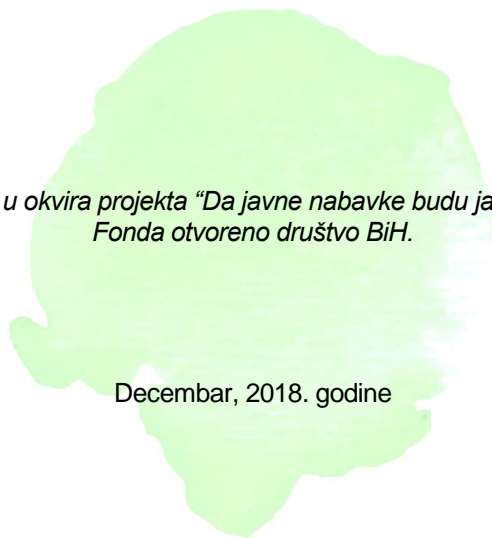




Pravna zaštita u javnim nabavkama



Ovaj dokument sačinjen je u okviru projekta "Da javne nabavke budu javne", finansiranog od strane Fonda otvoreno društvo BiH.



Decembar, 2018. godine

Pravila EU i drugih međunarodnih tijela

Osnovni cilj sistema pravne zaštite u javnim nabavkama je provođenje praktične primjene zakonodavstva osiguranjem da se kršenje zakona, kao i namjerne ili nenamjerne greške ugovornih organa, mogu ispraviti. Funkcionalan sistem revizije i pravnih lijekova u interesu je svih zainteresovanih strana - privrednih subjekata, ugovornih organa, kao i široke javnosti.

Sistemi pravne zaštite zemalja članica EU moraju se uspostaviti i razvijati na osnovu posebnih zahtjeva Direktiva EU o pravnim lijekovima u javnim nabavkama 89/665/EEZ i 92/13/EEZ, izmijenjenih i dopunjenih, između ostalog, Direktivom 2007/66/EC, Ugovora o funkcionisanju Evropske unije i sudske prakse Suda pravde Evropske unije (CJEU).

Prema ovim i drugim međunarodnim standardima, takav sistem mora obezbijediti oštećenim ponuđačima i kandidatima lijekove koji moraju biti: brzi; efektivni; transparentni i nediskriminatorni.

Iako se Direktive EU odnose na zemlje članice EU, zemlje kandidati i neke partnerske zemlje EU razvijaju nove (ispravne i efikasne) sisteme pravne zaštite koji se zasnivaju na opštim principima promovisanim u EU Direktivama.

Kada su u pitanju **institucionalni modeli** pravne zaštite, oni variraju po zemljama, uslijed raznolikosti nacionalnih pravnih tradicija.

Pod uslovom da osiguraju efikasno preispitivanje javnih nabavki, države članice su slobodne da daju funkcije pravne zaštite bilo kojem od sljedećih tijela:

- Redovni sudovi;
- Specijalizovani upravni organi;
- Kombinacija ova dva tijela

Kada su u pitanju sudovi, značajna razlika između različitih modela se odnosi na njihov nivo (najniži upravni sudovi ili sudovi više instance). Dok niži nivoi osiguravaju brzinu, niže troškove i blizinu lokaciji implementacije ugovora, može im, s druge strane, nedostajati iskustva i stručnosti.

Specijalizovano tijelo za razmatranje žalbi postoji u približno polovini Država EU članica. Ova tijela su obično upravna ili kvazi-sudska, a uz određene izuzetke, njihove odluke su obavezujuće, podložne žalbi u građanskim ili upravnim sudovima koji mogu poništiti ili promijeniti odluku u drugom stepenu.

Osnovne prednosti specijalizovanih administrativnih tijela su:

- Postupak je obično jednostavniji i brži nego što je to slučaj kod redovnih sudova.
- Članovi specijalizovanog tijela za razmatranje se bave isključivo slučajevima nabavki i brzo stižu stručnu ekspertizu.
- Troškovi sudskog modela mogu biti mnogo veći, zbog dužine postupka i potrebe za pravnim zastupanjem.

