

**ŽALBA KAO SREDSTVO PRAVNE ZAŠTITE U POSTUPCIMA
JAVNIH NABAVKI**

**APPEAL AS A MEANS OF LEGAL POTECTION IN PUBLIC
PROCUREMENT PROCEDURES**

Pregledni znanstveni članak

*Prof. VŠ Slaviša Bjelogrić**

Sažetak

Rad analizira žalbu kao sredstvo pravne zaštite u postupcima javnih nabavki i postupanje ugovornih organa i Kancelarije za razmatranje žalbi BiH povodom izjavljenih žalbi, odnosno pojedine specifične i praktične probleme koji se pojavljuju u navedenom žalbenom postupku a koji su rezultat nepotpune i neadekvatne zakonske regulative, uz davanje prijedloga za izmjenu postojećih zakonskih rješenja.

Ključne riječi: žalba, javne nabavke, Kancelarija za razmatranje žalbi.

Abstract

This paper analyzes the appeal as a means of legal protection in public procurement procedures and actions of contracting parties and Procurement Review Office of BiH upon the appeals lodged, and specific and practical problems that appear in the appeal procedure as a result of the insufficiently and inadequate legislation pertaining to the stated issues, providing proposals for amendment of existing legislative.

Key words: appeal, public procurement, Procurement Review Office.

** Visoka škola „Logos centar“ Mostar; e-mail: slavisa.bjelogrlic@gmail.com*

1. UVOD

Važeći Zakon o javnim nabavkama* (u daljem tekstu: ZJN) koji se primjenjuje u Bosni i Hercegovini od 2014. godine, uređuje sistem javnih nabavki, pravila postupaka javnih nabavki, prava, obaveze i odgovornost učesnika postupaka javnih nabavki te nadležnosti Agencije za javne nabavke BiH i Kancelarije za razmatranje žalbi BiH (u daljem tekstu: KRŽ). Zakon u Opštim principima naglašava jednak i nediskriminirajući tretman prema svim ponuđačima, na način da se obezbijedi pravedna i aktivna konkurencija a sve u cilju najefikasnijeg korišćenja javnih sredstava, pri čemu eksplicitno propisuje da se dati principi primjenjuju i u postupku pravne zaštite (čl.3. st.2.). Generalno, pravna zaštita u postupcima javnih nabavki se zasniva na opštim načelima javnih nabavki, kao što su načela slobode kretanja roba i pružanja usluga, te na drugim načelima koja proizilaze iz navedenih, načelima tržišnog takmičenja, jednakog tretmana, zabrane diskriminacije, srazmjernosti i transparentnosti, te se osnovom navedenog može zaključiti da se pravna zaštita u užem smislu zasniva na načelima zakonitosti, efikasnosti, ekonomičnosti i kontradiktornosti (Aviani, 2008). Pravni lijekovi postupaka javnih nabavki su uređeni pravnim okvirom EU* i domaćim zakonima kojima se sprovodi taj okvir. Suštinski, cilj Direktiva o pravnim lijekovima je osiguranje da se nepravilnosti u postupku dodjele ugovora ospore i isprave čim do njih dođe, te bi primjenom istih trebalo da se unaprijedi zakonitost i transparentnost postupaka dodjele ugovora, izgradi povjerenje privrednih subjekata i pojednostavi otvaranje domaćih tržišta za inostranu konkurenciju u postupcima razmatrane vrste.*

Inače, sam pojam pravnog okvira sistema kontrole zakonitosti javnih nabavki i pravnih lijekova u zemljama članicama Evropske unije podrazumijeva širok koncept koji obuhvaća pravne osnove za osnivanje organa za kontrolu, oblast funkcionisanja sistema i procesna pravila.*

* „Službeni glasnik BiH“ br. 39/14 od 19.5.2014.god.

* Direktiva 89/665/EEZ, Direktiva 92/13/EZ, Direktiva 2007/66/EU, Direktiva 2014/23/EU

* Remedies, SIGMA, 2016, p.2.; dostupno na:

<http://www.sigmaxweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-12-200117.pdf>

* Public Procurement Review and Remedies System in the European Union; SIGMA, Sigma Paper No.41, p.25; dostupno na:

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=gov/sigma\(2007\)5](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=gov/sigma(2007)5)

Postupak pravne zaštite u postupcima javnih nabavki se, shodno odredbama ZJN, ostvaruje preko upravne i sudske zaštite, pri čemu Zakon kao stranke u postupku pravne zaštite predviđa žalioaca, ugovorni organ, izabranog ponuđača te druge privredne subjekte koji imaju pravni interes u konkretnom postupku nabavke (čl. 94. st.1.).

Prema ZJN, žalba predstavlja jedino sredstvo koje se može upotrijebiti protiv (nezakonitih) odluka i postupaka ugovornog organa u postupcima javnih nabavki, dok se postupak pravne zaštite odnosi na utvrđivanje zakonitosti odluka i radnji ugovornih organa, odnosno propuštanja istih. U odnosu na institut žalbe, ZJN sadrži specifične odredbe vezane za: stranke postupka pravne zaštite (čl. 94.); aktivnu legitimaciju podnositelaca žalbe (čl. 97.); način izjavljivanja žalbi (čl. 99.); postupak ugovornog organa po žalbi (čl.100.); rokove izjavljivanja žalbi (čl. 101.); sadržaj žalbe (član 105.); postupak sa neurednom žalbom (čl. 106.); postupanje KRŽ-a po žalbi (109. i 111.) i suspenzivno djelovanje izjavljenih žalbi (čl. 110).

Rad analizira naznačajniji dio odredbi ZJN koje se odnose na žalbu, uz identifikaciju pojedinih nedostataka zakonske regulative odnosno praktičnih problema koji se pojavljuju prilikom rješavanja žalbi od strane ugovornih organa i KRŽ-a, a sve u svrhu otklanjanja istih, izmjenama i dopunama postojećih zakonskih rješenja.

