

ZAŠTITA PRAVA PONUĐAČA

PROTECTION OF BIDDERS' RIGHTS

An EU funded Project

„Capacity Building of the Public Procurement Commission”
 Contracts no.: EAR 05MON01 01 002, EAR 05MON01 01 007
 Managed by the European Agency for Reconstruction

Projekat „Jačanje kapaciteta Komisije za javne nabavke”

finansiran od strane Evropske Unije

Ugovori br: EAR 05MON01 01 002, EAR 05MON01 01 007
 Rukovođen od strane Evropske Agencije za Rekonstrukciju

Autori:

dr. Aleksij Mužina,
prof.dr. Milan Marković

PRAVO JAVNIH NABAVKI U EU**■ DIREKTIVE JAVNIH NABAVKI**

Direktive su zapravo akt harmonizacije koji obavezuje na postizanje cilja, a državna vlast ima mogućnost smisaonog implementiranja direktive u unutrašnji pravni poredak.

U državama članicama, ipak, u skladu sa osnovnim načelima suprematije prava Zajednice nad nacionalnim pravom i u skladu sa doktrinom direktne primjene propisa, a oblikovano u skladu sa sudskom praksom Evropski Sud Pravde, moguće je direktno pozivati se na one odredbe u direktivama koje državama članicama nalažu tako jasno, precizno i bezuslovno izražene obaveze, da ih nije moguće interpretirati drugačije nego što su zapisane, odnosno državi ne dopuštaju nikakvu diskreciju. Takvu će direktivu, na zahtjev stranke u konkretnom sporu u pojedinačnoj državi, nacionalni sud morati primijeniti.

■ STARE MATERIJALNE DIREKTIVE

Direktiva Vijeća 92/50/EEZ od 18. juna 1992. o usklađivanju postupaka dodjele ugovora o pružanju javnih usluga

Direktiva Vijeća 93/36/EEZ od 14. juna 1993. o usklađivanju postupaka dodjele ugovora za javnu nabavku robe

Direktiva Vijeća 93/37/EEZ od 14. juna 1993. o usklađivanju postupaka dodjele ugovora o javnim radovima

Direktiva Vijeća 93/38/EEZ od 14. juna 1993. o koordiniranju postupaka nabavke od strane subjekata koji djeluju u sektorima vodoprivrede, energetike, prevoza i telekomunikacija

Direktiva 97/52/EZ Evropskoga parlamenta i Vijeća od 13. oktobra 1997. kojom se mijenjaju i dopunjavaju Direktive 92/50/EEZ, 93/36/EEZ i 93/37/EEZ o koordinaciji postupaka za dodjelu ugovora o pružanju javnih usluga, ugovora o javnim nabavkama roba, te ugovora o javnim radovima

Direktiva 98/4/EZ Evropskoga parlamenta i Vijeća od 16. februara 1998. kojom se mijenja i dopunjava Direktiva 93/38/EEZ o usklađivanju postupaka nabavke subjekata koji posluju u području vodosnabdijevanja, energetike, saobraćaja i telekomunikacija

■ NOVE MATERIJALNE DIREKTIVE

Direktiva 2004/17/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 31. marta 2004. kojom se usklađuju postupci nabavke subjekata koji djeluju u sektoru vodoprivrede, energetike i saobraćajnom sektoru, te sektoru poštanskih usluga

Direktiva 2004/18/EZ Evropskoga parlamenta i Vijeća od 31. marta 2004. o koordinaciji postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima, ugovora o nabavci roba, te ugovora o pružanju javnih usluga

1.2.1. UVOD

Evropski parlament i Vijeće donijeli su dvije nove direktive, koje mijenjaju i povezuju važeće direktive u javnom i infrastrukturnom sektoru, i to: Direktivu (Smjernicu) 2004/18/EC o usklađivanju postupaka za predaju javnih nabavki za nabavku robe, javnih nabavki za usluge i javnih nabavki za građenje (u nastavku Konsolidirana direktiva 2004/18/EC odnosno Direktiva 2004/18/EC) i Direktivu 2004/17/EC o usklađivanju postupaka nabavki od strane naručioca, koji posluju u vodnom, energetskom, saobraćajnom i poštanskom sektoru (u nastavku: Direktiva za infrastrukturni sektor 2004/17/EC, odnosno Direktiva 2004/17/EC).

1.2.2. SVRHA UREĐENJA

Novo uređenje trebalo bi da smanji birokratiju, odredbe, na koji način se mogu koristiti socijalna i ekološka mjerila kod sprovođenja postupka javnih nabavki, i garancije da naručioci i ponuđači mogu uštedjeti vrijeme i novac korišćenjem nove tehnologije kod sprovođenja postupaka. Bitna osobina obje direktive je da budu lakše razumljive svima koji u javnim nabavkama učestvuju bilo kao naručioci, bilo kao ponuđači, odnosno dobavljači. Neke institucije javnih nabavki odnosno naručivanja na području infrastrukturnog sektora bile su novim evropskim zakonodavstvom ili na novo uvedene ili izmijenjene.

1.2.3. SADRŽAJ NOVIH DIREKTIVA

Nove direktive su zbog osavremenjivanja ublažile neke odredbe koje su se činile nedovoljno elastičnim, sa ciljem postizanja najbolje vrijednosti novca. Kada su u pitanju kompleksne nabavke, novo uređenje javnih nabavki omogućava „dijalog“ između javnih naručilaca i ponuđača kod utvrđivanja uslova nabavke; novi postupak trebalo bi da osigura da taj „dijalog“ neće nepovoljno uticati na načela transparentnosti i ravnopravnog dijaloga. Kako bi uprava mogla imati korist od ekonomije opsega, koji proizilazi iz dugoročne politike javnih nabavki, te kako bi osigurali sigurnu nabavku i potrebnu elastičnost

kod nabavki koje se ponavljaju, pristup novih direktiva standardnim javnim nabavkama je elastičniji. Naručiocima iz javnog sektora omogućena je veća elastičnost kod određivanja svrhe javne nabavke: prema novim odredbama, naručioci iz javnog sektora mogu odrediti svoje zahtjeve i u pogledu uspješnosti, a ne samo u pogledu standarda.

Osavremenjivanje znači i prilagođavanje postupaka novom, promjenljivom ekonomskom okruženju. Iako su dosadašnje direktive bile osavremenjene u devedesetim godinama prošlog vijeka, one proizilaze iz sedamdesetih godina. Zbog toga je bilo potrebno odgovoriti na promjene koje proizilaze iz procesa, kao što je revolucija informacione tehnologije ili liberalizacija telekomunikacija. Upotreba informacione tehnologije kod javnih nabavki je ključni element u pomoći organima javne uprave, kako bi se prilagodili promjenljivom okruženju i tako učinili javne nabavke efikasnijim. Zbog toga je zakonodavni paket oblikovan tako da podstiče javne naručioca na veću upotrebu elektronskih sredstava, na primjer, skraćivanjem vremena koje se utroši na objavu javnog nadmetanja. Kao rezultat liberalizacije i efikasne konkurentnosti u telekomunikacijama, nove odredbe ovo područje isključuju iz direktive, koja se u pogledu istih primjenjivala. Posljedično se na drugoj strani ukida sadašnje isključenje telekomunikacionih usluga na području Direktive 92/50/EEZ (član 18) sa stanovišta ponuđača usluga. Prema liberalizaciji telekomunikacionog područja (koja je vodila prema isključenju sa područja relevantne djelatnosti u infrastrukturnom sektoru), isključivanje javnog naručivanja tih usluga od strane naručioca državnih organa više nije primjereno. Kako se sličan razvoj očekuje i na ostalim područjima, kao što su električna energija i voda, zakonodavni paket predviđa mehanizam za njihovo isključivanje u trenutku kada će liberalizacija i efikasna konkurencija postati realnost.

Upozoravamo na izmijenjene granične vrijednosti, u vezi sa kojima se koriste odredbe svake direktive. Dok su do sada neke vrijednosti bile izražene u SDR (special drawing rights, međunarodna valutna jedinica), na koju se poziva Sporazum Svjetske trgovinske organizacije o javnim nabavkama (GPA), a neke u ECU, od sada će sve granične vrijednosti biti izražene u eurima (€). Granične vrijednosti od sada će iznositi 5.278.000 € za nabavke građenja i koncesije građenja, 136.000 € ili 211.000 € za nabavke roba i usluga u javnom sektoru, te 422.000 € za nabavke usluga u infrastrukturnom sektoru. Granične vrijednosti još uvijek su na dovoljno niskom nivou, odnosno granice su niske barem kao u Sporazumu Svjetske trgovinske organizacije o javnim nabavkama, tako da će sve nabavke koje su obuhvaćene sporazumom, biti obuhvaćene i u direktivama. Kako bi osigurali takvo postupanje i ubuduće, direktive predviđaju da Komisija svake dvije godine u skladu sa mogućim budućim promjenama, granične vrijednosti prilagodi relativnim vrijednostima eura (€) i SDR-a (član 78 Direktive 2004/18/EC i član 69 Direktive 2004/17/EC).

Instituciju okvirnih sporazuma obrađuju član 32 Direktive 2004/18/EC i član 14 Direktive 2004/17/EC. Na području klasičnog sektora radi se o uvođenju posebnih odredbi o korišćenju okvirnih sporazuma, koji će vjerovatno kvalitativno uticati na dosadašnju

praksu. Uključuju dozvolu za određene vrste „okvira“ koji do sada nijesu bili propisani, i utvrđuju posebni postupak za sprovođenje tih okvirnih sporazuma. Ovo važi u slučajevima kada sporazum uključuje dobavljače koji predlažu nove ili promijenjene ponude u konkurenciji za određenu nabavku. Nove direktive to dozvoljavaju u slučaju ako su ispunjeni uslovi i utvrđeni primjereni rokovi za ponuđače (tačka 4b člana 32), kako bi se dobavljač (vidi tačku 5 člana 1 i tačku 3 člana 32 Direktive 2004/18/EC) odnosno dobavljači izabrali na osnovu naprijed navedenih kriterijuma za dodjelu javne nabavke (tačka 4d člana 32), kada se javni naručioci posavjetuju sa svim okvirnim dobavljačima (tačka 4a člana 32), te da ponude do isteka roka moraju biti povjerljive (tačka 4c člana 32). Za okvirne sporazume uvedena su neka ograničenja, kao što je pravilo da ne mogu prelaziti četiri godine, osim u izuzetnim, opravdanim slučajevima (tačka 2 člana 32). Direktiva, takođe, određuje detalje sadržaja obavještenja - poziva, koji se koristi kod okvirnih sporazuma. Predviđeno je, takođe, da naručioci ne smiju koristiti okvirne sporazume na način koji bi ograničavao konkurenciju. Na kraju, propisani su svi detalji za korišćenje okvirnih sporazuma, kao na primjer, da poziv za dostavljanje ponuda za svaku odabranu javnu nabavku putem okvirnog sporazuma nije potrebno objaviti.

Kao dodatak obaveznim standardima, specifikacije bi se mogle oblikovati u pogledu uspješnosti ili funkcionalnih zahtjeva pod uslovom da su dovoljno precizne. Kako se evropski standardi ili nacionalni standardi, koji se primjenjuju, moraju koristiti kao referentno sredstvo za opis proizvoda ili usluge, javni naručilac ne može insistirati na tome da traženi proizvodi ili usluge moraju biti u skladu sa detaljima predmetnog standarda. Prihvatiti moraju ostale primjerene proizvode ili usluge, koji ispunjavaju jednaka mjerila u pogledu uspješnosti, a da je pri tom korišćena drugačija tehnologija od one koja je navedena u standardu. Ponudilac je onaj koji je dužan dokazati da ponuda ispunjava kriterijume u pogledu uspješnosti i funkcionalnosti. To može učiniti i na način da se izradi tehnički dosije proizvođača ili predoči nabavka nezavisne treće strane (vidi i tačku 29 preambule Direktive 2004/18/EC).

Pitanje rokova obrađuju član 38 Direktive 2004/18/EC i član 45 Direktive 2004/17/EC. Opšti rokovi u suštini su ostali nepromijenjeni. Predviđeno je, međutim, skraćivanje najkraćih rokova, i to zbog toga da bi se poštovalo i podsticalo korišćenje elektronskih sredstava. Rokovi će se skratiti za sedam dana za postupke u toku za predaju javnih nabavki, a kod predaje zahtjeva za učestvovanje u ostalim postupcima, u kojima javni naručilac putem elektronskih sredstava nudi slobodan direktan pristup dokumentaciji nabavke, rokovi se mogu skratiti za dodatnih pet dana (tačka 5 i 6 člana 38 odnosno tačka 5 i 6 člana 45).

Uslovi za učestvovanje određeni su u članovima 44-52 Direktive 2004/18/EC i članovima 51-54 Direktive 2004/17/EC. Između promijenjenih pravila potrebno je uvesti novinu, koja od javnih naručilaca zahtijeva da se iz postupaka javnih nabavki isključuje

ponuđači koji su u prethodnih pet godina bili osuđivani zbog kažnjivih djela u vezi sa organizovanim kriminalom, korupcijom i pranjem novca, te prevarama protiv finansijskih interesa zajednice (tačke 1a do 1d člana 45). Inače je, kao i prema važećem uređenju, isključivanje fakultativno.

Kriterijumi za izbor najpovoljnije ponude određeni su u članu 53 Direktive 2004/18/EC i članu 55 Direktive 2004/17/EC. Član, odnosno članovi uvode odredbu, koja će od javnih naručilaca obavezno zahtijevati da unaprijed navedu koju će težinu imati mjerila za dodjelu nabavke (naravno, kada će se dodjela zasnivati na ekonomski najpovoljnijoj ponudi). Ovdje, takođe, valja dodati da tačka 1 preambule Direktive 2004/18/EC naglašava da je potrebno iz sudske prakse Suda Evropske zajednice razabrati dopustivost socijalnih i/ odnosno ekoloških kriterijuma, pod uslovom da su isti povezana sa predmetom javne nabavke, te da ne uzrokuju zabranjeno ograničavanje konkurencije. Ova mogućnost je između nabrojanih potkriterijuma za ekonomski najpovoljniju ponudu, izričito i zapisana (... , environmental characteristics,...; tačka 1a člana 53).

■ DIREKTIVE PRAVNE ZAŠTITE

Direktiva Vijeća 92/13/EEZ od 25. februara 1992. o usklađivanju zakona, propisa i upravnih odredbi koji se odnose na primjenu pravila Zajednice za postupke revizije kod subjekata koji posluju u području vodosnabdijevanja, energetike, saobraćaja i telekomunikacija

Direktiva Vijeća 89/665/EEZ od 21. decembra 1989. o usklađivanju zakona, propisa i upravnih odredbi koji se odnose na primjenu postupaka revizije kod dodjele ugovora o javnim nabavkama i javnim radovima

| | |
|--|--|
| PRINCIPI POSTUPKA JAVNE ZAŠTITE | <ul style="list-style-type: none"> • Efikasnost • Brzina • Nediskriminacija |
| ZAHTIJEVANI PRAVNI LIJEKOVI | <ul style="list-style-type: none"> • Privremene mjere (uključujući mjere koje suspenduju postupak dodjele ugovora) • Poništenje nezakonitih odluka • Naknada štete |
| PRIRODA REVIZORSKOG TIJELA ODLUKE PRIRODA ODLUKE REVIZORSKOG TIJELA | <ul style="list-style-type: none"> • Nezavisnost • Pravno obavezujuće |
| ZAŠTO JE DIREKTIVA ZNAČAJNA? KOJI SU NJENI NEDOSTACI? | <ul style="list-style-type: none"> • Garantuje da države obrate pažnju na primjenu odgovarajućeg sistema • Garantuje pažnju Evropske komisije • Jača publicitet pravima ponudilaca • Omogućava samo okvir, sa diskrecijom uzeti u obzir nacionalne običaje |

Svaka država sama određuje postupak pravne zaštite na području davanja ponude javne nabavke. Ta je autonomija za države članice jako ograničena pravilima Evropske zajednice. Svaka država uvijek može odrediti takav sistem pravne zaštite koji će minimalne zahtjeve pravne zaštite premašiti. Pored temeljnih načela evropskog prava, koja proizlaze prije svega iz Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, a posebno načela nediskriminacije i slobodnog protoka, pravni poredak države članice mora posebno slijediti pravila dviju direktiva tzv. direktiva pravne zaštite.

Sedamdesetih godina su materijalne direktive uredile postupak javne nabavke za nabavku robe, građevinskih radova i usluga na klasičnom području, kao i na područjima saobraćaja, vodosnabdijevanja, energetike i telekomunikacija, ali pri tom nisu predvidjele i pravnu zaštitu. Pravna zaštita je protiv odluka donesenih u postupku javnih nabavki još uvijek bila moguća pod uslovima nacionalnih pravnih poredaka ili, pak, direktno pred tijelima Zajednice i u skladu sa pravilima Osnivačkog ugovora.

Prije donošenja direktiva pravne zaštite postojala je mogućnost da slične slučajeve pojedine države članice, zbog različitih nacionalnih sistema pravne zaštite, tretiraju na različite načine. S toga je potreba za djelotvornom i harmonizovanom pravnom zaštitom uslovala potrebu donošenja regulative pravne zaštite na nivou Zajednice.

Jedan od razloga za neuspješnu primjenu prvih direktiva javnih nabavki iz 1970-tih i 1980-tih godina bio je nedostatak efikasnih mehanizama koji bi ispravljali povrede zakona. Naručioци su obično zanemarivali postojeće propise javnih nabavki i njihova povreda prolazila je nekažnjeno. Zbog toga je Evropska komisija predložila nove direktive čiji je cilj bio jačanje mehanizama sprovođenja propisa i na državnom nivou i na nivou Zajednice. Dvije korektivne direktive je trebalo da koordiniraju žalbene postupke koji su bili dostupni u postupcima javnih nabavki u klasičnom sektoru i u infrastrukturnom sektoru. Prva je direktiva regulisala područje pravne zaštite u postupcima davanja ponude javnih nabavki, a usvojena je krajem 1989. godine (Direktiva 89/665/EEZ), a 1992. godine je pravnu zaštitu za javne nabavke na područjima vodosnabdijevanja, energetike, telekomunikacija i saobraćaja (infrastrukturni sektor) regulisala i Direktiva 92/13/EEZ (u nastavku teksta: direktive pravne zaštite). Poput "proceduralnih" direktiva koje koordiniraju postupke javnih nabavki, "korektivne" direktive ciljaju, ne na kreaciju sistema EU, niti na stvaranje potpunog uređenja državnih žalbenih sistema, nego na stvaranje ograničenog seta nekoliko zajedničkih pravila koja moraju poštovati svi državni sistemi (koji se razlikuju u mnogim važnim pitanjima). Direktive su jednim dijelom jednake, tako da će se prvo razmotriti zajedničke odredbe, a tek onda neke razlike.

Cilj donošenja direktiva pravne zaštite bio je da podstakne oštećene ponuđače na češću primjenu pravnih sredstava, s jedne strane, te generalna i specijalna prevencija, s druge strane. Takav se cilj može postići samo djelotvornom pravnom zaštitom. Naime, djelotvorna pravna zaštita, s jedne strane, oštećene stranke podstiče da, vjerujući u nju, pokreću postupke pravne zaštite, a s druge strane takvo djelotvorno pravno sredstvo djeluje adekvatno preventivno na konkretnog naručioca, kao i na sve ostale naručioce.

Cilj direktiva pravne zaštite nije unifikacija pravne zaštite na nivou država članica nego njena harmonizacija. Države članice su pravnu zaštitu uredile različito. Možda je baš pravna zaštita ono područje javnih nabavki na kojem je najviše do izražaja došla, na normativnom nivou postojeća, a u praksi (posebno Suda Evropske unije) relativno ograničena, mogućnost države da, u skladu sa članom 249 Ugovora o osnivanju Evropske unije, direktive uključi u svoj poredak na taj način što slobodno odlučuje o izboru oblika i sredstava za njihovo sprovođenje.

Direktive pravne zaštite primjenjuju se samo za javne nabavke koje spadaju u sklop materijalnih direktiva. To znači da ispod navedenih pragova vrijednosti i u nekim drugim slučajevima (npr. nabavke povjerljive prirode) njihova implementacija nije (nužno) potrebna.

Već iz teksta preambula direktiva pravne zaštite možemo uočiti nekoliko načela zaštite ponuđača iz čega proizilazi da zaštitu ponuđača treba osigurati, koliko god je moguće, a) brzo, b) nediskriminacijski, c) pristupačno i, posebno, d) djelotvorno. Pri tom načela ne smiju biti sama sebi cilj nego moraju rezultirati otvaranjem tržišta javne nabavke, što izričito zahtijeva stav 11. Preambule Direktive 92/13/EEZ.

Osim uporedivog žalbenog postupka u svim državama članicama, direktive žele osigurati i mogućnosti različitih mjera za sprečavanje kršenja i njihovih posljedica u postupcima javnih nabavki. Predviđene mjere (riječ je o tzv. opštim mjerama) i sredstva posebno bi trebalo da omoguće intervencije tokom samog postupka, poništavanje nezakonitih odluka i naknadu štete. Pravna sredstva, odnosno mjere pravne zaštite, predviđena su kumulativno i nezavisno od vrste postupka javne nabavke. Drugačija pravila važe za nabavke uređene Direktivom 92/13/EEZ.

Analizu sadržaja teksta započinjemo činom aktivne legitimacije koji direktive pravne zaštite omogućavaju prilično ekstenzivno. Aktivno je legitimisan svako ko ima, ili je imao, interes za dodjeljivanje nabavke i ko je bio, ili bi mogao biti, oštećen zbog pretpostavke kršenja. Ovako određena aktivna legitimacija širokom krugu „subjekata legitimacije“ omogućava pristup pravnoj zaštiti, s jedne strane, a s druge strane, nastoje se izbjeći moguće zloupotrebe. Pravo na pravnu zaštitu, utemeljeno na objektivnim kršenjima, ograničeno je na Evropsku komisiju (odnosno drugu državu članicu), ali ni one ne mogu pokrenuti postupak na nacionalnom nivou nego, na posljednjoj instanci, pred Sudom Evropske unije. Na nacionalnom nivou svako treba iskazati aktivnu legitimaciju. Tako se postupkom pravne zaštite, kao što je u uvodu već spomenuto, ostvaruju, više ili manje, isključivo privatni interesi (ponudioca). Sud EU je na području aktivne legitimacije već stvorio obimnu sudsku praksu. Tako je sud u slučaju C-230/02, Grossman Air Service odlučio da zahtjeve člana 1(3) i 2(1)(b) Direktive Vijeća 89/665/EEZ treba interpretirati tako da ne zabranjuju razmatranje aktivne legitimacije kao da je, nakon što je po-

nuda javne nabavke već data, izgubila pravo na pravnu zaštitu u žalbenom postupku ako nije učestvovala u postupku davanja ponude javne nabavke stoga što nije mogla ponuditi sve usluge raspisane u tenderu, jer su zahtjevi tenderske dokumentacije navodno bili diskriminatorski pa se već prije davanja ponude na to nije žalila. Isto tako, tijelu pravne zaštite ne treba dopustiti da ponudu (ponuđača), koju naručilac nije razmatrao kao nepravilnu, ocijeni kao takvu i na toj osnovi ponuđaču ospori pravo na pravnu zaštitu. Naime, Sud EU je u presudi C-249/01, Werner Hackermüller i Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG odlučio da član 1(3) Direktive 89/665/EEZ ne dopušta odbijanje saradnje u žalbenim postupcima, određenim direktivom, ponuđaču koji osporava zakonitost odluke naručioca o davanju ponude javne nabavke, u kojem njegova ponuda nije ocijenjena najpovoljnijom s toga što bi naručilac njegovu ponudu trebalo već na početku da isključi iz drugih razloga (ali nije isključio) i posljedično nije bio oštećen niti je, zbog tvrdnje o kršenju, postojao rizik nastajanja štete. U žalbenom postupku, na koji, dakle, ima pravo, ponuđaču treba dopustiti da osporava razloge za isključivanje na osnovu kojih tijelo pravne zaštite u postupku žalbe namjerava zaključiti da ponuđač nije bio oštećen niti je, zbog navodnog kršenja, postojao rizik štete.

Države mogu, od lica koje namjerava zatražiti pravnu zaštitu, zahtijevati da prethodno o tome obavijesti naručioca o navodnom kršenju i o svojoj namjeri (član 1 tačka 3 Direktiva) pokretanja pravne zaštite. Odredba bi trebalo da podstiče neformalne nagodbe, ali njeno unošenje u nacionalno zakonodavstvo ni u kom slučaju ne bi smjelo dati mogućnost nepotrebnog odlaganja djelotvorne pravne zaštite. Direktive pravne zaštite ne određuju tijela pravne zaštite, ali određuju posebne mjere opreza za slučajeve kad u postupcima pravne zaštite ne odlučuju sudovi. Direktive dopuštaju i mogućnost da ovlaštenja za sprovođenje mjera budu dodijeljena raznim tijelima.

Pokretanje postupaka određenih direktivama samo po sebi nema suspenzivno dejstvo (član 2 tačka 3 Direktiva), a takva bi trebalo da bude i praksa većine nacionalnih zakonodavstava država članica.

Mjere pravne zaštite, odnosno ispravnije rečeno obaveze države kod osiguravanja pravne zaštite u dosadašnjem su tekstu već spomenute. Prva obaveza, zapisana u direktivama pravne zaštite, zahtijeva intervenciju tokom samog postupka i to s mogućnošću donošenja privremenih mjera sprečavanja za otklanjanje navodnog kršenja ili sprečavanje daljeg nanošenja štete stranci čim je to moguće (jednostavnije: privremene mjere), uključujući zaustavljanje ili jemstvo zaustavljanja postupka javne nabavke ili ostvarivanja bilo koje odluke naručioca (član 2 tačka 1a Direktiva). Mogućnost izdavanja privremenih mjeri antipod je odredbi 3 tačka 2 člana obje Direktive prema kojima države imaju mogućnost regulisanja pravne zaštite na takav način da pokrenuti postupak pravne zaštite nema suspenzivno dejstvo. Intervencija tokom samog postupka javne nabavke važan je instru-

ment prije svega onda kad pravna pravila ne omogućavaju poništavanje već sklopljenog ugovora (mjera br. 2) i kad visina odštete ne daje odgovarajuće zadovoljenje (mjera br. 3). Direktive državama članicama daju mogućnost da same predvide odgovarajuće mjere i odrede koje je tijelo mjerodavno za odlučivanje o privremenim mjerama. Ističe se samo značenje upozoravanja i trenutnog djelovanja u slučaju kršenja. Direktive, prije svega, žele osigurati djelotvoran postupak pravne zaštite. Uzeta je u obzir mogućnost da bi, u slučaju kršenja i djelovanja u vezi s kršenjem, mogla nastati neuporedivo veća šteta nego u slučaju ostvarivanja odluke donesene nasuprot pravilima, čime se javni interes postavlja iznad privatnog. U slučajevima kada bi štetne posljedice takvog postupanja bile veće od koristi, pravila dopuštaju da se mjera ukidanja kršenja ne sprovede. Takvo rješenje uzima u obzir suprotstavljene interese postupaka javne nabavke i u izuzetnom slučaju zaštitu ponuđača podredi djelotvornosti konkretnog postupka javne nabavke. Privremenim mjerama izbjegava se nepopravljiv položaj i omogućava trenutno popravljavanje grešaka. Tako će, pored odloženog zadovoljavanja javnog interesa, u slučaju ponavljanja postupka javne nabavke, biti kažnjeni i drugi, bona fides ponuđači, koji će, zbog novog postupka, imati dvostruke troškove. Kasnijim zadiranjem u već sklopljeni ugovor negativne posljedice poništavanja ugovora nije moguće izbjeći.

Kao druga mjera predviđeno je poništavanje nezakonitih odluka, odnosno poništavanje i jemstvo poništavanja nezakonitih odluka, uključujući i ukidanje diskriminatorskih tehničkih, ekonomskih ili finansijskih specifikacija u tenderskoj dokumentaciji, ugovornim dokumentima ili u bilo kojem drugom dokumentu povezanom s postupkom javne nabavke (član 2 tačke 1b Direktiva). Trebalo bi da bude omogućeno poništavanje odluke o izboru i/odnosno diskriminatorskim tehničkim, ekonomskim i finansijskim uslovima nadmetanja (vidi, na primjer, C-448/01, EVN AG). Direktive u jednakoj mjeri garantuju pravnu zaštitu i protiv odluke o tome da se javna nabavka ne dodijeli, pored ostaloga, i tako što tijelo pravne zaštite (u slučaju kršenja prava Zajednice o javnoj nabavci, odnosno nacionalnih propisa koji to pravo implementiraju) takvu odluku poništi. Tako je Sud EZ, u slučaju C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs- GmbH (HI) protiv Stadt Wien, odlučio da nacionalni poredak, koji tijelima pravne zaštite u takvim slučajevima omogućava samo presudu eventualne arbitrarnosti odluke o tome da se javna nabavka ne dodijeli, nije u skladu sa Direktivom 89/665/EEZ. Sud je bio mišljenja da ovako usku presudu ne dopuštaju ni tekst niti duh te Direktive. Sud, međutim, nije odgovorio na pitanje na kakav način pravnu zaštitu treba osigurati, nego je samo upozorio da pri tom moraju biti poštovana, naročito, načela ravnopravnosti i djelotvornosti.

Mogućnost poništavanja odluke o izboru može se, do sklapanja ugovora, ograničiti. Stanovište je Suda Evropske zajednice, u slučaju C-81/98, Alcatel Austria AD i drugi, Siemens AG Oesterreich, Sag-Schrack Anlagen technik AG protiv Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, da u takvim slučajevima odluku o dodjeli javne nabavke ponuđačima treba saopštiti u razumnom vremenu prije sklapanja ugovora. Nakon toga

je moguća odštetna sankcija. S toga, poništavanje već sklopljenog ugovora o javnoj nabavci nije obavezna mjera ali se za takvu mogućnost odlučila većina država članica, a na osnovu analize presude u slučaju C-87/94R Komisija protiv Belgije (Transport case) za nju se zalaže i Sud Evropskih zajednica. Države mogu propisati da u slučaju podnošenja zahtjeva za odštetu (zbog nezakonite odluke) takvu nezakonitu odluku mora prvo poništiti mjerodavno tijelo.

Među obaveznim mjerama koje zahtijevaju direktive pravne zaštite nalazi se i garantovanje naknade štete—davanje odštete osobama oštećenim kršenjem propisa (tačke 1c, člana 2 u obje Direktive) u što bi se, pored neuspješnog ponuđača, mogao ubrojiti i naručiočev dobronamjerni ugovorni partner. Naknada štete u klasičnom (javnom) kao i u infrastrukturnom sektoru obavezna je mjera koja proizilazi i iz člana 18 preambule Direktive 92/13/EEZ : „... jer uvijek mora postojati mogućnost podnošenja odštetnog zahtjeva“. Pa ipak, Direktiva 89/665/EEZ ne određuje detaljnije ni uslove za odštetnu odgovornost niti visinu (obim) odštete. Osim toga, država može propisati, izuzev u slučajevima kada odluku o dodjeli javne nabavke treba poništiti prije dodjele odštete, da mjerodavno tijelo smije, nakon sklapanja ugovora, odlučivati još samo o dodjeljivanju odštete. Bez obzira na skromne odredbe, regulisanje tog pitanja je, takođe, jedan od prioriteta regulisanja pravne zaštite. Pri tom je Direktiva 92/13/EEZ određenija. Bez obzira na sve navedeno, ima više argumenata za stanovište da direktive o pravnoj zaštiti namjeravaju jasno regulisati samo naknadu troškova učestvovanja u postupku javne nabave i pri tom ne žele posezati u nacionalna pravila o visini naknade štete. Prema odredbi tačke 1d) člana 2 Direktive 92/13/EEZ, odnosno tačke 5 člana 2 Direktive 89/665/EEZ države mogu odrediti da spornu odluku, prije donošenja odluke o odštetnoj odgovornosti, treba prvo poništiti, odnosno da poništavanje nezakonite odluke može biti procesna pretpostavka za ostvarivanje odštete. Prema tački 6 istog člana u obje Direktive, država može mjerodavnost tijela, odgovornog za postupke pravne zaštite nakon sklapanja ugovora, ograničiti samo na priznavanje odštete (izuzev u slučaju kada je potrebno naručiočevu odluku poništiti prije davanja odštete). Ovakvu je mogućnost prihvatila većina država članica. Upravo je mogućnost ograničavanja poništavanja odluke samo do sklapanja ugovora dodatni argument u smjeru šireg priznavanja prava na odštetu. U takvim će slučajevima djelotvornost pravne zaštite nakon sklapanja ugovora biti procjenjivana isključivo s obzirom na pristupačnost i efikasnost odštetne zaštite.

Pored gore navedenih mjera, države članice imaju mogućnost da efikasnost pravne zaštite javne nabavke, na područjima vodosnabdijevanja, energetike, telekomunikacija i saobraćaja, osiguraju i drugim mjerama, a pored ostaloga posebno na takav način što će tijela pravne zaštite odrediti obavezu plaćanja određenog iznosa za slučajeve u kojima kršenje nije prestalo ili spriječeno (tačka 1c član 2 Direktive 92/13/EEZ). Naručilac mora platiti toliki iznos da bi ga (iznos) odvratio od kršenja ili istrajavanja na kršenju. Iznos se može odrediti zavisno o konačnoj odluci o tome je li do kršenja uopšte došlo. Po našem se mišljenju u tom slučaju radi o javnopravnoj dažbini (kazni), koju ne smijemo

zamijeniti odštetom za oštećenog ponuđača. Cilj ovog indirektnog pritiska na naručioce (na tom su području naručioци najčešće pravna lica građanskog prava) je njihovo sankcionisanje u specijalnoj i generalnoj prevenciji, dakle u odvraćanju od kršenja.

Mirovni i atestni postupak dodatne su mjere, uz čiju bi pomoć prije svega ojačalo povjerenje eventualnih ponuđača i javnosti u korektnost postupaka javne nabavke. Oba su postupka ograničena samo na javni sektor, a njihova je implementacija u nacionalni pravni poredak obavezna. Tome teže i odluke Suda Evropskih zajednica u slučaju C-225/97, Komisija protiv Francuske. Intenciju uvođenja mirovnog postupka (na nivou Zajednice) treba tražiti u omogućavanju mirnog rješavanja sporova. Tako član 31 Direktive 92/13/EEZ glasi: „... s obzirom na to da se treba pobrinuti za mogućnost pomirenja na nivou Zajednica i omogućiti da se sporovi rješavaju mirno“. Ko god ima, ili je imao, interes sklopiti ugovor o javnoj nabavci, a mišljenja je da je postupak sprovođenja javne nabavke bio kršen, može Evropskoj komisiji ili mjerodavnom tijelu u državi podnijeti zahtjev za sprovođenje mirovnog postupka. Osobi koja je podnijela zahtjev za mirenje, naručioци i ponuđačima, u mirovnom postupku treba da omogući iznošenje svojih navoda. Po jednog arbitra imenuje svaka stranka, a trećeg imenuje Evropska komisija sa stalne liste arbitara. Prije donošenja odluke arbitri se mogu o stručnim pitanjima savjetovati s vještacima. Cilj je postupka da se u što kraćem vremenu postigne rješenje spora, koje mora biti u skladu s pravilima javne nabavke. Postupak nije moguće pokrenuti ako naručilac odbije saradnju u mirovnom postupku.

I atestni je postupak regulisan dosta škrto. Naručilac može nezavisne revizore zamoliti da provjere već sprovedene postupke javne nabavke i njihovu ocjenu objaviti u službenom listu Zajednice. Premda izvještaj nema nikakve (direktne) pravne posljedice, ipak se ocjenjuje da podstiče mišljenje nezavisnih revizora da se postupci provedu korektno, a kod ponuđača istog naručioца podstiče interes za buduću saradnju. Atestni postupci u praksi nisu našli svoje mjesto.

Već u uvodu napisano je da se mjerama koje predviđaju Direktive pravne zaštite na nacionalnom nivou ostvaruju privatni interesi, a na nivou Zajednice javni interesi (Komisije). Do sada je sažet dio u kojem se osiguravaju privatni interesi, pa nastavljamo s postupkom pred Evropskom komisijom, u skladu sa članom 3 Direktive 89/665/EEZ i članom 8 Direktive 92/13/EEZ.

Preambule Direktiva pravne zaštite sadrže ishodište da Evropskoj komisiji treba dati mogućnost upozoravanja mjerodavnih organa u državama članicama i naručioца kada god smatra da je došlo do jasnog i očiglednog kršenja postupka javne nabavke, da primjerenim mjerama kršenje brzo otklone (stav 17 Direktive 89/665/EEZ i stav 31 Direktive 92/13/EEZ). Član 3 Direktive 89/665/EEZ i član 8 Direktive 92/13/EEZ normativno regulišu mjerodavnost Evropske komisije u slučaju jasnog i očiglednog kršenja propisa Zajednice o javnoj nabavci. S obzirom na to da se kao naručioци javljaju i (od

države nezavisne) osobe privatnog prava i pošto u takvim slučajevima, u pravilu, uticaj države na postupak javne nabavke nije moguć, treba odredbe člana 3 Direktive 89/665/EEZ, a naročito člana 8 Direktive 92/13/EEZ, primjereno implementirati u nacionalno zakonodavstvo država članica (vidi C-236/95, Komisija protiv Grčke) i na taj način omogućiti sprovođenje instituta. Posebne su odredbe člana 3 Direktive 89/665/EEZ već bile spomenute. U ovom sklopu detaljnije razmatramo kompletan postupak po članu 3 te Direktive koji određuje nadležnost Evropske komisije u postupku navodnog kršenja propisa Zajednice o javnoj nabavci. Postupak je prema tom članu motivisan isključivo javnim interesima Zajednice. Tako već u preambuli Direktiva pravne zaštite nailazimo na ishodište da Evropskoj komisiji treba dodijeliti mogućnost – poseban mehanizam upozoravanja mjerodavnih tijela u državama članicama i naručioca – da uvijek, kad misli da je u postupku javne nabavke došlo do jasnog i očitog kršenja propisa Zajednice, ta kršenja brzo otkloni (stav 17 Direktive 89/665/EEZ i stav 30 Direktive 92/13/EEZ). U protivnom bi slučaju, u skladu s načelima dispozitiva postupka pravne zaštite, zaista moglo doći do slučajeva da određena kršenja uopšte ne bi bilo moguće otkloniti kad oštećeni ne bi ostvarivali pravnu zaštitu (stav 16 Direktive 89/665/EEZ i stav 29 Direktive 92/13/EEZ). Zadatak je Evropske komisije da osigura pravilnu implementaciju te upotrebu Direktiva i prakse u državama članicama. Ako smatra da su jasno i očito bili kršeni propisi Zajednice o javnoj nabavci, Evropska komisija smije započeti s postupkom pravne zaštite po članu 3 Direktive 89/665/EEZ prije sklapanja ugovora. S toga u sklopu predstavljenog instituta pažnju treba posvetiti tekstu odredbe člana 3 Direktive 89/665/EEZ, koja:

- postupak ograničava samo do onog trenutka kada ugovor o dodjeli javne nabavke još nije sklopljen i pri tom striktnost regulative „omekšava“ stajalište suda izraženo u presudi C- 359/93, Komisija protiv Holandije, te
- zahtjev da se mora raditi o jasnom i očitom kršenju propisa Zajednice o javnoj nabavci, u što treba uvrstiti i odredbe Osnivačkog ugovora (vidi C-57/01, Makedoniko Metro, Mikhaniki AE protiv Elliniko Dimosio). S druge strane, u nadležnost Komisije, na osnovu tog člana, ne spadaju nabavke koje ne dopiru do praga vrijednosti Direktiva.

Evropska komisija, u skladu sa tačkom 2 člana 3, državu i naručioca kumulativno obavještava o razlozima na osnovu kojih zaključuje da se radi o jasnom i očiglednom kršenju propisa o javnoj nabavci Zajednice, te zahtijeva otklanjanje tog kršenja. U roku od 21 dana od prijema obavještenja, mora država (ne naručilac, koji u postupku nema nikakvih obaveza) Komisiju obavijestiti o tome da je kršenje otklonjeno (u tom će slučaju Evropska komisija postupak obustaviti ili će, ako obavještenje ne bude uvjerljivo, o tom slučaju izdati obrazloženo mišljenje) ili obrazložiti zašto do otklanjanja kršenja nije došlo (u tom slučaju Evropska komisija ima jednake mogućnosti kao prije) odnosno obavijestiti

da je naručilac zadržao postupak javne nabavke, i to na vlastitu inicijativu ili na osnovu odluke tijela mjerodavnog za pravnu zaštitu. U tom će slučaju Evropska komisija postupak po pravilu zaključiti, ali nije isključena ni mogućnost da se postupak nastavi izdavanjem obrazloženog mišljenja i eventualnim podnošenjem tužbe. U skladu sa navedenim, postupci su pravne zaštite na nivou države i Zajednice međusobno nezavisni. Evropska komisija će na osnovu odgovora države, odnosno ako tog odgovora ne bude (blagovremeno; pri tom upozoravamo da se radi o de facto, a ne i o de iure instruktivnom roku), donijeti odluku o daljim mjerama.

U slučaju da Evropska komisija istraje na tvrdnji o postojanju kršenja, sljedeći je korak izdavanje obrazloženog mišljenja. S druge strane, naručilac, za razliku od države, u postupku nema nikakve formalne obaveze. Prema pravnom poretku Zajednice, nadležnosti su Evropske komisije ograničene sprovođenjem postupaka protiv država članica, a ni u tom slučaju nisu moguće direktne sankcije (izuzetak je konkurentno pravno područje) nego se postupak može samo nastaviti na sudovima Evropskih zajednica, što znači da su nadležnosti Evropske komisije (isključivo) nadnacionalne.

Poseban postupak, određen u članu 3 Direktive 89/665/EEZ, ne zadire u ostale nadležnosti Evropske komisije određene Amsterdamskim ugovorom. U praksi su obavještenje po članu 3 Direktive 89/665/EEZ i pismo o kršenju ekvivalentni. Drugim riječima, pismo o kršenju je kod javne nabavke, u slučajevima prije sklapanja ugovora, obavještenje po članu 3 Direktive 89/665/EEZ. Evropska komisija to praktično izvede tako što u obavještenju o kršenju navede da je obavještenje istovremeno i pismo o kršenju. Tako se u slučaju člana 3 Direktive radi o preventivnom djelovanju Komisije, ali navedena nadležnost niti ukida niti zamjenjuje, a još manje zadire u nadležnosti Evropske komisije koje ima na osnovu člana 226 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice. Zato Evropska komisija može započeti postupak pravne zaštite i direktno po odredbama Ugovora o osnivanju Evropske zajednice i to bez obzira na to što postupak po članu 3 nije primijenila, odnosno bez obzira na što je ugovor o izvođenju javne nabavke već sklopljen (vidi uslove za postupak po članu 3).

Po smislu jednake odredbe kao što su u članu 3 Direktive 89/665/EEZ, sadrži i član 8 Direktive 92/13/EEZ s tom razlikom što je u postupcima po Direktivi 92/13/EEZ rok u kojem država treba da odgovori na tvrdnju o kršenju produžen sa 21 na 30 dana (tačka 3 člana 8).

U gore navedenim izlaganjima više se puta spominje da je odluka tijela mjerodavnog za odlučivanje o pravnim sredstvima ponuđača protiv odluke naručioca prepuštena državama članicama. U mnogim takvim slučajevima o zahtjevu za pravnu zaštitu ne odlučuju sudovi nego posebna prima facie nesudska tijela (pri tom je izuzetak zaštita odštete, koja je u pravilu u nadležnosti sudova). Razloge za takvo uređenje treba tražiti u

nužnosti osiguravanja hitnog postupka i (ponekad takođe) suspenzivnog dejstva podnesenog pravnog sredstva – hitnosti da mjerodavno tijelo o podnesenom pravnom sredstvu odluči što prije. Priroda javne nabavke (davanje izgradnje autoputeva ili samo nabavka robe i usluga za obavljanje svakodnevnog posla) i sistem pravne zaštite (mogućnost poništavanja odluka o izboru, odnosno kompletnog postupka javne nabavke) ne dopuštaju da zahtjevi iz postupaka javne nabavke budu na sudu u istom redu čekanja s ostalim zahtjevima jer je takav način pravne zaštite nedjelotvoran. Direktive inače zahtijevaju da, u slučaju kada mjerodavna tijela za odlučivanje o pravnoj zaštiti nisu sudska tijela, svaku odluku treba argumentovati u pisanoj formi. U tom slučaju države moraju osigurati da navodno nezakonita odluka mjerodavnog tijela pravne zaštite ili svaki propust u sprovođenju njegovih ovlaštenja mogu biti predmet sudske zaštite ili provjere drugog tijela koje je sud ili tribunal po članu 234 Amsterdamskog ugovora, i koje je nezavisno od naručioca i organa za provjeru pravilnosti postupka javne nabavke. Sistem pravne zaštite po kojem o zahtjevima odlučuju specijalizovana tijela podstiče i Evropska komisija, a isti se nagovještaj može razabrati i iz novih Direktiva 2004/17/EZ (član 72) i 2004/18/EZ (član 81).

■ PRIJEDLOG NOVIH DIREKTIVA PRAVNE ZAŠTITE

Na kraju predstavljanja treba samo spomenuti da je i na nivou EU već započela reforma postupaka pravne zaštite.¹ Evropska komisija je u maju 2006. osnovala prijedlog Direktive koja usklađuje direktive pravne zaštite i kojom bi se poboljšala efikasnost postupaka revizije postupaka dodjele javne nabavke, a Parlament je prijedlog podržao na prvom čitanju krajem juna 2007.

U skladu sa prijedlogom Direktiva, prava ponuđača bi se usavršila na više načina, npr.:

naručilac bi morao, poslije prijema odluke o izboru najpovoljnijeg ponuđača, sačekati barem 10 dana prije nego što bi mogao potpisati ugovor;

posebnu pažnju Direktiva posvećuje tzv. ilegalnim direktnim ugovorima o javnoj nabavki, koje će nacionalni sudovi moći poništiti ako su sklopljeni bez transparentnosti i prethodnog nadmetanja;

za ugovore, sklopljene na bazi okvirnih sporazuma i dinamičnih nabavnih sistema, gdje su brzina i efikasnost bitni za njihov uspjeh, Direktiva predviđa poseban mehanizam revizije.

Direktiva sada čeka na formalno prihvatanje od strane Vijeća, poslije čega će biti objavljena u Službenom listu EU kasnije ove godine. Države članice EU će imati 24 mjeseca za njenu implementaciju u svoja nacionalna prava.

1 Vidi obrazloženje i prijedlog teksta Direktive u prilogu.

ULOGA EVROPSKE KOMISIJE I EVROPSKOG SUDA PRAVDE

■ UVOD

Pravna zaštita u prvom se redu garantuje decentralizirano, na nivou država. Osim ove pravne zaštite, u državama članicama pravnu zaštitu je moguće ostvariti i pred tijelima Evropske zajednice. Ovdje je važno istaći da pravna zaštita pred tijelima Evropske zajednice nije supsidijarna u poređenju sa pravnom zaštitom u pojedinoj državi, niti je nadređena toj zaštiti.

Pod pojmom pravne zaštite na nivou Evropske zajednice u prvom redu podrazumijevamo pravnu zaštitu pred Evropskim sudom pravde u Luksemburgu (eng. *Court of Justice of the European Communities*, u nastavku teksta: Evropski sud pravde). Pravna zaštita u postupku predaje javnih nabavki je naime u zadnjoj instanci zagarantovana upravo mogućnošću podnošenja tužbe Evropskom sudu pravde protiv države članice koja, odnosno čija je unutrašnja institucija kršila obaveze koje proizilaze iz Amsterdamskog ugovora (u nastavku teksta taj naziv upotrebljavamo za (Rimski) Ugovor o osnivanju Evropske ekonomske zajednice, kasnije (samo) Evropske zajednice i u zadnjoj instanci Evropske unije). Radi se o tzv. tužbi zbog neispunjavanja obaveza od strane država članica, dok ostali subjekti nisu pasivno legitimisani. U postupku osiguravanja pravne zaštite ima, osim Evropskog suda pravde, posebnu ulogu (i) Evropska komisija, kao zaštitnik pravnog uređenja Evropske zajednice² i kao takva je legitimisana za podnošenje tužbe protiv države članice. Prema odredbama Amsterdamskog ugovora, mogućnost podizanja tužbe ima radi neispunjavanja obaveza država članica, osim Evropske komisije i svaka država članica, ali takvi su postupci vrlo rijetki. Postupci koje sprovodi Evropske komisija nemaju (samo) svrhu garantovanja pravne zaštite (pojedinačnom oštećeniku) i posredan preventivan uticaj na ostale potencijalne prekršitelje (specijalno i generalno preventivnog značenja), nego igraju posebno bitnu ulogu kod osiguravanja odgovarajuće implementacije i primjene prava zajednice te posljedično utiču na njegov razvoj. Postupci Komisije u prvom redu imaju uzrok u javnom interesu zajednice.

S druge strane, aktivnu legitimaciju za podnošenje tužbe privatni ili ostali javnopravni subjekti nemaju. Jedina mogućnost koji ovi subjekti na nivou zajednice imaju je ta da uvjere Evropsku komisiju ili državu članicu da podigne(u) tužbu protiv države „prekršiteljice“.

2 Mathijsen, A guide to European Community Law, str. 53; dr. Mirko Ilešić, Pravo evropske zajednice, str. A/54, ovu funkciju označava: „zaštitnik poštovanja pravila zajedničkog tržišta“.

■ POSEBNA ULOGA EVROPSKE KOMISIJE

Bez sumnje, uloga Evropske komisije je ključna u osiguravanju pravne zaštite i razvoja Evropskog prava i osiguravanja njegove odgovarajuće implementacije i primjene. Što se tiče uslova i postupaka na nivou zajednice, Komisija mora osigurati da se odredbe iz osnivačkog ugovora, te na njegovoj osnovi prihvaćene mjere, stvarno ostvaruju.

■ IZVORI INFORMACIJA EVROPSKE KOMISIJE

Na koji način izvršno tijelo Evropske zajednice (sa sjedištem u Briselu) obavlja ulogu zaštitnika zakonitosti na različitim područjima (javne nabavke, državne pomoći, konkurencija,..)? Na koji način Evropska komisija dolazi do informacija o pretpostavljenim kršenjima?

Evropska komisija locira kršenja na osnovu, prije svega sekundarnih pravnih izvora, a posebno na osnovu:

- notifikacija koje su države dužne obaviti; države članice moraju o implementaciji teksta direktive obavijestiti Evropsku komisiju, a uz notifikaciju, države su dužne priložiti i tekst popisa,³
- izvještaji država članica o sprovedenim postupcima,
- stalnog obavljanja tzv. monitoring programa; pri tom je potrebno upozoriti na praksu koja pokazuje da su utvrđena kršenja na određenom širem području često posljedica otkrića pojedinačnih kršenja.
- inicijativa, pritužbi i ostalih informacija koje Evropskoj komisiji pružaju oštećeni pojedinci.⁴ I u takvim se slučajevima događa da se na osnovu utvrđivanja pojedinačnih kršenja otkriju kršenja na širem području,
- aktivnosti diplomatske mreže Evropske zajednice, aktivnosti država članica te preko generalnih direktorijata,
- pitanja parlamenta i peticija Evropskom parlamentu,
- službene prijave država članica.

■ NAČELO OPORUNITETA PRILIKOM POKRETANJA POSTUPAKA

Uprkos tome što je Evropska komisija zaštitnik prava zajednice, to ne znači da mora postojati dužnost da postupak pokrene u svakom slučaju, čak i ako je mišljenja da bi moglo doći do kršenja prava zajednice. Evropska komisija dakle može pokrenuti takav

³ Radi neizvršenja notifikacija već su bili pokrenuti postupci protiv države (vidi C-274/83, Commission v. Italy).

⁴ Vidi slučaj C-87/94R, Commission v. Belgium.

postupak, ali ga nije dužna pokrenuti (tzv. načelo oportuniteta). Ako ga ne pokrene, ne izlaže se eventualnim ostalim postupcima radi vlastite neaktivnosti.⁵ Ali, ne može se očekivati da bi Evropska komisija jednako aktivnu ulogu igrala i u slučaju znatnog povećanja broja „inicijativa“.

Tako se, dakle, susrijećemo sa navodom da bi se uloga Evropske komisije u takvom slučaju ograničila na područja gdje su kršenja direktiva i osnivačkog ugovora posebno izražena u odnosu na pravno i ekonomski bitnije slučajeve, i da ne postupa u slučaju pojedinačnih, izolovanih kršenja. Evropska komisija oštećenike i neposredno podstiče na to da joj javljaju o kršenjima, između ostalog i time što im garantuje anonimnost.

■ SADRŽAJ KRŠENJA

Sadržaj kršenja na koja reaguje Evropska komisija je raznolik. Kršenja je u grubo moguće kategorizovati na kršenja zakonodavstva (neimplementacija, odnosno nepravilna implementacija direktiva) i kršenja u praksi (kršenja na konkretnim primjerima dodjele javnih nabavki, državne pomoći, koncesija, konkurencije, zabrane diskriminacije putem državnih monopola, uslovna nedopuštenost državnih subvencija, zabrana diskriminacije na poreskom području...) iako među njima nije moguće povući oštru crtu, jer kršenja su u praksi često posljedica nepravilne, odnosno ne-implementacije. Sadržaj kršenja raznolik je i s gledišta da li kršenja analiziramo sa stanovišta nalaza Evropske komisije ili sa stanovišta sudskih presuda.

Osim ovih kršenja, sa gore navedenim kršenjima može se intervenisati u načela i pravila Amsterdamskog ugovora, i to:

- načela nediskriminacije na osnovu nacionalnosti,
- načela slobodnog protoka roba i zabrane količinskih ograničenja kod uvoza i izvoza te ostalih mjera koje bi mogle imati jednak učinak,⁶
- načela slobodnog protoka usluga; slobodno obavljanje usluga pod jednakim uslovima u svim državama članicama, bez obzira na to u kojoj je državi sjedište preduzeća,
- pravo na izbor sjedišta; slobodno osnivanje preduzeća država članica na području bilo koje druge države članice,
- načela o slobodnom protoku kapitala,
- konkurentsko-pravna pravila.

⁵ Vidi C-83/97 T i C-422/97, Sateba v. Commission.

⁶ U tu je svrhu već 1970. godine na osnovu tadašnjeg člana 33 Rimskog ugovora prihvaćena direktiva koja bi trebalo da spriječi ograničenja slobodnog protoka roba u slučajevima kada se država, regije i ostale lokalne zajednice, te ostale osobe javnog prava pojavljuju kao kupci (Direktiva komisije 70/32/EEC). O javnim nabavkama i slobodnom protoku robe vidi u Oliver, Free movement of goods, str. 138 - 141.

■ ODNOS IZMEĐU POSTUPAKA NA NIVOU EVROPSKE ZAJEDNICE I DRŽAVE ČLANICE

Pravna zaštita od tijela Evropske zajednice nije ni supsidijarna u poređenju sa pravnom zaštitom u pojedinoj državi, niti je nadređena toj zaštiti. Radi se o postupcima pravne zaštite koji se, po pravilu, odvijaju paralelno ili slijedno i nezavisno jedan od drugog. Da je sistem postavljen na taj način svjedoči i činjenica da Evropska komisija može nastaviti s postupkom pravne zaštite i u slučaju kada je oštećenik u postupku pred nacionalnim sudom u cjelosti uspio, kao i u slučaju odustajanja od postupka pravne zaštite. Pravna zaštita (oštećenika) pred nacionalnim sudom i pravna zaštita pred sudom Evropskih zajednica se, bez obzira na različite ciljeve, efekte i sankcije sudskih postupaka, ne isključuju.⁷ Pravosnažnost sudske odluke u državi članici nema nikakav uticaj na postupak pred organima Evropske zajednice. Iz navedenog jasno su vidljivi javni interesi zajednice koji su u postupku pravne zaštite na nivou zajednice po pravilu postavljeni ispred privatne koristi pojedinog oštećenika. Uprkos tome, pokretanje postupka za oštećenike nema samo simbolično značenje, nego može dovesti i do rezultata koji se ne bi mogli postići prema unutrašnjim pravilima.

Evropska komisija može započeti postupak pravne zaštite i samo na osnovu objektivne činjenice kršenja, dok oštećenici pred nacionalnim tijelima pravne zaštite moraju dokazivati (stroge) uslove aktivne legitimacije. S druge strane, potrebno je priznati da u slučaju da Evropska komisija, odnosno druga država članica, odbije oštećenikovu inicijativu za pokretanje postupka protiv određene osobe, isti protiv odluke nema pravnu zaštitu, niti sam takav postupak može pokrenuti. Evropska komisija u takvom postupanju ima potpunu diskreciju, jer je na postupanje niko ne može prisiliti.⁸ Inače, pravna i stvarna sporost postupaka pravne odštetne zaštite, te ograničen ili često nejasan opseg naknade štete u državama, od Evropske komisije traže da postupcima pravne zaštite na nivou Evropske zajednice dodijeli još važniji položaj od onoga koji imaju sada.

■ POSTUPAK PRIJE PODIZANJA TUŽBE

Pravna zaštita u različitim postupcima na nivou Evropske zajednice u najvišoj je i konačnoj instanci zagarantovana upravo mogućnošću podizanja tužbe protiv države članice pred Evropskim sudom pravde. Prije nego Evropska komisija (odnosno država članica) na sudu podigne tužbu protiv (druge) države članice, potrebno je ispuniti neke

7 Vidi C-85/85, *Commission v Belgium*: »... 3 . The existence of remedies available through the national courts for challenging measures incompatible with community law cannot prejudice the making of the application referred to in article 169 of the treaty since the two procedures have different objectives and effects.«.

8 C-48/65, *Lutticke v. Commission*, C-247/87, *Star Fruit Company SA v. Commission*, C-87/89, *SONITO v. Commission*.

pretpostavke postupka. Crvenu nit svih faza postupka predstavlja jemčenje kontradiktornosti. Uz to, valja naglasiti da je postupak pravne zaštite moguće završiti i u jednoj od među faza.

2.7.1. PISMO O KRŠENJU („LETTER OF INFRINGEMENT“)

Prvi korak u postupku pravne zaštite čini Evropska komisija time što državi šalje tzv. „letter of infringement“ (engl., u nastavku teksta: pismo o kršenju), kojim obavještava državu o navodnom kršenju i pruža joj mogućnost da se izjasni o navodima za koje se tereti. Time započinje tzv. administrativna faza postupka. Pri tom, u praksi Evropska komisija prije navedenog formalnog koraka obavi više ili manje neformalna ispitivanja. Ovo znači da Evropska komisija izdaje pismo o kršenju tek kada je u počinjeno kršenje uvjerena. Posebno u fazi neformalnih ispitivanja, mogućnosti za ovakva i onakva uvjeravanja je i više nego dovoljno, iako su mogućnosti za ovakva uvjeravanja na raspolaganju i unutar uvodnog postupka koji započinje, kao što smo naveli, pismom državi za koju je Evropska komisija mišljenja da nije ispunila neku od svojih obaveza, odnosno da neka od unutrašnjih institucija države te obaveze nije ispunila. O tome da li će i kada će pokrenuti postupak, kako je već navedeno, Evropska komisija je potpuno samostalna.⁹ Tek, i ako predmetni postupak prođe bez uspjeha, dakle ako država članica ne prihvati mišljenje Evropske komisije, odnosno, ako ne uspije uvjeriti Evropsku komisiju da nema razloga za pokretanje postupka, Komisija pokreće formalni postupak utvrđivanja kršenja, kako je to određeno Amsterdamskim ugovorom.

U hitnim slučajevima dakle, Evropska komisija može izdati pismo o kršenju neposredno, bez prethodnog neformalnog postupka prikupljanja informacija. Bez obzira na to, država mora imati dovoljno vremena da na prigovoreno kršenje odgovori, kao i na to da kršenje koje joj Evropska komisija stavlja na teret, riješi bez sudskog postupka.

2.7.2. OBRAZLOŽENO MIŠLJENJE („REASONED OPINION“)

Ukoliko Evropska komisija odgovorom države nije zadovoljna ili ne primi odgovor na pismo o kršenju i želi predmet prepustiti sudu, prije toga mora izdati tzv. „reasoned opinion“ (engl., u nastavku teksta: obrazloženo mišljenje). Obrazloženo mišljenje mora sadržati navode o kršenjima i njihovo obrazloženje, te zahtjev za usklađivanje s pravom zajednice. Sadržaj pisma o kršenju i obrazloženo mišljenje moraju biti usklađeni. Pri tom, Evropska komisija mora državi omogućiti da u određenom roku, koji nije nikakvim propisom posebno određen, nego zavisi od hitnosti predmeta, predmetno kršenje otkloni, odnosno djelovanje uskladi sa zahtijevanim (usluga, napuštanje, dopuštanje). U

9 Mathijsen, *A guide to European Community Law*, str. 56.

većini slučajeva Eropska komisija bi trebalo da odredi rok od tri mjeseca,¹⁰ a u izuzetnim slučajevima navedeni rok može biti i kraći. Ukoliko država u zadatom roku ne ispuni zahtjeve, ispunjeni su procesni uslovi za podizanje tužbe pred Evropskim sudom pravde. Opet valja upozoriti da se kod odlučivanja o podizanju tužbe radi o potpunom diskrecionom pravu Evropske komisije.

■ PRIVREMENE MJERE

S obzirom na to da je pretpostavka za izdavanje privremene mjere sprovođenje postupka prema članu 226 Amsterdamskog ugovora, Evropska komisija se često služi mjerom kada uz izdavanje obrazloženog mišljenja zahtijeva otklanjanje kršenja i osim toga zahtijeva i zadržavanje daljeg sprovođenja postupaka koji mogu predstavljati kršenje pravila zajednice. Time de facto ide korak ispred same sebe jer zahtjeve za zadržavanje postupka ne može adresirati na sud, nego samo na prekršitelja. Izdavanje privremene mjere moguće je naime zahtijevati tek tada kada je tužba protiv države podnijeta sudu.

Podizanjem tužbe započinje, u skladu s Procesnim pravilima Evropskog suda pravde, sudski postupak.¹¹ Prosječno trajanje postupaka (samo) pred Evropskim sudom pravde iznosi više od dvije godine. Koliko vremena može trajati cjelokupni gore opisani postupak, od neformalnih kontakata, preko pisma o kršenju, obrazloženog mišljenja i konačno sudskog postupka, možemo samo nagađati, a u praksi to najčešće prelazi tri godine.

Amsterdamski ugovor u članu 243 omogućava da sud može u vrijeme litispence, na prijedlog Evropske komisije izdati (bilo kada) privremenu mjeru čime osigurava status quo daljih posljedica.¹² Svrha ovog postupka za izdavanje privremene mjere je dakle u suspenzivnosti (zadržavanju) daljeg sprovođenja određenih postupaka.¹³ U vezi sa tim, valja spomenuti da o izdavanju privremenih mjera, u slučajevima kada su naručioc i institucije Evropskih zajednica, odlučuje prvostepeni sud.¹⁴

Uprkos navedenom, još uvijek se pojavljuje pravna praznina, i to stoga što privremenu mjeru prije početka sudskog postupka nije moguće izdati. Ovu je prazninu djelimično moguće sanirati mogućnošću da sud privremenom mjerom zadrži dalje izvršavanje npr., već sklopljenog ugovora (vidi C-272/91R, Commission v. Italy, tzv. Italian lottery case),¹⁵ a djelimično time da sud može „poništiti“ već sklopljeni ugovor.