U slučajevima da se pravnom zaštitom bave **pravosudna tijela**, sljedeći zahtjevi trebaju biti ispunjeni:

- Tijelo je osnovano zakonom i ima propisane nadležnosti, pravila i procedure imenovanja i razrješenja članova, njihove kvalifikacije, odredbe o sukobu interesa, unaprijed određeni sistem za distribuciju predmeta i proceduralne zahtjeve.
- Tijelo je trajno i nije uspostavljeno na ad hoc osnovi.
- Tijelo ima obavezujuću nadležnost i odluke su mu izvršne. Konkretno, ono ima ovlaštenja da:
 - Izriče privremene mjere s ciljem ispravljanja povrede ili sprječavanja dalje štete, uključujući mjere za suspenziju tenderske procedure ili sprovođenja bilo koje odluke koju preuzima javni naručilac;
 - Poništi nezakonite odluke, uključujući uklanjanje diskriminatornih tehničkih, ekonomskih ili finansijskih specifikacija u obavještenju o nabavci ili u tenderskoj dokumentaciji.

Ovlaštenje za naknadu štete nije obavezan uslov, te se ta ovlaštenja preporučuju za sudove viših instanci.

- Postupak pred organom za razmatranje je između strana (inter partes) - svim zainteresovanim stranama se daje adekvatna prilika da predstave činjenice i dokaze, a svaka strana treba da ima pravo da odgovori ili da ospori sve dokaze i argumente koje je

2

predstavila druga strana. Obje strane moraju imati pristup podacima o reviziji, osim povjerljivih informacija.

- Tijelo primjenjuje pravila prava (rule of law), primjenjujući odredbe direktiva EU i nacionalnog zakonodavstva koje regulišu dodjelu javnih ugovora.
- Tijelo je nezavisno, uključujući institucionalne i finansijske aspekte

U slučajevima kada su nadležna **tijela administrativnog karaktera**, ona odlučuju u prvom stepenu, moraju imati pisana obrazloženja svih odluka i moraju biti podvrgnuta sudskom preispitivanju ili razmatranju od strane drugog nadležnog tijela. Pored toga, moraju ispuniti svih šest gore navedenih zahtjeva.

Fundamentalni zahtjevi po pitanju sistema pravne zaštite, kako bi se zadovoljio javni interes efikasne upotrebe javnih sredstava, istovremeno sa interesima privatnih aktera koji učestvuju u postupcima nabavki, uspostavljeni su Sporazumom o vladinoj nabavci (GPA) Svjetske trgovinske organizacije (WTO) iz 1994. godine (a također i Komisije UN za međunarodno trgovinsko pravo - UNCITRAL - model zakona, ažurirano 2011. godine). Ovi zahtjevi sadrže slične principe propisane EU zakonodavstvom. Prema Sporazumu WTO: "Navode će saslušati sud ili nepristrasno i nezavisno tijelo za preispitivanje koje nema interes u ishodu nabavke, a čiji članovi su zaštićeni od spoljnog uticaja tokom mandata..."

U skladu sa direktivama EU o pravnoj zaštiti, zakonodavstvo u nekim zemljama članicama EU predviđa obavezu (ili samo mogućnost):

- Podnošenja prethodne žalbe ugovornom organu koji je počinio navodno kršenje zakona o javnim nabavkama (a koji u svakom slučaju nije prvostepena instanca); ili
- Obavještanja ugovornog organa o namjeri da se traži preispitivanje.

Ove mogućnosti imaju određene prednosti, posebno u slučajevima kada je razlog spora stvarna i očigledna greška, umjesto namjernog kršenje zakona o javnim nabavkama. Time se potencijalno smanjuju vrijeme i troškovi, mada to ne mora uvijek biti slučaj, zbog čega neke zemlje zahtijevaju da se paralelno sa podnošenjem žalbe nadležnom organu, ugovornom organu pošalje prethodno obavještenje, čime se isključuje obaveza čekanja njegovih odluka.

Bilo da su u pitanju EU pravo ili najbolje međunarodne prakse, **nezavisnost** tijela za razmatranje žalbi je kamen temeljac za osiguravanje vjerodostojnih rezultata postupaka pravne zaštite. Pitanja koja se odnose na nezavisnost treba rješavati na dva nivoa:

- Nezavisnost nadležnog tijela kao institucije;
- Nezavisnost članova tijela.

Što se tiče nadležnog tijela kao institucije, ono mora imati nezavisan pravni status, mora biti (i) nezavisno od strana u postupcima nabavke - ugovornih organa i ekonomskih operatera; i (ii) funkcionalno nezavisno od vlade. Čak i ako je ovo tijelo tehnički nezavisno, uvijek ostaje zabrinutost da nije potpuno stvarno nezavisno od vlade.

