

Ivan Šprajc*

Imenovanje članova Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave: vladavina prava ili vladavina birokracije?

Sadržaj

1. Uvod

2. Imenovanje članova DKOM-a

2.1. Prvotno imenovanje članova DKOM-a

2.2. Reizbor članova DKOM-a

2.3. Zamjensko imenovanje članova DKOM-a

3. Zaključak

1. Uvod

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (dalje: DKOM) obavlja u pravnom sustavu Republike Hrvatske izuzetno važan javni posao. Ovo tijelo kontrolira zakonitost radnji i odluka donesenih u postupcima javne nabave, davanja koncesija i odabira privatnih partnera u projektima javno-privatnog partnerstva te odlučuje o zakonitosti određenih vrsta ugovora o javnoj nabavi sukladno Zakonu o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave kao i drugim mjerodavnim zakonima¹. Godišnje DKOM odluči o nešto više od tisuću žalbi te pri tome utječe na trošenje značajnih javnih sredstava². Stoga i ne treba posebno argumentirati važnost pravnog uređenja imenovanja članova ovog tijela. Tvrdnja se u jednakoj mjeri odnosi kako na postupak imenovanja tako i na uvjete koje kandidati za poziciju člana DKOM-a moraju ispuniti. Međutim, ovaj rad posvećen je isključivo postupku imenovanja članova DKOM-a u svim njegovim inačicama i prema važećem zakonu, dok se drugonavedeni sklop pitanja kao i problemi

* Autor je magistar pravnih znanosti i viši predavač.

¹ V. čl. 2 st. 2 Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (ZDKOM), NN 18/13, 127/13 i 74/14; zatim Dio četvrti (čl. 398-435) Zakona o javnoj nabavi (ZJN), NN 120/16; čl. 96 Zakona o koncesijama, NN 69/17, te konačno čl. 30 st. 1 Zakona o javno-privatnom partnerstvu, NN 78/12 i 152/14.

² Po podacima iz službenog izvješća DKOM-a ovo je tijelo 2016. zaprimilo 1.135 žalbi, a odlučilo o njih 1.187. U državni proračun je na ime naknade za pokretanje žalbenog postupka te na ime pristojbi 2016. uplaćeno nešto preko 21 mil. kuna (21.065.709,88 kn). Izvor: *Izvješće o radu za 2016.g. DKOM-a*. Dostupno na: <http://www.dkom.hr/UserDocsImages/slike/DKOM%20Izvj%C5%A1%C4%87e%20o%20radu%20za%202016.pdf>, očitavanje: 16. 07. 2018.

oko preciznijeg određenja pravne naravi DKOM-a prepuštaju na obradu drugim znanstvenicima³.

Postupak imenovanja članova DKOM-a kao jedina tema ovog rada ističe se nad svim ostalim mogućim temama vezanim za ovo tijelo, jer se radi o postupku unutar kojeg se realizira više ustavnih prava, načela i vrednota. Već sama činjenica da DKOM nesporno obavlja javni posao pretpostavlja mogućnost svih državljana da sudjeluju u tom obavljanju pod uvjetima koje imperativno određuje načelo jednakosti. To je zahtjev koji pri reguliranju ovog pristupa i obavljanja svakog javnog posla postavljaju kako neki od ključnih međunarodnopravnih dokumenata tako i hrvatski Ustav.

Što se međunarodnopravnih dokumenata tiče valja istaknuti Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima UN-a (dalje: Međunarodni pakt)⁴ koji sadrži vrlo izričite zahtjeve u tom pogledu u članu 25:

„Svaki građanin mora imati pravo i mogućnost da bez ikakvih razlika navedenih u čl. 2. i bez neutemeljenih ograničenja:

- a) sudjeluje u vođenju javnih poslova, izravno ili preko slobodno izabраниh predstavnika;*
- b) bira i bude biran na poštenim povremenim izborima s općim i jednakim pravom glasa koji se moraju provoditi tajnim glasovanjem na način kojim se jamči slobodno izražavanje volje birača;*
- c) ima pristup javnim službama u svojoj zemlji u skladu s načelom opće jednakosti.“*

Realizacija izloženih međunarodnopravnih zahtjeva u hrvatskom je pravnom poretku izvršena, na vrlo sažet način, putem člana 44 Ustava RH koji glasi⁵:

„Svaki državljanin Republike Hrvatske ima pravo, pod jednakim uvjetima, sudjelovati u obavljanju javnih poslova i biti primljen u javne službe.“

Evidentno je da svim navedenim zahtjevima iz viših pravnih izvora dominiraju sljedeća načela te pravne vrijednosti:

- a) *načelo jednakosti* (koje može biti narušeno tek utemeljenim, obrazloženim te racionalnim ograničenjima). Iz teksta osobito Međunarodnog pakta proizlazi da se radi o jednakosti šansi, ali ne nužno o pozitivnom rezultatu bilo kojeg postupka koji se provodi radi realizacije ovih prava (izborni postupak ili postupak provođenja referenduma, natječajni postupak radi primanja u državne službe ili neki treći postupak). Na to ukazuje osobito čl. 25 Međunarodnog pakta kada u uvodnom dijelu odredbe govori o „pravu i mogućnosti“, a što je dodatno potvrđeno Općim komentarom Odbora za ljudska prava uz

³ Zanimljivo je uočiti da je DKOM dosad rijetko predmetom znanstvenih analiza koje su se bavile različitim neovisnim tijelima s pravnom osobnošću. Možda je razlog tome i onaj kojeg navodi A. Musa u svom kapitalnom djelu *Agencijski model javne uprave*, Zagreb 2014, s. 432, gdje ukazuje na DKOM kao državno tijelo, a ne agenciju, još preciznije: agenta Hrvatskog sabora kod kojeg se ističe adjudikacijska funkcija. Lako se možemo složiti s A. Musom, jer DKOM ne posjeduje nikakve regulatorne ovlasti odnosno policy-ovlasti, a najistaknutija karakteristika ovog tijela upravo je ovlast odlučivanja o žalbama u svim prethodno navedenim postupcima (postupci javne nabave, dodjele koncesije i odabira privatnih partnera).