2. ŽALBA KAO PRAVNI LIJEK U POSTUPCIMA JAVNIH NABAVKI

Postupak pravne zaštite u postupcima javnih nabavki uređen je Dijelom tri, Glava I ZJN (čl. 94-121.). Žalba se izjavljuje KRŽ-u putem ugovornog organa, u rokovima i na način propisan zakonom (čl. 107.), pri čemu žalbu može podnijeti svaki privredni subjekat koji ima ili je imao interes za dodjelu ugovora o javnoj nabavci i koji učini vjerovatnim da je u konkretnom postupku javne nabavke bila ili je mogla biti prouzrokovana šteta zbog postupanja ugovornog organa, a koje se u žalbi navodi kao povreda ovog zakona i podzakonskih akata od strane ugovornog organa u postupku javne nabavke (čl. 97.). Evidentno je dakle, da je zakonodavac na navedeni način omogućio pravo na žalbu većem broju subjekata (privrednih), uključujući i grupe kandidata/ponuđača koji učestvuju u postupcima javnih nabavki. Kako proizilazi iz navedene zakonske odredbe, osnovni preduslov

vezan za dokazivanje (postojanja) aktivne legitimacije žalioaca se odnosi na kumulativno ispunjenje interesa za dodjelu ugovora te da je žalilac pretrpio ili mogao pretrpjeti štetu zbog nezakonitog postupanja ugovornog organa. Time je dakle, uređeno pitanje aktivne legitimacije kao glavne procesne pretpostavke postupka pravne zaštite. Razmatrano pitanje je inače, u prethodnoj praksi KRŽ-a izazivalo nedoumice u situacijama da li legitimaciju priznati ponuđaču čija je ponuda od strane ugovornog organa odbačena kao neprihvatljiva a koji izjavljuje žalbu osporavajući prihvatljivost ponude izabranog ponuđača (i ostalih prihvatljivih ponuda) a da pri tome ne osporava utvrđenu neprihvatljivost svoje ponude, odnosno da li aktivnu legitimaciju priznati nižerangiranom (prihvatljivom) ponuđaču (npr. četverorangiranom) koji osporava prihvatljivost ponuda ponuđača koji su u odnosu na njega bolje rangirani. Starija praksa KRŽ-a je u manjem broju slučajeva u navedenim situacijama odbacivala takve žalbe, oduzimajući aktivnu legitimaciju spomenutim kategorijama ponuđača, međutim u novijoj praksi KRŽ-a, potvrđenoj od strane Suda BiH, preovladava shvatanje da su ponuđači čije ponude nisu prihvatljive a koji osporavaju prihvatljivost (ostalih) ponuda, kao i nižerangirani ponuđači koji osporavaju prihvatljivost ponuda bolje rangiranih ponuđača, aktivno legitimisani za izjavljivanje žalbi, te da im se dozvoljava osporavanje prihvatljivosti ponuda izabranog i/ili bolje rangiranog/ih ponuđača.

Istovremeno, pitanje aktivne legitimacije zainteresovanih ponuđača koji izjavljuju žalbe na tenderske dokumentacije u praksi u pojedinim situacijama zaslužuje poseban komentar. Naime, postavlja se pitanje kako cijeliti aktivnu legitimaciju zainteresovanog ponuđača koji izjavljuje žalbu na tendersku dokumentaciju bez prethodnog utvrđivanja da li isti posjeduje sposobnosti obavljanja profesionalne djelatnosti tražene nabavkom (s obzirom na prirodu djelatnosti za koju je registrovan) a u odnosu na primjenu odredbi iz člana 97. ZJN po kojoj privredni subjekt treba da učini vjerovatnim da bi mu u konkretnom postupku javne nabavke, ožalbenom tenderskom dokumentacijom mogla biti prouzrokovana šteta zbog postupanja ugovornog organa. Kako praksa pokazuje, ugovorni organi i KRŽ meritorno rješavaju izjavljene žalbe na tenderske dokumentacije pretpostavljajući (postupajući po automatizmu) da žalioци posjeduju aktivnu legitimaciju, pri čemu se ne upuštaju u utvrđivanje da li isti posjeduju sposobnost obavljanja profesionalne djelatnosti koja je predmet nabavke (u

skladu sa važećim materijalnim propisima iz date oblasti). Sud BiH se u dosadašnjoj praksi nije izjasnio suprotno navedenoj praksi ugovornih organa i KRŽ-a. Razmatrano pitanje se dodatno usložnjava i činjenicom da u pojedinim postupcima navedene vrste, žalioци (kasnije) i ne dostave ponude, te je nesporno dakle, da u datim situacijama žalioци, kao zainteresovani ponuđači nisu pretrpjeli nikavu štetu. Dodatno, spomenute situacije povlače i pitanje opravdanosti naknade zahtijevanih troškova pravnog zastupanja žalilaca čije su žalbe izjavljene putem njihovih punomoćnika/advokata a koji su nakon usvajanja žalbi (od strane ugovornog organa ili KRŽ-a) takođe usvojeni. Dakle, riječ je o spornom pitanju kada se stiče svojstvo učesnika u postupku javne nabavke, odnosno kada žalbu mogu izjaviti privredni subjekti koji nisu učesnici u postupku (Buza, Tešanović, Petričević: 2015). U odnosu na navedena pitanja, ostaje da se vidi kako će KRŽ i Sud BiH u svojoj daljoj praksi postupati.