Generalno, savremeni državni administrativni sistemi zahtijevaju razdvajanje ovlaštenja unutar administracije kako bi se garantovala odgovornost, pravičan proces i poštenje. Oni odgovorni za kreiranje politike, tumačenje, implementaciju i savjetovanje nisu isti kao oni koji su odgovorni za izvršenje. Veoma je važno osigurati **odvajanje ovlaštenja i nadležnosti u okviru sistema javnih nabavki kako bi se izbjegao svaki sukob interesa i stvorilo povjerenje u sistem.**

Pored ovoga, posebnu pažnju treba posvetiti **finansiranju institucije**, kako u smislu finansijske nezavisnosti (sopstveni budžet), tako i osiguranja odgovarajućeg osoblja i drugih resursa (infrastruktura - kancelarijski prostor, IT oprema, baze podataka i obuka).

Što se tiče članova tijela za razmatranje žalbi, njihova nezavisnost je suštinski uslov za demonstriranje nezavisnog statusa tijela kao institucije. Jedan od najvažnijih aspekata je skup pravila koja regulišu **procedure imenovanja i razrješenja**. Oni moraju biti zaštićeni zakonom od bilo kakvog miješanja ili pritiska sa političkog nivoa. Kako na nepristrasnost članova ovog tijela mogu uticati i drugi **sukobi interesa**, zakon ili drugi propisi moraju sadržati pravila o identifikaciji i otkrivanju sukoba interesa i predlagati radnje koje se mogu preduzimati kako bi se oni izbjegli ili ublažili. Članovi tijela treba da budu

isključeni iz učešća u postupku revizije kad god imaju privatni interes za odlučivanje. Kao opšte pravilo, njima treba zabraniti:

- Vršenje komercijalnih aktivnosti, uključujući konsultantske aktivnosti, direktno ili putem posrednika;
- Da budu član grupe koja ima ekonomski interes;
- Da budu član političke partije i vrše ili učestvuju u političkim aktivnostima;
- Vršenje svake javne ili privatne funkcije, osim nastavnih, naučnih, književnih i umjetničkih aktivnosti.

Finansijska sigurnost članova je još jedan važan aspekt, obzirom da lica na takvim položajima mogu biti izložena finansijskim ili drugim vrstama iskušenja, koja moraju biti sposobna da prevaziđu, a što je pak naročito rizično u zemaljama sa niskim nivom plata u javnom sektoru.

Pored navedenih, postoji čitav niz drugih bitnih praktičnih pitanja koja nisu izričito predviđena EU Direktivama, ali imaju uticaj na opšte principe nediskriminacije, efikasnosti i transparentnosti. U tom smislu, pristup pravnim lijekovima treba biti otvoren za sve ekonomske operatere bez diskriminacije, posebno po osnovu državljanstva. Pravila koja se tiču pristupa organu za žalbe, naknade koje se plaćaju, vremenska ograničenja i dokazi koji se podnose ne trebaju da otežavaju ili onemogućavaju ostvarivanje zakonom zagarantovanih prava. **Naknade treba da budu srazmjerne, s ciljem odvracanja neosnovanih pritužbi ili prigovora, a opet da ne odvrcaju od podnošenja opravdanih pritužbi i ne ograničavajući pristup malim i srednjim preduzećima.**

Uslovi za dokaze koji se dostavljaju u postupku **ne trebaju biti pretjerani** da ih je nemoguće ispuniti.

Proceduralna i druga bitna pitanja je takođe potrebno jasno regulisati, kao što je način raspodjele predmeta među članovima tijela (nasumična distribucija je verovatno najbolji izbor kao prevencija korupcije), mehanizmi izbjegavanja sukoba interesa, potreban broj članova tijela za žalbe (koji je potrebno utvrditi imajući u vidu opseg dodjeljenih zadataka, broj ugovornih organa u zemlji, lokalni mentalitet i sklonost ekonomskih operatera da podnose žalbe i drugo) i njihove kvalifikacije (studije, iskustvo, znanje i druge specifične vještine), kao i mogućnost pristupa spoljnoj ekspertizi za ispitivanje tehničkih aspekata slučaja, koja opet mora biti nepristrasna i nezavisna.

