

PRAVNI POLOŽAJ DRŽAVNE REVIZIJSKE KOMISIJE: ZAKAJ OMEJEVATI SODNO VARSTVO ZOPER NJENE ODLOČITVE?*

Lucija Strojan,

magistrica prava, raziskovalka na Inštitutu za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani in asistentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

1. UVOD

Pričujoči prispevek obravnava pravni položaj Državne revizijske komisije za revizijo postopkov oddaje javnih naročil oziroma Državne revizijske komisije (DKOM), pri čemer se osredotoča na njen položaj v okviru pravnega varstva ponudnikov v postopkih javnega naročanja.¹

Zakon o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (ZPVPJN)² do nedavnega zoper odločitve DKOM ni predvideval ne rednih ne izrednih pravnih sredstev. Ustaljena sodna praksa je – vsaj do začetka uporabe 39.a člena ZPVPJN³ – zagovarjala stališče, da odločitev DKOM ni posamičen akt, s katerim bi se odločalo o pravicah, obveznostih ali pravnih koristih ponudnikov,

** Prispevek je nastal kot povzetek in nadgradnja izbranih poglavij magistrskega diplomskega dela Pravni položaj Državne revizijske komisije, ki ga je avtorica pripravila pod mentorstvom prof. dr. Rajka Pirnata in somentorstvom as. Katje Štemberger in 23. marca 2022 zagovarjala na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.*

¹ DKOM je nedvomno glavni akter v okviru pravnega varstva v postopkih javnega naročanja, vendar je treba že na začetku pripomniti, da pravo javnih naročil ni edino področje pristojnosti DKOM. Zakon o nekaterih koncesijskih pogodbah (ZNKP, Uradni list RS, št. 9/19 in 121/21 – ZJN-3B) je namreč njena pooblastila razširil tudi na postopke podeljevanja nekaterih koncesij (glej 54. člen ZNKP). DKOM je prav tako del pravnega varstva v primeru, ko se za sklenitev javno-zasebnega partnerstva uporabljajo pravila o javnih naročilih ali koncesijah gradenj (glej 62. člen Zakona o javno-zasebnem partnerstvu – ZJZP, Uradni list RS, št. 127/06).

² Zakon o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (ZPVPJN, Uradni list RS, št. 43/11, 60/11 – ZTP-D, 63/13, 90/14 – ZDU-II, 60/17 in 72/19).

³ Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (ZPVPJN-C, Uradni list RS, št. 72/19).

temveč gre le za akt poslovanja.⁴ Zato upravni spor zoper odločitve DKOM ni bil dopusten. Večinska teorija je taki opredelitvi ostro nasprotovala.⁵ Kljub stališču, da odločitev DKOM ni posamičen akt, s katerim bi se odločalo o pravicah, obveznostih ali pravnih koristih ponudnikov, je bila z novelo ZPVPJN-C⁶ uvedena možnost sprožitve upravnega spora z vložitvijo ugotovitvene tožbe. Gre za novost v slovenski zakonodaji, ki se je začela uporabljati v začetku leta 2021, čeprav je sodno varstvo že dlje časa uveljavljeno v drugih državah Evropske unije (EU). Postavlja se vprašanje, ali oziroma kako uvedba (sicer omejenega) upravnega spora spreminja razumevanje pravne narave odločitev DKOM.

Pravni položaj nekega organa je na prvi pogled sicer predvsem teoretično vprašanje. Vendar pa ima taka teoretična zasnova tudi pomembne praktične posledice, saj pravni položaj subjekta determinira njegovo pravno naravo in s tem pravno naravo njegovih odločitev. Od tega pa je odvisen potreben obseg pravnega varstva zoper njegove odločitve oziroma pomen njegovega pomanjkanja z vidika pravnega reda kot celote.

2. IZHODIŠČE: SODIŠČE OZIROMA TRIBUNAL, KI IZDAJA AKTE POSLOVANJA

Kadar gospodarski subjekt, ki je zainteresiran za postopek javnega naročanja, meni, da je bil ta izveden brez ustrezne uporabe pravil javnonaročniških direktiv (angl. *Public Procurement Directives*) oziroma zakonov, ki jih prenašajo v domač pravni red,⁷ mora imeti na voljo ustrezne mehanizme pravnega varstva.

⁴ Pojem »akt poslovanja« ni zakonsko normiran. Teorija upravnega prava v tem svojstvu razlikuje med akti poslovanja in akti oblasti. Za akt poslovanja gre, če ne gre za izvrševanje oblastnih funkcij (*ex iure imperii*), ampak za urejanje drugih (civilnopravnih) razmerij sicer upravnega organa (*ex iure gestionis*). Glej J. Tekavc, nav. delo, str. 7. Glej tudi R. Pirnat in drugi, nav. delo, str. 28; in E. Kerševan, nav. delo (2002), str. 111.

⁵ Tako J. Tekavc, nav. delo, str. 8; R. Pirnat (2016), str. 1171 in 1173. Glej tudi D. Možina, nav. delo, str. 14. Drugače A. Mužina, nav. delo (2006), str. 1480.

⁶ Glej opombo št. 3.

⁷ Splošna javna naročila ureja Direktiva 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (Uradni list L 94, 28. marec 2014), infrastrukturna javna naročila ureja Direktiva 2014/25/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju naročnikov, ki opravljajo dejavnosti v vodnem, energetskem in prometnem sektorju ter sektorju poštnih storitev ter o razveljavitvi Direktive 2004/17/ES (Uradni list L 94, 28. marec 2014). Obe direktivi sta v slovenski pravni red preneseni z Zakonom o javnem naročanju (ZJN-3, Uradni list RS, št. 91/15, 14/18, 121/21, 10/22, 74/22 – odl. US in 100/22 – ZNUZSZS).

Pravovarstvene direktive⁸ zahtevajo delovanje sodnih organov oziroma organov, ki zagotavljajo enakovredno varstvo. Kadar organi, pristojni za revizijske postopke, po svoji naravi niso sodni, je treba določiti postopke, s katerimi je domnevno nezakonit ukrep, ki ga sprejme revizijski organ, ali domnevna napaka pri izvrševanju podeljenih pooblastil, lahko predmet sodnega postopka ali revizije s strani organa, ki je sodišče oziroma tribunal v smislu 267. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU), ki mora biti neodvisen tako od naročnika kot tudi od revizijskega organa.⁹

Slovenija se je odločila za slednjo možnost, saj svoj sistem pravnega varstva v postopkih javnega naročanja gradi okrog DKOM, državnega organa *sui generis*.¹⁰ Zakon DKOM opredeljuje kot »poseben, neodvisen in samostojen državni organ«.¹¹ O tem, ali je DKOM sodišče oziroma tribunal v smislu 267. člena PDEU, odločitve v zadevi *Medisanus*¹² dalje ni več nobenega dvoma.¹³ Tako naravi DKOM ni mogoče očitati neizpolnjevanja zahtev pravovarstvenih direktiv. Kar je pred tem (večinsko) trdila že teorija,¹⁴ je potrdilo Sodišče EU.

Dejstvo, da je v skladu z zavezujočo odločitvijo Sodišča EU odločitev DKOM primerljiva sodni odločitvi, DKOM pa tribunal oziroma sodišče države čla-

⁸ Direktiva Sveta št. 89/665/EGS z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje (Uradni list L 395, 30. december 1989), Direktiva Sveta št. 92/13/EGS z dne 25. februarja 1992 o uskladitvi zakonov in drugih predpisov o uporabi pravil Skupnosti za oddajo javnih naročil podjetij na vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem področju (Uradni list L 76, 23. marec 1992), Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta št. 2007/66/ES z dne 11. decembra 2007 o spremembi direktiv Sveta 89/665/EGS in 92/13/EGS glede vprašanja izboljšanja učinkovitosti revizijskih postopkov oddaje javnih naročil (Uradni list L 335, 20. december 2007).

⁹ Tako 9. točka 2. člena Direktive 89/665/EGS in 9. točka 2. člena Direktive 92/13/EGS, kot sta spremenjeni z Direktivo 2007/66/ES. Več o tem glej B. Smrdel, nav. delo, str. 13 in nasl.

¹⁰ R. Pirnat, nav. delo (2016), str. 1172; in A. Mužina, nav. delo (2002), glej naslov.

¹¹ Prvi odstavek 60. člen ZPVPJN.

¹² Sodba Sodišča EU v zadevi C-296/15 *Medisanus v Splošna Bolnišnica Murska Sobota* z dne 8. junija 2017.

¹³ Sodišče EU je zaključilo, da DKOM izpolnjuje merila za to, da jo je mogoče šteti za »sodišče države članice« v smislu 267. člena Pogodbe o delovanju EU (glej sodbo Sodišča EU v zadevi C-296/15 *Medisanus v Splošna Bolnišnica Murska Sobota* z dne 8. junija 2017, točka 38).