U kontekstu aktivne legitimacije, neophodno je naglasiti i da ZJN ne predviđa mogućnost pristupa pravnim lijekovima organima i institucijama koji su nadležni da štite javni interes. Sa pravom se može konstatovati, da bi takvu mogućnost, s obzirom da se u postupcima javnih nabavki raspolaže javnim sredstvima, trebalo omogućiti i određenim državnim organima da mogu izjaviti žalbu protiv rješenja kojima je povrijeđen zakon u korist pojedinca ili pravnog lica a na štetu javnog interesa, posebno imajući u vidu da Zakon o upravnom postupku (kao supsidijaran propis) dozvoljava da tužilac, pravobranilac i drugi organi, kada su zakonom ovlašćeni, mogu izjaviti žalbu u situacijama date vrste.*

Vezano za rokove izjavljivanja žalbi, ZJN je iste definisao na sljedeći način (čl. 101): (1) Žalba se može izjaviti: a) najkasnije sedam dana prije isteka roka za podnošenje zahtjeva za učešće ili ponuda u odnosu na podatke iz objavještenja; b) najkasnije 10 dana od dana preuzimanja tenderske dokumentacije; c) najkasnije 10 dana po prijemu zapisnika o otvaranju ponuda, u odnosu na radnje, postupanje, nečinjenja ili propuštanja u postupku otvaranja ponuda; d) najkasnije 10 dana po prijemu odluke kojom se odlučuje o pojedinačnom pravu iz javne nabavke u odnosu na postupak pregleda i ocjene sposobnosti, te postupak pregleda, ocjene i izbora

* Član 213. stav (2) Zakona o upravnom postupku („Službeni glasnik BiH“ br. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13, 53/16)

najpovoljnijeg ponuđača; e) najkasnije 10 dana po isteku roka za donošenje odluke o pojedinačnim pravima iz javne nabavke iz tačke d) ovog stava; (2) Žalba se izjavljuje najkasnije 30 dana po saznanju da je ugovor zaključen bez provedenog postupka javne nabavke u suprotnosti s ovim zakonom, a najkasnije u roku od jedne godine od dana zaključenja ugovora u tom postupku; (3) U slučaju dodjele ugovora u sklopu okvirnog sporazuma iz člana 32. stav (5) ovog zakona ili u okviru dinamičkog sistema kupovine iz člana 123. ovog zakona, žalba se izjavljuje najkasnije 30 dana ako ugovorni organ obavijesti ponuđače da je ugovor na osnovu okvirnog sporazuma ili dinamičkog sistema kupovine zaključen u odnosu na postupak dodjele ugovora u sklopu okvirnog sporazuma ili dinamičkog sistema kupovine; (4) U slučaju pregovaračkog postupka bez objave obavještenja i postupka dodjele ugovora o nabavci usluga iz Aneksa II. Dio B, žalba se izjavljuje najkasnije: a) 10 dana od dana objave dobrovoljnog ex ante obavještenja o transparentnosti, ako je ovo obavještenje objavljeno; b) 30 dana od dana objave obavještenja o dodjeli ugovora, ako dobrovoljno ex ante obavještenje o transparentnosti nije objavljeno; (5) U postupcima nabavke male vrijednosti iz člana 88. stav (1) tačka a) ovog zakona žalba se izjavljuje u roku od pet dana od dana prijema odluke o izboru najpovoljnijeg ponuđača.

Dodatno, Zakon predviđa da će (povodom izjavljene žalbe) KRŽ poništiti ugovor ili okvirni sporazum ako je ugovorni organ: a) primijenio pregovarački postupak bez objavljivanja obavještenja ili je postupak dodjele ugovora o nabavci usluga iz Aneksa II. Dio B u suprotnosti s odredbama ovog zakona; b) propustio objaviti obavještenje o nabavci na portalu javnih nabavki ako se to zahtijeva ovim zakonom; c) zaključio ugovor ili okvirni sporazum u suprotnosti s članom 98. ovog zakona ako to sprečava URŽ da razmotri žalbu prije zaključenja ugovora ili okvirnog sporazuma; d) zaključio ugovor ili okvirni sporazum bez primjene postupka javne nabavke, osim u slučajevima kada to ovaj zakon dopušta (čl. 111. st.2.).

Iz navedenih odredbi ZJN, evidentno je da se žaliocima omogućava korišćenje žalbe u različitim fazama postupaka nabavki, pri čemu Zakon sadrži i odredbu po kojoj ukoliko žalilac propusti da izjavi žalbu u situacijama navedenim u st.2. citiranog člana Zakona, gubi pravo da traži ispitivanje zakonitosti po istom osnovu, u kasnijoj fazi postupka (čl. 100. st.6.). Spomenuta odredba zaslužuje poseban komentar. Naime, sa aspekta njene praktične primjene postavlja se pitanje kako cijeliti žalbu koja je

izjavljena na odluku o izboru najpovoljnijeg ponuđača pri čemu se prilikom razmatranja iste (od strane postupajućeg organa) utvrdi da pojedini dijelovi tenderske dokumentacije nisu sačinjeni u skladu sa zakonskim i podzakonskim odredbama iz oblasti javnih nabavki ili da su uslovi iz tenderske dokumentacije u suprotnosti sa materijanim propisima koji regulišu oblast predmetne nabavke, pri čemu žalbeni navodi žalioaca eksplicitno ne ukazuju na navedeno. U odnosu na dato pitanje, može se konstatovati da u praksi kontrolnih organa sistema javnih nabavki nema konzistentnog pristupa. Činjenica je da ZJN propisuje da su apsolutno bitne povrede postupka one o kojima KRŽ vodi računa po službenoj dužnosti i koje mogu dovesti do poništenja postupka (u potpunosti ili djelimično) u slučaju neusklađenosti tenderske dokumentacije sa zakonom i podzakonskim aktima, koja je dovela do nemogućnosti utvrđivanja osnovanosti žalbenih navoda ili do narušavanja osnovnih principa ZJN odnosno nezakonite dodjele ugovora (čl.103.st.1.a) ZJN). Istovremeno, Zakon u st.2. spomenutog člana, određuje da su relativno bitne povrede zakona one koje mogu dovesti do poništenja postupka, pod uslovom da se uspostavi direktan veza između povrede i ishoda postupka. Tumačenjem spomenutih odredbi Zakona, moglo bi se zaključiti da one u potpunosti ne obezbjeđuje rješenje odnosno odgovor na gore postavljeno pitanje. U datom kontekstu naglašava se da se u postupcima pravne zaštite, primjenjuju i načela zaštite javnog interesa i načela materijalne istine, shodno Zakonu o upravnom postupku. Prilikom traženja odgovora na postavljeno pitanje, treba poći od nešto jednostavnije situacije u kojoj KRŽ, prilikom razmatranja žalbe, nesporno utvrdi da je tenderska dokumenatacija postavljena suprotno ZJN, te je ostavljena mogućnost da se poništiti predmetni postupak nabavke. S tim u vezi, pojavljuje se pitanje da li poništiti cjelokupan postupak javne nabavke u svim situacijama kada se utvrdi da neki dio tenderske dokumentacije (a radi se o rješavanju žalbe koja nije izjavljena na sadržaj tenderske dokumentacije) nije sačinjen u skladu sa zakonskim i podzakonskim propisima a da žalilac u žalbi ne ističe navedeno kao žalbeni navod. Striktno tumačenje čl.103. st.1.a) ZJN navodi da bi se u svim takvim situacijama KRŽ trebao, po službenoj dužnosti, poništiti postupak (u potpunosti ili djelimično). Nadalje, pitanje se komplikuje kada se prilikom razmatranja žalbe utvrdi da su uslovi tenderske dokumentacije suprotni materijalnim propisima iz predmetne oblasti nabavke, pri čemu ponovo, žalilac datu kontradiktornost u svojoj žalbi i ne

