljiva alternativa dozvoliti stranama da dostave pismene izjave tokom postupka zaštite prava. Obe strane moraju da imaju pristup evidenciji postupka koji se vodi povodom zaštite prava, sa izuzetkom pristupa poverljivim informacijama.

U načelu, rasprave koje vodi **Odbor za javne nabavke Mađarske** održavaju se na otvorenim sednicama, 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 primenjuje principe vladavine prava.** Kada donosi odluke, komisija za zaštitu prava mora da primenjuje odredbe kojima je regulisana dodela 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 opšta proceduralna pravila kojima se obezbeđuje funkcionalnost ove komisije same predviđene zakonom.
- **Komisija za zaštitu prava je nezavisna.** Ovaj zahtev 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 sledećem odeljku ovog Informativnog dokumenta).

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

- Kada komisije nadležne za postupke zaštite prava nisu sudskog karaktera, uvek se moraju dati razlozi za njihove odluke napismeno.
- Odluke koje donesu komisije koje nemaju sudski karakter moraju podlegati sudskom preispitivanju ili preispitivanju od strane drugog tela, koje je sud ili tribunal u okviru značenja člana 267. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije nezavisan i od naručioca i od komisije za zaštitu prava. Takvo nezavisno telo mora da zadovolji određene

zahteve iz drugog podstava člana 2(8) Direktive 89/665/EEZ6. Suštinski, ono mora da zadovolji svih šest zahteva koji su gore navedeni.

Sistem zaštite prava u postupcima javnih nabavki na Kipru može se podeliti u tri segmenta: žalba koja se podnosi naručiocu, nesudsko preispitivanje koje vodi **Uprava za zaštitu prava**, i sudsko preispitivanje koju vodi Vrhovni sud Kipra. Uprava za zaštitu prava je osnovana sa ovlašćenjem da preispita sve odluke koju naručioci donesu pre 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 postupa nezavisno od Vlade Kipra. Ipak, članovi ove komisije ne uživaju status sličan onom koji imaju sudije. Uprava za zaštitu prava ima pet članova, uključujući predsednika. Svako lice koje je oštećeno odlukom Uprave za zaštitu prava ili odlukom koju ugovorni organ donese pre ili nakon zaključivanja ugovora, iste može osporiti pred Vrhovnim sudom Kipra. Članovi i predsednik Vrhovnog suda su sudije, a njihov status je regulisan Ustavom Kipra.

Pravila po Sporazumu o vladinim nabavkama: Osnovni zahtevi za postupke zaštite prava u postupcima javnih nabavki ustanovljeni su Sporazumom o vladinim nabavkama (GPA) Svetske 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 osnov na kome 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 dodele 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 opštih načela koja se primenjuju u specifičnim okolnostima, ali su sličnosti između Evropske unije i Svetske trgovinske organizacije o tome kako pristupiti pitanju komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki vredni pomena kao primer 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 koje je nezavisno od naručioca čija je nabavka predmet osporavanja“ i „telo za zaštitu prava koje nije sud doneće svoju odluku na osnovu sudskog preispitivanja ili će uspostaviti postupke kojima se osigurava da:

- (a) naručilac pisanim putem odgovori na osporavanje telu za zaštitu prava i obelodani sve relevantne dokumente;
- (b) učesnici u postupku (u daljem tekstu: „učesnici“) imaju pravo da budu saslušani pre nego što telo za zaštitu prava donese odluku o osporavanju;
- (c) učesnici imaju pravo na zastupnika ili pratioca;
- (d) učesnici imaju pristup svim postupcima;
- (e) učesnici imaju pravo da zatraže da postupci budu javni da imaju pravo na pozivanje svedoka; i
- (f) telo za zaštitu prava donese svoje odluke ili preporuke pravovremeno i pisanim putem i da priloži objašnjenje osnova za svaku odluku ili preporuku.“⁷

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

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

Upravne žalbe naručiocu

Zakonodavstvo u nekim državama članicama predviđa obavezu ili mogućnost:

- podnešenja prethodne upravne žalbu naručiocu koji je navodno prekršio zakon o javnim nabavkama; ili
- obaveštavanja naručioca o nameri da se traži preispitivanje.

