

Juni 2015. godine

## Preporuke za unaprjeđenje pravne zaštite u postupcima javne nabave u Bosni i Hercegovini

Pravna zaštita u postupcima javne nabave podrazumijeva skup pravnih normi koje uređuju mehanizme koji stoje na raspolaganju sudionicima u postupcima javne nabave u Bosni i Hercegovini (BiH), ako smatraju da su im odlukom ugovornoga tijela povrijeđena njihova prava i pravni interesi. Adekvatan normativni okvir osigurava i ostvarivanje temeljnih ciljeva pravne zaštite u postupcima javne nabave, kakvi su poticanje konkurencije, sprječavanje diskriminacije, nepotizma i korupcije. Na temelju takvog normativnog okvira, omogućava se i nabava roba i usluga bolje kvalitete za nižu cijenu (engl. *best value for money*), utječe se na racionalno trošenje javnopravnih sredstava i na brži gospodarski razvoj, te se osigurava i prilagodba temeljnim načelima i drugim standardima europskoga prava.

Temeljni pravni akt koji uređuje pravnu zaštitu u postupcima javne nabave u BiH je Zakon o javnim nabavama (ZJN).<sup>1</sup> Postupak pravne zaštite – upravni i sudski – inkorporiran je u odredbe ZJN-a. Uz ZJN, kao jedinstveni i temeljni akt koji uređuje pravnu zaštitu u postupcima javne nabave, supsidijarno se primjenjuje i Zakon o upravnom postupku (ZUP).<sup>2</sup> Institucionalni okvir pravne zaštite u postupcima javne nabave čine Agencija za javne nabave (AJN) i Ured za razmatranje žalbi (URŽ). AJN ima pretežito savjetodavnu ulogu, dok je nadležnost URŽ-a razmatranje žalbi u postupcima javne nabave.

Nezadovoljni sudionik u postupku javne nabave u BiH kao dostupne pravnozaštitne mehanizme u osnovi može koristiti žalbu u upravnom postupku i tužbu u upravnom sporu. Međutim, neka normativna rješenja, glede mogućnosti korištenja tih mehanizama i postupaka povodom njihova korištenja, pokazuju odstupanja od europskoga prava, jer u nedovoljnoj mjeri osiguravaju zakonitost, pravnu sigurnost, predvidivost i transparentnost, te slijedom toga ne pružaju potrebna jamstva dostupnosti i učinkovitosti pravne zaštite. Uz to, javlja se i problem nemogućnosti provedbe pojedinih odredaba relevantnoga zakonodavstva o javnoj nabavi.

Utemeljen prvenstveno na rezultatima studije o pravnoj zaštiti u postupcima javne nabave Centra za društvena istraživanja “Analitika”<sup>3</sup>, ovaj *policy memo* ima za cilj ukazati na ključne nedostatke u zakonskom okviru koji regulira pravnu zaštitu u postupcima javne nabave u BiH, te ponuditi preporuke u smislu mogućih načina prevazilaženja uočenih nedostataka. Preporuke se temelje na međunarodnim standardima i iskustveno provjerenim komparativnim rješenjima, te bi trebale pridonijeti definiranju zakonskih rješenja koja će voditi učinkovitijoj pravnoj zaštiti u praksi.

<sup>1</sup> “Zakon o javnim nabavama”, *Službeni glasnik BiH* 39/14. Zakon o javnim nabavama je stupio na snagu 19. 5. 2014.

<sup>2</sup> “Zakon o upravnom postupku BiH”, *Službeni glasnik BiH* 29/02, 12/04, 88/07, 93/09 i 41/13. Supsidijarna primjena odredaba ZUP-a u žalbenom stadiju javnonabavnoga postupka na postupak pred tijelom koje provodi pravnu zaštitu izričito je predviđena u “Zakon o javnim nabavama”, član 117.

<sup>3</sup> Stanka Pejaković, *Pravna zaštita u postupcima javne nabave u Bosni i Hercegovini* (Sarajevo: Analitika - Centar za društvena istraživanja, 2015).



Ovaj projekt finansira Evropska unija.



British Embassy  
Sarajevo

Ovaj projekt sufinansira Vlada Velike Britanije.