Takođe, treba usvojiti proceduralna pravila kako bi se osigurala brzina postupka, na primjer, utvrđivanjem maksimalnih rokova za donošenja odluka.

Po pitanju **istraga po službenoj dužnosti**, ne postoje zahtjevi EU, mada modeli nekih zemalja uključuju i ove nadležnosti.

Što se tiče poštovanja **principa pravne izvjesnosti i transparentnosti, jedan od najvažnijih ciljeva je garancija dosljednih odluka koje bi trebale biti javno dostupne.** Najbolje rješenje je razviti bazu podataka o odlukama, uključujući i mogućnosti pretraživanja za pojedinačne pravne probleme kao sredstvo podrške praktičarima u njihovim dnevnim aktivnostima, a takođe i kao instrument za pregledanje članova tijela kako bi se obezbjedilo dosljedno donošenje odluka. Pored toga, tijelo za žalbe treba da objavljuje analize najčešćih pravnih problema sa kojima se suočavaju, dajući indicije o tome kako se njima baviti u praksi (npr. kvalifikacioni kriterijumi, kriteriji za dodjelu, korištenje tehničkih specifikacija, nenormalno niske ponude).

Bosna i Hercegovina

Zakon o javnim nabavkama BiH propisuje sistem pravne zaštite. Žalbu u BiH 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 zakona i podzakonskih akata. (član 97. Aktivna legitimacija). Žalba se izjavljuje ugovornom organu, odnosno Uredu za razmatranje žalbi (URŽ), a upravni spor se pokreće tužbom pred Sudom BiH.

Jedan od problema koji je civilno društvo pokušalo da riješi tokom izrade Nacrta izmjena i dopuna ZJN je upravo problem **aktivne legitimacije**. Civilno društvo je uputilo prijedloge za proširenje ovih odredbi i na one javne institucije kojima je nadležnost zaštita javnog interesa, a što je slučaj sa zemljama u

regionu gdje aktivnu legitimaciju imaju i tijela za nadzor sistema javnih nabavki, kao i državna pravobranilaštva, tužilaštva, državne revizorske institucije, agencije za zaštitu konkurencije, agencije za borbu protiv, odnosno prevenciju korupcije, čak i predstavnici građana (institut građanskog nadzornika u R. Srbiji). Ovi prijedlozi nisu našli svoje mjesto u Nacrtu i biće iznova upućivani nadležnim tijelima u kasnijim fazama izmjena zakona.

Ured za razmatranje žalbi, čije članove imenuje Parlamentarna skupština BiH, kao samostalna nezavisna institucija sa statusom pravnog lica, okosnica je sistema pravne zaštite u postupcima javnih nabavki u BiH. Zbog navodno neproporcionalno velikog broja žalbi u prethodnom desetogodišnjem periodu od uspostavljanja sistema javnih nabavki u BiH, URŽ je izmjenama Zakona o javnim nabavkama 2014. godine, političkim dogovorom, promijenio svoju organizacionu strukturu, uspostavljanjem dvije filijale (u Banja Luci i Mostaru) i povećanjem broja članova. U sjedištu URŽ-a u Sarajevu angažovano je 7 članova, dok filijale imaju po 5.

Uspostavljanje ovih filijala tokom 2015. godine bilo je prilično problematično, a ishod njihovog osnivanja i imenovanja članova bio je u nizu zastoja u samom funkcionisanju sistema pravne zaštite. Naime, zbog nedostatka iskustva u predmetima javnih nabavki, kao i nedostatka koordinacije između filijala i sjedišta URŽ-a, ionako krhak sistem suočio se sa nizom problema koji su doveli do **značajnih kašnjenja u rješavanju predmeta, nejednakog postupanja po sličnim predmetima što je dovelo do prilične pravne neizvjesnosti, neobjavljivanja odluka filijala na Portalu javnih nabavki kao mjestu predviđenom za to i niz drugih**. Rezultat reforme je da URŽ koji broji čak 17 članova, što je više od svih zemalja u regionu, ni danas nije sasvim kapacitiran na rješava žalbe na profesionalan, konzistentan i transparentan način.