¹⁴ Teorija je že pred odločitvijo Sodišča EU v zadevi *Medisanus* za naš revizijski organ zaključila, da DKOM verjetno izpolnjuje kriterije za sodišče oziroma tribunal v smislu 267. člena Pogodbe o delovanju EU. Glej na primer B. Smrdel, nav. delo, str. 14–15. Na nekaterih mestih so bili poudarjeni pomisleki glede izpolnjevanja vseh pogojev. Podrobneje o tem glej R. Pirnat, nav. delo (2008), str. 1049–1050 in 1053–1054. Glej tudi R. Pirnat, nav. delo (2016), str. 1174 in 1175.

nice, je – čeprav gre za avtonomen pojem prava EU¹⁵ – le težka združljivo s stališčem nacionalnih sodišč,¹⁶ da je odločitev tega »sodnega organa« zgolj akt poslovanja po nacionalnem pravnem redu (katerega del je imanentno pravo EU).¹⁷ Čeprav Sodišče EU status sodišča oziroma tribunala prizna organom, za katere je razvidno, da ne spadajo v sodno vejo oblasti po nacionalnem pravu držav članic, ampak organu zgolj prizna kvaliteto za postavitev predhodnega vprašanja, že sama merila za status tribunala vsebujejo elemente, ki nakazujejo na oblastno naravo DKOM in njenih odločitev. Če je DKOM tribunal oziroma sodišče v smislu prava EU, to pomeni, da so (vsaj nekatere) njene odločitve obvezne, primerljive zavezujočim sodnim odločbam.¹⁸ DKOM namreč odloča s sklepi,¹⁹ nespoštovanje njenih odločitev pa je v ZPVPJN opredeljeno kot prekršek in kot tako tudi sankcionirano (zakon izrecno govori o neupoštevanju ali neizvrstitvi odločitve DKOM oziroma če naročnik ravna v nasprotju z odločitvijo DKOM).²⁰ Sodišče EU je tako ugotovilo: DKOM je določena z zakonom, na podlagi katerega je njena sodna pristojnost obvezna, njene odločitve pa postanejo pravnomočne.²¹ Kljub temu pa je slovenska sodna praksa²² pred odločitvijo v zadevi *Medisanus* in po njej odločitvam DKOM odrekala naravo dokončnega posamičnega akta. Vendar, če je odločitev DKOM akt poslovanja, ne pomeni oblastnega ravnanja (*ex iure imperii*) DKOM kot nadzornika, sodnika, ampak zgolj nekakšno interno revizijo zakonitosti znotraj javnega sek-

¹⁵ Sodba Sodišča EU v zadevi C-296/15 *Medisanus d.o.o. v Splošna Bolnišnica Murska Sobota* z dne 8. junija 2017, točka 23. Glej tudi sodbi Sodišča EU v zadevah C196/09 *Miles in drugi* z dne 14. junija 2011, točka 37, in C394/11 *Hariev Belov* z dne 31. januarja 2013, točka 38 in nav. sodna praksa.

¹⁶ Ustavno sodišče RS je v zadevah U-I-169/00 z dne 14. novembra 2002, U-I-368/02 z dne 21. oktobra 2004, Up-668/06, U-I-90/07 z dne 22. marca 2007 in U-I-116/07 z dne 25. maja 2007 zavzelo stališče, da odločitev DKOM nima lastnosti posamičnega akta, s katerim bi se odločalo o pravicah, obveznostih ali pravnih koristih ponudnikov. Temu sledi praksa preostalih sodišč. Glej na primer sodbo Upravnega sodišča RS 1848/2003 z dne 12. oktobra 2003, sklepa Vrhovnega sodišča RS I Up 655/2001 z dne 14. julija 2004 in I Up 4/2014 z dne 20. januarja 2016 ter sklep Upravnega sodišča RS II U 412/2015 z dne 16. marca 2017. Glede uporabljivosti »stare« sodne prakse glej sodbo Upravnega sodišča RS I U 991/2016-15 z dne 5. decembra 2017.

¹⁷ Tako A. Možina, nav. delo, str. 14.

¹⁸ C. Barnard in S. Peers, nav. delo, str. 317–318.

¹⁹ Prvi odstavek 28. člena Poslovnika Državne revizijske komisije za revizijo postopkov oddaje javnih naročil, Uradni list RS, št. 55/12, 99/13, 99/13 in 78/18.

²⁰ Glej 10. točko prvega odstavka 78. člena ZPVPJN.

²¹ Sodba Sodišča EU v zadevi C-296/15 *Medisanus v. Splošna Bolnišnica Murska Sobota* z dne 8. junija 2017, točki 35 in 36.

²² Glej na primer sklep Upravnega sodišča RS I U 991/2016-15 z dne 5. decembra 2017 in nav. sodno prakso.

torja.²³ Vsaj na prvi pogled se zdi, da uvedba upravnega spora bistveno posega v to shemo.

3. SODNO VARSTVO ZOPER ODLOČITVE DRŽAVNE REVIZIJSKE KOMISIJE

3.1. Sodno varstvo pred novelo ZPVPJN-C: izpodbojnost pogodbe in povrnitev škode

ZPVPJN do novele C ni izrecno predvideval možnosti upravnega spora zoper odločitve DKOM. Tako je sodna praksa sklenila,²⁴ da zakonitosti aktov DKOM, izdanih v postopku revizije, ni mogoče izpodbijati neposredno v upravnem sporu, temveč le posredno v pravnem postopku v skladu z določbami od 42. do 49. člena ZPVPJN.²⁵

Izpodbojnost pogodbe, sklenjene na podlagi javnega naročanja, je poseben institut v pravu javnih naročil, ki se razlikuje od izpodbojnosti obligacijskega prava.²⁶ Razlogi za izpodbojnost pogodbe so taksativno naštet v 44. členu ZPVPJN in pomenijo posebej hude kršitve pravil javnega naročanja.²⁷ Odškodninska odgovornost za škodo je v ZPVPJN urejena v enem samem členu.²⁸ Gre za 49. člen, ki je razmeroma nejasen, s čimer pušča odprta številna vprašanja.²⁹

Pomembno je, da sodišče v nobenem od omenjenih primerov ne odloča o pravilnosti in zakonitosti odločitev DKOM, ki jih s temi sredstvi ni mogoče razveljaviti ali spremeniti.³⁰ Sodni postopek ne pomeni nadaljevanja postopka pred DKOM, saj gre za poseben postopek, v katerem se odloča o dveh ločenih vprašanjih: o izpodbojnosti pogodbe in o povrnitvi škode.

²³ R. Pirnat, nav. delo (2016), str. 1173.

²⁴ Glej na primer sklep Vrhovnega sodišča RS I Up 442/2011 z dne 28. septembra 2011, sklep Upravnega sodišča RS II U 402/2013 z dne 9. oktobra 2013 in sklep Upravnega sodišča RS II U 412/2015 z dne 16. marca 2017.

²⁵ Tako sklep Upravnega sodišča RS II U 412/2015 z dne 16. marca 2017, točka 20.

²⁶ D. Možina, nav. delo, str. 11.

²⁷ Prav tam, str. 12.

²⁸ Glede drugih pravnih podlag za škodo zaradi kršitve pravil o javnem naročanju glej prav tam, str. 14.

²⁹ Glej prav tam, str. 15–17.

³⁰ B. Leskovec in G. Kovačič, nav. delo, str. 8.

3.2. Ustaljena sodna praksa pred ZPVPJN-C: upravni spor?

Vprašanje, ali je mogoče zoper odločitev DKOM sprožiti upravni spor, izvira iz dejstva, da je 70. člen Zakona o javnem naročanju (ZJN)³¹ do uveljavitve Zakona o reviziji postopkov javnega naročanja (ZRPJN)³² določal subsidiarno uporabo pravil upravnega postopka in ne pravnega postopka pred tedanjo Revizijsko komisijo. Na tej podlagi je Upravno sodišče priznalo pravico do sodnega varstva v upravnem sporu, vendar je Vrhovno sodišče sodbo razveljavilo in tožbo zavrglo.^{33, 34}

Sodišča so tako od tedaj dalje izhajala iz predpostavke, da naročniki – ko kupujejo blago in storitve na trgu – ne nastopajo kot nosilci oblasti ali v izvrševanju javnih pooblastil, temveč vstopajo v civilnopravna razmerja z drugimi subjekti. Zato akt, izdan v postopku oddaje javnega naročila, ni upravni akt, temveč akt poslovanja naročnika, ko je ta nastopal kot gospodarski subjekt v eni od faz pri sklepanju obligacijskopravnih razmerij. Problem je nadaljnje sklepanje. Sodna praksa namreč trdi, da

»[t]ako opredeljeni akt poslovanja ne pridobi lastnosti upravnega akta niti tedaj, kadar o zakonitosti postopka javnega naročila odloča revizijska komisija.«³⁵

Ne glede na to, da ZPVPJN ureja poseben postopek za oceno ravnanja naročnika pri oddaji javnega naročila, to je postopek revizije, se v tem kontrolnem postopku ne odloča o pravici, obveznosti ali pravni koristi organa, katerega akt je predmet revizije, ampak poseben organ – DKOM kot neodvisno strokovno telo – pri odločanju o zahtevi za revizijo preverja, ali je naročnik upošteval določbe zakona.³⁶ Končna odločitev DKOM torej ni upravni akt, ampak nekašen »kontrolni akt poslovanja«.³⁷

³¹ Zakon o javnem naročanju (ZJN, Uradni list RS, št. 24/97 in 78/99).