10 Kod kršenja odredbi pravila o predaji javnih nabavki često se može primijetiti rok od 3 mjeseca.

11 Rules of procedure of the Court of Justice of the European Communities, u nastavku teksta: „procesna pravila“. Vidi i Craig & De Burca, EC Law, text, cases & materials, 1998, str. 403, 404.

12 Stajalište da se privremena odredba može izdati (bilo kada), oblikovalo se tek 1977. godine (C-61/77R, C-31/77R i C-53/77R).

13 U literaturi nailazimo dikciju da je potrebno spriječiti položaj „fait accompli“.

14 Vidi T-60/98 R, od dana 26.5.1998. Sud Evropske zajednice u tim slučajevima odlučuje u slučaju žalbe.

15 Vidi i C-87/94R, Commission v. Belgium, tačka 35. I u Bright, Public Procurement Handbook, str. 79.

2.8.1. POSTUPAK ZA IZDAVANJE PRIVREMENE MJERE

Prijedlog za izdavanje privremene mjere potrebno je podnijeti kod predsjednika suda koji o njemu može samostalno odlučivati. Predsjednik suda obično prijedlog daje na odlučivanje sudu.¹⁶ Prije izdavanja privremene mjere po pravilu je državi potrebno dopustiti mogućnost da se o prijedlogu za izdavanje privremene mjere izjasni (član 84, stav prvi, procesnih pravila), radi čega se njeno izdavanje odlaže za mjesec ili dva. Radi navedenog procesnog pravila, u slučaju posebne hitnosti, dopušteno je izdavanje mjere bez prethodnog osiguravanja kontradiktornosti (tzv. ex parte privremena mjera) ali uz mogućnost njene kasnije izmjene ili opoziva (član 84 i 87, stav drugi procesnih pravila). Privremene mjere vremenski su ograničene (najčešće do izricanja presude), a njihov sadržaj ne smije ni u kakvoj mjeri uticati (prejudicirati) na odluke suda u glavnom predmetu (vidi član 36, stav treći, Statuta). Protiv odluke o izdavanju, odnosno odbijanju izdavanja privremene mjere ne postoji mogućnost žalbe ili drugo pravno sredstvo.

Sud je predmet i granice privremenih mjera u skladu s odredbama statuta i procesnih pravila odredio u predmetu C-20/81R, Arbed v. Commission, sa sljedećim:

„mjere te vrste moguće je izdati u slučajevima ako postoji njihovo prima facie činjenično i pravno opravdanje, ako je izdavanje mjere nužno u smislu da je potrebno u svrhu sprečavanja ozbiljne i nepopravljive štete dati istome učinak prije odluke suda u glavnom predmetu i ako je mjera privremene prirode, dakle onakve da neće uticati na odluke suda u glavnom predmetu.“

Za izdavanje privremene mjere biće potrebno, osim njene privremenosti („...dati učinak prije odluke suda u glavnom predmetu i ako je mjera privremene prirode, dakle, takva da neće uticati na odluku suda u glavnom predmetu...“), ispuniti tri uslova:

- radi se o tzv. prima facie pravno i činjenično utemeljenom slučaju,
- mora postojati nužnost ozbiljne i nepopravljive štete, te potreba sprečavanja i
- u vaganju interesa moraju razlozi za zadržavanje postupka prevagnuti nad razlozima protiv zadržavanja.

Prva dva gore navedena uslova moraju biti bezuslovno ispunjena, a kod trećeg uslova sud sprovodi vrednovanje. Sud sprovodi vrednovanje samo u slučaju kada su prva dva uslova kumulativno ispunjena.¹⁷

Takvu mjeru je Evropska komisija zahtijevala već u predmetu C-243/89, Commission v. Denmark, tzv. Storeabaelt case, ali je prijedlog bio radi sklopljenog izmirenja, povučen.

16 U takvom slučaju sud izdaje odluku na osnovu mišljenja pravobranitelja.

17 C-87/94R, Commission v. Belgium.

■ SUDSKA ODLUKA I NJENE POSLJEDICE (PONOVNI SUDSKI POSTUPAK)

Sudski postupak koji pokrene Evropska komisija ili država članica protiv (druge) države članice se prema članu 226, stav drugi, Amsterdamskog ugovora završava presudom o utvrđivanju kojom sud utvrdi (deklariše) da je:

- država članica neposredno, odnosno osoba za čije je postupanje država odgovorna, kršila odredbe prava zajednice, ili
- tužbeni zahtjev (djelimično ili u cijelosti) odbačen.

U izreci presude sud nikada ne navodi da je pravo zajednice kršila konkretna osoba, nego kao osobu koja nije ispunila obaveze navodi tuženu stranku – državu: "U slučaju da sud utvrdi da država članica nije ispunila obaveze prema ovom (Amsterdamskom, napomena autora) ugovoru, država mora donijeti potrebne mjere kako bi poštovala presudu suda." (član 228, stav prvi Ugovora).¹⁸

S obzirom na prirodu sudske odluke (deklarativna, presuda o utvrđivanju), sud državi ne može naložiti (zapovijediti) određeno, konkretno postupanje (usluge, dopuštenja, odbacivanja) u svrhu otklanjanja kršenja, uprkos tome što član 228, stav prvi Amsterdamskog ugovora izričito određuje da je država dužna postupati u skladu s odlukom suda. Sud ne može poništiti državni propis koji nije u skladu s pravnim redom zajednice, niti može državi naložiti nadoknadu štete pravnom ili fizičkom licu koje je kršenjem bilo oštećeno.

■ MJERE ZA USKLAĐIVANJE

Postoji i druga mogućnost, i to mogućnost sprovođenja postupka prema članu 228, stav drugi Amsterdamskog ugovora, prema kojem Evropska komisija izdaje (drugo) obrazloženo mišljenje kojim državu obavezuje na poštovanje, odnosno da izvrši potrebne mjere za usklađivanje svih postupanja s (prvom) presudom: »Ako je Komisija mišljenja da država članica nije donijela odgovarajuće mjere, Komisija nakon toga što državi pruži mogućnost da predloži svoje nalaze, izdaje obrazloženo mišljenje u kojem navodi pitanja u vezi sa kojima predmetna država članica nije poštovala presudu Suda«. U vezi s tim, sud je već nekoliko puta naglasio da je s potrebnim mjerama za usklađivanje nužno započeti odmah i završiti što prije.¹⁹ U slučaju kršenja u postupanju za usklađivanje unutar, od strane Komisije postavljenog roka za usklađivanje, Evropska komisija može pokrenuti novi po-

18 Primjer izreke presude: »S obzirom na to da je institucija odgovorna za provedbu javne nabavke za ... učinila ..., ..., ..., država nije ... ispunila obveze prema ... članku Direktive ...«.

19 C-131/84, Commission v. Italy, posebno tačke 4 i 7.

stupak pred sudom, ali sada ne radi kršenja člana 226 Amsterdamskog ugovora, nego radi neispunjavanja obaveza prema članu 228 istoga: »Ako država članica prihvati potrebne mjere kojima bi mogla poštovati presudu suda koje joj odredi Komisija, Komisija može predmet predložiti Sudu. Pri tom, navodi paušalni iznos ili iznos novčane kazne za koju misli da je, s obzirom na okolnosti, primjerena i koju plaća država«. Evropska komisija može istovremeno s podizanjem tužbe predložiti i iznos »novčane kazne« (engl. lump sum or penalty payment) za državu članicu.²⁰ Literatura s područja javnih nabavki pojašnjava da Evropska komisija ne mora od države zahtijevati koje bi mjere trebalo država da donese kako bi se uskladila s prvom presudom suda, nego je to u nadležnosti suda. Ukoliko sud utvrdi kršenje u postupanju za usklađivanje – neusklađenost s presudom, državu može osuditi na plaćanje novčane kazne. Navedena mogućnost možda nije zadovoljavajuća, ali prije 1992. godine (Maastricht) sud novčanu kaznu nije ni mogao izdati. Prije toga je presuda Evropskog suda pravde imala isključivo političke posljedice.

2.10.1. PLAĆANJE NOVČANE KAZNE

Od 1992. godine i dalje, Evropski sud pravde može osuditi državu na plaćanje novčane kazne. Odmah nakon uvođenja instituta, u vezi s tim, pojavio se niz pitanja. Na neka od njih pokušao je odgovoriti 1996. godine izdati Memorandum o primjeni tada još člana 171 Rimskog ugovora.²¹

U praksi, presude Suda u pravcu plaćanja novčane kazne izuzetno su rijetke.²² Šta više, 4. srpnja 2000. sud je u predmetu C-387/97 Commission v. Greece izrekao prvu takvu novčanu kaznu i to protiv Grčke.²³ Ona nije izvršila presudu Evropskog suda pravde iz 1992. godine. Sud se za takvu mjeru odlučio radi osiguravanja efikasnosti sudskih odluka. U određivanju visine kazne uzimalo se u obzir trajanje i ozbiljnost kršenja (neusklađenost odlagališta otpada na Kritu s direktivama s područja zaštite okoline), a Grčka je kažnjena kaznom u visini 20.000 eura za svaki dan nepoštovanja presude iz 1992. godine,

20 Tako glasi član 228, stav drugi, druga rečenica, Amsterdamskog ugovora u engleskom izvorniku: »In so doing it shall specify the amount of the lump sum or penalty payment to be paid by the Member State concerned which it considers appropriate in circumstances.«. U nastavku teksta upotrebljavamo generički izraz »novčana kazna«.

21 U memorandumu su navedena sljedeća mjerila za određivanje visine kazne:
 • ozbiljnost kršenja (u zavisnosti od važnosti kršenih pravila i uticaja na opšte i pojedinačne interese koje uvijek valja tretirati s obzirom na okolnosti svakog pojedinog slučaja);
 • trajanje kršenja (u svim postupcima ponovnog uvođenja, taj uslov postoji već sam po sebi);
 • sprečevalni ulog kazne.

22 U tom okviru ne obrađujemo područje konkurencije gdje novčane kazne izdaje Evropska komisija, a sud odlučuje samo o pravnoj zaštiti. Vidi Craig & De Burca, EC Law, text, cases & materials, 1998, str. 1003-1025.

23 A česte su novčane kazne na drugim područjima (konkurencija).

počevši od dana izdavanja navedene presude (4. srpanj 2000).²⁴ Na području javnih nabavki je Komisija u jednom od novijih predmeta (C-503/04, Komisija protiv Njemačke) Sudu predložila, da Njemačkoj, zbog toga što nije usvojila mjere koje su joj bile zadate presudom u predmetima C-20/01 i C-28/01²⁵, dosudi plaćanje novčane kazne u iznosu 31.680 eura (za opštinu Bockhom) i 126.720 eura (za grad Brunswick) za svaki dan zakašnjenja kod ispunjenja obaveze iz navedene presude, započevši od dana donošenja presude dalje pa do ispunjenja obaveza. Evropski sud je 18. jula 2007. donio presudu da Njemačka nije ispunila obaveze iz člana 228 EZ, i zadao joj plaćanje troškova.

2.10.2. SADRŽAJ MJERA ZA USKLAĐIVANJE

Kada tužena stranka – država primi sudsko rješenje u kojem je udovoljeno tužbenom zahtjevu, mora pristupiti mjerama za usklađivanje naručiočevog postupanja sa sudskim rješenjem.²⁶ Kao što je već navedeno, s potrebnim mjerama za usklađivanje nužno je započeti odmah, i završiti što ih prije.²⁷ Prema stanovištu teorije i sudske prakse, presuda mora biti ne samo u okviru tužbenog zahtjeva, nego i u okviru obrazloženog mišljenja Evropske komisije, ali, drukčije zapisano, sud ne može državu članicu obavezati na nešto (mjeru za usklađivanje), što Evropska komisija od nje u obrazloženom mišljenju nije zahtijevala.²⁸

Ponekad će presudom biti utvrđeno da država u zadatom roku odgovarajuću evropsku legislativu nije implementirala, ali i da je nacionalna legislativa inače u suprotnosti s pravnim poretom zajednice. U tim je slučajevima sadržaj mjera za usklađivanje više ili manje jasan. Ipak, sadržaj mjera za usklađivanje u većini slučajeva je u tome da će biti potrebno konkretnu odluku poništiti, što bi u slučaju kršenja (konkretnih) postupaka izdavanja javnih nabavki bilo i pravilo. Naravno, već se s tim u vezi postavlja pitanje da li mora država prihvaćenu odluku poništiti, ili može umjesto poništenja odluke oštećeniku dodijeliti odgovarajuću odštetu. S obzirom na izreku rješenja (deklarativna) koja su udovoljila (u kojima izreka najčešće glasi: »...s obzirom na to da je institucija odgovorna ... za ... počinila ...«, država nije ispunila obaveze prema ... članu Direktive ...«) i s obzirom na član 228 Amsterdamskog ugovora, da država mora donijeti potrebne mjere kako bi poštovala presudu Suda, moguće je izvesti interpretaciju da član 243 Amsterdamskog ugovora državi članici prepušta diskreciono pravo u pogledu izbora potrebne mjere.

24 Više o sudskom rješenju vidi na: <http://europa.eu.int/cj/en/cp/aff/cp004en.htm> odnosno www.curia.eu.int.

25 Presuda od 10.4.2003, vidi u poglavlju „Postupci javnih nabavki: značajnije odluke ESP“.

26 C-7/61, Commission v. Italy i C-169/87, Commission v. France.

27 C-131/84, Commission v. Italy, posebno tačke 4 i 7.

28 C-272/91R, Commission v. Italy, presuda od 26.4.1994, tačka 30, poziva se na referentnu odluku u predmetu C-325/83, Commission v. Germany. Sadržaj obrazloženog mišljenja mora biti u skladu s pismom o kršenju (vidi C-87/94R, Commission v. Belgium, od dana 22.4.1994).

2.10.3. SPROVOĐENJE MJERA ZA USKLAĐIVANJE NA NACIONALNOM NIVOU

Čini se da će najčešći način za usklađivanje naručiočevih postupanja s odlukom Evropskog suda pravde biti u realizaciji građanskopravnih sankcija. U slučaju da pojedinačni naručilac dobrovoljno neće htjeti ispuniti odluke Evropskog suda pravde, država će protiv njega morati podići tužbu kojom će, između ostalog, moći realizovati nevažeći (ništavni) zahtjev.

Osim zapisanog, mnoge životne primjere ništavne sankcije i praktično nije moguće zamisliti – ništavna sankcija je neodgovarajuća ali, takav bi zahtjev činjenično bio nemoguć. Za rješenje ove zavrzlake potrebno je opozvati pravila odštetnog prava. U tim slučajevima će zato na mjesto kasacije stupiti odštetni zahtjev. Odštetni zahtjev jednako je tako kao i ništavni, moguće podnijeti samo pred nacionalnim sudom.

■ ZAKLJUČAK

Želimo li u nekoliko rečenica završiti raspravu o institutima koji su na nivou Evropske zajednice na raspolaganju Evropskoj komisiji kao zaštitniku zakonitosti, potrebno je izraziti stanovište da je pravni okvir koji na raspolaganju ima Evropska komisija za garantovanje poštovanja pravnog poretka Evropske zajednice, preuzak. Postupak prema članu 226, Amsterdamskog ugovora komplikovan je i dug, osim toga što je izrazito namijenjen pravnoj zaštiti evropskog pravnog poretka (javnog interesa), namijenjen je i zaštiti prava pojedinca (oštećenika) u konkretnim slučajevima (privatnom interesu). I mogućnost izdavanja privremenih mjera sadržajno ovo stajalište ne pokoleba, jer izdavanje tih mjera moguće je tek nakon podizanja tužbe.

Mogućnost da će se nadležnosti na nivou zajednice u bližoj budućnosti radikalno proširiti, čine se s jedne strane iz pravno-sistemskih razloga (upoređivanje opštih s nadležnostima komisije u konkurentskom pravu nije na mjestu, jer se radi o institutima koji imaju svoje čvrste korijene u osnivačkom ugovoru), a s druge strane i iz pravno-političkih razloga vrlo male. Radi navedenog, valja pratiti polazišta da će Evropska komisija morati svoj angažman ograničiti na pravno i ekonomsko bitnije slučajeve. Ukratko, intervencije Evropske komisije će morati, u prvom redu radi efikasnosti, postati selektivne, a ostala (relativno) pojedinačna i manje bitna kršenja biće potrebno prepustiti odgovarajućim postupcima na decentralizovanom nivou, koja su i inače primarno namijenjena ostvarivanju (engl. enforcement) pravnog poretka Evropske zajednice (član 10 Amsterdamskog ugovora). Uprkos tome, „škripac“ i pritisak Evropske komisije, kao zaštitnika zakonitosti, neće moći izbjeći nijedna nova država članica.

SUDSKA PRAKSA EROPSKOG SUDA PRAVDE

■ UVOD

■ EVROPSKA UNIJA

Evropska unija (EU) je međuvladina i nadnacionalna unija 27 evropskih zemalja, poznatih kao države članice. Evropska unija je osnovana pod tim imenom 1992. godine Ugovorom o Evropskoj uniji (Ugovor iz Maastrichta). Aktivnosti Evropske unije obuhvataju različite oblasti javne politike, od zdravstvene i ekonomske politike do spoljnih poslova i odbrane. Osnovne aktivnosti Evropske unije su uspostavljanje i upravljanje zajedničkim jedinstvenim tržištem, što se sastoji od carinske unije, jedinstvene valute – eura (koju je usvojilo 13 od 27 država članica), jedinstvene poljoprivredne politike (engl. skraćenica CAP), jedinstvene trgovinske politike, transportne politike i zajedničke politike u ribarstvu.

■ EVROPSKI SUD PRAVDE

Evropski sud pravde je osnovan 1952. godine kao Sud pravde Evropske zajednice za uglj i čelik (engl. ECSC). Evropska zajednica za uglj i čelik je osnovana Ugovorom iz Pariza koji je važio pedeset godina, do 2003. godine. 1957. godine nastale su druge dvije zajednice na osnovu tzv. Ugovora iz Rima: Evropska ekonomska zajednica (EEZ), koja je 1992. godine promijenila ime u Evropska zajednica (EZ),²⁹ i Evropska zajednica za atomsku energiju (Euratom). Od zaključivanja tzv. ugovora o spajanju, koji je potpisan u isto vrijeme kada i Ugovori iz Rima, Sud pravde je jedan sud za sve tri zajednice. Od kada je Evropska zajednica za uglj i čelik prestala da postoji 2003. godine, Sud pravde sada vrši sudske poslove i za Evropsku zajednicu (EZ) i za Euratom. Sjedište Suda je u Luksemburgu.

Zadatak Suda pravde je da osigura poštovanje zakona o tumačenju i primjeni Ugovora o osnivanju EZ-a (Ugovor o EZ-u).³⁰ U skladu sa ovom odredbom, Sud pravde nadležan je da:

- osigura izvršenje zakona u slučajevima kada je došlo do njegovog kršenja i
- razrađuje i tumači odredbe prava Zajednice.

²⁹ Naziv Evropska zajednica ustanovljen je Ugovorom iz Maastrichta (1992) kojim je osnovana i Evropska unija.

³⁰ Član 220 Ugovora o EZ-u.

Sud pravde je najviši autoritet u svim pitanjima prava Zajednice.

Sastav Suda pravde čine po jedan sudija iz svake države članice. Nakon nedavnog proširenja Evropske unije, Sud ima 27 sudija. Sudije Suda pravde se imenuju na šest godina i mogu biti ponovo imenovani na tu funkciju. Imenuju ih sporazumno države članice i među kandidatima čija je nezavisnost zagarantovana i koji imaju kvalifikacije ili stručnost potrebnu da budu imenovani na najvišu sudsku funkciju u svojoj državi. Sud pravde ima predsjednika kojeg biraju sudije na tri godine i koji može biti ponovo izabran.

Uz sudije, Sud pravde ima i osam generalnih advokata, od kojih je pet uvijek iz Francuske, Njemačke, Velike Britanije, Italije i Španije, dok se preostala tri rotiraju po abecednom redu. Njihova uloga je da pomažu sudijama u radu. Generalni advokati daju mišljenje, na javnoj sjednici i potpuno nepristrano i nezavisno, u svim slučajevima, osim kada Sud drugačije odluči.³¹ Uslovi i postupak imenovanja za generalne advokate isti su kao i za sudije. Ni u jednom pravnom sistemu država članica nema potpuno ekvivalentne funkcije. Generalni advokati ne predstavljaju neko spoljno tijelo, kao što je javno tužilaštvo ili pravobranilaštvo. Oni učestvuju u procesu odlučivanja o predmetu pred Sudom pravde tako što daju prvo mišljenje o pitanju koje se razmatra. Sud nije obavezan da postupi po mišljenju generalnog advokata, ali u velikoj većini slučajeva to čini.

Sud pravde može odlučivati u punom sastavu, u velikom vijeću (13 sudija) ili u vijećima od tri do pet sudija. Sud zasjeda u velikom vijeću kada to zatraži država članica EU ili institucija zajednice kao strana u postupku ili u naročito složenim ili značajnim predmetima. O drugim predmetima odlučuju vijeća u sastavu od 3 ili 5 sudija. U punom sastavu Sud pravde zasjeda u veoma rijetkim slučajevima, koji su detaljno utvrđeni u Ugovoru o EZ-u.

Zbog preopterećenosti Suda pravde EZ-a 1988. godine osnovan je Prvostepeni sud Evropskih zajednica. Sve do Ugovora iz Nice 2001. godine, ovaj je Sud djelovao kao pridruženo tijelo Suda pravde, a ne kao zaseban sud. Prvostepeni sud, koji se nalazi u sastavu Suda pravde, nadležan je za rješavanje određenih vrsta predmeta, posebno tužbi koje podnose građani, preduzeća i neke organizacije, te predmeta koji su u vezi za konkurentskim pravom. Sud prvog stepena sačinjava po jedan sudija iz svake države članice. Za razliku od Suda pravde, u Sudu prvog stepena nema generalnih advokata, međutim, od sudije se može tražiti da obavlja poslove generalnog advokata.

U Sud prvog stepena države članice sporazumno imenuju sudije na šest godina i mogu ih ponovo imenovati. Sudije se biraju među kandidatima koji imaju kvalitete potrebne za imenovanje na visoku sudsku funkciju i čija je nezavisnost zagarantirana.

³¹ Od 2003. god. od generalnih advokata se traži da daju mišljenje o predmetu samo ako Sud smatra da se tim predmetom otvara novo pravno pitanje.

1.2.1. VRSTE TUŽBI PRED SUDOM PRAVDE

Šest je vrsta tužbi kojima se može pokrenuti postupak pred Sudom pravde:

- tužba zbog neispunjenja obaveze;
- tužba za poništenje,
- tužba zbog nepostupanja,
- zahtjev za naknadu štete,
- pritužba i upućivanje prijedloga za odlučivanje o prethodnom pitanju.

Što se tiče pitanja javnih nabavki, obično se koriste dvije vrste tužbi: tužba zbog neispunjenja obaveze (član 226 Ugovora)³² i upućivanje prijedloga za odlučivanje o prethodnom pitanju (član 234 Ugovora).

Sud prvog stepena je nadležan da postupa po tužbama u prvom stepenu koje se odnose na sljedeće aspekte, osim ako su tužbu podnijele države članice, institucije Zajednice ili Evropska centralna banka, a u tim slučajevima Sud prvog stepena ima jedini nadležnost:

- sporovi između institucija i njihovih namještenika i službenika;
- tužbe za poništenje ili zbog nepostupanja, podnesene protiv institucija;
- tužbe za naknadu štete koju je uzrokovala institucija;
- sporovi vezani za ugovore koje je zaključila Zajednica.

Protiv prvostepenih presuda koje donosi Sud prvog stepena može se uložiti žalba Sudu pravde.

■ IZVRŠAVANJE PRESUDA SUDA PRAVDE

Presude Suda pravde su obavezujuće za države članice. One treba da ih izvrše – na primjer, promijeniti zakon ili praksu za koju je Sud utvrdio da je u suprotnosti sa evropskim pravom. Može se, međutim, dogoditi da država članica ne postupi u skladu sa presudom Suda pravde – na primjer, da ne usvoji ili izmijeni ili dopuni zakon koji je Sud osporio.

U tom slučaju, primjenjuje se član 228, koji glasi:

„Ako Sud pravde ustanovi da država članica nije ispunila neku obavezu iz ovog Ugovora, ta država je obavezna preduzeti mjere potrebne da se postupi u skladu sa presudom Suda pravde.

Ako Komisija smatra da država članica nije preduzela mjere, nakon što joj pruži priliku da dostavi svoje mišljenje, ona daje obrazloženo mišljenje koje sadrži konkretna pitanja po kojima država članica nije postupila u skladu sa presudom Suda pravde.

³² Raniji član 169.

Ako država članica ne preduzme mjere potrebne da se postupi u skladu sa presudom Suda u roku koji utvrdi Komisija, Komisija može predmet uputiti Sudu pravde. Prilikom upućivanja predmeta Sudu pravde, Komisija određuje paušalni iznos ili visinu kazne koju će država članica platiti, za koji smatra da odgovara okolnostima.

Ako Sud pravde utvrdi da država članica nije postupila u skladu sa presudom koju je donio, može joj narediti plaćanje paušalnog ili kaznenog iznosa.“

Kazne iz člana 228 izriče Sud pravde na zahtjev Komisije koja treba da navede vrstu i iznos predložene kazne. Sud pravde, međutim, nije obavezan tim prijedlogom, nego ga smatra samo korisnom polaznom tačkom.³³ Što se tiče visine kazni, Komisija je 1996. godine usvojila metod računanja visine kazni koje će tražiti da izrekne Sud pravde. Prema tom metodu, kazna se računa tako što se uzme jedinstvena stopa od 500 eura po danu kašnjenja u izvršenju presude Suda pravde. Ovaj iznos se zatim pomnoži sa dva koeficijenta: jedan za ozbiljnost povrede i drugi za njeno trajanje. Rezultat se potom pomnoži sa posebnim faktorom kojim se izražava platežna sposobnost države članice koja je u pitanju (na osnovu njenog BDP-a) i brojem glasova koje ima u Vijeću Evropske unije.

1.2.2. POSTUPAK PRED SUDOM PRAVDE

Postupak pred Sudom pravde zasniva se na postupku pred redovnim sudovima država članica Evropske unije.

Bez obzira na vrstu predmeta, uvijek postoji pisana faza i gotovo uvijek i usmena faza, koja se odvija na javnoj raspravi. Potrebno je, međutim, napraviti razliku između direktne tužbe i pitanja upućenih za donošenje prethodne odluke.

■ DIREKTNJA TUŽBA

Tužba se podnosi Sudu pravde pismenim podneskom Sekretarijatu Suda. Sekretar objavljuje obavještenje o tužbenom zahtjevu tužitelja u Službenom glasniku Evropske unije. Zatim se određuju sudija izvjestilac i jedan glavni advokat, čiji je zadatak da prati tok predmeta. Zahtjev se u isto vrijeme dostavlja drugoj strani, koja ima rok od mjesec dana da dostavi svoj odgovor. Tužitelj može odgovoriti na njega, a tuženi može dati repliku, i za svaki taj podnesak rok je mjesec dana. Kada se okonča pismeni postupak, od strana u postupku se traži da u roku od jednog mjeseca izjave da li žele da se zakaže usmena rasprava. Sud, nakon što pročita izvještaj sudije izvjestioca i sasluša mišljenje glavnog advokata, odlučuje o tome da li je potrebno pripremno ispitivanje i kojoj vrsti vijeća treba dodijeliti predmet. Predsjednik Suda određuje datum javne rasprave. U iz-

³³ Vidjeti, npr. tačku 103 presude donesene u predmetu C-304/02.

vještaju za raspravu sudija izvjestilac rezimira činjenične navode i obrazloženje strana i umješaka, ukoliko ih ima. Predmet se iznosi na javnoj raspravi pred odgovarajućim sastavom suda i glavnim advokatom. Nakon nekoliko sedmica, ponovo na javnoj sjednici, glavni advokat iznosi mišljenje pred Sudom. U svom mišljenju glavni advokat daje detaljnu analizu pravnih aspekata predmeta i samostalno predlaže rješenje problema.

■ PRELIMINARNA ODLUKA

Postupak povodom upućivanja pitanja za donošenje prethodne odluke počinje kada sud države članice uputi pitanje Sudu pravde koje se tiče tumačenja ili važenja odredaba prava Zajednice, generalno u formi sudske odluke u skladu sa pravilima postupka svoje države. Taj zahtjev se prevodi na sve službene jezike Evropske unije, zatim se dostavlja stranama u postupku u glavnoj stvari i o njemu se obavještavaju države članice Evropske unije i njene institucije. Obavještenje koje sadrži imena stranaka i pitanja objavljuje se u Službenom listu. Stranke, države članice i institucije Evropske unije imaju rok od dva mjeseca da dostave pismene komentare Sudu pravde. Nastavak postupka je isti kao i u slučaju direktne tužbe. Svi koji imaju pravo da podnesu pismene komentare mogu dati svoje izlaganje i usmeno na raspravi, ako se ona održi. Kada glavni advokat iznese svoje mišljenje i nakon što sudije Suda obave vijećanje, presuda se čita na javnoj sjednici i šalje sudu države članice koji je pitanje uputio i zainteresiranim državama članicama i institucijama.

Rezime postupaka iz čl. 226 i 234 izgleda ovako:

Rezime postupka pred Sudom pravde³⁴

| PISMENI POSTUPAK | |
|--|---|
| Direktna tužba i žalba (član 226) <ul style="list-style-type: none"> • Pisana tužba • Dostavljanje tužbe tuženoj strani • Objavljivanje obavještenja o tužbenom zahtjevu u Službenom listu • Odbrana • Odgovor • Odgovor na odgovor (replika) | Rješavanje prethodnog pitanja (član 234) <ul style="list-style-type: none"> • Odluka ili presuda domaćeg suda države članice • Prevod prijedloga za rješavanje prethodnog pitanja na sve jezike Zajednice i obavijest strankama, državama članicama i institucijama Zajednice • Objavljivanje prijedloga za rješavanje prethodnog pitanja u Službenom listu • Pisani podnesci stranaka, država članica i institucija Zajednice |
| USMENI POSTUPAK | |
| Rasprava, Mišljenje glavnog advokata, Vijećanje Suda, Presuda | |

³⁴ Izvor: web-stranica Evropskog suda pravde: <http://www.curia.eu.int>.

1.2.3. IZGLEDE I OBJAVLJIVANJE PRESUDE

Prvi nacrt presude u praksi priprema sudija izvjestilac predmeta. O nacrtu se zatim vodi rasprava sa svim sudijama koji sude u tom predmetu i usaglašava se konačni nacrt. Presuda Suda donosi se većinom glasova sudija i izriče se na javnoj raspravi. Uvijek je samo jedna presuda koju donosi sud kao cjelina. To važi i u slučaju kada se ne slažu sve sudije sa većinskom odlukom – nema izdvojenih mišljenja i sve sudije potpisuju presudu.

Presuda je podijeljena u brojem označene stavove radi lakšeg čitanja. Svaka presuda ima dva glavna dijela – osnovu na kojoj je presuda donesena i odluku. U prvom dijelu Sud iznosi svoje zaključke o činjenicama i pravu i raspravlja o konkretnim argumentima stranaka koji su doveli do određenih zaključaka. Odluka sadrži dispozitiv. Neke presude sadrže i kratki rezime presude, koji priprema služba Suda, u kojem su dati glavni zaključci presude. Da bi se razumjelo koji je bio motiv Suda pravde da zauzme određeni stav, veoma je korisno pročitati i mišljenje glavnog advokata za koje je vjerovatno da utiče na presudu Suda. Mišljenja glavnih advokata objavljuju se zajedno sa presudama Suda.

Tekstovi presuda koje donose i Sud pravde i Sud prvog stepena objavljuju se zajedno sa mišljenjima glavnih advokata na svim službenim jezicima Evropske zajednice. Službeni izvještaji se nazivaju Izvještaji Evropskog suda. Dispozitivni presuda se takođe objavljuju u Službenom listu Evropske unije (serija C). Tekstovi svih presuda donesenih do sada mogu se naći i na internet stranici Suda pravde na adresi <http://www.curia.eu.int>.

Od kada je osnovan Sud prvog stepena (1989. godine) uveden je novi način označavanja predmeta radi razlikovanja predmeta koje razmatra Sud pravde od predmeta za Sud prvog stepena. Od 1989. predmeti podneseni Sudu pravde označavaju se slovom C iza kojeg dolazi broj predmeta i godina (npr. C-324/93), a oni koje rješava Sud prvog stepena nose oznaku T (npr. T-15/04). Predmeti koji su upućeni Sudu pravde prije te godine nosili su oznaku samo broja predmeta i godine – npr. 76/81 ili 45/87.

2.0 POSTUPCI JAVNIH NABAVKI: ZNAČAJNIJE ODLUKE ESP

27/86, 28/86 i 29/86, »Bellini« (SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) and others protiv Société coopérative »Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes« and others, presuda Suda pravde od jula 1987. godine)³⁵

ODABIR DOBAVLJAČA

„Prema članu 28 (1) [Direktive], države članice koje posjeduju službene liste priznatih ugovarača mogu ih uskladiti sa odredbama člana 23 tačka (a) do (d) i tačka (g) i čl. 24 do 26.

Navedenim odredbama člana 23 definišu se okolnosti koje se odnose na nesolventnost ili nepoštenje ugovarača kojim se opravdava njegovo isključivanje iz učešća u ugovoru. Odredbe člana 25 i 26 tiču se referenci koje se mogu dostaviti kao dokaz finansijskog i ekonomskog položaja ugovarača s jedne strane, i tehničkog znanja i sposobnosti sa druge strane.

Usklađivanje službenih lista priznatih ugovarača predviđeno članom 28 (1) je s toga ograničenog dometa. Ono se tiče konkretnih referenci kojima se potvrđuje finansijski i ekonomski položaj ugovarača i njihovo tehničko znanje i sposobnost. S druge strane kriterijumi za njihovu klasifikaciju nisu usklađeni.

Članom 28 (2) predviđa se da ugovarači upisani u takve liste mogu, za svaki ugovor, podnijeti organu nadležnom za dodjelu ugovora potvrdu o upisu koju izdaje nadležni organ. U toj potvrdi bi se navele reference na osnovu kojih im je omogućeno da budu upisani u listu i klasifikacija prikazana u toj listi.

Članom 28 (3) daje se pravo ugovaračima upisanim u službenu listu u bilo kojoj zemlji članici da koriste taj upis u granicama utvrđenim tom odredbom kao alternativno sredstvo za dokazivanje pred organom druge države članice nadležnim za dodjelu ugovora da ispunjavaju kvalitativne kriterijume navedene u članovima 23 do 26 direktive (...).

Konkretno, u pogledu dokazivanja ekonomskog i finansijskog položaja te tehničkog

³⁵ Presuda je relevantna za interpretaciju 7. poglavlja ZJN – uslovi i podobnost dobavljača (članovi 45-49 ZJN).

znanja ili sposobnosti ugovarača, upis u službenu listu priznatih ugovarača može stoga zamijeniti reference navedene u čl. 25 i 26 ukoliko je takav upis zasnovan na ekvivalentnim informacijama.

Informacije izvedene iz upisa u službenu listu ne mogu osporavati organi nadležni za dodjelu ugovora. Uprkos tome, ti organi mogu utvrditi nivo finansijskog i ekonomskog položaja, kao i tehničko znanje i sposobnost, potrebne kako bi se učestvovalo u datom ugovoru.

Kao rezultat, od organa nadležnih za dodjelu ugovora se zahtijeva da prihvate da su ekonomski i finansijski položaj ugovarača, kao i njegovo tehničko znanje i sposobnost dovoljni za radove koji odgovaraju njegovoj klasifikaciji, samo ako je ta klasifikacija zasnovana na ekvivalentnim kriterijumima u pogledu potrebnih kapaciteta. Ali ako to nije slučaj, oni imaju pravo odbiti ponudu koju podnese ugovarač koji ne ispunjava potrebne uslove.

Odgovor nadležnom državnom sudu bi s toga trebalo da bude da se čl. 25, 26(d) i 28 Direktive moraju tumačiti kao odredbe prema kojima se ugovornom organu ne sprečava da od ugovarača priznatog u drugoj državi članici traži da dostavi dokaz da njegovo preduzeće posjeduje minimalno potrebna vlastita sredstva, radnu snagu i rukovodno osoblje propisano nacionalnim zakonodavstvom čak i ako je ugovarač priznat u državi članici u kojoj je osnovan u klasi ekvivalentnoj onoj koja je propisana nacionalnim zakonodavstvom na osnovu vrijednosti ugovora koji će biti dodijeljen.

ODABIR DOBAVLJAČA – REFERENCE, DOKAZI, ITD.

„(...) Tužitelj je u postupku u glavnoj stvari u predmetu br. 27/86 (CEI) bio isključen u korist preduzeća koje je dostavilo ponudu u višem iznosu na osnovu toga što je ukupna vrijednost radova, kako javnih tako i privatnih, koji su preduzeću CEI-u bili na raspolaganju u vrijeme dodjele ugovora prelazila granicu utvrđenu važećim pravilima Belgije.

(...) ukupna vrijednost radova dodijeljenih ugovaraču u datom trenutku može se u konkretnom slučaju ispostaviti korisnim faktorom kod određivanja finansijskog i ekonomskog položaja ugovarača, u vezi sa njegovim obavezama. Budući da reference nisu iscrpno nabrojane u članu 25 direktive, stoga ne postoji razlog zbog kojeg takve informacije ne bi trebalo tražiti od ponuđača putem reference u smislu tog člana.

Međutim, u svjetlu osnova prijedloga za rješavanje prethodnog pitanja, sadržaja belgijskog zakonodavstva u njemu pomenutog i argumenata iznesenih pred ovim sudom, pitanje nacionalnog suda mora se shvatiti i kao nastojanje da se ustanovi da li je sa direktivom usklađeno nacionalno pravilo za određivanje maksimalne vrijednosti radova koji se u datom vremenu mogu obavljati.

U tom pogledu, potrebno je konstatovati da određivanje takve granice nije ni odobreno niti zabranjeno članom 25 direktive, zbog toga što svrha te odredbe nije da se ograniči ovlaštenje države članice u pogledu određivanja nivoa finansijskog i ekonomskog položaja potrebnog radi učestvovanja u postupcima za dodjelu ugovora o izvođenju javnih radova, nego da se utvrde reference ili dokazi koji se mogu dostaviti kako bi se ustanovio finansijski i ekonomski položaj ugovarača.

S ciljem donošenja odluke o usklađenosti takve granice sa direktivom u cjelini, na umu se moraju imati cilj i predmet direktive.

Cilj Direktive br. 71/305 je da se osigura da ostvarivanje slobode formiranja i slobode pružanja usluga unutar Zajednice u pogledu ugovora o izvođenju javnih radova, pored eliminisanja ograničenja, podrazumijeva i usklađivanje postupaka na nivou države za dodjelu ugovora o izvođenju javnih radova. Takvim usklađivanjem 'trebalo bi uzeti u obzir što je više moguće procedure i administrativnu praksu na snazi u svakoj državi članici' (drugi stav u preambuli direktive). Članom 2 se izričito predviđa da će organi zaduženi za dodjelu ugovora primjenjivati svoje državne procedure prilagođene odredbama direktive.

Direktivom se ne utvrđuje jedinstven i iscrpan korpus pravila zajednice. U okviru zajedničkih pravila koja ona sadrži, države članice imaju slobodu da zadrže ili usvoje materijalna i procesna pravila u pogledu ugovora o izvođenju javnih radova, pod uslovom da postupaju u skladu sa svim relevantnim odredbama prava zajednice i, konkretno, zabranama koje proističu iz načela utvrđenih u Ugovoru u pogledu prava formiranja i slobode pružanja usluga.

Određivanje maksimalne vrijednosti za radove u jednoj zemlji članici koji se mogu izvršavati u datom vremenu nije u suprotnosti sa navedenim načelima i ne postoji ništa što bi ukazivalo na to da ona ima dejstvo ograničavanja pristupa ugovorima o izvođenju javnih radova za ugovarače u zajednici.

U ovim okolnostima mora se smatrati, da prema postojećim pravnim normama Zajednice, ne postoji razlog zbog kojeg države članice, u kontekstu svojih ovlaštenja u pogledu ugovora o izvođenju javnih radova, ne bi trebalo da odredi maksimalnu vrijednost za radove koji se u datom vremenu mogu obavljati.

Odgovor nadležnog suda države bi s toga bio da bi izjavu o ukupnoj vrijednosti radova dodijeljenih ugovaraču bilo moguće tražiti od ponuđača kao referencu u smislu člana 25 Direktive br. 71/305 i da se ni tim članom niti bilo kojom drugom odredbom direktive ne sprečava država članica da odredi vrijednost radova koji se u datom trenutku mogu obavljati."

*31/87, "Beentjes" (Gebroeders Beentjes BV protiv Holandije, presuda Suda pravde od 20. septembra 1988. godine)*³⁶

UVOD:

Sud pravde je donio nekoliko presuda u kojima se bavio pitanjem kriterijuma za dodjelu ugovora. Jedan od prvih predmeta koji se odnosio na ovo pitanje bio je predmet br. 31/87. Beentjes, holandski preduzetnik, dostavio je ponudu koja je imala najnižu cijenu, međutim, ugovor je dobila druga kompanija. U obrazloženju svoje odluke ugovorni organ je istakao da: 1) Beentjes nije imao dovoljno konkretno iskustvo, 2) njegova ponuda „se činila manje prihvatljivom“ i 3) nije izgledalo da je u mogućnosti da zaposli osobe koje duže vrijeme traže zaposlenje. Jedan od kriterijuma koje je primijenio ugovorni organ za izbor najpovoljnije ponude bila je sposobnost izvođača da zaposli osobe koje duže vrijeme traže zaposlenje. Sud koji je razmatrao ovaj slučaj prije svega je konstatovao da direktive o javnim nabavkama „ne čine jedinstven i konačan korpus komunitarnih pravila“. U okviru zajedničkih pravila koje direktive sadrže, države članice imaju slobodu da donose i sprovode materijalna i procesna pravila o javnim nabavkama, pod uslovom da se pridržavaju svih odgovarajućih odredaba komunitarnih pravila, a posebno principa utvrđenih Ugovorom (sloboda osnivanja i pružanja usluga). Budući da je jedan od ciljeva direktiva osigurati razvoj efikasne konkurencije u dodjeli ugovora za javne nabavke, uslovima i kriterijima prema kojima se vrši dodjela svakog ugovora ugovorni organi moraju dati dovoljan publicitet. Kada je riječ o konkretnom iskustvu u vezi sa radovima koje treba izvršiti a koje je bilo kriterijum za određivanje tehničkog znanja i sposobnosti ponuđača, Sud smatra da je to validan kriterijum za provjeru kvalifikovanosti izvođača. Što se tiče odbijanja ponude Beentjesa na osnovu toga da je „manje prihvatljiva“ nego druge ponude, Sud je konstatovao samo to da usklađenost te odredbe zavisi od njenog tumačenja prema domaćem zakonu države.

U svakom slučaju, taj kriterijum nije u suprotnosti sa direktivama ako je njegov cilj dati ugovornom organu diskreciono pravo da uporedi različite ponude i odabere onu koja je najprihvatljivija na osnovu objektivnih kriterija, kao što su kriterijumi nabrojani kao primjer u članu 29 direktive.

Što se tiče zahtjeva da zaposli osobe koje duže vrijeme traže zaposlenje, Sud je istakao da takav uslov nije povezan sa provjerom finansijskog i ekonomskog položaja izvođača i njegove tehničke i stručne sposobnosti ili sa kriterijumima za dodjelu ugovora nabrojanim u članu 29 direktive. Da bi ovaj uslov bio u skladu sa zahtjevima direktiva, morao bi biti u skladu sa svim odgovarajućim odredbama komunitarnih pravnih normi, a posebno sa pravima utvrđenim Ugovorom u pogledu slobode osnivanja i pružanja usluga i nediskriminacije po osnovu državljanstva izvođača. Ovaj drugi princip bi bio ugrožen ako

³⁶ Presuda je relevantna za interpretaciju članova 65 i 66 ZJN – kriterijumi za izbor.

bi odgovarajući zahtjev ispunio samo dobavljač iz države u kojoj se javna nabavka sprovodi ili ako bi dobavljači iz drugih država imali poteškoća da ga ispune. Generalni advokat je predložio Sudu da odgovori da se aspekti pogodnosti dobavljača koji se uzimaju u obzir moraju navesti i u vezi sa tehničkom sposobnošću i finansijskim i ekonomskim položajem, a samo oni koji se navedu mogu biti uzeti u obzir (pa tako uslov o zapošljavanju nije dozvoljen). Suprotno mišljenju generalnog advokata i stavu Komisije, Sud je utvrdio da je ovaj zahtjev, iako nije spomenut u direktivama, ipak dozvoljen. Sve mjere ugovornih organa, uključujući i borbu protiv nezaposlenosti, međutim, treba da budu u skladu sa osnovnim principima Ugovora, uključujući i zabranu diskriminacije po osnovu državljanstva dobavljača (član 12 Ugovora). Sud pravde je ostavio domaćem sudu da, u svjetlu svih okolnosti ovog slučaja, odredi da li je postavljanje tog uslova direktno ili indirektno diskriminativno.

Dakle, prema presudi Suda u ovom slučaju, prilikom vršenja odabira ekonomski najpovoljnije ponude ugovorni organi mogu izabrati kriterijume koje namjeravaju primijeniti, ali se njihov izbor može odnositi isključivo na kriterijume osmišljene kako bi se identifikovala ekonomski najpovoljnija ponuda. Ta presuda, koja se tiče ugovora o izvođenju javnih radova, takođe se odnosi i na ugovore o javnoj nabavci roba, ukoliko nema razlike u ovom pogledu između ove dvije vrste ugovora.

DRŽAVA KAO UGOVORNI ORGAN

Cilj Direktive br. 71/305/EEZ je da se usaglase državni postupci za dodjelu ugovora o izvođenju javnih radova zaključeni u državama članicama u ime državnih, regionalnih ili lokalnih organa vlasti ili drugih pravnih lica koji su uređeni pravilima javnog prava.

Na osnovu člana 1 (b) ove Direktive, državni, regionalni ili lokalni organi vlasti i pravna lica koja su uređene pravilima javnog prava, kako je utvrđeno u Aneksu I, smatraju se „organima za dodjelu ugovora“. U smislu ove odredbe, izraz „država/državni“ obavezno se smislaono tumači u funkcionalnom značenju. Cilj direktive da se osigura efikasno postizanje slobode formiranja i slobode pružanja usluga u pogledu ugovora o izvođenju javnih radova, bio bi ugrožen ako bi se odredbe direktive smatrale neprimjenjivim isključivo na osnovu toga što ugovor o izvođenju javnih radova dodjeljuje tijelo koje, uprkos tome što je osnovano radi obavljanja zadataka koji su mu zakonom povjereni, nije formalno u sastavu državne administracije.

Shodno tome, tijelo poput onog o kojem je ovdje riječ, čiji se sastav i funkcije utvrđuju zakonskim propisima i koje zavisi od organa vlasti kada je u pitanju imenovanje njegovih članova, ispunjavanje obaveza po osnovu njegovih mjera i finansiranje ugovora o izvođenju javnih radova čija je dodjela njegov zadatak, mora se smatrati nečim što spada u pretpostavku državnog u smislu prethodno pomenute odredbe, iako ono u formalnom smislu nije u sastavu državne administracije.

Kao odgovor na prvo pitanje koje je postavio državni sud, trebalo bi s toga izjaviti da se Direktiva 71/305/EEZ primjenjuje na ugovore o javnim radovima koje dodjeljuje tijelo poput mjesnog odbora za komasaciju.

*45/87, Komisija protiv Republike Irske – „Dundalk“
(Presuda Suda pravde od 22. septembra 1987. godine)³⁷*

UVOD:

Sud pravde je donio nekoliko presuda koje se odnose na upotrebu tehničkih specifikacija u postupku javne nabavke. Jedna od prvih presuda donesena je u postupku koji je pokrenula Komisija protiv Irske. Ovaj slučaj se tiče otvorenog tenderskog postupka za izgradnju vodenog toka u organizaciji Vijeća gradskog područja Dundalka (Irska). U ugovornoj specifikaciji je stajalo, da cijevi koje će se koristiti u izgradnji treba da budu azbestno-cementne cijevi odobrene u skladu sa irskom standardnom specifikacijom. Traženo je da je odobrenje sprovedeno prema postupku koji je utvrdio Institut za istraživanje i standarde Irske. U vrijeme nabavke cijevi koje su odgovarale tom standardu proizvodila je samo jedna kompanija – iz Irske. U tenderskoj specifikaciji nije bilo odredbe po kojoj bi ponuđači mogli koristiti cijevi istog standarda koje nisu u cjelosti odgovarale navedenim specifikacijama. Ugovorni organ je odbio jednu ponudu na osnovu toga da cijevi koje je ponuđač ponudio nisu zadovoljavale ovaj uslov (iako je ponuđač predložio korišćenje cijevi koje su zadovoljavale međunarodni standard – ISO 160:1980). Komisija je uložila prigovor da i upotreba takve tehničke specifikacije i kasnije isključivanje ponude koja je nije zadovoljavala predstavljaju povredu odredaba direktive o javnoj nabavci radova i odredaba Ugovora (član 28 (ranije član 30) o slobodi kretanja roba). Vrijedi napomenuti da se u članu 28 (bivšem članu 30) zabranjuju kvantitativna ograničenja uvoza i sve mjere koje imaju isti učinak u trgovini između država članica Zajednice. Sud pravde je prvo odbacio sve argumente Komisije koji su se ticali povrede direktive, jer direktiva nije primjenjiva na ugovore ovog tipa. Što se tiče druge pritužbe, irske vlasti su tvrdile da se član 28 ne odnosi na dodjelu ugovora za javne radove, jer ovaj ugovor je ugovor za usluge i zato se na njega primjenjuju samo odredbe Ugovora koje govore o slobodi kretanja usluga (tadašnji članovi 52 i 59). Irske vlasti su dalje tvrdile da se sporni ugovor odnosio ne na prodaju robe, nego na izvođenje radova i da su klauzule o materijalima koje treba koristiti potpuno sporedne. Sud je odbacio taj argument i utvrdio da se član 28 primjenjuje na ugovore o nabavci radova. Tada je Sud razmatrao da li ponašanje ugovornog organa predstavlja mjeru koja ima isti efekat kao ograničenje uvoza iz člana 28. S tim u vezi, Sud je istakao da, u skladu sa ustaljenom sudskom praksom Suda pravde, pod pojmom mjera istog efekta podrazumijevaju se sva trgovinska pravila koja donesu države članice „koja mogu biti prepreka, direktna ili indirektna, stvarna ili potencijal-

³⁷ Presuda je relevantna za interpretaciju članova 38-40 ZJN – tehničke specifikacije.

na – trgovini unutar Zajednice“. Ovaj pojam obuhvata, između ostalog, sve nametnute uslove u pogledu standarda ili kvaliteta robe na tržištu, jer se takvim uslovima sprečava pristup tržištu roba koje ne zadovoljavaju tražene standarde, te potencijalno smanjuje uvoz takvih roba iz drugih država članica. Irska je odgovorila da korišćenje navedenih specifikacija ne predstavlja povredu člana 28, jer sadrže standard koji treba da zadovolje i domaći i strani proizvođači. Sud je odbacio taj argument utvrdivši da se članom 28 obuhvataju sve mjere država članica „kojima se ometa uvoz u trgovini unutar Zajednice, bez obzira da li se te mjere direktno odnose na kretanje uvezenih roba ili imaju efekat indirektnog ometanja plasiranja roba iz drugih država članica“.

Iako su i irske i uvezene cijevi morale zadovoljiti istu specifikaciju, bilo je vjerovatnije da će irski proizvodi biti u prednosti, jer je bilo vjerovatnije da je proces proizvodnje u Irskoj već uspostavljen tako da zadovolji taj standard. Kako je već rečeno, samo je jedno preduzeće (iz Irske) proizvodilo cijevi koje su zadovoljavale taj standard. Sud je zatim razmatrao da li su se klauzulom primijenjenom u postupku nabavke mogli spriječiti privredni subjekti koji proizvode ili koriste cijevi istog standarda, kao što su cijevi odobrene u skladu sa irskim standardom, da učestvuju u davanju ponuda. U vezi sa tim, Sud je zaključio da je navedena klauzula imala efekat ograničavanja ponude cijevi koje su trebale ugovornom organu. Sud je odbacio još jedan argument irskih vlasti koji je glasio da je bilo neophodno precizno navesti standarde prema kojima materijali moraju biti proizvedeni i da ispunjavanje nekog drugog standarda, čak i ako je to međunarodni standard, nije dovoljno da bi se isključili određeni tehnički problemi (cijevi moraju odgovarati postojećem cjevovodu). Sud je naveo da su irske vlasti mogle, dodavanjem riječi „ili ekvivalent“ nakon pozivanja na irski standard, potvrditi ispunjavanje tehničkih uslova, a da odmah od početka ne ograniče ugovor samo na ponuđače koji nude upotrebu irskih materijala.

Isto tako, ni argument o potrebi da se zaštiti zdravlje ljudi (izolaciona obloga kojom se osigurava da ne dođe do kontakta između vode i azbestnih vlakana u betonskim cijevima) Sud nije prihvatio. S tim u vezi, Sud je konstatovao da je izolaciona obloga uređena drugom odredbom tenderske specifikacije. Imajući sve to u vidu, Sud je ponašanje ugovornog organa proglasio kršenjem odredaba Ugovora i prema tome presudio da Irska nije postupila u skladu sa svojim obavezama.

TEHNIČKE SPECIFIKACIJE

„Podneskom Sekretarijatu Suda dana 13. februara 1987. godine, Komisija Evropske zajednice podnijela je tužbu, prema članu 169 Ugovora o EEZ-u, tražeći da Sud utvrdi da, dozvolivši da se u specifikaciju ugovora za Plan proširenja vodosnabdijevanja Dundalka – Ugovor br. unese odredba da azbestno-cementne cijevi moraju imati potvrdu da odgovaraju irskom standardu 188:1975 u skladu sa Planom dodjeljivanja standardnih

oznaka Instituta za industrijsko istraživanje i standarde Irske (IIRS) i zbog toga odbivši da razmatra (ili odbacivši bez odgovarajućeg obrazloženja) ponudu kojom je predviđena upotreba azbestno-cementnih cijevi proizvedenih prema alternativnom standardu koji pruža iste garancije u pogledu sigurnosti, učinka i pouzdanosti, Irska je propustila da ispuni svoje obaveze iz člana 30. Ugovora o EEZ-u od 26. jula 1971. godine o usklađivanju postupaka za dodjelu ugovora za javne radove (Službeni list, englesko posebno izdanje 1971 (II), str. 682).

U članu 10. Direktive br. 71/305, na koju se Komisija poziva, predviđeno je da države članice zabrane unošenje u klauzule ugovora koje se odnose na dati ugovor tehničke specifikacije koje govore o proizvodima određene robne marke ili izvora ili određenog procesa i koje, dakle, favorizuju ili eliminišu određena preduzeća. Konkretno, isticanje vrste ili određenog porijekla ili proizvodnje je zabranjeno. Međutim, mogu se istaći ako iza toga slijedi izraz „ili ekvivalent“ u slučaju kada organ koji dodjeljuje ugovor nije u mogućnosti dati opis predmeta ugovora korišćenjem specifikacija koje su dovoljno jasne i razumljive svim zainteresovanim učesnicima. Riječi „ili ekvivalent“ ne pojavljuju se u klauzuli 4.29 navedenog obavještenja o ugovoru u ovom predmetu.

(...) U članu 30 predviđa se uklanjanje svih mjera država članica kojima se ometa uvoz u prometu unutar Zajednice, bez obzira da li te mjere direktno utiču na kretanje uvezenih roba ili imaju efekat indirektnog ometanja plasiranja roba iz drugih država članica. Činjenica da se neke od tih prepreka moraju razmatrati u svjetlu određenih odredaba Ugovora, kao što su odredbe člana 95 o fiskalnoj diskriminaciji, ni na koji način ne umanjuje opšti karakter zabrana utvrđenih članom 30.

Treba prvo istaći da unošenjem takve klauzule u poziv na dostavljanje ponuda može dovesti do toga da ekonomski operateri koji proizvode ili koriste cijevi ekvivalentne cijevima za koje je potvrđeno da odgovaraju irskim standardima odustanu od učestvovanja u postupku.

Iz dokumenata ovog predmeta nadalje proizilazi da samo jedno preduzeće ima potvrdu IIRS-a da zadovoljava standard IS 188:1975 i da koristi označavanje prema irskom standardnom označavanju za cijevi takve vrste kakva se zahtijeva u svrhu spomenutog ugovora za nabavku javnih radova. To preduzeće je smješteno u Irskoj. Dakle, unošenje klauzule 4.29 imalo je za posljedicu ograničavanje dobavljanja cijevi potrebnih za Dundalk sistem isključivo na irskog proizvođača.

Zbog toga se mora utvrditi da, dozvolivši da se u ugovornu specifikaciju za ponude za nabavku javnih radova unese odredba prema kojoj azbestno-cementne cijevi moraju imati potvrdu da odgovaraju irskom standardu 188:1975 u skladu sa Planom dodjeljivanja standardnog označavanja Instituta za industrijsko istraživanje i standarde, Irska nije ispunila svoje obaveze iz člana 30 Ugovora o EEZ-u.“

21/88, „Du Pont de Nemours Italiana“

(Du Pont de Nemours Italiana SpA protiv Unità sanitaria locale N° 2 di Carrara, presuda Suda pravde od 20. marta 1990. godine)³⁸

OSNOVNA NAČELA JAVNIH NABAVKI JEDNAK TRETMAN I NEDISKRIMINACIJA

„Zahtjevom od 1. aprila 1987, koji je u Sudu primljen 20. januara 1988, Regionalni upravni sud Toskane uputio je tri pitanja Sudu pravde, na osnovu člana 177 Ugovora o EEZ-u, tražeći preliminarnu odluku o tumačenju čl. 30, 92 i 93 Ugovora o EEZ-u, kako bi se utvrdila usklađenost sa odredbama italijanskog zakona o rezervisanju za preduzeća osnovana u oblasti Mezzogiorno (Južna Italija) jednog dijela ugovora o javnim nabavkama roba.

Ova pitanja su proizašla iz spora između Du Pont du Nemours Italiana SpA, koji je podržavao Du Pont de Nemours Deutschland GmbH, i Unità sanitaria locale No 2 di Carrara (lokalni zdravstveni organ br. 2 iz Karare, u daljem tekstu: „lokalni zdravstveni organ“), koji je podržavao 3M Italia SpA, u vezi sa uslovima postavljenim za dodjelu ugovora za nabavku radioloških filmova i rastvora.

Prema članu 17(16) i (17) Zakona br. 64 od 1. marta 1986. (Sistem pravila o posebnoj pomoći za Južnu Italiju), italijanske vlasti su propisale svim javnim tijelima i organima, kao i tijelima i kompanijama u kojima država ima kapital, uključujući i lokalne zdravstvene organe smještene u cijeloj Italiji, obavezu da najmanje 30% svojih roba nabavljaju od industrijskih i poljoprivrednih preduzeća i malih preduzeća osnovanih u Južnoj Italiji u kojima se proizvode traženi proizvodi.

Prema odredbama tog domaćeg zakona, lokalni zdravstveni organ je odlukom od 3. juna 1986. utvrdio uslove za ograničeni tenderski postupak za nabavku radioloških filmova i rastvora. Prema posebnim uslovima utvrđenim u dodatku, ugovor je podijelio na dvije partije, od kojih je jedna, u iznosu od 30% ukupnog iznosa, rezervisana za preduzeća iz Južne Italije. Du Pont de Nemours Italiana uložio je žalbu na tu odluku Regionalnom upravnom sudu Toskane, na osnovu toga da je bio isključen iz postupka dostavljanja ponuda jer nije osnovan u Južnoj Italiji. Lokalni zdravstveni organ je odlukom od 15. jula 1986. dodijelio ugovor za partiju u iznosu od 70% ukupnog iznosa vrijednosti posla. Du Pont de Nemours Italiana je uložio žalbu i na tu odluku kod istog suda.

(...) domaći sud želi utvrditi da li su interna pravila države članice prema kojima se za preduzeća osnovana u određenim regijama te države rezerviše jedan dio ugovora o javnoj nabavci roba u suprotnosti sa članom 30 kojim se zabranjuju kvantitativna ograničenja na uvoze i sve mjere koje daju takav rezultat.

³⁸ Presuda je relevantna za interpretaciju članova 5-8 ZJN – osnovna načela javnih nabavki.

Na početku treba reći da, kao što je Sud dosljedno tvrdio još od presude u Dassonvilu (presuda od 11. jula 1974. u predmetu br. 8/74 Procureur du Roi protiv Dassonvillea ((1974)) ECR 837, stav 5), član 30 u kojem se zabranjuju mjere među državama članicama koje daju rezultat ekvivalentan kvantitativnim restrikcijama uvoza, primjenjuje se na sva pravila trgovine kojima se ometa trgovina unutar Zajednice, bilo direktno ili indirektno, stvarno ili potencijalno.

Osim toga, mora se istaći da, u skladu sa prvim stavom preambule Direktive Vijeća br. 77/62/EEZ od 21. decembra 1976. o usklađivanju postupaka za dodjelu ugovora za javne nabavke roba (Službeni list 1977, L 13, str. 1), koja je bila na snazi u to vrijeme, „ograničenja slobode kretanja roba u vezi sa javnim nabavkama roba zabranjena su članom 30 i narednim članovima Ugovora“.

Prema tome, potrebno je utvrditi rezultat koji preferencijalni sistem ove vrste može imati na slobodu kretanja roba.

U tom pogledu treba istaći da takav sistem kojim se favorizuju robe proizvedene u određenoj regiji države članice spriječava organe i javna tijela da dio roba koje su im potrebne nabave od preduzeća smještenih u drugim državama članicama. Prema tome, potrebno je istaći da se prema proizvodima koji potiču iz drugih država članica vrši diskriminacija u odnosu na proizvode proizvedene u dotičnoj državi članici, što dovodi do ometanja normalnog toka trgovine unutar Zajednice.

Na taj zaključak ne utiče činjenica da restriktivne posljedice preferencijalnog sistema ove vrste snose u istoj mjeri i proizvodi preduzeća iz te države članice koja nisu smještena u regiji na koju se odnosi preferencijalni sistem i proizvodi preduzeća osnovanih u drugim državama članicama.

Potrebno je istaći, prije svega, da, iako nisu svi proizvodi u državi članici u prednosti u odnosu na proizvode iz drugih država, ostaje činjenica da su svi proizvodi koji su u prednosti zbog preferencijalnog sistema domaći proizvodi. Drugo, činjenica da restriktivna posljedica proizvedena mjerom koju je država nametnula za uvoz ne koristi svim domaćim proizvodima, nego samo nekim, ne može tu mjeru izuzeti iz zabrane propisane članom 30.

Nadalje, treba reći da, zbog svog diskriminatornog karaktera, ovakav sistem se ne može opravdati u svjetlu imperativnih zahtjeva koje prepoznaje Sud u svojoj praksi. Takvi zahtjevi se mogu uzeti u obzir samo u vezi sa mjerama koje se odnose na domaće proizvode i uvozne proizvode bez razlike.