Naredna manjkavost zakonskog okvira je **nedostatnost odredbi o sukobu interesa članova URŽ-a**, gdje takođe nedostaju odredbe o restrikcijama po prestanku ove funkcije, a kod ponuđača vlada percepcija da nekadašnji članovi URŽ-a na svojim novim funkcijama i poslovima koriste prethodne kontakte, informacije i znanja utičući na žalbene postupke. Pored toga, stvarna nezavisnost ovog tijela je konstantno preispitivana u javnosti, naročito imajući u vidu da su protiv pojedinih članova pokretani krivični postupci zbog sumnje u umješnost u korupciju.

Paralelno sa rekonstrukcijom URŽ-a 2014.g., povećane su značajno i naknade za podnošenje žalbi. Problem nemalih naknada (od 500,00 KM za nabavke do 50.000,00 KM do 10.000,00 KM za nabavke preko 9.000.000,00 KM) u odnosu na ekonomsku situaciju u BiH i položaj malih i srednjih preduzeća, a koje su uvedene s osnovnim razlogom odvratanja takozvanih profesionalnih žalilaca, odnosno poslovnih subjekata koji ulažu žalbe u postupku s ciljem produžetka saradnje sa ugovornim organom, ili pak opstruisanja postupka, nije riješio problem velikog broja žalbi u zemlji. Upravo suprotno, ovaj broj iz godine u godinu raste. Tako je u 2014.g., broj žalbi na godišnjem nivou iznosio 1132, u 2015.g. 2011, u 2006.g. 2694, a u 2017.g. čak 2901.

Ono što je primjetno u praksi je da i dalje raste broj žalbi subjekata koji čini se da nemaju namjeru da dobiju ugovor, ali koriste neznanje ugovornih organa koje je veoma zastupljeno, i stižu korist od naknada troškova žalbenog postupka za pravno zastupanje.

Veliki broj žalbi može se pravdati i postupanjima ugovornih organa, koji nekada odbijaju da izmjene tendersku dokumentaciju iako im ponuđači putem Portala ukazuju na greške koje dovode do diskriminacije i favorizovanja.

Nacrtom Zakon o izmjenama i dopunama ZJN ovi su problemi targetirani na način da su uvedene odredbe da se na žalbene postupke za naknadu troškova pravnog zastupanja visina naknade određuje se prema visini naknade na koju advokati imaju pravo u upravnim postupcima u **neprocjenjivim predmetima**. Ovo u praksi znači minimalan iznos naknada koje isplaćuju ugovorni organi, što je naišlo na oštro neodobravanje druge strane, uz argumentaciju da se ne može Zakonom o javnim nabavkama propisivati advokatska tarifa, kao i da se za iste postupke nabavki naknade za žalbe razrezuju u skladu

sa procjenjenom vrijednošću nabavke, dok se za naknade troškova postupka računa neprocjenjiva vrijednost.

Problem naknade štete u postupcima je takođe izražen, obzirom da u praksi postoje velike zloupotrebe ovog instituta.

U okviru svojih nadležnosti, URŽ ima mandat podnošenja prekršajnih prijava kod nadležnih sudova za prekršaje te mogućnost podnošenja krivičnih prijava. Međutim, obzirom da se prekršajni sudovi ranije nisu značajno bavili predmetima javnih nabavki, u pitanju je tromost i neefikasnost u postupanju, iako broj podnesenih prijava nije veliki. Stoga je civilno društvo, tokom izrade Nacrta izmjena Zakona, tražilo da se URŽ-u vrati nadležnost za izricanje novčanih kazni, međutim ti prijedlozi nisu usvojeni.

Pored toga, same novčane kazne u aktuelnom ZJN (član 116.) su neprimjereno niske, što dodatno dolazi do izražaja kroz komparaciju sa zemljama regije, te ih je potrebno povećati. Ovi prijedlozi civilnog društva takođe nisu usvojeni u ovom dijelu Zakona, ali su uvedene određene dodatne kaznene odredbe za koje bi bio nadležan Inspektorat u sastavu Agencije za javne nabavke, te krivične odredbe.

U svakom slučaju, obzirom da se upravo Ured za razmatranje žalbi susreće sa najvećim brojem neregularnosti u praksi, kroz sve brojnije žalbe ponuđača, te da je prošlo već nekoliko godina od kako je značajno dokapacitiran, sistem pravne zaštite bi konačno trebao da evidentira pomak ka većoj efikasnosti i boljem kvalitetu.