³² Zakon o reviziji postopkov javnega naročanja (ZRPJN, Uradni list RS, št. 94/07).

³³ Glej obrazložitev sklepa Vrhovnega sodišča RS I Up 339/99 z dne 14. oktobra 1999.

³⁴ Cel odstavek povzet po R. Pirnat, nav. delo (2008), str. 1050.

³⁵ Sklep Vrhovnega sodišča RS I Up 339/99 z dne 14. oktobra 1999. Glej tudi sodbo Upravnega sodišča RS U 1848/2003 z dne 12. oktobra 2003 in sklep Vrhovnega sodišča RS I Up 655/2001 z dne 14. julija 2004 itd.

³⁶ Glej na primer sklep Vrhovnega sodišča RS I Up 339/99 z dne 14. oktobra 1999 in I Up 655/2001 z dne 14. julija 2004.

³⁷ Glej R. Pirnat, nav. delo (2016) in sklep Vrhovnega sodišča RS I Up 339/99 z dne 14. oktobra 1999.

Poleg rednih sodišč se je z različno oblikovanim vprašanjem pravne narave odločitev DKOM ukvarjalo tudi Ustavno sodišče.³⁸ Najpomembnejša odločba je bila izdana v zadevi U-I-169/00,³⁹ v kateri je Ustavno sodišče opravilo presojo takrat veljavnega 23. člena ZRPJN. Presodilo je, da ureditev, po kateri zoper odločitve DKOM ni niti rednega niti izrednega pravnega sredstva, zagotovljeno pa je sodno varstvo v civilnem pravem postopku (sicer omejeno le na povračilo škode), ne pomeni neustavnega posega v pravico do (polnega) sodnega varstva ponudnikov. Ustavno sodišče je poudarilo hitrost postopka oddaje javnega naročila, izplačilo proračunskih sredstev, vezanih na določeno obdobje ter nezmožnost, da bi se dobavljeno blago ali opravljena storitev izvedla šele po zaključku sodnega postopka. Ureditev, po kateri bi bilo ponudnikom omogočeno polno sodno varstvo, naj bi izničila pomen in učinkovitost tega postopka.^{40, 41}

Seveda obsežno časovno okno od teh odločitev daje obilo časa za spremembe še pred novelo ZPVPJN-C. Vendar kot je navedlo Upravno sodišče:

»ZPVPJN [...] ni prinesel nobene spremembe, zaradi katere ne bi bili (več) upoštevni argumenti Ustavnega in Vrhovnega sodišča RS o tem, da odločitve Državne revizijske komisije niso upravni akt, zoper katerega bi bila tožba v upravnem sporu dopustna.«⁴²

Zanimivo pa gre linija sodne prakse, ki se ukvarja s pravnim varstvom naročnikov in ne ponudnikov, v nasprotno smer.⁴³ Vrhovno sodišče je namreč obravnavalo tudi vprašanje sodnega varstva zoper odločitve DKOM, da ima neki subjekt pravni položaj naročnika po predpisih o javnem naročanju in je zato zavezan dela tudi oddajati po postopku o javnem naročanju. Zaključilo je, da se pri preizkusu pristojnosti za sodno varstvo v takih primerih ni mogoče opreti na prej navedena stališča Ustavnega sodišča.⁴⁴ Odločitev o statusu naročnika po stališču Vrhovnega sodišča pomeni oblastno odločanje o opre-

³⁸ Posebej glej odločbe Ustavnega sodišča RS U-I-169/00 z dne 14. novembra 2002, U-I-368/02-10 z dne 21. oktobra 2004 in Up-668/06-8, U-I-90/07 z dne 22. marca 2007, sklep Ustavnega sodišča RS U-I-116/07-4 z dne 25. maja 2007, odločbo Ustavnega sodišča RS U-I-238/07 z dne 2. aprila 2009 in sklep Ustavnega sodišča RS U-I-171/1317, Up-571/13-17 z dne 24. julija 2015.

³⁹ Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-169/00 z dne 14. novembra 2002.

⁴⁰ Prav tam, točki 13 in 14.

⁴¹ Za kritiko odločbe glej R. Pirnat, nav. delo 2016, str. 1173.

⁴² Sklepa Upravnega sodišča RS I U 991/2016-15 z dne 5. decembra 2017, točka 10, in I U 579/2020-8 z dne 20. avgusta 2020, točka 13.

⁴³ Glej sklepa Vrhovnega sodišča RS I Up 4/2014 z dne 20. januarja 2016 in I Up 299/2016 z dne 22. februarja 2017.

⁴⁴ Sklep Vrhovnega sodišča RS I Up 4/2014 z dne 20. januarja 2016, točka 11.

delitvi neke osebe kot naročnice po ZPVPJN.⁴⁵ Sklicevanje ponudnikov na to linijo sodne prakse je bilo neuspešno, saj so odločitve DKOM kar zadeva njih, akti poslovanja.⁴⁶

3.3. Stališče teorije

Večinsko stališče teorije je, da so odločitve DKOM akti oblasti. Preverjanja zakonitosti ravnanja, ki sicer vodi v pogodbo zasebnega prava, nikakor ne moremo šteti za »nekakšen podaljšan akt poslovanja«. ⁴⁷ Tako mnenje je bilo izraženo že dolgo pred novelo ZPVPJN-C, ki jo teoretiki verjetno vidijo kot (sicer nepopoln) korak v pravo smer.

Izhajajoč iz zakonske opredelitve Tekavc ugotavlja, da je sklep DKOM akt oblasti. Ker je DKOM ustanovljena prav z namenom odločanja, ima nedvomno oblastvena pooblastila. Ni torej nekakšen posvetovalni organ, ki bi naročnikom dajal neobvezujoče nasvete, kako naj ravnajo. Razmerje v trenutku, ko vanj vstopi DKOM kot pritožbeni organ, ki odloča o zakonitosti odločitve naročnika, v tem delu ni več civilnopravno, temveč upravnopravno. Le končna posledica te sicer upravne odločitve je civilna pogodba. Dejstvo, da ima neki organ le kasacijska pooblastila, ne pomeni, da v okviru teh pooblastil ne odloča oblastno. Ob tem je navedel, da se glede Ustavnega sodišča – ki ima pravico neustavne določbe zakona le razveljaviti, ne more pa določiti vsebine zakona – doslej še ni porodila ideja, da bi se ustavne odločbe štete za »akt poslovanja«. ⁴⁸

Pirnat meni, da je tako razumevanje revizije postopka oddaje javnega naročila v temeljnem nasprotju z namenom pravnega varstva v teh postopkih. Opozarja, da se to pravno varstvo ne izvaja po uradni dolžnosti zaradi javnega interesa, temveč na zahtevo vlagatelja revizijskega zahtevka, ki mora izkazati pravni interes. Ta oseba v postopku revizije varuje svoje pravice in pravne koristi in ne zasleduje javnega interesa (varovanje javnega interesa je v ZPVPJN urejeno posebej). Navajanje nezakonitosti ravnanj v postopku javnega naročanja je vlagatelju zahtevka le pravna podlaga za varovanje njegovih pravic. Ob tem ni bistveno, da ima DKOM le kasatorna pooblastila in da ne odloča o sklenitvi pogodbe z določenim ponudnikom, kot ugotavlja Ustavno sodišče. To ugotovitev Pirnat vidi kot argument za to, da je pravna narava naročnikovih odločitev povsem drugačna od pravne narave določitev DKOM – prve so akt poslo-

⁴⁵ Tako o sklepu Ustavnega sodišča RS I U 299/2016 sklep Upravnega sodišča RS I U 855/2021-17 z dne 1. septembra 2021, točka 24.

⁴⁶ Glej sklep Upravnega sodišča RS I U 991/2016-15 z dne 5. decembra 2017, točka 13. Glej tudi sklepa Upravnega sodišča RS I U 579/2020-8 z dne 20. avgusta 2020, točka 12, in IU 855/2021-17 z dne 1. septembra 2021, točke 22–24.

⁴⁷ Tako J. Tekavc, nav. delo, str. 8.