C-243/89, „Storebaelt“ (Komisija protiv Danske, presuda Suda pravde od 22. juna 1993. godine)³⁹

SLOBODA OSNIVANJA I PRUŽANJA USLUGA

„Podneskom Sekretarijatu Suda dana 2. avgusta 1989. godine, Komisija Evropske zajednice podnijela je tužbu, prema članu 169 Ugovora o EEZ, radi utvrđivanja da, s obzirom na to:

- da je kompanija Aktieselskabet Storebaeltsforbindelsen objavila poziv za dostavljanje ponuda na osnovu uslova kojima se u najvećoj mogućoj mjeri zahtijeva korišćenje danskih materijala, potrošačkih dobara, rada i opreme, i
- da su pregovori sa odabranim konzorcijumom bili sprovedeni na osnovu ponude kojom nisu bili ispoštovani uslovi tendera

Kraljevina Danska nije uspjela ispuniti svoje obaveze prema pravnim normama Zajednice i da je konkretno prekršila odredbe čl. 30, 48 i 59 Ugovora o EEZ kao i Direktivu Vijeća br. 71/305/EEZ od 26. jula 1971. godine u vezi sa usaglašavanjem postupaka za dodjelu ugovora o izvođenju javnih radova (SG, Posebno izdanje na engleskom jeziku iz 1971. godine (II), str. 682, u daljem tekstu „direktiva“).

Radi ocjenjivanja stepena usklađenosti pregovora koje je na taj način obavio Storebaelt sa načelom jednakog odnosa prema ponuđačima, nužno je prvo razmotriti da li je tim načelom Storebaelt spriječen da uzme u obzir tender konzorcijuma ESG.

U tom pogledu, nužno je kao prvo navesti da poštovanje načela jednakog odnosa prema ponuđačima zahtijeva da svi tenderi treba da ispunjavaju uslove tendera kako bi se osiguralo objektivno poređenje ponuda koje dostavljaju različiti ponuđači.

To potvrđuje član 11 direktive, kojim se, u slučajevima gdje postoji opcija podnošenja alternativnih ponuda na projekat državne administracije, i pored toga što se ponuđaču istovremeno omogućava korišćenje metode za utvrđivanja cijene radova različite od one u upotrebi u zemlji u kojoj se ugovor dodjeljuje, ipak predviđa da tenderi budu usaglašeni sa uslovima tendera.

S obzirom na argumente koje je iznijela Vlada Danske da se danskim zakonodavstvom kojim se uređuje dodjela javnih ugovora omogućava prihvatanje rezervacija, potrebno je zapaziti da se prilikom primjene ovog zakonodavstva mora u potpunosti poštovati načelo jednakog postupanja prema ponuđačima, načelo koje se nalazi u samoj srži direktive i nameće potrebu za tim da ponude budu usklađene sa uslovima tendera.

³⁹ Presuda je relevantna za interpretaciju članova 6 (načelo konkurencije), 38 (tehničke specifikacije – nediskriminacija ponudilaca) i 65 ZJN (određivanje kriterijuma – nediskriminacija ponudilaca).

Takva potreba ne bi bila zadovoljena ako bi se ponuđačima dopustilo da odstupe od osnovnih odredaba uslova tendera posredstvom rezervacija, osim u slučajevima gdje im se takvim odredbama izričito omogućava da odstupe.

(...) zbog činjenice da je kompanija Aktieselskabet Storebaeltsforbindelsen uputila poziv na dostavljanje ponuda na osnovu uslova kojima se u najvećoj mogućoj mjeri zahtijeva korišćenje danskih materijala, potrošačkih dobara, rada i opreme, te činjenice da su pregovori sa odabranim konzorcijumom bili sprovedeni na osnovu ponude kojom nisu bili ispoštovani uslovi tendera, Kraljevina Danska nije ispunila svoje obaveze prema pravnim normama Zajednice i konkretno je prekršila čl. 30, 48 i 59 Ugovora kao i Direktivu Vijeća br. 71/305/EEZ.“

C-331/92, Gestión Hotelera Internacional SA protiv Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria and Gran Casino de Las Palmas SA (presuda Suda pravde od 19. aprila 1994. godine)⁴⁰

DEFINICIJA JAVNIH UGOVORA

„ (...) Pitanje koje se nameće za nadležni državni sud jeste da li mješoviti ugovor koji se odnosi kako na izvršenje radova tako i na raspodjelu imovine potpada pod predmet Direktive br. 71/305.

Nužan odgovor na to pitanje je da u slučaju kada su radovi koji se izvode u hotelu i kazinu samo usputni radovi u odnosu na glavni predmet dodjele, sama dodjela, ako se sagleda u cjelini, ne može biti okarakterisana kao ugovor o javnim radovima prema značenju koje se podrazumijeva Direktivom br. 71/305.

Potvrda takvog tumačenja se može pronaći u Direktivi Vijeća br. 92/50/EEZ od 18. juna 1992. godine koja se odnosi na usaglašavanje postupaka za dodjelu ugovora o pružanju javnih usluga (SG 1992 L 209, str. 1).

Prema stavu 16 u preambuli te direktive, iz Direktive br. 71/305 slijedi da, ukoliko se ugovor želi svrstati u kategoriju ugovorâ o javnim radovima, njegov predmet mora biti izvršenje radova, te ako se ti radovi smatraju usputnim radovima a ne samim predmetom ugovora, neopravdano je na osnovu njihovog karaktera smatrati ovaj ugovor ugovorom o javnim radovima.

Na nadležnom državnom sudu je da utvrdi jesu li ti radovi usputni radovi u odnosu na glavni predmet dodjele.“

⁴⁰ Presuda je relevantna za interpretaciju člana 4 ZJN – definicije pojmova, naročito njegove 4 tačke (definicija ugovora o javnim radovima).

C-389/92, „Ballast“ (Ballast Nedam Groep NV protiv Belgian State, presuda Suda pravde od 14. aprila 1994. godine)⁴¹

IZBOR PONUĐAČA – REFERENCE, DOKAZI, ITD.

„(...) Kada (...) neka kompanija radi dokazivanja svog ekonomskog i finansijskog položaja i tehničkog znanja i sposobnosti u svrhu upisa u službenu listu priznatih preduzeća, dostavi reference koje se odnose na njene supsidijare, ista kompanija je obavezna pokazati da, bez obzira kakva je priroda njene pravne veze sa ovim supsidijarima, ona zapravo ima na raspolaganju resurse supsidijara koji su neophodni za realizaciju ugovora. Na sudovima države je da u svjetlu činjeničnih i pravnih okolnosti pred sudom ocijeni jesu li takvi dokazi zaista dostavljeni u postupku u glavnoj stvari.

Odgovor na pitanje upućeno Sudu radi donošenja preliminarne odluke mora s toga biti da se Direktiva Vijeća br. 71/304/EEZ od 26. jula 1971. godine o ukidanju ograničenja na slobodu pružanja usluga u pogledu ugovora o izvođenju javnih radova i dodjeli ugovora o izvođenju javnih radova ugovaračima koji djeluju putem agencija ili poslovnica, kao i Direktiva Vijeća br. 71/305/EEZ od 26. jula 1971. godine o usaglašavanju postupaka za dodjelu ugovora o izvođenju javnih radova moraju tumačiti tako da se njima dozvoljava da se, u svrhu ocjenjivanja kriterijuma koje treba zadovoljiti ugovarač prilikom ispitivanja prijave za upis podnesenih od strane dominantnog pravnog lica unutar jedne grupe, uzmu u obzir kompanije koje pripadaju toj grupi, s tim da je pravno lice o kome je riječ dužno pokazati da ima na raspolaganju resurse ovih kompanija neophodne za obavljanje radova. Na sudu države je da ocijeni da li je taj dokaz iznesen u toku postupka u glavnoj stvari.“

C-359/93, „UNIX“ (Komisija protiv Holandije, presuda Suda pravde od 24. januara 1995. godine)⁴²

UVOD:

Ovaj predmet odnosi se na postupak javne nabavke koji je sproveo holandski ugovorni organ za dodjelu ugovora za snabdijevanje i održavanje meteorološke stanice. Prema rokovima i uslovima tog tendera tražen je operativni sistem UNIX. Komisija je prigovorila da ugovorni organ, propustivši da doda riječi „ili ekvivalent“ nakon izraza UNIX, nije ispunio svoje obaveze iz člana 7 direktive (o opisivanju predmeta nabavke) i člana 30 Ugo-

⁴¹ Presuda je relevantna za interpretaciju 7. poglavlja ZJN – uslovi i podobnost dobavljača (članovi 45-49 ZJN).

⁴² Presuda je relevantna za interpretaciju članova 38-40 ZJN – tehničke specifikacije.

vora (o slobodi kretanja roba). Holandske vlasti su u svoju odbranu istakle da se sistem UNIX, u oblasti IT tehnologije, smatra tehničkom specifikacijom koja se generalno prepoznaje u prometu i nije potrebno dodavati riječi „ili ekvivalent“. Sud je odbacio ovaj argument. Konstatovao je da se direktivom zabranjuje isticanje robne marke, osim ako se predmet ugovora ne može drugačije opisati specifikacijama koje su dovoljno određene i u potpunosti razumljive svim učesnicima i ako je isticanje robne marke praćeno riječima „ili ekvivalent“. Strane u postupku su priznale da sistem UNIX nije standardizovan i da je to ime konkretne marke proizvoda.

Budući da iza izraza UNIX nije bilo riječi „ili ekvivalent“, postojala je mogućnost da privredni subjekti budu spriječeni da učestvuju u postupku nabavke. U isto vrijeme, tim isticanjem se mogao spriječiti tok uvoza u trgovini unutar Zajednice i zbog toga se smatra da je u suprotnosti sa odredbom člana 30 Ugovora, jer se ugovor isključivo rezerviše za dobavljače koji namjeravaju koristiti sistem konkretno naveden u uslovima ugovora.

KORIŠTENJE TEHNIČKIH SPECIFIKACIJA

„Dana 10. decembra 1991. godine Nederlands Inkoopcentrum NV, holandski ugovorni organ, objavio je obavještenje o dostavi ponuda u Službenom listu Evropske zajednice u vezi sa nabavkom i održavanjem meteorološke stanice.

To obavještenje o dostavi ponuda, koje postavljeno kao model u Dodatku III Direktive br. 77/62, nije sadržalo nikakvo upućivanje na osobe ovlašćene da prisustvuju otvaranju tendera ili na datum, vrijeme i mjesto otvaranja.

Štaviše, u opštim uslovima i zahtjevima ugovornog organa navedeno je da je traženi operativni sistem bio „UNIX“, što je naziv softverskog sistema koji je izradio Bell Laboratories iz ITT (SAD) radi spajanja nekoliko kompjutera različitog proizvodnog tipa.

(...)

Potrebno je imati u vidu to da se članom 7(6) Direktive br. 77/62 zabranjuje navođenje proizvodnih marki osim ako takvo navođenje nije praćeno riječima „ili slično“ budući da predmet ugovora inače ne može biti opisan specifikacijama koje su u dovoljnoj mjeri precizne i u cjelosti razumljive za sve relevantne strane.

Strane se, međutim, slažu da sistem UNIX nije standardizovan i da je to naziv posebne marke proizvoda.

Stoga činjenica da termin UNIX nije bio praćen riječima „ili slično“ ne samo da može odvratiti ekonomske operatere koji koriste sisteme slične UNIX-u od učešća u postup-

ku dostavljanja ponuda, nego isto tako može ugroziti i izvozni protok prometu unutar Zajednice, suprotno članu 30 Ugovora, i to time što bi se ugovor rezervisao isključivo za dobavljače koji planiraju koristiti sistem koji se ovdje posebno navodi.

Shodno tome, ugovorni organ je nakon izraza UNIX trebalo da doda riječi „ili slično“, kako se to zahtijeva članom 7(6) Direktive br. 77/62.

Iz prethodnog slijedi da, time što u obavještenju o predmetnom ugovoru nije navela osobe ovlaštene da prisustvuju otvaranju tendera, kao i datum, vrijeme i mjesto otvaranja, te time što je u opšte uslove i zahtjeve uvrstila tehničku specifikaciju definisanu upućivanjem na konkretan proizvod posebne proizvodne marke, Kraljevina Holandija nije ispunila svoje obaveze prema Direktivi br. 77/62 i prema članu 30 Ugovora.“

*C-318/94, Komisija protiv Njemačke
(presuda Suda pravde od 28. marta 1996. godine)⁴³*

UVOD:

Ovaj predmet se odnosi na dodjelu ugovora za vodoprivredne radove na rijeci Ems u Njemačkoj bez prethodnog objavljivanja poziva za javno nadmetanje. Prema zakonima Njemačke, planove za produbljivanje rijeke mora odobriti regionalni organ. U toku otvorenog postupka taj regionalni organ, koji ranije nije uložio prigovor, obavijestio je da se ne slaže sa projektom zbog određenih pitanja zaštite okoline. Donesena je odluka da se planovi izmijene i nakon toga su prihvaćeni. Zbog kašnjenja u odobravanju planova, ugovorni organ je odlučio da ne sprovede otvoreni postupak, nego da ugovor dodijeli u pregovaračkom postupku bez prethodnog objavljivanja poziva za javno nadmetanje. Ugovor je na kraju potpisan po završenom pregovaračkom postupku. Komisija je osporila primjenu tog postupka i pokrenula postupak pred Sudom. Njemačke vlasti su u svoju odbranu tvrdile da je bilo neophodno da se radovi završe do odgovarajućeg datuma kada je plovilo moralo da bude isporučeno. Po njihovom mišljenju, nije bilo moguće provesti otvoreni postupak koji bi morao trajati najmanje 72 dana. Sud je odbacio taj argument, tvrdeći da je izuzetak od objavljivanja poziva moguć samo ako su ispunjena tri sljedeća uslova, i to kumulativno: postojanje nepredvidljivog događaja, krajnja hitnost zbog koje se ne mogu ispuniti rokovi utvrđeni u drugim postupcima i posljednji, slučajna veza između tog događaja i krajnje hitnosti koja iz njega proizilazi. Ako jedan od tih uslova nije ispunjen, primjena pregovaračkog postupka nije osnovana. Nepredvidljivi događaj

⁴³ Presuda je relevantna za interpretaciju članova 18-25 ZJN – vrste postupaka za dodjelu ugovora o javnim nabavkama, a posebno člana 23 ZJN – pregovarački postupak bez prethodnog objavljivanja poziva za javno nadmetanje.

koji su njemačke vlasti navele u svoju odbranu bio je potpuno neočekivano odbijanje regionalnog organa da odobri prvobitne planove. Sud se nije složio – mogućnost da tijelo koje mora odobriti projekat može prije isteka roka utvrđenog u tu svrhu dati prigovore iz razloga koje ima pravo da iznese predstavlja, dakle, nešto što se može predvidjeti. Stoga odbijanje da se projekat odobri ugovorni organ ne može smatrati događajem koji on nije mogao predvidjeti u smislu direktiva.

USLOVI ZA KORIŠĆENJE POSTUPAKA NABAVKE

„Podneskom Sekretarijatu suda uloženom dana 6. decembra 1994. godine, Komisija Evropske zajednice podnijela je tužbu prema članu 169 Ugovora o EEZ radi utvrđivanja da se – nakon što je Ured za plovne puteve i navigaciju iz Emdena (Njemačka) dodijelio ugovor o javnim radovima za pročišćavanje nataloženog materijala iz riječnog korita donjeg toka rijeke Ems na potezu između Papenburga i Oldersuma, posredstvom pregovaračkog postupka bez prethodnog objavljivanja poziva za dostavljanje ponuda u Službenom listu Evropske zajednice – smatra da Savezna republika Njemačka nije ispunila svoje obaveze prema Direktivi Vijeća br. 71/305/EEZ od 26. jula 1971. godine o usaglašavanju postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima (SG, Specijalno izdanje na engleskom jeziku iz 1971. (II), str. 682), zajedno sa izmjenama i dopunama u Direktivi Vijeća br. 89/440/EEZ od 18. jula 1989. godine (SG 1989 L 210, str. 1, u daljem tekstu „direktiva“).

U septembru 1989. godine, na zahtjev grada Papenburga, sastavljen je plan da se izmijeni korito donjeg toka rijeke Ems u cilju da se na ovoj rijeci omogući redovna plovidba za plovila tipa „Panama“ sa dimenzijama plovnog gaza od 6,80 metara. Produbljivanje ovog dijela rijeke Ems bilo je od velikog ekonomskog značaja za ovaj region. Štaviše, tokom 1990. godine, brodogradilište Meyer-Werft, kao najveći poslodavac u regionu, sklopilo je ugovor o isporuci plovila tipa „Panama“ najkasnije do 18. februara 1992. godine. Dnevna kazna od 80.000 američkih dolara utvrđena je u slučaju da se ne ispoštuje unaprijed utvrđeni rok isporuke. Isporuka plovila na taj dan mogla se odvijati samo nakon završetka ovih radova.

Prema njemačkom zakonodavstvu, planovi za produbljivanje donjeg toka rijeke Ems morali su biti odobreni kroz proceduru koja konkretno zahtijeva saglasnost regionalnog organa vlasti Weser-Ems oblasti. Na kraju maja 1991. godine, tj. na dan predviđen za zaključenje ovog postupka, regionalni organ vlasti u oblasti Weser-Ems, koji ranije nije uložio nikakav prigovor, izdao je obavještenje da nije dao saglasnost za projekat po ekološkom osnovu. Nakon toga donosena je odluka da se nastavi postupak u cilju pribavljanja saglasnosti samo u vezi planova za taj dio projekta, koji se sastojao od privremenog produbljivanja korita rijeke ne bi li se omogućio prolaz za plovilo koje je gradilo brodogradilište Meyer-Werft. Planovi za ovaj djelimični projekat bili su definitivno odobreni dana 15. avgusta 1991. godine.

Međutim, dana 15. aprila 1991. godine, Ured za plovne puteve i plovidbu iz Emdena (u daljem tekstu „Ured“), koji je namjeravao dodijeliti radove u skladu sa javnim postupkom, uputio je prethodno obavještenje zajedno sa informacijama o predviđenim radovima, koje je bilo objavljeno u dodatku u Službenom listu Europske zajednice 20. aprila 1991. godine.

S obzirom na zastoj u odobravanju planova, Ured je donio odluku da odustane od javnog postupka i da dodijeli ugovor putem pregovaračkog postupka bez prethodnog objavljivanja poziva za javno nadmetanje. Ugovor je bio dodijeljen 15. avgusta 1991. godine na osnovu pregovaračkog postupka.

Mora se naglasiti da, s ciljem da se u obzir uzmu kako javni tako i privatni interesi prisutni u postupcima za dobijanje odobrenja na projekte o javnim radovima, državama članicama je dopušteno da prenesu na fizička ili pravna lica na koja se projekat eventualno odnosi izvjesna prava koja su nadležni organi dužni poštovati.

Mogućnost da tijelo koje je dužno davati odobrenja na projekat, eventualno prije isteka roka utvrđenog za ovu svrhu, iznese primjedbe iz razloga na osnovu kojih ima pravo da ih iznese, je s toga nešto što je moguće predvidjeti u postupku odobravanja plana.

Odbijanje regionalnih vlasti u Weser-Ems oblasti da odobre projekat za pročišćavanje riječnog korita donjeg toka rijeke Ems, usljed čega se obavezuju nadležni organi da projekat izmijene i dopune, ne može se stoga posmatrati kao događaj koji ugovorni organi nisu predvidjeli u skladu sa značenjem člana 5(3)(c) Direktive.

Iz prethodnog slijedi da je – bez potrebe da se ustanovi jesu li drugi uslovi odstupanja u ovom slučaju ispunjeni, iz razloga što je Ured za plovne puteve i plovidbu iz Emdena dodijelio ugovore o javnim radovima za pročišćavanje korita donjeg dijela toka rijeke Ems na potezu između Papenburga i Oldersuma, putem pregovaračkog postupka bez prethodnog objavljivanja poziva za javno nadmetanje u Službenom listu Evropske zajednice – Savezna Republika Njemačka propustila ispuniti svoje obaveze prema Direktivi Vijeća br. 71/305/EEZ od 26. jula 1971. godine o usaglašavanju postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima, i njenim izmjenama i dopunama u Direktivi Vijeća br. 89/440/EEZ od 18. jula 1989. godine.“

C-44/96, „Mannesmann“ (Mannesmann Anlagenbau Austria AG i drugi protiv Strohal Rotationsdruck GesmbH, presuda Suda pravde od 15. januara 1998. godine)⁴⁴

TIJELO KOJE JE UREĐENO PRAVILIMA JAVNOG PRAVA

„Prema definiciji iz prve tačke člana 1(b) Direktive br. 93/37 o usaglašavanju postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima, pod ugovornim se organima, pored ostalog, podrazumijeva tijelo koje je uređeno pravilima javnog prava; u drugoj tački se predviđa da se pod tim tijelom podrazumijeva svako tijelo koje je osnovano za određene svrhe zadovoljavanja potreba od opšteg interesa, koje nema industrijski ili komercijalni karakter, ima svojstvo pravnog lica i u neposrednoj je zavisnosti od državnih, regionalnih ili lokalnih organa vlasti ili ostalih tijela koja su uređena pravilima javnog prava.

Subjekt poput Österreichische Staatsdruckerei (austrijska državna štamparija, ili skraćeno ‘ÖS’) mora se smatrati tijelom koje je uređeno pravilima javnog prava, a time i ugovornim organom prema značenju prethodno pomenutih odredaba, ukoliko:

- su dokumenti koje je ÖS dužan predočiti usko povezani sa javnim poretkom i institucionalnim funkcionisanjem države, i zahtijevaju zagarantovane uslove nabavke i proizvodnje kojima se osigurava poštovanje standarda povjerljivosti i sigurnosti, imajući u vidu da u tom pogledu uslov da je tijelo moralo biti osnovano radi „konkretnih“ svrhe zadovoljavanja potreba od opšteg interesa, a koje nema industrijski ili komercijalni karakter, što ne znači da bi mu trebalo povjeriti isključivo, ili pak u prvom redu, samo zadatak zadovoljavanja takvih potreba;
- ÖS ima svojstvo pravnog lica;
- generalnog direktora ÖS-a imenuje tijelo u čiji sastav ulaze uglavnom članovi koje imenuje Ured saveznog kancelara ili različita ministarstva, ÖS podliježe kontroli od strane Revizorskog suda, većina njegovih dionica je još u vlasništvu države Austrije i državna služba za kontrolu je nadležna za monitoring štampanih stvari na koje se primjenjuju sigurnosne mjere.

Ugovori o radu koje je sklopio taj subjekat treba smatrati ugovorima o izvođenju javnih radova u značenju člana 1(a) direktive nevezano za njihovu prirodu i bez obzira na to koliko je mali ili veliki relativni omjer prema kojem oni predstavljaju djelatnosti ÖS-a obavljane u svrhu zadovoljavanja potreba neindustrijskog ili nekomercijalnog karaktera.

⁴⁴ Presuda je relevantna za interpretaciju člana 2 ZJN – obveznici primjene zakona.

Preduzeće koje obavlja poslovne aktivnosti, a u kojem ugovorni organ prema značenju prve tačke člana 1(b) Direktive br. 93/37 o usklađivanju postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima ima većinski dioničarski udio, ne treba smatrati tijelom koje je uređeno pravilima javnog prava u skladu sa značenjem druge tačke te odredbe – prema kojoj to mora biti tijelo osnovano za konkretnu svrhu zadovoljavanja potreba od opšteg interesa, koje nema industrijski ili komercijalni karakter – a shodno tome i ugovornim organom po jedinom osnovu da je to preduzeće osnovao ugovorni organ ili da ugovorni organ na njega prenosi sredstva stečena iz djelatnosti obavljanih radi zadovoljavanja potreba od opšteg interesa koje nemaju industrijski ili komercijalni karakter.

Takođe, na ugovor o javnim radovima ne primjenjuju se odredbe direktive kada se radi o projektu koji se od početka u cjelosti ubraja u objekte preduzeća koje nije ugovorni organ i kada je ugovore o radu u odnosu na taj projekat sklopio ugovorni organ u ime tog preduzeća.

*C-353/96, Komisija protiv Irske
(presuda Suda pravde od 17. decembra 1998. godine)⁴⁵*

TIJELO KOJE JE UREĐENO PRAVILIMA JAVNOG PRAVA

„Podneskom Sekretarijatu Suda dana 29. oktobra 1996. godine, Komisija Evropske zajednice pokrenula je tužbu prema članu 169 Ugovora o EZ radi utvrđivanja da, time što nije postupila u skladu sa odredbama Direktive Vijeća br. 77/62/EEZ od 21. decembra 1976. godine o postupcima za dodjelu ugovora o javnoj nabavci roba (SG 1977 L 13, str. 1), sa izmjenama i dopunama u Direktivi Vijeća br. 88/295/EEZ od 22. marta 1988. godine (SG 1988 L 127, str. 1), i konkretno time što nije objavila svoj javni poziv na podnošenje ponuda za nabavku vještačkog gnojiva u ime preduzeća Coillte Teoranta u Službenom listu Evropske zajednice, Irska nije ispunila svoje obaveze prema Ugovoru o EZ. (...).

Prema tvrdnji Vlade Irske, Coillte Teoranta se ne može smatrati ugovornim organom ni prema značenju iz Direktive br. 77/62, niti Direktive br. 93/36.

Vlada tvrdi da je Coillte Teoranta privatno preduzeće na koje se primjenjuje Zakon o privrednim društvima. Stoga je ono komercijalno privredno društvo koje pripada državi.

Ovlašćenja za imenovanje i smjenjivanje njegovih službenika te definisanje njegove opšte poslovne politike nisu obimnije od onih koje su predviđene u aktu o osnivanju i

⁴⁵ Presuda je relevantna za interpretaciju člana 2 ZJN – obveznici primjene zakona.

statutu privatnog društva koje je skoro u cjelini u vlasništvu jednog dioničara. Njegovim svakodnevnim poslovanjem, s druge strane, rukovodi se nezavisno i država nema uticaja na dodjelu ugovora.

S druge strane, Irska ne osporava to da ako se kompanija Coillte Teoranta željela svrstati u kategoriju ugovornog organa, onda je morala objaviti poziv za dostavljanje ponuda za javni ugovor o kojem je ovdje riječ.

Nužno je kao prvo pomenuti da se činjenice ovog predmeta ubrajaju isključivo u predmet Direktive br. 77/62. U vrijeme izdavanja poziva za dostavljanje ponuda, pa čak i kada je dodjeljivan dati ugovor, rok za transpoziciju, odnosno prenošenje Direktive br. 93/36 u domaće zakonodavstvo još nije bio istekao, i Irska je još nije bila transponovala.

Na pitanje da li je Coillte Teoranta ugovorni organ u smislu Direktive br. 77/62, dužni smo konstatovati da je, za razliku od tijela koje je razmatrano u predmetu Beentjes, Coillte Teoranta ima svojstvo pravnog lica. Štaviše, postoji saglasnost da ova kompanija ne dodjeljuje javne ugovore u ime državnog, odnosno regionalnog, odnosno lokalnog organa vlasti.

U ovakvim okolnostima, Coillte Teoranta se ne može posmatrati kao državni, regionalni, odnosno lokalni organ u značenju člana 1(b) Direktive br. 77/62. Još se, međutim, mora razmotriti da li je Coillte Teoranta jedno od tijela koje odgovara definiciji pravnih lica uređenih pravilima javnog prava i navedenih u Dodatku I Direktive br. 77/62.

Kada se radi o Irskoj, u ovom dodatku su pod pojmom ugovorni organ opisani ostali javni organi čiji ugovori o javnoj nabavci roba jesu predmet kontrole koju obavlja država.

Mora se imati u vidu da je cilj usaglašavanja na nivou Zajednice postupaka za dodjelu ugovora o javnoj nabavci roba zapravo ukloniti prepreke slobodnom kretanju roba.

Radi osiguravanja potpune primjene načela slobode kretanja, izraz „ugovorni organ“ obavezno se tumači u funkcionalnom značenju (u tom smislu vidi presudu od 10. novembra 1998. godine u predmetu br C-360/96 Gemeente Arnhem i Gemeente Rheden protiv BFI Holdinga [1998] ECR I-6821, stav 62).

Ovdje je potrebno napomenuti da je država ta koja je uspostavila Coillte Teoranta i povjerila mu konkretne zadatke, koji su se u načelu sastojali od gazdovanja državnim šumama i upravljanja šumskoprivrednim djelatnostima, ali i brige o različitim objektima od javnog interesa. I sama država je ta koja ima ovlašćenja da imenuje glavne službenike u Coillte Teoranta.

Štaviše, ovlaštenje ministra da daje uputstva za Coillte Teoranta, putem kojih se konkretno od iste kompanije zahtijeva da postupi u skladu sa politikom države u oblasti šumarstva ili da obezbijedi precizirane usluge ili objekte, te ovlaštenja koja se prenose na tog ministra i ministra finansija po finansijskim pitanjima, pružaju mogućnost državi da kontroliše privrednu djelatnost koju obavlja Coillte Teoranta.

Premda uistinu ne postoji odredba u smislu da se državna kontrola proširuje na konkretnu dodjelu ugovora od strane Coillte Teoranta o javnoj nabavci roba, država, ipak, može u najmanju ruku, posredno upražnjavati takvu kontrolu.

Posljedica toga je da se Coillte Teoranta mora posmatrati kao „javni organ čije ugovore o javnoj nabavci roba kontroliše država“ u smislu tačke VI Dodatka I Direktive br. 77/62.

Coillte Teoranta je dakle ugovorni organ u smislu Direktive br. 77/62 i stoga je bio obavezan u ovom slučaju objaviti javni poziv za dostavljanje ponuda u Službenom listu Evropske zajednice.“

C-360/96, „Gemeente Arnhem“ (Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden protiv BFI Holding BV, presuda Suda pravde od 10. novembra 1998. godine)⁴⁶

TIJELO KOJE JE UREĐENO PRAVILIMA JAVNOG PRAVA

„(...) državni sud traži pojašnjenje u pogledu odnosa između izraza `potrebe od opšteg interesa' i izraza `nemaju industrijski ili komercijalni karakter', i postavlja konkretno pitanje da li je namjera ovog drugog izraza da se ograniči izraz `potrebe od opšteg interesa' na one koje nisu industrijskog ili komercijalnog karaktera ili, suprotno tome, da li on znači da sve potrebe od opšteg interesa nisu po svom karakteru industrijske ili komercijalne.

U tom pogledu, iz druge tačke člana 1(b) Direktive 92/50 je u njegovim različitim jezičkim verzijama jasno da nepostojanje industrijskog ili komercijalnog karaktera jeste kriterijum čija je namjera da pojasni značenje izraza `potrebe od opšteg interesa' korišćenog u toj odredbi.

U prethodno citiranim stavovima 22 do 24 iz Mannesmann Anlagenbau Austria, Sud je usvojio isto tumačenje u vezi sa drugom tačkom člana 1(b) Direktive Vijeća br. 93/37/

⁴⁶ Presuda je relevantna za interpretaciju člana 2 ZJN – obveznici primjene zakona.

EEZ od 14. juna 1993. godine o usaglašavanju postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima (SG 1993 L 199, str. 54), odredbe koja je u osnovi ista kao i druga tačka člana 1(b) Direktive br. 92/50.

Štaviše, jedino tumačenje kojim se može garantovati djelotvornost druge tačke člana 1(b) Direktive br. 92/50 je to da se njime u okviru kategorije potreba od opšteg interesa stvara potkategorija potreba koje nisu industrijskog ili komercijalnog karaktera.

Da je smatrao da sve potrebe od opšteg interesa nisu industrijskog ili komercijalnog karaktera, zakonodavni organ Zajednice to tako ne bi rekao, zbog toga što u tom kontekstu druga komponenta definicije ne bi imala nikakvu svrhu.

(...) druga tačka člana 1 (b) Direktive br. 92/50 mora se tumačiti tako da se smatra da je zakonodavni organ napravio razliku između potreba od opšteg interesa koje nemaju industrijski ili komercijalni karakter i potreba od opšteg interesa koje imaju industrijski ili komercijalni karakter.

Slijedeće, mora se uzeti u obzir i to da je svrha usklađivanja na nivou Zajednice postupaka za dodjelu ugovora o pružanju javnih usluga da se eliminišu prepreke koje stoje na putu ostvarivanja slobode pružanja usluga i time zaštite interesi ekonomskih operatera formiranih u državi članici koji žele ponuditi robe ili usluge ugovornim organima u drugoj državi članici.

Shodno tome, cilj Direktive br. 92/50 je da se izbjegne opasnost preferencijalnog odnosa prema državnim ponudiocima ili kandidatima u svim slučajevima kada ugovor dodjeljuju ugovorni organi (vidi u tom smislu prethodno citirani predmet Mannesmann Anlagenbau Austrija, stav 33).

Činjenica da konkurencija postoji nije dovoljna da se isključi mogućnost da tijelo koje finansira ili kontroliše država, teritorijalne vlasti ili drugi organi uređeni pravilima javnog prava eventualno izaberu da se rukovode motivima koji nisu čisto ekonomske prirode. Stoga, na primjer, takvo tijelo može smatrati ispravnim i to da pretrpi određene finansijske gubitke s ciljem da slijedi konkretnu nabavnu politiku tijela od kojeg je neposredno zavisno.

Štaviše, budući da je teško zamisliti bilo kakvu aktivnost koju u svim okolnostima ne bi mogla obavljati privatna preduzeća, uslov da ne bi trebalo postojati nijedno privatno preduzeće koje može zadovoljiti potrebe zbog kojih je sporno tijelo osnovano vjerovatno bi vodio ka tome da se izraz `tijelo uređeno pravilima javnog prava' korišćen u članu 1(b) Direktive br. 92/50 protumači kao besmislen.

Beskorisna je primjedba da bi pribjegavanjem primjeni člana 6 Direktive br. 92/50, ugovorni organi mogli izbjeći konkurenciju privatnih preduzeća koja su sebe smatrala sposobnim za zadovoljavanje istih onih potreba od opšteg interesa koje su u stanju zadovoljiti i sporni subjekt.

Zaštita onih koji se pojavljuju kao konkurenti tijelima uređenim pravilima javnog prava već je osigurana odredbama Ugovora o EZ počevši sa članom 85 i članovima koji slijede iza njega, budući da je primjena člana 6 Direktive br. 92/50 uslovljena time da zakoni, propisi ili administrativne odredbe na kojima je zasnovano ekskluzivno pravo tijela moraju biti usklađeni sa Ugovorom.

Upravo je zbog tog razloga, u predmetu Mannesmann Anlagenbau Austria citiranom u prethodnom dijelu ovih teza, stav 24, bez razmatranja jesu li privatna preduzeća bila u mogućnosti zadovoljiti iste potrebe, Sud smatrao da je jedna državna štamparija zadovoljila potrebe od opšteg interesa koje nemaju industrijski ili komercijalni karakter.

Slijedi da se član 1(b) Direktive br. 92/50 može primjenjivati na konkretno tijelo uprkos tome što privatna preduzeća zadovoljavaju ili mogu zadovoljiti iste potrebe kao i to tijelo, te da nepostojanje konkurencije nije uslov koji se nužno uzima u obzir kod definisanja tijela uređenog pravilima javnog prava.

Mora se međutim istaći da postojanje konkurencije nije u potpunosti bez značaja kada je riječ o pitanju da li se potreba od opšteg interesa razlikuje od one industrijskog ili komercijalnog karaktera.

Postojanje značajne konkurencije, a naročito činjenica da se dati subjekt suočava sa konkurencijom na tržištu, može ukazivati na nepostojanje potrebe od opšteg interesa koja nema industrijski ili komercijalni karakter.

Nasuprot tome, ove druge potrebe se prema opštem pravilu zadovoljavaju na način drugačiji od onog zasnovanog na raspoloživosti robe ili usluga na tržištu, kako pokazuje lista tijela uređenih pravilima javnog prava sadržana u Dodatku I Direktive br. 71/305/EEZ od 26. jula 1971. godine o usaglašavanju postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima (SG, Specijalno izdanje na engleskom jeziku, 1971 (II), str. 682), sa njenim izmijenama i dopunama iz Direktive br. 93/37, na koji se član 1(b) Direktive br. 92/50 odnosi. Premda nije iscrpna, ova lista je zamišljena da bude što je moguće kompletnija.

Analiza te liste pokazuje da se, po pravilu, u sporedne potrebe ubrajaju one koje iz razloga koji su vezi sa opštim interesom sama država odabere ne bi li ostvarila, ili nad kojima želi zadržati, odlučujući uticaj.

U ovom slučaju nesporno je to da se uklanjanje i tretiranje otpada iz domaćinstava može posmatrati kao nešto što predstavlja potrebu od opšteg interesa.

Budući da se stepen zadovoljenja te potrebe koji se smatra nužnim iz razloga javnog zdravlja i zaštite okoline ne može postići korišćenjem usluga odlaganja koje su u potpunosti i djelimično raspoložive privatnim licima iz privatnih ekonomskih operatera, ta djelatnost je jedna od onih za koje država može zahtijevati da je obavljaju javni organi ili nad kojom ona nastoji zadržati odlučujući uticaj. (...) izraz 'potrebe od opšteg interesa koje nemaju industrijski ili komercijalni karakter' ne isključuju potrebe koje isto tako zadovoljavaju ili koje mogu zadovoljiti privatna preduzeća.“

*C-349/97, Komisija protiv Španije
(presuda Suda pravde od 8. maja 2003. godine)⁴⁷*

IZUZEĆA OD PRIMJENE DIREKTIVA

(...) Sud je dozvolio izuzeće u primjeni direktiva o dodjeli ugovora o javnim radovima, ili tzv. izuzeće u primjeni kod internog ugovora (in-house), koje se odnosi na ugovore zaključene od strane ugovornog organa sa određenim javnim organizacijama koje su sa njim samim usko povezane. Ograničenja u pogledu tog izuzeća objašnjena su konkretno u predmetu br. C-107/98 Teckal [1999] ECR I-8121, stav 50, i predmetu br. C-94/99 ARGE Gewässerschutz [2000] ECR I-11037, stav 40.

Jasno je iz ovih presuda da je za postojanje ugovora o javnim radovima u slučaju nepostojanja izričitog izuzeća po pravilu dovoljno da je ugovor s jedne strane zaključen između lokalnog organa vlasti, i s druge strane lica koje je pravno odvojeno od tog organa. Jedini slučaj u kojem je situacija drukčija jeste kada istovremeno lokalni organ vlasti vrši kontrolu nad tim licem sličnu onoj koju vrši nad vlastitim odjeljenjima u svom sastavu i kada to lice izvršava veći dio svoje djelatnosti u sklopu jednog ili više organa u čijem se vlasništvu nalazi.

Takvo je stanje u ovom slučaju. Prema članu 88(4) Zakona br. 66/97 od 30. decembra 1997. godine od državnog preduzeća poznatog pod nazivom Tragsa, koje je istovremeno instrument i tehnička služba španske administracije, zahtijevano je da samo ili korišćenjem pomoći od svojih supsidijara, realizira samo onaj posao koji joj je povjerila generalna državna uprava, autonomne zajednice ili njima podređena javna tijela. Prema članu 88(1) i 88(2), Tragsa je državna kompanija i autonomne zajednice mogu u nju investirati na način da putem dionica steknu udio u njenom kapitalu.“

⁴⁷ ZJN ne uređuje tzv. in-house nabavke.

*C-225/98, Komisija protiv Francuske
(presuda Suda pravde od 26. septembra 2000. godine)⁴⁸*

UVOD:

U ovom predmetu jedna od osam pritužbi⁴⁹ koje je uložila Komisija protiv Francuske ticala se činjenice da je francuski ugovorni organ iz regije Pas-de-Calais opisao radove koji su bili predmet postupka javne nabavke pozivajući se ne samo na međunarodnu klasifikaciju, nego i klasifikaciju koju su usvojile francuske stručne organizacije. Po mišljenju Komisije, to je bilo diskriminativno u odnosu prema stranim dobavljačima. U vezi s tim, Sud je prvo konstatovao da se svim principima jednakog tretmana sprečava ne samo otvorena diskriminacija po osnovu državljanstva, nego i svaka skrivena diskriminacija koja, primjenom drugih kriterijuma razlikovanja, dovodi de facto do istih rezultata. Klasifikacije koje je koristio francuski organ „bile su tako specifične i nerazumljive da su, po pravilu, samo francuski kandidati mogli odmah shvatiti o čemu govore“. Kao rezultat, upotreba tih referenci za utvrđivanje predmeta javne nabavke imala je takav efekat da su domaći dobavljači dobili više informacija, što im je olakšalo dostavljanje zadovoljavajućih ponuda. Kao što je Sud istakao, „teže je za ponuđače iz drugih država da dostave ponude u kratkom roku – jer prvo moraju od ugovornog organa saznati svrhu i sadržaj tih referenci“. Sud je zaključio da, budući da su reference koje su koristile francuske vlasti uticale na strane ponuđače na način da ih odvrate od učešća u tenderu, francuske vlasti su izvršile indirektnu diskriminaciju i ograničenje slobode pružanja usluga u smislu Ugovora.

Druga pritužba tiče se primjene kriterijuma od strane ugovornog organa za izbor najbolje ponude zahtjeva da se zaposle osobe koje duže vrijeme traže zaposlenje. Komisija je, pozivajući se na presudu u predmetu br. 31/87, tvrdila da je primjena takvog kriterijuma dozvoljena samo kao dodatni uslov koji je u vezi sa za izvršenje ugovora, a ne kao kriterijum za dodjelu ugovora. Sud se nije složio s ovim mišljenjem, istakavši da je u predmetu „Beentjes“ primjena tog uslova bila osnova za odbacivanje ponude koja nije ispunjavala uslove i prema tome je to bio kriterijum i za izbor ponude. Po mišljenju Suda pravde, ugovorni organi mogu bazirati izbor ponude na sposobnosti izvođača da ispuni uslove koji se odnose na borbu protiv nezaposlenosti, pod uslovom da je taj uslov u skladu sa osnovnim principima komunitarnog prava, u suštini, s principom nediskri-

⁴⁸ Presuda je relevantna za interpretaciju članova 6 (načelo konkurencije), 8 (načelo ravnopravnosti ponudilaca), 38 (tehničke specifikacije – nediskriminacija ponudilaca), 65 (određivanje kriterijuma – nediskriminacija ponudilaca) i 66 ZJN (ekonomski najpovoljnija ponuda kao vrsta kriterijuma).

⁴⁹ Druge pritužbe su se odnosile na izostanak objavljivanja prethodnog informativnog obavještenja, dodatnog kriterijuma koji se odnosio na nezaposlenost, broj odabranih kandidata, metod poznat kao dodjela pozivanjem na francuski zakon o javnim nabavkama, način označavanja lotova, minimalne standarde za učestvovanje, postupak obavještanja o dodjeli ugovora i nedostavljanje pisanih izvještaja.

minacije i slobodnog kretanja usluga. Štaviše, primjena tog uslova mora biti u skladu sa odredbama direktiva o javnim nabavkama i ne može dovesti do direktne ili indirektno diskriminacije prema izvođačima iz drugih država Evropske unije, mora biti izričito navedena u obavještenju o nabavci i izvođač mora biti upoznat sa njegovom primjenom.

*C-324/98, „Teleaustria“ (Telaustria Verlags GmbH i
Telefonadress GmbH protiv Telekom Austria AG,
presuda Suda pravde od 7. decembra 2000. godine)⁵⁰*

TRANSPARENTNOST

„Direktivom br. 93/38 obuhvaćen je ugovor zaključen radi ostvarivanja novčanog interesa, u pisanom obliku, između preduzeća, s jedne strane, koje je zakonom države članice posebno zaduženo za upravljanje telekomunikacionim uslugama i čiji kapital je u potpunosti u vlasništvu javnih organa te države i, s druge strane, privatnog preduzeća, pri čemu prema ugovoru prvo preduzeće povjerava drugom proizvodnju i objavljivanje, radi javnog distribuiranja, štampanih i elektronski dostupnih spiskova telefonskih pretplatnika (telefonskih imenika);

Iako je obuhvaćen Direktivom br. 93/38, prema pravu Zajednice u ovom trenutku, takav ugovor je isključen iz njene primjene na temelju činjenice, naročito, da se naknada koju je prvo preduzeće dalo drugom sastoji u tome da je drugo preduzeće dobilo pravo da eksploatiše vlastitu uslugu uz naplatu.

Međutim, činjenica da takav ugovor ne spada u predmet primjene Direktive br. 93/38 ne sprečava Sud pravde da pomogne domaćem sudu države članice koji je uputio nekoliko pitanja za donošenje prethodne odluke. U tu svrhu, Sud može uzeti u obzir i druge faktore za davanje tumačenja koje može pomoći u odlučivanju u postupku u glavnoj stvari.

S tim u vezi, treba imati na umu da, bez obzira na činjenicu da, prema pravu Zajednice u ovom trenutku, ovakvi ugovori nisu sadržani u predmetu Direktive br. 93/38, ugovorni organi koji ih zaključuju su, ipak, obavezni da se, generalno, pridržavaju temeljnih pravila Ugovora i, konkretno, principa nediskriminacije po osnovu državljanstva.

Kao što je Sud utvrdio u predmetu br. C-275/98 Unitron Scandinavia i 3-S [1999] ECR I-8291, stav 31, navedeni princip podrazumijeva, naročito, obavezu transparentnosti kako bi se ugovorni organ mogao uvjeriti da se taj princip poštuje.

⁵⁰ Presuda je relevantna za interpretaciju člana 7 ZJN – načelo transparentnosti postupka.

Obaveza transparentnosti koja je nametnuta ugovornom organu sastoji se od toga da se u korist svakog potencijalnog dobavljača osigura stepen oglašavanja koji je dovoljan da omogući tržištu usluga da bude otvoreno za konkurenciju i da se može izvršiti provjera nepristrasnosti postupka nabavke.“

*C-380/98, „Univerzitet u Kembridžu“
(The Queen protiv H.M. Treasury, ex parte: University of Cambridge,
presuda Suda pravde od 3. oktobra 2000. godine)⁵¹*

UGOVORNI ORGANI – TIJELO KOJE JE UREĐENO PRAVILIMA JAVNOG PRAVA

U članu 1(b) Direktive br. 92/50 koja se odnosi na usaglašavanje postupaka za dodjelu ugovora o pružanju javnih usluga, Direktive br. 93/36 o usaglašavanju postupaka za dodjelu ugovora o javnim nabavkama roba i Direktive br. 93/37 o usaglašavanju postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima, predviđa se njegovom prvom tačkom, da izraz ugovorni organi obuhvata, pored ostalog, tijela uređena pravilima javnog prava, a drugom tačkom, da tijelo uređeno pravilima javnog prava podrazumijeva svako tijelo koje se formira radi konkretne svrhe ispunjavanja potreba od opšteg interesa koje nemaju industrijski ili komercijalni karakter (prva alineja), ima svojstvo pravne osobe (druga alineja) i većim ga dijelom finansira država, odnosno regionalne ili lokalne vlasti, odnosno druga tijela uređena pravilima javnog prava, ili je predmet upravnog nadzora od strane takvih tijela, ili, pak, ima upravni, rukovodni ili nadzorni odbor, u čijem članstvu je više od polovine onih članova koje imenuju državne, regionalne ili lokalne vlasti, odnosno druga tijela uređena pravilima javnog prava (treća alineja).

U trećoj alineji, izraz „finansiraju“ ... [jedan ili više ugovornih organa], ako se na propisan način tumači, podrazumijeva dodjele ili grantove koje isplaćuje jedan ili više ugovornih organa radi potpore istraživačkom radu i studentske stipendije koje isplaćuju lokalni organi iz domena obrazovanja univerzitetima kao školarinu za imenovane studente.

Za razliku od toga, isplate koje vrši jedan ili više ugovornih organa, bilo u kontekstu ugovora za usluge koje čine istraživački rad ili kao naknadu za druge usluge poput konsultantskih ili za organizaciju konferencija, ne predstavljaju javno finansiranje u okviru značenja ovih direktiva.

Na osnovu pravilne konstrukcije, ovaj izraz u gorepomenutom članu 1(b), druga tačka, treća alineja, pretežno znači više od polovine.

⁵¹ Presuda je relevantna za interpretaciju člana 2 ZJN – obveznici primjene zakona.

Radi tačnog utvrđivanja procenta javnog finansiranja konkretnog tijela u obzir se mora uzeti cjelokupan prihod tijela, uključujući i onaj dio koji potječe iz komercijalne djelatnosti.

Odluka o tome da li je tijelo poput univerziteta takođe ugovorni organ u skladu sa značenjem člana 1(b) Direktive br. 92/50 koja se odnosi na usaglašavanje postupaka za dodjelu ugovora o pružanju javnih usluga, Direktive br. 93/36 o usaglašavanju postupaka za dodjelu ugovora o javnim nabavkama roba i Direktive br. 93/37 o usaglašavanju postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima, mora se donositi na godišnjem osnovu, i budžetska godina u kojoj počinje postupak nabavke mora se posmatrati kao najpri-mjereniji period za izračunavanje načina finansiranja tog tijela, tako da obračun mora biti izvršen na osnovu cifara koje su na raspolaganju s početkom budžetske godine, čak i ako su provizorne ili privremene. Prilikom započinjanja postupka nabavke, tijelo koje u smislu prethodno pomenutih direktiva čini ugovorni organ, ostaje što se tiče te nabavke i dalje dužno poštovati uslove iz tih direktiva sve dotle dok se dati postupak ne okonča.

*C-94/99, ARGE Gewässerschutz protiv Bundesministerium für Land-
und Forstwirtschaft (Presuda Suda pravde od 7. decembra 2000. godine)⁵²*

JEDNAK TRETMAN I NEDISKRIMINACIJA

„ARGE, udruženje preduzetnika i građevinskih inženjera, dostavilo je ponudu u otvorenom postupku za dostavljanje ponuda koji je organizovalo Savezno ministarstvo poljoprivrede i šumarstva, za ugovor o uzimanju i analizi uzoraka vode iz različitih jezera i rijeka u Austriji u periodu 1998/99. i 1999/2000. godine. Pored udruženja ARGE ponude su dostavili i drugi davaoci usluga u javnom sektoru, naime Österreichische Forschungszentrum Seibersdorf GmbH i Österreichische Forschungs- und Prüfungszentrum Arsenal GmbH, dva istraživačka instituta.

U postupku arbitraže pred Saveznom komisijom za žalbe u postupku javnih nabavki, ARGE je osporio učešće tih instituta u postupku dodjele ugovora za javnu nabavku, tvrdeći da oni kao polujavni dobavljači primaju značajnu pomoć države koja nije vezana za konkretne projekte.

Čl. 23 i članovima 29 – 37 Direktive br. 92/50 utvrđeni su detaljni kriterijumi za izbor davalaca usluga kojima je dozvoljeno dostaviti ponudu i kriterijumi za dodjelu ugovora, ali nijednom odredbom nije predviđeno da se ponuđači mogu diskvalifikovati ili njihove ponude odbiti samo zbog toga što primaju državnu pomoć.

⁵² Presuda je relevantna za interpretaciju članova 7 (načelo transparentnosti postupka), 8 (načelo ravnopravnosti ponudilaca), 38 (tehničke specifikacije – nediskriminacija ponudilaca) i 65 ZJN (određivanje kriterijuma – nediskriminacija ponudilaca).

Naprotiv, članom 1(c) Direktive br. 92/50 izričito se dozvoljava učestvovanje u postupku javne nabavke tijelima koja se u nekim slučajevima financiraju iz državnog budžeta. Odredbama direktive je utvrđeno da se pod pojmom ponuđač podrazumijeva davalac usluga koji je dostavio ponudu, a davalac usluga je definisan kao svako fizičko ili pravno lice, uključujući i javno tijelo, koje nudi usluge.

Iako nije, dakle, samo po sebi suprotno principu jednakog tretmana ponuđača da javna tijela učestvuju u postupku za dodjelu ugovora za javne nabavke, čak i u okolnostima kao što su okolnosti opisane u prvom pitanju, nije isključeno da se, u određenim posebnim okolnostima, Direktivom 92/50 zahtijeva, ili barem dopušta, da ugovorni organi uzmu o obzir postojanje pomoći, i posebno u slučaju postojanja pomoći koja nije u skladu sa Ugovorom, isključe ponudioce koji primaju tu pomoć.

Komisija je ispravno utvrdila u vezi s ovim da ponuđač može biti diskvalifikovan iz postupka izbora u slučaju kada ugovorni organ smatra da on prima pomoć koja nije u skladu sa Ugovorom i da bi obaveza vraćanja nezakonite pomoći ugrozila njegovo finansijsko stanje, tako da bi se za tog ponuđača moglo smatrati da nije sposoban pružiti traženu finansijsku ili ekonomsku sigurnost.

Međutim, da bi se odgovorilo na pitanje principa koje se pojavilo u postupku u glavnoj stvari, nije ni neophodno niti je moguće, s obzirom na sadržaj spisa predmeta, utvrditi uslove u kojima bi ugovorni organ bio obavezan, ili ovlašten, diskvalifikovati ponuđače koji primaju pomoć.

(...) Stoga je dovoljno istaći da je sama činjenica da ugovorni organ dozvoljava tijelima koja primaju pomoć bilo koje vrste, bilo od tog ugovornog organa ili od drugih organa, koja im omogućava da dostave ponude po cijenama znatno nižim od ponuda drugih ponuđača koji ne primaju pomoć, da učestvuju u postupku za dodjelu ugovora za javnu nabavku usluga, ne predstavlja povredu principa jednakog tretmana utvrđenog u Direktivi br. 92/50.

U tim okolnostima, odgovor (...) mora biti da sama činjenica da ugovorni organ dozvoljava tijelima koja primaju pomoć bilo koje vrste, bilo od tog ugovornog organa ili od drugih organa, koja im omogućava da dostave ponude po cijenama znatno nižim od ponuda drugih ponuđača koji ne primaju pomoć za učestvovanje u postupku za dodjelu ugovora za javnu nabavku usluga, takođe, ne predstavlja prikrivenu diskriminaciju ili restrikciju u suprotnosti sa članom 59 Ugovora.“

C-285/99 i C-286/99, „Impresa Lombardini“ (Impresa Lombardini SpA – Impresa Generale di Costruzioni protiv ANAS – Ente nazionale per le strade, Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA (C-285/99), i Impresa Ing. Mantovani SpA protiv ANAS – Ente nazionale per le strade, Ditta Paolo Bregoli (C-286/99), presuda Suda pravde od 27. novembra 2001. godine)⁵³

UVOD:

U spojenim predmetima br. C-285/99 i C-286/99 Sud je prihvatio primjenu matematičkog kriterijuma za neprirodno niske ponude, ali samo kao način određivanja onih ponuda za koje ugovorni organ sumnja da bi mogle biti neprirodno niske. Takav kriterijum ne izuzima, međutim, ugovorni organ od obaveze provođenja postupka ocjenjivanja koji se zahtijeva odredbama direktiva.

NEPRIRODNO NISKA VRIJEDNOST PONUDE

„Član 30 (4) Direktive Vijeća br. 93/37/EEZ od 14. juna 1993. godine o usaglašavanju postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima mora se tumačiti na sljedeći način:

- njime se isključuje zakonski propis države članice i upravna praksa kojom se dopušta ugovornom organu da odbaci ponudu u kojoj se nudi veći popust od praga anomalija kao neprirodno nisku, uzimajući u obzir samo ona obrazloženja predloženih cijena koja obuhvataju najmanje 75% od osnovne ugovorne vrijednosti pomenuta u obavještenju o nabavci, za koje se zahtijevalo da ponuđači dostave uz ponude, a da se nije davala mogućnost ponuđačima da nakon otvaranja ponuda brane svoje stanovište o onim elementima predloženih cijena koji su izazivali sumnju;

- njime se isključuje pravni propis države članice i upravna praksa koja zahtijeva od ugovornog organa da, u cilju ispitivanja neprirodno niskih ponuda, uzme u obzir isključivo obrazloženja zasnovana na ekonomičnosti metoda izgradnje, izabrnih tehničkih rješenja, ili u izuzetnom slučaju povoljne uslove na raspolaganju ponuđači, ali ne i obrazloženja koja se odnose na one elemente za koje se minimalne vrijednosti propisuju zakonom, propisom ili upravnom odredbom ili se mogu ustanoviti iz službenih podataka;

- međutim, uz uslov da su svi zahtjevi koji se njime postavljaju inače ispunjeni i da ciljevi postavljeni Direktivom br. 93/37 nisu propali, njime se u načelu ne isključuje pravni propis države članice i upravna praksa kojom se po pitanju otkrivanja i ispitivanja neprirodno niskih ponuda, kao prvo, zahtijeva da svi ponuđači pod prijetnjom isključenja iz ugovora, prate svoje ponude obrazloženjima predloženih cijena, s tim da se obuhvati najmanje 75% od osnovne vrijednosti tog ugovora, i, kao drugo, primi-

⁵³ Presuda je relevantna za interpretaciju člana 59 ZJN – neuobičajeno niska cijena.

jeni metod izračunavanja praga anomalija po osnovu prosjeka svih ponuda primljenih u spornom postupku dostavljanja ponuda, tako da ponuđači ne budu u situaciji da o tom pragu saznaju tek u vrijeme podnošenja svoje dokumentacije; rezultatom dobijenim primjenom tog metoda kalkulacije, obavezno se, međutim, ostavlja mogućnost njegovog ponovnog razmatranja od strane ugovornog organa.“

C-470/99, „Universale Bau“ (Universale-Bau AG i drugi protiv Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH, presuda Suda pravde od 12. decembra 2002. godine)⁵⁴

UGOVORNI ORGANI – TIJELO KOJE JE UREĐENO PRAVILIMA JAVNOG PRAVA

„(...) Na osnovu toga izvodi se zaključak da je cilj Direktive br. 93/37 izbjeći kako opasnost od davanja preferencijalnog tretmana državnim ponuđačima ili kandidatima u slučajevima kada ugovor dodjeljuju ugovorni organi, tako i mogućnost da tijelo koje finansiraju ili kontrolišu državne, regionalne ili lokalne vlasti, odnosno druga tijela uređena pravilima javnog prava eventualno, odabere da se rukovodi motivima koji nisu ekonomske prirode (...).

Sud je s toga smatrao da se upravo u svjetlu ovih ciljeva, koncept tijela uređenog pravilima javnog prava, u drugoj tački člana 1(b) Direktive br. 93/37 mora tumačiti u funkcionalnom značenju (...).

Na taj način (...) u vezi sa odnosom prema jednom subjektu koji je bio uspostavljen za konkretnu svrhu zadovoljavanja potreba od opšteg interesa koje nemaju industrijski ili komercijalni karakter, ali koji je, takođe, obavljao komercijalne djelatnosti, Sud je smatrao da uslov koji je utvrđen u prvoj alineji druge tačke člana 1(b) Direktive br. 93/37 nužno ne podrazumijeva da se datom tijelu može povjeriti isključivo zadovoljavanje potreba od opšteg interesa koje nemaju industrijski ili komercijalni karakter.

Konkretno (...) Sud je smatrao da je sporedno to što je pored konkretnog zadatka zadovoljavanja potreba od opšteg interesa datom subjektu dopušteno da slobodno obavlja druge djelatnosti, ali je s druge strane odlučio da je značajan faktor to što bi subjekt trebalo da nastavi sa ispunjavanjem potreba čije se zadovoljavanje konkretno od njega traži. Iz toga se izvlači zaključak da je, u svrhe odlučivanja o tome da li neko tijelo ispunjava uslov utvrđen u prvoj alineji druge tačke člana 1(b) Direktive br. 93/37, neophodno da se sagledaju aktivnosti koje to tijelo zapravo obavlja.

⁵⁴ Presuda je relevantna za interpretaciju člana 2 ZJN – obveznici primjene zakona.

U tom pogledu, potrebno je istaći da djelotvornost Direktive br. 93/37 ne bi u cjelosti bila podržana ako bi primjena šeme direktive na tijelo koje ispunjava uslove utvrđene u drugoj tački člana 1(b) direktive mogla biti isključena samo zbog činjenice da mu zadaci od opšteg interesa čiji se karakter razlikuje od industrijskog ili komercijalnog, a koje u praksi inače obavlja, nisu bili povjereni u vrijeme osnivanja tog tijela.

Isti faktor kojim se osigurava djelotvornost druge tačke člana 1(b) Direktive br. 93/37 takođe ima negativan efekat na isticanje razlike u odnosu na to jesu li statuti takvog subjekta bili ili nisu bili izmijenjeni i dopunjeni kako bi odlikavali stvarne promjene u njegovoj sferi aktivnosti.

Pored toga, formulacija druge tačke člana 1(b) Direktive br. 93/37 ne sadrži upućivanje na pravni osnov aktivnosti datog subjekta.“

C- 513/99, „Concordia Bus Finland“ (Concordia Bus Finland Oy Ab protiv Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne, presuda Suda pravde od 17. septembra 2002. godine)⁵⁵

UVOD:

Predmet br. C-513/99 tiče se po prvi put upotrebe ekoloških kriterijuma za izbor najbolje ponude. Grad Helsinki je raspisao tender za nabavku dvanaest autobusa. Uslov tenderskog postupka je bio da će se ugovor dodijeliti dobavljaču čija će ponuda biti za grad ekonomski najprihvatljivija. Za izbor najpovoljnije ponude korišćena su, u okviru kriterijuma ekonomski najpovoljnija ponuda, tri podkriterijuma:

- ukupna cijena autobusa,
- kvalitet voznog parka i
- kvalitet i ekološki program operatera.

U vezi sa drugim uslovom, ponuđač je mogao dobiti dodatne poene na osnovu različitih podkriterijuma, između ostalog za korišćenje autobusa koji imaju emisiju azotnog oksida ispod određene granice i proizvode buku manju od 77 db. Jedan od učesnika u postupku podnio je zahtjev za poništenje odluke ugovornog organa o izboru najbolje ponude. Podnosilac žalbe je tvrdio da je odluka ugovornog organa neprevedna, jer je samo jedan učesnik postupka mogao ponuditi autobuse koji su ispunjavali te uslove. Finski sud koji je rješavao po toj žalbi, odlučio je da Sudu pravde uputi nekoliko pitanja. Postavljeno je, u suštini, pitanje da li je bilo dozvoljeno korišćenje odgovarajućih ekoloških kriterijuma na osnovu direktiva.

⁵⁵ Presuda je relevantna za interpretaciju člana 59 ZJN (neuobičajeno niska cijena) i 66 ZJN (vrste kriterijuma za izbor).

Prema mišljenju Suda, direktive se ne mogu tumačiti tako da svi faktori koji se uzimaju u obzir moraju biti strogo ekonomski. Sud je podsjetio na cilj direktive, a to je uklanjanje prepreka slobodi kretanja usluga i roba. Imajući to u vidu, kao i član 6 Ugovora kojim se zahtijeva da se uvijek vodi računa o zaštiti sredine kada se utvrđuju politike i programi Zajednice, Sud je utvrdio da se članom 36 direktive br. 92/50 ne zabranjuje primjena ekoloških kriterijuma. Određeni uslovi, međutim, moraju biti ispunjeni:

- svi primijenjeni kriterijumi moraju biti vezani za predmet javne nabavke,
- moraju se primjenjivati u skladu sa proceduralnim zahtjevima direktiva, posebno u pogledu objavljivanja obavještenja – svi kriterijumi, dakle, moraju biti navedeni u javnom pozivu i tenderskoj dokumentaciji, po mogućnosti po redoslijedu važnosti, od najvažnijeg do najmanje važnog,
- moraju biti u skladu sa osnovnim principima, posebno principom nediskriminacije,
- i konačno, ugovorni organ ne može imati neograničenu slobodu izbora primjenom tih kriterijuma.

*C-373/00, Adolf Truley GmbH protiv Bestattung Wien GmbH
(presuda Suda pravde od 27. februara 2003. godine)⁵⁶*

UGOVORNI ORGANI – TIJELO KOJE JE UREĐENO PRAVILIMA JAVNOG PRAVA

„Kao prvo, potrebno je konstatovati da se Direktivom br. 93/36 ne definiše izraz potrebe od opšteg interesa.

