

Marko Turudić\*

## Pravna priroda ugovora o javnoj nabavi u hrvatskom pravnom poretku

### Sadržaj

- 1. Uvod**
- 2. Ugovor o javnoj nabavi i pravo EU**
- 3. Ugovor o javnoj nabavi u francuskom pravu**
- 4. Ugovor o javnoj nabavi u njemačkom pravu**
- 5. Ugovor o javnoj nabavi u hrvatskom pravnom poretku**
  - 5.1. Pregled*
  - 5.2. Ugovor o javnoj nabavi kao upravni ugovor*
  - 5.3. Ugovor o javnoj nabavi kao ugovor mješovite upravnopravne i građanskopravne prirode*
  - 5.4. Ugovor o javnoj nabavi kao jedinstvena kategorija ugovora*
  - 5.5. Ugovor o javnoj nabavi kao građanskopravni ugovor*
- 6. Ugovor o javnoj nabavi i upravni ugovor sukladno odredbama ZUP-a**
  - 6.1. Naručitelji kao javnopravna tijela*
  - 6.2. Odluka o odabiru kao upravni akt*
  - 6.3. Određivanje ugovora o javnoj nabavi kao upravnog ugovora ZJN-om 2016.*
  - 6.4. Pisani oblik ugovora*
- 7. Ugovor o javnoj nabavi sukladno ZJN-u 2016.**
  - 7.1. Izvršenje ugovora o javnoj nabavi*
  - 7.2. Izmjene ugovora o javnoj nabavi*
  - 7.3. Raskid ugovora o javnoj nabavi*
  - 7.4. Ništetnost ugovora o javnoj nabavi*
- 8. Zaključak**

### 1. Uvod

Pravna priroda ugovora o javnoj nabavi u hrvatskoj pravnoj doktrini i praksi već dugi niz godina izaziva prijepore. Naime, upitno je je li ugovor o javnoj nabavi ugovor građanskog prava ili upravni ugovor. Pitanje je posebno dobilo na važnosti od 2009. nadalje, kada je usvojen novi Zakon o općem upravnom postupku<sup>1</sup> (ZUP), kojim se po prvi put u hrvatski pravni poredak

---

\* Autor je doktor pravnih znanosti i docent na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu.

<sup>1</sup> NN 47/09.

izričito uvodi pojam upravnog ugovora. Određivanje pravne prirode ugovora o javnoj nabavi problematično je zbog nesustavnih odredbi u trenutno važećem, ali i prijašnjim zakonima o javnoj nabavi. Naime, javnonabavni postupak je upravni postupak koji završava ili odlukom o odabiru ili odlukom o poništenju. Obje odluke su upravni akti, protiv kojih je jedini dopušteni pravni lijek podnošenje žalbe Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (DKOM), koja žalbeni postupak vodi kao upravni postupak. Pravomoćnošću odluke o odabiru nastupaju uvjeti potrebni za sklapanje ugovora o javnoj nabavi. Ipak, hrvatskim zakonima o javnoj nabavi određuje se kako će se za sve sporove koji proizađu iz izvršenja ugovora o javnoj nabavi primjenjivati odredbe Zakona o obveznim odnosima<sup>2</sup> (ZOO). Te odredbe su velik broj hrvatskih autora navele na zaključak kako je ugovor o javnoj nabavi ugovor građanskog prava.

Predmet ovog rada bit će analiza pravne prirode ugovora o javnoj nabavi. Pokušat ću utvrditi je li predmetni ugovor upravni ugovor ili ugovor građanskog prava. Rad ću započeti komparativnom analizom, u kojoj ću prikazati odredbe o ugovoru o javnoj nabavi iz javnonabavnih regulatornih okvira Europske unije (EU). Također, smatram nužnim kratko prikazati uređenje pravne prirode ugovora o javnoj nabavi u dvije zemlje čije je upravno pravo imalo značajan utjecaj na hrvatski pravni poredak: Francuskoj i Njemačkoj. U nastavku rada prikazati ću relevantne odredbe prijašnjih i trenutno važećeg Zakona o javnoj nabavi<sup>3</sup> (ZJN 2016), kao i dosadašnja teorijska shvaćanja o pravnoj prirodi ugovora o javnoj nabavi. Na kraju ću pokušati utvrditi ispunjava li ugovor o javnoj nabavi sve potrebne preduvjete kako bi ga se moglo smatrati upravnim ugovorom sukladno ZUP-u.

## 2. Ugovor o javnoj nabavi i pravo EU

Trenutno važeći javnonabavni regulatorni okvir EU čine tri Direktive; Direktiva 2014/24/EU<sup>4</sup>, 2014/25/EU<sup>5</sup> i 2014/23/EU<sup>6</sup>. Direktiva 2014/24/EU uređuje postupke javne nabave javnih naručitelja, dok Direktiva 2014/25/EU uređuje postupke javne nabave sektorskih naručitelja. Direktivom 2014/23/EU po prvi puta je samostalno uređeno područje koncesija. Također, važno je spomenuti i Direktive 89/665/EEC<sup>7</sup> i 92/13/EEC<sup>8</sup>, kojima se uređuje pravna zaštita za postupke koje vode i javni i sektorski naručitelji.

Predmetne Direktive ne određuju pravnu prirodu ugovora o javnoj nabavi (javnih ugovora), nego samo definiraju ove ugovore. Takav pristup je i jedini logičan, budući da države članice različito pristupaju materiji javne nabave općenito pa tako i ugovora o javnoj nabavi, što će najbolje biti

<sup>2</sup> NN 35/05, 41/08, 125/11, 78/15.

<sup>3</sup> NN 120/16.

<sup>4</sup> Direktiva 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. 02. 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ, *Sl. l. EU L 94/65*.

<sup>5</sup> Direktiva 2014/25/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. 02. 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ, *Sl. l. EU L 94/243*.

<sup>6</sup> Direktiva 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. 02. 2014. o dodjeli ugovorâ o koncesiji, *Sl. l. EU L 94/1*.

<sup>7</sup> Direktiva Vijeća 89/665/EEC od 21. 12. 1989. o koordinaciji zakona, uredbi i upravnih odredbi u vezi s primjenom postupaka pravne zaštite u postupcima dodjele javnih ugovora o radovima i dobrima, *Sl. l. EU L 395/33*.

<sup>8</sup> Direktiva Vijeća 92/13/EEC od 25. 02. 1992. koja koordinira zakone, uredbi i upravne odredbe u vezi s primjenom prava Zajednice o postupcima nabave tijela koja djeluju u sektorima vodoopskrbe, energije, prijevoza i telekomunikacija, *Sl. l. EU L 76/1*.

oslikano različitim pristupima Francuske i Njemačke koji će biti prikazani u kasnijim poglavljima.

Tako se člankom 2 stavak 1 točka 5 Direktive 2014/24/EU određuje opća definicija javnog ugovora.<sup>9</sup> Javni ugovori definiraju se kao ugovori kojima se ostvaruje financijski interes, koji su sklopljeni u pisanom obliku između jednog ili više gospodarskih subjekata i jednog ili više javnih naručitelja, a čiji je predmet izvođenje radova, nabava robe ili pružanje usluga.<sup>10</sup> Stanković navodi kako su, sukladno navedenoj definiciji, bitna obilježja javnog ugovora činjenica da je riječ o ugovornom odnosu, naplatnost pravnog posla, pisani oblik ugovora, činjenica da je riječ o ugovoru između javnog naručitelja i jednog ili više gospodarskih subjekata, i činjenica da predmet ugovora mora biti izvođenje radova, nabava robe ili pružanje usluga.<sup>11</sup> Također, sva navedena obilježja moraju biti kumulativno ispunjena kako bi se ugovor mogao smatrati javnim ugovorom (ugovorom o javnoj nabavi).<sup>12</sup>

### 3. Ugovor o javnoj nabavi u francuskom pravu

Francuska je pravo javne nabave normativno regulirala već od 1833, ali su prva pravila koja reguliraju nabavu središnje države i jedinica lokalne i regionalne samouprave konsolidirana 1964. u prvom Zakonu o javnoj nabavi.<sup>13</sup>

Javna nabava u francuskom pravnom poretku primarno je uređena Uredbom br. 2015-889 od 23. srpnja 2015. o javnim tržištima<sup>14</sup> (Uredba), koja je dopunjena implementacijskom Odlukom br. 2017-516 od 10. travnja 2017. kojom se utvrđuju razne odredbe koje se odnose na javnu nabavu<sup>15</sup> (Odluka). Predmetnom Uredbom i Odlukom derogiran je ranije važeći Zakon o javnoj nabavi.<sup>16</sup>

Člankom 3 Uredbe propisano je kako su javnonabavni ugovori koji se sklapaju sukladno Uredbi upravni ugovori.<sup>17</sup> Time su ugovori o javnoj nabavi u francuskom pravnom sustavu nedvojbeno određeni kao upravni ugovori, čime se nastavlja povijesno određivanje tih ugovora kao upravnih ugovora u francuskom pravnom poretku. Posljedica takvog uređenja je činjenica da su ugovori o javnoj nabavi u potpunosti unutar francuskog upravnog prava, što znači da su za sporove o

<sup>9</sup> Istim člankom još se detaljnije definiraju i ugovori o javnim radovima, ugovori o javnoj nabavi robe i ugovori o javnim uslugama.

