

*Marko Romić**

Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci

ORCID: 0009-0005-8181-4333

PRAVNA KONTROLA POSTUPKA JAVNIH NABAVKI U BOSNI I HERCEGOVINI**

SAŽETAK: U članku se analizira normativni okvir pravne kontrole, žalbene i upravnosudske, postupka javnih nabavki u Bosni i Hercegovini. Metodom konceptualne analize se određuje pojam pravne kontrole postupka javnih nabavki u odnosu na druge vidove kontrole i razgraničavaju se sve vrste pravne kontrole, a akcenat se stavlja na žalbu pred Kancelarijom za razmatranje žalbi i tužbu u upravnom sporu. Dogmatsko-normativni pristup zakonskim rješenjima u Bosni i Hercegovini dopunjava se uporednopravnim iskustvima i recentnom upravno(sudskom) praksom, ali i relevantnim zakonodavstvom Evropske unije. Autor u zaključku ukazuje na sve nedostatke pravne kontrole postupka javnih nabavki sa konkretnim prijedlozima za poboljšavanjem normativnog okvira javnih nabavki u Bosni i Hercegovini.

Ključne reči: javne nabavke, pravna kontrola, žalba, kancelarija za razmatranje žalbi, upravni spor

* e-mail: marko.romic@pf.unibl.org, asistent.

Rad je napisan kao preddoktorski rad na prvoj godini doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu za potrebe predmeta Metode naučnoistraživačkog rada i vještina.

** Rad je primljen 20. 2. 2024, a prihvaćen je za objavljivanje 3. 6. 2024. godine.

UVOD

Javne nabavke su jedan od instituta koji zaokuplja pažnju široke lepeze pravnih oblasti (obligaciono pravo, finansijsko pravo, upravno pravo, itd.), ali ne možemo se oteti utisku da se relacija između upravnog prava i postupka javnih nabavki posebno ističe, i to kroz pravila postupka zaključivanja ugovora (uređena kao posebni upravni postupak), položaj stranaka u postupku (jedna od ugovornih strana je uvijek javnopravno tijelo) i postupka zaštite prava (po pravilima drugostepenog upravnog postupka odnosno upravnog spora). Teorijski bi se javne nabavke mogle definisati kao proces nabavke roba, usluga i radova od strane ugovornog organa, kojem su neophodni (roba, usluge, radovi) za nesmetano funkcionisanje, uz osiguranje najbolje vrijednosti za uloženi novac.¹ Markantno pitanje predstavlja i sama pravna priroda ugovora o javnoj nabavci i s pravom se u teoriji ističe težina egzaktne određenosti takve pravne prirode koja koincidira s elementima upravnog i građanskopravnog ugovora.² Moglo bi se kazati da ugovor o javnoj nabavci predstavlja „sporazumno formiranje upravnopravnog odnosa“,³ i time se jasno razlikuje od upravnog akta gdje nema potrebe za saglasnošću volja subjekata, ali se diferencira i od ugovora građanskog prava jer javnopravni kolektivitet (tj. ugovorni organ u pravu BiH) nema interes dobiti i zarade, već je uključen javni interes u vidu roba ili usluga koji su neophodni za funkcionisanje ugovornog organa. Zbog toga smatramo da je ugovor o javnoj nabavci približniji upravnom ugovoru nego nekom ugovoru privatnog prava. Na tome stanovištu je i sudska praksa sudova u BiH, kada u jednom predmetu Apelaciono vijeće Suda BiH započinje obrazloženje svoje odluke sa konstatacijom da je riječ o upravnoj stvari.⁴ U hrvatskim krugovima vodila se identična diskusija uz opasku da bi ugovori iz javnih nabavki mogli da budu određeni kao upravni isključivo ako bi se sistemski povezalo zakonsko određenje upravnih ugovora (prije svih uslov da se prije zaključenja upravnog ugovora mora donijeti rješenje kao upravni akt, te da se preciziranje međusobnih prava i obaveza javnopravnog tijela i privatnog lica

¹ Softić, E. (2019). Bitna obilježja instituta javnih nabavki. *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, br. 24, god. 13. Zenica, 140.

² Vidjeti kod: Turudić, M. (2018). Pravna priroda ugovora o javnoj nabavi u hrvatskom pravnom poretku. *Sveske za javno pravo*, br. 34. Zagreb: Fondacija Centar za javno pravo, 10–19.

³ Čizmić, M. (2021). Pravna priroda ugovora o javnim nabavkama u pravnom poretku Bosne i Hercegovine. *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*, god. 14, br. 27. Zenica: Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, 179.

⁴ Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja Suda Bosne i Hercegovine, br.: S1 3 U 012509 14 Uvp 2 od 20. 1. 2015. godine.

vrši upravnim ugovorom) sa odlukom o odabiru iz postupka javnih nabavki.⁵ Propust zakonodavca da u ZJN odredi prirodu ugovora o javnoj nabavci predstavlja sistemski problem (takođe poznat pravima Srbije i Hrvatske), jer da je zakonski ugovor o javnoj nabavci određen kao upravni ugovor na njega bi se primjenjivale odredbe Zakona o opštem upravnom postupku.⁶ Čak ni iz relevantnih odredaba zakona kojim se određuje supsidijarna primjena ZUP i ZOO,⁷ ne može se spoznati pravna priroda jer se navedene odredbe odnose na supsidijarnu primjenu prvopomenutog zakona na pravila postupka i na odgovornost ugovornih strana drugoimenovanog zakonskog propisa. Ima i drugačijih mišljenja,⁸ koji ugovor o javnoj nabavci tretiraju kao građanskopravni ugovor u cjelosti. Jedan od argumenata je primjena pravila obligacionog prava u pogledu odgovornosti, drugi je opšti režim naknade štete koji se primjenjuje u slučaju da šteta nastane zbog povrede zakona,⁹ ali i važnog načela jednakosti stranaka u postupku javne nabavke, koji je stran upravnom ugovoru, u kojem strane ugovornice nisu jednake, umjesto subordinacije važi pravilo koordinacije. Razlika u odnosu na hrvatsko zakonodavstvo jeste što u slučaju sudske zaštite, u pravu Hrvatske stvarno su nadležni sudovi opšte nadležnosti, te je dodatni argument za ovakve tvrdnje autorka pronašla u okolnosti da je stvarno riječ o upravnim ugovorima bili bi nadležni upravni sudovi (kao što su u Bosni i Hercegovini).¹⁰

⁵ Ljubanović, B. (2010). Upravni ugovori i upravno sudovanje. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 47, br. 1, 37–52. Pomenuti autor navodi još i okolnost da trenutkom sklapanja upravnog ugovora strane stupaju u upravno-pravni odnos u kojem javno-pravni kolektivitet ima dominantniji položaj kao predstavnik javne vlasti.

⁶ Posebnu problematiku predstavlja okolnost da u zakonima koji regulišu opšti upravni postupak u BiH kao instrumenti upravnog rada predviđeni se upravni akt i upravne radnje, dok upravni ugovor nije *explicite* naveden i to bi trebalo u postupku reforme upravnog postupka revidirati, kako bi se slučaj javnih nabavki, ali i drugi srodni slučajevi u posebnim upravnim oblastima, mogli osloniti na kodifikaciju koja precizira pravne okvire instituta upravnog ugovora.

⁷ Zakon o upravnom postupku Bosne i Hercegovine (*Službeni glasnik BiH*, br. 29/2002, 12/2004, 88/2007, 93/2009, 41/2013 i 53/2016) (u daljem tekstu: ZUP BiH) u čl. 117. Zakona o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine (*Službeni glasnik BiH*, 39/14. i 59/22) (u daljem tekstu: ZJN), a Zakon o obligacionim odnosima (*Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989. – odluka USJ i 57/1989. i *Službeni glasnik RS*, br. 17/1993, 3/1996, 37/2001. – dr. zakon, 39/2003. i 74/2004) (u daljem tekstu: ZOO) u čl. 118. ZJN.

⁸ Drmić, A. (2014). Pravna priroda ugovora o javnoj nabavi. *Croatian and Comparative Public Administration*, god. 14, br. 2, 500.

⁹ Takva situacija pored hrvatskog Zakona o javnoj nabavi postoji i u našem ZJN u čl. 121.

¹⁰ Drmić, A. (2014). *Op. cit.*, 500–501.