ističe. U odnosu na navedeno, neophodno je istaći da KRŽ i Sud BiH smatraju da se u postupcima javnih nabavki mora voditi računa o pravilnoj primjeni materijalnih propisa iz (predmetne) oblasti nabavke, pod uslovom da isti nisu suprotni principima ZJN. U datom kontekstu napominje se da ZJN izričito propisuje da u slučaju da se različitim propisima u BiH uređuju ista pitanja kao ZJN, primjena navedenog zakona imaće prednost u odnosu na ostale propise (čl.122. st.4.). Pozivajući se ponovo na odredbe čl.103. ZJN, konstatuje se da Zakon ne sadrži odredbe koje su u vezi sa razmatranom situacijom, te je dakle, kontrolnim organima ostavljeno da u datim slučajevima, cijene zakonitost postupka kako sa aspekta primjene važećih normi iz oblasti javnih nabavki, tako i iz oblasti materijalnih propisa koji se odnose na predmet nabavke. U suštini, imajući u vidu načelo ekonomičnosti postupka, na KRŽ-u i Sudu BiH je složen posao nalaženja ravnoteže/balansa između javnog i privatnog interesa, ali ni u kom slučaju na štetu narušavanja načela zakonitosti.

U odnosu na odredbe ZJN vezane za rokove izjavljivanja žalbi, ponovo je potrebno ukazati na praktične aspekte primjene istih vezane za slučajeve u kojima žalioци izjavljuju žalbu na tendersku dokumentaciju (uručenjem pošti) u periodu od nekoliko dana (ili istog dana) prije krajnjeg dana za prijem ponuda, odnosno otvaranja ponuda, a da ugovorni organi, ne znajući za izjavljene žalbe (s obzirom da iste nisu zaprimili do zakazanog dana otvaranja ponuda) pristupe otvaranju ponuda, a često i ocjeni pristiglih ponuda, što dovodi do povrede postupka. Naime, ukoliko se od strane ugovornog organa u rečenim situacijama utvrdi da su žalbe osnovane, onda cjelokupan postupak postaje bespredmetan (kao ništav), te takve situacije dovode do nemogućnosti realizacije nabavke na strani ugovornog organa a istovremeno dolazi i do kršenja legitimnih očekivanja savjesnih ponuđača koji su u dobroj vjeri dostavili svoje ponude, čije je pripremanje, u svakom slučaju, prouzrokovalo određene troškove. U smislu izbjegavanja navedenih situacija, koje inače mogu nesavjesnim ponuđačima poslužiti za ometanje sprovođenja pojedinih nabavki, neophodna je zakonska intervencija kako bi se slučajevi navedene vrste onemogućili, pri čemu je od primarnog značaja voditi računa da se ne ugrozi garancija prava na djelotvorni pravni lijek.

Dodatno, u donosu na čl.101. ZJN, potrebno je konstatovati da Zakon ne sadrži odredbe o mogućnosti izjavljivanja žalbi u postupcima male vrijednosti, direktnih sporazuma, pri čemu se u praksi žalbe izjavljene u

datim postupcima odbacuju kao nedopuštene, te u svrhu preciznijeg definisanja procesnih prava učesnika postupaka javnih nabavki, ZJN bi trebao sadržavati precizno određene norme vezane za (ne)dopuštenosti žalbi u svim postupcima javnih nabavki koje predviđa.

ZJN takođe detaljno uređuje sadržaj žalbe (čl.105.), na način da izričito određuje sljedeće sadržajne elemente žalbe: a) ime ili naziv žalioca, prebivalište ili sjedište žalioca, ime zastupnika ili opunomoćenika žalioca ako ga ima; b) naziv ugovornog organa protiv kojeg se podnosi žalba; c) broj i datum postupka javne nabavke i podatke o objavljivanju obavještenja o javnoj nabavci, ako je obavještenje objavljeno; d) broj i datum odluke o izboru ponude, poništenju postupka ili druge odluke ugovornog organa; e) druge podatke o radnji, propuštanju radnje ili postupcima ugovornog organa koji su predmet postupka ili o predmetu nabavke; f) opis činjeničnog stanja; g) opis povreda ovog zakona i podzakonskih akata i obrazloženje; h) prijedlog dokaza; i) dokaz o plaćenju administrativnoj taksi na žalbu, u iznosu propisanom članom 108. ovog zakona; j) potpis žalioca ili potpis ovlaštenog lica odnosno opunomoćenika (ako ga žalilac ima) i pečat (ako ga žalilac ima).