<sup>10</sup> Za sadržajno istu definiciju vidi i čl. 2 t. 1 Direktive 2014/25/EU.

<sup>11</sup> D. Stanković, Pojam "ugovor o javnoj nabavi" u pravu Europske unije s posebnim osvrtom na povezane iznimke od primjene zakonodavstva o javnoj nabavi, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, Zagreb 1/2018, s. 123.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> S. De Mars/F. Olivier, *Competitive Dialogue in France*, u: S. Arrowsmith/S. Treume (ur), *Competitive Dialogue in EU Procurement*, Cambridge 2012, s. 272.

<sup>14</sup> Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, NOR: EINM1506103R Version consolidée au 21 mars 2018, dostupno na: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030920376>, očitavanje: 21. 03. 2018.

<sup>15</sup> Décret n° 2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique, NOR: ECFM1636881D, dostupno na: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034410634&categorieLien=id>, očitavanje: 21. 03. 2018.

<sup>16</sup> Code des marchés publics (édition 2006), dostupno na: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005627819&idSectionTA=&dateTexte=20160331>, očitavanje: 21. 03. 2018.

<sup>17</sup> „Les marchés publics relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs.“

obvezama iz ugovora nadležni upravni sudovi i tribunali.<sup>18</sup> Tako će prva instanca za rješavanje spora biti jedan od 42 prvostupanjska upravna suda (tribunaux administratifs), a nakon toga drugostupanjski upravni sudovi (cours administrative d'appel), te na kraju Državno vijeće (Conseil d'Etat) kao najviša sudbena instanca.<sup>19</sup>

#### 4. Ugovor o javnoj nabavi u njemačkom pravu

Njemački javnonabavni pravni sustav karakterizira iznimna složenost. Takozvani „kaskadni“ pravni sustav sastoji se od Zakona o sprečavanju ograničavanja tržišnog natjecanja<sup>20</sup> (GWB), koji u četvrtom dijelu sadrži odredbe o javnoj nabavi. GWB je na nižoj razini dopunjen Uredbom o dodjeli javnih ugovora<sup>21</sup> (u nastavku: VgV), koja se na nižoj razini referira na Uredbe VOB/A<sup>22</sup>, VOL/A<sup>23</sup> i VOF<sup>24</sup>. Važno je napomenuti kako se prikazani trodijelni „kaskadni“ sustav normi primjenjuje jedino na postupke javne nabave u vrijednosti preko pragova uspostavljenih javnonabavnim regulatornim okvirom EU<sup>25</sup>, dok se postupci javne nabave gdje je predmet nabave vrijednosti ispod navedenih pragova provode sukladno postupovnim odredbama proračunskih zakona na saveznoj razini i na razini saveznih država.<sup>26</sup>

Iako su odredbe koje čine „kaskadni“ sustav mješovitog javnopravnog i privatnopravnog karaktera, javna nabava se općenito vezuje uz privatno (građansko) pravo, a za izvršenje javnonabavnih ugovora se u potpunosti primjenjuju građanskopravne odredbe njemačkog

<sup>18</sup> De Mars/Olivier (bilj. 13), s. 276, v. i D. Truche, Basic Principles of the Public Procurement Procedure in France, *Hrvatska i komparativna javna uprava*, Zagreb 4/2012, s. 1104.

<sup>19</sup> F. Lichere/N. Gabayet, Enforcement of the EU Public Procurement Rules in France, u: S. Treumer/F. Lichere (ur), *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, Copenhagen 2011, s. 299.

<sup>20</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. 06. 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), posljednji put izmijenjen čl. 10 st. 9 Zakona od 30. 10. 2017 (BGBl. I S. 3618), dostupno na: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/BJNR252110998.html>, očitavanje: 22. 03. 2018.

<sup>21</sup> Vergabeverordnung vom 12. 04. 2016 (BGBl. I S. 624), koja je izmijenjena čl. 8 Zakona od 18. 07. 2017 (BGBl. I s. 2745), dostupno na: [https://www.gesetze-im-internet.de/vgv\\_2016/BJNR062410016.html](https://www.gesetze-im-internet.de/vgv_2016/BJNR062410016.html), očitavanje: 22. 03. 2018.

<sup>22</sup> VOB/A Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen, aufgestellt vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), dostupno na: [https://www.fib-bund.de/Inhalt/Vergabe/VOB/VOB-A%202016\\_nichtamtliche%20Fassung.pdf](https://www.fib-bund.de/Inhalt/Vergabe/VOB/VOB-A%202016_nichtamtliche%20Fassung.pdf), očitavanje: 22. 03. 2018.

<sup>23</sup> Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A vom 20. 11. 2009 mit der Berichtigung vom 19. 02. 2010, dostupno na: [http://www.forumvergabe.de/fileadmin/user\\_upload/Downloads/Text\\_VOLA\\_2009\\_Stand\\_2010-08.pdf](http://www.forumvergabe.de/fileadmin/user_upload/Downloads/Text_VOLA_2009_Stand_2010-08.pdf), očitavanje: 22. 03. 2018.

<sup>24</sup> Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen - VOF - Ausgabe 2009 vom 18. 11. 2009 (BAnz. Nr. 185a vom 08. 12. 2009), dostupno na: <https://www.jurion.de/gesetze/vof-2/>, očitavanje: 22. 03. 2018.

<sup>25</sup> Pragovi za javne naručitelje propisani su člankom 4. Direktive 2014/24/EU: 5.186.000,00 eura za ugovore o javnim radovima; 134.000,00 eura za ugovore o javnoj nabavi robe ili usluga koje su dodijelila tijela središnje državne uprave te za projektne natječaje koje su ta tijela organizirala; ako su ugovore o javnoj nabavi robe dodijelili javni naručitelji koji djeluju u području obrane, taj prag primjenjuje se samo na ugovore koji se odnose na proizvode obuhvaćene Prilogom III; 207.000,00 eura za ugovore o javnoj nabavi robe ili usluga koje su dodijelili decentralizirani javni naručitelji te projektne natječaje koje su ti naručitelji organizirali; taj prag također se primjenjuje na ugovore o javnoj nabavi robe koje su dodijelila tijela središnje državne uprave koja djeluju u području obrane, ako ti ugovori obuhvaćaju proizvode koji nisu obuhvaćeni Prilogom III; 750.000,00 eura za ugovore o javnim uslugama za društvene ili druge posebne usluge navedene u Prilogu XIV.

<sup>26</sup> M. Burgi/F. Koch, Contract Below the Thresholds and List B Services from a German Perspective, u: R. Caranta/D. Dragos (ur), *Outside the EU Procurement Directives-Inside the Treaty*, Copenhagen 2012, s. 122.