⁴ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima OUN-a (usvojen na Općoj skupštini OUN-a 16. 12. 1966, a na snagu je stupio 23. 03. 1976). Republika Hrvatska strankom je ovog ugovora od 06. 10. 1991. prema Odluci o objavljivanju mnogostranih međunarodnih ugovora kojih je Republika Hrvatska stranka na temelju notifikacija o sukcesiji. Tu odluku donijela je Vlada Republike Hrvatske 30. 09. 1993, *NN-Međunarodni ugovori* 12/1993.

⁵ Ustav Republike Hrvatske, *NN* 56/90 do 05/14.

predmetni članak⁶. Tako ovo tijelo s neprijepornim stručnim autoritetom zaključuje u Općem komentaru da je svrha Međunarodnog pakta da osigura građanima „učinkovitu mogućnost uživanja prava koja štiti“ (t. 1 Općeg komentara). Vezano uz čl. 25 Međunarodnog pakta Odbor za ljudska prava navodi da se pravo sudjelovanja u vođenju javnih poslova odnosi na sve grane državne vlasti a osobito na sve aspekte javne uprave (t. 5 Općeg komentara). Posebno se u vezi dijela čl. 25 Međunarodnog pakta koji pokriva pravo pristupa javnim službama naglašava da se radi o „pravu i mogućnosti“ koje se temelji na „jednakoj šansi i općem merit-načelu (...) osiguravajući da su osobe u javnoj službi slobodne od političkog utjecaja ili pritiska.“ (t. 23 Općeg komentara – prijevod autora)⁷; zatim

b) načelo *državlanske pripadnosti*, jer je ovaj sklop temeljnih prava pridržan isključivo državljanima⁸, te konačno

c) načelo *pravičnog postupka* koje dolazi u prvi red prioriteta jednom kada se prihvati stav da je pravno uređeni postupak ključni instrument realizacije ovog segmenta političkih prava⁹. Naime, tada se upravo postojanje pravičnog postupka ističe kao ključan instrument realizacije jednakosti šansi, a ne jednakosti rezultata, jer je jasno da prilikom svakih izbora odnosno neke vrste natječajnog postupka ne mogu svi biti pobjednici odnosno potpuno zadovoljni rezultatom izbora ili postupka¹⁰.

Sva navedena načela i pravne vrijednosti potrebno je konkretizirati u svakom konkretnom slučaju radi osiguranja realizacije te zaštite prava iz člana 44 Ustava RH a možemo ih uvrstiti u politička i osobna prava građana. Radi se o pravima koja pripadaju hrvatskim državljanima kao titularima a koja su univerzalna, jer pripadaju svakom čovjeku, ali naspram različitih država. Utoliko se radi o univerzalnim i specijalnim pravima¹¹. Istodobno, ova prava su i pozitivna po svojoj naravi, jer je za njihovu realizaciju potrebno činjenje njegova adresata – u ovom slučaju države čije državljanstvo ima titular prava¹². Naposljetku, normativna kontekstualizacija prava

⁶ V. *Opći komentar 25* usvojen na 1510. sjednici Odbora, održanoj 12. 07. 1996. (dalje: Opći komentar).

⁷ Uvodno o merit sustavu v. G. Marčetić, *Javni službenici i tranzicija*, Zagreb 2005, ss. 128-132.

⁸ V. t. 3 Općeg komentara (bilj. 6). Usp. i S. Baer, *Politische rechte*, u: A. Pollmann/G. Lohmann (ur), *Menschenrechte (Ein interdisziplinäres Handbuch)*, Stuttgart-Weimar 2012, s. 256.

⁹ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M. 1994, ss. 428-454. Alexy prava na organizaciju i postupak ubraja u prava na pozitivno djelovanje države. U takvom normativnom kontekstu osobito se ističe sljedeća misao: „Prava na postupak koja imaju za predmet statuiranje postupovnih normi kao prava na stvaranje normi adresirana su naspram zakonodavca.“

¹⁰ U tom smislu v. određenje T. R. Tylera, *Procedural justice*, u: David S. Clark (ur), *Encyclopedia of law & society: American and global perspectives* 3/2007, s. 1190. Tyler pravičnost postupka determinira prisutnošću četiri ključna faktora: 1) mogućnost participiranja, 2) neutralnost foruma, 3) povjerenja vrijedne vlasti i 4) postupanje s dignitetom i poštovanjem. Autor ovog rada primjećuje da bez mogućnosti participiranja u postupku niti ostali faktori ne mogu doći do utjecaja što samo ukazuje na važnost prvog faktora. O ulozi pravičnog postupka u poštivanju prava vidi također i dobar pregled različitih pozicija kod K. Murphy/T. R. Tyler/A. Curtis, *Nurturing regulatory compliance: Is procedural justice effective when people question the legitimacy of the law?*, *Regulation&Governance* 3/2009, ss. 1-26. Dostupno na: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1748-5991.2009.01043.x>, očitavanje: 26. 06. 2018. O povezanosti merit sustava i postupka v. Marčetić (bilj. 7), s. 130.

¹¹ V. klasifikaciju prava prema P. Koller, *Theorie des Rechts (Eine Einführung)*, 2. izdanje, Wien-Köln-Weimar 1997, s. 101.

¹² Podrobnije o pozitivnim obvezama države na primjeru Europske konvencije kao međunarodnog ugovora čija primjena je dala izraziti doprinos razvoju ovog koncepta v. V. Batistić Kos, *Pozitivne obveze prema Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Zagreb 2012, ss. 7-14.

iz člana 44 Ustava RH mora zapaziti i da se radi o osobnim pravima (utoliko što svako od ovih prava pretpostavlja slobodu djelovanja (ili nedjelovanja već prema volji titulara prava)), a još preciznije djelovanja u smislu kandidiranja za obavljanje nekog javnog posla ili javne službe¹³.

