

Ograničenje načela transparentnosti javne nabave pravom na tajnost podataka

Štaba, Romina

Doctoral thesis / Disertacija

2023

Degree Grantor / Ustanova koja je dodijelila akademski / stručni stupanj: **University of Zagreb, Faculty of Law / Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet**

Permanent link / Trajna poveznica: <https://urn.nsk.hr/urn:nbn:hr:199:367429>

Rights / Prava: [In copyright](#) / [Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-05-20**



Repository / Repozitorij:

[Repository Faculty of Law University of Zagreb](#)





Sveučilište u Zagrebu
PRAVNI FAKULTET

ROMINA ŠTABA

**OGRANIČENJE NAČELA TRANSPARENTNOSTI JAVNE NABAVE PRAVOM
NA TAJNOST PODATAKA**

DOKTORSKI RAD

Mentor:
izv. prof. dr. sc. Marko Turudić

Zagreb, 2023.



University of Zagreb
FACULTY OF LAW

Romina Štaba

**LIMITATION OF THE TRANSPARENCY PRINCIPLE IN PUBLIC
PROCUREMENT BY THE RIGHT TO DATA CONFIDENTIALITY**

DOCTORAL THESIS

Supervisor:
izv. prof. dr. sc. Marko Turudić

Zagreb, 2023

Mentor rada: izv. prof. dr. sc. Marko Turudić

Izv. prof. dr. sc. Marko Turudić je izvanredni profesor na Katedri za upravno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu. Najviše piše o reguliranju mrežnih industrija i javnoj nabavi. Nastavu održava na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, Studijskom centru javne uprave i javnih financija te Studijskom centru socijalnog rada. Gostujući je predavač na International Christian University (Tokio, Japan), a predavao je i na China University of Political Science and Law (Peking, Kina). Autor je nekoliko knjiga, uključujući „Pravo javne nabave“ (2017.) i „Komentar Zakona o javnoj nabavi“ (2018.), te nekoliko desetaka znanstvenih i stručnih radova. Nacionalni je dopisnik *European Procurement and Public Private Partnership Law Reviewa*. Autor je brojnih radova koji su dostupni preko poveznice <https://www.bib.irb.hr/profile/28820>, kao primjerice:

Turudić, Marko, Locus Standi and the Interpretation of ‘Interest to Obtain a Particular Contract’ in Public Procurement Remedies // *European procurement & public private partnership law review*, 17 (2022), 14-22

Turudić, Marko, Chapter 3. Croatia - Principles of Public Contracts in Croatia // *Principles of public contracts in Europe* / De La Rosa, Stephane ; Valcarcel Fernandez, Patricia (ur.). Bruxelles: Larcier, 2022. str. 197-206

Turudić, Marko; Britvić Vetma, Bosiljka, Država i naknada štete u vrijeme prirodnih nepogoda - o pravnoj zaštiti i transparentnosti // *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 58 (2021), 2; 441-458

Turudić, Marko, Article 74 - Award of contracts for social and other specific services // *European Public Procurement - Commentary on Directive 2014/24/EU* / Caranta, Roberto ; Sanchez-Graells, Albert (ur.). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd, 2021. str. 809-816

Turudić, Marko, Upcoming Amendments to the Croatian Public Procurement Act // *European procurement & public private partnership law review*, 3/2021 (2021), 246-250

Turudić, Marko, Article 75 - Publication of Notices // *European Public Procurement - Commentary on Directive 2014/24/EU* / Sanchez-Graells, Albert ; Caranta, Roberto (ur.). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd, 2021. str. 817-820

Turudić, Marko, Article 76 - Principles of Awarding Contracts // *European Public Procurement - Commentary on Directive 2014/24/EU* / Graells-Sanchez, ALbert ; Caranta, Roberto (ur.). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd, 2021. str. 821-829

Zahvale:

Zahvaljujem se mentoru, izv. prof. dr. sc. Marku Turudiću, koji je svojim mentorstvom tijekom pisanja ovog doktorskog rada bio iznimno stručan, profesionalan, ljubazan te uvijek spreman pružiti riječi motivacije za „*ići dalje, na naredno poglavlje*“. Zahvaljujem se i izv. prof. dr. sc. Meliti Carević te prof. dr. sc. Bosiljki Britvić Vetma.

Zahvaljujem se roditeljima Marici Štaba i Josipu Štabi te svim članovima obitelji što su od prvog do posljednjeg dana pisanja ovog doktorskog rada bili puni razumijevanja te mi bili najveća podrška i pomoć. „*Hvala*“ nije dovoljno, ali neka ostane na papiru pa se nadam da vrijedi više.

Zahvaljujem se svim kolegama koji su mi bili konstantna podrška u svakom smislu te vjerovali u moj rad i cilj.

Sažetak

Ovim doktorskim radom se želi utvrditi pod kojim je uvjetima ograničenje načela transparentnosti postupka javne nabave pravom na tajnost podataka legitimno, odnosno kako zaštitom povjerljivih informacija i ograničenjem načela transparentnosti javne nabave ne prekršiti druga zajamčena prava sudionika postupka, posebice pravo na pošteno suđenje i pravo na djelotvorno pravno sredstvo. U radu su prikazani uvjeti legitimnosti ograničenja načela transparentnosti u postupku javne nabave kao: zaštita poslovne tajne, sprječavanje narušavanja poštenog tržišnog natjecanja te zaštita javnog interesa. Srž problema je u tome što hrvatski Zakon o javnoj nabavi ne regulira pravo pristupa tajno označenim podacima u postupku javne nabave koje je određeni gospodarski subjekt označio tajnima na temelju zakona, drugog propisa ili općeg akta. Time drugi gospodarski subjekti, koji žele podnijeti žalbu ili tužbu, nemaju pravne mehanizme za ostvarivanje uvida u meritorne dijelove spisa koji su označeni tajnima pa dolazi do sukoba između prava na zaštitu tajnih, odnosno povjerljivih podataka i informacija te zahtjeva za poštovanjem načela transparentnosti. S obzirom da u Republici Hrvatskoj nije reguliran spor o povjerljivosti podataka u postupku javne nabave, provedena je komparativna analiza zakonskih rješenja u svim državama članicama Europske unije te u Ujedinjenom Kraljevstvu. Komparativnom analizom je utvrđeno da zakonodavno rješenje, koje je postiglo balans između osiguravanja načela transparentnosti i zaštite tajnih, odnosno povjerljivih podataka u postupcima javne nabave, postoji u Ujedinjenom Kraljevstvu. Balans se ostvaruje kroz postupanje u prstenovima povjerljivosti. Stoga je u radu predloženo je da se institut prstenova povjerljivosti implementira i u hrvatski postupak javne nabave, tim više što temeljem Zakona o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti u Republici Hrvatskoj zapravo već postoji reguliran usporedni postupak koji ima oblike postupanja u prstenovima povjerljivosti. U radu je također u odnosu na dva navedena sukobljena prava primijenjena *Weight* formula Roberta Alexyja. Dobiveni rezultat dodatno ukazuje na potrebu izmjena, odnosno dopuna hrvatskog zakonodavstva javne nabave. Potreba predloženih dopuna hrvatskog Zakona o javnoj nabavi ukazuje se nužnom, kako bi se svim sudionicima postupka javne nabave osigurala njihova temeljna prava na pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo. Stoga je uveden pojam ograničene transparentnosti kroz institut prstena povjerljivosti, što je potkrijepljeno argumentima iz analiziranih komparativnih rješenja, opsežne prakse Europskog suda za ljudska prava, Suda Europske unije, britanskog Građevinskog i tehnološkog suda, talijanskog Regionalnog suda u Laciju, prakse Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave i Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, kao i primjenom *Weight* formule.

Ključne riječi: načelo transparentnosti, javna nabava, tajni podaci, povjerljivost, prsten povjerljivosti, pravo na djelotvorno pravno sredstvo, pravo na pošteno suđenje

Summary

This doctoral thesis aims to determine under what conditions the limitation of the principle of transparency of the public procurement procedure with the right to classified data is legitimate. That is, under what conditions the protection of confidential information and the limitation of the principle of transparency of public procurement do not violate other guaranteed rights of participants in the procedure, in particular the right to a fair trial and the right to an effective legal remedy.

Through the conducted research, the legitimacy of the limitation of the principle of transparency is categorized through three fundamental aspects: protection of trade secrets, prevention of distortion of fair market competition, and protection of public interest.

The essence of the problem is that the Croatian Public Procurement Act does not regulate the right of access to classified data in the public procurement procedure that a particular business entity has designated as secret based on the law, other regulation, or a general act. Because of this, other business entities who want to file a complaint or lawsuit do not have legal mechanisms to gain insight into the parts of the files that are marked as secret. This situation leads to a conflict between the right to protect the secrecy of confidential data and information and the requirement to respect the principle of transparency in the public procurement procedure.

Since the Republic of Croatia does not regulate data confidentiality disputes within the framework of the public procurement procedure, the research conducted a comparative analysis of legislative solutions in all member states of the European Union and the United Kingdom. Based on comparative analysis, proposals for amendments to the Croatian legislation were detected in the legislation of the United Kingdom through the Technology and Construction Court Guide and British case law. Legal and technical mechanisms in the United Kingdom enable participants in the public procurement procedure to access the confidential file documentation they need to protect their procedural rights. On the other hand, those mechanisms ensure the confidentiality of data in the procedure. This is achieved through dealing in rings of confidentiality.

The thesis proposes the implementation of the institute of confidentiality rings in the Croatian public procurement procedure. Based on the Croatian Act on the Protection of Undisclosed Information with Market Value the comparative procedure with elements of the described confidentiality rings under British law is in fact already regulated in the Republic of Croatia.

Also, the thesis applies the Weight Formula according to Robert Alexy and the result additionally indicates that it is necessary to amend the Croatian public procurement legislation regarding the regulation of the procedure of access to data that is marked as secret in the procedure. The Weight Formula is applied to two conflicting rights - the right to protection of trade secrets and the right to transparency, i.e., equality of arms, fair trial, and effective legal remedy.

The thesis proposes amendments to the Croatian Public Procurement Act which are necessary to provide all public procurement procedure participants with fundamental rights to a fair trial and an effective legal remedy. Namely, the thesis introduced the concept of applying the principle of limited transparency through the institute of the confidentiality ring, which is supported by arguments from comparative analysis, the extensive case law of the European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union, the British Technology and Construction Court, the Italian Regional Court in Lazio, the practice of the Croatian State Commission for the control of public procurement procedures, the High Administrative Court of the Republic of Croatia and by applying the Weight Formula.

SADRŽAJ

1. UVODNI DIO	6
1.1. Pregled dosadašnjih istraživanja	6
1.2. Cilj i hipoteze istraživanja	10
1.3. Metodologija i očekivani znanstveni doprinos istraživanja	13
2. NAČELO TRANSPARENTNOSTI U POSTUPKU JAVNE NABAVE	15
2.1. Transparentnost kao pravni pojam	15
2.2. Uloga načela transparentnosti u postupku javne nabave	21
2.3. Načelo transparentnosti javne nabave u europskom pravu	25
2.3.1. Transparentnost u primarnom pravu Europske unije	25
2.3.2. Transparentnost u sekundarnom pravu Europske unije	27
2.3.3. Osnovne odredbe o transparentnosti u državama članicama Europske unije	31
2.3.3.1. Republika Austrija	33
2.3.3.2. Kraljevina Belgija	35
2.3.3.3. Republika Bugarska	36
2.3.3.4. Republika Cipar	38
2.3.3.5. Češka Republika	39
2.3.3.6. Kraljevina Danska	40
2.3.3.7. Republika Estonija	41
2.3.3.8. Republika Slovenija	42
2.3.3.9. Helenska Republika	43
2.3.3.10. Republika Malta	44
2.3.3.11. Talijanska Republika	45
2.3.3.12. Republika Finska	47
2.3.3.13. Veliko Vojvodstvo Luxembourg	48
2.3.3.14. Republika Francuska	49
2.3.3.15. Republika Poljska	50
2.3.3.16. Republika Portugal	51
2.3.3.17. Kraljevina Nizozemska	52
2.3.3.18. Kraljevina Švedska	53
2.3.3.19. Republika Mađarska	54
2.3.3.20. Kraljevina Španjolska	55
2.3.3.21. Slovačka Republika	56
2.3.3.22. Savezna Republika Njemačka	57
2.3.3.23. Republika Litva	58
2.3.3.24. Republika Rumunjska	60
2.3.3.25. Republika Latvija	61

2.3.3.26. Republika Irska	61
2.3.3.27. Republika Hrvatska.....	62
2.4. Načelo transparentnosti javne nabave u hrvatskom pravu.....	62
2.4.1. Zahtjevi transparentnosti sukladno Zakonu o javnoj nabavi.....	62
2.4.4.1. Ex ante transparentnost	65
2.4.1.2. Ex post transparentnost	67
2.4.2. Transparentnost u postupcima vezanim uz projekte financirane iz europskih fondova.....	69
2.5. Transparentnost kao alat u borbi protiv korupcije	71
2.6. Digitalna transformacija i nova transparentnost	73
2.7. Zaključak.....	75
3. TAJNI PODACI U POSTUPKU JAVNE NABAVE.....	77
3.1. Vrste tajnih podataka u postupku javne nabave.....	77
3.1.1. Poslovna tajna	78
3.1.1.1. Poslovna tajna – podatak, informacija ili oboje.....	80
3.1.1.2. Zaštita poslovne tajne s vlasničko pravnog aspekta.....	83
3.1.1.3. Znanje i iskustvo kao poslovna tajna	86
3.1.1.3.1. Znanje i iskustvo kao element inovacija u postupcima javne nabave.....	88
3.1.2. Osobni podaci u postupku javne nabave.....	89
3.1.2.1. Standardi informacijske sigurnosti osobnih podataka u javnoj nabavi.....	93
3.2. Klauzule povjerljivosti u ugovorima o javnoj nabavi.....	94
3.2.1. Pravo na pristup povjerljivim podacima u postupku javne nabave sukladno Zakonu o pravu na pristup informacijama	95
3.3. Zaštita povjerljivosti podataka primjenom blockchain tehnologije i pametnih ugovora javne nabave	98
3.4. Zaključak.....	101
4. RECENTNA PRAKSA GLEDE OZNAČAVANJA TAJNOSTI PODATAKA U HRVATSKOM POSTUPKU JAVNE NABAVE.....	105
4.1. Prikaz prakse Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave.....	105
4.1.1. Rješenje vezano uz zaštitu osobnih podataka od 25. listopada 2018. godine	105
4.1.2. Rješenje vezano uz obvezu sadržajnog preispitivanja pravne osnove označavanja tajnosti podataka od 8. ožujka 2017. godine	107
4.1.3. Rješenje vezano uz obvezu ispravnog označavanja pravne osnove za tajnost podataka od 9. svibnja 2017. godine.....	110
4.1.4. Rješenje glede nemogućnosti označavanja tajnima javnih isprava od 26. travnja 2018. godine .	113
4.1.5. Rješenje glede ispunjavanja uvjeta za tajnost podataka iz Zakona o zaštiti tajnosti podataka od 22. rujna 2017. godine	116
4.1.6. Rješenje vezano uz nedostavljanje podataka zbog obveza prema drugoj ugovornoj strani od 11. lipnja 2021. godine.....	119
4.2. Prikaz prakse Visokog upravnog suda Republike Hrvatske	123
4.2.1. Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske od 9. ožujka 2018. godine.....	123

4.2.2. Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske od 20. ožujka 2019. godine.....	125
4.2.3. Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske od 24. kolovoza 2021. godine.....	127
4.3. Zaključak.....	129
5. PRAVNA ZAŠTITA PONUDITELJA ILI NATJECATELJA U SLUČAJU OGRANIČENJA PRISTUPA DOKUMENTACIJI U POSTUPKU JAVNE NABAVE ZBOG PRAVA NA TAJNOST PODATAKA....	134
5.1. Postupak pred naručiteljem.....	134
5.2. Postupak pred Državnom komisijom za kontrolu postupaka javne nabave.....	139
5.3. Postupak pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske	140
5.4. Ostvarivanje prava pristupa dokumentaciji primjenom Zakona o pravu na pristup informacijama ...	141
5.5. Prikaz usporednog postupka iz hrvatskog zakonodavstva glede omogućavanja pristupa povjerljivim podacima u sporu	144
5.6. Zaključak.....	146
6. LEGITIMNOST OGRANIČAVANJA NAČELA TRANSPARENTNOSTI U POSTUPKU JAVNE NABAVE.....	149
6.1. Zaštita poslovne tajne	149
6.1.1. Praksa Europskog suda za ljudska prava	152
6.1.1.1. Niemietz protiv Njemačke, broj zahtjeva 13710/88.....	152
6.1.1.2. Soci��� Colas Est i drugi protiv Francuske, broj zahtjeva 37971/97	156
6.1.1.3. Peck protiv Ujedinjenog Kraljevstva, broj zahtjeva 44647/98	159
6.1.2. Zaštita poslovne tajne kao opće načelo prava Europske unije	163
6.1.2.1. Presuda Suda Europske unije u predmetu Akzo Chemie BV i AKZO Chemie UK Ltd protiv Europske komisije od 24. lipnja 1986. godine.....	164
6.1.2.2. Presuda Suda Europske unije u predmetu Samenwerkende Elektriciteits-Produktiebedrijven NV protiv Europske komisije od 19. svibnja 1994. godine	166
6.2. Sprječavanje narušavanja poštenog tržišnog natjecanja	167
6.2.1. Zabranjeni sporazumi.....	171
6.2.2. Ponude s izuzetno niskom cijenom.....	175
6.3. Zaštita javnog interesa	176
6.3.1. Praksa Europskog suda za ljudska prava	178
6.3.1.1. Rowe i Davis protiv Ujedinjenog Kraljevstva, broj zahtjeva 28901/95.....	178
6.3.1.2. V protiv Finske, broj zahtjeva 40412/98.....	182
6.4. Zaključak.....	186
7. POSTIZANJE RAVNOTEŽE IZMEĐU PRAVA NA TAJNOST PODATAKA I NAČELA TRANSPARENTNOSTI	190
7.1. Balansiranje između sukobljenih prava sudionika u postupku	190
7.2. Zahtjevi prava na pošteno suđenje.....	196
7.2.1. Kontradiktornost postupka kao element prava na pošteno suđenje	198
7.3. Zahtjevi prava na učinkovit i djelotvoran pravni lijek.....	202
7.4. Prikaz recentne prakse Suda Europske unije	203

7.4.1. Presuda u predmetu Varec SA v État Belge od 14. veljače 2008. godine.....	204
7.4.2. Presuda u predmetu eVvigilo Ltd protiv Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos od 12. ožujka 2015. godine.....	210
7.4.3. Presuda u predmetu Wall AG protiv City of Frankfurt od 13. travnja 2010. godine.....	213
7.4.4. Presuda u predmetu Unibet (London) Ltd i Unibet (International) Ltd protiv Justitiekanslern od 13. ožujka 2007. godine	215
7.4.5. Presuda u spojenim predmetima Club Hotel Loutraki AE and Others protiv Ethnico Symvoulia Radiotileorasis and Ypourgos Epikrateias i Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) protiv Ethnico Symvoulia Radiotileorasis od 6. svibnja 2010. godine.....	216
7.4.6. Presuda u predmetu Mobistar SA protiv Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT) od 13. srpnja 2006. godine.....	217
7.5. Mišljenje nezavisnog odvjetnika Michala Bobeka od 30. travnja 2019. godine u predmetu Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe protiv Fővárosi Törvényszék.....	219
7.6. Zaključak.....	220
8. KOMPARATIVNA ANALIZA ZAŠTITE TAJNOSTI PODATAKA U POSTUPCIMA JAVNE NABAVE.....	223
8.1. Zaštita tajnosti podataka u postupcima javne nabave u Saveznoj Republici Njemačkoj.....	224
8.1.1. Relevantne odredbe iz njemačkog Pravilnika o dodjeli javnih ugovora.....	225
8.1.2. Relevantne odredbe iz njemačkog Zakona o provedbi Direktive (EU) 2016/943 o zaštiti poslovnih tajni od njihovog nezakonitog stjecanja, upotrebe i otkrivanja.....	226
8.2. Zaštita tajnosti podataka u postupcima javne nabave u Talijanskoj Republici.....	228
8.2.1. Presuda Regionalnog upravnog suda u Laciju od 13. prosinca 2021. godine.....	228
8.3. Zaštita tajnosti podataka u postupcima javne nabave u Kraljevini Švedskoj	230
8.3.1. Relevantne odredbe švedskog Zakona o javnoj nabavi	231
8.3.2. Pravna zaštita u švedskim postupcima javne nabave.....	232
8.3.3. Relevantne odredbe švedskog Zakona o javnom pristupu informacijama i tajnosti.....	233
8.4. Zaključak.....	234
9. PRISTUP POVJERLJIVIM PODACIMA U POSTUPCIMA JAVNE NABAVE U UJEDINJENOM KRALJEVSTVU	237
9.1. Općenito o povjerljivosti podataka u postupku javne nabave i načelu otvorene pravde u Ujedinjenom Kraljevstvu.....	237
9.1.1. Aktualnosti glede donošenja novog Zakona o javnoj nabavi u Ujedinjenom Kraljevstvu	239
9.2. Važnost sadržaja „Priloga H“ Smjernica Tehnološkog i građevinskog suda iz 2019. godine.....	241
9.2.1. Prstenovi povjerljivosti	244
9.3. Komunikacija Europske komisije o zaštiti povjerljivih informacija u postupcima privatnopravne provedbe Unijina prava tržišnog natjecanja koji se vode pred nacionalnim sudovima	247
9.3.1. Krugovi povjerljivosti predviđeni Komunikacijom Komisije o zaštiti povjerljivih informacija u postupcima privatnopravne provedbe Unijina prava tržišnog natjecanja koji se vode pred nacionalnim sudovima	249
9.4. Relevantna sudska praksa Tehnološkog i građevinskog suda glede pristupa povjerljivoj dokumentaciji spisa	252

9.4.1. Presuda u predmetu Bombardier Transportation Limited protiv Merseytravel od 24. ožujka 2017. godine.....	253
9.4.2. Presuda u predmetu SRCL Ltd protiv Odbora za puštanje u rad Nacionalne zdravstvene službe od 27. srpnja 2018. godine.....	256
9.4.3. Presuda u predmetu Marston Holdings Ltd protiv Ministarstva pravosuđa od 6. studenoga 2018. godine.....	258
9.5. Zaključak.....	260
10. PRIJEDLOZI DOPUNA HRVATSKOG ZAKONODAVSTVA U VEZI PRISTUPA TAJNO OZNAČENIM PODACIMA U POSTUPKU JAVNE NABAVE.....	262
10.1. Sumiran prikaz pravnih praznina koje utječu na temeljna ljudska prava ponuditelja ili natjecatelja.....	262
10.2. Potreba reguliranja spora o povjerljivosti podataka.....	265
10.2.1. Prijedlog uvođenja instituta prstena povjerljivosti u postupku pred naručiteljem	266
10.2.2. Povjerljivi postupak pred Državnom komisijom za kontrolu postupaka javne nabave i pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske	272
10.3. Ograničena transparentnost.....	274
10.4. Prijedlog sadržaja novih normi Zakona o javnoj nabavi.....	277
10.5. Zaključak.....	280
11. SVEOBUH VATAN ZAKLJUČAK	282
POPIS LITERATURE	301
PRILOG 1.	322
PRILOG 2.	327

1. UVODNI DIO

1.1. Pregled dosadašnjih istraživanja

Sve većim razvojem i primjenom informacijske i komunikacijske tehnologije te digitalizacijom društva u raznim područjima i sektorima¹ omogućuje se sve veći protok i dostupnost informacija, sadržajno i količinski, što općenito dovodi do veće dostupnosti i transparentnosti podataka, ali i do potrebe zaštite određenih informacija i podataka te ograničavanja pristupa istima. Time često dolazi do sukoba između očekivanja i zahtjeva za transparentnošću podataka te prava na njihovu zaštitu, odnosno prava na tajnost i povjerljivost podataka. Navedeno se, po mojem mišljenju, pokazalo nedovoljno definiranim, među ostalim, i u hrvatskom postupku javne nabave. Naime, u Republici Hrvatskoj, članak 52. važećeg Zakona o javnoj nabavi² regulira pravo na tajnost podataka sukladno kojem gospodarski subjekt na temelju valjane pravne osnove može određene podatke označiti tajnima, što uključuje tehničke ili trgovinske tajne te povjerljive značajke ponuda i zahtjeva za sudjelovanje. Osobna iskustva iz prakse, ali i praksa koja će se prezentirati u ovome radu, govore da navedeno često može predstavljati prepreke za druge sudionike postupka javne nabave u ostvarivanju njihovih prava u postupku, s obzirom da su često podaci, odnosno informacije, koji su im potrebni za ostvarivanje njihovih prava zajamčenih i europskim standardima, zaštićeni pravom na tajnost podataka.

Europska unija je donijela program „Obzor Europa“³, u svezi kojeg je Europska komisija za slijedeći dugoročni proračun Europske unije za razdoblje 2021. do 2027. predložila iznos od 100 milijardi EUR za istraživanja i inovacije pa se očekuje da će u okviru postupaka javne nabave vezanih uz to područje⁴ doći do još veće potrebe označavanja podataka tajnim u svrhu zaštite intelektualnog vlasništva te zaštite od nelojalne konkurencije na unutarnjem tržištu.

¹ Posebice eksponencijalnim rastom u 2020. godini, kao nužnom potrebom uslijed posljedica pandemije bolesti COVID-19. Pandemija virusa SARS-CoV-2, odnosno bolesti COVID-19, proglašena je od strane Svjetske zdravstvene organizacije 11. ožujka 2020. godine.

² Narodne novine 120/2016, 114/2022.

³ Dostupno na

https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/research_and_innovation/funding/documents/ec_rtd_horizon-europe-overview.pdf, prosinac 2020., datum pristupa 17. listopada 2022. godine.

⁴ Primjerice, u postupku nabave „partnerstvo za inovacije“.

Također, jedna od odrednica provedbe „Europskog zelenog plana“⁵ je potreba provedbe postupaka „zelene javne nabave“⁶ koja se penje na tron sa zahtjevima inovativnih rješenja vezanih uz zaštitu i očuvanje okoliša, kao i poticajima za razvoj zelenih proizvoda i usluga.

Naime, upravo je u okviru „Europskog plana za oporavak“⁷, donesenog kao odgovor na krizu uzrokovanu bolešću COVID-19, navedeno, među ostalim, kako je europski zeleni plan nova „strategija rasta Europe“, kao i da će se Europska komisija „usredotočiti i na poticanje ulaganja u čiste tehnologije i lance vrijednosti, posebno dodatnim sredstvima za program Obzor Europa“.⁸ Stoga se može očekivati porast postupaka zelene javne nabave u kojima će zasigurno i povjerljivi podaci imati važnu ulogu.

Ujedno, u posljednje vrijeme se sve više, uz zelenu i inovativnu javnu nabavu, potiče i društveno odgovorna javna nabava.⁹ Kod društveno odgovorne javne nabave su za sam odabir dodjele ugovora bitne metode proizvodnje ili specifičnosti pružanja usluga, odnosno performanse konačnog proizvoda ili usluga, što kod nabave inovativnih proizvoda ili usluga također može uključivati potrebu zaštite intelektualnog vlasništva i povjerljivih podataka.

Također, prema mojem mišljenju, važnost zaštite povjerljivih podataka u javnoj nabavi će još više doći do izražaja očekivanom primjenom *blockchain* tehnologije¹⁰ i pametnih ugovora¹¹ u javnoj nabavi, s obzirom da će se brojne radnje odvijati automatizmom i unositi u baze podataka koje će potom, vrlo izvjesno, sortirati podatke za objavu te izvršavati sam ugovor. Stoga bi se i najmanja

⁵ „Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Europskom vijeću, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, Europski zeleni plan“, Bruxelles, 11.12.2019. COM(2019) 640 final, dostupno na: [https://mingor.gov.hr/UserDocsImages/Istaknute%20teme/Zeleni%20plan/Europski%20zeleni%20plan%20HR%20\(pdf\).pdf](https://mingor.gov.hr/UserDocsImages/Istaknute%20teme/Zeleni%20plan/Europski%20zeleni%20plan%20HR%20(pdf).pdf), datum pristupa 11. veljače 2023. godine.

⁶ Na razni Europske unije su u nekoliko navrata bili doneseni propisi glede obvezatnosti provedbe zelene javne nabave u područjima kao što su, primjerice, transportni i energetske sektor. O tome više Andrecka, Marta, Peterkova, Mitkidis, Katerina, Sustainability Requirements in EU Public and Private Procurement - A Right or an Obligation?, Nordic Journal of Commercial Law 2017, no. 1 (2017), 55-89, str. 79.

⁷ „Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Europskom Vijeću, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, Europa na djelu: oporavak i priprema za sljedeću generaciju“, Bruxelles, 27.5.2020., COM(2020) 456 final, dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0456&from=EN>, datum pristupa 12. veljače 2023. godine.

⁸ *Ibid.*, točka 4.1.

⁹ U 2019. godini Europska komisija je održala radionice u 15 država članica u svrhu poticanja lokalnih javnih naručitelja i organizacija socijalne ekonomije na društveno odgovornu javnu nabavu. Radi se o projektu „Buying for Social Impact (BSI)“, kojim je bila obuhvaćena i Republika Hrvatska. Projekt je za ciljeve imao poticati naručitelje na korištenje javne nabave za postizanje socijalnih ciljeva te povećati sposobnost gospodarskih subjekata socijalne ekonomije za sudjelovanje u postupcima javne nabave i pristup novim tržištima.

¹⁰ U doslovnom prijevodu se radi o lancu podatkovnih blokova povezanih u jednosmjerni lanac u kojem svaki novi blok ovisi o vrijednosti ranijeg bloka, odnosno o distribuiranoj bazi zapisa koje su izvršene i podijeljene među sudionicima. Lanac blokova ostavlja neizbrisiv i transparentan javni zapis transakcija. Prvu upotrebu *blockchain* tehnologije predstavio je Bitcoin 2009. godine.

¹¹ Radi se o ugovorima koji se sklapaju automatski posredstvom umjetne inteligencije te se automatski i izvršavaju. Ugovor se sastavlja putem računalnog koda na *blockchain* platformi.

greška provučena kroz sustav mogla negativno odraziti na subjekta čije podatke je potrebno zaštititi, a posljedično bi moglo doći i do odgovornosti za štetu uslijed neovlaštenog otkrivanja pojedinog podatka. S druge strane, primjena modernih tehnologija može omogućiti uvid u pojedinu bazu ili podatke pod visokom razinom zaštite, kriptiranim pristupom i kontrolom. U tom kontekstu je potrebno razmišljati kako postići pravnu ravnotežu između prava na tajnost, odnosno povjerljivost podataka te prava na uvid u pojedine podatke i informacije uz opravdan pravni interes radi zaštite drugih, ponajviše procesnih, prava sudionika pojedinog postupka.

Sveobuhvatnom pretragom domaće i inozemne literature nisam pronašla znanstvene izvore koji bi se izričito, odnosno striktno bavili povjerljivošću podataka u javnoj nabavi na način da bi, vezano uz unutarnje tržište Europske unije, selektirali podatke koji se imaju smatrati tajnim, odnosno povjerljivim u javnoj nabavi te prikazivali procedure zaštite istih uz istovremeno poštovanje i ostvarivanje načela transparentnosti postupka javne nabave. Navedeno bi bilo i teško objediniti na razini Europske unije, budući je sama procedura javne nabave u Europskoj uniji propisana nacionalnim zakonodavstvima država članica.¹² Također, i sama procedura sudskih postupka koji proizađu iz postupka javne nabave propisana je nacionalnim zakonodavstvima, uz poštovanje nadnacionalnog europskog prava.

Međutim, o samim procedurama javne nabave u Europskoj uniji postoji opsežna literatura, koja se povezuje s temom ograničenja načela transparentnosti postupka javne nabave pravom na tajnost podataka sa više aspekata. U prvom redu, određena literatura nudi teorijska tumačenja i komparativna rješenja iz drugih država članica Europske unije koja bi mogla poslužiti kao moguća rješenja pravnim prazninama u hrvatskom zakonodavstvu. Također, iz postojećih izvora literature se može zaključiti o stupnju usklađenosti pravnih propisa i teorije iz područja javne nabave na razini Europske unije, što je iznimno bitno u slučajevima prekograničnih postupaka javne nabave te otvaranja pitanja postizanja balansa između zaštite načela transparentnosti postupka javne nabave i prava na povjerljivost podataka. Primjerice, autori koji se bave navedenim pitanjima su Christopher Bovis u „EC Public Procurement: Case law and Regulation“¹³ te u „EU Public Procurement law, second edition“¹⁴; Alexander Egger u „Europäisches Vergaberecht, Helbing Lichtenhahn Verlag“¹⁵; Sanja Bogojevic, Xavier Grossot i Jörgen Hettne, Stephen Weatherill, Christopher H. Bovis, Albert Sanchez-Graells, Angelica Ericsson, Marta Andhov, Claire Methven O'Brien and Olga Martin-Ortega, Jason J.

¹² Izuzev pitanja vezanih uz postupke iznad propisanih pragova vrijednosti nabave, kao i primjene europskih nadnacionalnih propisa u tom području.

¹³ Bovis, Christopher, EC Public Procurement: Case law and Regulation, Oxford, 2006, str. 63-81, 228-273.

¹⁴ Bovis, Christopher, EU Public Procurement law, second edition, Elgar European Law, 2012, str. 59, 250-286.

¹⁵ Egger, Alexander, Europäisches Vergaberecht, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008, str. 36-37, 50-51, 56-57, 62-63, 66-67, 86-87.

Czarnezki, Ohad Graber-Soudry u „Discretion in EU Public Procurement Law“¹⁶; Peter Trepte u „Public Procurement in the EU, A Practitioner's Guide, Second Edition“¹⁷; Christopher Bovis u „Public Procurement in the European Union“¹⁸.

Iz dostupne literature je vidljivo da se autori bave i antikorupcijskom ulogom načela transparentnosti u postupcima javne nabave te ukazuju na važnost kontrole postupka javne nabave kroz pravne lijekove. Primjerice, na navedeno ukazuje autor Naushad Khan u „Public Procurement fundamentals, Lessons from and for the Field“.¹⁹

Također, uz primjenu pravnih propisa i prakse Europskog suda za ljudska prava i Suda Europske unije, važno je detektirati parametre legitimnog ograničenja načela transparentnosti postupka javne nabave, za što je iznimno bitno raščlaniti elemente navedenog načela, na čiju važnost ukazuju autori Oliver Richard W. u „What is transparency?“²⁰; Andrea Bianchi i Anne Peters „Transparency in International Law“²¹; Irena Georgieva u „Using Transparency Against Corruption in public Procurement“²², kao i Melanie Plauth u „Die Rechtspflicht zur Transparenz im europäisierten Vergaberecht“²³.

Glede povjerljivih podataka u Europskoj uniji važan je izvor „Data Protection and Taxpayers' Rights: Challenges Created by Automatic Exchange of Information“²⁴ autorice Viktorie Wöhrer. U ovoj knjizi se daje sveobuhvatna analiza globalnog razvoja razmjene informacija te zaštite podataka u Europskoj uniji, uz analizu kako moraju biti koncipirane odredbe za razmjenu informacija da bi bile usklađene sa jamstvima zaštite podataka.

¹⁶ Bogojevic, Sanja, Groussot Xavier and Jörgen Hettne, Discretion in EU Public Procurement Law, Hart (Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney), 2019, str. 22-75.

¹⁷ Trepte, Peter, Public Procurement in the EU, A Practitioner's Guide, Second Edition, Oxford, 2007, str. 481-529.

¹⁸ Bovis, Christopher, Public Procurement in the European Union, Macmillan, Palgrave, 2005, str. 14-23, 33-46, 72-99, 124-139, 205-228.

¹⁹ Naushad, Khan, Public Procurement fundamentals, Lessons from and for the Field, Emerald Publishing Limited Howard House, Wagon Lane, Bingley BD16 1WA, UK, First edition 2018, str. 29-57, 85-93.

²⁰ Oliver, Richard W., What is transparency? New York: McGraw-Hill, 2004, str. 19-31, 58-79.

²¹ Bianchi Andrea, Peters Anne, Transparency in International Law, Cambridge University Press 2013, str. 21, 23-49, 172-221, 223-239, 419-436, 477.

²² Georgieva, Irena, Using Transparency Against Corruption in public Procurement, Springer International Publishing AG 2017, str. 73-75, 169-212, 259-267.

²³ Plauth, Melanie, Die Rechtspflicht zur Transparenz im europäisierten Vergaberecht, 2017 Bundesanzeiger Verlag GmbH, Köln, str. 19-38, 42, 45-49, 51-54, 127-128, 135-136.

²⁴ Wöhrer, Viktoria, Data Protection and Taxpayers' Rights: Challenges Created by Automatic Exchange of Information, 10 European and International Tax Law and Policy Series, Series Editor: Michael Lang, WU Institute for Austrian and International Tax law, 2018 IBFD, str. 16-54, 74-104, 111-168.

Također, propisi o javnoj nabavi su snažno povezani s unutarnjim tržištem Europske unije te otvaraju tržišno natjecanje kao temelj za razvoj, o čemu se bavi, među ostalim, autor Albert Sánchez-Graells u knjizi „Public procurement and the EU Competition Rules“.²⁵

Kako zaštitom povjerljivih informacija i ograničenjem načela transparentnosti javne nabave ne prekršiti druga zajamčena prava sudionika postupka te postići pravilan balans između prava na transparentnost i prava na povjerljivost podataka, ukazuje, među ostalim, Roberto Caranta, Kirsi-Maria Halonen i Albert Sanchez-Graells u „Transparency in EU procurements: an introduction“.²⁶

Upravo se kroz uvodni sažetak gore spomenute knjige „Public procurement and the EU Competition Rules“ ukazuje kako su javna nabava i pravo tržišnog natjecanja važna područja prava i politike Europske unije, povezani u stvaranju unutarnjeg tržišta te da nikad nije primijećena bliža veza, ali da nije pomno ispitana. Sastavni dio navedenog su i povjerljive informacije u javnoj nabavi koje zahtijevaju visoku razinu zaštite, ali ne smiju narušiti pošteno tržišno natjecanje. S druge strane je važno ne narušiti druga zajamčena prava aktera postupka u kojem se povjerljive informacije pojavljuju. Stoga se glede povezanosti i zajedničkog balansiranja između opisanih područja definitivno ukazuje potreba za provedbom dodatnih istraživanja.

1.2. Cilj i hipoteze istraživanja

S obzirom na prethodno opisano u pregledu dosadašnjih istraživanja, kao i na činjenicu da u Republici Hrvatskoj nije reguliran spor o povjerljivosti podataka u okviru postupka javne nabave, cilj je istraživanja odgovoriti na pitanje pod kojim je uvjetima ograničenje načela transparentnosti postupka javne nabave pravom na tajnost podataka legitimno, odnosno kako zaštitom povjerljivih informacija i ograničenjem načela transparentnosti javne nabave ne prekršiti druga zajamčena prava sudionika postupka, posebice pravo na pošteno suđenje i pravo na djelotvorno pravno sredstvo.

Također, budući da ni hrvatski Zakon o javnoj nabavi, Uredba o unutarnjem ustrojstvu Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave²⁷, kao ni Zakon o upravnim sporovima²⁸ ne propisuju posebna pravila postupka kada sastavni dio dokumentacije postupka ili formiranog spisa predstavljaju podaci koje je određeni ponuditelj ili natjecatelj u postupku javne nabave označio tajnima, a koji

²⁵ Sánchez-Graells, Albert, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford and Portland, Oregon 2011, str. 12-13, 56-72, 83-111, 190-220, 227.

²⁶ Halonen, Kirsi-Maria, Caranta, Roberto and Sanchez-Graells, Albert *Transparency in EU procurements: an introduction*, The online content platform for Edward Elgar Publishing, str. 3-7.

²⁷ Narodne novine 84/2013, 145/2014.

²⁸ Narodne novine 20/2010, 143/2012, 152/2014, 94/2016, 29/2017, 110/2021.

podaci su potrebni drugim sudionicima u postupku radi zaštite njihovih zajamčenih prava, to je cilj istraživanja analizirati komparativna rješenja te predložiti potencijalna zakonska rješenja u Republici Hrvatskoj, sve kako bi se ujedno ispoštovali i pravni standardi koje zahtijeva praksa Europskog suda za ljudska prava i Suda Europske unije.

Slijedom navedenog, ova doktorska disertacija postavlja slijedeća istraživačka pitanja: Koje su sve uloge/funkcije načela transparentnosti u postupku javne nabave? Koji se sve podaci, kao povjerljivi, mogu pojaviti u postupku javne nabave te temeljem kojih pravnih osnova se mogu označiti tajnima? Kakva je pravna zaštita ponuditelja ili natjecatelja u slučaju ograničenja načela transparentnosti pravom na tajnost podataka te koju ulogu u navedenom ima naručitelj? Na koji način se postiže legitimnost ograničenja načela transparentnosti i ravnoteža s pravom na tajnost podataka u postupku javne nabave? Koja su komparativna rješenja koja mogu popuniti zakonske praznine u Republici Hrvatskoj glede pitanja spora o povjerljivosti u postupku javne nabave? Koji je prijedlog dopuna hrvatskog pozitivnog zakonodavstva?

Odgovori na postavljena istraživačka pitanja će biti dani kroz sadržaj rada koji će biti strukturiran kroz jedanaest poglavlja.

Nakon uvodnog poglavlja, u drugom poglavlju će biti obrađeno načelo transparentnosti postupka javne nabave kao pravni pojam, uz prikaz uloge tog načela u postupku javne nabave. Prikazati će se kako je načelo transparentnosti regulirano primarnim i sekundarnim pravom Europske unije, kao i u zakonodavstvima svih država članica Europske unije, uključujući i u Republici Hrvatskoj s posebnim naglaskom na ulogu *ex ante* i *ex post* transparentnosti. Također će biti prikazani zahtjevi načela transparentnosti u postupcima vezanim uz projekte financirane iz europskih fondova, kao i na nove trendove vezane uz digitalizaciju postupka javne nabave. Kroz treće poglavlje će biti obrađene vrste podataka koji se u postupku javne nabave mogu pojaviti kao tajni. Biti će obuhvaćene i klauzule povjerljivosti u ugovorima o javnoj nabavi, kao i zaštita povjerljivosti podataka primjenom *blockchain* tehnologije i pametnih ugovora javne nabave. Isto je važno obraditi iz razloga što je ovaj rad vezan uz pitanja ograničenja načela transparentnosti postupka javne nabave pravom na tajnost podataka. Stoga je važno prikazati o kojim se sve podacima može raditi u postupku javne nabave, a koji bi se mogli označiti tajnima. Ujedno, s obzirom na sve veću digitalizaciju i tehnološki napredak društva, u ovom poglavlju sam se dotaknula i pitanja primjene modernih tehnologija u javnoj nabavi u korelaciji sa zaštitom podataka.

Kroz četvrto poglavlje će biti prikazana recentna praksa Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave i Visokog upravnog suda Republike Hrvatske glede označavanja tajnosti podataka u

postupku javne nabave. Cilj navedenog je prikazati do kojih sve situacija dolazi u praksi u svezi označavanja i pristupa tajno označenim podacima u hrvatskom postupku javne nabave.

U petom poglavlju će biti obrađena pravna zaštita ponuditelja ili natjecatelja u slučaju ograničenja pristupa dokumentaciji u postupku javne nabave zbog zaštite prava na tajnost podataka, sve kako bi se prikazalo koja su trenutna prava ponuditelja ili natjecatelja sukladno važećim zakonskim propisima.

Kroz šesto poglavlje će se prikazati uvjeti legitimnosti ograničavanja načela transparentnosti u postupku javne nabave, i to kao zaštita poslovne tajne, sprječavanje narušavanja poštenog tržišnog natjecanja te zaštita javnog interesa. Prikazati će se praksa Europskog suda za ljudska prava i Suda Europske unije, sve s ciljem prikaza pod kojim se sve uvjetima načelo transparentnosti u postupku javne nabave može legitimno ograničiti.

U sedmom poglavlju će se analizom prakse Suda Europske unije, te ukazivanjem na potrebu balansiranja između zaštite privatnog i javnog interesa, obraditi pitanje postizanja ravnoteže između prava na tajnost podataka i načela transparentnosti u javnoj nabavi.

Osmo poglavlje će se baviti komparativnom analizom zaštite tajnosti podataka u postupcima javne nabave u Saveznoj Republici Njemačkoj, Talijanskoj Republici i Kraljevini Švedskoj. Detaljnija komparativna analiza upravo ovih država članica Europske unije je učinjena iz razloga što su zakonska rješenja Savezne Republike Njemačke bliska hrvatskim zakonskim rješenjima, dok su u Talijanskoj Republici i Kraljevini Švedskoj pronađeni zakonski pomaci u smjeru potrebe omogućavanja uvida u tajno označenu dokumentaciju postupka javne nabave. Stoga je prikaz tih komparativnih rješenja važan kako bi se „dodatno dokazalo“ da postoje i druge države članice koje su detektirale problem glede onemogućavanja uvida u tajno označenu dokumentaciju postupka javne nabave.

Kroz deveto poglavlje će biti prikazana pravna i tehnička rješenja iz Ujedinjenog Kraljevstva koja omogućuju ostvarivanje prava na uvid u tajno označene podatke postupka javne nabave, bez da se time naruši zaštita poslovne tajne. S obzirom da je upravo komparativno rješenje iz Ujedinjenog Kraljevstva, prema mojem mišljenju, adekvatno rješenje i za postupanje u Republici Hrvatskoj, to će komparacija britanskog zakonodavstva, uz prikaz britanske sudske prakse, biti učinjena kroz zasebno deveto poglavlje.

U desetom poglavlju će biti dani konkretni prijedlozi dopuna hrvatskog zakonodavstva, dok će u jedanaestom poglavlju biti dan sveobuhvatan zaključak s prikazanim rezultatima i zaključcima provedenog istraživanja.

1.3. Metodologija i očekivani znanstveni doprinos istraživanja

Ovo istraživanje će se baviti izvorima znanstvene literature, s time da se uglavnom radi o inozemnoj literaturi, s obzirom da u Republici Hrvatskoj postoji neznatna količina znanstvenih izvora koja bi mogla doprinijeti istraživanju. Međutim, tijekom istraživanja će se detaljno izučiti i prikazati, uz prikaz europskih propisa, relevantan sadržaj hrvatskih propisa koji su vezani uz sam postupak javne nabave, uključujući i upravno sudovanje kao posljednju instancu u „redovitom“ postupovnom odlučivanju, kao i posebni propisi kojima se štite povjerljivi podaci, poslovne tajne i osobni podaci, a koji predstavljaju pravnu osnovu za označavanjem tajnim podataka u javnoj nabavi. Detaljno izučeni pozitivni propisi će biti analizirani i prikazani uz detekciju zakonskih praznina u proceduri postupka javne nabave, ukoliko koji od sudionika postupka ospori pravnu osnovu označavanja tajnosti podataka te zatraži uvid u dokumentaciju radi ostvarivanja svojih zajamčenih prava. Uz navedeno će biti prikazana recentna praksa Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, kao i Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, sve uzevši u obzir i procedure provedbe postupaka javne nabave kada se radi o projektima financiranim iz sredstava Europske unije.

Temeljem provedene analize relevantne prakse Europskog suda za ljudska prava i Suda Europske unije, prikazati će se parametri legitimnosti ograničenja načela transparentnosti postupka javne nabave te zahtjevi koje je potrebno ispuniti za postizanje balansa između prava na tajnost podataka i ostvarivanja načela transparentnosti. Kao što je navedeno, prikazati će se i komparativna rješenja iz svih država članica Europske unije, te će se u zasebnim poglavljima izvršiti detaljnija komparacija zakonodavstva Savezne Republike Njemačke, Talijanske Republike, Kraljevine Švedske i Ujedinjenog Kraljevstva. Temeljem navedenog će se ponuditi *de lege ferenda* zakonsko rješenje u Republici Hrvatskoj.

U radu će se koristiti dogmatsko-normativna metoda, metoda dedukcije, analize, sinteze, deskriptivne analize, specijalizacije, konkretizacije, klasifikacije, kompilacije, poredbena/komparativna metoda, statistička metoda, metoda indukcije, teleološka metoda te povijesna metoda. Konkretni primjeri na kojim mjestima u radu je korištena pojedina od navedenih metoda su dani u jedanaestom poglavlju, odnosno u sveobuhvatnom zaključku donesenom nakon provedenog istraživanja.

Temeljem dobivenih rezultata istraživanja i donesenih zaključaka glede legitimnosti ograničenja načela transparentnosti javne nabave označavanjem određenih podataka tajnim, kao i prikaza analize aspekata načela transparentnosti i prakse Suda Europske unije te Europskog suda za ljudska prava, doći će se do parametara pod kojima ograničenje načela transparentnosti javne nabave ispunjava uvjet legitimnosti.

Navedeno bi u praksi bio doprinos za naručitelje u postupcima javne nabave kada moraju procijeniti da li doista postoji valjana pravna osnova za označavanje podataka tajnim te da li je ostvarena legitimnost ograničenja načela transparentnosti za druge sudionike postupka koji traže uvid u navedene podatke.

U suprotnom, kršenjem tog temeljenog načela javne nabave, postupak ili ugovor o javnoj nabavi može biti poništen, kao što može biti i uskraćena isplata sredstva temeljem provedbe projekta financiranog iz sredstava Europske unije.

Doprinos u praksi će zasigurno biti i za same ponuditelje, posebice u uvjetima ekspanzije postupaka javne nabave vezanih uz inovacije i istraživanja u kojima se podnose ponude sa povjerljivim informacijama. Rezultati istraživanja će predstavljati i doprinos u procjeni pravne osnovanosti aktiviranja sredstava pravne zaštite u postupcima javne nabave, prilikom donošenja odluka glede aktiviranja žalbenog ili sudskog postupka.

Ujedno, pružena analiza sa zaključcima bi mogla predstavljati i znanstveni doprinos koji ukazuje na potrebu izmjene i/ili dopune hrvatskog zakonodavstva kako bi se osigurala zajamčena prava sudionicima postupka javne nabave u skladu s europskim pravom, a time bi navedeno bio i doprinos u praksi za rad odvjetnika i sudaca.

2. NAČELO TRANSPARENTNOSTI U POSTUPKU JAVNE NABAVE

2.1. Transparentnost kao pravni pojam

Riječ „transparentnost“ je pojam s kojim se gotovo svakodnevno susrećemo u različitim područjima života, a ponajviše vezano uz političke teme i javnu vlast. Sama riječ „transparentan“ dolazi od latinske riječi „trans-parere“²⁹, a riječ „transparentnost“ od latinske riječi „transparentia“³⁰. Vezano uz područje investicija i financija, prema rječniku „Webster's New World College Dictionary“³¹ pojam transparentnosti opisuje situaciju do koje dolazi kada tvrtke otvoreno priopćavaju važne informacije investitorima i dioničarima.

U Rječniku prava Europske unije³² „transparentnost“ je opisana na način da se radi o pojmu koji se široko koristi u kontekstu potrebe za većom otvorenošću i lakšem pristupu javnosti rada institucija Europske unije. Cilj je da se sa većom transparentnošću i otvorenošću poboljša legitimitet i odgovornost Europske unije.

Kada se uz neku odluku, postupak, radnje veže pojam transparentnosti, sam izričaj, cilj i smisao, uz semantičku, dobiva i dodatnu pravnu težinu. Pojam transparentnosti pokriva više aspekata³³, dok će u ovom radu naglasak biti na pravnim aspektima istog pojma dovedenim u korelaciju s opisanim predmetom i rezultatima ovog istraživanja.

S obzirom da se predmet istraživanja dijelom bavi zahtjevima i pravom na uvid u podatke, informacije te spis predmeta, pozivom na načelo transparentnosti postupka javne nabave, ističe se da je pojam transparentnosti u suvremenom smislu bio prvi puta upotrijebljen od strane engleskog filozofa, pravnika i ekonomista Jeremy Bentham. Naime, on je 1781. godine u filozofiju uveo pravac utilitarizma, čiji je bio i začetnik. Upravo utilitarizam, kao pravac koji potiče ukupnu sreću u svijetu

²⁹ Lat. proziran, bistar, jasan.

³⁰ Lat. prozirnost.

³¹ Službeni rječnik Associated Press, Wall Street Journal, New York Times i drugih vodećih novina, dostupno na <https://www.yourdictionary.com/about/websters-new-world-college-dictionary.html>, datum pristupa 18. listopada 2022. godine.

³² Phinnemore, David and McGowan, Lee, A Dictionary of the European Union, Second edition 2004, Europa Publications, Taylor & Francis Group, London and New York, Europa Publications 2004, str. 394.

³³ Transparentnost se može promatrati u širem i u užem smislu. Transparentnost u širem smislu predstavlja skup normi koje reguliraju pravo na pristup podacima i informacijama kojima raspolaže javna vlast, dok se transparentnost u užem smislu odnosi na dostupnost određenog skupa javnih podataka i informacija te omogućavanja prava na pristup informacija građanima temeljem zakonskih propisa, uz regulirane iznimke sa ciljem zaštite, primjerice, prava na privatnost, zaštite poslovne tajne, nacionalne sigurnosti ili slično.

O navedenom je izlagano u: 5. Forum za javnu upravu, Friedrich Ebert Stiftung, Institut za javnu upravu, 2015., str. 12, dostupno na https://iju.hr/Dokumenti/fju_5.pdf, datum pristupa 18. listopada 2022. godine.

³⁴ 1748.-1832. godine.

i promiče opće dobro, ističe i potrebu vladavine načela korisnosti, s čime se povezuju i drugi interesi koje je Bentham zagovarao, uključujući i interes slobode izražavanja te dostupnosti informacija.

U svojem djelu „Draught of a New Plan for the Organization of the Judicial Establishment in France: Proposed as a succedaneum to the draught presented, for the same purpose, by the Committee of Constitution, to the National Assembly, December 21 ST, 1789“³⁵, Bentham je naveo zanimljivo razmišljanje: „Javnost je duša pravde [...] Samo kroz javnost pravda postaje majka sigurnosti“³⁶. Dakle, iz ovog citata se nazire da je Bentham isticao važnost javnosti, odnosno dostupnosti u pravnom smislu, za njega je javnost duša, srž pravde uslijed čega se može postaviti *a contrario* pitanje je li nešto što nije dostupno i javno, pravedno, odnosno pravno provjerljivo.³⁷

Razvoj načela transparentnosti se ubrzao u 20. stoljeću, posebice nakon Prvog svjetskog rata, s obzirom da su se, u cilju sprječavanja budućih sukoba među državama, zagovarali otvoreni politički i vojni odnosi. Načelo transparentnosti je zatim u pravnom smislu doživjelo dodatan uzlet nakon Drugog svjetskog rata kada se pravo na pristup informacijama počelo spominjati kao osnova demokratskih društava i ljudskih prava.³⁸

U Općoj deklaraciji o ljudskim pravima iz 1948. godine³⁹, u članku 19. propisano je: „Svatko ima pravo na slobodu mišljenja i izražavanja; to pravo uključuje slobodu zadržavanja mišljenja bez uplitanja i slobodu traženja, primanja i širenja informacija i ideja putem bilo kojeg medija i bez obzira na granice.“

Nadalje, 1950. godine donesena je Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljenih sloboda⁴⁰ koja u članku 10., stavku 1., propisuje: „Svatko ima pravo na slobodu izražavanja. To pravo obuhvaća slobodu mišljenja i slobodu primanja i širenja informacija i ideja bez miješanja javne vlasti i bez

³⁵ Bentham, Jeremy, Draught of a New Plan for the Organization of the Judicial Establishment in France: Proposed as a succedaneum to the draught presented, for the same purpose, by the Committee of Constitution, to the National Assembly, December 21ST, 1789 (London, 1790). U prijevodu: „Nacrt novog plana organizacije pravosudnog poretka u Francuskoj: predložen kao zamjena Nacrta kojeg je, u istu svrhu, Odbor za ustav predstavio Nacionalnoj skupštini 21. prosinca 1789.“

³⁶ „Publicity is the very soul of justice [...] It is through publicity alone that justice becomes the mother of security“, o tome u: Gerald J. Postema, The soul of justice: Bentham on Publicity, Law, and the Rule of Law, dostupno na https://www.researchgate.net/publication/298719270_The_soul_of_justice_Bentham_on_publicity_law_and_the_rule_of_law, str. 40, datum pristupa 18. listopada 2022. godine.

³⁷ Autor Dru Stevenson je u svojem članku „Against Confidentiality“ naveo, među ostalim, da mnogo više zla proizlazi iz tajnosti nego iz transparentnosti („Far more evils result from secrecy than from transparency“). O tome više Stevenson, Drue, Against Confidentiality, University of California, Davis, Vol 48:337, str. 345.

³⁸ O tome u: 5. Forum za javnu upravu, Friedrich Ebert Stiftung, Institut za javnu upravu, 2015., str. 14, dostupno na https://iju.hr/Dokumenti/fju_5.pdf, datum pristupa 18. listopada 2022. godine.

³⁹ Opća deklaracija o ljudskim pravima donesena je na Općoj skupštini Ujedinjenih naroda, Rezolucijom 217 A (III), 10. prosinca 1948. godine, objavljena je u Republici Hrvatskoj u Narodne novine, Međunarodni ugovori 143/2009.

⁴⁰ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljenih sloboda donesena je u Rimu 04. studenoga 1950. godine od strane članica Vijeća Europe, objavljena je u Republici Hrvatskoj u Narodne novine, Međunarodni ugovori 18/1997, 16/1999. – pročišćeni tekst, 8/1999 – ispravak, 14/2002. Dalje u tekstu: Konvencija.

obzira na granice. Ovaj članak ne sprječava države da podvrgnu režimu dozvola ustanove koje obavljaju djelatnosti radija ili televizije te kinematografsku djelatnost.“

Dakle, i Opća deklaracija o ljudskim pravima i Konvencija već sredinom 20. stoljeća proklamiraju pravo, među ostalim, na primanje informacija.

Što se tiče međunarodnog obvezujućeg dokumenta glede prava na pristup informacijama, isti još uvijek ne egzistira, iako je Vijeće Europe u lipnju 2009. godine⁴¹ donijelo Konvenciju o pristupu službenim dokumentima.⁴² Međutim, ova Konvencija o pristupu službenim dokumentima još uvijek nije stupila na snagu, budući da je nije ratificirao dovoljan broj država.⁴³

U svakom slučaju, ova Konvencija o pristupu službenim dokumentima sadržajno postavlja minimalne standarde koje bi trebale poštovati sve države članice Vijeća Europe te će ista Konvencija, kada stupi na snagu, biti prvi međunarodni obvezujući akt o pravu na pristup informacijama.

Također je bitno za spomenuti da je 1998. godine donesena Konvencija o pristupu informacijama, sudjelovanju javnosti u odlučivanju i pristupu pravosuđu u pitanjima okoliša⁴⁴, međutim ista se odnosi na pravo na pristup informacijama u odnosu na pitanja zaštite okoliša, ne i na generalno pravo na pristup informacijama.

Stoga se doista može očekivati da će stupanje na snagu Konvencije o pristupu službenim dokumentima predstavljati pravnu revoluciju u području vezanom uz prava na pristup informacijama.⁴⁵

Sa znanstvenog aspekta, autor Richard W. Oliver u svojoj knjizi “What is transparency?”⁴⁶ zaključuje kako se može reći da je stariji i pasivniji pogled na transparentnost ustupio mjesto novoj transparentnosti koja je pretvorena iz puke intelektualne znatiželje u stvarni zahtjev u realnome vremenu, odnosno iz proaktivne prilike do proaktivnog zahtjeva, od jednostavnog ideala do kompleksnog skupa očekivanja i propisa.⁴⁷ Također, ovaj autor navodi da ciklus informacijske

⁴¹ U gradu Tromsøu, Norveška.

⁴² Council of Europe Convention on Access to Official Documents.

⁴³ Potrebna je ratifikacija od deset država.

⁴⁴ Tzv. Aarhuška konvencija, vidjeti Zakon o potvrđivanju Konvencije o pristupu informacijama, sudjelovanju javnosti u odlučivanju i pristupu pravosuđu u pitanjima okoliša, Narodne novine, Međunarodni ugovori, 1/2007.

⁴⁵ Primjerice, prema analizi koju je napravio GONG, dostupnoj na: <https://www.gong.hr/media/uploads/dokumenti/Razno/KonvencijaVijeaEuropeopravunapristupslubenimdokumentima.pdf>, datum pristupa 18. listopada 2022. godine, hrvatski Zakon o pravu na pristup informacijama ne zadovoljava tri od šest minimalnih standarda Konvencije.

⁴⁶ Oliver, Richard W., What is transparency? New York: McGraw-Hill, 2004.

⁴⁷ *Ibid.*, introduction.

transparentnosti istovremeno predstavlja industriju, ekonomiju i način života te da je nezaustavljiv pokretač i mehanizam modernog života.⁴⁸

Navedeno tim više dolazi do značaja sve većom digitalizacijom društva u 21. stoljeću, uz što se, zbog brzine i količine kolanja informacija, pojavljuje sve veća potreba zaštite informacija i podataka te prava vlasništva nad njima, čemu se suprotstavlja temeljno načelo transparentnosti i pravo na pristup informacijama. Stoga je potrebno pomiriti ta dva suprotstavljena zahtjeva.

U vezi s navedenim se postavlja pitanje koji su konkretni pravni aspekti načela transparentnosti.

Autorice Andrea Bianchi i Anne Peters u knjizi „Transparency in International Law“⁴⁹ već u samom uvodu navode kako transparentnost nije izrazito pravni koncept, već da su njegove konture prilično zamagljene i da se koristi se u različitim kontekstima. Navode da se većinom povezuje s legitimnošću, odgovornošću i demokratskim upravljanjem⁵⁰, međutim, autorice, među ostalim, zaključuju da ljudsko pravo na informacije može biti i jest sredstvo za transparentnost u međunarodnom pravu.⁵¹ Ujedno navode kako je transparentnost povezana sa javnopravnom paradigmom koja je usađena u međunarodni pravni sustav radi osiguranja dobrog upravljanja i poboljšavanja njegovog ukupnog legitimiteta i učinkovitosti.⁵² Također, autorice ukazuju i na definiciju transparentnosti koju je dala Ekonomska komisija Ujedinjenih naroda za Aziju i Pacifik na način da transparentnost znači da su informacije slobodno i izravno dostupne onima na koje će one utjecati, kao i da je potrebno pružiti dovoljnu količinu informacija u lako razumljivim oblicima.⁵³

Međutim, autorice su u pogledu dostupnosti informacija detektirale i nekoliko negativnih strana. Naime, navele su da su čak i najvatreniji zagovornici transparentnosti prepoznali su da je u našoj epohi informacijskih tehnologija ogromna količina podataka, a da lakoća kojom se one mogu distribuirati zapravo može dovesti do kaosa i raspada.⁵⁴

⁴⁸ *Ibid.*, str. 22.

⁴⁹ Bianchi, Andrea, Peters, Anne, *Transparency in International Law*, Cambridge University Press 2013.

⁵⁰ *Ibid.*, str. 8.

⁵¹ *Ibid.*, str. 234.

⁵² *Ibid.*, str. 5.

⁵³ *Ibid.*, str. 8.

⁵⁴ „Even the most ardent supporters of transparency recognize that in our epoch of information technology the vast quantity of data and the ease with which it may be disseminated „may lead to chaos and breakdown“, Bianchi, Andrea, Peters, Anne, *Transparency in International Law*, Cambridge University Press 2013, str. 10.

Potom, autori Bennis Warren, Daniel Goleman, James O' Toole i Patricia Ward Biedermanc, navode da transparentnost obuhvaća otvorenost, integritet, iskrenost, etičnost, jasnoću, potpuno otkrivanje, poštovanje zakona i niz drugih stvari koje dopuštaju da se pošteno odnosimo jedni prema drugima.⁵⁵

Ipak, u mnogim slučajevima potpuna transparentnost nije poželjna, već je pristup informacijama potrebno ograničiti, posebice ako postoji legitiman interes kao što je, primjerice, zaštita inovacija, poslovnih tajni te osobnih podataka, čime će se, među ostalim, baviti ovaj rad.

Nadalje, autorica Melanie Plauth u svojoj knjizi „Die Rechtspflicht zur Transparenz im europäisierten Vergaberecht“⁵⁶, ističe kako pojam transparentnosti uspoređuje sa prozirnošću, staklom, da se radi se o simbolu vidljivosti koji se koristi za izražavanje da bi nešto trebalo biti prepoznatljivo ili razumljivo.

Kada opisuje transparentan postupak u pravnom smislu, ista autorica navodi da se radi o otvorenom postupku koji se ne odvija na prikriven, odnosno zatvoren način, već je otvoren promatraču te je razumljiv.⁵⁷ Ujedno naglašava kako transparentnost često nadilazi dimenziju otvorenosti i opisuje kvalitetu određenog postupka u njegovom odnosu prema drugoj osobi promatraču te da se transparentan postupak razlikuje od netransparentnog postupka upravo temeljem dostupnosti informacija.⁵⁸

Slijedom navedenog, zaključuje da transparentnost ovisi o procjeni količine informacija koje je promatrač dobio te se, osim otvorenosti, zahtijeva i razumljivost informacija.⁵⁹

Autorica također zaključuje kako ne znači da se putem veće količine informacija može automatski postići veća transparentnost pa je stoga za transparentnost važna jasnoća, a ne puka dostupnost informacija. Parafrazirano rečeno, bitnija je kvaliteta od kvantitete. Zbog toga ova autorica definira transparentnost kao mjeru dostupnosti korisnih informacija.⁶⁰

⁵⁵ Bennis, Warren, Daniel Goleman, James O' Toole with Patricia Ward Biederman, *Transparency, How Leaders Create a Culture of Candor*, Published by Jossey-Bass, A Wiley Imprint 989 Market Street, San Francisco, 2008, Uvod vii.

⁵⁶ Plauth, Melanie, *Die Rechtspflicht zur Transparenz im europäisierten Vergaberecht*, 2017 Bundesanzeiger Verlag GmbH, Köln, str. 19.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ „Im Ergebnis ist der Begriff Transparenz daher als Maßstab der Verfüg-barkeit nutzbarer Informationen zu verstehen“, Plauth, Melanie, *Die Rechtspflicht zur Transparenz im europäisierten Vergaberecht*, 2017 Bundesanzeiger Verlag GmbH, Köln, str. 20.

Nadalje, autor Jean Rivero rekao je za pojam transparentnosti kako ne voli mutne riječi, a da upravo pojam transparentnosti nema preciznost koja se zahtijeva u pravnom smislu te da riječ zapravo nije nastala među pravnicima, već u političko-socijalnoj raspravi.⁶¹

Autorica Katharina Sobota je u svojoj knjizi „Das Prinzip Rechtsstaat Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte“ pojam transparentnosti, doduše vezano uz njemačko ustavno pravo, također okarakterizirala na način da se ne radi o pravnom pojmu te da se on ne odnosi na „kriterije prava“.⁶²

Unatoč izloženom skepticizmu oko jasnoće, preciznosti i neovisnosti pojma "transparentnosti", transparentnost se ipak uspjela etablirati u pravnom području te se pojavljuje u različitim područjima prava. Međutim, zakonska definicija pojma transparentnosti ne postoji izričito ni u jednom pravnom području, iako se transparentnost, kao takva, u različitim pravnim područjima odnosi na otvorenost, jasnoću, dostupnost.

Carl-Sebastian Zoellner u knjizi „Das Transparenzprinzip im internationalen Wirtschaftsrecht“ navodi kako, općenito, koncept transparentnosti u zakonskoj definiciji znači neograničenu količina pravno relevantnih informacija svih vrsta.⁶³ Dakle, njegova definicija se zapravo poklapa sa definicijom danom od strane autorice Melanie Plauth.

U radu „Transparenz als Verfassungsprinzip“ autor Bröhmer Jürgen opisuje aspekte transparentnosti važne za vladavinu prava te kao jedan od aspekata iste naglašava i zahtjev za pravnu sigurnost.⁶⁴

Sastavni dijelovi dobre vladavine⁶⁵ jesu: 1) otvorenost (transparentnost) institucija, 2) sudjelovanje (participacija) građana, 3) odgovornost svih nositelja ovlasti, 4) djelotvornost nositelja ovlasti, 5) usklađenost (koherentnost) politika. Ova načela su osnažena poštovanjem načela razmjernosti (proporcionalnosti) te načela supsidijarnosti.⁶⁶

Iako je vidljivo da je načelo transparentnosti u okviru vladavine prava vezano uz otvorenost institucija, potrebno je naglasiti da se, primjerice, u hrvatskoj praksi vrlo često prilikom podnošenja

⁶¹ Jean Rivero: „Transparence, je n'aime pas beaucoup les mots flous et celui-là n'a évidemment pas la précision que nous souhaitons pour les termes juridiques. Le mot d'ailleurs n'a pas surgi d'abord chez les juristes: il est apparu dans le discours politico-social.“, La transparence administrative en Europe, 1989, Jean Rivero et les rapports de synthèse, Colloques d'Aix-en-Provence, 1978-1993, „Un trésor est caché là-dedans“, Press Universitaires de France, 2012/4 n° 92, str. 947 – 953.

⁶² Plauth, Melanie, Die Rechtspflicht zur Transparenz im europäisierten Vergaberecht, 2017 Bundesanzeiger Verlag GmbH, Köln, str. 20.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Bröhmer, Jürgen, Transparenz als Verfassungsprinzip, Saarbrücken, 2002, str. 157 i 172.

⁶⁵ Good governance.

⁶⁶ O tome Lauc, Zvonimir, Prethodno priopćenje, Načelo vladavine prava u teoriji i praksi, Pravni vjesnik: časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku, Vol. 32 No. 3-4, 2016, str. 55.

ustavnih tužbi Ustavnom sudu Republike Hrvatske praktičari pozivaju na povredu ustavnog načela vladavine prava kada sud ili drugo tijelo koje odlučuje u postupku povrijedi načelo zakonitosti i ustavnosti, odnosno ne primijeni pravilno pozitivne propise te Ustav.⁶⁷ Također, dio šireg načela vladavine prava predstavlja načelo pravne sigurnosti u svezi s kojim se praktičari vrlo često, prilikom aktiviranja pravnih lijekova i tužbi, pozivaju na neusklađenost sudske prakse.

Osnaživanju načela pravne sigurnosti doprinosi upravo načelo transparentnosti. Vezano konkretno uz postupak javne nabave, ukoliko sudionik u postupku nema mogućnost uvida u konkurentsku dokumentaciju te je „prisiljen“ podnositi pravni lijek ili tužbu praktički „na slijepo“, temeljem ograničenih informacija⁶⁸, time se dovodi u pitanje povreda načela pravne sigurnosti kao elementa načela vladavine prava.

2.2. Uloga načela transparentnosti u postupku javne nabave

U članku 4. stavku 1., hrvatskog Zakona o javnoj nabavi propisano je da je naručitelj u primjeni navedenog zakona, u odnosu na sve gospodarske subjekte „obvezan poštovati načelo slobode kretanja robe, načelo slobode poslovnog nastana i načelo slobode pružanja usluga te načela koja iz toga proizlaze, kao što su načelo tržišnog natjecanja, načelo jednakog tretmana, načelo zabrane diskriminacije, načelo uzajamnog priznavanja, načelo razmjernosti i načelo transparentnosti.“

Dakle, iz same stipulacije hrvatske zakonodavne norme proizlazi da je načelo transparentnosti postupka javne nabave jedno od načela koje proizlazi iz ključnih načela/sloboda zajedničkog unutarnjeg tržišta Europske unije, odnosno iz načela slobode kretanja robe⁶⁹ i načela slobode pružanja usluga⁷⁰.

⁶⁷ Primjerice, povrede navedenih triju načela potvrdio je Ustavni sud Republike Hrvatske u Odluci U-II-2944/2012 od 27. rujna 2016. godine.

⁶⁸ Prema stavu suca Međunarodnog suda pravde (International Court of Justice) C.G. Weerantmantry, „[pravo] na informaciju je pomoćno pravo za niz drugih ljudskih prava, koja se mogu naći na globalnoj, nacionalnoj i individualnoj razini.“ O tome više Bishop, Cheryl Ann, ed. Urofsky, Melvin I., Access to Information as a Human Right, LFB Scholarly Publishing LLC, 2012, str. 19-20.

⁶⁹ Članak 28. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, Pročišćene verzije Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o funkcioniranju Europske unije, Ugovor o Europskoj uniji (pročišćena verzija), Ugovor o funkcioniranju Europske unije (pročišćena verzija), Protokoli, Prilozi Ugovoru o funkcioniranju Europske unije, Izjave priložene Završnom aktu Međuvladine konferencije na kojoj je donesen Ugovor iz Lisabona potpisan 13. prosinca 2007., SL C 202, 07.06.2016, dalje: Ugovor o funkcioniranju Europske unije.

⁷⁰ *Ibid.*, članak 56.

Načelo transparentnosti u međuzavisnom je odnosu sa načelom tržišnog natjecanja, obzirom da je njegova uloga u postupku javne nabave, među ostalim, povećati tržišno natjecanje te uslijed navedenog ostvariti što bolji omjer cijene i kvalitete.

Provedba postupaka javne nabave pozitivno utječe na ekonomske aktivnosti i rast gospodarstva⁷¹, s time da je upravo uspostavom „novijeg“⁷² pravnog okvira na unutarnjem tržištu Europske unije došlo do porasta prekograničnih postupaka javne nabave, čime se generalno povećalo tržišno natjecanje i konkurencija. Navedeno ima pozitivan učinak na gospodarstvo, jer što je konkurencija veća, očekuje se i bolja kvaliteta te u konačnici bolji omjer cijene i kvalitete.

Međutim, da bi se osigurala provjerljivost odabranog subjekta u postupku javne nabave s ponudom, te potom odabranom, cijenom i kvalitetom robe, radova ili usluga, potrebno je osigurati razinu transparentnosti kako bi postupak podlegao adekvatnoj financijskoj i pravnoj kontroli.

Ukoliko razina transparentnosti nije na zadovoljavajućoj razini, za sudionike postupka se mogu otvoriti dodatne pravne dvojbe, sumnje, što može dovesti do kontraefekta funkcije postupka javne nabave, da bude što brži, učinkovitiji te u konačnici uspješno proveden, odnosno da nabava kao cjelina bude ekonomična, učinkovita i djelotvorna.

Što se tiče temeljnog zahtjeva transparentnosti u postupku javne nabave, isti pretpostavlja objavljivanje jasnih i lako dostupnih relevantnih informacija u svim fazama postupaka.

No, moglo bi se reći da, u kontekstu transparentnosti, širi zahtjev od zahtjeva objavljivanja informacija predstavlja zahtjev dostupnosti informacija.

Naime, za pojedine subjekte u postupku često je važnije da mu se određene informacije učine dostupnima, neovisno o tome potpadaju li iste pod zahtjev objavljivanja. Pod navedenim se misli na pravo na dostupnost informacija na osnovi pozicije sudionika u samom postupku i potrebe

⁷¹ Prema procjenama, Ugovori o javnoj nabavi donose više od 16% BDP Europske unije. Prema podacima za 2015. godinu, ukupna vrijednost poziva na podnošenje ponuda objavljenih u Europskoj uniji iznosila je 450 milijardi EUR.

⁷² Područje javne nabave u europskom pravu je bilo regulirano već od početka 1960-tih godina, međutim uslijed složenosti propisa je kasnije došlo do pojednostavljenja donošenjem četiriju direktiva. Tri su Direktive bile spojene u Direktivu 2004/18/EZ (SL L 134, 30.4.2004) o ugovorima o javnim radovima, ugovorima o javnoj nabavi robe te ugovorima o javnim uslugama te je bila donesena i Direktiva 2004/17/EZ (SL L 134, 30.04.2004) o sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga. Do pojednostavljena postupka javne nabave došlo je i u području vezanom uz obranu u svezi čega je bila donesena Direktiva 2009/81/EZ (SL L 216, 20.08.2009). U 2014. godini doneseni su novi propisi, i to Direktiva 2014/24/EU (SL L 94, 28.03.2014) o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ te Direktiva 2014/25/EU (SL L 94, 28.03.2014) o nabavi subjekata koji posluju u sektoru vodnoga gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ. Ujedno je bila donesena i nova direktiva vezana u koncesije, konkretno Direktiva 2014/23/EU (SL L 94, 28.03.2014). U 2014. godini je donesena Direktiva 2014/55/EU (SL L 133, 06.05.2014) o elektroničkom izdavanju računa u javnoj nabavi.

dostupnosti pojedinih relevantnih informacija. Ukoliko se radi o informacijama specifičnog tipa koje su izuzete iz obveze javnog objavljivanja i dostupnosti trećima, odnosno zainteresiranoj javnosti, potrebno je omogućiti da sudionici u postupku, koji za to imaju pravni interes, mogu ostvariti svoje pravo na dostupnost informacija kako bi se omogućilo ostvarivanje njihovih drugih prava u postupku, ponajprije prava na učinkovito i djelotvorno pravno sredstvo.

Generalno, otvoreni i transparentni podaci utječu na izgradnju povjerenja te na pritisak javnosti radi poboljšanja sustava javne nabave, što je važno i za znanstvenu zajednicu.⁷³

U članku „Public Procurement in the EU: Legislative Framework, Basic Principles and Institutions“⁷⁴ navode se i drugi ciljevi za koje je bitna transparentnost javne nabave, i to: objava i dostupnost zakonodavstva, zahtjevi oglašavanja koji omogućavaju otkrivanje, unaprijed objavljivanje tehničkih specifikacija kako bi se vidjelo jesu li one pravedne i nediskriminirajuće, zahtjevi za evidentiranje i izvještavanje.

U knjizi „Public Procurement fundamentals“⁷⁵, autor navodi da transparentnost sustava javne nabave osigurava da sustav javne nabave funkcionira s integritetom, da odgovarajuće kontrole u postupku podržavaju sustav te da postoje odgovarajuće antikorupcijske mjere sa ciljem izbjegavanja nepravilnosti u postupku nabave. Autor omogućavanje pristupa informacijama o nabavi te mogućnost podnošenja pravnih lijekova smatra učinkovitom kontrolom u postupku. Također navodi da je sustav javne nabave u većini zemalja zasnovan na sedam globalno prihvaćenih načela: vrijednost za novac, ekonomičnost, integritet, svrhovitost, učinkovitost, transparentnost⁷⁶ i pravednost te da postoje četiri stupa javne nabave⁷⁷, od kojih prvi stup čini zakonodavstvo, drugi stup čini institucionalno upravljanje i uređenje, treći stup čine radnje javne nabave i tržište, dok četvrti stup predstavlja integritet i transparentnost.

⁷³ O tome u „Tematski informativni članak o europskom semestru javna nabava“, izdan od strane Europske komisije, 22.11.2017., dostupno na https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_hr.pdf, datum pristupa 18. listopada 2022. godine.

⁷⁴ Public Procurement in the EU: Legislative Framework, Basic Principles and Institutions, Support form Improvement in Governance and Management, OECD i Europska komisija, siječanj 2011, str. 5, dostupno na <http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-1-200117.pdf>, datum pristupa 18. listopada 2022. godine.

⁷⁵ Naushad, Khan, Public Procurement fundamentals, Lessons from and for the Field, Emerald Publishing Limited Howard House, Wagon Lane, Bingley BD16 1WA, UK, First edition 2018, str. 4.

⁷⁶ *Ibid.*, str. 6. Za transparentnost autor navodi da informacije moraju biti javno dostupne svim zainteresiranim stranama, dosljedno i pravodobno, putem lako i široko dostupnih izvora uz razumne troškove ili bez troškova; potrebno je odgovarajuće izvještavanje o aktivnostima nabave, a korištenje odredbi o povjerljivosti u ugovorima samo tamo gdje je to opravdano.

⁷⁷ Public Procurement fundamentals, Lessons from and for the Field, Naushad Khan, Emerald Publishing Limited Howard House, Wagon Lane, Bingley BD16 1WA, UK, First edition 2018, str. 5.

Potom, u spomenutoj knjizi „Transparency in EU Public Procurement, an introduction“, autora Kirsi-Marie Halonen, Roberta Caranta i Alberta Sanchez-Graellsa, navodi se kako postoje različiti pristupi otvorenosti informacijama u državama članicama Europske unije, a da glavni uzroci leže u pravnoj tradiciji država članica.⁷⁸ Naglašeno je kako su glavna pitanja i dalje otvorena te čekaju rješenja na razini Europske unije i na nacionalnoj razini.⁷⁹

Ujedno je važno za naglasiti da transparentnost postupka javne nabave promiče i GPA⁸⁰ donesen od strane Svjetske trgovinske organizacije⁸¹ koji promiče transparentnost, pravednost, učinkovitost, konkurenciju i nediskriminaciju te u samim uvodnim odredbama navodi kako je prepoznata važnost transparentnih mjera u vezi s državnom nabavom, provođenja nabava⁸² na transparentan i nepristran način te izbjegavanje sukoba interesa i koruptivne prakse.

Samo pitanje transparentnosti navodi se u članku 16. Sporazuma GPA koji se odnosi na informacije koje se daju dobavljačima, objave podataka o rezultatima postupka, čuvanje dokumentacije, izvješća i elektronička sljedivost te prikupljanje i izvještavanje glede statistike.

Što se konkretno tiče informacija koje se daju dobavljačima, u članku 16., stavku 1., Sporazuma GPA navedeno je da će naručitelj odmah obavijestiti dobavljače koji sudjeluju u postupku o dodjeli ugovora te će isto učiniti u pismenom obliku ukoliko bi se podnio takav zahtjev.⁸³

U ranije važećem hrvatskom Zakonu o javnoj nabavi iz 2011. godine⁸⁴, u članku 4., koji se odnosio na uvjete koji se odnose na sporazume sklopljene u okviru Svjetske trgovinske organizacije, bilo je

⁷⁸ Halonen, Kirsi-Maria, Caranta, Roberto and Sanchez-Graells, Albert, Transparency in EU procurements: an introduction, The online content platform for Edward Elgar Publishing, str. 2.

⁷⁹ „Taken together, the chapters in this book expose the fallacy of thinking we know everything about transparency in public procurement. Quite to the contrary, major questions are still open and are awaiting solutions at both EU and national level.“, Halonen, Kirsi-Maria, Caranta, Roberto and Sanchez-Graells, Albert, Transparency in EU procurements: an introduction, The online content platform for Edward Elgar Publishing, str. 3.

⁸⁰ Sporazum o javnoj nabavi, Government Procurement Agreement (GPA), revidirana verzija iz 2012. godine, dostupan na https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.pdf, datum pristupa 18. listopada 2022. godine (ranija verzija datira iz 1994. godine), dalje u tekstu: Sporazum GPA. Europska unija je stranka revidiranog Sporazuma GPA te su države članice obuhvaćene revidiranim Sporazumom na temelju prava Unije.

⁸¹ World Trade Organization (WTO).

⁸² Sporazum GPA se odnosi samo na one ugovore javne nabave koji se izričito nalaze na popisu ugovora koji su obuhvaćeni Sporazumom GPA te se prema istom i izvršavaju. O tome više Casavola, Hilde Caroli, Internationalizing Public Procurement Law: Conflicting Global Standards for Public Procurement, Global Jurist, vol. 6, no. 3, 2006, str. 4.

⁸³ Također je ugovoreno da ukoliko se ispune uvjeti iz članka 17., stavka 2. i 3. Sporazuma GPA da će naručitelj na zahtjev pružiti neuspješnom dobavljaču objašnjenje razloga zašto nije odabrana njegova ponuda i relativne prednosti ponude uspješnog dobavljača. Članak 17. Sporazuma GPA se odnosi na otkrivanje informacija te u stavcima 2. i 3. predviđa da bez obzira na bilo koju drugu odredbu istog Sporazuma, stranka, uključujući naručitelje, neće pružiti određenom dobavljaču informacije koje bi mogle ugroziti pošteno tržišno natjecanje između dobavljača. Ništa se neće tumačiti kao zahtijevanje od stranke, uključujući naručitelje, tijela i tijela za reviziju, da otkriju povjerljive podatke u slučajevima kada bi otkrivanje: ometalo provođenje zakona; moglo naštetiti poštenoj konkurenciji između dobavljača; štetilo legitimnim komercijalnim interesima određenih osoba, uključujući zaštitu intelektualnog vlasništva ili bi inače bio u suprotnosti s javnim interesom.

⁸⁴ Narodne novine 90/2011.

propisano sljedeće: „Danom pristupanja Republike Hrvatske Sporazumu o javnoj nabavi (Agreement on Government Procurement – GPA), naručitelji na koje se odnosi Sporazum obvezni su pri sklapanju ugovora o javnoj nabavi primijeniti njegove odredbe na gospodarske subjekte trećih država koje su strane Sporazuma. Pri sklapanju ugovora o javnoj nabavi obuhvaćenih Sporazumom, Republika Hrvatska primjenjuje na gospodarske subjekte država članica uvjete jednako povoljne kao one koje jamči gospodarskim subjektima trećih država koje su strane Sporazuma o javnoj nabavi.“

Stjecanjem punopravnog članstva u Europskoj uniji 1. srpnja 2013. godine, Republika Hrvatska je službeno pristupila Sporazumu GPA, tako da se on primjenjuje i u odnosu na Republiku Hrvatsku.

2.3. Načelo transparentnosti javne nabave u europskom pravu

2.3.1. Transparentnost u primarnom pravu Europske unije

Načelo transparentnosti u javnoj nabavi predstavlja jedno od načela⁸⁵ koje proizlazi iz načela slobode kretanja robe, načela slobode poslovnog nastana i načela slobode pružanja usluga.⁸⁶ Posljednja tri načela propisana su i primarnim pravom Europske unije.⁸⁷

Načelo transparentnosti u postupcima javne nabave nije na izričiti način regulirano primarnim pravom Europske unije, već se odredbe primarnog prava glede transparentnosti odnose na pristup dokumentima institucija, tijela, ureda i agencija Unije od strane svakog građanina.

Tako je u članku 298. Ugovora o funkcioniranju Europske unije propisano da „u obavljanju svojih zadaća, institucije, tijela, uredi i agencije Unije imaju potporu otvorene, učinkovite i neovisne europske administracije“⁸⁸, dok se u članku 15. ustanovljuje načelo otvorenosti djelovanja institucija, tijela, ureda i agencija Unije, u svrhu promicanja „dobrog upravljanja te osiguranja sudjelovanja civilnog društva“.

U članku 15., stavku 3., Ugovora o funkcioniranju Europske unije propisano je, među ostalim, da „svaki građanin Unije i svaka fizička ili pravna osoba s boravištem ili sjedištem u nekoj državi članici ima pravo pristupa dokumentima institucija, tijela, ureda i agencija Unije, neovisno o njihovoj

⁸⁵ Uz načelo jednakog tretmana, načela zabrane diskriminacije, načela tržišnog natjecanja, načela uzajamnog priznavanja, načela razmjernosti.

⁸⁶ Članak 4., stavak 1., hrvatskog Zakona o javnoj nabavi, Narodne novine 120/2016, 114/2022.

⁸⁷ Uz načelo slobode kretanja radnika.

⁸⁸ Odnosi se na institucije, tijela, urede i agencije Unije.

mediju“. Istom odredbom je također propisano da „opća načela i ograničenja na temelju javnog ili privatnog interesa koji uređuju pravo na pristup dokumentima utvrđuje Europski parlament i Vijeće uredbama, odlučujući u skladu sa redovnim zakonodavnim postupkom.“ Također je propisano da „svaka od institucija, tijela, ureda ili agencija osigurava transparentnost svojih postupanja i u svojem poslovniku utvrđuje posebne odredbe u vezi s pristupom svojim dokumentima“. Nadalje je istom odredbom propisano, među ostalim, da Sud Europske unije, Europska središnja banka i Europska investicijska banka podliježu odredbama istog stavka „samo kada obavljaju svoje administrativne zadaće“.

Nastavno na prethodno navedeno, Europska unija je usvojila Uredbu o pristupu javnosti službenim dokumentima Europskog parlamenta, Vijeća i Europske komisije⁸⁹ koja regulira pristup informacijama u institucijama Europske unije te propisuje moguća ograničenja.

Što se konkretno tiče pravila o transparentnosti postupka javne nabave u Europskoj uniji, ista predstavljaju kombinaciju propisa, sudske prakse i ustavnih pravila država članica te europskog prava, uključujući Ugovor o Europskoj uniji te Povelju Europske unije o temeljnim pravima⁹⁰.

Člankom 42. Povelje je propisano: „Svaki građanin Unije i svaka fizička ili pravna osoba s boravištem ili sjedištem u nekoj državi članici ima pravo pristupa dokumentima institucija, tijela, ureda i agencija Unije neovisno o njihovom mediju.“

Dakle, radi se o jamčenju prava na pristup informacijama, kao jednom od temeljnih prava svih građana Europske unije. Međutim, kao što je navedeno, prvenstveno se radi o pravu koje je vezano uz osiguravanje transparentnosti, odnosno pristupa dokumentima institucija, tijela, ureda i agencija Europske Unije. Ipak, dokumenti tih institucija, tijela, ureda i agencija se mogu odnositi i na dokumentaciju postupaka javne nabave. Stoga se može zaključiti da odredbe glede načela transparentnosti iz primarnog prava Europske unije mogu biti vezane i uz transparentnost, odnosno pristup dokumentima javne nabave koje provode institucije, tijela, uredi i agencije Europske unije.

Što se tiče prava na pristup dokumentaciji javne nabave koju provode javni i sektorski naručitelji u državama članicama, kao i privatni poduzetnici kao neobveznici⁹¹ propisa o javnoj nabavi, isto nije na izričiti način regulirano primarnim pravom Europske unije.

⁸⁹ Uredba 1049/2001 Europskog parlamenta i Vijeća od 30. svibnja 2001. o javnom pristupu dokumentima Europskog parlamenta, Vijeća i Komisije, SL L 145, 31.05.2001.

⁹⁰ SL C 202/389, 07.06.2016., dalje u tekstu: Povelja.

⁹¹ U pravilu mali i srednji poduzetnici kada provode projekte financirane sredstvima iz europskih fondova.

Međutim, člankom 6., stavkom 3., Ugovora o Europskoj uniji propisano je da „temeljna prava, kako su zajamčena Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i kako proizlaze iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, čine opća načela prava Unije.“

Slijedom navedenog, zaključuje se da obveza primjene načela transparentnosti u pojedinom postupku javne nabave⁹², kao dio osiguravanja poštovanja prava na pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo iz Konvencije, može predstavljati jedan od elemenata općih načela prava Unije.

Stoga se može reći da su opća načela prava Unije, osim na institucije, tijela, urede i agencije Europske unije, primjenjiva i na javne te sektorske naručitelje u državama članicama, kao i na neobveznike propisa o javnoj nabavi. Temeljem navedenog zaključujem da se odredba članka 6., stavka 3., Ugovora o Europskoj uniji, kao dio primarnog prava, primjenjuje i na područje javne nabave kako u javnom, tako i privatnom sektoru na unutarnjem tržištu Europske unije.

2.3.2. Transparentnost u sekundarnom pravu Europske unije

Što se tiče sekundarnog zakonodavstva u Europskoj uniji vezano uz postupke javne nabave, najvažnije su Direktiva 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ⁹³, Direktiva 2014/25/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetske i prometnog sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ⁹⁴, Direktiva 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovora o koncesiji⁹⁵ te Direktiva 2014/55/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 16. travnja 2014. o elektroničkom izdavanju računa u javnoj nabavi⁹⁶.

Već je u uvodnom dijelu Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ propisano da dodjela javnih ugovora od strane ili u ime nadležnih tijela država članica mora biti u skladu s načelima Ugovora o funkcioniranju Europske unije, „pogotovo s načelom slobodnog kretanja robe, slobode poslovnog

⁹² Ovisno o okolnostima pojedinog slučaja.

⁹³ SL L 94, 28.03.2014, str. 65-242.

⁹⁴ *Ibid.*, str. 243-374.

⁹⁵ *Ibid.*, str. 1-64.

⁹⁶ SL L 133, 6.5.2014, str. 1-11.

nastana i slobode pružanja usluga, kao i s načelima koja iz toga proizlaze, poput načela jednakog postupanja, zabrane diskriminacije, međusobnog priznavanja, proporcionalnosti i transparentnosti.“⁹⁷

Navodi se da bi ugovori trebali biti dodijeljeni na temelju „objektivnih kriterija kojima se osigurava sukladnost s načelima transparentnosti, zabrane diskriminacije i jednakog postupanja“ te da bi javni naručitelji trebali biti „obvezni osigurati potrebnu transparentnost kako bi omogućili da su svi ponuditelji na odgovarajući način obaviješteni o kriterijima i postupcima koji će se primjenjivati pri donošenju odluke o dodjeli ugovora.“⁹⁸

Povjerljivost podataka regulirana je člankom 21. Direktive te je propisano da, osim ako predmetnom direktivom ili nacionalnim pravom nije drukčije određeno, „javni naručitelj ne otkriva dobivene informacije od strane gospodarskih subjekata ukoliko su ih označili kao povjerljive, uključujući tehničke ili trgovinske tajne i povjerljive aspekte ponuda, ali ne ograničavajući se na njih. Javni naručitelji mogu nametnuti gospodarskim subjektima zahtjeve s ciljem zaštite povjerljive naravi podataka koje javni naručitelji stavljaju na raspolaganje tijekom cijelog postupka nabave.“

Kao što će biti analizirano u daljnjim dijelovima rada, posebice u dijelu koji obrađuje razinu transparentnosti postupka javne nabave u državama članicama Europske unije, biti će vidljivo da su navedene odredbe iz ove Direktive implementirane u gotovo sva nacionalna zakonodavstva država članica.

Što se tiče sadržaja Direktive 2014/25/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ, u toj Direktivi je glede pitanja transparentnosti već u uvodnom dijelu navedeno da, „kako bi se osiguralo tržišno natjecanje kod nabave koju provode subjekti koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga, potrebno je sastaviti propise za usklađivanje postupaka nabave s obzirom na ugovore iznad određene vrijednosti.“⁹⁹ Istaknuto je da je takvo usklađivanje „potrebno kako bi se osigurao učinak načela Ugovora o funkcioniranju Europske unije, poput načela jednakog postupanja, zabrane diskriminacije, međusobnog priznavanja, proporcionalnosti i transparentnosti.“¹⁰⁰

⁹⁷ Točka 1 preambule.

⁹⁸ Točka 90 preambule.

⁹⁹ Točka 2 preambule.

¹⁰⁰ *Ibid.*

Za transparentnost je bitno i da ključni elementi postupka nabave, poput dokumentacije o nabavi, zahtjeva za sudjelovanje, potvrde interesa i ponuda, budu u pisanom obliku, a ukoliko se radi o usmenoj komunikaciji ista bi trebala biti dokumentirana kroz, primjerice službene bilješke ili audiosnimke. Navedeno je bitno iz razloga provjere je li se poštuje načelo jednakog postupanja.¹⁰¹

U točki 95 preambule Direktive je naglašeno da bi „ugovori trebali biti dodijeljeni na temelju objektivnih kriterija kojima se osigurava sukladnost s načelima transparentnosti, zabrane diskriminacije i jednakog postupanja, s ciljem osiguravanja objektivne usporedbe relativne vrijednosti ponuda kako bi se odredilo, uz poštovanje uvjeta učinkovitog nadmetanja, koja ponuda je ekonomski najpovoljnija.“ Ujedno se navodi da su „sljedivost i transparentnost pri donošenju odluka u postupcima nabave od ključne važnosti za osiguravanje pouzdanih postupaka, uključujući učinkovitu borbu protiv korupcije i prijevare“ te da bi javni naručitelji „trebali čuvati primjerke sklopljenih ugovora velike vrijednosti kako bi se zainteresiranim stranama mogao omogućiti pristup tim dokumentima, u skladu s primjenjivim pravilima o pristupu dokumentima.“¹⁰²

Načelo transparentnosti izričito je proklamirano u članku 36. navedene Direktive kojim je, u stavku 1., regulirano da „naručitelji s gospodarskim subjektima postupaju jednako i bez diskriminacije te djeluju na transparentan i razmjeran način.“

Transparentnost se promiče i člankom 58. iste Direktive, na način da u okviru postupka prethodne analize tržišta „naručitelji mogu tražiti ili prihvatiti savjete neovisnih stručnjaka ili nadležnih tijela ili sudionika na tržištu“, međutim ti savjeti ne smiju dovesti do narušavanja tržišnog natjecanja i kršenja načela zabrane diskriminacije i transparentnosti.¹⁰³

Članak 67. Direktive regulira pitanje objavljivanja i transparentnosti vezano uz periodične indikativne obavijesti koje sadrže podatke određene u Prilogu VI. dijelu A odjeljku I. Direktive.¹⁰⁴

Načela dodjele ugovora regulirana su člankom 93., stavkom 1., Direktive na način da „države članice predviđaju nacionalna pravila za dodjelu ugovora kako bi se osiguralo da su naručitelji usklađeni s načelima transparentnosti i jednakog postupanja prema gospodarskim subjektima.“

¹⁰¹ Točka 69 preambule.

¹⁰² Točka 132 preambule.

¹⁰³ Proizlazi iz članka 58., stavka 1. i 2. Direktive.

¹⁰⁴ Objavljuje ih ili Ured za publikacije Europske unije ili naručitelji na svojim profilima kupca u skladu s Prilogom IX. točkom 2. podtočkom (b) Direktive. Ako su periodičnu indikativnu obavijest objavili naručitelji na svom profilu kupca, oni šalju obavijest o objavi periodične indikativne obavijesti na svom profilu kupca Uredu za publikacije Europske unije u skladu s Prilogom IX. točkom 3. Te obavijesti sadrže podatke određene u Prilogu VI. dijelu B. Direktive.

Što se tiče Direktive 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovora o koncesiji, u istoj se, među ostalim, u uvodnom dijelu¹⁰⁵ navodi da je iz područja primjene te Direktive „potrebno isključiti koncesije određenih usluga koje su dodijeljene gospodarskim subjektima kada su one dodijeljene na temelju isključivog prava koje taj subjekt koristi sukladno nacionalnim zakonima, propisima ili objavljenim upravnim odredbama te koje je dano u skladu s Ugovorom o funkcioniranju Europske unije i s aktima Unije o zajedničkim pravilima o pristupu tržištu primjenjivima na djelatnosti navedene u Prilogu II., s obzirom da je zbog takvih isključivih prava nemoguće pratiti natječajni postupak za dodjelu ugovora.“¹⁰⁶

Ipak se navodida bi takve koncesije trebale podlijevati „obvezi objavljivanja obavijesti o dodjeli koncesije s ciljem osiguranja osnovne transparentnosti osim ako uvjeti takve transparentnosti nisu predviđeni u sektorskom zakonodavstvu.“¹⁰⁷

Načelo jednakog postupanja, nediskriminacije i transparentnosti propisano je člankom 3. navedene Direktive na način, među ostalim, da se „javni naručitelji i naručitelji prema gospodarskim subjektima ponašaju jednako i bez diskriminacije te djeluju na transparentan i razmjeran način“, kao i da „za cilj imaju osiguravanje transparentnosti postupka dodjele i izvršavanja ugovora, pridržavajući se pritom članka 28.“

Upravo se članak 28. Direktive odnosi na povjerljivost podataka i propisuje slijedeće:

„1. Osim ako je ovom Direktivom ili nacionalnim pravom drukčije određeno, a kojem javni naručitelj podliježe, naročito zakonodavstvu koje se odnosi na pristup informacijama, i ne dovodeći u pitanje obveze koje se odnose na oglašavanje dodijeljene ugovore o koncesiji i na informacije za natjecatelje i ponuditelje navedene u člancima 32. i 40., javni naručitelj ili naručitelj ne otkriva informacije prosljeđene putem gospodarskih subjekata koje su označili kao povjerljive, uključujući tehničke ili trgovinske tajne i povjerljive aspekte ponuda, ali ne ograničavajući se na njih.

Ovim se člankom ne sprječava javno objavljivanje dijelova zaključenih ugovora koji nisu povjerljivi, uključujući sve naknadne izmjene.

2. Javni naručitelj ili naručitelj može nametnuti gospodarskim subjektima zahtjeve s ciljem zaštite povjerljive naravi podataka koje javni naručitelj ili naručitelj stavlja na raspolaganje tijekom cijelog postupka dodjele koncesije.“

¹⁰⁵ SL L 94, 28.03.2014, točka 33 preambule.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

Vezano uz Direktivu 2014/55/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 16. travnja 2014. o elektroničkom izdavanju računa u javnoj nabavi, ista u točki 36 preambule navodi da je „izvršeno savjetovanje s Europskim nadzornikom za zaštitu podataka u skladu s člankom 28. stavkom 2. Uredbe (EZ) br. 45/2001 Europskog parlamenta i Vijeća je on 11. studenoga 2013. godine dao svoje mišljenje“ u kojem je „objavio preporuke za osiguravanje odgovarajuće zaštite podataka prilikom primjene ove Direktive.“

U preambuli se nadalje navodi da bi upravo te preporuke „trebalo uzeti u obzir prilikom sastavljanja europske norme o elektroničkom izdavanju računa i prilikom obrade osobnih podataka koju provode javni naručitelji i naručitelji“ te da bi posebno „trebalo pojasniti da se postojeći zakoni o zaštiti podataka također primjenjuju u području elektroničkog izdavanja računa te da se pri objavi osobnih podataka radi transparentnosti i odgovornosti mora poštovati zaštita privatnosti.“¹⁰⁸

2.3.3. Osnovne odredbe o transparentnosti u državama članicama Europske unije

Propisi o javnoj nabavi razlikuju se u državama članicama Europske unije, odnosno ne postoji unificirano pravo javne nabave na zajedničkom unutarnjem tržištu, iako je ono harmonizirano europskim direktivama minimalne harmonizacije. Ukoliko se radi o nabavama velike vrijednosti preko propisanih pragova vrijede posebna europska pravila vezana uz tzv. europske pragove. Europski pragovi¹⁰⁹ nisu jednaki za sve naručitelje te se razlikuju ovisno o kojoj vrsti naručitelja se radi te o kojem predmetu nabave¹¹⁰ je riječ. Ugovori o javnoj nabavi čija vrijednost premašuje pragove utvrđene na razini Europske unije objavljuju se na europskoj platformi Elektroničkog oglasnika o javnoj nabavi Tenders Electronic Daily¹¹¹, čime se ostvaruje transparentnost u tome

¹⁰⁸ Točka 36 preambule.