U drugoj tački člana 1(b) te Direktive se samo navodi da te potrebe ne smiju imati industrijski ili komercijalni karakter, premda je jasno iz okvirnog tumačenja tog člana da je zadovoljavanje potreba od opšteg interesa koje nisu industrijskog ili komercijalnog karaktera neophodan, ali i nedovoljan, uslov za imenovanje tijela sa svojstvom tijela uređenog pravilima javnog prava i, shodno tome, ugovorog organa prema značenju Direktive br. 93/36. S ciljem da bude obuhvaćeno tom Direktivom, ovo tijelo takođe mora imati svojstvo pravnog lica i što se tiče svog finansiranja, upravljanja ili nadzora nad njim, u velikoj mjeri mora zavisiti od državnih, regionalnih ili lokalnih organa vlasti ili drugih tijela uređenih pravilima javnog prava (u pogledu kumulativne prirode kriterijuma koji su u istim odredbama utvrđeni, vidi drugu tačku člana 1(b) Direktive Vijeća br. 92/50/EEZ od 18. juna 1992. godine, dok u odnosu na usaglašenost postupaka za dodjelu ugovora o javnim uslugama (SG 1992 L 209, str. 1) vidi i drugu tačku člana 1(b) Direktive br. 93/37, (...).

⁵⁶ Presuda je relevantna za interpretaciju člana 2 ZJN – obveznici primjene zakona.

Prema ustaljenoj sudskoj praksi, potreba za jedinstvenom primjenom pravnih normi Zajednice i načelo jednakog tretmana zahtijevaju da termini iz odredaba pravnih normi Zajednice kojima se izričito ne upućuje na pravne norme država članica u svrhu utvrđivanja njegovog značenja i djelokruga moraju biti predmet samostalnog i jedinstvenog tumačenja u cijeloj zajednici; tim tumačenjem se mora uzeti u obzir kontekst odredbe i cilj pravnog propisa o kojem se radi (...)

U ovom predmetu, opšteprihvaćena konstatacija je da druga tačka člana 1(b) Direktive br. 93/36 ne sadrži nikakvo upućivanje na zakonodavstvo država članica, što za posljedicu ima to da prethodno pomenuti termini obavezno podliježu samostalnom i jedinstvenom tumačenju širom Zajednice.

(...) Slijedi da izraz potrebe od opšteg interesa u članu 1(b) Direktive br. 93/36 jeste koncept zasnovan na pravnim normama Zajednice i mora se tumačiti u svjetlu konteksta tog člana i cilja te direktive.

Sud je već presudio u nekoliko navrata da je cilj usaglašavanja na nivou Zajednice postupaka za dodjelu javnih ugovora zapravo ukloniti prepreke za slobodno pružanje usluga i nabavku roba, te stoga zaštite interesa učesnika u prometu uspostavljenih u državi članici koji žele da ponude robe i usluge ugovornim organima osnovanim u drugoj državi članici (...)

Štaviše, ustaljena sudska praksa, takođe, pokazuje da je cilj direktiva Zajednice kojima se usaglašavaju postupci za dodjelu javnih ugovora zapravo izbjeći kako opasnost od davanja preferencijalnog tretmana domaćim ponuđačima ili kandidatima u slučajevima kada ugovor dodjeljuju ugovorni organi, tako i mogućnost da tijelo koje finansiraju ili kontroliraju državni, regionalni ili lokalni organi vlasti odnosno druga tijela uređena pravilima javnog prava eventualno odabere da se rukovodi motivima koji nisu ekonomskog karaktera (...)

S obzirom na dvostruki cilj uvođenja konkurencije i transparentnosti, koncept tijela uređenog pravilima javnog prava mora se tumačiti kao koncept koji ima široko značenje.

Shodno tome, ako konkretno tijelo nije navedeno u Dodatku I Direktive br. 93/37, njegovo pravno i faktično stanje mora se utvrditi u svakom pojedinačnom slučaju radi ocjenjivanja zadovoljava li ono ili ne potrebu od opšteg javnog interesa.“

IZREKA PRESUDE:

„Izraz potrebe od opšteg interesa u drugoj tački člana 1(b) Direktive Vijeća br. 93/36/EEZ od 14. juna 1993. godine kojom se usaglašavaju postupci za dodjelu ugovora o javnoj nabavci predstavlja autonomni koncept prava Zajednice.

Djelatnosti pogrebnih preduzeća mogu zadovoljavati potrebe od opšteg interesa. Činjenica da je jedan regionalni ili lokalni organ vlasti zakonski obavezan organizovati sahrane (i, u slučaju potrebe, snositi troškove tih sahrana, tamo gdje one ne budu organizovane u određenom vremenskom roku nakon izdavanja umrlice ili smrtnog lista) prestavlja dokaz da postoji takva potreba od opšteg interesa.

Postojanje značajne konkurencije, samo po sebi, ne omogućava izvođenje zaključka da ne postoji potreba od opšteg interesa koja nema industrijski ili komercijalni karakter. Državni sud je dužan ocijeniti postoji li takva potreba ili ne, uzimajući u obzir sve relevantne pravne i činjenične okolnosti, poput onih koje preovlađuju u vrijeme uspostave datog tijela i uslove pod kojim ono obavlja svoju djelatnost.

Pukim pregledom ne zadovoljava se kriterijum upravnog nadzora u trećoj alineji druge tačke člana 1 (b) Direktive br. 93/36, ali se taj kriterijum zadovoljava tamo gdje javni organi nadziru ne samo završne račune datog tijela nego i njegovo ponašanje sa stano- višta propisnog računovodstvenog poslovanja, regularnosti, ekonomičnosti, efikasnosti i ekspeditivnosti, i u slučajevima gdje su javni organi ovlašćeni da izvrše inspekciju poslovnih prostora i objekata tog tijela te da izvijeste o rezultatima inspekcija regionalni organ koji posredstvom neke druge kompanije drži cjelokupan dionički udio u tijelu o kojem je riječ.”

*C-20/01 i C-28/01, Komisija protiv Njemačke
(presuda Suda pravde od 10. aprila 2003. godine)⁵⁷*

UVODNO:

U spojenim predmetima br. C-20/01 i br. C-28/01 Sud je dao tumačenje značenja tehnički zahtjevi kojima se opravdava primjena pregovaračkog postupka bez objavljivanja poziva za javno nadmetanje. Predmet se odnosio na dodjelu ugovora za sakupljanje otpadne vode i odlaganje otpada. Ove ugovore su dodijelili opštini Bronckorn i grad Braunschweig u pregovaračkom postupku bez objavljivanja poziva za javno nadmetanje. Komisija se žalila da postupak nije u skladu sa zahtjevima direktive. S tim u vezi, Sud je konstatovao da se član 11 (3) kojim se dozvoljavaju odstupanja od objavljivanja javnog poziva mora usko tumačiti i da teret dokazivanja postojanja izuzetnih okolnosti kojima se opravdavaju odstupanja snosi ugovorni organ. Član 11 (3) (b) na koji su se pozvale njemačke vlasti primjenjuje se samo kada se utvrdi da je, iz umjetničkih ili tehničkih razloga ili razloga vezanih za zaštitu ekskluzivnih prava, samo jedno preduzeće stvarno

⁵⁷ Presuda je relevantna za interpretaciju člana 23 ZJN – pregovarački postupak bez prethodnog objavljivanja poziva za javno nadmetanje.

u stanju da pruži usluge o kojima je riječ. Budući da se njemačke vlasti u svojoj odbrani nisu pozvale na umjetnički razlog niti na razlog koji je u vezi sa zaštitom ekskluzivnih prava, bilo je samo dovoljno da se utvrdi da li su razlozi na koje se jesu pozvali dovoljni da predstavljaju tehničke razloge u smislu te odredbe. Kako je Sud naveo, ugovorni organ može uzeti u obzir kriterijume koji se odnose na zaštitu okoline u različitim fazama postupka javne nabavke, međutim, postupak mora biti u skladu sa osnovnim principima komunitarnog prava, naročito sa principom nediskriminacije. Opasnost od povrede tog principa je veća ako ugovorni organ odluči da dodijeli ugovor u nekonkurentnom postupku nabavke. Sud nije utvrdio, zbog nedostatka uvjerljivog dokaza, da se izbor termalne obrade otpada treba smatrati tehničkim razlogom koji opravdava dodjelu ugovora samo jednom određenom dobavljaču. Ugovorni organ, takođe, nije dokazao da bi odvoz otpada na veću udaljenost obavezno predstavljao opasnost po okolinu ili zdravlje ljudi. Imajući to u vidu, Sud je u svojoj presudi istakao da Njemačka nije ispunila svoje obaveze koje proizilaze iz odredaba direktive o ugovorima za javne nabavke usluga.

USLOVI ZA KORIŠTENJE POSTUPAKA NABAVKE

„Podnescima uloženim Sekretarijatu suda dana 16. odnosno 21. januara 2001. godine, Komisija Evropskih zajednica je podnijela dvije tužbe prema članu 226 Ugovora o EEZ radi utvrđivanja da:

- je zbog nepozivanja na dostavu ponuda radi dodjele ugovora za prikupljanje otpadnih voda u Općini Bockhorn (Njemačka) i neobjavljivanja odluke o izboru najpovoljnije ponude u Dodatku Službenog glasnika Evropskih zajednica, Savezna Republika Njemačka, u vrijeme dodjele tog ugovora o pružanju javnih usluga, propustila da ispuni svoje obaveze prema članu 8 u vezi sa članom 15(2) i članom 16(1) Direktive Vijeća br. 92/50/EEZ od 18. juna 1992. godine koja se odnosi na usaglašavanje postupaka za dodjelu ugovora o pružanju javnih usluga (SG 1992 L 209, str. 1);
- je u vrijeme dodjele ugovora o pružanju javnih usluga Savezna Republika Njemačka propustila da ispuni svoje obaveze prema članu 8 i članu 11(3)(b) Direktive br. 92/50 zbog činjenice da je Grad Braunschweig (Njemačka) dodijelio ugovor o odlaganju otpada putem pregovaračkog postupka bez prethodnog objavljivanja poziva za javno nadmetanje, iako nisu bili ispunjeni kriterijumi utvrđeni članom 11(3) za dodjelu putem pregovaračkog postupka bez prethodnog objavljivanja poziva za javno nadmetanje.

(...) su Grad Braunschweig, isto tako u oblasti Donja Saksonija, i preduzeće Braunschweigsche Kohlebergwerke (u daljem tekstu: BKB) zaključili ugovor prema kojem je BKB preuzeo odgovornost za odlaganje rezidualnih otpadnih materija putem termalne obrade u periodu od 30 godina počevši od juna/jula 1999. godine.

Nadležni su organi Grada Braunschweig zauzeli stav da se Direktiva br. 92/50 primjenjuje, ali su se pozivali na član 11(3) iste direktive kako bi se oslobodili obaveze objavljivanja odluke o dodjeli ugovora, i dodijelili su ugovor putem pregovaračkog postupka.
(...)

Premda je tokom upravnog postupka priznala da uslovi na koje se odnosi član 11(3) (b) nisu ispunjeni, jemačka Vlada tvrdi da je BKB zapravo jedino preduzeće kojem se ugovor mogao dodijeliti i da dodatni postupak dodjele ne bi imao utjecaja na taj ishod.

U tom pogledu, trebalo bi navesti na samom početku da se odredbe člana 11(3) Direktive br. 92/50, kojim se odobravaju odstupanja od pravila koja služe da se osigura efikasno ostvarivanje prava prenesenih Ugovorom u vezi sa ugovorima o pružanju javnih usluga, obavezno mora usko tumačiti, te da je za dokazivanje postojanja vanrednih okolnosti kojima se opravdava takvo odstupanje odgovorna osoba koja nastoji da se pozove na ove okolnosti (Predmet br. C-318/94 Komisija protiv Njemačke [1996] ECR I-1949, stav 13).

Član 11(3)(b) Direktive br. 92/50 ne može se primjenjivati osim ako se ustanovi da je iz tehničkih ili umjetničkih razloga, ili razloga povezanih sa zaštitom ekskluzivnih prava, samo jedno preduzeće zapravo u mogućnosti da izvrši predmetni ugovor. Budući da u ovom slučaju nisu istaknuti ni umjetnički, niti bilo kakvi drugi razlozi u vezi sa zaštitom ekskluzivnih prava, jedini ispravan korak je da se ustanovi u kojoj je mjeri moguće da razlozi na koje se poziva Vlada Njemačke predstavljaju tehničke razloge u smislu člana 11(3)(b).

Ugovorni organ može uzeti u obzir kriterijume koji se odnose na zaštitu okoline u različitim fazama postupka za dodjelu javnih ugovora (u pogledu primjene takvih kriterijuma kao kriterijuma za dodjelu ugovora koji se odnose na rukovođenje radom linijskog prevoza u gradskoj autobuskoj mreži, vidi predmet br. C-513/99 Concordia Bus Finland [2002] ECR I-7213, stav 57).

Stoga, nije nemoguće da se tehnički razlozi u vezi sa zaštitom okoline eventualno uzmu u obzir prilikom ocjenjivanja da li se sporni ugovor može dodijeliti datom dobavljaču.

Međutim, postupak koji se koristi tamo gdje postoji tehnički razlog te vrste mora biti usklađen sa temeljnim načelima pravnih normi Zajednice, naročito načelo nediskriminacije budući da ono proizilazi iz odredaba Ugovora o pravu formiranja i slobodi pružanja usluga (u tom smislu vidi predmet Concordia Bus Finland, stav 63).

Opasnost da će biti prekršeno načelo nediskriminacije je posebno velika u slučajevima kada ugovorni organ odluči da za konkretni ugovor ne raspisuje tender.

U ovom slučaju Sud kao prvo konstatuje kako se, usljed nepostojanja bilo kakvih dokaza u tom smislu, izbor termalnog tretmana otpadnih materija ne može smatrati tehničkim razlogom kojim se potvrđuje tvrdnja da je ugovor mogao biti dodijeljen samo jednom konkretnom dobavljaču.“

*C-448/01, EVN AG i Wienstrom GmbH protiv Republike Austrije
(Presuda Suda pravde od 27. februara 2003. godine)⁵⁸*

UVODNO:

Stav koji je zauzeto Sud u predmetu br. C-513/99 kasnije je potvrdio u predmetu br. C- 448/01. Prema mišljenju Suda, odredbama direktiva ne zabranjuje se u odabiru ekonomski najprihvatljivije ponude primjena kriterijuma prema kojem električna energija za snabdijevanje ugovornog organa treba biti proizvedena iz obnovljivih izvora energije. Da bi se primijenio ovaj kriterijum, ugovorni organ mora, međutim, ispuniti određene uslove. Tako ugovorni organ ima određenu slobodu izbora kriterijuma koje će primijeniti, pod uvjetom da se koriste kako bi se odredila ekonomski najprihvatljivija ponuda i primjenjuju u skladu sa proceduralnim zahtjevima direktiva. Kako zahtijeva princip jednakog tretmana, svi učesnici u postupku treba da imaju ista prava i u fazi izrade ponuda i u fazi ocjenjivanja dostavljenih ponuda. To znači da svi kriterijumi za ocjenjivanje ponuda treba da budu primijenjeni objektivno i ujednačeno prema svim ponuđačima. Principom jednakog tretmana, takođe, se zahtijeva poštivanje principa transparentnosti. Objektivno i transparentno ocjenjivanje ponuda je zadatak ugovornog organa, koji treba da je u mogućnosti da, na osnovu informacija koje je dobio od ponuđača, ocijeni da li ponude dostavljene u postupku javne nabavke ispunjavaju uslov koji je ranije postavljen. Tako da, ako dati kriterijum ne prati zahtjev prema kojem se moguće efektivno provjeriti tačnost informacije sadržane u ponudi, takav kriterijum ugovorni organ ne može primijeniti prema komunitarnom pravu. Što se tiče kriterijuma za dodjelu ugovora, Sud je formulisao dodatni zahtjev prema kojem kriterijume za dodjelu ugovora ugovorni organ treba uspostaviti tako da „omogući svim relativno informisanim i prosječno zainteresovanim ponudiocima da ih tumače na isti način.“

EKONOMSKI NAJPOVOLJNIJA PONUDA

„(...) treba konstatovati da je presudom koju je donio nakon upućivanja prijedloga za rješavanje prethodnog pitanja u ovom slučaju, koji se odnosio na tumačenje člana 36(1) (a) Direktive br. 92/50, čija je formulacija manje-više identična onoj u članu 26(1)(b) Direktive br. 93/36, Sud imao priliku da presudi o pitanju da li i pod kojim okolnostima ugovorni organ može uzeti u obzir ekološke kriterijume prilikom ocjenjivanja ekonomski najpovoljnije ponude.

⁵⁸ Presuda je relevantna za interpretaciju člana 66 ZJN (vrste kriterijuma za izbor).

Preciznije rečeno, u tački 55 presude u predmetu br. C-513/99 Concordia Bus Finland [2002] ECR I-7123, Sud je držao da se član 36(1)(a) Direktive br. 92/50 ne može tumačiti tako da svaki od kriterijuma za dodjelu koji koristi ugovorni organ za identifikovanje ekonomski najpovoljnije ponude mora nužno biti i kriterijum isključivo ekonomske prirode.

Sud je stoga prihvatio da u slučaju da ugovorni organ odluči da dodijeli ugovor ponuđaču koji dostavi ekonomski najpovoljniju ponudu, isti ugovorni organ može uzeti u obzir ekološke kriterijume, uz uslov da su oni povezani sa predmetom ugovora, da se njima ne prenosi neograničena sloboda izbora na organ, da su izričito pomenuti u ugovornoj dokumentaciji ili javnom pozivu, te da su usklađeni sa svim temeljnim načelima pravnih normi Zajednice, naročito sa načelom nediskriminacije. (Prethodno citirani predmet Concordia Bus Finland, stav 69).

Slijedi da se zakonodavstvom Zajednice o javnim nabavkama ugovorni organ ne sprječava da u kontekstu ocjenjivanja ekonomski najpovoljnije ponude kod ugovora o snabdijevanju električnom energijom primjenjuje kriterijum kojim se zahtijeva da nabavljena električna energija bude proizvedena iz obnovljivih energetskih izvora, s tim da taj kriterijum bude povezan sa predmetom ugovora, da se njime ne prenosi neograničena sloboda izbora na organ, da je izričito pomenut u ugovornoj dokumentaciji ili javnom pozivu, te da je usklađen sa svim temeljnim načelima pravnih normi Zajednice, naročito sa načelom nediskriminacije.”

C-247/02, „Sintesi“ (Sintesi SpA protiv Autorità per le Vigilanza sui Lavori Pubblici, presuda Suda pravde od 7. oktobra 2004. godine)⁵⁹

UVOD:

Ovaj predmet odnosi se na italijanske zakonske odredbe prema kojima je za ugovore za javne radove jedini dozvoljen kriterijum za odabir najbolje ponude najniža cijena. S tim u vezi, Sud je istakao da se ovim zahtjevom ograničava sloboda izbora kriterijuma ugovornog organa. U takvoj situaciji ugovorni organ je još mogao upoređivati različite ponude i odabrati najbolju na osnovu objektivnog kriterijuma koji je unaprijed utvrđen i nabrojan među kriterijumima u članu 30 Direktive 93/36.

Međutim, apstraktnim i generalnim utvrđivanjem u domaćem zakonodavstvu države jednog kriterijuma za dodjelu ugovora za javne radove ugovorni organ se lišava moguć-

⁵⁹ Presuda je relevantna za interpretaciju članova 65 i 66 ZJN – kriterijumi za izbor.

nosti da uzme u obzir prirodu i specifične karakteristike radova koje treba izvršiti i da odabere za svaki od njih „kriterijum za koji je najvjerovatnije da će osigurati slobodnu konkurenciju i tako postići da se prihvati najbolja ponuda“.

KRITERIJUMI ZA DODJELU UGOVORA – OPŠTA NAČELA

„(...) Radi ispunjavanja cilja razvoja efikasne konkurencije, Direktivom se nastoji organizovati dodjela ugovora na takav način da se omogući ugovornom organu da uporedi različite ponude i da na osnovu objektivnih kriterijuma prihvati najpovoljnije ponude (...).

Stoga se članom 30(1) Direktive utvrđuje kriterijum na koji se oslanja ugovorni organ prilikom dodjele, ugovorač naime, to je ili samo najniža cijena, ili, u slučaju da se ugovor dodjeljuje ekonomski najpovoljnijoj ponudi, to su različiti kriterijumi iz ugovora, poput cijene, perioda izvršenja, tekućih operativnih troškova, profitabilnosti, tehničke sposobnosti.

Jednom odredbom državnog zakonodavstva, poput one o kojoj je riječ u postupku u glavnoj stvari, a kojom se ograničava sloboda izbora ugovornim organima u kontekstu otvorenih ili ograničenih postupaka dostave pounuda, time što se iziskuje da se kao jedini kriterijum za dodjelu ugovora koristi najniža cijena, ne isključuje se mogućnost da ovi organi porede različite ponude i da prihvataju najbolje na osnovu objektivnog kriterijuma unaprijed utvrđenog i posebno uvrštenog u kriterijume iz člana 30(1) Direktive.

Međutim, apstraktno i opšte utvrđivanje u državnom zakonodavstvu jedinstvenog kriterijuma za dodjelu ugovora o izvođenju javnih radova lišava ugovorne organe mogućnosti da uzmu u obzir prirodu i specifične karakteristike takvih ugovora, time što će za svaki od ugovarača, ako se posmatraju izdvojeno, izabrati kriterijum kojim će se najvjerovatnije osigurati slobodna konkurencija i na taj način osigurati prihvatanje najbolje ponude.

U postupku u glavnoj stvari, sud date države je konkretno naglasio tehničku složenost radova koje je potrebno obaviti i, shodno tome, ugovorni organ je mogao profitabilno uzeti u obzir tu složenost prilikom odabira kriterijuma za dodjelu ugovora, poput onih utvrđenih kao primjer u članu 30(1)(b) Direktive.

Iz prethodnih razmatranja slijedi da odgovor na pitanja na koja ukazuje Sud mora biti to da bi se član 30(1) Direktive trebalo da tumači tako da se njime isključuju pravila države kojima se u svrhu dodjele ugovora o izvođenju javnih radova nakon otvorenog ili ograničenog postupka uvodi opšti i apstraktni zahtjev da se ugovorni organi koriste samo kriterijumom najniže cijene.“

*C-385/02, Komisija protiv Italije
(presuda Suda pravde od 14. septembra 2004. godine)⁶⁰*

UVODNO:

U ovom predmetu Komisija je pokrenula postupak pred Sudom protiv italijanskih vlasti zbog dodjele ugovora za izgradnju prelivnog bazena za zaštitu od poplavnih voda, kao i za izvođenje radova u vezi sa tim u pregovaračkom postupku bez objavljivanja poziva za javno nadmetanje. Italijanske vlasti su u svoju odbranu izrekle da je ugovorni organ od 1981. do 1990. godine dodjeljivao, u skladu sa zahtjevima direktiva, ugovore za razvoj cjelokupnog projekta i izvođenje radova po partijama onako kako i kada su sredstva bila na raspolaganju. Javni poziv je sadržao odredbu kojom se dozvoljavalo ugovornom organu da ugovor za izvođenje svih partija dodijeli istom preduzeću. Prema italijanskim vlastima, ugovorni organ je želio da zadovolji tehnički uslov izvođenja radova da to bude jedan izvođač - po njegovom mišljenju, izvođenje pojedinačnih partija često izaziva probleme zbog činjenice da se radovi ne izvode na isti način. Sud je odbacio argumente italijanskih vlasti iz sljedećih razloga: prvo, direktiva kojom se dozvoljava odstupanja od pravila prema kojima je obavezno objavljivanje javnog poziva mora se usko tumačiti i teret dokazivanja da postoje izuzetne okolnosti koje opravdavaju odstupanje snosi osoba koja se poziva na te okolnosti. Budući da su se italijanske vlasti pozivale na tehničke razloge, morale su dokazati da je iz tehničkih razloga bilo neophodno da se ugovori dodijele izvođaču kojem je povjeren prvi ugovor. Cilj da se osigura kontinuitet radova na osnovu ugovora o složenim nabavkama koji su u vezi sa zaštitom od poplava jednog područja predstavlja tehnički razlog za koji se mora utvrditi da je značajan. Međutim, italijanske vlasti nisu utvrdile da se ti radovi mogu povjeriti samo jednom određenom izvođaču. Drugo, Sud je odbacio i drugi argument italijanskih vlasti - da je primjena pregovaračkog postupka bez prethodnog objavljivanja javnog poziva bila neophodna zato što su radovi zahtijevali da budu hitno završeni da bi se izbjegao rizik od poplava, do kojih bi došlo da nisu završeni. S tim u vezi, Sud je konstatovao da odgovarajuća odredba direktive kaže da se okolnosti koje se pozivaju da bi se opravdala krajnja hitnost ni na koji način ne mogu pripisati ugovornom organu. U ovom slučaju, međutim, ovaj uslov nije ispunjen, jer su prvi ugovori za radove za zaštitu od poplava dodijeljeni osamdesetih godina. Štaviše, od početka se predviđalo da će se radovi izvoditi u serijama onako kako i kada sredstva budu na raspolaganju. Treće, Italijani su se pozvali na član 7 (3) e) direktive koji dozvoljava, pod određenim uslovima, primjenu pregovaračkog postupka za nove radove koji se sastoje od ponavljanja sličnih radova povjerenih preduzećima kojima su dodijeljeni raniji ugovori. Sud je na ovaj argument odgovorio da, prema citiranoj odredbi, ta mogućnost postoji samo u roku tri godine od zaključivanja prvog

⁶⁰ Presuda je relevantna za interpretaciju člana 23 ZJN - pregovarački postupak bez prethodnog objavljivanja poziva za javno nadmetanje.

ugovora (Italijani su tvrdili da, suprotno formulaciji direktive, taj rok teče od trenutka završetka prvih radova). Budući da primjena pregovaračkog postupka nije opravdana, Sud je utvrdio da italijanske vlasti nisu ispunile svoje obaveze iz direktive.

USLOVI ZA KORIŠĆENJE POSTUPAKA NABAVKE

„Svojim podneskom Komisija Evropskih zajednica podnijela je tužbu radi utvrđivanja - s obzirom na to da je Magistrato per il Po di Parma, jedna mjesna agencija Ministarstva javnih radova (sada Ministarstva infrastrukture i transporta), dodijelila ugovore za izvršenje gradnje prelivnog bazena za zadržavanje poplavnih voda vodenog toka rijeke Parma u oblasti Marano (u komuni Parma) kao i za radove u vezi sa izradom i završetkom prelivnog bazena za vodotok rijeke Enza i na zadržavanje poplavnih voda vodotoka rijeke Terdoppio jugoistočno od rijeke mjesta Cerano, putem pregovaračkog postupka bez prethodnog objavljivanja poziva na nadmetanje, kada u tom pogledu nužni uslovi nisu bili ispunjeni - da je Republika Italija propustila da ispuni svoje obaveze prema Direktivi Vijeća br. 93/37/EEZ od 14. juna 1993. godine o usaglašavanju postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima (SG 1993 L 199, str. 54) (u daljem tekstu Direktiva) i posebno člana 7(3) iste Direktive.

(...) Odredbe člana 7(3) ove Direktive, o odobravanju odstupanja od pravila koja služe kako bi se osigurala efikasnost ostvarivanja prava prenesenih Ugovorom o EZ u vezi sa ugovorima o javnim radovima, moraju se usko tumačiti (vidi prethodno citiranu presudu u predmetu Komisija protiv Španije, stav 36), a obaveza dokazivanja postojanja venrednih okolnosti kojima se opravdava odstupanje je na osobi koja nastoji da se pozove na ove okolnosti (u tom smislu vidi predmet br. C-57/94 Komisija protiv Italije [1995] ECR I-1249, stav 23, i predmet br. C-318/94 Komisija protiv Njemačke [1996] ECR I-1949, stav 13).

Shodno tome, italijanske vlasti moraju dokazati da je iz tehničkih razloga bilo neophodno da se dodijele relevantni ugovori ugovaraču kojem je bio povjeren prvobitni ugovor (u tom smislu vidi predmet Komisija protiv Italije, stav 24).

Istina je da je cilj osiguravanja kontinuiteta radova prema složenim projektima u vezi sa zaštitom od poplava nekog područja zapravo jeste tehnički razlog čiji se značaj mora priznati. Međutim, puka tvrdnja da je neki paket radova složen i težak nije dovoljna kako bi se ustanovilo da se on može povjeriti samo jednom ugovaraču, naročito kada se radi o radovima podijeljenim u partije koji će se realizovati tokom dugog niza godina.

U ovom slučaju, italijanska Vlada se sama ograničila na opšte terminološko upućivanje na sadržaj mišljenja Uprave za javne radove, bez davanja detaljnih obrazloženja na kojim je mogla biti zasnovana potreba za korišćenjem jednog ugovarača.

U pogledu tvrdnje italijanske Vlade da korišćenje pregovaračkog postupka bez predhodnog objavljivanja poziva za javno nadmetanje za dodjelu relevantnih ugovora predstavlja realizaciju ugovorne obaveze, pa čak i uz pretpostavku da je takva tvrdnja značajna, mora se smatrati da Vlada nije ustanovila postojanje jedne takve obaveze. Naprotiv, prema informacijama koje je dostavio Sud, agencija Magistrato per il Po di Parma nije bila obavezna dodijeliti naknadne partije ugovaračima koji preuzimaju prvobitne lotove radova, nego je samo raspolagala mogućnošću da takvo nešto i uradi.

Slijedi da odgovor odbrane na optužbu zasnovan na članu 7(3)(b) Direktive nije pravno osnovan i da se mora odbaciti.

Drugo, prema tvrdnjama italijanske Vlade, radovi su u ovom slučaju trebalo da budu hitno izvršeni ne bi li se izbjegla povećana opasnost od poplava koja bi se pojavila ukoliko se oni ne bi završili.

Za taj drugi odgovor mora se razumjeti da je zasnovan na članu 7(3)(c) Direktive, kojom se odobrava korišćenje pregovaračkog postupka bez prethodnog objavljivanja poziva za javno nadmetanje, pri čemu, iz razloga kranje hitnosti koja je izazvana događajima koje nisu predvidjeli ugovorni organi, nije moguće ispoštovati rokove utvrđene za uobičajene postupke. U drugoj rečenici te odredbe predviđa se da se okolnosti na koje se poziva radi opravdavanja krajnje hitnosti ne mogu ni u kom slučaju povezati sa ugovornim organima.

U ovom slučaju, prvobitni ugovori koji su se odnosili na radove na zaštiti od poplava bili su dodijeljeni tokom 1980-ih godina. Štaviše, od početka je očekivano da će se radovi izvoditi u partijama sve dok i ukoliko sredstva budu na raspolaganju.

Ova pitanja ne ustanovljavaju kranju hitnost. Naprotiv, ona proizilaze iz aranžmana koje je zasnovao ugovorni organ.

Slijedi da drugi odgovor odbrane na tužbu na temelju člana 7(3)(c) Direktive, nije pravno osnovan i da se mora odbaciti.

Treće, italijanska Vlada se poziva na član 7(3)(e) Direktive, kojom se uz određene uslove odbrava usvajanje pregovaračkog postupka bez predhodnog objavljivanja poziva za javno nadmetanje za nove radove koji se sastoje od ponavljanja sličnih radova povjerenih preduzeću kojem su isti ugovorni organi dodijelili raniji ugovor.

U posljednjoj rečenici te odredbe navodi se da je ta mogućnost otvorena tokom trogodišnjeg perioda nakon zaključenja prvobitnog ugovora. Italijanska Vlada tvrdi da taj period počinje da teče od završetka radova prema prvobitnom ugovoru, a ne od vremena kada je taj ugovor bio dodijeljen.

Umjesto toga, italijanska Vlada od Suda traži da presudi da je napravljena oprostiva greška zbog italijanske verzije člana 7(3) Direktive.

U tom pogledu, mora se istaći da se članom 7(3)(e) Direktive odobrava upotreba pregovaračkog postupka bez predhodnog objavljivanja poziva za javno nadmetanje za nove radove koji se sastoje od ponavljanja sličnih radova povjerenih preduzeću kojem je raniji ugovor bio dodijeljen.

Međutim, posljednjom rečenicom te odredbe predviđa se da se ovaj postupak može usvojiti isključivo 'tokom trogodišnjeg postupka nakon zaključenja prvobitnog ugovora'.

C-21/03 i C-34/03, „Fabricom“ (Fabricom SA protiv État belge, presuda Suda pravde od 3. marta 2005. godine)⁶¹

UVODNO:

Spojeni predmeti br. C-21/03 i C-34/03 odnose se na odredbe belgijskog zakona prema kojima subjekti koji su učestvovali u pripremi postupaka javne nabavke kasnije ne mogu dostaviti ponude ili učestovati u postupcima za tu javnu nabavku.

Odgovarajući na pitanje koje je uputio domaći sud o tome da li je ta zabrana u skladu sa komunitarnim pravom, Sud pravde je prvo konstatovao da subjekt koji je učestvovao u određenim pripremnim radovima može biti u prednosti prilikom izrade svoje ponude zahvaljujući informacijama o javnoj nabavci do kojih je došao u toku izvođenja tih radova. Svi ponuđači moraju imati „jednake mogućnosti prilikom pripreme svojih ponuda“. Međutim, kako je Sud dalje konstatovao, primjena ove odredbe belgijskog zakona dovela je, u stvari, do toga da su subjekti koji su obavili određene pripreme radove spriječeni da učestvuju u postupku dodjele ugovora, čak i ako njihovo učešće ni u kom slučaju ne dovodi u pitanje konkurenciju među ponuđačima.

Taj subjekt bi trebalo da ima priliku dokazati da iskustvo koje je stekao za vrijeme pripremnih radova ne može ugroziti konkurentnost. Odgovor Suda je da odredbe kojima se subjektu koji je učestvovao u pripremnim radovima bezuslovno onemogućava da učestvuje u postupku javne nabavke bez mogućnosti da dokaže da njegovim učešćem u postupku neće biti ugrožena konkurencija među ponuđačima nisu u skladu sa odredbama direktiva o javnim nabavkama.

⁶¹ Presuda je relevantna za interpretaciju članova 8 (načelo ravnopravnosti ponudilaca) i 14 ZJN (konflikt interesa).

C-26/03, „Stadt Halle“ (Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH protiv Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, presuda Suda pravde od 11. januara 2005. godine)⁶²

USLOVI ZA KORIŠĆENJE POSTUPAKA NABAVKE

„Tokom postupka između Stadt Halle (grad Halle, Njemačka) i preduzeća RPL Recyclingpark Lochau GmbH (RPL Lochau) i Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (TREA Leuna) iznesen je prijedlog za razmatranje prethodnog pitanja sa stanovišta pravila Zajednice u pogledu zakonitosti toga što je bez postupka javnog tendera dodijeljen ugovor za usluge koje se odnose na postupanje Grada Halle sa otpadom kompaniji RPL Lochau, čiji većinski kapital drži Grad Halle, a manjinski jedna privatna kompanija.

(...) Prema prijedlogu za razmatranje prethodnog pitanja i donošenje prethodne odluke, grad Halle je odlukom Gradskog vijeća od 12. decembra 2001. godine dodijelio kompaniji RPL Lochau ugovor za izradu plana za prethodni tretman, pripremu, obradu i odlaganje svojih otpadnih materija, bez prethodnog formalno pokrenutog postupka dodjele. Istovremeno, Grad Halle je donio odluku, opet bez oglašavanja tendera, o pristupanju pregovorima sa RPL Lochau u cilju zaključivanja ugovora sa tom kompanijom o postupanju sa rezidualnim urbanim otpadom od 1. juna 2005. godine. RPL Lochau bi bio investitor u izgradnji postrojenja za odlaganje i termalnu preradu otpadnih materija.

RPL Lochau je društvo sa ograničenom odgovornošću osnovano 1996. godine. Od njegovog kapitala, 75,1% udjela drži Stadtwerke Halle GmbH, čiji je jedini dioničar Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH u cjelosti u vlasništvu grada Halle, a 24,9% jedno privatno društvo sa ograničenom odgovornošću. Državni sud opisuje RPL Lochau kao 'polujavnu kompaniju' i konstatuje raspored pripadnosti dioničkih udjela u ovoj kompaniji.

(...) Na osnovu druge serije pitanja, koja bi trebala zajedno razmatrati, državni sud u načelu postavlja pitanje da li je – u slučaju da ugovorni organ namjerava sa nekom kompanijom uređenom pravilima privatnog prava, pravno različitom od organa vlasti, a u kojoj on ima većinski ulog u kapitalu i vrši određenu kontrolu, zaključiti ugovor za novčani interes koji se odnosi na usluge u okviru materijalnog djelokruga Direktive br.

⁶² Presuda je relevantna za interpretaciju člana 23 ZJN – pregovarački postupak bez prethodnog objavljivanja poziva za javno nadmetanje.

92/50 – isti organ uvijek obavezan primijeniti postupke o javnoj dodjeli ugovora utvrđene tom Direktivom, samo zbog toga što privatna kompanija ima udio, čak i ako je to manjinski udio, u kapitalu kompanije sa kojom isti zaključuje ugovor. Ako je odgovor na to pitanje negativan, državni sud pita koji su to kriterijumi u vezi sa kojim bi se trebalo smatrati da ugovorni organ ne podliježe takvoj obavezi.

Ovo pitanje se tiče konkretne situacije 'polujavne' kompanije, koja je osnovana i funkcionise u skladu sa pravilima privatnog prava, sa stanovišta obaveze ugovornog organa da primjenjuje pravila Zajednice u oblasti javne nabavke tamo gdje su zadovoljeni uslovi za takvu primjenu.

Po tom pitanju, potrebno je prisjetiti se osnovnog cilja pravila Zajednice u oblasti javne nabavke prema navodu u vezi sa odgovorom na pitanje br. 1, naime slobodnog kretanja usluga i otvaranja prema nesmetanoj konkurenciji u svim državama članicama. To uključuje obavezu svih ugovornih organa da primjenjuju odgovarajuća pravila Zajednice u slučajevima kada su uslovi za takvu primjenu zadovoljeni.

Obaveza primjene pravila Zajednice u tom slučaju potvrđuje se činjenicom da se u članu 1(c) Direktive br. 92/50 pod izrazom 'davalac usluga', tj. učesnik tendera u smislu primjene te direktive, takođe podrazumijeva 'i javno tijelo koje nudi usluge' (vidi predmet br. C94/99 ARGE [2000] ECR I11037, stav 28).

Svako izuzeće od primjene te obaveze mora se shodno tome usko tumačiti. Stoga je Sud smatrao u pogledu pribjegavanja pregovaračkom postupku bez prethodnog objavljivanja poziva za javno nadmetanje, da se član 11(3) Direktive br. 92/50 kojim se predviđa takav postupak mora tumačiti usko kao odstupanje od pravila čiji je cilj da osiguraju djelotvornost prava dodijeljenih Ugovorom o EZ vezano za ugovore o pružanju javnih usluga, i da je za teret dokazivanja postojanja vanrednih okolnosti koje opravdavaju ovakvo odstupanje odgovorna osoba koja nastoji da se pozove na takve okolnosti, (spojeni predmeti br. C20/01 i br. C28/01 Komisija protiv Njemačke [2003] ECR I3609, stav 58).

U duhu otvaranja javnih ugovora što širem krugu konkurenata prema namjeravanom u pravilima Zajednice, Sud je u pogledu Direktive Vijeća br. 93/36/EEZ od 14. juna 1993. godine kojom se usaglašavaju postupci za dodjelu ugovora o pružanju javnih usluga (SG 1993 L 199, str. 1) smatrao da se ta direktiva primjenjuje u slučaju kada ugovorni organ planira zaključenje ugovora za novčani interes sa subjektom koji se sa stanovišta od njega razlikuje, bez obzira da li je i sam subjekat ugovorni organ ili ne (Predmet br. C107/98 Teckal [1999] ECR I8121, st. 50. i 51). Bitno je zapaziti da je druga ugovorna strana u tom slučaju bio jedan konzorcijum u čijem sastavu se nalazilo nekoliko ugovornih organa, a u čijem članstvu se nalazio i sam ugovorni organ o kojem je ovdje riječ.

Javni organ koji je istovremeno i ugovorni organ ima mogućnost da izvršava zadatke povjerene mu u javnom interesu, tako što će koristiti vlastite administrativne, tehničke i druge resurse, a da pri tome neće biti dužan da se obrati spoljnjim subjektima koji ne ulaze u sastav njegovih odjeljenja. U tom slučaju ne može se raditi o ugovoru za novčani interes zaključenom sa subjektom koji je sa pravnog gledišta zaseban od ugovornog organa. Shodno tome, ne postoji potreba za primjenom pravila Zajednice iz oblasti javne nabavke.

U skladu sa sudskom praksom Suda nije isključeno da se eventualno mogu pojaviti druge okolnosti u kojima poziv na dostavljanje ponuda nije obavezan, čak i ako je druga ugovorna strana subjekat koji je sa pravnog stanovišta zaseban od ugovornog organa. To je slučaj u kojem javni organ koji je istovremeno i ugovorni organ izvršava nad datim zasebnim subjektom kontrolu sličnu onoj koju izvršava nad vlastitim odjeljenjima, a taj subjekat izvršava neophodan dio svojih djelatnosti uz kontrolu jednog ili više ugovornih organa (u tom smislu pogledati predmet Teckal, stav 50).

Potrebno je konstatovati da je u navedenom slučaju zasebni subjekat bio u cjelosti u vlasništvu javnih organa. Za razliku od toga, čak i manjinski udio jednog privatnog preduzeća u kapitalu jednog društva u kojem participira i dati ugovorni organ isključuje u svakom slučaju mogućnost da taj ugovorni organ vrši nad tim društvom vid kontrole slične onoj koju vrši nad sopstvenim odjeljenjima u svom sastavu.

U tom pogledu, kao prvo se mora zapaziti da se odnos između javnog organa koji je istovremeno i ugovorni organ sa vlastitim odjeljenjima u njegovom sastavu rukovodi faktorima i uslovima primjerenim njegovom nastojanju da se postignu ciljevi koji su u javnom interesu. Svako privatno kapitalno ulaganje u jedno preduzeće, s druge strane, rukovodi se slijedom faktora primjerenih privatnim interesima i teži ostvarenju ciljeva drukčije vrste.

Drugo, dodjela javnog ugovora polujavnoj kompaniji bez pozivanja na dostavljanje ponuda predstavljala bi uplitanje ili zadiranje u ciljeve slobodne i neometane konkurencije i načela jednakog tretmana datih osoba navedeno u Direktivi br. 92/50, i to konkretno po tome što bi se takvim postupkom nudilo privatnom preduzeću sa kapitalnim prisustvom u tom preduzeću izvjesna prednost u odnosu na njegove konkurente.

Odgovor stoga (...) mora biti sljedeći: u slučajevima kada jedan ugovorni organ namjerava zaključiti ugovor radi novčanog interesa u odnosu na usluge u okviru materijalnog djelokruga Direktive br. 92/50 sa kompanijom koja je od njega pravno zasebna, a u čijem kapitalu isti raspolaže udjelom zajedno sa jednim ili više privatnih preduzeća, postupci javne dodjele ugovora utvrđeni u toj direktivi uvijek se moraju primjenjivati.“

*C-84/03, Komisija protiv Španije
(presuda Suda pravde od 15. januara 2005. godine)⁶³*

UVODNO:

U ovom predmetu Sud je utvrdio, povodom pritužbe Komisije, da dvije odredbe Zakona o javnim nabavkama Španije nisu u skladu sa direktivama o javnim nabavkama, i to odredba kojom se dozvoljavala primjena pregovaračkog postupka bez prethodnog objavljivanja poziva za javno nadmetanje u dvije situacije koje nisu predviđene odredbama direktiva (dodjela ugovora nakon postupaka koji su proglašeni neuspješnim) i dodjela ugovora o nabavci jednake robe. Prema zakonima Španije, ugovornim organima je dozvoljeno da pribjegnju pregovaračkom postupku ako nije moguće izvršiti dodjelu ugovora u otvorenom ili ograničenom postupku ili u slučaju kada kandidatima nije bilo dozvoljeno dostavljanje ponuda, pod uslovom da nije bilo izmjena prvobitnog ugovora, osim cijene, koja nije mogla biti uvećana za više od 10%. Sud je konstatovao u vezi sa tim da je Španija svojim zakonom dodala novi uslov odredbama direktiva, za koji se ne može smatrati da ne predstavlja promjenu koja je suštinskog karaktera originalnih uslova ugovora kako je predviđeno direktivama. Što se tiče druge odredbe kojom se dozvoljava primjena pregovaračkog postupka za nabavku jedinstvenih roba, španske vlasti su tvrdile da je to bilo dozvoljeno samo u slučaju roba koje organi javne uprave smatraju jedinstvenim samo u smislu njihove zajedničke upotrebe. Osvrćući se na tu izjavu, Sud je naglasio da ta odredba ne odgovara situacijama u kojima je dozvoljena primjena pregovaračkog postupka u skladu sa direktivama. Budući da su države članice dužne pokazati da njihovo zakonodavstvo vjerno transponira slučaj predviđen direktivom i kako španske vlasti nisu dale potrebne dokaze, Španija je proglašena krivom za neispravno transponiranje ove direktive.

Sud je u zaključku ovako formulisao sljedeće uslove za primjenu pregovaračkog postupka:

- jedini dozvoljeni uslovi za primjenu pregovaračkog postupka su oni koji su izričito predviđeni direktivama;
- svi ti uslovi su izuzetak od opšteg pravila kojim se zahtijeva primjena konkurentnijeg postupka (otvorenog ili ograničenog) i stoga ih treba usko tumačiti;
- teret dokazivanja da su svi uslovi ispunjeni snosi ugovorni organ;
- ugovorni organ se ne može pozvati na postojanje okolnosti za koje je on odgovoran kao opravdanje za primjenu pregovaračkog postupka.

⁶³ Presuda je relevantna za interpretaciju člana 2 ZJN – obveznici primjene zakona, i člana 23 ZJN – pregovarački postupak bez prethodnog objavljivanja poziva za javno nadmetanje.

UGOVORNI ORGANI – TIJELO KOJE JE UREĐENO PRAVILIMA JAVNOG PRAVA

„Svojim podneskom, Komisija Evropskih zajednica je podnijela je tužbu prema članu 169 Ugovora o EZ radi utvrđivanja da su, time što nisu ispravno transponovali u vlastiti državni pravni sistem Direktivu br. 93/36/EEZ od 14. juna 1993. godine kojom se usaglašavaju postupci za dodjelu ugovora o javnoj nabavci roba (SG 1993 L 199, str. 1) i Direktivu Vijeća br. 93/37/EEZ od 14. juna 1993. godine o usaglašavanju postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima (SG 1993 L 199, str. 54) i, naročito,

- time što su isključili iz djelokruga Zakona o ugovorima koje dodjeljuju javni organi od 16. juna 2000. godine, u kodificiranoj verziji odobrenoj Kraljevskom zakonodavnom uredbom (Real Decreto Legislativo) br. 2/2000 od 16. juna 2000. godine (BOE SG br. 148 od 21. juna 2000. godine; u daljem tekstu: 'kodificirani zakon'), konkretnije član 1(3) kodificiranog zakona, subjekte uređene pravilima privatnog prava koji ispunjavaju uslove utvrđene u prvoj, drugoj i trećoj alineji druge tačke člana 1(b), svake od ovih direktiva;
- time što su potpuno isključili iz djelokruga kodificiranog zakona, u članu 3(1)(c) istog zakona, ugovore o saradnji zaključene između javnih organa i drugih javnih preduzeća te, shodno tome, i ugovore koji predstavljaju javne ugovore u smislu ovih direktiva (...).

Nužno je zapažanje da se prema ustaljenoj sudskoj praksi definicija 'tijela uređena pravilima javnog prava', kao koncept prava Zajednice kojem se mora dati nezavisno i jedinstveno tumačenje u cijeloj Zajednici, utvrđuje u funkcionalnom značenju izraza isključivo prema tri kumulativna uslova u drugoj tački člana 1(b) Direktive br. 93/36 i Direktive br. 93/37 (u tom smislu vidi Mannesmann Anlagenbau Austrija i drugi, st. 20. i 21; predmet br. C-470/99 *Universale-Bau* i drugi [2002] ECR I-11617, st. 51. do 53; predmet br. C-214/00 *Komisija protiv Španije* [2003] ECR I-4667, st. 52. i 53; i predmet br. C-283/00 *Komisija protiv Španije* [2003] ECR I-11697, stav 69).

Slijedi da je u cilju utvrđivanja da li je jedno tijelo koje se rukovodi prema privatnom pravu moguće svrstati u tijela koja su uređena pravilima javnog prava, neophodno samo utvrditi da li tijelo o kojem je riječ zadovoljava tri kumulativna uslova utvrđena u drugoj tački člana 1(b) Direktive br. 93/36 i Direktive br. 93/37, budući da status jednog subjekta prema privatnom pravu ne predstavlja kriterijum kojim bi se isključila mogućnost za njegovo svrstavanje u kategoriju ugovornih organa u smislu ovih direktiva (predmet br. C214/00 *Komisija protiv Španije*, st. 54, 55 i 60).

Sud je isto tako iznio tvrdnju da se takvo tumačenje ne svodi na zanemarivanje industrijskog ili komercijalnog karaktera potreba od opšteg interesa koje sporno tijelo

zadovoljava, budući da je taj faktor nužno uzet u obzir kako bi se ustanovilo da li ono zadovoljava uslov utvrđen u prvoj alineji druge tačke člana 1(b) Direktive br. 93/36 i Direktive br. 93/37 (u tom smislu vidi predmet br. C-283/00 *Komisija protiv Španije*, stav 75).

Štaviše, taj se zaključak ne poništava potrebom za izričitim upućivanjem u Direktivi br. 93/36 i Direktivi br. 93/37 na posebnu kategoriju 'javnih preduzeća' koja se koristi u Direktivi br. 93/38 (u tom smislu, vidi predmet br. C-283 *Komisija protiv Španije*, stav 76.).

Shodno tome iz prethodno rečenog slijedi da špansko zakonodavstvo čini nepravilnu transpoziciju definicije pojma ugovorni organ' iz člana 1(b) Direktive br. 93/36 i Direktive 93/37, utoliko ukoliko se njime iz vlastitog djelokruga isključuju tijela uređena pravilima privatnog prava, iako je moguće da i ona zadovoljavaju uslove utvrđene u prvoj, drugoj i trećoj alineji druge tačke člana 1(b) ovih direktiva."

USLOVI ZA KORIŠĆENJE POSTUPAKA NABAVKE

„Svojim podneskom Komisija Evropskih zajednica podnijela je tužbu radi utvrđivanja da, time što nije ispravno prenijela u svoj državni pravni sistem Direktivu Vijeća br. 93/36/EEZ od 14. juna 1993. godine o usklađivanju postupaka za dodjelu ugovora o javnoj nabavci roba (SG 1993 L 199, str. 1) i Direktivu Vijeća br. 93/37/EEZ od 14. juna 1993. godine o usklađivanju postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima (SG 1993 L 199, str. 54) a, naročito time,

- što je isključila iz djelokruga Zakona o ugovorima koje dodjeljuju javni organi (španski- *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*) od 16. juna 2000. godine, u kodificiranoj verziji odobrenoj Kraljevskom zakonodavnom uredbom br. 2/2000 od 16. juna 2000. godine (BOE br. 148 od 21. juna 2000. godine; u daljem tekstu: 'kodificirani zakon'), preciznije u članu 1(3) Kodificiranog zakona, subjekte uređene pravilima privatnog prava i koji ispunjavaju uslove utvrđene u prvoj, drugoj i trećoj alineji druge tačke člana 1(b), u svakoj od navedenih direktiva;
- što je u potpunosti isključila iz djelokruga Kodificiranog zakona, u članu 3(1)(c) istog zakona, ugovore o saradnji zaključene između javnih organa vlasti i drugih javnih preduzeća te, shodno tome, ugovore koji predstavljaju javne ugovore u smislu ovih direktiva; i
- što je dopustila u članu 141(a) i članu 182(a) i 182 (g) Kodificiranog zakona, korišćenje pregovaračkog postupka u dva slučaja koja nisu predviđena u ovim direktivama,

Kraljevina Španija nije ispunila svoje obaveze prema odredbama Ugovora o EZ i ovim direktivama.

(...) Komisija zauzima stav da se kodificiranim zakonom ovlašćuje korišćenje pregovaračkog postupka u dva slučaja koja nisu predviđena Direktivom br. 93/36 i Direktivom br. 93/37; naime, kod dodjele ugovora nakon postupaka koji su proglašeni neuspješnim i dodjele ugovora o nabavci za jedinstvene vrste roba.

Komisija smatra da je lista slučajeva u pogledu kojih se može koristiti pregovarački postupak ograničena. Tumačenje koncepta 'promjene koje nisu suštinskog karaktera' mora stoga biti restriktivno.

(...) Prema ustaljenoj sudskoj praksi, odstupanja od pravila koja služe za osiguravanje efikanosti ostvarivanja prava prenesenih Ugovorom u vezi sa ugovorima o javnim radovima moraju se strogo tumačiti (presude u predmetu br. C-57/94 Komisija protiv Italije [1995] ECR I-1249, stav 23, i predmetu br. C-318/94 Komisija protiv Njemačke [1996] ECR I-1949, stav 13). Stoga, radi sprečavanja da sporne direktive postanu nedjelotvorne, države članice ne mogu omogućiti upotrebu pregovaračkog postupka u slučajevima koji nisu predviđeni u Direktivi br. 93/36 i Direktivi br. 93/37, ili dodati nove uslove u slučajevima izričito predviđenim ovim direktivama, kojima se olakšava korišćenje tog postupka.

Što se tiče dodjele ugovora o nabavci za jedinstvene tipove roba, koji se spominju u članu 182(g) kodificiranog zakona, pregovarački postupak se može koristiti samo u slučajevima koji su iscrpno taksativno nabrojani u članu 6(2) i 6(3) Direktive br. 93/36. Članom 6(4) se, povrh toga, predviđa da će u svim drugim slučajevima ugovorni organi dodijeliti svoje ugovore o nabavci putem 'otvorenog postupka' ili 'ograničenog postupka'.

Sporna odredba uvedena u špansko zakonodavstvo ne odgovara ni u slučaju pomenutom u članu 6(2) Direktive br. 93/36 niti u slučaju pet situacija nabrojanih u članu 6(3) kod kojih je korišćenje pregovaračkog postupka bez prethodnog objavljivanja poziva na javno nadmetanje izričito dopušteno. Štaviše, nužno je izjaviti da se koncept 'okvirnog sporazuma' ne ubraja u predmet ovih izuzeća.

Takođe, Sud je dosljedno smatrao da se odredbe kojima se odobravaju odstupanja od pravila s ciljem osiguravanja efikanosti ostvarivanja prava prenesenih Ugovorom u oblasti ugovora o javnim nabavkama roba moraju usko tumačiti (presuda u predmetu br. C - 71/92 Komisija protiv Španije [1993] ECR I-5923, stav 36). Stoga je na državama članicama da pokažu kako njihovo zakonodavstvo sadrži vjernu transpoziciju slučajeva koji su izričito predviđeni direktivom. U ovom slučaju, takav dokaz španska Vlada nije dostavila.

Shodno tome, u mjeri u kojoj se njime odobrava upotreba pregovaračkog postupka bez prethodnog objavljivanja poziva na javno nadmetanje za postupke koji uključuju robe čija se jedinstvenost smatrala prijeko potrebnom radi njihove upotrebe od strane javnih organa, uz uslov da je izbor vrste roba izvršen unaprijed, na osnovu javnog poziva, sporni zakon predstavlja nepravilnu transpoziciju člana 6(2) i 6(3) Direktive br. 93/36.

*C-126/03, Komisija protiv Njemačke
(presuda Suda pravde od 18. novembra 2004. godine)⁶⁴*

DEFINICIJA JAVNIH UGOVORA

„Komisija Evropskih zajednica je svojim podneskom zatražila izjašnjenje od Suda, budući da je grad Minhenu (Njemačka) ugovor za transport otpada sa odlagališta u regionu Donauwald (Njemačka) u termoelektranu u sjevernom Minhenu dodijelio protivno proceduralnim pravilima utvrđenim u članu 8 Direktive Vijeća br. 92/50/EEZ od 18. juna 1992. godine vezane za postupke usaglašavanja za dodjelu ugovora o pružanju javnih usluga (SG 1992 L 209, str. 1), a protumačeno u vezi sa članom 11(1) te direktive, tvrdeći da Savezna Republika Njemačka nije ispunila svoje obaveze prema toj Direktivi.

U tom pogledu obavezno se nameće odgovor da se na osnovu člana 1(b) Direktive br. 92/50 regionalni ili lokalni organi vlasti prema definiciji smatraju ugovornim organima. Evidentno je iz sudske prakse da se članom 1(a) ove Direktive ne pravi razlika između javnih ugovora koje dodjeljuje ugovorni organ u svrhe ispunjenja svog zadatka zadovoljenja potreba od opšteg interesa i onih koje se ne odnose na taj zadatak (analogno tome, obratiti pažnju u vezi sa Direktivom Vijeća br. 93/37/EEZ od 14. juna 1993. godine o usaglašavanju postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima (SG 1993 L 199, str. 54), predmet br. C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria i drugi [1998] ECR I-73, stav 32).

Nebitno je isto tako to što sam ugovorni organ namjerava da posluje kao davalac usluga i što je cilj datog ugovora u tom kontekstu da se jedan dio djelatnosti da u podugovor trećoj strani. Razumljivo je da će odluka ugovornog organa u vezi sa izborom te treće strane biti zasnovana na faktorima koji ne spadaju u red faktora ekonomskog karaktera. Slijedi da, bez obzira na eventualnu prirodu i kontekst predmetnog ugovora, ovaj ugovor predstavlja 'javni ugovor' prema značenju člana 1(a) Direktive br. 92/50.“

⁶⁴ Presuda je relevantna za interpretaciju člana 2 ZJN – obveznici primjene zakona, i člana 4 ZJN (tačke 3, 4 i 5 – definicije javnih ugovora).

C-458/03, „Parking Brixen“ (Parking Brixen GmbH protiv Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG, presuda Suda pravde od 13. oktobra 2005. godine)⁶⁵

TRANSPARENTNOST

Zabrana svake diskriminacije po osnovu državljanstva utvrđena je u članu 12 Ugovora o EZ-u. Odredbe Ugovora koje se konkretnije odnose na koncesije za javne usluge naročito sadrže član 43 Ugovora, u čijem se prvom stavu kaže da su ograničenja slobode osnivanja preduzeća od strane državljana jedne države članice na teritoriji druge države članice zabranjena, i član 49 Ugovora, u čijem se prvom stavu zabranjuje ograničenje slobode pružanja usluga u okviru Zajednice za državljanu državu članicu koji su osnovali subjekte u državi članici Zajednice koja nije država osobe kojoj su usluge namijenjene.

Prema praksi Suda, čl. 43 i 49 Ugovora predstavljaju konkretno izražavanje principa jednakog tretmana (vidjeti predmet br. C-3/88 Komisija protiv Italije [1989] ECR 4035, stav 8). Zabrana diskriminacije po osnovu državljanstva takođe je konkretno izražavanje generalnog principa jednakog tretmana (vidjeti predmet br. 810/79 *Überschär* [1980] ECR 2747, stav 16). U svojoj praksi koja se odnosi na direktive Zajednice o javnim nabavkama, Sud je utvrdio da je namjera principa jednakog tretmana ponuđača da pruži jednaku mogućnost svim ponuđačima u pripremi svojih ponuda, bez obzira na njihovo državljanstvo (vidjeti predmet br. C-87/94 Komisija protiv Belgije [1996] ECR I-2043, st. 33 i 54). Kao rezultat toga, princip jednakog tretmana ponuđača primjenjuje se na koncesije za javne usluge čak i kada nema diskriminacije po osnovu državljanstva.

Principi jednakog tretmana i nediskriminacije po osnovu državljanstva podrazumijevaju, naročito, obavezu transparentnosti koja omogućava javnom organu koji daje koncesiju da osigura da se poštuju ti principi. Obaveza transparentnosti koja je nametnuta javnom organu sastoji se od toga da se osigura od toga da se u korist svakog potencijalnog dobavljača osigura stepen oglašavanja koji je dovoljan da omogući tržištu usluga da bude otvoreno za konkurenciju i da se može izvršiti provjera nepristrasnosti postupka nabavke.

Principima jednakog tretmana i nediskriminacije po osnovu državljanstva podrazumijeva se, naročito, obaveza transparentnosti koja omogućava javnom organu koji daje koncesiju da u korist svakog potencijalnog dobavljača osigura stepen oglašavanja koji je dovoljan da omogući tržištu usluga da bude otvoreno za konkurenciju i da se može izvršiti provjera nepristrasnosti postupka nabavke (vidjeti *Telaustria* i *Tefonadress*).

⁶⁵ Presuda je relevantna za interpretaciju članova 4 (tačke 3, 4 i 5 – definicije javnih ugovora), 7 (načelo transparentnosti postupka), 8 (načelo ravnopravnosti ponudilaca), 38 (tehničke specifikacije – nediskriminacija ponudilaca) i 65 ZJN (određivanje kriterijuma – nediskriminacija ponudilaca).

Javni organ koji daje koncesije treba da ocijeni, a njegova odluka može biti predmet žalbe nadležnom sudu, da li detaljni aranžmani poziva na dostavljanje ponuda odgovaraju specifičnostima koncesije za javnu uslugu koja se dodjeljuje. Međutim, potpuni izostanak bilo kakvog poziva konkurenciji za dodjelu koncesije za javnu uslugu kao što je to slučaj u vezi sa predmetom postupka u glavnoj stvari nije u skladu sa zahtjevima čl. 43 Ugovora i 49 Ugovora ništa više nego sa principima jednakog tretmana, nediskriminacije i transparentnosti.

Iz toga, dakle, proizilazi da države članice ne mogu zadržati domaće zakone kojima se dozvoljava dodjela koncesija za javnu uslugu bez poziva na dostavljanje ponuda, jer takvom dodjelom dolazi do povrede čl. 43 ili 49 Ugovora ili principa jednakog tretmana, nediskriminacije i transparentnosti.

(...) Zbog izostanka oglašavanja i otvaranja ka konkurenciji postupka dodjele koncesije za javnu uslugu kao što je ta o kojoj je riječ u postupku u glavnoj stvari, vrši se diskriminacija, barem potencijalno, u odnosu na preduzeća drugih država članica koja su spriječena da se koriste slobodom pružanja usluga i slobodom osnivanja koje predviđa Ugovor (...).

DEFINICIJA JAVNIH UGOVORA

Na osnovu navedenog u osmom stavu preambule Direktive br. 92/50, ova direktiva se primjenjuje na 'ugovore o pružanju javnih usluga', koji su definisani u članu 1(a) ovog dokumenta kao 'ugovori za novčani interes zaključeni u pisanom obliku između davaoca usluga i ugovornog organa'. Iz te definicije slijedi da ugovor o javnoj nabavci usluga u sklopu značenja te Direktive obuhvata naknadu koju isplaćuje neposredno ugovorni organ davaocu usluga.

S druge strane, u situaciji navedenoj u prvom pitanju, naknada davaoca usluga ne dolazi od spornog javnog organa, nego od iznosâ koje plaćaju treće strane za korišćenje automobilskeg parkinga o kojem je u ovom slučaju riječ. Taj metod naknade podrazumijeva da davalac preuzima rizik upravljanja predmetnim uslugama i na taj način po svojim karakteristikama podsjeća na koncesiju za vršenje javnih usluga. Stoga, u situaciji poput one iz postupka u glavnoj stvari, ne radi se o ugovoru o javnoj nabavci usluga, nego o koncesiji za vršenje javnih usluga.