Obe 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 nenamerne i očigledne greške, a ne iz namerne povrede zakona o javnim nabavkama. Ponuđač može da izbegne sukob sa naručiocem, jer naručilac ima priliku da ispravi svoju grešku. Ovo rešenje može da bude najbrži način ispravljanja kršenja i ono pruža mogućnost izbegavanja 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 celokupni postupak preispitivanja. Međutim, u slučaju da je prethodno obaveštenje 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 zahtevaju od privrednih subjekata koji traže kvazi-sudsko ili sudsko preispitivanje da pošalju kopiju svoje žalbe ili tužbe samo naručiocu. Ovaj postupak daje samom naručiocu mogućnost da ispravi kršenje pre otpočinjanja postupka preispitivanja.

Status i nezavisnost specijalizovane komisije za zaštitu prava

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

Pitanja koja se odnose na ovu nezavisnosti 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 specijalizovana 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 deo državnog aparata, i kao rezultat toga će uvek postojati zabrinutost da nije potpuno nezavisna od organa vlasti. Nemogućnost garantovanja takve nezavisnost u postupanju bi dovela do nedostatka kredibiliteta, što bi imalo ozbiljne posledice za sistem javnih nabavki u celini i za opipljive koristi koje jedan funkcionalni sistem treba da pruži. Ukoliko komisija za zaštitu prava ne može da sprovede 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 takođe povezan sa mestom 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, neizbežna posledica ove veze jeste da bi ponuđači mogli da imaju percepciju da je komisija za zaštitu prava ostala deo 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 kvazi-sudsku odluku (uključujući dodelu naknade) protiv organa vlasti. Otvoreno je pitanje da li bi ministarstvo imalo mandat i/ili kredibilitet da donosi takve odluke.

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

U principu, moderni sistemi državne uprave zahtevaju podelu vlasti unutar uprave kako bi se garantovala odgovornost, kao i pravovremeno i ispravno postupanje. Oni koji su odgovorni za kreiranje politike, tumačenje, primenu i pružanje saveta, dakle, nisu isti oni koji su odgovorni za sprovođenje (uključujući funkciju razmatranja i prava na žalbu). Uz vrlo malo izuzetaka, u svim državama članicama gde su formirana specijalizovane komisije za zaštitu prava, te institucije imaju jasnu i isključivu odgovornost da obezbede zaštitu prava. Veoma je važno da se obezbedi podela vlasti i nadležnosti u sistemu javnih nabavki da bi se izbegao bilo kakav sukob interesa i da bi se stvorilo poverenje u sistem.

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

Ako je regulatorno telo zaduženo, u skladu sa zakonom, da daje savete naručiocima, može ponekad biti suočeno sa sopstvenim savetima. Ovakva situacija bi bila još komplikovanija ako bi to telo bilo uključeno u *ex ante* kontrolu svih ili dela procesa javne nabavke. Posledica je da bi regulatorno telo biti u stanju da reši žalbe u slučajevima gde je uprava/agencija za javne nabavke već prihvatila (ili čak nametnula) navodno pogrešnu odluku.

Ista nekompatibilnost se može primetiti u slučajevima gde je komisija za zaštitu prava direktno uključena u poslove javne nabavke, na primer kada joj je dodeljeno, između ostalih zadataka, da postupa kao organ za centralizovane javne nabavke.

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

Posebnu pažnju treba obratiti na finansiranje institucija. Specijalizovana komisija za zaštitu prava mora da bude finansijski nezavisna, sa sopstvenim budžetom. Adekvatno finansiranje je neophodno kako bi se garantovala nezavisnost i obezbedilo odgovarajuće osoblje (uključujući i administrativno pomoćno osoblje) i drugi resursi radi pružanja usluga na potrebnom nivou kvaliteta. Najbolje rešenje je da se obezbedi 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 menjati, komisija za zaštitu prava neće imati stvarnu nezavisnost da ispuni svoje obaveze.