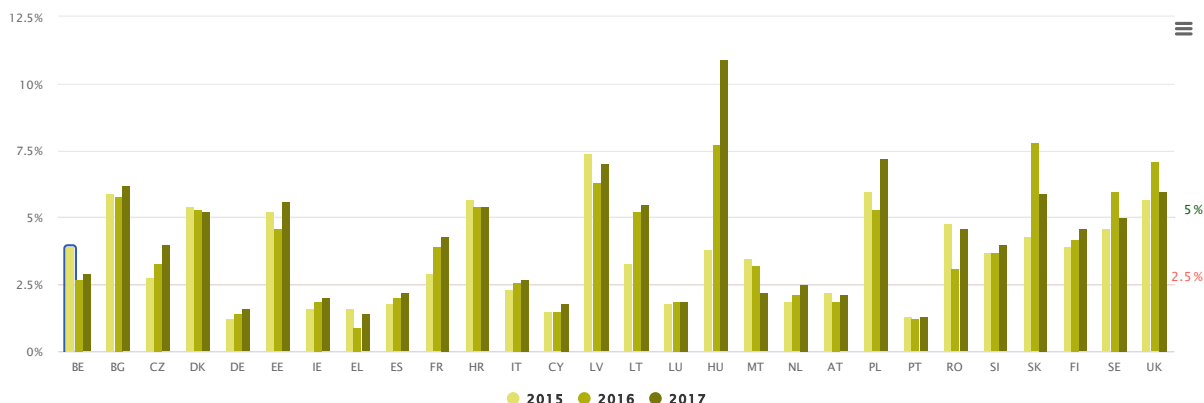
¹⁰⁹ Od 1. siječnja 2022. godine na snazi su nove vrijednosti europskih pragova u javnoj nabavi. Za nabavu radova (svi javni naručitelji i sektorski naručitelji) prag za primjenu pravila nabave velike vrijednosti iznosi 5.382.000 EUR = 40.472.640,00 kn bez PDV. Za nabavu roba i usluga te projektni natječaji (jedinice lokalne i regionalne samouprave te pravne osobe) prag za primjenu pravila nabave velike vrijednosti iznosi 215.000 EUR = 1.616.800,00 bez PDV. Za nabavu roba i usluga te projektni natječaji (državna tijela) prag za primjenu pravila nabave velike vrijednosti iznosi 140.000 EUR = 1.052.800,00 bez PDV. Za nabavu roba i usluga te projektni natječaji (sektorski naručitelji) prag za primjenu pravila nabave velike vrijednosti iznosi 431.000 EUR = 3.241.120,00 bez PDV. Za nabavu za društvene i druge posebne usluge (svi javni naručitelji) prag za primjenu pravila nabave velike vrijednosti iznosi 750.000 EUR = 5.640.000,00 bez PDV. Za nabavu društvene i druge posebne usluge (sektorski naručitelji) prag za primjenu pravila nabave velike vrijednosti iznosi 1.000.000 EUR = 7.520.000,00 bez PDV.

Odgovarajuće vrijednosti pragova iz Direktiva 2014/23/EU, 2014/24/EU, 2014/25/EU i 2009/81/EZ Europskog parlamenta i Vijeća su objavljene u Komunikaciji Komisije 2019/C 370/01, OJ C 370, 31.10.2019. SL EU C-457 od 11. studenoga 2021.

¹¹⁰ Robe, radovi ili usluge.

¹¹¹ TED.

dijelu. Cilj je integrirati tržišta javne nabave na unutarnjem tržištu, povećati tržišno natjecanje te utrošenim javnim novcem ostvariti što bolji omjer cijene i kvalitete.



1. Grafikon – Prikaz stope vrijednosti nabave oglašene na TED-u kao udio u nacionalnom bruto domaćem proizvodu po državama članicama¹¹²

Grafikon pokazuje stope vrijednosti nabave oglašene na TED-u kao udio u nacionalnom bruto domaćem proizvodu po državama članicama¹¹³, čime se odražavaju vrijednosti nacionalne javne nabave država članica na zajedničkom unutarnjem tržištu. Kao što je u samom izvoru grafikona navedeno, iako se rezultati temelje na podacima iz 2017. godine, oni se smatraju i dalje relevantnima budući da se pokazatelj sporo mijenja.

Kako se povećava broj postupaka javnih nabava objavljenih u TED-u, automatski se povećava potencijalni broj ponuditelja, te dodatno oživljuje tržišno natjecanje, što u konačnosti donosi bolju vrijednost za novac kao temeljnu svrhu postupka nabave. Ujedno, veći broj objava postupaka nabave automatski povećava transparentnost, obzirom je javnosti dostupna veća količina informacija.

U odnosu na Republiku Hrvatsku je vidljivo da je postotak objavljenih nabava na TED-u, kao u udio nacionalnom BDP iznosio u sve tri godine preko 5%. Takve rezultate pokazuju još Bugarska, Danska, Latvija, Poljska.

¹¹² Podaci preuzeti sa:

https://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm#, Reporting period: 01/2019 – 12/2019, datum pristupa 23. listopada 2022.

¹¹³ Zbog istupanja iz članstva Europske unije s danom 31. siječnja 2020. godine potrebno je izuzeti pokazatelje za Veliku Britaniju.

Dakle, prikaz na grafikonu je vezan uz vrijednosti objava javnih nabava u Službenome listu Europske unije po državama članicama Europske unije, dok će u nastavku biti prikazani opisi razine transparentnosti iz nacionalnih zakonodavstava po državama članicama, s time da će se u odnosu na svaku državu članicu prikazati i sadržaj relevantne norme vezane uz zaštitu povjerljivosti podataka u javnoj nabavi te opisati eventualni postupak pristupa povjerljivim podacima, ukoliko je isti predviđen.

2.3.3.1. Republika Austrija

U Republici Austriji na snazi je Bundesvergabe-gesetz 2018 (BVergG 2018)¹¹⁴, koji načela postupka javne nabave propisuje na način da se postupci dodjele moraju provoditi u skladu s postupkom predviđenim navedenim Saveznim zakonom, uzimajući u obzir načela Unije kao što su jednak tretman svih podnositelja zahtjeva i ponuditelja, nediskriminacija, proporcionalnost, transparentnost i slobodno te pošteno tržišno natjecanje u skladu s načelom ekonomske učinkovitosti.

Pitanje zaštite povjerljivosti podataka regulira članak 27. u okviru načela postupka javne nabave koja se odnose na javne naručitelje. Tako je propisano¹¹⁵ da „naručitelj i sudionici u postupku nabave moraju zaštititi povjerljivu prirodu svih podataka razmijenjenih tijekom provedbe postupka nabave.“ Ako navedenim Saveznim zakonom nije drukčije propisano, „naručitelj ne smije prosljeđivati podatke koje mu je dostavio gospodarstvenik i koje je odredio kao povjerljive. To se posebno odnosi na tehničke tajne, poslovne tajne i povjerljive aspekte ponuda.“

Objave obavijesti u postupku nabave su regulirane u članku 50. BVergG 2018, počevši od objave najave, odnosno namjere provedbe postupka i dodjele ugovora.¹¹⁶

U članku 51. regulirana je mogućnost dodatne obavijesti na razini Europske unije na način da „naručitelj može obavijestiti Ured za publikacije o obavijestima koje ne podliježu obvezi obavijesti

¹¹⁴ Savezni zakon o nabavi iz 2018, Savezni glasnik I br. 65/2018, preinaka: preinaka: BGBl. I br. 100/2018, BGBl. II br. 91/2019, tekst zakona dostupan na: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20010295>, datum pristupa 18. listopada .2022. godine.

¹¹⁵ Člankom 27., stavkom 1. i 2.

¹¹⁶ U najavi se mora izričito navesti mogući zahtjev dostave službene odluke o dopuštenosti obavljanja neke djelatnosti u Austriji, kao i koje dokaze će trebati dostaviti u postupku. Ako se ponuda koja će prihvatiti utvrđuje elektroničkom dražbom, objava mora sadržavati odgovarajuću specifikaciju, kao i ako se ponuda podnosi u obliku elektroničkog kataloga ili ako ponuda sadrži elektronički katalog. U najavi uspostave dinamičnog sustava nabave mora se navesti njegovo trajanje ili vrijeme početka i završetka, s time da, ukoliko ga uspostavlja središnji ured za nabavu, potrebno je navesti mogu li dinamički sustav nabave koristiti i drugi korisnici.

sukladno Saveznom zakonu, koristeći bilo koji postojeći odgovarajući standardni obrazac za obavijesti.“

Odredbe o obavijestima podijeljene su u skupine obavijesti iznad europskih pragova i ispod europskih pragova. Ako se radi o obavijestima vezanim uz nabave iznad europskih pragova, iste su regulirane člancima 55. do 62., dok su obavijesti vezane uz nabave ispod europskih pragova regulirane člancima 63. do 66. BVergG 2018.

Članak 61., koji regulira obavijesti na razini Unije, među ostalim, u stavku 4. propisuje da se „određene informacije o dodjeli ugovora ili zaključivanju okvirnih sporazuma ne smiju objavljivati ako njihovo otkrivanje sprječava provedbu zakona, ako je u suprotnosti s javnim interesom, šteti legitimnim poslovnim interesima poduzetnika ili slobodnoj i poštenoj poduzetničkoj konkurenciji.“

U članku 200. je propisana zaštita povjerljivosti podataka u odnosu na sektorske naručitelje na način da „naručitelj i sudionici u postupku nabave moraju zaštititi povjerljivu prirodu svih podataka razmijenjenih tijekom provedbe postupka nabave. Ako zakonom nije drugačije određeno, naručitelj ne smije prosljeđivati nikakve podatke koje je pojedini poduzetnik odredio kao povjerljive. To se posebno odnosi na tehničke tajne, poslovne tajne i povjerljive aspekte ponuda. Sektorski naručitelj može odrediti zahtjeve za sudionike u postupku nabave radi zaštite povjerljivosti podataka koji su im prosljeđeni ili stavljeni na raspolaganje u postupku nabave.“¹¹⁷

Nacrti i drugi planovi, crteži, modeli, uzorci, računalni programi i slično, mogu se staviti na raspolaganje trećim stranama samo uz izričit pristanak subjekta na kojeg se odnose.¹¹⁸

BVergG 2018 u članku 336. propisuje obvezu davanja informacija Saveznom upravnom sudu na način da „naručitelji moraju Saveznom upravnom sudu dostaviti sve podatke potrebne za ispunjenje njegovih zadaća i uredno dostaviti sve dokumente koji su za to potrebni. Isto se odnosi i na poduzetnike koji su uključeni u postupak dodjele ugovora.“¹¹⁹ Međutim, dostava podataka te pristup podacima koji su označeni kao povjerljivi, nije izričito posebno regulirano.

¹¹⁷ Članak 200., stavak 1., 2. i 3.

¹¹⁸ Članak 200., stavak 4.

¹¹⁹ Članak 336., stavak 1.

2.3.3.2. Kraljevina Belgija

U Kraljevini Belgiji je na snazi Zakon o javnoj nabavi od 17. lipnja 2016. godine¹²⁰, izmijenjen i dopunjen Zakonom od 7. travnja 2019. godine¹²¹. Ovaj zakon u članku 4. uređuje načela jednakosti, nediskriminacije, transparentnosti i proporcionalnosti na način da propisuje da „naručitelji sudionike postupka tretiraju ravnopravno, bez diskriminacije, na transparentan i proporcionalan način.“

Odjeljak 2. istog zakona odnosi se na objavljivanje i transparentnost te u člancima 60. do 65. regulira objavljivanje informacija i obavijesti. Tako članak 64. regulira elektroničku dostupnost ugovora besplatnim pristupom, no isto je limitirano ukoliko se radi o pristupu informacijama povjerljive prirode.

Povjerljivost informacija regulirana je detaljnije člankom 13. na način da, „sve dok naručitelj nije donio odluku, sudionici postupka, kao ni treće strane, nemaju pravo na pristup informacijama i dokumentima koji se odnose na postupak nabave, posebice ne u zahtjeve za sudjelovanje, ponude te interne dokumente naručitelja.“ Od navedenog pravila se može odstupiti samo ukoliko je natjecatelj ili ponuditelj potpisao sporazum da pristaje na pristup njegovim povjerljivim podacima. „Ne dovodeći u pitanje obveze objava glede dodijeljenih ugovora i informacija o natjecateljima, sudionicima i ponuditeljima, naručitelj ne otkriva podatke koje mu je gospodarski subjekt priopćio kao povjerljive, uključujući tehničke tajne i komercijalne te povjerljive aspekte ponuda.“¹²² Navedeno se odnosi i na druge osobe kojima su takve informacije povjerene uslijed funkcije ili uloge u postupku.

Također, u članku 38., stavku 6., regulirano je da naručitelj neće otkrivati drugim sudionicima informacije koje mu je kao povjerljive priopćio natjecatelj ili ponuditelj u pregovorima bez njihovog prethodnog pismenog pristanka.

Povjerljivi podaci posebice su vezani uz postupak partnerstva za inovacije, koje je regulirano u članku 40., koji u stavku 5., među ostalim, propisuje da u ugovornoj dokumentaciji naručitelj definira odredbe vezane uz prava intelektualnog vlasništva na način da u slučaju inovacijskog partnerstva koje uključuje nekoliko partnera, „naručitelj ne otkriva, u skladu sa člankom 13 zakona, drugim partnerima

¹²⁰ Francuski: Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, objavljen u belgijskim službenim novinama 14. srpnja 2016. godine.

¹²¹ Izmijenjena i dopunjena verzija zakona dostupna na https://www.publicprocurement.be/sites/default/files/documents/2016_06_17_loi_marches_publics_wet_overheidsopdrachten_v_2019.pdf, datum pristupa 18. listopada 2022. godine.

¹²² Članak 13., stavak 2.

predložena rješenja ili druge informacije koje je povjerio pojedini partner, bez njegovog prethodnog pristanka.“

Dakle, belgijsko zakonodavstvo također ne propisuje pravila i mogućnosti glede prava pristupa drugim sudionicima postupka javne nabave podacima koji su označeni kao povjerljivi.

2.3.3.3. Republika Bugarska

U Republici Bugarskoj na snazi je Zakon o javnoj nabavi¹²³ od 15. travnja 2016. godine.¹²⁴ Propisano je da se „javne nabave dodjeljuju u skladu s načelima Ugovora o funkcioniranju Europske unije, a posebno onima vezanim uz slobodno kretanje robe, slobodu poslovnog nastana i slobodu pružanja usluga te uzajamno priznavanje, kao i načela jednakosti i nediskriminacije, slobodnog tržišnog natjecanja, proporcionalnosti, otvorenosti i transparentnosti.“¹²⁵ Otvorenost i transparentnost postupka detaljnije su propisani u petom poglavlju zakona te su regulirane odluke i obavijesti koje se objavljuju. Objavljivanje informacija regulirano je u odjeljku III.¹²⁶

U članku 37. je propisano i da su „naručitelji dužni poslati odluke i obavijesti iz članka 36., stavka 1. zakona¹²⁷ elektroničkim putem Agenciji za javnu nabavu.“ „Uvjeti, postupak i tehnički načini za slanje Agenciji za javnu nabavu i objavljivanje podataka u Službenom listu Europske unije i u Registru javnih nabava, kao i podaci koje se unose u Registar javnih nabava utvrđuju se posebnim pravilnikom.“¹²⁸

U odjeljku 4. zakona regulirana je razmjena informacija koja se obavlja putem elektroničkih komunikacijskih medija, a ako se za komunikaciju ne koriste elektronički mediji, razmjena podataka vrši se putem pošte ili druge prikladne kurirske službe ili njihove kombinacije te elektroničkih medija.

Članak 26. se odnosi na obavijest o dodjeli ugovora u postupku javne nabave, s time da je regulirano da podaci koji se odnose na istu obavijest, a čija je objava suprotna zaštiti poslovne tajne, neće se objaviti.¹²⁹

¹²³ Bugarski: ЗАКОН за обществените поръчки.

¹²⁴ Dostupan na <https://www.mrrb.bg/en/public-procurement-act/>, datum pristupa 18. listopada 2022. godine.

¹²⁵ Članak 2.

¹²⁶ Objave u Službenom listu Europske unije te Objave u Registru javnih nabava.

¹²⁷ Radi se o podacima koji se objavljuju i u Registru javnih nabava.

¹²⁸ Članak 38.

¹²⁹ Članak 26., stavak 6.

Stavkom 8. istog članka je propisano da ako je izvođač javne nabave partnerstvo, koje nije pravna osoba, naručitelj će u obavijesti za dodjelu nabave navesti imena sudionika koji su u nju uključeni.

Članak 30. se odnosi na obavijest o projektnom natječaju te je u stavku 2. propisano da je javni naručitelj koji je provodio natječaj za projekt dužan poslati obavijest o rezultatima natječaja u roku do 30 dana od njegove konačnosti. Međutim, stavak 3. istog članka navodi da “podaci koji se nalaze u toj obavijesti, a koji bi bili suprotni zakonu ili javnome interesu, ili u odnosu na koje sudionik uživa povjerljivost u vezi s dostupnošću tehničke ili poslovne tajne, neće se objavljivati.”

Člankom 32. propisana je mogućnost pristupa dokumentaciji putem elektroničkih medija te je propisano da će „naručitelji osigurati neograničen, potpun, besplatan i izravan pristup putem elektroničkih medija dokumentaciji za javnu nabavu od datuma: objavljivanja obavijesti u Službenom listu EU, objavljivanja obavijesti u Registru javnih nabava ili slanja poziva za potvrdu interesa.“

Također je istim člankom propisano da će naručitelji u obavijesti ili pozivu za potvrdu interesa, ako bi se radilo o slučajevima iz članka 102. zakona „navesti mjere koje moraju biti poduzete u cilju zaštite povjerljive prirode podataka, kao i uvjete i način pristupa dokumentaciji.“¹³⁰

Upravo se članak 102. bugarskog Zakona o javnoj nabavi najeksplicitnije odnosi na povjerljivost te propisuje da „podnositelji zahtjeva za sudjelovanje i sudionici mogu u prijavama za sudjelovanje navesti informacije o ponudama koje smatraju povjerljivima vezano uz poslovnu tajnu. Ako su se podnositelji zahtjeva za sudjelovanje i sudionici pozivali na povjerljivost, naručitelj neće otkriti relevantne informacije.“¹³¹ Ipak, stavkom 2. istog članka je propisano da se „sudionici neće moći pozivati na povjerljivost u odnosu na svoje prijedloge ponuda koji su predmet ocjene u postupku“, a stavak 3. propisuje da naručitelj „može postaviti zahtjeve za zaštitu podataka povjerljive prirode tijekom davanja informacija podnositeljima zahtjeva za sudjelovanje ili sudionicima u tijeku postupka, kao i prilikom potpisivanja ugovora o javnoj nabavi.“

Dakle, pitanju povjerljivosti bugarski Zakon o javnoj nabavi pridaje značajnu pažnju, no omogućavanje prava na pristup povjerljivim podacima, kao i eventualna pravila glede spora o povjerljivosti podataka u postupku javne nabave, zakonom nisu predviđena.

¹³⁰ Članak 32., stavak 4.

¹³¹ Članak 102., stavak 1.

2.3.3.4. Republika Cipar

U Republici Cipar na snazi je Zakon glede postupaka nabave institucija koje djeluju u sektorima vode, energetike, prometa i poštanskih usluga te za srodna pitanja iz 2016. godine¹³², Zakon o uređenju postupaka dodjele koncesija i srodnih pitanja iz 2017. godine¹³³, Zakoni o žalbenom postupku u području zaključivanja javne nabave od 2010. do 2017. godine¹³⁴.

Načela postupka javne nabave propisana su člankom 4. Zakona glede postupaka nabave institucija koje djeluju u sektorima vode, energetike, prometa i poštanskih usluga te za srodna pitanja iz 2016. godine na način¹³⁵ na način da će se naručitelji „prema gospodarskim subjektima odnositi jednako i bez diskriminacije te će djelovati na transparentan i proporcionalan način.“

Člankom 5. istog zakona propisano je pitanje povjerljivosti na način da ako „navedenim zakonom ili drugim relevantnim zakonodavstvom kojem podliježe naručitelj nije drugačije predviđeno, posebno zakonodavstvom koje se odnosi na pristup informacijama, i ne dovodeći u pitanje obveze u pogledu objavljivanja dodijeljenih ugovora i informacija, naručitelj neće otkriti podatke koje su mu dostavili gospodarski subjekti koje je označio kao povjerljive, uključujući tehničku ili poslovnu tajnu i ponude.“¹³⁶

Kod partnerstva za inovacije je propisano da „u ugovornim dokumentima naručitelj utvrđuje pravila koja se primjenjuju na prava intelektualnog vlasništva. U slučaju inovacijskog partnerstva s više od jednog partnera, naručitelj, u skladu s člankom 5., neće otkriti ostalim partnerima rješenja koja je

¹³² Grčki: Νόμος που προβλέπει για τη Ρύθμιση των Διαδικασιών Σύναψης Συμβάσεων Φορέων που Δραστηριοποιούνται στους Τομείς του Ύδατος, της Ενέργειας, των Μεταφορών και των Ταχυδρομικών Υπηρεσιών και για Συναφή θέματα του 2016. N.140(I)/2016, dostupno na [Νόμος που προβλέπει για τη Ρύθμιση των Διαδικασιών Σύναψης Συμβάσεων Φορέων που Δραστηριοποιούνται στους Τομείς του Ύδατος, της Ενέργειας, των Μεταφορών και των Ταχυδρομικών Υπηρεσιών και για Συναφή θέματα του 2016. N.140\(I\)/2016](#), datum pristupa 18. veljače 2023. godine.

¹³³ Grčki: Ο περί της Ρύθμισης των Διαδικασιών Ανάθεσης Συμβάσεων Παραχώρησης και για Συναφή Θέματα Νόμος N.11(I)/2017, dostupno na [http://www.treasury.gov.cy/treasury/treasurynew.nsf/All/72353B6879F5F0BEC225841D00234BD6/\\$file/%CE%9D%CF%8C%CE%BC%CE%BF%CF%82_11\(%CE%99\)_2017_%CE%95%CE%BD%CE%BF%CF%80%CE%BF%CE%B9%CE%B7%CE%BC%CE%AD%CE%BD%CE%B7%20%CE%88%CE%BA%CE%B4%CE%BF%CF%83%CE%B7.pdf](http://www.treasury.gov.cy/treasury/treasurynew.nsf/All/72353B6879F5F0BEC225841D00234BD6/$file/%CE%9D%CF%8C%CE%BC%CE%BF%CF%82_11(%CE%99)_2017_%CE%95%CE%BD%CE%BF%CF%80%CE%BF%CE%B9%CE%B7%CE%BC%CE%AD%CE%BD%CE%B7%20%CE%88%CE%BA%CE%B4%CE%BF%CF%83%CE%B7.pdf), datum pristupa 18. listopada 2022. godine.

¹³⁴ Grčki: Οι περί των Διαδικασιών Προσφυγής στον τομέα της Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Νόμοι του 2010 έως 2017 (Ενοποιημένο Κείμενο) N.104(I)/2010, dostupno na [http://www.treasury.gov.cy/treasury/treasurynew.nsf/All/D89B2EC9BD16B9BAC225841D0023488D/\\$file/%CE%9D%CF%8C%CE%BC%CE%BF%CF%82_104\(%CE%99\)_2010%20_%CE%95%CE%BD%CE%BF%CF%80%CE%BF%CE%B9%CE%B7%CE%BC%CE%AD%CE%BD%CE%B7%20%CE%88%CE%BA%CE%B4%CE%BF%CF%83%CE%B7.pdf](http://www.treasury.gov.cy/treasury/treasurynew.nsf/All/D89B2EC9BD16B9BAC225841D0023488D/$file/%CE%9D%CF%8C%CE%BC%CE%BF%CF%82_104(%CE%99)_2010%20_%CE%95%CE%BD%CE%BF%CF%80%CE%BF%CE%B9%CE%B7%CE%BC%CE%AD%CE%BD%CE%B7%20%CE%88%CE%BA%CE%B4%CE%BF%CF%83%CE%B7.pdf), datum pristupa 18. listopada 2022. godine.

¹³⁵ Članak 4., stavak 1.

¹³⁶ Članak 5., stavak 1.

predložio partner ili druge povjerljive podatke koje je učinio dostupnim kroz partnerstvo, bez njegovog pristanka.“¹³⁷

U poglavlju 4. je regulirano objavljivanje i transparentnost postupka te isto poglavlje sadrži odredbe o povremenim indikativnim obavijestima, obavijesti o uspostavi dinamičkog sustava nabave, obavijesti o ugovoru, obavijesti o sklopljenim ugovorima, izrada i podaci koji se objavljuju u obavijestima, objave u Republici Cipru, elektronička dostupnost ugovornih dokumenata, pozivi ponuditeljima, informiranje natjecatelja i ponuditelja, pravila koja se primjenjuju na komunikaciju.

S obzirom da se u ovom poglavlju vrši komparativna analiza zakonodavstava javne nabave u državama članicama Europske unije s naglaskom na pitanja transparentnosti postupka javne nabave te zaštitu povjerljivosti podataka, može se reći da su navedena pitanja u Republici Cipru regulirana na vrlo sličan način kao i u drugim državama članicama. Nisu propisana posebna pravila kako pojedini gospodarski subjekt, koji za to ima pravni interes, može pristupiti povjerljivim podacima spisa radi zaštite svojih prava.

2.3.3.5. Češka Republika

U Češkoj Republici na snazi je Zakon o javnoj nabavi¹³⁸ od 1. listopada 2016. godine. Načela postupka javne nabave propisana su člankom 6. zakona na način da „naručitelj mora poštovati načela transparentnosti i proporcionalnosti. U odnosu na dobavljače, naručitelj mora poštovati načelo jednakog postupanja i nediskriminacije.“¹³⁹

Zaštita povjerljivosti podataka propisana je člankom 218., stavkom 1., zakona na način da se povjerljivima „smatraju podaci ili informacije koje je dobavljač dostavio naručitelju u postupku nabave i koji su označeni kao povjerljivi.“

Stavkom 2. istog članka propisano je da temeljem Zakona o slobodnom pristupu informacijama¹⁴⁰ naručitelj neće pružiti, do kraja postupka nabave, informacije koje se odnose na sadržaj ponuda i osobe koje sudjeluju u tijeku postupka nabave, kao ni povjerljive informacije u skladu sa stavkom

¹³⁷ Članak 43., stavak 11.

¹³⁸ Češki: Zákon o zadávání veřejných zakázek, Zákon č. 134/2016 Sb., dostupno na <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2016-134>, datum pristupa 18. listopada 2022. godine.

¹³⁹ Članak 6., stavak 1. i 2.

¹⁴⁰ Češki: Zákon o svobodném přístupu k informacím.

1.¹⁴¹ Stavkom 3. istog članka je propisano da javni naručitelj ne mora objavljivati podatke prema navedenom zakonu „ako bi njegova objava kršila drugi pravni propis ili bila u suprotnosti s javnim interesom, ili bi mogla povrijediti pravo dobavljača na zaštitu poslovne tajne ili pak utjecati na tržišno natjecanje.“

Člankom 225. reguliran je časopis za javne nabave – Bilten javne nabave koji predstavlja dio informacijskog sustava o javnoj nabavi koji se koristi za objavljivanje informacija o postupcima nabave i javnoj nabavi na nacionalnoj razini.

Slijedom navedenog, ni češkim Zakonom o javnoj nabavi nije reguliran spor o povjerljivosti podataka te nisu propisani nikakvi uvjeti pod kojima pojedinom gospodarskom subjektu, radi zaštite njegovih prava, može biti omogućen uvid u povjerljive podatke postupka javne nabave.

2.3.3.6. Kraljevina Danska

U Kraljevini Danskoj je od 19. travnja 2016. godine na snazi Zakon o javnoj nabavi¹⁴² koji u svezi povjerljivosti, pristupa dokumentima i komunikacije, u članku 5. propisuje da „javni naručitelj ne smije otkriti povjerljive informacije koje je natjecatelj ili ponuditelj dostavio u vezi s postupkom nabave. Osim ako nije drugačije propisano zakonodavstvom, javni naručitelj može nametnuti povjerljivost natjecateljima ili ponuditeljima u vezi s informacijama koje javno tijelo stavlja na raspolaganje u vezi s postupkom nabave. Komunikacija o temeljnim elementima nabave ne smije biti usmena. Komunikacija o netemeljnim elementima nabave može se odvijati usmeno, pod uvjetom da naručitelj dostavi dostatnu dokumentaciju o takvoj komunikaciji.“

Vezano uz transparentnost je, u okviru primjene općih načela, propisano da se „javni naručitelj uvijek mora pridržavati zahtjeva načela jednakog postupanja, transparentnosti i proporcionalnosti u skladu s odjeljcima II.-IV.“¹⁴³

U poglavlju 7. zakona propisana su pravila o pristupu natječajnoj dokumentaciji, te su kroz sadržaj zakonskog teksta regulirana i pravila o objavljivanju obavijesti glede postupka javne nabave.

¹⁴¹ Navedeno se „ne odnosi na informacije koje je naručitelj obvezan prema navedenom zakonu navesti u izvješću o ocjeni, obavijesti o odabiru dobavljača, rezultatu ocjene sukladnosti s uvjetima sudjelovanja odabranog dobavljača ili u pisanom izvješću naručitelja.“ (članak 218., stavak 2., točka b).

¹⁴² Danski: Udbudsløven, zakon je, zajedno sa smjernicama dostupan na <https://www.retsinformation.dk/eli/lt/a/2015/1564>, datum pristupa 18. listopada 2022. godine.

¹⁴³ Članak 2.

Dakle, ni danski Zakon o javnoj nabavi ne sadrži pravila o sporu o povjerljivosti podataka postupka javne nabave, kao niti mogućnost pristupa povjerljivim podacima od strane pojedinog gospodarskog subjekta radi zaštite njegovih prava i interesa.

2.3.3.7. Republika Estonija

U Republici Estoniji od 1. rujna 2017. godine na snazi je novi Zakon o javnoj nabavi¹⁴⁴, s posljednjim izmjenama koje su stupile na snagu 15. srpnja 2020. godine, koji u članku 1., stavku 2., propisuje da se „pristup podacima o javnoj nabavi i izdavanje te objavljivanje takvih podataka odvija prema postupku predviđenom Zakonom o javnom informiranju“¹⁴⁵, ako Zakonom o javnoj nabavi nije drugačije određeno.

Kao svrha zakona navedeno je „osiguravanje transparentne, svrsishodne i ekonomične upotrebe financijskih sredstava naručitelja u javnoj nabavi, jednak tretman osoba i učinkovito tržišno natjecanje.“¹⁴⁶ Propisano je da se pri planiranju i organizaciji javne nabave „uzimaju u obzir socijalni aspekti, primjena inovacija i ekološki prihvatljiva rješenja.“¹⁴⁷ U članku 3. propisana su opća načela javne nabave te je propisano, među ostalim, da „naručitelj pri organiziranju javne nabave postupka transparentno, kontrolirano i razmjerno.“¹⁴⁸

Članak 45. se odnosi na pitanja razmjene informacija u postupku javne nabave te u stavku 7. istog članka propisuje da će u razmjeni informacija „naručitelj osigurati cjelovitost podataka i povjerljivost ponuda i zahtjeva.“

Pravila glede pristupa povjerljivim podacima postupka javne nabave nisu izričito propisana.

¹⁴⁴ Estonski: Riigihangete seadus, dostupno na <https://www.riigiteataja.ee/akt/101072017001?leiaKehtiv>, datum pristupa 18. listopada 2022. godine.

¹⁴⁵ Estonski: Teabe seaduses sätestatud korras.

¹⁴⁶ Članak 2., stavak 1.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Članak 3., stavak 1., točka 1.

2.3.3.8. Republika Slovenija

U Republici Sloveniji sustav javne nabave je reguliran Zakonom o javnoj nabavi¹⁴⁹, Zakonom o javnoj nabavi u području obrane i sigurnosti¹⁵⁰ te Zakonom o pravnoj zaštiti u postupcima javne nabave i njihovi provedbeni propisi¹⁵¹.

Člankom 3., stavkom 1., Zakona o javnoj nabavi propisana su načela javne nabave na način da se „propisi, razvoj sustava javne nabave i njegova provedba moraju temeljiti na načelu slobode kretanja robe, poslovnog nastana i usluga, koje proizlaze iz Ugovora o funkcioniranju Europske unije te načelima ekonomičnosti, učinkovitosti i djelotvornosti, načelu konkurentnosti ponuditelja, jednakome tretmanu ponuditelja i proporcionalnosti.“

Načelo transparentnosti dodatno je regulirano člankom 6. zakona kojim je propisano da „ponuditelj mora biti odabran na transparentan način i prema propisanom postupku“ te da su „postupci javne nabave javni, što se osigurava besplatnim objavljivanjem obavijesti o javnoj nabavi na portalu javne nabave te u Službenom listu Europske unije.“

Povjerljivost podataka regulirana je člankom 35. na slijedeći način: „Javni naručitelj ne smije otkriti podatke koje mu je dostavio gospodarski subjekt i označio ih kao poslovnu tajnu, u skladu sa zakonom kojim se uređuju trgovačka društva, osim ako Zakonom o javnoj nabavi ili drugim zakonom nije drugačije određeno. Ponuditelj mora osigurati zaštitu podataka koji se, u skladu s odredbama zakona koji uređuje zaštitu osobnih podataka i zaštitu povjerljivih podataka, smatraju osobnim ili povjerljivim podacima. Neovisno o prethodno navedenom, specifikacije ponuđenih dobara, usluga ili radova te količine, jedinična cijena, vrijednost pojedinog predmeta i ukupna vrijednost iz ponude, kao i svi oni podaci koji su utjecali na rangiranje ponuda u okviru ostalih kriterija predstavljaju javne podatke. Javni naručitelj je obavezan zaštititi imena ponuditelja i podnesene ponude kao poslovnu tajnu do roka određenog za otvaranje ponuda.

Svi dokumenti koji se odnose na dodjelu javnog ugovora postaju javni nakon pravomoćnosti odluke o dodjeli javnog ugovora, pod uvjetom da ne sadrže poslovne tajne, klasificirane i osobne

¹⁴⁹ Slovenski: Zakon o javnem naročanju, Službeni glasnik Republike Slovenije br. 91/15 i 14/18, dostupno na <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO7086>, datum pristupa 18. listopada 2022. godine.

¹⁵⁰ Slovenski: Zakon o javnem naročanju na področju obrambe in varnosti, Službeni glasnik Republike Slovenije, br. 90/12 i 90/14 - ZDU-II i 52/16, dostupno na <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO5784>, datum pristupa 18. listopada 2022. godine.

¹⁵¹ Slovenski: Zakon o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja in njihovi podzakonski akti, Službeni glasnik Republike Slovenije, br. 43/11, 60/11 - ZTP-D, 63/13, 90/14 - ZDU-II, 60/17 i 72/19, dostupno na <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO5975>, datum pristupa 18. listopada 2022. godine.

podatke. Prije tog datuma ne primjenjuju se odredbe zakona kojima se uređuje pravo na pristup javnim informacijama.“¹⁵²

Također, „naručitelj može odrediti zahtjeve za gospodarske subjekte, čija je svrha zaštita povjerljivosti podataka koje je naručitelj stavio na raspolaganje tijekom postupka javne nabave.“¹⁵³

Dakle, niti slovenski propisi o javnoj nabavi ne sadrže odredbe glede spora o povjerljivosti podataka, kao ni pravila koja pojedinom gospodarskom subjektu omogućuju uvid u povjerljive podatke spisa. Suština sadržaja citiranih zakonskih odredaba ne odudara od suštine sadržaja zakonskih odredaba drugih država članica Europske unije.

2.3.3.9. Helenska Republika

U Grčkoj¹⁵⁴ je na snazi Zakon 4412/2016 o javnim ugovorima o radovima, robi i uslugama te Zakon 4413/2016 o dodjeli i provedbi ugovora o koncesiji.¹⁵⁵

U članku 18., stavku 1., Zakona 4412/2016 o javnim ugovorima o radovima, robi i uslugama regulirana su opća načela postupka javne nabave na način da je propisano da će se naručitelji prema gospodarskim subjektima „odnositi jednako i bez diskriminacije te djelovati na transparentan način, poštujući načela razmjernosti, uzajamnog priznavanja, zaštite javnog interesa, zaštite prava pojedinaca, slobode natjecanja i zaštite okoliša te održivog razvoja.“

Pitanje povjerljivosti je regulirano u članku 21. te je propisano, među ostalim, da „ne dovodeći u pitanje obveze glede objavljivanja sklopljenih ugovora i podataka natjecatelja i ponuditelja, u skladu s odredbama članaka 64. i 70., naručitelj neće otkriti podatke koje su mu dali gospodarski subjekti koje je klasificiralo kao povjerljive, uključujući tehničke ili poslovnu tajne i povjerljive aspekte ponuda. Naručitelji mogu nametati zahtjeve gospodarskim subjektima kako bi zaštitili povjerljivost informacija koje pružaju naručitelji tijekom cijelog postupka nabave. Oni također mogu zahtijevati od gospodarskih subjekata da osiguraju da njihovi zaposlenici, kooperanti i

¹⁵² Članak 35., stavak 1.- 4.

¹⁵³ Članak 35., stavak 6.

¹⁵⁴ Službeno Helenska Republika.

¹⁵⁵ grčki: ΕΚΔΟΣΗ ΝΟΜΟΥ 4412/2016 "ΔΗΜΟΣΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΕΡΓΩΝ, ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ ΚΑΙ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ", ΝΟΜΟΥ 4413/2016 "ΑΝΑΘΕΣΗ ΚΑΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗΣ", dostupno na <https://www.taxheaven.gr/law/4412/2016> te na <https://www.taxheaven.gr/law/4413/2016>, datum pristupa 19. listopada 2022. godine.

bilo koja druga treća strana koju koriste za dodjelu ili izvršenje ugovora ispunjavaju navedene zahtjeve.

Ako gospodarski subjekt u svojoj relevantnoj izjavi klasificira podatke kao povjerljive zbog tehničke ili poslovne tajne, dužan je izričito navesti sve relevantne odredbe zakona ili upravnih akata koji nameću povjerljivost određenih podataka. Nisu klasificirani kao povjerljivi podaci o jediničnim cijenama, ponuđenim količinama, financijskoj ponudi i elementima tehničke ponude koji se koriste za njezinu ocjenu.¹⁵⁶

Sama dostupnost i transparentnost podataka propisana je u Odjeljku 2. Zakona 4412/2016 o javnim ugovorima o radovima, robi i uslugama.¹⁵⁷

Posebno pravo i uvjeti pristupa povjerljivoj dokumentaciji spisa vezanog uz postupak javne nabave nisu propisani. Isto kao i članku 52., stavku 2., hrvatskog Zakona o javnoj nabavi, regulirano je da je gospodarski subjekt, koji se poziva na povjerljivost podataka, dužan izričito navesti pravnu osnovu iz koje proizlazi povjerljivost podataka.

2.3.3.10. Republika Malta

U Republici Malti novi pravni okvir iz područja javne nabave donesen je u 2016. godini uslijed implementacije direktiva Europske unije iz 2014. godine. Propisi iz navedenog područja su podijeljeni u propise o javnoj nabavi subjekata koji djeluju u propisima o vodnom, energetskom, prometnom i poštanskom prometu te u propise o ugovorima o koncesiji te propise o hitnim nabavama. Pravila i uvjeti za objavljivanje sklopljenih ugovora o javnoj nabavi ovise o vrijednosti i prirodi samih ugovora. Ključne obavijesti koje su predviđene propisima na Malti su obavijest o prethodnim informacijama¹⁵⁸, obavijest o sklopljenom ugovoru¹⁵⁹, obavijest o dodjeli ugovora¹⁶⁰ te dobrovoljna

¹⁵⁶ Članak 21., stavak 1.- 4.

¹⁵⁷ Tako su u članku 62. regulirane prethodne obavijesti, u članku 63. obavijesti o ugovoru, u članku 64. obavijesti o zaključenim ugovorima, u članku 65. izrada i objava detalja obavijesti, u članku 66. objava na nacionalnog razini. Člankom 67. regulirano je elektroničko zbrinjavanje ugovornih dokumenata.

¹⁵⁸ Radi se o dobrovoljnoj i općenitoj obavijesti koja ukazuje na planiranu nabavu od strane naručitelja.

¹⁵⁹ Obvezno za sve postupke nabave za javne ugovore čija procijenjena vrijednost prelazi 144 000 EUR (u slučaju propisa o javnom sektoru) i 443 000 EUR (u slučaju komunalnih propisa), osim za postupak s pregovorima bez prethodne objave.

¹⁶⁰ Radi se o obveznoj obavijesti koja sadrži rezultate provedbe javne nabave i mora se objaviti u roku od 30 dana od odluke o dodjeli ugovora ili zaključenju postupka nabave.

ex-ante obavijest o transparentnosti¹⁶¹. Dobrovoljna *ex ante* obavijest se može koristiti i u kontekstu pregovaračkog postupka bez prethodnog poziva.

Što se tiče zahtjeva za uvid u spis provedbe postupka javne nabave, zbog zaštite povjerljivosti, poslovne tajne, osjetljivih komercijalnih informacija, naručitelji generalno odbijaju takve zahtjeve ponuditelja.

Temeljem dostupnih informacija pravnih stručnjaka¹⁶² proizlazi da nisu poznati slučajevi u kojima bi Odbor za kontrolu javnih ugovora¹⁶³ Republike Malte omogućio takav pristup ponuditeljima ni za vrijeme trajanja pravnog spora. Isto tako, prema dostupnim informacijama, iz istog izvora, proizlazi da nije bio omogućen ni jedan uspješan pristup spisu i takvim dokumentima ni temeljem propisa o slobodi pristupa informacija. U svakom slučaju, proizlazi da su na Malti u praksi prepoznate situacije koje zahtijevaju omogućavanje uvida u povjerljive podatke spisa javne nabave, međutim zakonski propisi isto ne predviđaju.

2.3.3.11. Talijanska Republika

U Talijanskoj Republici zakonodavstvo o javnoj nabavi¹⁶⁴ regulirano je Zakonom o javnim ugovorima za radove, robu, usluge i koncesije te srodne javne ugovore¹⁶⁵. Ovaj zakon je izmijenjen zakonodavnom uredbom broj 56/2017¹⁶⁶ te dopunjen zakonom br. 55/2019¹⁶⁷ od 14. lipnja 2019. godine. Glavna načela koja podupiru politiku javne nabave u Italiji usko su usklađena sa načelima javne nabave iz europskih direktiva o nabavi iz 2014. godine: transparentnost i jednak tretman gospodarskih subjekata, učinkovitost, nepristranost, proporcionalnost, zaštita okoliša i energetska učinkovitost.

¹⁶¹ Radi se o dobrovoljnoj obavijesti, kojoj se može pribjeći u kontekstu pregovaračkog postupka bez prethodnog poziva.

¹⁶² Web stranica Lexology: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=02a1568e-bd45-4995-a2d1-6ef7ebe0bd53>, datum pristupa 19. listopada 2022. godine.

¹⁶³ Public Contracts Review Bord, PCRB.

¹⁶⁴ Prvo talijansko zakonodavstvo o javnoj nabavi, konkretno o postupcima dodjele ugovora o radovima datira od samog stvaranja talijanske države, odnosno još od 1865. godine. O tome više Racca, Gabriella M., Casalini, Dario, ed. Arrowsmith, Sue, Treumer, Steen, *Competitive Dialogue in EU Procurement*, Cambridge University Press, 2012, str. 458.

¹⁶⁵ Stupio na snagu 19. travnja 2016. godine, Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, dostupno na https://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2016_0050.htm#053, datum pristupa 19. listopada 2022. godine.

¹⁶⁶ D. Lgs.56/2017.

¹⁶⁷ Legge n. 55 del 14 giugno 2019.

Pravni okvir upotpunjen je nizom sekundarnih izvora, koji uključuju ministarske uredbe i smjernice koje je donijelo Nacionalno tijelo za borbu protiv korupcije, s ciljem pružanja detaljnih pravila o određenim pitanjima.

Pravila o transparentnosti propisana su člankom 29. Zakona o javnim ugovorima za radove, robu, usluge i koncesije te srodne javne ugovore, dok je pristup dokumentima i povjerljivost podataka regulirano člankom 53. istog zakona.

Konkretno, člankom 53., stavkom 5., propisane su restrikcije glede povjerljivih podataka i prava pristupa dokumentima i otkrivanja u vezi s: „a) informacijama danim u kontekstu ponude koje predstavljaju, prema dokazanoj izjavi ponuditelja, tehničku ili poslovnu tajnu b) pravnim mišljenjima koja su stekli subjekti, potrebna za primjenu navedenog zakona za rješavanje potencijalnih ili tekućih sporova koji se odnose na javne ugovore c) povjerljivim izvješćima voditelja gradnje, direktora provedbe i inspeksijskog tijela o zahtjevima izvršenja ugovora d) tehničkim rješenjima i računalnim programima koje naručitelj ili upravitelj informacijskog sustava koristi za elektroničke dražbe, ako su obuhvaćena pravima intelektualnog vlasništva.“

U stavku 6., članka 53., je propisano da u svezi restrikcije glede pristupa informacijama danim u kontekstu ponude koje predstavljaju, prema dokazanoj izjavi ponuditelja, tehničku ili poslovnu tajnu, „ponuditelju u postupku je omogućen pristup dokumentima u svrhu obrane svojih interesa pred sudom u svezi postupka dodjele ugovora.“

Dakle, iz posljednje spomenute zakonske odredbe proizlazi pravo ponuditelja na pristup dokumentima povjerljive prirode u postupku pred sudom, ukoliko se radi o sudskom postupku glede dodjele ugovora.

Provedenom analizom talijanskog zakonodavstva javne nabave proizlazi da je jedino u njemu regulirana mogućnost pristupa povjerljivim podacima spisa javne nabave, iako tek kasnije u sudskom postupku koji se vodi vezano uz dodjelu ugovora. Ni u jednom drugom kompariranom zakonodavstvu država članica Europske unije nije pronađeno ovakvo rješenje. S obzirom na navedeno, u potpoglavlju 8.2. rada biti će detaljnije prikazane odredbe talijanskog zakonodavstva javne nabave vezano uz pitanje pristupa povjerljivoj dokumentaciji spisa, uz prikaz recentne talijanske sudske prakse.

2.3.3.12. Republika Finska

U Republici Finskoj na snazi je Zakon o javnim ugovorima i koncesijama (1397/2016), Zakon o javnim ugovorima i koncesijama subjekata koji posluju u vodnom, energetsom, prometnom i poštanskom sektoru (1398/2016) te Zakon o javnim nabavama obrane i sigurnosti (1531/2011).

Zakonom o javnim ugovorima i koncesijama¹⁶⁸ propisano je da će „naručitelj tretirati sudionike i ostale dobavljače uključene u postupak nabave na pravedan i nediskriminatoran način te da će djelovati transparentno, uzimajući u obzir zahtjeve proporcionalnosti.“¹⁶⁹

Glede povjerljivosti podataka je propisano da „naručitelj neće otkriti ostalim ponuditeljima povjerljive podatke koje je priopćio natjecatelj ili ponuditelj koji sudjeluje u pregovorima bez njegove suglasnosti u kojoj se navode podaci na koje se ta suglasnost odnosi.“¹⁷⁰

Što se tiče objava obavijesti, člankom 131., stavkom 1., je propisano da nakon odluke o nabavi u izravnoj nabavi koja prelazi vrijednost pragova Europske unije i u nabavi usluga i ugovora o koncesiji prema Prilogu E koji se provodi kao izravna nabava koja prelazi nacionalni prag vrijednosti, „naručitelj može podnijeti obavijest o nabavi prije sklapanja ugovora o nabavi. Ugovor o nabavi se može sklopiti najranije 14 dana nakon objavljivanja obavijesti u Službenom listu Europske unije.“

Nadalje, člankom 131., stavkom 2., istog zakona je propisano da nakon odluke o nabavi u izravnoj nabavi koja je ispod vrijednosti praga Europske unije, naručitelj može podnijeti nacionalnu obavijest o nabavi prije sklapanja ugovora o nabavi.¹⁷¹ Ugovor o nabavi ne može se zaključiti prije isteka 14 dana od objave obavijesti na internetskoj adresi iz članka 101.¹⁷²

Pravo javnog pristupa dokumentima naručitelja regulirano je člankom 138. na način da je isto definirano Zakonom o otvorenosti vladinih aktivnosti (621/1999)¹⁷³, ukoliko je naručitelj javno tijelo u smislu odjeljka 4. tog zakona, ili ako se od naručitelja zahtijeva poštovati navedeni zakon prema nekim drugim zakonskim odredbama.

¹⁶⁸ Dostupno na <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2016/en20161397.pdf>, datum pristupa 19. listopada 2022. godine.

¹⁶⁹ Članak 3., stavak 1.

¹⁷⁰ Članak 37., stavak 4.

¹⁷¹ Obavijest mora barem sadržavati podatke navedene u točkama 1-5, stavka 1. članka 102. istog zakona. Također se objavljuje naziv i kontakt podaci ugovornog partnera ili više njih, kao i opravdanje za provedbu postupka izravne nabave.

¹⁷² Istom odredbom je, među ostalim, propisano da će naručitelj dostaviti obavijest o nabavi ili natječaj na finskom ili švedskom jeziku na internetskoj adresi www.hankintailmoitukset.fi koristeći propisani obrazac. Naručitelj također može objaviti obavijest o ugovoru i na drugom odgovarajućem mediju, ali ne prije nego li bude objavljen na naznačenoj internetskoj adresi.

¹⁷³ Act on the Openness of Government Activities.

Člankom 142. regulirana je obveza glede povjerljivosti od strane naručitelja, ugovornog partnera i ponuditelja na način da „bez obzira na odredbe o povjerljivosti, naručitelj, njegovi ugovorni partner, stranka koja vrši kontrolni udio, kao i trgovac koji je sudjelovao u nabavi, mogu podnijeti zahtjev finskome tijelu za zaštitu tržišnog natjecanja i potrošača o svim informacijama i dokumentaciji potrebnoj za utvrđivanje zakonitosti postupka nabave.“ Ukoliko se to zatraži, podaci se dostavljaju u pisanom obliku. Podaci se mogu otkriti i drugom javnome tijelu, sukladno zakonu.

Samo pravo na pristup informacijama regulirano je člankom 171. istog zakona te je propisano da „bez obzira na odredbe koje uređuju povjerljivost, subjekti navedeni u točkama 1 - 4, stavka 1., članka 5. moraju imati pravo na bitne informacije od javnog tijela u svezi poduzeća i korporacija iz članka 3. Zakona o poslovnim informacijama (244/2001) kako bi se utvrdilo postojanje osnova za diskrecijsko isključenje navedeno u stavku 1., članka 81. Takvi podaci se mogu dostaviti i bez pristanka stranke radi zaštite čijih interesa je bila propisana dužnost povjerljivosti.“¹⁷⁴

Slijedom navedenog, iz analize finskog zakonodavstva javne nabave proizlazi, među ostalim, da je pojedinim subjektima omogućen pristup povjerljivim informacijama postupka, no isto pravo nije izričito propisano za gospodarske subjekte koji imaju pravni interes za uvid u povjerljive podatke spisa radi zaštite svojih prava i interesa u postupku javne nabave.

2.3.3.13. Veliko Vojvodstvo Luxembourg

U Velikom Vojvodstvu Luxembourg na snazi je Zakon o javnoj nabavi od 8. travnja 2018. godine.¹⁷⁵

U članku 12. propisana su načela javne nabave na način da se naručitelji prema gospodarskim subjektima „odnose ravnopravno i bez diskriminacije te djeluju na transparentan i proporcionalan način.“¹⁷⁶

Načelo transparentnosti se spominje i u članku 26., stavku 2., koji regulira prethodno istraživanje tržišta te propisuje da „naručitelji mogu posebno zatražiti ili prihvatiti mišljenja vlasti ili neovisnih

¹⁷⁴ Što se tiče subjekata navedenih u točkama 1-4, stavka 1., članka 5. zakona, radi se o središnjim i lokalnim vlastima i zajedničkim općinama; evanđeosko-luteranskoj i pravoslavnoj crkvi u Finskoj i njihovim župama te drugim vlastima; državnim komercijalnim institucijama; institucijama javnopravnog karaktera. Što se pak tiče Zakona o poslovnim informacijama, radi se o „Business Information Act“, dostupan na https://finlex.fi/en/laki/kaannokset/2001/en20010244_20011491.pdf, datum pristupa 19. listopada 2022. godine.

¹⁷⁵ Loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics, dostupno na <https://marches.public.lu/fr/legislation/marches-publics.html>, datum pristupa 19. listopada 2022. godine.

¹⁷⁶ Članak 12., stavak 1.

stručnjaka ili sudionika na tržištu. Te se obavijesti mogu koristiti za planiranje i vođenje postupka nabave, pod uvjetom da takve obavijesti nemaju učinak narušavanja konkurencije i ne krše načela nediskriminacije i transparentnosti.“

Člankom 12., stavkom 3., točkom b), propisano je da „naručitelji obavještavaju gospodarske subjekte što je prije moguće o odlukama koje su donesene u vezi s njihovim ponudama dostavljenim u okviru postupka javne nabave, u skladu s pravilima utvrđenim propisima Velikog vojvode. Javni naručitelj ne smije odati informacije koje su mu gospodarski subjekti priopćili kao povjerljive, uključujući, među ostalim, tehničke ili poslovne tajne i povjerljive aspekte ponuda“ te navedena zabrana „ne sprječava objavljivanje dodijeljenih ugovora i podataka natjecatelja i ponuditelja u skladu s pravilima utvrđenim propisima Velikog vojvode. Međutim, javni naručitelj može odlučiti da neće objaviti ili priopćiti informacije čija bi objava ili priopćavanje bilo protivno zakonu, u suprotnosti s javnim interesom, štetilo legitimnim komercijalnim interesima gospodarskog subjekta od strane pojedinca ili javnosti, ili bi mogli naštetiti poštenoj konkurenciji između gospodarskih subjekata. Javni naručitelji mogu gospodarskim subjektima nametnuti zahtjeve u cilju zaštite povjerljivosti informacija koje stavljaju na raspolaganje tijekom postupka nabave.“

Člankom 17. je propisano da se objavljivanje obavijesti o ugovoru također vrši prema uvjetima utvrđenim propisima Velikog vojvode.

Iz prikazanog sadržaja normi Luxembourg, glede povjerljivosti podataka, odnosno informacija u postupku javne nabave, može se zaključiti kako iste ne odudaraju od sadržaja normi većine država članica Europske unije.

2.3.3.14. Republika Francuska

U Republici Francuskoj je na snazi Zakon o javnoj nabavi koji je stupio na snagu 1. travnja 2019. godine.¹⁷⁷ Člankom L3 propisana su temeljna načela javne nabave na način da naručitelji poštuju načelo jednakog tretmana ponuditelja za dodjelu ugovora o javnoj nabavi, načelo slobode pristupa i transparentnosti postupaka.

Glede povjerljivosti podataka, člankom L2132-1 propisano je da „naručitelj ne smije priopćiti povjerljive podatke za koje je saznao tijekom postupka nabave, a čije bi otkrivanje kršilo poslovnu

¹⁷⁷ Code de la commande publique, dostupno na <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000037701019/>, datum pristupa 19. listopada 2022. godine.

tajnu ili bi se njihovim priopćavanjem moglo naštetiti poštenoj konkurenciji između gospodarskih subjekata, kao što je priopćenje tijekom pregovaranja ukupnog iznosa ili cijene ponuda. Međutim, naručitelj može zatražiti od gospodarskih subjekata da pristanu na otkrivanje određenih povjerljivih podataka koje su dali. Naručitelj može gospodarskim subjektima nametnuti zahtjeve usmjerene na zaštitu povjerljivosti podataka koje priopćava u okviru postupka nabave.“

Što se tiče objavljivanja, člancima R2131-1 do R2131-3 regulirana je objava prethodne obavijesti i povremena indikativna obavijest o namjeri naručitelja da sklope ugovor.

Člancima R2131-4 do R2131-11 regulirana je prethodna obavijest o informacijama i periodična indikativna obavijest koja čini poziv na nadmetanje. Obavijesti o ugovoru regulirane su člancima R213-12- do R2131-18.

Glede omogućavanja pristupa informacijama koje su postupku javne nabave označene kao povjerljive, nema zasebnih normi.

2.3.3.15. Republika Poljska

U Republici Poljskoj na snazi je Zakon o javnoj nabavi od 11. rujna 2019. godine koji je stupio na snagu 1. siječnja 2021. godine.¹⁷⁸ Načela postupka javne nabave propisana su člankom 16. istog zakona na način da naručitelj priprema i provodi postupak nabave na način da osigurava poštenu konkurenciju i jednaki tretman ponuditelja, transparentnost i proporcionalnost.

Što se tiče povjerljivosti, člankom 18., stavkom 3., među ostalim, je propisano da „podaci koji predstavljaju poslovnu tajnu u smislu Zakona od 16. travnja 1993. o suzbijanju nelojalnog tržišnog natjecanja (Zakonski vjesnik iz 2019., točke 1010. i 1649.) ne smiju se otkrivati ako je gospodarski subjekt uz davanje takvih podataka isto naznačio te ako je dokazao da su isti podaci poslovna tajna.“

Člankom 406. propisano je da naručitelj „može obvezati ponuditelja da podizvođače obavijesti o njihovoj obvezi zaštite tajnih podataka do kojih je došao tijekom postupka dodjele ugovora u području obrane i sigurnosti“, dok je člankom 407. propisano, među ostalim, da će u slučaju ugovora koji sadrže povjerljive podatke, „naručitelj u obavijesti o ugovoru ili dokumentima o nabavi navesti zahtjeve koji se odnose na izvršenje ugovora, nužne da bi se osigurala sigurnost tih podataka.“

¹⁷⁸ Dostupan na <http://www.przepisy.gofin.pl/przepisy,4,26,26,5558,248537,20210101,ustawa-z-dnia-11092019-r-prawo-zamowien-publicznych1.html>, datum pristupa 19. listopada 2022. godine.

Dakle, i poljsko zakonodavstvo javne nabave štiti poslovnu tajnu te propisuje da je gospodarski subjekt dužan dokazati da se radi o poslovnoj tajni, ukoliko istu naznačuje. Stoga je poljsko zakonsko rješenje u tom dijelu slično rumunjskom¹⁷⁹ i litvanskom¹⁸⁰ zakonskom rješenju.

2.3.3.16. Republika Portugal

U Portugalu je na snazi Zakon o javnoj nabavi od 29. veljače 2008. godine.¹⁸¹ U Poglavlju 1., članku 3., istog zakona regulirane su obavijesti na način da se oglasi koji se objavljuju u časopisu Diário da República, pod uvjetima utvrđenim u Kodeksu javnih ugovora¹⁸², šalju u National Press-Casa da Moeda, SA, elektroničkim putem, u skladu s formatom i modalitetima prijenosa navedenim na web stranici Diário da República.

U Kodeksu javnih ugovora, Dio 1., članak 1.a., propisano je, glede načela postupka nabave, da se pri formiranju i izvršavanju javnih ugovora moraju poštovati opća načela koja proizlaze iz Ustava, Ugovora o Europskoj uniji i Zakonika o upravnom postupku, posebno načela zakonitosti, ostvarivanja javnog interesa, nepristranosti, proporcionalnost, dobra vjera, zaštita povjerenja, održivost i odgovornost, kao i načela konkurencije, oglašavanja i transparentnosti, jednakog postupanja i nediskriminacije.

U članku 132., stavku 5., Kodeksa javnih ugovora propisano je da za sklapanje ugovora koji se izravno i uglavnom odnose na jednu ili više aktivnosti koje se provode u sektorima vode, energije, prometa i poštanskih usluga, „pravila natječaja mogu sadržavati pravila namijenjena zaštiti povjerljivosti podataka sadržanih u dokumentima postupka.“

Što se tiče objavljivanja, među ostalim, vezano uz otvoreni postupak javne nabave, člankom 130., Naslova III. (Procesni postupak), Poglavlja II. (Otvoreni postupak) propisano je da se javni natječaj oglašava u Diário da República. Tako objavljen javni natječaj ili sažetak njegovih najvažnijih

¹⁷⁹ *Infra* u potpoglavlju 2.3.3.23.

¹⁸⁰ *Infra* u potpoglavlju 2.3.3.24.

¹⁸¹ Dostupan na https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Portugal_Ley18_2008.pdf, datum pristupa 19. listopada 2022. godine.

¹⁸² Dostupan na https://www.igf.gov.pt/leggeraldocs/DL_018_2008_CODIGO_CONTRATOS_PUB_INDICE.htm, datum pristupa 19. veljače 2023. godine.

elemenata „može se kasnije distribuirati na bilo koji drugi način koji se smatra prikladnim, primjerice objavljivanjem na elektroničkoj platformi koju koristi naručitelj.“¹⁸³

2.3.3.17. Kraljevina Nizozemska

U Nizozemskoj je na snazi Zakon o nabavi iz 2012. godine koji je stupio na snagu 1. srpnja 2016. godine.¹⁸⁴ Zakon se temelji na načelima nediskriminacije, jednakog tretmana poduzetnika, transparentnosti te proporcionalnosti. Ovaj zakon se odnosi na sve natječaje, neovisno o visini pragova.

Glede povjerljivosti podataka, u članku 2.57. propisano je da „ne dovodeći u pitanje odredbe zakona, naručitelj ne otkriva podatke koje mu je poduzetnik pružio kao povjerljive.“ Također, istom odredbom je propisano da „naručitelj neće otkrivati podatke iz dokumenata o nabavi ili drugih dokumenata koje je sastavilo u vezi s postupkom nabave, ako se takvi podaci mogu koristiti za narušavanje konkurencije.“

Što se tiče objavljivanja, člankom 2.59. regulirana je objava prethodne obavijesti o nabavi koja se obavlja elektroničkim putem, koristeći elektronički sustav nabave.

Člankom 2.61. propisano je da naručitelj također može objaviti prethodnu najavu na svom profilu kupca, a profil kupca mora biti dostupan elektroničkim putem i „može sadržavati informacije o prethodnim najavama, tekućim postupcima nabave, predloženim kupnjama, ugovorima o dodjeli ugovora, otkazanim postupcima i korisne opće informacije, kao što su kontaktna točka, telefon i faks broj, poštanska adresa i e-mail adresa.“

Ujedno je propisano¹⁸⁵ da će naručitelj obavijest o prethodnoj najavi dostaviti Europskoj komisiji, također koristeći elektronički sustav nabave te će objaviti prethodnu najavu na svom profilu kupca najkasnije nakon što se pošalje obavijest o takvoj objavi Europskoj komisiji.

Člankom 2.62. propisano je, među ostalim, da će „javni naručitelj koji namjerava dodijeliti javni ugovor objaviti u tu svrhu obavijest o javnom ugovoru. Obavijest se vrši se elektroničkim putem

¹⁸³ Članak 130., stavak 2. Kodeksa javnih ugovora.

¹⁸⁴ Dostupan na: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0032203/2022-03-02/0>, datum pristupa 19. veljače. 2023. godine.

¹⁸⁵ Člankom 2.61., stavci 3-7.

koristeći elektronički sustav nabave. Javni naručitelj koristi obrazac koji je u tu svrhu dostupan putem elektroničkog sustava nabave u svrhu objave obavijesti.“¹⁸⁶

Dakle, što se tiče pristupa povjerljivim podacima spisa postupka javne nabave u nizozemskom Zakonu o javnoj nabavi, istim nisu propisana pravila za navedeno, niti su na bilo koji način regulirana pravila spora o povjerljivosti podataka.

2.3.3.18. Kraljevina Švedska

U Švedskoj je na snazi Zakon o javnoj nabavi od 1. prosinca 2016. godine¹⁸⁷ koji u 4. poglavlju, odjeljku 1., propisuje da će se naručitelji prema dobavljačima odnositi na jednak i nediskriminatoran način i provoditi nabave na transparentan način. Nabava se također mora provoditi u skladu s načelima uzajamnog priznavanja i proporcionalnosti.

Povjerljive podatke regulira švedski Zakon o javnom pristupu informacijama i tajnosti.¹⁸⁸ U Švedskoj su u konačnici sudovi ti koji određuju koji dokumenti će se držati u tajnosti. U postupcima nabave pojedini podaci su tajni sve dok javni naručitelj ili subjekt ne objave odluku o dodjeli ugovora nakon čega sve informacije u pravilu postaju javne, osim ako bi se, primjerice, radilo o poslovnoj tajni u određenoj ponudi.

Međutim, same informacije se izravno štite kao tajne Zakonom o javnom pristupu informacijama i tajnosti, dok samu odluku o tajnosti može preispitati Upravni žalbeni sud. Navedeno je regulirano poglavljem 12., odjeljkom 24. švedskog Zakona o javnoj nabavi gdje je propisano da „ukoliko je podnesena žalba protiv odluke da se pojedini podaci iz ugovora ili informacije ne učine dostupnima, u postupku pred sudom sudjeluje naručitelj i subjekt koji je zatražio pristup dokumentima koji su bili označeni tajnima.“

Detaljnija analiza i komparacija švedskog zakonodavstva biti će predmetom zasebnog poglavlja, s obzirom da, kao što je navedeno, švedsko zakonodavstvo predviđa da u sudskom postupku, proizašlom iz postupka javne nabave, sudjeluje i subjekt koji je zatražio pristup dokumentima koji su bili označeni tajnima. S obzirom da u Republici Hrvatskoj ne postoji takva zakonska regulacija, niti su na bilo koji drugi način regulirana pravila glede spora o povjerljivosti do kojeg može doći u okviru

¹⁸⁶ Uz izuzetak ukoliko bi se radilo o pregovaračkom postupku bez objave.

¹⁸⁷ Dostupan na https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-20161145-om-offentlig-upphandling_sfs-2016-1145, datum pristupa 19. listopada 2022. godine.

¹⁸⁸ Public Access to Information and Secrecy Act (Offentlighets- och sekretesslagen [2009:400]).

postupka javne nabave, u svrhu predlaganja dopuna hrvatskog Zakona o javnoj nabavi u tom dijelu, detaljnije će se analizirati i komparirati švedska zakonska rješenja.

2.3.3.19. Republika Mađarska

U Mađarskoj je na snazi Zakon o javnoj nabavi iz 2015. godine¹⁸⁹ koji u članku 2. propisuje da će postupcima javne nabave naručitelj osigurati da gospodarski subjekt poštuje pravednost, transparentnost i javnost konkurencije.

Člankom 37. je propisano da naručitelj putem obavijesti objavljuje prospekt; poziv na nadmetanje kojim se pokreće otvoreni postupak; pozive na natječaj ili pregovarački postupak te na natjecateljski dijalog ili partnerstva za inovacije, osim poziva na pregovaračke postupke s prethodnom objavom obavijesti o ugovoru i povremenim indikativnim obavijestima s posebnim povremenim informacijama i izravnim pozivom za sudjelovanje u pregovaračkom postupku, natjecateljski dijalog ili inovacijsko partnerstvo; obavijest o pokretanju postupka u skladu s vlastitim pravilima nabave; povremene obavijesti o prethodnim informacijama i obavijesti o pretkvalifikacijama u skladu s posebnim zakonodavstvom; natječaj za dizajn; poziv za pokretanje postupka nabave koncesije; informacije o ishodu postupka; informacije o ishodu natječaja za dizajn; informacije o izmjenama i dopunama ugovora.

Pitanje pristupa dokumentima sastavljenim tijekom postupka nabave regulirano je člankom 162., stavkom 1., na način da podnositelj zahtjeva, odnosno stranka u postupku javne nabave i njihovi predstavnici, imaju pravo pristupa dokumentima i izrade kopija ili bilješki svih dokumenata sastavljenih tijekom postupka nabave ili pregleda, i to u roku od deset dana od pokretanja postupka radi pristupa dokumentima.

Ipak, stavkom 2. istog članka je propisano: „S obzirom na zaštitu poslovne tajne naručitelj, ponuditelj i natjecatelj mogu obrazloženim zahtjevom zahtijevati da se izrekne zabrana ili ograničenje pristupa dokumentima ili podacima osobama iz stavka 1., u slučaju ako se radi o dokumentima za koje se ne smatra da imaju javni interes.“ Stavkom 3. istog članka je propisano da „ako je ponuditelj ili natjecatelj u svojoj ponudi ili prijavi za sudjelovanje pojedine dokumente posebno označio kao poslovnu tajnu ili je zatražio da se oni tretiraju kao poslovna tajna u odnosu na druge dokumente koji

¹⁸⁹ Dostupan na <https://www.kozbeszerzes.hu/torveny/kbt-2015/>, datum pristupa 19. listopada 2022. godine.

su dostavljeni u postupku javne nabave, smatra se da je za te dokumente zatraženo isključenje prava uvida u dokumente osobama iz stavka 1.“

Opravdavaju li okolnosti zabranu ili ograničenje pristupa tim dokumentima odlučuje povjerenstvo za javnu nabavu koje može zahtijevati od stranke da pripremi verziju predmetnog dokumenta koji neće sadržavati nikakve povjerljive poslovne podatke.¹⁹⁰

Ukoliko ne postoji odobrenje, nije moguće izvršiti uvid u dokument koji sadrži klasificirane podatke. Također nije moguće izvršiti uvid u dokument koji sadrži druge zakonom zaštićene podatke, ako je to isključeno mjerodavnim zakonom o zaštiti podataka ili ako nepoznavanje zaštićenih podataka ne sprječava osobu koja traži uvid na ostvarivanje prava na pravni lijek.¹⁹¹

Ukoliko je u postupku došlo do rasprave na kojoj je zbog zaštite tajnih podataka bila isključena javnost, uvid u dokumentaciju¹⁹² je moguć samo pod uvjetima koje utvrđuje predsjednik povjerenstva za odlučivanje o javnoj nabavi.¹⁹³

Slijedom navedenog, u Mađarskoj je, za pojedine situacije, prepoznata potreba omogućavanja uvida u povjerljivu dokumentaciju postupka javne nabave, o čemu odlučuje povjerenstvo za javnu nabavu.

2.3.3.20. Kraljevina Španjolska

U Španjolskoj je na snazi Zakon 9/2017 od 8. studenoga 2017. godine o ugovorima u javnom sektoru kojim su u španjolski pravni sustav prenesene Direktive Europskog parlamenta i Vijeća 2014/23/EU i 2014/24/EU od 26. veljače 2014.¹⁹⁴ U preambuli samog zakona je navedeno da iako je odlučujući razlog istog zakona prijenos dviju spomenutih direktiva, da to nije jedini razlog, već da se pokušava osmisлити sustav javne nabave koji je učinkovitiji, transparentniji i cjelovitiji.¹⁹⁵

Navedeno je kako pravni sustav javne nabave utvrđen istim zakonom nastoji pojasniti važeće propise radi veće pravne sigurnosti i pokušava osigurati da se javna nabava koristi kao instrument za provedbu

¹⁹⁰ Članak 162., stavak 4.

¹⁹¹ Članak 162., stavak 6.

¹⁹² Temeljem odredaba Zakona o zaštiti klasificiranih podataka.

¹⁹³ Članak 162., stavak 7.

¹⁹⁴ Dostupno na <https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-12902-consolidado.pdf>, datum pristupa 19. listopada 2022. godine.

¹⁹⁵ Točka 2, alineja 6 preambule.

europskih i nacionalnih politika u socijalnim pitanjima, okolišu, inovacijama i razvoju, promicanju malih i srednjih poduzeća i zaštiti konkurencije.

Pitanje povjerljivosti podataka regulirano je člankom 133. na način, među ostalim, da „ne dovodeći u pitanje odredbe važećeg zakonodavstva o pristupu javnim informacijama i odredbe sadržane u zakonu koji se odnosi na javnu nabavu, naručitelj ne smije otkriti podatke koje pružaju poduzetnici koje su u trenutku podnošenja ponude odredili kao povjerljive. Priroda povjerljivosti utječe, među ostalim, na tehničku ili komercijalnu tajnu, povjerljive aspekte ponuda i bilo koje druge informacije čiji se sadržaj može koristiti za narušavanje konkurencije, bilo u trenutnom postupku nadmetanja ili u narednom.“¹⁹⁶

Ipak, dužnost povjerljivosti se ne može odnositi na cjelokupni sadržaj ponude odabranog ponuditelja, kao ni na dokumente koji su javno dostupni.¹⁹⁷

Dobavljač mora poštovati povjerljivu prirodu informacija kojima ima pristup tijekom izvršenja ugovora te ista obveza postoji pet godina od saznanja za te podatke, osim ako se specifikacijama ili ugovorom ne utvrdi duži rok koji u svakom slučaju mora biti definiran i vremenski ograničen.¹⁹⁸

Dakle, proizlazi da u španjolskom zakonodavstvu javne nabave ne postoje zasebne odredbe koje reguliraju pravo pristupa povjerljivoj dokumentaciji postupka nabave.

2.3.3.21. Slovačka Republika

U Slovačkoj Republici je na snazi Zakon o javnoj nabavi i o izmjenama i dopunama određenih zakona od 14. prosinca 2005. godine.¹⁹⁹ Člankom 9., stavkom 3., propisano je da se pri dodjeli ugovora moraju primijeniti načelo jednakog postupanja, načelo nediskriminacije između ponuditelja ili kandidata, načelo transparentnosti i načela ekonomičnosti i učinkovitosti.

Člankom 20. je propisano da su javni naručitelj i naručitelj dužni čuvati povjerljivost poslovnih tajni i povjerljivih podataka koje im pruža ponuditelj ili natjecatelj te da će u tu svrhu ponuditelj ili natjecatelj naznačiti činjenice koje predstavljaju poslovnu tajnu. Člankom 61., stavkom 5., je

¹⁹⁶ Članak 133., stavak 1., alineja 1.

¹⁹⁷ Članak 133., stavak 1., alineja 2.

¹⁹⁸ Članak 133., stavku 2.

¹⁹⁹ Dostupno na <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2006/25/20151101>, datum pristupa 19. listopada 2022. godine.

propisano, vezano uz postupak natjecateljskog dijaloga, da „javni naručitelj ne smije drugim ponuditeljima dostavljati prijedloge rješenja ili druge povjerljive podatke dobivene od natjecatelja s kojim je vođen dijalog, bez njegove suglasnosti.“

Člankom 21., stavkom 2., je propisano da će javni naručitelj, odnosno naručitelj sastaviti izvješće o svakom ugovoru, svakom okvirnom sporazumu i svakom uspostavljanju dinamičnog sustava nabave, koji će biti dio dokumentacije, i objaviti ga na profilu u roku od deset radnih dana od zaključenja ugovora ili okvirnog sporazuma. U izvješće se mogu uključiti osobni podaci u opsegu imena i prezimena, poslovnog imena ili imena, adrese prebivališta ili sjedišta, a ako nije dodijeljen identifikacijski broj, matičnog broja ili datuma rođenja. Također, stavkom 4. istog članka je propisano da su javni naručitelj i naručitelj dužni dokumentirati postupak javne nabave koji je proveden elektroničkim putem, dok je stavkom 5. istog članka propisano da će naručitelj, na zahtjev, dostaviti kompletnu dokumentaciju Uredu²⁰⁰ i Antimonopolskom uredu Republike Slovačke, sudovima i tijelima aktivnim u kaznenim postupcima, kao i drugim kontrolnim tijelima, ako je to predviđeno zakonom.

Posebne odredbe glede omogućavanja pristupa tajno označenoj dokumentaciji postupka javne nabave nisu propisane.

2.3.3.22. Savezna Republika Njemačka

U Saveznoj Republici Njemačkoj načela i pravni okvir za javnu nabavu definira Savezno Ministarstvo za gospodarstvo i energetiku. U pravni sustav nabave radova, robe i usluga putem javnih ugovora i davanje koncesija prenesene su europske Direktive 2014/23/EU, 2014/24/EU i 2014/25/EU. Implementacija navedenih direktiva provedena je u Zakon o ograničavanju sprječavanja tržišnog natjecanja, Dio 4., Nabava putem javnih ugovora i koncesija.²⁰¹

Upravo se taj Dio 4. Zakona odnosi na norme vezane uz postupak javne nabave i dodjelu koncesija. Uz navedeni propis, sami detalji provedbe postupka nabave i dodjele koncesija definirani su i

²⁰⁰ Središnje tijelo državne uprave za javnu nabavu u Republici Slovačkoj.

²⁰¹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – Teil 4, in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz - VergRModG) vom 17. Februar 2015, BGBl I vom 23.02.2016, stupanje na snagu 18. travnja 2016. godine, strana 203., dostupno na https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/gesetz-gegen-wettbewerbsbeschaenkungen-gwb-teil4-konsolidierte-nicht-amtliche-fassung.pdf?__blob=publicationFile&v=8 te na <https://www.buzer.de/gesetz/4400/b11814.htm>, datum pristupa 19. listopada 2022. godine.

dodatnim provedbenim propisima o kojima će biti riječi u zasebnom poglavlju koje će se baviti detaljnijom komparativnom analizom propisa Savezne Republike Njemačke u području javne nabave. Člankom 97., stavkom 1., navedenog zakona propisano je da se javni ugovori i koncesije dodjeljuju u konkurenciji i kroz transparentne postupke. Poštuju se načela ekonomske učinkovitosti i proporcionalnosti. Člankom 164. je propisano da Vijeće za javnu nabavu²⁰² osigurava povjerljivost povjerljivih podataka i drugih povjerljivih podataka sadržanih u dokumentima koje su stranke podnijele. Članovi Vijeća za javnu nabavu dužni su čuvati tajnost, ne smiju otkrivati vrstu i sadržaj tajnih dokumenata, spisa, elektroničkih dokumenata i podataka.

Pravo uvida u spis regulirano je člankom 165. na način, rezimirano, da stranke postupka mogu pregledati spise pred Vijećem za javnu nabavu i o svom trošku dobiti kopije ili izvatke. Ipak, Vijeće mora odbiti uvid u dokumente ako je to potrebno iz važnih razloga, posebno radi zaštite povjerljivosti ili zaštite tajnosti.

Svaki sudionik mora istaknuti tajnost podataka slanjem svojih datoteka ili izjava te ih u skladu s tim označiti u dokumentima.

Ukoliko se odbije zahtjev za uvid u spis, isto se može osporavati samo u žalbi vezanoj uz glavnu stvar.

Iz analiziranih normi proizlazi da pitanje omogućavanja uvida u tajno označene podatke u spisu nije zasebno regulirano.

2.3.3.23. Republika Litva

U Republici Litvi na snazi je Zakon o javnoj nabavi Republike Litve od 1. srpnja 2017. godine.²⁰³ Već je u članku 1. navedenog zakona propisano da je svrha istog osigurati učinkovitu i transparentnu javnu nabavu i natječaje za projekte.

Člankom 26. je propisano da naručitelj, uz propisane izuzetke, mora pripremiti i odobriti planove nabave koji se planiraju provesti u tekućoj kalendarskoj godini i objaviti sažetak planiranih nabava u Središnjem informacijskom sustavu javne nabave u skladu sa zahtjevima i postupkom utvrđenim od

²⁰² Člankom 156., stavkom 1., je propisano da ispitivanje dodjele javnih ugovora i dodjele koncesija provode Savezne Komore za javnu nabavu za javne ugovore i koncesije koje pripadaju Saveznoj vladi i Savezne državne komore za nabavu za javne nabave i koncesije koje se pripisuju tim savezним državama.

²⁰³ Dostupno na <https://www.e-tar.lt/portal/lt/legalAct/TAR.C54AFFAA7622/asr>, datum pristupa 19. listopada 2022. godine.

strane Ureda za javnu nabavu. Navedeni sažetak se mora objaviti najkasnije do 15. ožujka svake godine, a najkasnije u roku od pet radnih dana nakon revizije planova nabave planirane za tekuću kalendarsku godinu.

Sažetak planiranih nabava se može dodatno objaviti na web mjestu naručitelja, u posebnom odjeljku te mora biti svugdje identičan. Obavijesti o ugovoru regulirane su u drugom odjeljku²⁰⁴ zakona te se odnose na: prethodnu obavijest, obavijest o nabavi i obavijest o natječaju za dizajn, dobrovoljna *ex ante* najava transparentnosti, objave o rezultatima nabave i natječaju za projekt.

Pitanje povjerljivosti regulirano je člankom 20., stavkom 1., na način da „naručitelj, povjerenstvo, njegovi članovi ili stručnjaci i druge osobe ne smiju trećim stranama otkrivati podatke koje su dobili od dobavljača, a koje su oni označili kao povjerljive.“

Ne mogu se smatrati povjerljivima cjelokupna ponuda i prijava dobavljača, ali dobavljač može naznačiti da su određeni podaci sadržani u njegovoj ponudi povjerljivi.²⁰⁵

Stavkom 3., članka 20., je propisano da ako javni naručitelj sumnja u povjerljivost podataka danih u ponudi dobavljača, da mora zatražiti od dobavljača da dokaže zašto su pruženi podaci povjerljivi. Ako dobavljač ne dostavi takve dokaze ili pruži neadekvatne dokaze u roku koji odredi naručitelj, a koji ne može biti kraći od tri radna dana, smatrat će se da ti podaci nisu povjerljivi.

Dakle, proizlazi da dobavljač²⁰⁶ mora dokazati zašto je neke podatke u ponudi označio povjerljivim.

Iz navedenog je vidljivo da je ovo rješenje drugačije od hrvatskog gdje je dovoljno da ponuditelj ili natjecatelj samo označe valjanu pravnu osnovu za označavanje podataka tajnim. Dakle, u litvanskom postupku javne nabave, kao i u poljskom²⁰⁷ te rumunjskom²⁰⁸, je potrebno dokazati da je pojedini podatak povjerljiv.

²⁰⁴ Članci 30-33.

²⁰⁵ Članak 20., stavak 2.

²⁰⁶ Misleći na ponuditelja ili natjecatelja.

²⁰⁷ *Supra* potpoglavlje 2.3.3.15.

²⁰⁸ *Infra* potpoglavlje 2.3.3.24.

2.3.3.24. Republika Rumunjska

U Republici Rumunjskoj na snazi je Zakon o javnoj nabavi od 19. svibnja 2016. godine.²⁰⁹ Člankom 2. propisana je svrha zakona i načela: nediskriminacija, jednak tretman, uzajamno priznavanje, transparentnost, proporcionalnost, preuzimanje odgovornosti. Ujedno, člankom 49. je propisano da će naručitelji pružiti gospodarskim subjektima jednak i nediskriminatoran tretman te da će djelovati na transparentan i proporcionalan način.

Javni naručitelj ima obvezu osigurati transparentnost postupka za dodjelu javnih ugovora i okvirnih sporazuma objavljivanjem obavijesti o namjeri, obavijesti o sudjelovanju i obavijesti o dodjeli ugovora.²¹⁰

U 2020. godini došlo je do izmjena i dopuna Zakona o javnoj nabavi iz 2016. godine. Tom prilikom su izmijenjene i odredbe vezane uz povjerljivost podataka u postupku javne nabave. Pitanje povjerljivosti je sada regulirano člankom 57., stavkom 1., na slijedeći način: „Ne dovodeći u pitanje druge odredbe ovoga zakona ili zakonske odredbe o slobodnom pristupu informacijama od javnog interesa ili druge zakonodavne akte kojima se uređuje djelatnost naručitelja, naručitelj ima obvezu neobjavljivati podatke iz tehničke ponude, elemente iz financijskog prijedloga i/ili obrazloženja/opravljanja cijene/troška koje su dostavili gospodarski subjekti za koje su naveli i dokazali da su povjerljivi jer su: osobni podaci, tehnička ili komercijalna tajna ili su zaštićeni pravom intelektualnog vlasništva. Povjerljivost se odnosi samo na podatke/informacije za koje je naznačeno i dokazano da su osobni podaci, tehničke ili poslovne tajne ili zaštićeni pravom intelektualnog vlasništva.“

Stavkom 2. i 3. istog članka²¹¹ regulirano je da odredbe glede pitanja povjerljivosti ne utječu na obveze naručitelja glede objave obavijesti o dodjeli ugovora, kao i da javni naručitelj može gospodarskim subjektima postaviti određene zahtjeve radi zaštite povjerljivosti podataka koje stavlja na raspolaganje tijekom cijelog postupka nabave.

Ujedno je striktno propisano da gospodarski subjekt koji određene podatke označuje povjerljivim, mora isto i dokazati dokazom koji postaje prilog ponude.²¹²

²⁰⁹ Dostupno na <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/178667>, datum pristupa 19. listopada 2022. godine.

²¹⁰ Članak 142.

²¹¹ Članak 57.

²¹² Naime, člankom 57., stavkom 4., je propisano: „Gospodarski subjekti u sadržaju ponude navode i dokazuju koji su podaci iz tehničke ponude, elementi iz financijske ponude i/ili obrazloženja/opravljanja cijene/troška povjerljivi jer su:

2.3.3.25. Republika Latvija

U Republici Latviji na snazi je Zakon o javnoj nabavi od 15. prosinca 2016. godine koji je stupio na snagu 1. ožujka 2017. godine.²¹³ U IV. poglavlju zakona regulirano je „obavješćavanje i transparentnost“. Definirano je pitanje Prethodnih obavijesti; Obavijesti o ugovoru; Obavijesti o promjeni ili dodatne informacije; Obavijesti o dodjeli ugovora; Dobrovoljno obavješćavanje o rezultatima nabave; Obavijesti o natječaju za dizajn i rezultatima natječaja za dizajn; Obavijesti o socijalnim i drugim posebnim uslugama te Obavijesti o promjenama tijekom trajanja ugovora.

Člankom 14. zakona regulirana je povjerljivost podataka na slijedeći način: „Naručitelj može odrediti uvjete za zaštitu podataka koje je dostavio dobavljačima zajedno s tehničkim specifikacijama, kao i tijekom postupka nabave. Prilikom objave o sklapanju ugovora o nabavi te obavješćavanja ponuditelja i natjecatelja, naručitelj nema pravo iznositi podatke koje su mu drugi ponuditelji i natjecatelji priopćili kao poslovnu tajnu ili povjerljive podatke.“

Dakle, proizlazi da latvijskim Zakonom o javnoj nabavi nije predviđena mogućnost uvida pojedinog gospodarskog subjekta u tajne, odnosno povjerljive podatke postupka javne nabave.

2.3.3.26. Republika Irska

U Republici Irskoj je zakonodavstvo koje regulira dodjelu javnih ugovora izvedeno iz direktiva Europske unije te implementirano u nacionalno zakonodavstvo, uključujući i po pitanju transparentnosti, odnosno objavljivanja i dostupnosti podataka. Dodatno, sudionici postupka javne nabave, ali i druge osobe (svatko) mogu podnijeti zahtjev za davanjem informacija o pojedinom natječaju sukladno Zakonu o pravu na pristup informacijama iz 2014. godine.²¹⁴

Ipak, navedeni zakon propisuje određena izuzeća glede prava na pristup informacijama²¹⁵ na način da se zahtjev odbija, među ostalim, ako bi otkrivanje informacija predstavljalo povredu dužnosti povjerljivosti podataka predviđene propisom, ako se tiče poslovne tajne, financijske, komercijalne,

osobni podaci, tehnička ili poslovna tajna ili su zaštićeni pravom intelektualnog vlasništva. Informacije koje su gospodarski subjekti naveli u tehničkoj ponudi, elemente u financijskoj ponudi i/ili obrazloženja/opravljanja cijene/troška kao povjerljive moraju biti popraćeni dokazom koji im daje karakter povjerljivosti, dokazom koji postaje prilog ponude, inače nisu primjenjive odredbe st. (1).“

²¹³ Dostupno na <https://likumi.lv/ta/id/287760-publisko-iepirkumu-likums>, datum pristupa 19. listopada 2022. godine.

²¹⁴ Freedom of Information Act 2014, dostupan na <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2014/act/30/enacted/en/html>, datum pristupa 19. listopada 2022. godine.

²¹⁵ U člancima 35. i 36.

znanstvene, tehničke ili druge informacije čije bi otkrivanje moglo rezultirati financijskim gubitkom ili naštetiti natjecateljskom položaju određenog subjekta.

Zasebne odredbe glede omogućavanja uvida u povjerljive podatke postupka javne nabave, u svrhu ostvarenja procesnih prava pojedinih sudionika postupka javne nabave, nisu propisane.

2.3.3.27. Republika Hrvatska

Što se tiče Republike Hrvatske, razina transparentnosti postupka javne nabave će biti obrađena u slijedećem poglavlju, no ono što se može reći jest da su zahtjevi transparentnosti glede objavljivanja obavijesti javne nabave usklađeni sa zahtjevima europskih direktiva obrađenih u poglavlju glede europskog sekundarnog prava javne nabave. Zakon predviđa i zaštitu povjerljivih podataka, odnosno tajnost podataka²¹⁶, no ne razrađuje modalitet na koji način se može vršiti pravna kontrola da li je zaštita povjerljivosti, odnosno tajnosti podataka opravdana. Isto tako, u hrvatskom zakonodavstvu javne nabave ne postoje odredbe koje bi pojedinom gospodarskom subjektu, radi zaštite i ostvarenja njegovih procesnih prava, omogućile²¹⁷ pravo uvida u tajno označene podatke postupka javne nabave.

2.4. Načelo transparentnosti javne nabave u hrvatskom pravu

2.4.1. Zahtjevi transparentnosti sukladno Zakonu o javnoj nabavi

Kao što je navedeno, u članku 4. hrvatskog Zakona o javnoj nabavi propisano je u pogledu načela javne nabave da je naručitelj u primjeni istog zakona obavezan u odnosu na sve gospodarske subjekte „poštovati načelo slobode kretanja robe, načelo slobode poslovnog nastana i načelo slobode pružanja usluga te načela koja iz toga proizlaze, kao što su načelo tržišnog natjecanja, načelo jednakog tretmana, načelo zabrane diskriminacije, načelo uzajamnog priznavanja, načelo razmjernosti i načelo transparentnosti.“

²¹⁶ U člancima 52.-55.

²¹⁷ Pod zakonom određenim pretpostavkama.

Naručitelj je obavezan primjenjivati odredbe navedenog zakona na način koji omogućava učinkovitu javnu nabavu te ekonomično i svrhovito trošenje javnih sredstava, a načelo transparentnosti bi zapravo trebalo predstavljati kontrolu navedenom.

Glede same transparentnosti je bitan članak 198. kojim je propisan postupak pripreme javne nabave prethodnom analizom tržišta. Stavkom 2. istog članka je popisano da „javni naručitelj smije tražiti ili prihvatiti savjet neovisnih stručnjaka, nadležnih tijela ili sudionika na tržištu koji može koristiti u planiranju i provedbi postupka nabave te izradi dokumentacije o nabavi, pod uvjetom da takvi savjeti ne dovode do narušavanja tržišnog natjecanja te da ne krše načela zabrane diskriminacije i transparentnosti.“

Stavkom 3. istog članka je propisano da „prije pokretanja otvorenog ili ograničenog postupka javne nabave za nabavu radova ili postupka javne nabave velike vrijednosti za nabavu robe ili usluga, javni naručitelj obavezan je opis predmeta nabave, tehničke specifikacije, kriterije za kvalitativni odabir gospodarskog subjekta, kriterije za odabir ponude i posebne uvjete za izvršenje ugovora staviti na prethodno savjetovanje sa zainteresiranim gospodarskim subjektima u trajanju od najmanje pet dana.“

U stavku 4. se propisuje da je nakon provedenog savjetovanja javni naručitelj obavezan „razmotriti sve primjedbe i prijedloge zainteresiranih gospodarskih subjekata, izraditi izvješće o prihvaćenim i neprihvaćenim primjedbama i prijedlozima te ga objaviti na internetskim stranicama.“²¹⁸

Poglavlje III. zakona se konkretno odnosi na objavljivanje i transparentnost te u članku 243. regulira slijedeće obavijesti javne nabave: Prethodna informacijska obavijest, Obavijest o nadmetanju, Obavijest o dodjeli ugovora, Obavijest na profilu kupca, Obavijest o izmjeni, Društvene i druge posebne usluge - javni ugovori, Obavijest o projektnom natječaju, Rezultati projektnog natječaja, Obavijest za dobrovoljnu *ex ante* transparentnost i Ispravak - obavijest o izmjenama ili dodatnim informacijama.

Obavijesti javne nabave sadržavaju informacije iz Priloga V. zakona, a mogu sadržavati i druge podatke koje javni naručitelj smatra potrebnima. Iz članka 243. Zakona o javnoj nabavi proizlazi, među ostalim da „javni naručitelj obavijesti javne nabave sastavlja i šalje elektroničkim sredstvima komunikacije na objavu u EOJN RH u skladu s Prilogom VIII. zakona“ te da se u postupcima javne nabave velike i male vrijednosti obavijesti javne nabave objavljuju se „na standardnim obrascima koje utvrđuje Europska komisija provedbenim aktom.“

²¹⁸ Sadržaj izvješća, način i rokove objavljivanja te druga pitanja u vezi s prethodnim savjetovanjem i analizom tržišta propisuje pravilnikom čelnik središnjeg tijela državne uprave nadležnog za politiku javne nabave.

Putem objavljivanja podataka i informacija ostvaruje se transparentnost postupka koja je nužna i za kvalitetu žalbenog postupka. Člankom 408., stavkom 1., Zakona o javnoj nabavi, propisano je da u „pregovaračkom postupku javne nabave bez prethodne objave poziva na nadmetanje žalba se izjavljuje u roku od deset dana, i to od dana objave obavijesti za dobrovoljnu ex ante transparentnost, u odnosu na slučajeve i okolnosti za odabir postupka, sadržaj dokumentacije o nabavi te postupak pregleda, ocjene i odabira ponuda.“

Stavkom 2. istog članka je propisano da ako „naručitelj nije objavio obavijest za dobrovoljnu ex ante transparentnost, žalba se izjavljuje u roku od deset dana, i to od dana primitka odluke o odabiru ili poništenju u odnosu na dokumentaciju o nabavi i moguću dodatnu dokumentaciju, postupak pregleda, ocjene i odabira ponuda odnosno razloge poništenja.“

Stavkom 4. istog članka je propisano da ako „naručitelj nije objavio obavijest za dobrovoljnu ex ante transparentnost, žalba se izjavljuje u roku od 30 dana od dana objave obavijesti o dodjeli ugovora u odnosu na slučajeve i okolnosti za odabir postupka.“ Stavkom 5. istog članka je propisano da „ako naručitelj nije objavio obavijest za dobrovoljnu ex ante transparentnost te propusti objaviti obavijest o dodjeli ugovora, žalba se izjavljuje sukladno članku 411. Zakona o javnoj nabavi.“

Člankom 422., stavkom 1., Zakona o javnoj nabavi je propisano da žalba „izjavljena na dokumentaciju o nabavi, izmjenju dokumentacije, na odluku o nedopustivosti sudjelovanja“, kao i na „odluku o odbijanju inicijalne ponude ili odbijanju rješenja, sprječava nastavak postupka javne nabave za sve grupe predmeta nabave“, osim ako nije drukčije propisano u tom dijelu zakona.

Stavkom 2. istog članka je propisano da žalba „izjavljena protiv odluke o odabiru sprječava nastanak ugovora o javnoj nabavi odnosno okvirnog sporazuma.“

Stavkom 3. istog članka je propisano da ako je „predmet nabave podijeljen na grupe za koje je omogućeno podnošenje ponuda, žalba izjavljena protiv odluke o odabiru sprječava nastanak ugovora o javnoj nabavi ili okvirnog sporazuma za onu grupu predmeta nabave protiv koje je žalba izjavljena.“

Iz istog članka 422., stavka 4., Zakona o javnoj nabavi također proizlazi, da žalba „izjavljena na obavijest za dobrovoljnu ex ante transparentnost sprječava nastanak ugovora o javnoj nabavi za sve grupe predmeta nabave“, dok u ostalim slučajevima „izjavljena žalba ne sprječava nastavak postupka javne nabave, provedbu novoga postupka javne nabave, nastanak ugovora o javnoj nabavi ili okvirnog sporazuma, osim ako Državna komisija odredi privremenu mjeru.“

2.4.4.1. Ex ante transparentnost

U Republici Hrvatskoj je *ex ante* transparentnost propisana člankom 141. Zakona o javnoj nabavi. Ona se odnosi na fazu postupka nakon donošenja odluke o odabiru kada javni naručitelj može odlučiti da će poslati na objavu obavijest za dobrovoljnu *ex ante* transparentnost.

Naime, zakonom je propisano²¹⁹ da nakon donošenja odluke o odabiru javni naručitelj može poslati na objavu obavijest za dobrovoljnu *ex ante* transparentnost koja ima učinak dostave odluke o odabiru.²²⁰ U tom slučaju odluka se smatra dostavljenom istekom dana objave.

Člankom 141., stavkom 4., Zakona o javnoj nabavi je propisano da ukoliko „javni naručitelj ne pošalje na objavu obavijest za dobrovoljnu *ex ante* transparentnost, obvezan je odluku o odabiru dostaviti ponuditeljima.“

Člankom 249. propisana je mogućnost obavijesti za dobrovoljnu *ex ante* transparentnost na način da „javni naručitelj može u pregovaračkom postupku bez prethodne objave poziva na nadmetanje i u slučaju sklapanja ugovora koji su izuzeti od primjene“ zakona, „poslati obavijest za dobrovoljnu *ex ante* transparentnost, koja sadržava informacije iz Priloga V., dijela L“ zakona, na objavu u skladu s člancima 243. do 245. zakona.

Sam sadržaj Obavijesti za dobrovoljnu *ex ante* transparentnost, propisan je u prilogu V.L zakona.²²¹

U europskom pravu *ex ante* transparentnost posebno je proklamirana ranije spomenutom Direktivom 2014/25/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. godine.

²¹⁹ Članak 141.

²²⁰ Članak 141., stavak 2.

²²¹ Naime, zakonom je propisan sadržaj Obavijesti za dobrovoljnu *ex ante* transparentnost kako slijedi:

„1. Naziv, identifikacijski broj (OIB), adresa, uključujući NUTS kod, adresa e-pošte i internetska adresa naručitelja te, ako je različita, adresa e-pošte i internetska adresa službe u kojoj se mogu dobiti dodatne informacije.

2. Vrsta naručitelja i njegova glavna djelatnost.

3. Vrsta ugovora, kratki opis, uključujući CPV oznake.

4. Procijenjena vrijednost nabave.

5. Obrazloženje odluke naručitelja da dodijeli ugovor bez prethodne objave poziva na nadmetanje:

a) u slučaju pregovaračkog postupka bez prethodne objave, obrazloženje posebnih slučajeva i okolnosti koji opravdavaju njegovu primjenu

b) ako je primjenjivo, obrazloženje sklapanja ugovora na temelju izuzeća od primjene Zakona.

6. Kriteriji za odabir ponude

7. Naziv i podaci o odabranom ponuditelju.

8. Podaci o vrijednosti ugovora koji se namjerava sklopiti ili najviša i najniža ponuda koje su uzete u obzir.

9. Podatak o tome je li ugovor povezan s projektom i/ili programom koji se financira iz fondova Europske unije.

10. Naziv i adresa tijela nadležnog za pravnu zaštitu i, prema potrebi, za postupke mirenja. Detaljni podaci o rokovima za pokretanje pravne zaštite ili, ako je potrebno, ime, adresa, broj telefona, broj telefaksa i adresa e-pošte službe od koje se ovi podaci mogu dobiti.

11. Svi drugi relevantni podaci.“

Potom, člankom 3.a. Direktive 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2007. o izmjeni direktiva Vijeća 89/665/EEZ i 92/13/EEZ u vezi s poboljšanjem učinkovitosti postupaka pravne zaštite koji se odnose na sklapanje ugovora o javnoj nabavi²²² propisan je sadržaj obavijesti za dobrovoljnu *ex ante* transparentnost²²³, čiji oblik utvrđuje Europska komisija u skladu sa savjetodavnim postupkom.

Naime, obavijest za dobrovoljnu *ex ante* transparentnost ima poseban značaj u pregovaračkom postupku bez prethodne objave poziva za nadmetanje. Poznato je da se radi o vrsti postupka nabave koji se može primjenjivati samo iznimno, uz stroge uvjete propisane zakonom, međutim specifičnost postupka je da naručitelj u toj vrsti postupka nije obvezan striktno primjenjivati i poštovati načelo tržišnog natjecanja i načelo transparentnosti. S obzirom da se radi o vrsti postupka koji podliježe taksativno navedenim razlozima i uvjetima u zakonu, to je naručitelj dužan već u prethodnoj obavijesti o namjeri sklapanja ugovora obrazložiti zakonske razloge za primjenu te vrste postupka. Obzirom na specifičnost postupka, poziv na nadmetanje se ne objavljuje u Elektroničkom oglasniku javne nabave, kao i ni u Službenom listu Europske unije, već se poziv na dostavu ponude izravno šalje jednom ili više gospodarskih subjekata.

Važnost *ex ante* provjera u okviru kojih se vrši i kontrola transparentnosti postupka nabave posljednjih godina je dobila još više na značaju. Naime, 3. listopada 2017. godine objavljena je „Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i odboru regija, Poticanje ulaganja dobrovoljnom ex-ante procjenom aspekata javne nabave za velike infrastrukturne projekte“.²²⁴

U istoj Komunikaciji je naglašeno da se javna nabava još uvijek često odvija bez potrebnih vještina, tehničkog znanja i razumijevanja postupka te da se veliki prekogranični projekti suočavaju sa dodatnim problemom zbog mogućih razlika između nacionalnih zakonodavnih okvira, budući da se, unatoč usklađenosti sa europskim direktivama, još uvijek omogućava fleksibilnost na nacionalnoj razini.

²²² SL L 335, 20.12.2007.