U odnosu na navedeni dio Zakona, neophodno je naglasiti da isti sadrži bitan nedostatak u dijelu tačke i) koja spominje dokaz o plaćenju administrativnoj taksi na žalbu, u iznosu propisanom članom 108. ovog zakona, imajući u vidu da član 108. ZJN (naknada na žalbu) sadrži obavezu žalioca da uplati naknadu za pokretanje žalbenog postupka u različitim iznosima, te se dakle tačka i) čl.105. ZJN suštinski ne odnosi na administrativnu taksu, kako Zakon propisuje uplatu naknade pokretanja žalbenog postupka, čije neuplaćivanje, shodno članu 106. stav 2. ZJN, rezultira odbacivanjem žalbe kao neuredne (shodno čl.111.st.1.b). U praksi, KRŽ u odnosu na sadržaj čl.106. st.1. ZJN (prema kome ako dostavljena žalba ne sadrži podatke iz člana 105. stav (1) tač. a), b), c), d) e), h) i j), posebnim zaključcima poziva žalioca da upotpuni žalbu i određuje rok (ne duži od tri dana od dana prijema zahtjeva za dopunu) da dostavi dokaze o plaćenju naknadi pokretanja žalbenog postupka (kako bi se stekli uslovi za meritorno rješavanje žalbe) kao i dokaz o plaćenju administrativnoj taksi.

Izjavljena žalba, shodno čl.110. ZJN odgađa postupak nabavke, odnosno zaključenje/izvršenje ugovora ili okvirnog sporazuma (do donošenja odluke KRŽ-a), te je dakle riječ o suspenzivnom dejstvu žalbe, pri

čemu Zakon ipak predviđa izuzetak od datog pravila, propisujući da u postupku pravne zaštite KRŽ može odlučiti o zahtjevu ugovornog organa za nastavak postupka nabavke (čl.111. st.1. t.e), ali bez dalje elaboracije spomenute mogućnosti, odnosno elemenata koje bi KRŽ mogao koristiti prilikom odlučivanja o spomenutom zahtjevu ugovornog organa. U literaturi se ističe da bi, kao eventualni kriterije za ocjenu ravnoteže interesa, mogli poslužiti mogući nastanak štete nesrazmjerno veće od vrijednosti nabavke, zaštita javnog interesa, mogućnost ugrožavanja života i zdravlja ljudi ili druge ozbiljne opasnosti (Pejaković, 2015).

2.1. Žalbeni postupak pred ugovornim organom

Postupak ugovornog organa povodom izjavljene žalbe žalioaca je regulisan odredbama člana 100. ZJN. Zakon propisuje da je ugovorni organ dužan u roku od pet dana od prijema žalbe utvrditi njenu blagovremenosti i dopuštenosti odnosno da li je ista izjavljena od strane ovlaštenog lica (čl.100. st.1.), da bi, ukoliko utvrdi da nije, žalbu odbacio zaključkom protiv koga žalilac ima mogućnost izjavljivanja žalbe KRŽ-u, u roku od 10 dana od dana prijema zaključka (čl.100. st.2.). Spomenuti član Zakona, nadalje obezbjeđuje remonstrativni karakter žalbe, kako ugovorni organ ukoliko utvrdi da je ona djelimično ili u cijelosti osnovana, može rješenjem ispraviti radnju, preduzeti činjenje ili može postojeću odluku ili rješenje staviti van snage i zamijeniti je drugom odlukom ili rješenjem, ili poništiti postupak javne nabavke, te o tome obavijestiti učesnike u postupku javne nabavke na način određen ovim zakonom, u roku od pet dana od dana prijema žalbe (čl.100. st.3.). ZJN propisuje da se protiv spomenutog rješenja ugovornog organa može izjaviti žalba, posredstvom ugovornog organa, u roku od pet dana od dana prijema žalbe (čl.100. st.4.). Međutim, ako ugovorni organ utvrdi da je izjavljena žalba iz čl.101. ZJN nesnovana, dužan je, u roku od pet dana od datuma zaprimanja žalbe, istu proslijediti KRŽ-u, sa svojim izjašnjenjem na navode žalbe, i sa kompletnom dokumentacijom u vezi s postupkom protiv kojeg je izjavljena žalba (čl.100. st.5.). Iz navedenog se zaključuje, da je ugovorni organ povodom izjavljene žalbe, nadležan da ispita postojanje procesnih pretpostavki (žalbe), uz mogućnost usvajanja žalbe.

Navedena mogućnost da ugovorni organ prilikom izjavljene žalbe na njegovu odluku, shodno remonstrativnom dejstvu iste, može ispraviti radnju, preduzeti činjenje ili može postojeću odluku ili rješenje staviti van snage i zamijeniti je drugom odlukom ili rješenjem, ili poništiti postupak javne nabavke, se u dijelu literature smatra suvišnim odnosno nepotrebnim uz isticanje da ponovno odlučivanje (istog) organa koji je donio osporenu odluku predstavlja koliziju sa načelom pravne sigurnosti. Međutim, sa druge strane napominje se da navedeni način omogućava brzo rješavanje spora, sa ciljem da se spriječi dalji žalbeni postupak (pred KRŽ-om i eventualno Sudom BiH), ukoliko ugovorni organ ocijeni da je došlo do njegove greške nemarom ili ukoliko žalilac iznese ubjedljive razloge u vezi ispravljanja povrede zakona, te je dakle evidentno da je navedeno shvatanje prihvaćeno i od strane zakonodavca.*