Promotrena iz perspektive države i javnih vlasti pozitivna obveza koja se odnosi na omogućavanje sudjelovanja u obavljanju javnih poslova i javnih službi ima za svoj predmet uspostavu postupovno-zaštitnog mehanizma koji jamči ostvarenje prava i mogućnosti svakog titulara što obvezu u pitanju čini proceduralnom po vrsti¹⁴. To stoga što pristup obavljanju javnih poslova i u javne službe pretpostavlja redovito veći broj kandidata koji posjeduju rečeno pravo jednakog pristupa. Koji će od zainteresiranih kandidata dobiti mogućnost da zaista bude primljen u javnu službu ovisi o činjenju javne vlasti koja posjeduje ključnu ulogu u provođenju onog skupa radnji (postupka) koji će ukazati na jednog od kandidata (ili više njih, ali se uvijek mora raditi o određenom ili odredivom broju). Poradi neutralnosti i nepristranosti postupka te osiguranja jednakih šansi pristupa svakog kandidata potrebno je da postupak provodi javna vlast što opet ukazuje na činjenje javne vlasti kao pretpostavke realizacije analiziranog političkog prava.

Konstatirao bih da postupak imenovanja članova DKOM-a zbog naravi posla koje obavlja ovo tijelo potpada pod normativno područje političkog prava iz člana 44 Ustava RH odnosno člana 25 Međunarodnog pakta. Ova spoznaja nosi sa sobom shvaćanje ne samo o pravnoj naravi rečenog prava (ili rečenih prava) kao univerzalnog, specijalnog i pozitivnog prava već i izravne i konkretne posljedice po javnu vlast kao jamca realizacije prava. Primarno se to odnosi na potrebu uzakonjenja te odgovarajućeg provođenja pravnog postupka koji će svojom pravičnošću te nepristranošću istodobno osigurati načelnu izjednačenost prava pristupa obavljanju javnih poslova i primitka u javne službe svih zainteresiranih državljana. Koliko će postupak biti prikladan da ukaže na kandidata koji u najvećoj mjeri zadovoljava postavljene uvjete ovisi ne samo o postupku već i o uvjetima imenovanja. Sve navedeno potvrđuje važnost postupka bez čijeg uzakonjenja ne postoje minimalne pretpostavke realizacije tako važnih temeljnih ljudskih prava te vrijednosti i načela na kojima prava u pitanju počivaju.

Vođeni ovim spoznajama pristupam analizi Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave u segmentu imenovanja članova tijekom koje će ispitati imenovanje članova DKOM-a (2) u svim normativnim situacijama obrađenim rečenim zakonom; radi se o prvotnom imenovanju člana DKOM-a (2.1), reizboru članova DKOM-a (2.2) te tzv. zamjenskom izboru članova DKOM-a (2.3) da bih na kraju sažeo rezultate analize (3).

¹³ Tako izrijekom i N. Gavella, *Osobna prava, I. dio – Predavanja o osobnim pravima uopće, o pravu na tjelesni integritet, na tjelesnu slobodu, na čast i ugled, na privatnost, vlastiti lik, vlastiti glas, osobne zapise i pisma*, Zagreb 2000, s. 121.

¹⁴ Usp. Batistić Kos (bilj. 12), ss. 25-26. U pogledu pozitivne obveze države na propisivanje sudskih i upravnih postupaka v. osobito izvode Alexya (bilj. 9), ss. 444-446, koji pravo na postupke ove vrste vidi u bitnome kao pravo na učinkovitu pravnu zaštitu. "Gdje bi postupovne norme mogle povećati stupanj zaštite temeljnih prava ondje je njihovo postojanje putem temeljnih načela prima facie obavezno. Ne priječe li to suprotstavljena načela, tada je pravo na njihovo važenje definitivno." (s. 446).

2. Imenovanje članova DKOM-a¹⁵

U ZDKOM-u se institut imenovanja članova DKOM-a regulira na dva mjesta: u članu 8 koji za svoj regulativni predmet ima imenovanje članova DKOM-a po prvi put te eventualno i drugi put (tzv. reizbor), ali i u članu 12 gdje se u posljednja dva stavka (4-5) uređuje imenovanje novog člana DKOM-a nakon što je prethodni bio razriješen prije isteka mandata. Oba normativna mjesta karakterizira regulativna škrtošć koja osim navođenja tijela koje sudjeluju u imenovanju te vremenskog trajanja mandata članova DKOM-a i načina objave odluke o imenovanju ne sadrže drugi normativni sadržaj. Ni jedna od citiranih odredbi ne sadrži niti najmanju naznaku postupka koji se pri tome provodi odnosno radnji koje se pri tome imaju provesti. Već je ovaj uvid dostatan za sumnju o spojivosti citiranih normativnih mjesta s normama iz viših pravnih izvora i to, kako iz perspektive prava svih zainteresiranih državljana, ali jednako tako i iz perspektive pretjerane diskrecije nadležnih tijela. No za potvrdu ovih sumnji potrebno je provesti detaljniju analizu relevantnih odredbi člana 8 i člana 12 ZDKOM-a. Pri tome ću imenovanje iz člana 8 st. 1 ZDKOM-a nazivati „*prvotnim imenovanjem*“, imenovanje iz člana 8 st. 4 „*reizborom*“, a imenovanje iz člana 12 st. 4-5 istog akta „*zamjenskim imenovanjem*“.