U tom pogledu, bitno je napomenuti da je to tumačenje potvrđeno Direktivom br. 2004/18/EC Evropskog parlamenta i Vijeća od 31. marta 2004. godine o usaglašavanju postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavci roba i ugovora o pružanju javnih usluga (SG 2004 L 134, str. 114), premda se nije primjenjivala u

vrijeme utvrđivanja činjenica u postupku u glavnoj stvari. Prema členu 1(4) te Direktive, „koncesija za vršenje usluga“ je zapravo ugovor istog tipa kao i ugovor o pružanju javnih usluga, osim činjenice da se pravo na pružanje usluga sastoji ili samo u pravu da se koristi usluga ili u ovom pravu zajedno s plaćanjem.

Zajednički interes je da se koncesije za vršenje javnih usluga isključe iz djelokruga Direktive br. 92/50 (vidi nalog u predmetu br. C-358/00 Buchhändler-Vereinigung [2002] ECR I-4685, stav 28).

Dakle, odgovor na prvo pitanje mora biti to da činjenica da javni organ dodjeljuje naplatni autoparking na upravljanje davaocu usluga, zašto se zauzvrat davaocu usluga daje naknada putem iznosa koje uplaćuju treće strane za korišćenje tog autoparkinga, predstavlja koncesiju za pružanje javnih usluga na koju se Direktiva br. 92/50 ne primjenjuje.

3.0 PRAVNA ZAŠTITA U POSTUPCIMA JAVNIH NABAVKI: ZNAČAJNIJE ODLUKE ESP

*C-54/96, „Dorsch Consult“ (Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH
protiv Bundesbaugesellschaft Berlin mbH,
presuda Suda pravde od 17. septembra 1997. godine)⁶⁶*

UVODNO:

U ovom predmetu Sud je konstatovao, prije svega, da je pravnom sistemu svake države članice ostavljeno da utvrdi koji je sud (tribunal) nadležan da rješava sporove koji se tiču prava pojedinaca koja proizilaze iz pravnih normi Zajednice. Međutim, dužnost država članica je da osiguraju da se ta prava efikasno štite u svakom slučaju.

OPŠTI ZAHTEJEVI U POGLEDU ŽALBENOG SISTEMA

„(...) U slučaju da država članica ne preduzme potrebne mjere sprovođenja ili donese mjere koje nisu usaglašene s nekom direktivom, Sud je zavisno od određenih uslova priznao pravo pojedinaca da se u pravnim pitanjima pozovu na direktivu u odnosu na državu članicu koja propustila da mjere preduzme ili uskladi.

Premda ova minimalna garancija ne može opravdati to što se država članica nastoji osloboditi obaveze pravovremenog preduzimanja mjera sprovođenja dovoljnih da se ispuni cilj svake direktive (vidi konkretno presudu u predmetu br. C-253/98 Komisija protiv Njemačke [1996] ECR I-2423, stav 13), ona, ipak, može djelovati u pravcu omogućavanja pojedincima da se pozovu u odnosu na državu članicu, na materijalne odredbe Direktive br. 92/50.

Ako se relevantne domaće odredbe ne mogu protumačiti u skladu sa Direktivom br. 92/50, osobe o kojima se radi mogu putem korišćenja odgovarajućih postupka iz domaćeg zakonodavstva, tražiti naknadu za štetu nastalu kao posljedica neprenošenja direktive u vlastito zakonodavstvo u propisanom roku (vidi konkretno presudu u spojenim predmetima br. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 i C-190/94 Dillenkofer i drugi [1996] ECR I-4845).“

⁶⁶ Presuda je relevantna za interpretaciju VIII poglavlja ZJN – kontrola primjene zakona i zaštita prava ponuđača i javnog interesa (članovi 86-102 ZJN).

*C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik
Planungs-Gesellschaft mbH (HI) protiv Stadt Wien
(presuda Suda pravde od 18. juna 2002. godine)⁶⁷*

UVODNO:

U ovom predmetu Sud pravde je utvrdio da poništenje postupka bez dodjele ugovora dobavljači takođe mogu osporavati. Ovaj predmet se odnosio na odluku austrijskog federalnog ministarstva da povuče poziv na dostavljanje ponuda. Austrijsko ministarstvo je tvrdilo da odluka o povlačenju poziva na dostavljanje ponuda nije odluka u smislu Direktive br. 89/665.

Ova argumentacija se zasniva na članu 2 stav 1 tačka (b) Direktive koji se, po mišljenju vlade Austrije, odnosio isključivo na odluke koje ugovorni organ donese u toku postupka nabavke, dok se odlukom o povlačenju poziva taj postupak okončava. U slučaju da se poziv povuče nezakonito, domaće zakonodavstvo države članice dužno je samo osigurati da kandidati ili dostavljači ponuda imaju pravo na naknadu štete. Osvrćući se na taj argument, Sud je istakao, prije svega, da jedina odredba Direktive br. 92/50 koja se konkretno odnosi na povlačenje poziva na dostavljanje ponuda je član 12 stav 2, kojim je utvrđeno, između ostalog, da u slučaju kada su ugovorni organi odlučili odustati od postupka dodjele ugovora, moraju obavijestiti kandidate i ponuđače o razlozima svoje odluke što je prije moguće. Iako ta odredba od ugovornog organa zahtijeva da obavijesti kandidate i ponuđače o osnovi za svoju odluku, ako on odluči da povuče poziv na dostavljanje ponuda za ugovor o javnoj nabavci usluge, ta odluka ne povlači obavezu da ugovorni organ nastavi sa postupkom dodjele ugovora dok ga ne okonča.

Čak i ako nema konkretnih odredaba koje se odnose na materijalne ili formalne uslove za tu odluku, na nju se i dalje odnose osnovna pravila komunitarnog prava, a naročito principa koje je utvrdio Ugovor o EZ-u o pravu osnivanja i slobodi pružanja usluga. Obavezu davanja obavještenja o razlozima odluke o povlačenju poziva na dostavljanje ponuda, utvrđenu u članu 12 stav 2 Direktive 92/50, po mišljenju Suda pravde, diktira upravo nastojanje da se osigura minimalni nivo transparentnosti u postupku dodjele ugovora na koje se ta direktiva odnosi i otuda poštovanje principa jednakog tretmana.

Čak i ako Direktiva br. 92/50 posebno ne uređuje detaljniji postupak povlačenja poziva na dostavljanje ponuda za ugovor o javnoj nabavci usluga, ugovorni organ je ipak dužan da, donoseći takvu odluku, poštuje princip nediskriminacije po osnovu državljanstva. Budući da se na odluku ugovornog organa da povuče poziv na dostavljanje ponuda

⁶⁷ Presuda je relevantna za interpretaciju članova 86 i 87 ZJN – obezbjeđivanje pravne zaštite i prigovora naručiocu.

za ugovor o javnoj nabavci usluga primjenjuju odgovarajuća materijalna pravila komunitarnog prava, mora se zaključiti da i ona spada među pravila utvrđena Direktivom br. 89/665, da bi se osiguralo poštovanje pravila komunitarnog prava o javnim nabavkama. Uzimajući to u obzir, Sud je proglasio da se odluka o povlačenju poziva na dostavljanje ponuda može osporavati u žalbenom postupku predviđenom Direktivom br. 89/665.

ODLUKE KOJE SU PREDMET ŽALBENIH MJERA

„(...) Na osnovu sadržaja prijedloga za rješavanje prethodnog pitanja, Vijeće za žalbe u oblasti javnih nabavki (njem. Vergabekontrollsenat) želi kao odgovor na svoje prvo pitanje znati da li je odluka da se povuče poziv na tender za ugovor o pružanju javnih usluga zapravo ‘odluka koju donose ugovorni organi’ u vezi sa kojom se od država članica traži da, u skladu sa članom 1(1) Direktive br. 89/665, u svojim državnim zakonodavstvima ustanove efikasne žalbene postupke koji su maksimalno ekspeditivni.

Premda se u tom pogledu članom 2(1)(b) Direktive br. 89/665 ograničava predmet te Direktive, njime se ne daje definicija nezakonitih odluka čije se poništenje eventualno može zahtijevati, a isti se ograničava na taksativno navođenje mjera čije se preduzimanje traži od država članica u svrhe žalbenih postupaka iz člana 1 (u tom smislu vidi predmet br. C-81/98 Alcatel Austria i drugi protiv Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr [1999] ECR I-7671, st. 30. i 31).

Prvo pitanje se stoga mora shvatiti tako da se njime u načelu traži odgovor na pitanje zahtijeva li se članom 1(1) Direktive br. 89/665 da se odlukom ugovornog organa o povlačenju poziva na tender za ugovor o obavljanju javnih sluga pokrenu žalbeni postupci, a u odgovarajućim slučajevima i poništenja, na osnovu toga što je ugovorni organ prekršio pravne norme Zajednice u oblasti javnih ugovora ili pravila date države u koja su prenesene te norme.

Radi davanja odgovora na tako preformulisano pitanje, neophodno je dakle tumačiti riječi ‘odluka koje donose ugovorni organi’ korišćene u članu 1(1) Direktive br. 89/665.

(...)

Potrebno je prisjetiti se prethodnog zapažanja da se članom 1(1) Direktive br. 89/665 stavlja u obavezu države članice da utvrdi postupke kojima se omogućava revizija odluka donesenih u postupku dostave ponuda na osnovu toga što su ovim odlukama prekršena pravila pravnih normi Zajednice o javnim ugovorima ili pravila domaćeg zakonodavstva države u koje su te norme uvrštene.

Slijedi da ukoliko se odluka koju donosi ugovorni organ u postupku dodjele javnog ugovora donese zavisno od pravila pravnih normi Zajednice o javnim ugovorima i stoga

postoji mogućnost da će se njome ova pravila prekršiti, članom 1(1) Direktive br. 89/665 predviđa se da ta odluka može činiti predmet tužbe za poništenje.

S toga, u cilju da se utvrdi može li se odluka ugovornog organa o povlačenju poziva na tender za ugovor o pružanju javnih usluga smatrati jednom od odluka u pogledu kojih se od država članica traži da prema Direktivi br. 89/665 zasnuje postupke tužbe za poništenje, potrebno je radi toga ispitati da li takva odluka potpada pod pravila iz komunitarnog prava o javnim ugovorima.

Potrebno je u tom pogledu konstatovati da jedina odredba u Direktivi br. 92/50 koja se konkretno odnosi na odluku o povlačenju poziva na tender jeste član 12(2), kojim se između ostalog predviđa da u slučaju da su odlučili odustati od postupka dodjele, ugovorni su organi obavezni što prije obavijestiti kandidate i ponuđače o razlozima za donošenje ove odluke.

Sud pravde je već imao priliku da definiše opseg obaveze obavještanja o razlozima za odustanak od dodjele ugovora u kontekstu Direktive Vijeća br. 93/37/EEZ od 14. juna 1993. godine o usaglašavanju postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima (SG 1993 L 199, str. 54), u verziji Direktive koja je proistekla iz Direktive br. 97/52 (u daljem tekstu: Direktiva br. 93/37), koja u članu 8(2) sadrži odredbu sličnu članu 12(2) Direktive 92/50. Konkretno, u svojoj presudi u predmetu br. C-27/98 *Fracasso i Leitschutz* protiv *Salzburger Landesregierung* [1999] ECR I-5697, st. 23 i 25, Sud je smatrao da se članom 8(2) Direktive br. 93/37 ne predviđa da je mogućnost koja je implicitno dopuštena Direktivom br. 93/37 da ugovorni organ odluči da ne dodjeli ugovor koji je oglašen na tenderu, ograničena na vanredne slučajeve ili nužno mora biti zasnovana na ozbiljnim razlozima.

Slijedi da se prema ispravnom tumačenju člana 12(2) Direktive br. 92/50, iako se tom odredbom predviđa obaveza ugovornog organa da obavijesti kandidate i ponuđače o razlozima za svoju odluku ukoliko odluči da povuče poziv na tender za ugovor o pružanju javnih usluga, ne podrazumijeva obaveza tog organa da dovede postupak dodjele do zaključenja.

Međutim, iako i pored dužnosti da se saopšte razlozi za povlačenje poziva na tender, Direktiva br. 92/50 ne sadrži posebnu odredbu o materijalnim ili formalnim uslovima za tu odluku, ostaje činjenica da je ta odluka još uvijek predmet primjene temeljnih pravila iz pravnih normi komunitarnog prava, a naročito načela utvrđenih u Ugovoru o EZ kao i prava na formiranje i slobode pružanja usluga.

Sud je u tom pogledu dosljedno smatrao da je svrha usaglašavanja postupaka na nivou Zajednice za dodjelu javnih ugovora da se uklone prepreke koje stoje na putu slobodi

pružanja usluga i nabavci roba i da se na taj način zaštite interesi strana u prometu formiranih u državi članici koje žele ponuditi robe ili usluge ugovornim organima upostavljenim u drugoj državi članici (vidi, između ostalog, predmet br. C-380/98 *University of Cambridge* [2000] ECR I-8035, stav 16; predmet br. C-19/00 *SIAC Construction* [2001] ECR I-7725, stav 32).

Direktivom br. 92/50 nastoji se postići isključivo jedan cilj. Na osnovu onoga što se pokazuje u stavu 20 preambule, ova direktiva je osmišljena kako bi se njome eliminišali postupci kojima se uopšte ograničava konkurencija i učesće u ugovorima od strane državljana drugih država članica, konkretnim poboljšanjem pristupa davaocima usluga postupcima za dodjelu ugovora.

Na osnovu sudske prakse Suda isto tako se pokazuje da načelo jednakog tretmana, koje čini osnov direktiva o postupcima za dodjelu javnih ugovora, podrazumijeva konkretnu obavezu transparentnosti kako bi se omogućilo potvrđivanje da je ovo načelo ispoštovano (u tom smislu vidi predmet br. C-275/98 *Unitron Scandinavia i 3-S* protiv *Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri* [1999] ECR I-8291, stav 31; predmet br. C-324/98 *Telaustria i Telefonadress* protiv *Telekom Austria* [2000] ECR I-10745, stav 61).

Potrebno je u tom pogledu konstatovati da se dužnost saopštavanja razloga za donošenje odluke o povlačenju poziva na tender, utvrđena u članu 12(2) Direktive br. 92/50, precizno diktira nastojanjem da se osigura minimalni potreban nivo transparentnosti u postupcima dodjele ugovora na koje se ta Direktiva odnosi a time i poštovanje načela jednakog tretmana.

Slijedi da, iako se Direktivom br. 92/50 posebno ne uređuju detaljno postupci za povlačenje poziva na tender za ugovor o nabavci javnih usluga, od ugovornih organa se i pored toga zahtijeva da prilikom donošenja takve odluke postupaju u skladu sa temeljnim pravilima Ugovora, a naročito s načelom nediskriminacije po osnovu državne pripadnosti (analogno tome, kada je riječ o zaključivanju koncesija o pružanju javnih usluga, vidi *Telaustria and Telefonadress*, stav 60).

Budući da je odluka ugovornog organa o povlačenju poziva na tender za ugovor o pružanju javnih usluga predmet relevantnih materijalnih pravila u okviru pravnih normi komunitarnog prava, mora se zaključiti da i ona isto tako potpada pod djelokrug pravila utvrđenih Direktivom br. 89/665 i to radi osiguravanja postupanja u skladu s pravilima pravnih normi komunitarnog prava o javnim ugovorima.“

*C-214/00, Komisija protiv Španije
(presuda Suda pravde od 15. maja 2003. godine)⁶⁸*

ODLUKE KOJE SU PREDMET ŽALBENIH MJERA

„Time što nije donijela mjere neophodne radi postupanja u skladu sa čl. 1 i 2 Direktive Vijeća br. 89/665/EEZ od 21. decembra 1989. godine o usaglašavanju zakona, pravila i upravnih propisa koji se odnose na primjenu žalbenih postupaka na dodjelu ugovora o javnoj nabavci roba i izvođenju javnih radova, sa izmjenama i dopunama iz Direktive Vijeća br. 92/50/EEZ od 18. juna 1992. godine u vezi sa usaglašavanjem postupaka za dodjelu ugovora o pružanju javnih usluga, i naročito:

- time što nije proširila sistem žalbenih postupaka predviđenih tom Direktivom na odluke koje donose privredna društva uređena pravilima privatnog prava i konkretno osnovana radi zadovoljavanja potreba od opšteg interesa koje nisu industrijskog ili komercijalnog karaktera, imaju svojstvo pravnog lica, i čije poslovanje većim djelom finansiraju javni organi ili ostala tijela uređena pravilima javnog prava, ili ona privredna društva čije djelatnosti su predmet kontrole od strane tih organa i tijela, odnosno čiji administrativni, rukovodni ili nadzorni organ čine članovi od su kojih više od polovine imenovali javni organi ili tijela uređena pravilima javnog prava;

- time što je u načelnom pravilu mogućnost odgovarajućih prelaznih mjera odobrenih u vezi sa odlukama koje donose ugovorni organi uslovlila zahtjevom da se kao prvo obavezno podnesu tužbe protiv odluke ugovornog organa,

Kraljevina Španija nije ispunila svoje obaveze prema toj direktivi.“

*C-57/01, Makedoniko Metro i Michaniki AE protiv Elliniko Dimosio
(presuda Suda pravde od 23. januara 2003. godine)⁶⁹*

AKTIVNA LEGITIMACIJA U ŽALBENIM POSTUPCIMA

„(...) Članom 1(1) Direktive br. 89/665 nalaže se državama članicama da, kada je riječ o postupcima dodjele ugovora koji spadaju u predmet relevantnih direktiva Zajednice, preduzmu mjere neophodne kako bi se osiguralo da se na odluke koje donesu ugovorni organi mogu podnijeti žalbe djelotvorno i što je brže moguće, po osnovu da su takvim odlukama prekršene pravne norme Zajednice u oblasti javne nabavke ili pravila date države kojim se vrši sprovođenje tih pravnih normi.

⁶⁸ Presuda je relevantna za interpretaciju članova 86 i 87 ZJN – obezbjeđivanje pravne zaštite i prigovor naručiocu.

⁶⁹ Presuda je relevantna za interpretaciju člana 87 ZJN – prigovor naručiocu.

Od država članica se, takođe, zahtijevalo, prema članu 1(3), da osiguraju da žalbeni postupci budu u najmanju ruku dostupni svakoj osobi koja ima ili je imala interes da stekne konkretni ugovor o javnoj nabavci roba ili izvođenju radova i koja je oštećena ili je izložena opasnosti da bude oštećena navodnim kršenjem.

Stoga je upravo u svjetlu ovih pitanja neophodno razmotriti mora li, u okolnostima poput onih koje se pojavljuju u postupku u glavnoj stvari, žalbeni postupak predviđen Direktivom br. 89/665 biti raspoloživ za konzorcijum kao što je na primjer Makedoniko Metro.

U tom pogledu Sud kao prvo zapaža da je, prema onome što se u prijedlogu za rješavanje prethodnog pitanja pokazuje i ističe u tački 28 ove presude, ministar zauzeo stav da je Makedoniko Metro značano odstupio od uslova utvrđenih za ugovor i da je odlukom od 29. novembra 1996. godine prekinuo pregovore sa konzorcijumom.

U smislu određivanja da li je ministrova odluka obuhvaćena pod pojmom ‘odluke koje donose organi uprave’ u članu 1(1) Direktive 89/665, trebalo bi imati u vidu to da je Sud izjavio da taj izraz obuhvata odluke donesene od strane ugovornih organa a koje su predmet primjene pravila iz pravnih normi Zajednice o javnim ugovorima (predmet br. C-92/00 HI [2002] ECR I-5553, stav 37).

Kada je riječ o tome da li se ova pravila primjenjuju u ovom slučaju, čak iako direktive Zajednice o javnim nabavkama ne sadrže odredbe primjenjive u posebnom slučaju, opštim načelima pravnih normi Zajednice, a naročito načelom jednakog tretmana, takođe se uređuju postupci za dodjelu javnih ugovora (vidi predmet br. C-324/98 Telaustria i Telefonadress [2000] ECR I-10745, stav 60, i HI, stav 47).

Budući da se za ta načela smatra da se primjenjuju na odluku donesenu u kontekstu postupka za dodjelu javnog ugovora, ta odluka takođe potpada pod primjenu pravila utvrđenih Direktivom br. 89/665 radi osiguravanja usklađenosti sa pravilima o javnim ugovorima iz pravnih normi Zajednice (see HI, paragraph 48).

Ukoliko je to primjereno situaciji, na nadležnom sudu će biti da u svjetlu relevantnih faktora odluči primjenjuju li se ta načela na postupak u glavnoj stvari.

Na nadležnom sudu je isto tako da ustanovi može li se Makedoniko Metro posmatrati, čak i kao konzorcijum sa novim članstvom, kao neko ko ima ili je imao interes da dobije ugovor u sporu iz postupka u glavnoj stvari i kao neko ko je oštećen odlukom ministra od 29. novembra 1996. godine u smislu člana 1(3) Direktive br. 89/665.

U ovim okolnostima, odgovor na drugi dio pitanja mora biti to da, ukoliko odluka ugovornog organa ima negativan uticaj na prava prenesena na konzorcijum prema pravnim normama Zajednice u kontekstu postupka za dodjelu javnog ugovora, konzorcijumu mora biti omogućeno da se koristi žalbenim postupcima predviđenim u Direktivi br. 89/665.“

*C-249/01, Werner Hackermüller protiv
Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) i
Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donaauraum AG (WED)
(presuda Suda pravde od 19. juna 2003. godine)⁷⁰*

UVODNO:

U ovom predmetu Sud je utvrdio da se od osoba koje žele uložiti žalbu može zahtijevati da dokažu da su navodnom povredom oštećeni njihovi interesi ili da postoji rizik da će im interesi biti oštećeni. Taj predmet je pokrenuo sud države članice koji je postavio pitanje Sudu pravde da li ponuđaču, koji osporava zakonitost odluke ugovornog organa da ne odabere njegovu ponudu kao najbolju, može biti odbijeno pravo da pokrene žalbeni postupak s obrazloženjem da je njegova ponuda trebala da bude eliminisana na početku iz drugih razloga i da, stoga, nije oštećen niti mu prijeti opasnost da bude oštećen nezakonitošću donesene odluke.

Odgovarajući na pitanje, Sud je napomenuo da se Direktivom br. 89/665 zahtijeva od država članica da garantuju da će se nezakonite odluke ugovornih organa preispitati u što kraćem postupku. Ovaj cilj direktive bi, po mišljenju Suda, bio ugrožen ako bi bilo dozvoljeno da tijelo nadležno za žalbeni postupak odbije mogućnost ponuđača da koristi žalbenu mjeru iz razloga što je isti ugovorni organ pogriješio što njegovu ponudu nije eliminisao prije nego što je odabrao najbolju ponudu. Ne bi trebalo da bude sumnje da je odluka kojom ugovorni organ diskvalifikuje ponudu prije postupka vrednovanja i izbora, odluka koja se može preispitati u skladu sa odredbama ove Direktive.

Dakle, da je ugovorni organ diskvalifikovao ponudu u fazi prije postupka vrednovanja i izbora najpovoljnije ponude, tom ponuđaču bi moralo biti dozvoljeno, kao osobi koja je oštećena ili kojoj je prijetila opasnost da bude oštećena nezakonitom odlukom, da osporava tu odluku. S druge strane, ako bi žalbeno tijelo odbilo pravo na žalbu osobi čija ponuda nije eliminisana greškom ugovornog organa, efekat bi bio lišavanje te osobe prava ne samo na žalbu protiv odluka za koje smatra da su nezakonite, nego i da osporava valjanost osnove za diskvalifikaciju koju taj žalbeni organ ističe kako bi joj uskratila status osobe koja je oštećena ili kojoj prijeti opasnost da bude oštećena navodno nezakonitom odlukom.

Sud je na to pitanje odgovorio da Direktiva br. 89/665 ne dozvoljava da se ponuđaču uskrati pravo na žalbeni postupak u kojem osporava odluku o izboru najpovoljnije ponude s obrazloženjem da je njegova ponuda trebala na početku postupka da bude diskvalifikovana iz drugih razloga.

⁷⁰ Presuda je relevantna za interpretaciju člana 87 ZJN – prigovor naručiocu.

IZREKA PRESUDE:

„1. Članom 1(3) Direktiva Vijeća br. 89/665/EEZ od 21. decembra 1989. godine, o usklađivanju zakona, propisa i administrativnih uredbi koje se odnose na primjenu žalbenog postupaka na dodjelu ugovora o javnoj nabavci roba i izvođenju javnih radova, sa izmjenama i dopunama koje su donesene Direktivom Vijeća br. 92/50/EEZ od 18. juna 1992. godine o usaglašavanju postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima, ne isključuje se da žalbeni postupci predviđeni tom direktivom budu na raspolaganju osobi koja traži dodjelu posebnog javnog ugovora tek ako se osoba izlaže opasnosti da bude oštećena navodnim prekršajem na koji ukazuje.

2. Članom 1(3) Direktive br. 89/665, sa izmjenama i dopunama u Direktivi br. 92/50, sprečava se situacija u kojoj je ponuđaču uskraćena mogućnost dostupnosti žalbenom postupku predviđenom u prethodno pomenutoj Direktivi kako bi se osporilo važenje odluke ugovornog organa kojom se njegova ponuda u tenderu ne smatra najboljom ponudom, po osnovu toga da je sudbina tog tendera bila da bude eliminisan unaprijed od strane ugovornog organa iz drugih razloga, i shodno tome nije bio oštećen ili se nije izlagao opasnosti da bude oštećen usljed navodnog kršenja na koje ukazuje. U kontekstu žalbenog postupka na koji pomenuti ponuđač uživa pravo, ponuđaču se mora dopustiti da osporava osnov za isključenje na osnovu kojeg žalbeno tijelo namjerava zaključiti da isti nije bio oštećen ili se nije izlagao opasnosti da bude oštećen odlukom čiju validnost osporava“

*C-314/01, Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner protiv
Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger,
Bietergemeinschaft EDS/ORG
(presuda suda pravde od 18. marta 2004. godine, izreka presude)⁷¹*

ODLUKE KOJE SU PREDMET ŽALBENIH MJERA

„Direktiva Vijeća br. 89/665/EEZ od 21. decembra 1989. godine o usklađivanju zakona, pravila i odredaba upravnih propisa u vezi sa primjenom žalbenih postupaka na dodjelu ugovora o javnoj nabavci roba i izvođenju javnih radova, sa izmjenama i dopunama u Direktivi Vijeća br. 92/50/EEZ od 18. juna 1992. godine, u vezi sa usaglašavanjem postupaka za dodjelu ugovora o pružanju javnih usluga, i naročito članovi 1(1) i 2(7) iste Direktive, moraju se shvatiti tako da u slučaju kada klauzula u pozivu na tender nije usklađena sa pravilima Zajednice o javnim ugovorima, u nacionalnim pravnim sistemima država članica mora se predvidjeti mogućnost pozivanja na nekompatibilnost u žalbenim postupcima iz Direktive br. 89/665.“

⁷¹ Presuda je relevantna za interpretaciju članova 86 i 87 ZJN – obezbjeđivanje pravne zaštite i prigovor naručiocu.

C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH i drugi i Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (presuda Suda pravde od 19. juna 2003. godine)⁷²

OSOBE S PRAVOM NA ŽALBENI POSTUPAK

„U svjetlu ciljeva Direktive br. 89/665 je neophodnost da se razmotriti dopušta li se članom 1(3) nekoj državi članici da pobudi interes ponuđača za dobijanje posebnog ugovora, i stoga njegovo pravo pristupa žalbenom postupku utvrđeno tom direktivom, zavisno od uslova koji je prethodno primijenila na odbor za mirenje poput posebnog organa nadležnog za rješavanje sporova (njem. Bundes-Vergabekontrollkommission – BVKK).

U tom pogledu uputno se prisjetiti da, budući da je vidljivo iz prvog i drugog stava preambule, Direktiva br. 89/665 je osmišljena ne bi li se ojačali postojeći mehanizmi kako na nivou date države tako i na nivou Zajednice, s ciljem da se osigura efektivna primjena direktiva Zajednice koje se odnose na javnu nabavku, naročito u onoj fazi u kojoj je još moguće pravnim sredstvima djelovati protiv prekršaja. U tom cilju, članom 1(1) te direktive zahtijeva se od država članica da daju garancije da nezakonite odluke ugovornih organa mogu postati predmetom efikasne revizije koja se odvija što je brže moguće (konkretno, vidi ranije pomenuti predmet Alcatel Austria, st. 33. i 34, i predmet br. C-470/99 Universale-Bau i drugi [2002] ECR I-11617, stav 74).

Neizbježni zaključak je da je omogućavanje pristupa žalbenom postupku predviđenom u Direktivi br. 89/665 uslovljeno prethodnim podnošenjem zahtjeva odboru za mirenje poput B-VKK, u suprotnosti sa ciljem te Direktive u vezi sa ostvarivanjem brzog i efikasnog postupanja.

Prije svega, prethodno obraćanje tom odboru neizbježno dovodi do odlaganja uvodnja postupka revizije čija se uspostava od država članica iziskuje Direktivom br. 89/665.

Kao drugo, obični odbor za mirenje poput B-VKK nema nijedno od ovlašćenja koje se članom 2(1) Direktive br. 89/665 zahtijeva od država članica da dodijele tijelima nadležnim za izvršenje žalbenih postupaka, tako da se obraćanjem ovom tijelu ne osigurava efikasna primjena direktiva Zajednice o javnim nabavkama.

Potrebno je dodati da činjenica da se članom 1(3) Direktive br. 89/665 izričito dopušta državama članicama da utvrde detaljna pravila prema kojima su dužne staviti žalbene postupke na raspolaganje svakoj osobi koja ima ili je imala interes da dobije određeni

⁷² Presuda je relevantna za interpretaciju člana 87 ZJN – prigovor naručiocu.

javni ugovor i koja je oštećena ili se izlaže opasnosti da bude oštećena navodnim kršenjem, ipak im ne daje za pravo da izraz ‘interes da se dobije javni ugovor’ tumače na način koji bi mogao ograničiti efikasnost te Direktive (u tom smislu vidi ranije navedeni predmet Universale-Bau, stav 72).

U svjetlu prethodno navedenog, odgovor koji se daje u vezi sa pitanjima upućenim na prethodno odlučivanje jeste da se članom 1(3) Direktive br. 89/665 isključuje mogućnost da se preduzeće koje je učestvovalo u postupku javne nabavke smatra preduzećem koje je izgubilo interes da dobije taj ugovor, po osnovu da je prije pokretanja žalbenog postupka prema toj Direktivi propustilo da se obrati odboru za mirenje, poput organa za rješavanje sporova B-VKK osnovanim prema Saveznom zakonu o nabavci (njem. Bundesvergabegesetz – BvergG).“

C-26/03, „Stadt Halle“ (Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH protiv Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, presuda Suda pravde od 11. januara 2005. godine)⁷³

UVODNO:

Definicije odluka koje mogu biti predmet žalbenog postupka Sud je dao i u predmetu „Stadt Halle“. Jedno od pitanja koje je postavio sud države članice Sudu pravde je bilo da li su države članice obavezne osigurati i efikasna sredstva protiv odluka ugovornog organa donesenih izvan formalnog postupka dodjele ugovora prije formalnog poziva na nadmetanje. Da bi odgovorio na ovo pitanje, Sud je analizirao frazu „odluke koje ugovorni organ donese u pogledu (...) postupaka“.

Prema mišljenju Suda, ta formulacija pretpostavlja da svaka odluka ugovornog organa na koju se primjenjuju komunitarna pravila o javnim nabavkama može biti predmet sudske kontrole bez razlike u vezi sa vremenom njenog donošenja ili njenim sadržajem. Kako je Sud istakao, direktivama se direktno predviđa mogućnost poništavanja nezakonitih odluka ugovornog organa o tehničkim ili drugim specifikacijama ne samo u pozivu na tender, nego i u drugim dokumentima vezanim za postupak dodjele ugovora. Time se pretpostavlja da se ta odredba primjenjuje samo u slučaju dokumenata ugovornog organa u fazi prije formalnog poziva na tender. Uzimajući to u obzir, Sud pravde je utvrdio da bilo koji akt koji je ugovorni organ donio u vezi sa ugovorima za javne nabavke u okviru materijalnog predmeta direktiva o javnim nabavkama i koji može proizvesti pravne posljedice, može biti predmet kontrole. Prema tome, države članice ne mogu mogućnost kontrole ograničiti zahtjevom da se postupak nabavke formalno nalazi u određenoj fazi.

⁷³ Presuda je relevantna za interpretaciju članova 86 i 87 ZJN – obezbjeđivanje pravne zaštite i prigovor naručiocu.

OSOBE S PRAVOM NA ŽALBENI POSTUPAK

„(...) Član 1(1) Direktive Vijeća br. 89/665 mora se tumačiti tako da je obaveza države članice da osigura da se efikasni i brzi pravni lijekovi na raspolaganju protiv odluka koje donesu ugovorni organi prošire, takođe, i na odluke koje se donose izvan zvaničnog postupka dodjele i odluke koje prethode zvaničnom pozivu na podnošenje ponuda (pozivu na tendere), a naročito odluke o tome da li sporni ugovor potpada pod osobni i materijalni predmet Direktive br. 92/50, uključujući i njene izmjene i dopune.

Ta mogućnost revizije je na raspolaganju svakoj osobi koja ima ili je imala interesa u sticanju predmetnog ugovora a koja je oštećena ili joj prijeti opasnost da će biti oštećena navodnim prekršajem, od vremena kada je ugovorni organ izrazio želju na način kojim se omogućava izazivanje pravnog dejstva. Države članice stoga nisu ovlašćene da uslovljavaju mogućnost revizije činjenicom da je sporni postupak javne nabavke formalno već dostigao određenu fazu razvoja.“

C-129/04, Espace Trianon SA, Société wallonne de location-financement SA (Sofibail) protiv Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (FOREM) (Presuda Suda pravde iz septembra 2005. godine)⁷⁴

OSOBE S PRAVOM NA ŽALBENI POSTUPAK

„Prema članu 1(1) Direktive br. 89/665, obavezno se mora imati u vidu da za odluke koje donose ugovorni organi mora postojati mogućnost efikasne revizije i da u skladu sa stavom 3 tog člana žalbeni postupak mora biti dostupan barem osobama koje imaju interes da dobiju javni ugovor.

Konzorcijum Espace Trianon -Sofibail i Komisija Evropskih zajednica tvrde da u okolnostima poput onih iz postupka u glavnoj stvari, procesno pravilo date države kojim se od članica konzorcijuma zahtijeva da zajednički pokrenu sudski postupak i shodno tome se jednoglasno slože da podnesu tužbu protiv odluke o dodjeli javnog ugovora, nije usklađeno sa uslovom u pogledu raspoloživosti žalbenih postupaka iz člana 1(3) Direktive br. 89/665. Po njihovom mišljenju, efikasnom sudskom zaštitom mora se članicama takvog udruženja omogućiti raspolaganje individualnim pravom na pokretanje tužbe.

U ovom pogledu mora se konstatovati da se u dijelu kojim se upućuje na svaku osobu

koja ima interes da dobije javni ugovor, članom 1(3) u situaciji poput one u postupku u glavnoj stvari aludira na osobu koja je prilikom dostavljanja ponuda u tenderu za sporni javni ugovor pokazala svoj interes za dobijanje javnog ugovora.

U ovoj situaciji, upravo je konzorcijum taj koji je kao takav dostavio ponudu a ne njegove pojedinačne članice. Na isti način, da im je predmetni ugovor bio dodijeljen, sve članice konzorcijuma bile bi obavezne potpisati ugovor i izvesti radove.

U svjetlu prethodno navedenog nužni su sljedeći odgovori na pitanja koja se upućuju Sudu:

- član 1 Direktive br. 89/665 ima se tumačiti na način tako da njime nije isključeno da se zakonima države predviđa da isključivo članice konzorcijuma bez svojstva pravnog lica, koji je kao takav učestvovao u postupku za dodjelu javnog ugovora i taj mu ugovor nije dodijeljen, mogu zajedničkim djelovanjem podnijeti tužbu protiv odluke kojom se dodjeljuje ugovor, a ne samo jedna od njegovih članica pojedinačno;
- isto vrijedi u slučaju da sve članice tog konzorcijuma zajedno podnesu tužbu, ali se zahtjev jedne od njegovih članica smatra nedopustivim.“

⁷⁴ Presuda je relevantna za interpretaciju člana 87 ZJN – prigovor naručiocu.

PРАВНА ЗАШТИТА U POSTUPCIMA JAVNE NABAVKE U CRNOJ GORI

Javne nabavke su nesumljivo vrlo osjetljivo područje državne aktivnosti, koje je često usko povezano sa primjenom državne suvereniteta. S toga je bilo kakvo ograničenje ili intervencija neke međunarodne ili naddržavne organizacije potpuno nepoželjno. Iako javne nabavke na prvi pogled odaju utisak da je njihova jedina i osnovna svrha da država, kao kupac na tržištu dobara, usluga i radova, sebi osigura najpovoljniji odnos cijene i kvaliteta, javne nabavke su jedan od najznačajnijih instituta politike, koji državi omogućava uticaj na brojna područja društvenog života. Naime, država, u ulozi naručioca, koja raspolaže značajnim, ako ne i najvećim finansijskim sredstvima, svojim uticajem na tržištu ima odlučujuću ulogu, a na taj način može uticati na cjelokupan društveno-politički sistem. Pored postizanja primarnih ekonomskih ciljeva, u posljednje se vrijeme sve češće ističe uloga javnih nabavki kao važnog instrumenta države za postizanje ciljeva sekundarne politike, u kojoj se prije svega ističu vrijednosti održivog i uravnoteženog socijalnog i ekološkog razvoja.

Postupci javne nabavke su u crnogorskom zakonodavstvu (kao i u slovenačkom, hrvatskom, bosanskom, srpskom, makedonskom, albanskom i dr.) decentralizovani i sprovede se od strane samih naručilaca, obveznika primjene Zakona. Nasuprot postupka javne nabavke, zaštita subjektivnih prava organizovana je na dva načina: u fazi prigovora, u prvom stepenu, – decentralizovano po naručiocima, a u fazi žalbe, u drugom stepenu, – centralizovano pred Državnom komisijom.

Brza, dostupna i efikasna pravna zaštita prava ponuđača i javnog interesa je od ključnog značaja za cjelokupan sistem javnih nabavki. Takva zaštita obezbjeđuje zakonitost postupanja naručilaca u sprovođenju postupaka javnih nabavki, odvraća ih od kršenja propisa, povećava povjerenje javnosti u namjensko trošenje budžetskih sredstava i podstiče ponuđače na veće učesće u postupcima javnih nabavki.

Postupak zaštite prava ponuđača i javnog interesa u postupcima javnih nabavki, uređen je Zakonom o javnim nabavkama na slijedeći način:

- u prvom stepenu postoji prigovor pred naručiocem,
- u drugom stepenu postoji žalba pred Državnom komisijom,
- u trećem stepenu postoji tužba pred Upravnim sudom.

Aktivna legitimacija u postupcima zaštite prava ponuđača i javnog interesa

Zakon o javnim nabavkama u članu 87 daje aktivnu legitimaciju za podnošenje prigovora svakom ponuđaču i svakom licu na čija se prava i pravne interese odnosi postupak javne nabavke (zainteresovano lice). U slučajevima ugoržavanja javnog interesa, Zakon aktivnu legitimaciju priznaje i nadležnom državnom tužiocu, nadležnom organu uprave – Direkciji za javne nabavke, Državnoj revizorskoj instituciji i drugim nadležnim organima. Ova odredba je u skladu sa stanovištem Evropskog suda pravde iskazanog u slučaju C-236/95 Komisija protiv Grčke.

Ekstenzivan stav zakonodavca prilikom definisanja kruga subjekata koji mogu podnijeti prigovor omogućava da zainteresovana lica, koja nisu učestvovala u postupku javne nabavke, iz razloga što nisu zadovoljavale uslove koje je postavio naručilac na diskriminirajući način ili im nije dozvoljeno da učestvuju u postupku od strane naručioca koji je time prekršio zakon, pokrenu postupak za zaštitu svojih prava.

■ POVREDA SUBJEKTIVNIH PRAVA

Do povrede subjektivnih prava učesnika u postupku javne nabavke može doći u svakoj fazi postupka javne nabavke, izuzev u dijelu planiranja i obezbjeđivanja sredstava za svaku konkretnu javnu nabavku.

Treba razlikovati povredu subjektivnih prava do koje može doći u fazi od donošenja odluke o pokretanju i sprovođenju postupka javne nabavke pa do objavljivanja i oglašavanja javnog poziva (pripremna faza) i fazu od objavljivanja javnog poziva do donošenja odluke o izboru najpovoljnije ponude.

PRIPREMNA FAZA

Posebno je značajno istaći da je u isključivoj nadležnosti naručioca da planira javnu nabavku i da obezbijedi odgovarajuća sredstva za njeno sprovođenje. Međutim, postojanje obezbijeđenih sredstava za javnu nabavku i objavljivanje plana javnih nabavki, u slučajevima predviđenim zakonom, je procesna pretpostavka za početak postupka javne nabavke. Bez ispunjavanja ova dva uslova postupak javne nabavke se ne može započeti, a u slučaju da je postupak javne nabavke, ipak, započet, ima se smatrati nezakonitim.

Prilikom donošenja Odluke o pokretanju i sprovođenju postupka javne nabavke, pripreme tenderske dokumentacije i javnog poziva može doći do velikog broja povreda postupka javne nabavke. Ovo iz razloga, što je ovo najznačajnija i najkompleksnija faza postupka javne nabavke, u kojoj je u isključivoj nadležnosti naručioca da odredi uslove koje treba da ispuni svaki ponuđač, kako bi njegova ponuda bila ispravna, tehničke specifikacije, kriterijume i potkriterijume za izbor najpovoljnije ponude. Od izuzetnog je značaja da naručilac sa posebnom pažnjom i, ukoliko je potrebno, uz angažovanje stručnjaka za oblast koja je predmet javne nabavke, sprovede ovu fazu, jer sve što predviđi u

ovoj fazi će ga kasnije obavezivati na dosljednu primjenu unaprijed predviđenih uslova, sljedstveno kojih će doći do izbora najpovoljnije ponude. Zakonske odredbe koje regulišu ovaj dio postupka javne nabavke su imperativnog, a ne dispozitivnog karaktera, zbog čega propust u nekom od izloženih segmenata, rezultira nezakonitošću cijelog postupka javne nabavke, bez obzira na kasnije postupanje naručioca.

Povrede zakona u ovoj fazi mogu biti različite, a najčeće su:

- nepostojanje obezbijedenih sredstava za sprovođenje postupka javne nabavke,
- neobjavljivanje plana javne nabavke, u slučajevima predviđenim zakonom,
- donošenje nepotpune odluke o pokretanju i sprovođenju postupka javne nabavke,
- nedovoljan ili nepotpun tehnički opis predmeta javne nabavke, što rezultira nemoogućnošću nudičenja ili upoređivanja i vrednovanja ponuda,
- propusti u vezi dokazivanja sposobnosti ponuđača, bilo da se tiču vrste, forme ili sadržaja dokaza o podobnosti,
- propusti u vezi sa izborom kriterijuma i potkriterijuma za izbor najpovoljnije ponude (nepostojanje veze između predmeta javne nabavke i izabranih kriterijuma i potkriterijuma, nepostojanje obrazloženja za uvođenje dodatnih potkriterijuma, u odnosu na one koji su predviđeni zakonom, nenavođenje metodologije rada Komisije za otvaranje i vrednovanje ponuda prilikom pregleda, ocjene i izbora najpovoljnije ponude, nenavođenje načina vrednovanja svakog pojedinačnog potkriterijuma na jasan i razumljiv način tako da svi ponuđači mogu istovjetno razumjeti metodologiju vrednovanja),
- propusti vezani za način objavljivanja i oglašavanja,
- propusti vezani za sadržaj javnog poziva u dijelu koji se odnosi na rokove objavljivanja, nenavođenje da će otvaranje ponuda biti javno, neprecizne rokove za otkup tenderske dokumentacije i dostavljanje ponuda,
- učešće ponuđača u izradi tenderske dokumentacije i dr.

FAZA NAKON OBJAVLJIVANJA I OGLAŠAVANJA JAVNOG POZIVA DO DONOŠENJA ODLUKE O IZBORU NAJPVOLJNJIJE PONUDE ILI ODLUKE O PONIŠTAVANJU POSTUPKA JAVNE NABAVKE

U ovoj fazi dolazi do velikog broja povreda zakona, koje su s obzirom na javnost ove faze vidljive za ponuđače i druge subjekte koji imaju aktivnu legitimaciju za pokretanje postupka za zaštitu prava.

Povrede zakona u ovoj fazi mogu biti različite:

- povrede postupka propisanog u dokumentaciji i propisima,
- pogrešna primjena materijalnog prava.

Povrede subjektivnih prava, u pravilu se odnose na:

- utvrđivanje sposobnosti ponuđača,

- primjene kriterijuma i potkriterijuma za izbor najpovoljnije ponude,
- dokazivanje razloga za izbor kroz ocjenu i analizu ponuda,
- ocjene podudarnosti ponude sa tehničkom specifikacijom predmeta javne nabavke,
- primjenu drugih propisa koji su u vezi sa javnom nabavkom, kada je rješavanje nekog predhodnog pitanja od važnosti za neko od prava iz javne nabavke (statusnih, poreskih i dr),
- povrede odredaba postupka koje je propisao naručilac, kao i onih odredaba zakona kojima je uređen postupak.

■ PRIGOVOR

U skladu sa članom 87 st. 3 i 4 Zakona, prigovor se podnosi naručiocu, u pisanoj formi, u tri primjerka neposredno ili poštom preporučeno sa povratnicom. U prigovoru se navode nepravilnosti u postupku javne nabavke, činjenice i dokazi za učinjene povrede i predlog za otklanjanje nepravilnosti.

Zakonodavac je u citiranom članu propisao da se prigovor, zbog učinjenih nepravilnosti, može uložiti u toku čitavog postupka javne nabavke, kao i da strane u postupku i nadležni organi moraju brzo i efikasno rješavati sporove koji proističu iz postupaka javnih nabavki.

Na osnovu navedenog, zaključujemo da su predmet žalbenog postupka odluke naručioca u najširem smislu, počevši od odluke o pokretanju i sprovođenju postupka javne nabavke, pa do odluke o izboru najpovoljnije ponude, odluke o dodjeli ugovora ili odluke o poništavanju javnog nadmetanja.

Napominjemo da je u praksi čest slučaj da ponuđači ili zainteresovana lica podnesu prigovor na sami sadržaj javnog poziva i tenderske dokumentacije. Ovo je značajan instrument za obezbjeđivanje zakonitosti sprovođenja postupka javne nabavke, jer ponuđači i zainteresovana lica imaju pravo da ukažu na eventualne nepravilnosti i nezakonite radnje naručioca u fazi sprovođenja postupka u kojoj su one i izvršene, što omogućava da se prigovorom i žalbom takve radnje, već u fazi javne nabavke u kojoj su izvršene, ponište u cjelosti ili djelimično. Na ovaj način ostvaruje se i jedno od najznačajnijih načela javnih nabavki – načelo hitnosti.

U skladu sa odredbama člana 88 stav 1 Zakona, prigovor se podnosi u roku od osam dana od dana dostavljanja odluke, odnosno učinjene radnje kojom su povrijeđena prava, odnosno druge preduzete mjere ili radnje kojom se povređuju prava u postupku.

U cilju obezbjeđivanja primjene principa ravnopravnosti ponuđača i transparentnosti javne nabavke, citiranom odredbom propisano je da, o podnesenom prigovoru, naručilac obavještava sve učesnike u postupku javne nabavke, u roku od tri dana od prijema prigovora.

SUSPENZIVNO DEJSTVO PRIGOVORA

Podnošenje prigovora i žalbe ima ex lege suspenzivno dejstvo do konačne odluke Državne komisije. Podnošenje prigovora obustavlja sve dalje radnje naručioca u postupku javne nabavke. Ugovor zaključen suprotno izričito propisaoj zakonskoj normi, ništavan je.

Dakle, podnijeti prigovor, odnosno žalba, po samom zakonu (ex lege) ima suspenzivno dejstvo – obustavlja dalje aktivnosti naručioca u postupku javne nabavke. Naručilac po podnošenju prigovora ne smije izvoditi proceduralne postupke, niti donositi odluke, a već započete postupke mora prekinuti, odnosno obustaviti. Član 89 Zakona, vremenski ograničava suspenzivnost postupka sve do donošenja odluke Državne komisije i reguliše situaciju, koja je u većini slučajeva poznata iz prakse, a odnosi se na obavezu naručioca da o podnijetom prigovoru obavijesti sve učesnike u postupku javne nabavke.

PRODUŽENJE ROKOVA

Naručilac je dužan, ukoliko je to nužno, produžiti rokove za postupak izbora najpovoljnije ponude i dodjele ugovora, najmanje za period trajanja obustave postupka iz člana 89 Zakona. U slučaju da zbog razmatranja prigovora (i zbog suspenzivnog efekata prigovora), dođe do promjene rokova postupka izbora najpovoljnije ponude i dodjele ugovora, o kojima su ponuđači bili prethodno obaviješteni (npr: rok za predaju ponuda), naručilac će ih o tome obavijestiti, navodeći razloge za produžetak rokova. Promjena rokova, koji su bili objavljeni, mora se objaviti na jednak način kao i prva objava, na web sajtu nadležnog organa uprave – Direkcije za javne nabavke.

■ ODLUKE NARUČIOCA PO PRIGOVORU

Naručilac je obavezan razmotriti blagovremeno podneseni prigovor i donijeti odluku o njemu, u roku od osam dana od prijema prigovora.

Naručilac može donijeti dvije vrste odluka po podnijetom prigovoru, i to:

- 1) zaključak, kojim će prigovor odbaciti, u slučaju da je prigovor nedopušten, neblagovremen i izjavljen od strane neovlašćenog lica,
- 2) rješenje, kojim će:
 - usvojiti prigovor u cjelini ili djelimično i preinačiti odluku o izboru najpovoljnije ponude,
 - usvojiti prigovor kao osnovan i, u cjelini ili djelimično, poništiti postupak za dodjelu ugovora o javnoj nabavci ili
 - odbiti prigovor kao neosnovan.

Naručilac je obavezan da odluku po prigovoru dostavi podnosiocu prigovora najkasnije u roku od tri dana od donošenja odluke. Ukoliko mu u ovom roku ne bude dostavljena odluka, podnositelj prigovora može nastaviti postupak zaštite svog prava kao da mu je prigovor odbijen. Ističemo da je zakonodavac ovdje analogno primijenio institut „ćutanje administracije“ iz opšteg upravnog postupka, kako bi obezbijedio zaštitu prava ponuđača, s tim što je, shodno hitnom karakteru javnih nabavki, koji se posebno ogleda u postupku zaštite prava ponuđača i javnog interesa, taj rok skratio.

Ovdje ukazujemo na sljedeću situaciju koja kod naručilaca izaziva nedumice i često, na žalost, pogrešnu primjenu materijalnog prava. Naime, ako naručilac donese odluku kojom usvaja prigovor kao osnovan i, na osnovnu podnijetog prigovora, promijeni odluku o izboru najpovoljnije ponude i utvrđenu rang listu, obavezan je da, na osnovu te odluke po prigovoru, donese novu odluku o izboru najpovoljnije ponude, protiv koje je moguće „ponovo“ podnijeti prigovor.

■ ŽALBA DRŽAVNOJ KOMISIJI

U skladu sa odredbama člana 91 Zakona, protiv rješenja naručioca kojim je odlučeno po podnijetom prigovoru ili ako naručilac, u smislu člana 90 stav 4 ovog zakona, ne donese u ostavljenom roku rješenje, može se izjaviti žalba Državnoj komisiji, u roku od osam dana od dana prijema rješenja po podnijetom prigovoru.

Zakonodavac je u članu 97 propisao obavezni sadržaj žalbe:

- 1) rješenje naručioca koje se pobija žalbom,
- 2) opis nepravilnosti koje je počinio naručilac u postupku javne nabavke,
- 3) razloge zbog kojih se pobija odluka i
- 4) osnovne podatke o podnosiocu žalbe.

Citiranom odredbom propisano je, takođe, da Državna komisija može, kad ocijeni da žalba ne sadrži navedene podatke, od podnosioca žalbe zahtijevati da dopuni žalbu. Dalje, propisano je da ako podnositelj žalbe, u ostavljenom roku, ne dopuni žalbu, Državna komisija će nastaviti postupak i, u skladu sa raspoloživim podacima i okolnostima, donijeti odluku.

■ DRŽAVNA KOMISIJA

Državna komisija, čiji je zadatak obezbjeđivanje pravne zaštite ponuđača i javnog interesa u svim fazama postupka javne nabavke, posebno je, samostalno i nezavisno državno tijelo. Među razlozima da se Zakonom o javnim nabavkama detaljnije uredi status, nadležnost i djelovanje Državne komisije, bio je i zahtjev za usklađivanje sa direktivama pravne zaštite, koje, osim opštih smjernica, nemaju detaljnije odredbe o tijelima nadležnim za odlučivanje u postupcima javnih nabavki.

Na rad i organizaciju Državne komisije primjenjuju se osnovna načela javnih nabavki, i to: načelo zakonitosti, javnosti, transparentnosti i efikasnosti. U skladu sa navedenim načelima, Državna komisija osnovana je Zakonom o javnim nabavkama, kao samostalan i nezavisan državni organ. Samostalnost Državne komisije se ogleda u radu i odlučivanju, koji su bliže uređeni Poslovníkom o radu Državne komisije. U pogledu imenovanja, Zakonom je propisano da predsjednika i članove Državne komisije imenuje vlada i to: predsjednika, na predlog ministarstva nadležnog za poslove pravde, jednog člana, na predlog ministarstva nadležnog za poslove finansija i jednog člana na predlog Zajednice opština. Ovdje treba istaći da je zakonodavac propisao uslove za imenovanje koji su slični uslovima za izbor sudija i to na način što je propisao da za predsjednika Državne komisije može biti imenovano lice koje je diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom i koje ima najmanje 15 godina radnog iskustva u struci, dok za člana Državne komisije može biti imenovano lice sa visokom stručnom spremom i najmanje 10 godina radnog iskustva u struci.

Potvrda nezavisnosti Državne komisije ogleda se u činjenici da:

- 1) Predsjedniku i članu Državne komisije može prestati mandat, odnosno mogu biti razriješeni dužnosti, samo u zakonom propisanim slučajevima (ako bude osuđen za krivično djelo na безусловnu kaznu zatvora u trajanju od najmanje šest mjeseci ili ako bude osuđen za krivično djelo koje ga čini nedostojnim vršenja funkcije; umre ili trajno izgubi zdravstvenu sposobnost za obavljanje dužnosti; bude izabran i počne da obavlja funkciju nespojivu sa dužnošću u Državnoj komisiji; ako podnese ostavku i sam zatraži da bude razriješen; bez opravdanog razloga, ne obavlja dužnost u Državnoj komisiji duže od tri mjeseca),
- 2) Državna komisija je samostalan budžetski korisnik.

Pored članova, Državna komisija ima stručnu službu, kojom rukovodi sekretar. Na zaposlene u stručnoj službi primjenju se propisi o državnim službenicima i namještenicima. Smatramo da sa izmjenama i dopunama Zakona o javnim nabavkama treba predvidjeti (kao što je to urađeno u Hrvatskoj) da se na zaposlene u stručnoj službi Državne komisije primjenjuju opšti propisi Zakona o radu, a ne propisi Zakona o državnim službenicima i namještenicima. Na ovaj način bi se obezbijedila veća fleksibilnost u zapošljavanju, privukli bi se najkvalifikovaniji kadrovi da se javljaju na konkurse za prijem u radni odnos u Državnoj komisiji, obezbijedilo bi se uspostavljanje efikasnih motivacionih mehanizama kroz dodijeljivanje nagrada i stipendija najkvalitetnijim kadrovima i sl.

Način rada Državne komisije bliže se uređuje Poslovníkom o radu, kojim je predviđeno da Državna komisija radi i odlučuje na sjednici.

Na sjednicama Državna komisija:

- 1) razmatra žalbe ponuđača na postupke javnih nabavki i donosi odluke po njima,
- 2) ispituje pravilnost primjene Zakona o javnim nabavkama i predlaže i preduzima mjere za ispravku utvrđenih nepravilnosti, kojima se obezbjeđuje konkurentsko ponašanje ponuđača i transparentnost postupka javnih nabavki,
- 3) utvrđuje načelne stavove radi jedinstvene primjene zakona,
- 4) razmatra primjenu zakona i drugih propisa iz nadležnosti Državne komisije,
- 5) donosi poslovnik o radu,
- 6) donosi izvještaj o radu, na predlog predsjednika Državne komisije,
- 4) vrši i druge poslove, utvrđene zakonom i ovim poslovníkom.

Državna komisija odluke donosi na sjednicama većinom glasova prisutnih članova. Sjednice Državne komisije na kojima se odvija vijećanje po žalbama, kao i sam postupak odlučivanja nisu javni. O vijećanju i glasanju sastavlja se posebni zapisnik koji potpisuju predsjednik, članovi i sekretar Državne komisije. Državna komisija odluke donosi u roku od 15 dana, koji se u naročito opravdanim slučajevima može produžiti za još 10 dana, tako da je najduži rok za donošenje odluke samo 25 dana. Tako kratki rokovi za donošenje odluka podrazumijevaju izuzetnu ažurnost u radu Državne komisije. Donošenje odluka u ovako kratkim rokovima omogućava da se proces javne nabavke ne zaustavi, što bi povećalo troškove za naručioca, ali bi indirektno stvorilo opterećenje i za državu i javni interes, naročito u slučajevima javnih nabavki koje su od izuzetnog značaja za Republiku i gdje postoji snažno izražen javni interes. Kroz izloženo se dobija odgovor na pitanje zašto u sporovima o javnim nabavkama ne odlučuje redovni sud, već jedan specijalizovani organ, kao što je Državna komisija. Takvo rješenje je prihvaćeno i u zemljama Evropske zajednice, kao i u zemljama koje se nalaze u našem okruženju (Slovenija, Hrvatska, Bosna i Hercegovina, Srbija, Makedonija, Albanija).

ZAHTJEVI PRAVA EVROPSKE UNIJE U POGLEDU STATUSA DRŽAVNE KOMISIJE

Pri osnivanju Državne komisije, Direktive Evropske nije i neke presude Evropskog suda pravde, koristile su se kao osnova za uspostavljanje novog tipa državnog organa, smještenog između upravne i sudske vlasti.

Direktivom EU 89/665 propisano je da tijela koja vode žalbeni postupak, moraju biti utemeljena na sljedećim pravilima:

- odluka koju takvo tijelo donosi u postupku kontrole javne nabavke, mora biti u pisanom obliku sa obrazloženjem razloga za donošenje takve odluke,
- protiv odluka takvih tijela, strankama u postupku mora biti omogućena sudska zaštita,

- tijelo mora biti nezavisno,
- članovi tijela imenuju se i razrešavaju pod istim uslovima kao i predstavnici sudske vlasti (uslovi za imenovanje sudija),
- članovi tijela imenuju se na određeni mandat,
- predsjednik tog tijela mora ispunjavati iste pravne i profesionalne kvalifikacije kao i članovi sudske vlasti,
- tijelo vodi postupak na raspravnom principu saslušanjem stranaka,
- odluke takvog tijela moraju biti pravno obavezujuće.

Kada su u pitanju presude Evropskog suda pravde, najznačajnija je C-54/96 Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH protiv Bundesbaugesellschaft Berlin mbH iz 1997. godine, u kojoj Sud, pored odlučivanja o postavljenom zahtjevu, određuje i uslove koje državno tijelo za kontrolu postupka javne nabavke, ukoliko kontrolu ne vrši sudska vlast, mora ispunjavati, da bi se steklo pravo postavljanja prethodnog pitanja Evropskom sudu pravde.

Ova presuda je od izuzetnog značaja za pravni sistem Crne Gore, s obzirom na to da kontrolu postupka javnih nabavki vrši Državna komisija, a ne sud.

Zahtjevi navedeni u citiranoj presudi moraju biti kumulativno ispunjeni, a odnose se na:

- tijelo mora biti osnovano zakonom, a ne nekim podzakonskim aktom,
- tijelo mora biti osnovano kao stalan organ, a ne ad hoc,
- mora imati obavezujuću nadležnost,
- mora voditi inter pares postupak,
- mora primjenjivati zakonske propise,
- mora biti nezavisno.

U citiranim direktivama, kao i u presudama Evropskog suda pravde, više puta je navedeno da je odluka tijela mjerodavna za odlučivanje o pravnim sredstvima ponuđača protiv odluke naručioca prepuštena državama članicama. U mnogim takvim slučajevima o zahtjevu za pravnu zaštitu ne odlučuju sudovi nego posebna prima facie nesudska tijela (pri tom je izuzetak odštetni zahtjev, koji je, po pravilu, u nadležnosti sudova). Razloge za takvo uređenje treba tražiti u nužnosti obezbjeđivanja hitnog postupka i suspenzivnog dejstva podnjetog pravnog sredstva – hitnosti da nadležni organ o podnesenom pravnom sredstvu odluči što prije. Priroda javne nabavke i ovlašćenja nadležnih organa u postupcima pravne zaštite (mogućnost poništavanja odluka o izboru najpovoljnije ponude, odnosno kompletnom postupku javne nabavke) ne dozvoljavaju da žalbe iz postupka javne nabavke budu na sudu u istom redu čekanja s ostalim zahtjevima, jer je takav način pravne zaštite neefikasan. Direktive inače zahtijevaju da, u slučaju kada nadležna tijela za odlučivanje o pravnoj zaštiti nisu sudska tijela, svaku odluku treba argumentirati pismeno. U tom slučaju, države moraju osigurati da navodno nezakonita odluka nadležnog tijela pravne zaštite ili svaki propust u sprovođenju njegovih ovlašćenja mogu

biti predmet sudske zaštite ili provjere drugog tijela koje je sud ili tribunal po članu 234 Amsterdamskog ugovora, i koje je nezavisno od naručioca i organa za provjeru pravilnosti postupka javne nabavke.

Organizacija pravne zaštite, po kojoj o zahtjevima odlučuju specijalizovana tijela promoviše i Evropska komisija, a isti se nagovještaj može nazrijeti iz novih Direktiva 2004/17/EC (član 72) i 2004/18/EC (član 81).

POSTUPANJE DRŽAVNE KOMISIJE

U skladu sa načelom dispozitivnosti, Državna komisija odlučuje o izjavljenoj žalbi u granicama navoda žalbe, a u slučaju kršenja osnovnih načela javne nabavke može izvesti sve dokaze za koje smatra da će doprinijeti donošenju zakonite i pravilne odluke. Uvažavajući granice žalbenih navoda, Državna komisija odlučuje i o onim povredama postupka javnih nabavki propisanih zakonom, koje su mogle bitno uticati na dodjelu ugovora o javnoj nabavci.

Dakle, Državna komisija je obavezna, u skladu sa zakonom, da po izjavljenoj žalbi, u postupku odlučivanja, po službenoj dužnosti ispituje zakonitost cijelog postupka javne nabavke. Tako se u postupku, osim upravnog akta, koji je predmet postupka, mogu ispitivati i one radnje/odluke koje su izvršene u fazi prije objavljivanja poziva na javno nadmetanje (Odluka o pokretanju i sprovođenju postupka javne nabavke, postojanje formalno obezbijeđenih sredstava za sprovođenje postupka javne nabavke, objavljivanje plana javne nabavke i dr.)

U odluci po izjavljenoj žalbi, Državna komisija navodi razloge i naručiocu daje uputstva za pravilno sprovođenje postupka javne nabavke, u dijelu koji je poništen.