U odnosu na dato pitanje a imajući u vidu činjenicu da KRŽ nema saznanja o izjavljenoj žalbi, predatoj ugovornom organu, potrebno je razmotriti situaciju kada ugovorni organ ne dostavi (prosilijedi) žalbu (kao neosnovanu) KRŽ-u, u roku i na način predviđen ZJN, kako ne postupa po čl.100. st.3. Zakona, tj. ne donese odluku po žalbi. Iz prakse KRŽ-a proizilazi da u datim situacijama, žalioци izjavljuju posebnu žalbu direktno KRŽ-u, navodeći u istoj da ugovorni organ nije postupio u skladu sa čl.100. ZJN, odnosno da njihovu (prethodno) žalbu nije riješio u skladu sa predviđenim rokovima i na način određen spomenutim odredbama Zakona. Tada, KRŽ dostavlja žalbu ugovornom organu, istovremeno zahtijevajući od istog obavještenje o statusu prethodno izjavljene žalbe ugovornom organu, te na takav način „podstiče“ ugovorni organ da riješi žalbu u pitanju. U odnosu na navedeno, napominje se da ZJN ne predviđa prekršajnu odgovornost ugovornog organa vezanu za situacije nepostupanja po rokovima iz člana 100. ZJN, te s obzirom na enumerativno normirane slučajeve prekršajne odgovornosti ugovornog organa iz člana 116. ZJN, spomenuto (ne)postupanje ugovornog organa bi trebalo sankcionisati odredbama prekršajne odgovornosti.

* *Public Procurement Training Manual, Module F, SIGMA, 2015, p.10; dostupno na: [www.http://www.sigmaxweb.org/publications/Module-F-%202015-clean.pdf](http://www.sigmaxweb.org/publications/Module-F-%202015-clean.pdf)*

2.2. Rješavanje žalbi pred KRŽ-om

Član 93. ZJN propisuje da je za rješavanje žalbi u postupcima javnih nabavki nadležan KRŽ, te da navedeni organ po zaprimanju žalbe, prvo utvrđuje blagovremenost i dopuštenost iste, kao i da li je žalba izjavljena od ovlaštenog lica (čl.109.). Odlučivanje KRŽ-a je uređeno čl. 111. st. (1) ZJN prema kome isti može:

- a) obustaviti postupak po žalbi zbog odustajanja od žalbe;
- b) odbaciti žalbu zaključkom zbog nenadležnosti, nedopuštenosti, neurednosti, neblagovremenosti i zbog toga što je izjavljena od lica koje nema aktivnu legitimaciju;
- c) odbiti žalbu zbog neosnovanosti;
- d) poništiti odluku, postupak ili radnju u dijelu u kojem je povrijeđen zakon ili podzakonski akti;
- e) odlučiti o zahtjevu ugovornog organa za nastavak postupka javne nabavke;
- f) poništiti ugovor o javnoj nabavci ili okvirni sporazum u okolnostima iz stava (2) ovog člana.

Istovremeno, KRŽ će, shodno st.2. spomenutog člana Zakona, poništiti ugovor o javnoj nabavci ili okvirni sporazum ako je ugovorni organ: a) primijenio pregovarački postupak bez objavljivanja obavještenja ili je postupak dodjele ugovora o nabavci usluga iz Aneksa II. Dio B u suprotnosti s odredbama ovog zakona; b) propustio objaviti obavještenje o nabavci na portalu javnih nabavki ako se to zahtijeva ovim zakonom; c) zaključio ugovor ili okvirni sporazum u suprotnosti s članom 98. ovog zakona ako to sprečava KRŽ da razmotri žalbu prije zaključenja ugovora ili okvirnog sporazuma; d) zaključio ugovor ili okvirni sporazum bez primjene postupka javne nabavke, osim u slučajevima kada to ovaj zakon dopušta.

Iz citiranih odredbi Zakona, evidentno je da ZJN reguliše odlučivanje KRŽ-a, pri čemu se primjećuje da Zakon ne obezbjeđuje dalje odredbe o pravilima postupka koji se vodi pred spomenutim organom (osim odredbi iz čl.94-112.). U navedenom kontekstu od bitnog značaja je naglasiti da ZJN propisuje da se prilikom rješavanja žalbi pred KRŽ-om, (supsidijarno) primjenjuju odredbe Zakona o upravnom postupku u dijelu postupka koji nije uređen odredbama ZJN (kako je to predviđeno čl.117.). Navedena

odredba Zakona zaslužuje poseban komentar sa aspekta same (pravne) prirode postupka pravne zaštite javnih nabavki. Imajući u vidu supsidijarnu primjenu Zakona o upravnom postupku eksplicitno predviđenu ZJN, prirodu samog upravnog postupka (iz Zakona o upravnom postupku) i odredbe ZJN iz čl.111. vezane za odlučivanje KRŽ-a, moglo bi se konstatovati da je postupak pravne zaštite upravni postupak koji se po svojoj prirodi približava obliku sudskog postupka ali da ipak ne odgovara u potpunosti definiciji sudskog postupka, te se s tim u vezi u literaturi navodi da organ koji rješava žalbe u postupcima javnih nabavki ne bi trebao biti upravni nego kvazisudski organ, na prelasku ka specijalizovanom sudstvu, kako je u datim situacijama riječ o miješanju upravnih i sudskih elemenata (Pejaković: 2015). Dakle, postupak pravne zaštite javnih nabavki, posmatran u cjelini, predstavlja posebnu vrstu upravnog postupka, s obzirom da Zakon o upravnom postupku predviđa mogućnost da se pojedina pitanja postupka za određenu upravnu oblast izuzetno, posebnim zakonom, mogu urediti drugačije nego li Zakonom o upravnom postupku, pod uslovom da ista nisu u suprotnosti sa načelima spomenutog zakona.*

Zakon nadalje propisuje da o vođenju postupka po žalbi, KRŽ obavještava izabranog ponuđača po službenoj dužnosti, dok se ostala lica sa svojstvom stranke mogu prijaviti za učešće u postupku po žalbi (čl.94. st.2.), pri čemu svaka stranka ima pravo da se izjasni o zahtjevima i navodima druge strane i da predloži dokaze a da KRŽ svakoj stranci u postupku dostavlja podneske koje zaprimi u predmetu, o kojima se raspravlja o glavnoj stvari ili predlažu nove činjenice i dokazi (čl.94. st.3.). Spomenute odredbe zaslužuju komentar sa aspekta načela kontradiktornosti postupka, zagarantovanog Zakonom o upravnom postupku.