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

Što se tiče nezavisnosti članova **specijalizovane 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 regulišu postupci imenovanja i razrešenja. Mogućnost poništavanja imenovanja članova, pre isteka njihovog mandata, mora da se ograniči na samo nekoliko specifičnih okolnosti koje su vrlo dobro definisane zakonom.

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

Lice/institucija koja zvanično imenuje članove komisije za zaštitu prava treba u isto vreme da ima mandat da ih razrešava (ali samo u posebnim slučajevima koji su predviđeni zakonom). Što je lice/institucija koja ima zakonski mandat da imenuje/razrešava članove komisije za zaštitu prava nezavisnije, biće sigurniji njihov položaj, a time i njihova nezavisnost.

Austrija

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

Postoje zahtevi koji se odnose na profesionalne kvalifikacije za imenovanje (posebna znanja o javnim nabavkama i pravno iskustvo). Predsedavajući, zamenik i stalni članovi moraju da budu kvalifikovani pravnici sa najmanje pet godina profesionalnog iskustva u primeni prava ili u oblasti javnih nabavki.

Slovenija

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

Predsednik 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 da budu zaštićeni zakonom od bilo kakvog mešanja 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 obezbeđivanje njihove nepristrasnosti, što je osnovni princip svih sudskih, kvazi-sudskih i upravnih institucija. Međutim, na ovu nepristrasnost mogu uticati sukobi interesa koji se ne mogu izbeći i koji mogu nastati prirodno, bez ičije krivice. Iz tog razloga, zakon ili barem propisi moraju da obezbede pravila o otkrivanju i obelodanjivanju sukoba interesa i predlažu mere koje se mogu preduzeti da bi se oni izbegli ili ublažili. Članovi komisije za zaštitu prava treba da budu isključeni iz učešća u postupku preispitivanja kad god imaju privatni interes u odluci. Na primer, 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 predlogu i odbijanjem da primi bilo koja dokumenta ili druge informacije vezane za taj predmet.

Kao opšte 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 umetničkom 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 vreme finansijskim ili drugim vrstama iskušenja i oni moraju biti u stanju da izdrži takve iskušenja. U onim zemljama u kojima je nivo plata u javnom sektoru generalno niži,

preporučljivo je da se nađe zakonsko rešenje za primenu posebnih šema plata kako bi se osigurao razuman finansijski status za članove komisije za zaštitu prava.

Rumunija

Članovi Nacionalnog saveta za rešavanje 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 Saveta se biraju na konkursu, na osnovu profesionalnih sposobnosti i reputacije, a formalno ih imenuje predsednik Vlade. Oni moraju da imaju visoku stručnu spremu i najmanje dve godine radnog iskustva u javnim nabavkama. Najmanje polovina članova Saveta moraju biti kvalifikovani pravnici.

Što se tiče nivoa naknade za njih, članovi Saveta 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 opšta pravila treba primeniti. Izvestan broj dodatnih pojedinosti treba pažljivo uzeti u obzir. Ove pojedinosti nisu izričito predviđene u direktivama o zaštiti prava, ali imaju potencijalni uticaj na opšta načela zabrane diskriminacije, efikasnosti i transparentnosti.

Što se tiče **poštovanja principa zabrane diskriminacije**, opšte 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 zahteva da, kada se određena pravna sredstva odnose na izvršenje pravila Evropske unije, uslovi za primenu ovih sredstava treba da budu „ne manje povoljni“ od uslova za primenu sličnih mera za primenu domaćih pravila. Pravila u vezi sa pristupom komisiji za zaštitu prava, naknada koje se plaćaju, rokova i dokaza koji se dostavljaju stoga ne sme da dovedu do toga da ostvarivanje prava koja su predviđeno po zakonu bude nemoguće ili preterano teško.⁹

Na primer, troškovi u vezi sa preispitivanjem i zaštitom prava ne bi trebalo da budu visoki, jer bi se visoki troškovi mogli smatrati obeshrabrivanjem ponuđača da podnose žalbe. Većina država članica, u cilju smanjenja rizika od zloupotrebe putem lažnih tvrdnji, naplaćuju 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 telima poslednje 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 zahtevi u pogledu dokaza preterani 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 ovlašćenja) kako bi se obezbedilo 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 ovlašćenja u obavljanju svoje dužnosti treba da budu dovoljni i u skladu sa nadležnostima komisije.