2.1. Prvotno imenovanje članova DKOM-a

Pod gornjim nazivom analiziramo imenovanje članova DKOM-a u mandat po prvi puta. Imenovanje u pitanju uređuje član 8 st. 1 ZDKOM-a koji glasi:

„Predsjednika, zamjenike predsjednika i ostale članove Državne komisije imenuje Hrvatski sabor na prijedlog Vlade Republike Hrvatske¹⁶.“

Iz citata zorno proizlazi da se radi o rudimentarnoj regulaciji. Niti okolnost da druge odredbe ZDKOM-a uređuju uvjete (čl. 9 ZDKOM-a) te zapreke za imenovanje članova DKOM-a (čl. 10 ZDKOM-a) ne omogućuju nam detaljnije i sigurnije zaključivanje o postupku imenovanja članova DKOM-a osim najjednostavnijeg zaključka da Vlada RH ne bi smjela predložiti Hrvatskom saboru kao kandidate osobe koje ne ispunjavaju uvjete odnosno za koje postoje zapreke za imenovanje. No, koje će se pri tome radnje poduzeti kako bi se utvrdilo postojanje ispunjenja uvjeta, odnosno nepostojanje zapreka za imenovanje kao ni ispunjenje drugih relevantnih postupovnih pretpostavki nije moguće ustanoviti. Tako nije poznato tko će voditi postupak provjere kandidata kao ni kako će se odabrati predloženi kandidat (ili više njih) ako više njih zadovoljava sve uvjete i zapreke, koji je vremenski plan postupka (pitanje rokova), odnosno kakav je pravni status kandidata kao i je li opći put pravne zaštite (s obzirom da nije propisano postojanje nekog specijalnog) ujedno i najprikladniji za ovaj postupak.

Polazeći od činjenice da kandidate Hrvatskom saboru predlaže Vlada RH postupak koji prethodi utvrđivanju kandidata kojeg će Vlada RH predložiti pretpostavlja djelovanje ovog državnog tijela kao i nadležnog ministarstva. Prema mjerodavnim propisima radi se o Ministarstvu gospodarstva, poduzetništva i obrta no u djelovanju ovog upravnog tijela, sukladno sadašnjoj

¹⁵ Pod pojmom “član DKOM-a” misli se svaki član bez obzira na njegovu poziciju unutar ovog tijela (predsjednik, zamjenik predsjednika ili član). Posljedica je to okolnosti da niti ZDKOM ne radi razliku između članova u odredbama koje analiziramo.

¹⁶ Prema st. 2 citiranog članka odluka o imenovanju objavljuje se u “Narodnim novinama”, službenom listu Republike Hrvatske.

verziji ZDKOM-a, ali i postojećoj praksi ovog tijela, ne postoji dovoljno transparentnosti u pogledu utvrđivanja kandidata odnosno u pogledu predlaganja jednog ili više kandidata Hrvatskom saboru¹⁷.

U svrhu ilustriranja ove teze dostatno je uputiti na postupak prvotnog imenovanja koji je proveden 2014. godine. U tom postupku imenovan je predsjednik, jedna od zamjenica te dva člana DKOM-a. Niti jedan javno dostupan dokument ne ukazuje na odgovore koji su prethodno postavljeni pri analizi ovog normativnog mjesta¹⁸. Analiza dostupnih i dobivenih materijala nedvojbeno pokazuje da Vlada RH nije prethodno provela makar i najrudimentarniji natječaj, odnosno da nije, primjerice, javnim pozivom obavijestila zainteresirane građane kako bi se mogli prijaviti za poziciju člana DKOM-a, čime bi svakako dobila širinu potrebnu kod izbora kandidata. Iz javno dostupne odluke Vlade RH od 10. srpnja 2014. jedino je jasno da je ovo tijelo na svojoj sjednici, održanoj navedenog datuma odredilo predloženičke za pozicije predsjednika, zamjenika predsjednika te dva člana DKOM-a. Niti na web-stranici Vlade RH nije moguće pronaći više detalja, jer se o kadrovskim pitanjima, već tradicionalno, za imenovanje tijelo odlučuje na zatvorenom djelu sjednice¹⁹. Prijedlog Vlade RH u Hrvatskom saboru je prihvaćen većinom glasova pa je već 15. srpnja 2014. na 13. sjednici Hrvatskog sabora u njegovom sedmom sazivu donesena odluka o imenovanju navedenih članova DKOM-a²⁰.

Iz svega navedenog jasno se može uvidjeti pa potom i zaključiti da je u slučaju prvotnog imenovanja članova DKOM-a postupak sveden na jedan akt Vlade RH (ustanovljavanje predloženičke) te jedan akt Hrvatskog sabora (imenovanje predloženičke). Imajući u vidu ustavnopravni te međunarodnopravni kontekst u okviru kojeg se provodi postupak imenovanja članova DKOM-a uvjeren sam da niti jedno pravno shvaćanje ne može opravdati ovakvo postupanje kao dostatno odnosno opisane radnje proglasiti pravnim postupkom koji udovoljava zahtjevima koje smo ekstrahirali iz ustavnopravne, odnosno, norme Međunarodnog pakta. Pri tome, okolnost da detaljni postupak nije propisan odredbama ZDKOM-a ne mora biti potpuno ograničavajući čimbenik za Vladu RH odnosno Hrvatski sabor. Posljedica je to ipak dovoljno određenog i konkretiziranog sadržaja kako citirane ustavne norme tako i norme relevantnog međunarodnog ugovora. Ako prihvatimo stav da pravna načela i vrijednosti koja dominiraju navedenim i višim pravnim izvorima pružaju dostatnu pravnu uputu za postupanje u opisanoj situaciji, tada svako nadležno nacionalno tijelo može djelovati uz dovoljno pouzdanja u rečena načela i vrijednosti i biti sigurno da će odgovarajući postupak provesti na korist temeljnih prava građanina koja dotična načela i vrijednosti štite. Upravo na navedeni način shvaćamo sažetu uputu rimskog prava u tom smislu: „*Regula pro lege, si deficit lex.*“

Umjesto toga, Vlada RH do osobe predloženičke dolazi na potpuno birokratizirani i netransparentan način, jer se sve bitne radnje u formiranju prijedloga obavljaju kao nejavne. O

¹⁷ Usp. čl. 20 st. 4 Zakona o ustrojstvu i djelokrugu ministarstava i drugih središnjih tijela državne uprave, *NN* 93/16 i 104/16.