²²³ Propisano je da obavijest sadrži slijedeće podatke: „a) ime i kontakt podatke javnog naručitelja; b) opis predmeta ugovora; c) opravdanje javnog naručitelja da sklopi ugovor bez prethodne obavijesti za nadmetanje u *Službenom listu Europske unije*; d) ime i kontakt podatke gospodarskog subjekta u čiju korist je donesena odluka o odabiru; i e) prema potrebi druge podatke koje javni naručitelj smatra korisnima.“

²²⁴ Dalje u tekstu: Komunikacija.

U Komunikaciji je izričito navedeno: „Ova je inicijativa jedan od stupova strategije Komisije za povećanje djelotvornosti javne nabave i jačanje njezine strateške funkcije čime se promiču konkurentnost, otvaranje radnih mjesta i rast.“

Komunikacijom se predlaže „dobrovoljni ex-ante mehanizam“ kojim bi se prije poduzimanja važnih koraka u postupku javne nabave isti mehanizam upotrijebio na dobrovoljnoj osnovi, a sve kako bi se izbjegle naknadne financijske korekcije, poništenje postupaka nabave, kašnjenje projekata ili slično.

Preporučeno je da se nacionalna tijela i javni naručitelji, posebice kada se radi o velikim i prekograničnim projektima, služe tim mehanizmom kada god za isto postoji potreba i očekuje se korist.

Cilj je da ovaj mehanizam doprinese razvoju dobre prakse u okviru europskog okvira javne nabave reguliranog direktivama iz 2014. godine te da se nacionalna tijela i javni naručitelji čim više služe tim mehanizmom, posebice u velikim i prekograničnim projektima.

U samoj Komunikaciji je predložena struktura dobrovoljnog ex-ante mehanizma na način da će se mehanizam sastojati od tri komponente: službe za podršku, mehanizam prijavljivanja i mehanizam za razmjenu informacija.

2.4.1.2. Ex post transparentnost

Dok se *ex ante* transparentnost odnosi na objavu podataka vezanih uz konkretan postupak javne nabave prije nego li je započet sam postupak javne nabave, *ex post* transparentnost nastupa tijekom same provedbe postupka javne nabave, kao posljedica objave informacija tijekom samog postupka. S aspekta potencijalnog žalitelja važne su faze postupka u kojima je moguće izjaviti žalbu, a za koju žalbu mu je potrebno omogućiti pristup relevantnim podacima.

Tako se, ako se govori o otvorenom postupku javne nabave, žalba može izjaviti u roku od deset dana, i to od dana izvršenih slijedećih objava i iz slijedećih razloga: „1. objave poziva na nadmetanje, u odnosu na sadržaj poziva ili dokumentacije o nabavi 2. objave obavijesti o ispravku, u odnosu na sadržaj ispravka 3. objave izmjene dokumentacije o nabavi, u odnosu na sadržaj izmjene dokumentacije 4. otvaranja ponuda u odnosu na propuštanje naručitelja da valjano odgovori na pravodobno dostavljen zahtjev dodatne informacije, objašnjenja ili izmjene dokumentacije o nabavi

te na postupak otvaranja ponuda 5. primitka odluke o odabiru ili poništenju, u odnosu na postupak pregleda, ocjene i odabira ponuda, ili razloge poništenja.“²²⁵

Ukoliko žalitelj propusti izjaviti žalbu u kojoj od navedenih faza otvorenog postupka javne nabave, nema pravo na žalbu u kasnijoj fazi u odnosu na prethodnu fazu.

Dakle, s procesnog gledišta, dinamika i sadržaj objavljenih informacija tijekom trajanja postupka javne nabave osnovni je alat za aktiviranje pravne zaštite, odnosno podnošenja pravnog lijeka. S tog aspekta je potrebno da potencijalni žalitelj ima na raspolaganju dovoljno informacija na temelju kojih može ostvariti svoja prava. Sama transparentnost, odnosno dostupnost podataka i informacija je stoga oruđe za zaštitu prava žalitelja u postupku.

Konačna *ex post* transparentnost u postupku javne nabave odnosi se na objavu podataka nakon što je ugovor o javnoj nabavi već sklopljen. U članku 248. hrvatskog Zakona o javnoj nabavi propisano je koje informacije sadrži Obavijest o dodjeli ugovora. Radi se o informacijama iz Priloga V. D zakona. Rok za objavljivanje iznosi 30 dana od dana sklapanja ugovora o javnoj nabavi ili okvirnog sporazuma. Isto tako, javni naručitelj je obavezan na tromjesečnoj osnovi poslati na objavu grupirane obavijesti o dodjeli ugovora za sklopljene ugovore na temelju pojedinog okvirnog sporazuma u roku od 30 dana od dana završetka svakog tromjesečja.

Kod dinamičnog sustava nabave javni naručitelj je obavezan poslati na objavu obavijest o dodjeli ugovora u roku od 30 dana od dana sklapanja pojedinog ugovora. Ipak, ove obavijesti se mogu grupirati na tromjesečnoj osnovi te ih se u tome slučaju šalje na objavu u roku od 30 dana od završetka svakog tromjesečja.

Člankom 248., stavkom 5., Zakona o javnoj nabavi je propisano da javni naručitelj „ne mora objaviti određene informacije o sklapanju ugovora o javnoj nabavi ili okvirnog sporazuma ako bi njihova objava bila protivna odredbama posebnog zakona ili na drugi način bila protivna javnom interesu, ako bi štetila opravdanim poslovnim interesima javnih ili privatnih gospodarskih subjekata ili bi mogla štetiti poštenom tržišnom natjecanju.“

Iz stavka 6. prethodno navedeno članka proizlazi da ukoliko dođe do poništenja postupka javne nabave, „javni naručitelj obavezan je poslati na objavu obavijest o dodjeli ugovora u roku od 30 dana od dana izvršnosti odluke o poništenju.“ Dakle, opisano predstavlja osnovne mehanizme putem kojih se ostvaruje *ex post* transparentnost u hrvatskom postupku javne nabave.

²²⁵ Članak 406., stavak 1. Zakona o javnoj nabavi.

2.4.2. Transparentnost u postupcima vezanim uz projekte financirane iz europskih fondova

Da li je ispoštovana transparentnost u postupcima vezanim uz projekte financirane iz europskih fondova utvrđuje se ponajviše kroz *ex ante* i *ex post* kontrole prilikom provedbe istih projekata. Pravila postupka nisu ista ukoliko se radi o provedbi projekta od strane obveznika Zakona o javnoj nabavi ili od strane neobveznika Zakona o javnoj nabavi. Kada je subjekt koji provodi nabavu obveznik Zakona o javnoj nabavi, dužan je provesti postupak nabave te sklopiti ugovor o nabavi sukladno važećem Zakonu o javnoj nabavi. Ukoliko je nabava usluga i roba procijenjene vrijednosti manje od 26.540,00 EUR te radova procijenjene vrijednosti manje od 66.360,00 EUR nabava se provodi sukladno Pravilniku o provedbi postupaka jednostavne nabave²²⁶ koji bi trebao imati implementirane i odredbe vezane uz pravila provedbe europskih projekata²²⁷, kako bi se izbjegle financijske korekcije odnosno neuspješnost projekta. Ukoliko subjekt koji provodi projekt nije obveznik Zakona o javnoj nabavi dužan je provesti nabavu i sklopiti ugovor o nabavi sukladno Pravilima za neobveznike Zakona o javnoj nabavi²²⁸ koji su sastavni dio pojedinog Ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava. U pojedinim NOJN Pravilima detaljno su propisani pragovi o visini kojih ovisi vrsta postupaka koji se primjenjuju za nabavu roba, radova i usluga.

S obzirom da su ranije izloženi osnovni mehanizmi kojima se osigurava transparentnost postupka javne nabave sukladno Zakonu o javnoj nabavi, koji se odnose na obveznike primjene tog zakona, u nastavku će naglasak biti na osiguravanju transparentnosti u postupcima u kojima projekte financirane iz europskih fondova provode neobveznici Zakona o javnoj nabavi.

Ex ante kontrola provodi se prije samog početka provedbe postupka nabave i vezana je uz provjeru dokumentacije o nabavi prije njene same objave. Sama procedura *ex ante* provjere, u odnosu na pojedini sklopljeni Ugovor, propisana je Općim uvjetima koji se primjenjuju na projekte financirane iz Europskih strukturnih i investicijskih fondova i koji su sastavni dio konkretnog Ugovora o dodjeli bespovratnih sredstava. Kroz *ex ante* provjeru nadležno tijelo²²⁹ ukazuje subjektu koji provodi projekt i koji namjerava objaviti dokumentaciju o nabavi²³⁰ je li u dokumentaciji o nabavi potrebno nešto

²²⁶ Pravilnik donosi naručitelj, sukladno članku 15., stavku 2., Zakona o javnoj nabavi.

²²⁷ Misli se na pravila o provedbi projekata koji u procijenjenoj vrijednosti potpadaju pod jednostavnu nabavu.

²²⁸ Dalje u tekstu: NOJN Pravila, najnovija je verzija 7 NOJN Pravila (Zajednička nacionalna pravila v.7.0. Ministarstva regionalnog razvoja i fondova Europske unije, stupila na snagu 04. prosinca 2020. godine).

²²⁹ U praksi kroz komunikaciju subjekta koji provodi projekt i voditelja projekta koji je imenovan od strane nadležnog tijela zaduženog za kontrolu provedbe projekta.

²³⁰ Preko web stranice Europski strukturni i investicijski fondovi, dostupno na <https://strukturnifondovi.hr/en/nabave-lista/>, datum pristupa 19. listopada 2022. godine.

promijeniti kako bi se izbjeglo naknadno utvrđivanje pogrešaka i izrekle financijske korekcije. Dakle, radi se o samoj *ex ante* provjeri, dok se sama transparentnost postupka ostvaruje kroz objavljivanje dokumentacije o nabavi koja je predmetom *ex ante* provjere. U samoj dokumentaciji o nabavi moraju biti, prvenstveno, detaljno obrazloženi kriteriji odabira te uvjeti koje mora ispuniti odabrani ponuditelj te transparentan prikaz bodovanja, odnosno ocjene ponuda, uz poštovanje temeljenih načela javne nabave. U dijelu rada koji se odnosi na razine transparentnosti postupka javne nabave u državama članicama Europske unije, jasno je vidljivo da su temeljna načela javne nabave proklamirana nacionalnim zakonima svih država članica. Transparentan i nediskriminirajući pristup u postupcima javne nabave vezanim uz projekte financirane iz europskih fondova iznimno je bitan, jer je cilj provedbe javnih nabava potaknuti tržišno natjecanje i prekograničnu javnu nabavu na unutarnjem tržištu, što utječe na gospodarski rast u cjelini.

Što se tiče *ex post* kontrole, ista se vrši pregledom dokumentacije nabave nakon završetka postupka nabave kako bi se utvrdilo je li postupak proveden sukladno hrvatskim i europskim propisima, NOJN Pravilima, te u skladu sa sadržajem sklopljenog Ugovora.

Prilikom *ex post* provjere posebice se kontrolira nije li bilo umjetne podjele nabave, jesu li kriteriji odabira i kriteriji dodjele ugovora u skladu sa temeljenim načelima javne nabave, da li tehničke specifikacije nisu diskriminirajuće, da li su kriteriji odabira i dodjele ugovora ispravno primijenjeni te objavljeni u tehničkim specifikacijama u obavijesti o nabavi, kao i da li je odluka odbora za ocjenjivanje ponuda odgovarajuća.

Međutim, u praksi se postavlja pitanje na koji način je osigurana transparentnost postupka provedene nabave od strane neobveznika Zakona javne nabave u odnosu na ponuditelja ili više njih koji su dostavili ponude koje nisu odabrane. Sukladno važećim NOJN Pravilima, poseban postupak omogućavanja uvida u dokumentaciju u odnosu na odabranog ponuditelja nije propisan, kao što nije predviđena ni mogućnost žalbe u odnosu na donesenu Odluku o odabiru. Tek je posljednjim NOJN Pravilima, verzija 7.0., točkom 9., propisano da NOJN objavljuje odluku o odabiru o odabranom ponuditelju i ukupnoj vrijednosti odabrane ponude na istom mjestu gdje je objavljen poziv na dostavu ponuda. U tom smislu se razina transparentnosti poboljšala, jer takva obveza u ranijim NOJN Pravilima nije bila propisana. Stoga NOJN čak nije bio ni obavezan javno objaviti donesenu Odluku o odabiru. Ponuditelji čija ponuda nije odabrana u najvećoj se mjeri jedino mogu uzdati u *ex ante* i *ex post* provjeru provedenu od strane nadležnog tijela, a sam pristup dokumentaciji glede provedene kontrole nije predviđen ni Zakonom o javnoj nabavi ni NOJN Pravilima.

2.5. Transparentnost kao alat u borbi protiv korupcije

Kao što proizlazi iz poglavlja glede obrađene razine transparentnosti postupka javne nabave u državama članicama Europske unije, sve države članice svoje zakonodavstvo temelje na europskim direktivama iz 2014. godine. Ipak, države članice ravnotežu između opsega pravila o transparentnosti i kvalitete prevencije od korupcije postižu na različite načine.²³¹

Statistike iz 2013. godine pokazuju da su države članice suočene sa izazovom sprječavanja korupcije u javnoj nabavi te da je u 2010. godini ukupan izravan trošak korupcije u javnoj nabavi za samo pet sektora, i to za ceste i željeznice; voda i otpad; urbana/komunalna izgradnja; osposobljavanje, istraživanje i razvoj, u osam država članica²³² iznosio između 1,4 i 2,2 milijarde EUR.²³³

Prema istraživanju iz 2016. godine, provedenom od strane neprofitnog instituta RAND Europe, proizlazi da Republika Hrvatska, Rumunjska i Bugarska predvode skupinu od četrnaest zemalja Europske unije koje imaju iznadprosječnu razinu korupcije. Republika Hrvatska je po indeksu rizika od korupcije u javnoj nabavi na samome vrhu, ispred Cipra, Litve i Rumunjske. Istraživanje je pokazalo da države Hrvatska, Bugarska, Rumunjska i Latvija zbog korupcije godišnje izgube oko 15 posto BDP-a.²³⁴

U svakom slučaju, transparentnost i otvorenost postupka, uz objavljivanje dokumenata i informacija, pridonose smanjenju razine korupcije uslijed dostupnosti podataka o postupku i rezultatima istog koji je doveo do sklapanja javnog ugovora, ali i boljem ostvarivanju ostalih načela postupka javne nabave.

Stoga, transparentnost s jedne strane djeluje kao bitno načelo koje jamči razumijevanje javnih ugovora, a s druge strane služi kao oruđe za osiguranje poštovanja ostalih načela javne nabave.²³⁵

Transparentni postupci javne nabave ulijevaju povjerenje građana u javna tijela i demokraciju te potiču inovacije te ekološki i socijalno održiv rast.

²³¹ Georgieva, Irena, „Using Transparency Against Corruption in public Procurement“, Springer International Publishing AG 2017, str. 2.

²³² Francuska, Italija, Mađarska, Litva, Nizozemska, Poljska, Rumunjska i Španjolska.

²³³ Izvješće Komisije Vijeću i Europskom parlamentu, Izvješće EU-a o suzbijanju korupcije, Bruxelles, 3.2.2014. COM(2014) 38 final, str. 21.

²³⁴ Studija The Cost of Non-Europe in the area of Organised Crime and Corruption: Annex II – Corruption, 10. ožujka 2016., dostupno na

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579319/EPRS_STU\(2016\)579319_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579319/EPRS_STU(2016)579319_EN.pdf), datum pristupa 19. listopada 2022. godine.

²³⁵ Javier, Miranzo Diaz, A Taxonomy of Corruption In EU Public Procurement, EPPPL 4/2017, str. 389.

U knjizi „Fighting Corruption in Public Procurement“, Sope Williams-Elegbe, „A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures“²³⁶ javna nabava je prozvana kao područje u kojem se manifestira birokratska korupcija zbog asimetrije informacija između „javnog službenika“ i njegovog „nadređenog tj. vlade“, obzirom da javni službenik posjeduje više informacija o procesu i tržištu nabave pa iste informacije može iskoristiti u svoju korist, odnosno manipulirati istima u postupku nabave.

Stoga značajnu ulogu u borbi protiv korupcije imaju preventivne mjere, kao zajednički mehanizam na regionalnoj i globalnoj razini. Preventivne mjere uspostavljaju standarde koje moraju ispunjavati i naručitelji i dobavljači te one podrazumijevaju transparentnost, regulatorne mehanizme, etičke smjernice, suradnju s dobavljačima i drugim zemljama, povećanu konkurenciju i besplatne medije.²³⁷

Na unaprjeđivanju pravila i postupaka radi osiguranja integriteta, transparentnosti, odgovornosti, profesionalnosti, pravednosti i efikasnosti u javnoj nabavi rade Ujedinjeni narodi, Svjetska banka, Organizacija za ekonomsku suradnju i razvoj, Svjetska trgovinska organizacija, kao i Transparency International²³⁸. Njihove preporučene dobre prakse uključuju, među ostalim, isključivanje ponuđača koji su bili uključeni u bilo kakve korupcijske skandale u postupcima nadmetanja.

Važan mehanizam sprječavanja korupcije u postupcima javne nabave jest i sprječavanje sukoba interesa, na što stavlja izričit naglasak sekundarno europsko pravo u području javne nabave, implementirano i u nacionalna prava. Tako je, primjerice, i u Direktivi 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovora o koncesiji izričito propisano da „države članice zahtijevaju od javnih naručitelja i naručitelja poduzimanje odgovarajućih mjera za suzbijanje prijevare, favoriziranja i korupcije i učinkovito sprečavanje, utvrđivanje i uklanjanje sukoba interesa koji proizlaze iz provedbe postupaka dodjele koncesije, kako bi se izbjeglo bilo kakvo narušavanje tržišnog natjecanja i osigurala transparentnost postupka dodjele te jednako postupanje prema svim natjecateljima i ponuditeljima.“

²³⁶ Williams-Elegbe, Sope, *Fighting Corruption in Public Procurement*, Studies in International law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2012, str. 31.

²³⁷ DeAses, Anne Janet, *Developing countries: Increasing transparency and other methods of eliminating corruption in the Public procurement process*, Public Contract Law Journal * Vol. 34, No. 3, Spring 2005, str. 561.

²³⁸ Organizacija civilnog društva na međunarodnoj razini nastala 1993. godine u svrhu borbe protiv korupcije.

2.6. Digitalna transformacija i nova transparentnost

Usljed sve većeg razvoja i uzleta informacijskih i komunikacijskih tehnologija došlo je i do sve veće informatizacije postupka javne nabave, s time da je za očekivati i daljnji uzlet. Sve veća digitalizacija dovodi do sve više informacija te do razvoja sustava razmjene informacija, koji dobivaju sve više na značaju.²³⁹

Već su u primjeni digitalni alati u javnoj nabavi koji se kontinuirano razvijaju, kao primjerice, elektronička dražba, elektronički katalog, eCertis baza dokaza. Dana 16. travnja 2014. godine donesena je i Direktiva 2014/55/EU Europskog Parlamenta i Vijeća o elektroničkom izdavanju računa u javnoj nabavi²⁴⁰ uslijed čega dolazi do automatiziranog unosa računa, sigurne pohrane računa, bržeg pretraživanja i revizije računa.

U svakom slučaju, sve veće korištenje e-sustava nabave pruža veće mogućnosti te čini dostupnijim sve više informacija, što je korisno i za naručitelje i dobavljače. Informacije brže kolaju i postaju dostupnije i otvorenije. Automatska razmjena informacija već je uvedena u području poreza, dok se isto može očekivati i u području javnih nabava na unutarnjem tržištu. Legitimni cilj automatske razmjene podataka u javnoj nabavi posebno bi se očitovao u većoj transparentnosti i učinkovitosti postupaka javne nabave.

Digitalizacija i elektronički pristup potiču tržišno natjecanje, pojednostavljuju nabavu te štede novac²⁴¹ i vrijeme, što je ukazano i u Direktivi 2014/25/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ.²⁴²

U točki 82 preambule iste Direktive se navodi, među ostalim, da je „zajedničko dodjeljivanje ugovora koje provode naručitelji iz različitih država članica suočeno s pravnim poteškoćama vezanim uz sukobe nacionalnih prava“ te da bi „trebalo utvrditi nova pravila o zajedničkoj prekograničnoj nabavi

²³⁹ Više o tome kako tehnologija može unaprijediti transparentnost i vladavinu prava vidjeti Jamar, Steven D., *The Human Right of Access to Legal Information: Using Technology To Advance Transparency and the Rule of Law*, *Global Jurist Topics*, Volume 1, Issue 2, 2001.

²⁴⁰ Direktiva 2014/55/EU Europskog Parlamenta i Vijeća od 16. travnja 2014. o elektroničkom izdavanju računa u javnoj nabavi Tekst značajan za EGP, SL L 133, 6.5.2014.

²⁴¹ Jedan od najvećih motiva za e-nabavu bi trebao biti smanjivanje administrativnih troškova, ali i smanjivanje otpada od papira. O tome više Pekolj, Nina, Hodošček, Katja, Valjavec, Lara, Ferk, Petra, *Digital Transformation of Public Procurement as an Opportunity for the Economy*, *Lexonomica*, Vol. 11, No. 1, pp. 15-42, June 2019, str. 20.

²⁴² Točka 77 preambule.

kako bi se olakšala suradnja među naručiteljima te povećala dobrobiti unutarnjeg tržišta na način da se stvore prekogranične poslovne prilike za dobavljače i pružatelje usluga.“

U istoj Direktivi je izričito navedeno kako se povećanje djelotvornosti i transparentnosti postupka nabave povezuje sa elektroničkim oblicima informiranja i komunikacije koji mogu u velikoj mjeri pojednostaviti objavu ugovora te da bi „trebali postati standardnim oblicima komunikacije i razmjene informacija u postupcima nabave.“²⁴³

Ipak, istaknuto je da obvezujuća upotreba elektroničkih načina komunikacije u skladu s navedenom direktivom „ne bi trebala obvezivati naručitelje da obrađuju ponude elektroničkim putem“, kao i da elektroničko ocjenjivanje ili automatska obrada moraju biti obvezni.²⁴⁴

Sve veću digitalizaciju postupka javne nabave potiče i Direktiva 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovora o koncesiji koja propisuje²⁴⁵, među ostalim, da „elektronički oblici informiranja i komunikacije mogu uvelike pojednostaviti objavu koncesija te povećati djelotvornost, brzinu i transparentnost postupaka dodjele koncesije. Ti bi oblici mogli postati standardni oblici komunikacije i razmjene informacija u postupcima dodjele koncesije jer uvelike povećavaju mogućnosti gospodarskih subjekata da sudjeluju u postupcima dodjele koncesije diljem unutarnjeg tržišta.“

Dakle, europski propisi potiču sve veću primjenu digitalnih tehnologija u javnoj nabavi, što posebice ima pozitivne efekte u prekograničnim postupcima javne nabave. Primjena digitalnih tehnologija u javnoj nabavi dovodi do nove, više razine opsega i brzine dostupnosti informacija²⁴⁶, što dovodi i do nove, više razine transparentnosti postupka javne nabave.

²⁴³ Točka 63 preambule.

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ Točka 74 preambule.

²⁴⁶ Togan, Subidey i suradnici navode da su „prednosti korištenja elektroničkih metoda u javnoj nabavi smanjenje administrativnih troškova, racionalizacija i ubrzanje postupaka, povećanje transparentnosti, osiguranje boljeg praćenja, poticanje prekograničnog natjecanja, poticanje integracijskog rada različitih administrativnih procesa i podrška razvoju koji taj proces čini učinkovitijim.“ Više o tome vidjeti u Issabayeva, Symbat, Yesseniyazova, Botagoz, Grega, Matuš, Electronic Public Procurement: Process and Cybersecurity Issues, The NISPAcee Journal of Public Administration and Policy, Vol. XII, No. 2, Winter 2019 /2020, str. 63-64.

2.7. Zaključak

Načelo transparentnosti je od 1781. godine, kada se prvi put spominje u suvremenom smislu, pa do 2023. godine doživjelo značajan razvoj, međutim paralelno se značajno povećao opseg i sadržaj informacija koje postaju sve dostupnije, ali i zahtijevaju sve veću zaštitu. Transparentnost u ulozi kontrole meritornih i procesnih prava sudionika pojedinog postupka te u svojoj antikorupcijskoj ulozi traži otvorenost, dostupnost, kontrolu podataka, dok količina i suština informacija te njihov brzi protok traže zaštitu povjerljivosti, tajnosti određenih podataka. Sukobljavaju se dvije vrlo značajne vrste interesa koje je potrebno pomiriti i postići ravnotežu u njihovom sudaranju, kako bi se ispoštovala zajamčena prava na obje strane.

Kvalitetu određenog postupka javne nabave odražava, među ostalim, razina transparentnosti, odnosno dostupnosti i kakvoće informacija uslijed čega načelo transparentnosti predstavlja načelo koje proizlazi iz temeljnih načela propisanih primarnim zakonodavstvom Europske unije. Pravo na pristup informacijama zajamčeno je kao jedno od temeljnih prava svih građana Europske unije.

Setom sekundarnog zakonodavstva iz područja javne nabave, u vidu direktiva iz 2014. godine, također se u značajnoj mjeri prožima načelo transparentnosti, no s druge strane i zaštita povjerljivih podataka u postupcima javne nabave. Ipak, sporovi o povjerljivosti glede konkretnih podataka nisu predviđeni sekundarnim zakonodavstvom.

Analizom zakonodavstva o javnoj nabavi u svih 27 država članica Europske unije zaključuje se da su države članice, uglavnom u 2016. godini, implementirale Direktive iz 2014. godine te praktički na sličan način regulirale zahtjeve transparentnosti u javnoj nabavi te pitanje zaštite povjerljivih podataka²⁴⁷ koji se kao takvima označe u postupku. No, postavlja se pitanje što ukoliko se sudionik konkretnog postupka javne nabave ne slaže sa pravnom osnovom označavanja tajnim ili povjerljivim konkretnih podataka u postupku, te njegovo pravo na pristup tim podacima, nije striktno i jasno propisano nacionalnim zakonodavstvima.

Pomak je vidljiv u talijanskom zakonodavstvu koji predviđa mogućnost da je ponuditelju, koji vodi postupak pred sudom glede dodjele ugovora, omogućen pristup dokumentima koji sadrže povjerljive podatke. Pomak je vidljiv i u Švedskoj gdje je zakonom predviđeno da ukoliko se vodi žalbeni

²⁴⁷ Upravo se povjerljivost podataka ukazuje kao „problem“ kod objave informacija o dodjeli ugovora u državama članicama. O tome više u članku Popescu, Ada, Onofrei, Mihaela, Kelley, Christopher, An overview of European good practices in public procurement, Eastern Journal of European Studies, Volume 7, Issue 1, June 2016, str. 88.

postupak iz razloga što nisu bili dostupni pojedini podaci ili informacije iz ugovora, u postupku pred sudom sudjeluje i subjekt koji je zatražio pristup dokumentima koji su bili označeni tajnima.

Ima li tada taj subjekt pravo uvida u konkretne podatke oko kojih se vodi spor bit će predmet zasebnog poglavlja u kojem će se vršiti detaljnija komparativna analiza švedskog zakonodavstva.

Transparentnost postupka javne nabave u hrvatskom zakonodavstvu usklađena je sa sekundarnim zakonodavstvom Europske unije, kao i formalni zahtjevi zaštite tajnosti podataka u postupku javne nabave. No, meritorna i procesna kontrola označavanja tajnosti, odnosno povjerljivosti podataka te zaštita procesnih prava drugih sudionika postupka, uslijed onemogućavanja pristupa zaštićenim, odnosno tajnim podacima, zakonom nije predviđena.

Uočena je niska razina transparentnosti postupka nabave u okviru provedbe projekata financiranih sredstvima iz europskih fondova. Naime, sukladno važećim NOJN Pravilima, nije propisan poseban postupak omogućavanja uvida u dokumentaciju ponuditeljima u postupku u odnosu na odabranog ponuditelja te nije propisana mogućnost žalbe protiv odluke o odabiru.

Porazan je i podatak, prema istraživanju iz 2016. godine, da je Republika Hrvatska po indeksu rizika od korupcije u javnoj nabavi na samom vrhu u Europskoj uniji, ispred Cipra, Litve i Rumunjske.

U postupak javne nabave su implementirani brojni digitalni alati čiji daljnji razvoj se očekuje, a što će zasigurno utjecati na veću razinu transparentnosti – veća digitalizacija, više informacija, više transparentnosti.

3. TAJNI PODACI U POSTUPKU JAVNE NABAVE

3.1. Vrste tajnih podataka u postupku javne nabave

Odredbom članka 52., stavka 1., hrvatskog Zakona o javnoj nabavi propisano je da gospodarski subjekt u postupku javne nabave smije „na temelju zakona, drugog propisa ili općeg akta određene podatke označiti tajnom, uključujući tehničke ili trgovinske tajne te povjerljive značajke ponuda i zahtjeva za sudjelovanje.“ Stavkom 2. istog članka je propisano da ako je „gospodarski subjekt neke podatke označio tajnima, obavezan je navesti pravnu osnovu na temelju koje su ti podaci označeni tajnima.“

Kao što je vidljivo iz sadržaja navedene norme, gospodarski subjekt može „određene podatke“ označiti tajnom²⁴⁸ pa stoga proizlazi da Zakonom o javnoj nabavi nije taksativno navedeno o kojim sve podacima bi se radilo. Ono što nesporno proizlazi iz navedene norme jest da za označavanje određenih podataka tajnima u postupku javne nabave mora postojati valjana pravna osnova, koja može biti zakon, drugi propis ili opći akt.

Analizom hrvatskog i europskog prava proizlazi da je zaštita tajnosti, odnosno povjerljivosti podataka koji se mogu pojaviti i u postupcima javne nabave, propisana Zakonom o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti²⁴⁹, Zakonom o tajnosti podataka²⁵⁰, Zakonom o zaštiti tajnosti podataka²⁵¹, Direktivom (EU) 2016/943 Europskog Parlamenta i Vijeća od 08.06.2016. godine²⁵², Poveljom te Uredbom (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ.²⁵³ Dakle, radi se o zakonima i drugim propisima koji mogu predstavljati valjanu pravnu osnovu za označavanje određenih podataka u postupcima javne nabave

²⁴⁸ Člankom 52., stavkom 3., Zakona o javnoj nabavi je propisano koje podatke gospodarski subjekt ne smije označiti tajnom, a to su: cijena ponude, troškovnik, katalog, podaci u vezi s kriterijima za odabir ponude, javne isprave, izvaci iz javnih registara te drugi podaci koji se prema posebnom zakonu ili podzakonskom propisu moraju javno objaviti ili se ne smiju označiti tajnom.

²⁴⁹ Narodne novine 30/2018, dalje u tekstu: ZZNITV.

²⁵⁰ Narodne novine 79/2007, 86/2012.

²⁵¹ Narodne novine 108/1996, 79/2007, na snazi su još uvijek odjeljci VIII. i IX istog zakona koji se odnose na poslovnu i profesionalnu tajnu.

²⁵² Direktiva (EU) 2016/943 Europskog Parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2016. o zaštiti neotkrivenih znanja i iskustva te poslovnih informacija (poslovne tajne) od nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja, SL L 157, 15.6.2016, dalje: Direktiva 2016/943.

²⁵³ SL L 119, 04.05.2016., izravno se primjenjuje u svim državama članicama od 25. svibnja 2018. godine. Dalje u tekstu: Opća uredba o zaštiti podataka. Važno je naglasiti da je neovisnost prava na zaštitu osobnih podataka od prava na privatnost i drugih temeljenih prava, koja je prvi put prihvaćena u Povelji, u potpunosti prepoznata i u Općoj uredbi o zaštiti podataka. O tome u članku Bukovac, Puvača, Maja, Demark, Armando, Pravo na zaštitu osobnih podataka, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 40 No. 1, 2019. 287-315, str. 293.

tajnama. Međutim, kao što je navedeno, temeljem članka 52. Zakona o javnoj nabavi, valjanu pravnu osnovu, osim zakona i drugih propisa, mogu predstavljati i opći akti, koji mogu biti doneseni od strane pojedine jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravnih osoba koje imaju javne ovlasti ili pravnih osoba koje obavljaju javnu službu.

Stoga, s obzirom da nije moguće utvrditi sadržaj svih općih akata gospodarskih subjekata koji mogu sudjelovati u postupku javne nabave, ne može se striktno na jednome mjestu navesti koji sve podaci bi se mogli pojaviti kao tajni u postupku javne nabave, a proizlazili bi iz općih akata kao valjane pravne osnove za označavanje podataka tajnama.

Ipak, analizom gore pobrojanih propisa hrvatskog i europskog prava proizlazi da je tajnost podataka, i to zaštita poslovne tajne, uključujući znanje i iskustvo, regulirana ZZNITV, Zakonom o zaštiti tajnosti podataka te ranije spomenutom Direktivom 2016/943. Pitanje klasificiranih i neklasificiranih podataka te stupnjeva tajnosti podataka regulirano je Zakonom o tajnosti podataka, dok pravna osnova zaštite osobnih podataka proizlazi iz Povelje te Opće uredbe o zaštiti podataka.

Iz sadržaja ovih propisa, kao potencijalnih pravnih osnova za označavanje određenih podataka tajnama u postupku javne nabave, proizlazi da bi se u postupku javne nabave tajnama mogli označiti određeni podaci koji se odnose na poslovnu tajnu, znanje i iskustvo te osobne podatke.

Na koji način zaštitu tajnosti podataka regulira koji od navedenih propisa, kao valjana pravna osnova za označavanje podataka tajnama, biti će predmetom slijedećeg, četvrtog poglavlja, dok će se u nastavku ovog poglavlja obraditi pojedini podaci koji proizlaze iz navedenih propisa te se stoga mogu označiti tajnama u postupku javne nabave.

3.1.1. Poslovna tajna

U hrvatskom zakonodavstvu, definicija poslovne tajne proizlazi iz članka 3., stavka 1., točke 5, ZZNITV te članka 19. Zakona o zaštiti tajnosti podataka.

Člankom 3., stavkom 1., točkom 5, ZZNITV propisano je da poslovnu tajnu predstavljaju informacije koje ispunjavaju zahtjeve da su tajne, jer nisu u svojoj ukupnosti ili u točnoj strukturi i sklopu svojih sastavnih dijelova općenito poznate ili lako dostupne osobama iz krugova koji se obično bave predmetnom vrstom informacija; da imaju tržišnu (komercijalnu) vrijednost zbog toga što su tajne te da je u odnosu na takve informacije osoba koja ih zakonito kontrolira poduzela u tim okolnostima razumne korake kako bi sačuvala njihovu tajnost.

Zakonom o zaštiti tajnosti podataka, člankom 19., propisano je da poslovnu tajnu predstavljaju „podaci koji su kao poslovna tajna određeni zakonom, drugim propisom ili općim aktom trgovačkog društva, ustanove ili druge pravne osobe, a koji predstavljaju proizvodnu tajnu, rezultate istraživačkog ili konstrukcijskog rada te druge podatke zbog čijeg bi priopćavanja neovlaštenoj osobi mogle nastupiti štetne posljedice za njezine gospodarske interese.“²⁵⁴

Što se tiče europskog prava i definicije poslovne tajne, već je u samoj preambuli²⁵⁵ Direktive 2016/943 navedeno kako je potrebno utvrditi „homogenu definiciju da se pritom ne ograniči predmet koji treba zaštititi od protupravnog pribavljanja.“ Istaknuto je da bi definiciju poslovne tajne trebalo koncipirati na način da obuhvaća znanje i iskustvo, poslovne informacije te tehnološke informacije kada postoji legitiman interes za očuvanje njihove povjerljivosti te legitimno očekivanje da će se očuvati takva povjerljivost.

Također je navedeno da bi takvo znanje i iskustvo, ili takve informacije, trebali imati „stvarnu ili potencijalnu komercijalnu vrijednost“, odnosno da bi trebalo smatrati da takvo znanje i iskustvo ili takve informacije imaju komercijalnu vrijednost, „primjerice, onda kada bi njihovo nezakonito pribavljanje, korištenje ili otkrivanje moglo naštetiti interesima osobe koja ih zakonito kontrolira, jer se time narušavaju znanstveni i tehnički potencijal, poslovni ili financijski interesi, strateške pozicije ili sposobnost tržišnog natjecanja te osobe.“

Ujedno je u točki 8 preambule iste Direktive ukazano na problem vezan uz razlike u pravnoj zaštiti poslovnih tajni u državama članicama Europske unije, odnosno da „na razini Unije ne postoji istovrijedna razina zaštite poslovnih tajni, što dovodi do rascjepkanosti unutarnjeg tržišta.“

Što se tiče same definicije poslovne tajne iz Direktive 2016/943, ona je dana u članku 2., stavku 1., na način da poslovna tajna predstavlja informacije koje ispunjavaju sljedeće zahtjeve²⁵⁶: „a) tajne su u smislu da nisu, u svojoj ukupnosti ili u točnoj strukturi i sklopu svojih sastavnih dijelova, općenito poznate ili lako dostupne osobama iz krugova koji se obično bave dotičnom vrstom informacija; b) imaju komercijalnu vrijednost zbog toga što su tajne; c) u odnosu na njih je osoba koja te informacije zakonito kontrolira poduzela u tim okolnostima razumne korake kako bi sačuvala njihovu tajnost.“

Dakle, radi se o definiciji koja je preuzeta i u hrvatski ZZNITV te ju smatram najispravnijom.

²⁵⁴ Istom zakonskom odredbom je propisano da se općim aktom „ne može odrediti da se svi podaci koji se odnose na poslovanje pravne osobe smatraju poslovnom tajnom niti se poslovnom tajnom mogu odrediti podaci čije priopćavanje nije razložno protivno interesima te pravne osobe.“ Također, ista odredba propisuje da se poslovnom tajnom ne mogu odrediti „podaci koji su od značenja za poslovno povezivanje pravnih osoba niti podaci koji se odnose na zaštićeno tehničko unapređenje, otkriće ili pronalazak.“

²⁵⁵ Točka 14.

²⁵⁶ Iz stipulacije norme proizlazi da se radi o potrebi kumulativnog ispunjenja sva tri zahtjeva.

S obzirom da iz prikaza same definicije poslovne tajne proizlazi da se radi o informacijama koje nisu općenito poznate i lako dostupne osobama iz krugova koje se obično bave takvim informacijama, kao i da imaju komercijalnu vrijednost zbog tajnosti i da su poduzeti razumni koraci radi čuvanja tajnosti takvih informacija, zaključuje se da se bi se zaštita poslovne tajne nalazila i u ulozi zaštite od nelojalne konkurencije. Naime, budući da nelojalna konkurencija može biti povezana i s protupravnim pribavljanjem i iskorištavanjem poslovne tajne drugog subjekta, to proizlazi da se navedeno može spriječiti zaštitom poslovne tajne. Stoga, s obzirom da u postupcima javne nabave, u za to predviđenoj fazi postupka, konkurenti ponuditelji ili natjecatelji imaju procesno pravo uvida u dokumentaciju drugih konkurenata ponuditelja ili natjecatelja, ukazuje se pravno opravdanim omogućiti pojedinom gospodarskom subjektu da određene podatke koji predstavljaju njegovu poslovnu tajnu, i koje dostavlja u okviru postupka javne nabave, označi tajnima. U protivnom bi uvidom u njegovu dokumentaciju, odnosno konkretno u podatke koji predstavljaju poslovnu tajnu, drugi konkurent ponuditelj ili natjecatelj mogao iskoristiti takve podatke na nelojalan način za, primjerice, svoje poslovanje i prednost na tržištu.

U svezi prethodno navedenog je važno za naglasiti da i iz sadržaja Direktive 2016/943 proizlazi²⁵⁷ da su „poduzeća u državama članicama s usporedivo nižim razinama pravne zaštite izložena većem riziku zbog toga što se poslovne tajne mogu lakše ukrasti ili na drugi način nezakonito pribaviti“, što ima za posljedicu neučinkovitu „raspodjelu kapitala za inovacije kojima se potiče rast na unutarnjem tržištu, zbog viših troškova za zaštitne mjere kako bi se nadoknadila nedostatna pravna zaštita u pojedinim državama članicama.“ Ujedno je navedeno da isto pogoduje „aktivnostima nepoštenih konkurenata koji bi, nakon nezakonitog pribavljanja poslovnih tajni, mogli robu do koje su došli takvim pribavljanjem proširiti na cijelom unutarnjem tržištu.“

3.1.1.1. Poslovna tajna – podatak, informacija ili oboje

Poslovne tajne koje se mogu pojaviti u postupku javne nabave, mogu uključivati, primjerice, podatke tehničke ili financijske naravi vezane uz stručnu sposobnost ponuditelja ili natjecatelja, podatke o proizvodnim procesima i prodaji, izvorima opskrbe, popisu kupaca, distributera, izvršenih ugovora, strukturi troškova, planovima, marketingu i tako dalje.

²⁵⁷ Točka 9 preambule.

Autorice Katarina Sokić, Jelena Uzelac, i Blaženka Deanović u svojem radu navode²⁵⁸ kako poslovnu tajnu predstavljaju „podatci koji su kao poslovna tajna određeni zakonom, drugim propisom ili općim aktom trgovačkog društva, ustanove ili druge pravne osobe, a koji predstavljaju proizvodnu tajnu, rezultate istraživačkog ili konstrukcijskog rada te druge podatke zbog čijeg bi priopćavanja neovlaštenoj osobi mogle nastupiti štetne posljedice za njezine gospodarske interese.“²⁵⁹ Međutim, autorice su navele da navedena definicija predstavlja samo primjere što sve može predstavljati poslovnu tajnu te da sama definicija omogućuje nadopunjavanje i prilagodbu pojmu u svakom konkretnom slučaju.

Kao dodatni primjeri što sve u praksi može predstavljati poslovnu tajnu, ove autorice u istom radu navode formule, obrasce postupanja, uređaj ili skup informacija što se koristi u poslovanju, formulare, odnosno „sve ono što omogućava prednost pred konkurencijom na način da predstavlja takvu informaciju koja nije poznata stručnoj javnosti i koja koristi svom nositelju i koju nositelj pokušava u razumnim okvirima sačuvati kroz zakonske i podzakonske akte (ugovore o radu ili ugovore o obvezi čuvanja poslovne tajne, izjave o obvezi čuvanja poslovne tajne, pravilnike i sl.).“

Dakle, ove autorice vezano uz poslovnu tajnu navode da istu predstavljaju podaci, ali koriste i termin „skup informacija“. Budući da Direktiva 2016/943, kao i ZZNITV propisuju da se poslovna tajna odnosi na informacije koje udovoljavaju kumulativno propisanim zahtjevima, zaključujem da se poslovna tajna može sastojati i od podataka i od informacija, budući da informaciju upravo čini podatak ili skup podataka.

Navedeni zaključak je u skladu sa definicijom pojma „informacija“, o čemu će biti riječi u nastavku, kao i sa ranije navedenom definicijom poslovne tajne iz Zakona o zaštiti tajnosti podataka koja propisuje, među ostalim, da poslovnu tajnu predstavljaju podaci koji su kao poslovna tajna određeni zakonom, drugim propisom ili općim aktom trgovačkog društva, ustanove ili druge pravne osobe.

Što se tiče same pravne definicije pojma „informacija“ u hrvatskom pravu, ista se može pronaći u Zakonu o pravu na pristup informacijama²⁶⁰, koji u članku 5., stavku 1., točka 3, propisuje da je informacija „svaki podatak koji posjeduje tijelo javne vlasti u obliku dokumenta, zapisa, dosjea, registra, neovisno o načinu na koji je prikazan (napisani, nacrtani, tiskani, snimljeni, magnetni, optički, elektronički ili neki drugi zapis), koji je tijelo izradilo samo ili u suradnji s drugim tijelima

²⁵⁸ Dr. sc. Sokić, Katarina, Uzelac, Jelena dipl. iur., Deanović, Blaženka struč. spec. oec., Rimski temelji zaštite poslovne tajne, FIP - Financije i pravo, Vol. 7, No. 1, 2019., str. 8-9.

²⁵⁹ *Ibid.*, str. 8.

²⁶⁰ Narodne novine 25/2013, 85/2015, 69/2022.

ili dobilo od druge osobe, a nastao je u okviru djelokruga ili u vezi s organizacijom i radom tijela javne vlasti.“

S druge strane, pravna definicija pojma „podatak“ se može pronaći u hrvatskom Zakonu o tajnosti podataka, koji u članku 2. definira da podatak predstavlja „dokument, odnosno svaki napisani, umnoženi, nacrtani, slikovni, tiskani, snimljeni, fotografirani, magnetni, optički, elektronički ili bilo koji drugi zapis podatka, saznanje, mjeru, postupak, predmet, usmeno priopćenje ili informaciju, koja s obzirom na svoj sadržaj ima važnost povjerljivosti i cjelovitosti za svoga vlasnika.“

U svezi sa navedenim je potrebno naglasiti da hrvatski Zakon o javnoj nabavi u članku 52. regulira pravo na tajnost podataka u postupku javne nabave, a ne pravo na tajnost informacija.

Dakle, proizlazi da pojmovi „informacija“ i „podatak“ nemaju isto pravno značenje, a razlika u značenju može imati utjecaj na gramatičko, odnosno formalističko tumačenje norme i njenu primjenu.

Pojmovi „informacija“ i „podatak“ nemaju isto značenje ni u semantičkom smislu. Naime, porijeklo riječi podatak potječe od latinske riječi „datum“ ili „nešto dano“, dok riječ informacija potječe od latinske riječi „informatio“ ili „nacrtak, predodžba, pojam, tumačenje“.

Iz Hrvatske enciklopedije²⁶¹ proizlazi da informacija, među ostalim, predstavlja skup podataka s pripisanim značenjem, osnovni element komunikacije koji, primljen u određenoj situaciji, povećava čovjekovo znanje. S druge strane, u istom izvoru je navedeno da se podaci sastoje „od skupa kvantitativnih parametara koji opisuju neku činjenicu ili zbivanje“ te da „oni sami za sebe nemaju nikakvo značenje, niti određuju svoj relativni značaj, pa njihovo puko gomilanje ne pridonosi razumijevanju pojave na koju se odnose.“ Međutim, iz istog izvora ujedno proizlazi da su podaci „osnova za oblikovanje informacije“ koja nastaje „pripisivanjem značenja primljenim podacima.“

Stoga, s obzirom da se svaka informacija sastoji od jednog ili više podataka, a da informacija, ili skup informacija, mogu predstavljati poslovnu tajnu, to se zaključuje da pod pojam zaštite podataka iz članka 52. Zakona o javnoj nabavi svakako potpada i zaštita poslovne tajne. Stoga smatram da je hrvatski zakonodavac normu članka 52. Zakona o javnoj nabavi pravilno stipulirao, budući da pravo na zaštitu tajnosti podataka, slijedom svega prethodno analiziranog, obuhvaća pravo na tajnost podataka, pravo na zaštitu informacija koje se sastoje od jednog ili više podataka, kao i pravo na zaštitu poslovne tajne koja se sastoji od informacija, a informacija od jednog podatka ili skupa podataka.

²⁶¹ Hrvatska enciklopedija, mrežno izdanje, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2021., dostupno na <https://www.enciklopedija.hr/natuknica.aspx?id=27405>, datum pristupa 26. lipnja 2021. godine.

Navedeno se zaključuje primjenom logike te gramatičkog, odnosno formalističkog, ali i teleološkog pristupa tumačenju norme članka 52. Zakona o javnoj nabavi.

Ipak, važno je za naglasiti da naslov članka 21. ranije spomenute Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća, koja direktiva je implementirana u hrvatski Zakon o javnoj nabavi, u službenom prijevodu na hrvatski jezik glasi „povjerljivost podataka“, dok se u samome sadržaju članka spominju termini informacije i podaci.²⁶²

U izvornom tekstu ove Direktive, na engleskom jeziku, naslov članka 21. glasi „confidentiality“²⁶³, dok se u samom sadržaju članka spominje samo pojam informacije. Isti slučaj je i sa predmetnim tekstom Direktive na francuskom jeziku. Vidljivo je da je u hrvatskom Zakonu o javnoj nabavi, regulirano pravo na tajnost podataka, dok ista Direktiva u izvornome tekstu propisuje povjerljivost, a u službenome prijevodu na hrvatski jezik povjerljivost podataka.

Stoga se može zaključiti da je službeni prijevod članka 21. Direktive 2014/24 na hrvatski jezik, u najmanju ruku, nespretno preveden. Kada se pogleda izvorni tekst članka 21. Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća proizlazi da je ispravan prijevod naslova toga članka trebao biti „povjerljivost“, a ostali sadržaj toga članka je trebao biti vezan uz informacije, a ne podatke. Slijedom navedenog, kod implementacije navedenog članka 21. Direktive 2014/24 u hrvatski Zakon o javnoj nabavi, prema mojem mišljenju, ispravniji naslov poglavlja 3., iz glave III., bi umjesto „tajnost podataka“ bio „povjerljivost informacija“.

3.1.1.2. Zaštita poslovne tajne s vlasničko pravnog aspekta

Autorica Tanya Aplin²⁶⁴ bavila se pitanjima da li poslovna tajna predstavlja pravo vlasništva sukladno članku 1., Protokolu broj 1 uz Konvenciju te članku 17. Povelje. U svojem radu²⁶⁵ je došla do zaključaka da su poslovne tajne vrijedna imovina koja se koristi zajedno sa intelektualnim

²⁶² Članak 21. Direktive 2014/24 preveden na hrvatski jezik glasi:

„Povjerljivost podataka

1. Osim ako je ovom Direktivom ili nacionalnim pravom drukčije određeno, a kojima javni naručitelj podliježe, naročito zakonodavstvu koje se odnosi na pristup informacijama, i ne dovodeći u pitanje obveze koje se odnose na oglašavanje dodijeljenih ugovora i informacije natjecateljima i ponuditeljima navedene u člancima 50. i 55., javni naručitelj ne otkriva prosljeđene informacije putem gospodarskih subjekata koje su označili kao povjerljive, uključujući tehničke ili trgovinske tajne i povjerljive aspekte ponuda, ali ne ograničavajući se na njih.

2. Javni naručitelji mogu nametnuti gospodarskim subjektima zahtjeve s ciljem zaštite povjerljive naravi podataka koje javni naručitelji stavljaju na raspolaganje tijekom cijelog postupka nabave.“

²⁶³ Povjerljivost.

²⁶⁴ Sa King's College London.

²⁶⁵ Aplin, Tanya, Right to Property and Trade Secrets, C Geiger (ed) Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property (Edward Elgar, 2015), ch 22, str. 421-437.

vlasništvom poput patenata, žigova, dizajna i autorskih prava, no da za razliku od prava intelektualnog vlasništva, zaštita poslovne tajne nije priznata u većini država članica Europske unije, niti kao intelektualno vlasništvo, ni kao vlasništvo. Navela je da je Švedska jedinstvena po tome što je jedina država članica koja ima zakone *sui generis* za zaštitu poslovne tajne, međutim da nije očito kako bi iz istih proistjecala imovinska prava. Glede Ujedinjenog Kraljevstva je navela kako su sudovi često tvrdili da povjerljive informacije nisu vlasništvo, ali da im je povremeno priznato intelektualno svojstvo, dok su ostale *common law* jurisdikcije, osim Sjedinjenih Američkih država²⁶⁶, također usvojile koncept da poslovne tajne ne potpadaju pod vlasnička prava.

Iz pozitivnih propisa Republike Hrvatske također ne proizlazi da bi se poslovne tajne štitile s vlasničko pravnog aspekta, odnosno s aspekta prava intelektualnog vlasništva, koje se dijeli na

²⁶⁶ Zanimljiva je definicija poslovne tajne iz Restatement of Torts iz 1939. godine, American Law Institute. Definicija je dana u § 757, komentar b, izvor: Munves, William, Proprietary data in defense procurement, 18 Mil. L. Rev. 155 (1962), str. 159-160., prevedeno (po meni kao autoru rada) s engleskog jezika:

„Definicija poslovne tajne. Poslovna tajna može se sastojati od bilo koje formule, uzorka, uređaja ili skupa podataka koji se koriste u nečijem poslovanju i koji daju priliku da se stekne prednost u odnosu na konkurente koji ih ne poznaju ili koriste. Poslovna tajna može biti formula za kemijski spoj, postupak proizvodnje, obrade ili konzerviranja materijala, uzorak stroja ili drugog uređaja ili popis kupaca. Razlikuje se od ostalih tajnih podataka u poslovanju u tome što se ne radi samo o informacijama o pojedinačnim ili kratkotrajnim događajima u vođenju poslovanja, kao što su, na primjer, iznos ili drugi uvjeti tajne ponude za ugovor, plaća određenih zaposlenika, ulaganja u sigurnost, datum određen za najavu nove politike ili za iznošenje novog modela, ili slično. Poslovna tajna je postupak ili proizvod za kontinuiranu upotrebu u poslovanju. Općenito se odnosi na proizvod robe, kao što je, na primjer, stroj ili formula za proizvodnju proizvoda. Međutim, može se odnositi i na prodaju robe ili druge poslove u poslovanju, poput šifre za određivanje popusta, rabata ili drugih ustupaka u cjeniku ili katalogu, popisu specijaliziranih kupaca, ili načinu knjigovodstva ili drugog uredskog upravljanja.

Tajnost. Predmet poslovne tajne mora biti tajna. Pitanja javnog znanja ili općeg znanja u industriji ne može se prisvojiti kao tajna. Pitanja koja u potpunosti otkriva roba koju netko plasira ne mogu biti tajna. U osnovi, poslovna tajna poznata je samo u određenom poslu u kojem se koristi. Nije potrebno da samo vlasnik tvrtke zna za tajnu. On je može, bez gubitka zaštite, priopćiti zaposlenicima koji sudjeluju u njezinoj uporabi. Može to isto priopćiti i drugima koji su se obvezali na tajnost. Drugi to također mogu znati neovisno, kao, na primjer, kada su postupak ili formulu otkrili neovisnim izumom i drže je u tajnosti. Ipak, mora postojati bitan element tajnosti, tako da bi, osim neprimjerenim sredstvima, bilo poteškoća u pribavljanju informacija. Točna definicija poslovne tajne nije moguća. Neki čimbenici koje treba uzeti u obzir pri utvrđivanju jesu li dani podaci nečija poslovna tajna su: (1) opseg do kojeg su podaci poznati izvan njegovog poslovanja; (2) u kojoj mjeri to znaju zaposlenici i drugi koji su uključeni u njegovo poslovanje; (3) opseg mjera koje je poduzeo radi čuvanja tajnosti podataka; (4) vrijednost informacija njemu i konkurentima; (5) količina truda ili novca koji je potrošio za razvoj informacija; (6) lakoća ili poteškoća s kojima bi drugi mogli pravilno pribaviti ili umnožiti informacije.

Novitet i tehnološki proces. Poslovna tajna može biti uređaj ili postupak koji se može patentirati, ali i ne mora biti to. To može biti uređaj ili postupak koji je jasno predviđen u tehnološkome procesu ili onaj koji je tek mehaničko poboljšanje za isto. Novost i izum nisu nužni za poslovnu tajnu, već za patentibilnost. Ti su zahtjevi ključni za patentibilnost, jer patent štiti od nelicencirane upotrebe patentiranog uređaja ili postupka čak i od strane onoga tko ga pravilno otkrije neovisnim istraživanjem. Patentni monopol nagrada je izumitelju. Međutim, takav slučaj nije s poslovnom tajnom. Zaštita poslovne tajne se ne temelji na politici nagrađivanja ili poticanja razvoja tajnih procesa ili uređaja na bilo koji drugi način. Radi se samo o zaštiti za saznavanje tuđe tajne. Za ovu ograničenu zaštitu nije prikladno zahtijevati novosti i izume koji su potrebni za patentiranje. Priroda tajne je, međutim, važan čimbenik u određivanju „olakšica“ koje su primjerene protiv onoga tko podliježe odgovornosti prema pravilu navedenom u ovom odjeljku. Dakle, ako se tajna sastoji od uređaja ili postupka koji je novi izum, onome tko je neosnovano stekao tajnu obično se oduzima daljnja upotreba i dužan je voditi računa o dobiti koja je nastala upotrebom takvog izuma. Ako se, pak, tajna sastoji od mehaničkih poboljšanja koja dobar mehaničar može izvršiti bez pribjegavanja tajni, odgovornost počinitelja kršenja poslovne tajne može biti ograničena na štetu i zabranu buduće upotrebe poboljšica izvršenih uz pomoć tajne.“

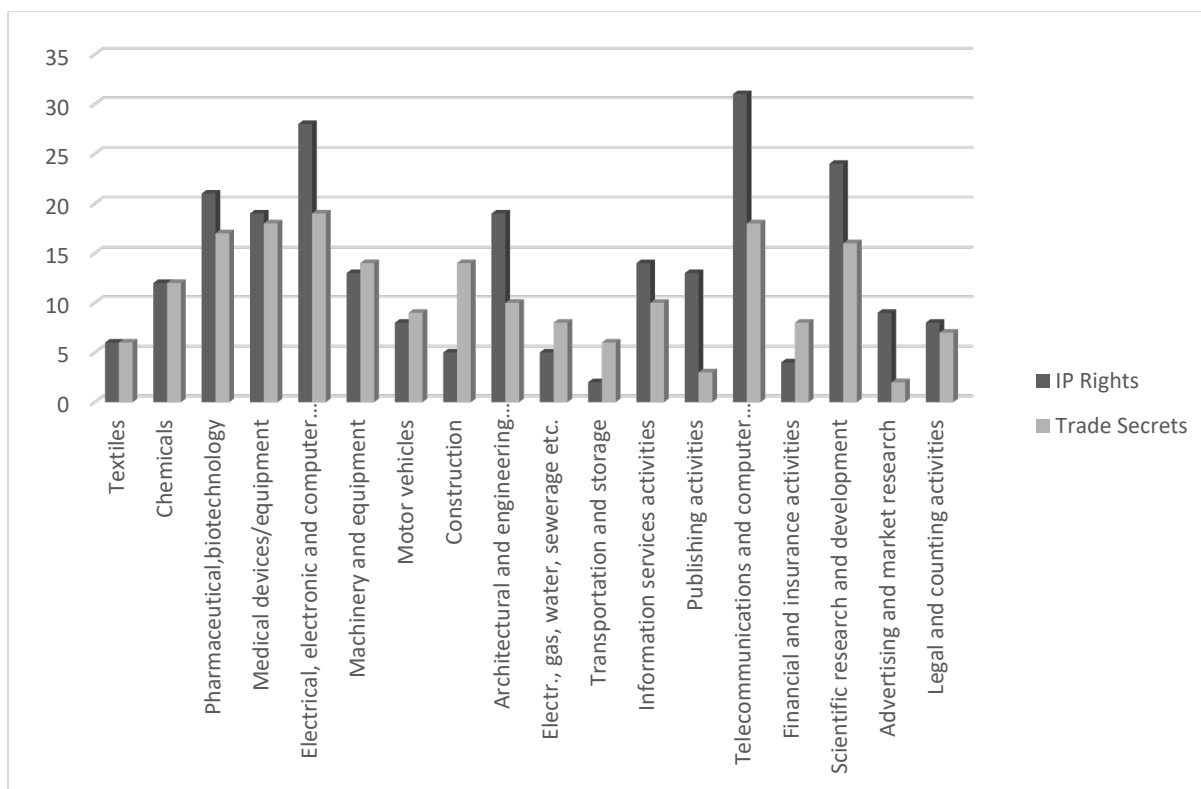
autorska i srodna prava te na prava industrijskog vlasništva.²⁶⁷ Slijedom navedenog, kod pozivanja na pravo na zaštitu poslovne tajne u postupku javne nabave, gospodarskom subjektu preostaje pozvati se na koju od pravnih osnova pobrojanih u potpoglavlju 3.1.1. ovog rada.

Iz dokumenta Europske komisije „Sažetak odgovora na javno savjetovanje o javnoj nabavi i intelektualnome vlasništvu (Akcijski plan EU-a za provedbu intelektualnog vlasništva: Akcija 9)“²⁶⁸, može se vidjeti prikaz sektora u Europskoj uniji kod kojih u postupcima javne nabave dolazi do povrede prava na zaštitu poslovne tajne, ali i do povrede vlasničkih prava, odnosno prava intelektualnog vlasništva. Proizlazi da se radi o distinkciji između povrede prava na zaštitu poslovne tajne od povrede prava intelektualnog vlasništva, iz čega dodatno proizlazi da u Europskoj uniji poslovna tajna nije zaštićena s vlasničko pravnog aspekta.

Naime, proizlazi da su sektori koji su češće identificirani i zbog povrede poslovne tajne i zbog povrede prava intelektualnog vlasništva: telekomunikacije i računalno programiranje, savjetovanje i srodne djelatnosti, električna, elektronička i računalna oprema, znanstveno istraživanje i razvoj, farmaceutska industrija i biotehnologija te medicinski uređaji i oprema. Arhitektonske i inženjerske usluge su identificirane kao ranjivi sektor više zbog kršenja prava intelektualnog vlasništva nego zbog zlouporabe poslovne tajne. S druge strane, sektor građevinskih usluga utvrđen je kao ranjiviji na zlouporabu poslovne tajne nego na kršenje prava intelektualnog vlasništva. Prethodno je vidljivo iz slijedećeg prikaza:

²⁶⁷ Odnosi se na patente, žigove, industrijski dizajn, oznake zemljopisnog podrijetla i oznake izvornosti te topografiju poluvodičkih proizvoda.

²⁶⁸ Brussels, 25. travnja 2016, „Summary of replies to the public consultation on Public procurement and intellectual property“, „EU Action Plan on the enforcement of intellectual property: Action 9“, dostupno na <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/16479?locale=hr>, datum pristupa 26. lipnja 2021. godine.



2. Rezultati ispitivanja o ranjivosti sektora u Europskoj uniji u postupcima javne nabave glede zlouporabe poslovne tajne i/ili kršenja prava intelektualnog vlasništva²⁶⁹

3.1.1.3. Znanje i iskustvo kao poslovna tajna

U potpoglavlju 3.1.1. istaknula sam da najispravnijom definicijom poslovne tajne smatram definiciju iz članka 3., stavka 1., točke 5, ZZNITV. Isti zakon u članku 3., stavku 2., propisuje da informacije iz članka 3., stavka 1., točke 5, navedenog zakona uključuju, među ostalim, znanje i iskustvo²⁷⁰, poslovne informacije i tehnološke informacije.

Dakle, iz ZZNITV proizlazi da znanje i iskustvo također mogu predstavljati poslovnu tajnu, a podrazumijevaju sustav različitih znanja i iskustava o poslovanju, koja mogu biti komercijalne (tržišne) ili tehničke naravi. Komercijalni (tržišni) *know-how* se odnosi na znanja i metode poslovanja, dok se tehnički *know-how* odnosi na skup stručnih znanja i iskustava o tehnologiji i proizvodnom procesu određenog proizvoda.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ *Know-how.*

Pravni značaj *know-how*-a je prepoznat i na europskoj razini te se spominje u već spomenutoj Direktivi 2016/943, koja je implementirana u nacionalna zakonodavstva država članica, pa tako i u hrvatsko zakonodavstvo.²⁷¹ U uvodnim dijelovima²⁷² ove Direktive navedeno je, među ostalim, da „poduzeća²⁷³ i nekomercijalne istraživačke institucije ulažu u pribavljanje, razvoj i primjenu znanja i iskustva (*know-how*) te informacija koji su platežno sredstvo gospodarstva znanja i osiguravaju konkurentsku prednost. To ulaganje u stvaranje i primjenu intelektualnog kapitala određujući je faktor u pogledu njihove konkurentnosti i uspješnosti povezane s inovacijama na tržištu te stoga i povrata ulaganja, koji je temeljna motivacija za poslovna istraživanja i razvoj. Poduzeća se koriste različitim sredstvima za prisvajanje rezultata svojih aktivnosti povezanih s inovacijama kada zbog otvorenosti nije moguće potpuno iskorištavanje njihova ulaganja u istraživanje i inovacije. Jedno od takvih sredstava jest korištenje prava intelektualnog vlasništva kao što su patenti, prava na dizajn ili autorska prava. Druga sredstva za stjecanje rezultata inovacija jesu zaštita pristupa znanju koje je vrijedno za subjekta, a nije opće poznato, i iskorištavanje tog znanja. Takvo vrijedno znanje i iskustvo te vrijedne poslovne informacije, koji su neotkriveni i koji bi trebali ostati povjerljivi, nazivaju se poslovna tajna.“

S takvom definicijom poslovne tajne usklađen je i hrvatski ZZNITV koji, kao što je ranije navedeno, propisuje da znanje i iskustvo također mogu predstavljati poslovnu tajnu.

Poslovne tajne koje se odnose na znanje i iskustvo su posebice važne u postupcima javne nabave vezanim uz inovacije, obzirom je za svaku inovaciju, u pravilu, potrebno određeno znanje i iskustvo. Radi li se o znanju i iskustvu koje podliježe zaštiti kao da se radi o poslovnoj tajni sukladno članku 3., stavku 1., točki 5, ZZNITV, ovisi o ispunjavanju uvjeta iz navedenog zakona u svakom konkretnom slučaju.

S obzirom da sukladno hrvatskom ZZNITV *know-how*, kao znanje i iskustvo, mogu predstavljati poslovnu tajnu, to je za ponuditelje legitimno da u postupcima javne nabave, sukladno Zakonu o javnoj nabavi, određene podatke u ponudama ili zahtjevima za sudjelovanje, vezanim uz njihov *know-*

²⁷¹ U ZZNITV.

²⁷² Točka 1 preambule.

²⁷³ Termin „poduzeća“ navodi se u službenom prijevodu direktive na hrvatski jezik, iako bi pravno ispravno bilo „trgovačka društva“. Naime, poduzeće (engl. enterprise, njem. Unternehmen, Handelsgewerbe, Gewerbebetrieb) u trgovačkom pravu predstavlja pravni objekt koji pripada nekom subjektu, u pravilu trgovcu, tako da može njime raspolagati. Poduzeće čini određenu gospodarsku djelatnost u organizacijskom smislu koju obavlja trgovac kao nositelj takve djelatnosti te, stoga, jedno trgovačko društvo može imati više poduzeća. Međutim, nijedno od takvih poduzeća nije pravna osoba, niti je upisano u sudski registar, već je upisano samo trgovačko društvo kojem pripadaju. O tome: Gorenc, V., 1997. Rječnik trgovačkog prava, Zagreb: Masmedia, str. 324-325.

how, označe tajnima. U tom slučaju bi valjanu pravnu osnovu za označavanje takvih podataka tajnima predstavljao članak 3. ZZNITV, kao i relevantne odredbe Direktive 2016/943.

3.1.1.3.1. Znanje i iskustvo kao element inovacija u postupcima javne nabave

Autori Miguel Angel i Bernal Blay²⁷⁴ su se bavili europskim direktivama o javnoj nabavi iz 2014. godine te naglasili, među ostalim, da su iste Direktive uzele u obzir činjenicu da je javna nabava idealan instrument za pokretanje poslovnih inovacija.

Ujedno su se pozvali²⁷⁵ na odredbe iz Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ, gdje je, u točki 47 preambule, među ostalim, navedeno da su „istraživanje i razvoj, uključujući okolišne i društvene inovacije, među glavnim pokretačima budućeg rasta te su stavljeni u središte strategije Europa 2020. za pametan, održiv i uključiv rast.“ Također, u istoj točki preambule navedene Direktive je istaknuto da bi tijela javne vlasti trebala „na najbolji mogući način strateški koristiti javnu nabavu kako bi potakla inovacije te da su kupnja inovativnih proizvoda, radova i usluga od ključne važnosti za poboljšanje djelotvornosti i kvalitete javnih usluga te za suočavanje s važnim društvenim izazovima. Tom se kupnjom doprinosi postizanju najbolje vrijednosti javnih sredstava te širih gospodarskih, okolišnih i društvenih dobrobiti vezanih uz osmišljavanje novih ideja, pretvorbu tih ideja u inovativne proizvode i usluge i promoviranje održivog gospodarskog rasta.“²⁷⁶

Neizostavni elementi Četvrte industrijske revolucije, u kojoj se trenutno nalazimo, su inovativne ideje, proizvodi, usluge i procesi koji donose nove koristi, kvalitetu i poboljšanja u područjima organizacije rada i poslovanja, marketinga te generalno inovacija na tržištu usluga, proizvoda i procesa. Sve navedeno dovodi do dodatnog poticanja poduzetništva i rasta konkurentnosti, za čiji razvoj je potreban *know-how* kao elemenat svake inovacije.

Takvi inovativni proizvodi, usluge i procesi su sve više povezani i sa predmetima postupaka javne nabave.

²⁷⁴ Bernal, Blay, Miguel, Angel, The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation, 9 Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev. 3 (2014).

²⁷⁵ *Ibid.*, str. 4.

²⁷⁶ Što se konkretno tiče održive javne nabave, Komisija je istu definirala kao „proces kojim javna tijela nastoje postići odgovarajuću ravnotežu između tri stupa održivog razvoja – ekonomskog, društvenog i okolišnog – kod nabave robe, usluga ili radova u svim fazama projekta.“ O tome više Lunner, Ragnhild, Human Rights in Public Procurement - Protecting them Properly?, EPPPL 3|2018, str. 199.

Kao primjeri postupaka javne nabave koji su se provodili vezano uz inovacije u Republici Hrvatskoj, mogu se navesti postupci nabave uslijed odobrenih projekata temeljem prijava na Otvoreni poziv na dostavu projektnih prijedloga (bespovratna sredstva) iz 2019. godine „Inovacije u S3 područjima“, KK.03.2.2.06., koji je u Republici Hrvatskoj bio namijenjen malim i srednjim poduzetnicima, u okviru „Operativnog programa Konkurentnost i kohezija 2014. – 2020.“, Prioritet 3 „Poslovna konkurentnost“; Investicijski prioritet 3d „Potpora stvaranju kapaciteta MSP-a za uključivanje u proces rasta na regionalnim, nacionalnim i međunarodnim tržištima i inovacijskim procesima“; Specifični cilj 3d2 „Poboljšana inovativnost malih i srednjih poduzetnika“. Navedenim pozivom mali i srednji poduzetnici bili su poticani na komercijalizaciju inovacija, proizvoda i usluga u skladu s identificiranim prioritetnim tematskim područjima i međusektorskim temama Strategije pametne specijalizacije (S3).

Cilj dodjele bespovratnih potpora je bio podržati inovativne male i srednje poduzetnike usmjerene na proizvodnju i plasman inovativnih proizvoda i usluga na tržište s ciljem povećanja izvoza te konkurentnosti hrvatskog gospodarstva na globalnom tržištu.

U Nacionalnoj razvojnoj strategiji Republike Hrvatske do 2030. godine navedeno je, među ostalim, da bi „posljedični rast produktivnosti kroz inovacije i nove tehnologije trebao biti jedan od glavnih pokretača rasta u zemljama EU“²⁷⁷ te je u točki 5.1. iste Strategije, kao prvi strateški cilj Republike Hrvatske do 2030. godine, upravo naveden „Konkurentno i inovativno gospodarstvo“.

Stoga se može očekivati sve veći rast postupaka javne nabave, odnosno provedbe projekata, vezanih upravo uz područje inovacija, u kojima gospodarski subjekti imaju legitimno pravo označiti tajnama pojedine podatke u svezi svojeg *know-how* vezanog uz inovacije, temeljem pravnih osnova navedenih u prethodnom potpoglavlju.

3.1.2. Osobni podaci u postupku javne nabave

Člankom 8. Povelje Europske unije o temeljnim pravima propisano je: „1. Svatko ima pravo na zaštitu osobnih podataka koji se na njega ili nju odnose. 2. Takvi podaci moraju se obrađivati pošteno, u utvrđene svrhe i na temelju suglasnosti osobe o kojoj je riječ, ili na nekoj drugoj legitimnoj osnovi utvrđenoj zakonom. Svatko ima pravo na pristup prikupljenim podacima koji se na njega ili nju odnose i pravo na njihovo ispravljanje. 3. Poštovanje tih pravila podliježe nadzoru neovisnog tijela.“

²⁷⁷ Točka 2.1. (Tehnološke promjene i rastuća uloga umjetne inteligencije) Nacionalne razvojne strategije Republike Hrvatske do 2030. godine, Narodne novine 13/2021.

Također, i člankom 16., stavkom 1., Ugovora o funkcioniranju Europske unije propisano je da „svatko ima pravo na zaštitu svojih osobnih podataka“.

Za razliku od podataka vezanih uz poslovnu tajnu, uključujući i *know-how*, pitanje zaštite osobnih podataka unificirano je, kao što je ranije navedeno, na razini Europske unije Općom uredbom o zaštiti podataka.

Već u samoj preambuli Opće uredbe o zaštiti podataka, navedeno je, među ostalim²⁷⁸, da bi svaka obrada osobnih podataka trebala biti „zakonita i poštena“. Glede prikupljanja, upotrebljavanja, davanja na uvid i drugih načina obrade, kao i do koje mjere se osobni podaci obrađuju ili će se obrađivati, ukazano je na potrebu poštovanja načela transparentnosti. Nadalje je navedeno²⁷⁹, među ostalim, da se u skladu sa načelom transparentnosti traži da „svaka informacija i komunikacija u vezi s obradom osobnih podataka bude lako dostupna i razumljiva te da se upotrebljava jasan i jednostavan jezik.“ Isto tako, osobni podaci bi trebali biti „primjereni, bitni i ograničeni na ono što je nužno za svrhe u koje se podaci obrađuju.“ Zbog toga je navedeno kako je osobito potrebno „osigurati da je razdoblje u kojem se osobni podaci pohranjuju ograničeno na strogi minimum“ te da bi se osobni podaci trebali obrađivati „samo ako se svrha obrade opravdano ne bi mogla postići drugim sredstvima.“ Kako bi se osiguralo da se osobni podaci ne drže duže nego što je nužno, „voditelj obrade trebao bi odrediti rok za brisanje ili periodično preispitivanje.“ Također je istaknuto, među ostalim, da bi osobne podatke trebalo obrađivati „uz odgovarajuće poštovanje sigurnosti i povjerljivosti osobnih podataka, što obuhvaća i sprječavanje neovlaštenog pristupa osobnim podacima i opremi kojom se koristi pri obradi podataka ili njihove neovlaštene upotrebe.“

Definicija osobnih podataka regulirana je člankom 4., stavkom 1., točkom 1, Opće uredbe o zaštiti podataka na način da se osobni podaci odnose na sve podatke koji se odnose „na pojedinca čiji je identitet utvrđen ili se može utvrditi („ispitanik“)“. Što se tiče pojedinca čiji se identitet može utvrditi, istom odredbom je propisano da se radi o osobi „koja se može identificirati izravno ili neizravno, osobito uz pomoć identifikatora kao što su ime, identifikacijski broj, podaci o lokaciji, mrežni identifikator ili uz pomoć jednog ili više čimbenika svojstvenih za fizički, fiziološki, genetski, mentalni, ekonomski, kulturni ili socijalni identitet tog pojedinca.“

²⁷⁸ Točka 39.

²⁷⁹ *Ibid.*

Pravom na zaštitu osobnih podataka bavio se i Sud Europske unije, a jedna od najvažnijih presuda je donesena u spojenim predmetima *Digital Rights Ireland*²⁸⁰, iako tada još nije bila na snazi Opća uredba o zaštiti podataka. Navedenom presudom je presuđeno da je usvajanjem Direktive 2006/24²⁸¹ zakonodavac Unije prekoračio granice koje nameće poštovanje načela proporcionalnosti s obzirom na članak 7., članak 8. i članak 52., stavak 1., Povelje, odnosno bilo je presuđeno da je predmetna Direktiva 2006/24 nevaljana. Naime, bilo je postavljeno, među ostalim, prethodno pitanje je li navedena Direktiva usklađena s Poveljom, s obzirom da su odredbe iste omogućavale pohranu velike količine vrsta podataka u odnosu na neograničen broj osoba tijekom dugog razdoblja.

Sud Europske unije je u presudi bio zaključio, među ostalim, da ista Direktiva ne predviđa jasna i precizna pravila koja bi uredila doseg miješanja u temeljna prava iz članaka 7. i 8. Povelje te da se direktiva široko i osobito teško miješa u ta temeljna prava Unije, a da miješanje nije bilo precizno ograničeno odredbama koje bi jamčile da je stvarno ograničeno na ono što je strogo nužno. Isto tako je u presudi bilo navedeno, glede pravila koja se odnose na sigurnost i zaštitu podataka zadržanih od strane pružatelja javno dostupnih elektroničkih komunikacijskih usluga ili javnih komunikacijskih mreža, da navedena direktiva nije predviđala dostatna jamstva za učinkovitu zaštitu zadržanih podataka od rizika zlouporaba, kao i od svih nezakonitih pristupa ili korištenja tih podataka u skladu s člankom 8. Povelje.

Nadalje, osobite izazove u zaštiti osobnih podataka donosi automatska razmjena informacija koja je već uvedena u području oporezivanja.²⁸² Također, u potpoglavlju 2.3.2. ovog rada spomenuta je Direktiva 2014/55/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 16. travnja 2014. o elektroničkom izdavanju računa u javnoj nabavi koja veliki značaj, unatoč zahtjevima transparentnosti, pridaje i zaštiti osobnih podataka prilikom obrade koju provode javni naručitelji i naručitelji.

Važno je za naglasiti da Opća uredba o zaštiti podataka obradu podataka definira kao „svaki postupak ili skup postupaka koji se obavljaju na osobnim podacima ili na skupovima osobnih podataka, bilo automatiziranim bilo neautomatiziranim sredstvima kao što su prikupljanje, bilježenje, organizacija, strukturiranje, pohrana, prilagodba ili izmjena, pronalaženje, obavljanje uvida, uporaba, otkrivanje

²⁸⁰ Spojeni predmeti C-293/12 i C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd i Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl i dr. protiv Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, The Commissioner of the Garda Síochána, Ireland and the Attorney General*, ECLI:EU:C:2014:238, SL C 175/6 10.6.2014.

²⁸¹ Direktiva 2006/24/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 15. ožujka 2006. o zadržavanju podataka dobivenih ili obrađenih u vezi s pružanjem javno dostupnih elektroničkih komunikacijskih usluga ili javnih komunikacijskih mreža i o izmjeni Direktive 2002/58/EZ, SL L 105, 13.04.2006, više nije na snazi.

²⁸² Direktivom Vijeća 2014/107/EU od 9. prosinca 2014. o izmjeni Direktive 2011/16/EU u pogledu obvezne automatske razmjene informacija u području oporezivanja, SL L 359, 16.12.2014 te Direktivom vijeća (EU) 2016/881 od 25. svibnja 2016. o izmjeni Direktive 2011/16/EU u pogledu obvezne automatske razmjene informacija u području oporezivanja, SL L 146/8 03.06.2016.

prijenosom, širenjem ili stavljanjem na raspolaganje na drugi način, usklađivanje ili kombiniranje, ograničavanje, brisanje ili uništavanje.“²⁸³

Što se tiče zakonitosti obrade osobnih podataka od strane naručitelja u postupku javne nabave bez davanja posebne privole ispitanika, odnosno gospodarskog subjekta koji sudjeluje u postupku javne nabave, Ministarstvo gospodarstva i održivog razvoja Republike Hrvatske je u 2018. godini izdalo Mišljenje da je „sukladno članku 6., stavku 1., točki (e) u svezi sa stavkom 3. Opće uredbe o zaštiti podataka, obrada podataka od strane naručitelja u postupcima javne nabave zakonita te da u tome smislu nije potrebno postavljati dodatne zahtjeve u dokumentaciji o nabavi.“ U istom Mišljenju je obrazloženo da je Zakon o javnoj nabavi iz 2016. godine preuzeo pravnu stečevinu Europske unije u području javne nabave te „da se cijeni da je obrada podataka koji se traže u postupcima javne nabave nužna za izvršavanje zadaće od javnog interesa ili pri izvršavanju službene ovlasti voditelja obrade, tj. naručitelja.“

Člankom 6., stavkom 1., Opće uredbe o zaštiti podataka je propisano da je, među ostalim, da je obrada zakonita samo ako i u onoj mjeri u kojoj je ispunjeno najmanje jedno od sljedećeg: „a) ispitanik je dao privolu za obradu svojih osobnih podataka u jednu ili više posebnih svrha; b) obrada je nužna za izvršavanje ugovora u kojem je ispitanik stranka ili kako bi se poduzele radnje na zahtjev ispitanika prije sklapanja ugovora; c) obrada nužna radi poštovanja pravnih obveza voditelja obrade; d) obrada je nužna kako bi se zaštitili ključni interesi ispitanika ili druge fizičke osobe; e) obrada je nužna za izvršavanje zadaće od javnog interesa ili pri izvršavanju službene ovlasti voditelja obrade; f) obrada je nužna za potrebe legitimnih interesa voditelja obrade ili treće strane, osim kada su od tih interesa jači interesi ili temeljna prava i slobode ispitanika koji zahtijevaju zaštitu osobnih podataka, osobito ako je ispitanik dijete.“

Dakle, Ministarstvo gospodarstva i održivog razvoja Republike Hrvatske se u svojem Mišljenju pozvalo na zakonitost obrade podataka od strane naručitelja temeljem osnove da je obrada nužna za izvršavanje zadaće od javnog interesa ili pri izvršavanju službene ovlasti voditelja obrade. Stoga, u takvim slučajevima za obradu osobnih podataka u postupku javne nabave nije potrebno ishoditi privolu ispitanika, konkretno, ponuditelja ili natjecatelja, što je prema mojem mišljenju ispravno stajalište, jer za zakonitost obrade osobnih podataka bez privole doista postoji pravno uporište u Općoj uredbi o zaštiti podataka, obzirom je obrada nužna za izvršavanje zadaće od javnog interesa.

Međutim, ono što je uočeno kao nedostatak u navedenom Mišljenju, a bitno je za postupanje poduzetnika u praksi, jest da Mišljenje izričito ne spominje pitanje obrade osobnih podataka kada

²⁸³ Članak 4., stavak 1., točka 2, Opće Uredbe o zaštiti podataka.

pojedini projekt provodi neobveznik Zakona o javnoj nabavi sukladno NOJN Pravilima. Naime, naizgled se može činiti da obrada osobnih podataka u takvim postupcima ne bi bila vezana uz izvršavanje zadaća od javnog interesa, budući da neobveznik Zakona o javnoj nabavi nije ni javni ni sektorski naručitelj. Međutim, sredstva za takve projekte financiraju europski strukturni i investicijski fondovi čija je svrha ulaganje u stvaranje radnih mjesta te održivo i zdravo europsko gospodarstvo i okoliš, što se, prema mojem mišljenju, može podvesti pod izvršavanje zadaća od javnog interesa. Stoga bi se i obrada podataka od strane neobveznika Zakona o javnoj nabavi, vezana uz postupke financirane iz europskih fondova, mogla podvesti pod izvršavanje zadaća od javnog interesa te za obradu podataka u takvim postupcima nabave ne bi bilo potrebno ishoditi privolu gospodarskog subjekta koji sudjeluje u postupku javne nabave. Zbog toga bi bilo uputno da nadležno Ministarstvo dopuni spomenuto Mišljenje na način da se isto odnosi i na naručitelje koji provode nabave kao neobveznici Zakona o javnoj nabavi.

Što se tiče konkretnih osobnih podataka koji se mogu pojaviti u postupku javne nabave, isti mogu biti vezani uz, primjerice, osobne podatke zakonskih zastupnika subjekata koji se pojavljuju u postupku, arhitekata, projektanata, nadzornih inženjera, dizajnera. Također, osobni podaci se mogu pojaviti kod dokazivanja uvjeta sposobnosti, glede, primjerice, podataka o popisu sklopljenih ugovora s kupcima fizičkim osobama ili obrtnicima.

Analizom propisa i sudske prakse, o kojoj će biti više riječi u četvrtom poglavlju, ne proizlaze pravne zapreke da ponuditelj ili natjecatelj u postupku javne nabave postavi zahtjev glede označavanja tajnim pojedinog osobnog podatka (primjerice, osobnog identifikacijskog broja, elektroničke adrese ili slično, vezano uz popis dobavljača kao dokaza uvjeta sposobnosti) koji se smatra sastavnim dijelom iz ponude, ukoliko bi za navedeno postojala valjana pravna osnova iz Opće uredbe o zaštiti podataka.

3.1.2.1. Standardi informacijske sigurnosti osobnih podataka u javnoj nabavi

Iz Opće uredbe o zaštiti podataka proizlazi da bi osobne podatke trebalo „obrađivati uz odgovarajuće poštovanje sigurnosti i povjerljivosti osobnih podataka, što obuhvaća i sprječavanje neovlaštenog pristupa osobnim podacima i opremi kojom se koristi pri obradi podataka ili njihove neovlaštene upotrebe.“²⁸⁴

²⁸⁴ Točka 39 preambule.

Glede povjerljivosti, odnosno informacijske sigurnosti osobnih podataka, značajnu ulogu ima ISO 27001²⁸⁵, objavljen od strane Međunarodne Organizacije za Standardizacije²⁸⁶ te predstavlja međunarodno priznati standard upravljanja informacijskom sigurnošću. Isti omogućava poslovnim subjektima dobivanje certifikata nakon što neovisno certifikacijsko tijelo izda potvrdu da je subjekt implementirao informacijsku sigurnost sukladno ISO 27001.

Zahtjev poštovanja visokih standarda informacijske sigurnost u praksi se sve više traži kod sklapanja ugovora koji uključuju vrijedne informacije pa tako i, ovisno o vrsti postupaka javne nabave, naručitelji često zahtijevaju posjedovanje navedenog²⁸⁷ certifikata.

3.2. Klauzule povjerljivosti u ugovorima o javnoj nabavi

U praksi se, ovisno o predmetu i sadržaju ugovora, osim sklapanja zasebnih ugovora o povjerljivosti podataka²⁸⁸, vrlo često u dvostrano obvezne ugovore unosi i posebna klauzula o povjerljivosti podataka kojom se ugovorne strane obvezuju na čuvanje određenih informacija, odnosno podataka, tajnima.²⁸⁹

Navedeno je slučaj i kod sklapanja ugovora o javnoj nabavi glede kojih su klauzule o povjerljivosti već sadržane u nacrtima ugovora o javnoj nabavi koji su sastavni dio dokumentacije o nabavi.²⁹⁰

Ugovornom odredbom, koja se odnosi na klauzulu o povjerljivosti u ugovoru o javnoj nabavi, definira se koji dijelovi sadržaja ugovora ili dokumentacije, priloga, komunikacije ugovornih strana ili slično, se smatraju povjerljivima, pod kojim uvjetima i točno kome se smiju učiniti dostupnima te koliki je rok obveze poštovanja navedene klauzule.

Budući da su ponuditelj ili natjecatelj dužni već u ponudi navesti ukoliko traže da se određeni podaci označe kao tajni u postupku, tada je moguće kasnije prilikom sklapanja ugovora navedeno konstatirati, a u sam ugovor unijeti odredbe o povjerljivosti koje se tiču samog sadržaja ugovora o javnoj nabavi. Budući da natjecatelj ili ponuditelj moraju naznačiti pravnu osnovu za označavanje

²⁸⁵ Detaljnije o razvoju, sadržaju i značaju navedenog certifikata vezano uz informacijsku sigurnost osobnih podataka: IT Governance Privacy Team, EU General Data Protection Regulation (GDPR), An Implementation and Compliance Guide, Second edition, IT Governance Publishing, 2016, 2017, str. 41-46.

²⁸⁶ ISO.

²⁸⁷ Ili jednakovrijednog.

²⁸⁸ Non-disclosure agreement, NDA ugovor.

²⁸⁹ Navedenim saznanjima raspoložem temeljem vlastitog praktičnog iskustva u pružanju odvjetničkih usluga.

²⁹⁰ Naime, u otvorenom i ograničenom postupku javne nabave nije dopušteno pregovarati nakon što je donesena odluka o odabranoj ponudi, s obzirom da bi se u suprotnom radilo o kršenju temeljnog načela jednakog postupanja.

podataka tajnima, to ne bi nije dopušteno da se ugovorom kao tajni definiraju dijelovi ponude za koje prethodno ta tajnost nije opravdana valjanom pravnom osnovom.

Ujedno, dopušteno je ugovoriti i detalje glede odgovornosti za štetu u slučaju kršenja ugovorene klauzule o povjerljivosti koje od ugovornih strana, što često daje dodatnu sigurnost ugovornoj strani da druga strana neće prekršiti navedene ugovorne odredbe.

3.2.1. Pravo na pristup povjerljivim podacima u postupku javne nabave sukladno Zakonu o pravu na pristup informacijama

Važno je za naglasiti da je člankom 55. Zakona o javnoj nabavi propisano da odredbe poglavlja 3. Zakona o javnoj nabavi, koje se odnosi na tajnost podataka, „ne dovode u pitanje primjenu drugih odredaba Zakona o javnoj nabavi, posebice onih koje se odnose na objavljivanje obavijesti o dodjeli ugovora te na sadržaj odluka i zapisnika koje naručitelj dostavlja gospodarskim subjektima te odredaba posebnih propisa, posebice onih kojima se uređuje pravo na pristup informacijama.“

Što se tiče prava na pristup informacijama od strane domaće ili strane fizičke i pravne osobe, sukladno Zakonu o pravu na pristup informacijama, iz članka 1., stavka 3., proizlazi da se odredbe tog zakona „ne primjenjuju na stranke u sudskim, upravnim i drugim na zakonu utemeljenim postupcima, kojima je dostupnost informacija iz tih postupaka utvrđena propisom.“

Stoga, ukoliko bi pravni subjekt podnio zahtjev za pravo na pristup informacijama, sukladno Zakonu o pravu na pristup informacijama, glede informacija koje su u postupku javne nabave označene tajnima, odnosno povjerljivima, a postupak se vodi pred Državnom komisijom za kontrolu postupaka javne nabave ili pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske, tada takav subjekt ne bi mogao ostvariti pravo na pristup navedenim informacijama, s obzirom da bi se to pravo reguliralo propisima vezanim uz upravni postupak pred Državnom komisijom za kontrolu postupaka javne nabave, odnosno propisima vezanim uz sudski postupak pred Upravnim sudom. Radilo bi se o pravilima upravnog ili sudskog postupka glede prava stranke na uvid u spis predmeta i dokumentaciju kao sastavni dio spisa.

Međutim, ukoliko bi pravni subjekt podnio zahtjev za pravo na pristup informacijama glede postupka javne nabave, koje informacije su označene ili ugovorene kao tajne, odnosno povjerljive u postupku javne nabave, a postupak pred naručiteljem je u tijeku ili je okončan, naručitelj bi morao donijeti

odluku da li je takav zahtjev pravno osnovan temeljem Zakona o pravu na pristup informacijama i Zakona o javnoj nabavi.

Vezano uz sam Zakon o pravu na pristup informacijama, cilj je istog zakona „omogućiti i osigurati ostvarivanje Ustavom Republike Hrvatske zajamčenog prava na pristup informacijama, kao i na ponovnu uporabu informacija fizičkim i pravnim osobama putem otvorenosti i javnosti djelovanja tijela javne vlasti.“²⁹¹

Stoga je, među ostalim, potrebno utvrditi predstavlja li naručitelj tijelo javne vlasti. Popis tijela javne vlasti vodi Povjerenik za informiranje, dok članak 5., stavak 1., točka 2, Zakona o pravu na pristup informacijama propisuje da su tijela javne vlasti u smislu istog zakona „tijela državne uprave, druga državna tijela, jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe i druga tijela koja imaju javne ovlasti, pravne osobe čiji je osnivač Republika Hrvatska ili jedinica lokalne ili područne (regionalne) samouprave, pravne osobe koje obavljaju javnu službu, pravne osobe koje se temeljem posebnog propisa financiraju pretežito ili u cijelosti iz državnog proračuna ili iz proračuna jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave odnosno iz javnih sredstava (nameta, davanja, i sl.), kao i trgovačka društva u kojima Republika Hrvatska i jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave imaju zasebno ili zajedno većinsko vlasništvo.“

Zakon o javnoj nabavi pak u članku 6. propisuje tko su javni naručitelji²⁹², dok članak 7. Zakona o javnoj nabavi propisuje tko su sektorski naručitelji²⁹³, s time da Prilog 1. Zakonu o javnoj nabavi čini Popis državnih tijela i tijela središnje državne uprave.

Usporedbom definicije tijela javne vlasti te javnih i sektorskih naručitelja, proizlazi da pojedini naručitelji u postupku javne nabave predstavljaju tijela javne vlasti, primjerice tijela državne uprave i druga državna tijela, jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, trgovačka društva u kojima javni naručitelj ima ili može imati, izravno ili neizravno, prevladavajući utjecaj na temelju svojeg vlasništva.

²⁹¹ Članak 3. Zakona o pravu na pristup informacijama.

²⁹² Javni naručitelji su Republika Hrvatska, odnosno državna tijela Republike Hrvatske; jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave; tijela javnog prava i udruženja koje je osnovalo jedno ili više tijela Republike Hrvatske, tijela jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave ili tijela javnog prava. Sukladno članku 6., stavku 5., Zakona o javnoj nabavi, indikativan popis javnih naručitelja se u Republici Hrvatskoj objavljuje na Portalu javne nabave i ažurira prema potrebi središnje tijelo državne uprave nadležno za politiku javne nabave.

²⁹³ Sektorski naručitelji su: „1) javni naručitelji koji obavljaju jednu od sektorskih djelatnosti 2) trgovačka društva u kojima javni naručitelj ima ili može imati, izravno ili neizravno, prevladavajući utjecaj na temelju svojeg vlasništva, financijskog udjela ili na temelju pravila kojima je društvo uređeno i koja obavljaju jednu od sektorskih djelatnosti 3) drugi subjekti koji obavljaju jednu od sektorskih djelatnosti na temelju posebnih ili isključivih prava koja im je dodijelilo nadležno tijelo.“

Slijedom navedenog, javni ili sektorski naručitelj, koji ujedno predstavlja i tijelo javne vlasti sukladno Zakonu o pravu na pristup informacijama, u postupku javne nabave uz Zakon o javnoj nabavi, glede prava na pristup povjerljivim podacima, mora primjenjivati i Zakon o pravu na pristup informacijama.

Iz članka 10. Zakona o pravu na pristup informacijama proizlazi, među ostalim, da su tijela javne vlasti obvezna „na internetskim stranicama na lako pretraživ način i u strojno čitljivom obliku“ objavljivati informacije o postupcima javne nabave, dokumentaciju potrebnu za nadmetanje, informacije o izvršavanju ugovora i druge informacije za koje postoji obveza objavljivanja sukladno Zakonu o javnoj nabavi. Za koje sve informacije sukladno Zakonu o javnoj nabavi postoji obveza objavljivanja upućuje se na potpoglavlja 2.4.1., 2.4.1.1. i 2.4.1.2. ovog rada.

Ono što je važno glede prava na pristup tajnim, odnosno povjerljivim informacijama, uključujući i onim informacijama koje su zaštićene klauzulama povjerljivosti u ugovorima o javnoj nabavi ili zasebnim ugovorima u pojedinom postupku javne nabave, jest da su člankom 15. Zakona o pravu na pristup informacijama propisani izuzeci od prava na dobivanje informacija od strane tijela javne vlasti.

Tako je, među ostalim, u članku 15., stavku 2., Zakona o pravu na pristup informacijama propisano da tijela javne vlasti mogu ograničiti pristup informaciji: „1) ako je informacija klasificirana stupnjem tajnosti, sukladno zakonu kojim se uređuje tajnost podataka; 2) ako je informacija poslovna ili profesionalna tajna, sukladno zakonu; 3) ako je informacija porezna tajna, sukladno zakonu; 4) ako je informacija zaštićena zakonom kojim se uređuje područje zaštite osobnih podataka.“

S obzirom da je u potpoglavlju 3.1. ovog rada, temeljem analize hrvatskog i europskog prava, prikazana analiza vrste podataka za koje postoji valjana pravna osnova da se označe tajnima u postupku javne nabave te je zaključeno da se upravo radi o podacima vezanim uz poslovnu tajnu, uključujući znanje iskustvo, kao i osobne podatke, to proizlazi da bi temeljem članka 15., stavka 2., Zakona o pravu na pristup informacijama naručitelj, koji ujedno predstavlja i tijelo javne vlasti, imao legitimno pravo odbiti zahtjev za pristup navedenim povjerljivim informacijama.

Naručitelji koji ne predstavljaju tijelo javne vlasti, uključujući i neobveznike Zakona o javnoj nabavi koji provode projekte, te stoga nisu obveznici primjene Zakona o pravu na pristup informacijama, bi mogli odbiti zahtjev za pristup povjerljivim informacijama temeljem Zakona o pravu na pristup informacijama, kao i temeljem Zakona o javnoj nabavi, ukoliko je gospodarski subjekt koji sudjeluje u postupku javne nabave postupio sukladno članku 52. Zakona o javnoj nabavi i naznačio valjanu pravnu osnovu za označavanje podataka tajnima.

Pravna osnova odbijanja prava na pristup povjerljivim informacijama bi u tom slučaju bio članak 53. Zakona o javnoj nabavi koji propisuje, među ostalim, da naručitelj „ne smije otkriti podatke dobivene od gospodarskih subjekata koje su oni na temelju zakona, drugog propisa ili općeg akta označili tajnom, uključujući tehničke ili trgovinske tajne te povjerljive značajke ponuda i zahtjeva za sudjelovanje.“

Naručitelj bi jedino smio otkriti podatke, iako ih je gospodarski subjekt označio tajnim, ako se radi o cijeni ponude, troškovniku, katalogu, podacima u vezi s kriterijima za odabir ponude, javnim ispravama, izvacima iz javnih registara te drugim podacima koji se prema posebnom zakonu ili podzakonskom propisu moraju javno objaviti ili se ne smiju označiti tajnom.²⁹⁴

3.3. Zaštita povjerljivosti podataka primjenom blockchain tehnologije i pametnih ugovora javne nabave

Pitanje zaštite, odnosno povjerljivosti podataka nalazi se pred novim i sve većim izazovima korištenjem sve naprednijih tehnologija i digitalnih rješenja koja omogućavaju sve veći i brži protok informacija. Budući da *blockchain* tehnologija²⁹⁵ ima obilježja inovativnosti, učinkovitosti, integriteta, transparentnosti, smanjenja troškova i točnosti podataka²⁹⁶, što predstavlja i ciljeve javne nabave, izgledno je da će se koristi *blockchain* tehnologije sve više prepoznati i u postupcima javne nabave, od planiranja do izvršenja ugovora, te da će doći i do dizajniranja i primjene pametnih ugovora²⁹⁷ javne nabave. Ipak, za sada, u predmetnom području nema dostupnih najboljih praksi.

Kao predvodnik primjene *blockchain* tehnologije općenito, može se istaknuti Malta, gdje je 2018. godine malteški parlament odobrio tri prijedloga zakona uspostavljanjem prvog regulatornog okvira za *blockchain*, kriptovalute i tehnologiju raspodijeljene knjige.²⁹⁸ Prvim zakonom²⁹⁹ bilo je uspostavljeno malteško tijelo za digitalne inovacije³⁰⁰ i certificiranje DLP platformi. Drugi zakon³⁰¹

²⁹⁴ Članak 53., stavak 4., u svezi sa člankom 52., stavkom 3., Zakona o javnoj nabavi.

²⁹⁵ *Op.cit.*, bilješka 11.

²⁹⁶ S druge strane, obilježja *blockchaina* su i informacije koje se mogu povući.

²⁹⁷ *Op.cit.*, bilješka 12. Pojam korištenja računalnih kodova za bilježenje ugovora prvi puta je predložio 1994. godine Nick Szabo, kriptograf i informatičar.

²⁹⁸ DLT, Distributed ledger technology. Radi se o bazi podataka koju dijeli više sudionika, u kojoj svaki sudionik održava i ažurira sinkroniziranu kopiju podataka te se članovima omogućuje da sigurno provjeravaju, izvršavaju i bilježe vlastite transakcije bez oslanjanja na posrednika (npr. banku, brokera ili revizora).

²⁹⁹ Malta Digital Innovation Authority Act, dostupno na <https://mdia.gov.mt/wp-content/uploads/2018/10/MDIA.pdf>, datum pristupa 3. srpnja 2021. godine.

³⁰⁰ Malta Digital Innovation Authority.

³⁰¹ Innovative Technology Arrangement and Services Act, dostupno na <https://parlament.mt/media/95214/act-xxxiii-innovative-technology-arrangements-and-services-act.pdf>, datum pristupa 3. srpnja 2021. godine.

je bio vezan uz DLT aranžmane i certifikate DLT platformi te za uspostavu mjenjačnica i drugih društava koja posluju na tržištu valuta, dok je trećim zakonom³⁰² bio je uspostavljen regulatorni režim koji regulira pitanja vezana uz ICO³⁰³, kriptovalute, mjenjačnice, pružatelje novčanika i ostalo. Malta je, stoga, bila prva država koja je pružila okruženje za operatore u *blockchainu*, kriptovalutama i DLT prostoru.³⁰⁴

Iako primjena *blockchain* tehnologije u javnoj nabavi još nije zaživjela, smatram da će do primjene iste doći, i to ponajprije vezano uz provedbu, odnosno izvršenje ugovora o javnoj nabavi, koji bi mogli postati pametni ugovori nabave. Primjerice, ukoliko bi odabrani ponuditelj kasnio sa izvršenjem svoje obveze, automatski bi se aktivirala ugovorena sredstva osiguranja ispunjenja obveze, što bi predstavljalo prednosti³⁰⁵ i kod prekograničnog izvršenja ugovora o nabavi.

Prednostima upotrebe *blockchain* tehnologije u javnoj nabavi vezanoj, primjerice, uz medicinu bavili su se autori Igor Radanović i Robert Likić te su u svojem radu³⁰⁶, među ostalim, naveli da su upravo politike javne nabave „jedan od aspekata upravljanja zdravstvenom skrbi koji bi se mogao znatno poboljšati kroz implementaciju *blockchain* tehnologije jer bi ta tehnologija osigurala da je ponuda i dobava robe i lijekova transparentna, provjerljiva i učinkovitija. Sve cijene, prethodne ponude i prakse pojedinih dobavljača mogle bi se lako provjeriti.³⁰⁷ Uvođenjem pametnih ugovora transakcije se mogu provoditi automatski i putem interneta kad god su ispunjeni unaprijed dogovoreni preduvjeti. Nepromjenjiva zajednička baza podataka idealna je za bilježenje osjetljivih informacija, koje imaju visoku propusnost, obično zahtijevaju posrednika i relativno su stabilne.“ Zaključci ovih autora bi mogli biti primjenjivi, osim na medicinu, i na druga područja nabave roba, radova i usluga.