Građanskog zakonika<sup>27</sup> (BGB) i građanskopravnih Uredbi VOB/B<sup>28</sup> i VOL/B<sup>29</sup>. Također, člankom 171 GWB-a propisuje se nadležnost redovnih Viših sudova (*Oberlandesgericht*) za rješavanje o neposrednim žalbama protiv odluka Tribunala za javnu nabavu, čime se, uz izričitu primjenu normi građanskog materijalnog prava (BGB, VOB/B i VOL/B), potvrđuje prevladavajući građanskopravni karakter prava javne nabave, pa tako i javnonabavnih ugovora. Staničić prikazani njemački sustav, kao i onaj razvijen u Italiji i Nizozemskoj, određuje kao sustav u kojem se smatra da je ugovor što ga sklapa javna uprava privatnopravne naravi, ali koji je podložan raznim posebnim pravilima.<sup>30</sup> Navodi kako su iznimke od primjene privatnog prava ponekad toliko široke da se dovodi u pitanje privatnopravna narav takvih ugovora.<sup>31</sup> Ipak, za sporove koji proizlaze iz tih ugovora nadležni su redovni sudovi, a ne posebni specijalizirani upravni sudovi.<sup>32</sup>

## 5. Ugovor o javnoj nabavi u hrvatskom pravnom poretku

### 5.1. Pregled

Određivanje pravne prirode ugovora o javnoj nabavi nije bilo u pravnom fokusu teorije i prakse sve do usvajanja i stupanja na snagu ZUP-a. Naime, ZUP-om se po prvi puta u hrvatski pravni poredak izričito uvodi i definira upravni ugovor. Naravno, to ne znači da ugovori o javnoj nabavi i prije stupanja na snagu ZUP-a nisu imali teorijske preduvjete kako bi ih se smatralo upravnim ugovorima. Ipak, od Zakona o javnoj nabavi iz 2007.<sup>33</sup> (u nastavku: ZJN 2007) zakonodavac za sporove proizašle iz ugovora o javnoj nabavi propisuje primjenu ZOO-a. Tako je člankom 167 ZJN-a 2007. bilo propisano kako se na odgovornost ugovornih strana za ispunjenje obveza iz ugovora o javnoj nabavi primjenjuju odgovarajuće odredbe Zakona o obveznim odnosima. Identična odredba postojala je u članku 105 stavku 8.<sup>34</sup> Zakona o javnoj nabavi iz 2011.<sup>35</sup> (ZJN 2011), dok je člankom 313 stavak 3 trenutno važećeg ZJN-a 2016. propisano kako se na odgovornost ugovornih strana za ispunjenje obveza iz ugovora o javnoj nabavi, uz odredbe ovoga Zakona, na odgovarajući način primjenjuju odredbe zakona kojim se uređuju obvezni odnosi.

<sup>27</sup> Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 02. 01. 2002 (BGBl. I ss. 42, 2909; 2003 I s. 738), posljednji put izmijenjen čl. 1 Zakona od 20. 07. 2017 (BGBl. I s. 2787), dostupno na: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>, očitavanje: 22. 03. 2018.

<sup>28</sup> Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) vom 31. 07. 2009 (BAnz. Nr. 155a vom 15. 10. 2009) Zuletzt geändert durch die Bekanntmachung vom 07. 01. 2016 (BAnz AT 19. 01. 2016 B3, BAnz AT 01. 04. 2016 B1), dostupno na: <https://www.jurion.de/gesetze/vob%7Cb-2/>, očitavanje: 22. 03. 2018.

<sup>29</sup> Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) Teil B Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B) vom 05. 08. 2003 (BAnz. Nr. 178a vom 23. 09. 2003), dostupno na: <https://www.jurion.de/gesetze/vol%7Cb-3/>, očitavanje: 22. 03. 2018; M. Burgi, Competitive Dialogue in Germany, u: *Arrowsmith/Treumer* (bilj. 13), s. 307.

<sup>30</sup> F. Staničić, Kontrola nad sklapanjem upravnih ugovora, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Split 1/2016, s. 236.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> NN 110/07.

<sup>34</sup> Na odgovornost ugovornih strana za ispunjenje obveza iz ugovora o javnoj nabavi se uz odredbe ovoga Zakona na odgovarajući način primjenjuju odredbe Zakona o obveznim odnosima.

<sup>35</sup> NN 90/11, 83/13, 143/13, 13/14.

Takvo određivanje primjene ZOO-a na ispunjenje obveza iz ugovora o javnoj nabavi, u kombinaciji sa značajnim javnopravnim elementima prava javne nabave, prouzročilo je različita shvaćanja o pravnoj prirodi ugovora o javnoj nabavi u hrvatskoj pravnoj doktrini. Pravna shvaćanja obuhvaćaju cijeli spektar pravnih mogućnosti. Tako neki autori ugovor o javnoj nabavi smatraju upravnim ugovorom, neki mu pridaju mješoviti upravno-pravni i građanskopravni karakter, neki ga smatraju ugovorom *sui generis*, dok ga neki smatraju isključivo ugovorom građanskopravne prirode.

### 5.2. Ugovor o javnoj nabavi kao upravni ugovor

Aviani naglašava odredbe o upravnim ugovorima ZUP-a kao značajnu novinu u upravnosudskom zakonodavstvu.<sup>36</sup> Navodi kako je hrvatsko pravo i prije stupanja na snagu ZUP-a poznavalo određene vrste upravnih ugovora (kao što je ugovor o koncesiji), ali su se u međuvremenu razvili i drugi upravni ugovori, kao ugovor o javnoj nabavi, ugovor o javno-privatnom partnerstvu, kao i određeni ugovori u području zdravstva i školstva.<sup>37</sup> Time Aviani ugovore o javnoj nabavi nedvojbeno stavlja u kategoriju upravnih ugovora.

Britvić Vetma i Ljubanović smatraju kako se važeće hrvatsko pravo opredijelilo za tzv. „mješoviti sustav javne nabave“.<sup>38</sup> Postupak javne nabave i dodjeljivanje javnog ugovora koji iz njega proizlazi vodi se kao upravni postupak, dok je sve ostalo (izvršavanje takvih ugovora, rješavanje sporova koji iz njih proizlaze i dr.) podvrgnuto pravilima građanskoga, dotično trgovačkog prava.<sup>39</sup> Smatraju kako ovo rješenje nije prihvatljivo, te da izvršavanje i sporovi koji proizlaze iz javnih ugovora trebaju biti podvrgnuti upravnom pravu.<sup>40</sup>

Staničić navodi kako u hrvatskom pravu već više od dva desetljeća postoje ugovori koji zadovoljavaju sve pretpostavke da bi se mogli smatrati upravnim ugovorima, te takvima prije svega smatra ugovore o koncesijama<sup>41</sup> i ugovore o javnoj nabavi.<sup>42</sup>

### 5.3. Ugovor o javnoj nabavi kao ugovor mješovite upravno-pravne i građanskopravne prirode

Matešić navodi kako su ugovori o javnoj nabavi specifični, te da se razlikuju od građanskopravnih ugovora.<sup>43</sup> Glavne razlike primjećuje u specifičnim načelima na kojima se postupci javne nabave zasnivaju (djelotvorno korištenje proračunskih sredstava i poticanje slobodnog tržišta), zabrani sklapanja ugovora do pravomoćnosti odluke o odabiru, zabrani subrogacije ponuditelja i preuzimanja ispunjenja u predmetima nabave, zabrani primjene

<sup>36</sup> D. Aviani, Posebnosti upravnih ugovora i njihove sudske kontrole u hrvatskom pravu, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu*, Split 2/2013, s. 351.

<sup>37</sup> *Ibid.*, s. 352.

<sup>38</sup> B. Ljubanović/B. Britvić Vetma, Hrvatsko pravo javne nabave-uskladenost s pravom EU, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu*, Split 2/2011, s. 412.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> Ugovori o koncesijama su Zakonom o koncesijama iz 2017. (NN 69/17) izrijekom proglašeni upravnim ugovorima.

<sup>42</sup> Staničić (bilj. 30), s. 233.

<sup>43</sup> G. Matešić, Odnos obveznog prava i prava javne nabave kroz ugovor o nabavi, *Pravo u gospodarstvu*, Zagreb 6/2006, s. 230.

klausule *rebus sic stantibus*, te u obvezi naručitelja da sklopi ugovor i nemogućnosti odustanka od sklapanja ugovora s najpovoljnijim ponuditeljem.<sup>44</sup> Matešić zaključuje kako izložene specifičnosti ugovore o javnoj nabavi smještaju u zonu između upravnih i građanskopravnih ugovora, te da je u tadašnjoj fazi razvoja prava javne nabave u Republici Hrvatskoj bilo teško precizno definirati pravnu prirodu ugovora o javnoj nabavi, s obzirom na to da se ni sam zakonodavac time nije sustavno i ozbiljno pozabavio.<sup>45</sup>