NORMATIVNI OKVIR POSTUPKA JAVNIH NABAVKI U BOSNI I HERCEGOVINI

Javne nabavke u Bosni i Hercegovini su uređene vrlo kasno s obzirom na trenutak nastanka državne zajednice potpisivanjem Dejtonskog mirovnog sporazuma 1995. godine, ali ne i prekasno ako imamo u vidu relevantnu regulativu iz ove oblasti u pravu Evropske unije. Prvi akt kojim su javne nabavke normativno uokvirene bila je Odluka o postupku nabavke roba, usluga i ustupanju radova za potrebe institucija Bosne i Hercegovine iz 2003. godine. Riječ je o opštem pravnom aktom koji je u nizu nedostataka¹¹ naglašavao potrebu za jednim sveobuhvatnim i savremenijim regulisanjem ove oblasti u jednom zakonskom tekstu. Vremenska ograničenost vidljiva je iz prelaznih odredbi ove Odluke u kojoj se navodi da će primjena Odluke biti vremenski ograničena sve do donošenja zakona kojim će se urediti postupak javnih nabavki.¹² Nedugo potom Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine usvojila je jedinstveni Zakon o javnim nabavkama 2004. godine kojim će biti uspostavljen jedinstveni pravni režim javnih nabavki na teritoriji cijele državne zajednice, čime su van snage stavljeni zakonski propisi entiteta i distrikta.¹³ Nakon toga je ovaj zakon pretrpio deset izmjena i dopuna,¹⁴ njegov tekst diktiran je aktuelnim potrebama, nepremostivim izazovima prakse, a najviše uticajem Evropske unije jer je Bosna i Hercegovina ratifikovala 2008. godine Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, koji je 2015. godine stupio na snagu. Javne nabavke u pravu Evropske ekonomske zajednice bivaju uređene 1971. godine sa Direktivom 71/305/EEC, kojom je normiran sistem javnih radova, da bi 1976. godine sa Direktivom 77/62/EEC taj domen bio proširen i na ugovore

¹¹ Odluka o postupku nabavke roba, usluga i ustupanju radova za potrebe institucija Bosne i Hercegovine (*Službeni glasnik BiH*, br. 13/03. i 7/04). Osnovni nedostatak se tiče formalnih karakteristika – donesena je u vidu odluke a ne zakona, što je stvorilo široki prostor zakonodavnim tijelima entiteta i Brčko Distrikta da donose svoje zakonske odnosno opšte propise kojima su na različite načine regulisali materiju javnih nabavki.

¹² Odluka o postupku nabavke roba, usluga i ustupanju radova za potrebe institucija Bosne i Hercegovine (*Službeni glasnik BiH*, br. 13/03. i 7/04), čl. 56.

¹³ Riječ je o nekoliko opštih akata: Zakon o postupku nabavke robe, usluga i ustupanju radova (*Službene novine RS*, br. 20/01), Uredbu o postupku nabavke roba, o uslugama i ustupanju radova u Fedefaciji BiH (*Službene novine Federacije BiH*, br. 40/03, 58/03. i 11/04); Pravilnik o postupku nabavke robe, obavljanju usluga i ustupanju radova u Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine (*Službeni glasnik Brčko Distrikta*, br. 14/02). Nomotehnička šarolikost se uočava iz samih naziva akata (zakon, uredba, pravilnik), iz čega se zaključuje da zakonodavni organi nisu dovoljno shvatali značaj instituta javnih nabavki, sve do donošenja jedinstvenog zakonskog teksta 2004. godine.

¹⁴ Zakon o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine (*Službeni glasnik BiH*, br. 49/2004, 19/2005, 52/2005, 92/2005, 8/2006, 24/2006, 70/2006, 12/2009, 60/2010, 87/2013. i 47/2014).

o javnoj nabavci roba.¹⁵ Našu pažnju će okupirati direktive Evropske unije o regulisanju sistema pravnih lijekova – Direktiva Evropske zajednice o pravnim lijekovima u javnom sektoru 89/665/EEZ i Direktiva Evropske zajednice o pravnim lijekovima u slučaju kršenja propisa u oblasti vodoprivrede, energije, transporta i telekomunikacija 92/13/EEZ.¹⁶

VRSTE KONTROLE POSTUPKA JAVNIH NABAVKI

Integritet javne vlasti između ostalog počiva na dobro organizovanom i legalno sprovedenom postupku javnih nabavki. Mnoga istraživanja su pokazala da veliki procenat bruto domaćeg proizvoda zavisi od potrošnje u javnim nabavkama. Obično se govori o brojkama od 15 % do 30 % BDP, ali razvijene ekonomije koje mnogo ulažu u javno zdravstvo, školstvo i sistem socijalne zaštite (npr. skandinavske zemlje), takav procenat nadaleko premašuju i približavaju se brojcima od 50 % učešća. Stanje u državama Zapadnog Balkana je drugačije; zbog ekonomske situacije i još uvijek nerazvijenog sistema javnih nabavki takav procenat je oko 10 %.¹⁷ Upravo zbog ovako visokog učešća u bruto domaćem proizvodu i uticaju na državnu ekonomiju, a sa druge strane zbog moguće korupcije,¹⁸ ovakva oblast zahtjeva adekvatan i strogo određen mehanizam nadzora.

¹⁵ Ove početne direktive su dopunjene i izmijenjene desetak godina kasnije i donesene kao dvije nove direktive: Direktiva Vijeća 88/295/EEC i Direktiva Vijeća 89/440/EEC. Konsolidovanjem tekstova navedenih direktiva izvršeno je 1993. godine kada su i objavljeni „prečišćeni“ tekstovi. Pored ovih direktiva iz tzv. „klasičnih sektora“ donesena je ona koja normira nabavku robe i izvršenje radova u javnim službama. Stoga se takva direktiva i naziva komunalna i donesena je 1993. godine – 90/531/EEC. Ugovori o javnoj dodjeli usluga prvi put su na nivou evropskih integracija regulisani 1992. godine i to Direktivom 92/50/EEC. Za detaljnije kod: Bovis, C. (2007). *Public Procurement in European Union*. London: Palgrave Macmillan, 33–46.

¹⁶ Revizija i pravni lijekovi u postupcima javnih nabavki u Evropskoj uniji. (2007). Sigma document, br. 41, 12.

¹⁷ Tačne podatke pružaju istraživanja koja pokazuju da prema stanju iz 2016. i 2017. godine javne nabavke učestvuju u BDP u sljedećim procentima: u Crnoj Gori javne nabavke učestvuju sa 12,33 % u BDP, u Sjevernoj Makedoniji sa 10 %, u Bosni i Hercegovini sa 7,84 %, u Srbiji sa 7,68 % i u Albaniji sa 7 %. vidjeti kod: Matić Bošković, M. (2022). *Public Procurement, An analysis of the regulatory frameworks in selected Western Balkan countries*. Belgrade: Institute of Comparative Law, 10–11.

¹⁸ Na granici između privatnog i javnog sektora, sa primjesama oba, javne nabavke su vrlo plodno tlo za razne koruptivne mahinacije. Vrlo često se ovakva kriminalna ponašanja inkriminišu kao posebno krivično djelo, kao npr. krivično djelo zloupotrebe u javnim nabavkama. U Bosni i Hercegovini nažalost takva zasebna inkriminacija ne postoji, dok u Srbiji i Hrvatskoj je odavno uvedena. Za dosadašnju praksu u Srbiji konsultovati: Matić

Kontrola postupka javnih nabavki u najopštijem smislu predstavlja nadzor, provjeru odnosno, u krajnjem slučaju, zaštitu prava učesnika ovog postupka. U evropskom pravu razlikuje se sistem dvojne i jedinstvene kontrole. Dvojni sistem kontrole podrazumijeva postojanje specijalizovanih tijela koja vrše žalbeni vid kontrole, unutar kojeg se razlikuju one države u kojima su ta kontrolna tijela oličena u upravnim sudovima (npr. Švedska) ili u posebno konstituisanim tijelima (npr. Uprava za reviziju ponuda na Kipru ili Kancelarija za zaštitu konkurencije u Češkoj). Takođe, ukoliko se postavi neki zahtjev za naknadom štete po pravilu o tome odlučuju redovni odnosno parnični sudovi, a ne specijalno kontrolno tijelo. Sa druge strane, jedinstveni sistem kontrole objedinjava sve pravne lijekove u jednom istom nizu pravne zaštite, s tim da se broj redovnih pravnih lijekova i instance mnogo razlikuju (indikativan je primjer u danskom pravu u kojem mogu odlučivati redovni sudovi ali i specijalizovana tijela). I u jedinstvenom sistemu kontrole diferenciraju se dvije podgrupe, a kriterijum razlikovanja je da li se revizioni postupak sprovodi pred redovnim sudom (koji može biti upravni ili čak građanski/parnični, kao npr. u Ujedinjenom Kraljevstvu ili Irskoj) ili specijalizovanim tijelom za postupak kontrole javnih nabavki (npr. Bugarska i Rumunija).¹⁹

Takva kontrola može da bude politička i pravna, s obzirom koji subjekat i na osnovu kojih kriterijuma i pomoću kojih instrumenata se vrši kontrola. Takođe, moguće je govoriti i o unutrašnjoj i međunarodnoj kontroli, jer u pojedinim međunarodnim javnim nabavkama moguć je oblik revizije međunarodnog tijela. Pravna kontrola je ona koja se sastoji u instancionoj kontroli od nezavisnog regulatornog tijela (npr. Kancelarije za razmatranje žalbi u BiH ili Ured za žalbe u Hrvatskoj), koja ima sve odlike upravnopravnog drugostepenog odlučivanja. U pravnu kontrolu se ubraja i upravnosudska kontrola, tj. kontrola u upravnom sporu koja se pokreće tužbom protiv konačnog upravnog akta (npr. odluka o izboru ponude, odluka o poništenju postupka ili druga neka odluka ugovornog organa koja nakon upravnopravne kontrole stiče procesno svojstvo konačnosti i ima odlike upravnog akta). Takođe, ovim vidovima pravne kontrole treba pridodati i ustavnosudsku koja se vrši u sklopu