¹⁸ U konkretnom slučaju radilo se o imenovanju predsjednika, zamjenice i dijela članova DKOM-a. Radi se o dokumentima koji su dostupni na web-stranici Hrvatskog sabora. Dostupno na: <http://www.sabor.hr/prijedlog-odluke-o-imenovanju-clanice-drzavne-komi>, očitavanje: 18. 07. 2018, ali i dokumentima dobivenim od službenice za informiranje Hrvatskog sabora temeljem Zakona o pravu na pristup informacijama dana 02. 07. 2018.

¹⁹ V. poveznicu na dnevni red rečene sjednice Vlade RH. Dostupno na: <https://vlada.gov.hr/sjednice/174-sjednica-vlade-republike-hrvatske-14587/14587>, očitavanje: 18. 07. 2018.

²⁰ Radi se o odluci objavljenoj u *NN* 89/14. Odluka dostupna na: https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2014_07_89_1798.html, očitavanje: 18. 07. 2018.

tome najizrazitije svjedoči sam čin formiranja prijedloga; na sjednici Vlade RH dotično pitanje obavlja se na zatvorenom dijelu sjednice o čemu se ne izvještava niti naknadno pa je rezultat rada Vlade RH u ovom pogledu dostupan javnosti tek kada je prijedlog ne samo formiran, već dostavljen Hrvatskom saboru i uvršten u dnevni red sjednice Hrvatskog sabora. Takav način rada ne može se opravdati niti potrebnom dozom diskrecije koju Vlada RH svakako uživa pri obavljanju ove zadaće, a osim toga mogu nastati i sumnje opravdane manjkom transparentnosti sukladno maksimi *Clandestina iniusta praesumuntur*.

Ni djelovanje Hrvatskog sabora kao tijela koje imenuje članove DKOM-a – dakle, prihvaća ili ne prihvaća prijedlog Vlade RH – ne ukazuje na shvaćanje potrebe postojanja zasebno reguliranog i nepristrano provedenog postupka imenovanja članova ovog tijela. Štoviše, više je primjedbi u saborskim raspravama koje su prethodile nekim imenovanjima bilo stavljeno na razinu potrebne stručne spreme predloženika nego na nepostojanje postupka i eventualni nesklad takvog normativnog stanja naspram relevantne ustavne norme (zbog kojeg nepostojanja, u krajnjoj liniji, i može doći do imenovanja osoba koje u pravično provedenom postupku ne bi bile imenovane).²¹ Stoga je dojam o negiranju bitnog dijela prava iz člana 44 Ustava RH odnosno iz člana 25 Međunarodnog pakta još utemeljeniji.

2.2. Reizbor članova DKOM-a

Ključna odredba ZDKOM-a u kontekstu reizbora člana DKOM-a kojemu istječe prvi mandat sadržana je u članu 8 st. 4 ZDKOM-a koji glasi:

„Vlada Republike Hrvatske dužna je prije isteka mandata člana Državne komisije predložiti Hrvatskom saboru razrješenje člana Državne komisije kojem ističe mandat i imenovanje novoga ili reizbor člana Državne komisije.“

Prvo i svako sljedeće čitanje citirane odredbe nesumnjivo ukazuje na njenu suspektnu ustavnost kada se uoči da niti u slučaju reizbora člana DKOM-a ne postoji obveza provođenja zasebnog postupka u kojem bi zainteresirani državljani mogli isticati kandidaturu za poziciju člana DKOM-a. Navedena odredba potvrđuje tek diskreciju Vlade RH u odabiru načina na koji će popuniti poziciju člana DKOM-a kojem ističe mandat; to može učiniti na način da razriješi istog člana DKOM-a i imenuje novog člana ili može predložiti reizbor istog člana DKOM-a. Pri ovakvom propisivanju nije osigurana niti transparentnost u donošenju dotične odluke niti se omogućava kandidiranje zainteresiranim državljanima, pa je konačni rezultat gotovo potpuni izostanak kontrolabilnosti ove odluke. Osim dominantno političke kontrole – koju će naposljetku izvršiti Hrvatski sabor, jer uvijek može odbiti osobu predloženika – teško je zamisliti makar i jedan oblik konkretne pravne kontrole ove odluke Vlade RH koji bi imao izgleda za uspjeh. Na ovaj način diskrecija Vlade RH se naglašava i preko mjere potrebnog; ne postoji niti jedan kriterij prema kojem bi se unaprijed mogao predvidjeti odabir Vlade RH glede sadržaja prijedloga koji će se uputiti Hrvatskom saboru.

²¹ Tako je u raspravi u postupku imenovanja predsjednika, zamjenice i dijela članova DKOM-a u srpnju 2014. zastupnik HDZ-a I. Šuker izjavio i sljedeće: “Pa točno se zna koji su pripadnici koje stranke bili imenovani u komisiju 2002, 2003. godine, točno po stranačkoj pripadnosti. Ali ni ta stranačka pripadnost meni nije toliko sporna, meni je ovdje isključivo sporno struka. Pa na kraju krajeva ako je Kukuriku koalicija na vlasti pa nek si imenuje svoje ljude, ali ne mimo kriterija.” (istaknuo autor). Citat iz fonograma rasprave održane dana 11. 07. 2014. u Hrvatskom saboru.

Uzme li se u obzir i okolnost da Vlada RH pri odlučivanju o načinu popune mjesta u DKOM-u nije dužna uzeti u obzir niti jedan kriterij dosadašnjeg djelovanja člana DKOM-a kojemu ističe mandat jasno je da se radi i o odluci koja se može problematizirati i iz gledišta eventualnog sukoba interesa ako ga se shvati u širem smislu kao sukob dva javna interesa²². To je osobito važno kada se uzme u obzir funkcija članova DKOM-a.