Pojedini autori su stava da ZJN izričito ne zahtijeva kontradiktornost postupka pred KRŽ-om, iako kontradiktornost proizilazi iz njegovih pojedinih, nesistemske proklamovanih odredbi, kao u situaciji kad se ugovornom organu daje mogućnost da se izjasni o navodima žalbe u pisanom obliku, te dakle u Zakonu, umjesto načela usmenosti dominira načelo pismenosti, pri čemu ZJN izričito ne proklamuje ni načelo javnosti, što je u koliziji sa načelom pravne sigurnosti. S tim u vezi ističe se da je kontradiktornost predviđena ZJN, nepotpuna, kako se svodi na komunikaciju

* Član 2. Zakona o upravnom postupku

podnescima, te da da je Zakon trebao predvidjeti mogućnost strankama da iznesu svoje navode i dokaze na usmenoj raspravi (Pejaković: 2015). Iz prakse proizilazi da je značajan broj žalbi vezan za predmete u kojima učestvuju dvije ili više stranaka sa protivnim interesima, pri čemu KRŽ prilikom odlučivanja u takvim stvarima koristi odredbe vezane za poseban ispitni postupak predviđene Zakonom o upravnom postupku ali bez zakazivanja usmenih rasprava. Razmatrano pitanje ostaje otvoreno, u očekivanju zauzimanja decidnog stava u vezi istog od strane KRŽ-a (odnosno Suda BiH).

Sa aspekta rješavanja žalbi od strane KRŽ-a neophodno je obratiti pažnju i na zakonom određene rokove u kojima je dati organ dužan odlučiti po izjavljenoj žalbi.

Naime, čl. 111. st.11. ZJN propisuje da je KRŽ dužan da donese zaključak ili rješenje po žalbi u roku od 15 dana od dana kompletiranja žalbe od ugovornog organa ali ne kasnije od 30 dana nakon prijema žalbe od ugovornog organa. Evidentno je da je spomenuta odredba nije dovoljno precizno formulisana, kako iz iste nije jasno kada zaista spomenuti rok rješavanja žalbi počinje da teče, da li od dostavljanja žalbe KRŽ-u ili od dana predaje žalbe ugovornom organu. S tim u vezi, u cilju unapređenja efikasnosti cjelokupnog postupaka pravne zaštite, bilo bi poželjno reformulisati razmatranu odredbu Zakona, na način da se odredi precizan procesni trenutak od koga bi se računao rok u kome je kontrolni organ dužan riješiti izjavljenu žalbu u postupku.

Pitanje postupanja KRŽ-a u situacijama kada utvrdi da je potrebno poništiti odluku, postupak ili radnju, u dijelu u kojima je povrijeđen zakon ili podzakonski akt, takođe zaslužuje poseban osvrt. Naime, u većem broju slučajeva kada KRŽ postupajući po izjavljenoj žalbi utvrdi osnovanost iste, KRŽ, shodno čl.117.

ZJN primjenjuje odredbe čl.230. st.2. Zakona o upravnom postupku, prema kojima ako drugostepeni organ nađe da će nedostatke prvostepenog postupka brže i ekonomičnije otkloniti prvostepeni organ, on će svojim rješenjem poništiti prvostepeno rješenje i vratiti predmet prvostepenom organu na ponovni postupak, pri čemu je drugostepeni organ dužan svojim rješenjem ukazati prvostepenom organu u kom pogledu treba upotpuniti postupak, a prvostepeni organ dužan je u svemu postupiti po drugostepenom rješenju i bez odgađanja, a najkasnije u roku od 15 dana od dana prijema

predmeta, donijeti novo rješenje. Dakle, utvrđujući osnovanost žalbe, poništavajući ožalbenu odluku ugovornog organa, KRŽ vraća predmet na ponovno rješavanje ugovornom organu, ukazujući istom u kom pogledu treba upotpuniti postupak. Sa aspekta načela efikasnosti, navedenoj praksi KRŽ-a je moguće uputiti zamjerku, imajući u vidu mogućnost da sam KRŽ riješi predmetnu stvar meritorno (u potpunosti), bez vraćanja rješenja stvari na ponovni postupak ugovornom organu. Naime, smatra se da drugostepeni organi u načelu, ne bi trebali vraćati prvostepenim organima predmete na ponovni postupak kako bi se na taj način otklonile nepravilnosti u radu prvostepenog organa, postupak bi bio okončan, što bi strankama omogućilo da što prije ostvare svoja prava ili obaveze u javnom interesu (Krijan, 2002).

Međutim, činjenica je da u određenom broju slučajeva (koji nije zanemarljiv), ugovorni organ ne koriste u značajnijoj mjeri mogućnosti/ovlašćenja data ZJN i Zakonom o upravnom postupku u pogledu prvo, ocjene prihvatljivosti ponuda i drugo, prilikom postupanja po izjavljenim žalbama.

Naime, primjećuje se da ugovorni organ ne koriste u potpunosti mogućnosti predviđene zakonskim rješenjima prilikom ocjene ponuda ponuđača, donoseći paušalne i nedovoljno obrazložene ocjene (ne)prihvatljivosti ponuda. Na primjer, ugovorni organi prilikom ocjene prihvatljivosti ponuda često ne koriste zakonsku mogućnost da od kandidata/ponuđača zatraže pismeno pojašnjenje dostavljenih referenci (iz čl.48. st.5. ZJN) ili da pozovu kandidate/ponuđače da pokasne dokumenta/dostave originalne dokumente u cilju otklanjanja formalnog nedostatka dokumenata (iz čl.68. st.3. ZJN) a da upravo iz razloga vezanih za navedene elemente, ponudu odbaci kao neprihvatljivu.