S obzirom da je tema ovog rada vezana uz ograničenje načela transparentnosti postupka javne nabave pravom na tajnost podataka, to se može zaključiti kako bi primjena *blockchain* tehnologije mogla

³⁰² Virtual Financial Assets Act, dostupno na <https://parlament.mt/media/94209/bill-44-virtual-financial-assets-bill.pdf>, datum pristupa 3. srpnja 2021. godine.

³⁰³ Initial coin offering.

³⁰⁴ O tome u članku Gouder, Nicky & Scicluna, Luana, Malta: The Blockchain Island, 29 Int'l Tax Rev. 37 (2018).

³⁰⁵ U primjeni *blockchain* tehnologije, utvrđeni su i određeni nedostaci. Primjerice, ključni nedostaci se odnose na veliku potrošnju energije, odnosno negativan utjecaj na okoliš, visoke troškove rada te rizike od kibernetičkih napada. O tome više Golosova, Julija, Romanovs, Andrejs, The Advantages and Disadvantages of the Blockchain Technology, Conference: 2018 IEEE 6th Workshop on Advances in Information, Electronic and Electrical Engineering (AIEEE), dostupno na https://www.researchgate.net/publication/330028734_The_Advantages_and_Disadvantages_of_the_Blockchain_Technology, datum pristupa 25. veljače 2023. godine, str. 6-7.

³⁰⁶ Likić, Robert, Radanović, Igor, Mogućnosti upotrebe blockchain tehnologije u medicini, Bilt. Hrvat. druš. med. inform. 2019:25(1), str. 35.

³⁰⁷ Smatram da se ovaj zaključak navedenih autora prvenstveno odnosi na postupanje naručitelja. Ponuditelji, odnosno natjecatelji određene podatke o prethodnim nabavama mogu dobiti kroz obvezne javne objave podataka.

omogućiti veću transparentnost postupka javne nabave, dok bi posebni računalni sustavi u okviru primjene navedene tehnologije trebali omogućiti zaštitu povjerljivih podataka.

Naime, budući da je *blockchain* centralizirani sustav te se sastoji od višestruko ovjerenih i na više mjesta zapisanih elektroničkih transakcija, odnosno svaki dio sustava sadržava informacije o cijelom sustavu, informacije se ne mogu izbrisati ni izmijeniti i dostupne su svima koji se koriste tim *blockchainom*, to je radi zaštite povjerljivih podataka potrebno razviti i primjenjivati sustav³⁰⁸ koji će već kod prvobitnih unosa zaštititi takve podatke. Isto vrijedi i za pametne ugovore, s obzirom da se njihovi kodovi također zadaju kod samog kreiranja te su nadalje samoprovedivi, odnosno naknadno se automatski izvršavaju, ukoliko su za to ispunjeni zadani uvjeti.

Kao alat za ostvarivanje zaštite povjerljivosti podataka primjenom opisanih tehnologija ukazuje se primjena „privatnosti prema dizajnu“³⁰⁹ i „privatnost prema zadanim postavkama“³¹⁰.

Prethodno je još bilo prepoznato u Direktivi 95/46/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 24. listopada 1995. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka³¹¹, gdje iz točke 46 preambule iste Direktive proizlazi da zaštita prava i sloboda u vezi osoba čiji se podaci obrađuju, s obzirom na obradu podataka, zahtijeva da se poduzmu odgovarajuće tehničke i organizacijske mjere već i u trenutku planiranja sustava obrade.

Zaključno, prema mojem mišljenju, naznake primjene *blockchain* tehnologije i pametnih ugovora u postupcima javne nabave bi trebali omogućiti lakšu, bržu i objedinjenu dostupnost informacija, odnosno veću razinu transparentnosti postupka, kao i učinkovitiju provedbu sklopljenog ugovora o javnoj nabavi, odnosno aktivaciju sredstava osiguranja ukoliko bi došlo do kršenja odredbi sklopljenih ugovora. Izazove u provedbi navedenog predstavlja zaštita povjerljivih podataka u postupcima javne nabave, uslijed čega je nužno da pravna struka raščlani o kojim točno vrstama povjerljivih podataka se radi u postupku javne nabave, što je, među ostalim, i cilj ovog rada, dok bi

³⁰⁸ Za postupke u kojima je povjerljivost bitan faktor prikladnijim se ukazuje primjena tzv. *permissioned blockchaina* koji ograničava pristup na različitim razinama, ovisno o posebnostima platforme, s obzirom na čitanje podataka, zahtjevom za novom transakcijom i potvrđivanjem transakcija. Takvi *blockchainovi* su najčešće privatni, odnosno dozvolu za zapisivanje i potvrđivanje podataka ima jedan ili nekoliko entiteta koji uživaju vrlo visoko povjerenje od ostalih korisnika te su svi sudionici pobrojani i identificirani, dok centralni entitet može u nekim slučajevima pojedinim sudionicima ograničiti pravo da imaju uvid u podatke. O tome Bošković Batarela, Marija, Utjecaj GDPR-a na primjenu *blockchain* tehnologija, dostupno na <https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/40378>, datum pristupa 19. listopada 2022. godine.

³⁰⁹ „*Privacy by Design*”.

³¹⁰ „*Privacy by Default*”.

³¹¹ SL L 281, 23.11.1995, više nije na snazi.

zadatak računalnih programera bio primijeniti adekvatne alate za zaštitu takvih podataka prilikom primjene *blockchain* tehnologije i pametnih ugovora javne nabave.

Multidisciplinarnim pristupom stručnjaka pravne i računalne struke trebalo bi razviti softverski sustav koji bi, primjerice, zasebno sortirao povjerljive podatke te za pristup istima koristio zaštitne lozinke dodijeljene osobama ovlaštenim za uvid.

3.4. Zaključak

Analizom hrvatskog i europskog prava proizlazi da valjanu pravnu osnovu za označavanje određenih podataka u postupcima javne nabave tajnim mogu predstavljati ZZNITV, Zakon o tajnosti podataka, Zakon o zaštiti tajnosti podataka, Direktiva (EU) 2016/943 Europskog Parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2016. godine, Povelja te Opća uredba o zaštiti podataka. Valjanu pravnu osnovu za označavanje tajnima podataka u postupku javne nabave, sukladno sadržaju članka 52. Zakona o javnoj nabavi, mogu predstavljati i opći akti, čiji broj i sadržaj nije moguće obuhvatiti na jednome mjestu.

Ipak, analizom propisa proizlazi da je tajnost podataka, i to zaštita poslovne tajne, uključujući znanje i iskustvo, regulirana ZZNITV, Zakonom o zaštiti tajnosti podataka te Direktivom 2016/943. Pitanje klasificiranih i neklasificiranih podataka te stupnjeva tajnosti podataka regulirano je Zakonom o tajnosti podataka, dok pravna osnova zaštite osobnih podataka proizlazi iz Povelje te Opće uredbi o zaštiti podataka.

Iz sadržaja navedenih pravnih osnova proizlazi da bi se u postupku javne nabave tajnima mogli označiti podaci koji se odnose na poslovnu tajnu, znanje i iskustvo te osobne podatke.

Što se tiče definicije poslovne tajne, ona nije unificirana na razini Europske unije. Osobno najispravnijom smatram definiciju iz članka 3., stavka 1., točke 5, ZZNITV, kojim je propisano da poslovnu tajnu predstavljaju informacije koje ispunjavaju slijedeće zahtjeve: „a) tajne su jer nisu u svojoj ukupnosti ili u točnoj strukturi i sklopu svojih sastavnih dijelova općenito poznate ili lako dostupne osobama iz krugova koji se obično bave predmetnom vrstom informacija b) imaju tržišnu (komercijalnu) vrijednost zbog toga što su tajne c) u odnosu na njih osoba koja te informacije zakonito kontrolira poduzela u tim okolnostima razumne korake kako bi sačuvala njihovu tajnost.“

Dakle, ZZNITV propisuje da poslovnu tajnu čine informacije koje ispunjavaju daljnje propisane zahtjeve, a na isti način definiciju poslovne tajne regulira i Direktiva 2016/943 Europskog Parlamenta

i Vijeća koja također propisuje da se poslovna tajna odnosi na informacije koje ispunjavaju daljnje zahtjeve koji su propisani i člankom 3., stavkom 1., točkom 5, ZZNITV.

Zakon o zaštiti tajnosti podataka pak propisuje, među ostalim, da „poslovnu tajnu predstavljaju podaci koji su kao poslovna tajna određeni zakonom, drugim propisom ili općim aktom trgovačkog društva, ustanove ili druge pravne osobe“ [...].

Stoga proizlazi da se definicija poslovne tajne iz ZZNITV i Direktive 2016/943 Europskog Parlamenta i Vijeća veže uz zaštitu informacija kao poslovne tajne; Zakon o zaštiti tajnosti podataka se veže na zaštitu podataka kao poslovne tajne, dok sam Zakon o javnoj nabavi regulira pravo na tajnost podataka, a ne pravo na tajnost informacija.

Međutim, iz izvršene analize u potpoglavlju 3.1.1.1. proizlazi da su podaci osnova za oblikovanje informacije, odnosno da se svaka informacija sastoji od podataka. Stoga je zaključeno da pod pojam zaštite podataka iz članka 52. Zakona o javnoj nabavi svakako potpada i zaštita poslovne tajne.

U istom potpoglavlju je ukazano da naslov članka 21. Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća u službenome prijevodu na hrvatski jezik glasi „povjerljivost podataka“, dok se u samom sadržaju članka spominju termini informacije i podaci, dok u izvornome tekstu iste Direktive, na engleskom, ali i francuskom jeziku, naslov članka 21. glasi „confidentiality“, a u samom sadržaju članka se spominju samo informacije. Stoga je zaključeno da je službeni prijevod članka 21. Direktive 2014/24 Europskog parlamenta i Vijeća na hrvatski jezik, u najmanju ruku, nespretno preveden te da bi kod implementacije navedenog članka 21. Direktive 2014/24 u hrvatski Zakon o javnoj nabavi ispravniji naslov poglavlja 3. umjesto „tajnost podataka“ bio „povjerljivost informacija“.

Iz potpoglavlja 3.1.1.2. proizlazi da iz pozitivnih propisa Republike Hrvatske ne proizlazi da bi se poslovne tajne štatile s vlasničko pravnog aspekta, odnosno s aspekta prava intelektualnog vlasništva, već se kod prava na zaštitu poslovne tajne potrebno pozvati na koju od pravnih osnova analiziranih u potpoglavlju 3.1.1. rada.

Poslovnu tajnu također čine znanje i iskustvo koji podrazumijevaju sustav različitih znanja i iskustava o poslovanju, što proizlazi iz članka 3., stavka 2., ZZNITV te iz Direktive 2016/943 Europskog Parlamenta i Vijeća. Zaštita tajnosti znanja i iskustva je posebno važna u postupcima javne nabave vezanim uz inovacije, što je obrađeno u potpoglavlju 3.1.1.3.1. rada.

Za razliku od podataka vezanih uz poslovnu tajnu, uključujući i *know-how*, pitanje zaštite osobnih podataka unificirano je na razini Europske unije Općom uredbom o zaštiti podataka, kao i člankom 8. Povelje.

Što se tiče zaštite osobnih podataka u postupcima javne nabave, Ministarstvo gospodarstva i održivog razvoja Republike Hrvatske je u 2018. godini izdalo Mišljenje da je „sukladno članku 6., stavku 1., točki (e) u svezi sa stavkom 3. Opće uredbe o zaštiti podataka, obrada podataka od strane naručitelja u postupcima javne nabave zakonita te da u tome smislu nije potrebno postavljati dodatne zahtjeve u dokumentaciji o nabavi.“ Budući da se članak 6., stavak 1., točka (e) Opće uredbe o zaštiti podataka odnosi na to da je obrada podataka zakonita ako je nužna za izvršavanje zadaće od javnog interesa ili pri izvršavanju službene ovlasti voditelja obrade, odnosno da za obradu podataka nije potrebno ishoditi privolu ispitanika, odnosno ponuditelja ili natjecatelja, smatram da se radi o ispravno stajalištu iz Mišljenja, jer za zakonitost obrade osobnih podataka bez privole doista postoji pravno uporište u Općoj uredbi o zaštiti podataka, obzirom je obrada nužna za izvršavanje zadaće od javnog interesa. Međutim, prema mojem mišljenju, navedeno ne utječe na situacije da gospodarski subjekt u postupku javne nabave temeljem valjane pravne osnove za pojedine osobne podatke postavi zahtjev tajnosti, primjerice, ako bi se radilo o kojim osobnim podacima dobavljača u okviru dokumentacije vezane uz dokazivanje uvjeta sposobnosti.

Što se tiče klauzula povjerljivosti u ugovorima o javnoj nabavi, u praksi se osim sklapanja zasebnih ugovora o povjerljivosti podataka, vrlo često u dvostrano obvezne ugovore unosi posebna klauzula o povjerljivosti podataka kojom se ugovorne strane obvezuju na čuvanje određenih informacija, odnosno podataka, tajnima. Da li bi domaća ili strana fizička ili pravna osoba mogla pristupiti takvim podacima pozivajući se na pravo na pristup informacijama temeljem Zakona o pravu na pristup informacijama, obrađeno je u potpoglavlju 3.2.1. rada.

Budući da je člankom 15., stavkom 2., Zakona o pravu na pristup informacijama propisano da tijela javne vlasti mogu ograničiti pristup informaciji: ako je informacija klasificirana stupnjem tajnosti; ako je informacija poslovna ili profesionalna tajna; ako je informacija porezna tajna; ako je informacija zaštićena zakonom kojim se uređuje područje zaštite osobnih podataka, a temeljem analize iz poglavlja 3.1. rada proizlazi da se u postupku javne nabave na temelju valjane pravne osnove mogu označiti tajnima upravo podaci vezani uz poslovnu tajnu, uključujući znanje iskustvo, kao i osobne podatke, to proizlazi da bi temeljem članka 15., stavka 2., Zakona o pravu na pristup informacijama naručitelj, koji ujedno predstavlja i tijelo javne vlasti, imao legitimno pravo odbiti zahtjev za pristup navedenim povjerljivim informacijama. Prethodno vrijedi i za naručitelje koji ne

predstavljaju tijelo javne vlasti, uključujući i neobveznike Zakona o javnoj nabavi te stoga nisu obveznici primjene Zakona o pravu na pristup informacijama. Pravna osnova odbijanja prava na pristup povjerljivim informacijama u spomenutim slučajevima bi bio članak 53. Zakona o javnoj nabavi.

U potpoglavlju 3.3. ukazano je kako će zaštita povjerljivosti podataka predstavljati poseban izazov kod primjene *blockchain* tehnologije i pametnih ugovora javne nabave, do čije primjene će, po mojem mišljenju, doći u skorije vrijeme. Primjena *blockchain* tehnologije i pametnih ugovora javne nabave bi mogla omogućiti veću transparentnost postupka javne nabave, dok bi posebni računalni sustavi u okviru primjene navedene tehnologije trebali omogućiti zaštitu povjerljivih podataka, što se može ostvariti primjenom alata „privatnosti prema dizajnu“ i „privatnosti prema zadanim postavkama“. Stoga se suradnja pravnih stručnjaka i stručnjaka informatičkih tehnologija ukazuje neminovnom.

4. RECENTNA PRAKSA GLEDE OZNAČAVANJA TAJNOSTI PODATAKA U HRVATSKOM POSTUPKU JAVNE NABAVE

4.1. Prikaz prakse Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave

U ovom poglavlju će biti prikazane odluke Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave³¹², koje su donesene povodom izjavljenih žalbi vezanih uz, među ostalim, žalbene navode glede pristupa povjerljivim, odnosno tajno označenim podacima postupka javne nabave. Biti će prikazan sadržaj šest odluka DKOM, kao i tri odluke Visokog upravnog suda Republike Hrvatske³¹³. Dvije presude VUSRH su vezane uz upravni spor koji je uslijedio nakon dvije odluke DKOM koje će biti prikazane, dok je treća presuda vezana uz pravo na pristup podacima temeljem Zakona o pravu na pristup informacijama.

4.1.1. Rješenje vezano uz zaštitu osobnih podataka od 25. listopada 2018. godine

Iz Rješenja DKOM, Klasa: UP/11-034-02/18-01/798, Urbroj: 354-01/18-7 od 25. listopada 2018. godine³¹⁴ proizlazi, rezimirano, da se, u postupku koji je prethodio žalbenom postupku, provodio otvoreni postupak javne nabave u kojem je naručitelj objavio poziv za nadmetanje i dokumentaciju o nabavi sa namjerom sklapanja okvirnog sporazuma sa tri gospodarska subjekta na dvije godine. Predmet nabave je bio podijeljen na četiri grupe. U odnosu na drugu grupu predmeta nabave naručitelj je jednu ponudu ocijenio valjanom te donio odluku o odabiru, protiv koje je bila podnesena žalba. Žalba je od strane DKOM bila ocijenjena pravno neosnovanom.

Žalitelj je, među ostalim, osporavao razlog odbijanja njegove ponude uslijed zaključka naručitelja da nije zadovoljio uvjet sposobnosti. Naime, žalitelj u svojoj ponudi nije dostavio tražene osobne podatke o drugoj ugovornoj strani glede dokaza o izvršenim uslugama, a naručitelj je smatrao kako nije postojala valjana zakonska osnova za nedostavljanje tih podataka.

³¹² Dalje u tekstu: DKOM.

³¹³ Dalje u tekstu: VUSRH.

³¹⁴ Rješenje DKOM Klasa: UP/11-034-02/18-01/798, Urbroj: 354-01/18-7 od 25. listopada 2018., dostupno na <https://pdf.dkom.hr/18399.pdf>, datum pristupa 6. srpnja 2021. godine.

Glede navedenog je žalitelj tvrdio da nije dostavio podatke o drugoj ugovornoj strani zbog Opće uredbe o zaštiti podataka i Zakona o provedbi opće uredbe o zaštiti osobnih podataka³¹⁵, uz obrazloženje da bez privole druge ugovorne strane ne smije davati na uvid trećim osobama njezine osobne podatke te da je umjesto navedenog dostavio potvrdu kao dokaz da su njegovi navodi, glede izvršenih usluga, istiniti.

Međutim, DKOM je u odluci obrazložio, među ostalim, kako je dokumentacijom o nabavi bilo propisano da gospodarski subjekt mora u godini u kojoj je započeo postupak javne nabave, i tijekom tri godine koje prethode toj godini, dokazati da je pružio usluge iste ili slične predmetu nabave. Time je gospodarski subjekt trebao dokazati da ima potrebno iskustvo, znanje i sposobnost te da je, s obzirom na opseg, predmet i procijenjenu vrijednost nabave, sposoban kvalitetno obavljati usluge koje su predmet nabave.

Kao dokaz sposobnosti gospodarski subjekt je trebao dostaviti ispunjeni ESPD obrazac, dok je Središnje tijelo za nabavu, prije donošenja odluke o ponuditelju koji je podnio najpovoljniju ekonomsku ponudu, trebalo zatražiti da u primjerenom roku³¹⁶ dostavi ažurirane popratne dokumente, i to popis glavnih usluga pruženih u godini u kojoj je započeo postupak javne nabave i tijekom tri godine koje prethode toj godini. Upravo je popis glavnih usluga trebao sadržavati, među ostalim, vrijednost usluga, datum te naziv druge ugovorne strane.

Uvidom u ponudu žalitelja DKOM je utvrdio da je žalitelj dostavio popis glavnih usluga, dok je glede podataka o nazivu druge ugovorne strane naveo „građani kupci”.

Naručitelj je dva puta bio pozivao žalitelja da upotpuni ponudu dostavom popisa glavnih usluga sa uključenim točnim nazivom druge ugovorne strane, ali se žalitelj očitovao da isto ne može učiniti zbog zaštite osobnih podataka te je opetovano dostavio dopis treće strane, kao dokaz da je pružio tražene usluge, no podatke o drugoj ugovornoj strani nije dostavio.

DKOM je zaključio da takav dopis nije dokaz opravdanja za nepostupanje sukladno dokumentaciji o nabavi te da je dio dokumentacije o nabavi sukladan članku 268., stavku 3., Zakona o javnoj nabavi³¹⁷, a što da je sukladno članku 60., stavku 4., Direktive Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ³¹⁸ te Provedbenoj

³¹⁵ Narodne novine 42/2018.

³¹⁶ Ne kraćem od pet dana.

³¹⁷ Odnoseći se na Zakon o javnoj nabavi iz Narodnih novina 120/2016.

³¹⁸ *Op.cit.*, bilješka 74.

Uredbi Komisije (EU) 2016/7 od 5. siječnja 2016. o utvrđivanju standardnog obrasca za europsku jedinstvenu dokumentaciju o nabavi³¹⁹.

DKOM je naglasio da su se u postupku javne nabave svi sudionici dužni pridržavati odredbi Zakona o javnoj nabavi koji je *lex specialis* za područje javne nabave te da se, sukladno članku 280., stavku 4., Zakona o javnoj nabavi, ponuditelj mora pri izradi ponude pridržavati zahtjeva i uvjeta iz dokumentacije o nabavi, dok sukladno članku 290., stavku 1., Zakona o javnoj nabavi naručitelj „nakon otvaranja ponuda pregledava i ocjenjuje ponude na temelju uvjeta i zahtjeva iz dokumentacije o nabavi.“

Budući da žalitelj u ESPD obrascu nije naveo naziv klijenta kao druge ugovorne strane, niti je to učinio naknadno po pozivu naručitelja, DKOM je zaključio da se žalitelj nije pridržavao relevantnog dijela zahtjeva iz dokumentacije o nabavi, a koji zahtjev je bio u skladu sa gore navedenim europskim propisima.

Stoga je DKOM odlučio da žalba nije osnovana. O ovome predmetu je naknadno odlučivao i VUSRH donijevši 20. ožujka 2019. godine presudu, o kojoj će biti više riječi u potpoglavlju 4.2.2. rada.

4.1.2. Rješenje vezano uz obvezu sadržajnog preispitivanja pravne osnove označavanja tajnosti podataka od 8. ožujka 2017. godine

Rješenjem DKOM, Klasa: UP/II-034-02/17-01/64, Urbroj: 354-01/17-7 od 8. ožujka 2017. godine³²⁰ bila je poništena odluka o odabiru naručitelja u otvorenom postupku javne nabave s ciljem sklapanja okvirnog sporazuma s jednim gospodarskim subjektom na razdoblje od 12 mjeseci. Naime, u navedenom postupku javne nabave ponude su dostavila dva ponuditelja te je naručitelj jednu ponudu ocijenio valjanom i donio odluku o odabiru.

Protiv odluke o odabiru žalbu je podnijela zajednica ponuditelja³²¹ koja je osporavala razlog odbijanja svoje ponude, zakonitost same odluke o odabiru te valjanost ponude odabranog ponuditelja, koji je također bio zajednica ponuditelja.

³¹⁹ SL L 3, 06.01.2016. Prilog 2. ove Uredbe navodi da u ESPD obrascu, u dijelu IV. C) Tehnička i stručna sposobnost, točki l.b), pri sastavljanju popisa glavnih isporuka, treba navesti iznose, datume i primatelje, bilo javne ili privatne te da u popis treba uvrstiti sve primatelje, kao i da bi se na njemu trebali naći javni i privatni klijenti za predmetnu robu ili usluge.

³²⁰ Rješenje DKOM Klasa: UP/II-034-02/17-01/64, Urbroj: 354-01/17-7 od 08.03.2017., dostupno na <http://pdf.dkom.hr/16704.pdf?nocache=140417215927>, datum pristupa 7. srpnja 2021. godine.

³²¹ Dalje u tekstu: žalitelj.

DKOM je žalbu usvojio. Žalitelj je, među ostalim žalbenim navodima, iskazao sumnju u valjanost dostavljenih dokaza jednakovrijednosti u ponudi odabranog ponuditelja te je tvrdio da mu naručitelj nije dozvolio uvid u dokumente koji su označeni kao poslovna tajna pa da stoga nije mogao navesti žalbene navode.

Također, žalitelj je tvrdio, među ostalim, da budući da se u konkretnom slučaju radi o dokazima tehničke i stručne sposobnosti, da takvi dokumenti nisu mogli biti označeni kao poslovna tajna.

DKOM je uvidom u ponudu odabrane zajednice ponuditelja utvrdio da je u pojedinim stavkama troškovnika navedeno kako nudi jednakovrijedne proizvode te da se u ponudi nalazi dokument naziva „Poslovna tajna“. U tom dokumentu je bilo navedeno da, u vezi s člankom 16. Zakona o javnoj nabavi³²², a temeljem Zakona o zaštiti tajnosti podataka, Zakona o tajnosti podataka i Općih akata zajednice ponuditelja, zajednica ponuditelja proglašava poslovnom tajnom svu tehničku dokumentaciju traženu u naznačenim točkama dokumentacije za nadmetanje te da je naručitelj istu u obvezi čuvati kao poslovnu tajnu, odnosno da mu je navedenu dokumentaciju zabranjeno davati na uvid drugim ponuditeljima ili neovlaštenim osobama te istu umnožavati i dozvoliti fotografiranje ili presnimavanje na mediju za pohranu podataka. Ujedno je bilo navedeno da je naručitelju zabranjeno navedenu tehničku dokumentaciju izrijekom prepisati u zapisnik o pregledu i ocjeni ponuda ili istu kao fotokopije priložiti uz zapisnik o pregledu i ocjeni ponuda te da se navedena tehnička dokumentacija može dati na uvid ili dostaviti samo tijelima koja su ovlaštena kontrolirati postupke javne nabave.

Naručitelj je zajednici ponuditelja bio uputio zahtjev za dostavu pojašnjenja ponude u kojem je naveo da su određeni dokumenti u ponudi označeni kao poslovna tajna te da je, sukladno Zaključku o pravnom shvaćanju DKOM, od 17. studenoga 2016. godine, Klasa: 030-02/15-01/1; Urbroj: 354-01/16-14³²³, naručitelj obavezan provjeriti postojanje pravne osnove i sadržajno preispitati osnovanost označavanja poslovne tajne temeljem pozitivnih propisa. Naručitelj se nadalje bio pozvao na članak 19. Zakona o zaštiti tajnosti podataka³²⁴ te je tražio dostavu detaljne dokumentacije kojom zajednica ponuditelja dokazuje razloge osnovanosti označavanja priloženih dokumenata poslovnom tajnom te opći akt koji se navodio u dopisu „Poslovna tajna“.

Odabrana zajednica ponuditelja je naručitelju bila dostavila očitovanje u kojem je navela da je podatke proglasila poslovnom tajnom budući da se radi o podacima zbog čijeg bi priopćavanja

³²² Odnoseći se na Zakon o javnoj nabavi iz Narodnih novina 90/2011.

³²³ Dostupan na <https://dkom.hr/UserDocsImages/dokumenti/ZapisnikSaSjednica/ZakljucakSaSjednice-17112016.pdf>, datum pristupa 30. kolovoza 2021. godine. O navedenom Zaključku, kao i o općenito pravnom shvaćanju DKOM, biti će više riječi u narednom, petom poglavlju.

³²⁴ *Op.cit.*, bilješka 275.

neovlaštenoj osobi mogle nastupiti štetne posljedice za gospodarske i ekonomske interese društva, s obzirom da su uložena značajna sredstva društva u postupke testiranja i izrade izvješća kao rezultata tih testiranja, čime da isti postaju poslovnom tajnom društva. Bili su priloženi Pravilnici o poslovnoj tajni u kojima je, među ostalim, za svakog člana zajednice ponuditelja bilo navedeno da poslovnu tajnu predstavljaju podaci koje društvo koristi u postupcima javne nabave, i to tehnička dokumentacija koja se odnosi na ispitna izvješća kao dokaz sukladnosti ponuđene robe sa zahtjevima u pogledu opisa, kvalitete, namjene i tehničkih karakteristika predmeta nabave.

DKOM je u svezi navedenog naveo, među ostalim, kako je Zakonom o javnoj nabavi propisano je da nakon „dostave odluke o odabiru ili odluke o poništenju do isteka roka za izjavljivanje žalbe, javni naručitelj obavezan ponuditelju na njegov zahtjev omogućiti uvid u bilo koju ponudu, uključujući i naknadno dostavljene dokumente te pojašnjenja i upotpunjenja ponude“ sukladno zakonu, osim u one podatke koje su ponuditelji označili tajnima sukladno članku 16. zakona.

Također, DKOM je naveo da je načelo transparentnosti jedno je od temeljnih načela javne nabave koje je, između ostalog, potrebno osigurati kako prilikom provođenja postupaka javne nabave, tako i u ostvarivanju pravne zaštite. Istaknuto je kako se navedena transparentnost u ostvarivanju pravne zaštite osigurava dosljednom primjenom odredbe članka 102., stavka 1., na taj postupak primjenjivog Zakona o javnoj nabavi, te da upravo navedena odredba predstavlja pravni temelj za ocjenu naručiteljevog postupanja i poštovanja načela transparentnosti.

DKOM je također istaknuo kako je činjenica da se označavanjem dijela ponude poslovnom tajnom onemogućavaju žalitelji u ostvarivanju prava na žalbu i učinkovitu pravnu zaštitu, budući da isti nemaju mogućnost preispitivati ponudu u dijelu u kojem je označena poslovnom tajnom, pa da se na taj način dovodi u pitanje pravo na žalbu potencijalnih žalitelja.

Stoga je istaknuto da je, vodeći se prethodnim zaključcima, DKOM na Sjednici Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave održane 17. studenoga 2016. godine, usvojio pravno shvaćanje, kako slijedi: „Naručitelj je obavezan provjeriti ne samo postojanje pravne osnove već i, sukladno pozitivnim propisima, sadržajno preispitati osnovanost označavanja poslovne tajne i odlučiti o davanju na uvid ponude.“

Ujedno je DKOM naveo da činjenica što je odabrana zajednica ponuditelja u ponudi dokaz tehničke i stručne sposobnosti označila kao tajan podatak nije sama po sebi nezakonita, budući da Zakon o javnoj nabavi to ne zabranjuje. Stoga je odlučeno da je neosnovana tvrdnja žalitelja da ponuditelj u ponudi ne može dokaze tehničke i stručne sposobnosti označiti tajnima.

Međutim, DKOM je utvrdio da naručitelj, povodom poziva i dostave pojašnjenja od odabrane zajednice ponuditelja, nije pravilno primijenio prihvaćeno pravno shvaćanje DKOM. Naime, bilo je točno da je naručitelj pozivajući se na pravno shvaćanje DKOM pozvao odabranu zajednicu ponuditelja da navede i dostavi dokumentaciju osnovom koje su podaci u ponudi označeni poslovnom tajnom, što je i bilo dostavljeno, ali da iz zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda proizlazi da naručitelj dostavljeno pojašnjenje nije sadržajno ocjenjivao, odnosno da nije ocjenjivao radi li se u konkretnom slučaju doista o podacima zbog čijeg bi priopćavanja neovlaštenoj osobi mogle nastupiti štetne posljedice za gospodarske i ekonomske interese društva .

Stoga je zaključeno da je naručitelj samo utvrdio da pravna osnova za označavanje podataka u ponudi poslovnom tajnom postoji, a da osnovanost samih činjenica iz dostavljenog pojašnjenja sadržajno uopće nije preispitivao, uslijed čega je DKOM odlučio da je ostalo nejasno na temelju čega je naručitelj donio odluku o osnovanosti označavanja poslovne tajne i odlučio da žalitelj nema pravo na uvid u podatke označene kao poslovna tajna.

Dakle, ocijenjeno je da je naručitelj prihvatio pojašnjenje u kojem je bila navedena pravna osnova na temelju koje je odabrana zajednica ponuditelja pojedine podatke u svojoj ponudi označila poslovnom tajnom, ali da nije sadržajno utvrdio je li ista valjana. Uslijed navedenog je zaključeno da opisanim postupanjem naručitelj nije osigurao dosljednu primjenu pravnog shvaćanja DKOM od 17. studenoga 2016. godine.

4.1.3. Rješenje vezano uz obvezu ispravnog označavanja pravne osnove za tajnost podataka od 9. svibnja 2017. godine

Rješenjem DKOM, Klasa: UP/II-034-02/17-01/197, Ubroj: 354-01/17-7 od 9. svibnja 2017. godine³²⁵ bila je poništena odluka o odabiru za grupu 2 predmeta nabave u otvorenom postupku javne nabave. U tom postupku je naručitelj objavio poziv za nadmetanje sa predmetom nabave podijeljenim u dvije grupe. Za grupu 2 bile su zaprimljene četiri ponude od kojih je naručitelj dvije ponude ocijenio valjanima te je donio odluku o odabiru.

³²⁵ Rješenje DKOM Klasa: UP/II-034-02/17-01/197, Ubroj: 354-01/17-7 od 9. svibnja 2017., dostupno na <https://pdf.dkom.hr/16840.pdf>, datum pristupa 10. srpnja 2021. godine.

Protiv odluke o odabiru bila je podnesena žalba u kojoj je žalitelj osporavao valjanost ponude odabranog ponuditelja uz tvrdnje da je odabrani ponuditelj nezakonito označio određene dokumente poslovnom tajnom.

DKOM je proveo dokaz pregledom i analizom dokaznog materijala te je utvrdio da je žalba žalitelja osnovana.

Naime, žalitelj je u žalbi izrazio sumnju u valjanost dokumenata za dokazivanje jednakovrijednosti koje je u svojoj ponudi predao odabrani ponuditelj te je tvrdio da mu naručitelj nije dopustio uvid u dokumente za dokazivanje jednakovrijednosti iz razloga što su bili proglašeni poslovnom tajnom, uslijed čega da ne može navesti točne žalbene navode, čime se dovodi u pitanje njegovo pravo na žalbu.

Žalitelj je u prilog svojim tvrdnjama, među ostalim, dostavio i dokaze u vidu određene e-mail prepiske sa pojedinim proizvođačima, kao dokaze da se navedeni sporni dokumenti u ponudi ne mogu označiti poslovnom tajnom.

DKOM je utvrdio da je dokumentacijom za nadmetanje bilo propisano da ukoliko ponuditelj u troškovniku nudi robu koja je jednakovrijedna robi traženoj u postupku nabave, kao dokaz jednakovrijednosti je bilo potrebno dostaviti traženo ispitno izvješće. Nadalje, među ostalim, ukoliko bi se kao dokaz jednakovrijednosti dostavljalo ispitno izvješće izdano od proizvođača ponuđene jednakovrijedne robe, bilo je obvezno priložiti i traženi certifikat.³²⁶

DKOM je uvidom u ponudu zaključio da je u osporavanim stavkama troškovnika ponuditelj naveo naziv jednakovrijednog artikla i naznačio proizvođača. Također, u ponudi je bio priložen i dokument "Poslovna tajna" u kojem se odabrani ponuditelj pozvao na odredbe članka 19. Zakona o zaštiti tajnosti podataka, članka 16. Zakona o javnoj nabavi³²⁷ te internog Pravilnika o tajnosti podataka te je poslovnom tajnom označio dva certifikata, ispitne izvještaje za tražene proizvode te dokument „Poslovna tajna – obrazloženje“.

DKOM je utvrdio, među ostalim, da je naručitelj temeljem pravnog shvaćanja DKOM sa sjednice od 17. studenoga 2016. godine bio pozvan dostaviti kopiju internog Pravilnika o tajnosti podataka kako bi naručitelj mogao ispitati opravdanost označavanja navedenih dokumenata poslovnom tajnom. Odabrani ponuditelj je naknadno dostavio, među ostalim, opći akt iz kojeg je proizlazilo da trgovačko društvo ponuditelj zaštićuje svu tehničku dokumentaciju čiju izradu naručuje kod pojedinih stručnih,

³²⁶ Certifikat sustava upravljanja kvalitetom prema normi ISO 9001.

³²⁷ Odnoseći se na Zakon o javnoj nabavi iz Narodnih novina 90/2011.

priznatih i ovlaštenih tijela, a odnosi se na ispitivanja vezana uz dokaz kvalitete, tehničkih karakteristika robe, usklađenosti te robe sa točno definiranim normama, atestima i sličnim pojedinostima. Iz tog općeg akta o tajnosti podataka je proizlazilo da društvo zaštićuje navedenu dokumentaciju kao poslovnu tajnu kako ne bi došlo do zlouporabe tehničke dokumentacije za čiju su izradu utrošena znatna financijska sredstva, te da se zahtijeva od svih pravnih i fizičkih osoba da sa tom dokumentacijom postupaju sukladno uputi iz napomene poslovne tajne, odnosno da trećima, kao i drugim ponuditeljima ne daju na uvid i ne umnožavaju tu tehničku dokumentaciju.

Naručitelj je u odgovoru na žalbu bio naveo da je zaključio da navedeni dokumenti sukladno zakonskom okviru, praksi i zaključku DKOM od 17. studenoga 2016. godine mogu predstavljati poslovnu tajnu te da ih slijedom navedenog, sukladno odredbama Zakona o javnoj nabavi, nije dao na uvid.

Naručitelj je također, među ostalim, obrazložio da je i direktno kontaktirao proizvođača proizvoda te da je u dostavljenoj dokumentaciji bila priložena i izjava proizvođača kojom je potvrdio da je njihova cjelokupna tehnička dokumentacija rezultat proizvodnih studija i poslovnih odnosa, te da su potpisali posebne uvjete u ugovoru o partnerstvu i distribuciji s njihovim distributerom za hrvatsko tržište. Proizvođač je naveo da je cjelokupna tehnička i poslovna dokumentacija dio poslovne tajne i da ne smije biti dana trećim stranama te da će ih bilo kakva zlouporaba navesti na pravnu reakciju.

Iz Zapisnika o uvidu u ponudu od strane žalitelja proizlazilo je da je naručitelj dopustio uvid u ponude ostalih ponuditelja, osim u dijelove ponuda koje su drugi ponuditelji proglasili poslovnom tajnom.

DKOM je obrazložio što sve predstavlja poslovnu tajnu sukladno Zakonu o zaštiti tajnosti podataka te se pozvao na svoje pravno shvaćanje od 17. studenoga 2016. godine prema kojem je naručitelj obvezan provjeriti ne samo postojanje pravne osnove već i, sukladno pozitivnim propisima, sadržajno preispitati osnovanost označavanja poslovne tajne i odlučiti o davanju na uvid ponude. Utvrđeno je da je naručitelj pozvao odabranog ponuditelja na upotpunjavanje ponude dostavom internog Pravilnika o tajnosti podataka kako bi mogao ispitati opravdanost označavanja dokumenata poslovnom tajnom.

DKOM je temeljem navedenog zaključio kako je u žalbenom postupku među strankama sporno označavanje određenih dokumenata u ponudi odabranog ponuditelja poslovnom tajnom, a koji se odnose na dokazivanje jednakovrijednosti ponuđenih jednakovrijednih proizvoda³²⁸. Iz ponude i dostavljenih dokumenata je bilo vidljivo da se radi o dokumentima koji glase na proizvođača

³²⁸ Proizvodi su bili toneri.

inozemnu tvrtku iz Poljske. Kao što je ranije navedeno, odabrani ponuditelj je određene dokumente u ponudi označio poslovnom tajnom temeljem Zakona o zaštiti tajnosti podataka, Zakona o javnoj nabavi i internog Pravilnika o tajnosti podataka. Međutim, utvrđeno je da se taj interni Pravilnik odnosio na zaštitu tajnosti podataka i određivanje poslovne tajne koji se primjenjuju u poslovanju tvrtke odabranog ponuditelja u Hrvatskoj, a ne na proizvođača jednakovrijednog proizvoda iz Poljske.

DKOM je stoga zaključio, među ostalim, da je odabrani ponuditelj u ponudi pogrešno naveo pravnu osnovu na temelju koje su podaci označeni poslovnom tajnom, odnosno da je pogrešno priložio svoj interni Pravilnik koji se niti u jednom dijelu ne odnosi na priložene dokumente u ponudi označene poslovnom tajnom, jer su ti dokumenti glasili na inozemnu tvrtku proizvođača ponuđenih jednakovrijednih proizvoda.

Zaključeno je da je naručitelj stoga u ponudi odabranog ponuditelja neosnovano prihvatio naznačenu pravnu osnovu za označavanje tajnosti podataka kao valjanu, iako ona to nije bila. Slijedom navedenog je žalba bila usvojena.

4.1.4. Rješenje glede nemogućnosti označavanja tajnima javnih isprava od 26. travnja 2018. godine

Rješenjem Klasa: UP/II-034-02/18-01/216, Urbroj: 354-01/18-7 od 26. travnja 2018. godine³²⁹ DKOM je poništio odluku o odabiru naručitelja u otvorenom postupku javne nabave s ciljem sklapanja okvirnog sporazuma s jednim gospodarskim subjektom na razdoblje od dvije godine.

Naime, u tom postupku je naručitelj objavio obavijest o nadmetanju i dokumentaciju o nabavi s kriterijem odabira ekonomski najpovoljnije ponude. Za grupu B predmeta nabave bilo je zaprimljeno šest ponuda te je naručitelj tri ponude ocijenio valjanim i donio odluku o odabiru.

Protiv odluke o odabiru podnio je žalbu žalitelj koji je osporavao valjanost ponude odabranog ponuditelja, odnosno osporavao je zakonitost postupka pregleda i ocjene ponuda te je predlagao poništiti odluku o odabiru za grupu B.

DKOM je odlučio da je žalba osnovana.

³²⁹ Rješenje DKOM, Klasa: UP/II-034-02/18-01/216, Urbroj: 354-01/18-7 od 26. travnja 2018., dostupno na <https://pdf.dkom.hr/17805.pdf>, datum pristupa 19. listopada 2022. godine.

Naime, žalitelj je tvrdio da je odabrani ponuditelj u ponudi označio tajnima dokaze jednakovrijednosti te da je time postupio suprotno članku 52., stavku 3., Zakona o javnoj nabavi.³³⁰

Žalitelj je naveo, među ostalim, da naručitelj nije preispitao pravnu osnovu za označavanje pojedinih dijelova ponude tajnima.

Naručitelj je u odgovoru na žalbu tvrdio da je postupak proveden u skladu sa Zakonom o javnoj nabavi te je uputio na obrazloženje odabranog ponuditelja glede pravne osnove označavanja podataka tajnima, koje obrazloženje je bilo dostavljeno u ponudi i koje je naručitelj prihvatio kao valjano.

DKOM je izvršio uvid u dokumentaciju te je, među ostalim, utvrdio da je odabrani ponuditelj u određenim stavkama ponude naveo da nudi jednakovrijedne artikle te je za nuđene jednakovrijedne artikle dostavio ispitna izvješća od proizvođača i certifikate. Ponuditelj je navedene dokumente, koje je priložio kao dokaze jednakovrijednosti, označio kao poslovnu tajnu.

DKOM je u svezi navedenog, među ostalim, obrazložio da je odredbom članka 52., stavka 1. i 2., Zakona o javnoj nabavi propisano „da gospodarski subjekt u postupku javne nabave smije na temelju zakona, drugog propisa ili općeg akta određene podatke označiti tajnom, uključujući tehničke ili trgovinske tajne te povjerljive značajke ponuda i zahtjeva za sudjelovanje“ te da je, ako je „neke podatke označio tajnima, obvezan navesti pravnu osnovu na temelju koje su ti podaci označeni tajnima.“ Nadalje je obrazloženo da je člankom 52., stavkom 3., Zakona o javnoj nabavi propisano „da gospodarski subjekt ne smije označiti tajnom: cijenu ponude, troškovnik, katalog, podatke u vezi s kriterijima za odabir ponude, javne isprave, izvratke iz javnih registara te druge podatke koji se prema posebnom zakonu ili podzakonskom propisu moraju javno objaviti ili se ne smiju označiti tajnom.“

Nadalje je DKOM, među ostalim, obrazložio da je člankom 19. Zakona o zaštiti tajnosti podataka³³¹ propisano da „poslovnu tajnu predstavljaju podaci koji su kao poslovna tajna određeni zakonom, drugim propisom ili općim aktom trgovačkog društva, ustanove ili druge pravne osobe, a koji predstavljaju proizvodnu tajnu, rezultate istraživačkog ili konstrukcijskog rada te druge podatke zbog čijeg bi priopćavanja neovlaštenoj osobi mogle nastupiti štetne posljedice za njezine gospodarske interese.“

Također, DKOM je naveo da je načelo transparentnosti jedno od temeljnih načela javne nabave koje je, između ostalog, potrebno osigurati kako prilikom provođenja postupaka javne nabave, tako i u

³³⁰ Odnoseći se na Zakon o javnoj nabavi iz Narodnih novina 120/2016.

³³¹ Trenutno također važeći propis o kojem je bilo više riječi u prethodnom, trećem poglavlju.

ostvarivanju pravne zaštite. Obrazloženo je da se navedena transparentnost u ostvarivanju pravne zaštite osigurava dosljednom primjenom odredbe članka 310., stavka 1., Zakona o javnoj nabavi³³² te da upravo ta odredba predstavlja pravni temelj za ocjenu naručiteljevog postupanja i poštovanja načela transparentnosti.

Također je potvrđeno kako je činjenica da se označavanjem dijela ponude poslovnom tajnom onemogućavaju žalitelji u ostvarivanju prava na žalbu i učinkovitu pravnu zaštitu budući da isti nemaju mogućnost preispitivati ponudu u dijelu u kojem je označena poslovnom tajnom pa se na taj način dovodi u pitanje pravo na žalbu potencijalnih žalitelja.

DKOM je stoga ocijenio da predmetni certifikati koje je odabrani ponuditelj označio kao poslovnu tajnu ne sadrže podatke koje bi se mogli smatrati povjerljivim, odnosno podatke čije bi otkrivanje moglo naštetiti interesima odabranog ponuditelja. DKOM je naveo da je uvidom u te dokumente utvrđeno da sadrže podatke o samom proizvođaču nuđenih artikala i tijelu koje ga je certificiralo, ali da se u njima ne navodi da bi se podaci trebali čuvati kao poslovna tajna.

Stoga je zaključeno da takvi dokumenti predstavljaju zapravo javne isprave, pa da ih u smislu članka 52., stavka 3., Zakona o javnoj nabavi odabrani ponuditelj niti nije mogao označiti kao poslovnu tajnu.

Glede ispitnih izvješća proizvođača, DKOM je naveo da je sama činjenica što ih je odabrani ponuditelj označio kao poslovnu tajnu nije sama po sebi nezakonita s obzirom da Zakon o javnoj nabavi to ne zabranjuje. Obrazloženo je da ispitna izvješća proizvoda, a koja primjerice navode specifične značajke proizvoda i rezultate ispitivanja, mogu po ocjeni DKOM sadržavati i podatke „koji predstavljaju proizvodnu tajnu, rezultate istraživačkog i konstrukcijskog rada te druge podatke zbog čijeg bi priopćavanja neovlaštenoj osobi mogle nastupiti štetne posljedice za njezine gospodarske interese.“ No, DKOM je naglasio da je naručitelj bio dužan provjeriti postojanje pravne osnove na temelju koje su ti podaci u ponudi označeni tajnima, kao i sadržajno preispitati osnovanost označavanja poslovne tajne.

Iz zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda je proizlazilo da je naručitelj to propustio učiniti, odnosno nije bilo vidljivo na temelju čega je naručitelj donio odluku o osnovanosti označavanja poslovnom tajnom izvješća o ispitivanju nuđenih artikala te odlučio da žalitelj nema pravo uvida u te podatke.

³³² Navedenom normom je propisano: „Javni naručitelj obavezan je nakon dostave odluke o odabiru ili poništenju do isteka roka za žalbu, na zahtjev natjecatelja ili ponuditelja, omogućiti uvid u cjelokupnu dokumentaciju dotičnog postupka, uključujući zapisnike, dostavljene ponude ili zahtjeve za sudjelovanje, osim u one dokumente koji su označeni tajnim.“

Odabrani ponuditelj je u ponudi bio priložio izjavu o poslovnoj tajni u kojoj se, između ostalog, pozvao na svoj interni pravilnik o tajnosti podataka, međutim DKOM je utvrdio da isti nije bio dostavljen prilikom pregleda i ocjene ponuda.

Stoga DKOM nije prihvatio argumentaciju naručitelja da je valjano i na zakonit način ispitao pravnu osnovu za označavanje dijelova ponude poslovnom tajnom, uslijed čega je zaključeno da naručitelj nije osigurao dosljednu primjenu članka 310. Zakona o javnoj nabavi.

4.1.5. Rješenje glede ispunjavanja uvjeta za tajnost podataka iz Zakona o zaštiti tajnosti podataka od 22. rujna 2017. godine

Rješenjem Klasa: UP/II-034-02/17-01/513, Urbroj: 354-01/17-9 od 22. rujna 2017. godine³³³ DKOM je odbio žalbu žalitelja kao neosnovanu. Naime, naručitelj je bio objavio poziv za nadmetanje te dokumentaciju za nadmetanje u otvorenom postupku javne nabave sa kriterijem odabira najniža cijena. Pristigle su bile četiri ponude od kojih je naručitelj tri ocijenio valjanima i donio odluku o odabiru kojom je kao najpovoljniju odabrao ponudu zajednice ponuditelja.

Protiv odluke o odabiru bila je podnesena žalba temeljem koje je DKOM odluku poništio i predmet vratio na ponovni postupak.

U ponovljenom postupku je bila donesena nova odluka o odabiru protiv koje je ponovno bila podnesena žalba. Naručitelj je osporavao žalbene navode koji su se odnosili, među ostalim, na neosnovano označavanje podataka poslovnom tajnom. Naručitelj je tvrdio da je uvidom u opće akte društva utvrđeno da su u ponudi odabrane zajednice ponuditelja označeni poslovnom tajnom podaci koji su i u općim aktima članova zajednice ponuditelja proglašeni poslovnom tajnom.

Naime, naručitelj je, među ostalim, prihvatio obrazloženje zajednice ponuditelja da pronalaženje odgovarajućeg certifikacijskog tijela te posjedovanje znanja o vrsti norme koja je potrebna da bi se ispitni laboratorij certificirao i na adekvatan način bio sposoban provesti postupak testiranja s ciljem kreiranja ispitnih izvještaja predstavlja istraživački rad, odnosno poslovnu tajnu. Naručitelj se pozvao na članak 19. Zakona o zaštiti tajnosti podataka³³⁴ te je istaknuo da je dopušteno proglasiti poslovnom tajnom podatke zbog čijeg bi priopćavanja neovlaštenoj osobi mogle nastupiti štetne posljedice za

³³³ Rješenje DKOM Klasa: UP/II-034-02/17-01/513, Urbroj: 354-01/17-9 od 22.09.2017., dostupno na <http://pdf.dkom.hr/17163.pdf>, datum pristupa 12. srpnja 2021. godine.

³³⁴ Ova norma je i trenutno važeća te je o istoj bilo riječi u prethodnom, trećem poglavlju.

gospodarske interese, a da je odabrani ponuditelj taj razlog naveo kao osnovu označavanja dokumenata poslovnom tajnom.

Tijekom postupka, žalitelj je po primitku odluke o odabiru zatražio uvid u ponude, međutim naručitelj mu isto nije omogućio uz obrazloženje da su dokazi iz ponuda, za koje je odabrani ponuditelj naveo da predstavljaju podatke kao rezultat istraživačkog rada, proglašeni poslovnom tajnom.

Žalitelj je tvrdio da je takvim postupanjem onemogućen u ostvarivanju prava na žalbu, budući da nije imao mogućnost preispitati ponudu odabranog ponuditelja.

Žalitelj je također naveo da je naručitelj pozvao odabranu zajednicu ponuditelja na pojašnjenje i dostavu dokaza o osnovanosti označavanja poslovne tajne nad dokumentima za dokazivanje jednakovrijednosti te da je u dostavljenom pojašnjenju odabrani ponuditelj naveo da je dijelove ponude, vezano uz akreditacijski certifikat i ispitne izvještaje laboratorija, proglasio poslovnom tajnom, budući je pronalazak ispitnog laboratorija klasificirao kao rezultat istraživačkog rada. Međutim, žalitelj je sumnjao u vjerodostojnost takvih ispitnih izvještaja.

Odlučujući o žalbi, DKOM je, među ostalim, utvrdio da je uvidom u dostavljenu ponudu odabrane zajednice ponuditelja utvrđeno da je ista u određenim stavkama nudila jednakovrijedne artikle tražene u dokumentaciji za nadmetanje te da je ponuda sadržavala dokument potpisan i ovjeren pečatom po ovlaštenim osobama članova zajednice ponuditelja, naziva „Poslovna tajna”. Tim dokumentom je u svezi članka 16. Zakona o javnoj nabavi³³⁵, a temeljem članka 19. Zakona o zaštiti tajnosti podataka te Zakona o tajnosti podataka³³⁶ i općih akata zajednice ponuditelja, zajednica ponuditelja proglasila poslovnom tajnom svu tehničku dokumentaciju traženu u dokumentaciji za nadmetanje.

U svezi navedenog je DKOM naveo da je naručitelj u obvezi čuvati poslovnu tajnu zajednice ponuditelja, odnosno da mu je zabranjeno drugim ponuditeljima ili neovlaštenim osobama davati na uvid ili umnožavati tehničku dokumentaciju, dozvoliti fotografiranje ili dokumentaciju presnimiti na mediju za pohranu podataka. Naručitelju nije bilo dopušteno niti navedenu tehničku dokumentaciju izrijekom prepisati u zapisnik o pregledu i ocjeni ponuda ili istu kao fotokopije priložiti uz zapisnik o pregledu i ocjeni ponuda.

Prvobitnom odlukom, koju je DKOM bio donio vezano uz ovaj slučaj, bilo je odlučeno da je naručitelj, kada je prihvatio pravnu osnovu na temelju koje je odabrana zajednica ponuditelja pojedine podatke u svojoj ponudi označila poslovnom tajnom, nije sadržajno preispitao postoji li valjana

³³⁵ Odnoseći se na Zakon o javnoj nabavi iz Narodnih novina 90/2011.

³³⁶ Trenutno također važeći propis o kojem je bilo više riječi u prethodnom, trećem poglavlju.

pravna osnova temeljem koje su podaci u ponudi odabrane zajednice ponuditelja označeni poslovnom tajnom.

U ponovljenom postupku naručitelj je bio pozvao zajednicu ponuditelja da dostavi pojašnjenje temeljem kojih kriterija je tehnička dokumentacija u ponudi označena poslovnom tajnom, kao i da dostavi dokaze o pravnoj osnovanosti takvog označavanja poslovnom tajnom, što je od strane zajednice ponuditelja bilo dostavljeno.³³⁷

U postupku je između stranaka bilo sporno je li označavanje poslovnom tajnom dijela opisanih dokaza priloženih u ponudi na zakonu osnovano.

DKOM je utvrdio da je odabrana zajednica ponuditelja u ponudi dokaz tehničke i stručne sposobnosti označila kao tajan podatak pozivajući se na članak 16. tada važećeg Zakona o javnoj nabavi te je naručitelj u ponovljenom postupku pregleda i ocjene ponuda ispitivao jesu li navedeni podaci, odnosno dokazi iz ponude, označeni poslovnom tajnom u skladu sa člankom 19., stavkom 1., Zakona o zaštiti tajnosti podataka, odnosno radi li se o podacima koji predstavljaju proizvodnu tajnu, rezultate istraživačkog ili konstrukcijskog rada te druge podatke zbog čijeg bi priopćavanja neovlaštenoj osobi mogle nastupiti štetne posljedice za gospodarske interese odabranog ponuditelja.

Naručitelj je bio prihvatio obrazloženje odabrane zajednice ponuditelja da su podaci koji su u ponudi označeni poslovnom tajnom rezultat istraživačkog rada ponuditelja u kojeg su uložena znatna financijska sredstva te da bi omogućavanje pristupa tim podacima od strane drugih gospodarskih subjekata, odnosno ponuditelja u postupku, moglo nanijeti štetu članovima odabrane zajednice ponuditelja.

DKOM je stoga u svezi navedenog naglasio da u smislu Zakona o zaštiti tajnosti podataka poslovnom tajnom može biti označen podatak koji je kao poslovna tajna određen općim aktom trgovačkog društva, međutim da također mora udovoljavati i dodatnom uvjetu, a to je da predstavlja proizvodnu tajnu, rezultate istraživačkog ili konstrukcijskog rada.

Stoga je zaključeno da se, glede pojašnjenja ponude koju je dostavila odabrana zajednica ponuditelja, podaci označeni poslovnom tajnom ne mogu smatrati rezultatom istraživačkog rada iz razloga kako je to navela odabrana zajednica ponuditelja u pojašnjenju.³³⁸

³³⁷ Zajednica ponuditelja je bila dostavila pojašnjenje o osnovanosti označavanja poslovnom tajnom podataka u ponudi, uz prilaganje općih akata, odnosno Pravilnika o poslovnoj tajni. Iz tih dokumenata je, među ostalim, proizlazilo da poslovnu tajnu predstavljaju podaci koji se koriste u postupcima javne nabave, i to tehnička dokumentacija koja se odnosi na ispitna izvješća kao dokaz sukladnosti ponuđene robe sa zahtjevima u pogledu opisa, kvalitete, namjene i tehničkih karakteristika predmeta nabave, str. 4. predmetne odluke DKOM.

³³⁸ Pojašnjenje je bilo da su u postupke testiranja i izrade izvješća uložena znatna financijska sredstva.

Naime, DKOM je, među ostalim, pojasnio da predmetni podaci koji su označeni poslovnom tajnom jesu rezultat određenih postupaka testiranja, certifikacije odnosno akreditacije, međutim da navedene postupke nije provodilo ni jedno od društava u zajednici ponuditelja, već angažirana certifikacijska tijela koja i raspolažu rezultatima provedenih postupaka te su ovlaštena takve podatke označavati, ili ne, poslovnom tajnom.

Za eventualan financijski angažman kojeg su članovi zajednice ponuditelja morali uložiti za pribavljanje navedenih ispitnih izvještaja i akreditacija, DKOM je naveo da nije okolnost koja bi, bilo člankom 19. Zakona o zaštiti tajnosti podataka ili člankom 16. relevantnog Zakona o javnoj nabavi, bila predviđena kao okolnost temeljem koje bi ponuditelji mogli određene podatke ili dokumente priložene u ponudi označavati poslovnom tajnom.

Međutim, DKOM je utvrdio, među ostalim, da je odabrana zajednica ponuditelja u ponudi priložila Izvješća o potvrdama jednakovrijednosti traženim artiklima iz određenih stavaka troškovnika te je također bio priložen akreditacijski certifikat za certifikacijsko tijelo, odnosno ispitni laboratorij kojim se dodjeljuje ovlast testiranja za tražene norme.

Stoga, s obzirom da je u žalbenom postupku utvrđeno da je odabrana zajednica ponuditelja u ponudi priložila dokumente kako je i traženo dokumentacijom za nadmetanje, DKOM je ocijenio da na zakonitost odluke o odabiru ne utječe neosnovanost pozivanja na označavanje podataka s osnove istraživačkog rada poslovnom tajnom, te je žalba žalitelja bila odbijena.

4.1.6. Rješenje vezano uz nedostavljanje podataka zbog obveza prema drugoj ugovornoj strani od 11. lipnja 2021. godine

Rješenjem DKOM, Klasa: UP/II-034-02/21-01/473, Urbroj: 354-01/21-8 od 11. lipnja 2021. godine³³⁹ bila je poništena odluka o odabiru naručitelja u otvorenom postupku javne nabave, vezano uz predmet nabave usluge vanjskog stručnjaka za upravljanje projektom i vanjskog stručnjaka za pripremu i provedbu postupaka javne nabave projekta.

³³⁹ Rješenje DKOM, Klasa: UP/II-034-02/21-01/473, Urbroj: 354-01/21-8 od 11. lipnja 2021., dostupno na <https://pdf.dkom.hr/dokumentit/202106171203420466.pdf>, datum pristupa 13. rujna 2021. godine.

Naručitelj je bio objavio poziv za nadmetanje s dokumentacijom o nabavi te je kriterij odabira bila ekonomski najpovoljnija ponuda. Bile su dostavljene tri ponude te je naručitelj dvije ponude ocijenio valjanima i donio odluku o odabiru.

Protiv odluke o odabiru bila je podnesena žalba u kojoj je žalitelj osporavao zakonitost odbijanja svoje ponude te je tražio poništenje odluke o odabiru uz naknadu troškova žalbenog postupka.

Naručitelj je u odgovoru na žalbu tvrdio da žalitelj nema pravni interes za podnošenje žalbe, kao postupovnu pretpostavku za izjavljivanje žalbe, a podredno je žalbene navode osporio u cijelosti.

DKOM je, protivno navodima naručitelja, utvrdio da postoje postupovne pretpostavke na strani žalitelja za podnošenje žalbe te da žalitelj ima pravni interes za izjavljivanje iste, obzirom da je osporavao odbijanje svoje ponude.

DKOM je odlučio da je žalba osnovana. Naime, žalitelj je osporavao razlog odbijanja njegove ponude kao nepravilne te je tvrdio da je kao dokaz prethodnog stručnog iskustva Stručnjaka 1 dostavio Potvrdu u kojoj je navedeno jedanaest projekata u kojima je navedeni stručnjak pružao usluge upravljanja projektom te da je, kao dokaz, za šest projekata dostavio potvrde druge ugovorne strane za koje je pružao usluge, a za tri projekta je dostavio Ugovor i Zapisnik o obavljenoj usluzi s prekrivenim dijelovima dokumenata, sukladno pravilima te druge ugovorne strane.

Žalitelj je tvrdio da je naručitelj, koristeći institut pojašnjenja, od njega tražio da otkrije prekrivene navode. No, žalitelj je navodio kako iste ne može otkriti zbog poslovne politike druge ugovorne strane te je za tri sporne reference dostavio potvrde te druge ugovorne strane.

Žalitelju, među ostalim, nije bilo jasno zašto je naručitelj tri sporne reference ugovorne strane za kojeg je Stručnjak 1 pružao usluge smatrao upitnima, a šest referenci istog subjekta, koji su bili dostavljeni po istome principu, smatrao nespornima.³⁴⁰

Također, žalitelj je naveo da, ukoliko je naručitelj smatrao da neke reference ne udovoljavaju kriterijima, da ih je mogao ne bodovati i dodijeliti manji broj bodova ponudi, a ne ponudu proglasiti nepravilnom, odbiti ju i ne rangirati.

Ujedno, žalitelj je tvrdio da je naručitelj u zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda naveo da je žalitelj propustio navesti pravnu osnovu kao razlog prekrivenih navoda, no žalitelj je u pojašnjenju naveo da

³⁴⁰ Žalitelj je u svezi navedenog također istaknuo da je naručitelj, ukoliko je bilo daljnjih dvojbi, mogao reference dodatno provjeriti kod kontakt osobe navedene za svaku referencu, kako je bilo i predviđeno dokumentacijom o nabavi.

se radi o poslovnoj tajni te je naveo da nije bilo potrebe za navođenjem pravne osnove budući da je bio dostavio potvrde druge ugovorne strane, kao dokaz predmetnih referenci.

Žalitelj je u svezi navedenog obrazložio da je poslovna tajna bilo pravo druge ugovorne strane, a da je pravna osnova javno objavljen i dostupan dokument na mrežnim stranicama te druge ugovorne strane. Citirani su bili i navodi iz općih uvjeta te ugovorne strane glede povjerljivosti podataka.³⁴¹

Naručitelj je tvrdio da je sukladno Zakonu o javnoj nabavi³⁴², glede poslovne tajne, gospodarski subjekt dužan u inicijalnoj ponudi označiti tajnom dijelove ponude te ih priložiti kao zaseban dokument i navesti pravnu osnovu na temelju koje su ti podaci označeni tajnima.

No, naručitelj je naveo i da gospodarski subjekti ne smiju dijelove ponude, odnosno podatke u vezi kriterija za odabir ponude označiti poslovnom tajnom te na bilo koji način naručitelju ograničiti pristup tim podacima njihovim prikrivanjem ili zacrnjivanjem sukladno članku 52., stavku 3., Zakona o javnoj nabavi, s obzirom na temeljna načela postupka iz članka 4. Zakona o javnoj nabavi.

Naručitelj je tvrdio da je žalitelj prilikom izrade inicijalne ponude morao označiti poslovnom tajnom samo one podatke koje je na taj način dopušteno označiti, a da to ne mogu biti dokumenti i podaci u vezi s kriterijem za odabir ponude³⁴³, kao i ograničavanje pristupa tim podacima naručitelju, jer da je isto protivno načelu transparentnosti postupka i jednakog tretmana ponuditelja te da je bilo potrebno da žalitelj navede pravnu osnovu na temelju koje je podatke iz inicijalne ponude označio poslovnom tajnom.

Nadalje, naručitelj je, među ostalim, također istaknuo da se u konkretnome slučaju ne radi o podacima koji predstavljaju poslovnu tajnu u smislu pravila o povjerljivosti ugovorne strane, jer da je u ponudi bilo navedeno da su usluge bile pružene zaključno s rujnom 2017. godine, a da je iz Općih uvjeta te ugovorne strane proizlazilo da obveza čuvanja povjerljivosti podataka iznosi dvije godine nakon prestanka trajanja, odnosno raskida ugovora/narudžbenice.

Analizom dokumentacije DKOM je utvrdio, među ostalim, da je žalitelj za Stručnjaka 1 bio dostavio potvrdu kojom je žalitelj potvrdio da je taj stručnjak uspješno pružio usluge upravljanja projektom, u svojstvu voditelja projekta, koje je ugovorio i uspješno izvršio žalitelj te je bio priložen i tablični

³⁴¹ „Povjerljivost podataka: Ugovorne strane suglasno utvrđuju da će se ovaj Ugovor/Narudžbenica, dokumenti i informacije vezane uz realizaciju Ugovora/Narudžbenice, kao i dokumenti i informacije vezane za drugu ugovornu stranu i njeno poslovanje koje je jedna ugovorna strana primila ili dobila u bilo koje vrijeme od druge strane na bilo koji način, smatrati poslovnom tajnom i povjerljivim informacijama (povjerljivi podaci) te se kao takve neće otkrivati ili učiniti dostupnim trećim stranama bez prethodne suglasnosti druge ugovorne strane niti koristiti u svrhe koje izlaze izvan okvira izvršenja Ugovora/Narudžbenice.”

³⁴² Odnoseći se na Zakon o javnoj nabavi iz Narodnih novina 120/2016.

³⁴³ Sukladno članku 52., stavku 3., Zakona o javnoj nabavi.

popis jedanaest projekata sa podacima. Od tih jedanaest projekata u devet slučajeva se radilo o drugoj ugovornoj strani kojoj je Stručnjak 1 bio pružio usluge. Za osam projekata su bile dostavljene potvrde druge ugovorne strane o urednom izvršenju usluga, a za preostala tri projekta su bili dostavljeni ugovori i zapisnik o obavljenoj sa „zacrtnjenim“ podacima.

Nakon što je naručitelj žalitelju bio dostavio zahtjev za pojašnjenjem, žalitelj je podnio pojašnjenje u kojem je naveo da se traženi dokumenti ne mogu dostaviti na drugačiji način od dostavljenog zbog toga što prethodno prikrivene informacije predstavljaju poslovnu tajnu te je bila priložena potvrda ugovorne strane kao dokaz za uredno izvršenje usluga.

Iz Zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda je proizlazilo da je naručitelj žaliteljevu ponudu odbio kao nepravilnu s obrazloženjem da je žalitelj prekrrio podatke i informacije u vezi dokazivanja kriterija za odabir ponude, odnosno da je iste naknadno, dostavljajući pojašnjenje, proglasio poslovnom tajnom pritom ne navodeći pravnu osnovu na temelju koje su ti podaci označeni tajnom.

Stoga je naručitelj tvrdio, među ostalim, da je ponuda žalitelja imala neotklonjive nedostatke te da je istu trebalo odbiti kao nepravilnu, obzirom je protivna načelu transparentnosti postupka javne nabave.

DKOM je utvrdio da je žalba osnovana te da iz dokaznog materijala proizlazi da je naručitelj u postupku pregleda i ocjene ponuda pogrešno ocijenio da je žalitelj u ponudi, dio ponude označio poslovnom tajnom, budući da iz dokaznog materijala proizlazi da je žalitelj u ponudi prekrrio onaj dio teksta za koji smatra da je obvezan prekriti prema pravilima druge ugovorne strane iz Ugovora o pružanju usluga. DKOM je stoga zaključio da žalitelj predmetne podatke nije ni dostavio pa da je naručitelj pogrešno navodio da se radi o označavanju dijela ponude poslovnom tajnom.

Nadalje, DKOM je utvrdio da iz dokaznog materijala proizlazi da je iz pojašnjenja žalitelja i dokumenata koji su mu bili priloženi, bilo razvidno da je potvrda druge ugovorne strane izdana na temelju prethodno dostavljenog ugovora između žalitelja i druge ugovorne strane, a u kojem ugovoru su dijelovi bili prekriveni.

Stoga je DKOM zaključio da je naručitelj u postupku pregleda i ocjene ponuda pogrešno naveo da se radilo o podacima koje je žalitelj u svojoj ponudi označio tajnima.

Slijedom navedenog, DKOM je utvrdio da je naručitelj na temelju tog pogrešnog zaključka posljedično smatrao i to da je žalitelj morao navesti pravnu osnovu na temelju koje su ti podaci označeni tajnima te ocijenio da je ponuda žalitelja nepravilna.

Stoga je zaključeno da je naručitelj polazio od pogrešne teze da je ponuda žalitelja bila nepravilna, jer da je bila protivna načelu transparentnosti, već da se u konkretnome slučaju radilo o dokazima dostavljenim u svrhu dokazivanja necjenovnog kriterija za odabir ponude.

Slijedom navedenog, DKOM je zaključio, među ostalim, da se na konkretnu situaciju ne primjenjuju odredbe članka 52. Zakona o javnoj nabavi, jer da se ne radi o tome da je žalitelj određene podatke u ponudi označio tajnima, nego o tome da „žalitelj nije dostavio/otkrio podatke za koje je, sukladno pravilima o povjerljivosti podataka druge ugovorne strane iz ugovora koji je konzumiran, smatrao da ne smije dostaviti/otkriti.“³⁴⁴

Slijedom navedenog je odluka o odabiru bila poništena i predmet vraćen na ponovni postupak.

Protiv ove odluke, naručitelj je, kao tužitelj, bio podnio tužbu VUSRH te je 24. kolovoza 2021. godine bila donesena presuda kojom je tužbeni zahtjev odbijen. O sadržaju presude i stavovima VUSRH biti će riječi u potpoglavlju 4.2.3.

4.2. Prikaz prakse Visokog upravnog suda Republike Hrvatske

4.2.1. Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske od 9. ožujka 2018. godine

VUSRH je donio 9. ožujka 2018. godine presudu u predmetu Usll-218/16-4³⁴⁵ u kojem je tuženica bila Povjerenica za informiranje Republike Hrvatske, a postupak je bio vezan uz ostvarivanje prava na pristup informacijama vezanim uz provedeni postupak javne nabave.

Presudom je bio odbijen tužbeni zahtjev za poništenje rješenja³⁴⁶ Povjerenice za informiranje Republike Hrvatske.

Naime, rješenjem, čije se poništenje tražilo u predmetnom upravnom sporu, Povjerenica za informiranje je odbila žalbu tužitelja koju je on bio izjavio protiv rješenja trgovačkog društva kojim mu je bio odbijen zahtjev za pristup informacijama.³⁴⁷ Zahtjev za pristup informacijama je bio odbijen uz obrazloženje da takve informacije predstavljaju poslovnu tajnu.

Tužitelj je u upravnom sporu tvrdio kako je zaključak upravnih tijela, da bi priopćavanjem traženih informacija mogle nastupiti štetne posljedice za gospodarske interese trgovačkog društva od kojeg su

³⁴⁴ Str. 8. predmetnog Rješenja.

³⁴⁵ Dostupno na <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/UpSRH2016UsIIB218A4>, datum pristupa 5. rujna 2021. godine.

³⁴⁶ Rješenje, čije se poništenje tražilo, je bilo doneseno 27. listopada 2016. godine.

³⁴⁷ Tužitelju je zahtjev bio odbijen osnovnom članka 23., stavka 5., točke 2, u svezi članka 15., stavka 2., točke 2, tada važećeg Zakona o pravu na pristup informacijama iz Narodnih novina 25/13.

se tražili podaci, neprihvatljiv, jer da su svi uvjeti iz natječaja bili dostupni javnosti. Također, tužitelj je smatrao, među ostalim, kako više nije postojala osnova pozivati se na poslovnu tajnu nakon što su već bili objavljeni rezultati provedenog natječaja te da je pogrešno utvrđeno da u konkretnom slučaju ne prevladava javni interes u odnosu na poslovnu tajnu, kao zaštićeni interes.

Tuženica je, sa druge strane, tvrdila da je u postupku utvrđeno kako u konkretnome slučaju nije postojao javni interes da se tražena informacija omogući tužitelju te da bi pristup informacijama bio na štetu komercijalnih interesa predmetnog trgovačkog društva.

VUSRH je tijekom postupka utvrdio da je predmetno trgovačko društvo sudjelovalo u postupku javne nabave provedenom u drugoj državi³⁴⁸, odnosno sukladno pravilima javne nabave te druge države. Nakon provedenog postupka isto trgovačko društvo je potpisalo sa nadležnim Ministarstvom iz te druge države ugovor kojim je bilo regulirano da će isti ugovor biti povjerljiv te da se neće, bez pisane suglasnosti, predložiti trećoj strani. Povjerljivost glede samog ugovora se odnosila i na druge dokumente, odnosno informacije koje su bile povezane s ugovorom.

Zahtjevom za pristup informacijama tužitelj od predmetnog trgovačkog društva tražio dostavu ugovora između tog trgovačkog društva i nadležnog ministarstva, kojim je bila ugovorena prva faza izvođenja ugovorenih radova.³⁴⁹

VUSRH je potvrdio stav tuženice da, s obzirom da su zatražene informacije označene kao poslovna tajna, te je utvrđeno da ne postoji javni interes u Republici Hrvatskoj za tim informacijama jer navedeno trgovačko društvo nije u predmetnom slučaju djelovalo kao tijelo javne vlasti, već bilo sudionik natječaja kao privatno pravna osoba, u tome predmetu nije riječ o pitanjima od javnog interesa u Republici Hrvatskoj da se zatražene informacije učine dostupnima javnosti.

VUSRH je zaključio da se tuženica osnovano pozvala na odredbu članka 15., stavka 2., točku 2, Zakona o pravu na pristup informacijama³⁵⁰ te da, iako predmetno trgovačko društvo predstavlja tijelo javne vlasti u Republici Hrvatskoj, da se kao ponuditelj u međunarodnom javnom natječaju javilo i sudjelovalo kao privatno pravna osoba, te se nalazilo u poziciji sudionika tržišne utakmice motivirano komercijalnim razlozima.

U svezi navedenog VUSRH je također naveo da se tuženica ispravno pozvala i na odredbu članka 19. Zakona o zaštiti tajnosti podataka³⁵¹, uz obrazloženje da bi omogućavanjem pristupa traženim

³⁴⁸ U presudi se navode inicijali države kao „B. i H.“

³⁴⁹ Radilo se o izradi prve faze uvođenja digitalne zemaljske televizije u B. i H.

³⁵⁰ Ova odredba je propisivala, i još uvijek propisuje, da tijela javne vlasti mogu ograničiti pristup informaciji ako je informacija poslovna ili profesionalna tajna, sukladno zakonu.

³⁵¹ Iz Narodnih novina 108/96, obrađen u prethodnom, trećem poglavlju.

informacijama u svezi poslovanja predmetnog trgovačkog društva za njega mogle nastupiti štetne posljedice, uslijed čega da je pravilno ocijenjeno kako iste informacije ne mogu biti dostupne javnosti.

4.2.2. Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske od 20. ožujka 2019. godine

VUSRH je donio 20. ožujka 2019. godine presudu³⁵², vezanu uz postupak povodom tužbe nakon odbijene žalbe u žalbenom postupku opisanom u potpoglavlju 4.1.1.

Tužitelj je u upravnom sporu tvrdio, među ostalim, da je odluka o odabiru u provedenome postupku javne nabave bila donesena protivno članku 302., stavku 5., Zakona o javnoj nabavi³⁵³, s obzirom da odluka o odabiru, prema tvrdnjama tužitelja, nije sadržavala razloge za odbijanje tužiteljeve ponude za grupu 2 predmeta nabave. Tužitelj je naveo, među ostalim, da je naručitelj od tužitelja, kao dokaz tehničke i stručne sposobnosti, zahtijevao dostavu popisa glavnih usluga u kojem kao naziv druge ugovorne strane treba navesti točan naziv, odnosno ime i prezime fizičkih osoba kojima je usluga pružena. Tužitelj je naveo kako u tome dijelu, prema prirodi stvari nije mogao postupiti, nakon čega da je njegova ponuda bila odbijena sa samo paušalnim pozivanjem na odredbu članka 295., stavka 1., Zakona o javnoj nabavi.

Tužitelj je u svezi navedenog tvrdio da je pred njega stavljen nemoguć uvjet dostave osobnih podataka o fizičkim osobama kojima je pružena usluga, jer da tužitelj tim podacima ne raspolaže, budući da prilikom cjelokupnog postupka pružanja usluge ne pribavlja osobne podatke fizičkih osoba, niti je dužan za izvršene usluge izdati račun sa osobnim podacima. Tužitelj je u postupku nabave ishodio potvrdu od strane inspeksijskog tijela koja je, prema navodima tužitelja, dokazivala da je u relevantnom vremenskom razdoblju izvršio traženi broj usluga, ali od toga tijela nije uspio ishoditi suglasnost za dostavu osobnih podataka fizičkih osoba kojima su pružene usluge. Takva potvrda je od strane tužitelja bila dostavljena naručitelju naknadno, kao dopuna ponude, te je tužitelj tvrdio da je nejasno zašto je naručitelj odbio kod izdavatelja te potvrde provjeriti potrebne podatke o pruženim uslugama.

Jedna od zainteresiranih osoba je u odgovoru na tužbu navela, među ostalim, da je u predmetnom postupku nabave obveza dostave ponude bila prije stupanja na snagu Opće uredbe o zaštiti podataka te se pozvala i na članak 6., stavak 1., iste Uredbe, konkretno i na točku e), stavka 1., članka 6.,

³⁵² Presuda VUSRH, UsII-99/19-8 od 20. ožujka 2019., dostupno na <https://pdf.dkom.hr/usdokumenti/18399445053.pdf>, datum pristupa 6. srpnja 2021. godine.

³⁵³ Odnoseći se na Zakon o javnoj nabavi iz Narodnih novina 120/2016.

Uredbe iz koje proizlazi da je obrada osobnih podataka zakonita ako je obrada nužna za izvršavanje zadaće od javnog interesa ili pri izvršavanju službene ovlasti voditelja obrade. Navela je i kako cijeni da je obrada podataka koji se traže u postupcima javne nabave nužna za izvršavanje zadaća od javnog interesa ili pri izvršavanju službene ovlasti voditelja obrade, odnosno naručitelja, što da potvrđuje Mišljenje Ministarstva gospodarstva, poduzetništva i obrta.³⁵⁴

Druga zainteresirana osoba je u odgovoru na tužbu, među ostalim, također navela da je predmetni postupak javne nabave započeo prije stupanja na snagu Opće Uredbe o zaštiti podataka i da se na konkretan slučaj treba primijeniti ranije primjenjiv Zakon o zaštiti osobnih podataka³⁵⁵, sukladno kojem zakonu je tužitelj tražene osobne podatke mogao dati naručitelju.

Što se samog tuženika tiče, isti je u odgovoru na tužbu, vezano uz tvrdnje tužitelja da je pred njega bio stavljen nemoguć uvjet, naveo da je tužitelj trebao podnijeti žalbu na sadržaj dokumentacije o nabavi, što je propustio učiniti. Glede potvrde izdane od inspekcijskog tijela, tuženik je naveo da ista ne može nadomjestiti dostavu traženih podataka.

Što se tiče Opće uredbe o zaštiti podataka, tuženik je naveo kako ista propisuje pravne temelje za zakonitu obradu podataka, među kojima se navodi i privola ispitanika, kao i legitimni interesi voditelja obrade pa da je nepostojanje tih osnova, sukladno pravilu o teretu dokazivanja iz članka 403., stavka 2., Zakona o javnoj nabavi, morao dokazati voditelj obrade podataka.

Tuženik je također tvrdio da tužitelj u postupku pregleda i ocjene ponuda, kao niti u žalbenom postupku, uopće nije dokazao da je tražio privolu ispitanika, niti da ne postoji legitimni interes tužitelja kao voditelja obrade podataka temeljem kojih bi bio ovlašten staviti na raspolaganje osobne podatke korisnika usluga, odnosno da nije dokazao da naručitelju ne može dati na uvid podatke o nazivu kupaca kao druge ugovorne strane.

VUSRH je u presudio³⁵⁶ da je tužba neosnovana te je potvrdio stav DKOM o odbijanju žalbe tužitelja pozivajući se, među ostalim, na odredbu članka 280., stavka 4., Zakona o javnoj nabavi, kojim je propisano da se „pri izradi ponude ponuditelj mora pridržavati zahtjeva i uvjeta iz dokumentacije o nabavi“ te da, prema članku 290., stavku 1., istog zakona, naručitelj „nakon otvaranja ponuda pregledava i ocjenjuje ponude na temelju uvjeta i zahtjeva iz dokumentacije o nabavi.“

VUSRH je zaključio kako je nesporno da tužitelj nije naveo tražene podatke klijenta kao druge ugovorne strane, niti da je to učinio nakon poziva naručitelja.

³⁵⁴ *Supra* potpoglavlje 3.1.2.

³⁵⁵ Narodne novine 103/2003, 118/2006, 41/2008, 130/2011, 42/2018, više nije u primjeni.

³⁵⁶ Stranica 9. i 10. presude.

Također, presuđeno je i da je DKOM pravilno ocijenio da se tužitelj nije pridržavao zahtjeva iz dokumentacije o nabavi, a koji zahtjev da je bio u skladu s Direktivom Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. godine o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ, kao i u skladu sa Provedbenom Uredbom Komisije (EU) 2016/7 od 5. siječnja 2016. godine o utvrđivanju standardnog obrasca za europsku jedinstvenu dokumentaciju o nabavi.

VUSRH je u presudi također zaključio da je DKOM osnovano navodio u odgovoru na tužbu da tužitelj tijekom žalbenog postupka nije dokazao da je tražio privolu ispitanika u smislu Opće uredbe o zaštiti podataka, kao i da ne postoji legitimni interes tužitelja kao voditelja obrade podataka temeljem kojeg bi bio ovlašten staviti na raspolaganje osobne podatke korisnika usluga fizičkih osoba. Ujedno, utvrđeno je i da tužitelj uopće nije dokazao da nije u mogućnosti trećim stranama dati na uvid podatak o nazivu druge ugovorne strane.

4.2.3. Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske od 24. kolovoza 2021. godine

Presudom VUSRH, UsII-255/21 od 24. kolovoza 2021. godine³⁵⁷ odbijen je tužbeni zahtjev za poništenje rješenja DKOM, Klasa: UP/II-034-02/21-01/473, Urbroj: 354-01/21-8 od 11. lipnja 2021. godine.³⁵⁸

Tužitelj, ranije naručitelj, je tužbom pred VUSRH osporavao rješenje DKOM od 11. lipnja 2021. godine iz svih zakonskih razloga. Tužitelj je obrazložio, među ostalim, da je dokumentacijom o nabavi bilo propisano „da propust gospodarskog subjekta da izradi ponudu koja će u svemu odgovarati postavljenim uvjetima i traženom sadržaju, kao i da dostavi ponudu u naznačenom roku, predstavljaju razloge za odbijanje ponude.“

Dodatno je obrazložio da su dokumentacijom o nabavi bili „propisani kriteriji za odabir ponude, odnosno način i vrsta dokaza kojima se dokazuje prethodno iskustvo nominiranih stručnjaka“ te da se dio ponude, kojeg gospodarski subjekt želi označiti tajnom, „mora priložiti kao zaseban dokument i navesti pravna osnova za oznaku tajnosti.“

Ujedno, obrazložio je da je propisao „koji podaci se ne mogu označiti tajnom, a među njima su podaci u svezi kriterija za odabir ponude“, a da je zainteresirana osoba u sklopu dokazivanja kriterija za

³⁵⁷ Presuda dostupna na <https://pdf.dkom.hr/dokumentit/202109090937085625.pdf>, datum pristupa 14. rujna 2021. godine.

³⁵⁸ Rješenje DKOM analizirano u potpoglavlju 4.1.6.

odabir kod stručnjaka 1 dostavila dokument sa podacima koji su bili „zacrtnjeni“, odnosno prikriveni naručitelju. Tužitelj je tvrdio da je zbog toga pozvao zainteresiranu osobu da dostavi dokument čiji sadržaj ne bi bio prikriven, ali da zainteresirana osoba to nije učinila uslijed čega je ponuda ocijenjena nepravilnom, a postupanje DKOM, donošenjem rješenja od 11. lipnja 2021. godine, nezakonitim i protivnim odredbama članka 293. Zakona o javnoj nabavi i članka 24. Zakona o zaštiti tajnosti podataka³⁵⁹, jer da „zainteresirana osoba nije mogla naknadno, nakon isteka roka za dostavu ponude, proglasiti podatke u svezi kriterija za odabir ponude poslovnom tajnom, ni tada ne označavajući pravnu osnovu.“ Tužitelj je tvrdio i da je DKOM postupio protivno odredbama članka 52. i 53.³⁶⁰ Zakona o javnoj nabavi uslijed čega da je osporeno rješenje ništetno.

DKOM je u odgovoru na tužbu osporio tužbene navode te tvrdio da je „tužitelj bio dužan ocijeniti jesu li podaci dostavljeni u ponudi zainteresirane osobe sukladni odredbama dokumentacije o nabavi, odnosno dokazuju li činjenice zbog kojih su traženi.“ Također je naveo da „zacrtnjene“ podatke zainteresirana osoba nije uopće nije dostavila naručitelju pa da ni nije bilo osnove označavati ih tajnima, ali „niti odbiti ponudu kao nepravilnu zbog nezakonitog označavanja dijelova ponude tajnima.“

DKOM je naglasio da „u konkretnom slučaju nije bilo mjesta primjeni članka 52. Zakona o javnoj nabavi, niti zaključku da je zainteresirana osoba naknadno, nezakonito, proglasila poslovnom tajnom podatke koji se odnose na kriterij za odabir ponude, ne navodeći pritom pravnu osnovu.“

VUSRH je odlučio da tužbeni zahtjev nije osnovan, odnosno da je rješenje DKOM od 11. lipnja 2021. godine zakonito.

Iz obrazloženja presude proizlazi da je sud zaključio kako među strankama „nije sporno da je tužitelj ocijenio nepravilnom ponudu zainteresirane osobe smatrajući da nije sukladna dokumentaciji o nabavi, budući da je zainteresirana osoba prikrila podatke i informacije glede dokazivanja kriterija za odabir stručnjaka 1.“

VUSRH se pozvao na sadržaj odredbe članka 52. Zakona o javnoj nabavi te je utvrdio da podaci iz ponude, koje je dostavila zainteresirana osoba, nisu označeni tajnima i da nije bilo zakonske osnove da ih tužitelj smatra tajnima.

³⁵⁹ Iz Narodnih novina 108/96, obrađenog u prethodnom, trećem poglavlju.

³⁶⁰ Upravo ovi članci uređuju pitanje tajnosti podataka u postupku javne nabave.

Slijedom navedenog je zaključeno da „je izostala zakonska osnova da tužitelj ocijeni ponudu zainteresirane osobe nepravilnom zbog, navodno, nezakonitog postupanja te osobe“ prema članku 52. Zakona o javnoj nabavi.

Navedeno je da je zainteresirana osoba naknadno, prilikom nadopune i objašnjavanja dokumenata iz ponude, dostavila potvrdu o urednom izvršenju relevantnih usluga ponuđenog stručnjaka, dok dokument u kojemu su određeni podaci bili „zacrtnjeni“ kao poslovna tajna ne može dostaviti u drugačijem obliku.

VUSRH je zaključio da je temeljem takvog činjeničnog stanja „tužitelj bio dužan uzeti u obzir ponudu zainteresirane osobe te ocijeniti jesu li dostavljeni podaci iz ponude sukladni odredbama dokumentacije o nabavi, odnosno dokazuju li dokumenti dostavljeni u ponudi činjenice zbog kojih su traženi.“

4.3. Zaključak

U potpoglavlju 4.1. prikazan je sadržaj šest odluka DKOM, koji je odlučivao povodom izjavljenih žalbi žalitelja u pojedinim postupcima javne nabave, a sadržajno vezano uz problematiku koja je predmetom ovog rada. U odnosu na dvije odluke iz navedenog poglavlja kroz javno dostupne objave odluka³⁶¹ DKOM i VUSRH pronašla sam da su naknadno bili pokrenuti upravni sporovi koji su se vodili pred VUSRH³⁶² te su dvije presude, koje su uslijedile nakon odluke DKOM, prikazane u potpoglavlju 4.2.

Iz sadržaja Rješenja DKOM obrađenog u potpoglavlju 4.1. te presude VUSRH, obrađene u potpoglavlju 4.2.2., proizlazi kako su navedene odluke u skladu sa Mišljenjem Ministarstva gospodarstva i održivog razvoja Republike Hrvatske iz 2018. godine opisanog u potpoglavlju 3.1.2.³⁶³, s kojim Mišljenjem sam se složila. Naime, sukladno članku 6., stavku 1., točki (e) u svezi sa stavkom 3. Opće uredbe o zaštiti podataka, obrada podataka od strane naručitelja u postupcima javne nabave je zakonita budući da je obrada podataka koji se traže u postupcima javne nabave nužna

³⁶¹ Dostupno na web stranici DKOM <https://www.dkom.hr/javna-objava-odluka/10>. Osim odluke koju u pojedinom slučaju donese DKOM, na istom web mjestu se, vezano uz tu odluku, objavljuje i presuda VUSRH ukoliko je protiv konkretne odluke DKOM bio pokrenut upravni spor. Nijedna od tri prikazane presude VUSRH nije dostupna preko pretraživača sudske prakse na internetskoj stranici VUSRH, već samo na web stranici DKOM.

³⁶² Člankom 434., stavkom 1., važećeg Zakona o javnoj nabavi je propisano: „Protiv odluke Državne komisije nije dopuštena žalba, ali se može pokrenuti upravni spor pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske.“

³⁶³ Mišljenje Ministarstva gospodarstva i održivog razvoja iz 2018. godine, dostupno na <http://www.javnanaabava.hr/default.aspx?id=7188>, datum pristupa 7. srpnja 2021. godine.

za izvršavanje zadaće od javnog interesa ili pri izvršavanju službene ovlasti voditelja obrade, odnosno naručitelja. Međutim, ono što jasno ne proizlazi iz istog Mišljenja Ministarstva gospodarstva i održivog razvoja Republike Hrvatske jest da li se odredba članka 6., stavka 1., točke (e), u svezi sa stavkom 3. Opće uredbe o zaštiti podataka odnosi i na situacije kada je voditelj obrade ponuditelj ili natjecatelj u postupku javne nabave, odnosno da li se osobni podaci kojima on raspolaže, primjerice glede njihovih klijenata, kao što je bilo slučaj u konkretnom predmetu, koji se vodio pred DKOM i VUSRH, mogu dostavljati naručitelju bez privole tih klijenata. Prema mojem mišljenju, odredba članka 6., stavka 1., točke (e) u svezi sa stavkom 3. Opće uredbe o zaštiti podataka, glede toga da je obrada podataka koji se traže u postupcima javne nabave nužna za izvršavanje zadaće od javnog interesa, se odnosi na osobne podatke ponuditelja ili natjecatelja, a za podatke glede trećih osoba, u odnosu na koje je ponuditelj ili natjecatelj voditelj obrade podataka, potrebno je ispunjenje kojeg od uvjeta iz članka 6., stavka 1., Opće uredbe o zaštiti podataka da bi obrada podataka tih trećih osoba bila zakonita, odnosno ponuditelj ili natjecatelj bi, kao jednu od mogućnosti zakonitosti obrade osobnih podataka, mogao zatražiti privolu glede obrade osobnih podataka od trećih osoba. U konkretnom slučaju koji se vodio pred DKOM i VUSRH žalitelj, odnosno tužitelj nije uopće dokazao da je zahtijevao privolu od trećih osoba, odnosno klijenata.³⁶⁴

Nadalje, iz Rješenja DKOM, obrađenog u potpoglavlju 4.1.2. ovog rada, proizlazi da je zajednica ponuditelja pojedine podatke u ponudi označila poslovnom tajnom uz naznaku pravne osnove Zakona o zaštiti tajnosti podataka, Zakona o tajnosti podataka i Općih akata zajednice ponuditelja te uslijed navedenog naručitelj žalitelju nije dao na uvid navedene podatke. Radi se upravo o pravnim osnovama koje su bile detaljnije obrađene u prethodnom, trećem poglavlju.

Značajno je da je DKOM u navedenoj odluci potvrdio da je činjenica da se označavanjem dijela ponude poslovnom tajnom onemogućavaju žalitelji u ostvarivanju prava na žalbu i učinkovitu pravnu zaštitu, budući da isti nemaju mogućnost preispitivati ponudu u dijelu u kojem je označena poslovnom tajnom pa da se na taj način dovodi u pitanje pravo na žalbu potencijalnih žalitelja. Radi se upravo o problemu koji predstavlja dio srži ovog doktorskog rada.

Ujedno, glede načela transparentnosti je u istoj odluci navedeno kako je to jedno od temeljnih načela javne nabave koje je potrebno osigurati kako prilikom provođenja postupaka javne nabave, tako i u ostvarivanju pravne zaštite te da se isto ostvaruje obvezom javnog naručitelja da ponuditelju na njegov zahtjev omogući uvid u ponudu nakon dostave odluke o odabiru ili odluke o poništenju, do isteka roka za izjavljivanje žalbe. Međutim, DKOM je utvrdio da je naručitelj postupio protivno

³⁶⁴ Stoga, žalitelj, odnosno tužitelj, nije ni mogao dokazati da nije uspio ishoditi privolu.

pravnom shvaćanju DKOM od 17. studenoga 2016. godine, budući da nije dovoljno da naručitelj samo provjeri postojanje pravne osnove, već je potrebno i sadržajno preispitati osnovanost označavanja poslovne tajne i odlučiti o davanju na uvid ponude. O pravnom značaju ovog pravnog shvaćanja DKOM od 17. studenoga 2016. godine biti će, kao što je navedeno, više riječi u slijedećem poglavlju.

Odlukom DKOM, prikazanom u 4.1.3. ovog potpoglavlja, bila je poništena odluka o odabiru. Naime, odabrani ponuditelj je, nakon poziva naručitelja, upotpunio dokumentaciju dostavom internog općeg akta kao osnove za označavanje tajnima podataka u postupku javne nabave. Međutim, odabrani ponuditelj je bio dostavio svoj interni opći akt, umjesto općeg akta inozemnog proizvođača čije jednakovrijedne proizvode je nudio odabrani ponuditelj. Upravo o općim aktima, kao osnovi označavanja podataka tajnima, također je bilo riječi u prethodnom poglavlju, a na ovome mjestu je bio prikazan primjer iz prakse.

U potpoglavlju 4.1.4. prikazana je odluka DKOM kojom je, među ostalim, jasno potvrđeno kako je načelo transparentnosti jedno od temeljnih načela javne nabave koje je potrebno osigurati kako prilikom provođenja postupaka javne nabave, tako i u ostvarivanju pravne zaštite. Iz ove odluke također proizlazi, a što je iznimno značajno za problematiku ovog rada, da je DKOM potvrdio kako je činjenica da se označavanjem dijela ponude poslovnom tajnom onemogućavaju žalitelji u ostvarivanju prava na žalbu i učinkovitu pravnu zaštitu budući da isti nemaju mogućnost preispitivati ponudu u dijelu u kojem je označena poslovnom tajnom pa se na taj način dovodi u pitanje pravo na žalbu potencijalnih žalitelja.

Iz sadržaja odluke DKOM, obrađene u potpoglavlju 4.1.5., proizlazi primjer iz prakse gdje, među ostalim, naručitelj nije omogućio žalitelju uvid u ponude, uslijed označavanja podataka tajnima temeljem Zakona o zaštiti tajnosti podataka. Žalitelj je tvrdio da je takvim postupanjem onemogućen u ostvarivanju prava na žalbu. Upravo će to pravo biti okosnica u slijedećim poglavljima doktorskog rada, obzirom da je pravo na žalbu zajamčeno Konvencijom te se primjenjuje i u upravnom postupku, što postupak javne nabave jest.

U potpoglavlju 4.1.5. prikazana je odluka DKOM koja se ticala situacije, među ostalim, da je žalitelj tvrdio kako su u predmetnom postupku javne nabave određeni podaci bili neosnovano označeni poslovnom tajnom temeljem općih akata članova zajednice ponuditelja i Zakona o zaštiti tajnosti podataka. Žalitelj je tražio uvid u ponude, no naručitelj mu isto nije omogućio, uslijed čega je žalitelj tvrdio da je mu povrijeđeno pravo na žalbu. DKOM je odluci potvrdio da u smislu Zakona o zaštiti tajnosti podataka poslovnom tajnom može biti označen podatak koji je kao poslovna tajna određen

općim aktom trgovačkog društva, međutim da također mora udovoljavati i dodatnom uvjetu, a to je da predstavlja proizvodnu tajnu, rezultate istraživačkog ili konstrukcijskog rada. U konkretnome slučaju nije bio zadovoljen taj dodatni uvjet, no unatoč tome je utvrđeno da je odabrana zajednica ponuditelja u ponudi priložila dokumente kako je i traženo dokumentacijom za nadmetanje, uslijed čega je žalba bila odbijena.

Odlukom DKOM koja je analizirana u potpoglavlju 4.1.6. bila je poništena odluka o odabiru naručitelja te je bila usvojena žalba žalitelja. Naime, DKOM je zaključio da iz dokaznog materijala proizlazi da je naručitelj u postupku pregleda i ocjene ponuda pogrešno ocijenio da je žalitelj u ponudi dio ponude označio poslovnom tajnom, budući da je iz dokaznog materijala proizlazilo da je žalitelj u ponudi prekrpio onaj dio teksta za koji smatra da je obavezan prekriti prema pravilima druge ugovorne strane iz Ugovora o pružanju usluga. DKOM je stoga zaključio da žalitelj predmetne podatke nije ni dostavio pa da je naručitelj pogrešno navodio da se radi o označavanju dijela ponude poslovnom tajnom uslijed čega da je naručitelj neosnovano tražio od žalitelja navođenje pravne osnove glede označavanja podataka tajnima te pogrešno zaključio da je ponuda žalitelja bila nepravilna. Naknadno se u svezi ove odluke vodio upravni spor koji je obrađen u potpoglavlju 4.2.3.

U poglavlju 4.2. su analizirane tri presude VUSRH. Kao što je navedeno, dvije presude su bile vezane uz odluke donesene od strane DKOM koje su bile obrađene u poglavlju 4.1.

U predmetu VUSRH, UsII-218/16-4, u kojem je 9. ožujka 2018. godine bila donesena presuda, tuženica je bila Povjerenica za informiranje Republike Hrvatske. Postupak je bio vezan uz ostvarivanje prava na pristup informacijama vezanim uz provedeni postupak javne nabave. Presudom je bio odbijen zahtjev za poništenje rješenja Povjerenice za informiranje Republike Hrvatske, a kojim rješenjem je bila odbijena žalba tužitelja koju je on bio izjavio protiv odluke trgovačkog društva kojim je mu je bio odbijen zahtjev za pristup informacijama, uz obrazloženje da su takve informacije predstavljale poslovnu tajnu.

VUSRH je presudio da, budući da su zatražene informacije bile označene kao poslovna tajna i da nije postojao javni interes u Republici Hrvatskoj za tim informacijama, obzirom je sudionik natječaja bila privatno pravna osoba, da nisu postojala pitanja od javnog interesa u Republici Hrvatskoj da se zatražene informacije učine dostupnima javnosti. Stoga je VUSRH zaključio da se tuženica osnovano pozvala na odredbu članka 15., stavak 2., točku 2, Zakona o pravu na pristup informacijama, a na koju odredbu sam ukazala u prethodnom potpoglavlju 3.2.1.

Presudom VUSRH, UsII-99/19 od 20. ožujka 2019. godine bila je odbijena tužba tužitelja te potvrđena odluka DKOM vezano uz ne dostavljanje dokaza o privatnim klijentima ponuditelja, kao

dokaza tehničke i stručne sposobnosti iz dokumentacije o nabavi. Presuđeno je da se ponuditelj morao pridržavati zahtjeva i uvjeta iz dokumentacije o nabavi te dostaviti nazive privatnih klijenata kao druge ugovorne strane, u svrhu dokazivanja tehničke i stručne sposobnosti. No, tužitelj nije bio ni dokazao, među ostalim, da je uopće tražio privolu ispitanika u smislu Opće uredbe o zaštiti podataka.

U predmetu povodom tužbe, koji se vodio pred VUSRH, pod brojem UsII-255/21 bila je donesena presuda 24. kolovoza 2021. godine. Presudom je bio odbijen tužbeni zahtjev za poništenje odluke DKOM. Sud se pozvao na sadržaj odredbe članka 52. Zakona o javnoj nabavi te je utvrdio da podaci iz ponude, koje je dostavila zainteresirana osoba, nisu bili označeni tajnima te da stoga ni nije bilo zakonske osnove da ih tužitelj smatra tajnima. Naime, ti podaci su prilikom predavanja ponude zapravo bili „zacrtnjeni“, a ne označeni tajnima.