Pejaković analizira usklađenost bitnih obilježja ugovora o javnoj nabavi s bitnim obilježjima upravnih ugovora sukladno ZUP-u. Tako, između ostalog, navodi kako se naručitelji sukladno ZJN-u 2011. ne mogu uvijek smatrati javnopravnim tijelima sukladno ZUP-u<sup>46</sup>, kako ZJN-om 2011. nije izričito ugovor o javnoj nabavi definiran kao upravni ugovor<sup>47</sup>, odgovornost ugovornih strana ugovora o javnoj nabavi za ispunjenje obveza iz ugovora utvrđivat će se sukladno odredbama ZOO-a (kao što je moguća i naknada štete prema općim propisima o naknadi štete) a ne putem prigovora kako za upravne ugovore propisuje ZUP<sup>48</sup>, i za raskid ugovora će se primjenjivati pravila građanskog prava o raskidu ugovora.<sup>49</sup> S druge strane, Pejaković navodi kako je cilj sklapanja ugovora o javnoj nabavi komplementaran općim ciljevima sklapanja upravnih ugovora<sup>50</sup>, zatim da se ugovor o javnoj nabavi temelji na pravomoćnom upravnom aktu pri čemu postoji pravno jedinstvo odluke o odabiru i ugovora o javnoj nabavi<sup>51</sup>. Također, naručitelju u postupcima javne nabave nije dana mogućnost jednostrane izmjene ugovora<sup>52</sup>. Sukladno svemu navedenom, Pejaković je mišljenja kako ugovori o javnoj nabavi imaju obilježja upravnih ugovora i obilježja ugovora građanskog prava.<sup>53</sup>

#### 5.4. Ugovor o javnoj nabavi kao jedinstvena kategorija ugovora

Koprić i Nikšić ugovore o javnoj nabavi definiraju kao jedinstvenu kategoriju unutar hrvatskog pravnog poretka, te smatraju kako ih se ne može smatrati upravnim ugovorima.<sup>54</sup> Smatraju kako pojam naručitelja sukladno ZJN-u 2007. ne odgovara u potpunosti pojmu javnopravnog tijela prema ZUP-u, budući da se naručitelji kao neke ustanove i trgovačka društva ne mogu smatrati javnopravnim tijelima budući da im nisu izričito dodijeljene javne ovlasti.<sup>55</sup> Također, navode upitnost određivanja odluke o odabiru kao upravnog akta, što je preduvjet da bi se ugovor o javnoj nabavi smatrao upravnim ugovorom. Naime, navode kako je ZJN 2007. propisao

<sup>44</sup> *Ibid.*, s. 232.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> S. Pejaković, Je li ugovor o javnoj nabavi upravni ugovor? (prvi dio), *Novi Informator*, Zagreb 6171/2013, s. 3.

<sup>47</sup> S. Pejaković, Je li ugovor o javnoj nabavi upravni ugovor? (drugi dio), *Novi Informator*, Zagreb 6172/2013, s. 14.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> Pejaković (bilj. 46), s. 3.

<sup>51</sup> Pejaković (bilj. 47), s. 13.

<sup>52</sup> *Ibid.*, s. 14.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> I. Koprić/S. Nikšić, Upravni ugovori-područje primjene i primjena prava, *Zbornik Susreta pravnika Opatija 2010*, Zagreb, s. 298.

<sup>55</sup> *Ibid.*, s. 296.

podrednu primjenu ZUP-a samo za žalbeni postupak pred DKOM-om, a ne i za postupak javne nabave koji provode naručitelji.<sup>56</sup>

### 5.5. Ugovor o javnoj nabavi kao građanskopravni ugovor

Drmić smatra kako ugovor o javnoj nabavi ima u cijelosti obilježja ugovora građanskog prava i pripada režimu građanskog prava.<sup>57</sup> Kao argumente u prilog tom stavu navodi kako je ZJN 2011. propisao da se na odgovornost ugovornih strana za ispunjenje obveza iz ugovora o javnoj nabavi osim tog Zakona primjenjuju odredbe ZOO-a, te smatra da je time zakonodavac izvršavanje ugovora o javnoj nabavi stavio u režim građanskog prava, pa je takvim normiranjem odstupio od koncepcije upravnih ugovora.<sup>58</sup> Dalje smatra kako kod ugovora o javnoj nabavi nema subordinacije naručitelja naspram odabranog ponuditelja s kojim je sklopljen ugovor, već smatra da je njihov odnos koordiniran.<sup>59</sup> Rješavanje sporova nastalih po ugovoru o javnoj nabavi u nadležnosti je sudova opće nadležnosti i ugovor o javnoj nabavi može prestati iz razloga koje predviđa ZOO.<sup>60</sup>

## 6. Ugovor o javnoj nabavi i upravni ugovor sukladno odredbama ZUP-a

### 6.1. Naručitelji kao javnopravna tijela

Smatram kako pokušaj određivanja pravne prirode ugovora o javnoj nabavi mora započeti analizom definicije upravnog ugovora sukladno ZUP-u. Tako se člankom 150 ZUP-a propisuje kako će javnopravno tijelo i stranka sklopiti upravni ugovor o izvršenju prava i obveza utvrđenih u rješenju<sup>61</sup> kojim je riješena upravna stvar, ako je zakonom propisano sklapanje takvog ugovora, dok je stavkom 4 istog članka propisano da se upravni ugovor sklapa u pisanom obliku. Sukladno navedenoj odredbi, temeljnim obilježjima upravnog ugovora smatram činjenicu da je jedna od stranaka javnopravno tijelo, da je ugovor sklopljen na temelju i za izvršenje prava i obveza određenih u rješenju čije donošenje prethodi sklapanju upravnog ugovora, da je posebnim sektorskim zakonom propisano da je takav ugovor upravni ugovor i da se ugovor sklapa u pisanom obliku.

ZUP-om se javnopravna tijela definiraju kao tijela državne uprave i druga državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i pravne osobe koje imaju javne ovlasti.<sup>62</sup> Definicija javnih naručitelja iz ZJN-a 2016. skoro u potpunosti slijedi definiciju javnopravnih tijela iz ZUP-a.<sup>63</sup> Ipak, u teoriji se navode situacije u kojima neki naručitelji neće imati obilježja

<sup>56</sup> *Ibid.*, s. 297.

<sup>57</sup> A. Drmić, Pravna priroda ugovora o javnoj nabavi, *Hrvatska i komparativna javna uprava*, Zagreb 2/2014, s. 500.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> Upravni ugovor ne smije biti protivan izreci rješenja, prinudnim propisima, javnom interesu niti smije biti sklopljen na štetu trećih osoba.

<sup>62</sup> Čl. 1 ZUP-a (bilj. 1).

<sup>63</sup> Čl. 6 ZJN (bilj. 3):

(1) Javni naručitelji su:

1. Republika Hrvatska, odnosno državna tijela Republike Hrvatske
2. jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave



javnopravnih tijela. Tako se naručitelji koji nisu tijela državne uprave ili druga državna tijela ili tijela jedinica lokalne ili regionalne samouprave mogu smatrati javnopravnim tijelima jedino ako su pravne osobe s javnim ovlastima. Da bi pravna osoba imala javne ovlasti one joj moraju biti izričito povjerene.<sup>64</sup> Koprić i Nikšić smatraju kako se neka trgovačka društva kao naručitelji ne mogu smatrati javnopravnim tijelom u smislu ZUP-a, i ugovori o javnoj nabavi koje oni sklope ne mogu se smatrati upravnim ugovorima.<sup>65</sup>

Slažem se s argumentacijom da je upitno definiranje naručitelja kao javnopravnog tijela, ukoliko naručitelju nisu izričito povjerene javne ovlasti. Ipak, smatram kako nije razumno niti opravdano ocjenjivati pravnu prirodu ugovora o javnoj nabavi na temelju takvog nesustavnog uređenja instituta ugovora o javnoj nabavi, poglavito u svjetlu činjenice da će ugovori o javnoj nabavi koje sklapaju takvi naručitelji u praksi biti dosta rijetki. Naime, iako naručitelj neće uvijek imati javne ovlasti, potrebno je njegov položaj sukladno ZJN-u 2016. promatrati u cjelini. Činjenica da čak i neka trgovačka društva<sup>66</sup> moraju provoditi postupke javne nabave ukazuje na interes države da njihovo tržišno djelovanje podvrgne sličnim ograničenjima kojima podvrgava i sve druge kategorije naručitelja. U tom kontekstu važno je podsjetiti na činjenicu kako će čak i sektorski naručitelji biti ili 1) javni naručitelji koji obavljaju sektorske djelatnosti ili 2) trgovačka društva u kojima javni naručitelj ima ili može imati, izravno ili neizravno, prevladavajući utjecaj na temelju svojeg vlasništva, financijskog udjela ili na temelju pravila kojima je društvo uređeno i koja obavljaju jednu od sektorskih djelatnosti ili 3) drugi subjekti koji obavljaju jednu od sektorskih djelatnosti na temelju posebnih ili isključivih prava koja im je dodijelilo nadležno tijelo.<sup>67</sup> U bilo kojoj od navedenih varijanti, u osnivanju i djelovanju sektorskog naručitelja javnopravni elementi će biti prevladavajući.