Bošković, M. (2017). Krivično delo zloupotreba u javnim nabavkama – izazovi u primeni. *Privredna krivična dela*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja i Institut za uporedno pravo, 215–229. Međutim, u BiH su tužilaštva pokretala krivične postupke za djelo zloupotreba službenog položaja kojima su dovodili u vezi rukovodiocce javnih ustanova, preduzeća ili drugih subjekata nedržavne uprave koji su iskoristili svoj položaj da bi stekli nezakonito određenu dobit. Vidjeti u poznatoj aferi „Korona ugovori“ na sajtu Republičkog javnog tužilaštva Republike Srpske. Dostupno na: <https://pravosudje.ba/vstvfo/S/108/article/110713>

¹⁹ Revizija i pravni lijekovi u postupcima javnih nabavki u Evropskoj uniji. (2007). *Sigma* document br. 41, 15–16.

apelacione nadležnosti Ustavnog suda BiH (odnosno ustavnom žalbom u Srbiji ili ustavnom tužbom u Hrvatskoj) u slučaju kada su povrijeđena ljudska prava i slobode aktom ugovornog organa a svaka druga pravna zaštita je iscrpljena. Politička kontrola ostvaruje se putem javnog mnjenja odnosno građana kojima se omogućava praćenje postupka javnih nabavki, npr. objavljivanjem tenderske dokumentacije i odluka o izboru ponuđača. Pod ovaj vid kontrole bi se mogla podvesti uloga građanskog nadzornika u Srbiji koji je lice imenovano kako bi pratilo postupke javnih nabavi (određene vrijednosti), te imalo ovlaštenja da o neregularnostima obavještava nadležne organe, čak i bude aktivno legitimisano u žalbenom postupku (može da podnese zahtjev za zaštitu prava).²⁰ Pored direktne građanske kontrole, vrlo je važna uloga i Ombudsmana za ljudska prava Bosne i Hercegovine. Pod političkom kontrolom se može smatrati i način imenovanja članova Kancelarije za razmatranje žalbi (u daljem tekstu: KRŽ), pošto članove ovog kontrolnog tijela imenuje Savjet ministara Bosne i Hercegovine, čime ovaj vid pravne kontrole se naslanja i direktno zavisi od političke vlasti. Pored članova KRŽ, direktora Agencije za javne nabavke na osnovu javnog konkursa imenuje *ad hoc* komisija Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine.

ŽALBENA KONTROLA

Pravnu zaštitu u žalbenom postupku strankama pruža Kancelarija za razmatranje žalbi (u daljem tekstu: KRŽ).²¹ Uobičajeno je pravilo u pravu evropskih država da se odluke prvostepenih organa mogu osporavati u žalbenom postupku, osim u nekoliko izdvojenih slučajeva (npr. u pravima Belgije, Malte i Slovenije).²² Pravni lijekovi u postupku javnih nabavki moraju da budu u skladu sa evropskim standardima, a to znači da su jasni i jednostavni (imajući u vidu da je postupak javnih nabavki izuzetno složen i višestepen), jednako dostupni svima (ne smije biti prisutan bilo kakav oblik diskriminacije)

²⁰ O imenovanju, učešću u postupcima, ovlaštenjima i drugim pitanjima u vezi sa građanskim nadzornikom vidjeti: Knežević Bojović, A. (2013). Građanski nadzornik u Srbiji – analiza normativnog okvira i prakse i predlozi za njihovo unapređenje. *Građanska kontrola javnih nabavki*. Prokuplje: Institut za uporedno pravo, 88–115.

²¹ ZJN, čl. 93, st. 9. KRŽ po svojoj zakonskoj fizionomiji liče na slična javnopravna tijela ustanovljena radi revizije postupka javne nabavke. Slična specijalizovana tijela sreću se pod drugim imenom i u Austriji (Savezni ured za javne nabavke i regionalne institucije), Bugarskoj (Komisija za zaštitu konkurencije), Kipru (Uprava za reviziju ponuda), Estoniji (Komisija za javne nabavke), itd.

²² Revizija i pravni lijekovi u postupcima javnih nabavki u Evropskoj uniji. (2007). Sigma document, br. 41, 18.

i efektivni u slučajevima korekcije nezakonitosti.²³ Zanimljivo je da naš sistem predviđa kao pravni lijek upravo žalbu (iako se opravdano razdvaja ovako zakonski koncipiran model žalbe od standardne upravne žalbe iz režima opšteg upravnog postupka), a ne neko drugo pravno sredstvo, npr. zahtjev za zaštitu prava, koji je poznat pravnom sistemu Srbije. Pomenuto pravno sredstvo u Srbiji ne predstavlja upravnu žalbu, tj. ne izjednačava se sa klasičnim drugostepenim odlučivanjem,²⁴ ali će za potrebe ovog članka ovo specifično pravno sredstvo biti upoređivano za žalbom koja se sreće u pravnom sistemu BiH. KRŽ je po slovu zakona samostalna i nezavisna institucija,²⁵ što se prvenstveno ogleda u činjenici da njihove članove imenuje Parlamentarna skupština BiH, i to na osnovu liste najuspješnijih kandidata koju formira posebno za to imenovana *ad hoc* komisija. Prilikom izbora 17 članova KRŽ postoje teritorijalni, nacionalni i stručni²⁶ parametri. Poštujući odluku Ustavnog suda BiH o konstitutivnosti naroda mora se voditi računa o jednakoj zastupljenosti Srba, Hrvata i Bošnjaka u institucijama, ali se vodilo računa i o tzv. „ostalim“, odnosno o onim narodima koji ne spadaju u konstitutivne, te svaka od komisija

²³ *Priručnik za javne nabavke u Bosni i Hercegovini*. (2020). Agencija za javne nabavke Bosne i Hercegovine. Sarajevo, 80.

²⁴ Cucić, V. (2020). *Sprovođenje i kontrola postupka javnih nabavki*. Beograd: Službeni glasnik, 152. Problematika određenja pravne prirode zahtjeva za zaštitu prava se nametnulo i to u praksi kada je postavljeno pitanje da li se vanredno pravno sredstvo – zahtjev za vanredno preispitivanje sudske odluke može izjaviti protiv pravosnažne sudske odluke u upravnom sporu. Vrhovni kasacioni sud i Ustavni sud zauzimaju dijametralno suprotne stavove, od kojih Vrhovni kasacioni sud odbacuje zahtjev za vanredno preispitivanje smatrajući da Republička komisija odlučuje o zahtjevu za zaštitu prava u svojstvu drugostepenog organa, dok Ustavni sud po ustavnoj žalbi tvrdi da Republička komisija odluku donosi kao prvostepeni organ te se vanredno sredstvo usljed nepostojanja klasične upravne žalbe može izjaviti.

²⁵ Samostalnost i nezavisnost se ogledaju i u (u)pravnom položaju KRŽ u organizaciji državne uprave jer po Zakonu o ministarstvima spada u samostalne upravne organizacije. V.: Zakon o ministarstvima i drugim organima uprave Bosne i Hercegovine (*Službeni glasnik BiH* 5/03, 42/03, 26/04, 42/04, 45/06, 88/07, 35/09, 59/09. i 103/09).

²⁶ Članovi te komisije takođe moraju da ispunjavaju posebne zakonom propisane uslove. Zbog teritorijalne decentralizacije (sjedište je u Sarajevu, a filijale su u Banjaluci i Mostaru), predviđeno je da 17 članova KRŽ moraju da budu ili univerzitetski obrazovani pravnici sa položenim pravosudnim ispitom, ili stručnjaci u oblasti izvođenja radova/javnih nabavki/transporta/strateškog poslovnog upravljanja ili stručnjaci iz oblasti upravnog prava i/ili upravnog postupka. Zanimljivo je da se od „priznatog stručnjaka za upravno pravo“ ne traži položen pravosudni ispit, čak ni ispit za rad u organima državne uprave, čime se opravdano sumnja u način dostizanja ovog laskavog zvanja. Sa druge strane, nije precizirano ni da takav priznati stručnjak treba da ima (makar) master ako ne i doktorat iz uže naučne oblasti upravno pravo. Propuštanje zakonodavca ostavlja širok prostor instantnoj komisiji Parlamentarne skupštine da (ne) precizira pobliže uslove za ovu vrstu članova KRŽ. Slična primjedba se može uputiti i preširoko postavljenoj formulaciji stručnjaka iz oblasti izvođenja radova i transporta, a pogotovo strateškog poslovnog upravljanja.

mora imati po jednog člana iz reda nacionalnih manjina.²⁷ Takođe, KRŽ je obavezan jednom godišnje²⁸ da pripremi svoj izvještaj o radu koji mora da bude usvojen od strane više od polovine članova (tj. devet ili više članova mora da se izjasni potvrdno), te da ga preda na razmatranje Parlamentarnoj skupštini BiH. Po svojoj pravnoj prirodi KRŽ se pozicionira između upravne organizacije i kvazisudskog organa, jer njegovo odlučivanje se ne zaustavlja samo na pravnim pitanjima već se proteže i na oportunističko postupanje ugovornog organa prilikom odabira ponude u postupku javnih nabavki. Uravnotežen pristup koji uzima u obzir sudske i upravne elemente ovog javnopravnog tijela svrstavao bi ga u specijalizovana kontrolna tijela sa visokim stepenom samostalnosti u odnosu na sve tradicionalne grane vlasti.²⁹

Na žalbeni postupak se ne primjenjuju samo materijalno-procesne norme ZJN već ukoliko je to potrebno predviđena je supsidijarna primjena Zakona o opštem upravnom postupku,³⁰ iako postoje ponavljanja (npr. dostavljanje, jezik

²⁷ ZJN, čl. 93, st. 3.