⁴⁸ Cel odstavek povzet po J. Tekavc, nav. delo, str. 8.

vanja, druge akt oblasti. Vlagatelj zahtevka z vložitvijo zahtevka v revizijskem postopku varuje pravico do enake in nediskriminatorne obravnave v postopku oddaje javnega naročila in o tej pravici odloči DKOM s svojim aktom.⁴⁹

Možina stališče, ki sklepom DKOM odreka lastnost posamičnega pravnega akta, problematizira z vidika prava EU. Poudarja ironijo trenutnega stališča, po katerem je isti organ hkrati »sodišče« v smislu prava EU, v smislu slovenskega prava pa organ, ki sploh ne izdaja odločb. Opozarja, da zoper njene odločitve, ki sicer izrazito vplivajo na položaj strank, ni pravnih sredstev, ampak so te izvzete iz sodnega varstva in s tem pravzaprav tudi iz ustavno določene hierarhije pravnih aktov.⁵⁰

S tako sodno prakso se sicer strinja Mužina, ki pa do dopustnosti tožbe v upravnem sporu pride z uporabo subsidiarnega sodnega varstva. Mužina tako predlaga tožbo v upravnem sporu, s katero bi prizadeti posameznik zahteval varstvo ustavnih pravic, ki naj bi mu bile kršene z aktom DKOM. Mužina meni, da se upravno sodišče v takih primerih verjetno ne bi moglo izreči za nepristojno.⁵¹

3.4. Novela ZPVPJN-C: uvedba (omejenega) upravnega spora zoper nekatere odločbe DKOM

Novela C je v ZPVPJN vnesla nov 39.a člen, ki se je začel uporabljati s 1. januarjem 2021 (prvi odstavek 21. člena ZPVPJN-C). Zoper odločitve, ki so bile vročene pred tem datumom, upravni spor ni dovoljen (drugi odstavek 21. člena ZPVPJN-C). Ob tem upravni spor kot pravno sredstvo zoper pravnomočno odločitev DKOM ne posega v siceršnje sodno varstvo po ZPVPJN, ki ostaja nespremenjeno.⁵²

Predlagatelj novele⁵³ ob uvedeni spremembi izrecno poudarja, da je bila ureitev že pred novelo skladna tako s pravom EU kot tudi s slovensko Ustavo.⁵⁴ Ob tem sicer priznava, da je Republika Slovenija edina država članica EU, ki doslej v postopkih javnega naročanja ni imela zagotovljenega polnega sodnega varstva. Dodaten cilj predlaganih sprememb je bil zlasti zagotoviti večjo prav-

⁴⁹ Cel odstavek povzet po R. Pirnat, nav. delo (2016), str. 1171.

⁵⁰ Cel odstavek povzet po D. Možina, nav. delo, str. 14.

⁵¹ A. Mužina, nav. delo (2006), str. 1480.

⁵² Predlog ZPVPJN-C, str. 24.

⁵³ Glej Predlog ZPVPJN-C, opomba št. 34.

⁵⁴ Prav tam, str. 2.

no varnost ter sodno vzpostavljanje pravnih standardov.⁵⁵ Predlagatelj novele meni,

»da bi bilo tako z vidika etike kot tudi pravnih standardov primerno zagotoviti polno pravno varstvo tudi v slovenskem sistemu pravnega varstva v postopkih javnega naročanja, saj bo to dolgoročno prispevalo k izboljšanju pravne kulture in zaupanju v sam sistem javnega naročanja«.⁵⁶

Zato je bilo z novelo ZPVPJN-C v slovenski pravni red uvedeno »polno sodno varstvo«,⁵⁷ in sicer v obliki upravnega spora.⁵⁸

Čeprav tega ZPVPJN izrecno ne določa, se glede vprašanj, ki jih zakon ne ureja, uporabljajo določbe Zakona o upravnem sporu (ZUS-1).^{59, 60} Določba 39.a člena ZPVPJN upravni spor po ZUS-1 tako krči, da lahko govorimo o omejenem upravnem sporu.

Upravni spor je dovoljen zgolj zoper odločitve DKOM, določene v 39. členu ZPVPJN (prvi odstavek 39.a člena ZPVPJN). Tožbo v upravnem sporu je tako dovoljeno vložiti zgolj zoper vsebinske odločitve DKOM: kadar DKOM zavrne zahtevek zaradi neutemeljenosti, zahtevku ugotovi ali kadar razveljavi postopek in ugotovi utemeljenosti zahtevka za revizijo.⁶¹ Zoper druge odločitve DKOM (na primer zavrnjenje zahtevka za revizijo iz procesnih razlogov, odločitve o pritožbah ipd.) upravni spor ni dovoljen. Ne glede na vrsto odločitve upravni spor ni dovoljen, če je predmet spora javno naročilo, ki se oddaja po postopku naročila male vrednosti, ali če je bil zahtevek za revizijo vložen zoper vsebino objave, povabilo k oddaji ponudb ali razpisno dokumentacijo (četrti odstavek 39.a člena ZPVPJN).

Največji odstop ureditve ZPVPJN od pravil ZUS-1 je viden v obsegu pooblastil sodišča. Tožnik sme na podlagi izrecne določbe drugega odstavka 39.a člena ZPVPJN s tožbo zahtevati le ugotovitev nezakonnosti odločitve DKOM (ugotovitvena tožba), ne more pa zahtevati njene odprave ali spremembe. Upravno sodišče tako nima pristojnosti za odločanje v sporu polne jurisdikcije in v sporu o zakonitosti dokončnih upravnih aktov. Primerjava z možnostmi ureditve

⁵⁵ Prav tam, str. 3.

⁵⁶ Prav tam, str. 5. Glej razdelek 2.3, točka f.

⁵⁷ Prav tam.

⁵⁸ Prav tam, str. 23. Glej obrazložitev k 11. členu (ta dodaja nov 39.a člen ZPVPJN).

⁵⁹ Zakon o upravnem sporu (ZUS-1, Uradni list RS, št. 105/06, 107/09 – odl. US, 62/10, 98/11 – odl. US, 109/12 in 10/17 – ZPP-E).

⁶⁰ Predlog ZPVPJN-C, str. 23. Glej obrazložitev k 11. členu.

⁶¹ Glej prvi odstavek 39.a člena v povezavi z 39. členom ZPVPJN.

upravnega spora po ZUS-1 pokaže, da novela ZPVPJN-C vnaša omejen upravni spor in ne polnega sodnega varstva.⁶²

V upravnem sporu z ugotovitvijo nezakonitosti upravnega akta po 64.a členu ZUS-1 sodišče presodi, ali je tožniku s tožbo uspelo dokazati, da je upravni akt temeljil na nezakonitosti, ki sta jo storila tožena stranka oziroma organ, ki je upravni akt izdal, ta pa lahko izvira iz: zmotno ugotovljenega dejanskega stanja, kršitve pravil postopka ali napačno uporabljenega materialnega predpisa. Pomen ugotovitve za tožnika je odvisen od pravno varovanega interesa, ki ga je tožnik zasledoval s takim zahtevkom. Teorija primeroma našteva avtoritativno razlago prava s strani sodišča ter pridobitev pravne podlage za nadaljnje uveljavljanje odškodninskega zahtevka. V skladu z ureditvijo po ZUS-1 lahko v primeru, če je tožnik postavil zahtevek za povrnitev škode, sodišče samo odloči o povrnitvi škode, ki mu je nastala zaradi nezakonitega upravnega akta, ali pa ga napoti na pravdo (drugi odstavek 64.a člena in 67. člen ZUS-1). Zadoščenje tožniku je že sama ugotovitvena sodba.⁶³

Vendar se je treba glede pomena ugotovitvene odločbe v primeru sporov, ki izvirajo iz javnega naročanja, opomniti, da gre za ponudnike, tj. gospodarske subjekte.⁶⁴ Opozorjeno je bilo,⁶⁵ da neizbranim ponudnikom verjetno ni mar za vzpostavljanje pravnih standardov. Pomislek, ali bodo gospodarski subjekti pripravljeni plačevati odvetnike in sodne takse zgolj zato, da bi prispevali k zagotavljanju večje pravne varnosti oziroma višjega standarda varovanja pravic in sodnega vzpostavljanja pravnih standardov, se zdi utemeljen. Enako velja za »zadoščenje«. Neizbranemu ponudniku, ki lahko doseže le izdajo ugotovitvene sodbe, ugotovitev kot taka bolj malo koristi.⁶⁶

Ob tem je ključno, da upravno sodišče v primeru, če tožnik v upravnem sporu zahteva tudi povrnitev škode, ne odloča v upravnem sporu, ampak tožnika napoti, naj uveljavlja svoj zahtevek v pravnem postopku (osmi odstavek 39.a člena ZPVPJN). Za uveljavljanje škode ali za izpodbijanje pogodbe mora tožnik vložiti ločeno tožbo v pravnem postopku. Otipljivo korist ugotovitvene

⁶² Ustavno sodišče RS je v zadevi U-I-169/00 z dne 14. novembra 2002 v točki 13 navedlo, da pravica do sodnega varstva iz 23. člena Ustave načeloma vsebuje splošno zahtevo, da mora biti zagotovljeno sodno varstvo polne jurisdikcije, kar pomeni, da mora imeti sodišče možnost, da izpodbijano odločitev nesodnega organa DKOM tudi razveljavi. Jasno je, da ZPVPJN tega ne omogoča.

⁶³ Cel odstavek povzet po E. Kerševan in V. Androjna, nav. delo, str. 594.

⁶⁴ »Ponudnik« pomeni gospodarski subjekt, ki je predložil ponudbo (7. točka prvega odstavka 2. člena ZJN-3).