Svi naručitelji, neovisno o tome imaju li javne ovlasti ili ne, dužni su na kraju svakog javnonabavnog postupka (uključujući i pregovarački postupak bez prethodne objave)<sup>68</sup> donijeti odluku o odabiru. Odluku o odabiru smatram upravnim aktom, o čemu će više biti rečeno *infra*. Kada bi ugovore o javnoj nabavi koje sklapaju naručitelji bez javnih ovlasti smatrali nečim drugim osim upravnih ugovora, doveli bi u pitanje prirodu njihovih odluka o odabiru kao upravnih akata. Tada bi bilo jako teško obrazložiti zašto se odluke koje nisu upravni akti mogu

---

3. tijela javnog prava i

4. udruženja koje je osnovalo jedno ili više tijela iz točaka 1, 2 ili 3 ovoga stavka.

(2) Državna tijela Republike Hrvatske su javni naručitelji navedeni u Prilogu I. ovoga Zakona, kao i druga središnja tijela državne uprave te njihovi pravni sljednici.

(3) Decentralizirani javni naručitelji su javni naručitelji iz stavka 1 točaka 2 i 3 ovoga članka ili njihova udruženja.

(4) Tijela javnog prava su subjekti koji ispunjavaju sve sljedeće uvjete:

1. imaju pravnu osobnost

2. osnovani su posebno u svrhu zadovoljavanja potreba u općem interesu, koje nemaju industrijski ili trgovački značaj, i

3. u iznosu većem od 50 % financira ih javni naručitelj ili su podložna upravljačkom nadzoru od strane javnog naručitelja ili je više od polovine članova njihovih upravnih, upravljačkih ili nadzornih tijela imenovao javni naručitelj.

(5) Indikativan popis javnih naručitelja u Republici Hrvatskoj središnje tijelo državne uprave nadležno za politiku javne nabave objavljuje na Portalu javne nabave i ažurira prema potrebi. (čl. 6 ZJN-a 2016).

<sup>64</sup> Koprić/Nikšić (bilj. 54), s. 296.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> Sektorski naručitelji poput Hrvatske elektroprivrede (HEP) i povezanih društava.

<sup>67</sup> Čl. 7 st. 1 ZJN-a 2016 (bilj. 3).

<sup>68</sup> Čl. 141 ZJN-a 2016 (bilj. 3).

osporavati jedino u upravnom postupku pred DKOM-om, koji će postupak uvijek završavati upravnim aktom protiv kojeg je jedini mogući pravni lijek pokretanje upravnog spora.

Iako određenim naručiteljima nisu izričito povjerene javne ovlasti, smatram kako im je zakonodavac u tom ograničenom djelokrugu djelovanja, propisujući obvezu provođenja postupaka javne nabave, dao ovlasti autoritativnog djelovanja prema gospodarskim subjektima kroz donošenje upravnih akata koji su temelj ugovora o javnoj nabavi čime je obje razine pravnih lijekova zadržao u okviru upravnog prava. Stoga smatram da se činjenica da tako mali broj naručitelja neće imati javne ovlasti nikako ne smije tumačiti na način da se svim ugovorima o javnoj nabavi negira upravnopravni karakter.

## 6.2. Odluka o odabiru kao upravni akt

Odluka o odabiru je, kao i odluka o poništenju, pravni akt kojim naručitelj završava postupak javne nabave. Smatram kako su i odluka o odabiru i odluka o poništenju upravni akti. Odluka o odabiru je pravni akt kojim naručitelj odabire najpovoljniju ponudu ponuditelja s kojim će sklopiti ugovor o javnoj nabavi<sup>69</sup>, dok odlukom o poništenju naručitelj poništava postupak javne nabave i time autoritativno odlučuje o pravima i obvezama stranaka (gospodarskih subjekata) u postupku javne nabave kao upravnom postupku. Za ovaj rad značajnija je odluka o odabiru, budući da se samo na temelju odluke o odabiru može sklopiti ugovor o javnoj nabavi.

U teoriji i praksi postoje dvojbe je li taj akt upravni akt ili ne. Činjenica da naručitelji sukladno ZJN-u 2016. u nekim slučajevima mogu biti i trgovačka društva dovela je do pojave tih dvojbi. Ipak, važno je naglasiti kako u našem pravnom poretku donošenje upravnih akata već dugo nije isključivo u nadležnosti državnih tijela, već se i drugim pravnim subjektima pod određenim uvjetima daje mogućnost donošenja upravnih akata.<sup>70</sup> Također, činjenica da je jedini dopušteni pravni lijek protiv odluke o odabiru žalba DKOM-u, koji će postupak u povodu žalbe voditi kao upravni postupak,<sup>71</sup> snažno ukazuje kako je odluka o odabiru u postupku javne nabave upravni akt. Najznačajnija potvrda činjenice kako je odluka o odabiru upravni akt primjećuje se i u praksi DKOM-a. Tako je u rješenju od 4. ožujka 2015.<sup>72</sup> DKOM odlučio o podnesku kojim je predloženo oglašavanje ništavim odluke o odabiru, sukladno čl. 128 ZUP-a. Važno je napomenuti kako je naručitelj, o čijoj odluci o odabiru se vodio postupak, društvo s ograničenom odgovornošću, čime je DKOM nedvojbeno zauzeo stajalište kako u okviru postupaka javne nabave, i trgovačka društva mogu donositi upravne akte. Takvo rješenje DKOM-a snažno ukazuje da je ugovor sklopljen na temelju takvog upravnog akta (odluke o odabiru) trgovačkog društva upravni ugovor. U predmetnom rješenju DKOM navodi sljedeće:

*„Nadalje, vezano za zahtjev kojim je traženo da se odluka o odabiru br. 600-04-14/07 od 5. prosinca 2014. godine oglasi ništavom valja naglasiti da je isti neosnovan budući da nisu ispunjene pretpostavke propisane člankom 128 stavak 1. Zakona o općem upravnom postupku. Navedenom odredbom propisano je da će se rješenje oglasiti ništavim: 1. ako je doneseno u stvari iz sudske nadležnosti; 2. ako je doneseno u stvari u kojoj se ne može rješavati u upravnom postupku; 3. ako njegovo izvršenje nije pravno ili stvarno moguće; 4. ako se njegovim izvršenjem*

<sup>69</sup> Čl. 302 ZJN-a 2016 (bilj. 3).

<sup>70</sup> Ljubanović/Britvić Vetma (bilj. 38), ss. 412, 413.

<sup>71</sup> Čl. 399 ZJN-a 2016 (bilj. 3).

<sup>72</sup> Rješenje DKOM-a od 04. 03. 2015, klasa: UP/II-034-02/14-01/1235, Urbr: 354-01/15-15.

*čini kazneno djelo; 5. ako je doneseno bez prethodnog zahtjeva stranke, a na koje stranka naknadno izričito ili prešutno nije pristala; 6. ako sadrži nepravilnost koja je po izričitoj zakonskoj odredbi razlog za ništavost rješenja. Obzirom da u konkretnom slučaju nije ispunjena nijedna od prethodno citiranih zakonskih pretpostavki, zahtjev za oglašavanjem odluke o odabiru ništavom je odbijen, kako je i odlučeno u točki 1. izreke ovog rješenja.”<sup>73</sup>*

DKOM je, dakle, prihvatio nadležnost te je u provedenom postupku zaključio kako je osporena odluka akt koji zadovoljava kriterije upravnog akta, te je donio odluku o odbijanju prijedloga za oglašavanje ništavim.<sup>74</sup> DKOM je prijedlog odbio, a ne odbacio, što znači da je odlučio o predmetu stvari. Odlučivanje o predmetu stvari je moguće jedino ako je prihvatio shvaćanje da je odluka o odabiru upravni akt.<sup>75</sup>