Ova publikacija je urađena uz pomoć Evropske unije i Vlade Velike Britanije. Sadržaj ove publikacije je isključiva odgovornost Analitike - Centra za društvena istraživanja i ni u kom slučaju ne predstavlja stanovišta Evropske unije niti stavove Vlade Velike Britanije.

## Supsidijarna primjena Zakona o upravnom postupku

Zakonom predviđena supsidijarna primjena Zakona o upravnom postupku (ZUP) u žalbenom stadiju javnonabavnoga postupka ne odgovara u cijelosti potrebama tog postupka. Stoga bi bilo korisno da zakonodavac odredi da je postupak koji se vodi po odredbama ZJN-a upravni postupak ili bi barem trebao predvidjeti da se odredbe ZUP-a u postupcima javne nabave primjenjuju na *odgovarajući* način. Tako bi se, barem načelno, ukazalo na specifičnost pravne zaštite u postupcima javne nabave.

### Status AJN-a

Nadležnosti AJN-a nisu dovoljno široko definirane, niti precizno određene ZJN-om. Tako je pružanje savjetodavnih mišljenja ograničeno isključivo na ugovorna tijela i ponuditelje, iako bi u krug potencijalnih ovlaštenika za podnošenje zahtjeva za davanje mišljenja, osim gospodarskih subjekata,<sup>4</sup> trebalo uključiti i širu javnost.

Među zakonom predviđenim nadležnostima ovoga tijela nedostaje i ona koja podrazumijeva obavljanje nadzora nad primjenom ZJN-a i provedbenih propisa ZJN-a. Naime, provedba upravnoga nadzora svojstvena je tijelima državne uprave, a AJN ima upravo takav status. Također, ZJN među nadležnostima AJN-a ne navodi podnošenje prekršajnih prijavi, ali u drugom članku određuje da AJN podnosi prijave za prekršaje u slučajevima kada nije bilo postupka povodom žalbe.<sup>5</sup> Sadržaj navedene odredbe ZJN-a problematičan je u kontekstu primjene jer Zakon ne govori o tome koje su vrste prekršaja u nadležnosti AJN-a, čime je AJN-u ostavljena mogućnost arbitrarnoga i samovoljnog postupanja. Stoga bi među nadležnosti ovoga tijela trebalo u ZJN uvrstiti i odredbu o podnošenju prekršajnih prijavi za sve prekršaje. Preduvjet za to je davanje AJN-u u nadležnost obavljanja poslova upravnoga nadzora.

### Status URŽ-a

Uočljivi su propusti i nedorečenosti ZJN-a glede statusa URŽ-a. Prije svega, s obzirom na to da se radi o tijelu koje rješava žalbe, zbog značaja tih poslova bilo bi dobro da je status ovoga tijela uređen posebnim zakonom,<sup>6</sup> kojim bi se, između ostalog, regulirao i personalni sastav URŽ-a, kao što je imenovanje i trajanje mandata članova, uvjeti za imenovanje članova, te plaća članova. Takvo bi rješenje bilo uputno, osobito zbog toga što bi URŽ trebao biti kvazisudsko, a ne upravno tijelo, kako je to sada slučaj. Naime, s obzirom na temeljnu funkciju ovoga tijela (razmatranje žalbi u postupcima javne nabave), URŽ ima određene upravne i sudske crte, zbog čega ga se, bez ograda, ne može svrstati među upravna, ali ni među sudska tijela. U tom smislu, što se tiče organizacijskoga ustroja URŽ-a, već su poduzete aktivnosti koje vode tome da ovo tijelo stekne svojstva suda ili tribunala u smislu čl. 267. UFEU-a i relevantnih presuda Europskoga suda.<sup>7</sup>

Zakon bi trebao odrediti rok za donošenje internih akata URŽ-a. Iako je pravna regulacija URŽ-a u značajnoj mjeri inkorporirana u odredbe ZJN-a, valja istaknuti i to da bi unutarnja organizacija trebala biti uređena Pravilnikom o unutarnjoj organizaciji i novim Poslovnikom URŽ-a, dokumentima koji nisu doneseni niti je ZJN-om određen rok za njihovo donošenje.