Odluke koje su obrađene u ovom poglavlju prikazuju dio recentne hrvatske prakse vezane uz temu rada, a u slijedećem poglavlju biti će detaljnije analiziran postupak pravne zaštite ponuditelja ili natjecatelja u slučaju ograničenja načela transparentnosti pravom na tajnost podataka, u okviru čega će biti prikazan postupak pred naručiteljem, pred DKOM te pred VUSRH, uz prikaz usporednog postupka glede spora o povjerljivosti u hrvatskom zakonodavstvu.

5. PRAVNA ZAŠTITA PONUDITELJA ILI NATJECATELJA U SLUČAJU OGRANIČENJA PRISTUPA DOKUMENTACIJI U POSTUPKU JAVNE NABAVE ZBOG PRAVA NA TAJNOST PODATAKA

5.1. Postupak pred naručiteljem

U hrvatskom postupku javne nabave pravo uvida u dokumentaciju postupka javne nabave eksplicitno je propisano u dijelu drugom, glava III., poglavlje 6., odjeljak E, Zakona o javnoj nabavi, koji se odnosi na regulaciju sklapanja ugovora o javnoj nabavi za javne naručitelje. Tako je člankom 310., stavkom 1., Zakona o javnoj nabavi, koja norma potpada u prethodno navedeni dio drugi Zakona o javnoj nabavi, propisano pravo uvida u dokumentaciju postupka javne nabave na način da je javni naručitelj obavezan „nakon dostave odluke o odabiru ili poništenju do isteka roka za žalbu, na zahtjev natjecatelja ili ponuditelja, omogućiti uvid u cjelokupnu dokumentaciju dotičnog postupka, uključujući zapisnike, dostavljene ponude ili zahtjeve za sudjelovanje, osim u one dokumente koji su označeni tajnim.“ Propisana je iznimka na način da javni naručitelj nije obavezan omogućiti uvid u one dijelove dokumentacije u koje podnositelj zahtjeva može izvršiti neposredan uvid putem Elektroničkog oglasnika javne nabave Republike Hrvatske.

Pitanje omogućavanja uvida u cjelokupnu dokumentaciju postupka javne nabave, osim u navedenoj normi Zakona o javnoj nabavi, na drugom mjestu u istom zakonu nije eksplicitno propisano. Stoga se postavlja opravdano pitanje kako je uvid u cjelokupnu dokumentaciju postupka javne nabave omogućen za sektorske naručitelje te naručitelje, odnosno korisnike koji nisu obveznici postupka javne nabave, s obzirom na činjenicu da se spomenuti članak 310., stavak 1., Zakona o javnoj nabavi referira isključivo na obvezu postupanja javnih naručitelja.

Odgovor na gornje pitanje bi se mogao pronaći u sadržaju odredbe članka 335. Zakona o javnoj nabavi, koja potpada pod dio treći, glava I., poglavlje 1., Zakona o javnoj nabavi. Navedeni dio zakona regulira sklapanje ugovora o javnoj nabavi za sektorske naručitelje. Naime, člankom 335. Zakona o javnoj nabavi je propisano da taj dio zakona sadrži „posebne odredbe koje primjenjuje sektorski naručitelj kada nabavlja robu, radove ili usluge za potrebe obavljanja sektorskih djelatnosti“ te da, ako nije drukčije propisano tim dijelom zakona, sektorski naručitelj primjenjuje odgovarajuće odredbe dijela drugog Zakona o javnoj nabavi.

S obzirom da u dijelu trećem Zakona o javnoj nabavi nema specifičnih odredaba glede prava uvida u dokumentaciju postupka javne nabave koju provode sektorski naručitelji, dok uvodno spomenuta odredba 310., stavka 2., Zakona o javnoj nabavi ni na koji način u dijelu trećem zakona nije izričito isključena iz primjene, to se zaključuje da se odredba članka 310., stavka 2., Zakona o javnoj nabavi, koja se glede prava uvida u dokumentaciju postupka javne nabave odnosi na nabavu koju provode javni naručitelji, na isti način primjenjuje i u odnosu na postupke javne nabave koju provode sektorski naručitelji.

Što se pak tiče naručitelja, odnosno korisnika koji nisu obveznici postupka javne nabave, a vezano uz postupke glede projekata financiranih iz europskih fondova, već je u potpoglavlju 2.4.2. ovog rada ukazano da, ni Zakonom o javnoj nabavi, ni NOJN Pravilima, nije propisana mogućnost, a time ni sama procedura, glede prava uvida u dokumentaciju provedenog postupka nabave, što, prema mojem mišljenju ukazuje na pravnu prazninu te dodatno ukazuje na nisku razinu transparentnosti tih vrsta postupaka nabave.

U trećem poglavlju ovog rada bile su obrađene vrste podataka koje se mogu označiti tajnima u hrvatskom postupku javne nabave³⁶⁵ te je bila prikazana analiza pravnih osnova označavanja istih tajnima. Temeljem izvršene analize mogućih pravnih osnova označavanja podataka tajnima, osnovnom hrvatskog i europskog prava, smatram, što sami naglasila u četvrtom poglavlju, da se može reći kako se radi o složenim propisima čije norme, glede procjene radi li se o tajnome podatku, je potrebno ispravno primijeniti u svakom konkretnom slučaju koji može biti vezan uz različita stručna područja.³⁶⁶

Ponuditelji, odnosno natjecatelji su ti koji u svojoj ponudi imaju pravo određene podatke označiti tajnima, ukoliko za to postoji valjana pravna osnova te su tu pravnu osnovu dužni i navesti. Na naručitelju je pak, da osim provjere da li je ponuditelj odnosno natjecatelj naveo valjanu pravnu osnovu, da i sadržajno propita osnovanost označavanja podataka tajnima te odluči o pravu na davanju ponude na uvid, što jasno proizlazi i iz recentne hrvatske prakse koja je prikazana u prethodnom poglavlju.

Kroz obrađenu recentnu praksu u prethodnom poglavlju vidljivo je da je DKOM naglašavao važnost sadržaja spomenutog Zaključka o pravnom shvaćanju DKOM od 17. studenoga 2016. godine, glede obveze postupanja naručitelja u slučaju kada ponuditelj određene podatke u postupku označi tajnima. Naime, kao što je navedeno, zauzeto pravno shvaćanje nalaže naručitelju ne samo provjeriti

³⁶⁵ Poslovna tajna, znanje i iskustvo te osobni podaci.

³⁶⁶ Primjerice, postupak nabave može biti vezan uz područje iz građevine, znanosti, okoliša.

postojanje pravne osnove već i, sukladno pozitivnim propisima, sadržajno preispitati osnovanost označavanja poslovne tajne i odlučiti o davanju ponude na uvid gospodarskom subjektu koji to traži.

Dakle, isključivo je na naručitelju, koji zapravo provodi konkretni postupak javne nabave, da provjeri ne samo označavanje, odnosno postojanje pravne osnove za označavanje podataka tajnima od strane pojedinog ponuditelja, odnosno natjecatelja, već da i sadržajno preispita pravnu osnovanost označavanja pojedinih podataka tajnima. Iz sadržaja³⁶⁷ navedenog Zaključka o pravnom shvaćanju proizlazi da se isto odnosi samo na poslovnu tajnu kao podatak koji može biti označen tajnim u postupku javne nabave, ali smatram da bi se, s obzirom na opsežnu praksu DKOM koja se veže uz navedeno pravno shvaćanje, isto pravno shvaćanje trebalo primijeniti kada bi se u postupku kao tajni pojavili i drugi podaci koji ne predstavljaju samo poslovnu tajnu, a koji podaci su prikazani i obrađeni u trećem poglavlju.

S obzirom da, u fazi postupka kada je podnesen zahtjev pojedinog gospodarskog subjekta za uvid u ponudu drugog gospodarskog subjekta, o pitanju je li gospodarski subjekt u postupku javne nabave pojedine podatke pravno osnovano označio tajnima odlučuje isključivo naručitelj, bez dodatnog kontrolnog mehanizma, odnosno neovisnog tijela koje bi u toj fazi postupka propitalo pravnu osnovanost označavanja pojedinih podataka tajnima, očekuje se da naručitelj raspolaže visokom razinom stručnih znanja i kvalifikacija kako bi mogao valjano propitati pitanja iz navedenog, doista, kompleksnog pravnog područja.

Člankom 197. važećeg Zakona o javnoj nabavi propisano je da je prije „početka postupka javne nabave javni naručitelj obvezan internom odlukom imenovati stručno povjerenstvo za javnu nabavu koje priprema i provodi postupak javne nabave.“

Ujedno je propisano da „članovi stručnog povjerenstva za javnu nabavu ne moraju biti zaposlenici javnog naručitelja“ te da „najmanje jedan član stručnog povjerenstva za javnu nabavu mora posjedovati važeći certifikat u području javne nabave.“³⁶⁸

Kao i kod odjeljka E, poglavlja 6., Zakona o javnoj nabavi, kojim je regulirana obveza javnog naručitelja da ponuditelju ili natjecatelju omogućiti da ostvari uvid u cjelokupnu dokumentaciju postupka javne nabave, osim u podatke koji su označeni tajnima, tako je i u članku 197. Zakona o javnoj nabavi³⁶⁹, glede obveze formiranja stručnog povjerenstva za provedbu postupka javne nabave, uključujući i obveze da jedan član stručnog povjerenstva posjeduje certifikat u području javne nabave,

³⁶⁷ *Supra* potpoglavlje 4.1.2.

³⁶⁸ Certifikat se stječe sukladno odredbama Pravilnika o izobrazbi u području javne nabave, Narodne novine 65/2017.

³⁶⁹ Ova norma potpada pod dio drugi zakona kojim je reguliran postupak javne nabave od strane javnih naručitelja.

ista obveza propisana samo u odnosu na javne naručitelje. Za sektorske naručitelje i naručitelje koji su neobveznici Zakona o javnoj nabavi, izričita zakonska obveza formiranja stručnog povjerenstva za postupak javne nabave, sa članom osobom koja posjeduje certifikat u području javne nabave, nije propisana.

Međutim, primjenom ranije spomenute odredbe članka 335. Zakona o javnoj nabavi iz dijela trećeg, glave I., poglavlja 1., Zakona o javnoj nabavi, koji dio zakona se odnosi na sklapanje ugovora o javnoj nabavi za sektorske naručitelje, te koja odredba propisuje, među ostalim, da ako nije drukčije propisano tim dijelom zakona sektorski naručitelj primjenjuje odgovarajuće odredbe dijela drugog Zakona o javnoj nabavi, proizlazi da se odredba članka 197. Zakona o javnoj nabavi iz dijela drugog zakona, glede formiranja stručnog povjerenstva za provedbu postupka javne nabave, uključujući i obvezu da jedan član stručnog povjerenstva mora posjedovati certifikat u području javne nabave, na odgovarajući način primjenjuje i na sektorske naručitelje, budući da u dijelu trećem zakona nije drugačije propisano, a norma članka 197. Zakona o javnoj nabavi nije izričito isključena iz primjene.

Smatram da s obzirom da se i određeni projekti iz europskih fondova provode sukladno pravilima za neobveznike Zakona o javnoj nabavi, a kod kojih naručitelja, odnosno korisnika, nije uvjet da stručno povjerenstvo ima certificiranu osobu iz područja javne nabave³⁷⁰, to se može ukazati upitnom dovoljna razina stručnosti svih naručitelja da ispravno propitaju sadržaj i pravnu osnovu naznačene tajnosti podataka od strane pojedinog ponuditelja ili natjecatelja zbog izrazite složenosti i osjetljivosti područja zaštite tajnosti podataka, kako u odnosu na fizičke, tako i u odnosu na pravne osobe.

Naime, s obzirom na jedinstvenost unutarnjeg tržišta Europske unije i činjenicu da razina transparentnosti javne nabave nije na istoj razini u svim državama članicama, što u velikoj mjeri ovisi upravo u dostupnosti i otvorenosti podataka javne nabave, to se također postavlja pitanje što u slučaju kada se kao sudionik postupka javne nabave, koji podnosi ponudu ili je natjecatelj u postupku, pojavi subjekt iz države članice koja na drugačiji način regulira pitanje tajnosti podataka od regulacije u Republici Hrvatskoj. Tada se može dogoditi da se pojavi potreba da naručitelj poznaje i pravnu regulativu zaštite tajnosti podataka u državi porijekla ponuditelja, odnosno natjecatelja. Također, složenost situacije se dodatno komplicira ukoliko se kao ponuditelj ili natjecatelj u postupku javne nabave pojavi subjekt iz treće zemlje i pojedine podatke iz ponude označi tajnima sukladno pravu svoje države, iako se postupak provodi po hrvatskom Zakonu o javnoj nabavi.

³⁷⁰ Čak nije ni propisano da bi član povjerenstva trebao biti pravnik (ukoliko već nije propisana obveza da član povjerenstva posjeduje certifikat).

Usljed navedenog mišljenja sam da bi, s obzirom na pravnu složenost navedenog područja, svaki naručitelj u postupku javne nabave trebao imati oformljeno stručno povjerenstvo za provedbu postupka javne nabave te da bi barem jedan član povjerenstva trebao posjedovati certifikat iz područja javne nabave, ali i imati završeno pravno obrazovanje.

Naime, ukoliko naručitelj pogriješi, sudioniku postupka javne nabave se mogu prekršiti temeljna prava upravnog postupka zajamčena Konvencijom.

Ponuditelju u postupku javne nabave, čija ponuda nije odabrana³⁷¹ te ukoliko se on ne slaže sa odlukom o odabiru naručitelja te je odlučio podnijeti žalbu, je za podnošenje kvalitetne žalbe potrebno izvršiti uvid u dokumentaciju postupka nabave te istu proučiti kako bi uspješno mogao argumentirati svoje žalbene navode.

Do specifičnih situacija u praksi dolazi kada su potencijalni žalbeni navodi vezani upravo uz podatke koji su u postupku označeni tajnima, što je vidljivo i iz sadržaja dijela prakse prikazane u prethodnom poglavlju. Naime, budući da naručitelj nije obvezan dati na uvid dokumentaciju koju je odabrani ponuditelj ili natjecatelj označio tajnom³⁷², u praksi dolazi do situacija da se ponuditelj ili natjecatelj koji žele podnijeti žalbu ne slažu sa time da za određenu dokumentaciju postoji pravna osnova označavanja tajnosti podataka te tvrde da je povrijeđeno načelo transparentnosti postupka. Tada dolazi do pitanja koja su prava tih gospodarskih subjekata ukoliko se ne slažu sa, među ostalim, odlukom naručitelja da određeni podaci imaju status tajnosti, odnosno na koji način je osigurana kontrola takve odluke i postupanja naručitelja.

Gospodarskom subjektu u tom slučaju ne preostaje drugo nego podnijeti žalbu DKOM, podmiriti trošak naknade za pokretanje žalbenog postupka te nerijetko podmiriti i trošak angažiranog punomoćnika za zastupanje. S obzirom da su u mnogim postupcima javne nabave procijenjene vrijednosti nabave velike vrijednosti te su troškovi žalbenog postupka visoki, jer se određuju prema vrijednosti predmeta spora, žalitelj, kojemu nije omogućen uvid u podatke koji su označeni tajnima, žalbu zapravo mora temeljiti na pretpostavkama i svojim špekulativnim saznanjima.

Postavlja se pitanje kako osporavati osnovanost označavanja podataka tajnim, ukoliko uopće nije omogućeno izvršiti uvid u te podatke ni sudionicima postupka, ni javnosti. Time dolazi do rizika odbačaja ili odbijanja žalbe, a sa druge strane do odugovlačenja postupka. Navedeno bi, prema mojem mišljenju trebalo eliminirati jasnijom i kvalitetnijom procedurom postupanja naručitelja.

³⁷¹ Odnoseći se i na natjecatelje čiji zahtjev za sudjelovanje nije bio prihvaćen.

³⁷² Pod pretpostavkom valjane pravne osnove označavanja tajnosti.

Zasebna procedura kontrole postupanja naručitelja, glede ocjene i sadržajnog propitivanja da li je ponuditelj ili natjecatelj valjano označio pravnu osnovu za označavanje pojedinih podataka u postupku tajnima, u pojedinoj fazi ili stadiju postupka javne nabave u Republici Hrvatskoj nije propisana. Ukoliko postoji spor o povjerljivosti podataka, on u tijeku hrvatskog postupka javne nabave, kojeg provodi naručitelj, nije propisan. Stoga, jedino što preostaje gospodarskom subjektu, koji osporava označavanje pojedinih podataka tajnima, jest podnijeti žalbu na špekulativan način, odnosno praktički „na slijepo“, s time da uz to što nema uvid u relevantne podatke, još mora dokazati svoj pravni interes³⁷³ i ostale pretpostavke koje Zakon o javnoj nabavi traži za podnošenje žalbe.³⁷⁴

Iz prikaza dijela recentnih odluka DKOM i VUSRH proizlazi kako u svezi prethodno opisanog problema žalitelji u žalbama ističu da je povrijeđeno temeljeno načelo javne nabave, načelo transparentnosti te da im je povrijeđeno pravo na žalbu. Može li takvim zakonskim prazninama, glede nepostojanja spora o povjerljivosti u postupku javne nabave doći i do povrede prava na pošteno suđenje i prava na djelotvorno pravno sredstvo gospodarskih subjekata koji sudjeluju u postupku, biti će predmetom sedmog poglavlja ovog rada, dok će se u nastavku prikazati procedura pred DKOM, a vezano uz pristup dokumentaciji, ili dijelu dokumentacije, koja je tijekom postupka javne nabave zaštićena kao tajna.

5.2. Postupak pred Državnom komisijom za kontrolu postupaka javne nabave

DKOM je tijelo koje je nadležno za rješavanje o žalbama izjavljenim sukladno Zakonu o javnoj nabavi i propisima kojim se uređuje javna nabava za potrebe obrane i sigurnosti.³⁷⁵

Odluke DKOM donosi na sjednicama vijeća koje nisu javne, a usmena rasprava se održava u skladu sa odredbama Zakona o javnoj nabavi i Uredbe o unutarnjem ustrojstvu Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave³⁷⁶. Sukladno odredbi članka 427. Zakona o javnoj nabavi „stranke mogu predložiti održavanje usmene rasprave i obrazložiti razloge zbog kojih raspravu predlažu, a posebno zbog razjašnjenja složenog činjeničnog stanja ili pravnog pitanja.“ Također, DKOM može odlučiti o održavanju usmene rasprave i u slučaju kada sam utvrdi da je to potrebno „zbog razjašnjenja složenoga činjeničnog stanja ili pravnog pitanja.“ Ukoliko dođe do usmene rasprave, ona je javna, a „javnost može biti isključena zbog potrebe čuvanja tajne.“

³⁷³ Članak 401. Zakona o javnoj nabavi.

³⁷⁴ Članak 403. i 420. Zakona o javnoj nabavi.

³⁷⁵ Članak 398., stavak 1., Zakona o javnoj nabavi.

³⁷⁶ Narodne novine 84/2013, 145/2014.

Posebna pravila glede spora o tajnosti, odnosno povjerljivosti podataka u postupku javne nabave, pred DKOM kao žalbenim tijelom, nisu propisana, kao ni u postupku pred naručiteljem.

Naime, iz zakonskih odredaba Zakona o javnoj nabavi i Uredbe o unutarnjem ustrojstvu Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, ni na jednom mjestu nije predviđeno da bi DKOM omogućio žalitelju pristup dokumentaciji, odnosno dijelovima dokumentacije koje su tijekom postupka javne nabave označeni tajnima.

Stoga, ukoliko bi žalitelj predložio održavanje usmene rasprave pred DKOM, tada također nisu regulirana pravila da li bi se tijekom održavanja rasprave žalitelju omogućio uvid u traženu dokumentaciju postupka, odnosno da li bi se ista, primjerice, smjela fotokopirati u svrhu pripreme argumenata i zastupanja.

Ukoliko bi žalba žalitelja bila odbijena i on bi odlučio podnijeti tužbu VUSRH, tada bi ponovno, ali sada u ulozi tužitelja, samo imao mogućnost korištenja argumenata da mu nije omogućen uvid u dokumentaciju ili dijelove dokumentacije koji su označeni tajnima osporavajući pravnu osnovanost označavanja podataka tajnima, no sam sadržaj podataka koji su označeni tajnima ne bi imao mogućnost propitati čime se dovodi u rizik gubitka spora. Punomoćnici žalitelja, odnosno tužitelja, kao pravni stručnjaci, u takvim situacijama nisu u mogućnosti dati procjenu uspješnosti spora budući ne znaju kojim činjeničnim supstratom raspolažu, jer nemaju uvid u spornu dokumentaciju.

Stoga, iz zakonskih odredaba proizlazi da rješenje spora o povjerljivosti podataka, odnosno omogućavanje natjecatelju ili ponuditelju pristupa podacima koji su označeni tajnima u postupku javne nabave nije omogućeno ni u žalbenom postupku pred DKOM, i to kako u slučaju ako DKOM odlučuje na sjednicama, tako i u slučaju ako odlučuje na usmenoj raspravi, bila sa rasprave isključena javnost zbog potrebe čuvanja tajne ili ne.

5.3. Postupak pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske

Protiv odluke DKOM u žalbenom postupku nije dopuštena žalba, već se može pokrenuti upravni spor pred VUSRH. Postavlja se pitanje, da li bi sukladno hrvatskom zakonodavstvu tužitelj pred VUSRH imao pravo uvida u dokumentaciju koja je u postupku javne nabave označena tajnom.

Čitajući Zakon o upravnim sporovima, isti u članku 38., stavku 2., predviđa da „ako to zahtijevaju razlozi zaštite privatnosti, tajnosti podataka i drugi zakonom propisani razlozi, sud će isključiti javnost za cijelu raspravu ili njezin dio.“ Međutim isključenje javnosti za glavnu raspravu ne jamči

povjerljivost postupka, budući da stranke u postupku mogu imati svoje zastupnike, primjerice odvjetnike koje mogu zamijeniti i odvjetnički vježbenici, mogu biti angažirani i vještaci te saslušavani svjedoci te se postavlja pitanje kome se u tome slučaju može dati uvid u spis i u tajno označene podatke te kako se jamči njihova daljnja zaštita tajnosti.

Sudski poslovnik³⁷⁷ u Republici Hrvatskoj samo predviđa³⁷⁸ da se u upisnike Su-pov i Su-StrPov upisuju predmeti sudske uprave koji su prema posebnim propisima klasificirani ili sadrže klasificirane podatke, dok se u upisnike Su-pov i Su-StrPov upisuju sva pismena primljena od drugih tijela koja nose oznaku da su povjerljive prirode kao i vlastiti dopisi za koje to odredi predsjednik suda. Također je propisano da „s povjerljivim i strogo povjerljivim spisima rukuje osobno predsjednik suda ili njegov zamjenik“ te da se ti spisi čuvaju „u uredu predsjednika suda u blagajni ili zajedničkom ormaru, odvojeno od ostalih spisa sudske uprave.“ Iz navedenog proizlazi da se zakonske odredbe glede povjerljivih spisa, odnosno podataka, odnose na spise sudske uprave, no ne i na spise koji su u radu pred sudom, konkretno VUSRH.

Slijedom navedenog proizlazi da ni Zakonom o upravnim sporovima ni Sudskim poslovnikom nije propisana procedura zaštite procesnih prava stranke da u sudskome postupku, koji je proizašao iz postupka javne nabave, izvrši uvid u povjerljivu dokumentaciju spisa, uključujući i u onu dokumentaciju koja je u postupku javne nabave označena tajnom.

5.4. Ostvarivanje prava pristupa dokumentaciji primjenom Zakona o pravu na pristup informacijama

Kao što je bilo obrađeno u trećem poglavlju ovog rada, Zakonom o javnoj nabavi je propisano, među ostalim, da odredbe istog zakona koje se odnose na tajnost podataka ne dovode u pitanje primjenu „odredaba posebnih propisa, posebice onih kojima se uređuje pravo na pristup informacijama.“

Zakon o pravu na pristup informacijama u Republici Hrvatskoj je donesen 15. veljače 2013. godine, a njegove izmjene i dopune su donesene 15. srpnja 2015. godine te 10. lipnja 2022. godine.³⁷⁹

Važno je za naglasiti da iz sadržaja navedenog zakona proizlazi da se odredbe tog zakona ne primjenjuju na stranke „u sudskim, upravnim i drugim na zakonu utemeljenim postupcima, kojima je

³⁷⁷ Narodne novine 37/2014, 49/2014, 8/2015, 35/2015, 123/2015, 45/2016, 29/2017, 33/2017, 34/2017, 57/2017, 101/2018, 119/2018, 81/2019, 128/2019, 39/2020, 47/2020, 138/2020, 147/2020, 70/2021, 99/2021, 23/2022, 12/2023.

³⁷⁸ U članku 266.

³⁷⁹ *Op.cit.*, bilješka 286.

dostupnost informacija iz tih postupaka utvrđena propisom.“ O navedenom je također bilo riječi u trećem poglavlju gdje je ukazano da se stoga stranke u žalbenom postupku pred DKOM ne bi mogle pozivati na odredbe Zakona o pravu na pristup informacijama kako bi im se omogućio uvid u dokumentaciju koja je označena tajnom. Isto vrijedi i za postupak pred VUSRH. Stranka, konkretno gospodarski subjekt koji sudjeluje u postupku javne nabave i osporava označavanje pojedinih podataka tajnima, bi u tim postupcima svoje pravo uvida u spis i dokumentaciju mogao ostvariti samo temeljem odredaba Zakona o javnoj nabavi i/ili Zakona o općem upravnom postupku te Zakona o upravnim sporovima, koji izričito ne definiraju mogućnost uvida u spis dokumentacije koja je u spisu predmeta označena tajnom, odnosno povjerljivom.

Budući da bi se i sam postupak pred naručiteljem, koji je obrađen u potpoglavlju 5.1., prema mojem mišljenju trebao podvesti pod upravni postupak,³⁸⁰ s obzirom da isti rezultira donošenjem odluke o odabiru protiv koje se može podnijeti žalba u žalbenom postupku, a koji se provodi sukladno Zakonu o javnoj nabavi i Zakonu o općem upravnom postupku³⁸¹, to bi proizlazilo da u svezi zahtjeva za uvidom u dokumentaciju koja je označena tajnom u postupku pred naručiteljem također ne bi došla u obzir primjena Zakona o pravu na pristup informacijama. Stoga bi u postupku pred naručiteljem, kod podnošenja zahtjeva ponuditelja ili natjecatelja za uvidom u dokumentaciju koja je označena tajnom, u obzir mogli doći samo Zakon o javnoj nabavi i/ili Zakon o općem upravnom postupku. Ukoliko bi zahtjev za uvid u dokumentaciju koja je označena tajnom bio odbijen, u okviru postupka javne nabave nije propisana pravna zaštita, osim podnošenje žalbe DKOM u pojedinoj fazi postupka i u zakonom propisanom roku od deset dana.

Kao što je već ukazano u dijelu ovog poglavlja gdje se opisuju problemi podnošenja špekulativne žalbe gospodarskog subjekta, koja može negativno utjecati na trajanje postupka javne nabave, smatram da se radi o zakonskim prazninama koje je potrebno upotpuniti kako bi se postupak javne nabave dodatno unaprijedio učinkovitošću i ekonomičnošću, a ujedno bi se osigurala i temeljna procesna prava gospodarskim subjektima.

Može se reći da su prethodni stavovi potvrđeni i navodima autora Christophera H. Bovisa u njegovom članku „Access to Justice and Remedies in Public Procurement“³⁸² gdje zaključuje, među ostalim,

³⁸⁰ Osim ukoliko se radi o postupku javne nabave kojeg provode neobveznici Zakona o javnoj nabavi vezano uz postupke financirane sredstvima iz europskih fondova, s obzirom da je člankom 1. važećeg Zakona o općem upravnom postupku propisano da se istim zakonom uređuju pravila na temelju kojih tijela državne uprave i druga državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe koje imaju javne ovlasti u okviru djelokruga utvrđenog na temelju zakona, postupaju i rješavaju u upravnim stvarima. S obzirom da su neobveznici Zakona o javnoj nabavi u pravilu poduzetnici iz privatnog sektora to se odluke o odabiru koje oni donesu ne bi smatrale upravnim aktom.

³⁸¹ Članak 399., stavak 1., Zakona o javnoj nabavi.

³⁸² Bovis, Christopher H., Access to Justice and Remedies in Public Procurement, EPPPL 3|2012.

kako su u dodjeli javnih ugovora bitna upravo načela transparentnosti i odgovornosti te da postoje osnovne opasnosti glede sve više špekulativnih sporova te odugovlačenja postupka nabave, što još dodatno narušuje suradnju između naručitelja i privatnog sektora te kao rezultat povećava troškove nabave i potencijalno predstavlja rizik ugovorne neučinkovitosti i štete oštećenim strankama.³⁸³

Stoga se važnim ukazuju mogućnosti postupanja naručitelja nakon podnošenja zahtjeva za pravo na pristup informacijama od strane pojedinog gospodarskog subjekta temeljem Zakona o pravu na pristup informacija, a što je, ovisno o vrsti naručitelja, analizirano u potpoglavlju 3.2.1. ovog rada.

Nastavno na argumente koji su navedeni u tom dijelu rada potrebno je ukazati i na sadržaj presude VUSRH od 9. ožujka 2018. godine, broj Usll-218/16-4, koja presuda je obrađena u potpoglavlju 4.2.1. rada. U toj presudi je zauzet jasan stav da, s obzirom da su zatražene informacije bile označene kao poslovna tajna te da nije postojao javni interes u Republici Hrvatskoj za tim informacijama, jer predmetno trgovačko društvo nije djelovalo kao tijelo javne vlasti već je bilo sudionik natječaja kao privatno pravna osoba, nije riječ o pitanjima od javnog interesa u Republici Hrvatskoj da se zatražene informacije učine dostupnima javnosti.

Prethodno potvrđuje zaključke koji su navedeni u potpoglavlju 3.2.1. rada, da bi naručitelji koji ne predstavljaju tijelo javne vlasti, uključujući i neobveznike Zakona o javnoj nabavi, mogli odbiti zahtjev za pristup povjerljivim informacijama temeljem Zakona o pravu na pristup informacijama, kao i temeljem Zakona o javnoj nabavi, ukoliko je gospodarski subjekt koji sudjeluje u postupku javne nabave postupio sukladno članku 52. Zakona o javnoj nabavi i naznačio valjanu pravnu osnovu za označavanje podataka tajnima.

Temeljem svega navedenog, a uzevši u obzir argumente koji su obrađeni u potpoglavlju 3.2.1. rada, proizlazi da ni sadržaj Zakona o pravu na pristup informacijama, u korelaciji sa odredbama Zakona o javnoj nabavi, ne omogućuje bezuvjetno ostvarivanje načela transparentnosti postupka javne nabave kada se u postupku pojave podaci za koje postoji pravna osnova označavanja njihove tajnosti.

³⁸³ *Ibid.*, str. 202.

5.5. Prikaz usporednog postupka iz hrvatskog zakonodavstva glede omogućavanja pristupa povjerljivim podacima u sporu

Hrvatskim ZZNITV, o kojem je bilo riječi u trećem poglavlju rada kao jednom od potencijalnih pravnih osnova za označavanje tajnima podataka u postupku javne nabave, utvrđene su i uređene „pretpostavke zaštite i pravila postupka za zaštitu od nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja poslovnih tajni koje se odnose na neobjavljene informacije koje imaju tržišnu (komercijalnu) vrijednost.“

Člankom 4. ZZNITV propisano je da se u postupcima građanskopravne zaštite poslovne tajne na odgovarajući način „primjenjuju odredbe općeg propisa kojim se uređuje parnični postupak“, osim ako istim zakonom nije drukčije određeno. Dakle, radi se o primjeni Zakona o parničnom postupku³⁸⁴ koji u članku 307. predviđa mogućnost da „sud može isključiti javnost za cijelu glavnu raspravu ili jedan njezin dio ako to zahtijevaju interesi morala, javnog reda ili državne sigurnosti, ili radi čuvanja vojne, službene ili poslovne tajne, odnosno radi zaštite privatnog života stranaka, ali samo u opsegu koji je po mišljenju suda bezuvjetno potreban u posebnim okolnostima u kojima bi javnost mogla biti štetna za interese pravde.“ Člankom 308., stavkom 4., Zakona o parničnom postupku je propisano da će sudac pojedinac, odnosno predsjednik vijeća upozoriti „osobe koje prisustvuju raspravi na kojoj je javnost isključena da su dužne kao tajnu čuvati sve ono što su na raspravi saznale i upozoriti ih na posljedice odavanja tajne.“

Na spomenute odredbe Zakona o parničnom postupku je ukazano obzirom da se mogu primijeniti u slučajevima kada dođe do građanskopravnog spora glede zaštite poslovne tajne temeljem ZZNITV. Upravo zbog zaštite poslovne tajne postojala bi zakonska osnova za isključenje javnosti s glavne rasprave, a osobe koje bi bile prisutne raspravi bile bi upozorene da su dužne kao tajnu čuvati sve što su saznale na raspravi.

Slijedom navedenog se zaključuje da bi strankama postupka bio omogućen uvid u spis predmeta pa tako i u dokumentaciju koja predstavlja poslovnu tajnu, ali bi bili upozoreni na dužnost čuvanja tajne. Takva odredba nije propisana u Zakonu o upravnim sporovima, o kojem je bilo riječi u potpoglavlju 5.3. rada, koji jedino propisuje mogućnost isključenja javnosti za cijelu raspravu ili njezin dio, ali ne propisuje obvezu čuvanja poslovne tajne od strane sudionika u postupku, što bi podrazumijevalo i prethodni uvid u podatke koji su označeni tajnima.

³⁸⁴ Narodne novine 4/1977, 36/1977, 36/1980, 6/1980, 69/1982, 43/1982, 58/1984, 74/1987, 57/1989, 20/1990, 27/1990, 35/1991, 53/1991, 91/1992, 112/1999, 129/2000, 88/2001, 117/2003, 88/2005, 2/2007, 96/2008, 84/2008, 123/2008, 57/2011, 25/2013, 89/2014, 70/2019, 80/2022.

Nadalje, ZZNITV propisuje³⁸⁵ da „nositelji poslovne tajne imaju pravo zahtijevati mjere, postupke i pravna sredstva predviđena istim zakonom radi sprječavanja nezakonitog pribavljanja, korištenja ili otkrivanja svoje poslovne tajne odnosno ostvarivanja pravne zaštite u tom pogledu.“

Člankom 10. ZZNITV regulirano je očuvanje povjerljivosti poslovnih tajni tijekom sudskog postupka. Naime, navedenom zakonskom odredbom je propisano da „stranke, njihovi odvjetnici ili drugi zastupnici, sudski službenici, svjedoci, stručnjaci i sve ostale osobe koje sudjeluju u sudskom postupku koji se odnosi na nezakonito pribavljanje, korištenje ili otkrivanje poslovne tajne ili koje imaju pristup dokumentima koji su sastavni dio sudskog postupka, ne smiju koristiti ili otkriti bilo koju poslovnu tajnu ili navodnu poslovnu tajnu koju je sud, na zahtjev zainteresirane stranke, utvrdio kao povjerljivu i za koju su saznali zbog takvog sudjelovanja ili pristupa.“ Navedena obveza se primjenjuje i nakon završetka sudskog postupka, a prestaje postojati jedino ako se pravomoćnom odlukom utvrdi da navodna poslovna tajna ne ispunjava zahtjeve utvrđene u članku 3., stavku 1., točki 5, ZZNITV³⁸⁶, ili „ako predmetne informacije tijekom vremena postanu općenito poznate ili lako dostupne osobama iz krugova koji se uobičajeno bave predmetnom vrstom informacija.“

Stavkom 3., članka 10. ZZNITV propisano je da sud može na zahtjev stranke „poduzeti posebne mjere potrebne za očuvanje povjerljivosti bilo koje poslovne tajne ili navodne poslovne tajne koja se koristi ili na koju se upućuje tijekom sudskog postupka koji se odnosi na nezakonito pribavljanje, korištenje ili otkrivanje poslovne tajne.“

Takve posebne mjere mogu uključivati³⁸⁷: 1) isključivanje javnosti iz cijelog postupka ili dijela postupka; 2) ograničavanje na ograničeni broj osoba, u cijelosti ili djelomično, pristupa dokumentima koje su dostavile stranke ili treće osobe, a koji sadržavaju poslovne tajne ili navodne poslovne tajne, s time da će prije pristupa tim dokumentima sud upozoriti osobe koje imaju pravo pristupa o obvezi iz članka 10., stavka 1., istog zakona te stranke pred sudom potpisuju izjavu o tome da su upoznate s tom obvezom; 3) zabranu umnožavanja dokumenata koji sadržavaju poslovne tajne ili navodne poslovne tajne i njihovo zatvaranje u poseban omot koji se može otvarati samo na sudu, u kojem slučaju će se ponovno zatvoriti u poseban omot i na omotu naznačiti da je dokument razgledan, datum razgledanja i tko je izvršio razgledanje; 4) ograničavanje na ograničen broj osoba pristupa ročištima

³⁸⁵ U članku 7., stavku 1.

³⁸⁶ Istom odredbom je propisano da su poslovna tajna informacije koje ispunjavaju sve sljedeće zahtjeve: „a) tajne su jer nisu, u svojoj ukupnosti ili u točnoj strukturi i sklopu svojih sastavnih dijelova, općenito poznate ili lako dostupne osobama iz krugova koji se obično bave predmetnom vrstom informacija
b) imaju tržišnu (komercijalnu) vrijednost zbog toga što su tajne
c) u odnosu na njih osoba koja te informacije zakonito kontrolira poduzela je u tim okolnostima razumne korake kako bi sačuvala njihovu tajnost.“

³⁸⁷ Članak 10., stavak 4. ZZNITV.

na kojima bi se poslovne tajne ili navodne poslovne tajne mogle otkriti te pristupa zapisniku ili transkriptu s tih ročišta i/ili 5) stavljanje na raspolaganje bilo kojoj osobi, osim onih obuhvaćenih ograničenim brojem osoba iz točaka 2 i 4 stavka 3., članka 10. zakona, bilo koje sudske odluke u verziji koja nije povjerljiva, u kojoj su odlomci koji sadržavaju poslovne tajne uklonjeni ili redigirani.

Stavkom 5., članka 10. ZZNITV je propisano da broj osoba iz stavka 4., točaka 2 i 4 istog članka „ne smije biti veći od onoga koji je potreban kako bi se osiguralo poštovanje prava stranaka sudskog postupka na djelotvoran pravni lijek i pošteno suđenje te da uključuje najmanje jednu fizičku osobu svake stranke te odvjetnike ili druge zastupnike tih stranaka sudskog postupka.“

Ujedno je propisano³⁸⁸ da će sud prihvatiti ili odbiti prethodno opisane mjere ovisno o tome jesu li razmjerno povredi iz članka 10., stavka 1., ZZNITV te da će prilikom odlučivanja o opisanim mjerama i procjeni njihove razmjernosti sud uzeti u obzir „potrebu osiguravanja prava na djelotvoran pravni lijek i pošteno suđenje, legitimne interese stranaka i, s obzirom na okolnosti slučaja, pravni interes trećih osoba te štetu koja može nastati za bilo koju od stranaka.“ Protiv rješenja kojim sud određuje opisane mjere žalba nije dopuštena.

Smatram da bi se dio prikazanih zakonskih rješenja usporednog postupka, vezanog uz zaštitu povjerljivosti poslovne tajne u sudskom postupku temeljem ZZNITV, mogao primijeniti i vezano uz postupke javne nabave u kojima se određeni podaci označe tajnima, a o čemu će više riječi biti u narednim poglavljima rada.

5.6. Zaključak

Unatoč tome što je u hrvatskom postupku javne nabave javni naručitelj obvezan, nakon dostave odluke o odabiru ili poništenju do isteka roka za žalbu, na zahtjev natjecatelja ili ponuditelja omogućiti mu uvid u cjelokupnu dokumentaciju postupka, navedena obveza se ne odnosi na one dokumente koji su temeljem valjane pravne osnove označeni tajnima.

Osim toga, za neobveznike Zakona o javnoj nabavi, koji provode postupke nabave glede projekata financiranih iz europskih fondova, ni Zakonom o javnoj nabavi, ni NOJN Pravilima, nije propisana obveza da omoguće pristup, odnosno uvid u dokumentaciju postupka javne nabave, što smatram da predstavlja pravnu prazninu.

³⁸⁸ U članku 10., stavku 6., 7. i 8., ZZNITV.

U postupku pred naručiteljem, sukladno već spomenutom Zaključku o pravnom shvaćanju DKOM od 17. studenoga 2016. godine, naručitelj je obavezan provjeriti je li ponuditelj odnosno natjecatelj naveo valjanu pravnu osnovu za označavanje podataka tajnima, sadržajno propitati osnovanost označavanja podataka tajnima te u konačnici odlučiti o pravu davanja na uvid dokumentacije koja je označena tajnom.

S obzirom da je člankom 197. važećeg Zakona o javnoj nabavi propisano da je prije početka postupka javne nabave javni naručitelj obavezan internom odlukom imenovati stručno povjerenstvo za javnu nabavu koje priprema i provodi postupak javne nabave te da najmanje jedan član stručnog povjerenstva za javnu nabavu mora posjedovati važeći certifikat u području javne nabave, što se primjenom odredbe članka 335. Zakona o javnoj nabavi odnosi i na sektorske naručitelje, smatram da bi obveza formiranja stručnog povjerenstva za javnu nabavu trebala biti propisana i za postupke nabave koje provode neobveznici Zakona o javnoj nabavi. Također, s obzirom na složenost pravne regulative glede zaštite povjerljivosti, odnosno tajnosti podataka, smatram da bi, radi veće pravne zaštite ponuditelja i natjecatelja u postupku javne nabave te ispravnog procjenjivanja i sadržajnog propitivanja da li je za označavanje tajnosti podataka navedena valjana prava osnova, kod svih naručitelja barem jedan član povjerenstva trebao posjedovati certifikat iz područja javne nabave, ali i imati završeno pravno obrazovanje.

Zasebna procedura kontrole postupanja naručitelja, glede ocjene i sadržajnog propitivanja da li je ponuditelj ili natjecatelj valjano označio pravnu osnovu za označavanje pojedinih podataka u postupku tajnima, u pojedinoj fazi ili stadiju postupka javne nabave u Republici Hrvatskoj nije propisana. Ukoliko postoji spor o povjerljivosti podataka, on u tijeku hrvatskog postupka javne nabave, kojeg provodi naručitelj, nije reguliran.

Također, ni pred DKOM, kao žalbenim tijelom, nisu propisana posebna pravila glede spora o tajnosti, odnosno povjerljivosti podataka. Naime, iz odredaba Zakona o javnoj nabavi i Uredbe o unutarnjem ustrojstvu Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, ni na jednom mjestu nije predviđena procedura temeljem koje bi DKOM omogućio žalitelju pristup dokumentaciji, odnosno dijelovima dokumentacije koje su tijekom postupka javne nabave označeni tajnima. Što se tiče postupka pred VUSRH, ni Zakonom o upravnim sporovima ni Sudskim poslovnikom nije propisana procedura zaštite procesnih prava stranke da u sudskome postupku, koji je proizašao iz postupka javne nabave, izvrši uvid u povjerljivu dokumentaciju spisa, uključujući i u onu dokumentaciju koja je u postupku javne nabave označena tajnom.

Vezano uz primjenu Zakona o pravu na pristup informacijama u samom postupku pred naručiteljem, odnosno pred DKOM ili VUSRH, iz sadržaja navedenog zakona proizlazi da se njegove odredbe ne primjenjuju na stranke u sudskim, upravnim i drugim na zakonu utemeljenim postupcima, kojima je dostupnost informacija iz tih postupaka utvrđena propisom.

Stoga, stranke se u postupku pred naručiteljem, u žalbenom postupku pred DKOM kao ni pred VUSRH, ne bi mogle uspješno pozivati na odredbe Zakona o pravu na pristup informacijama kako bi im se omogućio uvid u dokumentaciju koja je označena tajnom.

Kao mogućnost rješenja prethodno opisanih manjkavosti glede prava na uvid u dokumentaciju koja je u postupku javne nabave označena tajnom, u potpoglavlju 5.5. prikazan je usporedni postupak glede omogućavanja pristupa povjerljivim podacima u sudskom postupku koji se vodi osnovom ZZNITV. Zaštita povjerljivosti poslovnih tajni tijekom sudskog postupka temeljem navedenog zakona omogućena je obvezom zabrane korištenja ili otkrivanja povjerljive poslovne tajne tijekom, ali i nakon završetka sudskog postupka. Također, temeljem istog propisa i odredbi koje su prikazane u istom potpoglavlju rada, sud može na zahtjev stranke poduzeti posebne mjere potrebne za očuvanje povjerljivosti bilo koje poslovne tajne ili navodne poslovne tajne koja se koristi ili na koju se upućuje tijekom sudskog postupka koji se odnosi na nezakonito pribavljanje, korištenje ili otkrivanje poslovne tajne. Jedna od takvih mjera je i ograničavanje broja osoba koje mogu pristupiti dokumentima koje su dostavile stranke ili treće osobe, s time da je naglašeno da broj osoba kojima se omogućava pristup dokumentima „ne smije biti veći od onoga koji je potreban kako bi se osiguralo poštovanje prava stranaka sudskog postupka na djelotvoran pravni lijek i pošteno suđenje“.

Ova mjera uključuje najmanje jednu fizičku osobu svake stranke te odvjetnike ili druge zastupnike tih stranaka sudskog postupka. Slično rješenje je pronađeno i u poredbenom zakonodavstvu u kojem će više biti riječi u devetom poglavlju ovog rada.

Slijedom navedenog, generalno zaključujem, nakon analize pravne zaštite ponuditelja ili natjecatelja u slučaju ograničenja pristupa dokumentaciji u postupku javne nabave zbog prava na tajnost podataka, kako u postupku pred naručiteljem, tako i u postupku pred DKOM i VUSRH, te primjenom odredbi Zakona o pravu na pristup informacijama, da je pravna zaštita ponuditelja ili natjecatelja u takvim situacijama u Republici Hrvatskoj zakonski manjkavo uređena.

Međutim, prijedloge za zakonska rješenja je moguće pronaći kako u prikazanom usporednom postupku temeljem ZZNITV, tako i u poredbenom pravu o kojem će se govoriti u devetom poglavlju.

6. LEGITIMNOST OGRANIČAVANJA NAČELA TRANSPARENTNOSTI U POSTUPKU JAVNE NABAVE

6.1. Zaštita poslovne tajne

Autori Marco Bronckers i Natalie McNelis su se u svojem članku³⁸⁹ bavili pitanjima postupanja sa poslovnim tajnama u Europskoj uniji te su zaključili da poslovne tajne u mnogim državama članicama nisu priznate kao intelektualno vlasništvo. Do istog zaključka došla je i autorica Tanya Aplin u svojem radu „Right to Property and Trade Secrets“, o čemu je govoreno u potpoglavlju 3.1.1.2. ovog rada.

Ipak, navedeni autori Marco Bronckers i Natalie McNelis naglašavaju da je intelektualno vlasništvo u statusu temeljnog ljudskog prava već dulje vrijeme, a najmanje od Francuske revolucije te da je Europski sud za ljudska prava dao prilično širok i otvoren opis ekonomskih interesa nematerijalnih dobara znanja koja potpadaju pod imovinsko pravo koje štiti Konvencija te Protokol broj 1 uz Konvenciju. U tom kontekstu su istaknuli i važnost Povelje te su sve navedeno protumačili kao sudsko prepoznavanje važnosti politike inovacija i kreativnosti u Europi.³⁹⁰

Povelja u članku 7. regulira pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života na način da „svatko ima pravo na poštovanje svojeg privatnog i obiteljskog života, doma i komuniciranja“, dok je člankom 8. Povelje regulirano pravo zaštite osobnih podataka na način da „svatko ima pravo na zaštitu osobnih podataka koji se na njega ili nju odnose.“

Upravo se autor Peter Oliver u svojem članku³⁹¹ bavi pitanjima u kojoj mjeri gospodarski subjekti, i to uglavnom trgovačka društva, uživaju prava na privatnost i zaštitu podataka prema člancima 7. i 8. Povelje, posebno u svjetlu presuda koje je donio Europski sud za ljudska prava u predmetu *Schecke*³⁹² te Sud Europske unije u predmetima *Digital Rights Ireland*³⁹³ i *Google Spain*³⁹⁴.

³⁸⁹ Bronckers, Marco, McNeils, Natalie, Is the EU Obligated to Improve the Protection of Trade Secrets? An Inquiry into TRIPS, the European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights, [2012] E.I.P.R., Issue 10 © 2012 Thomson Reuters (Professional) UK Limited and Contributors, str. 673-688.

Članak dostupan na:

https://www.researchgate.net/publication/256034785_Is_the_EU_Obligated_to_Improve_the_Protection_of_Trade_Secrets_An_Inquiry_into_TRIPS_the_European_Convention_on_Human_Rights_and_the_EU_Charter_of_Fundamental_Rights, datum pristupa 26. ožujka 2022. godine.

³⁹⁰ *Ibid.*, str. 680.

³⁹¹ Objavljeno kao 13. poglavlje u knjizi „The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument Five Years Old and Growing“, urednici Bernitz, de Vries and Weatherill, Hart Publishing, 2015, str. 287-320.

³⁹² Slučaj C-92/09 [2010] ECR I-11063.

³⁹³ *Op.cit.*, bilješka 313.

³⁹⁴ Slučaj C-131/12, presuda od 13. svibnja 2014.

Navedeni autor je zaključio da temeljem sudske prakse ostaju neriješena mnoga pitanja, primjerice odnos između članaka 7. i 8. Povelje, u kojoj mjeri su pravne osobe zaštićene člankom 7. te štiti li uopće članak 8. pravne osobe. Općeniti zaključak³⁹⁵ istog autora je da fizičke osobe koje djeluju u profesionalnom ili gospodarskom smislu uživaju punu zaštitu iz članka 7. Povelje, iako njihova prava mogu biti više ograničena od prava fizičkih osoba koje djeluju u privatnom svojstvu. Potom, isti autor zaključuje da pravne osobe, uključujući trgovačka društva, uživaju neka prava iz članka 7. Povelje, dok fizičke osobe koje djeluju u profesionalnom ili gospodarskom smislu uživaju punu zaštitu iz članka 8. Povelje.

Koje je stavove glede navedenih pitanja, s posebnim naglaskom na prava priznata fizičkim osobama koje djeluju u profesionalnom ili gospodarskom smislu te prava priznata pravnim osobama, zauzeo Europski sud za ljudska prava u konkretnim slučajevima biti će riječi u potpoglavlju koje slijedi u nastavku. Želim naglasiti kako pretraživanjem sudske prakse Europskog suda za ljudska prava u pogledu pitanja zaštite tajnosti podataka u postupcima javne nabave nisam uspjela pronaći presude striktno vezane uz to područje³⁹⁶, već sam pronašla presude iz drugih grana prava, ali povezane sa pitanjem zaštite povjerljivosti podataka, odnosno zaštite poslovnih tajni, kao privatnih interesa s jedne strane, te zaštite javnog interesa, s druge strane, kao i s pitanjima glede potrebe balansiranja između ta dva dobra. Iz presuda Europskog suda za ljudska prava, koje će biti prikazane u slijedećem potpoglavlju proizlazi da pojam privatnog života, kojeg štiti Konvencija, ne znači da su profesionalne ili trgovačke aktivnosti fizičkih ili pravnih osoba isključene iz navedene zaštite.

Također, ovo poglavlje rada se bavi analizom legitimnosti ograničavanja načela transparentnosti u postupku javne nabave. Navedeno pitanje biti će razrađeno kroz tri temeljne legitimne osnove da se određeni podaci ne učine dostupni trećima, a to su zaštita poslovne tajne, zaštita poštenog tržišnog natjecanja te zaštita javnog interesa.³⁹⁷

Ujedno, s obzirom da se ovaj doktorski rad odnosi na ograničenje načela transparentnosti postupka javne nabave pravom na tajnost podataka, važno je za navesti, što se samog sudskog postupka općenito tiče, da je u preambuli ranije spomenute Direktive 2016/943 navedeno, među ostalim, da mogućnost da „tijekom sudskog postupka dođe do gubitka povjerljivosti poslovne tajne često odvraća zakonite nositelje poslovne tajne od pokretanja sudskog postupka za zaštitu svojih poslovnih tajni, čime se ugrožava učinkovitost predviđenih mjera, postupaka i pravnih sredstava.“ Naglašeno je da je

³⁹⁵ Str. 319. knjige „The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument Five Years Old and Growing“, eds. Bernitz, de Vries and Weatherill, Hart Publishing, 2015.

³⁹⁶ Pretraživanje je vršeno 15. listopada 2021. godine. Ključne riječi za pretraživanje su bile: public procurement, confidentiality, trade secret.

³⁹⁷ Ovu temeljnu kategorizaciju izvršila sam na temelju sveobuhvatno pročitane literature te analizirane sudske prakse.

zbog toga potrebno utvrditi „podložno odgovarajućim zaštitnim mjerama kojima se osigurava pravo na djelotvoran pravni lijek i pošteno suđenje, specifične zahtjeve koji za cilj imaju zaštitu povjerljivosti poslovne tajne koja je predmet spora, tijekom sudskog postupka pokrenutog radi njezine zaštite“, s time da bi se takva zaštita trebala primjenjivati i „nakon završetka sudskog postupka i sve dok informacije koje čine poslovnu tajnu nisu u javnoj domeni.“³⁹⁸

Također, u točki 25 preambule iste Direktive je navedeno, što smatram da je nužno te sam na to ukazala u prethodnom poglavlju, da bi takvi zahtjevi „trebali uključivati barem mogućnost ograničavanja kruga osoba koje imaju pravo pristupa dokazima ili ročištima, imajući na umu to da bi sve te osobe trebale podlijevati zahtjevima u vezi s povjerljivošću“, te objavljivanje „samo onih dijelova sudskih odluka koji nisu povjerljivi.“ Ujedno, a što sam prepoznala i u odvjetničkoj praksi, istom Direktivom je propisano i da „uzimajući u obzir činjenicu da je procjena naravi informacija koje su predmet spora jedna od glavnih svrha sudskog postupka“, da je „osobito važno osigurati kako učinkovitu zaštitu povjerljivosti poslovnih tajni tako i poštovanje prava stranaka tog postupka na djelotvoran pravni lijek i pošteno suđenje.“ Smatram da je u Republici Hrvatskoj, zbog manjkave zakonske regulacije glede prava na tajnost podataka u postupku javne nabave, narušeno pravo sudionika postupka nabave na djelotvoran pravni lijek i pošteno suđenje.

Glede kruga osoba koje bi imale pravo pristupa povjerljivoj dokumentaciji spisa, a nastavno i na usporedni postupak u Republici Hrvatskoj koji je prikazan u potpoglavlju 5.5., Direktiva 2016/943 u istoj točki 25 preambule navodi, među ostalim, da bi se ograničeni krug osoba trebao sastojati „od najmanje jedne fizičke osobe svake od stranaka kao i odvjetnika stranaka i, prema potrebi, drugih zastupnika koji u skladu s nacionalnim pravom posjeduju odgovarajuće kvalifikacije za branjenje i zastupanje interesa stranke u sudskom postupku.“ Naglašeno je da u slučaju da je jedna od stranaka pravna osoba, da bi ta stranka trebala moći „predložiti fizičku osobu ili fizičke osobe koje bi trebale biti dijelom tog kruga osoba kako bi se osiguralo da ta pravna osoba bude prikladno zastupljena“, kako bi se spriječilo ugrožavanje cilja ograničavanja pristupa dokazima i ročištima. Uključivanjem takvog pravila u hrvatsko zakonodavstvo omogućio bi se pristup poslovnoj tajni ograničenom krugu osoba, dok bi drugim osobama pristup bio legitimno ograničen, ali bi postojala ravnoteža između, s jedne strane prava na pristup poslovnoj tajni i, s druge strane, ostvarivanja prava na djelotvoran pravni lijek i pošteno suđenje.

³⁹⁸ Točka 24 preambule Direktive.

6.1.1. Praksa Europskog suda za ljudska prava

Kao što je istaknuto u potpoglavlju 2.3.1. rada, člankom 6., stavkom 3., Ugovora o Europskoj uniji propisano je da „temeljna prava, kako su zajamčena Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i kako proizlaze iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, čine opća načela prava Unije.“ Budući da se opća načela prava Europske unije mogu smatrati „inherentnim“ temeljnom pravnom poretku Europske unije, ista se ubrajaju u primarne izvore europskog prava³⁹⁹ te su pravno nadređena domaćem zakonodavstvu.

Zbog toga je, za primjenu općih načela⁴⁰⁰ europskog prava na konkretan slučaj koji se pojavi u praksi, pa tako i u pogledu pitanja zaštite poslovne tajne poslovnih subjekata, potrebno poznavati recentnu praksu Europskog suda za ljudska prava.

U nastavku će biti prikazano nekoliko presuda Europskog suda za ljudska prava⁴⁰¹ u kojima će biti razrađena temeljna prava kojima se i pravnim osobama jamči pravo na zaštitu poslovne tajne, u okviru zajamčenog prava na zaštitu privatnog i obiteljskog života iz članka 8. Konvencije. Radi se o prvom legitimnom ograničenju načela transparentnosti u postupku javne nabave, u vidu ograničenja pristupa povjerljivim podacima, uz opravdanje zaštite poslovne tajne.

6.1.1.1. Niemietz protiv Njemačke, broj zahtjeva 13710/88

Uvodno, poslovna tajna predstavlja jednu vrstu podataka koji se mogu pojaviti kao povjerljivi, odnosno tajni u postupcima javne nabave te koje ponuditelj ili natjecatelj legitimno može označiti tajnima. Ukoliko bi u ponudama, ili tijekom provedbe postupka javne nabave poslovna tajna koja podliježe pravnoj zaštiti, sukladno hrvatskom Zakonu o javnoj nabavi te drugim pozitivnim hrvatskim i europskim propisima, bila pravno neosnovano učinjena dostupnima drugim sudionicima postupka javne nabave, time bi, uz ispunjenje svih pretpostavki koje Konvencija traži, moglo doći do povrede članka 8. Konvencije. Naime, iz presude obrađene u ovom potpoglavlju nespornim proizlazi da se članak 8. Konvencije, koji štiti pravo na privatni i obiteljski život, dom i dopisivanje, odnosi i na profesionalne djelatnosti te na poslovne tajne poslovnih subjekata.

³⁹⁹ O tome više Čapeta, Tamara, Rodin, Siniša, Osnove prava Europske unije na temelju Lisabonskog ugovora, Narodne novine d.d., Zagreb, travanj 2010, str. 16.

⁴⁰⁰ O pitanju zaštite poslovne tajne kao općeg načela europskog prava biti će više riječi u potpoglavlju 6.1.2.

⁴⁰¹ Dalje u tekstu: Sud za ljudska prava.

U predmetu *Niemietz protiv Njemačke*⁴⁰², Sud za ljudska prava je presudu donio 16. prosinca 1992. godine. Podnositelj zahtjeva Sudu bio gospodin Niemietz koji je živio u Freiburgu im Breisgau⁴⁰³ gdje je imao odvjetnički ured. Dana 9. prosinca 1985. godine telefaksom iz pošte u Freiburgu bilo je poslano pismo sucu Okružnog suda u Freisingu glede kaznenog postupka koji se vodio pred tim sudom. Potpisnik pisma bio je "Klaus Wegner"⁴⁰⁴, a pismo je sadržavalo riječi "u ime antireligijske radne grupe Freiburg Bunte Liste". Podnositelj zahtjeva je neko vrijeme bio predsjedavajući Freiburske Bunte Liste⁴⁰⁵, a kolega s kojim je dijelio ured je također u tome smislu bio aktivan.

Do kraja 1985. godine Freiburska Bunte Lista je kao adresu za korespondenciju imala broj poštanskog pretinca koji je bio vidljiv i na predmetnom pismu. Protiv Klause Wegnera je bio pokrenut kazneni postupak zbog uvredljivog ponašanja, no sudski pozivi mu se nisu uspjeli uručiti. Kolega od podnositelja zahtjeva je odbio dati bilo kakve informacije o Klausu Wegneru ili o njegovom boravištu, a drugi pokušaji da ga se identificira nisu uspjeli. Stoga je Okružni sud u Münchenu izdao nalog⁴⁰⁶ za pretragu, među ostalim, odvjetničkog ureda gospodina Niemietz i njegovog kolege.

Prilikom obavljanja pretrage bila su pretražena i četiri ormarića sa podacima klijenata i šest pojedinačnih spisa, iako relevantni dokumenti nisu bili pronađeni.

Podnositelj zahtjeva, gospodin Niemietz, podnio je žalbu protiv naloga za pretragu, no ista je bila odbijena s obzirom da je pretraga već bila izvršena. Nakon toga je bio podnio ustavnu tužbu, no Savezni ustavni sud je o istoj odbio raspravljati.

Zatim je podnositelj zahtjeva podnio predstavku Komisiji za ljudska prava koja je istu proglasila djelomično prihvatljivom te iznijela jednoglasno mišljenje da je postojala povreda članka 8. Konvencije te je stoga predmet bio upućen Sudu.

Gospodin Niemietz je tvrdio da je pretraga njegovog odvjetničkog ureda predstavljala kršenje članka 8. Konvencije, koji je propisivao⁴⁰⁷: „1. Svatko ima pravo na poštovanje svoga privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja. 2. Javna vlast se neće miješati u ostvarivanje tog prava, osim u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi sprječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.“

⁴⁰² Presuda dostupna na [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:\[%22001-57887%22\]%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:[%22001-57887%22]%7D), datum pristupa 1. studenoga 2021. godine. Ova presuda nije službeno prevedena na hrvatski jezik, nego sam ju osobno prevela.

⁴⁰³ U njemačkoj saveznoj pokrajini Baden-Württemberg.

⁴⁰⁴ Moguće da se radilo o izmišljenoj osobi.

⁴⁰⁵ Lokalna politička partija.

⁴⁰⁶ 8. kolovoza 1986. godine.

⁴⁰⁷ Ovaj sadržaj članka 8. Konvencije istog je sadržaja i u trenutnoj, važećoj, Konvenciji.

Prilikom zaključivanja da je postojalo miješanje u privatni život i dom gospodina Niemietza, Komisija je pridala poseban značaj odnosima povjerenja koji postoje između odvjetnika i klijenta.

Sud je naveo da ne smatra mogućim niti nužnim da iscrpno definira pojam privatnog života, međutim, da bi bilo previše restriktivno ograničiti taj pojam na "unutrašnji krug" u kojem pojedinac može živjeti svoj vlastiti osobni život kako to on izabere i isključiti iz toga čitav vanjski svijet koji nije obuhvaćen tim krugom. Stoga je zaključeno da poštovanje privatnog života mora također obuhvaćati u određenom stupnju i pravo na uspostavljanje i razvijanje odnosa sa drugim ljudskim bićima.⁴⁰⁸

Nadalje je u presudi navedeno⁴⁰⁹, među ostalim, da ne postoji razlog zašto bi se shvaćanje pojma privatnog života trebalo uzeti na način da isključuje aktivnosti profesionalne ili poslovne prirode, budući da većina ljudi kroz profesionalni život ima značajnu, ako ne i najveću mogućnost razvoja odnosa sa vanjskim svijetom. Ovo mišljenje je Sud potkrijepio činjenicom kako nije uvijek moguće jasno razlikovati koja od aktivnosti pojedinca predstavlja dio njegovog profesionalnog ili poslovnog života, a koja ne. Sud je naveo kako, naročito u osobnom vršenju slobodne profesije, rad pojedinca u tom kontekstu može činiti dio njegovog života do takve razine da postaje nemogućim znati u kojem svojstvu on djeluje u datom trenutku.

Također, u pogledu riječi "dom", koja se pojavljuje u engleskom tekstu članka 8. Konvencije, Sud je naveo da je u određenim državama ugovornicama, naročito Njemačkoj, prihvaćeno da se taj izraz proteže i na poslovne prostorije. Navedeno je da je takvo tumačenje u potpunoj suglasnosti i s francuskim tekstom, jer da riječ "*domicile*" ima širu konotaciju nego riječ "dom" te da se može proširiti, primjerice, i na nečiji poslovni ured.⁴¹⁰

Iz navedene presude također proizlazi, među ostalim, da je tumačenje riječi "privatni život" i "dom", na način da uključuju određene profesionalne ili poslovne aktivnosti ili prostorije, u skladu sa osnovnim ciljem i svrhom članka 8. Konvencije, a taj je da zaštititi pojedinca od proizvoljnog miješanja javnih vlasti.

U točki 32 Presude Sud je dodatno naveo da je nalogom za pretragu bilo naređeno i oduzimanje "dokumenata", bez ograničenja, koji otkrivaju identitet Klause Wegnera. Prilikom pretrage bila su pretražena četiri ormarića sa podacima koji se tiču klijenata, kao i šest pojedinačnih spisa te su se te radnje nužno morale odnositi i na korespondenciju i materijale u odnosu na koje može doći do primjene članka 8. Konvencije. Naglašeno je, među ostalim, da Sud već ranije u brojnim

⁴⁰⁸ Točka 29 presude.

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ Točka 30 presude.

predmetima⁴¹¹, nije ni razmotrio mogućnost da članak 8. može biti neprimjenjiv na temelju toga što je korespondencija bila profesionalne prirode.

Slijedom navedenog, Sud je presudio da je pretraživanje ureda podnositelja zahtjeva predstavljalo miješanje u njegova prava iz članka 8. Konvencije.

U pogledu materijala koji su bili predmetom pretrage, Sud je naveo da je pretraga narušila tajnost profesije u mjeri koja je izgledala neproporcionalna u datim okolnostima. Posebno je naglašeno, da kada je odvjetnik umiješan u predmet, da se povreda profesionalne tajne može odraziti na pravo na pošteno suđenje zajamčeno člankom 6. Konvencije te da bi popratni publicitet imao negativne posljedice na profesionalnu reputaciju podnositelja zahtjeva, kako u očima klijenata, tako i u očima šire javnosti.

Slažem se u potpunosti sa stajalištima Suda izraženim u ovoj presudi. Naime, iako se iz sadržaja članka 8. Konvencije formalno i gramatički iščitava da se isti odnosi na pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja, što implicira da se radi o zaštiti prava fizičkih osoba iz njihovog privatnog i obiteljskog života, iz sadržaja presude donesene u ovome predmetu jasno je da je Sud dodatno potvrdio stajalište da do povrede članka 8. Konvencije može doći i u profesionalnom smislu, vezano uz poslovnu djelatnost.

Naime, konkretnom provedenom pretragom odvjetničkog ureda nisu bile poduzete mjere koje bi bile proporcionalne legitimnom cilju koji se želio postići, a taj je bio zaštita časti suca Miosga.⁴¹² Sama pretraga je narušila tajnost odvjetničke profesije uslijed uvida u četiri ormarića sa podacima koji su se ticali klijenata te u šest pojedinačnih spisa. Tom prilikom na uvid je bila omogućena korespondencija i materijali koji su bili obuhvaćeni profesionalnom tajnom u odnosu odvjetnik – klijent, a što se moglo negativno odraziti na profesionalnu reputaciju podnositelja zahtjeva kao odvjetnika te dovesti u pitanje i pravo na pošteno suđenje u predmetima u odnosu na koje su se odnosili predmetni spisi, korespondencija te ostali materijali.

Dakle, iz sadržaja ove presude proizlazi da je pretraga poslovnih prostorija odvjetničkog ureda u cilju zaštite časti suca predstavljala neopravdano miješanje u privatni život i dom podnositelja zahtjeva kao odvjetnika, s time da je pravo na poštovanje privatnog života ekstenzivno protumačeno i kao

⁴¹¹ Predmet *Schönenberger i Durmaz protiv Švicarske*, broj zahtjeva 11368/85 te predmet *Campbell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, broj zahtjeva 13590/88.

⁴¹² U točki 36 presude je izvorno navedeno: „Like the Commission, the Court finds that, as was not contested by the applicant, the interference pursued aims that were legitimate under paragraph 2 of Article 8 (art. 8-2), namely the prevention of crime and the protection of the rights of others, that is the honour of Judge Miosga.“

pravo na poštovanje profesionalnog života, a pravo na poštovanje doma je protumačeno i kao pravo na zaštitu poslovnih prostorija.

Stoga se može zaključiti, da je u ovom predmetu legitimno ograničenje prava pristupa odvjetničkoj dokumentaciji i spisima bilo zaštita poslove, odnosno odvjetničke tajne kako se klijentima involviranim u navedene spise u konačnici ne bi narušilo pravo na pošteno suđenje iz članka 6. Konvencije.

Smatram da su u svrhu otkrivanja počinitelja predmetnog kaznenog djela trebale biti određene druge dokazne radnje koje ne bi obuhvatile pretragu odvjetničkog ureda te pristup povjerljivoj dokumentaciji spisa klijenata, ili da je pristup povjerljivoj dokumentaciji trebao biti osiguran sa zaštitnim mjerama te ograničen na određeni broj osoba kojima bi bilo naloženo čuvati povjerljivima podatke kojima se pristupilo, kako time ne bi došlo do povrede članka 8. Konvencije.

Kao što je uvodno istaknuto, sadržaj ove presude je bitan za poslovne subjekte u odnosu na koje bi u pojedinoj situaciji pravno neosnovano bilo pristupljeno njihovim povjerljivim podacima, odnosno poslovnim tajnama, uključujući i u postupcima javne nabave. Ova presuda jasno potvrđuje da članak 8. Konvencije, u tome smislu, štiti pravo na zaštitu poslovne tajne poslovnih subjekata, odnosno pravnih osoba ili fizičkih osoba u okviru obavljanja njihovih profesionalnih djelatnosti. Ukoliko bi došlo do povrede zaštite poslovne tajne ponuditelja ili natjecatelja u postupku javne nabave, isti bi mogli crpiti argumente iz predmetne presude, naravno uz ispunjenje svih drugih pravnih pretpostavki, da im je povrijeđen članak 8. Konvencije.

6.1.1.2. Soci  t   Colas Est i drugi protiv Francuske, broj zahtjeva 37971/97

Presuda koja je prikazana u ovom potpoglavlju dodatno potvrđuje da poslovne tajne pravnih osoba nesporno uživaju pravnu zaštitu iz članka 8. Konvencije.

Stoga, iako je s jedne strane potrebno sudionicima postupka javne nabave omogućiti uvid u povjerljivu dokumentaciju spisa, pa i onu zaštićenu poslovnom tajnom, kako bi mogli ostvariti svoja prava na pošteno suđenje i pravo na djelotvoran pravni lijek iz članka 6. i 13. Konvencije, tako je, s druge strane, potrebno zaštititi poslovnu tajnu pojedinog sudionika ili natjecatelja u postupku javne nabave kako mu se ne bi prekršio članak 8. Konvencije.

Radi se sukobima zajamčenih prava, a čiji sukob se rješava balansiranjem, o čemu će biti više rije  i u potpoglavlju 6.3. te u sedmom poglavlju.

Što se tiče same presude donesene u predmetu *Société Colas Est i drugi protiv Francuske*, ista je od strane Suda za ljudska prava donesena 16. travnja 2002. godine.⁴¹³ U tom predmetu je činjenično stanje bilo takvo da su se trgovačka društva Colas Est, Colas Ouet i Sacer⁴¹⁴ bavila cestogradnjom u Republici Francuskoj. Glavna uprava za tržišno natjecanje, potrošačka pitanja i prevenciju prijevara, pokrenula je istragu 1985. godine, prilikom koje je bila zaplijenjena velika količina dokumentacije iz koje je bilo vidljivo da su u vezi s određenim ugovorima bili sklapani zabranjeni sporazumi te su podnositelji zahtjeva bili novčano kažnjeni zbog nezakonitih radnji. Podnositelji zahtjeva su podnijeli žalbu Žalbenom sudu u Parizu te su osporavali zakonitost istraga i provedenih zapljena dokumentacije, uz argumente da su bile provedene bez odgovarajućeg sudskog naloga. Međutim, Žalbeni sud je bio potvrdio novčane kazne koje je izreklo Vijeće za zaštitu tržišnog natjecanja.⁴¹⁵ Daljnje žalbe podnositelja zahtjeva je Kasacijski sud odbio.

Sud za ljudska prava je u presudi naglasio⁴¹⁶ da su u konkretnom predmetu podnositelji zahtjeva bili pravne osobe koje su tvrdile da im je povrijeđeno pravo na poštovanje njihovih prava "u domu" u smislu članka 8. Konvencije. U pogledu navedenog Sud za ljudska prava je istaknuo, kao i u presudi koja je obrađena u prethodnome potpoglavlju, da riječ „*domicile*”⁴¹⁷ ima šire značenje od riječi „dom” te da se može proširiti i na mjesto vezano uz profesionalnu djelatnost pojedinca. Glede navedenog je Sud upro upravo na točku 30 presude obrađenu u prethodnom potpoglavlju.

U točki 41 presude Sud je naveo da je Konvencija živi instrument koji se treba tumačiti u svjetlu današnjih okolnosti te da je Sud za ljudska prava, što se tiče prava zajamčenih trgovačkim društvima Konvencijom, već priznao trgovačkim društvima pravo na naknadu neimovinske štete zbog povrede članka 6., stavka 1., Konvencije.⁴¹⁸ Stoga je Sud za ljudska prava u istoj točki presude naveo da na temelju dinamičkog tumačenja Konvencije, smatra kako je došlo vrijeme da se odluči da se prava zajamčena člankom 8. Konvencije mogu u određenim okolnostima tumačiti na način da uključuju i pravo na poštovanje sjedišta, podružnica ili drugih poslovnih prostora.

Sud za ljudska prava je, među ostalim, naveo⁴¹⁹ da su istrage, koje su naložila državna tijela, provedene istovremeno na adresama društava podnositelja zahtjeva i njihovih podružnica, temeljem popisa tvrtki koje je trebalo istražiti. Inspektori su bez sudskog odobrenja ulazili u prostorije društava

⁴¹³ Presuda je dostupna na <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60431%22%5D%7D>, datum pristupa 18. studenoga 2021. godine. Ova presuda nije službeno prevedena na hrvatski jezik, nego sam ju osobno prevela.

⁴¹⁴ Dalje u tekstu: podnositelji zahtjeva.

⁴¹⁵ Kazna je iznosila pet milijuna franaka za prvo podnositelja zahtjeva, tri milijuna franaka za drugo podnositelja zahtjeva i šest milijuna franaka za treće podnositelja zahtjeva.

⁴¹⁶ Točka 40 presude.

⁴¹⁷ U francuskoj verziji članka 8. Konvencije.

⁴¹⁸ U predmetu *Comingersoll protiv Portugala*, broj zahtjeva 35382/97.

⁴¹⁹ Točka 46 presude.

podnositelja zahtjeva i njihovih podružnica kako bi pribavili i oduzeli niz dokumenata koji su sadržavali dokaze o nezakonitim sporazumima. Sud za ljudska prava je stoga zaključio da su predmetne službene radnje, zbog načina na koji su počinjene, bile miješanje u domove društava podnositelja zahtjeva.

Sud je u točki 47 presude navedeno kako je istina da je Sud za ljudska prava dosljedno presuđivao da države ugovornice imaju određeno diskrecijsko pravo u procjeni nužnosti intervencije, ali da to ide „ruku pod ruku s europskim nadzorom“⁴²⁰ te da se iznimke predviđene člankom 8., stavkom 2., Konvencije moraju usko tumačiti, kao i da potreba za takvim iznimkama mora uvjerljivo postojati.

Sud za ljudska prava je također zaključio⁴²¹ da iako opseg poduzetih mjera, kako je istaknula Vlada, radi sprječavanja nestanka ili prikrivanja dokaza o nekonkurentnim praksama, opravdava osporeno miješanje u pravo podnositelja pritužbe na poštovanje njihovih prostorija, da bi ipak relevantno zakonodavstvo i praksa trebali osigurati odgovarajuću i učinkovitu zaštitu od zlouporaba.

Sud za ljudska prava je stoga, u točki 49 Presude, istaknuto da prethodno nije bio slučaj u konkretnom predmetu. Naime, što se tiče spornog razdoblja, navedeno je da se od Suda za ljudska prava nije zahtijevalo da izrazi svoje stavove o zakonodavnim reformama iz 1986. godine koje su zahtijevale da suci moraju odobriti prethodne istražne ovlasti. Nadležna nacionalna tijela imala su vrlo široke ovlasti prema Uredbi iz 1945. godine te isključivu nadležnost za utvrđivanje prikladnosti, broja, duljine i opsega istraga. Predmetne istrage bile su provedene bez ikakvog prethodnog jamstva da će ih narediti sudac. Stoga je Sud za ljudska prava zaključio da se, čak i uz pretpostavku da pravo na intervenciju može biti opsežnije kada se odnosi na poslovni prostor pravne osobe, u svjetlu ponašanja predmetnih spornih akata u području zaštite tržišnog natjecanja, ne može smatrati nužno proporcionalnim legitimnim ciljevima kojima se teži.

Slijedom navedenog je bilo presuđeno da je opisanim postupanjem došlo do povrede članka 8. Konvencije.

Dakle, ova presuda je važna s aspekta potvrde od strane Suda za ljudska prava da se prava zajamčena člankom 8. Konvencije mogu u određenim okolnostima tumačiti na način da uključuju pravo na poštovanje sjedišta, podružnica ili drugih poslovnih prostora trgovačkih društava.

Neovisno o formalno gramatičkom sadržaju odredbe članka 8. Konvencije Sud za ljudska prava je naglasio kako je Konvencija živi organizam koji se prilagođava novim životnim i društvenim

⁴²⁰ „Hand in hand with European supervision“.

⁴²¹ Točka 48 presude.

promjenama pa se tako pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja, odnosi, osim na fizičke osobe, i na pravne osobe te njihovo pravo na poštovanje profesionalnog života i poslovnih prostorija.

Opisanu zaštitu koja se odnosi i na pravne osobe smatram apsolutno nužnom, s obzirom da pravna osoba također ima svoju pravnu osobnost i predstavlja subjekt prava sa svojim imovinskim i neimovinskim⁴²² interesima. Važno je da je Sud za ljudska prava u ovoj presudi naglasio da se iznimke predviđene člankom 8., stavkom 2., Konvencije, koje se odnose na situacije kada je dozvoljeno da se javna vlast miješa u prava poštovanja privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja, moraju usko tumačiti te da potreba za takvim iznimkama mora uvjerljivo postojati. U protivnom se, prema mojem mišljenju, radi o legitimnom ograničenju pristupa poslovnim prostorijama i dokumentaciji. Slijedom navedenog, i u postupcima javne nabave, a posebice s obzirom na postojeću praksu Suda za ljudska prava, potrebno je imati na umu prava koja poslovnim subjektima, u pogledu neovlaštenog pristupa njihovoj dokumentaciji, pripadaju sukladno Konvenciji.

6.1.1.3. Peck protiv Ujedinjenog Kraljevstva, broj zahtjeva 44647/98

Sadržaj presude⁴²³ koju je Sud za ljudska prava donio u predmetu *Peck protiv Ujedinjenog Kraljevstva* 28. siječnja 2003. godine bitan je za ovaj rad prvenstveno zbog zaključaka danih u istoj presudi vezano uz otkrivanje osobnih podataka, koji se mogu pojaviti kao povjerljivi i u postupku javne nabave. Sud za ljudska prava je jasno naglasio da je nadležnim nacionalnim tijelima potrebno ostaviti polje slobodne procjene u uspostavljanju pravedne ravnoteže između relevantnih sukobljenih javnih i privatnih interesa.

Sud za ljudska prava se u tom predmetu bavio i procjenom je li objavljivanje spornog privatnog materijala bilo popraćeno dovoljnim zaštitnim mjerama za sprječavanje otkrivanja te je li postojalo alternativno postupanje koje bi zaštitilo podnositelja zahtjeva na način da se prije otkrivanja njegovih osobnih podataka zatraži njegov pristanak. U presudi je zaključeno da je otkrivanje podataka u konkretnom slučaju predstavljalo nerazmjerno i neopravdano „miješanje u privatni život podnositelja zahtjeva“ čime je došlo do povrede članka 8. Konvencije.

⁴²² Primjerice, pravo na ugled i čast.

⁴²³ Presuda je dostupna na

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2244647/98%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-60898%22%5D%7D>, datum pristupa 20. studenoga 2021. godine. Ova presuda nije službeno prevedena na hrvatski jezik, nego sam ju osobno prevela.

Dakle, analognom primjenom i na postupak javne nabave, zaključuje se kako je, prije otkrivanja osobnih podataka koji se mogu pojaviti u postupku javne nabave, potrebno poduzeti mjere kako bi se zaštitio privatni interes osobe o čijim podacima se radi. Smatram da bi, s obzirom na sve što je glede osobnih podataka u postupcima javne nabave obrađeno u trećem poglavlju rada, bilo svakako uputno, kao primarnu mjeru zaštite osobnih podataka fizičke osobe, zatražiti privolu te iste osobe za davanje njezinih osobnih podataka na uvid trećima, odnosno za objavu istih podataka kroz propisane obavijesti o nabavi.

Što se same presude tiče, podnositelj zahtjeva u konkretnom predmetu je bio gospodin Geoffrey Dennis Peck te je njegov zahtjev bio vezan uz pritužbu da je prilikom otkrivanja televizijskih snimaka došlo do objavljivanja i emitiranja njegovih slika, čime da je bila povrijeđena odredba članka 8., ali i članka 13.⁴²⁴ Konvencije.

Konkretnije činjenice slučaja su bile te da je podnositelj zahtjeva živio u Essexu u Engleskoj, a u veljači 1994. godine Vijeće grada Brentwooda odobrilo je smjernice za rad i upravljanje Closed-circuit television.⁴²⁵ Prema tim smjernicama, operator nadzora je imao izravnu vizualnu i audio vezu s policijom pa ukoliko bi se smatralo da se dogodio incident koji zahtijeva policijsku intervenciju, snimljene snimke su mogle biti proslijeđene policiji.

Sporni incident dogodio se iz razloga što je podnositelj zahtjeva patio od depresije zbog osobnih i obiteljskih razloga te je 20. kolovoza 1995. godine u kasnim satima sam hodao glavnom ulicom prema središnjem raskrižju u centru Brentwooda s kuhinjskim nožem u ruci te je pokušao počiniti samoubojstvo prerezavši si zapešća. Zaustavio se na raskrižju te se nagnuo preko ograde prema prometu, s nožem u ruci. Nije bio svjestan da je CCTV kamera bila postavljena na prometnom otoku ispred raskrižja te da je snimala njegovo kretanje.

Objavljena CCTV snimka nije pokazivala kako podnositelj zahtjeva reže zapešća, budući je operater bio upozoren isključivo na osobu na raskrižju koja posjeduje nož.

CCTV operater je o navedenom događaju obavijestio policiju koja je stigla te od podnositelja zahtjeva oduzela nož. Podnositelju zahtjeva je bila pružena liječnička pomoć te je bio odveden u policijsku postaju, nakon čega je pritvoren te potom i pušten bez optužbe.

⁴²⁴ Članak 13. Konvencije: „Pravo na djelotvoran pravni lijek

Svatko čija su prava i slobode koje su priznate u ovoj Konvenciji povrijeđene ima pravo na djelotvorna pravna sredstva pred domaćim državnim tijelom čak i u slučaju kad su povredu počinile osobe koje su djelovale u službenom svojstvu.“

⁴²⁵ Slobodan prijevod: Nadzor zatvorenog kruga, dalje u tekstu: CCTV.

Naknadno, radna skupina Vijeća za CCTV je odobrila objavljivanje redovitih novinskih priloga te je prvi prilog bio objavljen u listopadu 1995. godine.

Potom, i Brentwood Weekly News je upotrijebio fotografiju predmetnog događaja s podnositeljem zahtjeva, s otkrivenim licem, na naslovnoj stranici te je bio objavljen članak o korištenju i prednostima CCTV sustava.

Zatim, i u lokalnom žutom listu⁴²⁶ pojavio se članak ponovno popraćen fotografijom podnositelja zahtjeva, preuzetom sa CCTV snimke. Također, i „Anglia Television“ je tražila predmetnu snimku. U listopadu 1995. isječci iz te snimke bili su uključeni u informativni program o CCTV sustavu, lokalnom emitiranju prosječnoj publici od 350.000 ljudi. Lice podnositelja zahtjeva bilo je prikriveno na usmeni zahtjev Vijeća, no prepoznatljiva frizura i brkovi podnositelja zahtjeva učinili su ga lako prepoznatljivim svima koji su ga poznavali. Nakon toga je došlo i do prikazivanja dokumentarnih programa koji su se odnosili na CCTV sustav. Podnositelj zahtjeva je potom postao svjestan da je snimak s njime objavljen i da je prepoznato da se radi o njemu. No, budući je i dalje bio u depresiji, nije ništa poduzimao. Potom je ponovno u žutom lokalnom oglašivaču bio objavljen članak s fotografijom podnositelja zahtjeva te ga je još više ljudi prepoznalo.

Zatim je predmetna snimka CCTV-a bila dostavljena i producentima „Crime Beat“, serije na nacionalnoj televiziji BBC s prosječno 9,2 milijuna gledatelja. Vijeće CCTV-a je bilo zatražilo od BBC-a da se na snimci nitko ne smije identificirati i da sva lica moraju biti prikrivena. Međutim, prijatelji podnositelja zahtjeva su mu rekli da su ga vidjeli u najavama za epizodu „Crime Beat“ te je podnositelj podnio žalbu Vijeću na predstojeći program koje je kontaktiralo producente koji su potvrdili da je njegova slika bila prikrivena. Potom je epizoda bila emitirana, te iako je slika podnositelja bila prikrivena, mnogi koji su poznavali podnositelja zahtjeva su ga prepoznali.

Podnositelj zahtjeva je tvrdio, među ostalim, da je otkrivanje relevantnih snimaka CCTV-a od strane Brentwood Borough Councila, koje je rezultiralo objavljivanjem i emitiranjem njegovih prepoznatljivih slika, predstavljalo nerazmjerno miješanje u njegovo pravo na poštovanje njegovog privatnog života zajamčeno člankom 8. Konvencije.

Odlučujući o podnositeljevom zahtjevu, Sud za ljudska prava je u točki 57 presude naveo da je privatni život širok pojam koji nije podložan iscrpnoj definiciji te da je Sud za ljudska prava već utvrdio da su elementi kao što su spolna identifikacija, ime, seksualna orijentacija i seksualni život važni elementi osobne sfere zaštićene člankom 8. Konvencije. Ujedno je od strane Suda za ljudska

⁴²⁶ Naklada je iznosila približno 24.000 primjeraka, točka 14 presude.

prava navedeno da taj članak također štiti pravo na identitet i osobni razvoj, te pravo na osnivanje i razvoj, odnose s drugim ljudskim bićima i vanjskim svijetom te da može uključivati aktivnosti profesionalne ili poslovne prirode. Naglašeno je kako stoga postoji zona interakcije osobe s drugima, čak i u javnom kontekstu, koja može potpasti u okvir „privatnog života”.

Nadalje je u točki 58 presude navedeno: “Postoji niz elemenata relevantnih za razmatranje je li privatni život osobe u pitanju u mjerama koje se provode izvan nečijeg doma ili privatnih prostorija. Budući da postoje slučajevi kada se ljudi svjesno ili namjerno uključuju u aktivnosti koje su ili bi mogle biti zabilježene ili prijavljene na javni način, razumna očekivanja osobe u pogledu privatnosti mogu biti značajan, iako ne nužno odlučujući čimbenik. Osoba koja prođe ulicom, neizbježno će biti vidljiva bilo kojoj javnosti koja je također tamo prisutna. Sličnog je karaktera i nadzor tehnološkim sredstvima u javnosti (primjerice, zaštitar koji gleda putem ekrana ograničenog kruga). Međutim, mogu se pojaviti razmišljanja o privatnom životu kada se pojavi sustavna ili trajna evidencija o takvom materijalu iz javnog područja.”

Zaključeno je od strane Suda za ljudska prava da praćenje radnji pojedinca na javnom mjestu korištenjem fotografske opreme koja ne bilježi vizualne podatke kao takvo ne dovodi do uplitanja u privatni život pojedinca. No, s druge strane, bilježenje podataka i sustavna ili trajna priroda zapisa mogu dovesti do takvih uplitanja.

Sud za ljudska prava je u konačnici zaključio da je objavljivanje predmetnih snimaka podnositelja zahtjeva od strane Vijeća „predstavljalo ozbiljno miješanje u pravo podnositelja zahtjeva na poštovanje njegovog privatnog života.”

U točki 77 presude Sud za ljudska prava je naveo da, u predmetima koji se odnose na otkrivanje osobnih podataka, nadležnim nacionalnim tijelima treba ostaviti polje slobodne procjene u uspostavljanju pravedne ravnoteže između relevantnih sukobljenih javnih i privatnih interesa.

Sud za ljudska prava je, među ostalim, obrazložio da je primijetio prirodu i ozbiljnost uplitanja u privatni život podnositelja zahtjeva, no i da cijeni snažan interes države za otkrivanje i sprječavanje kriminala te da nije sporno da CCTV sustav igra važnu ulogu u tim aspektima.

Podnositelj zahtjeva je također prigovorio da na temelju članka 13. Konvencije, u vezi s člankom 8. Konvencije, nije imao djelotvoran domaći pravni lijek u vezi s relevantnim objavama od strane Vijeća.

Sud za ljudska prava se s navedenim složio te, među ostalim, zaključio da sudska revizija podnositelju zahtjeva nije pružila djelotvoran pravni lijek u odnosu na povredu njegova prava na poštovanje

privatnog života. U odnosu na pritužbu podnesenu Komisiji za medije, budući da ta Komisija nije imala zakonski ovlast podnositelju zahtjeva dodijeliti naknadu štete, Sud za ljudska prava je zaključio da ni ona nije mogla pružiti djelotvoran pravni lijek.

Podnositelju zahtjeva je Sud za ljudska prava dosudio neimovinsku štetu te je presudio, jednoglasno, da je došlo do povrede članka 8. te do povrede članka 13. u svezi s člankom 8. Konvencije.

Ova sudska praksa je bitna i zbog utvrđenja da je došlo do povrede članka 13. Konvencije glede podnositeljeva prava na pravni lijek, s obzirom da podnositelj zahtjeva u domaćem zakonodavstvu nije imao djelotvorno pravno sredstvo u odnosu na povredu njegovog prava, budući da tijelo koje mu je pružalo zaštitu nije imalo ovlasti dosuditi mu i naknadu štete. Smatram da ni u okviru hrvatskog postupka javne nabave ne postoji djelotvorno pravno sredstvo u slučaju kada u postupku javne nabave ponuditelj ili natjecatelj zatraže na uvid pojedine podatke koji su označeni tajnima te im isti zahtjev bude, prema njihovim stavovima, neosnovano odbijen, ili pak u slučaju kada bi određeni podaci koje su ponuditelj ili natjecatelj označili tajnima bili otkriveni drugim sudionicima postupka javne nabave. U takvom slučaju ne bi preostajalo drugo, nego osobi, bilo fizičkoj, bilo pravnoj, kojoj bi bila počinjena koja od navedenih povreda, da isto istakne u okviru podnošenja žalbe DKOM ili u tužbi VUSRH, s obzirom da poseban postupak glede spora o povjerljivosti u okviru hrvatskog postupka javne nabave zakonom nije propisan. Za samu naknadu štete bi se trebala pokrenuti posebna parnica pred nadležnim građanskim sudom, s obzirom da je važećim člankom 435. Zakona o javnoj nabavi izričito propisano da „svaka osoba koja je pretrpjela štetu“ zbog povreda Zakona o javnoj nabavi „ima mogućnost naknade štete pred nadležnim sudom prema općim propisima o naknadi štete.“

6.1.2. Zaštita poslovne tajne kao opće načelo prava Europske unije

Opća načela prava Europske unije su pravila koja se očituju kroz praksu Suda Europske unije. Radi se o nepisanim pravilima, ali su ista općeprihvaćena i nalaze se na vrhu hijerarhije pravnih propisa te obvezuju institucije Europske unije i države članice. S obzirom da je člankom 141.c Ustava Republike Hrvatske⁴²⁷ propisano, među ostalim, da je ostvarivanje prava koja proizlaze iz pravne stečevine Europske unije izjednačeno s ostvarivanjem prava koja su zajamčena hrvatskim pravnim poretom, kao i da hrvatski sudovi štite subjektivna prava utemeljena na pravnoj stečevini Europske unije, to su opća načela prava Europske unije primjenjiva i u hrvatskom pravnom poretku.

⁴²⁷ Narodne novine 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 5/2014.

Slijedom navedenog, u nastavku će biti prikazane dvije odluke donesene od strane Suda Europske unije u kojima je zaštita poslovne tajne proklamirana kao priznato opće načelo prava Europske unije.

6.1.2.1. Presuda Suda Europske unije u predmetu Akzo Chemie BV i AKZO Chemie UK Ltd protiv Europske komisije od 24. lipnja 1986. godine

U presudi, koju je Sud Europske unije donio 24. lipnja 1986. godine u predmetu *AKZO Chemie BV i AKZO Chemie UK Ltd protiv Europske Komisije*⁴²⁸, izričito je potvrđeno da zaštita poslovne tajne predstavlja opće načelo prava Europske unije.

U tome predmetu su AKZO Chemie BV i AKZO Chemie UK Ltd podnijeli zahtjev Sudu Europske unije da na temelju odredbe, tada važećeg, članka 173. Ugovora o osnivanju Europske ekonomske zajednice⁴²⁹ proglasi ništetnom odluku Europske komisije⁴³⁰ da se dokumenti povjerljive prirode mogu dati na uvid trećoj osobi koja je podnijela prijavu Europskoj komisiji.

AKZO Chemie BV i AKZO Chemie UK Ltd bili su dio AKZO grupe koja je bila najveći dobavljač u Uniji benzoil peroksida. Isti proizvod proizvodili su i manji dobavljači iz Ujedinjenog Kraljevstva koji su podnijeli prijavu Komisiji, u kojoj su tvrdili da je bio prekršen članak 86. Ugovora o EEZ. Postupajući po navedenoj prijavi, službenici Komisije su proveli istragu u prosincu 1982. godine u uredima AKZO Chemie BV i AKZO Chemie UK Ltd, kojom prilikom su izuzeli i određenu dokumentaciju.

Komisija je bila utvrdila da je AKZO grupa doista prekršila članak 86. Ugovora o EEZ prodavajući benzoil peroksid kupcima drugih spomenutih dobavljača, po diskriminacijskim i iznimno niskim cijenama.

Tim dobavljačima Komisija je dostavila izvješće uz napomenu da mogu pristupiti određenim dokumentima kako bi podnijeli svoja očitovanja, uz napomenu da se pristup navedenim dokumentima može koristiti samo u svrhu provedbe postupka pred Komisijom.

Skupina dobavljača je tražila pristup dokumentima uz obrazloženje da je svrha istog omogućavanje njihovog prava da budu saslušani tijekom upravnog postupka. Komisija je o navedenome obavijestila

⁴²⁸Presuda Suda Europske unije, broj C-53/85, [1986], ECR 1965, dostupna na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61985CJ0053&from=en>, datum pristupa 6. ožujka 2022. godine. Ova presuda nije službeno prevedena na hrvatski jezik, nego sam ju osobno prevela.

⁴²⁹ Dalje u tekstu: Ugovor o EEZ.

⁴³⁰ Dalje u tekstu: Komisija.

AKZO grupu uz napomenu da neće otkriti nikakve dokumente koji bi bili zaštićeni poslovnim tajnom, osim one koji predstavljaju izravno kršenje članka 86. Ugovora o EEZ.

AKZO grupa se navedenom protivila te je, među ostalim, priložila popis dokumenata za koje je tvrdila da su povjerljivi i u odnosu na koje nije dala pristanak da se učine dostupnima drugim dobavljačima.

Komisija je ipak navedene dokumentne učinila dostupnima drugim dobavljačima. Stoga je AKZO grupa je 22. veljače 1985. godine podnijela Sudu Europske unije tužbu glede proglašenja ništetnom odluke Komisije kojom je skupini dobavljača dostavljena odluka sa njihovim povjerljivim dokumentima, uz prijedlog da Sud Europske unije izrekne nalog Komisiji da od skupine dobavljača zatraži povrat povjerljivih dokumenata.

Sud Europske unije je prihvatio tužbeni zahtjev da se odluka Komisije proglasi ništetnom, no nije prihvatio zahtjev u pogledu toga da se izda nalog Komisiji da naloži skupini dobavljača vraćanje dokumenata. Sud Europske unije je odlučio da nije nadležan donositi takvu odluku, već da je „na instituciji čiji je akt proglašen ništavim da poduzme mjere kako bi se postupanje uskladilo sa presudom Suda.“⁴³¹

Ujedno, Sud Europske unije je ukazao i da članak 20. Uredbe 17/62⁴³² sadrži stavak 2., koji propisuje da „Komisija i ovlaštena tijela u državama članicama, njihovi dužnosnici i službenici neće otkriti informacije koje su dobivene kao rezultati primjene navedene Uredbe i zaštićene su obvezom poslovne tajne.“⁴³³ Sud Europske unije je naveo i da je navedena odredba Uredbe ublažena drugim odredbama iz iste Uredbe „u svezi trećih strana kojima članak 19. Uredbe daje pravo na saslušanje, odnosno u odnosu na treću stranu koja je podnijela prijavu.“⁴³⁴

Najvažnije, u točki 28 ove presude, Sud Europske unije je naveo da se spomenuta ovlaštenja ipak ne odnose na sve dokumente koji su vezani poslovnim tajnom te da članak 21. gore spomenute Uredbe, glede javnog objavljivanja podataka, izuzima objavu podataka vezanih uz poslovne tajne.

Izričito je u istom paragrafu presude navedeno da se na taj način „poslovnim tajnama pruža posebna zaštita“ te da, iako se odredbe o zaštiti poslovne tajne obrađuju u različitim situacijama, da se te odredbe „moraju smatrati kao izraz općeg načela koje vrijedi tijekom upravnog postupka.“

⁴³¹ Točka 23 presude.

⁴³² Council Regulation 17/62/EEC First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, dostupno na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31962R0017&from=EN>, datum pristupa 7. ožujka 2022. godine.

⁴³³ Točka 26 presude.

⁴³⁴ Točka 27 presude.

Sud Europske unije je zaključio da temeljem navedenog proizlazi da se trećoj osobi, koja je podnijela prijavu, ni u kojim okolnostima ne smije omogućiti pristup dokumentima koji sadrže poslovne tajne. Bilo koje drugo rješenje bi moglo dovesti do neprihvatljivih posljedica u vidu da bi pojedini poslovni subjekti mogli podnijeti prijavu Komisiji isključivo s ciljem kako bi im se omogućio pristup povjerljivoj dokumentaciji konkurenata. Time bi mogla biti prouzročena šteta subjektima o čijoj se povjerljivoj dokumentaciji radi.

Temeljem, među ostalim, takvih zaključaka presuđeno je da je odluka Komisije, na osnovi koje je dokumentacija AKZO grupe koja je sadržavala poslovne tajne bila učinjena dostupnom drugoj skupini dobavljača, ništetna.

6.1.2.2. Presuda Suda Europske unije u predmetu *Samenwerkende Elektriciteits-Produktiebedrijven NV* protiv Europske komisije od 19. svibnja 1994. godine

Sud Europske unije je 19. svibnja 1994. godine donio presudu u predmetu *Samenwerkende Elektriciteits-Produktiebedrijven NV protiv Europske komisije*⁴³⁵, u kojoj je zauzeto isto stajalište da se zaštita poslovne tajne smatra općim načelom prava Europske unije.

Taj predmet se također ticao postupanja sukladno Uredbi 17/62. Naime, iako je temeljem navedene Uredbe Europska komisija bila dužna nadležnim tijelima država članica dostaviti preslike najvažnijih dokumenata koji su joj bili podneseni, tijela država članica su bila dužna sukladno članku 20. iste Uredbe ne otkrivati informacije koje su obuhvaćene zaštitom poslovne tajne. Ipak, takve informacije nadležna tijela su smjela koristiti u obavljanju svojih dužnosti.

Sud Europske unije je naglasio da, iako je sukladno pravilima o tržišnom natjecanju Europska komisija obvezna nadležnim tijelima država članica dostaviti preslike dokumenata za koje smatra da su važni, ta obveza može biti ograničena općim načelom prava poduzetnika na zaštitu njihovih poslovnih tajni, a radi se o načelu koje je navedeno u članku 214. Ugovora o EEZ i raznim odredbama iz Uredbe 17/62.

Člankom 214. Ugovora o EEZ bilo je propisano: „Članovi institucija Zajednice, članovi odbora te dužnosnici i ostali službenici Zajednice ne smiju, čak ni nakon prestanka njihove dužnosti, otkrivati

⁴³⁵ Presuda Suda Europske unije, broj C-36/92, ECR 1994 I-01911, stranke *Samenwerkende Elektriciteits-Produktiebedrijven NV protiv Europske komisije*, presuda dostupna na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61992CJ0036&from=EN>, datum pristupa 7. ožujka 2022. godine. Ova presuda nije službeno prevedena na hrvatski jezik, nego sam ju osobno prevela.

one podatke koji su obuhvaćeni obvezom čuvanja profesionalne tajne, a osobito podatke o poduzećima, njihovim poslovnim odnosima ili troškovima.“

Tada je na povjerenstvu Europske komisije da prosudi sadrži li određeni dokument poslovnu tajnu ili ne. Nakon što je poduzetniku dalo priliku da se izjasni, dužno je u vezi s tim „donijeti odluku koja sadrži adekvatnu izjavu o razlozima na kojima se temelji i o kojoj se mora obavijestiti konkretnog poduzetnika.“⁴³⁶ Uzimajući u obzir iznimno ozbiljnu štetu koja bi mogla nastati nepravilnim priopćavanjem dokumenata, ako Europska komisija želi proslijediti dokument nacionalnim tijelima „bez obzira na tvrdnju da je taj dokument povjerljive prirode u odnosu na ta tijela, mora prije provođenja svoje odluke dati poduzetniku priliku da podnese tužbu pred Sudom“⁴³⁷ kako bi se tvrdnje preispitale i spriječilo sporno otkrivanje podataka.