### 6.3. Određivanje ugovora o javnoj nabavi kao upravnog ugovora ZJN-om 2016.

ZUP-om je kao jedan od preduvjeta da bi se ugovor smatrao upravnim ugovorom određena činjenica da je „zakonom propisano sklapanje takvog ugovora“. ZJN 2016. ne sadrži odredbu kojom se ugovor o javnoj nabavi definira kao upravni ugovor. Ipak, smatram da ta činjenica ne umanjuje karakter ugovora o javnoj nabavi kao upravnog ugovora. Inzistiranje na izričitom (sektorskom) zakonskom određivanju ugovora kao upravnog ugovora smatram neopravdanim pravnim formalizmom. Isto kao i Šikić i Staničić, smatram kako je za određivanje ugovora kao upravnog ugovora jedino potrebno da ispunjava potrebne uvjete, a inzistiranje na izričitom zakonskom propisivanju ugovora kao upravnog ugovora je nepotrebno inzistiranje na formalizmu.<sup>76</sup>

U prilog nesustavnosti uređenja pravne prirode ugovora o javnoj nabavi u pravnom sustavu Republike Hrvatske, važno je napomenuti i sljedeće. Zakonom o koncesijama<sup>77</sup> (ZK) ugovor o koncesijama izričito je definiran kao upravni ugovor.<sup>78</sup>

Postupci javne nabave i koncesijski postupci iznimno su komplementarni. Ta komplementarnost očituje se u činjenici sličnosti postupaka i ukazivanja ZK-a na norme ZJN-a 2016, ali i u činjenici da je DKOM nadležan za žalbe i za javnu nabavu i koncesije. Smatram kako ne postoje dovoljno velike razlike između ugovora o javnoj nabavi i ugovora o koncesijama koje bi opravdavale različito određivanje pravne prirode ta dva ugovora.

### 6.4. Pisani oblik ugovora

Člankom 150 stavak 4 ZUP-a propisano je kako se upravni ugovor mora sklapati u pisanom obliku. Postupci javne nabave su iznimno formalizirani postupci, budući da su glavni ciljevi tih

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> I. Šprajc, O važnosti jednog rješenja Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, *Hrvatska pravna revija*, Zagreb 5/2015, s. 51.

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> M. Šikić/F. Staničić, Pravna narav ugovora o koncesiji, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu*, Split 2/2011, s. 437.

<sup>77</sup> NN 69/17.

<sup>78</sup> Ugovor o koncesiji je upravni ugovor koji u pisanom obliku i na određeno vrijeme sklapaju davatelj koncesije i koncesionar o međusobnim pravima i obvezama vezanim uz danu koncesiju na temelju odluke o davanju koncesije, čl. 5 st. 7 ZK-a (bilj. 77).

postupaka učinkovito trošenje javnih sredstava ali i osiguravanje pozitivnog utjecaja javne nabave na tržišno natjecanje. Stoga bi liberalno shvaćanje oblika sklapanja ugovora o javnoj nabavi bilo suprotno i glavnim ciljevima ali i visokoj formaliziranosti postupaka javne nabave. Stoga se, sukladno članku 3 točka 32 ZJN-a 2016. ugovor o javnoj nabavi definiran kao naplatni ugovor, sklopljen u pisanom obliku između jednog ili više gospodarskih subjekata i jednog ili više naručitelja, čiji je predmet izvođenje radova, isporuka robe ili pružanje usluga.

## 7. Ugovor o javnoj nabavi sukladno ZJN-u 2016.

### 7.1. Izvršenje ugovora o javnoj nabavi

Za određivanje pravne prirode ugovora o javnoj nabavi iznimno važnim smatram čl. 313 ZJN-a 2016, kojim se uređuje izvršenje ugovora o javnoj nabavi. Predmetni članak (ali i odredbe vrlo slične naravi u prijašnjim zakonima o javnoj nabavi) najčešće se citira kod određivanja ugovora o javnoj nabavi kao građanskopravnog ugovora zbog čega ću ga pokušati detaljno analizirati.

Stavkom 1 propisano je kako ugovorne strane izvršavaju ugovor o javnoj nabavi u skladu s uvjetima određenima u dokumentaciji o nabavi i odabranom ponudom. Tako se izvršenje ugovora o javnoj nabavi čini ovisnim o dokumentima koji su prethodili odluci o odabiru kao ključnim dijelovima upravnog postupka koji su prethodili donošenju te iste odluke o odabiru. Na taj način se izvršenje posredno veže za upravni akt, čime se ugovor o javnoj nabavi odmiče od građanskog ugovora u kojem ipak postoji puno veća sloboda stranaka.

Stavkom 2 propisano je kako je javni naručitelj obavezan kontrolirati je li izvršenje ugovora o javnoj nabavi u skladu s uvjetima određenima u dokumentaciji o nabavi i odabranom ponudom. Smatram kako je navedenom odredbom uspostavljen subordinirani položaj gospodarskog subjekta nasuprot naručitelju. Naime, činjenicom da je jedino naručitelju dana ovlast nadziranja je li izvršenje ugovora o javnoj nabavi u skladu s uvjetima iz dokumentacije o nabavi i odabrane ponude, naručitelju se daju ovlasti nadzora, čime se ugovor o javnoj nabavi približava upravnom ugovoru. Jedna od temeljnih karakteristika upravnog ugovora je odnos subordinacije privatnog subjekta javnom subjektu, nasuprot odnosu koordinacije stranaka ugovora koji karakterizira građanske ugovore.<sup>79</sup>

Odredba iz stavka 3 najznačajniji je pokazatelj brojnim autorima kako kod ugovora o javnoj nabavi prevladavaju građanskopravni elementi. Naime, tom odredbom propisano je kako se na odgovornost ugovornih strana za ispunjenje obveza iz ugovora o javnoj nabavi, uz odredbe ovoga Zakona, na odgovarajući način primjenjuju odredbe zakona kojim se uređuju obvezni odnosi. Zakonodavac je tako ukazao na primjenu materije građanskog prava u rješavanju sporova o ispunjenju obveza iz ugovora o javnoj nabavi, ignorirajući javnopravni karakter takvih ugovora. Ipak, unatoč takvom upitnom rješenju, smatram kako takva odredba ne čini ugovore o javnoj nabavi ugovorima građanskog prava. Tom odredbom se ukazuje na primjenu ZOO-a, ali ne i na nadležnost redovnih sudova za sporove proizašle iz ugovora o javnoj nabavi. Stoga smatram kako je za rješavanje navedenih sporova nadležan Visoki upravni sud Republike Hrvatske. Primjena zakona izvan okvira upravnog prava u upravnom sporu nije nikakva novost. Naime, sukladno čl. 82 st. 3 Zakona o upravnim sporovima<sup>80</sup> (u nastavku: ZUS), izvršenje

<sup>79</sup> Za slično razmišljanje v. i Pejaković (bilj. 47), s. 14.

<sup>80</sup> NN 20/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17.

novčanih obveza određenih rješenjem provodi se u skladu s propisima kojima je uređeno sudsko izvršenje. Tako će upravni sudovi sve novčane obveze koje odredbe u upravnom sporu (uglavnom novčane kazne koje izriče u svrhu održavanja reda na usmenoj raspravi i izvan nje), izvršavati sukladno odredbama Ovršnog zakona<sup>81</sup> (u nastavku: OZ).<sup>82</sup>

## 7.2. Izmjene ugovora o javnoj nabavi

Za razliku od ugovora građanskog prava, u kojima vlada načelna dispozicija stranaka za slobodne izmjene ugovora, ZJN-om 2016. se izričito propisuju specifične situacije u kojima se dopušta izmjena ugovora o javnoj nabavi. Važno je napomenuti kako će te izmjene uvijek imati iznimno ograničen opseg. Takvo normiranje mogućnosti izmjene ugovora o javnoj nabavi nužno je, budući da bi preuzimanje građanskopravnog pristupa izmjenama ugovora omogućilo naručitelju i gospodarskim subjektima zanemarivanje dokumentacije o nabavi, provedenog javnonabavnog postupka i uvjeta utvrđenih u odluci o odabiru. Tako bi se javnopravni karakter javnonabavnog postupka, koji se ponajviše izražava u implementaciji načela transparentnosti u postupanju i načela učinkovite potrošnje javnih sredstava, mogao izigrati u fazi izvršenja ugovora.