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

Jasne i detaljne norme se moraju zakonski uspostaviti ili barem na nivou primene propisa, imajući u vidu proceduralne uslove i pravila za proces preispitivanja. Druga pitanja takođe treba da budu jasno regulisana, kao što su način dodeljivanja predmeta članovima komisije za zaštitu prava (nasumična raspodela je verovatno najbolji izbor tamo gde korupcija predstavlja ozbiljnu pretnju), kako izbeći sukob interesa, kao i koje su potrebne kvalifikacije da bi se postao član komisije (stručna sprema, iskustvo, znanje i druge posebne veštine). Važno je da se obezbedi pravna sigurnost u smislu toga da cela komisija za zaštitu prava treba da odluči o predmetima ili će se osnovati savet za donošenje odluka. Ako se radije odabere druga opcija, treba navesti broj članova svakog saveta.

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

Sve gore pomenute 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 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 dodeljeni komisiji za zaštitu prava, uključujući ne samo ovlašćenja, već i okvir sistema za preispitivanje;¹⁰
- broj naručilaca u zemlji;
- kultura zaštite prava, uključujući i lokalni mentalitet i tendenciji 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 spreme zaposlenih koji rade u komisiji za zaštitu prava su takođe važne, jer članovi komisije ne treba da imaju samo dobro znanje o pitanjima javne nabavke, već i da budu u stanju da ocenjuju 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 zahtevati 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.

Osetljivo pitanje je odlučiti da li komisija za zaštitu prava treba da uzme u obzir samo sadržaj žalbe i ograniči preispitivanje isključivo na molbe koje su izneli privredni subjekti ili da li je trebalo i da istraži šire, s obzirom na celokupnu dokumentaciju nabavke, kako bi se utvrdilo da li je došlo do još nekog značajnog kršenja zakona.

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

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 nameravaju da odustanu od ovog zahteva, jer rezultati ovih odredaba u praksi nisu uvek bili pozitivni. U mnogim slučajevima, podnosioci su prenosili teret istrage na komisiju za zaštitu prava, što je dovelo do dugih i skupih procedura.

Važna spoljna podrška članovima komisije za zaštitu prava se može dati ako bi imali pristup korišćenju spoljnih stručnjaka za ispitivanje tehničkih aspekata u određenom slučaju. Opšte je pravilo da bi stručnjaci trebalo da imaju specijalizovano znanje u određenoj oblasti, i njihov posao bi trebalo da se usredsredi 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 saveti 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 doslednost odluka, koje bi trebalo učiniti dostupnim javnosti.

Prvi uslov je da postoje jasne i transparentne procedure koje osiguravaju doslednu primenu zakona. Drugo, svaka strana treba da ima pravo da bude obavještena o razvoju postupka kako bi mogla da adekvatno pripremi svoje argumente. Treće, strane treba da imaju pravo da budu obavještena o razlozima za odluku komisije za zaštitu prava, uključujući i argumente koji određuje ocenu 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 obezbedi veća doslednost odluka institucije sa prethodnim odlukama u sličnim slučajevima i da se izbegne donošenje sumnjivih odluka pri tumačenju zakona. Osim toga, to takođe može biti važan instrument da se podeli stručno iskustvo komisije za zaštitu prava sa drugim ključnim akterima u sistemu. Naručioci i privredni subjekti će imati koristi od ovog odličnog načina promovisanja rešenja za različite žalbe koje je institucija rešila svojim tumačenjem različitih problema sa kojima se suočava sistem javnih nabavki.

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

Najbolje rešenje 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 doslednih 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 rešavati ove probleme u praksi (npr. kvalifikacione kriterijume, kriterijume dodele, korišćenje tehničkih specifikacija i ponude sa nerealno niskom ponuđenom cenom).

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