²⁸ Posebno je zanimljivo uplitanje dvostrukog sistema kontrole, prvo kroz skoro dvotrećinsku većinu KRŽ a potom učesće parlamentarne kontrole, sa čime se zatvara krug triju grana vlasti: izvršne (kojoj KRŽ pripada i koja predlaže članove i imenuje Upravni odbor), sudske (kroz sistem upravnosudske kontrole) i na kraju pomenute parlamentarne. Vidi: ZJN, čl. 93, st. 19.

²⁹ Postoje i stavovi da u procesu pristupanja evropskim integracijama Bosna i Hercegovina mora da definiše status KRŽ kao kvazisudskog organa, jer bi u tom slučaju KRŽ mogao da upućuje Sudu pravde Evropske unije prethodna pitanja (eng. *Preliminary questions*), što bi umnogome promijenilo pravnu konfiguraciju ovog kontrolnog tijela. Prethodno pitanje se tiče tumačenja u vezi sa primjenom prava Evropske unije, i o njemu Sud pravde EU može da odlučuje samo ako nacionalno kontrolno tijelo za javne nabavke ima pravni položaj suda ili tribunala. Za takva mišljenja vidi: Pejaković, S. (2015). *Analiza pravne zaštite u postupcima javne nabavke u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Analitika – Centar za društvena istraživanja, 18.

³⁰ Velika dilema je da li se opšti procesni zakon primjenjuje supsidijarno ili shodno. U teoriji prava poznato je da supsidijarna primjena zakona dolazi u obzir kada postoje dva ili više zakona od kojih je jedan opšti a drugi posebni, i oni se odnose po načelu da se primjenjuje opšti na sva pitanja koja nisu uređena posebnim zakonom (tzv. supsidijarni karakter opšteg propisa), dok shodna primjena postoji kada se jednim propisom ne uređuje cjelokupna materija, a moglo bi se po nazivu i obuhvatu očekivati takva normativna sveobuhvatnost, te je u takvom slučaju neophodno uputiti na shodnu primjenu pravnog propisa druge ili iste pravne materije kako bi se izbjeglo ponavljanje. Vidi kod: Mirjanić, Z. (2014). *Pisanje i donošenje zakona*. Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, 73–74. Zakon o upravnom postupku ne može ni u kom slučaju da bude dopunski propis niti da se djelimično primjenjuje, već isključivo kao opšti propis koji se primjenjuje u svakom postupku javnih nabavki uz korektiv da *lex specialis derogate legi generali* i da na sve one procesne institute (sastav žalbe, rok za žalbu, suspenzivno dejstvo) koji su drugačije regulisani odredbama ZJN, primjenjuje upravo taj zakon kao posebni. Ima teorijskih gledišta, koja imaju uporišta i u našem pozitivnom zakonodavstvu i to čl. 117. ZJN, po kojima do supsidijarne primjene ZUP dolazi u slučaju upravne stvari, a do shodne primjene dolazi u drugim pravnim stvarima, tj. u onim postupcima koji nisu upravni. Vidi kod: Cucić, V. (2020). *Sprovođenje i kontrola postupka javnih nabavki*. Beograd: Službeni glasnik, 31–32.

u postupku) koja su bespotrebno navođena u zakonskom tekstu, a izostala su neka ključna pitanja koja ćemo razmotriti u nastavku. Za razliku od našeg pozitivnog prava, u hrvatskom zakonu se ne predviđa supsidijarna primjena već se jasno određuje da se postupak javnih nabavki kao upravni postupak vodi po pravilima ZJN i Zakona o opštem upravnom postupku.³¹ Takođe, kad je u pitanju odgovornost ugovornog organa za ispunjenje obaveze iz ugovora o javnoj nabavci primijenjivaće se Zakon o obligacionim odnosima, pogotovo kod pitanja naknade štete.

Podnosilac žalbe mora da ima stranačke pretpostavke, od kojih se izdvajaju stvarna i procesna legitimacija.³² Specifikum aktivne legitimacije u ovom postupku jeste činjenica da se učesnik u postupku ne može *de nomine* shvatiti i kao legitimisano lice, jer i učesnici u postupku moraju da dokažu postojanje procesnih pretpostavki. Zakon govori eksplicitno samo o aktivnoj legitimaciji³³ koju imaju privredni subjekti kojima nije dodijeljen ugovor o javnoj nabavci a smatraju da je time povrijeđeno neko njihovo na zakonu ili podzakonskom propisu utemeljeno pravo. Važan element je da bi aktivno legitimisano lice moralo da učini vjerovatnim da mu je pričinjena šteta ili da je mogla da nastane šteta zbog nezakonitog postupanja ugovornog organa. Ipak, čl. 94, st. 1. govori u prilog tome da naše zakonodavstvo implicitno prepoznaje i pasivno legitimisana lica, tj. druge privredne subjekte koji imaju pravni interes u predmetnom postupku javne nabavke.³⁴ Teorijski posmatrano, stvarnu legitimaciju imaju sva ona lica koja su zakonski podvedena pod kategoriju aktivne legitimacije, dakle pravna lica koja nisu zadovoljna ishodom javne nabavke a pritome im je načinjena ili mogla biti načinjena šteta. Sa druge strane, procesna legitimacija

³¹ Hrv. ZJN, čl. 399.

³² Pozitivno pravo Bosne i Hercegovine učinilo je ovu procesnopravnu kategoriju izuzetno komplikovanom, upravo iz razloga što nije jednostavno odrediti tu „respektabilnu vezu pravne situacije“ (Tomić, Z. (2021). *Opšte upravno pravo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 304) zato što zakon ne sadrži pouzdanu formulu po osnovu koje bi se ista mogla odrediti. Stoga, ako posebni zakoni (kao npr. Zakon o javnim nabavkama) ne sadrže jasne odredbe, mora se pribjeći nekim od teorije predloženim modelima rješavanja ovog problema. Jedna od njih je ispitivanje dva kriterijuma: odrediti odnos određenog lica i neke upravne stvari (stvarni kriterijum) i odrediti lična svojstva koja lice treba da posjeduje ako se pojavljuje u ulozi stranke (lični kriterijum). Vidjeti kod: Rađenović, M. (2019). *Pravo opšteg upravnog postupka i upravnog spora*. Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, 83.

³³ Međunarodna grupa eksperata je to istaknula u priručniku naglašavajuću potrebu da se u svakom pojedinom slučaju utvrđuje aktivna legitimacija, i to ne od strane ugovornog organa već isključivo takva ovlaštenja ima KRŽ. Zabuna može lako da nastane nakon iščitavanja odredbi o postupanju ugovornog organa sa žalbom i ispitivanja pojedinih procesnih pretpostavki (blagovremenost, dopuštenost, dozvoljenost). V.: *Priručnik za javne nabavke u Bosni i Hercegovini* (2020). Sarajevo, 82. Takođe u: ZJN, čl. 97.

³⁴ ZJN, čl. 94, st. 1.

pripada javnopravnim kolektivitetima koji *ex officio* pokreću kontrolni žalbeni postupak i mogu u potpunosti ili djelimično da ponište postupak javne nabavke. Naime, u našem zakonodavstvu to je Kancelarija za razmatranje žalbi, dok se u teoriji³⁵ s pravom podsjeća da takva uloga može biti dodijeljena tužilaštvu, pravobranilaštvu, državnoj reviziji onda kada je potrebno zaštititi javni interes ili državnu imovinu. Takav teorijski stav prihvata i zakonodavac, te će u čl. 103. taksativno propisati mogućnosti kada KRŽ može po službenoj dužnosti da kontroliše postupak javnih nabavki.³⁶

Žalba se izjavljuje direktno pisanim putem ili preporučenom poštom preko ugovornog organa ili izuzetno ako je tenderskom dokumentacijom kao jedan od načina komuniciranja predviđeno, elektronskim putem.³⁷ Ugovorni organ ima obavezu, nevezano da li je žalba podnesena direktno ili elektronski da putem portala javnih nabavki obavijesti ponuđače o pokretanju žalbenog postupka.³⁸ Na efikasnost žalbenog postupka uticalo bi rješenje koje susrećemo u hrvatskom pravu,³⁹ a to je predaja žalbe direktno KRŽ bez posredovanja ugovornog organa. Pored toga, ugovorni organ postupa kao i svaki redovni prvostepeni organ u radu sa žalbom, što znači da je obavezan u predmeritornoj fazi provjeriti da li je žalba blagovremena,⁴⁰ dopuštena, izjavljena

³⁵ Cucić, V. (2020). *Sprovođenje i kontrola postupka javnih nabavki*. Beograd: Službeni glasnik, 137.