■ ODLUKE DRŽAVNE KOMISIJE

Državna komisija, zaključkom, može da:

- 1) odbaci žalbu, ako je žalba nedopuštena, neblagovremena i izjavljena od strane neovlašćenog lica;
- 2) obustavi dalji postupak, prijemom pisanog obavještenja podnosioca žalbe da odstaje od podnijete žalbe.

Državna komisija, rješenjem, može da:

- 1) odbije žalbu kao neosnovanu;
- 2) usvoji žalbu kao osnovanu i, u cjelini ili djelimično, poništi postupak za dodjelu ugovora i donesene odluke, ukaže naručiocu na učinjene nepravilnosti i naloži mu sprovođenje novog postupka i odlučivanja ili preduzimanje potrebnih mjera kojima se učinjene nepravilnosti uklanjaju.

Odluke Državne komisije obaveznog su karaktera i imaju status konačnog i izvršnog akta. Protiv njih nije dozvoljeno pravo žalbe, ali se u roku od 30 dana od dana dostavljanja rješenja strankama može pokrenuti upravni spor pred Upravnim sudom Crne Gore. Takođe, nezadovoljni ponuđač može da zahtijeva naknadu štete pred nadležnim sudom.

Naručilac je obavezan da postupi po navodima Državne komisije sadržanim u rješenju po izjavljenoj žalbi nezadovoljnog ponuđača. U slučaju da naručilac ne izvrši njeno rješenje, Državna komisija ima ovlašćenje da o tome obavijesti Vladu Crne Gore, odnosno nadležni organ jedinice lokalne samouprave i predloži pokretanje postupka odgovornosti. Ovakvim rješenjem omogućeno je da Vlada i nadležni organi preduzmu mjere protiv naručioca koji postupi suprotno zakonu. U svakom slučaju, ugovor zaključen suprotno odluci Državne komisije je ništav.

RAZLOZI ZA PONIŠTENJE TENDERA

Razlozi za poništenje postupka javne nabavke mogu se podijeliti u dvije grupe:

- one koji se ne mogu ispraviti i
- one čije se posljedice mogu otkloniti.

U prvom slučaju dolazi do poništenja postupka javne nabavke u cjelini, dok je u drugom slučaju javnu nabavku moguće djelimično poništiti i obavezati naručioca da ponovi određene radnje. Dakle, djelimično poništenje podrazumijeva poništenje samo određenih faza sprovedenog postupka javne nabavke (otvaranje ponuda, pregled, ocjena i upoređivanje ponuda, donošenje odluke o izboru najpovoljnije ponude).

Odluku o poništavanju postupka javne nabavke u cjelini, Državna komisija donosi u onim slučajevima kada djelimično poništavanje ne bi omogućilo pravilno i zakonito okončavanje osporenog postupka javne nabavke, budući da postoje značajne nepravilnosti u svim fazama tog postupka, te se iste ne mogu otkloniti.

Najčešći razlozi za poništavanje postupka javne nabavke u cjelini su:

- neobjavlivanje plana javne nabavke, u slučajevima predviđenim zakonom,
- diskriminatorni uslovi za učestvovanje u postupku,
- diskriminatorni potkriterijumi za izbor najpovoljnije ponude,
- nepravilnosti u tenderskoj dokumentaciji,
- paran broj članova komisije za otvaranje i vrednovanje ponuda, u komisiji za otvaranje i vrednovanje ponuda nije imenovano lice koje je diplomirani pravnik, za člana komisije za otvaranje i vrednovanje ponuda imenovano je lice koje je službenik za javne nabavke kod naručioca,
- nepravilnosti u sprovođenju postupka javnog otvaranja ponuda,
- u određenim situacijama utvrđene su značajne nepravilnosti u svim fazama sprovedenog

denog postupka, koje su, prije svega, narušavale načelo obezbjeđivanja konkurencije među ponuđačima i transparentnosti upotrebe javnih sredstava, tako da se djelimičnim poništenjem bilo koje od faza konkretnog postupka javne nabavke ne bi omogućilo pravilno i zakonito okončanje postupka javne nabavke, nakon donošenja odluke Državne komisije.

Sa druge strane, najčešći razlozi za djelimično poništenje postupka javne nabavke su:

- nejasno, objektivno neprovjerljivo i neobrazloženo vrednovanje kriterijuma i potkriterijuma na osnovu kojih se vrši izbor najpovoljnije ponude,
- vrednovanje ponuda koje su morale biti odbačene kao neispravne,
- neosnovano tretiranje ponude kao neispravne,
- prilikom vrednovanja ponuda primijenjeni su potkriterijumi, kojih nije bilo u tekstu javnog poziva na nadmetanje i u tenderskoj dokumentaciji,
- subjektivno i diskreciono odlučivanje naručioca – svaki od članova Komisije za otvaranje i vrednovanje ponuda je primjenjivao drugačiju metodologiju prilikom vrednovanja,
- ponuđačima nije omogućen uvid u dokumentaciju javnog nadmetanja.

■ NAČELNI STAV DRŽAVNE KOMISIJE

Državna komisija je, na osnovu člana 93 Zakona, povodom učestalih zahtjeva o valjanosti dokaza o urednom izvršavanju dospjelih obaveza nastalih po osnovu poreza i doprinosa, na sjednici održanoj dana 14.06.2007. godine, zauzela načelni stav:

Kao valjani dokaz o podobnost za učešće na javnom nadmetanju, u pogledu činjenica o urednom izvršavanju dospjelih obaveza nastalih po osnovu poreza i doprinosa, ima se smatrati da je ispravna ponuda koja sadrži:

- objedinjeni dokaz o plaćanju poreza i doprinosa za penzijsko i zdravstveno osiguranje, koji se izdaje saglasno nacionalnom zakonodavstvu ili
- pojedinačne dokaze od organa uprave nadležnog za poslove poreza i organizacija penzijskog i zdravstvenog osiguranja da je izvršena obaveza plaćanja poreza i doprinosa.

Razlozi za zauzimanje ovog načelnog stava su sljedeći:

Državnoj komisiji se, od stupanja na snagu Zakona, veliki broj naručilaca i ponuđača obratio sa zahtjevom za zauzimanje načelnog stava, povodom dostavljanja dokaza o urednom izvršavanju dospjelih obaveza, nastalih po osnovu poreza i doprinosa. Naime, u primjeni Zakona, veliki broj javnih nadmetanja je poništen, iz razloga što naručioci i ponuđači nisu na ispravan način primijenili odredbe čl. 46 i 51 Zakona o javnim nabavkama, koji se odnose na dokaze o podobnosti ponuđača.

Članom 46 stav 1 Zakona, propisano je, pored ostalog, da: „Ponuđač u postupku nadmetanja mora dokazati da uredno izvršava dospelje obaveze nastale po osnovu poreza i doprinosa“.

Članom 52 stav 4 Zakona, propisano je, pored ostalog, da „dokazi o ispunjenosti uslova iz člana 45 ovog Zakona su: dokaz od organa uprave nadležnog za poslove poreza i organizacija penzijskog i zdravstvenog osiguranja da je izvršena obaveza plaćanja poreza i doprinosa.“ S tim u vezi, važno je napomenuti da se, u konkretnom slučaju, za ponuđače koji imaju sjedište i registrovani su u skladu sa pozitivnim propisima Crne Gore, ima primijeniti, kao *lex specialis*, Zakon o objedinjenoj registraciji i sistemu izvještavanja o obračunu i naplati poreza i doprinosa (Službeni list RCG, br. 29/05) i Uredba o sadržini Centralnog registra obveznika poreza na dohodak, osiguranika i obveznika doprinosa za obavezno socijalno osiguranje i zaštitu podataka (Službeni list RCG, br. 82/05, 10/07), kojim Zakonom je propisano, u članu 10, da se: „Izvještaj o obračunatim porezima i doprinosima podnosi Poreskoj upravi na jedinstvenom obrascu“, dok je članom 2 stav 4 Uredbe propisano da „jedinstveni obrazac pomoćne evidencije sadrži podake o obveznicima poreza, obveznicima doprinosa i osiguranicima, u jedinstvenom obrascu o obračunatim porezima i doprinosima“.

Zbog navedenog, Državna komisija je, radi lakše primjene Zakona o javnim nabavkama i obezbjeđivanja veće konkurentnosti u postupcima javnih nabavki i izbjegavanja nepotrebnog formalizma u tim postupcima, zauzela načelni stav, da se, kao valjani dokaz o podobnost za učešće na javnom nadmetanju, u pogledu dokaza o urednom izvršavanju dospeljih obaveza nastalih po osnovu poreza i doprinosa, ima smatrati da je ispravna ponuda, koja sadrži:

- objedinjeni dokaz, koji se izdaje saglasno nacionalnom zakonodavstvu ili
- pojedinačne dokaze od organa uprave nadležnog za poslove poreza i organizacija penzijskog i zdravstvenog osiguranja da je izvršena obaveza plaćanja poreza i doprinosa.

Pri tom, treba imati u vidu da je, navedeni stav u skladu sa citiranim odredbama Zakona o javnim nabavkama i Direktivom EU 18/2004, kao i da se isti odnosi isključivo na ponuđače, koji imaju sjedište i registrovani su u skladu sa pozitivnim propisima Crne Gore, dok ponudiodci, koji imaju sjedište u drugoj državi, navedene dokaze dostavljaju u skladu sa pozitivnim propisima zemlje u kojoj imaju sjedište. Ukoliko država u kojoj ponuđač ima sjedište ne izdaje navedne dokaze, ti dokazi mogu biti zamijenjeni izjavom ponuđača pod krivičnom i materijalnom odgovornošću, odnosno ukoliko u državi u kojoj je sjedište ponuđača nema zakonskih odredbi koje se tiču izjava pod krivičnom i materijalnom odgovornošću, izjavom ponuđača datom pred nadležnim sudskim ili upravnim organom ili notarom.

■ SLUČAJEVI IZ PRAKSE

Međusobni odnos prigovora i žalbe

Državna komisija je u svom radu uočila nedosljednost između sadržine prigovora i žalbe. Naime, žalba može biti izjavljena, tek, nakon što je naručilac prigovor odbio, odbacio ili o njemu nije odlučivao. S obzirom na to da su obavezni elementi kod oba pravna lijeka nedovoljno definisani, postavlja se pitanje njihovog međusobnog odnosa. Naime, nije jasno da li predmet spora između naručioca i Državne komisije može biti različit i da li ponuđač koji je podnio prigovor može promijeniti njegov sadržaj kada podnese žalbu i proširiti je novim činjenicama i dokazima. Mišljenje je Državne komisije da bi sadržaj prigovora i žalbe trebalo da bude istovjetan. Na taj način Državna komisija bi mogla da donese odluku o žalbi, o čijim navodima je, u prethodnom stepenu, po podnijetom prigovoru, odlučivao naručilac. Smatramo da bi iznošenje novih činjenica i dokaza u žalbi trebalo da bude ograničeno na izuzetne slučajeve, kada naručilac u odluci po prigovoru iznese određene podatke o postupku izbora ili modifikuje ocjenu ponude). Sjedinjavanje sadržaja prigovora i žalbe bi ubrzalo tok postupka, povećalo mogućnost protivrječnosti u postupku i eliminisalo rizik da naručilac i Državna komisija, svaka za sebe, odlučuju o dva različita pravna lijeka. To bi, takođe, bio podsticaj za ponuđače da sve navodne prekršaje istaknu već u prigovoru. Na ovaj način, naručilac bi bio upoznat sa svim prekršajima, pa bi imao mogućnost da, ukoliko su se stekli zakonom propisani uslovi, postupak sam poništi.

Aktivna legitimacija članova Joint Venture u postupcima zaštite prava ponuđača i javnog interesa

U slučaju kada zajedničku ponudu podnese, ili namjerava podnijeti, više ponuđača, zaštitu svojih prava, podnošenjem prigovora i žalbe, mogu tražiti samo svi ponuđači zajedno. Dakle, u slučaju zajedničke ponude, od zajedničkih ponuđača se zahtijeva konsenzus u pogledu prava na ostvarivanje pravne zaštite, čime je uspostavljen institut aktivnog nužnog suparničarstva. Pojedini član zajedničke ponude, kao pojedinac, ne može zahtijevati zaštitu svojih prava podnošenjem prigovora i žalbe, ni u ime Joint Venture, ni u svoje ime. Na ovaj način, nužno suparničarstvo, u određenoj mjeri, otežava podnošenje prigovora i žalbe, jer, iz navedenog, proizilazi da ostvarivanje pravne zaštite u postupku zaštite prava zavisi od volje svakog pojedinog člana zajedničke ponude, kao i to da svaki od njih ostalima može spriječiti podnošenje prigovora i žalbe.

Ovakvo regulisanje pitanja dozvoljenosti ograničavanja aktivne legitimacije u postupku zaštite prava na članove zajedničke ponude, kao na cjelinu, utemeljeno je i u presudi Evropskog suda pravde C-129/04, Espace Trianon SA, Societe wallonne de location-financement SA (Sofibail) protiv Office communautaire et regional de la formation professionnelle et de l'emploi (FOREM).

Punomoćje advokata

Članom 101 Zakona, propisao je da: „Državna komisija, zaključkom, može da odbaci žalbu, ako je žalba nedopuštena, neblagovremena i izjavljena od strane neovlašćenog lica“.

Članom 86 Zakona, propisano je da: „Zaštita ponuđača i javnog interesa u svim fazama postupka javne nabavke obezbjeđuje se na način i pod uslovima propisanim ovim zakonom“.

Aktivno legitimisana lica u postupku zaštite prava iz javnih nabavki, shodno članu 87 Zakona, su: „svaki ponuđač i svako lice na čija se prava i pravne interese odnosi postupak javne nabavke (zainteresovano lice), nadležni državni tužilac, nadležni organ uprave, Državna revizorska institucija i drugi nadležni organi“.

Ukoliko žalilac, uz prigovor, ne dostavi punomoćje o zastupanju ponuđača, shodno citiranim odredbama, stekli bi se uslovi za odbacivanje njegovog prigovora. Ovo iz razloga jer je postupak javne nabavke posebno strogo formalan postupak, u pogledu dokumentacije i spisa, kojima se dokazuje pravni status ponuđača, a što je po odredbama Zakona, posebna odgovornost ponuđača, koji učestvuju u postupcima javnih nabavki.

Eventualno dokazivanje činjenice da je uz prigovor priloženo punomoćje, može biti predmet raspravljanja posebnog sudskog postupka, a ne ovog postupka, jer bi prolongiranje odluke u ovom postupku, do rješavanja ovog prethodnog pitanja, bilo kontradiktorno sa karakterom javnih nabavki, koji je po svojoj prirodi hitan.

Dakle, ponuđač je obavezan da se stara da podnese urednu dokumentaciju i da o tome obezbijedi valjan dokaz.

Pored navedenog, na prava žalioaca se, u konkretnom slučaju, ne mogu primijeniti odredbe Zakona o opštem upravnom postupku, a posebno člana 57. Naime, članom 47 i 48 Zakona o opštem upravnom postupku, propisani su oblik i sadržina punomoćja. Izuzetno, Državna komisija će uzeti predmet u razmatranje i bez priloženog punomoćja, ukoliko su se stekli uslovi propisani članom 47 stav 3 Zakona, kojima je propisano da: „Izuzetno, službeno lice koje vodi postupak ili obavlja pojedine radnje u postupku može dopustiti da u ime stranke, kao njen punomoćnik, izvrši određenu radnju bez priloženog punomoćja član njene porodice ili domaćinstva ili lice koje je u radnom odnosu s njom, ako nema sumnje u postojanje i obim punomoćja“.

Državna komisija posebno ističe da je članom 48 stav 3 Zakona o opštem upravnom postupku, pored ostalog, propisano da: „Nedostaci pisanog punomoćja otklanjaju se shodno odredbi člana 57 ovog Zakona, pri čemu službeno lice koje vodi postupak može

dopustiti punomoćniku s neurednim punomoćjem da izvrši hitne radnje u postupku“. Dakle, iz navedenog se nedvosmileno utvrđuje da se mogu otkloniti nedostaci pisanog punomoćja, a ne njegovo nepostojanje. Pri tom treba imati u vidu hitan karakter javnih nabavki, koji je posebno istaknut u članu 86 stav 2 Zakona o opštem upravnom postupku, kojim je propisano da: „Strane u postupku i nadležni organi moraju brzo i efikasno rješavati sporove koji proističu iz postupaka javnih nabavki“, pa se vođenjem postupka za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki, od strane lica koje nema uredno punomoćje, niti je u postupku po prigovoru i žalbi dostavilo valjan dokaz da je ovlašćeno od ponuđača za zastupanje, samo nepotrebno prolongira postupak dodjele ugovora i narušava jedan od temeljnih principa javnih nabavki – princip hitnosti.

Ograničenja povezana sa ostvarivanjem pravne zaštite u pogledu kršenja u postupku zaštite prava

Državna komisija je u dosadašnjem radu izgradila praksu da ponuđač, nakon isticanja roka određenog za podnošenje ponuda, više ne može navoditi kršenja koja su mu bila, ili bi mu trebalo da budu poznata prije isticanja tog roka i koji uprkos tome nije pokrenuo postupak za zaštitu prava prije isticanja tog roka, izuzev ako dokaže da tvrdnje o kršenjima prije tog trenutka objektivno nije bilo moguće utvrditi.

Svrha ovog stanovišta Državne komisije je da se spriječe situacije kada ponuđač, prilikom objavljivanja poziva za javno nadmetanje ili pregledanja tenderske dokumentacije uoči navodno nezakonite odredbe javnog poziva, odnosno postupke naručioca, ali na njih ne reaguje odmah, jer očekuje za sebe povoljan ishod, a prigovor podnese tek nakon objavljivanja odluke o izboru najpovoljnije ponude ili odluke o poništavanju javnog nadmetanja, kada utvrdi da postupak javne nabavke za njega nije povoljno završen.

U skladu sa ovim stanovištem Državne komisije i izgrađenom praksom, biće potrebno, prilikom izrade izmjena i dopuna Zakona o javnim nabavkama, ovu dobru praksu i zakonski normirati.

Imenovanje i sastav članova Komisije za otvaranje i vrjednovanje ponuda

Po nalazu Državne komisije, činjenica da Komisija za otvaranje i vrednovanje ponuda, nije imenovana na način i u sastavu predviđenom Zakonom, predstavlja bitnu povredu postupka javne nabavke, koja taj postupak i odluku donijetu po njemu, čini ništavnim. Naime, u članu 31 Zakona o javnim nabavkama, izričito je predviđeno da „najmanje jedan član Komisije za otvaranje i vrednovanje ponuda je diplomirani pravnik“. Ova zakonska odredba je imperativna po svom karakteru, i svaki obveznik javne nabavke je dužan da je ispoštuje, jer je sastav organa koji vodi postupak javne nabavke bitan preduslov za zakonitost tog postupka.

Posebno ukazujemo na povredu postupka javne nabavke do koje dolazi kada naručilac

za člana Komisije za otvaranje i vrednovanje ponuda imenuje službenika za javne nabavke. Postupanjem na navedeni način dolazi do povrede odredbi o nespojivosti funkcije službenika za javne nabavke i člana Komisije za otvaranje i vrednovanje ponuda. Naime, članom 30 Zakona taksativno su navedeni poslovi koje vrši službenik za javne nabavke u primjeni zakona, a u koje poslove ne spada ovlaštenje za vršenje poslova člana Komisije za otvaranje i vrednovanje ponuda.

Ovlaštenja Komisije za otvaranje i vrednovanje ponuda propisana su članom 31 Zakona. Sa navedenog, nedvosmisljeno proizilazi da službenik za javne nabavke ne može biti imenovan za člana komisije za otvaranje i vrednovanje ponuda, jer bi u tom slučaju došlo do preklapanja nadležnosti.

Pravo podnošenja žalbe u slučaju kada je naručilac djelimično udovoljio zahtjevima iz prigovora

Kao što je već navedeno, žalba može biti izjavljena, tek nakon što je naručilac prigovor odbio, odbacio ili o njemu nije odlučivao. Ovdje se postavlja pitanje, da li ponuđač ima pravo na podnošenje prigovora kada je naručilac djelimično usvojio njegov prigovor, a djelimično ga odbio. U vezi sa ovim, treba istaći da je prilikom davanja odgovora na ovo pitanje ključno postojanje pravnog interesa. Nesumnjivo da ponuđač, čijim je zahtjevima iznijetim u prigovoru jednim dijelom udovoljeno, ima pravni interes za izjavljivanje žalbe u dijelu u kojem je njegov prigovor odbijen od naručioca. U cilju postizanja bolje pravne zaštite, bilo bi razumno eksplicitno navesti u Zakonu da ponuđaču, kome je djelimično udovoljeno po podnijetom prigovoru, ima pravo podnijeti žalbu Državnoj komisiji.

Dostavljanje potvrde umjesto dokaza o podobnosti traženih Zakonom

Naručilac je obavezan da u tekstu javnog poziva i tenderskoj dokumentaciji, kao uslov podobnosti ponudioca zahtijeva dokaz od organa nadležnog za poslove poreza, penzijskog i zdravstvenog osiguranja da je izvršena obaveza plaćanja poreza i doprinosa. Prednji zahtjev naručioca je u skladu sa odredbama člana 45 Zakona, kojim je propisano, pored ostalog, da: ponuđač u postupku nadmetanja mora dokazati da uredno izvršava dospjele obaveze nastale po osnovu poreza i doprinosa.

Državna komisija je u svom radu utvrdila da pojedini ponuđači umjesto dokaza o urednom izmirivanju obaveza po osnovu poreza, uz ponudu prilažu akt Ministarstva finansija, kojim se ponuđaču odobrava isplata plate za određene mjesece u tekućoj godini, uz odloženo plaćanje, na rok od 30 dana od dana isplate plate: dijela poreza na plate koji pripada budžetu Republike, doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje i doprinosa za zdravstveno osiguranje. Prednji akt, po ocjeni Državne komisije, nije valjan dokaz o izmirivanju poreskih obaveza, s obzirom na to da evidenciju o izmirenim obavezama, po

osnovu poreza, vodi i izdaje odgovarajuće dokaze, isključivo Poreska uprava. Naprotiv, iz sadržaja navedenog akta Ministarstva finansija se vidi da ponuđač neuredno izvršava obaveze po osnovu poreza, pa bi prihvatanjem ovog akta taj ponuđač bio favorizovan u odnosu na sve ostale ponuđače. Pored ovoga, navedeni akt se ne odnosi na sve zakonom utvrđene obaveze plaćanja poreza, već isključivo na obavezu plaćanja poreza, po osnovu ličnih dohodaka zaposlenih kod ponuđača.

Konsultacije naručioca sa nadležnim organima država ponuđača, u pogledu dokaza o podobnosti

Naručilac javne nabavke ima pravo da vrši odgovarajuće konsultacije i traži potrebne dokaze od nadležnih organa druge države za ponuđače čije je sjedište u toj državi.

Prema odredbama Zakona o opštem upravnom postupku, čije se odredbe primjenjuju u pogledu pitanja koja nisu Zakonom o javnim nabavkama drukčije uređena, nedvosmisljeno je predviđeno da činjenično stanje, na osnovu kojeg se donosi rješenje, utvrđuje službeno lice koje vodi postupak. To lice određuje koje činjenice treba dokazivati i koje dokaze treba pribaviti. Iz tih odredbi nesumnjivo proizilazi pravo Komisije za otvaranje i vrednovanje ponuda, odnosno naručioca javne nabavke, da zatraži neophodne dokaze, na kojima zasniva donošenje odluke o izboru najpovoljnije ponude. Takvim postupanjem Komisija za otvaranje i vrednovanje ponuda, odnosno naručilac, ne vrše zloupotrebu svog položaja i ne ispoljavaju pristarasnost u sprovođenju postupka javne nabavke, već, po nalogu Državne komisije, postupaju ispravno i na način predviđen zakonom, u utvrđivanju činjeničnog stanja značajnog za donošenje ispravne odluke.

Objektivizacija potkriterijuma

Ukoliko naručilac bira dodatne potkriterijume, mimo potkriterijuma propisanih Zakonom o javnim nabavkama, onda mora imati u vidu da je zabranjeno kao potkriterijum uvoditi uslove za sposobnost ponuđača. Primjenom osnovnih i nedopuštenih dodatnih potkriterijuma izbora najpovoljnije ponude nije moguće objektivno primijeniti materijalne propise Zakona o javnim nabavkama i Zakona o opštem upravnom postupku i zakonito izvršiti izbor najpovoljnije ponude.

Prilikom uvođenja dodatnih potkriterijuma, naručilac mora navesti valjane razloge zbog kojih primjenjuje dodatne potkriterijume, što znači da mora na jasan i transparentan način objasniti zašto uvodi dodatne potkriterijume u izbor najpovoljnije ponude.

Članom 2 Pravilnika o metodologiji iskazivanja kriterijuma u odgovarajući broj bodova, načinu i postupku ocjene i upoređivanja ponuda (Službeni list RCG, br. 71/06), propisano je da: „Primjena kriterijuma ekonomski najpovoljnija ponuda mora biti obra-

zložena, sa stanovišta potrebe za izborom tog kriterijuma i logičke povezanosti tog kriterijuma sa predmetom javne nabavke. Kriterijumi i potkriterijumi moraju biti opisani jasno i razumljivo, tako da svaki ponuđač može razumjeti kriterijume, potkriterijume i metodologiju rada Komisije za otvaranje i vrednovanje ponuda na istovjetan nači“.

Nadalje, članom 17 stav 4 tačka b) istog Pravilnika, propisano je da: „Svaki član Komisije za otvaranje i vrednovanje ponuda će naročito: b) dati pismeno obrazloženje za izvršeni postupak pregleda, ocjene i upoređivanja i dodijeljeni broj bodova, po osnovu svakog kriterijuma i/ili potkriterijuma iz teksta poziva na nadmetanje i tenderske dokumentacije“.

Takođe, članom 70 Zakona, propisano je, pored ostalog da: „zapisnik o pregledu, ocjeni i upoređivanju ponuda sadrži:kriterijume i broj bodova koji je dodijeljen svakom od ponuđača za svaki od utvrđenih kriterijuma i potkriterijuma, sa obrazloženjem za dodijeljeni broj bodova; komparativni prikaz ocjene i analize ponude. Na osnovu zapisnika o pregledu, ocjeni i upoređivanju ponuda Komisija za otvaranje i vrednovanje ponuda sačinjava posebni izvještaj o postupku javne nabavke koji dostavlja odgovornom licu radi donošenja odluke o izboru najpovoljnije ponude“.

Ovlašćenje je naručioca javne nabavke, da, cijeneći karakter i specifičnost svake predmetne nabavke, u pozivu odredi kriterijume i, kada je to primjereno, potkriterijume, na osnovu kojih će izvršiti upoređivanje, vrednovanje i izbor najpovoljnije ponude, vodeći pri tom računa o poštovanju načela konkurentnosti, transparentnosti i ravnopravnosti ponudilaca.

Međutim, u praksi se često dešava da naručilac, u tekstu javnog poziva i tenderskoj dokumentaciji, ne izvrši objektivizaciju utvrđenih potkriterijuma, na način što bi unaprijed naveo metodologiju rada komisije za otvaranje i vrednovanje, prilikom vrednovanja potkriterijuma. Postupanjem na navedeni način, naručilac vrši povredu načela ravnopravnosti ponudilaca, što je utvrđeno odredbama člana 8 Zakona o javnim nabavkama, a što predstavlja osnov za poništenje postupka javne nabavke.

Nenavođenje količina predmeta javne nabavke u tekstu javnog poziva i u tenderskoj dokumentaciji

Naručilac je obavezan da u tekstu javnog poziva na nadmetanje i u tenderskoj dokumentaciji, prilikom opisivanja predmeta javne nabavke, navede i precizne količine predmeta javne nabavke. Ovo iz razloga što samo navođenjem preciznih količina predmeta javne nabavke, ponuđači mogu ravnopravno učestvovati u postupku javne nabavke i formirati cijenu, koja će, u skladu sa zahtjevima naručioca, biti realna i konkurentna.

Naime, ukoliko naručilac u tekstu javnog poziva i tenderskoj dokumentaciji ne navede

količine traženog materijala, koji čini predmet javne nabavke, na taj način bi izvršio povredu načela ravnopravnosti ponuđača, s obzirom na to da bi, u tom slučaju, ponuđioci dostavili različite količine predmeta javne nabavke, što bi bitno uticalo na visinu ponuđene jedinične cijene, kao i na dovođenja pojedinih ponuđača u neravnopravan položaj, s obzirom na to da naručilac nije unaprijed, na jasan i nedvosmlen način, definisao tražene količine predmeta javne nabavke. Naime, naručilac je dužan, u skladu sa odredbama člana 29 stav 1 Zakona o javnim nabavkama, da: „predmet javne nabavke odredi i opiše jasno, razumljivo i nedvosmisleno, tako da svi ponuđači mogu ponuditi odgovarajuću robu, usluge i radove, po vrsti, kvalitetu, cijenu, kao i po drugim potrebnim svojstvima i uslovima“.

■ IZVJEŠTAJ NARUČIOCA O REALIZACIJI NALOGA SADRŽANIH U RJEŠENJU DRŽAVNE KOMISIJE

Poseban institut, u cilju kontrole izvršenja rješenja Državne komisije, predviđen je u članu 101 st. 5 i 6 Zakona o javnim nabavkama, kojim je propisano da „Državna komisija može da zahtijeva od naručioca da joj podnese izvještaj o realizaciji naloga sadržanih u rješenju.

Ako Državna komisija utvrdi da naručilac nije sproveo njeno rješenje donijeto po žalbi i prijavljenom slučaju nepravilnosti, obavijestice o tome vladu, odnosno nadležni organ jedinice lokalne samouprave i predložiti pokretanje postupka odgovornosti. Naručilac je obavezan da izvještaj o realizaciji naloga sadržanih u rješenju podnese Državnoj komisiji u roku koji je naznačen u zahtjevu za podnošenje izvještaja.

Ako Državna komisija utvrdi da u izvještaju nije iskazano ukidanje nepravilnosti, tj. izvršavanje naloga Državne komisije ili u slučaju da izvještaj ne podnese, Državna komisija o tome obavještava vladu, odnosno nadležni organ jedinice lokalne samouprave i predlaže, u skladu sa Zakonom, pokretanje postupka odgovornosti.

■ KAZNENE ODREDBE

Zakon o javnim nabavkama (čl. 103 i 104) sadrži i kaznene odredbe, kojima se nepoštovanje nekih zahtjeva Zakona sankcioniše.

Novčanom kaznom od tridesetostrukog do dvjestostrukog iznosa minimalne zarade u Republici kazniće se za prekršaj pravno lice - naručilac, ako:

- 1) ne zaštiti podatke navedene u ponudi saglasno odgovarajućem stepenu povjerljivosti (član 10);
- 2) dodijeli ugovor o javnoj nabavci bez prethodno sprovedenog postupka propisanog ovim zakonom (član 18);

- 3) dijeli predmet nabavke koja predstavlja jedinstvenu cijelinu, s namjerom izbjegavanja primjene ovog zakona i propisanog postupka nabavke (član 32 stav 2);
- 4) ne objavi prethodni raspis, poziv za javno nadmetanje, oglas i odluku o dodjeli ugovora na način propisan ovim zakonom (čl. 33, 34, 35 i 36);
- 5) ne dostavi tendersku dokumentaciju svima koji su je tražili, u skladu sa javnim pozivom (član 41);
- 6) u pozivu za nadmetanje predvidi uslove za učestvovanje i kriterijume koji nisu u saglasnosti s ovim zakonom ili promijeni uslove i kriterijume pošto je javni poziv objavljen i oglašen, a da o tome ne obavijesti ponudioce (čl. 66 i 45-51);
- 7) u pozivu za nadmetanje ne odredi rok, način dostavljanja ponuda, mjesto i vrijeme javnog otvaranja ponuda (član 62);
- 8) sprovede postupak javne nabavke male vrijednosti (šoping metodu) suprotno članu 77 ovog zakona;
- 9) ne vodi evidenciju ili ne čuva dokumentaciju o javnoj nabavci (čl. 84 stav 1 i 85);
- 10) ne dostavi podatke o sprovedenim postupcima javnih nabavki u predviđenom roku nadležnom organu uprave (član 84 stav 3);
- 11) zaključi ugovor o javnoj nabavci prije isteka roka za podnošenje zahtjeva za zaštitu prava iz člana 88 ovog Zakona;
- 12) postupi protivno članu 89 ovog Zakona o zadržavanju postupka u slučaju podnjetog zahtjeva za zaštitu prava;
- 13) ne dostavi dokumentaciju iz člana 99 ovog Zakona;
- 14) ne izvrši, u predviđenom roku, odluku Državne komisije iz člana 101 ovog Zakona.

Za navedene prekršaje, shodno citiranoj zakonskoj odredbi, kazniće se i odgovorno lice naručioca novčanom kaznom od petostrukog do dvadesetostrukog iznosa minimalne zarade u Republici.

Novčanom kaznom od tridesetostrukog do dvjestostrukog iznosa minimalne zarade u Republici kazniće se za prekršaj pravno lice - ponuđač, ako:

- 1) daje netačne podatke u pogledu stručno-tehničke i kadrovske osposobljenosti (član 49);
- 2) ne obavijesti naručioca o promjeni podataka (član 51).

Za navedene prekršaje, kazniće se i odgovorno lice ponuđača od petostrukog do dvadesetostrukog iznosa minimalne zarade u Republici.

Takođe, za navedene prekršaje, kazniće se i fizičko lice, kao ponuđač, novčanom kaznom od petostrukog do dvanaestostrukog iznosa minimalne zarade u Republici.

■ MOGUĆI BUDUĆI RAZVOJ

U vremenu koje slijedi, vjerujem da će jedno od najznačajnijih pitanja u oblasti javnih nabavki biti kako Državnoj komisiji obezbijediti status suda ili tribunala u smislu člana 234 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice.

Sud Evropske zajednice propisao je da se određenoj instituciji priznaje status suda ili tribunala nakon što pozitivno odgovori na svih šest postavljanih pitanja:

- je li tijelo osnovano zakonom,
- je li tijelo stalne prirode,
- jesu li njegove odluke obavezujuće,
- odvija li se postupak inter partes,
- odlučuje li tijelo na osnovu pravnih pravila,
- je li tijelo nezavisno.

Na pitanje da li je tijelo nezavisno, Sud je odgovorio argumentima da zakon nalaže izričitu nezavisnost tijela i nezavisnost članova, kao i njihovu povezanost isključivo sa zakonom.

Odluku o priznavanju statusa suda ili tribunala prima facie državnom nadzornom tijelu Sud je potvrdio u slučaju C 103/97, Josef Kollenspenger GmbH & Co. Kg Atzwanger AG protiv Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwas, kad je odlučivao o statusu Uprave za javne nabavke pokrajine. Naime, u tom predmetu, ključno pitanje je bilo ima li Uprava za javne nabavke pokrajine Tirol status suda ili tribunala u smislu odredbe člana 234. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice. Kao što je to bilo i u navedenom slučaju, Sud je zahtijevao, odnosno odredio šest pretpostavki, koje treba da budu kumulativno ispunjene u cjelosti da bi jedno tijelo bilo priznato kao sud ili tribunal:

- je li tijelo osnovano zakonom,
- je li tijelo stalne prirode,
- jesu li njegove odluke obavezujuće,
- odvija li se postupak inter partes,
- odlučuje li tijelo na osnovu pravnih pravila,
- je li tijelo nezavisno.

Sud je nesporno zaključio da to tijelo ispunjava prvih 5 zahtjeva. Međutim, nezavisnost tijela ocjenjivao je polazeći od sljedećeg stanovišta:

- nemogućnosti smjenjivanja njegovih članova,
- izričite zabrane davanja uputstava članovima.

Iz navedenog možemo zaključiti da Državna komisija ispunjava skore sve uslove za sud ili tribunal po pravu Evropske unije, a u vezi ostalih uslova trebalo bi iskoristiti prve izmjene i dopune Zakona o javnim nabavkama.

Takođe, očekujemo da će sa prvim izmjenama i dopunama Zakona o javnim nabavkama doći i do izmjene rokova za podnošenje prigovora i žalbe i usaglašavanja dužine ovih rokova sa Direktivama Evropske unije, kojima je propisao da ovi rokovi iznose 10 dana.

Ističemo da prva obaveza, zapisana u direktivama pravne zaštite, zahtijeva intervenciju tokom samog postupka i to s mogućnošću donošenja privremenih mjera sprečavanja za otklanjanje navodnog kršenja ili sprečavanje daljnog nanošenja štete stranci čim je to moguće (privremene mjere), uključujući zaustavljanje ili garanciju zaustavljanja postupka javne nabavke ili ostvarivanja bilo koje odluke naručioca (član 2 tačka 1a Direktiva). Mogućnost izdavanja privremenih mjera antipod je odredbi člana 3 tačka 2 obje Direktive, prema kojima države imaju mogućnost regulisanja pravne zaštite na takav način da pokrenuti postupak pravne zaštite nema suspenzivno dejstvo. Intervencija tokom samog postupka javne nabavke važan je instrument ponajprije onda kad pravna pravila ne omogućavaju poništavanje već sklopljenog ugovora (mjera br. 2) i kad visina odštete ne daje odgovarajuću zadovoljenje (mjera br. 3). Direktive državama članicama daju mogućnost da same predvide odgovarajuće mjere i odrede koje je tijelo mjerodavno za odlučivanje o privremenim mjerama. Ističe se samo značenje upozoravanja i trenutnog djelovanja u slučaju kršenja. Direktive, prije svega, žele osigurati djelotvoran postupak pravne zaštite. Uzeta je u obzir mogućnost da bi, u slučaju kršenja i djelovanja u vezi s kršenjem, mogla nastati neuporedivo veća šteta nego u slučaju ostvarivanja odluke donesene nasuprot pravilima, čime se javni interes stavlja iznad privatnog. U slučajevima kada bi štetne posljedice takvog postupanja bile veće od koristi, pravila dopuštaju da se mjera ukidanja kršenja ne sprovede. Takvo rješenje uzima u obzir suprotstavljene interese postupaka javne nabavke i u izuzetnom slučaju zaštitu ponuđača podredi djelotvornosti konkretnog postupka javne nabavke. Privremenim mjerama izbjegavamo nepopravljiv položaj i omogućavamo trenutno popravljavanje grešaka. Tako će, pored odloženog zadovoljavanja javnog interesa, u slučaju ponavljanja postupka javne nabavke, biti kažnjeni i drugi, bona fides ponuđači koji će zbog novog postupka imati dvostruke troškove. Kasnijim posezanjem u već sklopljeni ugovor, negativne posljedice poništavanja ugovora nije moguće izbjeći.

Osim toga potrebno je dodati, da se žalba može uložiti i u slučaju odbacivanja prigovora, a to bi trebalo jasnije zapisati i u ZJN (ne samo u Poslovniku) dužnost naručioca, da u primjeru uložene žalbe Državnoj komisiji, odmah dostavi svu dokumentaciju koja se nanosi na postupak javne nabavke u kojem je u toku žalbeni postupak. Potrebno je urediti i mogućnost ulaganja odgovora na žalbu.

■ SUDSKA ZAŠTITA

Sudska zaštita prava pruža se predmetima iz javne nabavke u upravno-sudskom sporu, sporovima za naknadu pričinjene štete, u prekršajnim predmetima, kao i u potencijalno ustavno-sudskim sporovima.

Sudska zaštita prava iz postupka javne nabavke u upravno-sudskom sporu

Sudska zaštita prava iz postupka javne nabavke, obezbijedena je, u skladu sa Zakonom o javnim nabavkama i Zakonom o upravnom sporu, u upravnom sporu. U upravnom sporu, sud odlučuje o zakonitosti upravnog akta i zakonitosti drugog pojedinačnog akta, kada je to zakonom određeno. Upravni akt, u smislu ovog zakona, akt je kojim državni organ, organ lokalne samouprave, kao i ustanova i drugo pravno lice u vršenju javnih ovlašćenja odlučuje u upravnim stvarima, obavezama ili pravnim interesima fizičkog ili pravnog lica.

Pravo pokretanja upravnog spora ima fizičko ili pravno lice, ako smatra da mu je upravnim ili drugim aktom povrijeđeno neko pravo ili na zakonu zasnovan interes. Nadalje, državni organ, organizacija, naselje, grupa lica i dr. koji nemaju svojstvo pravnog lica mogu pokrenuti upravni spor, ako mogu biti nosioci prava i obaveza o kojima se rješavalo u upravnom ili drugom postupku.

Zakonom o upravnom sporu je, takođe, propisano da ako je upravnim ili drugim aktom povrijeđen zakon u korist fizičkog lica, pravnog lica ili druge stranke, upravni spor može pokrenuti državni tužilac ili drugi nadležni organ. Takođe, upravni spor može pokrenuti državni tužilac ili drugi nadležni organ kad je upravnim ili drugim aktom povrijeđen zakon na štetu države, jedinice lokalne samouprave, ustanove ili drugog pravnog lica.

Shodno članu 102 Zakona o javnim nabavkama, protiv konačnog rješenja Državne komisije, moguće je, radi utvrđivanja njegove zakonitosti, pokrenuti upravni spor pred Upravnim sudom Crne Gore, u roku od 30 dana od dana dostavljanja odluke. Takođe, ako Državna komisija nije u zakonom propisanom roku od 25 dana donijela odluku po žalbi, a ne donese je ni u daljem roku od sedam dana, po ponovljenom traženju, stranka može pokrenuti upravni spor, kao da joj je žalba odbijena. U tom postupku se ocjenjuje zakonitost odluke Državne komisije. Praktično sva pravna pitanja mogu biti predmet sudske kontrole, bez obzira da li se radi o onima koja se tiču pripreme i dokumentacije javne nabavke, objavljivanja javnog poziva, kriterijuma i potkriterijuma za izbor najpovoljnije ponude, dokaza o sposobnosti, tehničke specifikacije, primjene pravila izbora koja je propisao naručilac, ili pak primjene materijalnog prava u vezi sa Zakonom o javnim nabavkama i primjene procesnih pravila.

Odluka Državne komisije (rješenje ili zaključak), može se pobijati zbog povrede pravila postupka, zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja i zbog pogrešne primjene materijalnog prava. Važno je ukazati da nema nepravilne primjene propisa ako je nadležni organ rješavao po slobodnoj ocjeni, na osnovu i u granicama ovlašćenja koje mu je dato po propisima i u skladu sa ciljem u kome je ovlašćenje dato.

Tužba, po pravilu, ne sprečava izvršenje odluke Državne komisije. Međutim, po zahtjevu tužioca, organ čiji se akt izvršava, odnosno organ nadležan za izvršenje, ako je u pitanju akt organizacije koja nije ovlaštena za izvršenje, odložiće izvršenje do pravosnažnosti sudske odluke, ako bi izvršenje nanijelo štetu tužiocu, koja bi se teško mogla nadoknaditi, a odlaganje nije protivno javnom interesu, niti bi se odlaganjem nanijela veća nenaknadiva šteta protivnoj stranci. Uz zahtjev za odlaganje, mora se priložiti dokaz o podnijetoj tužbi. Po zahtjevu, nadležni organ mora donijeti rješenje najkasnije u roku od tri dana od dana prijema zahtjeva.

O tužbi odlučuje Upravni sud, u vijeću od trojice sudija.

U tužbi se mora navesti ime i prezime, zanimanje, mjesto i adresa stanovanja, odnosno naziv i sjedište tužioca, akt protiv koga je tužba upravljena, zbog čega se tužba podnosi, kao i u kom pravcu i obimu se predlaže poništavanje akta. Uz tužbu se mora podnijeti original ili ovjereni prepis akta protiv koga se tužba podnosi, kao i po jedan prepis tužbe i priloga za tuženi organ i za svako zainteresovano lice, ako takvih ima.

Tužilac može odustati od tužbe sve do donošenja odluke Upravnog suda, u kom slučaju sud rješenjem obustavlja postupak.

Upravni sud će rješenjem odbaciti tužbu ako utvrdi:

- da je tužba neblagovremena ili podnijeta prije vremena,
- da akt koji se tužbom osporava nije upravni ili drugi akt,
- da je očigledno da se upravnim ili drugim aktom koji se tužbom osporava ne dira u pravo tužioca ili njegov na zakonu zasnovani interes,
- da se protiv upravnog ili drugog akta koji se tužbom osporava mogla izjaviti žalba, pa nije uopšte ili nije blagovremeno izjavljena,
- da već postoji pravosnažna sudska odluka donesena u upravnom ili drugom sporu u istoj stvari.

U upravnim sporovima, Upravni sud rješava:

- na usmenoj raspravi, ako to stranka zahtijeva u tužbi ili odgovoru na tužbu ili
- na sjednici koja nije javna, ako u pripremnom postupku utvrdi da je činjenično stanje u upravnom ili drugom postupku pravilno i potpuno utvrđeno, odnosno da nije sporno.

Zakonitost osporenog upravnog i drugog akta Upravni sud ispituje u granicama zahtjeva iz tužbe, ali pri tom nije vezan razlozima tužbe. Na ništavnost akta, Upravni sud pazi po službenoj dužnosti.

Presudom se tužba usvaja ili odbija kao neosnovana. Ako se tužba usvaja, Upravni sud poništava osporeni akt.

Kad nađe da osporeni akt treba poništiti, Upravni sud može, ako priroda stvari to dozvoljava i ako utvrđeno činjenično stanje pruža pouzdan osnov za to, presudom riješiti stvar. Takva presuda u svemu zamjenjuje poništeni akt.

Presudom, kojom se osporeni akt poništava, Upravni sud će odlučiti i o zahtjevu tužioca za povraćaj stvari, odnosno naknadu štete, ako utvrđeno činjenično stanje pruža pouzdan osnov za to. U protivnom, sud će uputiti tužioca da svoj zahtjev ostvaruje u parnici.

Protiv pravosnažne odluke Upravnog suda, mogu se podnijeti vanredni pravni lijekovi:

- zahtjev za vanredno preispitivanje sudske odluke i
- zahtjev za ponavljanje postupka.

O vanrednim pravnim lijekovima sud odlučuje, po pravilu, na nejavnoj sjednici.

Sudska zaštita prava na naknadu štete iz postupka javne nabavke

Šteta u javnoj nabavci može biti pričinjena kao povreda postojeće ugovorne obaveze ili kao deliktna, vanugovorna.

Na odnos naknade štete u javnoj nabavci primjenjuju se opšte pretpostavke za naknadu štete. Oštećeni, dakle, treba da dokaže štetu, koja može biti izmakla korist ili/i stvarna šteta, protivpravna radnja štetnika, uzročno-posljedična veza između radnje i posljedice, štete, osobe štetnika. Na takve sporove, u materijalno-pravnom smislu, primjenjuju se odredbe Zakona o obligacionim odnosima, dok se postupak, nadležnost suda, mjesna i stvarna nadležnost, određuju prema opštim propisima. Naravno da je za početak spora o naknadi štete predhodno potrebno pravosnažno dovršiti postupak kontrole zakonitosti javne nabavke, jer u tom postupku treba utvrditi činjenice (prethodno pitanje) o zakonitosti postupanja naručioca, kao pretpostavke za vanugovorne obaveze naknade štete.

Tužba za naknadu štete može se podnijeti sudu unutar zastarnog roka.

Sudska zaštita prava uređenih krivičnim i prekršajnim zakonodavstvom

Izvan i osim onoga što je već spomenuto, zaštita prava i javnog interesa, koje se u javnoj nabavci štite i procesuiraju odredbama prekršajnog i krivičnog zakonodavstva obavlja se učešćem Direkcije za javne nabavke, Državne revizorske institucije, državnog tužioca, sudova i prekršajnih sudova.

Ovdje se, u načelu, ne radi o zaštiti pojedinačnih subjektivnih prava, već o javnim, temeljnim vrijednostima čija je zaštita osigurana u krivičnom zakonodavstvu.

Naknada štete i izmakla dobit

Prema članu 155 Zakona o obligacionim odnosima, šteta je umanjene nečije imovine (obična šteta) i sprečavanje njenog povećavanja (izmakla korist), kao i nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha (nematerijalna šteta).

Po članu 189 Zakona o obligacionim odnosima, oštećenik ima pravo kako na naknadu obične štete, tako i na naknadu izmakle koristi. Visina naknade štete određuje se prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke, izuzev slučaju kada zakon naređuje što drugo, a pri ocjeni visine izmakle koristi uzima se u obzir dobitak koji se mogao osnovano očekivati prema redovnom toku stvari ili prema posebnim okolnostima, a čije je ostvarenje spriječeno štetnikovom radnjom ili propuštanjem.

Zakon o obligacionim odnosima govori i o potpunoj naknadi, pa, u tom slučaju, sud će, uzimajući u obzir i okolnosti koje su nastupile poslije prouzrokovanja štete, dosuditi naknadu u iznosu koji je potreban da se oštećenikova materijalna situacija dovede u ono stanje u kojem bi se nalazila da nije bilo štetne radnje ili propuštanja, ali i o sniženju naknade, te sud može, vodeći računa o materijalnom stanju oštećenika, osuditi odgovorno lice da isplati manju naknadu nego što iznosi šteta, ako ona nije prouzrokovana ni namjerno ni krajnjom nepažnjom, kao i o podijeljenoj odgovornosti, pa oštećenik koji je doprinio da šteta nastane ili da bude veća nego što bi inače bila, ima pravo samo na srazmjerno smanjenu naknadu.

Pri dosuđenju prava na naknadu štete u vidu izmakle koristi, nastale zbog povrede ugovorne obaveze, mora se imati u vidu da se ovo pravo može ostvariti samo u slučaju postojanja uslova propisanih odredbom člana 266 stav 1 u vezi sa članom 202 stav 2 Zakona o obligacionim odnosima, a saglasno tim zakonskim odredbama, ostvarivanje prava na naknadu izmakle koristi, uslovljeno je postojanjem činjenica koje su bile poznate ili su morale biti poznate dužniku, na osnovu kojih je u vrijeme zaključenja ugovora morao predvidjeti, kao moguću posljedicu povrede ugovora i nastanak takve štete. Ovo nedvosmisleno ukazuje na to da će se pitanje osnovanosti zahtjeva za naknadu izmakle dobiti cijeniti na osnovu postojanja činjenica koje su u vrijeme zaključenja ugovora bile poznate, ili morale biti poznate dužniku. Pored toga, postojanje takvih činjenica je, u vrijeme zaključivanja ugovora, moralo upućivati na to da će se u slučaju povrede obaveza, povjerilac – ponuđač, lišiti mogućnosti ostvarenja dobiti, koju bi u redovnom toku stvari, ili prema posebnim okolnostima, svakako ostvario prodajom robe ili uopšte izvršenjem ugovora koji je bio predmet javne nabavke.

Prema tome, povjerilac, kao ponuđač, bi mogao ostvariti izmaklu dobit samo u slučaju dokazanog postojanja činjenica na osnovu kojih je još u vrijeme zaključenja ugovora dužnik, odnosno naručilac, morao predvidjeti takvu štetu kao moguću posljedicu povrede ugovora.

U praksi se može pojaviti situacija da se u sudski postupak uvede i Direkcija za javne nabavke, kao državni organ, jer, prema članu 172 stav 1 Zakona o obligacionim odnosima, za štetu koju organ države prouzrokuje trećem licu u vršenju ili u vezi sa vršenjem svoje funkcije, odgovara država.

Ako je Zakonom o javnim nabavkama propisano da zaštitu prava ponuđača i javnog interesa, u svim fazama postupka javne nabavke, obezbjeđuje Komisija, slijedi da su Direkcija za javne nabavke i Komisija za kontrolu postupka javnih nabavki subjekti koji imaju mehanizam da do štete ne dođe, te se postavlja pitanje njihove odgovornosti, ukoliko je evidentno zaključen štetan ugovor, pri čemu je svejedno da li je bilo ili ne postupka kontrole. Odgovornost ovih organa je objektivna.

Ovo se posebno apostrofiruje, jer se radi o uvođenju pojma zaštite javnog interesa i sa tog aspekta, ako je Državnoj komisiji, odnosno Direkciji za javne nabavke, data mogućnost da podnese zahtjev za zaštitu javnog interesa, a Zakonom je propisano da Direkcija za javne nabavke može zatražiti od svakog naručioca izvještaj o svakom pojedinačnom ugovoru dodijeljenom u postupku javne nabavke, sa dodatnim informacijama, ako je to neophodno zbog vođenja evidencije podataka u oblasti javnih nabavki, odnosno zbog zaštite javnog interesa, onda se i upravo postavlja pitanje odgovornosti, ako se ne reaguje na evidentno štetan ugovor.

Ukazujući na ovaj aspekt, isključivo radi predupređenja mogućih sporova i prevanjanja štete na državu, kao mogući odgovor, nudi se da se ili prije zaključivanja ugovora izvrši njegova kontrola ili pak ovlašćenja Direkcija za javne nabavke da može pokrenuti spor radi poništavanja ugovora, a u okviru zaštite javnih interesa.

Treba navesti i to da se u praksi sudova javljaju i tužbe u kojima je predmet tužbenog zahtjeva naknada štete zbog neizvršenja već zaključenih ugovora.

Dakle, radi se o situaciji u kojoj su, pri zaključivanju ugovora, poštovana sva načela postupka propisana Zakonom o javnim nabavkama, ali da je spornost nastala prilikom realizacije ugovora. Najčešće se radi o nekvalitetno izvedenim radovima, pruženim uslugama i neadekvatno isporučenoj opremi, šteti nastaloj zbog propuštanja rokova i sl.

Međutim, uočena je, kao sporna, i situacija u kojoj nije došlo do blagovremenog prenosa sredstava sa naručioca na ponuđača, iako je ugovor blagovremeno izvršen i gdje se, kao razlog za ovo zakašnjenje, pojavljuje neblagovremeni prenos sredstava iz budžeta, što prouzrokuje neblagovremenu isplatu po ugovoru. Ovakva kašnjenje dužnika, budžetskog korisnika, koja nije izazvana, uslovno rečeno, njegovom voljom, kao dalju posljedicu ima osnovanost zahtjeva za kamatu, shodno članu 277 Zakona o obligacionim odnosi-

ma. Ovo dalje znači da se ova kamata, kao šteta, ponovo prevaljuje na teret budžeta, jer se presudom obavezuje upravo budžetski korisnik. Naravno, sve se to uvećava i za troškove vođenja sudskog postupka.

**Član 3 Zakona o upravnom sporu
(Službeni list RCG, br. 60/03)**

Organ koji je donio prvostepeno rješenje nije legitiman za pokretanje upravnog spora protiv rješenja drugostepenog organa donijetog po žalbi.

Organ koji je donio prvostepeno rješenje, ne spada u krug lica iz čl. 3 Zakona o upravnom sporu, koja imaju pravo pokretanja upravnog spora protiv rješenja drugostepenog organa donijetog po žalbi.

Kada drugostepeni organ poništi prvostepeno rješenje, prvostepeni organ je dužan da postupi po čl. 237 st. 2 Zakona o opštem upravnom postupku, pa je očigledno da se osporenim rješenjem ne dira u pravo ili na zakonu zasnovani interes tog organa.

(Upravni sud RCG br. 124/2005 od 10. 02. 2005. godine)

**Član 6 st. 1 tač. 2 i član 5 Zakona o javnim nabavkama
(Službeni list RCG, br. 40/2001)**

**Član 141. Zakona o opštem upravnom postupku
(Službeni list RCG, br. 60/03)**

Za prekid postupka javnog nadmetanja treba da budu ispunjeni uslovi propisani Zakonom o opštem upravnom postupku, o čemu se moraju obavijestiti svi ponuđači.

Po ocjeni Suda, u obrazloženju osporenog rješenja, u skladu sa članom 203 stav 2 Zakona o opštem upravnom postupku, dato je činjenično stanje, utvrđeno u postupku ispitivanja navoda žalbe, odgovarajući materijalni propis i razlozi koji, s obzirom na utvrđeno činjenično stanje, upućuju na rješenje, kakvo je dato u dispozitivu. S toga je tuženi donio pravilno rješenje u skladu sa ovlašćenjima iz člana 63 stav 1 tačka 2 Zakona o javnim nabavkama.

Iz spisa predmeta se utvrđuje da je nakon izjavljene pritužbe od strane tužioca protiv odluke Komisije za vrednovanje Javnog preduzeća za upravljanje morskim dobrom Crne Gore, naručilac poslao donio rješenje, kojim je prekinut postupak izbora najpovoljnije ponude za predmetnu lokaciju po pozivu za nadmetanje od 26. 02. 2004. godine.

Tužena je osporenim rješenjem uvažila žalbu tužioca, jer je našla da Zakon o javnim nabavkama ne poznaje institut „prekida postupka“ i da se postupak mora sprovesti po propisanoj proceduri Zakona o javnim nabavkama i da ne stoji nijedan od uslova propisanih članom 141 Zakona o opštem upravnom postupku.

Nadalje, osporenim rješenjem utvrđeno je da je donošenjem prvostepenog rješenja povrijeđen princip ravnopravnosti svih učesnika u postupku – član 5 Zakona o javnim nabavkama, jer o prekidu postupka nisu obaviješteni drugi ponuđači, zbog čega im je uskraćena mogućnost podnošenja žalbe, favorizujući takvim postupanjem samo tužioca, kao podnosioca žalbe.

(Upravni sud RCG br. 1141/2004 od 06. 04. 2006. godine)

**Član 3. Zakona o upravnom sporu
(Službeni list RCG, br. 60/03)**

Tužilac nema aktivnu legitimaciju za vođenje upravnog spora za ocjenu zakonitosti odluke Komisije za sprovođenje javnog nadmetanja, kada je odustao od učešća u postupku javnog nadmetanja.

Naime, uvidom u Zapisnik o otvaranju ponuda broj 0201-1551 od 29. 05. 2006. godine, koji je sačinila Komisija za otvaranje ponuda po javnom pozivu broj 01/06 – segment br. 7, nesumnjivo se utvrđuje da je tužilac, prije otvaranja ponuda, odustao od ponude, a što je konstatovano i osporenim odlukom.

Odredbama člana 3 stav 1 Zakona o upravnom sporu, propisano je da pravo pokretanja upravnog spora ima fizičko ili pravno lice, ako smatra da mu je upravnim ili drugim aktom, povrijeđeno neko pravo ili na zakonu zasnovani interes, a članom 22 stav 1 tačka 3 istog zakona, da će Sud tužbu odbaciti, ako je očigledno da se upravnim ili drugim aktom, koji se tužbom osporava, ne dira u pravo tužioca ili u njegov, na zakonu zasnovan, interes.

S obzirom na to da je tužilac svojevrijedno odustao od učešća u postupku javnog nadmetanja, to je očigledno da osporenim odlukom ne mogu biti povrijeđena njegova prava, ni njegov, na zakonu zasnovani interes, pa je tužbu valjalo odbaciti.

(Upravni sud RCG br. 1038/2006 od 19. 10. 2006. godine)

KOMPARATIVNO UREĐENJE JAVNE NABAVKE U DRŽAVAMA BIVŠE JUGOSLAVIJE

SLOVENIJA

UVOD

Svaka država, na nacionalnoj nivou, sama određuje sadržaj pravne zaštite postupaka javne nabavke ali je za države članice Evropske zajednice ta autonomija jako ograničena njenim pravilima, s tim što država uvijek može donijeti takav sistem pravne zaštite koji premašuje minimalne zahtjeve (minimalni prag Direktiva) pravne zaštite. Tako je Državni zbor Republike Slovenije 1999. godine, u sklopu preuzimanja pravnog poretka Zajednica o javnim nabavama, usvojio Zakon o reviziji postupaka javne nabavke (Uradni list RS, br. 90/99, u daljem tekstu: ZRPJN), koji je od 2002. do 2007. godine svake godine bio predmet izmjena i dopuna.

Među razlozima za donošenje propisa na prvom se mjestu nalazi zahtjev za harmonizacijom tog dijela pravnog poretka s *acquis communautaire* odnosno implementiranjem obje direktive pravne zaštite koje su predstavljene u gornjem dijelu teksta. U vezi sa predstavljanjem ZRPJN, a s obzirom na navedeno, treba podsjetiti kako je to regulisano direktivama pravne zaštite i pri tom posebno istaknuti stajalište Suda Evropskih zajednica prema kojem treba nacionalno zakonodavstvo, na područjima na kojima je evropsko pravo već implementirano u nacionalno zakonodavstvo, interpretirati u skladu sa evropskim pravuom premda takva interpretacija odstupa od klasičnih argumenata interpretacije nacionalnog prava (slučaj 14/83, *S. von Colson and E. Kamann v. Land Nordrhein-Westphalen*). Na području javnih nabavki strože je stajalište zauzeo Sud EZ, u slučaju C-15/04, *Koppensteiner GmbH protiv Bundesimmobiliengesellschaft GmbH*.

SADRŽAJ ZAKONA

Član 1. ZRPJN reguliše pravnu zaštitu ponuđača i javnog interesa u postupku javne nabavke koja se provodi revizijom postupaka javne nabavke određenih propisima o javnim nabavkama, određuje organe mjerodavne za zaštitu prava ponuđača i javnog interesa te postupak revizije temeljem ovog zakona. U skladu sa ZRPJN pravna se zaštita učesnicima postupaka javne nabavke osigurava revizijom postupaka javne nabavke, povratom štete, pomirbenim postupkom i pregledom postupka javne nabavke (postupak izdavanja potvrda). Postupak revizije postupka javne nabavke, kao najvažniji oblik pravne zaštite, pokreće aktivno legitimisana osoba podnošenjem zahtjeva za reviziju kad smatra da je naručilac tokom postupka javne nabavke kršio pravila javne nabavke. Riječ

je o sporu oko zakonitosti postupka davanja ponude javne nabavke između naručioca i (potencijalnog) ponuđača o kojem (u pravilu) odlučuje Državna revizijska komisija.

Postupkom revizije ponudiocima se osigurava pravna zaštita u postupcima davanja ponude javne nabave. Uslijed toga za svaki postupak javnog nadmetanja treba rasuditi jesu li ispunjeni uslovi za odlučivanje, o čemu je Državna revizijska komisija rasuđivala u slučaju 018-136/01.

Jedina je normativna razlika između slučajeva kad je predmet revizije javna nabavka koju naručilac mora objaviti u Službenom listu EU i drugih (po vrijednosti manjih) javnih nabavki u tome što u prvom slučaju o zahtjevu za reviziju odlučuje tročlani senat Državne revizorske komisije koji, osim toga, odlučuje i o zahtjevnijim slučajevima, a u drugom slučaju odlučuje pojedini član Državne revizorske komisije (član 18. stavak 2. ZRPJN).

Pravna zaštita se temelji na četiri načela: zakonitosti, brzini, pristupačnosti i djelotvornosti (član 3. stavak 1. ZRPJN). Sadržaj načela zakonitosti ZRPJN okvirno određuje da sudionici postupka revizije tokom trajanja postupka moraju postupati u skladu sa propisima koji su na snazi tokom postupka davanja ponude javne nabavke. Načelo brzine objašnjeno je u članu 3 stav 2 ZRPJN tako da sve stranke i tijela u postupku moraju stremiti za što bržim rješavanjem spora koji proizlazi iz postupka davanja ponude javne nabavke. Za objašnjenje načela pristupačnosti i djelotvornosti primarno je namijenjen član 3 stav 4 ZRPJN, koji glasi: „Svakom ko je zainteresovan za dodjeljivanje javne nabavke mora biti, pod jednakim uslovima, dostupna pravna zaštita, kojom se štite interesi garantovani propisima koji regulišu davanje ponuda javne nabavke i drugim propisima, a koja mora jačati povjerenje javnosti u rad države i njenih tijela.“. Načelo pristupačnosti posebno konkretizovano u članu 9 ZRPJN uz široko priznavanje aktivne legitimacije u postupku revizije, a načelo je djelotvornosti osigurano ovlašćenjima Državne revizorske komisije u svim fazama postupka davanja ponude javne nabavke i istovremenu mogućnost ostvarivanja zahtjeva za naknadu štete prema odluci Državne revizorske komisije.