U točki 37 predmetne presude, Sud Europske unije je izričito naglasio da kada je trgovačko društvo „pred Komisijom iznijelo povjerljivu prirodu dokumenta u odnosu na nadležna državna tijela, na temelju toga što sadrži poslovnu tajnu, te kada takav argument nije irelevantan, opće načelo zaštite poslovnih tajni može ograničiti obvezu Komisije prema članku 10., stavku 1., Uredbe 17/62 da dostavi dokument nadležnim nacionalnim tijelima.“

6.2. Sprječavanje narušavanja poštenog tržišnog natjecanja

U potpoglavlju 2.3.2. rada spomenuta je, kao izvor sekundarnog prava Europske unije, Direktiva 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ.

Člankom 50., stavkom 4., navedene Direktive, propisano je, u pogledu obavijesti o dodjeli ugovora, da se određeni podaci o dodjeli ugovora ili o sklapanju okvirnog sporazuma mogu ne objaviti „ako bi objava takvih podataka ometala provedbu zakona ili na drugi način bila protivna javnom interesu, štetila opravdanim tržišnim interesima određenog gospodarskog subjekta, javnog ili privatnog ili bi mogla dovesti u pitanje pošteno tržišno natjecanje među njima.“

Također, člankom 55., stavkom 3., iste Direktive propisano je, vezano uz obavješćivanje natjecatelja i ponuditelja od strane javnog naručitelja, da „javni naručitelji mogu odlučiti uskratiti određene informacije“ koje se tiču dodjele ugovora, sklapanja okvirnog sporazuma ili prihvaćanja u dinamički sustav nabave „ako bi objava takvih informacija ometala provedbu zakona ili na neki drugi način bila

⁴³⁶ Točka 38 presude.

⁴³⁷ Točka 39 presude.

u suprotnosti s javnim interesima, štetila legitimnim tržišnim interesima određenog gospodarskog subjekata, javnog ili privatnog, ili bi mogla dovesti u pitanje pošteno tržišno natjecanje među gospodarskim subjektima.“

U presudi koju je Sud Europske unije donio u predmetu *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE protiv Europski parlament*, od 14. prosinca 2007. godine⁴³⁸, Sud Europske unije je dao nekoliko iznimno važnih zaključaka na temu kako se ograničavanjem dostupnosti informacija iz postupka javne nabave zapravo mora zaštititi tržišno natjecanje. Naime, društvo *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE* je sudjelovao u postupku javne nabave kojeg je raspisao Europski parlament⁴³⁹ u svezi pružanja vanjskih informatičkih usluga u šesnaest različitih grupa te je nakon završetka postupka potpisao okvirni ugovor s Parlamentom koji se odnosio na grupu predmeta broj 7 nazvanu „Stručno mišljenje pri razvoju aplikacija za upravljanje dokumentima i sustava za upravljanje sadržajem”. To društvo je naknadno tražilo od Parlamenta kao naručitelja, pristup svim dostupnim informacijama koje se odnose na sve zahtjeve za ponudu koje je Parlament poslao za sve grupe javne nabave, uključujući primjerak zahtjeva za ponudu te njihove tehničke priloge, zbog sumnje da je Parlament neosnovano dodijelio određene poslove iz grupe 7 suugovarateljima za druge podgrupe.

Vezano uz taj zahtjev za pristup informacijama, Parlament je naveo da su određeni zahtjevi za ponudu sadržavali informacije obuhvaćene izuzećima od prava na pristup predviđenima u članku 4. Uredbe br. 1049/2001.⁴⁴⁰

Naime, Parlament je naveo da su se u određenim dokumentima iznosili detalji informatičke arhitekture Parlamenta koji bi, zajedno s informacijama koje su u tom pogledu javno dostupne, mogli ugroziti sigurnost tog sustava. Parlament se osobito pozvao na sigurnosne programe, na aplikacije koje se koriste za upravljanje sigurnosnim parametrima zgrada, kao što su lokacije nadzornih kamera i na naziv aplikacija koje se koriste u logističke svrhe. Stoga je pristup dokumentima bio odbijen zbog zaštite javne sigurnosti.

Također, određeni traženi zahtjevi za ponudu su sadržavali podatke osobne naravi, poput imena, profesionalnih profila i razine *senioriteta* konzultanata u službi Parlamenta pa je stoga zahtjev za pristup tim dokumentima bio odbijen zbog zaštite privatnosti navedenih osoba.

⁴³⁸ T-136/15, ECLI:EU:T:2017:915. Presuda je dostupna na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015TJ0136&from=HR>, datum pristupa 26. ožujka 2022. godine.

⁴³⁹ Dalje u ovom potpoglavlju: Parlament.

⁴⁴⁰ Uredba (EZ) br. 1049/2001 Europskog parlamenta i Vijeća od 30. svibnja 2001. o javnom pristupu dokumentima Europskog parlamenta, Vijeća i Komisije, SL L 145, 31.5.2001.

Potom, dokumenti u koje se je tražio uvid su sadržavali informacije gospodarske i tehničke naravi čijim bi se iznošenjem mogao otkriti profil Parlamenta, kao kupca na tržištu. Također, zahtjevi za ponudu mogli su sadržavati informacije koje se odnose na određene sposobnosti dobavljača odabranih za svaku grupu, kao i detalje koji se odnose na njihovu komercijalnu strategiju i dogovore ili veze s trećima. Stoga je zaštita komercijalnih interesa, odnosno interesa uključenih gospodarskih subjekata i Parlamenta, bila osnova za odbijanje svakog pristupa traženim dokumentima.

U točkama 37 i 38 presude Sud je naveo da prema „ustaljenoj sudskoj praksi, ispitivanje koje se traži za obradu zahtjeva za pristup dokumentima treba biti konkretno“ i da „to konkretno ispitivanje treba provesti za svaki dokument na koji se zahtjev odnosi.“ Ipak, takvo načelno rješenje „ne znači da se takvo ispitivanje zahtijeva u svim okolnostima. Naime, s obzirom na to da je cilj konkretnog i pojedinačnog ispitivanja, koje načelno treba provesti institucija kao odgovor na zahtjev za pristup koji je podnesen na temelju Uredbe broj 1049/2001, omogućiti predmetnoj instituciji, s jedne strane, da ocijeni u kojoj se mjeri može primijeniti izuzeće od prava na pristup i, s druge strane, da ocijeni mogućnost djelomičnog pristupa, navedeno ispitivanje ne mora biti potrebno ako je zbog posebnih okolnosti slučaja očito da pristup treba odbiti ili da ga, upravo suprotno, treba odobriti“ [...].

Sud je zaključio da Parlament ničim nije dokazao da dokumenti, čiji uvid je bio zatražen „zbog osobite naravi mogu biti obuhvaćeni navodnom općom pretpostavkom ugrožavanja javne sigurnosti, privatnosti ili procesa odlučivanja“ te da „sadržaj traženih dokumenata nije očito i u potpunosti obuhvaćen izuzećima od prava na pristup koja se temelje na zaštiti javne sigurnosti, privatnosti i procesa odlučivanja.“⁴⁴¹

U točki 68 presude je navedeno, među ostalim, da je „za postizanje cilja pravila u području Unijine javne nabave, koji se temelji na neometanom tržišnom natjecanju, potrebno da naručitelji ne otkrivaju informacije koje se odnose na provedbu postupka javne nabave čiji se sadržaj može koristiti za narušavanje tržišnog natjecanja, bilo u postupku javne nabave koji je u tijeku, bilo u sljedećim postupcima javne nabave“, s time da je u točki 69 presude navedeno da je u tom pogledu „sudska praksa priznala da se prirodom gospodarskih i tehničkih elemenata sadržanih u ponudama može opravdati to da dotična institucija odbije dati pristup odabranim ponudama.“ Sud Europske unije je naveo da je to „osobito tako kad se takve ponude odnose na posebna znanja ponuditelja i pridonose jedinstvenosti i privlačnosti njihovih ponuda.“⁴⁴²

⁴⁴¹ Točke 50 i 59 presude.

⁴⁴² U konačnici je tužba *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE* odbijena, uz zaključke Suda da je Parlament imao ovlast pozvati se na nerazumno radno opterećenje i odbiti konkretno i pojedinačno ispitivanje svih traženih dokumenata.

Nadalje, autorica Kirsi-Maria Halonen je u svojem članku „Disclosure Rules in EU public procurement: Balancing between competition and transparency“⁴⁴³ navela, među ostalim, da je pitanje, koje se odnosi na očuvanje poštenog tržišnog natjecanja na tržištu javnih ugovora i objavljivanja, dvojako. Naime, s jedne strane postoji potreba za zaštitom povjerljivih informacija zbog privatnih interesa vlasnika takvih informacija, s obzirom da bi objavljivanje navedenih podataka moglo naštetiti poslovnim aktivnostima poduzetnika te bi bacilo i sjenu na režim javne nabave. Autorica je ukazala kako bi navedeno moglo ukloniti i motivaciju dobavljača da sudjeluje u daljnjoj dodjeli javnih ugovora. S druge strane, čak i otkrivanje nepovjerljivih informacija vjerojatno može povećati rizik od narušavanja tržišnog natjecanja. U svezi s navedenim, autorica je dodatno navela da je i OECD izrazio zabrinutost u vezi s pretjeranom transparentnošću u javnoj nabavi i isto prepoznao kao sve veći rizik za pravo tržišnog natjecanja. Naime, kroz objave odluka o odabiru, izvješća o odabiru, a u nekim zemljama čak i kroz ponude konkurenata, gospodarski subjekti stječu jedni o drugima podatke o cijenama, identitetima ostalih ponuditelja, poslovnoj praksi i izvođačima.

Pozivajući se na izvješće OECD iz 2011. godine, ista autorica je također obrazložila da objavljivanje previše informacija može promijeniti tržište ponašanja poduzetnika. Naime, budući da se ciljevi i pravila Europske unije o javnoj nabavi uglavnom odnose na transparentnost postupka dodjele ugovora, ali i zaštitu povjerljivih informacija, aspekti prava tržišnog natjecanja idu u prilog zaključku da se trebaju objaviti samo potrebne informacije, odnosno informacije koje su nužne ponuditeljima da procijene svoju potrebu za pokretanjem sudskog postupka. Dok se s jedne strane transparentnost postupka nabave smatra neophodnom za sprječavanje korupcije, pretjerana i nepotrebna transparentnost olakšava formiranje i uspješnu provedbu namještanja ponude putem kartela.⁴⁴⁴

Zatim, u članku „Protection of competition in public procurement proceeding“⁴⁴⁵, autorice Sanje Dankovic Stepanovic, navedeno je da transparentnost zahtijeva javnost postupka sa pravovremenim i cjelovitim informacijama svim sudionicima o bitnim elementima. Međutim, u istom članku⁴⁴⁶ se navodi da je bitan i skup mjera koje umanjuju vjerojatnost stvaranja situacije nezakonitog dogovora u postupku natječaja te da navedeno mora biti pažljivo uravnoteženo između zahtjeva za zaštitu načela konkurentnosti i transparentnosti javnih nabava.

⁴⁴³ Halonen, Kirsi-Maria, Disclosure Rules in EU public procurement: Balancing between competition and transparency Journal of public procurement, Volume 16, Issue 4, 528-553, 2016.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, str. 532-533.

⁴⁴⁵ Dankovic Stepanovic, Sanja, Protection of Competition in Public Procurement Procedures, 5 Iustinianus Primus L. Rev. 1 (2014).

⁴⁴⁶ *Ibid.*, str. 10.

U članku „Commercial Confidentiality, Criminal Justice and the Public Interest“, autora Arie Freiberga, navedeno je⁴⁴⁷ kako su vlade, kao i sudovi prepoznali da prava na privatnost, tajnost ili povjerljivost nisu neograničena te da mora postojati ravnoteža između javnog interesa za širenjem informacija i privatnog interesa vlasništva i kontrole nad širenjem informacija. U istom članku se spominje i pitanje odgovornosti, koje se odnosi na zahtjev da osoba ili organizacija budu podvrgnuti nadzoru ili usmjeravanju u kojem proizvode informacije. Navedeno je i da vodeće vrijednosti proizvodnje informacija uključuju otvorenost i transparentnost u odlučivanju, pravednost, dosljednost, racionalnost, zakonitost i nepristranost postupaka, odgovarajuću upotrebu informacija, ali i dostupnost pojedinačnih žalbenih postupaka.⁴⁴⁸

Stoga, iako poslovne tajne uživaju zaštitu od njihova neotkrivanja, zbog, među ostalim, zaštite poštenog tržišnog natjecanja, i od drugih autora je prepoznata potreba postojanja adekvatnih žalbenih postupaka, odnosno kontrolnih mehanizama u vidu sporova o povjerljivosti, u slučaju ograničenja pristupa podacima koji su označeni kao poslovna tajna. U protivnom može doći do povrede članka 13. Konvencije, zbog nepostojanja djelotvornog pravnog sredstva, kao što je bio slučaj u prikazanom slučaju *Peck protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.

6.2.1. Zabranjeni sporazumi

Zabranjeni sporazumi između poduzetnika mogu dovesti do stvaranja kartela koji mogu imati negativne učinke na postupke javne nabave. Naime, međusobnim dogovaranjem poduzetnika se „smanjuje, odnosno potpuno isključuje neizvjesnost glede budućeg ponašanja takmaca te to dovodi do toga da s tržišta nestaje konkurentsko okruženje.“⁴⁴⁹

Hrvatski Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja⁴⁵⁰ u članku 2.c, stavak 1., točka 3, definira pojam kartela na način da se radi o sporazumu ili usklađenom djelovanju „između dva ili više konkurenata kojem je cilj usklađivanje njihovih postupanja na tržištu ili utjecaj na relevantne parametre tržišnog natjecanja putem praksi poput, ali ne ograničujući se na, dogovaranja ili usklađivanja kupovnih ili prodajnih cijena, odnosno drugih trgovinskih uvjeta, među ostalim u pogledu prava intelektualnog

⁴⁴⁷ Freiberg, Arie, Commercial Confidentiality, Criminal Justice and the Public Interest, Current Issues in Criminal Justice, November 1997, Volume 9, Number 2, str. 129.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, str. 131.

⁴⁴⁹ Butorac, Malnar, Vlatka, Pecotić, Kaufman, Jasminka, Petrović, Siniša, Pravo tržišnog natjecanja, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013, str. 143.

⁴⁵⁰ Narodne novine 79/2009, 80/2013, 41/2021.

vlasništva, određivanja kvota proizvodnje ili prodaje, dijeljenja tržišta i kupaca, uključujući manipuliranje postupkom podnošenja ponuda, ograničenja uvoza ili izvoza ili protutržišnih djelovanja protiv drugih konkurenata“. Što se tiče tajnog kartela, radi se pojmu koji se tiče kartela „čije je postojanje djelomično ili u potpunosti prikriveno.“

U primarnom europskom pravu, člankom 101., stavkom 1., Ugovora o funkcioniranju Europske unije propisano je da se zabranjuju „svi sporazumi među poduzetnicima, odluke udruženja poduzetnika i usklađeno djelovanje koji bi mogli utjecati na trgovinu među državama članicama i koji imaju za cilj ili posljedicu sprečavanje, ograničivanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu, a osobito oni kojima se: a) neposredno ili posredno utvrđuju kupovne ili prodajne cijene ili drugi trgovinski uvjeti; b) ograničuju ili nadziru proizvodnja, tržišta, tehnički razvoj ili ulaganja; c) vrši podjela tržišta ili izvora nabave; d) primjenjuju nejednaki uvjeti na istovrsne poslove s ostalim trgovinskim partnerima, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju; e) sklapanje ugovora uvjetuje preuzimanjem dodatnih obveza od strane drugih stranaka koje, po svojoj naravi ili prema običajima u trgovini, nisu ni u kakvoj vezi s predmetom tih ugovora.“ Sukladno članku 101., stavku 2., Ugovora o funkcioniranju Europske unije, svi pobrojani sporazumi⁴⁵¹ ili odluke su zabranjeni te ništavi.

Iz dokumenta „Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, Kako unaprijediti funkcioniranje javne nabave u Europi i za nju“⁴⁵² proizlazi da je tajno dogovaranje česta pojava na nekim tržištima javne nabave te da ono može povećati cijenu i do 20% u odnosu na cijenu na konkurentnim tržištima.⁴⁵³

Zabranjeni sporazumi ponuditelja u postupku javne nabave kolokvijalno se nazivaju *bid-rigging* karteli, oni narušavaju tržišno natjecanje i u konačnici dovode do negativnih rezultata u postupku javne nabave na način da postupak nabave rezultira višom cijenom, a nižom kvalitetom. Indicije da su ponuditelji, odnosno natjecatelji, u zabranjenim sporazumima mogu biti sumnjivo visoke cijene, sumnjiva nedosljednost u cijenama, sumnjivo velike razlike u cijenama, sumnjiva sličnost u cijenama, sumnjivi kolektivni bojkot javnog natječaja, sumnjive podudarnosti, sumnjive zajedničke ponude,

⁴⁵¹ Važno je za naglasiti da se članak 101. Ugovora o funkcioniranju Europske unije odnosi, osim na horizontalne, i na vertikalne sporazume između poduzetnika koji djeluju na različitim razinama proizvodnje ili distribucije. O tome više Whish, Richard, Bailey, David, *Competition Law*, Ninth edition, Oxford University Press, 2018, str. 101, 109-114.

⁴⁵² Strasbourg, 3.10.2017., COM(2017) 572 final, dostupno na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0572&from=hr#footnote48>, datum pristupa 26. ožujka 2022. godine

⁴⁵³ *Ibid.*, točka 4.D.

sumnjivo malo ponuda, sumnjivi podizvođački ugovori, sumnjivo nepotpune ponude i sumnjivi izričaj.⁴⁵⁴

U Službenom listu Europske unije objavljena je 18. ožujka 2021. godine „Obavijest o alatima za borbu protiv tajnih sporazuma u području javne nabave i smjernice za primjenu s time povezane osnove za isključenje“⁴⁵⁵, u kojoj je, među ostalim, ukazano da je u „izvanrednim situacijama, kao što je pandemija bolesti COVID-19, hitna potreba javnih tijela da u vrlo kratkom roku nabave velike količine robe i usluga za svoje zdravstvene sustave može povećati rizik od tajnog sporazuma među određenim gospodarskim subjektima koji mogu pokušati iskoristiti izvanrednu situaciju i umjetno ograničiti tržišno natjecanje kako bi povećali svoju dobit na teret javnih financija.“ U istom dokumentu je također, među ostalim, naglašeno da se štetni učinci tajnog sporazuma na javne financije mogu pokazati „još većima nakon takvih izvanrednih situacija, u vrijeme kad gospodarski oporavak u velikoj mjeri ovisi o najboljem mogućem raspolaganju dostupnim javnim sredstvima i o znatnim ulaganjima u ključne gospodarske sektore.“⁴⁵⁶

Slijedom navedenog, s obzirom da je člankom 37. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja propisano da inicijativu za pokretanje postupka utvrđivanja zabranjenog sporazuma i/ili zlouporabe vladajućeg položaja koji je u nadležnosti Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja „može podnijeti svaka pravna ili fizička osoba, strukovna ili gospodarska interesna udruga, odnosno komora poduzetnika, udruga potrošača, Vlada Republike Hrvatske, tijela državne uprave te tijela jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave,“ to također i svaki naručitelj u postupku javne nabave, ukoliko posumnja na zabranjeni dogovor poduzetnika koji kao ponuditelji ili natjecatelji sudjeluju u postupku javne nabave, može takvu sumnju prijaviti Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja.

Zakon o javnoj nabavi na izričiti način ne propisuje daljnje postupanje naručitelja u slučaju da naručitelj Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja podnese obavijest o sumnji zabranjenog sporazuma između ponuditelja ili natjecatelja. U svakom slučaju, naručitelj može u natječajnoj dokumentaciji, odnosno u dokumentaciji o nabavi, navesti napomenu da će naručitelj u slučaju sumnje u zabranjeni sporazum ili dogovor između sudionika postupka javne nabave o tome obavijestiti Agenciju za zaštitu tržišnog natjecanja. Smatram da bi bilo uputno da naručitelj u natječajnoj dokumentaciji navede i

⁴⁵⁴ Ovi primjeri nedopuštenih tajnih dogovora mogu se pronaći u Vodiču za naručitelje u otkrivanju i prijavi kartela u javnoj nabavi, 2016, Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, dostupno na <https://www.aztn.hr/ea/wp-content/uploads/2015/06/AZTN-info-48.-specijal.pdf>, datum pristupa 13. ožujka 2023. godine.

⁴⁵⁵ C/2021/1631, OJ C 91.

⁴⁵⁶ Točka 1.1.

daljnu proceduru⁴⁵⁷ povezanu sa postupanjem temeljem sadržaja odredaba Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, a koja procedura bi se odvijala u slučaju da dođe do takve sumnje i prijave Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja, sve sa ciljem kako bi ponuditeljima, odnosno natjecateljima i izričito bile dane na znanje reperkusije u slučaju njihovog eventualno protuzakonnog postupanja.

Zakon o javnoj nabavi ne predviđa mogućnost zastoja postupka provedbe postupka nabave do donošenja odluke Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, ako bi došlo do situacije da se posumnja u nedopušten sporazum, odnosno dogovor sudionika postupka javne nabave. Stoga naručitelju ne bi preostala druga mogućnost, nego takvu ponudu odbiti kao nepravilnu sukladno članku 295., stavku 1., Zakona o javnoj nabavi.

Naime, sukladno članku 3., stavku 1., točki 12, Zakona o javnoj nabavi svaka ponuda „koja nije sukladna dokumentaciji o nabavi, ili je primljena izvan roka za dostavu ponuda, ili postoje dokazi o tajnom sporazumu ili korupciji, ili nije rezultat tržišnog natjecanja, ili je naručitelj utvrdio da je izuzetno niska, ili ponuda ponuditelja koji nije prihvatio ispravak računske pogreške“ predstavlja nepravilnu ponudu.

Kada bi u postupku javne nabave pristigla samo jedna ponuda koju bi naručitelj ocijenio kao nepravilnu zbog postojanja nedozvoljenog tajnog dogovora između ponuditelja, naručitelj bi, nakon isključenja takve ponude kao nepravilne, imao osnovu za poništenje postupka javne nabave.⁴⁵⁸

Međutim, ističem da gore spomenuta definicija nepravilne ponude uslijed tajnih sporazuma ili korupcije sadrži i navod da o tome trebaju postojati dokazi pa se nameće opravdano pitanje kako da naručitelj postupi unutar provedbe procedure postupka nabave kada posumnja da postoje zabranjeni sporazumi među sudionicima postupka javne nabave, ali nema konkretne dokaze, već samo o tome obavještava Agenciju za zaštitu tržišnog natjecanja koja tek treba provesti postupak utvrđivanja zabranjenog sporazuma. Naručitelj bi svakako u takvoj situaciji od Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja trebao zatražiti dostavu Obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama⁴⁵⁹ te svoje

⁴⁵⁷ Držim da iz sadržaja Pravilnika o dokumentaciji o nabavi te ponudi u postupcima javne nabave, Narodne novine 65/2017, 75/2020, ne proizlazi da bi takvo postupanje naručitelja bilo nedopušteno, budući da bi naručitelj samo opisao proceduru propisanu samim zakonom.

⁴⁵⁸ Navedeno proizlazi iz članka 298., stavak 1., točka 8, Zakona o javnoj nabavi. Ujedno, nije isključeno da bi naručitelj u pojedinoj situaciji otkrivenog i sudskom odlukom utvrđenog kartela imao pravo potraživati i naknadu štete. U Priručniku „Handbook of Procurement“ autori Albano, G.L., Buccirosi P., Spagnolo, G. i Zanza M., urednici Dimitri, Nicola, Piga, Gustavo, Spagnolo, Giancarlo, zaključuju, među ostalim, da bi naručitelj uvijek trebao tražiti naknadu štete kad se kartel otkrije i osudi te da bi „antimonopolskim tijelima“ naručitelj uvijek trebao prijaviti sumnjivo ponašanje u nadmetanju. O tome više ed. Dimitri, Nicola, Piga, Gustavo, Spagnolo, Giancarlo, Handbook of Procurement, Cambridge University Press, 2006, str. 368.

⁴⁵⁹ Temeljem članka 37., stavka 4., Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja.

postupanje i rokove, u okviru propisanih rokova iz Zakona o javnoj nabavi, pokušati predvidjeti u samoj natječajnoj dokumentaciji.

U svakom slučaju, držim da bi u okviru otvorenih rokova u postupku javne nabave, ukoliko postupak javne nabave ne bi bio poništen zbog nepravilne ponude, a kada bi postojala sumnja naručitelja u zabranjene sporazume poduzetnika, iako naručitelj o tome ne bi imao nesporne dokaze prije nego li bi se proveo postupak pred Agencijom za zaštitu tržišnog natjecanja, naručitelj imao legitimno pravo ograničiti pravo na pristup dokumentaciji postupka javne nabave sudionicima postupka. Smatram da bi se tada naručitelj mogao legitimno pozvati na odredbu članka 301., stavka 4., Zakona o javnoj nabavi koja propisuje da javni naručitelj može iznimno „uskratiti određene informacije koje se tiču sklapanja ugovora o javnoj nabavi ili okvirnog sporazuma ili prihvaćanja u dinamički sustav nabave ako bi njihova objava bila protivna odredbama posebnog zakona ili na drugi način bila protivna javnom interesu, ako bi štetila opravdanim poslovnim interesima javnih ili privatnih gospodarskih subjekata ili bi mogla štetiti poštenom tržišnom natjecanju između njih.“ Naručitelj bi svoje postupanje ograničenja pristupa dokumentaciji mogao opravdati zaštitom javnog interesa, ali i da bi objava dokumentacije postupka javne nabave, odnosno pristup spornim dokumentima mogao štetiti opravdanim poslovnim interesima javnog gospodarskog subjekta, konkretno samog javnog naručitelja.⁴⁶⁰

6.2.2. Ponude s izuzetno niskom cijenom

Ponude s izuzetno niskom cijenom⁴⁶¹ se povezuju s nepoštenim tržišnim natjecanjem te se iste mogu pojaviti i u postupku javne nabave.

Što se konkretno hrvatskog zakonodavstva tiče, člankom 289. Zakona o javnoj nabavi regulirano je pitanje izrazito niskih ponuda na način da je javni naručitelj „obvezan zahtijevati od gospodarskog subjekta da, u primjerenom roku ne kraćem od pet dana, objasni cijenu ili trošak naveden u ponudi ako se čini da je ponuda izuzetno niska u odnosu na radove, robu ili usluge.“ Temeljem navedene zakonske odredbe naručitelj ima ovlast, među ostalim, odbiti ponudu „samo ako objašnjenje ili dostavljeni dokazi zadovoljavajuće ne objašnjavaju nisku predloženu razinu cijene ili troškova“.

⁴⁶⁰ Ako bi se radilo o naručitelju neobvezniku Zakona o javnoj nabavi, on bi onemogućavanje pristupa dokumentaciji u tom slučaju mogao opravdati također zaštitom javnog interesa, kao i zaštitom opravdanog poslovnog interesa njega kao gospodarskog subjekta.

⁴⁶¹ Tzv. *dumping* cijene.

Također, u članku 22., stavku 1., Pravilnika o dokumentaciji o nabavi te ponudi u postupcima javne nabave propisano je da naručitelj „može od ponuditelja zahtijevati objašnjenje ponude ako su ispunjeni svi sljedeći uvjeti: 1. zaprimljene su najmanje tri valjane ponude 2. cijena ili trošak ponude su više od 20% niži od cijene ili troška drugorangirane valjane ponude, i 3. cijena ili trošak ponude su više od 50% niži od prosječne cijene ili troška preostalih valjanih ponuda.“ Ujedno, istim člankom, u stavku 2., kao i Zakonom o javnoj nabavi, propisano je da naručitelj može „od ponuditelja zahtijevati objašnjenje ponude, ako se čini da je ona izuzetno niska i iz drugih razloga“, osim onih prethodno pobrojanih.

Ukoliko ponuditelj, odnosno natjecatelj, zadovoljavajuće ne objasne nisku predloženu razinu cijene ili troškova, naručitelj ima ovlast takvu ponudu odbiti.

Što se tiče uvida u dokumentaciju postupka javne nabave, ukoliko bi ponuditelj, koji je u ponudi naveo *dumping* cijenu, određene podatke iz svoje ponude koji navodno opravdavaju takvu cijenu označio kao tajne, pozivajući se na odredbu članka 52. Zakona o javnoj nabavi koja regulira tajnost podataka u postupku javne nabave uz navođenje pravne osnove označavanja podataka tajnima⁴⁶², naručitelj bi imao legitimno pravo ograničiti pravo na pristup spornim dokumentima drugim sudionicima postupka, čime bi se štitio i javni interes od toga da drugi sudionici eventualno ponude još niže cijene, primjerice u drugim postupcima javne nabave, ali sve navedeno uz pretpostavku da je takva izrazito niska ponuda, u čije dijelove je naručitelj ograničio, odnosno onemogućio uvid, eliminirana iz postupka javne nabave njezinim odbijanjem zbog nezadovoljavajućeg objašnjenja izrazito niske ponude.

6.3. Zaštita javnog interesa

U potpoglavlju 2.4.1. rada, u kojem je bilo govora o *ex post* transparentnosti, bilo je ukazano, glede objave dokumentacije postupka javne nabave, da javni naručitelj ne mora objaviti određene informacije o sklapanju ugovora o javnoj nabavi ili okvirnog sporazuma „ako bi njihova objava bila protivna odredbama posebnog zakona ili na drugi način bila protivna javnom interesu, ako bi štetila opravdanim poslovnim interesima javnih ili privatnih gospodarskih subjekata ili bi mogla štetiti poštenom tržišnom natjecanju između njih.“⁴⁶³ Isto tako, u prethodnom potpoglavlju 6.2.1. naveden je sadržaj odredbe članka 301., stavka 4., Zakona o javnoj nabavi, koji također daje ovlast naručitelju

⁴⁶² Primjerice, svoj interni opći akt.

⁴⁶³ Članak 248. Zakona o javnoj nabavi.

da „uskrati određene informacije koje se tiču sklapanja ugovora o javnoj nabavi ili okvirnog sporazuma ili prihvaćanja u dinamički sustav nabave“ ako bi njihova objava bila protivna, među ostalim, javnom interesu. Zaštita javnog interesa provlači se kroz hrvatski Zakon o javnoj nabavi i na dodatnim mjestima, pa tako, primjerice, u odredbi članka 328., stavka 4., propisuje da javni naručitelj koji je proveo projektni natječaj u obavijesti o rezultatima projektnog natječaja, „nije obvezan navesti određene podatke o rezultatima natječaja“ ako bi njihovo otkrivanje bilo, među ostalim, protivno javnom interesu. Isto tako, temeljem odredbe članka 381., stavka 6., Zakona o javnoj nabavi, „sektorski naručitelj ne mora objaviti određene informacije o sklapanju ugovora o javnoj nabavi ili okvirnog sporazuma“ ako bi njihova objava bila, među ostalim, protivna javnom interesu.

U pravnoj teoriji se, uz privatni interes, pojavilo pitanje razlikovanja pojma opći interes od pojma javni interes. Prema stavovima Suda za ljudska prava, radi se o *de facto* istim pojmovima, što je Sud za ljudska prava potvrdio u presudi *James and Others protiv The United Kingdom*, 1986.⁴⁶⁴ Međutim, Ustavni sud Republike Hrvatske zauzeo je stav da se radi o različitim pojmovima, što je obrazložio u odluci U-I/763/2009 od 30. ožujka 2011. godine, iz koje odluke proizlazi zaključak da se postojanje javnog interesa mora dokazivati u svakom pojedinom slučaju, pri čemu je teret dokaza na onom tko tvrdi da taj interes postoji.⁴⁶⁵

Dakle, u slučaju kada bi došlo do spora uslijed toga da naručitelj nije omogućio uvid u pojedinu dokumentaciju postupka javne nabave zbog zaštite javnog interesa, bilo temeljem zahtjeva pojedinog sudionika postupka javne nabave, bilo kroz objavu propisanih obavijesti, tada bi teret dokaza, da u konkretnom slučaju postoji opravdani razlog zaštite javnog interesa, bio upravo na naručitelju.

Više riječi o legitimnosti ograničavanja pristupa dokumentaciji zbog zaštite javnog interesa biti će kroz recentnu sudsku praksu Suda za ljudska prava u potpoglavlju koje slijedi.

⁴⁶⁴ O tome u Staničić, Frane, Razlikovanje javnog interesa, općeg interesa i interesa Republike Hrvatske u kontekstu javnopravnih ograničavanja prava vlasništva, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 55, 1/2018., str. 111- 129, str. 113.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, str. 115-116.

6.3.1. Praksa Europskog suda za ljudska prava

6.3.1.1. Rowe i Davis protiv Ujedinjenog Kraljevstva, broj zahtjeva 28901/95

U presudi *Rowe i Davis protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁴⁶⁶, od 16. veljače 2000. godine, odlučivalo se o zahtjevu koji je Sudu za ljudska prava bio podnesen od strane Europske komisije za ljudska prava. Zahtjev je bio vezan uz dva britanska državljana, gospodina Raphaela Rowea i gospodina Michaela Davisa, koji su podnijeli pritužbu protiv Ujedinjenog kraljevstva Velike Britanije i Sjeverne Irske.

Zahtjev je činjenično bio vezan uz pitanje je li tužena država prekršila svoje obveze iz članka 6. Konvencije, koji se tiče prava na pošteno suđenje.

Što se tiče samog činjeničnog supstrata predmeta, tijekom noći s 15. na 16. prosinca 1988. godine dogodio niz kaznenih djela u Surrey u Engleskoj. Bila je zaprimljena informacija da osobe odgovorne za ubojstvo i druga kaznena djela stanuju na adresi 25 Lawrie Park Road, Sydenham, južni London.⁴⁶⁷ Također, prijavitelj je rekao da se znatna količina imovine koja je ukradena nalazi kod drugih osoba koje stanuju na broju 25 te da su pohranjene u stanu na adresi Queen Adelaide Court 71.

Prizemlje i podrum kuće na broju 25 bio je u vlasništvu gospodina Smitha, dok je preostali dio kuće bio podijeljen na stanove, u dva gornja kata. U tim stanovima su, među ostalim, stanovali podnositelji zahtjeva Raphael Rowe i Michael Davis. Randolph Johnson je povremeno posjećivao kuću, a navodno je bio tamo u noći 15. prosinca 1988. godine. Rowe, Davis i Johnson bili su crnci. Na istom broju 25 živjela su i tri bijelca, Mark Jobbins, Norman Duncan i Shane Griffin⁴⁶⁸ te su već otprije imali kazneni dosje.

Bili su ishođeni nalozi za pretragu te su na broju 25 bili pronađeni dokazi koji su upućivali na počinjenje predmetnih kaznenih djela.

Kazneni postupak se vodio protiv Rowea, Davisa⁴⁶⁹ i Johnsona, koji su tijekom suđenja negirali počinjenje kaznenih djela, ali su u konačnici bili osuđeni na zatvorske kazne. Okrivljeni su protiv presude podnijeli žalbe te je na ročištu pred Žalbenim sudom državni odvjetnik uručio sudu dokument koji nije bio predložen branitelju obrane. Državni odvjetnik je tražio da Žalbeni sud donese odluku o

⁴⁶⁶ Presuda dostupna na <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58496%22%5D%7D>, datum pristupa 5. prosinca 2021. godine. Ova presuda nije službeno prevedena na hrvatski jezik, nego sam ju osobno prevela.

⁴⁶⁷ Dalje u tekstu: broj 25.

⁴⁶⁸ Grupa Jobbins.

⁴⁶⁹ Dalje u tekstu: podnositelji zahtjeva.

pitanju otkrivanja sadržaja dokumenta, uz navode da je pravna stvar povjerljiva do stupnja koji bi zahtijevao da ga sud sasluša ili *ex parte* ili, ako *inter partes*, samo uz obvezu branitelja obrane da neće otkriti o kakvome se sadržaju radi. Ročište je na kraju proteklo *ex parte*, jer se, među ostalim, branitelj obrane nije mogao savjesno obvezati na obvezu da neće otkriti o kakvome sadržaju dokaza se radi.

Naknadno se odlučivalo od strane suda može li se sadržaj predmetnog dokumenta objaviti, međutim isto je bilo odbijeno. Žalbeni sud je potvrdio presude podnositeljima zahtjeva i Johnsonu.

Potom su podnositelji zahtjeva podnijeli zahtjev Ministarstvu unutarnjih poslova radi revizije njihovih presuda te je tijekom revizije bilo utvrđeno da je jedan od trojice bijelaca s broja 25, Duncan, bio dugogodišnji obavještajac⁴⁷⁰ koji je 18. prosinca 1988. prišao policajcu Sussexa i rekao mu da su podnositelji zahtjeva odgovorni za predmetna kaznena djela. Zauzvrat, Duncan je dobio nagradu, policijsku zaštitu i imunitet od kaznenog progona.

Prilikom odlučivanja, Sud za ljudska prava se u predmetnoj presudi pozvao, među ostalim, na predmet *R. protiv Ward* iz 1993. godine, u kojem se Žalbeni sud bavio dužnostima tužiteljstva da predoči dokaze obrani i provede pravilnu proceduru koju treba slijediti kada je tužiteljstvo zatražilo zaštitu od javnog interesa. Bilo je istaknuto da sud, a ne tužiteljstvo, treba suditi o tome gdje je u konkretnom slučaju pravi balans, jer:

[...]“Kada je tužiteljstvo djelovalo kao sudac u vlastitoj stvari po pitanju zaštite od javnog interesa u ovom predmetu počinilo je značajan broj pogrešaka koje su utjecale na pravičnost postupka. Razmatranja stoga snažno učvršćuju stajalište da bi bilo pogrešno dopustiti tužiteljstvu da zadrži materijalne dokumente, a da o toj činjenici ne obavijesti obranu. Ako, u posve iznimnim slučajevima, tužiteljstvo nije spremno da pitanje zaštite od javnog interesa odredi sud, rezultat će neizbježno biti da će se od kaznenog progona morati odustati.”⁴⁷¹

Žalbeni sud je u tom predmetu test razmjernosti, kojeg treba izvesti sudac, opisao na sljedeći način:

[...]“Sudac s jedne strane balansira između poželjnosti očuvanja javnog interesa u nedostatku obznanjivanja podataka, a s druge strane, interesima pravde. Tamo gdje se interesi pravde pojavljuju u kaznenom predmetu koji se dotiče slobode ili moguće života, težina koju treba pridati interesima pravde je očito vrlo velika.”⁴⁷²

⁴⁷⁰ U izvornoj presudi je korišten engleski termin: „*informant*“.

⁴⁷¹ Točka 37 presude.

⁴⁷² *Ibid.*

Također, Sud se u predmetnoj presudi pozvao i na predmet *R. protiv Trevora Douglasa K.* iz 1993. godine. U tom predmetu, Žalbeni sud je naveo da, provodeći test razmjernosti iz predmeta Ward, sud mora sam vidjeti materijal te je naglašeno:

[...]“Kada se za neki dokument traži zaštita od javnog interesa, na sudu je da odluči hoće li se zahtjev uvažiti ili ne. Da biste to učinili, potrebno je primijeniti test razmjernosti. Test može provesti samo sudac koji sam ispituje ili pregledava dokaze, kako bi se imale na umu činjenice koje sadrže. Tek tada može biti u poziciji da uravnoteži konkurentne interese zaštite od javnog interesa i poštenja prema stranci koja traži otkrivanje.”⁴⁷³

Također, Sud za ljudska prava se, među ostalim, pozvao na presude *R. protiv Winstona Browna* iz 1995. godine, kao i *R. protiv Turnera* iz 1994. godine. Upravo u predmetu *R. protiv Turnera*, Žalbeni sud je u pogledu testa razmjernosti, naveo, među ostalim:

[...]“Želimo upozoriti suce na potrebu da zahtjeve za otkrivanje podataka o obavještajcima pažljivo prouče s velikom pažnjom. Morat će biti pronicljivi kako bi uvidjeli da su tvrdnje o potrebi da se znaju takvi podaci, jer su oni bitni za vođenje obrane, opravdani. Ako nisu opravdani, tada će sudac morati usvojiti čvrst pristup u odbijanju naloga za otkrivanje.“ [...] „Stoga zaključujemo da ako se primijeni načelo citirano u predmetu *R. protiv Keane*...na činjenice ovog predmeta, može postojati samo jedan odgovor na pitanje jesu li pojedinosti o ovom obavještajcu bile toliko važne za pitanja od interesa za obranu, konkretno i potencijalno, da je ravnoteža koju je sudac morao postići čvrsto pala u korist otkrivanja.”⁴⁷⁴

Prilikom odlučivanja, Sud za ljudska prava je preispitao je li postupak u cijelosti bio pošten te je naveo, među ostalim, da je njegov zadatak utvrditi je li donošenje odluka u svakom pojedinom slučaju u skladu sa zahtjevima akuzatornog postupka i jednakosti stranaka. Utvrđeno je da je u konkretnom predmetu tijekom prvostupanjskog postupka tužiteljstvo, bez da je o tome obavijestilo suca, podnositeljima zahtjeva uskratilo određene relevantne dokaze pozivajući se na javni interes. Sud za ljudska prava je naveo da takav postupak, u kojem je isključivo tužiteljstvo donijelo procjenu o važnosti prikrivenih informacija za obranu i odmjerilo ih sa javnim interesom čuvanja poslovne tajne, nije u skladu sa zahtjevima iz članka 6. stavka 1. Konvencije.

Zaključeno je da je prvostupanjski sud taj koji je trebao odlučiti o otkrivanju povjerljivih podataka obrani, kako bi se kroz unakrsno ispitivanje mogla propitati vjerodostojnost ključnih svjedoka u

⁴⁷³ Točka 38 presude.

⁴⁷⁴ Točka 44 presude.

postupku. Dakle, propust tužiteljstva da iznese predmetne dokaze pred raspravnog suca i da mu dopusti da odluči o pitanju otkrivanja podataka lišio je podnositelje zahtjeva pravičnog suđenja.

Ističem da se zaključci ove presude, iako se čitatelj zasigurno može pitati u kakvoj je vezi ova presuda iz područja kaznenog prava s temom rada vezanom uz postupak javne nabave i ograničenje načela transparentnosti pravom na tajnost podataka, mogu jasno povezati sa problemima koji su prepoznati u dosadašnjem tijeku ovog rada. Naime, upravo se u ovom kaznenom postupku dogodilo to da obrani okrivljenika nisu bili prezentirani svi podaci vezani uz predmet, a koji se tiču relevantnosti bitne za donošenje sudske odluke. Branitelju obrane uopće nije bio prezentiran dokument o tome da je obavještajac policije zapravo bio supočinitelj kaznenog djela⁴⁷⁵ te svjedok optužbe koji je podnositelje zahtjeva prijavio policiji, za što je dobio novčanu nagradu, policijsku zaštitu i imunitet od kaznenog progona, iako je bio supočinitelj kaznenog djela.

U konkretnom predmetu je tek u fazi žalbe tužitelj obavijestio obranu da su joj određene informacije bile uskraćene i da nisu bile otkrivene te je potom žalbeni sud dva puta odlučivao o otkrivanju podataka i isto odbio učiniti.

No, Sud za ljudska prava je zaključio da je prvostupanjski sud taj koji je trebao odlučiti o otkrivanju povjerljivih podataka obrani, kako bi se kroz unakrsno ispitivanje mogla propitati vjerodostojnost ključnih svjedoka. Budući da nije bilo tako postupljeno, presuđeno je da je došlo do povrede članka 6. stavka 1. Konvencije, odnosno prava na pravično suđenje.

Temeljem takvih stavova, iako se primarno radilo o kaznenom postupku, može se donijeti analogan zaključak da je za procjenu da neki podatak opravdava zaštitu povjerljivosti potrebno da o tome odluku donese neovisna strana već u prvostupanjskom postupku.

Razlozi za donošenje takvog analognog zaključka su slijedeći. U ovoj presudi je zaključeno kako nije bila na tužiteljstvu odluka o tome je li određene podatke, zbog zaštite javnog interesa, potrebno učiniti dostupnima obrani ili ne, već je odluku o tome trebao donijeti prvostupanjski sud kako bi se time zajamčilo daljnje pravično izvođenje dokaza. Prema mojem mišljenju, ista je situacija u postupcima javne nabave. Smatram, a koji stav se proteže kroz prethodna poglavlja ovog rada, kako je upitno je li naručitelj, posebice naručitelj u čijem povjerenstvu nije osoba koja posjeduje certifikat iz područja javne nabave te/ili nije pravnik po struci, može donijeti ispravnu odluku o tome je li pojedini ponuditelj ili natjecatelj valjano označio pravnu osnovu označavanja podataka tajnima i je li opravdano tako naznačene podatke ne učiniti dostupnim drugim ponuditeljima ili natjecateljima koji

⁴⁷⁵ Duncan, jedan od trojice bijelaca s broja 25.

također sudjeluju u postupku javne nabave, a kojima je potrebno osigurati pravo na pravično suđenje. S obzirom da u hrvatskom postupku javne nabave ne postoji posebno tijelo ni procedura u kojoj bi se odlučivalo o sporu o povjerljivosti podataka, sadržaj ove presude dodatno ukazuje na potrebu postojanja takvog tijela, koje nije ni jedno od stranaka u postupku. U hrvatskom postupku javne nabave, u prvoj instanci, o tome je li naznačena valjana pravna osnova tajnosti podataka te da li će se drugim ponuditeljima ili natjecateljima omogućiti uvid u dokumentaciju postupka nabave, odlučuje naručitelj. Tek povodom izjavljene žalbe o navedenim pitanjima može odlučivati DKOM. Smatram da stavovi iz ove presude, koji upućuju na to da je već prvostupanjski sud trebao odlučiti o tome da li će podaci optužbe biti dostupni obrani, ukazuju na potrebu, da bi u slučaju spora o povjerljivosti podataka i u postupku javne nabave, posebice kada je isti još uvijek u fazi pred naručiteljem, odluku o istom trebalo donositi neovisno tijelo, prema usporednoj proceduri prikazanoj u potpoglavlju 5.5. rada.

Neotkrivanje podataka obrani okrivljenika u konkretnom predmetu bilo je opravdano zaštitom javnog interesa, no Sud za ljudska prava je u svezi zaštite javnog interesa, pozivajući se na recentnu praksu, jasno naglasio da je na njemu da provede test balansiranja na način da s jedne strane balansira između poželjnosti očuvanja javnog interesa, ali s druge strane interesima pravde. Pozicija u testu, koja se odnosi na interese pravde, povezana je i s poštovanjem prema stranci u postupku, posebice ako se to odnosi na zaštitu njezine slobode ili života. Prema mojem mišljenju, kada se povuče paralela s postupcima javne nabave, u jednadžbi balansiranja, kod odlučivanja je li pojedini podaci predstavljaju tajne podatke koji se ne smiju otkriti stranci zbog zaštite javnog interesa, potrebno je u jednadžbi na mjestu interesa pravde uzeti u obzir prava sudionika postupka javne nabave kojem može biti narušeno pravo na pošteno suđenje iz članka 6. Konvencije. O samoj jednadžbi balansiranja biti će više riječi u potpoglavlju 7.1. rada.

6.3.1.2. V protiv Finske, broj zahtjeva 40412/98

Presuda u ovom predmetu donesena je 24. srpnja 2007. godine.⁴⁷⁶ Postupak je započeo prijavom Europskoj komisiji za ljudska prava protiv Republike Finske od strane finskog državljanina⁴⁷⁷ koji je zatražio da se ne otkriva njegov identitet. Podnositelj zahtjeva je tvrdio „da mu je povrijeđeno pravo

⁴⁷⁶ Presuda dostupna na [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-80209%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-80209%22]}), datum pristupa 5. veljače 2022. godine. Ova presuda nije službeno prevedena na hrvatski jezik, nego sam ju osobno prevela.

⁴⁷⁷ Dalje u tekstu: podnositelj zahtjeva.

na pravično suđenje“ te da je postupak koji se provodio protiv policijskih službenika naposljetku razotkrio povredu presumpcije njegove nevinosti.

Naime, podnositelj zahtjeva, koji je živio u Helsinkiju, 6. rujna 1996. godine zaprimio je telefonski poziv od H. koji ga je pitao ima li u posjedu kanabis. Podnositelj zahtjeva je odgovorio negativno, ali je dodao da bi za nekoliko dana, nakon što je obavio neke upite, mogao imati drugačiji odgovor. Dana 8. rujna 1996. godine R. i K. ušli su u Finsku automobilom u kojem je bila skrivena količina droge, prošli su carinu u Turku i otišli u Helsinki. M. je nazvao podnositelja zahtjeva i zamolio ga da ode po drogu, jer on sam to nije mogao učiniti, što je podnositelj zahtjeva prihvatio.

H. je potom ponovno nazvao podnositelja zahtjeva i pitao ga da li sada ima kanabis te je podnositelj zahtjeva odgovorio da ga može dostaviti kasnije tog dana. U drugom pozivu dogovoreno je da će H. ponovno nazvati podnositelja zahtjeva kako bi dogovorio sastanak kasnije iste večeri te je do navedenog naknadno i došlo te su se dogovorili da će se naći ispred restorana dvadeset minuta nakon poziva.

Podnositelj zahtjeva nije znao da je u vrijeme tih događanja H. bio u istražnom zatvoru od 3. rujna 1996. godine.

Dana 8. rujna 1996. podnositelj zahtjeva je bio uhićen ispred restorana dok je posjedovao 986 grama kanabisa, s time da je u pretrazi stana bilo pronađeno još 13,2 grama kanabisa. Nakon podnošenja optužnice, podnositelj zahtjeva je priznao kaznena djela za koja je bio optužen.

Naknadno tijekom suđenja odvjetnik podnositelja zahtjeva je kao novostečenu informaciju istaknuo da je H. bio u istražnom zatvoru za vrijeme odvijanja spornih događaja te da je bio pušten kao nagradu za usluge policiji. Tvrdio je da je policija postavila zamku tako što je agent provokator naručio kanabis od podnositelja zahtjeva, koji ne bi počinio kazneno djelo da od njega nije izričito zatraženo. Odvjetnik je zatražio od policije da dostavi podatke o telefonskim pozivima upućenim sa i na mobilni telefon podnositelja zahtjeva, ali navedeni prijedlog je bio odbijen.

Policija je bila zatražila od Okružnog suda dopuštenje da podnositelju zahtjeva ne otkrije da je njegov mobilni telefon bio pod nadzorom. Sud je isto odobrio te je policija o tome obavijestila podnositelja zahtjeva. Podnositelj zahtjeva je bio zatražio od policije da izda službenu odluku protiv koje se može izjaviti žalba. Policija je bila donijela rješenje u kojem se, između ostalog, tvrdilo da se podaci ne smiju davati ni stranci u kaznenom postupku.

Podnositelj zahtjeva je bio osuđen po svim točkama optužnice i osuđen na tri godine i šest mjeseci zatvora. U presudi se nije spominjalo nikakvo sudjelovanje policije.

Naknadno je podnositelj zahtjeva podnio kaznenu prijavu protiv nadzornika J. M. i višeg policajca J. O., navodeći, između ostalog, poticanje na počinjenje kaznenog djela.

J. M. i J.O. su bili osumnjičeni za zlouporabu javne službe, povredu službene dužnosti i poticanje na počinjenje teškog kaznenog djela vezanog uz opojne droge. Podnositelj zahtjeva je ponovno podnio zahtjev za otkrivanjem podataka o telefonskom nadzoru.

Županijski upravni odbor je utvrdio da podnositelj zahtjeva, kao stranka u postupku koji se vodi protiv njega treba imati pristup podacima o telefonskim kontaktima, poništio je policijsko rješenje o neobjavljivanju te je naložio da se informacije predaju odvjetniku podnositelja zahtjeva.

U međuvremenu, Žalbeni sud je donio presudu potvrdivši osuđujuću presudu podnositelju zahtjeva. Odbio je zahtjeve za saslušanjem i objavom podataka o telefonskim pozivima kao neosnovane.

Potom je podnositelj zahtjeva zatražio dopuštenje za podnošenje žalbe Vrhovnome sudu, tražeći usmenu raspravu, no taj prijedlog je bio odbijen.

Dana 8. prosinca 1998. Helsinški žalbeni sud ukinuo je osuđujuće presude dvojici policijskih službenika za zlouporabu javnog položaja. Naknadno, Vrhovni sud je utvrdio da su J.M. i J.O. koristili zabranjene metode te su stoga bili krivi za povredu službene dužnosti. Podnositelj zahtjeva je osnovom te presude policijskim službenicima tražio obnovu postupka, ali mu je zahtjev bio odbijen.

Što se tiče ocjene da li je povrijeđen članak 6. Konvencije glede prava na pošteno suđenje, podnositelj zahtjeva je prigovorio da je od samog početka bio lišen poštenog suđenja jer da ga je zapravo policija potaknula da počinii kazneno djelo koje inače ne bi počinio.

Podnositelj zahtjeva je naglasio da nijedan sud nije ispitao je li se kazneno djelo dogodilo kao rezultat policijske provokacije.⁴⁷⁸

Također, podnositelj zahtjeva je smatrao da članak 6. Konvencije zahtijeva da obrana bude obaviještena o dokazima na koje se tužiteljstvo namjerava pozivati.

Sud za ljudska prava je u predmetnoj presudi zaključio⁴⁷⁹ da iako je dopuštenost dokaza prvenstveno pitanje uređenja nacionalnim pravom, zahtjevi poštenog kaznenog suđenja podrazumijevaju da javni interes u borbi protiv kriminala ne može opravdati korištenje dokaza dobivenih kao rezultat policijskog poticanja. U odnosu na dvojicu policajaca zauzet je stav da se njihove aktivnosti nisu

⁴⁷⁸ Domaći zakon nije predviđao mogućnost odustajanja od optužbe u slučajevima kada je optuženika policija navela na kazneno djelo.

⁴⁷⁹ Točka 69 presude.

ograničile na istragu podnositeljevih kriminalnih aktivnosti, već da su izvršili utjecaj poticanjem na počinjenje kaznenog djela.

U točki 72 presude Sud za ljudska prava je naglasio da on svoju nadzornu ulogu obavlja u skladu s načelom supsidijarnosti te da zaključci nacionalnih sudova nisu bili, glede toga da nije bilo uzročne veze između telefonskih poziva H. i kaznenog djela za koje je podnositelj zahtjeva osuđen, proizvoljni ili toliko očito pogrešni da bi se mogli poništiti.

Među ostalim, Sud za ljudska prava je naglasio da je temeljni aspekt prava na pošteno suđenje u kaznenom postupku da se i tužiteljstvu i obrani mora dati prilika da imaju uvid te da komentiraju zapažanja koja su podnesena i dokaze koje je izvela druga strana te da je tužiteljstvo dužno obrani otkriti sve materijalne dokaze koje posjeduje za ili protiv optuženika.⁴⁸⁰

Ujedno, u točki 75 presude je naglašeno da pravo na otkrivanje relevantnih dokaza nije apsolutno pravo, jer da u bilo kojem kaznenom postupku „mogu postojati suprotstavljeni interesi, kao što su nacionalna sigurnost ili potreba za zaštitom svjedoka od opasnosti od odmazde ili čuvanjem tajnih policijskih metoda istrage zločina, koji se moraju odvagnuti u odnosu na prava optuženika“, kao i da „u nekim slučajevima može biti potrebno uskratiti određene dokaze obrani kako bi se očuvala temeljna prava drugog pojedinca ili kako bi se zaštitio važan javni interes.“

Međutim, u istoj točki presude se navodi da su prema članku 6., stavku 1., Konvencije dopuštene samo takve mjere koje ograničavaju prava obrane koje su strogo neophodne. Stoga, kako bi se osiguralo da optuženi dobije pravično suđenje, sve poteškoće uzrokovane obrani ograničenjem njezinih prava moraju biti u dovoljnoj mjeri uravnotežene postupcima koje slijede pravosudna tijela.

Sud za ljudska prava je također zaključio, među ostalim, da je prikrivanjem važnih činjenica policija podnositelju zahtjeva uskratila mogućnost da provjeri svoje pretpostavke i dokaže njihovu točnost. Nisu bili izneseni razlozi od javnog interesa da se podnositelju zahtjeva ne otkriju podaci o kontaktiranju koji se odnose na njegov telefon.⁴⁸¹

Ujedno, Sud za ljudska prava je naglasio i da je postupak pred Žalbenim sudom bio neadekvatan budući da, kao i u prvostupanjskom postupku, nije bilo mogućnosti da se sudu predaju obrazloženi podnesci u ime optuženika jer je podnositelj zahtjeva dobio relevantne tražene podatke tek nakon što je protekao rok za žalbu.⁴⁸²

⁴⁸⁰ Točka 74 presude.

⁴⁸¹ Točka 77 presude.

⁴⁸² Točka 79 presude.

Slijedom svega navedenog je presuđeno da postupak donošenja odluke nije udovoljio zahtjevima pravičnog postupka.⁴⁸³

Ovaj predmet je bitan za temu doktorskog rada jer iz njega proizlazi kako pravo na objavljivanje relevantnih dokaza nije apsolutno pravo. Iako se sam predmet odnosio na kazneno pravo, Sud za ljudska prava je zaključio da u bilo kojem kaznenom postupku mogu postojati suprotstavljeni interesi, kao što su zaštita nacionalne sigurnost ili potreba zaštite svjedoka u riziku od represije ili zadržavanja tajnih policijskih metoda istrage kaznenih djela, koji se moraju odmjeriti u odnosu sa pravima okrivljenika. Također je Sud za ljudska prava zaključio da je u nekim slučajevima potrebno ukloniti određene dokaze obrane kako bi se očuvala temeljna prava drugog pojedinca ili zaštita važnog javnog interesa. Ujedno, Sud za ljudska prava je naglasio da iako je dopuštenost dokaza prvenstveno pitanje uređenja od strane nacionalnog prava, zahtjevi poštenog kaznenog suđenja podrazumijevaju da javni interes u borbi protiv kriminala ne može opravdati korištenje dokaza dobivenih kao rezultat policijskog poticanja na počinjenje kaznenog djela. Smatram da su stavovi iz ove presude generalno bitni i za postupke javne nabave s aspekta ponuditelja ili natjecatelja kojima nije omogućen uvid u dokumentaciju postupka nabave uz opravdanje zaštite javnog interesa. Naime, iz zaključaka Suda za ljudska prava proizlazi da je ograničenje pristupa dokumentaciji, odnosno dokazima, dopušteno zbog zaštite javnog interesa, ali samo ako su takve mjere strogo neophodne. U protivnom dolazi do narušavanja prava na pošteno suđenje okrivljeniku, a analognom primjenom, prema mojem mišljenju, i ponuditelju, odnosno natjecatelju u postupku javne nabave.

6.4. Zaključak

U ovom poglavlju legitimnost ograničavanja načela transparentnosti u postupku javne nabave kategorizirala sam kroz tri temeljna aspekta: zaštita poslovne tajne, sprječavanje narušavanja poštenog tržišnog natjecanja te zaštita javnog interesa.

Što se tiče zaštite poslovnih tajni, Konvencija iste štiti kao nematerijalna dobra koja potpadaju pod imovinska prava važna, među ostalim, za inovacijsku politiku u Europskoj uniji. Iako se članak 8. Konvencije odnosi na pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života fizičkih osoba, u prikazanim presudama Suda za ljudska prava u predmetima *Niemietz protiv Njemačke* te *Société Colas Est i drugi protiv Francuske*, Sud za ljudska prava je jasno zaključio da se članak 8. Konvencije odnosi i na profesionalne djelatnosti te na pravne osobe u vidu zaštite njihovih poslovnih tajni. Stoga, s obzirom

⁴⁸³ Na ime neimovinske štete Sud za ljudska prava je podnositelju dosudio iznos od 2.500 EUR.

da temeljem sadržaja ranijih poglavlja ovog rada, nespornim proizlazi da se poslovne tajne sadržane u ponudama u postupku javne nabave mogu legitimno označiti tajnima, uz naznačavanje valjane pravne osnove koju je naručitelj obvezan preispitati, za naručitelje je važno imati na umu da ukoliko u postupku javne nabave dođe do povrede zaštite poslovne tajne, takvo postupanje može biti protivno sadržaju članka 8. Konvencije, ali i članka 7. Povelje.

Prethodno je tim više važno zato što zaštita poslovne tajne u europskom pravu predstavlja opće načelo prava Europske unije koje je „inherentno“ temeljnom pravnom poretku Europske unije.

Zaštita poslovne tajne kao opće načelo prava Europske unije obrađeno je u potpoglavlju 6.1.2.

U presudi Suda za ljudska prava vezanoj uz slučaj *Peck protiv Ujedinjenog Kraljevstva* razmatralo se pitanje zaštite osobnih podataka te je dan jasan zaključak Suda da je prije otkrivanja osobnih podataka potrebno poduzeti mjere kako bi se zaštitio privatni interes osobe o čijim podacima se radi. U protivnom može također doći do povrede članka 8. Konvencije pa bi bilo uputno da naručitelji prije davanja na uvid pojedinih osobnih podataka, ili objave istih, ishode privolu osobe u odnosu na koju se ti osobni podaci odnose. Naime, iako je pitanje zaštite osobnih podataka u postupcima javne nabave već obrađeno u trećem poglavlju, u kojem je zaključeno da za obradu osobnih podataka u postupku javne nabave nije potrebno ishoditi privolu ispitanika s obzirom da za zakonitost obrade osobnih podataka bez privole postoji pravno uporište u Općoj uredbi o zaštiti podataka, budući da je obrada nužna za izvršavanje zadaće od javnog interesa, ipak bi za samo davanje na uvid osobnih podataka trećim osobama te objave istih kroz obavijesti javne nabave bilo uputno zatražiti privolu fizičke osobe kako bi se u potpunosti eliminirala mogućnost postupanja protivno članku 8. Konvencije.

Kao drugi važan aspekt legitimnosti ograničavanja pristupa dokumentaciji postupka javne nabave, navela sam sprječavanje narušavanja poštenog tržišnog natjecanja. Naime, već i Direktiva 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ, kao osnovu neobjavljivanja pojedinih podataka iz postupka javne nabave, propisuje, među ostalim, zaštitu poštenog tržišnog natjecanja.

U svezi navedenog je i Sud Europske unije u presudi *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, protiv Europski parlament* naglasio, među ostalim, da je za postizanje cilja pravila u području javne nabave Europske unije, koji se temelji na neometanom tržišnom natjecanju, potrebno da naručitelji ne otkrivaju informacije koje se odnose na provedbu postupka javne nabave čiji se sadržaj može koristiti za narušavanje tržišnog natjecanja, bilo u postupku javne nabave koji je u tijeku, bilo u sljedećim postupcima javne nabave. U istoj presudi je Sud Europske unije također jasno potvrdio da je sudska praksa priznala da se prirodom

gospodarskih i tehničkih elemenata sadržanih u ponudama može opravdati to da konkretna institucija odbije dati pristup odabranim ponudama, osobito u slučajevima kada se takve ponude odnose na posebna znanja ponuditelja i pridonose jedinstvenosti i privlačnosti njihovih ponuda. Takve zaključke smatram iznimno bitnima, posebice u okolnostima kada u Europskoj uniji predstoji razdoblje provedbe postupaka javne nabave vezanih uz inovacije, digitalnu transformaciju i zelenu javnu nabavu, u kojima postupcima inovativna i posebna znanja igraju značajnu ulogu.

Objavljivanje informacija o postupcima javne nabave, u okviru poštovanja načela transparentnosti postupka javne nabave, značajno su povezani sa tržišnim natjecanjem subjekata na tržištu. Autorica Kirsi-Maria Halonen u svojem članku „Disclosure Rules in EU public procurement: Balancing between competition and transparency“ je naglasila da čak i dostupnost nepovjerljivih informacija postupka javne nabave može narušiti pošteno tržišno natjecanje s obzirom da kroz objave takvih informacija subjekti stječu jedni o drugima podatke o cijenama, identitetima ostalih ponuditelja, poslovnoj praksi i izvođačima. Ista autorica je u svezi navedenog naglasila da dok se s jedne strane transparentnost postupka nabave smatra neophodnom za sprječavanje korupcije, pretjerana i nepotrebna transparentnost olakšava formiranje i uspješnu provedbu namještanja ponude putem kartela.

Što se tiče kartela, u potpoglavlju 6.2.1. prikazano je da bi ponuda natjecatelja ili ponuditelja, ako bi naručitelj posumnjao ili utvrdio da se radi o zabranjenim sporazumima između poduzetnika, trebala biti isključena iz postupka kao nepravilna te bi naručitelj o svojoj sumnji na kartel trebao obavijestiti Agenciju za zaštitu tržišnog natjecanja. U istom potpoglavlju istaknula sam kako smatram da bi u tom slučaju naručitelj imao legitimno pravo temeljem članka 301., stavka 4., Zakona o javnoj nabavi, sudionicima postupka javne nabave uskratiti pravo uvida u dokumentaciju postupka.

S obzirom da se u postupku javne nabave mogu pojaviti i ponude koje sadrže *dumping* cijene, u potpoglavlju 6.2.2. iznijela sam stav da bi, upravo kako bi se zaštitio javni interes od toga da drugi sudionici postupka javne nabave ponude još niže cijene, primjerice u drugim postupcima javne nabave, naručitelj imao legitimno pravo ne omogućiti uvid u dokumentaciju nabave koja sadrži ponude s *dumping* cijenama. Takvo postupanje bi, prema mojem mišljenju, bilo opravdano ako bi ponuda sa *dumping* cijenom prethodno bila eliminirana iz postupka javne nabave njezinim odbijanjem.

U potpoglavlju 6.3. ukazano je na legitimnost ograničenja načela transparentnosti postupka javne nabave neobjavljivanjem, odnosno odbijanjem zahtjeva za uvid, dokumentacije o postupku javne nabave zbog zaštite javnog interesa. Važno je naglasiti da bi u slučaju spora o povjerljivosti, teret

dokaza o tome da je postojala potreba zaštite javnog interesa neobjavljivanjem, odnosno odbijanjem davanja na uvid sadržaja dokumentacije postupka javne nabave, bio na naručitelju.

Glede pitanja zaštite javnog interesa neobjavljivanjem povjerljivih informacija, prikazane su dvije presude donesene od strane Suda za ljudska prava, u predmetu *Rowe i Davis protiv Ujedinjenog Kraljevstva* i u predmetu *V protiv Finske*. Iz sadržaja navedenih presuda, kao najvažniji zaključci proizlaze, da nije na stranci u postupku da odluči da li je zbog zaštite javnog interesa pojedine podatke potrebno učiniti dostupnim drugoj stranci u postupku ili ne, već da odluku o tome mora donijeti prvostupanjski sud kako bi se time zajamčila pravičnost postupka. Analognom primjenom, smatram da bi u slučaju spora o povjerljivosti podataka u hrvatskom postupku javne nabave, odluku o tome da li je određeni podatak zakonito označen tajnim ili ne trebalo donijeti neovisno tijelo u prvostupanjskoj instanci, a ne da je odluka isključivo u rukama naručitelja, kao jedne od stranaka u postupku javne nabave. Također, iz opisane sudske prakse, kao jedan od zaključaka Suda za ljudska prava proizlazi i da je ograničenje pristupa dokumentaciji, odnosno dokazima, dopušteno zbog zaštite javnog interesa, ali samo ako su takve mjere strogo neophodne, jer u protivnom dolazi do povrede prava na pošteno suđenje.

O zahtjevima prava ponuditelja, odnosno natjecatelja u postupku javne nabave na pošteno suđenje te na učinkovit i djelotvoran pravni lijek, postizanju ravnoteže između prava na tajnost podataka i načela transparentnosti te o balansiranju između zaštite privatnog i javnog interesa, biti će riječi u narednom, sedmom poglavlju.

7. POSTIZANJE RAVNOTEŽE IZMEĐU PRAVA NA TAJNOST PODATAKA I NAČELA TRANSPARENTNOSTI

7.1. Balansiranje između sukobljenih prava sudionika u postupku

Kao što je navedeno u dosadašnjem sadržaju rada, kod zaštite prava na tajnost podataka u postupku javne nabave može doći do sukoba između, s jedne strane, prava pojedinog gospodarskog subjekta na zaštitu poslovne tajne, odnosno povjerljivih podataka i, sa druge strane, zahtjeva transparentnosti postupka, odnosno prava drugog gospodarskog subjekta na jednakost oružja, pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo.⁴⁸⁴ Ujedno, kao što je prikazano kroz prethodna poglavlja, može doći i do sukoba privatnog i javnog interesa.

Ni u domaćoj ni u stranoj literaturi nisam pronašla jasna i konzistentna pravila kako postupiti u takvoj situaciji u praksi, posebice u slučajevima kada postupovna pravila pojedinog postupka jasno ne reguliraju postupanje nadležnog tijela, kao što je i situacija vezana uz postupke javne nabave u Republici Hrvatskoj kada u istima dođe do opisane pravne situacije sukobljavanja prava i interesa sudionika postupka.

Ono što je sam pronašla i držim nužnim u primjeni kada dođe do opisanih situacija, jest primjena *Weight* formule⁴⁸⁵ čiji je začetnik Robert Alexy⁴⁸⁶. Alexy je ovu formulu prikazao u primjeni vezano uz ustavna načela prakse Saveznog Ustavnog suda Savezne Republike Njemačke. No, kao što će biti prikazano u nastavku, formulu sam i osobno primijenila na sukobljena pravna pitanja ovog rada te dobila matematički rezultat pa stoga držim da je ista formula primjenjiva *de facto* u svakome postupku, pa tako i u postupku vezanom uz područje javne nabave.

⁴⁸⁴ Sukobljavanjem navedenih dvaju interesa bavila se, među ostalim, autorica McDonagh, Maeve u svojem članku „Disclosure of information relating to public procurement: the role of freedom of information law“. Tako je navela: [...]“Disclosure of much of this information may be opposed by those involved in the tender process. In particular, tenderers and candidates for pre-selection may argue that disclosure of certain information regarding their operations will damage them commercially thus making it difficult for them to continue to compete in the market. The effect of this would be to reduce the number of potential suppliers in the market, thus reducing competition and undermining value for money for contracting authorities. Legislation in this area therefore has to achieve a balance between transparency in the public procurement process and protecting legitimate interests of suppliers.“[...] O tome više McDonagh, Maeve, Disclosure of information relating to public procurement: the role of freedom of information law, Law Faculty, University College Cork, Public Procurement Law Review, 3:172-186, str. 4.

⁴⁸⁵ Formula „odvagivanja“.

⁴⁸⁶ Pravnik i pravni filozof, Christian Albrechts University Faculty of Law, Savezna Republika Njemačka, dalje u tekstu: Alexy.

Alexy je u svojem radu⁴⁸⁷ obrazložio, među ostalim, da općenito kod primjene prava postoje dvije osnovne operacije, a to su subsumpcija⁴⁸⁸ i balansiranje. Za subsumpciju je naveo kako je posljednjih desetljeća razjašnjena⁴⁸⁹, ali glede balansiranja da zapravo postoji više pitanja nego odgovora.⁴⁹⁰

Što se konkretno tiče balansiranja, Alexy je u istome radu naveo da se isto može smatrati dijelom sveobuhvatnijeg načela proporcionalnosti te da se može definirati kroz slijedeće pravilo „zakona balansiranja“⁴⁹¹: „Što je veći stupanj nezadovoljstva ili štete za jedno pravo ili načelo, veća mora biti važnost zadovoljavanja drugoga.“⁴⁹²

Također je naveo da zakon balansiranja pokazuje da se postupak balansiranja može podijeliti na tri faze, od čega prva faza uključuje utvrđivanje stupnja narušavanja prvog pravila ili načela. U drugoj fazi se utvrđuje važnost zadovoljavanja konkurentskog pravila ili načela, dok se u trećoj fazi utvrđuje da li važnost zadovoljavanja konkurentskog pravila ili načela opravdava narušavanje prvog pravila ili načela.

Što se tiče ljestvice stupnjeva narušavanja pojedinih pravila ili načela, Alexy je obrazložio, među ostalim, da se u praksu pravne argumentacije najbolje uklapa „trojna ljestvica“⁴⁹³.

Što se tiče trojne ljestvice, u nju ulaze tri stupnja: lagani (light = „l“), umjereni (moderate = „m“) i ozbiljni (serious = „s“).

Dakle, brojčane oznake vrednovanja unutar „l“, „m“ i „s“, prema „zakonu balansiranja“, predstavljaju stupnjeve narušavanja jednog pravila ili načela naspram drugog.

⁴⁸⁷ Alexy, Robert, On Balancing and Subsumption A Structural Comparison, Ratio Juris. Vol. 16 No. 4 December 2003 (433–49).

⁴⁸⁸ Izvorno u radu navedeno „subsumption“. Engleska definicija navedenog pojma obrazlaže da se radi o inkorporaciji nečega unutar generalne kategorije. U okviru logičnog zaključivanja, koje se primjenjuje i u pravu, prema mojem mišljenju bi se mogli reći da se radi o premisi unutar silogizma koja čini sadržaj zaključka. U hrvatskom jeziku bi se navedeno moglo prevesti kao „podvođenje“ norme (u kontekstu prava podvođenje niže norme pod višu normu).

⁴⁸⁹ S ovakvim zaključkom se slažem, s obzirom da subsumpcija funkcionira u skladu s pravilima logike u okviru čega se pojmovi „podvode“ od posebnog prema općem, odnosno od užeg prema širem. Balansiranje, s druge strane, više funkcionira u skladu s pravilima aritmetike, što je objasnio i Alexy u spomenutom članku „On Balancing and Subsumption A Structural Comparison“

⁴⁹⁰ U knjizi urednika Bix, Brian H., Spector, Horacio, Rights: Concepts and Contexts, Routledge, New York, 2016, autor Lars, Lindhal, je o Alexyevu modelu rekao, među ostalim, da je po njegovom mišljenju Alexyjeva „de facto transformacija vaganja i balansiranja u subsumpciju jedna od jakih strana njegova modela“ te da se čini da je „Alexyjeva preokupacija brojevima i matematičkim operacijama prikrila poantu da je njegov model takva transformacija.“, Lars, Lindhal, On Robert Alexy’s Weight Formula for Weighing and Balancing, u knjizi Bix, Brian H., Spector, Horacio, Rights: Concepts and Contexts, Routledge, New York, 2016, str. 372.

⁴⁹¹ „Law of Balancing“, dalje u tekstu: zakon balansiranja.

⁴⁹² „The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one right or principle, the greater must be the importance of satisfying the other“, str. 436.

⁴⁹³ Izvorno: „triadic scale“, dalje u tekstu: trojna ljestvica.

Što se tiče samog prikaza formule odvagivanja, ista dolazi do rezultata prikaza težine neravnoteže pojedinog pravila ili načela u okolnostima konkretnog slučaja u kojem se odlučuje.

Naime, osnovna formula odvagivanja, prema Alexyju, glasi:

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Objašnjeno je da " $W_{i,j}$ " označava kvocijent intenziteta povrede pojedinog načela koji se označava sa „ P_i “ (principle the infringement) i konkretne važnosti konkurentskog načela koja se označava sa „ P_j “ (importance of the competing principle)

Ako se prethodno primijeni na temu ovog rada, brojnik razlomka u formuli bi predstavljao numerički prikaz unutar trojne ljestvice intenziteta povrede načela zaštite poslovne tajne, odnosno povjerljivih podataka, dok bi nazivnik razlomka predstavljao numerički prikaz unutar trojne ljestvice važnosti konkurentskog načela, konkretno prava na jednakost oružja, pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo.

Stoga je u numeraciji potrebno primijeniti brojeve te je Alexy ukazao da postoje različite mogućnosti za raspon, odnosno niz brojeva unutar triju vrijednosti spomenute trojne ljestvice. Ako se primijeni niz brojeva 1, 2, i 4, tada unutar trojne ljestvice lagani (light = „l“) ima vrijednost 1, umjereni (moderate = „m“) ima vrijednost 2 te ozbiljni (serious = „s“) ima vrijednost 3.

Navedeno je da u svim slučajevima u kojima „ P_i “ ima prednost nad „ P_j “, vrijednost „ $W_{i,j}$ “ je veća od 1. Na primjeru, ukoliko je u okolnostima konkretnog slučaja intenzitet povrede načela zaštite poslovne tajne, odnosno povjerljivih podataka naspram sukobljenom načelu ozbiljan („s 3“), dok pravo pristupa dokumentaciji postupka naspram sukobljenom načelu ima umjerenu vrijednost („m 2“), ako se podijeli 3:2, dolazi se do vrijednosti 1,5. Dakle, vrijednost je veća od 1 i prednost bi trebalo dati zaštiti poslovne tajne, odnosno povjerljivim informacija.

Ako „ P_j “ ima prednost nad „ P_i “, „ $W_{i,j}$ “ je manja od 1. Na primjeru, ukoliko je u okolnostima konkretnog slučaja intenzitet povrede načela zaštite poslovne tajne, odnosno povjerljivih podataka naspram sukobljenom načelu umjeren („m 2“), dok pravo pristupa dokumentaciji postupka naspram sukobljenom načelu ima ozbiljnu vrijednost („s 3“), ako se podijeli 2:3, dolazi se do vrijednosti 0,666. Dakle, vrijednost je manja od 1 i prednost bi trebalo dati pravu pristupa dokumentaciji.

Ako su „P_i“ i „P_j“ numerički podjednaki, rezultat je 1. Na primjeru, ukoliko je u okolnostima konkretnog slučaja intenzitet povrede načela zaštite poslovne tajne, odnosno povjerljivih podataka naspram sukobljenom načelu ozbiljan („s 3“), dok pravo pristupa dokumentaciji postupka naspram sukobljenom načelu ima ozbiljnu vrijednost („s 3“), ako se podijeli 3:3, dolazi se do vrijednosti 1. Ukoliko su oba sukobljena prava, odnosno interesa podjednaka, rezultat iznosi 1.

Gore prikazana osnovna formula može se proširiti dodavanjem značaja apstraktne težine (W) pojedinome od sukobljenih prava, odnosno principa/načela ili interesa, a koja težina također, prema Alexyju igra značajnu ulogu u balansiranju. Dok su apstraktne težine podjednake, one se neutraliziraju, ali ako su različite, ipak mogu utjecati na konačan rezultat.

Stoga, proširena „formula odvagivanja“ glasi:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \times W_i}{I_j \times W_j}$$

Treće proširivanje navedene formule odnosi se na dodavanje pouzdanih empirijskih pretpostavki o tome što dotična mjera znači za neostvarivanje „P_i“ i realizaciju „P_j“ u okolnostima konkretnog slučaja. Navedeno se u formuli označava sa "R_i" i "R_j". Odnos „R_i“ i „R_j“ naspram „W_{i,j}“ temelji se na drugom zakonu odvagivanja koji glasi: „Što je teže uplitanje u ustavno pravo, to mora biti veća sigurnost njegovih temeljnih premisa.“⁴⁹⁴

Stoga, treća formula odvagivanja glasi:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \times W_i \times R_i}{I_j \times W_j \times R_j}$$

Dakle, ovisno o dobivenom rezultatu može se u pravu dobiti matematički zaključak kojem od sukobljenih prava, principa/načela, odnosno interesa dati prednost. Ukoliko se dobije rezultat 1, sa prikazanim i primijenjenim numeričkim nizom 1, 2, 3, odluku glede konačne prevage mora donijeti tijelo, odnosno osoba ili vijeće koje odlučuje. Kontrolno tijelo više instance bi zasigurno u formulu moglo unijeti drugačije stupnjeve numeričke vrijednosti unutar trojne ljestvice, ovisno o vlastitoj stručnosti ili procjeni, međutim, u svakome slučaju, svaki stupanj numeričke vrijednosti bi se trebao valjano i argumentirano obrazložiti.

⁴⁹⁴ „The more heavily an interference with a constitutional right weighs, the greater must be the certainty of its underlying premisses“, Alexy, Robert, On Balancing and Subsumption A Structural Comparison, Ratio Juris. Vol. 16 No. 4 December 2003, str. 446.

U tom dijelu odlučivanja se i otvara prostor za svakog pravnika, posebice za profesora, odvjetnika ili suca, da vlastitim znanjima i argumentima potkrijepljenim, u slučaju nedostataka normi ili njihove nejasnoće, ekstenzivnim, odnosno teleološkim tumačenjem prava, primjene što više stavove sudske prakse te opisanu formulu.

Prema mojim znanjima i iskustvu u odvjetničkoj praksi, došla sam do rezultata manjeg od 1 (0,666) primjenom formule odvagivanja na pravo na zaštitu poslovne tajne, s jedne strane, te pravo na transparentnost, odnosno jednakost oružja, pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo, s druge strane.

Naime, prema formuli $W_{i,j} = \frac{I_i \times W_i \times R_i}{I_j \times W_j \times R_j}$, u brojniku sam množila, glede prava na zaštitu

poslovne tajne, intenzitet povrede navedenog prava naspram sukobljenom pravu (2) x apstraktna težina naspram sukobljenom pravu, prema mojem znanju i procjeni (2) x pouzdane empirijske pretpostavke naspram sukobljenom pravu (1), dakle $2 \times 2 \times 1 =$ sveukupno 4.

U nazivniku sam množila, glede prava na transparentnost, odnosno jednakost oružja, pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo, intenzitet povrede navedenog prava naspram sukobljenom pravu (3) x apstraktna težina naspram sukobljenom pravu, prema mojem znanju i procjeni (2) x pouzdane empirijske pretpostavke (1), dakle $3 \times 2 \times 1 =$ sveukupno 6.

Kvocijent $4 : 6$ stoga iznosi 0,666.

Kao što je ranije obrazloženo, ukoliko je rezultat manji od 1, „P_j“ ima prednost nad „P_i“, dakle dobiveni rezultat ukazuje na prednost prava na transparentnost, odnosno jednakost oružja, pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo pred pravom na zaštitu poslovne tajne.⁴⁹⁵

Opisana računica se ne odnosi na računicu vezanu uz pojedini konkretan predmet za kojeg je potrebno uzeti u obzir sve činjenice, dokaze i okolnosti slučaja, već je u trojnu ljestvicu stavljen stupanj numeracije temeljem mojeg generalnog pravnog stava. Ovo je još jedan od razloga zbog kojeg

⁴⁹⁵ Do ovakvog zaključka, doduše vezanog uz pravo na objavu sadržaja ugovora o javnoj nabavi u korelaciji sa pravom na zaštitu poslovne tajne, su došli i autori Ginter, Carri, Parrest, Nele, Simovart, Mari Ann, u članku „Access to the content of public procurement contracts: the case for a general EU-law duty of disclosure“, Public Procurement Law Review 2013, 4, str. 156 –164, gdje su na str. 5., među ostalim, naveli: „We argue that the starting point in the balancing exercise should be in line with the general modus operandi of the public sector, i.e. public interests that substantiate publicity of contracts outweigh the rights and interests of a private party, unless there are overriding reasons to decide otherwise in a specific case regarding a specific clause.“

smatram, a posebice što je u Republici Hrvatskoj već reguliran usporedni postupak glede poslovnih tajni, odnosno povjerljivih informacija, da je nužna izmjena zakonodavstva vezanog uz postupke javne nabave u situacijama kada dođe do spora o povjerljivosti podataka, odnosno ograničenja načela transparentnosti i onemogućavanja pojedinom gospodarskom subjektu pristupa dokazu koji je vezan uz meritum spora.

Smatram da je primjena prikazane formule odvagivanja značajna za odvjetnike prilikom sastava kvalitetnih pravnih lijekova ili upravnih tužbi, posebice kada zastupaju stranu u sporu kojoj je onemogućeno pravo pristupa tajnim podacima u postupku javne nabave, odnosno u situacijama u kojima ne postoje jasne pravne norme, ali opstoje temeljna opća načela hrvatskog i europskog prava.

Ipak, važno je za naglasiti kako Alexyjeva formula odvagivanja podliježe i kritikama, i to ponajviše u dijelu vezanom uz to na temelju kojih svojstava se određuje „težina“ prava. Naime, kao što, primjerice, obrazlaže autor Marin Keršić, težina je „svojstvo fizičkih objekata“ pa stoga norme (ili načela, vrijednosti ili bilo koji drugi pravni pojam) „ne mogu imati težinu doslovno shvaćenu kao takvu, nego samo „težinu[“] shvaćenu u metaforičkom smislu“.⁴⁹⁶ Prisutnost metafora u pravu se ne smatra pozitivnom pojavom, s obzirom da „metafore u pravu čine jezik prava manje jasnim, smanjujući time i stupanj pravne sigurnosti.“⁴⁹⁷ Da ovakve kritike imaju uporišta, doista govori i činjenica da sam prilikom primjene formule odvagivanja i ja koristila razinu povrede prava, odnosno „težine“ prava prema svojem vlastitom znanju i iskustvu, drugim riječima metaforički. Dakle, ne radi se o egzaktnim tvrdnjama i činjenicama, već o subjektivnoj procjeni. Međutim, moj stav je da zaključivanje primjenom Alexyjeve formule odvagivanja nije pogrešno, s obzirom da u pojedinom pravnom slučaju u konačnici sudi sudac, odnosno klijenta zastupa odvjetnik, u oba slučaja čovjek sa svojim stručnim pravnim znanjima, ali i kao iskustveno biće. Upravo u tom dijelu dolazi do potrebe da u predmetu sudi i zastupa čovjek, sudac, odvjetnik, a ne „stroj, robot“. Ipak, ukoliko dolazi do metaforičkih, odnosno subjektivnih procjena o razini pojedine „težine“ prava, odnosno „težine“ povrede, time doista, kako kažu i kritičari, može doći do narušavanja pravne sigurnosti. Međutim, smatram da se isto može eliminirati dobrim poznavanjem relevantne sudske prakse.

⁴⁹⁶ Keršić, Marin, Problem „težina“ sukobljenih ustavnih načela u analizi proporcionalnosti (odvagivanju), Pravni vjesnik: časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku, Vol. 38 No. 3-4, 2022., str. 99.

⁴⁹⁷ *Ibid.*

Zbog navedenog je potrebno dobro poznavati i prava zajamčena Konvencijom, kao i sudsku praksu Suda za ljudska prava te Suda Europske unije. Stoga će prethodno opisano biti dodatno razrađeno u nastavku rada.

7.2. Zahtjevi prava na pošteno suđenje

Pravo na pošteno suđenje ljudsko je pravo zajamčeno člankom 6. Konvencije, kojim je u stavku 1. propisano: „Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Presuda se mora izreći javno, ali se sredstva priopćavanja i javnost mogu isključiti iz cijele rasprave ili njezinog dijela zbog razloga koji su nužni u demokratskom društvu radi interesa morala, javnog reda ili državne sigurnosti, kad interesi maloljetnika ili privatnog života stranaka to traže, ili u opsegu koji je po mišljenju suda bezuvjetno potreban u posebnim okolnostima gdje bi javnost mogla biti štetna za interes pravde.“

Pravo na pošteno suđenje ima više aspekata. Iz rada „Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: Nova praksa Suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu“⁴⁹⁸ proizlazi da je jedan od aspekata prava na pošteno suđenje i pravo na procesnu ravnopravnost.⁴⁹⁹ U istom radu je obrazloženo, među ostalim, da se predmetno pravo na pošteno suđenje tiče građanskih prava i obveza, međutim da se proteže i izvan područja građanskih predmeta, odnosno da se izraz „utvrđivanje prava i obveza građanske naravi“ postupno proširilo na sve vrste postupaka, uključujući i u upravne postupke.⁵⁰⁰ Ono što je bitno jest da se u tim postupcima odlučuje o pravima i obvezama vezanim uz privatno pravo te da oko sadržaja prava i obveza postoji spor. Važan je sadržaj o kojem se odlučuje, a ne nužno vrsta postupka u kojem se odlučuje. U istom radu je također prikazano, među ostalim, da je u praksi Suda za ljudska prava, kod preispitivanja prava na pošteno suđenje vezano uz postupke u kojima se odlučuje o pravima i obvezama vezanim uz privatno pravo, došlo do postupnog

⁴⁹⁸ Uzelac, Alan, Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: Nova praksa Europskog suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 60 No. 1, 2010., str. 104.

⁴⁹⁹ Ostali aspekti prava na pošteno suđenje, prema autoru iz prethodne bilješke, su: pravo na pristup sudu, pravo na pravnu pomoć, pravo na javno i kontradiktorno suđenje, pravo na saslušanje, pravo na dokaz, pravo na javnu objavu presuda, pravo na sud ustanovljen zakonom, pravo na nezavisnost i nepristranost u suđenju, pravo na suđenje u razumnom roku, pravo na učinkovitu ovrhu presuda i zabrana arbitrarnog postupanja.

⁵⁰⁰ Uzelac, Alan, Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: Nova praksa Europskog suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 60 No. 1, 2010., str. 105.

ukidanja potrebe razlikovanja u zaštiti vezanim uz to radi li se u primarnom postupku o predmetu iz područja privatnog ili javnog prava.

Stoga, što se tiče žalbenih i sudskih postupaka vezanih uz područje prava javne nabave, isti također nesporno potpadaju pod zaštitu članka 6. Konvencije, što dokazuje i bogata sudska praksa koja će biti prikazana kroz ovo poglavlje. Također se već na ovom mjestu ističe da iz točke 28 presude u predmetu „*Varec*“, koji će biti prikazan u potpoglavlju 7.4.1., proizlazi da je pravo na zaštitu povjerljivih informacija u osnovi materijalno pravo, čak i ako njegova primjena može imati procesne posljedice.

S obzirom na navedeno, primarni postupak u nacionalnom zakonodavstvu, u kojem se pojavi spor oko prava na pristup povjerljivim informacijama, bilo da se radi o žalbenom postupku pred „revizijskim tijelom“ ili u postupku pred sudom, potpadao bi, uz ispunjenje svih propisanih uvjeta koje zahtijeva Konvencija, pod zaštitu koju pruža članak 6., stavak 1., Konvencije.

Naime, zaštita povjerljivih informacija može se promatrati s aspekta zaštite vezane uz materijalno pravo pojedinog pravnog subjekta, ali i vezano uz sama procesna prava tog subjekta, s obzirom da, po mojem mišljenju, primjena navedenog materijalnog prava ima i procesne posljedice, i to kod omogućavanja prava na kontradiktornost postupka, odnosno procesnu jednakost oružja u vidu prava na pristup dokazima u spisu koji mogu biti i povjerljive prirode, a vezani su uz sam meritum spora.

Naime, upravo samo središte prava na pošteno suđenje čini pravo na procesnu ravnopravnost⁵⁰¹ te pravo na kontradiktornost i javnost u postupanju te odlučivanju. Načelo procesne ravnopravnosti zahtijeva da svaka od stranaka treba imati „razumnu mogućnost da u postupku brani svoja prava pod uvjetima koji ga⁵⁰² ne stavljaju u bitno nepovoljniji položaj u odnosu na njenog protivnika“, kao i „mogućnost da se izjašnjava i raspravlja o svom relevantnom procesnom materijalu.“⁵⁰³

Gospodarski subjekt koji u hrvatskom postupku javne nabave želi ostvariti pravo uvida u podatke koje je drugi gospodarski subjekt označio tajnima, i naručitelj je isto prihvatio, nema zakonom propisanih mehanizama kako pristupiti tajnoj dokumentaciji, bilo pred naručiteljem, bilo pred DKOM, bilo pred VUSRH, iako su takvi podaci možda odlučujući za rješavanje samog merituma spora u postupku javne nabave.

⁵⁰¹ „Jednakost oružja“.

⁵⁰² Gramatički bi ispravno trebalo stajati „ju“.

⁵⁰³ Uzelać, Alan, Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: Nova praksa Europskog suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 60 No. 1, 2010., str. 109.

Time se, prema mojem stavu, takvom gospodarskom subjektu krši pravo na procesnu ravnopravnost, jednakost oružja, kontradiktornost i samo pošteno suđenje.

7.2.1. Kontradiktornost postupka kao element prava na pošteno suđenje

U odluci Suda za ljudska prava od 6. srpnja 2010. godine, zahtjev broj 54111/07⁵⁰⁴, Sud za ljudska prava je naglasio, vezano uz članak 6., stavak 1., Konvencije, da je uloga istog suda ispitivanje prijava protiv pojedine države jesu li nacionalni sudovi zanemarili posebne postupovne zaštitne mjere navedene u toj odredbi Konvencije, odnosno da li vođenje postupka u cjelini nije onemogućilo podnositelju zahtjeva pravično suđenje. Dakle, pravičnost postupka je na prvom mjestu vezana uz poštovanje postupovnih pravila, a jedno od njih je upravo kontradiktornost postupka.

Iz sadržaja točke 66 presude Suda za ljudska prava od 24. studenoga 1997. godine, zahtjev broj 138/1996/757/956⁵⁰⁵, proizlazi, među ostalim, da su zahtjevi koji proizlaze iz prava na kontradiktorni postupak u načelu isti u građanskim i kaznenim predmetima, a kao što je navedeno u prethodnom potpoglavlju, ne postoje zapreke da se isto ne bi odnosilo i na predmete iz područja upravnog prava, odnosno konkretno, i na postupke vezane uz javnu nabavu.

Što se tiče poštenosti postupka, kao što proizlazi iz zaključaka Suda za ljudska prava iz presude koja će biti prikazana u potpoglavlju 7.4.1., potrebno je osigurati da postupak u cjelini odgovara pravu na pošteno suđenje. Stoga, pojedini procesni propust, koji je možda ispravljen kroz druga postupovna pravila, nije dovoljna osnova da se pojedini postupak utvrdi kao nepošten u cjelini. Navedeno proizlazi i iz točke 103 odluke Suda za ljudska prava od 15. rujna 2009. godine, zahtjev broj 798/05⁵⁰⁶, u kojoj je Sud za ljudska prava utvrdio da je točno da su u konkretnom predmetu žalbeni i kasacijski sudovi propustili priliku ispraviti predmetnu pritužbu odbacivanjem primjedaba stranaka na prilično formalnim osnovama i bez rješavanja suštinskih pitanja predmeta, međutim da je, gledano

⁵⁰⁴ Stranke *Star Cate Epilekta Gevmata i drugi protiv Grčke*, odluka je dostupna na <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%2254111/07%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22ADMISSIBILITY%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-100012%22%5D%7D>, datum pristupa 12. svibnja 2022. godine. Odluka nije dostupna u prijevodu na hrvatski jezik pa sam ju za potrebe rada osobno prevela.

⁵⁰⁵ Stranke *Werner protiv Austrije*. Presuda je dostupna na <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58114%22%5D%7D>, datum pristupa 12. svibnja 2022. godine. Presuda nije dostupna u prijevodu na hrvatski jezik pa sam ju za potrebe rada osobno prevela.

⁵⁰⁶ Stranke *Miroļubovs i ostali protiv Lettonie*. Odluka je dostupna na <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%22798/05%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-93983%22%5D%7D>, datum pristupa 12. svibnja 2022. godine. Odluka nije dostupna u prijevodu na hrvatski jezik pa sam ju za potrebe rada osobno prevela.

u cjelini, predmetni postupak zadovoljio uvjete iz članka 6., stavka 1., Konvencije. Dakle, i kod ograničenja prava na pristup pojedinim tajnim, odnosno povjerljivim podacima u određenom postupku, potrebno je sagledati postupak kao cjelinu, odnosno jesu li ipak u okviru cjeline postupka bili zadovoljeni zahtjevi kontradiktornosti u vidu jednakosti oružja, što uključuje i pravo pristupa tajnim podacima, kada oni predstavljaju dokaze važne za meritum postupka.

U „Vodiču kroz članak 6. Europske konvencije o ljudskim pravima, Pravo na pošteno suđenje (građanski aspekt)“⁵⁰⁷ navedeno je⁵⁰⁸, među ostalim, da pravo na kontradiktorni postupak u načelu znači mogućnost da stranke znaju za sve izvedene dokaze ili podnesene primjedbe te da imaju pravo komentirati ih. Također je navedeno da se pravo na kontradiktorni postupak mora moći ostvariti u zadovoljavajućim uvjetima, odnosno da „stranka u postupku mora imati mogućnost upoznati se s dokazima pred sudom, kao i mogućnost očitovati se o njihovu postojanju, sadržaju i vjerodostojnosti u odgovarajućem obliku i u odgovarajućem roku.“

Međutim, u točki 372 istog Vodiča Suda za ljudska prava naglašeno je da „pravo na kontradiktorni postupak nije apsolutno i njegov opseg može varirati ovisno o posebnim značajkama dotičnog predmeta [...], podložno nadzoru Suda u najvišem stupnju“ [...]. U tom dijelu je ukazano na sudsku praksu Suda za ljudska prava u predmetu *Hudáková i drugi protiv Slovačke* od 27. travnja 2010. godine.⁵⁰⁹ U toj presudi je Sud za ljudska prava naveo⁵¹⁰, među ostalim, da koncept pravične rasprave podrazumijeva pravo na kontradiktorni postupak prema kojem stranke moraju imati priliku ne samo da budu upoznate sa svim dokazima potrebnim da bi njihovi zahtjevi uspjeli, već i da imaju mogućnost komentirati sve izvedene dokaze ili podnesena zapažanja s ciljem utjecaja na odluku suda, međutim, da pravo na kontradiktorni postupak nije apsolutno i da njegov opseg može varirati ovisno o specifičnim značajkama konkretnog predmeta.

Nadalje, nezavisna odvjetnica Sharpston u svojem mišljenju,⁵¹¹ od 25. listopada 2007. godine u predmetu, *Varec v État Belge*⁵¹², navela je da se prethodno pitanje u tome predmetu ticalo sukoba

⁵⁰⁷ Vodič je izdan od strane Suda za ljudska prava 2013. godine te je dostupan na https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_HRV.pdf, datum pristupa 12. svibnja 2022. godine, dalje u tekstu: Vodič Suda za ljudska prava.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, točka 370.

⁵⁰⁹ Broj zahtjeva 23083/05. Presuda je dostupna na <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-98447%22%5D%7D>, datum pristupa 12. svibnja 2022. godine. Presuda nije prevedena na hrvatski jezik pa sam ju za potrebe rada osobno prevela.

⁵¹⁰ Točka 26 presude.

⁵¹¹ Mišljenje je dostupno na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62006CC0450>, datum pristupa 9. svibnja 2022. godine. Mišljenje nije službeno prevedeno na hrvatski jezik pa sam ga za potrebe rada osobno prevela.

⁵¹² Broj predmeta C-450/06. Sadržaj presude će biti prikazan u potpoglavlju 7.4.1. rada.

između prava jedne stranke da zahtijeva podnošenje i pristup odgovarajućim dokazima i prava druge da se održi povjerljivost određenih dokaza u odnosu na poslovnog konkurenta.

U točki 36 mišljenja nezavisna odvjetnica je istaknula, među ostalim, da je Sud za ljudska prava zaključio kako je temeljni aspekt prava na pošteno suđenje u svim građanskim ili kaznenim postupcima da se obje strane moraju saslušati i uživati u jednakosti oružja. Isto je potvrđeno i u predmetu koji se vodio pred Sudom za ljudska prava pod brojem zahtjeva 59741/00⁵¹³, u točki 21 odluke donesene u tom predmetu 31. listopada 2006. godine.⁵¹⁴

Povezano i sa sadržajem ovog rada glede omogućavanja pristupa dokazima u sporu koji su označeni tajnima, odnosno povjerljivima, u točkama 37 i 38 predmetnog mišljenja nezavisna odvjetnica je, među ostalim, naglasila da kada revizijsko tijelo u svojoj odluci uzme u obzir informacije koje „utječu na odluku“⁵¹⁵, da bi u načelu te informacije trebale biti dostupne i svim glavnim strankama u postupku, kako bi se poštovalo njihovo pravo na pošteno suđenje.

⁵¹³ Stranke *Aksoy (Eroğlu) protiv Turske*. Odluka je dostupna na [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-77761%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-77761%22]}), datum pristupa 12. svibnja 2022. godine.

⁵¹⁴ Odluka je dostupna samo na turskom i francuskom jeziku te u francuskoj jezičnoj verziji glasi:

„Tout procès civil et pénal, y compris ses aspects procéduraux, doit revêtir un caractère contradictoire et garantir l'égalité des armes entre les parties : c'est là un des aspects fondamentaux du droit à un procès équitable.

Le droit à un procès contradictoire implique, pour les parties, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie et de pouvoir en discuter (voir, parmi d'autres, en ce concerne la procédure civile : *Vermeulen c. Belgique*, arrêt du 20 février 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-I, p. 234, § 33, *Lobo Machado c. Portugal*, arrêt du 20 février 1996, *Recueil* 1996-I, p. 206, § 31, *Nideröst-Huber c. Suisse*, arrêt du 18 février 1997, *Recueil* 1997-I, p. 107-108, § 23, *Kress c. France* [GC], no 39594/98, § 74, CEDH 2001-VI, *Yvon c. France*, no 44962/98, § 38, CEDH 2003-V, et *Prikyan et Angelova c. Bulgarie*, no 44624/98, § 40, 16 février 2006 ; en ce qui concerne la procédure pénale : *Brandstetter c. Autriche*, arrêt du 28 août 1991, série A no 211, pp. 27-28, §§ 66-67, *Fitt c. Royaume-Uni* [GC], no 29777/96, § 46, CEDH 2000-II, et *Jasper c. Royaume-Uni* [GC], no 27052/95, § 53, 16 février 2000).

Ce principe vaut pour les observations et pièces présentées par les parties, mais aussi par un magistrat indépendant tel que le commissaire du Gouvernement (*Kress, précité*, et *APBP c. France*, no 38436/97, 21 mars 2002), par une administration (*Krčmář et autres c. République tchèque*, no 35376/97, § 44, 3 mars 2000) ou par la juridiction auteur du jugement entrepris (*Nideröst-Huber, précité*)“.