³⁶ Naime, riječ je o četiri situacije: 1) povreda postupka prilikom otvaranja ponuda i zahtjeva za učešće; 2) rok za dostavljanje ponuda ili zahtjeva za učestvovanje nije produžen, a po zakonu je postojala obaveza da se rok produži; 3) nakon isteka roka za dostavljanje ponuda u postupcima u kojima nije dozvoljeno pregovaranje ugovorni organ je vodio pregovore ili je ponuđač izmijenio svoju ponudu suprotno odredbama zakona; 4) kada je neusklađena tenderska dokumentacija sa zakonom ili podzakonskim aktima, koja je uslijed nedorečenosti, protivriječnosti ili nejasnoća dovela do nemogućnosti utvrđivanja osnovnosti žalbenih navoda ili koja je uslijed bitnih propusta dovela do narušavanja osnovnih principa ovog zakona, ili uslijed nezakonite dodjele ugovora.

³⁷ Uočava se terminološka greška u ovom članu, jer se ne može žalba „izjaviti“ ugovornom organu, već samo „predati“. Funkcija ugovornog organa je samo procesnog karaktera kao što ZUP i predviđa u domenu postupanja prvostepenog organa po žalbi, a zato se žalba prvostepenom organu samo predaje a izjavljuje drugostepenom, odnosno KRŽ. V.: ZJN, čl. 99, st. 1.

³⁸ ZJN, čl. 99, st. 3.

³⁹ Hrv. ZJN čl. 145, st. 2–3. Žalba se predaje direktno Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabavke, a žalba se dostavlja i naručiocu.

⁴⁰ Blagovremenost u smislu ZJN a po stavovima sudske prakse znači da će biti odbacena žalba zainteresovanog lica koje nije u roku određenom od strane ugovornog organa preuzelo tendersku dokumentaciju. Sasvim razumljivo imajući u vidu odredbu iz čl. 42. ZJN kojom se ovlašćuje ugovorni organ da određuje sve rokove u zavisnosti od načina sprovođenja javne nabavke a vodeći računa da ponuđači imaju dovoljno vremena za preduzimanje odgovarajućih radnji i pripremanja ponuda. Vidi: Sud BiH br. S1 3 U 034239 20 U od 6. 4. 2021. godine.

od ovlaštenog lica i od lica koje ima aktivnu legitimaciju.⁴¹ Ukoliko neka od procesnih pretpostavki nije ispunjena, ugovorni organ će zaključkom odbaciti žalbu, na koju ponuđač ima pravo da se žali u roku od pet dana, a o toj žalbi rješenjem odlučuje KRŽ. Postoje stavovi koji kritikuju predmeritorna odnosno formalnopravna kontrolna ovlaštenja ugovornog organa pozivajući se na suvišnost i nepotrebnost da o procesnim pretpostavkama odlučuju, doduše sukcesivno, ugovorni organ i KRŽ, pravdajući da je takvo postupanje ugovornog organa (istog organa koji je sprovodio javne nabavke) u suprotnosti sa načelom pravne sigurnosti.⁴² Razumljiv je ovakav stav, imajući u vidu podozrenje da nije u dovoljnoj mjeri osigurana nepristrasnost, objektivnost u odlučivanju (samim tim ni legitimna očekivanja stranke u postupku), pošto će ugovorni organ uvijek nastojati da u pomenutoj fazi odbaci žalbu. Kao uravnoteženim se čini prijedlog da se takva ovlaštenja oduzmu ugovornom organu, te da o procesnim pretpostavkama za izjavljivanje žalbe odlučuje samo KRŽ. Sa druge strane, ako su sve pretpostavke ispoštovane ali žalba je djelimično ili u cjelini osnovana, ugovornom organu na raspolaganju stoje samokontrolna ovlaštenja da dopuni propust koji je načinjen (npr. izmijeniti i/ili dopuniti tendersku dokumentaciju), ili da u potpunosti stavi van snage svoje ranije i donese novo rješenje.⁴³ Na to novo rješenje bi bila dozvoljena nova žalba, što je opravdano podvrgnuto kritici jer se time nepotrebno produžava postupak, gubi se efikasnost upravnog rješavanja, a pogotovo što novo meritorno rješavanje KRŽ može da dodatno komplikuje već složenu pravnu situaciju.⁴⁴ Hrvatski zakonodavac nije prepustio nikakva ovlaštenja ugovornom organu odnosno naručiocu u pogledu žalbe.⁴⁵ U suprotnom, ako žalbu smatra neosnovanom, obavezan je da pošalje žalbu, izjašnjenje na žalbene navode i cjelokupan spis predmeta uputi drugostepenoj komisiji KRŽ.⁴⁶

Postupanje drugostepenog organa je takođe u skladu sa pravilima opšte upravne procedure, uz neke specifičnosti.⁴⁷ Naime, kada zaprimi spis predmeta

⁴¹ ZJN, čl. 100, st. 1.

⁴² Bjelorglić, S. (2019). Žalba kao sredstvo pravne zaštite u postupcima javnih nabavki. *Društvena i tehnička istraživanja*, br. 2. Kiseljak, 47.

⁴³ ZJN, čl. 100 st. 3.

⁴⁴ Pejaković, S. (2015). Analiza pravne zaštite u postupcima javne nabavke u Bosni i Hercegovini. Sarajevo: Analitika – Centar za društvena istraživanja, 37.

⁴⁵ To se najbolje vidi u zakonskoj formulaciji da se naručiocu samo dostavlja primjerak žalbe koja se predaje Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabavke. V.: Hrv. ZJN, čl. 145, st. 3.

⁴⁶ ZJN, čl. 100, st. 5.

⁴⁷ Zakonodavac nepotrebno navodi u čl. 109. ZJN da će KRŽ ponovo ispitivati procesne pretpostavke: dopuštenost, blagovremenost i činjenicu da je izjavljena od strane ovlaštenog lica, kada je takav procesni slijed događaja sasvim predvidiv imajući u vidu zakonom propisanu supsidijarnu primjenu Zakona o opštem upravnom postupku.

KRŽ će u slučaju njegove nepotpunosti zatražiti od žalioca da upotpuni žalbu u roku od tri dana od prijema zahtjeva za dopunu, u suprotnom će biti zaključkom odbačena, osim u slučaju da i takva nepotpuna žalba ima postavljen žalbeni zahtjev te ako iz njenog sadržaja proizlazi da bi se po njoj moglo postupati.⁴⁸ U slučaju kada žalba ispunjava sve prethodne karakteristike, KRŽ će postupati isključivo u granicama koje su postavljene u žalbenom zahtjevu,⁴⁹ osim onih bitnih povreda zakona o kojima je već bilo riječi. Na isto rješenje nailazimo u pravu Srbije,⁵⁰ gdje Republička komisija odlučuje u granicama podnjetog zahtjeva za zaštitu prava, ali je dužna da se izjasni i o onim pitanjima za koje podnositelj zahtjeva nije mogao da zna a uticale su na odluku naručioca. Kako se u teoriji navodi „Republička komisija je vezana zahtevom, ali ne i razlozima iznetim u zahtevu za zaštitu prava.“⁵¹

Na ovom mjestu treba razmotriti suspenzivno dejstvo žalbe i institut spajanja postupaka. Već smo spomenuli da se žalba u meritornoj fazi objavljuje na elektronskim portalima kako bi svi zainteresovani učesnici mogli da budu upoznati sa pokrenutim žalbenim postupkom. Cilj ovog načina oglašavanja nije samo ostvarenje nekih opštih procesnih načela, već upravo da bi zainteresovana lica bila upoznata o pokrenutom postupku žalbene kontrole, i dejstva koji pokretanje tog postupka izaziva, a to su odgađanje nastavka postupka javnih nabavki, zaključenje odnosno izvršenje ugovora o javnoj nabavci ili okvirnog sporazuma.⁵² S pravom se ističe i nedostatak normativne uređenosti odložnog dejstva žalbe u postupku javnih nabavki.⁵³ Najprije treba predvidjeti kako ugovorni organ da se postavi u pogledu suspenzivnosti žalbe, i ne treba biti prepušten slučaju pravno dozvoljene mogućnosti postupanja ovog organa, npr. nije regulisano da se predajom žalbe ugovornom organu prekida postupak, i šta činiti ukoliko privredni subjekti podnesu ponude nesvjesni činjenice da je žalba podnesena i da ima suspenzivno dejstvo. Jedno od *de lege ferenda* rješenja jeste da se takve ponude ne uzimaju u razmatranje, te da se bez odlaganja vrate ponuđačima, ali pravnog osnova u našem zakonu za takvo postupanje nema. Hrvatsko pravo i tu pokazuje određenu prednost predviđajući da u otvorenom postupku javne nabavke nakon predaje žalbe naručilac ima obavezu da na internet stranicama objavi trenutak podnošenja žalbe, te se istog trenutka postupak

⁴⁸ ZJN, čl. 106, st. 1–2.