⁶⁵ B. Leskovec in G. Kovačič, nav. delo, str. 9.

⁶⁶ Prav tam.

tožbe torej lahko zaznamo v povezavi z uveljavljanjem odškodnine v pravdi,⁶⁷ vendar zgolj posredno v zvezi z elementom protipravnosti kot predpostavke odškodninske odgovornosti.⁶⁸

Zakon v zasledovanju načela hitrosti ne dovoljuje začasnega zadržanja in začasne ureditve stanja (tretji odstavek 39.a člena ZPVPJN), kar je sicer dopustno v rednem upravnem sporu. Hkrati sprožitev upravnega spora nima suspenzivnega učinka (deveti odstavek 39.a člena ZPVPJN). Odločitev o oddaji javnega naročila postane pravnomočna z dnem odločitve DKOM, naročnik pa lahko sklene pogodbo o izvedbi javnega naročila z izbranim ponudnikom. Pravni položaj neizbranih ponudnikov se v takem sistemu pravnega varstva ne more bistveno izboljšati, razen v primeru uspešnega vtoževanja odškodnine, ki ne zajema zgolj stroškov priprave ponudbe.⁶⁹ V letu 2021 je bilo vloženih pet tožb v upravnem sporu, pri čemer je Upravno sodišče ugotovilo nezakonitost ene odločitve DKOM.⁷⁰ Zdi se, da delež vloženih tožb⁷¹ (za zdaj) potrjuje utemeljenost zgornjih pomislekov.

3.5. Sprememba paradigme?

ZPVPJN-C uvaja (omejeno) pravno varstvo, ki pritiče državnemu organu, kadar *ex iure imperii* odloča o pravicah in pravnih koristih. Zdi se, da perspektiva sodne prakse kljub temu ostaja nespremenjena.

Določba 39.a člena se je začela uporabljati še niti ne pred tremi leti, zaradi česar je sodna praksa zaenkrat skopa. Med objavljenimi zadevami pa lahko najdemo sodbo v zadevi I U 295/2022 z dne 12. junija 2023. V njej je Upravno sodišče navedlo, da se

»narava odločanja DKOM [...] zaradi spremembe ZPVPJN-C, s katero je bilo v 39. a členu določeno, da je zoper vsebinsko odločitev DKOM iz 39. člena ZPVPJN dovoljen upravni spor, ni spremenila, tako da njene odločitve niso postale upravni akti.«⁷²

⁶⁷ Glede obsega povrnitve škode zaradi kršitve pravil javnega naročanja glej E. Z. Marovt, nav. delo, str. 21; in D. Možina, nav. delo, str. 19 in nasl.

⁶⁸ Glej B. Leskovec in G. Kovačič, nav. delo, str. 9–10.

⁶⁹ Glej E. Z. Marovt, nav. delo, str. 21; in D. Možina, nav. delo, str. 19 in nasl.

⁷⁰ GOV.SI, Sprejeti proračun Republike Slovenije za leto 2023, Obrazložitev predloga proračuna Republike Slovenije za leto 2023, obrazložitev posebnega dela: 1314 – Državna revizijska komisija, str. 4.

⁷¹ Prav tam, str. 3–4. Primerjaj število vloženih tožb v upravnem sporu in število zadev, v katerih je bilo dovoljeno vložiti tožbo v upravnem sporu.

⁷² Sodba Upravnega sodišča RS I U 295/2022-40 z dne 12. junija 2023, točka 9. Prim. sklep Upravnega sodišča RS I U 855/2021-17 z dne 1. septembra 2021, točka 23.

Omeniti je treba tudi sklep Vrhovnega sodišča I Up 164/2020 z dne 14. aprila 2021. V njem je sodišče poudarilo predlog ZPVPJN-C in njegov poudarek, da je upravni spor predviden, čeprav »odločitev o oddaji naročila ne šteje za upravni akt kot tak«.⁷³

Če se v upravnem sporu izpodbija akt, ki ne izpolnjuje pogojev za upravni akt v celoti, ne gre za upravni akt, ki bi lahko bil predmet presoje v upravnem sporu, zato je treba tožbo zavreči kot nedovoljeno, razen če gre za akt, ki ga je po izrecni določbi zakona mogoče izpodbijati v upravnem sporu, čeprav nima narave upravnega akta.⁷⁴ Nakazuje se torej na stališče, da gre za primer, kadar o zakonitosti »drugih aktov« odloča sodišče v upravnem sporu, če tako določa zakon, v konkretnem primeru ZPVPJN.

Silogizem sodne prakse pravno naravo razmerja med naročnikom in ponudnikom prenese tudi na nadzorni postopek. V trenutku, ko se v to primarno civilnopravno razmerje med državo kot pogodbenim partnerjem in ponudnikom vmeša DKOM kot razsodnik in nadzornik, dvostransko razmerje poleg novega udeleženca pridobi tudi javnopravno naravo.⁷⁵ Odločitev o oddaji naročila ni isti akt kot odločitev naročnika o zahtevku za revizijo, še manj pa kot odločitev DKOM o zahtevku za revizijo.

4. DKOM KOT ČETRTRA VEJA OBLASTI

Glavni namen postopkov oddaje javnih naročil je gospodarna nabava blaga, storitev in gradenj, pri čemer so v igri proračunska sredstva.⁷⁶ Transparentnost in konkurenčnost postopka ter enaka in nediskriminatorna obravnava ponudnikov so zasledovani cilji. Čeprav DKOM ne more nadomestiti odločitve naročnika, presoja pravilnost in zakonitost njegovega postopanja.⁷⁷

Do novele ZPVPJN-C o gospodarsko izredno pomembnih sporih ni odločalo sodišče, temveč organ, ki je »postal s svojo izvzetostjo iz sistema nekakšna četrta veja oblasti«.⁷⁸ Zakonodajni okvir ni predvideval pravnih sredstev, ampak se je pravno varstvo zaključilo z odločitvijo DKOM. Vztrajanje sodne prakse, da DKOM ne izdaja posamičnih aktov, s katerim bi odločala o pravicah, ob-

⁷³ Sklep Vrhovnega sodišča RS I Up 164/2020 z dne 14. aprila 2021, opomba št. 1. Predlog ZPVPJN-C, str. 24. Glej obrazložitev k 11. členu.

⁷⁴ E. Kerševan, nav. delo (2019), str. 24.

⁷⁵ Glej tudi J. Tekavc, nav. delo, str. 8. Nasprotno sklep Upravnega sodišča RS I U 855/2021-17 z dne 1. septembra 2021, točka 20.

⁷⁶ Tako sodba Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 322/2020 z dne 3. marca 2021, točka 16.

⁷⁷ Glej na primer sklep DKOM št. 018-150/2017-6 z dne 29. avgusta 2017.

⁷⁸ J. Tekavc, nav. delo, str. 7.

veznostih ali pravnih koristih ponudnikov, je DKOM izvzemalo iz sodnega nadzora.⁷⁹ Njene odločitve, ki sicer močno vplivajo na položaj strank, so bile s tem pravzaprav izvzete tudi iz ustavno določene hierarhije pravnih aktov.⁸⁰ Od 1. januarja 2021 imajo ponudniki na voljo vsaj omejeno sodno varstvo, ki ugotavlja (ne)zakonitost njenih odločitev.

Vendar tudi po noveli ZPVPJN-C upravni spor ni dovoljen zoper vse vsebinske odločitve DKOM o zahtevku za revizijo. Poudariti je treba pomisleke, ki se porajajo v zvezi z navidezno nedolžno izključitvijo odločitev DKOM, kadar se javno naročilo, ki je predmet odločitve, oddaja po postopku naročila male vrednosti. Naročnik lahko namreč uporabi postopek naročila male vrednosti, če ocenjena vrednost naročila ne dosega evropskih mejnih vrednosti.⁸¹ Primeroma na splošnem področju za javna naročila gradenj ta prag pomeni znesek 5.382.000 evrov, za javna naročila blaga in storitev znesek 140.000 evrov (v primeru naročaja s strani državnih organov) oziroma 215.000 evrov (v primeru naročanja organov samoupravnih lokalnih skupnosti).⁸² Pri naročilu male vrednosti predmetna vrednost niti ni tako nizka. Nadalje se vrednost naročila kot izhodišče, kdaj je upravni spor mogoč in kdaj ne, kaže kot izjemno sporen kriterij. Prvič, vrednost javnega naročila ne pove ničesar o pomembnosti vprašanj, ki se lahko odpirajo v zvezi z odločitvijo DKOM. In drugič, posledično zoper večino odločb DKOM sodnega varstva ni. V letu 2022 je bil namreč pri več kot polovici (54,71 odstotka) oddanih naročil uporabljen postopek naročila male vrednosti.⁸³ Za leti 2021 in 2020 velja enako.⁸⁴ To pomeni, da v praksi Upravno sodišče v več kot polovici primerov ne more opravljati svoje funkcije. Če bi torej želeli doseči učinek pravnega varstva zoper odločitve DKOM, ki bi dejansko lahko »prispeval k postavitvi sodne prakse in s tem bistveno večje pravne varnosti«, ⁸⁵ odločitve v postopkih oddaje javnih naročil male vrednosti verjetno ne bi smele biti vnaprej izključene.