Državna revizijska komisija za reviziju postupaka javne nabavke (u daljnjem tekstu: Državna revizijska komisija), čiji je zadatak osiguravanje pravne zaštite ponuđača u svim fazama postupaka javne nabavke, posebno je, samostalno i nezavisno državno tijelo za nadzor zakonitosti postupaka javne nabavke. Među razlozima da se ZRPJN-om detaljnije opredijeli status, mjerodavnost i djelovanje tog organa bio je i zahtjev za usklađivanjem s direktivama pravne zaštite. Što se mjerodavnosti Državne revizorske komisije tiče na ovom mjestu treba istaknuti samo to da Državna revizijska komisija odlučuje o zahtjevu (samom) za reviziju, a ne o naručiočevom odlučivanju o zahtjevu te da pri odlučivanju ima samo kasaciona ovlašćenja. Tako da u slučaju utvrđenog kršenja ne može odlučivati umjesto naručioca (npr. o izboru ponuđača).

Inače, zahtjev za reviziju može se podnijeti u svim fazama postupka javne nabavke i protiv svakog postupka naručioca, izuzev ako zakonom nije određeno drugačije. Nakon odluke o dodjeli nabave, rok za podnošenje zahtjeva za reviziju je 10 dana po primanju obaviještenja o dodjeli nabavke, odnosno priznavanju sposobnosti. Rok je prekluzivan. Zakon nadalje traži da se zahtjev podnosi naručiocu i pri tom određuje obavezne elemente zahtjeva. Podneseni zahtjev za reviziju više nema ex lege suspenzivnog dejstva.

Naručilac o zahtjevu za reviziju odlučuje (ako su za meritorno odlučivanje ispunjene sve procesne pretpostavke) tako što postupak javne nabavke u cjelosti ili djelimično poništi ili zahtjev za reviziju odbaci. Naručilac o svojoj meritornoj odluci (odbacivanju zahtjeva za reviziju, djelimičnom ili čitavom poništavanju postupka) mora u roku od 3 dana obavijestiti podnosioca zahtjeva za reviziju i istovremeno ga pozvati da ga najkasnije u roku od 3 dana po primanju obavijesti naručioca pismeno obavijesti o namjeri da postupak pred Državnom revizijskom komisijom nastavi. Drugačije je u slučaju procesnih odluka, gdje ZRPJN kao pravno sredstvo propisuje žalbu koja se podnosi Državnoj revizijskoj komisiji. U slučaju kad je naručilac u revizijskom postupku neaktivan i odluku o revizijskom postupku ne donese u zakonskom roku nastupa presumpcija njegovog odbacivanja revizijskog zahtjeva pa podnosilac revizijski postupak može nastaviti pred Državnom revizijskom komisijom.

Kao što je već spomenuto Državna revizijska komisija o zahtjevima za reviziju odlučuje u senatu (tri člana) ili je to prepušteno pojedinom članu što zavisi o vrijednosti i zahtjevnosti slučaja. Način rada i imenovanje senata detaljnije opredjeljuje Poslovnik (član 18. ZRPJN). U skladu sa načelom dispozitivnosti Državna revizijska komisija odlučuje o zahtjevu za reviziju u njegovim granicama, a u slučaju kršenja osnovnih načela javne nabavke može izvesti sve dokaze za koje smatra da će pridonijeti objašnjavanju slučaja, te donošenju zakonite i pravilne odluke. Uvažavajući granice zahtjeva za reviziju Državna revizijska komisija odlučuje i o onim kršenjima za koja podnosilac nije znao ili nije mogao znati, a uticale su na naručiočevu odluku o dodjeljivanju nabavke.

Revizijski postupak pred Državnom revizijskom komisijom mora biti djelotvoran i završen u najkraćem mogućem vremenu. Rok za donošenje odluke o zahtjevu za reviziju je 15 dana, a u opravdanim slučajevima moguće ga je produlžiti na dodatnih 20 dana (član 20 stav 1 i 2 ZRPJN).

Državna revizijska komisija donosi odluku o zahtjevu za reviziju tako što svojom odlukom zahtjev odbaci, odbije ili prihvati na taj način da djelimično odnosno u cjelosti poništi postupak javne nabavke. Odlukom kojom pravno sredstvo odbaci, odbije ili prihvati Državna revizijska komisija odlučuje i u slučaju procesnih odluka (odlučivanje o žalbama). Za svoju odluku Državna revizijska komisija mora navesti razloge, a naručilac može dati i uputstva za pravilno sprovođenje postupka u dijelu koji je bio poništen, ali pri tom ta ovlašćenja ne smiju zaobići njene kasacijska ovlašćenja.

Za odluke Državne komisije nema pravnog lijeka, a sudska je zaštita osigurana postupkom naknade štete pred sudom opšte nadležnosti (član 23. ZRPJN).

Državna revizijska komisija jednom godišnje podnosi izvještaj Državnom zboru Republike Slovenije o svom radu, a neke podatke, za pojedine vrste postupaka i predmete javne nabavke, mora svake godine javiti i Vladi Republike Slovenije (član 32 i 33 ZRPJN). ZRPJN sadrži i kaznene odredbe (član 34. ZRPJN) kojima se nepoštovanje nekih zahtjeva ZRPJN sankcioniše.

1.2.1. PREDMET ZAKONA (ČLAN 1)

ZRPJN reguliše pravnu zaštitu ponuđača i javnog interesa u postupcima javne nabavke koji su opredijeljeni propisima o javnim nabavkama. S obzirom na to da je Državna revizijska komisija mjerodavna za osiguravanje pravne zaštite ponuđača u sklopu (svih faza) postupaka javne nabavke njena je dužnost da prije meritornog razmatranja zahtjeva za reviziju provjeri radi li se u konkretnom slučaju o javnoj nabavci. Pri tom treba dodati da su po ZRPJN predmetom pravne zaštite i koncesije za radove koje se ne bi dodjeljivale u upravnom ili njemu srodnom javnopravnom postupku. Tako je Državna revizijska komisija, npr. u slučaju 018-38/06, odlučivala o pitanju je li u postupku davanja koncesije za obavljanje gospodarske javne službe sakupljanja i prevoza komunalnog otpada mjerodavna za osiguravanje pravne zaštite, odnosno ne ispunjava li možda pravni odnos dodjeljivanja koncesije po svom sadržaju pretpostavke javne nabavke.

1.2.2. SMISAONA UPOTREBA ZAKONA O PARNIČNOM POSTUPKU (ČLAN 3)

U skladu sa odredbama člana 3 stavak 5 ZRPJN tematika pitanja koja ZRPJN ne reguliše rješava se smisaonom upotrebom odredbi ZPP. Međutim, kada ZRPJN proceduralna pitanja ne rješava ili pojedini institut ne spominje nije moguće primijeniti ni ZPP. Pojedini institut ZRPJN često nije regulisan jer ga u reviziji postupka nije moguće primijeniti.

Što se upotrebe ZPP tiče, Državna revizijska komisija je razvila dosta bogatu praksu. S vidika spoznaje načelnih stajališta valja upozoriti na sprovođenje postupka Državne revizorske komisije, u slučaju 018-251/03.

1.2.3. AKTIVNA LEGITIMACIJA ZASTUPNIKA JAVNOG INTERESA (ČLAN 9)

ZRPJN u članu 9 daje aktivnu legitimaciju za podnošenje zahtjeva za reviziju postupka javne nabavke svakoj osobi koja ima, ili je imala, interes za dodjeljivanje nabavke i koja vjerovatno potvrdi da je bila, ili bi mogla biti, oštećena zbog naručiočevog postupanja koje se u zahtjevu za reviziju navodi kao njegovo kršenje postupka davanja javne

nabave. U slučajevima ugrožavanja javnog interesa ZRPJN aktivnu legitimaciju priznaje i Državnom pravobranilaštvu, organu mjerodavnom za javne nabavke (sada ministarstvu mjerodavnom za finansije) i organu mjerodavnom za zaštitu konkurencije. Noveliranje je pritom slijedilo stajalište Suda Evropskih zajednica, u slučaju C-236/95, Komisija protiv Grčke, ali odredba kojom se priznaje zaštita javnog interesa zasad nije imala vidljiv (direktan) uticaj, jer Državna revizijska komisija (još) nije odlučivala o zahtjevu za reviziju koji bi bio podnesen u javnom interesu.

1.2.4. NESUSPENZIVNOST POSTUPKA (ČLAN 11)

U skladu sa izmjenama ZRPJN (koje su stupile na snagu 16.6.2007), podneseni zahtjev za reviziju (više) nema ex lege suspenzivno dejstvo i ne obustavlja dalje aktivnosti naručioca u postupku davanja javne nabavke. Naručilac mora u roku 3 dana po prijemu zahtjeva za reviziju u postupku davanja javne nabavke o uloženom zahtjevu obavijestiti sve učesnike.

Naručilac, dakle, može nastaviti sa postupkom sprovođenja javne nabavke, ali ne smije sklopiti ugovor. Ugovor može naručilac sklopiti u skladu sa odlukom Državne revizorske komisije o zahtjevu za reviziju.

Međutim, naručilac može po prijemu zahtjeva za reviziju odlučiti, da se sprovođenje javne nabavke potpuno obustavlja. O tome mora, takođe, obavijestiti sve učesnike u roku od 3 dana.

U četvrtom stavu naveden je izuzetak od nesuspensivnog dejstva. Državna revizijska komisija može na predlog podnosilac zahtjeva za reviziju odlučiti, da podneseni zahtjev (potpuno ili djelimično) obustavlja sve dalje aktivnosti naručioca u postupku sprovođenja javne nabavke. Pri tom Državna revizijska komisija odlučuje na temelju vaganja između štetnosti posljedica obustave koje bi mogle nastati kod svih učesnika i koristima svih, koji bi takvim postupkom mogli biti oštećeni, te javnim interesom za sprovođenje javne nabavke.

Predlog iz stava 4 može se bilo kada poslije podnijetog zahtjeva za reviziju uložiti kod Državne revizorske komisije, koja mora o zahtjevu odlučiti u roku 7 dana od dana prijema.

Podnosilac zahtjeva za reviziju posreduje navedeni predlog istovremeno i naručiocu, koji smije Državnoj revizijskoj komisiji prenijeti svoje obrazloženo mišljenje u roku od dva dana od njegovog prijema.

1.2.5. ODLUČIVANJE O ZAHTJEVU ZA REVIZIJU (ČLAN 16)

ZRPJN u članu 16 određuje da naručilac mora odluku o podnošenju zahtjeva za reviziju postupka donijeti u roku od 15 dana po njegovom prijemu. U slučaju da je naručilac u revizijskom postupku neaktivan i odluku o zahtjevu za reviziju postupka ne donese u roku 15 dana, ZRPJN uspostavlja pretpostavku odbacivanja zahtjeva za reviziju postup-

ka. Tako podnosilac, ako i 20 dana od dana kada je naručilac primio njegov kompletan zahtjev za reviziju postupka ne dobije naručiocu odluku, može postupak neposredno - direktno nastaviti pred Državnom revizijskom komisijom, o čemu mora obavijestiti naručioca.

Neuvažavanje roka od 15 dana o zahtjevu za reviziju, po noveliranom ZRPJN, nema za posljedicu samo uspostavljanje pretpostavke o odbacivanju zahtjeva za reviziju i mogućnosti vođenja postupka pred Državnom revizijskom komisijom nego i mogućnost kažnjavanja naručioca i/ili njegove odgovorne osobe. Naime, član 34 stav 1 tačka 4 noveliranog ZRPJN takvo ponašanje naručioca određuje kao prekršaj.

Član 17 stav 2 ZRPJN određuje da naručilac mora najkasnije tri dana po prijemu obavještenja podnosioca o nastavljanju postupka Državnoj revizijskoj komisiji dostaviti svu dokumentaciju.

1.2.6. TROŠKOVI POSTUPKA (ČLAN 22)

Podnosilac zahtjeva za reviziju mora prilikom podnošenja platiti taksu za reviziju u iznosu 2500 € (ako je zahtjev za reviziju podnesen u postupku davanja javne nabavke za robu i usluge), odnosno 5000 € (ako je zahtjev za reviziju podnesen u postupku davanja javne nabave za radove). U postupku sprovođenja javne nabavke koju naručilac mora objaviti u Službenom listu Evropskih zajednica taksa iz prijašnjeg stavka se udvostručava. U postupku sprovođenja javnih nabavki, koje naručilac ne treba objavljivati na portalu javnih nabavki, taksa iznosi 700 € (za robu i usluge) odnosno 1400 € (za gradnje).

Dostavljanje potvrde o plaćenju taksu procesna je pretpostavka za revizijski postupak već u fazi dok se postupak odvija pred naručiocem.

U skladu sa članom 22 stav 5 ZRPJN podnosilac zahtjeva, odnosno naručilac, mora jasno navesti troškove za koje traži povrat, a povrat troškova može zahtijevati do donošenja odluke naručioca, odnosno Državne revizorske komisije, o zahtjevu za reviziju. Ako je zahtjev za reviziju opravdan, naručilac mora, na pismeni zahtjev, podnosiocu zahtjeva za reviziju vratiti potrebne troškove nastale revizijom.

Ako zahtjev za reviziju nije opravdan podnosilac zahtjeva za reviziju mora naručiocu vratiti potrebne troškove nastale revizijom. Ako u takvom primjeru odluku donese Državna revizijska komisija, podnosilac zahtjeva mora platiti još iznos u visini već uplaćene takse za troškove postupka revizije pred Državnom revizijskom komisijom.

Odluku o troškovima revizijskog postupka donosi naručilac, odnosno Državna revizijska komisija, i pri tom je odluka Državne revizorske komisije izvršni naslov (član 22.

ZRPJN). Državna se revizijska komisija prilikom odlučivanja o troškovima ne ograničava samo na odlučivanje o povratu takse nego, uzimajući u obzir smislaonu primjenu odredbi ZPP, priznaje i potrebne advokatske troškove, ako su bili prijavljeni.

1.2.7. ODLUKA DRŽAVNE REVIZORSKE KOMISIJE

Član 23 ZRPJN reguliše sve moguće odluke Državne revizorske komisije. Državna revizijska komisija može, tokom odlučivanja o zahtjevu za reviziju, taj zahtjev iz procesnih razloga odbaciti (zahtjev ili obaviještenje o nastavljanju nisu podneseni pravovremeno, zahtjev podnosi osoba bez aktivne legitimacije, podnositelj zahtjeva za reviziju nije zahtjev dopunio u određenom roku), može ga kao neosnovanog odbiti, može ga prihvatiti i postupak davanja javne nabavke djelimično ili u cjelini poništiti, a na osnovu pisanog obaveštenja o povlačenju zahtjeva može postupak revizije obustaviti. Član 23 stav 2 određuje oblike odluka Državne revizorske komisije kada odlučuje o podnosi- očevoj žalbi protiv naručiočeve procesne odluke u postupku razmatranja zahtjeva za reviziju. U tom slučaju Državna revizijska komisija može žalbu kao zakašnjelu odbaciti, kao neosnovanu odbiti ili prihvatiti u slučaju žalbe u skladu sa članom 12 ili 13 ZRPJN (procesne pretpostavke) odlučiti da naručilac mora odlučivati o zahtjevu za reviziju u skladu sa članom 16 ZRPJN, a u slučaju žalbe, u skladu sa članom 17 ZRPJN (obustavljanje postupka usljed ćutanja, tj. kašnjenja podnosioca) odlučiti da zahtjev za reviziju uzme u postupak.

Poseban institut u (poslije)revizijskom postupku sadrži član 23 stav 4 ZRPJN koji reguliše tzv. Odazivni izvještaj. Državna revizijska komisija može, uz donošenje odluke o zahtjevu za reviziju, od naručioca zahtijevati da joj podnese izvještaj o sprovođenju postupka u kojem je bio podnesen zahtjev za reviziju ili o ponovljenom postupku. Naručilac mora izvještaj podnijeti u roku koji odredi Državna revizijska komisija, a koji ne smije biti duži od šest mjeseci od datuma prijema odluke o zahtjevu za reviziju. Ako Državna revizijska komisija utvrdi da u izvještaju nije iskazano ukidanje nepravilnosti, tj. uvažavanje uputstva Državne revizorske komisije ili naručilac izvještaj ne podnese, o tome obavijesti upravu nadležnu za javne nabavke (sada ministarstvo finansija), vladu, odnosno nadzorno tijelo naručioca. Treba dodati, da je neuvvažavanje dužnosti podnoše- nja izvještaja noveliranim člankom 34 ZRPJN određeno kao prekršaj.

1.2.8. SUŽAVANJE AKTIVNE LEGITIMACIJE

ZRPJN je do zadnjeg noveliranja člana 9 stav 5 (aktivna legitimacija u postupku revizije) aktivnu legitimaciju priznavao vrlo širokom krugu subjekata tj. svakoj osobi koju je s određenim postupkom davanje javne nabavke povezivao interes za dodjelu nabavke te za koju postoji barem mogućnost da zbog tvrdnji o postojanju nepravilnosti u postupku bude oštećena.

Praksa je pokazala da navedeni zahtjev (pogotovo ako je povezan s odredbom člana 12 stavak 1 ZRPJN koja sličnom širinom dopušta da se zahtjev za reviziju može podnijeti u svim fazama postupka davanja javne nabavke i protiv svakog postupka naručioca) može postati i sredstvo zloupotrebe (odugovlačenje postupka) u rukama ponuđača koji, inače, javnu nabavku uopšte ne bi ni mogli dobiti.

Pravna zaštita ponuđača nije namijenjena ostvarivanju objektivnih kršenja u postupku, koji ne mogu biti uzrokom bilo kakvoj šteti (tzv. objektivna kršenja) nego ostvarivanju pravne zaštite svog pravnog položaja. U skladu sa noveliranim članom 9 ZRPJN podnositelj mora, za sticanje priznate opravdanosti za vođenje postupka revizije, iskazati interes kako za dodjelu nabavke tako i za mogućnost realnog stepena vjerovatnosti (ne više samo hipotetičke mogućnosti) da bi, zbog tvrdnji o postojanju nepravilnosti u postupku, mogao biti oštećen.

Ova stroža dikcija sprečava da zahtjev za reviziju poprimi prirodu *actio popularis* i istodovremeno učvršćuje njegovu temeljnu namjeru zaštite interesa potencijalnog ponuđača da se na ravnopravnim osnovama nadmeće za dodjelu odgovora o javnoj nabavci i da ga u tome neće ometati moguće zloupotrebe ili samovolja naručioca. Zbog nedostatka aktivne legitimacije Državna revizijska komisija je tokom proteklih godina (npr. u slučaju 018-104/04) zahtjev za reviziju odbacila (odnosno odbila žalbu na odluku o odbacivanju zahtjeva za reviziju), a ubrzo nakon ostvarivanja noveliranog člana na toj osnovi donijela niz odluka. Među odlukama novijeg datuma s tim u vezi valja upozoriti na zanimljivu odluku Državne revizorske komisije u slučaju 018-255/05.

Na ovom je mjestu umjesno dodati da je, i prije toga, sličnu praksu uveo Sud EZ kada je u slučaju C-230/02, *Grossman Air Service* odlučio da zahtjeve člana 1(3) i 2(1) (b) Direktive Vijeća 89/665/EEZ treba interpretirati tako da ne zabranjuju postupak osobi kao da je – nakon donošenja odluke o odabiru nabavke – pravo na pravnu zaštitu u revizijskom postupku izgubila ako nije učestvovala u postupku davanja ponude javne nabavke iz razloga, što nije mogla ponuditi sve javnim pozivom predviđene usluge, jer su zahtjevi tenderske dokumentacije navodno bili diskriminatorski, a na to se, prije davanja javne ponude, nije žalila.

HRVATSKA

UVOD

Predmetni rad obuhvaća prikaz aktuelnosti u vezi sa područjem pravne zaštite u postupcima javnih nabavki u Republici Hrvatskoj, radi se osvrta na postojeći sistem pravne zaštite u javnoj nabavci, te ustrojstvo i način rada institucija koje osiguravaju adekvatnu kontrolu primjene pozitivnih materijalnih prava javne nabavke. Rad je koncipiran na način da se pruži jasna slika postojećeg i budućeg stanja sistema pravne zaštite unutar javne nabavke u Republici Hrvatskoj.

Svjedoci smo konstantnog unapređenja tehnologija u svim aspektima modernog života, što uveliko izaziva razne promjene kako u privredi, tako i u sistemu javne nabavke. Cjelokupan proces javne nabavke, normiran je ne samo Zakonom o javnoj nabavci (Narodne novine br. 117/01, 92/05) već i nizom drugih pozitivnih materijalnih propisa koji uređuju određeno područje, bilo da se radi o otpadu, medicinskim proizvodima, vojnoj opremi, prehrani i sl., a koje propise naručioc mora znati i koristiti kada sprovede postupke javnih nabavki. Kako bi sproveli postupke nabavke u skladu sa pozitivnim materijalnim propisima, naručioc obavezno mora biti u toku sa legislativnim promjenama, kojih je nemalo zbog usklađivanja zakonodavstva Republike Hrvatske sa Direktivama EU, što dodatno otežava taj posao, a koji u praksi predstavlja pravi legislativni stampedo. Upravo zato, poznavanje niza drugih propisa, osim temeljnih propisa koji normiraju javnu nabavku, predstavlja osnovni preduslov za postizanje kvaliteta i dostizanje evropskih standarda na području javne nabavke. Tijelo nadležno za kontrolu postupaka javne nabavke, prilikom pružanja pravne zaštite i obavljanja svoje djelatnosti koja je normirana u zakonu, mora biti spremno primijeniti sve pozitivne pravne propise na koje se pozivaju naručioc u smislu javne nabavke, ili koje su naručioc morali primijeniti a nisu, a koji propisi predstavljaju sastavni dio pojedinog pravno sistema, što taj posao postaje znatno opširniji i intelektualno zahtjevniji.

INSTITUCIJE U SISTEMU JAVNE NABAVKE

Svaki pravni sistem, pa tako i sistem javne nabavke, pored potrebnih zakonskih propisa, kako bi funkcionisao u praksi, mora imati institucije koje svojim postojanjem i radom cijeli sistem drže funkcionalnim. Institucije, ne bi trebal da budu osnivane kako bi same sebi služile svrsi, već moraju biti osnivane u cilju očuvanja zakonitosti, davanju pravne sigurnosti, ispunjenju određenih konsultativnih funkcija. Unutar sistema javne nabavke, osnovana su dva državna tijela, jedno u sklopu Vlade Republike Hrvatske (Ured za javne nabavke), nadležno za nadzor i primjenu Zakona o javnoj nabavci (Narodne novine br. 117/01) i podzakonskih propisa u području nabavke, koja daje uputstva i mišljenja

učesnicima postupaka javne nabavke, prikuplja, evidentira, obrađuje i analizira podatke o sistemu nabavke itd. Osnovano je, takođe, samostalno i nezavisno državno tijelo, nadležno za kontrolu postupaka javne nabavke, a koju nadležnost obavlja kao drugostepeno tijelo kroz rješavanje žalbi u postupcima javne nabavke (Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabavke). Obje institucije imaju zakonom određen djelokrug nadležnosti, tako da unutar sistema javne nabavke, između institucija ne dolazi do sukoba nadležnosti, a obavljanjem zakonom određenih poslova utiču na podizanje kvaliteta samog sistema. Razlozi osnivanja dviju novih institucija višestruki su, a temeljni razlog je usklađivanje sistema javnih nabavki Republike Hrvatske sa Smjernicama EU, po preuzetim obavezama iz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, potpisanog 2001. godine.

DRŽAVNA KOMISIJA ZA KONTROLU POSTUPAKA JAVNE NABAVKE

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabavke, (dalje: Državna komisija), utemeljena je u Zakonu o javnoj nabavci, a osnovana je Zakonom o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabavke (Narodne novine broj 117/03) kao samostalno i nezavisno drugostepeno državno tijelo, nadležno je za rješavanje žalbi u postupcima javne nabavke Republike Hrvatske. Pri osnivanju Državne komisije, Smjernice EU, neke presude Evropskog suda pravde, koristile su se kao podloga za uspostavljanje transparentnog i kvalitetnog novog tipa državnog tijela, smještenog između uprave i sudske vlasti.

Državna komisija, tijelo nadležno za obavljanje poslova kontrole postupaka javne nabavke, nije tijelo sudske vlasti.

Državna komisija kao tijelo nadležno za kontrolu postupaka javne nabavke, ima osnove duboko utemeljene u evropskom pravu, a koje kao takvo, očekivanim pristupanjem Republike Hrvatske Evropskoj uniji, stiče pravo postavljanja prethodnih pitanja Evropskom sudu pravde.

Na Državnu komisiju, njen rad i organizaciju primjenjuju se načela sadržana u Zakonu o javnoj nabavci, a to su načelo zakonitosti, načelo javnosti, načelo transparentnosti i načelo djelotvornosti. U skladu sa navedenim načelima Državna komisija je osnovana kao samostalno i nezavisno državno tijelo. Samostalnost se ogleda u radu i odlučivanju, a vidljiva je i kroz nezavisnost Državne komisije od sistema državne uprave. Potvrda nezavisnosti je i činjenica da je Državna komisija samostalni korisnik državnog budžeta, a nezavisnost Državne komisije, kao državnog tijela, vidljiva je i iz načina biranja članova komisije, a koji je način, imenovanjem od strane Sabora Republike Hrvatske na određeni mandat, uređen Zakonom o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabavke.

Rad Državne komisije, kao što je već spomenuto, uređen je zakonom, gdje se kao bitne odrednice ističu činjenice kako se odluke Državne komisije donosi na sjednicama većinom prisutnih članova, a bitna činjenica je da pojedini član ne može biti suzdržan od

glasanja. Pravovaljano odlučivanje, moguće je ukoliko su sjednici prisutna najmanje tri člana komisije, a sjednici Državne komisije obavezno prisustvuje predsjednik, odnosno u njegovoj odsutnosti njegov zamjenik.

PRAVNA ZAŠTITA PO POZITIVNIM MATERIJALNIM PROPISIMA

Zakon o javnoj nabavci iz 2001. godine (objavljen u Narodnim novinama br. 117/01) zajedno sa izmjenama iz 2005. godine (Narodne novine br. 92/05), predviđa standardni dvostepeni sistem pravne zaštite, u kojem nezadovoljna strana koja je učestvovala u postupcima javne nabavke, poslije prijema odluke o odabiru i ulaganja prigovora na odluku o odabiru u predmetnom postupku javne nabavke, stiče pravo na ulaganje žalbe Državnoj komisiji. Jasno je kako naručilac u trenutku postupanja po uloženom prigovoru, predstavlja prvostepeno tijelo, dok Državna komisija prilikom postupka po uloženoj žalbi uzima ulogu drugostepnog tijela. Rješenje Državne komisije je konačno, ali nije pravosnažno, budući da je zbog ustavnih prava potrebno omogućiti pravo žalbe Upravnom sudu. Žalilac da bi imao propisanu aktivnu legitimaciju, mora otkupiti dokumentaciju za nadmetanje, dostaviti ponudu naručiocu prije krajnjeg roka za dostavu ponuda, te uložiti prigovor naručiocu na odluku o odabiru najbolje ponude.

Novina uvedena izmjenama i dopunama Zakona o javnoj nabavci (Narodne novine br. 92/05) koja je od krucijalne važnosti, te je bila pod posebnom pažnjom EU i Svjetske banke, bilo je ukidanje člana 13 Zakona o javnoj nabavci iz 2001. godine. Tim članom bilo je određeno kako naručilac koji namjerava primijeniti postupak nabavke izravnom pogodbom mora prije početka postupka nabavke dobiti od Ureda za javnu nabavku Vlade Republike hrvatske prethodnu suglasnost za početak njenog sprovođenja. Navedena saglasnost tražena je pisanim zahtjevom, koji sadržava potrebnu zakonsku osnovu, razloge i obrazloženja izbora ovog načina nabavke, dokaze o ispunjenju uslova za primjenu odabranog načina nabavke, izvor finansijskih sredstava, iznos nabavke i ostale podatke o nabavci.

Kritike od strane EU i Svjetske banke, išle su na preveliki broj izravnih pogodbi, te na netransparentnost u dodjeljivanju prethodnih suglasnosti. Mišljenja je bilo kako su se izravne pogodbe koristile samo radi izbjegavanja otvorenih javnih nadmetanja. Isticano je kako, zainteresovani privredni subjekti nemaju mogućnosti dobijanja adekvatne pravne zaštite, kada se radi o izravnim pogodbama.

Mijenjanjem člana 13 Zakona o javnoj nabavci iz 2001. godine, kontrola nad zakonitošću odabira načina nabavke „Izravnom pogodbom u pregovaračkom postupku bez prethodne objave poziva za nadmetanje“, stavljena je u nadležnost DKOM-a, a inicijativa za pokretanje takve kontrole u ruke privatnom sektoru. Što se time postiglo? Republika Hrvatska, kao potrošač, daje nezavisnom tijelu DKOM-u, pravo kontrole njene potrošnje, a privatnom sektoru pravo inicijative za provođenje takve kontrole.

Ukratko novim člankom 13 Zakona o javnoj nabavci određeno je kako „naručilac koji koristi postupak izravne pogodbe u pregovaračkom postupku bez objave poziva za nadmetanje obavezan je, najmanje 15 dana prije sklapanja ugovora, u ‘Narodnim novinama’ objaviti odluku o odabiru ponude ponuđača i navesti podatke o predmetu nabavke, zakonskoj osnovi iz člana 12 ovoga Zakona. Odredba ovoga člana ne primjenjuje se u slučaju neposredne pogodbe s ciljem hitnog sprečavanja nastanka ili otklanjanja posljedica nastale štete uzrokovane djelovanjem više sile, ili zbog drugih opasnosti“. Nadalje, članom 70 stav 1 Zakona o javnoj nabavci dato je „pravo na prigovor naručiocu, u roku od osam dana od dana objave odluke u ‘Narodnim novinama’, na odluku o odabiru ponude ponuđača s kojim naručilac namjerava sklopiti ugovor neposrednom pogodbom u pregovaračkom postupku bez prethodne objave poziva za nadmetanje ima privredni subjekt koji u toj nabavci ima interes, odnosno kojem bi mogla biti nanescena šteta“.

Navedeni članovi pozitivnog materijalnog prava znače da naručilac kada želi sprovesti postupak javne nabavke, obavezan je takvu namjeru objaviti u „Narodnim novinama“, tako da svaki privredni subjekt koji u takvoj javnoj nabavci prepozna određeni vlastiti interes ili bi mu mogla biti nanescena šteta ima pravo uložiti žalbu Državnoj komisiji. Na opisani način potrošnja obveznika primjene Zakona o javnoj nabavci, stavljena je pod kontrolu privatnog sektora.

Kako uložiti prigovor i žalbu na navedenu odluku, opisano je na internet stranici www.dkom.hr. Jedini trošak za pokretanje takvog postupka je naknada za pokretanje žalbenog postupka DKOM-u, te državni biljezi u iznosu 70,00 kuna. Naknada za pokretanje žalbenog postupka iznosi: 2.500,00; 5.000,00 ili 7.500,00 kuna zavisno od vrijednosti predmetne nabavke, što istina predstavlja inicijalni trošak za potencijalnog žalioca, ali isto tako članom 8 stav 2 Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabavke (Narodne novine br. 117/03) određeno je kako „DKOM rješava o troškovima žalbenog postupka, određuje ko snosi troškove žalbenog postupka, njihov iznos, kome se i u kojem roku moraju platiti“.

Ulaganjem žalbe na odluku o zaključivanju ugovora Izravnom pogodbom u pregovaračkom postupku bez prethodne objave poziva za nadmetanje, te zahtjevom za naknadu troškova, žaliocu je u slučaju uspjeha sa žalbom, pod uslovom da je podnio zahtjev za naknadu troška žalbenog postupka, cjelokupan žalbeni postupak besplatan.

Interesantno je zapaziti kako privatni sektor koji se žalio na nemogućnost kontrole izravnih pogodbi, u sistemu kada je Vlada Republike Hrvatske davala prethodne suglasnosti, ovaj institut ne koristi u očekivanom obimu. Tokom 2006 godine, u Republici Hrvatskoj bilo je objavljeno 3371 različitih namjera sklapanja izravnih pogodbi u pregovaračkom postupku bez objave poziva za nadmetanje, a na koje su predstavnici privatnog sektora uložili 27 žalbi, što predstavlja samo 0,8% u odnosu na ukupan broj objava. Uvođenjem ove mogućnosti ulaganja žalbe na objavu očekivao se veći broj uložених žalbi.

BOSNA I HERCEGOVINA

INSTITUCIJE JAVNE NABAVKE

Pored novog zakonodavnog okvira sistema odnosno postupaka javnih nabavki, ZJN-om se ustanovljavaju i dvije nove nezavisne institucije na nivou BiH, Agencija za javne nabavke (AJN) i Ured za razmatranje žalbi (URŽ) (član 48 i 49 ZJN).

Imajući u vidu ustavnu uređenost BiH kao i sam cilj osnivanja novih institucija, pristupilo se osnivanju dva potpuno nezavisna organa koja zavisno od svojih zadataka imaju i odgovarajući stepen samostalnosti. Moramo napomenuti da sam početak rada novih institucija nije išao u uskladu sa predviđenim, tri mjeseca nakon stupanja na snagu ZJN, što je rezultiralo donošenjem izmjena i dopuna ZJN u četiri navrata. Nažalost, postupak osnivanja novih institucija, kao i sam proces upošljavanja odnosno imenovanja direktora/članova traje znatno duže od propisanih rokova u ZJN. Sama ideja zakonodavca da će kraćim rokovima inicirati i ubrzati sam proces osnivanja nije dao očekivane rezultate.

Bitno je napomenuti da i pored značajnog kašnjenja, funkcionisanje sistema javnih nabavki bilo obezbijeđeno na adekvatan način, naime ulogu AJN u prelaznom periodu obavljalo je Ministarstvo finansija i trezora BiH, a URŽ-a Ministarstvo finansija i trezora BiH, Ministarstvo finansija FBiH i Ministarstvo RS, svako u okviru svojih nadležnosti, uz stručnu pomoć projekta EU za javne nabavke – II faza.

3.1.1. AGENCIJA ZA JAVNE NABAVKE

Agencija za javne nabavke je samostalna institucija na nivou BiH (pored glavnog sjedišta u Sarajevu u svom sastavu ima i dvije filijale u Mostaru i Banjaluci) i za svoj rad odgovara Vijeću ministara BiH. AJN-om pored Direktora rukovodi i Odbor, čiji sastav je prilagođen realnošću BiH, gdje pored stručnjaka iz oblasti javnih nabavki, svoje mjesto imaju i tri ministra finansija ex officio, uzimajući u obzir da je politika javnih nabavki preuzeta i prenesena u potpunosti na novu instituciju, a u prethodnom periodu tu su nadležnost obavljala ne samo pomenuta tri ministarstva finansija, kao i deset kantonalnih ministarstava, Brčko Distrikt BiH u okvirima svojih nadležnosti.

AJN je odgovorna za adekvatno provođenje i primjenu zakona, a osnovni zadaci obuhvataju sljedeće nadležnosti:

- predlaganje izmjena i dopuna ZJN i podzakonskih akata, osiguravajući efektivnost i adekvatnost legistlative;
- jačanje svijesti ugovornih organa i dobavljača o legistlativi, ciljevima javnih nabavki, postupcima;
- objavljivanje priručnika i direktiva o javnim nabavkama, upotrebi standardnih obra-

- zaca i modela u skladu sa odredbama ZJN i podzakonskim aktima;
- pružanje tehničke pomoći i savjeta kako ugovornim organima tako i dobavljačima o primjeni i tumačenju odredbi ZJN i podzakonskih akata;
- uspostavljanje sistema za praćenje primjene ZJN;
- prikupljanje, analiziranje i objavljivanje informacija o postupcima javnih nabavki i dodjeli ugovora o javnim nabavkama;
- razvijanje elektronskog informacionog sistema;
- iniciranje i podržavanje razvoja elektronskih nabavki i komunikacija na polju javnih nabavki;
- objavljivanje informacija o obuci, priručnika i drugih vrsta pomoći za profesionalno usavršavanje u oblasti javnih nabavki;
- održavanje registra akreditivnih predavača u oblasti javnih nabavki;
- podnošenje godišnjeg izvještaja Vijeću ministara BiH.

AJN pored obezbjeđenja pravilne implementacije ZJN, prvenstveno ima savjetodanu ulogu, sa ciljem da pruži pomoć svim učesnicima u postupku javnih nabavki u pravilnom razumijevanju i primjeni zakona, i pri tome saraduje sa svim relevantnim institucijama, a prevenstveno sa URŽ-om kako bi se ostvarila dodijeljena uloga.

3.1.2. URED ZA RAZMATRANJE ŽALBI

Savjetodavna i revizijska usluga novih institucija je jasno razdvojena, što u konačnom ne umanjuje jasnu potrebu za njihovom kontinuiranom saradnjom.

URŽ je institucija sa visokim stepenom nezavisnosti, za svoj rad odgovara direktno Parlamentu BiH i ima sjedište u Sarajevu. Prilikom osnivanja URŽ vodilo se računa da nova institucija koja odlučuje u drugostepenoj istanci u žalbenom postupku, ima odgovarajući status, odnosno kredibilitet, zadovoljava neophodne pretpostavke kako bi URŽ imao odgovarajući status suda odnosno tribunala u skladu sa članom 234 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice (osnivanje propisano zakonom, stalne prirode, nezavisnost, obaveznost donesenih odluka, postupak inter partes, odlučivanje na osnovu zakona). Posebna pažnja je posvećena nezavisnosti URŽ-a, odnosno njegovih članova, s obzirom na to da su članovi ureda birani putem javnog konkursa, imenovani i direktno odgovorni za svoj rad Parlamentu BiH. Sličan status u BiH imaju samo članovi Konkurencijskog vijeća kao i revizori Ureda za reviziju.

URŽ čini ukupno šest članova od kojih su 3 (tri) člana priznati eksperti upravnog prava i/ili upravnog postupka, status jednak statusu nezavisnog sudije i nespojiv sa bilo kojom direktnom ili indirektnom, trajnom ili periodičnom dužnošću, uz izuzetak akademskih aktivnosti, i 3 (tri) člana eksperta u oblasti radova, javne kupovine, transporta i strateškog poslovnog upravljanja, imenovani na period od pet godina sa mogućnošću

ponovnog izbora. Između sebe biraju predsjedavajućeg Ureda, koji je zadužen obezbijediti rad u kontinuitetu URŽ-a, ali s svi članovi po svom ostaju statusu ravnopravni.

Slično kao neke ostale države EU (prim. Austrija, Slovenija, Danska) i druge države u regionu (Hrvatska, Srbija, Crna Gora) i Bosna i Hercegovina je donijela odluku da osiguranje pravne zaštite u postupcima javne nabavke (u drugostepenoj istanci) nije u nadležnosti sudova, nego posebnih, samostalnih organa stalnog karaktera.

Pored člana 49 ZJN kojim se prvenstveno osniva i definiše sastav URŽ, članovi 50, 51 i 52 ZJN propisuju postupak revizije, rokove za razmatranje prigovora u prvoj istanci a potom sama ovašćenja URŽ. Ovakav zakonodavni pristup jasno je izrazio opredjeljenje Bosne i Hercegovine približavanju zahtjevima evropskoga pravnog poretka.

Pored pomenutih članova ZJN, drugi neophodni izvori prava su trenutno još u pripremi (Pravilnik o unutrašnjoj organizaciji URŽ i Poslovnik o radu URŽ).

POSTUPAK REVIZIJE

3.2.1. LEGITIMNI INTERES

U skladu sa članom 50 ZJN svaki dobavljač, koji ima legitiman interes za konkretan ugovor o javnoj nabavki i smatra da je ugovorni organ tokom konkretnog postupka dodjele ugovora prekršio jednu ili više odredbi ovoga zakona i/ili pratećih podzakonskih akata, ima pravo uložiti prigovor na postupak, na način i u rokovima utvrđenim članom 51 ZJN. Legitimni interes se tumači dosta široko, posebno u prvoj fazi primjene novog sistema javnih nabavki, a sve sa ciljem da se ne samo zaštiti interes ponuđača nego i ukaže na eventualne nedostatke novog sistema.

Na osnovu prethodno navedenog, možemo zaključiti da predmet žalbenog postupka mogu biti odluke ugovornog organa u najširem smislu. Radi se o svim vrstama odluka koje se donose od strane ugovornog organa a odnose se na postupke javnih nabavki. Pod pojmom odluka ugovornog organa podrazumijevaju se: odluke o dodjeljivanju ugovora, odluke o odbijanju kandidata, sve vrste specifikacija koje se tiču dodjele ugovora i slično.

MOGUĆI BUDUĆI RAZVOJ

Uz opšte nivelisanje zakona, u članu 50 riječ „dobavljač“ trebalo bi zamijeniti sa više apstraktnim terminom „osoba“, a u „prekršenu normu“ odredaba ovoga zakona i/ili pratećih podzakonskih akata dodati norme tenderske dokumentacije i/ili ostalih akata u postupku dodjele ugovora.

3.2.2. PODNOŠENJE PRIGOVORA

O uloženoj prigovoru odlučuje ugovorni organ (naručilac). Član 51 ZJN uređuje način, postupak i rokove za podnošenje i razmatranje prigovora.

Prigovor se podnosi u pisanom obliku odnosnom ugovornom tijelu (tj. ugovornom organu, koji je raspisao tender) kao prvostepenoj instanci u žalbenom postupku, u roku od pet dana od dana kada je podnosilac saznao ili trebalo da sazna za navodnu povredu ZJN (subjektivni rok), i ne kasnije od jedne godine od datuma navodne povrede. Rok od godine dana je tj. objektivni ili konačni rok. Iako subjektivni rok još nije istekao, krajem objektivnog roka prestaje mogućnost ulaganja prigovora, a uloženi se prigovor odbacuje.

Po prijemu pismenog prigovora ugovorni organ mora da:

- obustavi postupak dodjele ugovora dok se prigovor u potpunosti ne razmotri,
- razmotri prigovor i donese obrazloženu odluku po pitanju prigovora u roku od pet dana (kalendarskih dana) od prijema prigovora,
- informiše dobavljača o donijetoj odluci i njenom (ne)opravdanju najkasnije sljedećeg radnog dana.

Ugovorni organ je dužan, ukoliko je to nužno, produžiti rokove za postupak dodjele ugovora najmanje za period trajanja obustave (pet dana) iz stava 2 član 51 ZJN. U slučaju da zbog razmatranja prigovora (i zbog suspenzivnog efekta prigovora) dođe do promjene rokova postupka dodjele ugovora o kojima su dobavljači bili prethodno obaviješteni (primjer: rok za predaju ponuda), ugovorni organ će im o tome uputiti obavijest, bez odlaganja, na jednaki način i istovremeno, navodeći razloge za produženje rokova.

Ugovorni organ je dužan obavezno razmotriti prigovor i donijeti obrazloženu odluku u roku od pet dana od dana prijema prigovora i najkasnije narednog radnoga dana obavijestiti podnosioca prigovora o donesenoj odluci i njenom obrazloženju.

Ugovorni organ može prigovor:

- odbaciti kao neprihvatljiv (ako rokovi iz člana 51 stav 1 ZJN nisu ispoštovani, zbog nedostataka aktivne legitimacije ako žalbu ne podnese ponuđač definisan u članu 50 ZJN),
- odbiti kao neosnovan, ili
- usvojiti kao osnovan i poništiti samo protivzakonite radnje ili postupak u cjelini. Ako ugovorni organ odluči na temelju uloženoj prigovora promijeniti odluku o izboru (umjesto osobe A osobu B), donese takvu odluku kao ugovorni organ (i ne kao prvostepeno tijelo u postupku pravne zaštite), te je protiv takve odluke moguće „ponovo“ uložiti prigovor.⁷⁵

⁷⁵ Naime, organ pravne zaštite ima po pravilu samo tzv. kasatorna ovlašćenja i nema mogućnosti promijeniti odluku o odabiru.

U slučaju da ugovorni organ propusti razmotriti prigovor u roku utvrđenom u stavu 4 član 51 ZJN ili prigovor odbije/odbaci,⁷⁶ podnositelj prigovora može uložiti pismenu žalbu URŽ-u u roku od pet dana, počevši od prvog radnog dana nakon isteka roka utvrđenog u stavu 4 član 51 ZJN (što znači počevši od sedmog dana), ili, u slučaju da je ugovorni organ u prvostepenom postupku odbio/odbacio prigovor, od datuma kada je ugovorni organ o tome obavijestio podnosioca prigovora. Jasno proizilazi da pretpostavka za žalbu nije prethodna odluka ugovornog organa o prigovoru, nego činjenica, da je podnositelj prije ulaganja žalbe uložio prigovor.

Kopije pismene žalbe mora podnositelj žalbe, istovremeno, dostaviti ugovornom organu.

Kao posljednje je nužno navesti da u vezi sa stavom 4 član 51 ZJN zakonodavstvo ne uređuje pitanje dopustivosti nastavka žalbenog postupka pred URŽ-om u slučaju, da je podnositelj (ulagačevom) prigovoru djelimično udovoljeno (prigovor je djelimično usvojen), pošto predviđa nastavak žalbenog postupka pred URŽ-om samo u slučaju:

- negativne odluke po prigovoru od strane ugovornog organa, i u slučaju
- „ćutanja administracije“.

Uistinu, tu nedosljednost je moguće, bar privremeno, rješavati blagovremenom interpretacijom propisa, tj. da je u slučaju kada je prigovor djelimično usvojen, dozvoljeno uložiti žalbu (protiv onog dijela u kojem ugovorni organ prigovor nije usvojio).

Po prijemu kopije pismene žalbe podnosioca, ugovorni organ je dužan obustaviti postupak dodjele ugovora za period od pet dana (suspenzivni efekat žalbe), osim ako URŽ ne izda drukčiju pismenu instrukciju (privremeni nalog iz stava 1 i/ili 2 člana 52 ZJN). U međuvremenu (momentu kada ugovorni organ donosi odluku po prigovoru, pa do prijema žalbe) suspenzivnost formalno ne postoji, ali ZJN predviđa (stav 1 član 39), da se „niti jedan ugovor ne može se zaključiti u roku od 15 dana od datuma kada su ponuđači obaviješteni o rezultatu“.

Osim toga, ugovorni organ može na žalbu uložiti takozvani odgovor na žalbu. Odgovor na žalbu ZJN nije propisan, ali ta mogućnost se temelji na osnovu Zakona o upravnom postupku BiH. Naime, žalbeni postupak se sprovodi u skladu sa odredbama ZJN i Poslovníkom o radu URŽ, a odredbe Zakona o upravnom postupku BiH (Službeni list BiH, br. 29/2002) primjenjuju se supsidijarno.

Uz odgovor na žalbu, odnosno iako odgovor na žalbu ugovorni organ ne uložiti, mora zbog načela brzine⁷⁷ URŽ-u odmah dostaviti svu neophodnu dokumentaciju koja se

⁷⁶ Iako zakon nema riječi „odbaciti“ postoji mogućnost žalbe, naravno, i u tom slučaju.

⁷⁷ Načelo brzine je jedno od temeljnih načela Direktiva 89/665/EEC i 92/13/EEC.

odnosi na postupak javne nabavke pred kojim je u toku žalbeni postupak.

U slučaju sklapanja ugovora za nabavku roba, usluga ili radova, čiju je vrijednost procijenio ugovorni organ na iznos koji je jednak ili manji od 3.000,00 KM i koji se dodjeljuje putem direktnog sporazuma, ne primjenjuju se neka od pravila žalbenog postupka (stav 5 i 6 člana 51 ZJN).

3.2.3. ŽALBENI POSTUPAK PRED UREDOM ZA RAZMATRANJE ŽALBI

a) Privremene mjere

Kako je već spomenuto, nakon prijema kopije pismene žalbe podnosioca, ugovorni organ obustavlja postupak dodjele ugovora u roku od pet dana (tzv. suspenzivni efekat žalbe), osim ako URŽ ne izda drukčije pismene instrukcije (stav 1 i/ili 2 člana 52 ZJN). Prije mogućeg izdavanja privremene mjere, URŽ će se, nakon prijema žalbe u pisanom obliku, uvjeriti da je ugovorni organ obustavio postupak dodjele ugovora u roku od pet dana.

Prije isteka roka od pet dana (roka ex lege suspenzivnosti), URŽ donosi odluku o tome hoće li se ili ne izdati privremeni nalog i o tome izvjesti ugovorni organ najkasnije narednog radnog dana. Odluku o izdavanju privremenog naloga URŽ može to učiniti na osnovu stava 2 člana 52 ZJN, i u bilo kojem trenutku nakon prijema žalbe, a prije zaključenja ugovora,⁷⁸ obustaviti postupak dodjele ugovora na koji se odnosi navodna povreda ili obustaviti sprovođenje bilo koje odluke ili radnje ugovornog organa za vrijeme odvijanja postupka, u slučaju da:

- s obzirom na informacije kojima raspolaže URŽ, vjerovatno da će žalba biti riješena u korist žalioca, i/ili
- odluka o obustavi postupka ne bi prouzrokovala nesrazmjernu štetu na račun javnoga interesa, ugovornog organa ili ponuđača.

Analizom pretpostavki vidi se da pretpostavke mogu biti ispunjene po pravilu kumulativno (a i b) ali i samo alternativno. U tom slučaju, ako bude ispunjena samo jedna pretpostavka, bilo bi dopušteno izdati privremeni nalog samo u slučaju posebno opravdanih okolnosti.

b) Ovlašćenja Ureda za razmatranje žalbi

Postupak rada URŽ-a regulisan je ZJN i Poslovníkom o radu URŽ-a, a djelimično i Pravilnikom o unutrašnjoj organizaciji URŽ, kao i odredbama Zakona o upravnom postupku BiH koje se primjenjuju supsidijarno.

Kada su u pitanju odluke URŽ-a u vezi sa žalbama, one zavise od faze postupka nabavke tokom koje se odluka donosi (prije zakljućivanja ugovora o javnoj nabavci ili nakon zakljućivanja tog ugovora).

⁷⁸ Već spomenuto, da ZJN zloupotrebu sprećava normom iz stava 1 člana 39, da se „niti jedan ugovor ne može se zaključiti u razdoblju od 15 dana od datuma kada su ponuđači obaviješteni o rezultatu“.

Kod donošenja odluka po žalbi, URŽ ima ovlaštenja da:

- odbaciti žalbu kao nepotpunu,
- odbaciti žalbu kao neprihvatljivu, ako žalbu ne podnese ponuđač definisan u članu 50 ZJN ili ako rokovi iz člana 51 stav 5 ZJN nisu ispoštovani,
- odbaci žalbu ako prethodno nije podnesen prigovor nadležnom organu (ugovornom organu),
- odbije žalbu kao neosnovanu, ili
- donese jednu ili više odluka, navedenih u članu 51 stav 3 ili stav 4 ZJN, ako je žalba osnovana. U pomenutom stavu 3 navode se ovlaštenja, koje ima URŽ prije zaključenja ugovora o javnoj nabavci, a u stavu 4 ovlaštenja URŽ nakon zaključenja ugovora o javnoj nabavci.

Prije zaključenja ugovora o javnoj nabavci URŽ, ukoliko smatra da je odluka ili radnja ugovornog organa narušila bilo koju obavezu iz zakona, ovlašten je:

- sačiniti izjavu u vezi s pravnim pravilima ili načelima koji se odnose na predmet žalbe (kada stroža sankcija nije nužna);
- u cjelosti ili djelimično poništiti bilo koji akt ili odluku naručioca koji nisu u skladu sa ZJN, što podrazumijeva i ovlaštenja za otklanjanje bilo koje tehničke ili druge specifikacije koja nije u skladu sa zakonom;
- izdati ugovornom organu nalog da otkloni svaku povredu i da nastavi postupak djele ugovora u skladu sa nalogom (da se u cjelosti ili djelimično poništi bilo koji akt ili odluka ugovornog organa);
- izdati nalog za prekid postupka dodjele ugovora (ako nije moguće završiti postupak dodjele ugovora u skladu sa ZJN);
- donijeti odluku o naknadi štete žaliocu koji je, kao ponuđač, a zbog počinjene povrede ZJN, pretrpio gubitak ili štetu.

Nakon zaključenja ugovora o javnoj nabavci, URŽ, ukoliko smatra da je odluka ili radnja ugovornog organa narušila bilo koju obavezu iz ZJN, ima ovlaštenja:

- sačiniti izjavu u vezi s pravnim pravilima ili načelima koja se odnose na predmet žalbe, i ukoliko je to opravdano,
- dodijeliti naknadu štete žaliocu koji je, kao ponuđač, a zbog počinjene povrede ZJN, pretrpio gubitak ili štetu.

Visina odštete, ograničena je do iznosa troškova pripreme ponude, ili do maksimalno 10% ponudačeve ponudene cijene, zavisno o tome koji je od ova dva iznosa veći. URŽ može, ukoliko smatra da je odluka ili radnja ugovornog organa narušila bilo koju obavezu iz ZJN, naložiti ugovornom organu da žaliocu nadoknadi i troškove žalbenog postupka (troškove advokata, pošte, kopiranja i sl.). Svi ostali primjeri odštetnih zahtjeva u nadležnosti su redovnih (osnovnih/kantonalnih) sudova, a isto tako važi i za mogućnost naknade štete, koja bi bila veća od „odštete“, koju može (a i ne mora) dodijeliti URŽ.

Pri donošenju odluke URŽ je ograničen samo na povredu navedenu u žalbi, osim u granicama žalbe (primjer LOT1, LOT2, princip dispozitivnost), žalilac nije znao i nije imao načina da sazna za povredu ili povredu koja je ili je mogla uticati na odluku ugovornog organa o dodjeli ugovora o javnoj nabavci ili priznavanju sposobnosti. Ako tokom postupka odluke o žalbi dođe do povreda koje predstavljaju prekršaj zakona koji reguliše područje javnih nabavki, URŽ priprema prijedlog za prosljeđivanje postupka nadležnim organima. U slučaju otkrivanja neispravnosti, pretrpljene štete ili zloupotrebe tokom postupka donošenja odluke po žalbi, i ako postoji sumnja u ekonomičnost korišćenja javnih sredstava, URŽ o tome obavještava organe koji se bave kontrolom javnih sredstava, organe za kontrolu ugovornih organa i/ili druge odgovarajuće državne organizacije.

Kada URŽ utvrdi da je službena osoba ugovornog organa izvršila promišljenu i namjernu povredu ZJN, što je za rezultat imalo ugrožavanje principa iz člana 1 ZJN, URŽ može, uz ostala ovlaštenja navedena u ZJN član 52 (stav 1 do 5):

- podnijeti prekršajnu ili krivičnu prijavu nadležnom sudu, ili
- odrediti novčane kaznu u maksimalnom iznosu od 4000 KM.

URŽ može podnijeti prekršajnu ili krivičnu prijavu odnosno odrediti novčanu kaznu samo protiv službene osobe ugovornog organa, a ne protiv ugovornog organa (kao institucije odnosno pravne osobe), a isto tako ne protiv druge osobe, koja je vodila postupak u ime ugovornog organa (npr. advokata). Za razliku od naknade štete, novčane kazne su prihod budžeta.

URŽ je dužan dostavljati godišnji izvještaj Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine. Sadržaj i postupak donošenja izvještaja definisani su u Poslovniku o radu URŽ-a uz obavezu objavljivanja na web stranici URŽ-a, odnosno javnih nabavki (www.javne-nabavke.ba).

SUDSKA ZAŠTITA

Na odluku URŽ-a moguće je podnijeti tužbu Sudu Bosne i Hercegovine u roku od 45 dana od datuma kada je ta odluka upućena žalbeniku. O tužbi odlučuje Upravno odjeljenje Suda BiH (u skladu sa članom 14 Zakona o Sudu BiH).

U slučaju da tužba nije podnesena sudu u predviđenome roku, odluka URŽ-a je konačna. Odluke URŽ se sprovode u skladu sa članom 52 stav 6 ZJN, bez obzira na to da li će se podnijeti tužba Sudu BiH ili ne, što označi, da tužba Sudu Bosne i Hercegovine nema suspenzivni efekat.

Sudski postupak na Sudu Bosne i Hercegovine postaje mjerodavan tek po okončanju administrativnoga žalbenog postupka pred URŽ-om. Postavlja se pitanje, da li je moguće početi postupak u slučaju ćutanja administracije. Sigurno je da će Sud BiH tužbu protiv ugovornog organa u slučaju da žalilac (sada tužilac) prethodno nije podnio prigovor i žalbu, rješenjem odbaciti kao nedozvoljenu.

SRBIJA

UVODNO

U Republici Srbiji, javne nabavke, prije stupanja na snagu Zakona o javnim nabavkama - 2002. godine, nisu bile sistemski uređene ni zakonom, a ni podzakonskim aktima, već parcijalno. Naime, kao i na saveznom nivou i u Republici Srbiji su pojedina pitanja javnih nabavki regulisana propisima koji uređuju pojedine oblasti u kojima se javljaju javne nabavke (svojina, izgradnja objekata, budžet, programi opremanja organa i izvođenja radova i sl.). Pitanja javnih nabavki u Republici Srbiji bila su regulisana sljedećim propisima: Zakonom o sredstvima u svojini Republike Srbije, Zakonom o izgradnji objekata, Zakonom o budžetskom sistemu, Zakonom o budžetu Republike Srbije. Vlada Republike Srbije je na osnovu Zakona o vladi obrazovala i pojedine komisije sa zadatkom da obavljaju određene poslove u vezi sa javnim nabavkama. Primjeri takvih komisija su: Komisija za praćenje investicija u infrastrukturnim objektima i Komisija za izbor najpovoljnije ponude za nabavku opreme za registraciju i nadgradnju postojeće opreme za radioterapiju.

Zakon o javnim nabavkama Republike Srbije je donijet 2002. godine (Sl. glasnik RS, br. 39/2002; u daljem tekstu: ZJN), prema modelu slovenačkog zakona koji reguliše istu oblast. Tim zakonom je, prvi put u Republici Srbiji, poslije II svjetskog rata, na cjelovit način regulisana materija javnih nabavki. Na osnovu ZJN, donijeto je i više podzakonskih akata kojima je isti zakon sproveden, a tako što su detaljnije i preciznije regulisani pojedini instituti. Takođe, istim zakonom predviđeno je obrazovanje Uprave za javne nabavke, pri kojoj je trebala da bude osnovana i Komisija za zaštitu prava ponudilaca. Za direktne korisnike budžeta ZJN se primjenjavao od stupanja na snagu - 22.07.2002. godine, a za ostale naručioce od 01.01.2003. godine. Uprava za javne nabavke je osnovana 15.01.2003. godine, a prva Komisija koja je postupala po podnijetim zahtjevima za zaštitu prava ponudilaca je imenovana od strane Vlade Republike Srbije dana 26.12.2003. godine. Dakle, može se reći da je tek od kraja 2003. godine zaokružen sistem javnih nabavki u Republici Srbiji.

KOMISIJA ZA ZAŠTITU PRAVA

Komisija za zaštitu prava - prvobitno Komisija za zaštitu prava ponuđača - obrazovana je Zakonom o javnim nabavkama Republike Srbije. Osnovni cilj formiranja Komisije je zaštitu prava ponuđača i javnog interesa u svim fazama postupka za dodjelu ugovora o javnim nabavkama.

Sistem zaštite prava ponuđača i javnog interesa u postupcima za dodjelu ugovora o

javnim nabavkama u Republici Srbiji uspostavljen je na principu dvostepenosti: odluku o podnijetom zahtjevu u prvom stepenu donosi sam naručilac (državni organ, javno preduzeće, škola, bolnica, jedinica lokalne samouprave, koji nabavljaju radove, dobra ili usluge).

Naručilac može da donese odluku o poništenju postupka za dodjelu ugovora o javnoj nabavci u cjelini ili djelimično, ili odluku kojom se zahtjev odbija. Ukoliko naručilac odbije njegov zahtjev, podnosilac zahtjeva može podnijeti pisano izjašnjenje o nastavku postupka pred Komisijom za zaštitu prava koja o zahtjevu odlučuje u drugom stepenu. Komisija odlučuje u granicama podnijetog zahtjeva i donosi odluku protiv koje se ne može izjaviti žalba niti voditi upravni spor.

Komisija je organizaciono obrazovana pri Upravi za javne nabavke, čije infrastrukturne kapacitete (stručne službe, prostorije, opremu) koristi, ali funkcionalno postupuje samostalno, rješavajući o konkretnim zahtjevima za zaštitu prava.

Komisiju čine predsjednik i četiri člana, koje imenuje Vlada Republike Srbije na period od četiri godine, uz mogućnost ponovnog imenovanja. Zakonom su predviđeni uslovi koje moraju da ispune predsjednik i članovi, a to se prvenstveno odnosi na stručnu spremu i obrazovni profil. Tako je predviđeno da predsjednik mora biti diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom, dok je za članove određeno da moraju da imaju visoku stručnu spremu, a u pogledu zanimanja, odnosno obrazovnog profila da mogu da budu diplomirani pravnici (najmanje dva člana), diplomirani ekonomisti ili diplomirani inženjeri.

Sam način rada Komisije, s obzirom na to da isti nije određen Zakonom o javnim nabavkama, definisan je Poslovníkom o radu Komisije, koji je objavljen u Službenom glasniku RS, broj 85/2004. Navedenim aktom propisano je da Komisija odlučuje na sjednicama većinom glasova prisutnih članova, u okviru nadležnosti utvrđenih Zakonom o javnim nabavkama, i na osnovu shodne primjene odgovarajućih odredbi Zakona o opštem upravnom postupku. Zakonom o javnim nabavkama je određen i opšti rok za donošenje odluka Komisije, koji iznosi 15 dana od dana prijema kompletne predmetne dokumentacije, uz mogućnost da se, u naročito opravdanim slučajevima, taj rok produži za još 10 dana, o čemu se obavještavaju podnosilac zahtjeva i naručilac.

Kontrolu rada Komisije vrše Vlada i Narodna skupština Republike Srbije, kojima Komisija najkasnije do 1. februara tekuće godine podnosi izveštaj za prethodnu godinu. Takođe, shodno zaključku Odbora za finansije Narodne skupštine, Komisija navedenom odboru do 10. u mjesecu dostavlja detaljan izveštaj o radu u toku prethodnog meseca, sa kopijama svih donijetih odluka o poništenju postupaka za dodjelu ugovora o javnim nabavkama.

TOK POSTUPAKA ZAŠTITE PRAVA I NAČIN POSTUPANJA KOMISIJE PO PODNIJETOM ZAHTJEVU

Tok postupaka zaštite prava propisan je odjeljkom 8 Zakona o javnim nabavkama Republike Srbije (u daljem tekstu: ZJN).

Zahtjev za zaštitu prava može podnijeti svako lice koje ima ili je imalo interes da mu se dodijeli ugovor o javnoj nabavci, dok u slučaju povrede javnog interesa zahtjev podnosi Uprava za javne nabavke (član 132 ZJN). Zahtjev se može podnijeti u toku cijelog postupka za dodjelu ugovora o javnoj nabavci, protiv svake radnje naručioca (član 135 stav 1 ZJN).

Međutim, nakon što naručilac donese odluku o dodjeli ugovora o javnoj nabavci, rok za podnošenje zahtjeva je osam dana od dana prijema obrazloženog obavještenja o dodjeli ugovora o javnoj nabavci (član 135 stav 2 ZJN). Navedeni rok od osam dana je prekluzivnog karaktera, što znači da njegovo propuštanje ima za posljedicu odbacivanje podnietog zahtjeva kao neblagovremenog.