⁴⁹ *Ibid.*, čl. 104, st. 1.

⁵⁰ Srb. ZJN, čl. 226, st. 1.

⁵¹ Cucić, V. (2020). *Sprovođenje i kontrola postupka javnih nabavki*. Beograd: Službeni glasnik, 145.

⁵² ZJN, čl. 110.

⁵³ Pejaković, S. (2015). *Analiza pravne zaštite u postupcima javne nabavke u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Analitika – Centar za društvena istraživanja, 33.

javne nabavke zaustavlja.⁵⁴ Prigovor se može izraziti i u pogledu regulisanja jednog izuzetka od suspenzivnog dejstva – na zahtjev ugovornog organa KRŽ može donijeti odluku o nastavku postupka. Izostali su iz zakonskog teksta i kriterijumi određivanja ovakvog izuzetnog slučaja, rokovi u kojima se zahtjev podnosi, mogućnost suprotne strane (tj. žalioca) da se izjasni o takvom zahtjevu. Treba napomenuti da i pored postojanja odložnog dejstva žalbe, kada se završi postupak javne nabavke, u trenutku kada su ponuđači obaviješteni o izboru najpovoljnijeg ponuđača, ugovorni organ ne može odmah da zaključi ugovor o javnoj nabavci. Time se postižu dvostruki rezultati: primjereni rok u kojem se svi ponuđači mogu upoznati sa ishodom postupka javnih nabavki, ali istovremeno i uslov za jedno od kontrolnih ovlaštenja KRŽ, jer ako se navedena zabrana ne poštuje KRŽ će biti u mogućnosti da poništi takav ugovor o javnoj nabavci. Sa druge strane, zabrana potpisivanja ugovora nije apsolutna i ima svoje izuzetke,⁵⁵ a oni se tiču tri situacije: 1) kada samo jedan ponuđač učestvuje u postupku a da je pritom ponuda prihvaćena bez objavljivanja *ex ante* obavještenja o transparentnosti; 2) ako samo jedan ponuđač učestvuje u drugoj fazi, a riječ je o ograničenom postupku, pregovaračkom postupku sa objavom obavještenja i takmičarskog dijaloga; 3) kada se ugovor dodjeljuje u sklopu okvirnog sporazuma ili dinamičkog sistema kupovine.

Spajanje upravnih stvari prema domaćoj legislativi opšteupravne procedure podrazumijeva ispunjenje kumulativno tri uslova: prava i obaveze stranaka zasnovane na istom ili slično činjeničnom stanju, prava i obaveze proizlaze iz istog materijalnog zakona, stvarna nadležnost organa povodom svih upravnih stvari koje se spajaju u jedan postupak.⁵⁶ Međutim, upravo zato se u tekstu ZJN može pronaći odredba kojom predsjedavajući KRŽ, kada uoči da su pristigle dvije ili više žalbi koje se odnose na isti postupak javne nabavke, može zanemariti sve prethodno spomenute pretpostavke iz ZUP, te donijeti zaključak kojim se spajaju upravni postupci. Zakonodavac je izričito propisao da se u ovakvim okolnostima ne može izjaviti žalba na zaključak kojim se izvršilo spajanje postupaka, te da se donosi samo jedno rješenje, bez obzira na broj podnesenih žalbi.⁵⁷ Nedozvoljenost žalbe na zaključak o spajanju upravnih stvari je odstupanje od pravila opšteupravnog postupka kod kojeg postoji mogućnost pobijanja ovakvog zaključka posebnom žalbom. U svakom slučaju, spajanje postupaka je stvar slobodnog opredjeljenja nadležnog organa i pribjegava mu se samo onda kada je opravdan razlozima racionalnosti i ekonomičnosti.⁵⁸

⁵⁴ Hrv. ZJN, čl. 157 st. 1.

⁵⁵ ZJN, čl. 98, st. 2.

⁵⁶ ZUP BiH, čl. 118, st. 1.

⁵⁷ ZJN, čl. 112.

⁵⁸ Rađenović, M. (2019). *Pravo opšteg upravnog postupka i upravnog spora*. Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, 127.

Za kraj ćemo razmotriti šta sve može KRŽ da uradi u postupku žalbene kontrole.⁵⁹ Ukoliko žalilac odustane od žalbe, KRŽ će posebnim zaključkom obustaviti postupak, osim u situacijama koje su propisane kao bitne povrede zakona i kada bez obzira na odustanak, KRŽ će izvršiti započeti postupak. Takođe, ako nisu ispunjene procesne pretpostavke, KRŽ će žalbu odbaciti ili, ako je neosnovana, odbiti. Pozitivan ishod za žalioca je u slučaju kada se žalba usvaja, te istom odlukom KRŽ može poništiti odluku, postupak ili radnju u dijelu u kojem je povrijeđen zakonski odnosno podzakonski akt. Pored poništavanja pojedine radnje, odluke ili postupka, KRŽ može poništiti ugovor o javnoj nabavci odnosno okvirni sporazum.⁶⁰ Primjenjujući supsidijarnost ZUP KRŽ može, ukoliko smatra da će nedostatke prvostepenog postupka brže i ekonomičnije otkloniti ugovorni organ, prvostepeno rješenje da poništi i vrati prvostepenom organu na ponovno odlučivanje odnosno na ponavljanje postupka javnih nabavki uz ukazivanje na greške u prvobitnom postupku.⁶¹ Ovakvo postupanje KRŽ bi, po nekim autorima,⁶² negiralo načelo efikasnosti jer meritorno rješavanje upravne stvari u potpunosti od strane KRŽ kao drugostepenog organa bi odgovaralo strankama da što prije ostvare svoja prava a i obaveze, jer ponovno vraćanje ugovornom organu usporava sam postupak i postavlja novu dilemu – da li će prvostepeni organ postupiti po shvatanjima i zamjerkama KRŽ. Poništenje može biti izbjegnuto i takav scenario predviđen je u Zakonu onda kada postoje opravdani razlozi na strani ugovornog organa, odnosno kada postoje razlozi u vezi sa opštim interesom.⁶³ Kada je ugovorni organ smatrao da je postupak u skladu sa zakonom (takvo svoje smatranje mora i da dokaže), te je dobrovoljno objavio *ex ante* obavještenje o transparentnosti, a ugovor nije zaključio prije isteka roka od 15 dana od dana obavještenja. Bez obzira što je povrijedio zakon na drugi način (npr. pristupio pregovaračkom postupku bez objave obavještenja), ukoliko su ispunjeni prethodno pomenuti razlozi neće doći do poništenja ugovora o javnoj nabavci. Time je ostavljen prostor za izuzetne okolnosti u kojima zbog opravdanih

⁵⁹ ZJN, čl. 111, st. 1.

⁶⁰ Zakonom su taksativno nabrojane četiri situacije: a) primijenio pregovarački postupak bez objave obavještenja ili postupak dodjele ugovora o nabavci usluga iz Aneksa II u suprotnosti sa 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 sa čl. 98. ovog zakona ako to sprječava 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. Vidi: ZJN, čl. 111, st. 2.

⁶¹ ZUP BiH, čl. 230, st. 2.

⁶² Bjelogrić, S. (2019). Žalba kao sredstvo pravne zaštite u postupcima javnih nabavki. *Društvena i tehnička istraživanja*, br. 2. Kiseljak, 51.