Naime, članovi DKOM-a po svojoj funkciji i njenoj normativnoj određenosti kontroliraju zakonitost rada članova Vlade RH kada ministri odlučuju u postupcima javne nabave. Osim toga, DKOM odlučuje i o zakonitosti rada drugih obveznika javne nabave u čijem upravljanju također sudjeluju ministri (primjerice, javnopravne osobe kojih je osnivač i upravljač Republika Hrvatska). Istodobno, međutim, svi članovi Vlade RH u poziciji su da o reizboru člana DKOM-a donose vrlo bitnu odluku na način koji ne predviđa nikakve kriterije zakonitosti i uspješnosti rada člana DKOM-a, zatim da se to radi u gotovo potpuno od javnosti zatvorenoj sjednici te da konkretna pravna kontrola imenovanja nije predviđena ZDKOM-om²³. Nije teško zaključiti da takav odnos dvaju suprotstavljenih kontrolnih ovlasti traži pomnu i vrlo uravnoteženu regulaciju – jednako tako nije teško zaključiti da je ona u uočenoj normativnoj situaciji potpuno izostala.

Prethodni zaključak u posve identičnoj mjeri odnosi se i na gotovo potpuni izostanak temeljitije regulacije odlučivanja Hrvatskog sabora koji i u ovom slučaju odluku donosi kao elementarnu odluku o imenovanju. Niti u slučaju reizbora Hrvatski sabor ne raspolaže ovlastima odnosno posebnom postupovnom ulogom koji bi se, primjerice, mogle usporediti s ovlastima i ulogom koje ovo tijelo ima pri izboru Povjerenika za informiranje (da ne spominjemo i postupak izbora sudaca Ustavnog suda RH)²⁴. Stoga je sumnja u spojivost ovakve verzije člana 8 st. 4 ZDKOM-a ilako uočljive podnormiranosti instituta reizbora članova DKOM-a s prethodno navedenim višim normativnim uzorima nedvosmislena i po mojem mišljenju teško oboriva.

Dosad provedeni postupci reizbora člana DKOM-a pokazali su svu promašenost postojećeg načina na koji se reizbor vrši, a kao posebnu normativnu bizarnost valja ukazati na okolnost da je članica DKOM-a podnesak kojim je inicirala postupak vlastita reizbora adresirala na nadležno ministarstvo (Ministarstvo gospodarstva, poduzetništva i obrta). Time se birokratska opcija postupanja, u situaciji u kojoj zakonska osnova postupanja praktički nepostojeća, potvrdila kao dominantna nasuprot opcije koja bi uključivala primjenu ustavnih načela i normi²⁵. Naravno, uvjeren sam da je ovim potvrđena i neprihvatljivost sadašnjeg normativnog stanja u kojem se

²² O ovom zanimljivom aspektu pojma sukoba interesa v. detaljnije Ž. Puhovski, *Što je zapravo sukob interesa*. Dostupno na: <https://pescanik.net/sto-je-zapravo-sukob-interesa/>, očitavanje: 02. 07. 2018.

²³ Nabrojanom treba dodati i to da sukladno čl. 7 st. 5 ZDKOM-a (bilj. 1) ministri kao članovi Vlade RH odlučuju kao jedina instanca o visini plaće članova DKOM-a. Jedino ograničenje u tom smislu postoji zbog imperativne zakonske odredbe koja ograničava koeficijent za izračun plaće članova DKOM-a maksimalno na iznos koeficijenta pomoćnika ministra. Što se dostupnog pravnog puta tiče uvjeren sam da najpreporučljivija "trasa" tog puta kreće od prigovora iz čl. 156 Zakona o općem upravnom postupku, NN 47/09 (dalje: ZUP) u vezi s čl. 3 st. 2 istog propisa; i nastavlja do upravnog spora. Opća supsidijarnost prigovora iz rečene norme ZUP-a potvrđena je kako od doktrine tako i od pravne prakse. Usp. B. Horvat, *Upravni spor protiv postupanja*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 2/2014, ss. 437-445, osobito 444.

²⁴ V. čl. 36 Zakona o pravu na pristup informacijama, NN 25/13 i 85/15 te čl. 6 Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH, NN 49/02 – pročišćeni tekst.

²⁵ Radi se o dokumentu dostupnom na web-stranici Hrvatskog sabora. Dostupno na: <http://www.sabor.hr/aprijedlog-odluke-o-razrjesenju-clanice-drzavne-ko>, očitavanje: 18. 07. 2018. Riječ je o reizboru članice DKOM-a odluku o kojem je Hrvatski sabor donio 22. 09. 2017. Odluka objavljena u NN 97/17. Dostupno na: https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2017_09_97_2234.html, očitavanje: 18. 07. 2018.

potpuno ignoriraju svi državljani koji bi eventualno bili zainteresirani za sudjelovanje u postupku izbora kandidata što njihovo pravo iz člana 44 Ustava RH čini posve bespredmetnim. Štoviše, ovdje se radi o isključenju prava svih drugih državljana (osim osobe koju Vlada RH predloži za imenovanje) koje se ostvaruje: a) putem analizirane odredbe ZDKOM-a, uzakonjene bez prethodne temeljite procjene njezine spojivosti s višim pravnim normama i b) putem odgovarajućih odluka Vlade RH koje odluke predstavljaju pravne posljedice primjene člana 8 st. 4 ZDKOM-a. Takve posljedice primjene nekog zakona su, uvjeren sam, neprihvatljive, a pogotovo kada uslijede bez makar i pokušaja prethodnog obrazloženja. Upravo je to, uvjeren sam, najkraći opis sadašnjeg normativnog stanja koje postoji pri reizboru člana DKOM-a.

2.3. Zamjensko imenovanje članova DKOM-a

Pod ovim nazivom razumije se imenovanje vršitelja dužnosti člana DKOM-a kao posljedica prethodnog razrješenja člana DKOM-a prije isteka mandata. Institut razrješenja kao i imenovanja vršitelja dužnosti člana DKOM-a regulirani su u čl. 12 koji u bitnim dijelovima (st. 4-5) glasi²⁶:

„4) Vlada Republike Hrvatske podnosi Hrvatskome saboru prijedlog za razrješenje člana Državne komisije prije isteka mandata i prijedlog za imenovanje novoga člana Državne komisije.