Zahtjevom za zaštitu prava ne mogu se osporavati radnje naručioca preduzete u postupku dodjele ugovora o javnoj nabavci, ako su podnosiocu zahtjeva bili ili mogli biti poznati razlozi za njegovo podnošenje prije nego što je naručilac donio odluku o dodjeli ugovora o javnoj nabavci, a podnosilac zahtjeva ga nije podnio prije donošenja takve odluke (član 135 stav 3 ZJN).

Kako u prvom stepenu o podnietom zahtjevu odlučuje naručilac, zahtjev za zaštitu prava podnosi se naručiocu u tri primjerka, neposredno ili poštom preporučeno sa povratnicom. Istovremeno, podnosilac zahtjeva je dužan da kopiju podnietog zahtjeva dostavi Komisiji (član 135 stav 4 i 5 ZJN). Dostavljanje kopije zahtjeva ima jedino karakter obavještenja da je pred naručiocem otpočeo postupak zaštite prava i Komisija nema zakonsku mogućnost da po njoj postupi.

Da bi postupak zaštite prava mogao da otpočne, podnijeti zahtjev mora da ima zakonom određenu sadržinu (član 136 stav 1 ZJN).

Nakon prijema zahtjeva, naručilac je dužan da ga najprije ispita u pogledu potpunosti i blagovremenosti. Takođe, dužan je da ispita da li je zahtjev podnijelo lice koje ima aktivnu legitimaciju.

Ukoliko zahtjev ne sadrži sve elemente propisane zakonom, naručilac je dužan da pozove podnosioca da u roku od tri dana dopuni zahtjev. Ako podnosilac zahtjeva ne postupi u određenom roku ili ga ne dopuni u skladu sa pozivom za dopunu, naručilac će donijeti zaključak kojim odbacuje takav zahtjev. Protiv zaključka naručioca, podnosilac

zahtjeva može u roku od tri dana od dana prijema zaključka podnijeti žalbu neposredno Komisiji.

Naručilac će zaključkom odbaciti zahtjev koji je neblagovremno podnijet ili ga je podnijelo lice koje nema aktivnu legitimaciju, u kojim slučajevima podnosilac zahtjeva, takođe, može u roku od tri dana od dana prijema zaključka podnijeti žalbu neposredno Komisiji (članovi 136 i 137 ZJN).

Poslije prethodnog ispitivanja, naručilac rješenjem odlučuje o podnietom zahtjevu tako što može u cjelini ili djelimično poništiti postupak za dodjelu ugovora o javnoj nabavci, ili odbiti podnijeti zahtjev. Naručilac je dužan da rješenje po zahtjevu, donese i dostavi podnosiocu zahtjeva u roku od 10 dana od dana prijema zahtjeva (član 138 stav 1 i 2 ZJN).

Ukoliko podnosilac zahtjeva nije zadovoljan donijetim rješenjem naručioca, može nastaviti postupak pred Komisijom za zaštitu prava tako što će se pismeno izjasniti naručiocu da nastavlja postupak pred Komisijom, a naručilac je dužan da dostavi Komisiji kopiju pismenog izjašnjenja o nastavku postupka, kao i kompletnu dokumentaciju koja se odnosi na predmetni postupak javne nabavke (član 139 ZJN).

Zakonom je propisan i izuzetak od opšteg pravila da se pismeno izjašnjenje dostavlja najprije naručiocu koji ga, zatim, zajedno sa dokumentacijom koja se odnosi na predmetni postupak prosljeđuje Komisiji. To je situacija kada naručilac u roku od 10 dana od dana kada mu je dostavljen zahtjev, podnosiocu zahtjeva ne dostavi rješenje donijeto po zahtjevu. U navedenom slučaju, podnosilac zahtjeva može nastaviti postupak tako što će u roku od naredna tri dana neposredno Komisiji dostaviti pismeno izjašnjenje, o čemu je u istom roku, dužan da obavijesti i naručioca (član 138 stav 4 ZJN).

Dakle, inicijalni akt da bi Komisija uopšte mogla da odlučuje u postupku zaštite prava, je akt koji je zakonom definisan kao „Pismeno izjašnjenje podnosioca zahtjeva o nastavku postupka“. Sve dok takav akt, u konkretnom postupku za dodjelu ugovora o javnoj nabavci, ne bude dostavljen, Komisija za zaštitu prava nema zakonsku mogućnost da na osnovu podnietog zahtjeva za zaštitu prava odlučuje.

Ukoliko izjašnjenje bude dostavljeno u svemu na način propisan zakonom i steknu se sve zakonom propisane procesne pretpostavke, te se Komisija upusti u odlučivanje o podnietom zahtjevu, Komisija odlučuje u granicama podnietog zahtjeva, kao i o povredama za koje podnosilac nije znao i nije mogao znati, a koje su uticale na odluku naručioca u postupku javne nabavke (član 140 stav 1 ZJN).

Nakon što joj bude dostavljena kompletna dokumentacija koja se odnosi na predmetni postupak, Komisija najprije prethodno ispituje da li su zahtjev i izjašnjenje blagovre-

meni, da li su podnijeti od strane lica koje ima aktivnu legitimaciju, te da li podnijeti zahtjev sadrži sve zakonom propisane elemente. Po sprovedenom postupku prethodnog ispitivanja, Komisija se upušta u meritorno odlučivanje o podnijetom zahtjevu.

U postupku zaštite prava Komisija može odlučiti donošenjem rješenja ili zaključka (član 144 stav 1 i 2 ZJN).

Komisija zaključkom može da odbaci zahtjev za zaštitu prava:

- u slučaju kada je zahtjev za zaštitu prava, odnosno izjašnjenje o nastavku postupka pred Komisijom podnijet neblagovremeno;
- ako je zahtjev podnijelo lice koje nema aktivnu legitimaciju;
- ako podnositelj zahtjeva nije u ostavljenom roku dopunio zahtjev, odnosno nije ga dopunio u skladu sa pozivom za dopunu.

Komisija zaključkom može i da obustavi postupak na osnovu prijema pismenog izjašnjenja o povlačenju zahtjeva za zaštitu prava prije donošenja odluke.

Komisija rješenjem može da:

- odbije zahtjev kao neosnovan;
- usvoji zahtjev i u cjelini ili djelimično poništi postupak za dodjelu ugovora o javnoj nabavci;
- potvrdi zaključak naručioca ili poništi zaključak naručioca o odbacivanju zahtjeva.

O zahtjevu za zaštitu prava, Komisija je dužna da odluči rješenjem u roku od 15 dana od dana prijema kompletne dokumentacije. Ovaj rok se u naročito opravdanim slučajevima može produžiti za najduže 10 dana, o čemu se obavještavaju podnositelj zahtjeva i naručilac (član 141 ZJN).

O žalbi protiv zaključka naručioca, Komisija je dužna da odluči u roku od 8 dana od dana prijema žalbe.

Odluka koju Komisija donese u postupku zaštite prava je konačana i pravosnažna, odnosno protiv iste se ne može izjaviti žalba niti voditi upravni spor (član 144 stav 9 ZJN).

Podnositelj zahtjeva može protiv naručioca podnijeti tužbu pred nadležnim sudom za naknadu štete.

Ugovori o javnoj nabavci zaključeni suprotno odluci Komisije su ništavni (član 145 stav 1 tačka 7 ZJN).

ANALIZA RAZLOGA ZA PONIŠTENJE POSTUPAKA JAVNIH NABAVKI, NA OSNOVU PRAKSE KOMISIJE

4.4.1. NEZAKONITOSTI U KONKURSNJOJ DOKUMENTACIJI (RAZLOG ZA PONIŠTENJE JAVNE NABAVKE U CJELINI)

Nepreviđenosti i nedostaci u „Uputstvu ponuđačima kako da sačine ponudu“ kao obaveznom sastavnom dijelu konkursne (ili, popularno rečeno, „tenderske“) dokumentacije:

- nepostojanje konkursne dokumentacije, koja bi trebalo da sadrži sva uputstva potrebna za sastavljanje i dostavljanje ponude;
- određene rokove za podnošenje ponuda u javnom pozivu i u konkursnoj dokumentaciji koji je kraći od rokova određenih Zakonom o javnim nabavkama, čime se ponuđači sprečavaju da pripreme kompletne, odnosno ispravne ponude, sa svim traženim dokazima, i sa adekvatno analiziranim i ponuđenim uslovima za realizaciju konkretnog ugovora;
- neprecizno određivanje mjesta podnošenja ponuda, kao i datuma i mjesta otvaranja istih;
- previsok iznos za otkup konkursne dokumentacije na osnovu koje se jedino i može sastaviti ponuda, jeste razlog zbog kojih ponuđači mogu da odustanu od konkretne javne nabavke, i time budu diskriminisani.

Diskriminatorni uslovi za učestvovanje određeni u konkursnoj dokumentaciji:

- kada bi naručilac kao uslov za učešće u postupku neopravdano zahtijevao, primjera radi, dostavljanje sertifikata tačno određene institucije, iako je sasvim odgovarajući i sertifikat koji izdaju i druge ustanove;
- zahtjev naručioca da ponuđači, kao referentne, imaju realizovane nabavke određene visoke vrijednosti, što je u slučaju da je procijenjena vrijednost konkretne javne nabavke znatno niža od tog traženog iznosa, potpuno neopravdano;
- u pogledu referenci, zahtijevanje uslova da su ponuđači, u određenom periodu, realizovali nabavke dobara, usluga ili radova koji nisu u logičkoj vezi sa predmetom konkretne javne nabavke, i to tako što se, recimo, nerijetko, za izvođenje sasvim jednostavnih građevinskih radova traže realizovane reference na veoma složenim i velikim objektima.

Diskriminacija ponuđača i ograničenje konkurencije kroz tehničke specifikacije (kao skup opisanih tehničkih karakteristika) u konkursnoj dokumentaciji:

- kada naručilac u konkursnoj dokumentaciji naznači bilo koji pojedinačni robni znak, patent ili tip, posebno porijeklo ili proizvodnju;

- naručilac bi izvršio značajnu diskriminaciju ponuđača, a posljedično i ograničenje konkurencije, ukoliko bi prilikom opisa tehničkih karakteristika, recimo, vozila koja nabavlja tražio da ista budu isključivo određenih proizvođača ili određenog tipa (u praksi su poznati i slučajevi u kojima je naručilac tražio tačno određenu marku kompjuterske hardverske opreme);
- zahtijevanje određenog porijekla dobra ili usluge, kao, recimo, insistiranje da dobro mora da bude s određenog geografskog područja;
- kada naručilac u tehničkim specifikacijama „prepiše“ tehničke karakteristike i dimenzije tačno određenog uređaja koji je predmet javne nabavke, u kojim situacijama ponuđači koji preuzimaju konkursnu dokumentaciju moraju da budu veoma oprezni, te da sa posebnom pažnjom razmotre tehničke specifikacije traženog predmeta, odnosno da li su to, u stvari, tehničke karakteristike koje može da ponudi samo određeni ponuđač (vozila određenih dimenzija, zapremine motora, nosivosti itd.);

U posljednjem slučaju naručilac ne favorizuje otvoreno određene ponuđače, navođenjem njihovog naziva ili navođenjem tipa proizvoda koji samo oni nude, što nije teško otkriti i osporiti, već kroz suptilno opredjeljenje karakteristika pokušava da posao „namjesti“ svojim favoritima. Osporavanje takvih karakteristika nameće i ne baš tako laku obavezu Komisiji za zaštitu prava da ispita sve okolnosti slučaja, te da istraži da li, zaista, određene karakteristike mogu da ispune samo određeni naručiocu poznati ponuđaču.

Nezakonitosti prilikom određivanja kriterijuma i njihovih elemenata (potkriterijuma), na osnovu kojih se ponude ocjenjuju i rangiraju (moguće je izvršiti diskriminaciju određenih ponuđača, s tim da takva diskriminacija ne izaziva automatsko isključenje ponude onog ko je diskriminisan, kao kod uslova za učestvovanje, već onemogućava ponuđača da dobije određeni broj bodova):

- vrednovanje sa velikim brojem pondera (bodova) određenih sertifikata kvaliteta koje posejduju samo određeni ponuđači, a koji su, u suštini, nepotrebni sa stanovišta predmeta konkretne javne nabavke, predstavlja diskriminaciju onih ponuđača koji ih ne poseduju;
- vrednovanje određenih stručnih referenci koje po svojoj prirodi nisu od značaja za zadovoljenje konkretnih potreba naručioca (za pružanje usluge obuke iz stranih jezika, traži se da ponuđač ima i reference kao škola računara);
- ukoliko nije opisan način primjene elemenata kriterijuma, odnosno metodologija ocjenjivanja ponuda koja će omogućiti naknadnu objektivnu provjeru, već se ta metodologija formira tek kada se vidi sadržina ponuda, pa se onda podešava favoritima (jasna metodologija određena u konkursnoj dokumentaciji omogućava potencijalnim ponuđačima da unaprijed procijene svoje šanse da budu izabrani, ali omogućava

i Komisiji za zaštitu prava da ispita objektivnost naručioca prilikom rangiranja ponuda);

- naručioci često zloupotrebljavaju „kvalitet kao element kriterijuma, jer određuju da će se ponude u pogledu istog ocjenjivati na osnovu subjektivne ocjene članova komisije naručioca, pa tako, neijretko, određuju da će „kvalitet“ donositi i preko 50, od potencijalnih 100 bodova, a da pri tome ne opredijele kako će ponude moći da ostvaruju bodove u okviru definisanog maksimuma (u tom pogledu se zanemaruju mnogi dokazi o kvalitetu dobara, usluga i radova, koji se objektivno mogu uzeti u obzir, i to, prije svega, različiti sertifikati koji bi potvrđivali da je ono što je ponuđeno u skladu sa važećim standardima ili određenim tehničkim propisima);
- pored „kvaliteta“ koji nije opisan, često se zloupotrebljavaju i „dosadašnja iskustva“ kroz koje naručilac može da favorizuje one ponuđače sa kojima već duže vrijeme posluje i time sprečava druge koji bi bili povoljniji da budu izabrani, kao i „posebne pogodnosti“ kod kojih naručilac uzima u obzir različite beneficije koje nude ponuđači, koje, u svojoj suštini, nemaju nikakve veze sa predmetom konkretne javne nabavke (nude se studijska putovanja, kao i besplatne obuke iz oblasti koja nema veze sa konkretnom uslugom itd.).

4.4.2. NEZAKONITOSTI U FAZI STRUČNE OCJENE PONUDA (RAZLOG ZA DJELIMIČNO PONIŠTENJE JAVNE NABAVKE)

POGREŠNA OCJENA ISPRAVNOSTI PONUDA:

- ukoliko je ponuda ponuđača koji zahtijeva zaštitu svojih prava neosnovano odbijena od strane naručioca, jer, navodno, nema neki dokaz koji je tražen, a taj dokaz se, ipak, nalazi, u dokumentaciji dostavljenoj Komisiji od strane naručioca;
- ukoliko je ponuda izabranog ponuđača proglašena za najpovoljniju, iako je trebalo da bude odbijena jer nema neki od dokaza koji potvrđuje da je taj ponuđač ispunio uslove za učestvovanje (nije priložen dokaz o registraciji, plaćenom porezu, ili potrebna licenca za izvođenje građevinskih radova);

Pogrešno ocjenjivanje i rangiranje ponuda:

- kada naručilac uvodi nove elemente kriterijuma ili potkriterijume, koje nije predvidio konkursnom dokumentacijom, pa je očigledno da uvodi nova mjerila za ocjenu ponuda koja ponuđačima (osim favorizovanim) do tada nisu bila poznata;
- kada naručilac ponuđačima dostavi samo tabelarni pregled bodovanja ponuda iz koga se ne može zaključiti na koji način je izvršio bodovanje, jer je dat samo konačni pregled, a ne i način obračuna bodova po svakom od utvrđenih elemenata kriterijuma;

- kada naručilac ne izabere određenog ponuđača, i pored činjenice da je prvorangirani po ukupnom broju bodova koje je dobila njegova ponuda, već izabere nekog ko ima manji broj bodova, uz obrazloženje da je njegova ponuda „prema saznanjima njegovog stručnog osoblja“ bolja;
- kada naručilac zainteresovanom ponuđaču nije omogućio uvid u ponude konkurenata kako bi se taj ponudilac uvjerio da li je zaista ponuđeno ono što je naručilac uzeo u obzir prilikom izbora najpovoljnije ponude.

PLANIRANE IZMJENE ZAKONA U OBLASTI ZAŠTITE PRAVA

Nacrtom novog Zakona o javnim nabavkama, čije se usvajanje očekuje u toku 2007. godine, predložene su izmjene u načinu izbora, načinu finansiranja i unutrašnjoj organizaciji Komisije (neposredan izbor od strane republičkog parlamenta, svojstvo direktnog budžetskog korisnika i sopstvena stručna služba).

Takođe, korak naprijed u pravnoj regulativi kojom se uređuje postupak zaštite prava ponuđača i javnog interesa je i rješenje iz nacrta Zakona kojim se predlaže mogućnost pokretanja upravnog spora pred Upravnim sudom Republike Srbije. To će omogućiti i naručiocima i ponuđačima-podnosiocima zahtjeva za zaštitu prava da podnesu tužbe na odluke Komisije, i tako ospore zakonitost istih, što sada nije moguće.

PRILOG: DIREKTIVE EVROPSKIH ZAJEDNICA

DIREKTIVA VIJEĆA 89/665/EEZ

- od 21. decembra 1989. o usklađivanju zakona, propisa i upravnih odredbi koji se odnose na primjenu postupaka revizije kod dodjele ugovora o javnim nabavkama i javnim radovima
- VIJEĆE EVROPSKIH ZAJEDNICA, uzimajući u obzir Ugovor o osnivanju Evropske ekonomske zajednice, a posebno njegov član 100a,
- uzimajući u obzir prijedlog Komisije (1),
- u saradnji s Evropskim parlamentom (2),
- uzimajući u obzir mišljenje Ekonomskog i socijalnog odbora (3),
- budući da Direktive Zajednice o javnim nabavkama, a posebno Direktiva Vijeća 71/305/EEZ od 26. srpnja 1971. koja se tiče postupaka usklađivanja dodjele ugovora o javnim radovima (4), posljednji put izmijenjena i dopunjena Direktivom 89/440/EEZ (5), i Direktivom Vijeća 77/62/EEZ od 21. decembra 1976. o usklađivanju postupaka dodjele ugovora o javnim nabavkama (6), posljednji put izmijenjena i dopunjena Direktivom 88/295/EEZ (7) ne sadrže nikakve posebne odredbe koje osiguravaju djelitvornu primjenu;
- budući da postojeći aranžmani i na nacionalnom nivou i na nivou Zajednice za osiguravanje njihovih primjena uvijek na odgovarajući način ne osiguravaju usklađenost s relevantnim odredbama Zajednice, pogotovo u fazi kada se kršenja mogu otkloniti;
- budući da otvaranje postupka dodjele javnih nabavki natjecanju na nivou zajednice traži značajno povećanje jamstava u pogledu transparentnosti i nediskriminacije; budući da, u cilju postizanja konkretnih učinaka, na raspolaganju moraju stajati djelotvorna i brza sredstva u slučaju kršenja prava Zajednice na području javnih nabavki ili kršenja nacionalnih propisa koji primjenjuju to pravo;
- budući da neke države članice u nedostatku djelotvornih sredstava ili zbog neadekvatnosti postojećih sredstava odvrću preduzeća Zajednice da daju ponude u državi članici u kojoj je osnovano tijelo s ugovornih ovlašćenjima; budući da, stoga, države članice o kojima se radi moraju ispraviti takvo stanje;
- budući da, zbog kratkoće trajanja postupaka za dodjeljivanja javnih ugovora, nadležna tijela moraju, uz ostalo, biti ovlašćena preduzimati privremene mjere s ciljem prekidanja takvog postupka ili primjene odluka koje donosi tijelo s ugovornim ovlašćenjima; budući da kratkoća postupaka znači da gore spomenuta kršenja moraju biti hitno otklonjena;
- budući da je nužno osigurati da odgovarajući postupci postoje u svim državama članicama radi mogućnosti ukidanja odluka donijetih nezakonito i obeštećivanja osoba kojima je kršenje uzrokovalo štetu;

- budući da, kada preduzeća ne traže reviziju, neka kršenja mogu da ne budu otklonjena ukoliko se ne upotrijebi posebni mehanizam;
- budući da, u skladu s tim, Komisija, kada smatra da je došlo do jasnog i nedvosmislenog kršenja tokom postupka dodjele ugovora mora biti u mogućnosti na to ukazati nadležnim tijelima države članice i tijelu s ugovornim ovlaštenjima o kojem se radi, kako bi se mogli preduzeti odgovarajući koraci radi hitnog otklanjanja navodnog kršenja;
- budući da primjena odredbi ove Direktive u praksi mora biti preispitana kroz razdoblje od četiri godine od njene primjene na temelju informacija koje dostavljaju države članice, a koje se tiču funkcionisanja nacionalnih postupaka revizije,

PRIHVATA OVU DIREKTIVU:

ČLAN 1

- Države članice su dužne preduzeti mjere koje treba da osiguraju da, što se tiče postupaka za dodjelu ugovora koji spadaju pod djelokrug Direktiva 71/305/EEZ i 77/62/EEZ, odluke koje donose tijela s ugovornim ovlaštenjima budu provjerene na djelotvoran, i što je najvažnije, što brži način u skladu s uslovima utvrđenim u sljedećim članovima, a posebno članu 2 (7) s obrazloženjem da takve odluke predstavljaju povredu prava zajednice s područja javnih nabavki ili nacionalnih propisa koji primjenjuju to pravo.
- Države članice su dužne osigurati da ne bude diskriminacije između preduzeća koja prijavljuju kršenje u kontekstu postupka dodjele ugovora, kao posljedica razlike koje ova Direktiva proizvodi između nacionalnih propisa koji primjenjuju pravo Zajednice i drugih nacionalnih propisa.
- Države članice su dužne osigurati dostupnost postupaka revizije prema iscrpnim pravilima koja utvrđuju države članice, barem svakoj osobi koja jest ili je bila zainteresovana za dobijanje ugovora o posebnoj javnoj nabavci ili javnim radovima, a koja je pretrpjela ili bi mogla pretrpjeti štetu od navodnog kršenja. Posebno treba naglasiti da države članice mogu zahtijevati da osoba koja traži reviziju mora prije toga obavijestiti tijelo s ugovornim ovlaštenjima o navodnom kršenju i o svojoj namjeri da traži reviziju.

ČLAN 2

Države članice su dužne osigurati da mjere preduzete u pogledu postupaka revizije iz člana 1 uključuju odredbu koja se tiče ovlaštenja:

- preduzimanja privremenih mjera, što je prije moguće i na temelju interlokutornih

postupaka, s ciljem otklanjanja navodnog kršenja ili sprečavanja nanošenja daljih šteta interesima o kojima je riječ, uključujući mjere ukidanja ili osiguravanja ukidanja postupka dodjele javnih ugovora ili sprovođenja odluka koje donosi tijelo s ugovornim ovlaštenjima;

- ukidanja ili osiguravanja da se ukidaju nezakonito donijete odluke, uključujući brisanje diskriminirajućih tehničkih, ekonomskih ili finansijskih specifikacija kod pozivanja na podnošenje ponuda, ugovornih dokumenata ili bilo kojeg drugog dokumenta koji se odnosi na postupak dodjele ugovora;
- obeštećivanja osoba koje su oštećene kršenjem.
- Ovlaštenja utvrđena u stavu 1 mogu se prenijeti na posebna tijela odgovorna za različite aspekte postupka revizije.
- Postupci revizije ne moraju sami po sebi imati automatski suspenzivan učinak na postupke dodjele ugovora na koje se odnose.
- Države članice mogu osigurati da kod razmatranja mogućnosti nalaganja privremenih mjera, odgovorno tijelo može uzeti u obzir moguće posljedice takvih mjera za sve vrste interesa koji njima mogu biti povrijeđeni, kao i javnog interesa, te mogu odlučiti da neće donositi takve mjere u situacijama kada bi njihove negativne posljedice mogle nadmašiti njihove prednosti. Odluka da se ne donose privremene mjere ne šteti bilo kojem drugom zahtjevu osobe koja takve mjere traži.
- Države članice mogu osigurati da kada šteta prijavljena na temelju činjenice da je odluka donijeta nezakonito, takvu osporavanu odluku mora prvo ukinuti tijelo koje ima potrebna ovlaštenja.
- Rezultati izvršavanja ovlaštenja iz stava 1 za ugovor zaključen nakon njegove dodjele utvrđuje se na temelju nacionalnog prava. Nadalje, osim kada se odluka mora ukinuti prije dodjeljivanja odštete, država članica može osigurati da, nakon zaključivanja ugovora koji uslijedi nakon njegovog dodjeljivanja, ovlaštenja tijela odgovornog za revizorske postupke budu ograničena na dodjeljivanje odštete bilo kojoj osobi kojoj je kršenjem nanijeta šteta.
- Države članice su dužne osigurati da odluke koje donose tijela odgovorna za postupke revizije budu djelotvorno sprovedene.
- Ako tijela odgovorna za postupke revizije nisu pravosudne naravi, moraju se uvijek priložiti razlozi njihovih odluka u pismenom obliku. Nadalje, u takvom slučaju je nužno osigurati jemstvo za postupke, na temelju kojeg svaka navodno nezakonita

mjera donijeta od strane revizorskog tijela ili svaka navodna povreda učinjena pri izvršavanju ovlaštenja dodijeljenih tom tijelu može biti podvrgnuta sudskoj reviziji ili reviziji drugog tijela koje je sud u smislu člana 177 Ugovora o EEZ-u i nezavisna je i od tijela s ugovornim ovlaštenjima i od revizorskog tijela.

- Članovi takvog nezavisnog tijela imenuju se i razrešavaju na osnovu istih uslova kao i članovi pravosuđa u pogledu tijela odgovornog za njihovo imenovanje, trajanje mandata ili razrješenje. Barem predsjednik tog nezavisnog tijela mora imati iste zakonske i stručne kvalifikacije kao i članovi pravosuđa. To će nezavisno tijelo donositi odluke u skladu s postupkom saslušavanja objiju strana, a te će odluke, na način koji određuje svaka država članica, biti pravno obavezujuće.

ČLAN 3

- Komisija se može pozivati na postupak predviđen ovim članom, ako, prije nego što je zaključen ugovor, smatra da je došlo do jasnog i nedvosmislenog kršenja odredbi Zajednice na području javnih nabavki za vrijeme postupka dodjele ugovora koji spada pod djelokrug Direktiva 71/305/EEZ i 77/62/EEZ.
- Komisija je dužna obavijestiti države članice i tijelo s ugovornim ovlaštenjima o razlozima koji su je naveli na zaključak da je došlo do jasnog i nedvosmislenog kršenja i tražice njegovo otklanjanje.
- U roku od 21 dan od prijema obavijesti iz odlomka 2, država članica o kojoj se radi će Komisiju obavijestiti o sljedećem:
 - svojoj potvrdi da je kršenje otklonjeno; ili
 - obrazloženju zašto kršenje nije otklonjeno; ili
 - obavijest o tome da je postupak za dodjelu ugovora otkazalo tijelo s ugovornim ovlaštenjima na vlastitu inicijativu ili na temelju ovlaštenja iz člana 2 (1) (a).
- Obrazloženje u skladu sa stavom 3(b) može se, uz ostalo, temeljiti na činjenici da je navodno kršenje već predmetom sudskog ili drugog revizijskog postupka ili revizije prema članu 2 (8). U tom slučaju, država članica će izvijestiti Komisiju o rezultatu tih postupaka čim isti budu poznati.
- Ako uslijedi obavijest o tome da je postupak dodjele ugovora obustavljen u skladu sa stavom 3 (c), država članica će izvijestiti Komisiju kada to obustavljanje prestane važiti i kada drugi postupak ugovaranja koji se odnosi na cijeli ili na dio tog predmeta započne. Ta obavijest mora potvrditi da je navedeno kršenje otklonjeno ili mora sadržavati obrazloženje ako do tog otklanjanja nije došlo.

ČLAN 4

- Najkasnije četiri godine nakon primjene Direktive, Komisija će, u dogovoru sa Savjetodavnim odborom za javne ugovore, preispitati način na koji su primjenjivane odredbe ove Direktive i, ako je potrebno, predložiti njene izmjene i dopune.
- Do 1. marta svake godine, države članice će obavijestiti Komisiju o provođenju svojih nacionalnih revizijskih postupaka tokom prethodne kalendarske godine. Priroda te obavijesti određuje Komisija u dogovoru sa Savjetodavnim odborom za javne ugovore.

ČLAN 5

- Države članice će prije 1. decembra 1991. donijeti mjere potrebne za usklađivanje s ovom Direktivom. Komisiji su dužne dostaviti tekstove osnovnih nacionalnih zakona, propisa i upravnih odredbi koje prihvate na području koje uređuje ova Direktiva.

ČLAN 6

Ova Direktiva je upućena državama članicama.

SL br. C 230, 28.8.1987, str. 6 i SL br. C 15, 19.1.1989, str. 8
 SL br. C 167, 27.6.1988, str. 77 i SL br. C 323, 27.12.1989.
 SL br. C 347, 22.12.1987, str. 23.
 SL br. L 185, 16.8.1971, str. 5
 SL br. 210, 21.7.1989, str. 1
 SL br. L 13, 15.1.1977, str. 1
 SL br. L 127, 20.5.1988, str. 1.

DIREKTIVA VIJEĆA 92/13/EEZ

od 25. februara 1992. za usklađivanje zakona, propisa i upravnih odredbi koji se odnose na primjenu pravila Zajednice o postupcima nabavke subjekata koji djeluju na području vodosnabdijevanja, energije, prevoza i telekomunikacija

VIJEĆE EVROPSKIH ZAJEDNICA,

- Uzimajući u obzir Ugovor o osnivanju Evropske ekonomske zajednice, posebno njegov član 100a,
- uzimajući u obzir prijedlog Komisije(1),
- u saradnji s Evropskim parlamentom(2),
- uzimajući u obzir mišljenje Ekonomsko-socijalnog odbora(3), te
- budući da Direktiva Vijeća 90/531/EEZ-a od 17. rujna 1990. o postupcima nabavke subjekata koji djeluju na području vodosnabdijevanja, energije, prevoza i telekomunikacija(4) utvrđuje pravila postupka nabavke radi osiguravanja da potencijalni isporučio i ugovarači imaju pravednu mogućnost dodjele ugovora, ali ne sadrži nikakve posebne odredbe koje bi osiguravale njenu djelotvornu primjenu;
- budući da postojeći aranžmani i na nacionalnom nivou i na nivou Zajednice koji treba da osiguraju njenu primjenu nisu uvijek odgovarajući;
- budući da bi nepostojanje djelotvornih pravnih sredstava ili njihova neadekvatnost mogli odvratiti preduzeća na području Zajednice da daju ponude; budući da, stoga, države članice moraju izmijeniti takvu situaciju;
- budući da se Direktiva Vijeća 89/665/EEZ-a od 21. decembra 1989. u usklađivanju zakona, propisa i upravnih odredbi koje se odnose na primjenu postupaka revizije dodjele ugovora o javnoj nabavci i javnim radovima(5) ograničava na postupke dodjele ugovora u okviru Direktive Vijeća 71/305/EEZ-a od 26. srpnja 1971. o usklađivanju postupaka dodjele ugovora o javnim radovima(6), posljednji put izmijenjena Direktivom 90/531/EEZ-a, i Direktivom Vijeća 77/62/EEZ-a od 21. decembra 1976. koja se odnosi na postupke usklađivanja za dodjelu ugovora o javnim radovima(7), posljednji put izmijenjena Direktivom 90/531/EEZ-a;
- budući da otvaranje konkurencije za nabavke u spomenutim područjima u okviru Zajednice podrazumijeva prihvatanje odredbi koje treba da osiguraju odgovarajuće postupke kontrole dobavljačima ili ugovaračima u slučaju kršenja relevantnog prava Zajednice ili nacionalnih propisa koji primjenjuju to pravo;
- budući da je nužno osigurati značajno povećanje jamstava za transparentnost i nepostojanje diskriminacije, te budući da su u svrhu osiguravanja konkretnih rezultata potrebna djelotvorna i brza pravna sredstva;
- budući da treba uzeti u obzir posebnu prirodu određenih pravnih naloga davanjem ovlaštenja državam članicama da biraju između uvođenja različitih ovlaštenja koje se daju tijelima za reviziju, a koje imaju iste učinke;
- budući da jedna od opcija uključuje pravo izravne intervencije u postupke nabavke roba od strane tijela s ugovornim ovlaštenjima njihovim ukidanjem ili otklanjanjem odluka ili diskriminatornih klauzula u dokumentima ili publikacijama;

- budući da druga opcija omogućava djelotvoran indirektan pritisak na tijela s ugovornim ovlaštenjima kako bi se prisilili da otklone svako kršenje ili kako bi se spriječili da djeluju u smislu kršenja, te kako bi se spriječilo nanošenje povrede;
- budući da uvijek mora postojati mogućnost zahtjeva za odštetom;
- budući da u slučaju postojanja zahtjeva za odštetom u vezi troškova pripremanja ponude ili učestvovanja u postupku dodjele, osoba koja traži naknadu troškova, ne treba dokazivati da bi joj ugovor bio dodijeljen da do kršenja nije došlo;
- budući da tijela s ugovornim ovlaštenjima koja udovoljavaju pravilima o nabavci to na odgovarajući način objavljuju ; budući da to zahtijeva reviziju postupaka nabavki i postupanja tijela s ugovornim ovlaštenjima od strane nezavisnih osoba;
- budući da je u tu svrhu potreban sistem procjene pouzdanosti na osnovu kojeg će se dati izjava o ispravnoj primjeni propisa o nabavci što treba da bude objavljeno u Službenom listu Evropskih zajednica;
- budući da tijela s ugovornim ovlaštenjima moraju imati mogućnost poslužiti se, ako žele, sistemom procjene pouzdanosti; budući da im države članice moraju to omogućiti; budući da one to čine ili tako da same uspostave takav sistem ili da dopuste da se tijela s ugovornim ovlaštenjima posluže sistemom procjene pouzdanosti koji je ustanovila druga država članica; budući da one mogu prenijeti zadatak izvođenja provjere na osnovu sistema procjene pouzdanosti osobama, strukama ili osoblju institucija; budući da je potrebna fleksibilnost pri uvođenju takvog sistema zajamčena utvrđivanjem nužnih zahtjeva za isti u ovoj Direktivi; budući da operativne pojedinosti treba da budu utvrđene Evropskim normama na koje se ova Direktiva odnosi; budući da će države članice morati odrediti operativne pojedinosti prije donošenja pravila sadržanih u Evropskim normama, ili zajedno s njima; budući da, ako preduzeća ne traže reviziju, neka kršenja možda uopšte neće biti otklonjena, ako se ne primijeni posebni mehanizam;
- budući da, u skladu s tim, Komisija, kada smatra da je došlo do jasnog i nedvosmislenog kršenja tokom postupka dodjele ugovora, mora biti u mogućnosti na to ukazati nadležnim vlastima države članice i tijelima s ugovornim ovlaštenjima o kojem se radi, u svrhu preduzimanja odgovarajućih koraka radi što bržeg otklanjanja kršenja;
- budući da je potrebno osigurati mogućnost mirenja na nivou zajednice kako bi se sporazumno riješile nesuglasice;
- budući da primjenu ove Direktive u praksi treba provjeriti zajedno s Direktivom 90/531/EEC na osnovu informacija koje treba da pribave države članice u pogledu funkcionisanja nacionalnih postupaka revizije;
- budući da ova Direktiva mora stupiti na snagu istovremeno s Direktivom 90/531/EEZ ;
- budući da je ispravno da Kraljevina Španjolska, Republika Grčka i Republika Portugal dobiju odgovarajuće dodatno razdoblje prenosa ove Direktive u nacionalno zakonodavstvo, uzevši u obzir datume primjene Direktive 90/531/EEZ u tim zemljama,

USVAJA OVU DIREKTIVU:

POGLAVLJE I: Pravna sredstva na nacionalnom nivou

ČLAN 1

- Države članice preduzimaju mjere koje su nužne radi osiguravanja da će odluke koje donose ugovorne strane bitidjelotvorno razmotrene, a naročito da će to biti učinjeno što je brže moguće u skladu s uslovima utvrđenim u narednim članovima, posebno članu 2 (8) iz razloga što su takve odluke prekršile pravo Zajednice s područja nabavke ili nacionalne propise kojima se primjenjuje to pravo u vezi sa:
 - postupcima dobijanja ugovora koji spadaju pod djelokrug Direktive Vijeća broj 90/531/EEZ ; i
 - ispunjenja člana 3 (2) (a) te Direktive u vezi s ugovornim stranama na koje se ta odredba odnosi.
- Države članice su dužne osigurati da ne postoji diskriminacija među preduzećima koja mogu podnijeti tužbu zbog kršenja u kontekstu postupka dodjele ugovora kao rezultat razlike koju ova Direktiva proizvodi između nacionalnih propisa koji primjenjuju pravo Zajednice i drugih nacionalnih propisa.
- Države članice su dužne osigurati dostupnost postupaka revizije prema iscrpnim propisima koje utvrde države članice svakoj osobi koja je ili je bila zainteresirana za dobijanje posebnog ugovora i koja se izlaže ili se izložila riziku štete nanijete navodnim kršenjem. Posebno treba reći da države članice mogu tražiti da osoba koja traži provjeru prethodno obavijesti tijelo s ugovornim ovlaštenjima o navodnom kršenju i svojoj namjeri da zatraži reviziju.

ČLAN 2

- Države članice su dužne osigurati da mjere preduzete radi postupaka revizije iz člana 1 uključuju odredbu o ovlaštenjima ili
 - (a) preduzimanja, što je prije moguće i na osnovu interlokutornog postupka, privremene mjere s ciljem otklanjanja navodnog kršenja ili sprečavanja dalje povrede interesa o kojima se radi, uključujući mjere ukidanja ili jemstva za ukidanje postupka dodjele ugovora ili primjene bilo kakve odluke koju donosi tijelo s ugovornim ovlaštenjima; i
 - (b) otklanjanja ili osiguranja otklanjanja odluka donijetih na nezakonit način, uključujući uklanjanje diskriminatorskih tehničkih, ekonomskih ili finansijskih specifikacija u obavijesti o ugovoru, periodičnih obavijesti o namjeri, obavijesti o postojanju sistema kvalifikacija, raspisivanja javnog nadmetanja, ugovorne dokumentacije ili bilo kojih drugih dokumenata koji se odnose na postupak dodjele ugovora ili
 - (c) preduzimanja, što je prije moguće, i po mogućnosti kroz interlokutorni postupak, te

ako je moguće pravosnažnog postupka o biti i mjerama osim onih koje su navedene u tačkama (a) i (b), s ciljem ispravljanja svakog utvrđenog kršenja, te sprečavanja povrede interesa; i posebno, izdavanjem naloga za plaćanje određene svote u slučajevima kada kršenje nije otklonjeno ili spriječeno. Države članice mogu izabrati ovaj put bilo za sva tijela s ugovornim ovlaštenjima ili za pojedine kategorije tijela s ugovornim ovlaštenjima definisanim na temelju objektivnih kriterijuma, nastojeći u svakom slučaju sačuvati djelotvornost mjera donijetih radi sprečavanja povrede nanijete određenim interesima;

- (d) i, u oba gore navedena slučaja, dodjeljivanje odštete osobama kojima je nanijeta šteta kršenjem. Ako se odšteta potražuje s obrazloženjem da je odluka donijeta na nezakonit način, države članice mogu osigurati, ako je to u skladu s njihovim internim pravnim sustemom u okviru kojeg postoje tijela koja u tu svrhu imaju odgovarajuća ovlaštenja, da će se osporavana odluka ukinuti ili proglasiti nezakonitom.
- Ovlaštenja iz staka 1 mogu se prenijeti na posebna tijela odgovorna za različite aspekte postupka revizije.
 - Postupci revizije ne moraju sami po sebi imati automatski suspenzivan učinak na postupke dodjele ugovora na koji se odnose.
 - Države članice mogu osigurati da, prilikom razmatranja da li treba naložiti privremene mjere, odgovorno tijelo uzme u obzir izgledne posljedice mjera za sve interese koji bi mogli biti povrijeđeni, kao i za javni interes, te mogu donijeti odluku o posezanju za takvim mjerama kada bi negativne posljedice mogle premašiti prednosti. Odluka da se ne donesu privremene mjere ne dovodi u pitanje bilo koji drugi zahtjev osobe koja traži donošenje mjera.
 - Svota koju treba platiti u skladu sa stavkom 1 (c) treba biti dovoljno visoka da odvraća tijelo s ugovornim ovlaštenjima od daljeg kršenja. Plaćanje te svote može uslijediti zavisno od konačne odluke o tome da li je do kršenja stvarno došlo.
 - Učinci ostvarivanja ovlaštenja iz staka 1 o ugovoru zaključenom nakon njegove dodjele određuju se na temelju nacionalnog prava. Nadalje, osim u slučaju kada odluku treba ukinuti prije dodjeljivanja odštete, država članica može osigurati da, po zaključivanju ugovora nakon njegove dodjele, ovlaštenja tijela koje je odgovorno za postupke provjere budu ograničena na dodjeljivanje odštete svakoj osobi kojoj je nanijeta šteta takvim kršenjem.
 - Kod zahtjeva za odštetu koja se odnosi na troškove pripreme natječaja ili učestvovanja u postupku dodjele, od osobe koja podnosi zahtjev traži se da dokaže kršenje prava Zajednice na području nabavke roba i usluga ili nacionalnih propisa koji primjenjuju to pravo, s napomenom da je imala velike izgledne dobiti ugovor da nije došlo do povrede koja je uticala na dobijanje ugovora.
 - Države članice su dužne osigurati da će odluke koje donesu tijela odgovorna za postupke revizije, biti djelotvorno provedene.
 - Budući da tijela odgovorna za postupke revizije nisu pravosudne naravi, nužno je pismeno obrazloženje njihove odluke. Nadalje, u takvoj je situaciji potrebno osigurati

jamstvo za postupke kojima će sve nezakonite mjere koje je preduzelo tijelo zaduženo za reviziju ili će pogreška u izvršenju njemu povjerenih ovlaštenja biti predmetom sudske revizije ili revizije nekog drugog tijela kao što je sud ili sudište u smislu člana 177 Sporazuma, nezavisno i od tijela s ugovornim ovlaštenjima i tijela zaduženog za reviziju.

- Članovi nezavisnog tijela iz gornjeg stava imenuju se i razrješavaju pod istim uslovima kao i članovi pravosuđa od strane organa vlasti odgovornog za njihovo imenovanje, trajanje mandata i razrješenje. U najmanju ruku, predsjednik tog nezavisnog tijela imaće iste zakonske i stručne kvalifikacije kao i predstavnici pravosuđa. To nezavisno tijelo donosi odluke na temelju postupka u kojem se saslušavaju obje strane, i te su odluke, na temelju sredstava koja utvrđuje svaka država članica, pravno obavezujuće.

POGLAVLJE 2: Procjena pouzdanosti

ČLAN 3

- Države članice daju tijelima s ugovornim ovlaštenjima mogućnost pristupa sistemu procjene pouzdanosti u skladu s članovima 4 do 7.

ČLAN 4

- Tijela s ugovornim ovlaštenjima mogu postupke dodjele ugovora i postupanja u okviru djelokruga Direktive 90/531/EEZ-a podvrgavati povremenoj provjeri s ciljem dobijanja potvrde da su u datom trenutku ti postupci i postupanja u skladu s pravom Zajednice s obzirom na dodjelu ugovora i s nacionalnim propisima koji primjenjuju to pravo.

ČLAN 5

- Revizori su dužni dostaviti tijelu s ugovornim ovlaštenjima pismenu obavijest o rezultatima revizije. Prije nego što tijelu s ugovornim ovlaštenjima dostave obavijest iz člana 4, revizori se moraju uvjeriti da su otklonjene sve eventualne nepravilnosti u okviru postupaka dodjele i da su preduzete mjere protiv ponavljanja tih nepravilnosti.
- Tijela s ugovornim ovlaštenjima, nakon što dobiju revizorsku ocjenu, mogu u obavijest objavljenu u Službenom listu Evropskih zajednica u skladu s članovima 16 do 18 Direktive 90/531/EEZ-a uključiti i sljedeću izjavu: „Ugovorna strana je primila revizijsku ocjenu u skladu s Direktivom Vijeća 92/13/EEZ-a da su ... njezini postupci dodjele bili u skladu s pravom Zajednice i nacionalnim propisima koji primjenjuju to pravo“.

ČLAN 6

- Revizori moraju biti potpuno nezavisni s obzirom na tijela s ugovornim ovlaštenjima i krajnje objektivni u izvršavanju svojih dužnosti. Dužni su osigurati odgovarajuća jamstva o potrebnim stručnim kvalifikacijama i iskustvu.
- Države članice mogu navesti osobe, struke ili institucije za čije osoblje, pozvano da izvrši poslove revizije, smatraju da ispunjava zahtjeve iz stava 1. U tu svrhu, države članice mogu zahtijevati stručne kvalifikacije, u najmanju ruku na razini visokoškolske diplome u smislu Direktive 89/48/EEZ-e(8) koju smatraju odgovarajućom ili koja pokazuje da određeni ispiti stručnosti, organizirani ili priznati od strane države, pružaju takva jamstva.

ČLAN 7

- Odredbe članaova 4, 5 i 6 smatraju se neophodnim zahtjevima za stvaranjem Evropskih normi procjene pouzdanosti.

POGLAVLJE 3: KOREKTIVNI MEHANIZMI

ČLAN 8

- Komisija se može pozvati na postupke koje predviđa ovaj član ako, prije zaključenja ugovora, utvrdi da je došlo do jasnog i nedvosmislenog kršenja odredbi Komisije s područja nabavke roba i usluga tokom postupka dodjele ugovora u okviru djelokruga Direktive 90/531/EEZ-a ili u vezi s članom 3 (2) (a) iste Direktive u slučaju tijela s ugovornim ovlaštenjima na koja se ta odredba odnosi.
- Komisija će obavijestiti države članice i tijelo s ugovornim ovlaštenjima o razlozima koji su ga naveli da zaključi da je počinjena jasna i nedvosmislena povreda, te da zahtijeva njeno otklanjanje odgovarajućim sredstvima.
- U roku od 30 dana od prispjeća obavijesti iz staka 2, države članice o kojima je riječ će Komisiji dostaviti:
 - potvrdu o tome da je povreda otklonjena; ili
 - obrazloženje o tome zašto nije došlo do otklanjanja; ili
 - obavijest u smislu da je postupak o dodjeli ugovora otkazan ili od strane tijela s ugovornim ovlaštenjima na njegovu vlastitu inicijativu ili na temelju ovlaštenja utvrđenih u članu 2 (1) (a).
- Obrazloženje u skladu sa stavom 3 (b) može se uz ostalo oslanjati na činjenicu da je navodno kršenje već predmetom postupka sudske revizije ili revizije prema članu 2 (9). U tom slučaju će država članica obavijestiti Komisiju o rezultatima tih postupaka čim isti budu poznati.
- Ako je data obavijest da je postupak dodjele ugovora odložen u skladu sa stavkom 3 (c), država članica o kojoj je riječ obavijestit će Komisiju kada je odgoda ukinuta ili

kada je započeo drugi postupak ugovaranja koji se u cjelini ili djelimično odnosi na isti predmet. Ta će nova obavijest potvrditi da je utvrđena povreda otklonjena ili će uključiti obrazloženje o tome zašto nije uslijedilo otklanjanje.

POGLAVLJE 4: MIRENJE

ČLAN 9

- Osoba koja ima ili je imala interes dobiti posebni ugovor koji spada pod djelokrug Direktive 90/531/EEZ i koja, u odnosu na postupak dodjele tog ugovora smatra da joj je nanijeta nepravda ili je izložena riziku od nepravde nanijete navodnom povredom prava Zajednice na području nabavke ili nacionalnih propisa koji primjenjuju to pravo, može zahtijevati primjenu postupka mirenja iz člana 10 i 11.
- Zahtjev iz stavka 1 podnosi se u pisanom obliku Komisiji ili nacionalnim vlastima navedenim u Dodatku. Te vlasti će najhitnije uputiti zahtjev Komisiji.

ČLAN 10

- Ako Komisija smatra, na temelju zahtjeva iz člana 9, da se spor odnosi na ispravnu primjenu prava Zajednice, zatražiće od tijela s ugovornim ovlaštenjima da izjavi da li je voljan sudjelovati u postupku mirenja. Ako tijelo s ugovornim ovlaštenjima odbije učestvovati, Komisija će informisati osobu koja je podnijela zahtjev da postupak ne može započeti. Ako se tijelo s ugovornim ovlaštenjima složi, primjenjuju se stavci 2 do 7.
- Komisija predlaže, što je hitnije moguće, miritelja s popisa neovisnih osoba koje su ovlaštene za taj posao. Taj popis sastavlja Komisija nakon konsultacija sa Savjetodavnim odborom za javne ugovore, ili u slučaju subjekata s pravom ugovaranja, aktivnosti koje su definisane u članu 2(2) (d) Direktive 90/531/EEZ, nakon konsultacija sa Savjetodavnim odborom za nabavke s područja telekomunikacija.
- Svaka strana u postupku mirenja izjavljuje da li prihvaća miritelja te određuje dodatnog miritelja. Miritelji mogu pozvati ne više od dvije druge osobe u ulozi eksperata koji će ih savjetovati u njihovom radu. Stranke u postupku mirenja i Komisija mogu odbiti eksperta kojeg su pozvali miritelji.
- Miritelji će osobi koja traži primjenu postupka mirenja, tijelu s ugovornim ovlaštenjima i svakom drugom kandidatu ili ponudocu koji učestvuje u postupku dodjele ugovora, pružiti mogućnost zastupanja u tom predmetu usmeno ili pismeno.
- Miritelji će pokušati postići, što je prije moguće, sporazum između stranaka koji je u skladu s pravom Zajednice.
- Miritelji podnose Komisiji izvještaj o svojim nalazima i o postignutim rezultatima.
- Osoba koja podnosi zahtjev za postupak mirenja i tijelo s ugovornim ovlaštenjima imaju pravo u bilo koje vrijeme prekinuti postupak.

- Osim ako strane ne odluče drugačije, osoba koja podnosi zahtjev za postupak mirenja i tijelo s ugovornim ovlaštenjima odgovaraju za vlastite troškove. Osim toga, svaka strana snosi pola troškova postupka, što isključuje troškove stranaka zaduženih za intervenciju.

ČLAN 11

- Kada u odnosu na posebni postupak dodjele ugovora zainteresovana osoba prema članu 9, koja nije osoba koja traži postupak mirenja, vodi sudski postupak revizije ili drugi postupak preispitivanja u okviru značenja ove Direktive, tijelo s ugovornim ovlaštenjima će o tome izvijestiti miritelje. Oni su dužni obavijestiti osobu da je podnijet zahtjev za postupak mirenja i pozvati je da se u određenom roku izjasni da li pristaje učestvovati u postupku. Ako osoba odbije učestvovati, miritelji mogu odlučiti, ako je potrebno većinom, da se prekida postupak mirenja, ako smatraju da je učestvovanje osobe nužno radi rješavanja spora. O svojoj odluci će obavijestiti odbor i saopštiti mu razloge.
- Postupak pokrenut u skladu s ovim Poglavljem ne ide na štetu:
- bilo kojeg djelovanju koje Komisija ili neka država članica mogu preduzeti u skladu s članovima 169 ili 170 Ugovora ili temeljem poglavlja 3 ove Direktive;
- prava osoba koje traže postupak mirenja, tijela s ugovornim ovlaštenjima ili bilo koje druge osobe.

POGLAVLJE 5: ZAVRŠNE ODREDBE

ČLAN 12

- Najviše četiri godine nakon podnošenja ove Direktive, Komisija, u dogovoru s Savjetodavnim odborom za javne ugovore, preispituje način na koji se primjenjuju odredbe ove Direktive, a posebno korišćenje Evropskih normi i, ako je potrebno, daje prijedloge izmjena i dopuna.
- Prije 1. marta svake godine, države članice dostavljaju Komisiji informacije o funkcionisanju nacionalnih postupaka provjere tokom prethodne kalendarske godine. Način informisanja utvrđuje Komisija u dogovoru sa Savjetodavnim odborom za javne ugovore.
- U slučaju stvari koje se odnose na tijela s ugovornim ovlaštenjima čije su aktivnosti definisane u članu 2(2) (d) Direktive 90/531/EEZ, Komisija će, takođe, konsultovati Savjetodavni odbor o nabavkama s područja telekomunikacija.

ČLAN 13

- Države članice će prije 1. siječnja 1993. preduzeti mjere koje su potrebne za poštovanje ove Direktive. Kraljevina Španija preduzeće te mjere najkasnije do 30. juna 1995.

Republika Grčka i Republika Portugal preduzeće te mjere najkasnije do 30. juna 1997. O tome će odmah obavijestiti Komisiju.

- Kada države članice usvoje potrebne mjere, pozivaju se i na ovu Direktivu ili će to učiniti prilikom njezina službenog objavljivanja. Načine takvog pozivanja utvrđuju države članice.
- Države članice donose mjere iz stava 1 istog dana kad i one utvrđene Direktivom 90/531/EEZ).
- Države članice će Komisiji dostaviti tekst glavnih odredbi nacionalnog prava koje usvajaju u području na koje se odnosi ova Direktiva.

ČLAN 14

Ova Direktiva je namijenjena državama članicama.

SL br. C 216, 31.8.1990, str. 8; i SL br. 179, 10.7.1991, str. 8.

SL br. C 106, 22.4.1991, str. 82 i SL br. C 39, 17.2.1992.

SL br. C 60, 8.3.1991, str. 16.

SL br. L 297, 29.10.1990, str. 1.

SL br. L 395, 30.12.1989, str. 33.

SL br. L 185, 16.8.1971, str. 5.

SL br. L 19, 24.1.1989, str. 16.

DODATAK

Moguće je obratiti se nacionalnim vlastima kojima se upućuju zahtjevi za primjenu postupka mirenja iz člana 9.

BELGIUM

Services du Premier Ministre
Diensten Van de Eerste Minister
Ministère des Affaires économiques
Ministerie van Economische Zaken

DENMARK

Industri- og Handelsstyrelsen (supply contracts)
Boligsministeriet (works contracts)

GERMANY

Bundesministerium fuer Wirtschaft

GREECE

Ypoyrgeio Viomichanias, Energeias kai Technologias
Ypoyrgeio Emporiou Ypoyrgeio Perivallontos, Chorotaxias kai Dimosion Ergon

SPAIN

Ministerio de Economía y Hacienda

FRANCE

Commission centrale des marchés

IRELAND

Department of Finance

ITALY

Presidenza del Consiglio dei Ministri Politiche Comunitarie

LUXEMBOURG

Ministère des travaux publics

NETHERLANDS

Ministerie van Economische Zaken

PORTUGAL

Conselho de mercados de obras publicas e particulares

UNITED KINGDOM

HM Treasury

SADRŽAJ

| | |
|--|----|
| PRAVO JAVNIH NABAVKI U EU | 3 |
| 1. DIREKTIVE JAVNIH NABAVKI..... | 3 |
| 1.1. Stare materijalne direktive..... | 3 |
| 1.2. Nove materijalne direktive..... | 4 |
| 1.2.1. Uvod..... | 4 |
| 1.2.2. Svrha uređenja..... | 4 |
| 1.2.3. Sadržaj novih direktiva..... | 4 |
| 1.3. Direktive pravne zaštite..... | 7 |
| 1.4. Prijedlog novih direktiva pravne zaštite..... | 16 |
| 2. ULOGA EVROPSKE KOMISIJE I POSLJEDIČNO EVROPSKOG SUDA PRAVDE | 17 |
| 2.1. Uvodno..... | 17 |
| 2.2. Posebna uloga Evropske komisije..... | 18 |
| 2.3. Izvori informacija Evropske komisije..... | 18 |
| 2.4. Načelo oportuniteta prilikom pokretanja postupaka..... | 18 |
| 2.5. Sadržaj kršenja..... | 19 |
| 2.6. Odnos između postupaka na nivou Evropske zajednice i države članice..... | 20 |
| 2.7. Postupak prije podizanja tužbe..... | 20 |
| 2.7.1. Pismo o kršenju („Letter of infringement“)..... | 21 |
| 2.7.2. Obrazloženo mišljenje („Reasoned opinion“)..... | 21 |
| 2.8. Privremene mjere..... | 22 |
| 2.8.1. Postupak za izdavanje privremene mjere..... | 23 |
| 2.9. Sudska odluka i njene posljedice (ponovni sudski postupak)..... | 24 |
| 2.10. Mjere za usklađivanje..... | 24 |
| 2.10.1. Plaćanje novčane kazne..... | 25 |
| 2.10.2. Sadržaj mjera za usklađivanje..... | 26 |
| 2.10.3. Sprovođenje mjera za usklađivanje na nacionalnom nivou..... | 27 |
| 2.11. Zaključak..... | 27 |
| SUDSKA PRAKSA EVROPSKOG SUDA PRAVDE | 28 |
| 1. UVOD..... | 28 |
| 1.1. Evropska unija..... | 28 |

| | |
|--|-----|
| 1.2. Evropski Sud Pravde..... | 28 |
| 1.2.1. Vrste tužbi pred Sudom pravde..... | 30 |
| 1.2.2. Postupak pred Sudom pravde..... | 31 |
| 1.2.3. Izgled i objavljivanje presude..... | 33 |
| 2. POSTUPCI JAVNIH NABAVKI: ZNAČAJNIJE ODLUKE ESP..... | 34 |
| 3. PRAVNA ZAŠTITA U POSTUPCIMA JAVNIH NABAVKI: ZNAČAJNIJE ODLUKE ESP..... | 89 |
| PRAVNA ZAŠTITA U POSTUPCIMA JAVNE NABAVKE U CRNOJ GORI..... | 102 |
| 1.1 Povreda subjektivnih prava..... | 103 |
| 1.2 Pripremna faza..... | 103 |
| 1.3 Faza nakon objavljivanja i oglašavanja javnog poziva do donošenja odluke o izboru najpovoljnije ponude ili odluke o poništavanju postupka javne nabavke..... | 104 |
| 2. Prigovor..... | 105 |
| 2.1 Suspenzivno dejstvo prigovora..... | 106 |
| 2.2 Produženje rokova..... | 106 |
| 3. Odluke naručioca po prigovoru..... | 106 |
| 4. Žalba državnoj komisiji..... | 107 |
| 5. Državna komisija..... | 107 |
| 5.1 Zahtjevi prava Evropske Unije u pogledu statusa Državne Komisije..... | 109 |
| 5.2 Postupanje Državne Komisije..... | 111 |
| 6. Odluke državne komisije..... | 111 |
| 6.1 Razlozi za poništenje tendera..... | 112 |
| 7. Načelni stav Državne Komisije..... | 113 |
| 8. Slučajevi iz prakse..... | 115 |
| 8.1 Međusobni odnos prigovora i žalbe..... | 115 |
| 8.2 Aktivna legitimacija članova Joint Venture u postupcima zaštite prava ponuđača i javnog interesa..... | 115 |
| 8.3 Punomoćje advokata..... | 116 |
| 8.4 Imenovanje i sastav članova Komisije za otvaranje i vrednovanje ponuda..... | 117 |

| | |
|---|------------|
| 8.5 Pravo podnošenja žalbe u slučaju kada je naručilac djelimično udovoljio zahtjevima iz prigovora | 118 |
| 8.6 Dostavljanje potvrde umjesto dokaza o podobnosti traženih Zakonom | 118 |
| 8.7 Konsultacije naručioca sa nadležnim organima država ponuđača u pogledu dokaza podobnosti..... | 119 |
| 8.8 Objektivizacija potkriterijuma | 119 |
| 8.9 Nenavođenje količina predmeta javne nabavke u tekstu javnog poziva i u tenderskoj dokumentaciji | 120 |
| 9. Izvještaj naručioca o realizaciji naloga sadržanih u rješenju Državne Komisije..... | 121 |
| 10. Kaznene odredbe | 121 |
| 11. Mogući budući razvoj | 123 |
| SUDSKA ZAŠTITA..... | 124 |
| 1. Sudska zaštita prava iz postupka javne nabavke u upravno-sudskom sporu..... | 125 |
| 2. Sudska zaštita prava na naknadu štete iz postupka javne nabavke | 127 |
| 3. Sudska zaštita prava uređenih krivičnim i prekršajnim zakonodavstvima..... | 127 |
| 4. Naknada štete izmakle dobiti..... | 128 |
| KOMPARATIVNO UREĐENJE JAVNE NABAVKE U DRŽAVAMA BIVŠE JUGOSLAVIJE | 141 |
| 1. SLOVENIJA..... | 141 |
| 1.1. Uvod | 141 |
| 1.2. Sadržaj zakona..... | 141 |
| 1.2.1. Predmet zakona (član 1) | 144 |
| 1.2.2. Smisla upotreba ZPP (član 3) | 144 |
| 1.2.3. Aktivna legitimacija zastupnika javnog interesa (član 9)..... | 144 |
| 1.2.4. Nesuspendivnost postupka (član 11) | 145 |
| 1.2.5. Odlučivanje o zahtjevu za reviziju (član 16)..... | 145 |
| 1.2.6. Troškovi postupka (član 22) | 146 |
| 1.2.7. Odluka Državne revizorske komisije | 147 |
| 1.2.8. Ograničenja povezana s ostvarivanjem kršenja u postupku revizije..... | 147 |
| 1.2.9. Sužavanje aktivne legitimacije..... | 148 |

| | |
|---|------------|
| 2. HRVATSKA | 151 |
| 2.1. Uvod | 151 |
| 2.2. Institucije u sistemu javne nabavke..... | 151 |
| 2.3. Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabavke | 152 |
| 2.4. Pravna zaštita po pozitivnim materijalnim propisima..... | 154 |
| 2.5. Predstojeće zakonodavne izmjene..... | 156 |
| 2.5.1. Pregled budućih značajnih novina u sistemu pravne zaštite Republike Hrvatske | 158 |
| 2.5.2. Zaštita prava ponudilaca, brzina i efikasnost | 159 |
| 2.6. Umjesto zaključka..... | 160 |
| 3. BOSNA I HERCEGOVINA | 162 |
| 3.1. Institucije javne nabavke..... | 162 |
| 3.1.1. Agencija za javne nabavke..... | 162 |
| 3.1.2. Ured za razmatranje žalbi | 163 |
| 3.2. Postupak revizije | 164 |
| 3.2.1. Legitimni interes | 164 |
| 3.2.2. Podnošenje prigovora..... | 165 |
| 3.2.3. Žalbeni postupak pred Uredom za razmatranje žalbi..... | 168 |
| 3.3. Sudska zaštita | 171 |
| 4. SRBIJA..... | 172 |
| 4.1. Uvod | 172 |
| 4.2. Komisija za zaštitu prava | 172 |
| 4.3. Tok postupaka zaštite prava i način postupanja Komisije po podnijetom zahtjevu | 173 |
| 4.4. Analiza razloga za poništenje postupaka javnih nabavki, na osnovu prakse Komisije..... | 176 |
| 4.4.1. Nezakonitosti u konkursnoj dokumentaciji (razlog za poništenje javne nabavke u cjelini) | 176 |
| 4.4.2. Nezakonitosti u fazi stručne ocjene ponuda (razlog za djelimično poništenje javne nabavke) | 178 |
| 4.5. Planirane izmjene zakona u oblasti zaštite prava | 179 |
| PRILOG: DIREKTIVE EVROPSKE ZAJEDNICE..... | 180 |
| 1. DIREKTIVA VIJEĆA 89/665/EEZ..... | 180 |
| 2. DIREKTIVA VIJEĆA 92/13/EEZ..... | 186 |