Uvedba (sicer omejenega) upravnega spora priča o prepoznani potrebi po širšem sodnem nadzoru. Vendar pregled pristojnosti upravnega sodišča v po-

⁷⁹ V tem smislu glej B. Leskovec in G. Kovačič, nav. delo, str. 8; in J. Tekavc, nav. delo, str. 7.

⁸⁰ D. Možina, nav. delo, str. 14.

⁸¹ Glej 47. in 21. člen ZJN-3.

⁸² Glej 1. člen Delegirane uredbe Komisije (EU) 2021/1952 z dne 10. novembra 2021 o spremembi Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta glede mejnih vrednosti za javna naročila blaga, storitev in gradenj ter projektne natečaje, Uradni list L 398, 11. november 2021.

⁸³ Ministrstvo za javno upravo, nav. delo (2023), str. 4.

⁸⁴ V letu 2021 so naročniki izvedli postopek oddaje naročila male vrednosti v 51,03 odstotka, v letu 2020 pa v 53,61 odstotka primerov. Glej Ministrstvo za javno upravo, nav. delo (2022), str. 4; in Ministrstvo za javno upravo, nav. delo (2021), str. 4.

⁸⁵ Predlog ZPVPJN-C, str. 24.

stopku upravnega spora po ZPVPJN pokaže, da DKOM ostaja še vedno precej sodno nenadzorovana.⁸⁶

5. UČINKOVITO SODNO VARSTVO

DKOM sama je predvidene spremembe ZPVPJN-C označila za korak v pravo smer.⁸⁷ Predlagala je vzpostavitev sodne stopnje pravnega varstva in navedeno ocenila kot naslednjo stopnjo razvoja sistema pravnega varstva v postopkih javnega naročanja.⁸⁸

Vendar je po mnenju DKOM ureditev, v skladu s katero o tožbi zoper odločitev DKOM odloča upravno sodišče, najmanj primerna.⁸⁹ Pirnat nasprotno meni, da je zaradi narave odločitve DKOM pristojnost upravnega sodišča najprimernejša rešitev, saj je ta spor namenjen prav varstvu pravic in pravnih koristi z izpodbijanjem zakonitosti takih aktov.⁹⁰ Končna zakonodajna rešitev uvaja pravno varstvo v upravnem sporu ob odrekanju pravne narave upravnega akta.⁹¹ Ne glede na stališča o pravilnosti take rešitve končna rešitev učinkovitega sodnega varstva ne zagotavlja v zadostni meri.

Ena od možnih rešitev, ki bi pripomogla k učinkovitosti sodnega varstva, bi bila razširitev izbrane možnosti pravnega varstva v okviru upravnega spora. Glede na dejstvo, da je to smer zastavila novela ZPVPJN-C, se zdi to najbolj smiselna rešitev. Druge možnosti namreč zahtevajo celostno spremembo zdaj zastavljenega pravnega okvirja.^{92, 93}

⁸⁶ Prim. B. Leskovec in G. Kovačič, nav. delo, str. 8. Avtorja navajata, da bistvenih sprememb ne gre pričakovati in da »bo nad DKOM še vedno le nebo«.

⁸⁷ S. Červek, nav. delo, str. 11.

⁸⁸ Prav tam, str. 14.

⁸⁹ S. Červek, nav. delo, str. 14. Več o tem glej prav tam, str. 14–15.

⁹⁰ R. Pirnat, nav. delo (2016), str. 1176.

⁹¹ Predlog ZPVPJN-C, str. 24. Glej obrazložitev k 11. členu.

⁹² Po mnenju DKOM je najprimernejša rešitev, po kateri bi o pritožbah zoper odločitve DKOM odločalo na primer Vrhovno sodišče v okviru specializiranega senata za javna naročila (morebiti tudi specializirani senat katerega od Višjih sodišč). Glej S. Červek, nav. delo, str. 15.

⁹³ Basta Trtnik je na primer pred novelo ZPVPJN-C predlagala uvedbo specializiranega oddelka na Vrhovno sodišče, ki bi morale imeti možnost razveljaviti odločitve DKOM, pri čemer bi morala obstajati možnost začasne odredbe brez suspenzivnosti vložitve tožbe. Glej intervju M. Basta Trtnik: RTV.SI, Odmevi.

6. PRIMERJALNOPRAVNI EKSKURZ

Kot je bilo predstavljeno uvodoma, zakonodaja EU dopušča, da države članice pravno varstvo v postopkih javnega naročanja uredijo samostojno, seveda znotraj okvirov direktiv. Zato se ureditve sistema pravnega varstva v posameznih državah zelo razlikujejo. Vendar pa lahko obstoječe ureditve uvrstimo v enega od dveh »modelov«. Prva možnost je sodno varstvo pred sodišči splošne pristojnosti. Druga možnost je poseben specializiran organ. Šestnajst držav članic⁹⁴ je ustanovilo specializirane organe za revizijo javnega naročanja na prvi stopnji (upravne oziroma sodne).⁹⁵

Pirnat je v svojem prispevku iz leta 2016 opozoril, da je Slovenija poleg Malte edina država članica, ki ne omogoča pravnega sredstva, ki se vloži na sodišče (torej sodnega varstva), zoper odločitve neodvisnega revizijskega organa, sprejete pred sklenitvijo pogodbe.⁹⁶ Istega leta je Malta spreminjala zakonodajo.⁹⁷ Prav tako je leta 2016 Evropska komisija Sloveniji v končnem poročilu glede zmogljivosti, sistemov in praks po vsej EU za zagotovitev skladnosti in kakovosti javnih naročil priporočila, naj poenostavi pravni okvir ter dopusti pritožbe zoper odločitve DKOM.⁹⁸

Primerjalnopravno diskrepanco je ugotovil tudi predlagatelj novele. Navedel je, da je

»Slovenija edina država članica EU, ki v postopkih javnega naročanja nima zagotavljenega polnega (četudi omejenega) sodnega varstva, temveč se pravno varstvo konča z odločitvijo DKOM, torej specializiranega organa s statusom tribunala«.⁹⁹

V nadaljevanju so predstavljene ureditve nekaterih držav članic. Najprej je predstavljena avstrijska ureditev kot primer izključno sodnega nadzora. Od držav članic, v katerih je sodno varstvo v postopkih javnega naročanja zaupano specializiranemu organu, je za primerjavo izbranih šest držav, nekatere zaradi geografske bližine, druge kot referenčni primer. Podatki o izbranih dr-

⁹⁴ Bolgarija, Hrvaška, Ciper, Češka Republika, Danska, Estonija, Nemčija, Grčija, Madžarska, Latvija, Malta, Poljska, Romunija, Slovaška, Slovenija in Španija. Glej European Commission, nav. delo (2019a) in nav. delo (2019b).

⁹⁵ European Commission, Remedies Directives.

⁹⁶ R. Pirnat, nav. delo (2016), str. 1167 in 1169.

⁹⁷ Legal Notice 351 of 2016, Public Procurement of Entities operating in the Water, Energy, Transport and Postal Services Sectors Regulations, 2016, Government Gazette of Malta No. 19,669, 28. oktober 2016; Legal Notice 352 of 2016, Public Procurement Regulations, 2016, Government Gazette of Malta No. 19,669, 28. oktober 2016.

⁹⁸ European Commission, nav. delo (2016), str. 122.

⁹⁹ Predlog ZPVPJN-C, str. 3.

žavah so povzeti po študiji posameznih držav članic EU¹⁰⁰ in kratkem pregledu njihovih sistemov,¹⁰¹ ki ju je Evropska komisija objavila leta 2019. Dopustiti sicer velja, da se je ureditev spremenila, vendar ni verjetno, da se je spreminjala v smeri opuščanja sodnega varstva.¹⁰²

6.1. Avstrija

V Avstriji se pravno varstvo v postopkih javnega naročanja izvaja prek sodne veje oblasti. Prvostopenjski revizijski organ na zvezni ravni je Zvezno upravno sodišče. Prvostopenjski revizijski organ na ravni dežel je eno od devetih deželnih upravnih sodišč. Drugo stopnjo zagotavlja Vrhovno upravno sodišče. Pritožbo zoper odločbe Zveznega upravnega sodišča in zoper odločbe deželnih upravnih sodišč lahko vložijo fizične in pravne osebe na Vrhovno upravno sodišče, če gre za pravna vprašanja temeljnega pomena. Šteje se, da je pravno vprašanje temeljnega pomena, če izpodbijana odločba odstopa od relevantnih preteklih odločb prvostopenjskih sodišč, ali če sodne prakse o zadevnem vprašanju še ni oziroma če ta ni konsistentna. Če Vrhovno upravno sodišče odloči v prid pritožniku, se odločba razveljavi in se jo vrne upravnemu sodišču. Ob izdaji nove odločitve je to sodišče dolžno uporabiti razlago Vrhovnega upravnega sodišča. Tudi Ustavno sodišče lahko deluje kot drugostopenjski nadzorni organ, vendar le, če Zvezno upravno sodišče ali eno od deželnih upravnih sodišč nanj naslovi ključno pravno vprašanje, zavzame novo stališče v sodni praksi ali če gre za ustavno vprašanje, ki dopušča izredno revizijo. Nadaljnje pritožbe (revizije na tretji stopnji) niso dovoljene.¹⁰³

Zaradi narave revizijskega postopka, ki je zaupan obstoječim sodiščem, avstrijskega sistema ni smiselno primerjati s slovenskim. Kljub temu je treba poudariti, da je z vidika hitrosti revizijskim organom na zvezni ravni na voljo šest tednov za sprejetje revizijske odločitve, na ravni dežel pa od šest tednov do dva meseca.¹⁰⁴

6.2. Češka republika

Pravno varstvo v postopkih javnega naročanja je na Češkem organizirano prek dvoinstančnega specializiranega revizijskega organa.¹⁰⁵ Prvo pravno sredstvo zoper dejanja naročnika je »ugovor« (pritožba), vložen pred naročnikom samim. Ugovor lahko vloži vsak ponudnik, katerega pravice so ogrožene ali oško-

¹⁰⁰ European Commission, nav. delo (2019b).