ZJN-om 2016. određuju se dva relevantna pojma: *značajne* i *neznačajne* izmjene. Ukoliko su izmjene ugovora o javnoj nabavi značajne, naručitelj mora provesti novi postupak javne nabave. Izmjena ugovora o javnoj nabavi tijekom njegova trajanja smatra se značajnom ako njome ugovor postaje značajno različit po svojoj naravi od prvotno zaključenog.<sup>83</sup> Izmjena se u svakom slučaju smatra značajnom ako je ispunjen jedan ili više sljedećih uvjeta:

- izmjenom se unose uvjeti koji bi, da su bili dio prvotnog postupka nabave, dopustili prihvaćanje drugih natjecatelja od onih koji su prvotno odabrani ili prihvaćanje ponude različite od ponude koja je izvorno prihvaćena ili privlačenje dodatnih sudionika u postupak javne nabave,
- izmjenom se mijenja ekonomska ravnoteža ugovora u korist ugovaratelja na način koji nije predviđen prvotnim ugovorom,
- izmjenom se značajno povećava opseg ugovora,
- ako novi ugovaratelj zamijeni onoga kojemu je prvotno javni naručitelj dodijelio ugovor, osim u slučajevima iz čl. 318 ZJN-a 2016<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> *NV* 112/12, 25/13, 93/14, 55/16.

<sup>82</sup> F. Staničić/B. Britvić Vetma/B. Horvat, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Zagreb 2017, s. 276.

<sup>83</sup> Čl. 321 st. 1 ZJN-a 2016 (bilj. 3).

<sup>84</sup> Javni naručitelj smije izmijeniti ugovor o javnoj nabavi tijekom njegova trajanja bez provođenja novog postupka javne nabave s ciljem zamjene prvotnog ugovaratelja s novim ugovarateljem koje je posljedica:

1. primjene čl. 315 ovoga Zakona

2. općeg ili djelomičnog pravnog sljedništva prvotnog ugovaratelja, nakon restrukturiranja, uključujući preuzimanje, spajanje, stjecanje ili insolventnost, od strane drugog gospodarskog subjekta koji ispunjava prvotno utvrđene kriterije za odabir gospodarskog subjekta, pod uvjetom da to ne predstavlja drugu značajnu izmjenu ugovora te da nema za cilj izbjegavanje primjene ovoga Zakona

3. obveze neposrednog plaćanja podugovarateljima, čl. 321 st. 2 ZJN-a 2016.

Neznačajnim izmjenama, koje se dopuštaju za vrijeme trajanja ugovora o javnoj nabavi, smatraju se izmjene koje su bile predviđene u dokumentaciji o nabavi<sup>85</sup>, izmjene za nabavu dodatnih predmeta nabave od prvotnog ugovaratelja ako bi promjena ugovaratelja predstavljala značajne poteškoće<sup>86</sup>, ako je do potrebe za izmjenama došlo zbog nepredvidivih okolnosti kojima se ne mijenja priroda ugovora i povećanje cijene nije veće od 30% vrijednosti prvotnog ugovora<sup>87</sup>, zamjene prvotnog ugovaratelja u posebno propisanim situacijama<sup>88</sup>, ako izmjena ne mijenja ukupnu prirodu ugovora i vrijednosti izmjene su manje od europskih pragova i ispod su 10% vrijednosti ugovora za nabavu robe ili usluga odnosno ispod su 15% vrijednosti ugovora o nabavi radova<sup>89</sup>, te u ostalim situacijama u kojima izmjene ugovora nisu značajne.<sup>90</sup>

Odredbe o izmjeni ugovora o javnoj nabavi detaljnije su od odredbi o izmjeni upravnih ugovora sukladno ZUP-u. Tako je člankom 152 ZUP-a propisano da stranka ugovora može zahtijevati da se ugovor izmijeni ako bi zbog okolnosti nastalih nakon sklapanja ugovora, koje se nisu mogle predvidjeti u vrijeme sklapanja ugovora, ispunjenje obveze za jednu ugovornu stranu postalo bitno otežano. Također, o izmjenama se stranke moraju usuglasiti. Ipak, ZUP-om je javnopravnom tijelu kao stranci upravnog ugovora predviđena ovlast koja ne postoji u ZJN-u 2016. Člankom 153 stavak 1 propisano je kako javnopravno tijelo može jednostrano raskinuti ugovor kad se javnopravno tijelo i stranka ne suglase o izmjeni ugovora ili ako javnopravno tijelo ili treće osobe uključene u upravni ugovor na takvu izmjenju ne pristanu.

Smatram kako je odredbama ZJN-a 2016. o izmjenama ugovora o javnoj nabavi snažno naglašen javnopravni karakter ugovora o javnoj nabavi. Ne postoji sloboda stranaka ugovora u izmjeni ugovora o javnoj nabavi. ZJN-om 2016. se određuju bitne izmjene ugovora o javnoj nabavi, koje čine nužnim provođenje novog javnonabavnog postupka. Dispozicija stranaka kod izmjena ugovora ograničava se na taksativno određene situacije s naglaskom na malu usporednu vrijednost izmjena s obzirom na ukupnu vrijednost primarnog javnonabavnog ugovora. Činjenica da zakonodavac ugovor o javnoj nabavi nije izričito definirao kao upravni ugovor naručiteljima onemogućuje korištenje alata koji bi značajno pospješio zaštitu (primarnog) javnog interesa kod izvršenja ugovora o javnoj nabavi-jednostranog raskida ugovora.

### 7.3. Raskid ugovora o javnoj nabavi

ZJN-om 2016. propisuju se situacije u kojima je naručitelj obavezan raskinuti ugovor o javnoj nabavi:

- ako je ugovor značajno izmijenjen, što bi zahtijevalo novi postupak nabave,
- ako je ugovaratelj morao biti isključen iz postupka javne nabave zbog postojanja osnova za isključenje,

<sup>85</sup> Čl. 315 ZJN-a 2016 (bilj. 3).

<sup>86</sup> Čl. 316 ZJN-a 2016 (bilj. 3).

<sup>87</sup> Čl. 317 ZJN-a 2016 (bilj. 3).

<sup>88</sup> Čl. 318 ZJN-a 2016 (bilj. 3).

<sup>89</sup> Čl. 320 ZJN-a 2016 (bilj. 3).

<sup>90</sup> Čl. 319 ZJN-a 2016 (bilj. 3).

- ako se ugovor nije trebao dodijeliti ugovaratelju zbog ozbiljne povrede obveza iz osnivačkih Ugovora i Direktive 2014/24/EU, a koja je utvrđena presudom Suda Europske unije u postupku iz čl. 258 Ugovora o funkcioniranju Europske unije,
- ako se ugovor nije trebao dodijeliti ugovaratelju zbog ozbiljne povrede odredaba ZJN-a 2016, a koja je utvrđena pravomoćnom presudom nadležnog upravnog suda.<sup>91</sup>

Predmetna odredba predstavlja značajnu novinu s obzirom na ZJN 2011, kojom se po prvi puta izričito propisuju situacije u kojima je naručitelj obvezan raskinuti ugovor o javnoj nabavi. Također, tom odredbom se ugovor o javnoj nabavi dodatno približava upravnom ugovoru budući da su člankom 153 ZUP-a propisane situacije u kojima se može ili mora raskinuti upravni ugovor i ta ovlast je predviđena jedino za javnopravno tijelo.<sup>92</sup> Teško je pomiriti navedenu odredbu s percipiranom „građanskopravnom“ prirodom ugovora o javnoj nabavi. Naime, predmetnom odredbom se jedino naručiteljima (a ne i gospodarskim subjektima) propisuju situacije u kojima su dužni raskinuti ugovor o javnoj nabavi. Takvom odredbom se ponovno naglašava odnos subordinacije naručitelja i gospodarskih subjekata, koji je karakterističan za upravne ugovore. Također, u ovoj konkretnoj situaciji taj odnos subordinacije je nužan kako bi naručitelji mogli zaštititi javni interes od očitih nezakonitosti koje su utvrđene ili u samom ugovoru o javnoj nabavi, ili na strani gospodarskog subjekta.

#### 7.4. Ništetnost ugovora o javnoj nabavi

Određivanje situacija u kojima će ugovor o javnoj nabavi biti ništetan možda je i najveći problem izostanka izričitog određivanja pravne prirode ugovora o javnoj nabavi. Naime, sukladno ZJN-u 2016, jedina odredba kojom se određuje ništetnost ugovora o javnoj nabavi je čl. 82, kojim je propisano da je ugovor o javnoj nabavi, sklopljen protivno odredbama o sukobu interesa, ništetan. Sukladno čl. 313 st. 3 ZJN-a 2016, kojim se za ispunjenje obveza ugovora o javnoj nabavi određuje primjena ZOO-a, treba shvatiti kako će se i ništetnost određivati sukladno navedenom zakonu.