(5) Vlada Republike Hrvatske može imenovati vršitelja dužnosti do imenovanja člana od strane Hrvatskoga sabora. Vršitelj dužnosti člana mora ispunjavati uvjete za imenovanje sukladno ovom Zakonu.“

Nedvojbeno je i očito da i u ovom slučaju imenovanja člana DKOM-a Vlada RH posjeduje visoki stupanj diskrecije; o njezinoj odluci ponajprije ovisi da li će u periodu do imenovanja novog člana DKOM-a uopće biti imenovan vršitelj dužnosti a jednako tako i već uobičajeno njezina diskrecija pokriva i prijedlog novog člana DKOM-a²⁷. Pri tome je potrebno osobito naglasiti da je u konkretnom slučaju zamjenskog imenovanja stupanj diskrecije Vlade RH maksimalan, jer je upravo Vlada RH nadležna – a ne Hrvatski sabor kao u slučaju prvotnog imenovanja odnosno reizbora – za imenovanje vršitelja dužnosti člana DKOM-a. Unatoč većem stupnju diskrecije koju je analizirana odredba omogućila Vladi RH, ona ne sadrži adekvatan broj normativnih „osigurača“ koji bi bili usporedivi sa širinom diskrecionih ovlasti. Osim okolnosti da i vršitelj dužnosti člana DKOM-a mora ispunjavati uvjete za imenovanje – sintagmu treba tumačiti tako da se odnosi i na uvjete iz člana 9 kao i na zapreke iz člana 10 ZDKOM-a – ne postoji niti jedan dodatni kriterij koji bi omogućio predvidivost odnosno kontrolabilnost ovih odluka Vlade RH. Posve je, tako, nejasno kada će Vlada RH odlučiti imenovati vršitelja dužnosti člana DKOM-a do imenovanja stalnog člana od strane Hrvatskog sabora.

Nije, naravno, to jedino nejasno pitanje u kontekstu primjene člana 12 st. 5 ZDKOM-a²⁸, no još važnije od postavljenih pitanja čini se okolnost da jedno tijelo (Vlada RH) može imenovati člana

²⁶ U prethodnim odredbama čl. 12 ZDKOM-a (bilj. 1) regulirani su razlozi za razrješenje člana DKOM-a prije isteka mandata (st. 1) kao i obveze predsjednika odnosno zamjenika predsjednika kada uoče postojanje razloga iz st. 1 istog članka u odnosu na člana (st. 2) te u odnosu na predsjednika DKOM-a (st. 3).

²⁷ U vezi prijedloga Vlade RH za imenovanje novog člana DKOM-a prema predmetnoj normi vrijedi, *mutatis mutandis*, rečeno u dijelu 2.1. ovog rada.

²⁸ Dodatno se mogu postaviti barem sljedeća pitanja koja, nažalost, nisu normativno razriješena u analiziranoj odredbi; primjerice, može li vršitelj dužnosti ujedno biti i predložnik Vlade RH, zatim koliko najduže može trajati mandat vršitelja dužnosti te u tom kontekstu pitanje je li imenovanje novog člana DKOM-a od strane Hrvatskog

državnog tijela koje obavlja tako važan javni posao bez makar i jednog unaprijed poznatog kriterija, temeljem odluke koja nije rezultat transparentnog postupka nasuprot jasnih i sadržajno suprostavljenih zahtjeva referentne ustavne norme. Regulativna „škrtoš“ (ili podnormiranost) ima i svoju jednako neprihvatljivu pravnu posljedicu: suženu mogućnost uspješnog osporavanja dotične odluke Vlade RH putem raspoloživih pravnih sredstava (osim nespornog pokušaja provociranja postupka ocjene ustavnosti analizirane odredbe). Ni okolnost da do sada u praksi analizirana odredba nije bila korištena ne predstavlja razlog za barem minimalno zadovoljstvo. Njezino postojanje te uopće mogućnost primjene, potpuno je ovisna o diskrecionoj ovlasti jednog tijela, nije obranjiva pa se jedinim izlazom iz ovakve situacije čini uklanjanje odredbe člana 12 st. 5 iz ZDKOM-a.

3. Zaključak

Analiza regulacije imenovanja članova DKOM-a pokazuje sljedeće rezultate;

- a) regulacija imenovanja članova svakog državnog tijela koje posjeduje javne ovlasti mora slijediti zahtjeve ustavne odnosno relevantne norme međunarodnih ugovora. U pogledu državnih tijela koja obavljaju javnu službu/javne poslove imperativnu normativnu orijentaciju pružaju član 44 Ustava RH odnosno član 25 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima;
- b) ključni zahtjevi ustavne odnosno međunarodnopravne norme svode se na poštivanje načela jednakosti pristupa pravičnom postupku u kojem će svi državljani posjedovati jednaku mogućnost primitka u javnu službu odnosno pristupa vođenju javnih poslova. S obzirom na to da relevantne norme ustavnopravne razine jamče osobna, univerzalna, specijalna i pozitivna prava država mora uzakoniti postupke – ako oni već ne postoje – koji će omogućiti državljanima realizaciju rečenih prava. U pogledu Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima takva obveza, kao generalna naspram jamčenja svih prava iz tog instrumenta, izrijeком proizlazi i iz člana 2 st. 2²⁹. Nepostojanje takvog postupka nije dopušteno nadomjestiti diskrecionim odabirom kandidata (predloženika) od strane javnih vlasti jer se tako sužavaju prava iz čl. 25 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima odnosno iz čl. 44 Ustava RH, a ovisno o određenim elementima može doći i do negiranja same biti navedenih prava³⁰;
- c) u hrvatskom pravu, preciznije ZDKOM-u, ne postoji uređeni postupak koji bi omogućio natjecanje svih zainteresiranih hrvatskih državljana za poziciju člana DKOM-a od trena donošenja, kako izvornog teksta spomenutog zakona, tako i nakon svake od više novela. Pri tome niti pri donošenju prvotnog teksta ZDKOM-a niti pri njegovim novelama nije uočen ovaj nedostatak niti se imenovanje članova DKOM-a promatralo pa onda i uređivalo iz takve perspektive na koju presudno utječu jedna ustavna i jedna međunarodnopravna norma. Štoviše,

sabora jedina vremenska granica mandata vršitelja dužnosti (primjerice, ako se u međuvremenu Hrvatski sabor raspusti pa se imenovanje odgodi na unaprijed neodređeni vremenski period) itsl.