¹⁰¹ European Commission, nav. delo (2019a).

¹⁰² Tako R. Pirnat, nav. delo (2016), str. 1169.

¹⁰³ Povzeto po European Commission, nav. delo (2019b), Austria, str. 2–6.

¹⁰⁴ Prav tam, str. 5 in 6.

¹⁰⁵ European Commission, nav. delo (2019a), Czech Republic, str. 3–4.

dovane zaradi ravnanja naročnika v zvezi z javnim naročilom. Če naročnik ugovoru ne ugotovi, je naslednji korak vložitev pritožbe oziroma zahtevka za revizijo pri Uradu za varstvo konkurence (oddelek za javna naročila) prve stopnje, ki jo vodi podpredsednik. Če ponudnik pred tem ni vložil ugovora, to pomeni, da pritožnik ni upravičen vložiti zahteve za revizijo pri Uradu za varstvo konkurence. Če se pritožnik ne strinja z odločitvijo prvostopenjskega revizijskega organa, lahko vloži pritožbo na drugostopenjski revizijski organ, tj. Urad za varstvo konkurence (Oddelek za odločanje druge stopnje). Pravno varstvo na tretji stopnji zagotavlja Regionalno sodišče v Brnu. Zoper odločitev slednjega je možna pritožba na Vrhovno upravno sodišče. Odločitev Vrhovnega upravnega sodišča je dokončna. Če pritožnik meni, da so mu bile kršene ustavne pravice, se lahko obrne na Ustavno sodišče. Do tega pride izjemno redko.¹⁰⁶

Glede na predstavljeno ureditev lahko ugotovimo, da Češka tako kot Slovenija pravno varstvo začne pred naročnikom samim. Revizija v okviru Urada za varstvo konkurence je predvidena na dveh stopnjah, preden je odločitev administrativnega organa podvržena sodnemu nadzoru.

6.3. Danska

Prvostopenjski revizijski organ Danske je Komisija za pritožbe za javna naročila, »kvazi-sodni« organ. Komisija je sestavljena iz predsedstva in 20 ekspertnih članov. Predsedstvo sestavlja šest sodnikov višjega sodišča in štirje okrožni sodniki. Strokovni člani so namesto tega strokovnjaki za javna naročila ter posebna področja javnih naročil, kot so gradbeništvo, promet in komunalne storitve. Poleg tega ima komisija še sekretariat, ki ga sestavljajo trije pravniki, ki jih koordinira predsednik komisije. Sekretariat pomaga pri preverjanju, ali pritožniki izpolnjujejo formalne zahteve za njeno vložitev, pri pripravi primerov ter pri zagotavljanju informacij zainteresiranim strankam.

Komisija za pritožbe izdaja pravno zavezujoče odločitve in lahko celo dodeli odškodnino za škodo, ki so jo utrpeli gospodarski subjekti. Zoper odločitev komisije je mogoča pritožba pred nacionalnimi sodišči. Komisija je končni pritožbeni organ zaradi kršitve naročila za nadzor ponudb s strani lokalnih in regionalnih oblasti. Druga stopnja v dovoljenjih primerih je pritožba na okrožna sodišča.¹⁰⁷ Danski komisiji je priznan status sodišča oziroma tribunala v skladu z 267. členom PDEU.¹⁰⁸

Danska komisija je lahko zgled z vidika strokovnosti njene sestave.

¹⁰⁶ Povzeto po European Commission, nav. delo (2019b), Czech Republic, str. 38–40.

¹⁰⁷ Povzeto po: European Commission, nav. delo (2019b), Denmark, str. 46–48.

¹⁰⁸ European Commission, nav. delo (2019a), Denmark, str. 4–5.

6.4. Hrvaška

Na Hrvaškem pravno varstvo v postopkih javnega naročanja na prvi stopnji zagotavlja *Državna komisija za kontrolo postupaka javne nabave* kot specializiran »kvazi-sodni« državni organ. Čeprav ne gre za sodni organ, je hrvaška komisija državni organ *sui generis* z močnimi značilnostmi sodišča, kar pomeni, da se pravna praksa v zvezi z javnimi naročili precej oblikuje v okviru njenih odločitev. Državna komisija je zlasti pristojna za reševanje pravnih sporov v zvezi s postopki javnega naročanja, pa tudi za koncesije in javno-zasebna partnerstva. Spor pred državno komisijo se začne z vložitvijo pritožbe. Komisija presoja zadevo v mejah očitkov, po uradni dolžnosti pa obravnava procesne zahteve in vsebinske kršitve, navedene v Zakonu o javnem naročanju.

Pred podpisom pogodbe lahko vsak gospodarski subjekt, ki ima ali je imel pravni interes pridobiti določeno javno naročilo in ki je ali bi lahko utrpel škodo v zvezi z domnevno kršitvijo njegovih subjektivnih pravic, vloži pritožbo. Pravica do vložitve pritožbe pripada tudi centralnemu organu državne uprave, pristojnemu za javna naročila, kot tudi pristojnemu državnemu odvetništvu. Po sklenitvi pogodbe lahko revizijo zahtevajo zgolj ponudniki. Naročnikom ni dovoljeno opraviti začetne revizije. Odločitve državne komisije se lahko izpodbijajo v upravnem sporu pred Visokim upravnim sodiščem Republike Hrvaške. Visoko upravno sodišče torej služi kot drugostopenjski revizijski organ. Če upravno sodišče razveljavi odločbo državne komisije, s sodbo razsodi tudi o postopku oddaje javnega naročila. Tretja instanca sicer ni predvidena, vendar obstaja možnost, da se zahteva izredno pravno sredstvo pred Vrhovnim sodiščem Republike Hrvaške zoper odločbo upravnega sodišča, ki preveri zakonitost pravnomočne sodbe.¹⁰⁹

Hrvaška državna komisija je že na prvi pogled podobna DKOM. V obeh primerih gre za specializiran »kvazi-sodni« organ. Do razhajanja pride pri pravnem varstvu zoper njene odločitve.

6.6. Madžarska

Prvostopenjski revizijski organ Madžarske je Arbitražni odbor za javna naročila. Gre za specializiran organ, ki je neodvisen od izvršilne veje oblasti in v podrejenem položaju v razmerju do parlamenta.¹¹⁰

Zahtevo za pravno varstvo lahko predložijo naročnik, ponudniki ali katerakoli zainteresirana stranka, katere pravice ali zakoniti interesi so oškodovani ali za katere obstaja nevarnost, da bi bili oškodovani zaradi ravnanja v nasprotju s

¹⁰⁹ Povzeto po: European Commission, nav. delo (2019b), Croatia, str. 23–25.

¹¹⁰ European Commission, nav. delo (2019a), Hungary, str. 8.

pravili javnega naročanja. Postopke lahko po uradni dolžnosti sprožijo številni organi. Arbitražni odbor za javna naročila mora o zadevi odločiti v zakonsko določenih rokih (15, 25 oziroma 60 dni, ti roki se lahko v utemeljenih primerih enkrat podaljšajo za največ deset dni). Zoper odločitev odbora je mogoča pritožba na Regionalno sodišče v Budimpešti. Če slednje spremeni odločitev odbora, je mogoča pritožba na Vrhovno sodišče.¹¹¹

Zanimivost madžarske ureditve je podreditev specializiranega revizijskega organa državnemu zboru.