⁶³ ZJN, čl. 111 st. 3 i 5.

okolnosti koje nisu apsolutno lišene zakonskih uslova (prisutno je dobrovoljno obavještanje i rok od 15 dana). Drugačija je situacija sa opštim interesom. Riječ je o interesu koji po slovu zakona „zahtijeva da ugovor treba da ostane na snazi“, te koji nije definisan eksplicitno već metodom negativne enumeracije, koji nam govori šta opšti interes u konkretnom slučaju nije.⁶⁴ Neprecizno određen ekonomski interes koji se tiče u zakonu nabrojanih troškova, i preširoko postavljen uslov „nesrazmjernih posljedica“ može dovesti do zloupotrebe ove izvanredne zakonske mogućnosti, pogotovo ako uzmemo u obzir da je zakonodavac dozvolio opstanak i onih ugovora koji se nalaze u postupku poništenja, ali zbog angažovanog „opšteg interesa“ neće biti poništeni u onom obimu u kojem su izvršeni, iako će ugovornom organu biti određena novačana kazna.⁶⁵

Pažnju privlači jedna norma koja dopušta ugovornom organu da se, na osnovu posebnog zahtjeva o kojem odluči KRŽ, nastavi postupak javne nabavke, iako je pokrenut žalbeni postupak, uz ispunjenje dva prethodna uslova: 1) da odluka ne prouzrokuje nesrazmjernu štetu na račun javnog interesa; 2) zahtjev ugovornog organa mora biti obrazložen (a teret dokazivanja je na ugovornom organu).⁶⁶

UPRAVNOSUDSKA KONTROLA

Konačno rješenje KRŽ kojim je odbijena žalba ili rješenje kojim se poništava neka radnja ili postupak ili cjelokupan ugovor o javnoj nabavci može biti u roku od 30 dana podvrgnut kontroli u upravnom sporu, koji tužilac može da pokrene pred Sudom Bosne i Hercegovine.⁶⁷ Važno je naglasiti da se kao tužilac u našem pravu pojavljuju ravnopravno ugovorni organ i učesnici u postupku javne nabavke, dok u hrvatskom pravu se *ex lege* ne određuje

⁶⁴ U čl. 111, st. 6. navodi se da u opšti interes ne spada ekonomski interes koji je u direktnoj vezi s ugovorom ili okvirnim sporazumom, što obuhvata posebne troškove koji mogu nastati zbog zakašnjenja u izvršenju ugovora ili okvirnog sporazuma, troškova koji proilaze iz sprovođenja novog postupka javne nabavke, troškova koji mogu nastati zbog promjene privrednog subjekta koji izvršava ugovor ili okvirni sporazum i troškova pravnih obaveza koje su rezultat poništenja ugovora ili okvirnog sporazuma. Pored ovako preciziranog ekonomskog interesa mora da bude ispunjen i dodatni uslov kako bi takav interes bio percipiran kao opšti i time uticao da ugovor i pored svojih nedostataka ostane na snazi. Dodatni uslov se tiče situacije u kojoj bi poništenje takvog ugovora o javnoj nabavci dovelo do nesrazmjernih posljedica.

⁶⁵ ZJN, čl. 111, st. 4. Novčana kazna je striktno propisana i iznosi 5 % od ukupne vrijednosti ugovora.

⁶⁶ Bjelogrić, S. (2019). Žalba kao sredstvo pravne zaštite u postupcima javnih nabavki. *Društvena i tehnička istraživanja*, br. 2. Kiseljak, 45–46.

⁶⁷ ZJN, čl. 115, st. 1.

ko može biti podnosilac tužbe,⁶⁸ a u pravu Srbije se eksplicitno ne određuje aktivno legitimisano lice osim što se ciljnim i sistemskim tumačenjem norme može zaključiti da tužbu ne može podnijeti naručilac (tj. ugovorni organ),⁶⁹ što je bio i stav sudske prakse.⁷⁰ S obzirom na veliki broj predmeta⁷¹ u ovoj oblasti razmotrićemo način na koji se sprovodi sudska kontrola postupka javne nabavke. No, prvo da spomenemo zašto je uopšte došlo do tako velikog broja predmeta pred Sudom BiH. Žalba kao redovni pravni lijek i kontrolna ovlaštenja KRŽ očigledno su potpuno zanemarena, čak neiskorištena, s obzirom na činjenicu koliko se drugostepenih odluka KRŽ osporova sudskim putem. Sa druge strane, potrebno je skratiti rok za podnošenje tužbe⁷² (opšti procesni rok iz ZUS koji iznosi 30 dana), zato što u kombinaciji sa vremenom koje stoji na raspolaganju sudu za odlučivanje, odugovlači nepotrebno postupak i spriječava konačni ishod javnih nabavki, te ih udaljava od postavljenih evropskih zahtjeva za efikasnim i procesno ekonomičnim tempom sprovođenja postupka javne nabavke.⁷³

U pravilu pokretanje upravnog spora ne odlaže izvršenje konačnog upravnog akta, osim ako posebnim zakonom nije drugačije propisano.⁷⁴ Okrenućemo se rješenju u našem ZJN koji predviđa mogućnost podnošenja posebnog zahtjeva za odlaganje izvršenja drugostepenog rješenja KRŽ. Tužilac mora ovakav zahtjev da podnese sa tužbom, a Sud BiH će donijeti posebno rješenje kojim na određeno vrijeme ili do okončanja upravnog spora odlaže izvršenje akta, istovremeno vodeći računa o javnom interesu i šteti koja bi mogla nastati odgađanjem konačne odluke KRŽ.⁷⁵ Problem kod ovako formulisanoog odgodnog dejstva je sljedeći – ne može se tražiti odgađanje izvršenja konačne odluke KRŽ kako se u zakonu navodi, već se može samo tražiti odgađanje izvršenja (sic!) konačnog upravnog akta ugovornog organa, jer je

⁶⁸ Hrv. ZJN, čl. 434, st. 1.

⁶⁹ Cucić, V. (2020). *Sprovođenje i kontrola postupka javnih nabavki*. Beograd: Službeni glasnik, 149.

⁷⁰ Rešenje br. 24 U. 13304/16, od 27. aprila 2018. godine, Rešenje br. 4 U. 2609/16, od 14. februara 2018. godine, Rešenje br. III-7 U. 16225/16, od 27. septembra 2019. godine.

⁷¹ U 2018. godini pokrenuto je 442 upravna spora, u 2019. godini pokrenuto je 419 upravnih sporova a u 2020. pokrenuto je 335 upravna spora protiv odluka KRŽ. V.: *Sudska praksa u predmetima javnih nabavki*. (2022). Sarajevo, 11.

⁷² Kao što je učinjeno u pravu Srbije, rok za podnošenje tužbe Upravnom sudu iznosi 15 dana. V. u: Srb. ZJN, čl. 228, st. 1. i 3, ZUS Srbija čl. 18.

⁷³ Za drugačije mišljenje autora koji smatraju da skraćenje roka za podnošenje tužbe ne bi uticalo na ubrzavanje postupka, već da je potrebno uvesti mogućnosti odgađanja izvršenja i prije podnošenja tužbe odnosno primjena privremenih mjera u skladu sa Direktivom 2007/66/EZ. V. u: *Sudska praksa u predmetima javnih nabavki*. (2022). Sarajevo, 30.

⁷⁴ ZUS BiH, čl. 18, st. 1–2.

⁷⁵ ZJN, čl. 115, st. 3–4.

ugovorni organ donio rješenje koje se u drugostepenom postupku pred KRŽ osporavalo žalbom i time steklo svojstvo konačnosti. Nadalje, ostaje nejasno u zakonskom tekstu da li se suspenzivno dejstvo tiče odgađanja izvršenja odluke ugovornog organa ili se odnosi i na sklapanje ugovora jer prvonavedena odgoda nužno ne implicira zabranu sklapanja ugovora. Može se u praksi javiti situacija da u roku od 30 dana koliko na raspolaganju stoji tužiocu da pokrene upravni spor tužbom, izvrši sklapanje ugovora o javnoj nabavci. Čak i da se sklapanje ugovora desi poslije podnošenja tužbe, može se svakako ugovor sklopiti prije nego što sud donese rješenje o odgodi. Da bi se ovakve situacije izbjegle neophodno je *de lege ferenda* predvidjeti da se suspenzivno dejstvo odnosi na rješenje ugovornog organa, te da se odnosi istovremeno na sklapanje ugovora i na izvršenje rješenja ugovornog organa. Nije loše predvidjeti domaćim ZUS-om rješenje koje postoji u Srbiji – mogućnost odlaganja izvršenja i prije podnošenja tužbe, kada nalažu razlozi hitnosti, a sud je obavezan o takvom zahtjevu da odluči u roku od 5 dana.⁷⁶ I hrvatski ZJN predviđa postojanje privremenih mjera, međutim one su u nadležnosti Državne komisije za sprovođenje postupka javnih nabavki, i sa njima hrvatski Upravni sud nema ništa.⁷⁷

Nakon donošenja presude u upravnom sporu, nezadovoljna strana može da izjavi vanredno pravno sredstvo – zahtjev za preispitivanje sudske odluke u roku od 30 dana od dana dostavljanja stranci odluke, koje se podnosi tročlanom sudskom vijeću Apelacionog odjela Suda BiH.⁷⁸ Ovlaštenja ovog vijeća su ukidajućeg ili preinačavajućeg karaktera i dodatno usložnjavaju i produžavaju roкове pravne zaštite u postupku javnih nabavki.