Ni decentralizacija ovlasti, odnosno prijenos nadležnosti na podružnice – sa sjedištem u Banjoj Luci i Mostaru<sup>8</sup> – a koje su nadležne za donošenje odluke povodom žalbi za vrijednosti nabave do 800.000,00 KM,<sup>9</sup> nije dobro rješenje. Centralizacija rada URŽ-a svakako bi bila bolje rješenje, jer bi se na taj način

---

<sup>4</sup> Gospodarski subjekt može biti sudionik u postupku javne nabave kao ponuditelj, kandidat, član skupine kandidata/ponuditelja i dobavljač ("Zakon o javnim nabavama", član 2, točka c).

<sup>5</sup> Ibid., član 116, stav 1.

<sup>6</sup> Kao što je to slučaj s Državnom komisijom za kontrolu postupaka javne nabave u Hrvatskoj, koja je utemeljena "Zakonom o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave", *Narodne novine Republike Hrvatske* 18/03, 127/13 i 74/14.

<sup>7</sup> Koncept suda ili tribunala unijski je koncept i nije ovisan o statusu tijela, sukladno nacionalnom zakonodavstvu, a podrazumijeva mogućnost da ovo tijelo očekivanim pristupom BiH u punopravno članstvo EU-a, Europskom sudu upućuje prethodna pitanja (engl. *preliminary rulings*).

<sup>8</sup> "Zakon o javnim nabavama", član 93, stav 4.

<sup>9</sup> Ibid., član 93, stav 7.

utjecalo na bolju kvalitetu rada, unificirano postupanje, smanjenje troškova i punu odgovornost za uspješnost poslovanja.<sup>10</sup>

Konačno, upitna je realizacija zahtjeva europskoga zakonodavstva i u dijelu ZJN-a koji se odnosi na kontradiktornost postupka pred URŽ-om, što je svakako neophodno osigurati u cilju osiguranja jednakog pravnog položaja stranaka žalbenoga stadija javnonabavnoga postupka. ZJN, naime, ne predviđa mogućnost da stranke žalbenoga postupka iznose svoje navode na usmenoj raspravi. Zbog toga bi bilo neophodno u zakonski tekst unijeti odredbe o održavanju usmene rasprave pred URŽ-om.

### Aktivna legitimacija javnih tijela

ZJN nije u potpunosti riješio ni pitanje aktivne legitimacije državnih tijela koja paze na zakonitost i ovlaštena su čuvati javni interes. Naime, postupak pravne zaštite, prema aktuelnom rješenju u ZJN-u, ovisan je isključivo o inicijativi gospodarskoga subjekta, dok javna tijela nemaju aktivnu legitimaciju u postupku pravne zaštite. No, postupci javne nabave, pored privatnih, imaju implikacije i na javni interes, te je nužno da se pristup pravnim lijekovima u ovom domenu omogući i onim javnim tijelima koja jamče provedbu zakona i štite javni interes. Prije svega, pravo na podnošenje žalbe u ovom smislu mogli bi imati AJN, Tužilaštvo/Tužiteljstvo Bosne i Hercegovine i Konkurencijsko vijeće.<sup>11</sup>

### Ovlasti ugovornoga tijela povodom žalbe

Ovlasti ugovornoga tijela povodom žalbe u ZJN-u preširoko su postavljene. Po žalbi tako najprije odlučuje isti subjekt koji je vodio postupak javne nabave, tako da u samom postupku nije osigurana objektivnost i nepristranost. Ugovornom tijelu ne bi trebala biti ostavljena zakonska mogućnost da žalbu odbaci kao nedopuštenu, nepravovremenu ili podnesenu od strane neovlaštene osobe, jer će te pretpostavke za žalbu svakako cijeniti URŽ.<sup>12</sup> Što se tiče ovlasti ugovornoga tijela da o žalbi meritorno odluči, bilo bi nužno predvidjeti da se protiv nove odluke ne može ponovno podnijeti žalba ugovornom tijelu, već bi novu žalbu ugovorno tijelo trebalo dostaviti izravno URŽ-u. Moguće je i rješenje prema kojem bi se žalba izjavljivala URŽ-u, u kojem bi slučaju trebalo predvidjeti da se primjerak žalbe dostavlja i samom ugovornom tijelu.