6.7. Malta

Revizijski organ prve stopnje Malte je Revizijska komisija za javna naročila. Gre za specializiran upravní organ, s katerim želi Malta zagotoviti hitrejšo obravnavanje sporov v zvezi z javnimi naročili. Komisija za revizijo javnih naročil obravnava pritožbe ponudnikov, kadar vrednost naročila presega prag 5.000 evrov. Pritožba zoper odločitev Revizijske komisije za javna naročila se lahko vloži pri pritožbenem sodišču civilnopravnega področja (*Qorti tal-Appell*). Sodišče mora odločiti v roku štirih mesecev. Njegova odločitev je dokončna.¹¹²

Zanimivo je, da ima sodišče pristojnost razveljaviti celoten razpisni postopek, če presodi, da je to najboljša rešitev glede na okoliščine konkretnega primera. V tem primeru ne bo imela nobena stranka pravice zahtevati odškodnine zaradi sklepa o preklicu razpisa.¹¹³

6.8. Slovaška

Osrednjo vlogo v sistemu javnega naročanja na Slovaškem ima Urad za javna naročila kot specializiran administrativni revizijski organ prve stopnje. Urad nadzoruje skladnost ravnanja naročnikov s pravili javnega naročanja ter lahko predhodno oceni dokumentacijo v postopku javnega naročanja.

Slovaška pozna večstopenjski pravovarstveni postopek, ki vključuje notranji postopek pred naročnikom, dvostopenjski postopek v okviru Urada za javna naročila, in potencialno upravne tožbe (dve stopnji). Pritožbo zoper ravnanje naročnika lahko vloži vsakdo, katerega pravice ali pravni interesi so bili ali bi lahko bili prizadeti zaradi ravnanja naročnika. Če se vprašanje ne reši s pritožbo pred naročnikom, lahko pritožnik zadevo predloži Uradu za javna naročila, ki deluje kot organ prve stopnje. Zahtevo za revizijo lahko vložijo ponudniki, kandidati, udeleženci ali druge osebe, katerih pravice ali interesi so oziroma bi

¹¹¹ Povzeto po: European Commission, nav. delo (2019b), Hungary, str. 84–86.

¹¹² Povzeto po: European Commission, nav. delo (2019b), Malta, str. 117–118.

¹¹³ Legal Notice 352 of 2016, Regulation 286/(3).

lahko bili prizadeti. Tudi organi javne uprave lahko zaprosijo za revizijo, če izkažejo upravičen interes. Na odločitev urada je mogoče vložiti pritožbo na Svet Urada za javna naročila. Če se pritožnik ne strinja z odločitvijo Sveta, lahko vloži pritožbo pri regionalnih pritožbenih sodiščih. Kot zadnja instanca deluje Vrhovno sodišče. Odškodninske tožbe obravnavajo upravna sodišča, pravna sredstva v zvezi z neučinkovitostjo pogodbe pa obravnava Regionalno sodišče v Malackyju.¹¹⁴ Slovaška zakonodaja tako kot slovenski ZPVPJN predvideva nekakšno obliko predrevizijskega postopka. Sodni nadzor se izvaja na podlagi tožbe v upravnem sporu.

7. SKLEP

Argumenti, s katerimi je bila pred novelo ZPVPJN-C zavrnjena možnost upravnega spora zoper odločitve DKOM, so ob novem 39.a členu vsaj omanjani. Ureditev, po kateri je DKOM zgolj nekakšen nadzorni organ, ki izdaja akte poslovanja, se zdi nenavadna in problematična; toliko bolj, ker dopustitev upravnega spora ključno posega v tovrstno shemo. Novela ZPVPJN-C (sicer previdno) uvaja pravno varstvo, ki pritiče odločitvam DKOM, kadar kot državni organ *ex iure imperii* odloča o pravicah in pravnih koristih vlagatelja revizijskega zahtevka. Na podlagi nedavnih zakonodajnih rešitev je tako mogoča previdna uvrstitev DKOM kot organa *sui generis* v širše pojmovanje upravne funkcije. Kljub konceptualnim premikom, za katere se zdi, da jih sodna praksa ne priznava, pa je končna rešitev preveč kompromisna, da bi lahko vzpostavila učinkovito sodno varstvo zoper njene odločitve.

Literatura

Catherine Barnard in Steve Peers: European Union Law. Tretja izdaja, Oxford University Press, Oxford 2020.

Samo Červek: Pogled Državne revizijske komisije na spremembe Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja, v: Jesenski veliki kongres javnega naročanja. Lexpera (GV Založba), Ljubljana 2019, str. 11–16.

European Commission: Directorate-General for Regional and Urban Policy, Stock-taking of administrative capacity, systems and practices across the EU to ensure the compliance and quality of public procurement involving European Structural and Investment (ESI) Funds: final report, Publications Office, 2016, <<https://data.europa.eu/doi/10.2776/311087>> (22. 10. 2022).

¹¹⁴ Povzeto po European Commission, nav. delo (2019b), Hungary, str. 148–149.

- European Commission: National review systems in the area of public procurement, 14. februar 2019, <<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/33983>> (22. 10. 2022). (2019a)
- European Commission: Study to explore data availability at the national level in order to develop indicators for evaluating the performance of the 'Remedies Directives' Annex 2: Country Fiches, 14. februar 2019, <<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/33982>> (22. 10. 2022). (2019b)
- European Commission, Remedies Directives, EU network of first instance review bodies, <https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/legal-rules-and-implementation/remedies-directives_en> (22. 10. 2022).
- Petra Ferk: Ali je Državna revizijska komisija sodišče, v: Podjetje in delo, 34 (2008) 6-7, str. 1079–1088.
- Petra Ferk: Pravni status Državne revizijske komisije, v: Pravna praksa, 27 (2008) 12, str. 63–65.
- GOV.SI, Sprejeti proračun Republike Slovenije za leto 2023, Obrazložitev predloga proračuna Republike Slovenije za leto 2023, obrazložitev posebnega dela: 1314–Državna revizijska komisija, <<https://www.gov.si/assets/ministrstva/MF/Proracun-direktorat/Drzavni-proracun/Sprejeti-proracun/Sprejeti-2023/obrazlozitev-posebni-del/OBR23o1314oDRK.pdf>> (23. 10. 2022).
- Erik Kerševan: Upravni spor: koncept upravnosodnega nadzora nad upravo. Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2002.
- Erik Kerševan: Komentar k 2. členu, v: M. Dobravec Jalen in drugi: Zakon o upravnem sporu (ZUS-1) s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2019, str. 18–32.
- Erik Kerševan in Vilko Androjna: Upravno procesno pravo: upravni postopek in upravni spor. Druga izdaja, GV Založba, Ljubljana 2018.
- Borut Leskovec in Gregor Kovačič: Sodno varstvo zoper odločitve Državne revizijske komisije?, v: Pravna praksa, 38 (2019) 32, str. 8–10.
- Eva Zala Marovt: Sodno varstvo zoper odločitve državne revizijske komisije po uveljavitvi ZPVPJN-C, v: Pravna praksa, 41 (2022) 3, str. 19–21.
- Ministrstvo za javno upravo, Direktorat za javno naročanje, Statistično poročilo o javnih naročilih, oddanih v letu 2021, št. 430-221/2021, 2. september 2021.
- Ministrstvo za javno upravo, Direktorat za javno naročanje, Statistično poročilo o javnih naročilih, oddanih v letu 2021, št. 430-170/2022/6, 20. september 2022.

- Ministrstvo za javno upravo, Direktorat za javno naročanje, Statistično poročilo o javnih naročilih, oddanih v letu 2022, št. 430-195/2023/8, 2. september 2023.
- Damjan Možina: Odškodninska odgovornost v zvezi s postopki javnega naročanja, v: Podjetje in delo, 44 (2018) 1, str. 3–28.
- Aleksij Mužina: Državna revizijska komisija – državni organ *sui generis*, v: Pravna praksa, 21 (2002) 10–11, str. 3–4.
- Aleksij Mužina: Institucije pravnega varstva v postopkih oddaje javnih naročil, v: Podjetje in delo, 32 (2006) 6–7, str. 1471–1482.
- Rajko Pirnat: Prispevek k vprašanju sodnega varstva zoper odločitve v postopku revizije oddaje javnega naročila, v: Podjetje in delo, 34 (2008) 6–7, str. 1048–1055.
- Rajko Pirnat: Sodno varstvo zoper odločitve Državne revizijske komisije, v: Podjetje in delo, 42 (2016) 6–7, str. 1167–1179.
- Rajko Pirnat in drugi: Statusnopravni problemi pravnih oseb na področju javnega prava. Pravna fakulteta, Inštitut za primerjalno pravo, Ljubljana 1999.
- RTV.SI, Odmevi: Predlog sprememb glede državne revizijske komisije, 24. marec 2017, <<https://365.rtvlo.si/arhiv/odmevi/174462305>> (23. 10. 2022).
- Jorg Sladič: Državna revizijska komisija je sodišče v smislu člena 267 Pogodbe o delovanju EU, v: Pravna praksa, 36 (2017) 33, str. 6–8.
- Borut Smrdel: Državna revizijska komisija kot tribunal po 234. členu PES, v: Pravna praksa, 28 (2009) 47, 2009, str. 13–15.
- Janez Tekavc: Pravno varstvo zoper odločitve državne revizijske komisije, v: Pravna praksa, 25 (2006) 45, 2006, str. 7–10.
- Vlada Republike Slovenije, Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja, EVA 2019-3130-0009, 6. september 2019.