Prema mojem prijevodu, isti bi glasio:

„Svaki građanski i kazneni postupak, uključujući njegove postupovne aspekte, mora biti kontradiktoran i jamčiti jednakost stranaka: to je jedan od temeljnih aspekata prava na pošteno suđenje. Pravo na kontradiktorno suđenje podrazumijeva, za stranke, mogućnost da se upoznaju sa navodima ili dokazima druge strane i da o njima mogu raspravljati (vidjeti, između ostalog, u vezi s građanskim postupkom: *Vermeulen protiv Belgije*, presuda od 20. veljače 1996., Izvješćaji o presudama i odlukama 1996-I, str. 234, § 33, *Lobo Machado protiv Portugala*, presuda od 20. veljače 1996., Izvješća 1996-I, str. 206-Huber§, *Niuber§ protiv Švicarske*, presuda od 18. veljače 1997., Izvješća 1997-I, str. 107-108, § 23, *Kress protiv Francuske* [Vv], br. Francuska, br. 44962/98, § 38, ECHR 2003 i *Prikyan i Angelova protiv Bugarske*, broj od 28. kolovoza 1991., Serija A br. 211, str. 27-28, §§ 66-67, *Fitt protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [Vv], br. 27052/95, § 53, 16. veljače 2000.). Ovo se načelo primjenjuje na tvrdnje i dokumente koje iznose stranke, ali i neovisni sudac kao i Vladin povjerenik (*Kress, citirano gore*, i *APBP protiv Francuske*, br. 38436/97, 21. ožujka 2002.), od strane uprave (*Krčmář i drugi protiv Češke Republike*, br. 35376/97, § 44, 3. ožujka 2000.) ili od strane suda koji je donio presudu (*Nideröst-Huber*)“.

⁵¹⁵ Dakle, radi se o meritornim informacijama.

Prema mojem mišljenju, ukoliko se radi o dokumentaciji, odnosno dokazima u spisu koji su označeni kao tajni, odnosno povjerljivi, a njihov sadržaj nije odlučujući za meritum spora, proizlazi da onemogućavanje stranci uvida u takve dokaze ne bi narušilo pravo na pošteno suđenje.

Nadalje, nezavisna odvjetnica Sharpston je u točki 39 predmetnog mišljenja navela da iz Konvencije i Povelje ne proizlazi da je pravo na otkrivanje relevantnih dokaza apsolutno pravo, već da i Sud za ljudska prava drži da se dokazi mogu uskratiti ako je to potrebno za očuvanje temeljnih prava drugog pojedinca ili očuvanje važnog javnog interesa. Međutim, naglašeno je da su takve mjere ograničavanja dopuštene samo ako su nužno potrebne te da ograničenja takvih prava moraju biti u dovoljnoj mjeri uravnotežena postupcima koje provode pravosudna tijela.⁵¹⁶

Ujedno, kao što je bilo prikazano u ranijem potpoglavlju 6.1.1.1. rada, vezano uz presudu Suda za ljudska prava u predmetu *Niemietz protiv Njemačke*, i u ovom mišljenju je naglašeno da pravo na povjerljivo postupanje s informacijama nije apsolutno pravo, jer se i prava iz članka 8., stavka 1., Konvencije mogu ograničiti sukladno stavku 2. istog članka, ako su nužna i u skladu sa zakonom, kako bi se, među ostalim, zaštitila prava drugih.

Također, u točki 47 mišljenja je navedeno kako je očito je da će se vjerojatno pojaviti sukobi između prava na povjerljivo postupanje s poslovnim tajnama, potrebe za transparentnošću u području javnih nabava te dužnosti tijela za reviziju da osiguraju učinkoviti postupak i prava svih strana na pravičan postupak. Međutim, nadalje je navedeno da opisane interese neće uvijek biti moguće potpuno pomiriti, već da će u nekim slučajevima biti potrebno ograničiti pravo jedne stranke i zahtijevati povjerljivo postupanje s poslovnim tajnama ili pak omogućiti pristup svim dokazima u spisu kako bi se osigurala prava druge stranke, bez narušavanja učinkovitog preispitivanja. Međutim, naglašeno je svako ograničenje ne smije prijeći ono što je nužno za tu svrhu te da je potrebno uspostaviti pravilan balans između sukobljenih prava.

Zatim, u točki 63 mišljenja nezavisna odvjetnica je eksplicitno navela da se „mora osigurati najveća zaštita svakog interesa, i to povjerljivost poslovne tajne i pravo na pošteno suđenje, a što da je moguće postići bez narušavanja suštine drugog i uspostaviti ravnotežu između navedenog.“ Dakle, od ključne je važnosti postizanje pravilne ravnoteže, odnosno balansa između dvaju opisanih interesa, o čemu je bilo više govora u potpoglavlju 7.1.

⁵¹⁶ Ovdje se nezavisna odvjetnica pozvala na zahtjev *V. protiv Finske*, br. 40412/98, od 24. travnja 2007. godine, koji je u *supra* potpoglavlju 6.3.1.2.

Ujedno, u knjizi „The European Convention on Human Rights, 7th edition“⁵¹⁷, navodi se, glede prava na pošteno suđenje⁵¹⁸, među ostalim, da je za učinkovitost protivničkog postupka bitno da relevantan materijal bude dostupan objema stranama. No, također je navedeno da pravo na povjerljivost dokaza nije apsolutno pravo, s obzirom da mogu postojati zahtjevi nacionalne sigurnosti, zaštite svjedoka ili tajnosti istrage, a koji zahtjevi moraju biti odvagnuti sa pravima okrivljenog. Autori su se pozvali na slučaj „*Rowe i Davis*“, koji slučaj je bio prikazan u potpoglavlju 6.3.1.1. ovog rada, na način da su mjere ograničavanja prava obrane, glede pristupa određenim podacima, dopuštene u skladu s člankom 6., stavkom 1., Konvencije samo ako su neophodno nužne. U istom potpoglavlju sam dala i svoje komentare glede poveznice navedenog slučaja s predmetom ovog rada.

7.3. Zahtjevi prava na učinkovit i djelotvoran pravni lijek

Člankom 13. Konvencije je propisano da svatko čija su prava i slobode koje su priznate u Konvenciji povrijeđene „ima pravo na djelotvorna pravna sredstva pred domaćim državnim tijelom čak i u slučaju kad su povredu počinile osobe koje su djelovale u službenom svojstvu.“ Također, člankom 47. Povelje propisano je, među ostalim, da, „svatko čija su prava i slobode zajamčeni pravom Unije povrijeđeni, ima pravo na djelotvoran pravni lijek pred sudom“.

Sukladno načelu djelotvornosti, nacionalna pravila postupka ne smiju učiniti ostvarivanje prava zajamčenih propisima Europske unije „praktično nemogućim ili pretjerano teškim.“⁵¹⁹

S obzirom da se, kao što je ranije navedeno, konvencijska prava smatraju općim načelima prava Europske unije, to zaključujem da je, zbog nepostojanja zasebnog postupka, odnosno ne regulacije proceduralnih pravila glede spora o povjerljivosti podataka do kojeg može doći u hrvatskom postupku javne nabave, kao i manjkavosti u propisima koji u takvim situacijama reguliraju postupanje samog naručitelja, DKOM-a, kao i VUS-a RH, gospodarskim subjektima povrijeđeno i pravo na djelotvoran pravni lijek. Ujedno, time je, prema mojem mišljenju, narušeno i načelo djelotvornosti koje zahtijeva europsko pravo, a što će biti prikazano i kroz sudsku praksu u narednom potpoglavlju.

⁵¹⁷ Jacobs, White, and Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 7th edition, Oxford University Press, 2017, str. 292 -293.

⁵¹⁸ Doduše, autori spominju građanske i kaznene predmete, ali kao što je navedeno, prema mojem mišljenju, s obzirom na praksu Suda za ljudska prava, nema zapreke da se isto ne bi odnosilo i na postupke vezane uz upravno pravo.

⁵¹⁹ Britvić Vetma, Bosiljka, Utjecaj konvencijskog prava i prava Europske unije na zaštitu prava stranke u upravnom sporu, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (1991) v. 37, br. 1, 291-315 (2016), str. 298.

Sve opisano negativno utječe na učinkovitost postupka javne nabave u cjelini, jer potencijalno, zbog potrebe podnošenja špekulativnih pravnih lijekova i tužbi dolazi do duljeg trajanja pojedinog postupka, do kojeg možda ni ne bi došlo da je gospodarskom subjektu u ranijoj fazi postupka bio omogućeno izvršiti uvid u sporni dio dokumentacije koja je relevantna za njegove argumente i meritum spora, ali je označena tajnom.

U hrvatskim postupcima koji su prikazani u petom poglavlju⁵²⁰, vezanom uz pravnu zaštitu ponuditelja ili natjecatelja u slučaju ograničenja pristupa dokumentaciji u postupku javne nabave zbog prava na tajnost podataka, nisam pronašla pravila glede postizanja ravnoteže između prava na tajnost podataka i načela transparentnosti, koju je potrebno postići kako bi se osiguralo pravo na pošteno suđenje i pravo na djelotvorno pravno sredstvo, a što zahtijeva praksa Suda Europske unije koja će biti prikazana u nastavku. Naime, upravo je, prema mojem mišljenju poznavanje stavova sudske prakse iznimno bitno kod brojčanog stupnjevanja trojne ljestvice u Alexyjevoj formuli odvagivanja, odnosno provedbe postupka balansiranja sa sukobljenim pravima sudionika u postupku.

7.4. Prikaz recentne prakse Suda Europske unije

Autor Christopher H. Bovis je u svojem članku „Regulatory Trends in Public Procurement at the EU Level“⁵²¹ naveo, među ostalim, kako je praksa Suda Europske unije iznimno važna u području prava javne nabave, uz navode da je Sud Europske unije godinama pružao „intelektualnu podršku“ naporima europskih institucija kako bi se ojačala tri temeljna načela na kojima se temelji regulacija javne nabave. To su načela nediskriminacije, tržišnog natjecanja i transparentnosti. Također je naveo da je doprinos Suda Europske unije strateškom cilju uspostave „pravnog režima s izravnim učinkom“, kako bi se poboljšao pristup pravdi na nacionalnoj razini, kao i usklađenost te kvaliteta primjene tog pravnog režima. Kao konačan cilj, isti autor je naveo racionalizaciju javne nabave te regulaciju na zajedničkom tržištu uvođenjem elementa uniformnosti.⁵²² Stoga će u nastavku biti prikazana praksa⁵²³ Suda Europske unije koja ukazuje na važne pravne stavove vezane uz ciljeve ovog istraživanja.

⁵²⁰ Postupak pred naručiteljem, pred DKOM te pred VUSRH

⁵²¹ Bovis, Christopher H., Regulatory Trends in Public Procurement at the EU Level, EPPPL 4|2012, 221-227.

⁵²² *Ibid.*, str. 222.

⁵²³ Sudska praksa koja će biti prikazana se odnosi na predmete koji su se vodili pred Sudom Europske unije vezano uz pitanje povjerljivosti podataka u postupcima javne nabave. Presude su pronađene preko pretraživača *InfoCuria*. S obzirom da nisam pronašla presude koje bi se striktno i konkretno odnosile na problematiku ovog rada, to ću prikazati više presuda

7.4.1. Presuda u predmetu Varec SA v État Belge od 14. veljače 2008. godine

Sud Europske unije je 14. veljače 2008. godine donio presudu u predmetu *Varec SA v État belge*.⁵²⁴ Postupak je bio pokrenut temeljem zahtjeva za prethodnu odluku koji se odnosio na tumačenje članka 1., stavka 1., Direktive Vijeća 89/665/EEZ od 21. prosinca 1989. o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na primjenu postupaka kontrole na sklapanje ugovora o javnoj nabavi robe i javnim radovima, kako je izmijenjena Direktivom Vijeća 92/50/EEZ od 18. lipnja 1992. o usklađivanju postupaka za dodjelu ugovora o javnim uslugama.⁵²⁵

Zahtjev je bio upućen u postupcima između Varec SA⁵²⁶ i Belgije, u vezi s dodjelom javnog ugovora za isporuku kolosijeka za tenkove „Leopard“.

Što se tiče relevantnog europskog prava, članak 1., stavak 1., Direktive 89/665 je propisivao: „Države članice poduzimaju potrebne mjere kako bi osigurale da se, u pogledu postupaka dodjele ugovora koji spadaju u područje primjene Direktiva 71/305/EEZ, 77/62/EEZ i 92/50/EEZ [...], odluke koje donesu ugovorna tijela mogu učinkovito preispitati i, posebno, što je brže moguće“ [...].⁵²⁷

Također, među ostalim, članak 15., stavak 2., Direktive 93/36 je propisivao: "Naručitelji u potpunosti poštuju povjerljivu prirodu bilo koje informacije koju dostave dobavljači."

Važno je za naglasiti da ova Direktiva 93/36 više nije na snazi, već je zamijenjena Direktivom Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za

koje su bile povezane s omogućavanjem pristupa povjerljivim podacima u pojedinim postupcima javne nabave, sve s ciljem donošenja analognih zaključaka važnih za odgovore na postavljena pitanja u ovom istraživanju.

⁵²⁴ Presuda u predmetu C-450/06, ECLI:EU:C:2008:91, dostupna na <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=71573&doclang=en>, datum pristupa 28. ožujka 2022. godine. Presuda nije službeno prevedena na hrvatski jezik, već sam ju za potrebe rada osobno prevela.

⁵²⁵ SL L 209, 1992., dalje u tekstu: Direktiva 89/665. Ova direktiva je mijenjana te je sada na snazi Direktiva 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2007. o izmjeni direktiva Vijeća 89/665/EEZ i 92/13/EEZ u vezi s poboljšanjem učinkovitosti postupaka pravne zaštite koji se odnose na sklapanje ugovora o javnoj nabavi, dalje u tekstu: Direktiva 2007/66/EZ. Direktiva 2007/66/EZ uvela je nove teme, kao primjerice, jasnu podjelu između predugovornih i postugovornih faza, ravnotežu između učinkovitog preispitivanja javnih ugovora i potrebe učinkovite javne nabave, strogi zahtjev mirovanja za sklapanje ugovora uključujući izravne dodjele od strane naručitelja, opsežnu komunikaciju i praćenje zahtjeva, kao i značajno preusmjeravanje korektivnog mehanizma. O tome više Bovis, Christopher H., Public procurement in the EU: jurisprudence and conceptual directions, Common Market Law Review 49, 247–290, 2012., str. 272.

⁵²⁶ Dalje u tekstu: Varec.

⁵²⁷ Navedena odredba je sada regulirana člankom 1., stavkom 1., Direktive 2007/66/EZ praktički jednako, odnosno na slijedeći način: „Države članice poduzimaju mjere potrebne da osiguraju da, vezano uz ugovore koji spadaju u područje primjene Direktive 2004/18/EZ, odluke koje donose javni naručitelji mogu biti učinkovito preispitane i, posebno, što je hitnije moguće u skladu s uvjetima navedenim u člancima 2. do 2.f ove Direktive, zbog toga što se takvim odlukama krši pravo Zajednice u području javne nabave ili nacionalna pravila u kojima je preneseno to pravo.“

sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama, koja je potom zamijenjena Direktivom 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage direktive 2004/18/EZ.⁵²⁸

Kao što je istaknuto u potpoglavlju 2.3.2. ovog rada, povjerljivost podataka u navedenoj Direktivi 2014/24 regulirana je člankom 21. te je u istom potpoglavlju prikazan sadržaj iste norme. Zaključujem da u sadržaju norme članka 21. trenutno važeće Direktive 2014/24, glede povjerljivosti podataka u postupku javne nabave, nema pravno suštinskih odstupanja od sadržaja normi iz Direktive 93/36 u odnosu na koje se odnosi predmetna presuda „Varec“. Stoga držim da su zaključci iz predmetne presude značajni i u odnosu na trenutno važeće pravo.

Što se konkretno tiče spora u glavnom postupku i pitanja koje je bilo upućeno u okviru prethodnog postupka, činjenično stanje je bilo takvo da je u prosincu 2001. godine Belgija pokrenula postupak javne nabave u vezi s opskrbom željezničkih kolosjeka za tenkove “Leopard“. Ponude su podnijela dva ponuđača, Varec i Diehl Remscheid GmbH & Co⁵²⁹.

Belgija je smatrala da ponuda koju je podnio Varec nije ispunjavala kriterije za tehnički odabir i da je nezakonita, te je u konačnici ugovor bio dodijeljen Diehlu.

Varec je podnio Conseil d'État⁵³⁰ tužbu za poništenje odluke o odabiru te je Diehlu bilo dozvoljeno intervenirati u postupak. Spis kojeg je Belgija dostavila Conseil d'Étatu nije sadržavao Diehlovu ponudu.

Stoga je Varec zatražio da se i taj spis, u kojem je bila ponuda Diehla, priklopi predmetu. Isti je zahtjev uputio i revizor Conseil d'État koji je bio odgovoran za sastavljanje izvještaja.⁵³¹ Stoga je Belgija u spis predala ponudu Diehl, ali uz obrazloženje da u nju nisu uključeni planovi cijele predložene pruge ni njezinih sastavnih dijelova, jer da su isti vraćeni u Diehl na njihov zahtjev. U vezi navedenog, Belgija je navela da će, ako će biti neophodno da se preda kompletan sadržaj ponude, cjelovitu ponudu biti potrebno zatražiti izravno od Diehl.

⁵²⁸ *Op.cit.*, bilješka 73. Dalje u tekstu: Direktiva 2004/18.

⁵²⁹ Dalje u tekstu: Diehl.

⁵³⁰ Državno vijeće.

⁵³¹ Dalje u tekstu: Auditeur.

Diehl je obavijestio Auditeur⁵³² da verzija njegove ponude, koju je Belgija dostavila u spis, sadrži povjerljive podatke⁵³³ te da podnosi prigovor iz razloga što će treće strane, uključujući i Varec, biti u mogućnosti iskoristiti povjerljive podatke koji se odnose na poslovne tajne sadržane u postupku.

Auditeur je u svojem izvješću iz veljače 2006. godine zaključio da odluku o odabiru, odnosno dodjeli treba poništiti iz razloga što naručitelj nije postupao u skladu sa pravičnošću i poštenim postupkom s obzirom da su dokumenti bili isključeni iz postupka *inter partes*. Belgija je osporila taj zaključak i zatražila od Conseil d'Étata da odluči o zahtjevu za status povjerljivosti Diehlovih dokumenata u postupku nabave koji sadrže podatke koji se odnose na poslovne tajne i koji su bili priloženi u spis u postupku pred tim vijećem.

Stoga je Conseil d'État odlučio obustaviti postupak i pokrenuti prethodni postupak.

Prilikom odlučivanja Sud Europske unije je naveo, među ostalim, da je glavni cilj pravila Zajednice otvaranje javnih nabava za neometanu konkurenciju u svim državama članicama⁵³⁴ te da je „važno, kako bi se postigao navedeni cilj, da naručitelji ne objave informacije u vezi s postupcima dodjele ugovora koji bi se mogli upotrijebiti za narušavanje tržišnog natjecanja bilo u postupku nabave koji je u tijeku, bilo u sljedećim postupcima.“⁵³⁵

Također, Sud Europske unije je naveo da se postupci dodjele ugovora, po svojoj prirodi i „prema shemi zakonodavstva Zajednice u tom području, temelje na odnosu povjerenja između naručitelja i gospodarskih subjekata koji sudjeluju u postupku“ te da ti „gospodarski subjekti moraju biti u mogućnosti dostaviti sve relevantne podatke ugovornim tijelima u postupku nabave, bez straha da će naručitelji trećim stranama priopćiti informacije koje bi im mogle nanijeti štetu.“⁵³⁶

Stoga je Sud Europske unije naglasio, među ostalim, da norme Direktive 93/36 predviđaju da su naručitelji dužni u potpunosti poštovati povjerljivu prirodu podataka koje dostave dobavljači⁵³⁷ te da „daju naručitelju diskrecijsko pravo uskrate određene informacije tamo gdje bi njihovo objavljivanje štetilo legitimnim komercijalnim interesima određenih trgovačkih društava ili bi moglo naštetiti poštenoj konkurenciji između dobavljača.“⁵³⁸

⁵³² *Ibid.*

⁵³³ Prema Diehlu, određeni odlomci u prilogima 4, 12 i 13 njegove ponude sadržavali su povjerljive podatke koji su se ticali detaljnih revizija relevantnih proizvodnih planova, kao i industrijskog procesa.

⁵³⁴ Sud Europske unije se, u točki 34 presude, u pogledu navedenog pozvao na sudsku praksu u predmetu *Stair Halle i RPL Lochau*, C-26/03, [2005.] ECR I. -1, stavak 44.

⁵³⁵ Točka 35 presude.

⁵³⁶ Točka 36 presude.

⁵³⁷ Točka 37 presude.

⁵³⁸ Točka 38 presude.

Istaknuto je da se prethodno odnosi i na ponašanje tijela ugovornih strana te da da bi učinkovitost navedenih normi bila ozbiljno narušena ako bi u žalbi, protiv odluke naručitelja, žalitelju, ili drugima, primjerice umješaču, morale biti bezrezervno dostupne sve informacije u vezi s tim postupkom dodjele.⁵³⁹

Također je navedeno da bi u takvim okolnostima podnošenje žalbe omogućilo pristup informacijama koje bi se mogle upotrijebiti za narušavanje konkurencije ili nanošenje štete legitimnim interesima gospodarskih subjekata koji su sudjelovali u predmetnom postupku dodjele ugovora. Zaključeno je da bi takva prilika mogla čak i potaknuti gospodarske subjekte da podnesu žalbu samo u svrhu pristupa poslovnim tajnama svojih konkurenata.⁵⁴⁰

Zaključeno je, među ostalim, da u postupku revizije⁵⁴¹, vezano za dodjelu javnih ugovora, tijelo odgovorno za taj postupak mora biti u mogućnosti donijeti odluku na način da se podaci u spisu ne prenose strankama ili njihovim zastupnicima, ako je to neophodno kako bi se osigurala zaštita poštene konkurencije ili legitimnih interesa gospodarskih subjekata, kako zahtijeva pravo Unije.

Međutim, Sud Europske unije je u točki 44 presude naveo da se postavlja pitanje je li takvo tumačenje u skladu s konceptom poštenog suđenja u skladu s člankom 6. Konvencije.

Varec je pred Conseil d'État tvrdio da pravo na pošteno suđenje znači da obje stranke moraju biti saslušane u bilo kojem sudskom postupku te da je kontradiktorni princip opće načelo prava koje ima temelj u članku 6. Konvencije i da to načelo znači da stranke imaju pravo na postupak uvida i očitovanja na sve dokumente koji utječu na odluku suda.

U svezi navedenog, Sud Europske unije je naveo da članak 6., stavak 1., Konvencije, među ostalim, predviđa da svi imaju pravo na pošteno i javno saslušanje u razumnom roku od strane neovisnog i nepristranog suda te da je Sud za ljudska prava dosljedno smatrao da je kontradiktornost postupaka jedan od čimbenika koji omogućava njihovu pravednost, ali da moraju biti uravnoteženi s drugim pravima i interesima.

U točki 47 presude je istaknuto da kontradiktorno načelo u pravilu znači da stranke imaju pravo na postupak uvida i komentiranja dokaza i primjedbi podnesenih sudu, međutim da će u nekim

⁵³⁹ Točka 39 presude.

⁵⁴⁰ Točka 40 presude.

⁵⁴¹ Što se *de facto* odnosi na žalbu ili upravnu tužbu, proizlazi iz točke 42 presude.

slučajevima možda biti potrebno da se strankama uskrate određene informacije radi očuvanja temeljnih prava treće strane ili očuvanja važnog javnog interesa.⁵⁴²

Sud Europske unije je naglasio da je jedno od temeljnih prava koje se na taj način može zaštititi pravo na poštovanje privatnog života, sadržano u članku 8. Konvencije i u članku 7. Povelje te da iz sudske prakse Suda za ljudska prava proizlazi da pojam privatnog života ne može značiti da su profesionalne ili trgovačke aktivnosti fizičkih ili pravnih osoba isključene⁵⁴³, kao i da te aktivnosti mogu uključivati postupke dodjele ugovora.⁵⁴⁴

Sud Europske unije je također istaknuo, a što sam navela već ranije u radu, da je zaštita poslovnih tajni opće načelo.⁵⁴⁵ Također, u točki 50 presude Sud Europske unije je naveo kako je održavanje poštene konkurencije u kontekstu postupaka dodjele ugovora važan javni interes, čija je zaštita također priznata u sudskoj praksi.

Stoga je Sud Europske unije zaključio da u kontekstu preispitivanja, odnosno revizije odluke, koju je ugovorno tijelo donijelo u postupku dodjele ugovora, načelo kontradiktornosti ne znači da stranke imaju pravo na neograničen i apsolutni pristup svim informacijama koje se odnose na konkretan postupak dodjele, već da to pravo pristupa mora biti uravnoteženo sa pravom drugih gospodarskih subjekata na zaštitu njihovih povjerljivih podataka i poslovne tajne.⁵⁴⁶

Također, iznimno je važno da je u točki 52 presude Sud Europske unije naglasio da se načelo zaštite povjerljivih informacija i poslovnih tajni mora poštovati na način da ga se uskladi sa zahtjevima učinkovite pravne zaštite i pravom na obranu strana u sporu⁵⁴⁷, a u slučaju sudske revizije ili preispitivanja od strane drugog tijela koje je sud ili sa njime izjednačeno tijelo, na takav način da osigura da postupak u cjelini odgovara pravu na pošteno suđenje.

Stoga je Sud Europske unije dao odgovor na postavljeno pitanje na način da se članak 1., stavak 1., Direktive 89/665, koji se tumači u vezi s člankom 15., stavkom 2., Direktive 93/36, mora tumačiti na

⁵⁴² Ovdje se Sud Europske unije pozvao na presude u predmetima *Rowe i Davis protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 28901/95, točka 61, ECHR 2000 - II, i *V protiv Finske* br. 40412/98, točka 75, ECHR 2007, koje presude su bile prikazane i obrađene u prethodnom poglavlju rada.

⁵⁴³ Ovdje se Sud Europske unije pozvao na presude u predmetima *Niemietz protiv Njemačke*, presuda 16 prosinac 1992., serija A br. 251-B, točka 29; *Société Colas Est i drugi protiv Francuske*, br. 37971/97, točka 41, ECHR 2002-III; i *Peck protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 44647/98, točka 57, ECHR 2003-I, koje presude su bile prikazane i obrađene u prethodnom poglavlju rada.

⁵⁴⁴ Točka 48 presude.

⁵⁴⁵ Ovdje se Sud Europske unije pozvao, među ostalim, na presudu u predmetu *53/85 AKZO Chemie i AKZO Chemie UK protiv Komisije* [1986], ECR 1965, stavak 28., koja presuda je bile prikazana i obrađena u prethodnom poglavlju rada.

⁵⁴⁶ Točka 51 presude.

⁵⁴⁷ Ovdje se Sud Europske unije pozvao na točku 40 presude iz predmeta *Mobistar*, C-438/04, [2006] ECR I-6675.

način da revizijsko tijelo mora osigurati zaštitu povjerljivosti i poslovne tajne u odnosu na podatke sadržane u spisima koje su stranke u postupku priopćile tom tijelu. To tijelo mora odlučiti u kojoj je mjeri i kojim postupkom je prikladno čuvati povjerljivost i tajnost tih podataka, uzimajući u obzir zahtjeve učinkovite pravne zaštite i prava obrane strana u sporu te u slučaju sudske revizije ili revizije od strane drugog tijela, koje je sud ili tribunal u smislu članka 234. Ugovora o Europskoj zajednici (sada je to članak 267. Ugovora o funkcioniranju Europske unije), osigurati da postupak u cjelini bude u skladu s pravom na pošteno suđenje.

Iz sadržaja ove presude se može zaključiti kako Sud Europske unije, u okviru prava na pošteno suđenje koje jamči kontradiktoran postupak u kojem svaka stranka ima pravo sudjelovati u postupku i očitovati se na navode protivne strane, što podrazumijeva i pravo uvida u dokumentaciju spisa predmeta, uključujući i dokumentaciju protivničke strane, važan značaj daje pravu na zaštitu poslovnih tajni i povjerljivosti podataka koji bi mogli narušiti pošteno tržišno natjecanje kao javni interes.

Sud Europske unije nije potvrdio da revizijsko tijelo mora omogućiti svim sudionicima postupka pred tim tijelom, uključujući i gospodarskom subjektu kojemu je dano sudjelovanje u postupku⁵⁴⁸, uvid u svu dokumentaciju postupka nabave, koja uključuje i povjerljive podatke. Štoviše, Sud Europske unije je naveo da, iako iz članka 6. Konvencije glede prava na pošteno suđenje proizlazi da kontradiktorno načelo znači da stranke imaju pravo na postupak uvida i komentiranja dokaza, će ipak u nekim slučajevima možda biti potrebno uskratiti strankama određene informacije radi očuvanja temeljnih prava treće strane na poslovnu tajnu, odnosno povjerljivost podatka, ili očuvanja važnog javnog interesa.

Iako bi se iz navedenog moglo zaključiti da je Sud Europske unije ipak dao prednost općem načelu zaštite poslovne tajne, odnosno povjerljivosti podataka nad pravom na kontradiktoran postupak koji uključuje i pravo uvida u spis te dokumentaciju postupka, smatram da iz navoda Suda Europske unije da je u takvim slučajevima potrebno „osigurati da postupak u cjelini bude u skladu s pravom na pošteno suđenje“, otvara prostor za zakonodavnu implementaciju procedure u okviru koje je osigurana i zaštićena tajnost, odnosno povjerljivost naznačenih podataka, a ujedno se sudionicima postupka omogućava pravo na uvid u relevantnu dokumentaciju vezanu uz meritum spora te time ostvaruje i pravo na pošteno suđenje.

Slažem se sa zaključkom Suda Europske unije da bi pravo na bezrezervan pristup dokumentaciji prilikom provedbe revizijskog, odnosno kontrolnog postupka moglo dovesti do toga da se žalbe, ili

⁵⁴⁸ Radi se najčešće o subjektu koji je odabran u postupku, ali je protiv odluke o odabiru podnesena žalba ili kasnije tužba.

tužbe, podnose sa ciljem kako bi se pristupilo poslovnim tajnama konkurencije⁵⁴⁹ pa stoga smatram da bi se, u okviru reguliranog spora o povjerljivosti, zaštita tajnosti podataka i zabrana zlouporabe istih trebala osigurati i kaznenopravnim odredbama. Ovaj stav ću dodatno argumentirati u poglavlju u kojem ću predložiti zakonske izmjene, odnosno dopune hrvatskog Zakona o javnoj nabavi glede pristupa povjerljivoj dokumentaciji spisa uz istovremeno osiguranje očuvanja povjerljivosti podataka i ostvarivanje prava na pošteno suđenje.

7.4.2. Presuda u predmetu *eVigilo Ltd protiv Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos* od 12. ožujka 2015. godine

Sud je 12. ožujka 2015. godine donio presudu u predmetu *eVigilo Ltd protiv Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*.⁵⁵⁰ U tom predmetu se zahtjev za prethodnu odluku, također kao i u slučaju „Varec“, odnosio na tumačenje članka 1., stavka 1., podstavka 3., Direktive 89/665 glede zahtjeva za učinkovitim i što bržim preispitivanjem odluka naručitelja, te članka 2., članka 44., stavka 1., i članka 53., stavka 1., točke (a) Direktive Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama.

Zahtjev je bio upućen u okviru spora između društva *eVigilo Ltd*⁵⁵¹ i Opće uprave za vatrogastvo i sigurnost pri Ministarstvu unutarnjih poslova⁵⁵² „u vezi s ocjenom ponuda ponuditelja u okviru provedbe postupka javne nabave.“

Uvodne odredbe članka 46. Direktive 2004/18 su glasile: [...] “Ugovore bi trebalo dodjeljivati na temelju objektivnih kriterija koji osiguravaju poštovanje načela transparentnosti, zabrane diskriminacije, i načela jednakog tretmana i koji jamče da su ponude ocijenjene u uvjetima učinkovitog tržišnog natjecanja“ [...].

⁵⁴⁹ Upravo su ciljevi zaštite poslovne tajne da konkurenti imaju što manje informacija o, primjerice, procesu proizvodnje, troškovima energije, ugovorima s dobavljačima i klijentima, poreznim poticajima i slično. O tome više Sarokin, David, i Schulkin, Jay, *Missed Information*, The MIT Press Cambridge, Massachusetts London, England, 2016, str. 91.

⁵⁵⁰ Presuda u predmetu C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166, dostupna (prevedena na hrvatski jezik) na poveznici <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=6F14286AEDAA6A9B067283148318EEF5?text=&docid=162829&pageIndex=0&doclang=HR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1312980>, datum pristupa 3. travnja 2022. godine.

⁵⁵¹ Dalje u tekstu: *eVigilo*.

⁵⁵² *Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, dalje u tekstu: javni naručitelj.

U glavnom postupku se činjenično stanje odnosilo na to da je javni naručitelj objavio otvoreni postupak javne nabave za „Kupnju sustava upozoravanja i informiranja stanovništva koji koristi infrastrukturu mreža javnih usluga mobilne telefonije ponuditelja“, u okviru kojeg su društvo eVigilo, zajedno s društvima „ERP“ UAB i „Inta“ UAB, kao i drugi konzorcij kojeg su činili društva „NT Service“ UAB i „HNIT-Baltic“ UAB, dostavili svoje ponude.

Iz spisa koji je bio dostavljen Sudu Europske unije je proizlazilo, među ostalim, da je eVigilo podnijelo prvu tužbu 2010. godine zbog nezakovitosti postupaka provedbe javne nabave, osporavajući, među ostalim, nejasne uvjete u zahtjevu za prikupljanje ponuda, uz dodatno ukazivanje na navodne nedostatke u ocjeni stručnjaka i neosnovanosti rezultata te ocjene.

Drugu tužbu je društvo eVigilo podnijelo 2011. godine, kojom je osporilo zakonitost radnji javnog naručitelja, navodeći da je ponuda trećih trebala biti odbijena jer da je njihova cijena prelazila vrijednost nabave.

Javni naručitelj je sklopio ugovor u ožujku 2011. godine s društvima „NT Service“ UAB i „HNIT-Baltic“ UAB, u vrijeme dok je spor između društva eVigilo i javnog naručitelja bio još u tijeku.

Tužbe društva eVigilo su bile odbijene u prvostupanjskom te u žalbenom postupku.

U žalbi podnesenoj Vrhovnom sudu Litve⁵⁵³, društvo eVigilo je navelo, među ostalim, da su navedeni sudovi pogrešno ocijenili veze između specijaliziranih stručnjaka iz ponude ponuditelja kojima je dodijeljen ugovor i stručnjaka koje je imenovao javni naručitelj te da su uslijed toga naručiteljevi stručnjaci koji su ocjenjivali ponude bili pristrani⁵⁵⁴, kao i da je naručitelj propisao pretjerano apstraktne kriterije ocjene ekonomski najpovoljnije ponude, a osobito kriterij o „udovoljavanju potreba javnog naručitelja“.

Vrhovni sud Litve je odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu prethodna pitanja.

U točki 33 presude Sud Europske unije je naveo da „načelo jednakog postupanja prema ponuditeljima, koje ima za cilj podupiranje razvoja zdravog i učinkovitog tržišnog natjecanja među poduzetnicima koji sudjeluju u postupku javne nabave, određuje da ponuditelji pri oblikovanju uvjeta

⁵⁵³ Lietuvos Aukščiausiasis Teismas.

⁵⁵⁴ Tvrdilo se da postoji veza između stručnjaka koje je imenovao javni naručitelj i specijaliziranih stručnjaka poduzetnika kojima je dodijeljen ugovor, jer da, među ostalim, rade zajedno na istom sveučilištu.

svojih ponuda imaju jednake izgleda i podrazumijeva podvrgavanje tih ponuda istim uvjetima za sve natjecatelje“.

Zatim, u točki 34 presude Sud Europske unije je naveo da je osnovna svrha obveze transparentnosti „jamčenje toga da ne postoji rizik protekcionizma i proizvoljnosti javnog naručitelja u odnosu na određene ponuditelje ili na određene ponude“.

Također, među ostalim, Sud Europske unije je naveo da „utvrđenje pristranosti stručnjaka zahtijeva, među ostalim, ocjenu činjenica i dokaza koji pripadaju nadležnosti javnih naručitelja i tijela upravnog i sudskog nadzora“, međutim da Direktiva 89/665 i Direktiva 2004/18 ne sadrže posebne odredbe u tom smislu.⁵⁵⁵

Stoga je u točki 39 presude navedeno da je u skladu s ustaljenom sudskom praksom, u nedostatku propisa Unije, na svakoj državi članici „da uredi pravila upravnog i sudskog postupka koja trebaju osigurati zaštitu prava koja pojedinci uživaju na temelju prava Unije. Ta postupovna pravila ne smiju biti nepovoljnija od onih koja uređuju slična pravna sredstva predviđena za zaštitu prava koja se uživaju na temelju nacionalnog pravnog poretka (načelo ekvivalentnosti) i da u praksi ne smiju onemogućavati ili pretjerano otežavati ostvarivanje prava koja dodjeljuje pravni poredak Unije (načelo djelotvornosti).“⁵⁵⁶

Također, ono što je bitno za sadržaj ovog rada jest da je Sud Europske unije u predmetnoj presudi, među ostalim, naveo da se odredbama Direktive 89/665, čija je svrha bila ponuditeljima pružiti zaštitu od arbitrarnog postupanja javnih naručitelja, nastojalo ojačati postojeće mehanizme kako bi se osigurala učinkovita primjena propisa Unije u području dodjele ugovora o javnim nabavama, posebice u stadiju u kojem povrede još mogu biti ispravljene te da je ista direktiva zahtijevala učinkovita i brza pravna sredstva „prema detaljnim pravilima koja utvrđuju države članice“.⁵⁵⁷

S obzirom na zaključke Suda Europske unije iz ove presude smatram da sadržaj istih dodatno potkrepljuje moje prijedloge da je u hrvatskom postupku javne nabave potrebno urediti pitanje spora o povjerljivosti podataka, i to već u fazi postupka pred naručiteljem. Smatram da bi se time potaknulo da se na brz i učinkovit način razriješe, kada se pojave u praksi, pojedini prigovori gospodarskog subjekta glede onemogućavanja pristupa povjerljivim podacima. Time bi se zasigurno izbjeglo

⁵⁵⁵ Točke 37 i 38 presude.

⁵⁵⁶ U svezi navedenog Sud se pozvao na presudu *Club Hotel Loutraki i dr.*, C-145/08 i C-149/08, EU:C:2010:247, točku 74.

⁵⁵⁷ Točka 50 presude.

podnošenje žalbe, kasnije upravne tužbe⁵⁵⁸, praktički „na slijepo“ uz argumente pravno neosnovanog odbijanja zahtjeva pristupa pojedinim podacima. Kada bi već u postupku pred naručiteljem bila regulirana procedura spora o povjerljivosti podataka, držim da bi isto dodatno doprinijelo učinkovitosti postupka javne nabave i u određenim slučajevima, gdje je pitanje spora vezano uz ograničenje pristupa pojedinim podacima, zapravo moguće spriječilo daljnje aktiviranje pravnih sredstava, što produljuje cijeli postupak javne nabave.

7.4.3. Presuda u predmetu Wall AG protiv City of Frankfurt od 13. travnja 2010. godine

Sud Europske unije je 13. travnja 2010. godine donio presudu u predmetu *Wall AG protiv City of Frankfurt*⁵⁵⁹, kojom presudom je utvrđeno da su načela jednakog postupanja i nediskriminacije posljedična obveza načela transparentnosti.

Presuda je važna i iz razloga što se dotiče pitanja pravne zaštite u nacionalnom zakonodavstvu.

Naime, u presudi se, među ostalim, navodi kako je potrebno da nacionalni zakon regulira pravne postupke za osiguranje prava pojedinaca koja proizlaze iz obveze transparentnosti na način da ti postupci nisu manje povoljni od sličnih domaćih postupaka prema principu ekvivalencije, primjerice na način da je ostvarivanje prava u tim postupcima praktički nemoguće ili pretjerano teško u okviru načela djelotvornosti.

Kada se povuče paralela sa usporednim postupkom u Republici Hrvatskoj koji se provodi sukladno ZZNITV⁵⁶⁰, koji je prikazan u petom poglavlju rada, može se zaključiti da takav postupak u postupcima javne nabave u Republici Hrvatskoj ne postoji.

Sadržaj predmetne presude dodatno ukazuje na potrebu uvođenja posebne procedure, odnosno postupka, u okviru samog postupka javne nabave kada se pojavi spor o povjerljivosti podataka.

⁵⁵⁸ Primjeri sporova do kojih dolazi u praksi prikazani su u 4. poglavlju rada.

⁵⁵⁹ Presuda u predmetu C-91/08, ECLI:EU:C:2010:182, dostupna na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62008CJ0091>, datum pristupa 6. travnja 2022. godine. Presuda nije službeno prevedena na hrvatski jezik, već sam ju za potrebe rada osobno prevela.

⁵⁶⁰ Ovaj zakon predstavlja implementaciju europskog zakonodavstva, o čemu je bilo riječi u trećem poglavlju rada.

Naime, isto potvrđuje sadržaj točke 63 predmetne presude u kojoj je Sud Europske unije naveo kako „prema sudskoj praksi Suda, u nedostatku pravila Europske unije, domaći pravni sustav svake države članice mora regulirati pravne postupke za zaštitu prava koja pojedincima pripadaju iz prava Europske unije,“⁵⁶¹

Također, u točki 64 presude Sud Europske unije je izričito naveo da takvi postupci ne smiju biti ništa manje povoljni od sličnih domaćih postupaka, što je u skladu sa načelom ekvivalencije, te se ne smiju činiti praktično nemogućim ili pretjerano teškim za ostvarivanje prava dodijeljenih europskim pravom, što je u skladu sa načelom djelotvornosti.⁵⁶²

Također je istaknuto da domaći pravni sustav mora regulirati pravne postupke za zaštitu prava koja pojedincima proizlaze iz obveze jednakog postupanja, nediskriminacije i transparentnosti, na način da ti postupci nisu manje povoljni od sličnih domaćih postupaka i ne čine ostvarivanje tih prava praktički nemogućim ili pretjerano težim.⁵⁶³

Slijedom navedenog, s obzirom da u hrvatskom pravnom sustavu postoji usporedni postupak glede pitanja povjerljivosti podataka sukladno ZZNITV, dok u postupku javne nabave takav postupak nije reguliran, time zapravo u usporednim pravnim situacijama dolazi do nejednakog postupanja i „pravne diskriminacije“ te je i načelo transparentnosti u postupku javne nabave oskrnjeno u većoj mjeri nego u postupku koji se provodi glede zaštite neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti. Također, kao što je obrazloženo kroz ranije dijelove rada⁵⁶⁴, utvrđeno je da u hrvatski sustav javne nabave nisu implementirane odredbe Direktive 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2007. o izmjeni Direktiva Vijeća 89/665/EEC i 92/13/EEC. Ista Direktiva nalaže državama članicama poduzimanje mjera potrebnih za osiguravanje učinkovitog, i što je hitnije mogućeg, preispitivanja odluka javnih naručitelja, što prema mojem mišljenju u Republici Hrvatskoj nije osigurano kod preispitivanja odluka naručitelja glede onemogućavanja uvida u tajno označene podatke postupka javne nabave. Ujedno, iz do sada prikazanog u ovom radu proizlazi da pravo na pristup povjerljivim informacijama u postupku, a koje informacije su važne za meritum spora, potpada pod zaštitu koju pruža Konvencija u svrhu osiguravanja prava na pošteno suđenje te prava na djelotvoran pravni lijek. Budući da je pravo na pošteno suđenje priznato i člankom 47., stavkom 2., Povelje te isto podrazumijeva pravo na kontradiktorni postupak u kojem je potrebno stranci omogućiti pravo uvida

⁵⁶¹ Vezano uz navedeno, Sud se pozvao na sudsku praksu u predmetu *Unibet*, C-432/05, ECR, I - 2271, točka 39.

⁵⁶² *Ibid.*, točka 43.

⁵⁶³ Točka 65 presude.

⁵⁶⁴ Posebice vezano uz prikaz mišljenja nezavisne odvjetnice Sharpston te sadržaja presude Suda Europske unije u predmetu *Varec v État Belge*.

u spis i dokumentaciju spisa radi ostvarivanja zajamčenih postupovnih prava, to proizlazi da je zaštita ponuditelja u postupku javne nabave kod ostvarivanja zahtjeva za uvid u povjerljivu dokumentaciju spisa manja od sličnog prava stranke u postupku koji se provodi sukladno ZZNITV.

Stoga smatram da stavovi Suda dani u ovoj presudi daju dodatne argumente za pravnu osnovu uvođenja pravila spora o povjerljivosti u hrvatski postupak javne nabave, i to kako u fazi kada se spor pojavi u postupku pred naručiteljem, tako posebice kasnije pred DKOM i VUSRH.

7.4.4. Presuda u predmetu Unibet (London) Ltd i Unibet (International) Ltd protiv Justitiekanslern od 13. ožujka 2007. godine

U presudi koja je prikazana u prethodnom potpoglavlju Sud Europske unije se na nekoliko mjesta referirao na presudu koja je donesena 13. ožujka 2007. godine u predmetu *Unibet (London) Ltd i Unibet (International) Ltd protiv Justitiekanslern*.⁵⁶⁵

Ova presuda je, po mojem mišljenju, važna jer je u točki 39 iste Sud Europske unije jasno napomenuo da je, u slučaju nepostojanja pravila Zajednice koja upravljaju konkretnim pitanjem, na domaćem pravnom sustavu svake države članice da odrede sudove koji su nadležni utvrditi detaljna proceduralna pravila koja reguliraju radnje za zaštitu prava koja pojedincima proizlaze iz prava Zajednice.⁵⁶⁶ Radi se o načelu nacionalne procesualne autonomije.

U točki 42 iste presude Sud Europske unije se također, kao i u presudi koja je prikazana u prethodnom potpoglavlju, pozvao na načela ekvivalentnosti i djelotvornosti na način da je naveo kako detaljna postupovna pravila koja reguliraju radnje za zaštitu prava pojedinca prema zakonodavstvu „Zajednice“ ne smiju biti manje povoljna od pravila vezanih uz slične situacije u domaćem zakonodavstvu te ne smiju činiti praktično nemogućim ili pretjerano otežanim ostvarivanje prava dodijeljenih pravom „Zajednice“.

⁵⁶⁵ Presuda u predmetu C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, dostupna na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0432>, datum pristupa 7. travnja 2022. godine. Presuda nije službeno prevedena na hrvatski jezik, već sam ju za potrebe rada osobno prevela.

⁵⁶⁶ Na ovome mjestu se Sud bio pozvao na sudsku praksu, odnosno presude donesene u predmetima C-33/76, *Rewe*, [1976] ECR 1989, točka 5 presude, C-45/76 *Comet* [1976] ECR 2043, točka 13 presude, C-312/93, *Peterbroeck* [1995] ECR I-4599, točka 12 presude, C-453/99 *Courage and Crehan* [2001] ECR I-6297, točka 29 presude te C-13/01, *Safalero*, 2003, ECR I-8679, točka 49 presude.

S obzirom da je Poveljom zajamčeno pravo na pošteno suđenje, kao i činjenicu da pravo na pošteno suđenje podrazumijeva pravo na kontradiktoran postupak u kojem je potrebno stranci omogućiti pravo uvida u spis i dokumentaciju spisa radi ostvarivanja zajamčenih postupovnih prava, to iz sadržaja točaka 39 i 42 predmetne presude također zaključujem da je na nacionalnom pravu, konkretno hrvatskom, da utvrdi detaljna proceduralna pravila koja reguliraju radnje za zaštitu prava gospodarskih subjekata kojima je, zbog priznatog prava na povjerljivost podataka drugih sudionika postupka javne nabave, onemogućeno pravo uvida u sve podatke spisa predmeta koji su tome gospodarskome subjektu nužni radi ostvarivanja njegovih zajamčenih prava.⁵⁶⁷

7.4.5. Presuda u spojenim predmetima *Club Hotel Loutraki AE and Others protiv Ethnico Symvoulia Radiotileorasis and Ypourgos Epikrateias i Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) protiv Ethnico Symvoulia Radiotileorasis* od 6. svibnja 2010. godine

Dana 6. svibnja 2010. godine Sud Europske unije je donio presudu u spojenim predmetima *Club Hotel Loutraki AE and Others protiv Ethnico Symvoulia Radiotileorasis and Ypourgos Epikrateias i Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) protiv Ethnico Symvoulia Radiotileorasis*⁵⁶⁸, u kojoj presudi je proširio nadležnost Direktiva o pravnim lijekovima i na tijela koja nisu naručitelji, ali čije odluke mogu imati određene učinke na ishod postupka nabave.

Naime, Sud Europske unije je u utvrdio da nacionalni zakon nije bio u skladu s načelima ekvivalencije i djelotvornosti, budući da nije bilo moguće tražiti poništenje odluke i dobiti naknadu za bilo kakvu nastalu štetu, što nije bio slučaj u drugim područjima na temelju nacionalnog zakona za štetu uzrokovanu nezakonitim radnjama javne vlasti.

Sud Europske unije je u točki 74 presude utvrdio da je u nedostatku pravila Unije koja se odnose na naknadu štete „na svakoj državi članici da odredi sudove koji imaju nadležnost i utvrdi detaljna proceduralna pravila koja uređuju radnje za zaštitu prava koja pojedincima proizlaze iz prava Europske unije. Takva detaljna proceduralna pravila, međutim, ne smiju biti ništa manje povoljna od

⁵⁶⁷ Što se tiče primjene općih načela prava Europske unije na postupke javne nabave, fokus Suda Europske unije se na ista načela može promatrati kao dio dvostruke svrhe pravnih lijekova u javnoj nabavi. O tome više Simovart, Mari Ann, *Is There a Devil in the Details? Modification of Public Contracts in the EU and the US*, EPPPL 4|2016, str. 296.

⁵⁶⁸ Presuda u predmetu C-145/08, ECLI:EU:C:2008:306, dostupna na <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-145/08&language=en>, datum pristupa 7. travnja 2022. godine. Presuda nije službeno prevedena na hrvatski jezik, već sam ju za potrebe rada osobno prevela.

onih koja uređuju slične domaće radnje i ne smiju činiti praktički nemogućim ili pretjerano teškim ostvarivanje prava dodijeljenih pravom Europske unije.“

Prethodno navedeno je Sud Europske unije naglasio i u presudama prikazanim u potpoglavljima 7.4.3. i 7.4.4. rada pa se stoga mišljenja koja sam dala o navedenim presudama odnose i na presudu prikazanu u ovom potpoglavlju.

7.4.6. Presuda u predmetu predmetu Mobistar SA protiv Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT) od 13. srpnja 2006. godine

Sud Europske unije je 13. srpnja 2006. godine donio presudu u predmetu *Mobistar SA protiv Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*.⁵⁶⁹ Presuda je bila donesena temeljem podnesenog prijedloga za prethodnu odluku u vezi tumačenja Direktive 2002/21/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 7. ožujka 2002. o zajedničkom regulatornom okviru za elektroničke komunikacijske mreže i usluge⁵⁷⁰ i Direktive 2002/22/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 7. ožujka 2002. o univerzalnoj usluzi i pravima korisnika koja se odnose na elektroničke komunikacijske mreže i usluge⁵⁷¹.

Spor se u glavnome postupku vodio između društva između Mobistar SA⁵⁷² i Instituta belge des services postaux et des télécommunications⁵⁷³, vezano uz odluku od 16. rujna 2003. o utvrđivanju povećanja troškova koje plaća operater mobilne telefonije primatelja za prijenos broja ili prenosivost s jednog operatora na drugog u razdoblju od 1. listopada 2002. do 1. listopada 2005. godine.

Mobistar je pokrenuo tužbu protiv pobijane odluke pred Žalbenim sudom u Bruxellesu tvrdeći da su troškovi utvrđeni tom odlukom previsoki.

Žalbeni sud u Bruxellesu je utvrdio da se osporena odluka treba smatrati posljedicom odredbe na temelju koje se za prijenos broja nameće zajednička maksimalna cijena, cijena koja se može mijenjati

⁵⁶⁹ Presuda u predmetu C- 438/04, ECLI:EU:C:2006:463, dostupna na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:62004CJ0438>, datum pristupa 7. travnja 2022. godine. Presuda nije službeno prevedena na hrvatski jezik, već sam ju za potrebe rada osobno prevela.

⁵⁷⁰ SL 2002 L 108, str. 33, dalje u tekstu: Okvirna direktiva.

⁵⁷¹ SL 2002. L 108, str. 51, dalje u tekstu: Direktiva o univerzalnim uslugama.

⁵⁷² Dalje u tekstu: Mobistar.

⁵⁷³ Dalje u tekstu: IBPT.

samo na niže sporazumom operatora davatelja donatora, a da je sama pravna osnova ovisila o odgovorima na razna pitanja koja se tiču zakonitosti kraljevske uredbe primjenjive na konkretan slučaj.

Žalbeni sud u Bruxellesu je odlučio prekinuti postupak te je pokrenuo prethodni postupak pred Sudom.

Što se ticalo prvog postavljenog pitanja, Sud Europske unije je u presudi zaključio da članak 30., stavak 2., predmetne Direktive o univerzalnoj usluzi ne sprječava donošenje nacionalne mjere poput one iz glavnog postupka.

Što se tiče drugog postavljenog pitanja, Sud Europske unije je na istog odgovorio u točki 43 presude na način da se članak 4. Okvirne direktive „mora tumačiti tako da tijelo koje odlučuje o žalbi protiv odluke nacionalnog regulatornog tijela mora imati na raspolaganju sve potrebne podatke kako bi moglo odlučivati o osnovanosti žalbe, uključujući, ako je potrebno, i povjerljive podatke koje je to tijelo uzelo u obzir prilikom donošenja odluke koja je predmet žalbe. Međutim, to tijelo mora jamčiti povjerljivost predmetnih podataka uz poštovanje zahtjeva učinkovite pravne zaštite i osiguranja zaštite prava obrane strana u sporu.“

Analognom primjenom sadržaja predmetne presude na postupke javne nabave i odluke koje donosi naručitelj, zaključak, odnosno odgovor Suda Europske unije na prethodno pitanje iz točke 43 predmetne presude mogao bi se primijeniti i na postupanje DKOM. Naime, analognom primjenom sadržaja točke 43 predmetne presude na postupanje DKOM, proizlazi da DKOM prilikom odluke povodom žalbe mora imati na raspolaganju sve potrebne podatke, uključujući i povjerljive podatke na kojima se temelji i odluka naručitelja. Međutim, kao što je navedeno u presudi, žalbeno tijelo u tom slučaju mora jamčiti povjerljivost podataka uz poštovanje zahtjeva učinkovite pravne zaštite i osiguranja zaštite prava obrane strana u sporu. Posljednje bi, prema mojem mišljenju, značilo da je zainteresiranom gospodarskom subjektu potrebno omogućiti pravo uvida u povjerljive podatke kako bi mu se osigurala učinkovita pravna zaštita i osigurala zaštita prava obrane strana u sporu. Drugim riječima, bilo bi potrebno uvesti proceduru koja omogućuje uvid u povjerljive podatke, uz sprječavanje zlouporabe navedenog, sve kako bi se osigurala temeljna zajamčena prava kontradiktornosti postupka. Upravo je jedan od ciljeva ovog rada ponuditi zakonska rješenja za navedeno, što će i biti učinjeno u desetom poglavlju.

7.5. Mišljenje nezavisnog odvjetnika Michala Bobeka od 30. travnja 2019. godine u predmetu Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe protiv Fővárosi Törvényszék

U predmetu koji se pred Sudom vodio između stranaka *Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe protiv Fővárosi Törvényszék*⁵⁷⁴, nezavisni odvjetnik Michal Bobek je dao svoje mišljenje 30. travnja 2019. godine⁵⁷⁵, u kojem se pojedini zaključci mogu povezati i sa temom ovog rada.

Što se tiče merituma, zahtjev za prethodnu odluku je podnio Okružni sud u Székesfehérváru iz Mađarske⁵⁷⁶, u okviru postupka za naknadu štete koji je društvo Hochtief Hungary pokrenulo iz razloga, među ostalim, što je prema mišljenju tog društva, Okružni sud u Budimpešti⁵⁷⁷, kao žalbeni sud u postupku povodom zahtjeva za ponovljeno suđenje, trebao odobriti ponovno suđenje kako bi se uzela u obzir prethodna odluka Suda donesena u istom predmetu.

U prethodnom postupku je bilo postavljeno deset prethodnih pitanja, a dajući mišljenje o njima, nezavisni odvjetnik je, među ostalim, naveo da iz ustaljene sudske prakse proizlazi da je u nedostatku propisa Unije u danom području, na svakoj državi članici da „u skladu s načelom postupovne autonomije, odredi nadležne sudove i propiše detaljna postupovna pravila o pravnim sredstvima za zaštitu prava koja pojedinci izvode iz prava Unije.“ Ujedno je istaknuo da iz ustaljene sudske prakse proizlazi da, u skladu s načelom lojalne suradnje utvrđenim u članku 4., stavku 3., Ugovora o Europskoj uniji, detaljna postupovna pravila o pravnim sredstvima za zaštitu prava koja pojedinci izvode iz prava Unije „ne smiju biti nepovoljnija“ od onih koja se odnose na slična domaća pravna sredstva⁵⁷⁸ niti u praksi „onemogućiti ili pretjerano otežati“ izvršavanje prava dodijeljenih pravom Unije.⁵⁷⁹

Također, među ostalim, u točki 88 mišljenja nezavisni odvjetnik je naveo da iako pravo Unije ne obvezuje države članice da uvedu nove pravne lijekove, ako se u nacionalnom zakonodavstvu oni predvide, to zakonodavstvo onda mora biti u skladu ne samo sa zahtjevom ekvivalentnosti, nego i sa zahtjevom djelotvornosti.

⁵⁷⁴ Broj predmeta: C-620/17.

⁵⁷⁵ Mišljenje je dostupno na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62017CC0620&from=HRx>, datum pristupa 9. travnja 2022. godine.

⁵⁷⁶ Székesfehérvári Törvényszék.

⁵⁷⁷ Fővárosi Törvényszék.

⁵⁷⁸ Zahtjev ekvivalentnosti.

⁵⁷⁹ Zahtjev djelotvornosti.

Dakle, i iz ovog mišljenja, kojeg je prihvatio Sud Europske unije u kasnijoj presudi donesenoj 29. srpnja 2019. godine⁵⁸⁰, proizlazi kao i iz pojedinih zaključaka iz presuda prikazanih u potpoglavljima 7.4.2., 7.4.3. i 7.4.4. rada, da Sud proklamira potrebu da svaka država članica propiše detaljna postupovna pravila o pravnim sredstvima za zaštitu prava koja pojedinci izvode iz prava Unije, a među kojim pravima je zasigurno i pravo na pošteno suđenje iz članka 6. Konvencije, koje obuhvaća i pravo na kontradiktornost postupka, a time i pravo na jednakost oružja te uvida u podatke i dokaze spisa predmeta. Stoga se i u ovom mišljenju može pronaći osnova za potrebu reguliranja postupovnih pravila ukoliko u okviru postupka javne nabave dođe do spora o povjerljivosti podataka.

7.6. Zaključak

Što se tiče balansiranja između sukobljenih prava sudionika u postupku, u potpoglavlju 7.1. su bile prikazane tri faze unutar zakona balansiranja te formula odvagivanja prema Alexyju. Primjenom navedene formule na dva sukobljena prava, i to prava na zaštitu poslovne tajne te prava na transparentnost, odnosno jednakost oružja, pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo, došla sam do kvocijenta 0,666. Prikazala sam da ako je rezultat manji od 1, prednost se daje pravu čije se veličine množe u nazivniku, odnosno konkurentskom pravu, što je u konkretnom matematičkom prikazu bilo pravo na transparentnost, odnosno jednakost oružja, pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo. Numeričku procjenu parametara za izračun sam dala na temelju svojeg osobnog znanja i iskustva.

Temeljem navedenog, u dobivenom rezultatu je pronađena osnova za izmjenu hrvatskog zakonodavstva vezano uz postupke javne nabave, u vidu potrebe uvođenja pravila spora o povjerljivosti podataka.

Što se tiče zajamčenog prava na pošteno suđenje iz članka 6. Konvencije te načela kontradiktornosti, prikazala sam da i spor oko povjerljivosti podataka potpada pod zaštitu koju pruža Konvencija te zaključujem da, unatoč tome što pravo na pristup povjerljivoj dokumentaciji spisa nije apsolutno pravo, da se u hrvatskom postupku javne nabave, zbog nepostojanja pravila spora o povjerljivosti tajnih podataka, krši pravo na pošteno suđenje sudionicima koji imaju interes uvida u dokumentaciju koja je relevantna za meritum spora i, primjerice, bitna za podnošenje žalbe ili tužbe.

⁵⁸⁰ Presuda je dostupna na <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216546&pageIndex=0&doclang=HR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1685493>, datum pristupa 9. travnja 2022. godine.

Ujedno, zaključila sam da je time takvim sudionicima postupka javne nabave povrijeđeno i pravo na djelotvoran pravni lijek, kao i da je prekršeno načelo djelotvornosti koje zahtijeva europsko pravo.

S obzirom na potrebu brojčanog stupnjevanja trojne ljestvice u Alexyjevoj formuli odvagivanja, odnosno provedbe postupka balansiranja sa sukobljenim pravima sudionika u postupku, zaključila sam da je za isto iznimno bitno poznavanje sudske prakse.

Stoga je u ovom poglavlju prikazano šest presuda Suda Europske unije iz kojih kao najvažniji zaključci proizlaze da kontradiktorno načelo znači da stranke imaju pravo na postupak uvida i komentiranja dokaza, ali da je ipak u nekim slučajevima potrebno uskratiti strankama određene informacije radi očuvanja temeljnih prava treće strane na poslovnu tajnu, odnosno povjerljivost podatka, ili očuvanja važnog javnog interesa. Ipak, Sud Europske unije je naglasio da je u takvim slučajevima potrebno osigurati da „postupak u cjelini bude u skladu s pravom na pošteno suđenje.“ Temeljem navedenog, i u tome dijelu sam ustrajala kod mišljenja da je takvim stavom Suda Europske unije otvoren prostor za uvođenje pravila spora o povjerljivosti u postupku javne nabave.

Također, Sud Europske unije se u presudama pozvao na načela ekvivalentnosti i djelotvornosti na način da je naveo kako detaljna postupovna pravila koja reguliraju radnje za zaštitu prava pojedinca prema zakonodavstvu Unije ne smiju biti manje povoljna od pravila vezanih uz slične situacije u domaćem zakonodavstvu te ne smiju činiti praktično „nemogućim ili pretjerano otežanim“ ostvarivanje prava dodijeljenih pravom Unije. Stoga zaključujem da je i na hrvatskom nacionalnom pravu da utvrdi detaljna proceduralna pravila koja reguliraju radnje za zaštitu prava gospodarskih subjekata kojima je, zbog priznatog prava na povjerljivost podataka drugih sudionika postupka javne nabave, onemogućeno pravo uvida u sve podatke spisa predmeta koji su tom gospodarskom subjektu nužni radi ostvarivanja njegovih zajamčenih prava. Prethodno vrijedi tim više što je u ranijem dijelu rada već prikazan usporedni postupak koji postoji u Republici Hrvatskoj.

Dodatan argument za potrebu uvođenja pravila spora o povjerljivosti u hrvatski postupak javne nabave, pronašla sam i u stavu Suda Europske unije da žalbeno tijelo prilikom odlučivanja o žalbi mora imati na raspolaganju sve potrebne podatke, uključujući i povjerljive podatke na kojima se temelji odluka naručitelja, te da u tom slučaju mora jamčiti povjerljivost podataka, ali uz poštovanje zahtjeva učinkovite pravne zaštite i osiguranja zaštite prava obrane strana u sporu. Posljednje, prema mojem mišljenju, znači da je zainteresiranom gospodarskom subjektu potrebno omogućiti pravo uvida u povjerljive podatke kako bi mu se osigurala učinkovita pravna zaštita i osigurala zaštita prava obrane strana u sporu.

Navedeno dodatno potvrđuje i prikazano mišljenje nezavisnog odvjetnika Michala Bobeka u predmetu C-620/17, u kojem je naglašena potreba da svaka država članica propiše detaljna postupovna pravila o pravnim sredstvima za zaštitu prava koja pojedinci izvode iz prava Unije, a među kojim pravima su zasigurno pravo na djelotvorno pravno sredstvo i pravo na pošteno suđenje, koje obuhvaća i pravo na kontradiktornost postupka, a time i pravo na jednakost oružja te uvida u podatke i dokaze spisa predmeta.

8. KOMPARATIVNA ANALIZA ZAŠTITE TAJNOSTI PODATAKA U POSTUPCIMA JAVNE NABAVE

U potpoglavlju 2.3.3. rada prikazan je sadržaj osnovnih odredaba o transparentnosti u državama članicama Europske unije te je zaključeno da su države članice implementirale Direktive o javnoj nabavi iz 2014. godine te na praktički sličan način regulirale zahtjeve transparentnosti u javnoj nabavi, kao i pitanje zaštite povjerljivih, odnosno tajnih podataka. Ujedno je zaključeno da pravo na pristup povjerljivim podacima pojedinom gospodarskom subjektu u postupku, u slučaju da se on ne slaže sa pravnom osnovom označavanja podataka tajnim ili povjerljivim, nije striktno i jasno propisano nacionalnim zakonodavstvima, iako sam ukazala na zakonodavne pomake koji su vidljivi u Talijanskoj Republici i Kraljevini Švedskoj.

Naime, kao što je bilo obrazloženo u drugom poglavlju, pomaci su vidljivi u talijanskom zakonodavstvu koje predviđa mogućnost da je ponuditelju, koji je pokrenuo postupak pred sudom glede dodjele ugovora, omogućen pristup dokumentima koji sadrže povjerljive podatke. Također, pristup povjerljivim dokumentima spora dopušten je i u Kraljevini Švedskoj, i to onim dokumentima koji čine osnovu za donošenje odluke u konkretnome predmetu.

U nastavku će biti detaljnije prikazana komparativna rješenja u tri države članice Europske unije, i to Savezne Republike Njemačke, Talijanske Republike i Kraljevine Švedske. Za komparaciju su uzete navedene tri države iz razloga što je u odnosu na Talijansku Republiku i Kraljevinu Švedsku već u drugom poglavlju rada bio dan zaključak kako se iz osnovnog prikaza zakonodavstva u području javne nabave u tim državama vide pozitivni pomaci glede prava pojedinog sudionika u postupku javne nabave na pristup dokumentima koji su označeni kao povjerljivi, odnosno tajni.

U odnosu na Saveznu Republiku Njemačku je izvršena komparacija iz razloga što je njemačko zakonsko rješenje u sporovima vezanim uz zaštitu tajnosti podataka blisko hrvatskim zakonskim rješenjima iz ZZNITV, koja zakonska rješenja, odnosno pravila i mjere za zaštitu očuvanja povjerljivih podataka, su prikazana u potpoglavlju 5.5. rada vezano uz prikaz hrvatskog usporednog postupka u pogledu omogućavanja pristupa povjerljivim podacima spisa tijekom trajanja sudskog spora prema navedenom zakonu.

Također, njemački autor Bröhmer Jürgen se u svojem radu „Transparenz als Verfassungsprinzip“ bavio, među ostalim, upravo aspektima načela transparentnosti koji su važni za vladavinu prava. U

ranijim dijelovima ovog doktorskog rada⁵⁸¹ već se spominje autor Bröhmer Jürgen, kao i druga djela i autori iz Savezne Republike Njemačke koji su se bavili pitanjima povezanim s temom ovog rada.

U devetom poglavlju će biti provedena komparacija zakonodavstva Velike Britanije, čija zakonska rješenja i stavove sudske prakse, iako se radi o normama vezanim uz *common law* pravni sustav, ocjenjujem sadržajno i ciljno prikladnim za izmjene, odnosno dopune hrvatskog zakonodavstva u dijelu omogućavanja pristupa povjerljivoj dokumentaciji postupka javne nabave. Stoga je komparacija zakonodavstva Velike Britanije izdvojena u zasebno poglavlje, jer će biti najdetaljnije razrađena iz razloga što će se u desetom poglavlju predložiti dopune hrvatskog zakonodavstva implementacijom pojedinih rješenja upravo iz Velike Britanije.

8.1. Zaštita tajnosti podataka u postupcima javne nabave u Saveznoj Republici Njemačkoj

Kao što je uvodno navedeno u potpoglavlju 2.3.3.22. rada, europske Direktive o javnoj nabavi 2014/23/EU, 2014/24/EU i 2014/25/EU su implementirane u zakonodavstvo Savezne Republike Njemačke Zakonom o ograničavanju sprječavanja tržišnog natjecanja, Dio 4⁵⁸², Nabava putem javnih ugovora i koncesija.⁵⁸³ Samu kontrolu⁵⁸⁴ dodjele javnih ugovora i koncesija u Saveznoj Republici Njemačkoj provode Savezna Vijeća za javnu nabavu za javne ugovore i koncesije koje pripadaju Saveznoj vladi te Savezna državna vijeća za nabavu za javne nabave i koncesije koje pripadaju tim savezним državama, što proizlazi iz članka 156., stavka 1., Zakona o ograničavanju sprječavanja tržišnog natjecanja.

Člankom 164. istog zakona je propisano da navedena Vijeća za javnu nabavu osiguravaju povjerljivost povjerljivih podataka i drugih podataka koje su stranke označile povjerljivima u podnesenim dokumentima. Propisano je i da su članovi Vijeća za javnu nabavu dužni čuvati tajnost, ne smiju otkrivati vrstu i sadržaj tajnih dokumenata, spisa, elektroničkih dokumenata i podataka.

U postupcima pred Vijećem za javnu nabavu stranke mogu izvršiti uvid u spis te istog fotokopirati, međutim u članku 165. Zakona o ograničavanju sprječavanja tržišnog natjecanja propisano je da Vijeće za javnu nabavu mora odbiti uvid u dokumente ako je to potrebno iz važnih razloga, posebno radi zaštite povjerljivosti, odnosno zaštite poslovne tajne.

⁵⁸¹ Primjerice u potpoglavljima 1.1. te 2.1.

⁵⁸² Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). *Op.cit.*, bilješka 223.

⁵⁸³ Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen. Dalje u tekstu: Zakon o ograničavanju sprječavanja tržišnog natjecanja.

⁵⁸⁴ Temeljem zahtjeva za reviziju (*Der Nachprüfungsantrag*).

Vijeće za javnu nabavu odlučuje na temelju usmene rasprave te se odluka može donijeti čak i ako stranke ne pristupe ročištu ili nisu pravilno zastupane⁵⁸⁵, s tim da je u članku 168., stavku 3., izričito propisano, među ostalim, da odluka koju donese Vijeće za javnu nabavu predstavlja upravni akt.

Protiv takve odluke dopuštena je žalba o kojoj odlučuje Viši područni sud⁵⁸⁶ nadležan za sjedište Vijeća za javnu nabavu.

Ukoliko Vijeće za javnu nabavu želi odstupiti od odluka drugih vijeća za javnu nabavu ili odluka Saveznog Vrhovnog suda⁵⁸⁷, tada se u odlučivanje uključuje BGH. Temeljni propis osnovom kojeg sudi BGH je Zakon o parničnom postupku⁵⁸⁸ koji u članku 299. regulira pravo stranaka na uvid u spis predmeta te ne propisuje nikakva specifična pravila glede pristupa povjerljivim podacima spisa. Ista situacija je i u hrvatskom parničnom postupku, čija pravila se podredno primjenjuju u upravnom sporu.

8.1.1. Relevantne odredbe iz njemačkog Pravilnika o dodjeli javnih ugovora

Što se tiče ključnog podzakonskog akta u postupcima javne nabave, u Saveznoj Republici Njemačkoj primjenjuje se Pravilnik o dodjeli javnih ugovora⁵⁸⁹, koji pobliže propisuje postupak dodjele javnih ugovora na temelju Dijela 4. Zakona o sprječavanju ograničavanja tržišnog natjecanja. VgV u članku 5. propisuje da ako tim pravilnikom ili drugim zakonskim odredbama nije drugačije određeno, naručitelj ne smije omogućiti uvid u podatke dane od strane trgovačkih društava koje su oni označili kao povjerljive, što posebno uključuje poslovne tajne i povjerljive aspekte ponuda uključujući njihove priloge. Također, temeljem iste podzakonske odredbe javni naručitelj mora osigurati cjelovitost podataka i povjerljivost iskaza interesa, potvrda interesa, zahtjeva za sudjelovanje i ponuda, uključujući njihove priloge, u svim komunikacijama, kao i u razmjeni te pohranjivanju informacija. Iskazi interesa, potvrde interesa, prijave za sudjelovanje i ponude, uključujući njihove priloge, kao i dokumentacija o otvaranju i ocjenjivanju prijave za sudjelovanje i ponuda, moraju se

⁵⁸⁵ Članak 166. Zakona o ograničavanju sprječavanja tržišnog natjecanja.

⁵⁸⁶ Oberlandesgericht, članak 171. Zakona o ograničavanju sprječavanja tržišnog natjecanja.

⁵⁸⁷ Bundesgerichtshof (dalje u tekstu: BGH).

⁵⁸⁸ Zivilprozessordnung (dalje u tekstu: ZPO), objavljen 5. prosinca 2005. (BGBl. I S. 3202, ber. 2006 I S. 431, 2007 S. 1781), posljednji put izmijenjen 5. listopada 2021. (BGBl. I S. 4607), dostupan na <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>, datum pristupa 4. lipnja 2022. godine.

⁵⁸⁹ Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge, BGBl. I 2016, 654, (dalje u tekstu: VgV), dostupan na https://www.gesetze-im-internet.de/vgv_2016/BJNR062410016.html#BJNR062410016BJNG000100000, datum pristupa 4. lipnja 2022. godine. Ovaj Pravilnik je zadnji put izmijenjen člankom 2. zakona od 9. lipnja 2021. BGBl. I 1691.

tretirati povjerljivo i nakon završetka postupka dodjele. Ujedno, propisano je da javni naručitelj može nametnuti trgovačkim društvima zahtjeve za zaštitu povjerljivosti podataka u kontekstu postupka dodjele, što posebno uključuje sklapanje ugovora o povjerljivosti.

Sadržaj opisane odredbe odgovara sadržaju članka 52. hrvatskog Zakona o javnoj nabavi koji regulira pitanje zaštite tajnih podataka u hrvatskom postupku javne nabave. Dakle, komparativno se *de facto* radi o istom zakonskom rješenju, bez dodatno propisanih specifičnih odredaba za slučaj ukoliko se pojavi spor oko zahtjeva pojedinog gospodarskog subjekta glede uvida u tajne, odnosno povjerljive dijelove dokumentacije postupka javne nabave. Pravila glede spora o povjerljivosti podataka ne postoje ni u sadržaju Dijela 4. njemačkog Zakona o ograničavanju sprječavanja tržišnog natjecanja, ni u sadržaju njemačkog VgV. Isto tako, ZPO, kao ni hrvatski Zakon o upravnim sporovima, ne sadrži posebna pravila glede uvida u spis sudskog predmeta kada dijelove istog čine tajni, odnosno povjerljivi podaci u postupku.

8.1.2. Relevantne odredbe iz njemačkog Zakona o provedbi Direktive (EU) 2016/943 o zaštiti poslovnih tajni od njihovog nezakonitog stjecanja, upotrebe i otkrivanja

U Saveznoj Republici Njemačkoj u 2019. godini donesen je i novi Zakon o provedbi Direktive (EU) 2016/943 o zaštiti poslovnih tajni od njihovog nezakonitog stjecanja, upotrebe i otkrivanja.⁵⁹⁰ Za sudske sporove povodom pitanja vezanih uz zahtjeve glede poslovnih tajni, isključivo su nadležni okružni sudovi⁵⁹¹, neovisno o visini vrijednosti predmeta spora.⁵⁹² Savezne vlade su ovlaštene radnje iz okružnih sudova obvezujućim propisom⁵⁹³ dodijeliti⁵⁹⁴ regionalnom sudu, s time da se savezne pokrajine također mogu dogovoriti da delegiraju sve ili dio radnji sudova jedne pokrajine nadležnom sudu druge pokrajine.

Člankom 16. istog zakona je propisano da u postupcima koji su vezani uz sporove o poslovnoj tajni, sud može, na zahtjev koje od stranaka, podatke u sporu klasificirati kao tajne u cijelosti ili dijelom.

⁵⁹⁰ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, (BGBl. I str. 466), od 18. travnja 2019., dostupan na https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl119s0466.pdf%27%5D__165550532078, datum pristupa 18. lipnja 2022. godine.

⁵⁹¹ Landgerichte.

⁵⁹² Članak 15., stavak 1., njemačkog Zakona o provedbi Direktive (EU) 2016/943 o zaštiti poslovnih tajni od njihovog nezakonitog stjecanja, upotrebe i otkrivanja.

⁵⁹³ Rechtsverordnung, iz članka 15., stavka 3., njemačkog Zakona o provedbi Direktive (EU) 2016/943 o zaštiti poslovnih tajni od njihovog nezakonitog stjecanja, upotrebe i otkrivanja.

⁵⁹⁴ „Zuzuweisen“, što u prijevodu znači „dodijeliti“, u konkretnome kontekstu bi se *de facto* odnosilo na prenošenje sudske nadležnosti.

U tom slučaju su stranke, njihovi zakonski zastupnici, svjedoci, vještaci, kao i sve druge osobe koje su uključene u sporove o poslovnoj tajni ili koje imaju pristup dokumentima takvog postupka, dužne postupati s klasificiranim podacima kao povjerljivim i ne smiju to činiti izvan suda. Trećim osobama koje imaju pravo uvida u spise može se na uvid dati samo sadržaj spisa u kojem su dijelovi koji sadrže poslovnu tajnu prikriveni.

Člankom 18. je propisano da obveze glede zaštite povjerljivih podataka nastavljaju postojati i nakon završetka sudskog postupka, osim ukoliko je pravomoćnom presudom presuđeno da ne postoji osporavana poslovna tajna koja je bila predmetom spora, ili osporeni podatak postane poznat ili lako dostupan osobama iz krugova koji se takvim podacima obično bave.

Ujedno, člankom 19. istog zakona je propisano da sud može na zahtjev jedne stranke u pojedinom postupku ograničiti pristup u cijelosti ili djelomično određenom broju pouzdanih osoba radi zaštite poslovne tajne, i to vezano uz dokumente koje su dostavile ili izradile stranke ili treće osobe koje ili ukoliko se održava ročište na kojem bi se mogle otkriti poslovne tajne.

Također, istom normom je propisano da opisano vrijedi samo ako, nakon vaganja svih okolnosti, interes za tajnošću podataka prevladava nad pravom stranaka na pravičnu raspravu, uzimajući u obzir njihovo pravo na učinkovitu pravnu zaštitu i pošteno suđenje. Pristup mora biti omogućen najmanje jednoj fizičkoj osobi svake strane i njihovim zakonskim zastupnicima ili drugim zastupnicima. U protivnom, sud po vlastitom nahođenju određuje mjere koje su potrebne za postizanje svrhe zaštite tajnosti, odnosno povjerljivosti podataka.

Ukoliko sud odredi opisana ograničenja, javnost se, na zahtjev, može isključiti s usmene rasprave.

Nadalje, što se tiče njemačkog zakonodavstva, člankom 20. istog Zakona o provedbi Direktive (EU) 2016/943 o zaštiti poslovnih tajni od njihovog nezakonitog stjecanja, upotrebe i otkrivanja propisano je da sud može u postupku primijeniti mjere, prema spomenutim člancima 16. do 19., tijekom trajanja spora i da će sud u tome slučaju drugu stranku saslušati najkasnije nakon izricanja mjere. Sud može preinačiti ili izmijeniti mjere nakon saslušanja stranaka.

Stranka koja podnosi zahtjev u skladu s člankom 16., stavkom 1., ili člankom 19., stavkom 1., spomenutog zakona mora vjerodostojno dokazati da su predmetni podaci poslovna tajna.

O zahtjevu sud odlučuje rješenjem te ako odobri zahtjev, mora obavijestiti uključene stranke o učinku naloga u skladu s odredbama zakona te posljedicama kršenja. Ako sud namjerava odbiti zahtjev, dužan je o tome obavijestiti stranku koja podnosi zahtjev te navesti razloge za to i stranci dati mogućnost očitovanja u roku kojeg odredi sud. Što se tiče odluke koji podaci će biti zaštićeni kao

povjerljivi te koje mjere će se primijeniti, žalba protiv istog se može podnijeti samo sa žalbom o glavnoj stvari. U protivnom, žalba se može podnijeti odmah.⁵⁹⁵ O žalbi odlučuje Prizivni sud.⁵⁹⁶

8.2. Zaštita tajnosti podataka u postupcima javne nabave u Talijanskoj Republici

U potpoglavlju 2.3.3.11. rada je već navedeno da je u Talijanskoj Republici zakonodavstvo o javnoj nabavi regulirano Zakonom o javnim ugovorima za radove, robu, usluge i koncesije te srodne javne ugovore te da je isti zakon izmijenjen zakonodavnom uredbom broj 56/2017 te dopunjen zakonom br. 55/2019 od 14.06.2019. godine.⁵⁹⁷

U istom dijelu rada je i ukazano, među ostalim, da je u talijanskom zakonodavstvu pitanje pristupa dokumentima i povjerljivost podataka u postupcima javne nabave regulirana člankom 53. Zakona o javnim ugovorima za radove, robu, usluge i koncesije te srodne javne ugovore. Istim člankom, u stavku 5., pobrojani su povjerljivi podaci koji se štite u postupku javne nabave, uz klasificiranje ugovora čije izvršenje zahtijeva posebne sigurnosne mjere.

U stavku 6., članka 53., nalazi se odredba da je u odnosu na podatke dane u ponudi, za koje je dana izjava ponuditelja da isti čine tehničku ili poslovnu tajnu, dopušten pristup ponuditelju radi obrane svojih interesa na sudu u vezi s postupkom dodjele ugovora.

Već ranije, u potpoglavlju 2.3.3.11., je zaključeno da iz odredbe članka 53., stavka 6., talijanskog Zakona o javnim ugovorima za radove, robu, usluge i koncesije te srodne javne ugovore, proizlazi pravo ponuditelja na pristup dokumentima povjerljive prirode u postupku pred sudom, ukoliko bi se vodio sudski postupak glede dodjele ugovora.

8.2.1. Presuda Regionalnog upravnog suda u Laciju od 13. prosinca 2021. godine

Regionalni upravni sud u Laciju donio je 13. prosinca 2021. godine presudu u predmetu T.A.R. Lazio - Rome⁵⁹⁸ u kojoj je provedeno balansiranje između, s jedne strane, prava na pristup dokumentima

⁵⁹⁵ Prema mojem mišljenju, isto se odnosi na situaciju ako zahtjev za povjerljivošću podataka bude odbijen.

⁵⁹⁶ Članak 20., stavak 6., istog zakona.

⁵⁹⁷ *Op.cit.*, bilješke 184 -186.

⁵⁹⁸ Broj: 12861/2021. Presuda je dostupna na https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/QUOTIDIANI_VERTICALI/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2021/12/26/Tar_Lazio_12861_2021.pdf, datum pristupa 26. lipnja 2022. godine. Presuda nije dostupna prevedena na engleski jezik, pa je ista prevedena s talijanskog na hrvatski jezik po gospođi Sabrini Mauri.

koji se odnose na postupak javne nabave te, s druge strane, zaštite tehničkih i poslovnih tajni gospodarskih subjekata.

Sud se u presudi pozvao⁵⁹⁹ na gore spomenuti članak 53. talijanskog Zakona o javnoj nabavi te naveo da pravo na pristup dokumentaciji postupka javne nabave ne može nadjačati pravo na zaštitu informacija koje čine srž tehničke ponude koju je dostavio pojedini gospodarski subjekt, a koja tehnička ponuda sadrži i *know-how* pojedinog gospodarskog subjekta. Sud je pojasnio da se kod *know-how* radi o znanju uglavnom tehničke prirode koje omogućuje razlikovanje i prednosti ponude jednog gospodarskog subjekta od ponude drugog subjekta koji djeluje u istom sektoru.

Međutim, sud je ipak naglasio da gospodarski subjekt, u svrhu svoje pravne obrane u sudskim postupcima vezanim uz postupak nabave za dodjelu javnog ugovora, može imati pristup informacijama koje sadrže tehničke ili poslovne tajne.⁶⁰⁰

Prema obrazloženju suda⁶⁰¹, pristup povjerljivoj dokumentaciji spora koja sadrži tehničke ili poslovne tajne, dozvoljen je gospodarskom subjektu u opsegu, odnosno granicama nužnosti ("*stretta indispensabilità*") potrebne za ostvarivanje prava na sudsku zaštitu tog gospodarskog subjekta.

Upravo sam u potpoglavlju 7.1. rada zaključila kako smatram da je nužna izmjena hrvatskog zakonodavstva vezanog uz postupke javne nabave u situacijama kada dođe do spora o povjerljivosti podataka, odnosno ograničenja načela transparentnosti i onemogućavanja pojedinom gospodarskom subjektu pristupa dokazu koji je vezan uz sam meritum spora. Dakle, radi se o potrebi omogućavanja prava na pristup ključnoj dokumentaciji spora koja je potrebna za osiguravanje djelotvorne pravne zaštite i prava na pošteno suđenje, što je u skladu i s gore navedenim zaključkom Regionalnog upravnog suda u Laciju.

Dodatno, Regionalni upravni sud u Laciju je precizirao⁶⁰² da je, kako bi se razmotrilo ostvarivanje punog i djelotvornog prava na obranu pojedinog gospodarskog subjekta, potrebno da pristup dokumentu bude omogućen na način koji ostvaruje njegovu učinkovitu razumljivost, a ne da se radi samo o formalnom udovoljavanju zahtjeva za uvid u povjerljivu dokumentaciju spora.

Zaključujem da prethodni navodi talijanskog suda dodatno ojačavaju pravo na pošteno suđenje pojedinog gospodarskog subjekta koji ostvaruje svoje pravo na uvid u povjerljivu dokumentaciju, vezanu uz sam postupak javne nabave te meritum spora.

⁵⁹⁹ Str. 2., 8. odlomak presude.

⁶⁰⁰ Str. 2., 9. odlomak presude.

⁶⁰¹ Str. 2., 10. odlomak presude.

⁶⁰² Str. 3., 6. odlomak presude.

8.3. Zaštita tajnosti podataka u postupcima javne nabave u Kraljevini Švedskoj

Kao što je navedeno u potpoglavlju 2.3.3.18. rada, u Kraljevini Švedskoj je na snazi Zakon o javnoj nabavi od 01. prosinca 2016. godine.⁶⁰³ Uz taj zakon postoje još tri zakona koji reguliraju područje javne nabave, a to su Zakon o komunalnoj nabavi⁶⁰⁴, Zakon o koncesijama⁶⁰⁵ i Zakon o nabavi u području obrane⁶⁰⁶. Kao i u Republici Hrvatskoj, ovi zakoni su stupili na snagu 1. siječnja 2017. godine te su u iste implementirane europske Direktive koje sam navodila, odnosno analizirala u dosadašnjem dijelu rada.⁶⁰⁷ Ono što primjećujem jest da je Kraljevina Švedska u pravni sustav javne nabave implementirala, među ostalim, i odredbe Direktive 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2007. o izmjeni Direktiva Vijeća 89/665/EEC i 92/13/EEC u pogledu poboljšanja učinkovitosti postupaka revizije u vezi s dodjelom javnih ugovora, dok ova direktiva nije implementirana u hrvatski sustav javne nabave. O važnosti ove Direktive pisano je u potpoglavlju 7.4.1., vezano uz prikaz presude u predmetu *Varec SA v État Belge*, s obzirom da navedena Direktiva nalaže državama članicama poduzimanje mjera potrebnih za osiguravanje učinkovitog, i što je hitnije mogućeg, preispitivanja odluka javnih naručitelja. Kao što je ranije u radu navedeno, preispitivanje odluka javnih naručitelja glede odluka o osnovanosti označavanja tajnih podataka u hrvatskom postupku javne nabave nije osigurano kroz učinkovit i hitan postupak spora o povjerljivosti. Smatram da se radi o iznimno važnom pitanju koje utječe na učinkovitost i transparentnost postupka javne nabave u cjelini te da bi takav postupak trebalo zakonski regulirati, što se želi dokazati i ovim doktorskim radom.

Međutim, zaseban spor o povjerljivosti podataka nije reguliran ni u švedskom postupku javne nabave. Naime, švedski Zakon o javnoj nabavi ne sadrži specifične odredbe o pitanjima glede tajnosti, odnosno povjerljivosti podataka u postupcima javne nabave, iako regulira, među ostalim, pitanja davanja informacija dobavljačima, kao i davanje obavijesti o dodjeli ugovora ili sklapanju okvirnih

⁶⁰³ Sw. lag 2016:1145 om ofentlig upphandling. *Op.cit.*, bilješka 209. Zakon je dostupan i u engleskoj verziji na poveznici <https://www.konkurrensverket.se/globalassets/dokument/informationmaterial/rapporter-och-broschyler/informationmaterial/swedish-public-procurement-act.pdf>, datum pristupa 10. srpnja 2022. godine.

⁶⁰⁴ Sw. lag 2016:1146 om upphandling inom försörjningssektorerna.

⁶⁰⁵ Sw. lag 2016:1147 om koncessioner.

⁶⁰⁶ Sw. lag 2011:1029 om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

⁶⁰⁷ Direktiva Vijeća 89/665/EEZ od 21.12.1989., Direktiva 2014/25/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26.02.2014., Direktiva 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26.02.2014., Direktiva 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26.02.2014., Direktiva 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11.12.2007. o izmjeni Direktiva Vijeća 89/665/EEC i 92/13/EEC, Direktiva 2009/81/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 13.07.2009., Direktiva Vijeća 92/13/EEZ od 25.02.1992.

sporazuma. Detaljnije odredbe o pristupu informacijama i tajnosti podataka u Švedskoj su regulirane Zakonom o javnom pristupu informacijama i tajnosti.⁶⁰⁸

8.3.1. Relevantne odredbe švedskog Zakona o javnoj nabavi

Vezano uz sam švedski Zakon o javnoj nabavi i odredbe glede davanja informacija ponuditeljima, poglavljem 12., člankom 13., propisano je da će naručitelj ponuditelju, koji to zatraži, dati informacije o razlozima zbog kojih je ponuda pojedinog ponuditelja odbačena ili odbijena. Također, propisano je da će naručitelj, na zahtjev ponuditelja koji je dostavio prihvatljivu ponudu, dati informacije o dizajnu i prednostima odabrane ponude te nazivu ponuditelja kojem je dodijeljen ugovor ili o strankama okvirnog sporazuma, kao i podatke o nastavku pregovora ili dijaloga s ponuditeljima. Istom odredbom je propisano da se podaci dostavljaju u najkraćem mogućem roku, a najkasnije u roku od 15 dana od primitka pisanog zahtjeva. U članku 19. istog poglavlja zakona propisana je procedura pristupa sklopljenim ugovorima na način da je javni naručitelj dužan, na zahtjev pojedinog ponuditelja, dati presliku ugovora koji je propisno sačuvan i sklopljen u vrijednosti od najmanje „1,000,000 EUR“ za ugovore o robi ili uslugama te vrijednosti „10,000,000 EUR“ za ugovore o radovima.

Poglavljem 12., člankom 20., švedskog Zakona o javnoj nabavi, propisano je da se ne smiju otkrivati podaci u ugovoru o poslovnim ili radnim uvjetima u poslovanju dobavljača ili naručitelja koji se čuvaju u tajnosti i čije bi otkrivanje nekome od njih moglo prouzročiti štetu u smislu zaštite od konkurencije. Također, propisano je da se ne smiju otkrivati ni podaci u ugovoru koji daju, ili bi mogli doprinijeti davanju informacija o pojedinim sigurnosnim ili nadzornim mjerama kod naručitelja.

U poglavlju 13. švedski Zakon o javnoj nabavi regulira pitanje isključenja pojedinog ponuditelja iz sudjelovanja u postupku javne nabave, te kao jedan od razloga za isključenje, u članku 3., stavku 1., točki 9, istog poglavlja, propisuje da javni naručitelj može isključiti ponuditelja iz sudjelovanja u nabavi ako je neopravdano pokušao utjecati na naručiteljev postupak donošenja odluke, ili steći

⁶⁰⁸ *Op.cit.*, bilješka 210, zakon je dostupan na https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/offentlighets--och-sekretesslag-2009400_sfs-2009-400, datum pristupa 17. lipnja 2022. godine. U odnosu na ovaj zakon izdan je Vodič kroz isti od strane švedskog Ministarstva pravosuđa naslova: „Public Access to Information and Secrecy Act, Information concerning public access to information and secrecy legislation, etc“, ISBN 978-91-38-23271-2, Revised edition 2009, dostupan na web stranici NATLEX, International Labour Organization, preko poveznice https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_isn=84388&p_lang=en, datum pristupa 10. srpnja 2022. godine.

povjerljive informacije koje bi mu mogle dati neopravdanu prednost u nabavi, ili je namjerno dao zavaravajuće informacije koje mogu imati značajan učinak na odluke donesene tijekom postupka nabave.

8.3.2. Pravna zaštita u švedskim postupcima javne nabave

Što se tiče generalne pravne zaštite u švedskom postupku javne nabave, ista je regulirana poglavljem 20. Zakona o javnoj nabavi. Naime, za rješavanje sporova, kada ponuditelji osporavaju odluku o dodjeli ugovora ili kada tvrde da se ugovor sklopljen između naručitelja i dobavljača treba proglašiti nevažećim, nadležan je upravni sud na čijem je sudskom području sjedište naručitelja. Sporovi se rješavaju prema pravilima upravnog spora te se u većini predmeta sudski postupak odvija pisanim putem, bez održavanja usmene rasprave.⁶⁰⁹

Protiv presude donesene od strane upravnog suda može se podnijeti žalba, međutim, prethodno je potrebno ishoditi odluku za dopuštenje podnošenja žalbe, što proizlazi iz sadržaja članka 5., poglavlja 20. švedskog Zakona o javnoj nabavi.

Ono što je zanimljivo jest da je zakonom regulirano pitanje naknade štete koju je obvezan nadoknaditi naručitelj pojedinom ponuditelju, ukoliko je postupio protivno odredbama Zakona o javnoj nabavi.⁶¹⁰ Doduše, i hrvatskim Zakonom o javnoj nabavi, člankom 435., je propisano da svaka osoba koja je pretrpjela štetu zbog povreda istog zakona ima mogućnost naknade štete pred nadležnim sudom prema općim propisima o naknadi štete. Ukoliko bi u tom slučaju pojedini ponuditelj, kao tužitelj u parnici radi naknade štete, tužio naručitelja za štetu koja mu je prouzročena zbog kršenja odredaba Zakona o javnoj nabavi, uključujući i zbog kršenja odredaba o tajnosti podataka, morao bi dokazati sve elemente odštetne odgovornosti sukladno hrvatskom Zakonu o obveznim odnosima. Prema mojem znanju i iskustvu, u Republici Hrvatskoj ne postoji veliki broj parnica radi naknade štete koju bi pokretali ponuditelji protiv naručitelja zbog toga što je naručitelj postupio protivno zakonskim odredbama. Naravno da svaka povreda Zakona o javnoj nabavi od strane naručitelja automatski ne prouzrokuje štetu pojedinom ponuditelju, jer je sve elemente odštetne odgovornosti, odnosno štetu, bilo imovinsku, bilo neimovinsku, potrebno dokazati. Međutim, zasigurno švedska odredba iz Zakona o javnoj nabavi, koja eksplicitno propisuje obvezu naručitelja da naknadi štetu zbog povrede

⁶⁰⁹ Ovaj podatak je pronađen na web mjestu: <https://resourcehub.bakermckenzie.com/en/resources/public-procurement-world/public-procurement/sweden/topics/8-remedies-and-enforcement>, datum pristupa 26. lipnja 2022. godine.

⁶¹⁰ Članak 20., odjeljka 20., švedskog Zakona o javnoj nabavi.

istog zakona, prema mojem mišljenju, ima jaču pravnu težinu u odnosu na odredbu hrvatskog Zakona o javnoj nabavi koja je stipulirana na više opći način.

U pogledu rokova za tužbu glede naknade štete, u Kraljevini Švedskoj je 1. srpnja 2022. godine stupio na snagu izmijenjeni članak 21., poglavlja 20., Zakona o javnoj nabavi, temeljem Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnoj nabavi⁶¹¹ te isti propisuje da se tužba za naknadu štete podnosi pred općim sudom⁶¹² u roku od godinu dana od dana kada je dobavljač saznao ili je trebao saznati da je sklopljen ugovor između naručitelja i pojedinog ponuditelja. Ukoliko bi upravni sud presudio da su ispunjeni uvjeti za ništavost ugovora prema Zakonu o javnoj nabavi, propisano je da se u tom slučaju tužba radi naknade štete može podnijeti u roku od jedne godine od pravomoćnosti sudske odluke.

Što se tiče same pravne zaštite vezane uz spor glede povjerljivosti podataka u postupku javne nabave, u poglavlju 12., članku 23., švedskog Zakona o javnoj nabavi, propisano je da se protiv odluke da se ugovor ili podaci u ugovoru ne otkriju može podnijeti žalba upravnom sudu u čijoj je nadležnosti sjedište ugovornog tijela. U tom slučaju ugovorno tijelo, odnosno naručitelj, postaje stranka u postupku, uz ponuditelja koji se žalio protiv odluke da se pojedini ugovor ili informacije u ugovoru ne otkriju.

Također, temeljem gore spomenutog švedskog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnoj nabavi, 1. srpnja 2022. godine stupio je na snagu članak 25., istog poglavlja 12. švedskog Zakona o javnoj nabavi koji propisuje: „Slučajevi koji se odnose na otkrivanje ugovora ili informacija u ugovorima rješavati će se promptno.“ Smatram da je u hrvatski postupak javne nabave također potrebno uvesti takvu normu o čemu će biti više riješi u desetom poglavlju.

8.3.3. Relevantne odredbe švedskog Zakona o javnom pristupu informacijama i tajnosti

Što se pak tiče švedskog Zakona o javnom pristupu informacijama i tajnosti, isti u poglavlju 10., članku 3., propisuje, među ostalim, da povjerljivost ne sprječava pojedinca ili tijelo koje je stranka u postupku da ima pravo pristupa dokumentaciji postupka javne nabave. Ipak, navedeno je da se takav dokument ne smije otkriti stranci u mjeri u kojoj je to od posebne važnosti za zaštitu javnog ili privatnog interesa. U takvim slučajevima, stranci će se dati informacije o sadržaju dokumentacije u

⁶¹¹ Lag (2022:778) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, izmjene i dopune švedskog Zakona o javnoj nabavi dostupne na: <https://rkrattsbaser.gov.se/sfsr?bet=2016:1145>, datum pristupa 20. listopada 2022. godine.

⁶¹² Misleći očito na građanski sud opće nadležnosti.

mjeri koja je potrebna da bi stranka mogla ostvariti svoje pravo, a da se to može učiniti bez ozbiljne štete za interes kojeg povjerljivost treba zaštititi.

Ipak, vezano uz navedeno, u istoj odredbi je propisano da povjerljivost ne podrazumijeva bilo kakvo ograničenje prava stranke da ima pravo pristupa svim onim dokumentima koje čine osnovu za donošenje odluke u konkretnom predmetu. Navedeno je usklađeno sa zaključcima prikazane talijanske sudske prakse u ovome poglavlju, kao i sa zaključcima danim u 7. poglavlju rada u pogledu toga da je, radi osiguravanja prava na pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo, pojedinom gospodarskom subjektu potrebno kroz reguliranu proceduru omogućiti pravo na pristup i povjerljivim dokumentima spisa, ako su vezani uz meritum spora.

8.4. Zaključak

U ovom poglavlju su prikazana komparativna zakonska rješenja vezana uz zaštitu tajnosti podataka u postupcima javne nabave u tri države članice Europske unije, od čega Savezne Republike Njemačke i Talijanske Republike kao država članica kontinentalnog pravnog sustava, te Kraljevine Švedske kao države članice skandinavskog pravnog sustava⁶¹³.

Što se tiče Savezne Republike Njemačke, kontrolu dodjele javnih ugovora i koncesija provode Vijeća za javnu nabavu pred kojima stranke mogu izvršiti uvid u spis te istog fotokopirati, međutim Vijeće za javnu nabavu mora odbiti uvid u dokumente ako je to potrebno iz važnih razloga, posebno radi zaštite povjerljivosti ili zaštite tajnosti podataka. Njemački Zakon o parničnom postupku, koji dolazi u primjenu kod situacija opisanih u potpoglavlju 8.1., ne propisuje nikakva specifična pravila glede pristupa povjerljivim podacima spisa. Njemački Pravilnik o dodjeli javnih ugovora propisuje, među ostalim, da naručitelj ne smije omogućiti uvid u podatke dane od strane trgovačkih društava koje su oni označili kao povjerljive. Cjelovito normativno rješenje iz navedenog Pravilnika odgovara sadržaju članka 52. hrvatskog Zakona o javnoj nabavi te, kao i u Republici Hrvatskoj, nema dodatno propisanih specifičnih odredaba za slučaj ukoliko se pojavi spor o povjerljivosti podataka. Što se tiče odredaba iz njemačkog Zakona o provedbi Direktive (EU) 2016/943 o zaštiti poslovnih tajni od njihovog nezakonitog stjecanja, upotrebe i otkrivanja, u sadržaju istih su pronađene sličnosti s odredbama hrvatskog ZZNITV. Dakle, komparativna zakonska rješenja iz Savezne Republike Njemačke su glede predmetne problematike u velikoj mjeri slična hrvatskim zakonskim rješenjima.

⁶¹³ Čini ga mješavina kontinentalnog i običajnog prava.

Što se tiče Talijanske Republike, talijanski Zakon o javnim ugovorima za radove, robu, usluge i koncesije te srodne javne ugovore u članku 53., stavku 6., propisuje da je u odnosu na podatke dane u ponudi, za koje je dana izjava ponuditelja da isti čine tehničku ili poslovnu tajnu, dopušten pristup ponuditelju radi obrane njegovih interesa na sudu u vezi s postupkom dodjele ugovora. Važnost ove odredbe je već prepoznata u potpoglavlju 2.3.3.11. rada te se na istu pozvao i Regionalni upravni sud u Laciju koji je 13. prosinca 2021. godine donio presudu u predmetu T.A.R. Lazio – Rome. Dakle, radi se o relativnoj novoj sudskoj presudi za koju držim da dodatno potvrđuje zaključke iz ovog rada.