### Komunikacija ugovornoga tijela i URŽ-a

ZJN ne rješava ni pitanje komunikacije ugovornoga tijela i URŽ-a, jer ne predviđa obavezu da URŽ bude upoznat s podnošenjem žalbe, odnosno da dobije saznanja o postojanju i vođenju žalbenoga postupka. Na taj način ZJN otežava kontrolu postupanja ugovornoga tijela od strane URŽ-a. Stoga bi, u situaciji kada se žalba podnosi ugovornom tijelu, što je sada slučaj, trebalo ozakoniti rješenje prema kojem bi se primjerak žalbe dostavljao URŽ-u.

### Postupanje ugovornoga tijela

Zakonodavac u BiH propustio je urediti i pitanje postupanja ugovornoga tijela s obzirom na suspenzivni učinak žalbe. Naime, odmah po primitku žalbe na tendersku dokumentaciju, ugovorno bi tijelo nužno trebalo objaviti informaciju da je žalba izjavljena i da se zaustavlja postupak javne nabave. Također bi bilo potrebno propisati daljnje postupanje ugovornoga tijela ovisno o odluci URŽ-a.

### Normiranje postupka URŽ-a povodom žalbe

ZJN ne sadrži precizne odredbe o naknadi troškova žalbenoga postupka. Naime, u nadležnost URŽ-a nužno bi trebalo uvrstiti i odlučivanje o troškovima žalbenoga postupka. Pored toga, trebalo bi predvidjeti odredbu prema kojoj URŽ o naknadi tih troškova odlučuje ovisno o ishodu žalbenoga postupka, odnosno o uspjehu u postupku po žalbi.

---

<sup>10</sup> Pravna zaštita u postupcima javne nabave centralizirana je i u složenim državama članicama EU-a (npr. Belgija, Austrija). Vidjeti "Public Procurement Review and Remedies Systems in the European Union", *SIGMA Papers*, br. 41 (2007), str. 39 i 42.

<sup>11</sup> Na primjer, prema hrvatskom zakonodavstvu, pravo žalbe u postupcima javne nabave dano je tijelu državne uprave nadležnom za sustav javne nabave i nadležnom državnom odvjetništvu ("Zakon o javnoj nabavi", *Narodne novine Republike Hrvatske* 110/07 i 125/08, član 141, stav 2). Slovensko zakonodavstvo takvu ovlast daje Ministarstvu financija, Računskom sudu, tijelu nadležnom za zaštitu konkurencije i tijelu nadležnom za sprječavanje korupcije ("Zakon o pravnom varstvu v postopkih javnega naročanja", *Uradni list Republika Slovenija* 43/11, 60/11, 63/13 i 90/14, član 6).

<sup>12</sup> "Zakon o javnim nabavama", član 111, stav 1, točka b.

ZJN ne sadrži posebne odredbe koje bi, uz ovlast ugovornoga tijela da zahtijeva nastavak postupka,<sup>13</sup> omogućile da žalitelj podnese zahtjev za odgodu postupka. Stoga bi ZJN svakako trebao omogućiti žalitelju da zahtijeva odgodu postupka do donošenja odluke po žalbi (privremene mjere). Bilo bi potrebno izričito navesti kriterije za ocjenu ravnoteže uključenih interesa (javnog i privatnih) kako bi URŽ imao zakonsku podlogu za svoju odluku. ZJN bi također trebao urediti i pitanje tereta dokazivanja okolnosti na kojima podnositelji temelje svoje zahtjeve, u kojem bi slučaju teret dokazivanja bio na onome tko zahtijeva privremene mjere. Kao moguće kriterije za ocjenu ravnoteže interesa, ZJN bi mogao predvidjeti mogući nastanak štete koja je nerazmjerno veća od vrijednosti predmeta nabave, zaštitu javnoga interesa, te mogućnost ugrožavanja života i zdravlja ljudi ili druge ozbiljne opasnosti ili moguću štetu.