Takvo rješenje je prouzročilo velik problem u zaštiti javnog interesa, ali i smislenosti samog javnonabavnog postupka. Naime, člankom 151 ZUP-a propisano je da će upravni ugovor biti ništetan ako je protivan rješenju radi izvršenja kojeg je sklopljen, zatim iz razloga ništetnosti propisanim ZOO-om te kada je ništetan dio ugovora, osim ako bi ugovor proizvodio pravne učinke i bez tog dijela.

<sup>91</sup> Čl. 322 ZJN-a 2016 (bilj. 3).

<sup>92</sup> (1) Kad se javnopravno tijelo i stranka ne suglase o izmjeni ugovora ili ako javnopravno tijelo ili treće osobe uključene u upravni ugovor na takvu izmjenju ne pristanu, javnopravno tijelo može jednostrano raskinuti upravni ugovor.

(2) Ako stranka ne ispunjava obveze iz upravnog ugovora, javnopravno tijelo jednostrano će raskinuti upravni ugovor. Ako je neispunjavanjem obveze iz ugovora javnopravnom tijelu nastala šteta, to tijelo ima pravo od stranke potraživati naknadu štete.

(3) Javnopravno tijelo može jednostrano raskinuti upravni ugovor i kad je to potrebno radi otklanjanja teške i neposredne opasnosti za život i zdravlje ljudi i javnu sigurnost, ako se to ne bi moglo otkloniti drugim sredstvima kojima bi se manje diralo u stečena prava.

(4) Javnopravno tijelo raskida upravni ugovor rješenjem u kojem moraju biti navedeni i obrazloženi razlozi raskida i određen iznos štete ukoliko je javnopravnom tijelu šteta nastala.

(5) Protiv rješenja o raskidu upravnog ugovora može se pokrenuti upravni spor.

Ugovor o javnoj nabavi sklapa se na temelju pravomoćne odluke o odabiru, koja je upravni akt. Ovakvo uređenje ništetnosti sukladno ZJN-u 2016. i nesustavnost određenja pravne prirode ugovora o javnoj nabavi dovodi do toga da se ugovor o javnoj nabavi koji je protivan odluci o odabiru neće smatrati ništetnim.<sup>93</sup> Smatram kako bi se u ovakvim situacijama morao primjenjivati čl. 151 st. 1 ZUP-a. Suprotno bi značilo da bi naručitelj prilikom sklapanja ugovora o javnoj nabavi mogao zanemarivati odluku o odabiru, što zasigurno nije bila namjera zakonodavca.

## 8. Zaključak

Relevantne direktive EU ne određuju pravnu prirodu ugovora o javnoj nabavi. Takav pristup je i jedini logičan ako se žele poštivati specifičnosti pravnih sustava država članica. Različitost pristupa vidljiva je i na primjerima Francuske i Njemačke, čiji su pristupi određivanju pravne prirode ugovora o javnoj nabavi na različitim polovima.

Što se tiče pravnog sustava Republike Hrvatske, pitanje pravne prirode ugovora o javnoj nabavi postaje sve važnije stupanjem na snagu novog ZUP-a, koji po prvi puta u domaći pravni poredak izričito uvodi upravne ugovore. Od tada pa sve do danas domaća teorija nije zauzela jedinstven stav o pravnoj prirodi ugovora o javnoj nabavi. Neki autori ugovor o javnoj nabavi smatraju upravnim ugovorom, neki ugovorom s obilježjima upravnog i građanskog ugovora, neki jedinstvenom kategorijom ugovora, dok ga neki smatraju isključivo ugovorom građanskog prava.

Ugovor o javnoj nabavi smatram upravnim ugovorom. Naručitelji će u velikoj većini slučajeva biti javnopravna tijela sukladno ZUP-u. Iako mali broj naručitelja neće imati javne ovlasti, smatram kako se, sukladno izlaganju *supra*, ta činjenica nikako ne smije tumačiti na način da se ugovorima o javnoj nabavi negira upravnopravni karakter. Svaki javnonabavni postupak završava odlukom o odabiru (koja je nužan preduvjet za sklapanje ugovora o javnoj nabavi) ili odlukom o poništenju, koje smatram upravnim aktima. Inzistiranje na izričitom određivanju ugovora o javnoj nabavi kao upravnog ugovora u ZJN-u 2016. kao preduvjet za proglašavanje ugovora o javnoj nabavi upravnim ugovorom smatram nepotrebnim pretjeranim formalizmom. Ugovor o javnoj nabavi sklapa se u pisanom obliku, kao i upravni ugovori.

Za definiranje ugovora o javnoj nabavi kao upravnog ugovora važan je i čl. 313 ZJN-a 2016. Tako se javnopravni karakter ugovora naglašava odredbom kojom je propisano kako se ugovor o javnoj nabavi izvršava sukladno uvjetima određenima u dokumentaciji o nabavi i odabranom ponudom. Također, subordinacija gospodarskog subjekta naručitelju određuje se odredbom kojom je javni naručitelj obavezan kontrolirati je li izvršenje ugovora o javnoj nabavi u skladu s uvjetima određenima u dokumentaciji o nabavi i odabranom ponudom. Ipak, st. 3 predmetnog članka propisuje kako se na odgovornost ugovornih strana za ispunjenje obveza iz ugovora o javnoj nabavi, uz odredbe ZJN-a 2016, na odgovarajući način primjenjuju odredbe ZOO-a. Unatoč takvom upitnom rješenju, smatram kako takva odredba ne čini ugovore o javnoj nabavi ugovorima građanskog prava. Tom odredbom se ukazuje na primjenu ZOO-a, ali ne i na nadležnost redovnih sudova za sporove proizašle iz ugovora o javnoj nabavi.

<sup>93</sup> Za slično razmišljanje usp. Pejaković (bilj. 47), s. 14.



Odredbama o izmjeni ugovora o javnoj nabavi strankama se onemogućuje potpuna dispozicija, već se izmjene u taksativno određenim situacijama dopuštaju samo kao neznčajne izmjene. Ukoliko dođe do značajnih izmjena, mora se provesti novi postupak javne nabave. Propisivanjem situacija u kojima je naručitelj obavezan raskinuti ugovor o javnoj nabavi, zakonodavac je ZJN-om 2016. dodatno naglasio javnopravni karakter ugovora o javnoj nabavi. Određivanje ugovora o javnoj nabavi kao upravnog ugovora smatram nužnim i zbog mogućnosti primjene odredbe čl. 151 ZUP-a kojom je propisano da će upravni ugovor biti ništetan ako je protivan rješenju radi čijeg izvršenja je sklopljen. Kada bi ugovor o javnoj nabavi definirali kao ugovor građanskog prava, takav ugovor ne bi bio ništetan ako bi bio protivan odluci o odabiru kao upravnom aktu.

Sukladno svemu navedenom, smatram kako je ugovor o javnoj nabavi upravni ugovor. Nesustavnost uređenja instituta u pravu javne nabave Republike Hrvatske ne utječe na njegovu javnopravnu prirodu. Štoviše, ZJN-om 2016. je učinjen značajan iskorak u tom smjeru uvođenjem situacija u kojima je naručitelj obavezan raskinuti ugovor o javnoj nabavi, čime se dodatno naglasio odnos subordinacije gospodarskih subjekata naspram naručitelja. Ipak, smatram kako bi bilo korisno da zakonodavac u budućim izmjenama i dopunama ZJN-a 2016. izričito odredi ugovor o javnoj nabavi kao upravni ugovor, čime bi i normativno potvrdio postojeću javnopravnu prirodu ugovora. Tako je postupio u novom ZK-u, te je nejasno zašto je propustio isto učiniti i donošenjem ZJN-a 2016.

### Summary

#### *The Legal Nature of the Public Procurement Contract in Croatian Legal Order*

*In this paper the public procurement contract in Croatian legal order is analyzed. In the first part of the paper I analyzed the provisions of public procurement regulatory framework of the European Union which define the public procurement contract, and the regulation of this institute in two comparative legal orders: German and French. In the second part of the paper the historical regulation of the public procurement contract in the Croatian legal order is given, as are the prevailing theoretical understandings on its legal nature. In the final part of the paper the regulation of the public procurement contract according to the new Public Procurement Act is given, the basic determinants of this contract with the determinants of an administrative contract according to the General Administrative Procedure Act are compared and the answer on the question whether the public procurement contract is a administrative contract or a civil law contract is given.*