Dodatno, kada je riječ o postupanju KRŽ-a, njegov rad je dalje usložen i činjenicom da u izvjesnom broju slučajeva, ugovorni organi prilikom rješavanja žalbi ne sprovode potpun postupak utvrđivanja činjeničnog stanja ili ga „utvrđuju“ paušalno, te žalbe kao neosnovane prosljeđuje KRŽ- u na dalje postupanje (shodno čl.100. st.5. ZJN), bez dovoljnog i detaljnog obrazloženja zašto je žalba cijenjena neosnovanom, faktički izbjegavajući decidno izjašnjavanje o izjavljenoj žalbi, odnosno zanemarujući ovlašćenja iz čl.100. st.3. Zakona. S obzirom na navedeno, načelno, praksi KRŽ-a vezanoj za primjenu čl.230. st.2. Zakona o upravnom postupku se ne bi mogle uputiti ozbiljnije zamjerke, imajući u vidu da se u

većem broju slučajeva nedostaci postupka sprovedenog pred ugovornim organom, mogu brže i efikasnije otkloniti od istog (u ponovnom postupku) a posebno s obzirom na činjenicu da upravo ugovorni organ (u najvećem broju slučajeva) raspolaže znatnom profesionalnom i stručnom ekspertizom/osobljem u predmetnoj oblasti nabavke, koja je nesporno u stanju da riješi žalbu sa ubjedljivim i obrazloženim argumentima. Međutim, ukoliko je ugovorni organ detaljno utvrdio činjenično i pravno stanje konkretne stvari, te isto precizno elaborisao uz dostavljeno izjašnjenje uz žalbu, u takvim situacijama bi KRŽ trebao riješiti stvar u potpunosti/meritorno, bez vraćanja stvari na ponovno odlučivanje ugovornom organu, kako bi suprotno postupanje KRŽ-a predstavljalo povredu načela efikasnosti i pravne sigurnosti.

Rješenja i zaključci KRŽ-a su konačna i izvršna (čl.111. st. 13. ZJN), te ugovorni organi i učesnici u postupku mogu pokrenuti upravni spor pred Sudom Bosne i Hercegovine (čl. 115. st. 1. ZJN), pri čemu Zakon eksplicitno određuje da se upravni spor vodi po hitnom postupku (čl.115. st.2. ZJN). Međutim, kako praksa pokazuje, sudsko odlučivanje po izjavljenim tužbama u datim postupcima traje duže od godine, što dovodi do narušavanja načela efikasnosti i pravne sigurnosti. Navedena praksa prouzrokuje niz složenih situacija, kako je u većini slučajeva postupak nabavke već okončan, odnosno ugovor je zaključen i izvršen, te oštećenim učesnicima u postupku jedino preostaje složena procedura ostvarivanja prava na naknadu štete zbog izmakle dobiti (čl.121. ZJN).

3. ZAKLJUČAK

Postupak pravne zaštite u postupcima javnih nabavki predstavlja poseban upravni postupak s obzirom na specifičnu pravnu prirodu javnih nabavki. Obezbeđivanje djelotvorne pravne zaštite postupaka javnih nabavki predstavlja jedan od najznačajnijih segmenata cjelokupnog sistema javnih nabavki, kako je dati elemenat direktno vezan za zaštitu prava učesnika postupaka javnih nabavki, tako i za zakonitost trošenja javnih sredstava kojima raspolažu ugovorni organi. Zbog toga je od velike važnosti uspostavljanje djelotvornog i transparentnog sistema pravne zaštite. U kontekstu rada, nameće se zaključak da ZJN karakteriše nedostatak odredbi koje se odnose na pravnu zaštitu, a koje bi na obuhvatan i pregledan način

djelotvorno uredile datu oblast, pri čemu se takođe istovremeno konstatuje da su pojedine od njih nedovoljno jasno postavljene, te da kao takve prozrokuju poteškoće prilikom njihove primjene u praksi.

S tim u vezi, rad je identifikovao neke od bitnih nedostataka postojećeg sistema pravne zaštite ZJN, uz predlaganje konkretnih mjera kojima bi se dati nedostaci otklonili.

U tom smislu, neophodno je poboljšati postojeći pravni okvir prava na zaštitu u postupcima javnih nabavki, na način da se isti sačini na koherentan i sistematski način, odnosno da se pojedini instituti jasnije i preciznije odrede, što bi neminovno dovelo do skraćivanja vremena sprovođenja postupka, smanjenja broja žalbi, boljeg korišćenja resursa kako ugovornih organa tako i kontrolnih organa, kao i uvećanja stepena pravne sigurnosti i zaštite legitimnih očekivanja učesnika postupka, a sve u svrhu smanjenja mogućnosti nezakonitih raspolaganja javnim sredstvima.

LITERATURA

1. Aviani, D., 2008. Pravna zaštita u postupku dodjele javnih ugovora-harmonizacija hrvatskog prava s *acquis communautaire*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 45, 1/2008
2. Buza H., Tešanović S., Petričević S., 2015. Javne nabavke, legislativa i praksa, Fakultet za upravu, Sarajevo,
3. Đelmo, Z., Selimić, M., 2012. Zaštita prava građana pred državnim organima uprave u Bosni i Hercegovini, Revija za pravo i ekonomiju, Pravni fakultet „Džemal Bijedić“ Mostar, broj: 1/2012,
4. Đerđa, D., 2013. Zaštita legitimnih očekivanja u upravnom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta, Sveučilište u Rijeci (1991) v.34, br.1
5. Krijan P., 2001. Komentar Zakona o upravnom postupku Federacije BiH sa sudskom praksom, Privredna štampa, Sarajevo,
6. Pejaković S., 2015. Analiza pravne zaštite u postupcima javnih nabavki u Bosni i Hercegovini, Analitika, Sarajevo,
7. Public Procurement Review and Remedies System in the European Union; SIGMA, Sigma Paper No.41, 2007
8. Public Procurement Training Manual, Module F, SIGMA, 2015
9. Remedies, SIGMA, 2016
10. Zakon o javnim nabavkama („Službeni glasnik BiH“ br.39/14)
11. Zakon o upravnom postupku („Službeni glasnik BiH“ br. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13, 53/16)