### Normiranje upravnosudskoga postupka

U pogledu normiranja postupka sudske zaštite, u odredbama ZJN-a uočavaju se manjkavosti koje dodatno opterećuju postupak, ali i priječe ostvarivanje prava na sudsku zaštitu u upravnom sporu. Riječ je, na prvom mjestu, o određivanju subjekta spora, odnosno onoga tko pokreće spor (aktivna legitimacija),<sup>14</sup> jer nije jasno koja ugovorna tijela i sudionici kojeg postupka mogu podnijeti tužbu. Stoga bi trebalo preciznije odrediti krug osoba koje bi bile ovlaštene za pokretanje upravnoga spora, a to bi pitanje bilo dobro u cijelosti prepustiti Zakonu o upravnim sporovima,<sup>15</sup> koji precizno normira pitanje aktivne legitimacije u upravnom sporu.<sup>16</sup>

Ni mogućnost zahtijevanja nastavka postupka nije ispravno riješena ZJN-om, jer ostaje otvorenim pitanje zaštite konkretnih interesa (kako istaknutog javnog tako i prešućenog privatnog)<sup>17</sup>. Naime, pred Sud BiH<sup>18</sup> ZJN stavlja zahtjevu zadaću vaganja nedovoljno određenih interesa, bez definiranih kriterija koji bi Sudu mogli poslužiti u toj ocjeni. Uz to, odgoda izvršenja odluke URŽ-a nije ispravno postavljena a ni provediva, budući da odgoda ne znači odgodu konačne odluke ugovornoga tijela (ne konačne odluke URŽ-a, kako to krivo određuje ZJN), a kada bi to i značila, odgoda bi uvijek dolazila sa zakašnjenjem. Zato bi, uz postojeću odredbu da se upravni spor vodi po žurnom postupku, bilo poželjno precizno odrediti rok unutar kojeg se upravnosudski postupak ima okončati. Ako bi se i zadržalo postojeće rješenje da Sud BiH odlučuje i o prijedlogu za odgodu pojedinačne odluke URŽ-a, dobro bi bilo izričito i precizno propisati kriterije za ocjenu ravnoteže uključenih interesa (javnog i privatnih). U tom bi slučaju bilo nužno omogućiti protivnoj stranci da se izjasni o odgodi, ali bi prvenstveno trebalo ispravno formulirati institut odgode, budući da se može govoriti o odgodi izvršenja konačnoga upravnoga akta, odnosno odluke ugovornoga tijela, a ne o odgodi konačne odluke URŽ-a.

<sup>13</sup> Naime, prema "Direktiva 89/665/EEZ od 21. 12. 1989. o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na primjenu postupaka kontrole na sklapanje ugovora o javnoj nabavi robe i javnim radovima", *Službeni list Europske unije* L395, 30.12. 1989, član 2, stav 4, "postupak revizije ne mora imati automatski suspenzivni učinak odgode na postupke dodjele odnosnoga ugovora". Isto tako i "Direktiva 92/13/EEZ o usklađivanju zakona i drugih propisa o primjeni pravila Zajednice u postupcima nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnoga gospodarstva, energetskom, prometnom i telekomunikacijskom sektoru", *Službeni list Europske unije* L76, 23. 3. 1992, član 2, stav 3a.

<sup>14</sup> "Zakon o javnim nabavama", član 115, stav 1, određuje: "Protiv odluke URŽ-a, ugovorna tijela i sudionici u postupku mogu pokrenuti upravni spor pred Sudom Bosne i Hercegovine u roku od 30 dana od dana zaprimanja odluke".

<sup>15</sup> "Zakon o upravnim sporovima", *Službeni glasnik BiH* 19/02, 88/07, 83/08 i 74/10.

<sup>16</sup> *Ibid.*, član 2.

<sup>17</sup> Riječ je o odredbi "Zakon o javnim nabavama", član 115, stav 4, koja glasi: "cijeneći javni interes i štetu koju bi odgoda konačne odluke URŽ-a mogla izazvati".

<sup>18</sup> "Zakon o sudu Bosne i Hercegovine", *Službeni glasnik BiH* 49/09, 74/09 i 97/09.

Ovaj dokument je objavljen u okviru projekta "Otvorene javne nabavke u Bosni i Hercegovini", koji zajednički implementiraju Centar za istraživačko novinarstvo (CIN), Centar za društvena istraživanja "Analitika" i Centar za zastupanje građanskih interesa (CPI).