²⁹ Čl. 2 st. 2 Međunarodnog pakta glasi: “Tamo gdje to još nije uređeno postojećim zakonima ili drugim mjerama, svaka država stranka ovoga Pakta se obvezuje da će, u skladu sa svojim ustavnim postupkom i odredbama ovoga Pakta, poduzeti potrebne korake kako bi se usvojile zakonske i druge mjere prijeko potrebne za ostvarivanje prava priznatih u ovom Paktu.” Opširnije o generalnim obvezama država-članica Međunarodnog pakta v. *Opći komentar br. 31 (80) o naravi općih obveza država-članica Pakta*, usvojen na 2187. sjednici ovog tijela od 29. 03. 2004.

³⁰ Prema mišljenju Odbora za ljudska prava niti jedno sužavanje prava iz Međunarodnog pakta ne smije biti primijenjeno na način koji predstavlja povredu same biti prava u pitanju. V. t. 6 Općeg komentara br. 31 (bilj. 29).

vrlo rudimentarne postupovne elemente još se dodatno reduciralo prilikom prve novele ZDKOM-a uz obrazloženje koje u potpunosti ignorira postojanje bilo kakvih obveza koje za RH proizlaze iz viših pravnih normi³¹. Stoga je sadašnje regulativno stanje primjer izravne kontradikcije naspram viših pravnih normi;

d) bez obzira o kojoj se vrsti imenovanja radi – prvotnom, reizboru ili zamjenskom – umjesto uređenog postupka postoji gotovo neograničena diskreciona ovlast Vlade RH odnosno Hrvatskog sabora. Vrste imenovanja navedenu diskrecionu ovlast negdje dodatno šire ali je nigdje ne sužavaju pa je tako zakonskom normom Vlada RH ovlaštena netransparentno odabrati osobe koje će predložiti Hrvatskom saboru na imenovanje bez prethodnog uzakonjivanja bilo kakvih kriterija pri tom odabiru. Štoviše, većinu zainteresiranih državljana Vlada RH svojim odlukama može isključiti iz pristupa postupku odabira dok je pri zamjenskom imenovanju Vladi RH čak omogućeno da na identičan način (netransparentno, bez provođenja pravičnog postupka) imenuje člana DKOM-a kojeg je mandat unaprijed neodređen. *Mutatis mutandis*, jednako vrijedi i za odgovarajuću odluku Hrvatskog sabora (imajući u vidu ograničenja i mogućnosti koje za ovo tijelo proizlaze iz sadržaja prijedloga Vlade RH odnosno iz slobode ovog tijela da odbije prijedlog Vlade RH). Sve navedeno i dokazano omogućuje zaključak da u slučaju imenovanja članova DKOM-a postoji potpuna birokratska dominacija nasuprot jasnim vrijednostima vladavine prava. Imajući na umu rečeno niti jedno imenovanje članova DKOM-a izvršeno po analiziranom zakonu ne može biti označeno kao pravno prihvatljivo;

e) sanaciju sadašnjeg regulativnog stanja lako je propisati – potrebno je žurno pristupiti uređenju posebnog postupka koji će svim zainteresiranim državljanima u svakom slučaju imenovanja omogućiti pristup kandidiranju za poziciju člana DKOM-a. U svrhu iniciranja takvih zakonodavnih promjena napisan je i ovaj rad.

³¹ Prije prve novele ZDKOM-a iz 2013, čl. 8 st. 4, NN 127/13, glasio je: “Vlada Republike Hrvatske dužna je najmanje 60 dana prije isteka mandata člana Državne komisije predložiti Hrvatskom saboru razrješenje člana Državne komisije kojem ističe mandat i imenovanje novoga ili reizbor člana Državne komisije.” Novela citirane norme se sastojala od brisanja sintagme “najmanje 60 dana” (čl. 2 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave). Obrazloženje takvog normativnog poteza bilo je formulirano na sljedeći način: “Osim toga, uočeni su praktični nedostaci vezano uz trenutno propisani rok od najmanje 60 dana prije isteka mandata člana Državne komisije u kojem je Vlada Republike Hrvatske dužna predložiti Hrvatskom saboru imenovanje novog člana ili reizbor istog člana Državne komisije koji je također ocijenjen kao predugačak budući da su u praksi mogući slučajevi kada navedeni rok zbog objektivnih, proceduralnih okolnosti nije moguće ispoštovati.” Izvor: Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave, iz rujna 2013, s. 2. Dostupno na: <http://www.sabor.hr/prijedlog-zakona-o-izmjenama-i-dopunama-zakona-o-d%20-%20za%209>, očitavanje: 16. 07. 2018. Zamjetno je da ovlašteni predlagatelj ne razmatra noveliranu normu iz bilo koje druge perspektive – a osobito ne iz perspektive zakonske realizacije čl. 44 Ustava RH – osim birokratske.

Summary

The appointment of the members of the State Commission for Supervision of Public Procurement Procedure: The rule of law or the rule of bureaucracy

The paper examines the regulation of appointment of the members of the State Commission for Supervision of Public Procurement Procedure according to the Act on the State Commission for Supervision of Public Procurement Procedure. The author criticises existing legal norms from a perspective of relevant constitutional and international agreements' norms. The lack of appropriate procedures indicates the potential violations of rights of the interested citizens as well as it points to excessive discretion of the authorities. Finally, it is recommended to enact the necessary procedures.