⁷⁶ ZUS Srbija, čl. 23, st. 3. Zoran Tomić komentarišući ovu odredbu navodi da je riječ o savremenoj i naprednoj evropskoj zakonskoj soluciji koja je navedena u Preporuci Komiteta ministara Savjeta Evrope o privremenoj sudskoj zaštiti u upravnom postupku iz 1989. godine. Kao jedno od sredstava te privremene sudske zaštite predviđeno je i u našem pozitivnom pravu poznato – odlaganje izvršenja upravnog akta do okončanja upravnog spora. Ostali instrumenti privremene sudske zaštite nisu prihvaćeni jer po riječima Tomića bili bi teško primjenjivi, usporili bi rad sudova i mogli čak prejudicirati sadržinu budućih sudskih odluka. V. u: Tomić, Z. (2012). *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, Beograd: Službeni glasnik, 451–452.

⁷⁷ Hrv. ZJN, čl. 424.

⁷⁸ ZUS BiH, čl. 49–50.

ZAKLJUČAK

Postupak javnih nabavki u Bosni i Hercegovini pokazatelj je napretka na putu evrointegracija, zato što novi Zakon o javnim nabavkama iz 2014. godine u skoro svim aspektima odgovara reprezentativnim primjerima iz zemalja članica EU. Problem implementacije postojećeg zakona predstavlja glavni kamen spoticanja, te mnoge nedorečenosti zakona otvaraju široki prostor za manipulaciju, zloupotrebu prava i povećanje koruptivnih radnji. Mehanizam pravne zaštite kako je koncipiran ZJN predstavlja najkvalitetniji dio zakonskog teksta i, kako smo u radu vidjeli, ne postoji radikalni otklon od zakonodavstva susjednih država – Srbije i Hrvatske. Međutim, i dalje veliki problem predstavlja uloga trećeg, zainteresovanog lica u ovom postupku, neprecizno određeni rokovi žalbe, način postupanja KRŽ u odnosu na relevantne odredbe ZUP koje predviđaju i drugačije kontrolne aktivnosti (poništanje rješenja i vraćanje prvostepenom organu na ponovno postupanje). Sistemski problem, koji se ne nalazi u pravnim sistemima Srbije i Hrvatske, jeste zastarjelost opštih upravnopravnih instituta procesnog karaktera prevashodno, kako su oni određeni važećim ZUP. Mišljenja smo da bi tek donošenjem novoga ZUP bila otklonjena mnoga praktična pitanja u primjeni ZJN, čime bismo se približili uzornim primjerima uporednog prava. Žalbeni postupak pred KRŽ nosi pored normativnih i stvarne probleme, zbog kvantitativnog opterećenja ovog drugostepenog organa. Stoga bi u organizacionom smislu trebalo povećati broj članova KRŽ ili omogućiti u nekim slučajevima (kod odbacivanja žalbe ili u jednostavnijim predmetima) inokosno postupanje članova ovog žalbenog tijela. Kontrola koja se može nastaviti nakon žalbene kontrole jeste pokretanje upravnog spora pred Sudom BiH, i kako smo naveli u članku osnovni nedostatak ovog vida (u)pravne zaštite jeste suspenzivno dejstvo tužbe koje je opcionog karaktera. Neodlaganje zaključenja ugovora i izvršenja takvog ugovora može da naruši učinke zaštite koja se pruža odlukom suda u upravnom sporu, imajući u vidu da je postupak hitan po slovu zakona. Takođe, krunsko pitanje na koje će se morati obratiti pažnja prilikom noveliranja zakona jeste pravna priroda ugovora o javnoj nabavci, zato što od tog odgovora zavise uslovi sklapanja, način raskida, pravna zaštita te nadležnost za rješavanje u slučaju spora koji nastane u vezi sa tim ugovorom. Pravna kultura postupanja u javnim nabavkama vrlo je važan segment koji je odavno zaživio u državama srednje i zapadne Evrope, te smo mišljenja da je potrebno dati vremena važećem ZJN da zaživi u našoj društvenoj i pravnoj stvarnosti, uz neopohodne izmjene i dopune na koje smo u radu ukazali. Samo tako će postupak javnih nabavki ostvariti one zahtjeve koji su postavljeni pred Bosnu i Hercegovinu na putu pristupanja Evropskoj uniji.

LITERATURA

- Bjelogrić, S. (2019). Žalba kao sredstvo pravne zaštite u postupcima javnih nabavki. *Društvena i tehnička istraživanja*, br. 2. Kiseljak.
- Bovis, C. (2005). *Public Procurement in European Union*. Palgrave Macmillan.
- Brenjo, J., Pranjić, M., Purić, N. (2022). *Sudska praksa u predmetima javnih nabavki*. Sarajevo: Visoki sudski i tužilački savjet Bosne i Hercegovine.
- Cucić, V. (2020). *Sprovođenje i kontrola postupka javnih nabavki*. Beograd: Službeni glasnik.
- Čizmić, M. (2021). Pravna priroda ugovora o javnim nabavkama u pravnom poretku Bosne i Hercegovine. *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*, god. 14, br. 27. Zenica: Pravni fakultet Univerziteta u Zenici.
- Drmić, A. (2014). Pravna priroda ugovora o javnoj nabavi. *Croatian and Comparative Public Administration*, god. 14, br. 2.
- Knežević Bojović, A. (2013). Građanski nadzornik u Srbiji – analiza normativnog okvira i prakse i predlozi za njihovo unapređenje. *Građanska kontrola javnih nabavki*. Prokuplje: Institut za uporedno pravo.
- Ljubanović, B. (2010). Upravni ugovori i upravno sudovanje. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 47, br. 1.
- Matić Bošković, M. (2017). Krivično delo zloupotreba u javnim nabavkama – izazovi u primeni. *Privredna krivična dela*, I. Stevanović, V. Čolović (ur.). Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja i Institut za uporedno pravo.
- Matić Bošković, M. (2022). *Public Procurement. An analysis of the regulatory frameworks in selected Western Balkans countries*. Belgrade: Institute of Comparative Law.
- Mirjanić, Ž. (2014). *Pisanje i donošenje zakona*. Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci.
- Pejaković, S. (2015). Analiza pravne zaštite u postupcima javne nabavke u Bosni i Hercegovini. Sarajevo: Analitika – Centar za društvena istraživanja.
- Priručnik za javne nabavke (2020). Agencija za javne nabavke Bosne i Hercegovine.
- Radenović, M. (2019). *Pravo opšteg upravnog postupka i upravnog spora*. Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci.
- Revizija i pravni lijekovi u postupcima javnih nabavki u Evropskoj uniji. (2007). *Sigma document* br. 41.
- Softić, E. (2019). Bitna obilježja institua javnih nabavki. *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, br. 24, god. 13. Zenica.
- Tomić, Z. (2012). *Komentar Zakona o upravnim sporovima*. Beograd: Službeni glasnik.
- Tomić, Z. (2021). *Opšte upravno pravo*. Beograd: Centar za izdavaštvo i informisanje Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.
- Turudić, M. (2018). Pravna priroda ugovora o javnoj nabavi u hrvatskom pravnom poretku. *Sveske za javno pravo*, br. 34. Zagreb: Fondacija Centar za javno pravo.

Pravni izvori

- Zakon o javnoj nabavci, *Narodne novine*, br. 120/16.
- Zakon o ministarstvima i drugim organima uprave Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 5/03, 42/03, 26/04, 42/04, 45/06, 88/07, 35/09, 59/09. i 103/09.
- Zakon o upravnim sporovima Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 19/02, 88/07, 83/08. i 74/10.
- Zakon o javnim nabavkama, *Službeni glasnik BiH*, 39/14. i 59/22.
- Zakon o javnim nabavkama, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 91/19.
- Zakon o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 49/2004, 19/2005, 52/2005, 92/2005, 8/2006, 24/2006, 70/2006, 12/2009, 60/2010, 87/2013. i 47/2014.
- Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989. – odluka USJ i 57/1989 i *Službeni glasnik RS*, br. 17/1993, 3/1996, 37/2001. – dr. zakon, 39/2003. i 74/2004.
- Zakon o postupku nabavke robe, usluga i ustupanju radova, *Službene novine Republike Srpske*, br. 20/01.
- Zakon o upravnom postupku, *Službeni glasnik BiH*, br. 29/2002, 12/2004, 88/2007, 93/2009, 41/2013. i 53/2016.
- Odluka o postupku nabavke roba, usluga i ustupanju radova za potrebe institucija Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 13/03 i 7/04.
- Pravilnik o postupku nabavke robe, obavljanju usluga i ustupanju radova u Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Brčko Distrikta*, br. 14/02.
- Uredbu o postupku nabavke roba, o uslugama i ustupanju radova u Fedefaciji BiH, *Službene novine Federacije BiH*, br. 40/03, 58/03 i 11/04.

Sudska praksa

- Presuda Suda BiH, br. S1 3 U 034239 20 U od 6. 4. 2021. godine.
- Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja Suda Bosne i Hercegovine, br. S1 3 U 012509 14 Uvp 2 od 20. 1. 2015. godine.
- Rešenje Upravnog suda Srbije, br. 24 U. 13304/16 od 27. aprila 2018. godine.
- Rešenje Upravnog suda Srbije, br. 4 U. 2609/16 od 14. februara 2018. godine.
- Rešenje Upravnog suda Srbije, br. III-7 U. 16225/16 od 27. septembra 2019. godine.