Naime, sud je navedenom presudom presudio da gospodarski subjekt, u svrhu svoje pravne obrane u sudskim postupcima vezanim uz postupak nabave za dodjelu javnog ugovora, može imati pristup informacijama koje sadrže tehničke ili poslovne tajne, i to u opsegu koji je nužan za ostvarivanje prava na sudsku zaštitu. Takvo omogućavanje pristupa dokumentaciji ne smije biti samo formalno, već suštinski učinkovito i razumljivo, kako bi pojedini gospodarski subjekt mogao u potpunosti ostvariti svoja prava, čime se, prema mojem mišljenju, dodatno osigurava ostvarivanje prava na pošteno suđenje.

U Kraljevini Švedskoj, kao ni u Republici Hrvatskoj, nije reguliran zaseban spor o povjerljivosti podataka u postupku javne nabave. Ono što je prepoznato kao zanimljivo jest da švedski Zakon o javnoj nabavi propisuje da je naručitelj pojedinom ponuditelju, ukoliko je postupio protivno odredbama Zakona o javnoj nabavi, dužan nadoknaditi štetu. Kao što je prikazano u potpoglavlju 8.3.2., hrvatski Zakon o javnoj nabavi sadrži relativno općenitu odredbu glede obveze naknade štete zbog povrede istog zakona pa je stoga švedska odredba restriktivnija, što bi se odnosilo i na eventualnu odgovornost naručitelja ako prekrši odredbe iz Zakona o javnoj nabavi glede pitanja zaštite tajnosti podataka.

Švedski Zakon o javnom pristupu informacijama i tajnosti propisuje, među ostalim, da povjerljivost ne sprječava pojedinca ili tijelo koje je stranka u postupku da ima pravo pristupa dokumentaciji postupka javne nabave, osim ako se radi o zaštiti javnog ili privatnog interesa. Međutim, i u takvim slučajevima, stranci će se dati informacije o sadržaju dokumentacije u mjeri koja je potrebna da bi stranka mogla ostvariti svoje pravo, a da se to može učiniti bez ozbiljne štete za interes kojeg štiti povjerljivost.

Stoga su švedska zakonska rješenja bliska talijanskim, dok su hrvatska zakonska rješenja komparativno bliža njemačkom zakonodavstvu. Zagovornik sam talijanskih i švedskih zakonskih rješenja koja su prikazana u ovom poglavlju, no u idućem poglavlju ću prikazati komparativno rješenje i sudsku praksu iz Velike Britanije za koje smatram da bi najbolje odgovaralo prijedlogu

zakonskih dopuna u Republici Hrvatskoj. Razlog za navedeno je ponajviše taj što je u hrvatskom zakonodavstvu već reguliran usporedni postupak glede spora o povjerljivosti temeljem ZZNITV, koji postupak predviđa mjere za zaštitu povjerljivosti u sporu koje imaju dodirnih točaka sa zakonskim rješenjima iz Velike Britanije, kao i britanskom recentnom sudskom praksom koja će biti prikazana.

9. PRISTUP POVJERLJIVIM PODACIMA U POSTUPCIMA JAVNE NABAVE U UJEDINJENOM KRALJEVSTVU

9.1. Općenito o povjerljivosti podataka u postupku javne nabave i načelu otvorene pravde u Ujedinjenom Kraljevstvu

U Ujedinjenom Kraljevstvu postupci javne nabave su regulirani Uredbom o javnim ugovorima iz 2015. godine koja se primjenjuje na nabave u javnom sektoru⁶¹⁴, Uredbom o ugovorima o komunalnim uslugama iz 2016. godine koja se primjenjuje na nabave određenih reguliranih komunalnih tvrtki⁶¹⁵, Uredbom o ugovorima o koncesijama iz 2016. godine koja se primjenjuje na ugovore o koncesiji za nabavu radova i usluga⁶¹⁶ te Uredbom o javnim ugovorima u području obrane i sigurnosti iz 2011. godine koja se primjenjuje na nabavu određenih ugovora u području obrane i sigurnosti⁶¹⁷. Navedeni propisi se primjenjuju u Engleskoj, Walesu i Sjevernoj Irskoj, osim DSPCR koji se primjenjuje u cijelom Ujedinjenom Kraljevstvu. Škotska ima vlastito zakonodavstvo o javnoj nabavi.

Što se tiče povjerljivosti podataka u postupku javne nabave, ona je propisana člankom 21. PCR na način da „javni naručitelj ne smije otkrivati podatke koje mu je dostavio gospodarski subjekt i koje je taj gospodarski subjekt označio kao povjerljive, uključujući, ali ne ograničavajući se na tehničke ili poslovne tajne i povjerljive aspekte ponuda.“ Navedena odredba ne dovodi u pitanje obvezu objavljivanja dodijeljenih ugovora i pružanje informacija natjecateljima i ponuditeljima⁶¹⁸, primjenu Zakona o slobodi informacija iz 2000. godine te druga dopuštenja za otkrivanje informacija prema propisima Engleske, Walesa ili Sjeverne Irske. Također, istom odredbom je propisano da „javni naručitelji mogu gospodarskim subjektima postaviti zahtjeve u cilju zaštite povjerljivosti podataka koje javni naručitelji stavljaju na raspolaganje tijekom cijelog postupka nabave.“

Pitanje povjerljivosti je praktički na identičan način propisano i člankom 39. UCR, člankom 28. CCR te člankom 10. DSPCR.

⁶¹⁴ The Public Contracts Regulations 2015 (dalje: PCR), dostupno na <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2015/102/contents/made>, datum pristupa 17. srpnja 2022. godine.

⁶¹⁵ The Utilities Contracts Regulations 2016 (dalje: UCR), dostupno na <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2016/274/contents/made>, datum pristupa 17. srpnja 2022. godine.

⁶¹⁶ The Concessions Contracts Regulations 2016 (dalje: CCR), dostupno na <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2016/273/contents/made>, datum pristupa 17. srpnja 2022. godine.

⁶¹⁷ The Defence and Security Public Contracts Regulations 2011 (dalje: DSPCR), dostupno na <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2011/1848/made>, datum pristupa 17. srpnja 2022. godine.

⁶¹⁸ Propisano člancima 50.-55. PCR.

Budući da je Ujedinjeno Kraljevstvo istupilo iz Europske unije stupanjem na snagu Sporazuma o povlačenju Ujedinjene Kraljevine Velike Britanije i Sjeverne Irske iz Europske unije i Europske zajednice za atomsku energiju⁶¹⁹ 31. siječnja 2020. godine, u ponoć po srednjoeuropskom vremenu, došlo je do izmjena i dopuna zakonodavstva o javnoj nabavi, i to Uredbom iz 2020. godine⁶²⁰. Unatoč navedenoj Uredbi, uvodno spomenuta četiri zakona koja reguliraju pitanje javne nabave u Ujedinjenom Kraljevstvu nisu suštinski mijenjana te su sadržajno i nadalje ostala usklađena sa europskim direktivama o javnoj nabavi.

Što se tiče obavijesti o javnoj nabavi, one se umjesto u Službenome listu Europske unije, nakon izlaska Ujedinjenog Kraljevstva iz Europske unije, objavljuju na britanskom e-servisu FTS.⁶²¹ Također, među ostalim, ESPD⁶²² obrazac je zamijenjen sa SPD obrascem, nema odredaba o zajedničkoj prekograničnoj nabavi sa zemljama članicama Europske unije te su određene ovlasti Europske komisije prenesene na Ured Kabineta Ujedinjenog Kraljevstva.

Također, 1. svibnja 2021. godine stupio je na snagu „Sporazum o trgovini i suradnji između Europske unije i Europske zajednice za atomsku energiju, s jedne strane, i Ujedinjene Kraljevine Velike Britanije i Sjeverne Irske, s druge strane“⁶²³, koji je potpisan 30. prosinca 2020. godine. U tom Sporazumu je pitanje javne nabave regulirano glavom VI. te je ugovoreno da je cilj te glave Sporazuma zajamčiti dobavljačima svake stranke pristup većim mogućnostima sudjelovanja u postupcima javne nabave i povećati transparentnost postupaka javne nabave. Člankom 277., u istoj glavi Sporazuma, ugovoreno je, među ostalim, da se u tu glavu ugrađuju odredbe Sporazuma o javnoj nabavi⁶²⁴ koje su navedene u Prilogu 25., odjeljku A, uključujući priloge svake stranke Dodatku I. GPA. Dakle, poduzeti su određeni politički i pravni napor kako bi javna nabava između država članica Europske unije i Ujedinjenog Kraljevstva i nadalje bila učinkovita te transparentna.

Što se tiče provedbe sudskih postupaka u Ujedinjenom Kraljevstvu, važno je za istaknuti da je načelo otvorene pravde⁶²⁵ temeljno *common law* načelo osnovom kojeg i dokumenti koji su uključeni u sudske postupke trebaju biti otvoreni za javnost. Naime, u uvodnom dijelu članka⁶²⁶ autora Gartha

⁶¹⁹ SL L 29, 31.1.2020.

⁶²⁰ Uredba ima naziv „The Public Procurement (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2020“, dostupna na <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2020/9780348212952>, datum pristupa 17. srpnja 2022. godine.

⁶²¹ Find a Tender Service.

⁶²² European Single Procurement Document.

⁶²³ SL L 149, 30.4.2021.

⁶²⁴ Government Procurement Agreement, Sporazum o javnoj nabavi iz Priloga 4. Sporazumu o Svjetskoj trgovinskoj organizaciji (WTO), *Op.cit.*, bilješka 82. Dalje u tekstu: GPA.

⁶²⁵ The principle of open justice.

⁶²⁶ Nettheim, Garth, The principle of open justice, *University of Tasmania Law Review*, vol. 8, no. 1, 1984, p. 25-45. izvor: HeinOnline.

Nettheima⁶²⁷, još iz 1984. godine, citiran je Jeremy Bentham⁶²⁸ koji je, generalno glede engleskog postupovnog prava, rekao: „Javnost je sama duša pravde [...] Javnosti, više nego svemu ostalom zajedno, engleski postupovni sustav duguje to što je najmanje loš sustav koji još postoji, umjesto da bude najgori.“⁶²⁹

Ipak, očito jačanjem važnosti postupaka javne nabave u Ujedinjenom Kraljevstvu, kroz sudsku praksu se ukazala potreba za zaštitom povjerljivih podataka te je došlo do sukoba između zahtjeva otvorene pravde i zahtjeva očuvanja povjerljivosti podataka. Sudovi su prepoznali konkretnu problematiku te isto utvrdili na slijedeći način: "Potreba zaštite povjerljivih podataka mora biti izbalansirana s osnovnim principom otvorene pravde."⁶³⁰ Ova izjava sadržana je u stavku 27. „Priloga H“ Smjernica za tehnološke i građevinske sudove⁶³¹ koji je objavljen od strane Tehnološkog i građevinskog suda⁶³² iz Ujedinjenog Kraljevstva, 3. ožujka 2015. godine, s posljednjim izmjenama od 23. srpnja 2019. godine.

9.1.1. Aktualnosti glede donošenja novog Zakona o javnoj nabavi u Ujedinjenom Kraljevstvu

U Ujedinjenom Kraljevstvu je u vrijeme pisanja ovog rada u tijeku zakonodavni postupak pred Parlamentom glede donošenja novog Zakona o javnoj nabavi.⁶³³ Predlagatelj navedenog zakona je Vlada Ujedinjenog Kraljevstva te je postupak trenutno u „stadiju izvješća“ u Donjem Domu⁶³⁴, a nakon provedene procedure u Donjem Domu postupak ulazi u završnu fazu koja uključuje razmatranje amandmana te Kraljevsku suglasnost. U nastavku će se prikazati što zakonodavne izmjene sadržajno donose u najključnijim dijelovima, sa osvrtom na odredbe glede povjerljivih podataka u postupku javne nabave.

⁶²⁷ Profesor prava na University of New South Wales.

⁶²⁸ Koji je prvi puta upotrijebio pojam transparentnosti u suvremenom smislu, *supra* potpoglavlje 2.1. ovog rada.

⁶²⁹ „Publicity is the very soul of justice. It is to publicity, more than to everything else put together, that the English system of procedure owes its being the least bad system as yet extant, instead of being the worst.“

⁶³⁰ “The need to protect confidential information needs to be balanced by the basic principle of open justice.”

⁶³¹ The Technology and Construction Court guide, dalje u tekstu: Vodič za tehnološke i građevinske sudove, dostupan na https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/819807/technology-and-construction-court-guide.pdf, datum pristupa 17. srpnja 2022. godine.

⁶³² Technology and Construction Court.

⁶³³ Procurement Bill. Tekst nacrt zakona je dostupan na internetskim stranicama Parlamenta Ujedinjenog Kraljevstva <https://bills.parliament.uk/publications/46439/documents/1777>, datum pristupa 10. rujna 2022. godine.

⁶³⁴ Podatak dostupan preko poveznice <https://bills.parliament.uk/bills/3159#timeline>, datum pristupa 10. ožujka 2023. godine.

U uvodnom dijelu nacrtu navedenog zakona, prije samog teksta sadržaja, navedeno je kako su odredbe istog kompatibilne sa pravima koje jamči Konvencija. Tekst prijedloga zakona sadrži 116 članaka podijeljenih u trinaest dijelova sa slijedećim temama: osnovne definicije; načela i ciljevi; dodjela javnih ugovora i postupci; upravljanje javnim ugovorom; sukob interesa; ugovori ispod praga; provedba međunarodnih obveza; informacije i obavijesti: opće odredbe; pravni lijekovi glede povrede zakonskih obveza; nadzor nabave; odgovarajuća tijela i prekogranična nabava; izmjene i ukidanja; općenito. Također, prijedlog navedenog zakona sadrži i jedanaest priloga.

Dakle, iz sadržaja nacrtu novog Zakona o javnoj nabavi u Ujedinjenom Kraljevstvu proizlazi da bi on na jednome mjestu, umjesto kroz četiri Uredbe uvedno spomenute u potpoglavlju 4.1., sadržavao odredbe glede postupka javne nabave. Ujedno, novi Zakon o javnoj nabavi bi ukinuo oko tristo pedeset pravila koja proizlaze iz prava Europske unije uz opravdanje, među ostalim, da se time smanjuje birokracija te troškovi za javni i privatni sektor, kao i poboljšava javna nabava vezana uz inovacije.⁶³⁵

Što se tiče odredaba glede tajnosti podataka, odnosno pristupa povjerljivim podacima koji se mogu pojaviti u postupku javne nabave, čitajući sadržaj nacrtu predmetnog zakona, nisam pronašla druge odredbe glede povjerljivosti podataka osim odredbe vezane uz to da javni naručitelj nije dužan objavljivati niti na drugi način priopćavati informacije ukoliko je uskraćivanje informacija od objavljivanja ili drugog otkrivanja nužno u svrhu zaštite nacionalne sigurnosti, ili ukoliko se radi o osjetljivoj komercijalnoj informaciji te postoji prevladavajući javni interes da se ista ne objavi, odnosno otkrije na drugi način.⁶³⁶

Dakle, proizlazi da predmetni nacrt novog britanskog Zakona o javnoj nabavi ne sadrži striktne odredbe glede označavanja pojedinih podataka u postupku javne nabave tajnima, kao ni odredbe vezane uz osiguravanje pristupa tajnim podacima od strane drugih zainteresiranih sudionika, već samo odredbu glede ograničenja obveze naručitelja za objavom informacija ukoliko se radi o, među ostalim, osjetljivim komercijalnim informacijama.

⁶³⁵ Navedeno proizlazi iz str. 4. objave od strane Doma Lordova od 20. svibnja 2022. godine, dostupne na <https://bills.parliament.uk/publications/46488/documents/1791>, datum pristupa 10. rujna 2022. godine.

⁶³⁶ Navedeno proizlazi iz sadržaja članka 85., stavka 1., nacrtu britanskog Zakona o javnoj nabavi.

9.2. Važnost sadržaja „Priloga H“ Smjernica Tehnološkog i građevinskog suda iz 2019. godine

Uvidom u sadržaj Smjernica Tehnološkog i građevinskog suda⁶³⁷ iz 2019. godine proizlazi da iste sadrže odredbe koje se odnose na radnje prije pokretanja sudskog postupka, mogućnost alternativnog rješavanja sporova, pristup sudu, upravljanje postupkom, pravila sudskih i arbitražnih postupaka, odredbe glede provođenja vještačenja i davanja iskaza svjedoka, provedbu analiza prije sudskog postupka, pitanje troškova spora te upravljanje istima, kao i odredbe glede izvršenja presuda.

Smjernice Tehnološkog i građevinskog suda⁶³⁸ su bazirane na iskustvima iz prakse, uključujući i u dijelu vezanom uz povjerljive informacije koje se pojave u postupcima javne nabave. U odnosu na same postupke javne nabave upravo se „Prilog H“ navedenih Smjernica TCC odnosi na vodič u postupcima vezanim uz javnu nabavu te sadrži 66 točaka. Već u prvoj točki navedenog Priloga navedeno je kako je javna nabava područje prava koje se brzo razvija te zahtijeva od praktičara da budu upoznati sa najnovijom sudskom praksom.

Smjernicama TCC se potiče alternativno rješavanje sporova, a prije samog pokretanja postupka potrebno je da potencijalni tužitelj naručitelju uputi dopis u kojem opisuje, među ostalim, činjenične i pravne aspekte svojeg zahtjeva, traži dulji rok mirovanja ili zahtjev da se ugovor ne sklopi na određeno vremensko razdoblje. Naručitelj je obavezan potvrditi primitak dopisa, dati podatke o svojim angažiranim odvjetnicima te se očitovati da li će se razdoblje mirovanja produljiti ili ne. Ujedno je naručitelj obavezan podноситelju zahtjeva, kao potencijalnom tužitelju, dati podatke na koje on ima pravo. Nakon razmjene informacija, i nadalje se apelira na mirno rješenje spora te na kooperativnost među strankama.

Također, ono što je važno, jest da se u točki 7 „Priloga H“ Smjernica TCC strankama ukazuje na mogućnost korištenja prstenova povjerljivosti prije samih pokretanja postupaka te se naručitelja potiče da potencijalnom tužitelju već u ranoj fazi postupka otkrije one povjerljive podatke koji su relevantni za podnošenje tužbe.

Što se konkretno tiče povjerljivih informacija, „Prilog H“ Smjernica TCC predviđa⁶³⁹ da, ukoliko tužba ili koji drugi podnesak sadržavaju povjerljive informacije, strana koja dostavlja sudu podnesak treba podnijeti redigiranu verziju podneska sa prikrivenim povjerljivim informacijama, kao i neredigiranu verziju označenu kao povjerljivu i zapečaćenu u omotnici, uz zahtjev da se odredi

⁶³⁷ Dalje u tekstu: Smjernice TCC.

⁶³⁸ Dalje u tekstu: TCC.

⁶³⁹ U točki 11.

ograničenje pristupa toj dokumentaciji. Naglašeno je da ukoliko se podnesak dostavlja elektroničkim putem, strana koja ga dostavlja treba osigurati da je redigiranje učinkovito te da se povjerljivost osigura metodama zaštite povjerljivosti. S obzirom na elektroničku dostavu, sugerira se da bi te metode zaštite mogle biti osigurane putem dodatno kreirane lozinke.

Uz opisanu zaštitu povjerljivih informacija, u odnosu na tužitelja se potiče da mu se iste otkriju čim ranije⁶⁴⁰, s ciljem da mu se omogući finaliziranje njegovih tužbenih navoda potrebnih za vođenje postupka te pravilno izjašnjavanje u predmetu.

Naime, u točki 21 Smjernica TCC jasno je navedeno da potreba za zaštitom povjerljivih informacija u postupcima vezanim uz javne nabave mora biti uravnotežena temeljnim načelom otvorene pravde. Također je u istoj točki navedeno, među ostalim, da će sud nastojati voditi postupak na način da povjerljivost bude zaštićena tamo gdje je to uistinu potrebno, ali osiguravajući da pitanje povjerljivosti ne izazove nepotrebne troškove ili složenost postupka.

Nadalje, iz sadržaja Smjernica TCC⁶⁴¹ proizlazi da se, nakon što je predmet dodijeljen u rad određenom sucu TCC, povjerljiva dokumentacija spisa prosljeđuje njegovom službeniku u svrhu ograničenja rizika od nenamjernog otkrivanja povjerljive dokumentacije te je predviđeno⁶⁴² da dokumentacija koja se dostavlja sudu i sučevom službeniku, ako je povjerljiva, treba tako biti naznačena. Ujedno je preporučeno da se dokumenti koji sadrže povjerljive informacije dostavljaju na papiru u boji, kako bi njihov povjerljivi status bio odmah i vizualno vidljiv. Isto tako, preporučeno je da razinu povjerljivosti treba identificirati zasebnim pečatom ili oznakom⁶⁴³, odnosno drugačijom bojom papira.

Također, dani su naputci⁶⁴⁴, među ostalim, kako prikazati povjerljivost podataka u pojedinom dokumentu, odnosno podnesku. Naime, može se izraditi tablica u kojoj se u jednoj koloni navede broj stranice i odlomak u kojem se nalaze povjerljivi podaci, a u drugoj koloni pored se navede razlog koji opravdava povjerljivost označenih podataka.

Temeljem ovako opisanog sadržaja Smjernica TCC, smatram da su iste iznimno važne s obzirom da sadrže odredbe koje bi mogle biti primjenjive i na hrvatske postupke javne nabave u okviru kojih se činjenično stanje bazira na zahtjevima za pristup povjerljivim, odnosno tajnim podacima. Naime, kao što je prikazano u petom poglavlju rada, u hrvatskim postupcima koji su vezani uz javnu nabavu u

⁶⁴⁰ Moguće u prstenu povjerljivosti, o čemu će biti riječi u narednom potpoglavlju.

⁶⁴¹ Točka 28.

⁶⁴² Točka 29.

⁶⁴³ Primjerice „povjerljivo“.

⁶⁴⁴ U točki 32 Smjernica TCC.

okviru kojih se pojavi pitanje zaštite i pristupa povjerljivim podacima postupka ili spisa, bilo da se radi u postupku pred samim naručiteljem, bilo pred DKOM, bilo pred VUSRH, ne postoje posebna procesna ni tehnička pravila na koji način se povjerljivi podaci dostavljaju u spis i kako se osigurava pristup istima. Ranije u radu je posebno ukazano na odredbe iz Zakona o upravnim sporovima iz razloga što po tužbama, vezanim uz postupke javne nabave, postupa VUSRH. U tom dijelu rada je, među ostalim, prikazano da sukladno Zakonu o upravnim sporovima sud može isključiti javnost za cijelu raspravu ili njezin dio, međutim da to ne jamči povjerljivost postupka i zaštitu povjerljivih podataka u spisu. Sam pristup povjerljivim podacima spisa koji su označeni kao tajni nije striktno reguliran ni na koji način pa se zapravo od stranke u postupku „skrivaju“ podaci koji mogu biti meritorni za konačnu odluku. O pravnim posljedicama takvog postupanja pisano je kroz peto, šesto i sedmo poglavlje rada, a u slijedećem potpoglavlju će se prikazati rješenje glede pristupa povjerljivim podacima spisa u okviru prstena povjerljivosti, što bi, prema mojem mišljenju, definitivno bilo primjenjivo i u hrvatskim postupcima u kojima se pojavljuju povjerljivi podaci, pa tako i u postupcima vezanim uz javnu nabavu.

Također, iznimno korisna preporuka koja proizlazi iz Smjernica TCC je ona vezana uz pitanja dostave podnesaka elektroničkim putem. U Republici Hrvatskoj je, među ostalim, i VUSRH uključen u aplikaciju Ministarstva pravosuđa i uprave naziva e-Komunikacija, elektroničku komunikaciju sudionika sudskih postupaka sa sudovima. Međutim, zasebna tehnička pravila kako se kroz sustav e-Komunikacije predaje elektronički podnesak koji sadrži povjerljive podatke (bilo u tekstu samog podneska ili kao priložena dokumentacija podnesku, kao dokaz) ne postoje. Smjernice TCC preporučuju da se isto zaštiti zasebnim lozinkama, koje rješenje u potpunosti podržavam. U svakom slučaju, u ovom dijelu se otvara novi tehnološki prostor za developere koji bi, u suradnji sa pravnom strukom, mogli i trebali razviti tehnička rješenja za navedenu problematiku, sve u cilju visoke razine zaštite povjerljivih podataka u postupku. Naime, ako prilikom elektroničke predaje podneska nisu na zaseban način zaštićeni povjerljivi dijelovi podneska, uključujući i priloge kao dokazi, koji se mogu dostavljati u vidu povjerljive dokumentacije iz ranije faze postupka javne nabave, tada se otvara mogućnost, primjerice, da sudski službenik, koji zaprima podnesak te ga proslijeđuje određenoj sudskoj referadi, ima uvid u sadržaj istog. Također, sadržaj takvog podneska ili dokumentacije može, primjerice, na stolu vidjeti sudski savjetnik ili slično. Dakle, prema mojem mišljenju, postupanje sa spisima u kojima se nalaze povjerljivi podaci, odnosno podaci koji su označeni tajnima, kao i osiguravanje pristupa istima od strane sudionika postupka, moraju imati propisanu zasebnu proceduru, kako u pravnom, tako i u tehničkom smislu.

Ujedno se naglašava da je upravo postupanje britanskih sudova prema Smjernicama TCC podupro, odnosno „odobrio“ TCC, i to počevši od presude u predmetu *Bombardier Transportation Limited protiv Merseytravel*, koja će biti obrađena u potpoglavlju 9.4.1., pa nadalje.

9.2.1. Prstenovi povjerljivosti

U Smjernicama TCC⁶⁴⁵ regulirana su pravila o prstenovima povjerljivosti te je tako navedeno, među ostalim, da se oni mogu uspostaviti kako bi se olakšalo otkrivanje povjerljivih informacija. Prsten povjerljivosti se sastoji od osoba kojima se mogu otkriti povjerljive informacije uz njihovu obvezu čuvanja povjerljivosti.

Navedeno je⁶⁴⁶, među ostalim, kako je poželjno da se svaki prsten povjerljivosti uspostavi što je prije moguće⁶⁴⁷ te da se sporazumi oko prstenova povjerljivosti ili prijedlozi glede njihove uspostave moraju podnijeti sudu što ranije, uz obrazloženja zašto su opravdani.

Također je navedeno da će uvjeti bilo kojeg prstena povjerljivosti ovisiti o okolnostima svakog pojedinog slučaja. Međutim, istaknuto je da će biti potrebno odrediti koje točno osobe se mogu primiti u prsten, kao i uvjete, odnosno obveze koje će se zahtijevati od članova prstena povjerljivosti. Neovisno o navedenom, regulirano je⁶⁴⁸ da će vanjski pravni savjetnici stranke, čime se prvenstveno misli na odvjetnike, biti primljeni u bilo koji prsten povjerljivosti koji se uspostavi.

Prilikom razmatranja treba li određena osoba biti primljena u prsten povjerljivosti, sud uzima u obzir njezinu ulogu i odgovornosti unutar pojedine organizacije, opseg rizika vezan uz narušavanje tržišnog natjecanja kao rezultat otkrivanja podataka, mjeru u kojoj se taj rizik može izbjeći ili kontrolirati uz ograničenja uvjeta otkrivanja, kao i učinke koje bi sva predložena ograničenja imala na određenu osobu.⁶⁴⁹

Zaposlenici pojedine stranke mogu biti primljeni u prsten povjerljivosti pod različitim uvjetima te mogu dobiti pristup samo pojedinoj određenoj dokumentaciji. Primjerice, oni mogu imati pristup tehničkim podacima, ali ne i informacijama o cijenama, čime se stvara dvoslojni prsten.⁶⁵⁰ U takvom

⁶⁴⁵ Od točaka 34-48.

⁶⁴⁶ U točki 35.

⁶⁴⁷ Early Neutral Evaluation, tzv. rano otkrivanje informacija.

⁶⁴⁸ U točki 37.

⁶⁴⁹ Primjerice, zabranom sudjelovanja u ponovnom nadmetanju u pojedinom postupku javne nabave, ili određeno vrijeme na budućim nadmetanjima.

⁶⁵⁰ “Two tier” ring.

dvoslojnom prstenu, vanjski suradnici iz prvog sloja prstena mogu podnijeti zahtjev za uvid u određenu povjerljivu dokumentaciju predstavniku zaposlenika u drugom sloju.⁶⁵¹

Također, u prsten povjerljivosti mogu biti primljene i druge stručne osobe, primjerice računovođe.

U Smjernicama TCC je ujedno navedeno⁶⁵² da se povjerljivi dokumenti, informacije ili podnesci moraju dostaviti članovima prstena samo pod uvjetom ukoliko se oni prethodno sudu obvežu da će koristiti povjerljivu dokumentaciju u svrhu provedbe postupka te spriječiti otkrivanje izvan prstena. Propisuju se i pravila prema kojima se povjerljive informacije čuvaju te izrađuje njihova kopija, a po završetku postupka je dokumentaciju potrebno vratiti ili uništiti. Mogu se naložiti i dodatne obveze, posebice ukoliko postoji bojazan da bi otkrivanje moglo utjecati na tržišno natjecanje i/ili provedbu bilo koje kasnije nabave. Te obveze mogu uključivati, primjerice, mjere zabrane predstavnicima zaposlenika da drže kopije dokumenata na svojem radnom mjestu, kao i zahtijevanje od njih da uvid u povjerljivu dokumentaciju obave na konkretno određenom mjestu.⁶⁵³

Također, Smjernice TCC naglašavaju⁶⁵⁴ da je potrebno obratiti pažnju i na to da treba li ograničiti pristup sudskoj snimci postupka, odnosno tko može biti prisutan u samoj sudnici prilikom suđenja, iako, uz naglasak, da će sud omogućiti da što veći dio suđenja bude otvoren za javnost te da ograničenja načela javnosti trebaju biti legitimna, poštena i razmjerna.

Što se pak tiče samih objava presuda, navedeno je da se iste objavljuju javno, osim u iznimnim slučajevima kao, primjerice, kada su u predmet uključene službene tajne. Ujedno je navedeno da će se povjerljive informacije nalaziti u zasebnom prilogu presude, ili u nekom drugom obliku koji bez odobrenja suda neće biti dostupan šire od članova prstena povjerljivosti.

Smatram, temeljem u radu provedene komparativne analize pravnog uređenja u državama članicama Europske unije glede zaštite povjerljivih podataka u postupcima javne nabave, koja komparativna analiza je prikazana u drugom poglavlju te, u odnosu na tri države članice, detaljnije u osmom poglavlju, da su prikazane Smjernice TCC u Ujedinjenom Kraljevstvu na najadekvatniji način ponudile rješenje kako zaštititi povjerljive informacije u postupku, a ujedno i sudionicima omogućiti uvid u iste, čime temeljna prava poštenog suđenja i prava na djelotvorno pravno sredstvo ostaju neoskrvnjena.

⁶⁵¹ Međutim, navedeno je da dvoslojni prstenovi, kao takvi, nužno dovode do dodatnih troškova i složenosti te ih treba posebno opravdati okolnostima.

⁶⁵² U točki 44.

⁶⁵³ Primjerice, u uredima njihovih odvjetnika.

⁶⁵⁴ U točkama 65 i 66.

Odvjetničkim radom u hrvatskoj praksi razvila sam vlastitu ideju da bi, u postupcima javne nabave u kojima se pojavljuju povjerljivi, odnosno tajni podaci, na transparentan način trebalo omogućiti pojedinim sudionicima postupka, odnosno njihovim predstavnicima, uvid u takve podatke, posebice ukoliko su isti vezani uz meritum spora, sve kako se ne bi kršilo pravo na pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo. Istraživanjem literature, prakse i pravnih rješenja europskih država, naišla sam na institut prstena povjerljivosti u Ujedinjenome Kraljevstvu, i to upravo u dijelovima⁶⁵⁵ Smjernica TCC vezanih uz postupke javne nabave. Navedeno je bila potvrda da zamišljena rješenja, kako omogućiti uvid u povjerljive podatke spisa, a ujedno zaštititi povjerljivost tih istih podataka, mogu biti provediva te da su već u primjeni u Ujedinjenom Kraljevstvu. Dodatna potvrda moguće primjene navedenih rješenja i u hrvatskim postupcima u kojima se pojavljuje spor vezan uz povjerljive, odnosno tajne podatke u postupcima javne nabave, proizlazi iz prikazanog usporednog postupka u Republici Hrvatskoj iz potpoglavlja 5.5. rada, koji ima dodirnih točaka upravo sa kreiranjem prstenova povjerljivosti.

S obzirom na više instanci odlučivanja u Republici Hrvatskoj u postupcima vezanim uz javnu nabavu, u slijedećem, desetom, poglavlju ću dati prijedlog zakonskih dopuna u Republici Hrvatskoj temeljem kojih bi se tijekom postupka regulirala mogućnost pristupa povjerljivim, odnosno tajnim podacima spisa. Kao što je navedeno, s obzirom na više instanci u odlučivanju, kako se ne bi narušilo načelo ekonomičnosti postupka i došlo do zloupotreba procesnih prava, predložiti ću da ako je u prethodnoj instanci bio formiran prsten povjerljivosti, njegovo zasnivanje se ne bi odobravalu u slijedećoj instanci. Sama procedura pristupa povjerljivim, odnosno tajnim podacima sudionicima postupka javne nabave, koji za to imaju pravni interes, trebala bi biti regulirana već u postupku pred naručiteljem, što bi bilo i u skladu sa Smjernicama TCC koje sugeriraju kako je prsten povjerljivosti potrebno oformiti u čim ranijoj fazi postupka. S tim se slažem i smatram da bi isto moguće spriječilo pojedino pokretanje daljnjih postupaka pred višim instancama, i to „na slijepo“, bez uvida u relevantnu dokumentaciju, odnosno sporne podatke koji su označeni tajnima, čime se samo povećava neučinkovitost postupka javne nabave u cjelini.

⁶⁵⁵ „Prilog H“.

9.3. Komunikacija Europske komisije o zaštiti povjerljivih informacija u postupcima privatnopravne provedbe Unijina prava tržišnog natjecanja koji se vode pred nacionalnim sudovima

Prilikom pretrage hrvatskih i stranih znanstvenih baza podataka nisam pronašla konkretne znanstvene radove koji bi se striktno odnosili na bavljenje problematikom pristupa povjerljivim, odnosno tajnim podacima u postupcima javne nabave kroz prstenove povjerljivosti.

Međutim, iz prikazanog usporednog postupka⁶⁵⁶ u hrvatskom zakonodavstvu *de facto* proizlazi da se u sudskom postupku vezanom uz sporove glede zaštite poslovne tajne također može formirati prsten povjerljivosti⁶⁵⁷, iako navedeno nije eksplicitno tim riječima navedeno u zakonu.

Zaključuje se da je u posljednje vrijeme ipak prepoznata potreba da je u okviru sudskih postupaka, u koje su uključene povjerljive informacije, potrebno uspostaviti mehanizme kako bi se omogućio pristup takvim informacijama, a ujedno i osigurala zaštita povjerljivosti.

Prethodno se potvrđuje i iz sadržaja dokumenta Europske komisije „Komunikacija o zaštiti povjerljivih informacija u postupcima privatnopravne provedbe Unijina prava tržišnog natjecanja koji se vode pred nacionalnim sudovima (2020/C 242/01)“.⁶⁵⁸ Iako je ova Komunikacija Komisije iz 2020, vezana uz postupanje glede zaštite povjerljivih informacija u građanskim postupcima koji se pred nacionalnim sudovima vode u vezi s primjenom članaka 101. ili 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije⁶⁵⁹, ipak će se spomenuti u ovom dijelu rada kako bi se općenito vidjeli stavovi Europske komisije glede predviđenih mjera koje omogućavaju pravo pristupa povjerljivim podacima spisa, koje mjere uključuju i formiranje krugova povjerljivosti.

Već u uvodnom dijelu predmetne Komunikacije Komisije iz 2020, navedeno je, među ostalim, da će nacionalni sudovi trebati osigurati djelotvornost postupaka „tako što će odobriti pristup povjerljivim

⁶⁵⁶ Temeljem ZZNITV, detaljnije *supra* potpoglavlje 5.5. rada.

⁶⁵⁷ Naime, stavkom 3., članka 10., ZZNITV propisano je da „sud može, na zahtjev stranke, poduzeti posebne mjere potrebne za očuvanje povjerljivosti bilo koje poslovne tajne ili navodne poslovne tajne koja se koristi ili na koju se upućuje tijekom sudskog postupka koji se odnosi na nezakonito pribavljanje, korištenje ili otkrivanje poslovne tajne“ te da takve posebne mjere mogu uključivati, među ostalim, „ograničavanje na ograničeni broj osoba, u cijelosti ili djelomično, pristupa dokumentima koje su dostavile stranke ili treće osobe, a koji sadržavaju poslovne tajne ili navodne poslovne tajne“, s time da će prije pristupa tim dokumentima sud upozoriti osobe koje imaju pravo pristupa o obvezi iz članka 10. stavka 1., istog zakona uz dužnost potpisivanja izjava o tome da su upoznate s tom obvezom.

⁶⁵⁸ SL, C-242/1, 22.07.2020., dostupno na [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020XC0722\(01\)&from=DE](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020XC0722(01)&from=DE), datum pristupa 9. kolovoza 2022. godine, dalje u tekstu: Komunikacija Komisije iz 2020.

⁶⁵⁹ Odredbe vezane uz tržišno natjecanje.

informacijama ako su ispunjeni uvjeti za njihovo otkrivanje“ te da će istodobno „nacionalni sudovi trebati zaštititi interese stranke, ili treće strane, čije se povjerljive informacije otkrivaju.“

U glavi III, predmetne Komunikacije Komisije iz 2020. opisane su mjere za zaštitu povjerljivih informacija te je tako navedeno⁶⁶⁰, među ostalim, da „[n]acionalni sudovi u svakom pojedinom slučaju odlučuju o najdjelotvornijoj mjeri ili kombinaciji mjera za zaštitu povjerljivosti.“

Također, navedeno je⁶⁶¹, među ostalim, da je važno, kako bi se izbjeglo da stranke upotrebljavaju povjerljive dokumente izvan postupka u kojem su otkriveni, da „nacionalni sudovi imaju mogućnost izreći odvrćuće kazne za nepoštovanje obveza zaštite povjerljivih informacija.“

U istoj Komunikaciji Komisije iz 2020., kao jedna od mjera za zaštitu povjerljivih informacija, predviđen je i postupak redigiranja, koji je opisan i u Smjernicama TCC obrađenim u potpoglavlju 9.2.

Naime, predviđeno je⁶⁶² da nacionalni sudovi mogu razmotriti mogućnost da stranci, koja otkriva povjerljive informacije, nalože uređivanje preslika dokumenata uklanjanjem povjerljivih informacija te da se taj postupak naziva redigiranje⁶⁶³ i da on može biti djelotvorna mjera za zaštitu povjerljivih informacija. U tom slučaju, „[u]natoč zamjeni povjerljivih informacija tekstom koji nije povjerljiv, otkriveni dokument i informacije ostanu smisleni i prikladni za ostvarivanje prava stranke koja zahtijeva otkrivanje.“ Istaknuto je da „mjera redigiranja može biti posebno djelotvorna ako se povjerljive informacije odnose na tržišne podatke ili brojke“⁶⁶⁴ [...] „koje se mogu zamijeniti reprezentativnim rasponima ili ako se kvalitativni podaci mogu smisleno sažeti.“

⁶⁶⁰ Točka 32.

⁶⁶¹ Točka 33.

⁶⁶² Točka 36.

⁶⁶³ Redigiranje, kao djelotvorno sredstvo za zaštitu povjerljivosti, konkretnije je opisano pod točkama 40-44.

⁶⁶⁴ Primjerice, promet, dobit, tržišni udjeli i slično.

9.3.1. Krugovi povjerljivosti predviđeni Komunikacijom Komisije o zaštiti povjerljivih informacija u postupcima privatnopravne provedbe Unijina prava tržišnog natjecanja koji se vode pred nacionalnim sudovima

U predmetnoj Komunikaciji Komisije iz 2020., kao druga mjera⁶⁶⁵ zaštite povjerljivih informacija u sudskom postupku, predviđeni su krugovi povjerljivosti⁶⁶⁶. Navedeno je da je krug povjerljivosti „mjera otkrivanja informacija kojom stranka koja otkriva informacije stavlja na raspolaganje određene kategorije informacija, uključujući povjerljive informacije samo određenim kategorijama pojedinaca“ te da krugovi povjerljivosti mogu biti „vrlo djelotvorna mjera kojom nacionalni sudovi mogu zaštititi povjerljivost u različitim okolnostima.“⁶⁶⁷

Istaknuto je, među ostalim, da krugovi povjerljivosti mogu „djelotvorno osigurati otkrivanje kvantitativnih podataka⁶⁶⁸ [...] ili strateških poslovnih informacija koje je, iako su relevantne za zahtjev stranke, vrlo teško smisleno sažeti ili se ne mogu otkriti bez rizika prekomjernog redigiranja i time gubitka dokazne vrijednosti.“

Nadalje, navedeno je, među ostalim, da krugovi povjerljivosti „mogu doprinijeti ekonomičnosti postupka i troškovnoj učinkovitosti, posebno ako je broj zatraženih dokumenata velik i ako su svi dokumenti u potpunosti obuhvaćeni krugom“, odnosno u izvornoj verziji bez redigiranja.

U točki 54 je predviđeno da se krugovi povjerljivosti mogu organizirati i elektroničkim putem⁶⁶⁹ te da isti nužno „ne zahtijevaju fizičko dijeljenje informacija ili fizičku prisutnost članova kruga na određenoj lokaciji.“

Ono što je važno, naglašeno je⁶⁷⁰ da krugovi povjerljivosti „mogu pridonijeti postizanju ravnoteže između potrebe za otkrivanjem i obveze zaštite povjerljivih informacija“ te da se otkrivanjem dokumenata unutar kruga povjerljivosti relevantne povjerljive informacije stvarno otkrivaju, ali da je potencijalna šteta prouzročena otkrivanjem pod kontrolom, ili smanjena, jer se pristup informacijama omogućuje ograničenom krugu pojedinaca s obzirom na različite okolnosti slučaja.

⁶⁶⁵ Nakon redigiranja.

⁶⁶⁶ Naglašava se da se u engleskoj verziji Komunikacije Komisije iz 2020., u točkama 50-85 koristi termin „*confidentiality rings*“, što je u hrvatskoj verziji dokumenta prevedeno kao „krugovi povjerljivosti“. U preostalom dijelu teksta sam koristila termin „prstenovi povjerljivosti“, dakle doslovni prijevod s obzirom da sam koristila izvorne engleske izvore prava koji nisu službeno prevedeni na hrvatski jezik (već sam ih za potrebe rada sama prevela). Pri tome se prvenstveno misli na Smjernice TCC.

⁶⁶⁷ Točke 50 i 51 Komunikacije Komisije iz 2020.

⁶⁶⁸ Kao primjer su dani: prihodi, cijene, marže.

⁶⁶⁹ Tzv. e-otkrivanje.

⁶⁷⁰ U točki 55.

Što se tiče organiziranja kruga povjerljivosti, istaknuto je da ukoliko nacionalni sud smatra da je krug povjerljivosti djelotvorna mjera otkrivanja u određenom slučaju, tada „može sudskim nalogom odlučiti o nizu relevantnih aspekata, kao što su: (a) informacije koje treba staviti u krug povjerljivosti; (b) sastav kruga povjerljivosti; (c) izjave o povjerljivosti koje stranke trebaju dostaviti; i (d) logističku organizaciju kruga povjerljivosti.“⁶⁷¹

U odnosu na utvrđivanje informacija kojima se može pristupiti unutar kruga povjerljivosti, navedeno je da se za svaki krug povjerljivosti utvrđuju kategorije informacija ili posebnih dokaza koje bi trebalo uključiti u taj krug. Naglašeno je da se stranke „u praksi mogu međusobno dogovoriti, ili da ih sud prije izdavanja naloga može pozvati na dogovor, o dokumentima ili informacijama koje bi trebale biti uključene u krug povjerljivosti.“⁶⁷²

Što se tiče sastavljanja kruga povjerljivosti, sud određuje članove kruga i njihova prava pristupa, i to nakon razmatranja podnesaka stranaka, u pisanom obliku ili na usmenoj raspravi, ili pak nakon što stranke o navedenom postignu dogovor.

Osobe koje postaju članovi kruga povjerljivosti mogu biti pojedinci koji će imati pravo pregledati dokumente u krugu povjerljivosti, a odluka o sastavu kruga povjerljivosti će ovisiti o okolnostima slučaja, „osobito o prirodi informacija na koje se odnosi zahtjev za otkrivanje.“⁶⁷³

Također, članovi kruga povjerljivosti mogu biti vanjski savjetnici⁶⁷⁴ stranaka ili pak unutarnji pravni savjetnici, odnosno drugi zastupnici društva.⁶⁷⁵

Uzeta su u obzir⁶⁷⁶ temeljna prava, za koja je u dosadašnjem dijelu rada utvrđeno da su u Republici Hrvatskoj prekršena u postupcima javne nabave onim sudionicima koji žele ostvariti pristup povjerljivoj, odnosno tajnoj dokumentaciji postupka, a isto im nije omogućeno ako je određeni ponuditelj pojedine podatke označio tajnima na temelju valjane pravne osnove.

Naime, u točki 65 Komunikacije Komisije iz 2020. navodi se da „[p]ri donošenju odluke o tome hoće li ograničiti pristup samo vanjskim savjetnicima, nacionalni sudovi mogu razmotriti jesu li te informacije relevantne te omogućuje li takav ograničen pristup strankama da djelotvorno ostvare svoja prava u sudskim postupcima kako su potvrđena pravom EU-a i nacionalnim pravom.“

⁶⁷¹ Točka 57.

⁶⁷² Točka 58.

⁶⁷³ Točka 60.

⁶⁷⁴ To mogu biti pravni savjetnici i drugi savjetnici ili vještaci, kao što su računovođe, ekonomisti, financijski savjetnici ili revizori, sve ovisno o potrebama određenog predmeta.

⁶⁷⁵ U točki 61 je navedeno da, ovisno o nacionalnim pravilima i posebnim okolnostima slučaja, članovi krugova povjerljivosti mogu biti samo vanjski savjetnici ili vanjski i unutarnji savjetnici.

⁶⁷⁶ Točka 65.

Dakle, vođeno je računa o djelotvornosti temeljnih prava stranaka u postupku.

Što se tiče unutarnjih pravnih savjetnika društva, odnosno drugih zastupnika društva, to mogu biti, primjerice, direktori ili drugo osoblje te sud može odlučiti da oni također imaju pristup krugovima povjerljivosti. Međutim, to će ovisiti o svakom pojedinom slučaju, uzimajući u obzir i odnos povezanosti predloženih unutarnjih pojedinaca s međusobnim poslovanjem stranaka. Time se očito mislilo na povezanost koja uključuje mogućnost korištenja povjerljivih informacija, kojima se pristupilo, na nedopušten način u poslovno konkurentskom smislu.

Regulirana⁶⁷⁷ su, među ostalim, i pitanja vezana uz pisane izjave članova kruga povjerljivosti na način da sud može zatražiti od članova kruga povjerljivosti da sudu podnesu pisane izjave u svezi njihovih obveza u pogledu pristupa krugu povjerljivosti, kao i na povjerljivo postupanje s informacijama.

Što se tiče same logističke organizacije kruga povjerljivosti, predviđeno je da će za navedeno biti potrebne „odluke nacionalnih sudova o različitim organizacijskim, infrastrukturnim i logističkim mjerama.“⁶⁷⁸

U odnosu na otkrivanje informacija unutar kruga povjerljivosti elektroničkim putem, predviđeno je⁶⁷⁹ da se u tom slučaju informacije učitavaju i pohranjuju na elektroničkoj lokaciji⁶⁸⁰, dok im je pristup zaštićen je odgovarajućim šifriranjem. Isti način predvidjele su i Smjernice TCC, što je opisano već ranije u poglavlju.

Ono što je također važno jest da je predviđeno⁶⁸¹ da nacionalni sudovi mogu zahtijevati da stranke dostave povjerljivu verziju svojih podnesaka i verziju koja nije povjerljiva i koja uključuje, primjerice, samo kvantitativne podatke u skupnom ili anonimnom obliku, te da se na povjerljive informacije upućuje samo u povjerljivom prilogu, odnosno da se poduzmu druge mjere za zaštitu povjerljivosti informacija. Zapravo se radi o redigiranoj i neredigiranoj verziji predanog podneska, što su također predvidjele i ranije opisane Smjernice TCC.

Kao još jedna moguća mjera omogućavanja pristupa povjerljivoj dokumentaciji spisa, predviđeno je imenovanje vještaka kao treće osobe sa stručnim znanjem u određenom području, kako bi on kao

⁶⁷⁷ U točkama 75-78.

⁶⁷⁸ Kao primjer je dano, u točki 80 Komunikacije Komisije iz 2020., pojašnjenje da krug povjerljivosti može uključivati fizičko ili elektroničko otkrivanje povjerljivih informacija te da se fizičko otkrivanje može organizirati u prostorijama suda pod kontrolom sudskog osoblja, odnosno da ga mogu organizirati stranke u svojim prostorijama bez sudjelovanja suda. Ujedno je predviđeno da fizičko otkrivanje može uključivati predaju primjeraka dokumenata u papirnatom obliku, ali i otkrivanje dokaza na CD-u, DVD-u ili USB uređaju na fizičkoj lokaciji u prostorijama suda ili stranaka.

⁶⁷⁹ U točki 82.

⁶⁸⁰ Primjerice, u oblaku.

⁶⁸¹ U točki 85.

stručnjak pristupio određenim povjerljivim informacijama spisa, o čemu sastavlja povjerljivo izvješće za stranku koja zahtijeva otkrivanje.

Dakle, u potpoglavlju 9.3. i ovom potpoglavlju prikazan je, u ključnim dijelovima, sadržaj predmetne Komunikacije Komisije iz 2020. u vidu opisa mogućih mjera kojima se strankama omogućava pristup povjerljivim informacijama spisa, a ujedno se povjerljivost takvih informacija štiti kroz propisane mehanizme, prvenstveno kroz oformljene krugove povjerljivosti te potpisane izjave o povjerljivosti od strane osoba kojima su povjerljive informacije otkrivene.

Time je, prema mojem mišljenju,, moguće postići ravnotežu, odnosno pomirbu između dvaju suprotstavljenih interesa – interesa stranke za pristup dokumentaciji kako bi se ostvarilo njezino pravo na pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo te interes pravne zaštite tajnih, odnosno povjerljivih podataka involviranih u predmet. Iako se ova Komunikacija Komisije iz 2020. sadržajno odnosi na povjerljive informacije vezane uz tržišno natjecanje, željela sam ju rezimirano prikazati s obzirom da se predviđene mjere, odnosno mehanizmi iz istog dokumenta mogu na odgovarajući način implementirati i u područje vezano uz postupke javne nabave u kojima se pojave tajni, odnosno povjerljivi podaci.

9.4. Relevantna sudska praksa Tehnološkog i građevinskog suda glede pristupa povjerljivoj dokumentaciji spisa

U Ujedinjenom Kraljevstvu su sudovi kroz prošlost, u postupcima vezanim uz javne nabave, davali veći prioritet potrebi zaštite povjerljivih informacija nego načelu otvorene pravde te su često cijele spise vezane uz postupke javne nabave označavali tajnima.⁶⁸² Revolucija u navedenom području je započela u 2017. godini sa presudom *Bombardier Transportation Limited protiv Merseytravel*. Nakon tog slučaja omogućena su pojedina otkrivanja povjerljivih informacija putem različitih mehanizama.

Stoga će u nastavku biti prikazane presude u predmetima *Bombardier Transportation Limited protiv Merseytravel* iz 2017. godine, te dvije presude iz 2018. godine, i to *SRCL Ltd protiv The National*

⁶⁸² Ove činjenične tvrdnje sam pronašla u članku objavljenom na internetskoj stranici LocalGovernmentLawyer iz Ujedinjenog Kraljevstva, autor članka od 21. prosinca 2018. godine Mark Gudgeon, viši suradnik u tvrtki Freeeths, naziv članka: „Confidentiality in public procurement challenges“, dostupno na <https://www.localgovernmentlawyer.co.uk/procurement-and-contracts/308-procurement-features/39515-confidentiality-in-public-procurement-challenges>, datum pristupa 3. kolovoza 2022. godine.

*Health Service Commissioning Board*⁶⁸³ te *Marston Holdings Ltd v Ministry of Justice*⁶⁸⁴. Pristup prvim dvjema presudama sam ostvarila kroz pretraživač sudske prakse Tehnološkog i građevinskog suda Ujedinjenog Kraljevstva, dok treća presuda ni na kojem mjestu nije bila javno dostupna. Uslijed navedenog, sam uputila pismeni upit britanskom Tehnološkom i građevinskom sudu sa zamolbom za dostavom navedene presude te je zamolbi udovoljeno 9. kolovoza 2022. godine.

Odabrala sam ove tri presude kako bi prikazala konkretne stavove i zaključke koje je dao navedeni specijalizirani sud kod određenih situacija u britanskoj sudskoj praksi vezanih uz odvagivanje zaštite interesa otvorene pravde, s jedne strane, i zaštite povjerljivih informacija, s druge strane, kao i uz pitanja prstenova povjerljivosti, sve u slučajevima vezanim uz postupke javne nabave s ciljem kako bi se utvrdilo potvrđuju li dani stavovi i zaključci temeljne teze iz ovog doktorskog istraživanja te nude li potencijalna rješenja za hrvatsko zakonodavstvo i sudsku praksu.

9.4.1. Presuda u predmetu *Bombardier Transportation Limited* protiv *Merseytravel* od 24. ožujka 2017. godine

TCC je donio 24. ožujka 2017. godine presudu u predmetu *Bombardier Transportation Limited protiv Merseytravel*⁶⁸⁵ iz koje su vidljivi konkretni sudski stavovi i zaključci vezani uz prvo pristupa povjerljivoj dokumentaciji spisa od strane konkurentskih ponuditelja, odnosno sudionika u postupku javne nabave, sve s ciljem kako se ne bi osujetila njihova postupovna prava. Prema mojem mišljenju, problematika ovog slučaja dodatno dokazuje važnost teme ovog doktorskog rada za hrvatsko pravo i sudsku praksu te za znanost, jer je očito da je problem prepoznat i u drugim jurisdikcijama. Rješenja koja su dana u ovoj presudi od strane TCC podržavam i smatram da su, nakon do sada provedenog istraživanja kroz rad, pravno ispravna i da mogu spriječiti narušavanje prava na pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo sudionicima postupka javne nabave koji žele ostvariti svoje pravo uvida u povjerljivu, odnosno tajno označenu dokumentaciju spisa. Razlika u pravnim sustavima, odnosno činjenica da Ujedinjeno Kraljevstvo pripada sustavu običajnog prava, a Republika Hrvatska kontinentalnog prava, prema mojem mišljenju ne bi trebala predstavljati prepreku za korištenje britanskih pravnih rješenja i u hrvatskom pravnom sustavu, s obzirom da u konačnom rezultatu⁶⁸⁶

⁶⁸³ U prijevodu: Odbor za puštanje u rad Nacionalne zdravstvene službe.

⁶⁸⁴ Ministarstvo pravosuđa.

⁶⁸⁵ [2017] EWHC 575 (TCC), Case No: HT-2017-000009, presuda dostupna na: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2017/575.html>, datum pristupa 3. kolovoza 2022. godine.

⁶⁸⁶ Donošenjem sudske odluke.

britanska rješenja eliminiraju narušavanje temeljnih prava drugih sudionika postupka javne nabave kroz omogućavanje pristupa povjerljivim podacima u okviru formiranog prstena povjerljivosti⁶⁸⁷.

Naime, iz sadržaja ove presude proizlazi da je predmet postupka bio vezan uz javnu nabavu 52 vlaka, zajedno s radovima na poboljšanju perona i kolosijeka naručitelja Merseytravel iz Liverpoola, društva za javni prijevoz u regiji Liverpool. Ponuditelj koji je bio izabran u postupku bilo je društvo Stadler, a uz njega su u postupku bila još četiri ponuditelja, od kojih je jedan bio Bombardier Transportation Limited.

Bombardier Transportation Limited⁶⁸⁸ je osporio odluku o odabiru pred TCC sudom. Tijekom trajanja tog postupka, TCC sudu, odnosno konkretno sucu gospodinu Justice Coulson, obratilo se odvjetničko društvo Stephenson Harwood LLP⁶⁸⁹ koje je navelo da oni zastupaju jednog drugog ponuditelja, koji također nije bio odabran u predmetnom postupku javne nabave te da su u medijima pročitali nacrt tužbenog zahtjeva tužitelja i potom tražili preslike dokumenata iz sudskog spisa. Međutim, naveli su da im je rečeno kako je cijeli spis označen kao privat⁶⁹⁰ te da stoga ne mogu dobiti preslike dokumentacije. U svojem zahtjevu su zatražili da im se omogući pristup traženoj dokumentaciji.

S druge strane, tužitelj je podnio zahtjev da se pojedinosti slučaja i povjerljivi prilozi dokumentacije ne daju na uvid nikome tko nije stranka postupka.

Nakon takvih zahtjeva, sudac Coulson je tada utvrdio da su svi postupci pred TCC sudom, vezani uz javnu nabavu, zapravo bili označeni kao privatni te da je pristup spisu u takvim slučajevima bio rutinski uskraćivan, sa čime se on nije slagao.⁶⁹¹

Naime, naglasio je⁶⁹² da polazište treba biti u načelu otvorene pravde te da se, osim ako ne postoji dobar razlog zašto ne, svi građanski postupci u Ujedinjenom Kraljevstvu trebaju voditi javno. Ujedno je naveo da bi u sklopu javnog suđenja i svi dokumenti iz sudskog spisa trebali biti javno dostupni te da samo to što se predmet odnosi na spor vezan uz javnu nabavu nije razlog da se predmet označi kao privat⁶⁹² i da se svi dokumenti u sudskom spisu drže u tajnosti i ne stavljaju na raspolaganje osobama koje nisu stranke u postupku.

⁶⁸⁷ Jednog ili više.

⁶⁸⁸ Dalje u tekstu: tužitelj.

⁶⁸⁹ Točka 2 presude.

⁶⁹⁰ U samoj presudi se koristi termin „privatan“, ako se vjerojatno odnosi na povjerljiv spis.

⁶⁹¹ Naime, u točki 3 presude sudac Coulson je naveo, među ostalim: „I caused further enquiries to be made. As a result, I learned that all public procurement claims were being marked on the court file as "private", so that access to the court file in such cases was being routinely denied. I was not at all sure that that could be right in principle.“

⁶⁹² Točka 4 presude.

U presudi⁶⁹³ je naglašeno da posebne poteškoće u sporovima oko javne nabave mogu nastati upravo u postizanju ravnoteže između otvorenog pravosuđa, s jedne strane, i povjerljivosti, s druge strane.

Međutim, navedeno je da su nedavno odvjetnici za javnu nabavu i neki od sudaca sa TCC radili na izradi Smjernica za slučajeve vezane uz postupke javne nabave⁶⁹⁴, koje Smjernice su tada još bile u fazi nacрта, ali da iste daju jasne i praktične odgovore za provođenje vježbe balansiranja⁶⁹⁵. Sama presuda se⁶⁹⁶ poziva na, među ostalim, sadržaj „Priloga H“ Smjernica TCC opisanih u potpoglavlju 9.2.

Ono najvažnije, sudac Coulson je, među ostalim⁶⁹⁷, predložio da se ubuduće svi sporovi predmetnog tipa trebaju rješavati u skladu s predmetnim Smjernicama, što uključuje i pristup dokumentaciji u prstenovima povjerljivosti.

Naime, u točki 6 presude je navedeno da je pitanje povjerljivosti podataka uređeno točkama 27 do 31 Smjernica TCC te su iste i citirane u tom dijelu presude.

Sadržajno rezimirano, spomenute točke Smjernica TCC, citirane u presudi, se odnose na utvrđenja da postupci u vezi s javnom nabavom često uključuju otkrivanje povjerljivih informacija, no da povjerljivost nije prepreka otkrivanju. Naime, navedeno je da potreba za zaštitom povjerljivih informacija mora biti uravnotežena temeljnim načelom otvorene pravde, iako upravljanje korištenjem povjerljivih informacija u postupku može povećati troškove i složenost postupka. Navedeno je da će sud nastojati upravljati postupkom tako da povjerljivost bude zaštićena tamo gdje je to uistinu potrebno, ali osiguravajući da pitanje povjerljivosti ne izazove nepotrebne troškove ili složenost. Također je navedeno da bi se tvrdnje o tome da je pojedina dokumentacija povjerljiva trebale dati samo u slučajevima ako je to doista opravdano. U istom dijelu presude se citirane Smjernice TCC odnose i na već ranije u ovome poglavlju opisane preporuke glede toga da se, nakon što je predmet dodijeljen određenom sucu TCC, dokumenti i komunikacija, posebno oni koji se trebaju tretirati kao povjerljivi, trebaju proslijediti određenom sučevom službeniku kako bi se ograničio rizik od nenamjernog otkrivanja.

Također, citirane su Smjernice TCC i u dijelu da povjerljiva dokumentacija dostavljena TCC te komunikacija sa sudom i sudačkim službenikom, trebaju biti označeni s "povjerljivo", kao i preporuka

⁶⁹³ Točka 5 presude.

⁶⁹⁴ Radi se o Smjernicama opisanim u potpoglavlju 9.2.

⁶⁹⁵ *Balancing exercise*, točka 6 presude.

⁶⁹⁶ U točki 6 presude.

⁶⁹⁷ Točka 7 presude.

da se dokumentacija koja sadrži povjerljive podatke dostavlja na papiru u boji, kako bi njihov povjerljivi status bio odmah i vizualno vidljiv.

Glede primjene prstena povjerljivosti u konkretnim predmetima, u presudi je ukazano na potrebu primjene točke 41 i 42 Smjernica TCC, sadržaj kojih je već prikazan u potpoglavlju 9.2. pa se na ovom mjestu neće ponavljati.

Zaključno je navedeno⁶⁹⁸ da je TCC predan otvorenoj pravdi i da će, na bilo koji zahtjev da se dijelovi pojedinog podneska, ili cijeli podnesak, odnosno njegovi prilozi, zadrže povjerljivim, sud krenuti od pretpostavke da dokument treba biti javno dostupan. Međutim, istaknuto je, među ostalim, da ponekad postoje legitimni komercijalni interesi koji mogu upućivati u drugom smjeru, no da se svima koji su uključeni u sporove oko nabave daje preporuka primjene Smjernica TCC.

Upravo to je i razlog zašto je u potpoglavljima 9.2. i 9.2.1. detaljnije prikazan sadržaj Smjernica TCC vezanih uz postupke javne nabave, koja uključuju i pravila glede formiranja prstenova povjerljivosti kako bi se pojedinim osobama omogućio uvid u povjerljivu dokumentaciju postupka, što kao praktičar zagovaram i smatram nužnim. Ujedno, takvim pristupom se poštuje načelo jednakog tretmana ponuditelja u pojedinom postupku, neovisno o tome što je jedan od njih odabrani, odnosno pobjednički ponuditelj. Kao što je isticano ranije kroz rad, ostali ponuditelji, posebice ukoliko tvrde da postoje žalbeni razlozi u pojedinom postupku, trebaju imati jednak tretman u vidu pristupa povjerljivoj dokumentaciji spisa koja je meritorna za donošenje odluke u postupku. Smatram da sadržaj ove presude potvrđuje takve stavove.

9.4.2. Presuda u predmetu SRCL Ltd protiv Odbora za puštanje u rad Nacionalne zdravstvene službe od 27. srpnja 2018. godine

Dana 27. srpnja 2018. godine TCC je donio presudu u predmetu *SRCL Ltd protiv Odbora za puštanje u rad Nacionalne zdravstvene službe*⁶⁹⁹, u kojem predmetu su bila uspostavljena tri prstena povjerljivosti, u okviru kojih je samo pojedinim osobama bilo omogućeno vidjeti povjerljive informacije ponuditelja koji je bio odabran u postupku javne nabave. Javna nabava se odnosila na

⁶⁹⁸ U točki 16 presude.

⁶⁹⁹ [2018] EWHC 1985 (TCC), Case No. HT-2017-000169, presuda dostupna na <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2018/1985.html>, datum pristupa 10. kolovoza 2022. godine.

zbrinjavanje medicinskog otpada. SRCL Ltd je nakon provedenog postupka nabave tvrdio da su ponude odabranog ponuditelja, kao i slijedeća najbolja ponuda, bile nenormalno niske ponude.

U postupku su bila uspostavljena tri prstena povjerljivosti, od čega se prvi prsten povjerljivosti odnosio na povjerljive podatke SRCL Ltd, drugi za povjerljive podatke drugog najboljeg ponuditelja⁷⁰⁰ te treći prsten za povjerljive podatke koji su bili u posjedu naručitelja.

Društvo SRCL Ltd je, kao jedinu osobu u sva tri prstena povjerljivosti, imenovalo svoju odvjetnicu, koja je u konačnici u predmetu bila saslušana kao svjedok. U takvim okolnostima, sud je, među ostalim, propitao načine korištenja prstena povjerljivosti vezano uz postupke javne nabave.

U predmetu je sudio sudac Fraser, te je opisao čimbenike vezane uz formiranje prstena povjerljivosti. Tako je naveo, među ostalim⁷⁰¹, kako je poželjno da u prsten povjerljivosti bude imenovan barem jedan predstavnik svake strane u sporu⁷⁰², a ne samo odvjetnik. Naime, u presudi⁷⁰³ je, među ostalim, navedeno da „ako su jedino osoblje koje vidi povjerljive informacije odvjetnici, da je tada sama stranka uskraćena za poznavanje relevantnih činjeničnih informacija.“⁷⁰⁴

Time je zapravo dano kritičko gledište na situaciju kada, zbog odabira samo pravnih stručnjaka odvjetnika u prstenove povjerljivosti, dođe do toga da odvjetnik postaje svjedok o činjenicama u sporu vlastitog klijenta.

U svezi navedenog zaključka suda, ističem da je u Komunikaciji Komisije iz 2020., prikazane u potpoglavlju 9.3., navedeno⁷⁰⁵ da sud može, u slučajevima kada dopusti pristup krugu povjerljivosti samo vanjskim savjetnicima, nametnuti obvezu neotkrivanja povjerljivih informacija njihovim klijentima te da to može biti izuzetno važno u jurisdikcijama u kojima su, u skladu s deontološkim pravilima odvjetničke komore ili drugim pravilima, vanjski pravni savjetnici obvezni dijeliti informacije sa svojim klijentima. Zapravo se o takvoj jurisdikciji radi i u Republici Hrvatskoj, jer je odvjetnik dužan svojem klijentu dati sve informacije slučaja te se odnos *odvjetnik – klijent* temelji na povjerenju i odvjetničkoj tajni.

Komunikacija Komisije iz 2020. je⁷⁰⁶ za takve situacije predvidjela da, ako se stranke za potrebe kruga povjerljivosti slože s opisanim ograničenjima da odvjetnik svojem klijentu neće otkriti

⁷⁰⁰ Društvo Sharpsmart.

⁷⁰¹ Točka 34 presude.

⁷⁰² Očito misleći na unutarnjeg savjetnika stranke (*supra* potpoglavlje 9.3.1. i sadržaj Komunikacije Komisije iz 2020.).

⁷⁰³ U točki 72.

⁷⁰⁴ „If the only personnel who see such information are simply the barristers and solicitors instructed on the case, then the party itself is deprived of knowing the relevant factual information.“

⁷⁰⁵ U točki 77.

⁷⁰⁶ *Ibid.*

povjerljive informacije kojima je pristupio, da će klijent tada možda morati izričito osloboditi vanjske pravne savjetnike⁷⁰⁷, kao članove kruga povjerljivosti, obveze da im otkriju informacije uključene u krug povjerljivosti.

Prema mojem mišljenju, s obzirom na činjenicu da je odvjetnik zastupnik klijenta koji, u konačnici, postupava prema uputama klijenta, u krug povjerljivosti bi svakako trebao biti uključen i unutarnji predstavnik klijenta, kao stranke u postupku, kako i proizlazi iz zaključaka presude prikazane u ovom potpoglavlju.

9.4.3. Presuda u predmetu *Marston Holdings Ltd* protiv Ministarstva pravosuđa od 6. studenoga 2018. godine

Kao što je ranije navedeno, presuda u predmetu *Marston Holdings Ltd*⁷⁰⁸ protiv Ministarstva pravosuđa⁷⁰⁹ je za potrebe izrade ovog rada zaprimljena izravno od strane TCC suda, s obzirom da presuda nije javno objavljena preko dostupnih izvora. Presuda je u ovome predmetu donesena 6. studenoga 2018. godine te je inicijalno bila vezana uz javnu nabavu pružanja usluga odobrenih agencija za provedbu u ime „HM⁷¹⁰ Courts & Tribunal Services“⁷¹¹, koji postupak je bio podijeljen u osam grupa. Marston je osporio provedbu postupka uz, rezimirano, navode da je naručitelj sklopio ugovore za grupe od jedan do sedam, a ne i za osmu grupu koja se odnosila na nabavu za državu u cjelini⁷¹², a upravo je za osmu grupu Marston dobio najvišu ocjenu kvalitete. Jedan od pobjedničkih ponuditelja je bilo društvo Excel Civil Enforcement Limited⁷¹³, koje je u sudski postupak bilo uključeno kao zainteresirana strana⁷¹⁴ te je društvo Marston zahtijevalo da pregleda cijelu ponudu od strane Excel. U predmetu je sudila sutkinja gospođa O’Farrell te se ista pozvala i na sudsku praksu iz predmeta prikazanog u prethodnome poglavlju, gdje je tužitelj bio SRCL Ltd.

TCC je, u pogledu zahtjeva podnesenog od strane Marston za uvid u dokumentaciju odabranog ponuditelja Excel, naveo, među ostalim,⁷¹⁵ da mora odlučiti je li otkrivanje dokumentacije

⁷⁰⁷ Što uključuje odvjetnike.

⁷⁰⁸ Dalje u tekstu: Marston.

⁷⁰⁹ [2018] EWHC 3168 (TCC), Case Nb. HT-2018-000221, tekst presude je prilog 2. doktorskog rada, na engleskom jeziku.

⁷¹⁰ Her Majesty.

⁷¹¹ Sudska služba Njezinog Veličanstva. Radi se izvršnoj agenciji Ministarstva pravosuđa koja je bila odgovorna za upravljanje građanskim, obiteljskim i kaznenim sudovima u Engleskoj i Walesu.

⁷¹² Nacionalni ugovor.

⁷¹³ Dalje u tekstu: Excel.

⁷¹⁴ Točka 3.

⁷¹⁵ U točki 12.

ponuditelja Excel potrebno kako bi sud mogao na pravičan način odlučiti u predmetu te da se otkrivanje povjerljivih informacija može ograničiti samo na pitanja koja su potrebna za rješavanje slučaja. S takvim navodom se u potpunosti slažem, slijedom čega je kroz ranija poglavlja rada donesen zaključak da bi se sudionicima postupka javne nabave, koji imaju pravni interes, trebao omogućiti uvid u dokumentaciju koja je meritorna za pojedini slučaj, odnosno na kojoj se u konačnici temelji odluka u postupku, s obzirom da u protivnom dolazi do kršenja temeljnih procesnih prava sudionika postupka javne nabave.

Također, glede odlučivanja o zahtjevu za otkrivanje povjerljivih informacija u predmetu, u konkretnoj presudi je TCC naveo⁷¹⁶ da sud ima široke diskrecijske ovlasti glede odlučivanja o tako podnesenom zahtjevu, uz naglasak da činjenica što su neki dokumenti označeni povjerljivim automatski ne znači da se ne smije udovoljiti zahtjevu za otkrivanje sadržaja istih.

U konačnici je Marstonu odobreno izvršiti uvid u cjelokupnu dokumentaciju odabranog ponuditelja, uz obrazloženje suda da je isto nepohodno i razmjerno te da se sva pitanja povjerljivosti mogu na odgovarajući način riješiti pomoću prstenova povjerljivosti.

Došlo je do ranog otkrivanja povjerljivih informacija, a što, kao što je ranije u poglavlju obrađeno, potiču i Smjernice TCC.

Naime, u predmetu su bila uspostavljena dva prstena za povjerljivost, od kojih je prvi uključivao pravne timove s obje strane kako bi imali pristup svim otkrivenim dokumentima, dok su u drugom prstenu povjerljivosti bili unutarnji predstavnici tužitelja Marston, odnosno sam klijent. Dakle, u konkretnom slučaju su u jednom prstenu povjerljivosti bili odvjetnici, kao zastupnici klijenata, dok je u drugom prstenu povjerljivosti bio unutarnji predstavnik klijenta, čime se izbjegla situacija do koje je došlo u ranije prikazanome slučaju SRCL Ltd gdje odvjetnik nije klijentu smio otkriti sadržaj povjerljivih informacija pa je u konačnici odvjetnik, umjesto predstavnika stranke, morao biti svjedok u sudskom postupku.

Naime, u predmetnoj presudi u slučaju Marston⁷¹⁷ TCC je opisao da su stranke u predmetu uspostavile više prstenova povjerljivosti na način da su se povjerljivi dokumenti najprije dali na uvid kroz prvi prsten povjerljivosti pravnim timovima svake od strana spora, a potom su se u drugom prstenu povjerljivosti dali na uvid i unutarnjim predstavnicima klijenta. U drugom prstenu povjerljivosti dokumenti su bili redigirani te ih je unutarnji predstavnik klijenta mogao vidjeti samo u uredu tužiteljevih odvjetnika. Kopiranje predmetnih dokumenata je bilo dozvoljeno samo za

⁷¹⁶ U točki 13.

⁷¹⁷ U točki 16.

upotrebu u predmetnom sudskom postupku⁷¹⁸, a predstavnik klijenta tužitelja Marston se morao obvezati da u narednom roku od dvanaest mjeseci od završetka konkretnog sudskog postupka, neće sudjelovati ni u kojem postupku javne nabave glede usluga koje su vezane uz predmetnu javnu nabavu.⁷¹⁹

TCC je u konačnici presudio da je potpuno objavljivanje ponude uspješnog ponuditelja nužno i proporcionalno te da su zaštitne mjere za očuvanje povjerljivosti informacija, u koje je bio omogućen uvid kroz prstenove povjerljivosti, bile odgovarajuće.

9.5. Zaključak

U ovom poglavlju prikazan je, ponajviše kroz sadržaj Smjernica TCC i sudsku praksu, način na koji se u Ujedinjenom Kraljevstvu omogućuje zainteresiranim sudionicima postupka javne nabave pristup povjerljivim podacima dokumentacije postupka, uz paralelno omogućavanje zaštite povjerljivosti podataka kojima se pristupa. Zaključuje se da su u Ujedinjenom Kraljevstvu pronađeni pravni i tehnički mehanizmi kojima se, s jedne strane, omogućuje sudionicima postupka javne nabave pristup povjerljivoj dokumentaciji spisa koja im je nužna radi zaštite njihovih postupovnih prava, a s druge strane osigurava zaštita povjerljivosti podataka u postupku. Zaključujem da bi se prstenovi povjerljivosti, koje predviđaju Smjernice TCC i koji se primjenjuju u britanskoj sudskoj praksi vezanoj uz postupke javne nabave, što proizlazi iz prikazanih sadržaja triju obrađenih presuda, od čega je presuda u predmetu tužitelja *Bombardier Transportation Limited* revolucionarna te usmjerava upravo na sadržaj Smjernica TCC, mogli uvesti i u hrvatski postupak javne nabave. Ujedno zaključujem da, temeljem ZZNITV, u Republici Hrvatskoj već *de facto* postoji reguliran usporedni postupak koji ima elemente opisanih prstenova povjerljivosti kao i u britanskom pravu. Stoga ne bi trebale postojati pravne prepreke da se takav postupak u Republici Hrvatskoj zakonski predvidi i za postupke vezane uz javnu nabavu, kada su u pitanju zahtjevi za pristup povjerljivim, odnosno tajnim podacima postupka. U ovom poglavlju je prikazan i rezimiran sadržaj Komunikacije Komisije iz 2020., koji se doduše odnosi na pristup povjerljivim podacima vezanim uz postupke zaštite tržišnog natjecanja, no u istom dokumentu su opisane mjere koje mogu poduzeti nacionalni sudovi kako bi pojedinim sudionicima postupka omogućili uvid u povjerljive podatke spisa, a ujedno zaštitili povjerljivost podataka. Najvažnije od tih mjera su redigiranje dokumentacije, odnosno podnesaka, uspostava prstenova povjerljivosti te imenovanje vještaka koji mogu izraditi izvještaj o povjerljivosti.

⁷¹⁸ Na što se odvjetnici moraju obvezati.

⁷¹⁹ Uključujući i ponovljeni natječajni postupak u predmetnom postupku javne nabave.

Opisani mehanizmi bi se, prema mojem mišljenju, mogli, i trebali, uvesti i u postupke vezane uz javnu nabavu. Temeljem svega navedenog, prioritetnim smatram da je u hrvatskom postupku javne nabave, temeljem prikazanih pravnih i tehničkih rješenja iz britanskog prava, odnosno prakse, potrebno omogućiti oformljivanje prstenova povjerljivosti u ranim fazama postupka javne nabave s određivanjem osoba koje će imati pristup istima, sve kako bi se zainteresiranim sudionicima postupka javne nabave omogućio uvid u relevantnu dokumentaciju spisa koja je označena povjerljivom, odnosno tajnom, a usporedno uspostavio odgovarajući sustav zaštitnih mjera za očuvanje tajnosti podataka, sve u skladu sa načelima nužnosti i proporcionalnosti, kako to, među ostalim, proizlazi i iz zahtjeva prikazane presude Marston dostavljene, za potrebe pisanja ovog rada, izravno od strane TCC suda. Prijedlozi dopuna zakonskih rješenja u Republici Hrvatskoj glede predmetne problematike biti će prikazani u slijedećem poglavlju.

10. PRIJEDLOZI DOPUNA HRVATSKOG ZAKONODAVSTVA U VEZI PRISTUPA TAJNO OZNAČENIM PODACIMA U POSTUPKU JAVNE NABAVE

10.1. Sumiran prikaz pravnih praznina koje utječu na temeljna ljudska prava ponuditelja ili natjecatelja

U hrvatskom postupku javne nabave naručitelj je taj koji procjenjuje i odlučuje je li ponuditelj ili natjecatelj, koji je pojedine podatke iz svoje ponude označio tajnima, naznačio za to valjanu pravnu osnovu. Kontrola navedenog postupanja naručitelja osigurana je kroz postupak žalbe te kasnije upravne tužbe, no ipak za podnositelje žalbi ili kasnije tužbi, kao sudionika postupka javne nabave s pravnim interesom, kroz hrvatsko zakonodavstvo nije reguliran postupak pristupa tajnoj, odnosno povjerljivoj dokumentaciji postupka. Radi se o pravnim prazninama s obzirom da se u takvim situacijama žalbe, odnosno tužbe, moraju podnositi na temelju činjeničnog i pravnog supstrata kojim pojedini sudionik postupka raspolaže, bez da mu je osigurana mogućnost uvida u konkretnu dokumentaciju, ili njezine dijelove, kako bi donio odluku da li je uopće taj dio dokumentacije sporan ili nije.

Na tom mjestu se sukobljava pravo na poštovanje jednog od temeljnih načela postupka javne nabave, načela transparentnosti, te pravo na tajnost, odnosno povjerljivost podataka koji su u postupku zaštićeni na temelju valjane pravne osnove.

Pravna osnova označavanja podataka tajnima može biti vrlo složena, što je vidljivo, među ostalim, iz sadržaja trećeg poglavlja rada u kojem je prikazano koji se sve podaci u postupku javne nabave mogu pojaviti kao tajni, s obzirom na pravne osnove koje reguliraju tajne, odnosno povjerljive podatke. Analizom navedenih pravnih osnova proizlazi da se u pojedinim situacijama radi o području koje zahtijeva posebno stručno, odnosno specijalističko znanje.

Stoga sam zaključila da bi naručitelj trebao raspolagati takvim stručnim znanjem, osobito ako se, primjerice, radi o prekograničnim postupcima javne nabave u kojima se kao ponuditelj ili natjecatelj pojavljuje subjekt iz druge države članice Europske unije ili trećih zemalja, a u postupku se pojavi pitanje tajnosti podataka.

Vezano uz navedeno, kroz peto i šesto poglavlje rada sam ukazala kako smatram da bi barem jedan član oformljenog naručiteljevog stručnog povjerenstva za javnu nabavu trebao, uz to što posjeduje certifikat iz područja javne nabave, biti pravne struke.

Naime, u hrvatskom postupku javne nabave naručitelj ima ključne ovlasti kod procjenjivanja i odlučivanja je li pojedini ponuditelj ili natjecatelj naznačio valjanu pravnu osnovu za označavanje pojedinih podataka tajnima. Kontrola postupanja naručitelja u toj fazi postupka nije osigurana zakonskom procedurom propisanom Zakonom o javnoj nabavi, kao ni drugim propisima.

Pojedini natjecatelj ili ponuditelj, što je i postavljeno kao jedno od problemskih pitanja kroz ovaj rad, prije podnošenja žalbe DKOM nema osiguran pristup tajno označenim podacima postupka, već žalbu mora podnositi na slijepo što može imati negativnih financijskih reperkusija s obzirom na troškove postupka koji se mora, vezano uz prigovore glede neosnovanog označavanja tajnosti podataka, pokrenuti samo temeljem nagađajućih argumenata. Isto se odnosi i na situaciju podnošenja tužbe VUSRH, jer u ranijoj instanci, a ni pred samim VUSRH nije zakonski regulirano omogućavanje pristupa tajno označenim podacima spisa sudioniku postupka javne nabave, iako on za to ima pravni interes.

Natjecatelji ili ponuditelji, koji traže pravo uvida u tajno označene podatke vezano uz postupak javne nabave, svoje pravo ne mogu uspješno ostvariti ni pozivajući se na Zakon o pravu na pristup informacijama, što je detaljnije obrađeno kroz treće poglavlje.

Analizom europske sudske prakse proizlazi da onemogućavanjem uvida u relevantnu dokumentaciju spisa, koja je vezana uz meritum spora, mogu biti povrijeđena temeljna ljudska prava na djelotvoran pravni lijek i pošteno suđenje, zajamčena Konvencijom.⁷²⁰

Kao što sam već istaknula, na osnovu vlastitog znanja i iskustva, ali posebice osnovom provedenog istraživanja kroz ovaj rad, koje uključuje i provedenu analizu recentne prakse DKOM, sudske prakse VUSRH, Suda za ljudska prava te Suda Europske unije, držim da se ponuditeljima ili natjecateljima postupka javne nabave koji žele ostvariti uvid u meritorno bitan sadržaj ponude odnosno dokumentacije javne nabave, a kojima je to pravo uskraćeno odlukom naručitelja uz obrazloženje da se radi o tajnim podacima označenim na temelju valjane pravne osnove, krše temeljna zajamčena prava na djelotvorno pravno sredstvo, pošteno suđenje, pravo na procesnu ravnopravnost, jednakost oružja te kontradiktornost.

Prema mojem mišljenju, ovaj stav dodatno potvrđuje, među ostalim, točka 24 preambule Direktive 2016/943⁷²¹ u kojoj je definirano da je „potrebno utvrditi, podložno odgovarajućim zaštitnim mjerama kojima se osigurava pravo na djelotvoran pravni lijek i pošteno suđenje, specifične zahtjeve koji za cilj imaju zaštitu povjerljivosti poslovne tajne koja je predmet spora, tijekom sudskog

⁷²⁰ Prava zajamčena navedenom Konvencijom se odnose i na pravne osobe.

⁷²¹ *Op.cit.*, bilješka 276.

postupka pokrenutog radi njezine zaštite“, s time da bi se „takva zaštita trebala primjenjivati i nakon završetka sudskog postupka te sve dok informacije koje čine poslovnu tajnu nisu u javnoj domeni.“ O prethodnom je detaljnije pisano u šestom poglavlju, vezano uz zaštitu poslovne tajne, koja predstavlja jednu vrstu podataka koje se mogu označiti kao tajni u postupcima javne nabave.

Stoga nema zapreke da se i u odnosu na druge podatke koji su razrađeni kroz ovaj doktorski rad⁷²² te koji imaju valjanu pravnu osnovu za označavanje tajnima, na odgovarajući način ne primijeni zaključak da je, uz potrebu zaštite takvih podataka u pojedinom postupku, ujedno potrebno osigurati pravo na pošteno suđenje i pravo na djelotvoran pravni lijek.

Ujedno, vezano uz postupke javne nabave koje provode neobveznici Zakona o javnoj nabavi, također u Republici Hrvatskoj nije propisana zakonska procedura glede postupka uvida u dokumentaciju, odnosno odabranu ponudu ukoliko je ponuditelj ili natjecatelj pojedine podatke označio tajnima. S obzirom da neobveznici Zakona o javnoj nabavi provode postupke vezane uz projekte financirane iz europskih fondova, smatram da je nužno zakonom regulirati da i neobveznik Zakona o javnoj nabavi, koji provodi postupak javne nabave sukladno NOJN Pravilima, u svojem stručnom povjerenstvu za javnu nabavu mora imati osobu pravne struke s položenim certifikatom iz područja javne nabave.

Navedeno bi u praksi zahtijevalo angažiranje vanjskih stručnjaka, s obzirom da su pravni subjekti koji su neobveznici Zakona o javnoj nabavi u velikom broju slučajeva mali i srednji poduzetnici koji nužno ne moraju imati oformljenu pravnu službu, odnosno odjel za javnu nabavu.

S obzirom da su, vezano uz programe Europske unije, mnogi postupci javne nabave vezani uz inovacije, digitalnu transformaciju i zelenu javnu nabavu, sve više ponuda sadržava, među ostalim, idejna rješenja i dizajn, što se temelji na znanju i iskustvu koje također može podlijevati zaštiti tajnosti kao i poslovne tajne.

Stoga bi i u postupcima javne nabave koje provode neobveznici Zakona o javnoj nabavi, prema mojem mišljenju, trebao biti reguliran postupak kojim bi se zainteresiranim pravnim subjektima s pravnim interesom omogućio uvid u tajno označenu dokumentaciju postupka javne nabave, kako bi se i tim pravnim subjektima osiguralo pravo na djelotvorno pravno sredstvo, odnosno pošteno suđenje. Time bi ojačalo načelo transparentnosti postupka, ali i legitimnog pristupa tajnim podacima iz ponude, uz potrebu istovremene primjene mjera za zaštitu tajnosti podataka.

Kada bi se dopunile zakonske odredbe Zakona o javnoj nabavi u pogledu pravila glede spora o povjerljivosti podataka već u fazi postupka koji se vodi pred naručiteljem, tada bi trebalo dopuniti i

⁷²² Posebice kroz treće poglavlje rada.

NOJN Pravila na način da bi se u odnosu na spor glede povjerljivosti podataka, koji bi se pojavio u postupku nabave kojeg provodi neobveznik Zakona o javnoj nabavi, uputilo na dopunjene zakonske odredbe iz Zakona o javnoj nabavi.

10.2. Potreba reguliranja spora o povjerljivosti podataka

Kao što je zaključeno kroz peto poglavlje rada, u hrvatskom zakonodavstvu nije reguliran spor o povjerljivosti podataka ni pred naručiteljem, ni pred DKOM, kao ni pred VUSRH.

Kroz prethodno, deveto poglavlje rada prikazan je sadržaj Smjernica TCC u Velikoj Britaniji koje uključuju i pitanja povezana s postupanjem glede povjerljivih informacija u postupcima javne nabave. Istim Smjernicama TCC je naglašeno, među ostalim, da se strankama ukazuje na mogućnost korištenja prstenova povjerljivosti prije samih pokretanja postupaka te se naručitelja potiče da potencijalnom tužitelju već u ranoj fazi postupka otkrije one povjerljive podatke koji su relevantni za podnošenje tužbe.

Kroz rad je dan prijedlog da je i u Republici Hrvatskoj već u fazi postupka pred naručiteljem, koji postupak u ranoj fazi pred naručiteljem potenciraju i britanske Smjernice TCC, potrebno urediti pitanje spora o povjerljivosti podataka, što je bilo potkrijepljeno, među ostalim, zaključcima presude Suda Europske unije, obrađene u potpoglavlju 7.4.2.⁷²³, kao i sadržajem britanskih Smjernica TCC.

Temeljem zaključaka iz presude Suda za ljudska prava, prikazane u potpoglavlju 6.3.1.1. rada⁷²⁴, stava sam da bi se za rješavanje spora o povjerljivosti podataka u okviru postupka javne nabave trebalo formirati neovisno tijelo pred naručiteljem, prema usporednoj proceduri prikazanoj u potpoglavlju 5.5. rada koja se tiče postupanja sukladno ZZNITV. Opisana procedura ne odudara od smisla i ciljeva Smjernica TCC koje su za spor o povjerljivosti podataka u postupcima javne nabave predvidjele postupanje u prstenovima povjerljivosti.

U nastavku ću dati prijedlog dopuna hrvatskog Zakona o javnoj nabavi vezano uz oformljivanje prstenova povjerljivosti u okviru kojih bi predstavnici ponuditelja odnosno natjecatelja mogli pristupiti tajno označenim podacima u pojedinom postupku javne nabave, a koji podaci su relevantni za zaštitu njihovih prava i pravnih interesa.

⁷²³ Presuda u predmetu *eVigilo Ltd protiv Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, C-538/13, od 12. ožujka 2015. godine.

⁷²⁴ Presuda u predmetu *Rowe i Davis protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, od 16. veljače 2000. godine.

10.2.1. Prijedlog uvođenja instituta prstena povjerljivosti u postupku pred naručiteljem

U prethodnom 9. poglavlju rada razrađeno je funkcioniranje prstenova povjerljivosti u britanskim postupcima javne nabave, kroz koje prstenove se predstavnicima zainteresiranih sudionika postupka javne nabave omogućava uvid u tajno označene podatke konkretnog postupka. Smatram da bi se isto rješenje moglo usvojiti i u hrvatskom postupku javne nabave.

Stoga će se u narednom potpoglavlju 10.3. dati prijedlog zakonskih dopuna Zakona o javnoj nabavi vezano uz postupak pristupa tajnoj, odnosno povjerljivoj dokumentaciji spisa u postupku pred naručiteljem s ciljem kako bi se već u toj fazi postupka zainteresiranom ponuditelju, odnosno natjecatelju omogućio pristup sadržaju dokumentacije važnoj za donošenje odluke o odabiru, odnosno za meritum spora.

Prijedlog zakonskih dopuna uključuje uvođenje u postupak javne nabave dodatnog povjerenstva koje bi bilo zaduženo za odlučivanje ukoliko bi se u pojedinom postupku pojavio spor glede tajno označenih podataka. Kako naručitelj, prema sadašnjem zakonskom uređenju, prije postupka javne nabave imenuje stručno povjerenstvo za javnu nabavu, tako bi, prema mojem prijedlogu, imenovao i stručno povjerenstvo za pristup tajno označenim podacima. Potonje stručno povjerenstvo za pristup tajno označenim podacima ne bi imalo pravo na pristup sadržaju ponuda, osim ukoliko bi se u pojedinom postupku javne nabave pojavilo kao sporno pitanje onemogućavanja pojedinom gospodarskom subjektu uvida u tajno označene podatke postupka javne nabave. Jasno mi je da se možda radi o preoptimističnom prijedlogu, međutim svaki prijedlog može otvoriti razmišljanje o drugim idejama, rješenjima i protuprijedlozima. U svakom slučaju, prema mojem mišljenju, stručno povjerenstvo za pristup tajno označenim podacima bi se sastojalo od tri člana, od kojih barem jedan član ima položeni pravosudni ispit i posjeduje važeći certifikat u području javne nabave. Naime, kao što je kroz rad obrazloženo na više mjesta, stava sam da povjerljivost podataka, osobnih i poslovnih, dobiva sve veći značaj zbog rasta količine i dostupnosti podataka, uslijed čega pravna regulativa postaje sve složenija i zahtijeva stručna podatkovna znanja. Stoga bi bilo poželjno da svi članovi predloženog stručnog povjerenstva za pristup tajno označenim podacima budu pravne struke, no isto bi moglo predstavljati organizacijske i financijske komplikacije za naručitelja s obzirom da zasigurno u praksi ne bi bilo opravdano, za svaki postupak javne nabave, od naručitelja očekivati da među svojim zaposlenicima, ili vanjskim suradnicima, pronade tri osobe s završenim pravnim obrazovanjem koje bi bile imenovane u predmetno povjerenstvo, s time da bi jedna od tih osoba, prema takvom prijedlogu, trebala imati završeno pravno obrazovanje te posjedovati certifikat u području javne nabave. Zbog navedenog se predlaže da naručitelj imenuje stručno povjerenstvo za

pristup tajno označenim podacima s tri člana od kojih barem jedan član ima položeni pravosudni ispit i posjeduje važeći certifikat u području javne nabave. Naime, unatoč kompleksnoj pravnoj podatkovnoj regulativi, i do sada su naručitelji provodili postupke javne nabave u kojima su se pojavili tajni podaci, tako da bi se moglo tretirati neozbiljnim s moje strane da u prijedlozima zakonskih dopuna inzistiram da sva tri člana spomenutog povjerenstva budu nužno pravne struke, s obzirom da se od svakog naručitelja ionako očekuje da poznaje pravnu regulativu.

U okviru prijedloga da minimalno jedan član stručnog povjerenstva za pristup tajno označenim podacima ima položeni pravosudni ispit i posjeduje važeći certifikat u području javne nabave smatram da se naručiteljima ne bi naložile preotegotne obveze. Sudjelovanjem u postupku javne nabave osobe s pravnim obrazovanjem i posjedovanjem važećeg certifikata u području javne nabave, isti postupak se može unaprijediti s pravnog aspekta i aspekta učinkovitosti. Međutim, isti bi zasigurno zahtijevao i dodatna financijska sredstva naručitelja kako bi mogao platiti rad takvom stručnjaku. No, s obzirom na iznimno visoko propisane, iako bi se mogao upotrijebiti i pojam „nametnute“, naknade za pokretanje žalbenih postupaka od strane ponuditelja ili natjecatelja pred DKOM, to obveza naručitelju da u stručno povjerenstvo za pristup tajno označenim podacima imenuje osobu s pravnim obrazovanjem, položenim pravosudnim ispitom i certifikatom u području javne nabave, ne bi trebala predstavljati preveliki teret s obzirom da bi sudjelovanje visoko stručne osobe u postupku trebalo biti svima u interesu pa tako i naručitelju koji ima za cilj uspješno provesti postupak javne nabave.

U prilog argumentu da bi barem jedan član stručnog povjerenstva za pristup tajno označenim podacima u postupku javne nabave trebao imati položeni pravosudni ispit i posjedovati važeći certifikat u području javne nabave, ide i činjenica da u postupku koji se glede tajnosti podataka vodi sukladno ZZNITV odlučuje sud. Iako je jasno da je za obnašanje sudačke dužnosti potrebno ispuniti više uvjeta od položenog pravosudnog ispita te eventualno položenog certifikata u području javne nabave, ovim argumentom se želi reći da u postupku koji se vodi glede tajnosti podataka sukladno ZZNITV odlučuje sud, dok prema sadašnjem zakonskom rješenju u postupku javne nabave o tajnosti podataka odlučuje naručitelj koji ima stručno povjerenstvo u kojem čak ne treba biti ni osoba pravne struke. Stoga smatram da bi se zakonskim rješenjem, da u stručnom povjerenstvu naručitelja za pristup tajno označenim podacima u postupku javne nabave barem jedan član povjerenstva ima završeno pravno obrazovanje, položeni pravosudni ispit te posjeduje certifikat u području javne nabave, osigurala dovoljna razina stručnosti tog povjerenstva. Smatram da je isto potrebno osigurati zbog složenosti i važnosti područja zaštite tajnosti, odnosno povjerljivosti podataka u postupku javne nabave.

Što se konkretnije tiče prijedloga glede oformljivanja stručnog povjerenstva za pristup tajno označenim podacima od strane naručitelja, izvjesno je da bi takvom obvezom za naručitelje došlo do situacije da bi u svakom trenutku u Republici Hrvatskoj postojao veliki broj *ad hoc* tijela koja bi bila imenovana kao stručna povjerenstva za pristup tajno označenim podacima. Međutim, isto tako bi istovremeno bio imenovan i jednak broj stručnih povjerenstava za javnu nabavu. Takva imenovana stručna povjerenstva za javnu nabavu imaju ovlasti, među ostalim, odabira ponuda i donošenja odluka o odabiru. Predloženo stručno povjerenstvo za pristup tajno označenim podacima bi se u pojedinom postupku javne nabave involviralo u postupak *a priori* samo ukoliko bi došlo do spora o povjerljivosti podataka u pojedinom konkretnom slučaju. Odluka koju bi donijelo to povjerenstvo bi djelovala *inter partes*. Tek kasnije, ukoliko bi se protiv iste odluke podnosila žalba, ili kasnije upravna tužba, sadržaj donesene odluke bi djelovao *erga omnes*.

Opisano zagovaram iz razloga što su i britanske Smjernice TCC apelirale da se pristup povjerljivim podacima spisa riješi u što ranijoj fazi postupka, već pred naručiteljem, iz čega se zaključuje da u isti postupak ne bi trebala biti involvirana druga vanjska javnopravna tijela, već da je organizaciju postupanja unutar prstena povjerljivosti obvezan osigurati naručitelj. Stoga smatram da u ranoj fazi postupka javne nabave, još dok se postupak vodi pred naručiteljem, u istog ne bi trebalo biti involvirano vanjsko javnopravno tijelo.⁷²⁵ Naime, moguće je da bi se pojedini spor do kojeg bi došlo mogao riješiti pred tim stručnim povjerenstvom bez potrebe daljnjeg aktiviranja pravne zaštite u vidu podnošenja žalbe, ili kasnije tužbe, odnosno daljnjeg aktiviranja postupanja javnopravnih tijela i pravosudnog sustava.

Budući da iz prikazane europske sudske prakse proizlazi kako pravo na djelotvorno pravno sredstvo i pošteno suđenje može biti povrijeđeno ukoliko stranci u predmetu nije omogućen uvid u meritornu dokumentaciju spisa, to smatram da bi natjecatelj ili ponuditelj u svojem zahtjevu za uvid u tajno označene podatke spisa trebao s visokim stupnjem izvjesnosti dokazati, odnosno valjano obrazložiti⁷²⁶, da su podaci u dokumentaciji drugih ponuditelja ili natjecatelja, koji su označeni tajnima, odlučujući za donošenje odluke o odabiru, odnosno da se tiču merituma konkretnog postupka javne nabave.

U prijedlogu zakonske dopune, koji je *infra* prikazan kao prijedlog članka 53.b. Zakona o javnoj nabavi, predložiti ću da opisani zahtjev za uvid u tajnu dokumentaciju spisa natjecatelj ili ponuditelj

⁷²⁵ Primjerice, stručno povjerenstvo za pristup tajno označenim podacima koje bi djelovalo na razini Republike Hrvatske kao zasebno tijelo, moguće u okviru DKOM, i koje bi bilo nadležno za sve postupke predmetnog tipa.

⁷²⁶ Kao primjeri slučajeva, u kojima su žalitelji s visokim stupnjem izvjesnosti dokazali i valjano obrazložili da su podaci koji su bili označeni tajnima u postupku javne nabave bili meritorni za donošenje odluke o odabiru, mogu se istaknuti slučajevi u kojima je DKOM donio odluke prikazane u potpoglavljima 4.1.3. i 4.1.5. ovog rada.

može podnijeti stručnom povjerenstvu za pristup tajno označenim podacima spisa u roku od tri dana nakon dostave odluke o odabiru ili poništenju te da je stručno povjerenstvo o zahtjevu potrebno odlučiti u narednom roku od tri dana.

Naime, s obzirom na zakonom predviđeni kratak rok za podnošenje žalbe, u roku od deset dana, potrebno je u okviru tih deset dana⁷²⁷ osigurati natjecatelju ili ponuditelju uvid u tajno označenu dokumentaciju spisa, naravno, ukoliko bi bili ispunjeni zakonski uvjeti za osiguravanje uvida. Upravo je svrha da ponuditelj ili natjecatelj, kao potencijalni žalitelji, unutar otvorenog roka za žalbu dobiju uvid u podatke, odnosno dokumentaciju koja im je potrebna za sastav žalbe.

Važno je za naglasiti da je Zakonom o općem upravnom postupku⁷²⁸ propisano da se žalba izjavljuje u roku od petnaest dana od dana dostave rješenja, ako nije propisan duži rok. Također, Zakonom o upravnim sporovima propisan je rok od petnaest dana za podnošenje žalbe protiv presude. Iz navedenog proizlazi da minimalni rokovi za pravni lijek, osnovom temeljnih propisa upravnog prava, iznose petnaest dana. S obzirom na vrlo čestu složenost postupka javne nabave, posebice ukoliko se u okviru istog pojavi i spor o povjerljivosti podataka, smatram da bi zakonodavac trebao razmotriti i mogućnost produljenja roka za žalbu u postupcima javne nabave s deset na petnaest dana. Vezano uz prijedloge zakonskih dopuna iz ovog poglavlja, zaključuje se da bi u okviru tih petnaest dana postojao razuman rok za postupanje unutar prstena povjerljivosti te za pripremu žalbe.

Komunikacija između ponuditelja ili natjecatelja i stručnog povjerenstva za pristup tajno označenim podacima bi se trebala odvijati elektroničkim putem, s time da bi se detalji komunikacije definirali već u dokumentaciji o nabavi, odnosno pozivu na nadmetanje.

⁷²⁷ Napominjem kako nisam predložila izmjene/dopune Zakona o javnoj nabavi u vidu da bi rok za žalbu protiv odluke o odabiru počeo teći od dana objave (odnosno dostave) odluke stručnog povjerenstva za pristup tajno označenim podacima spisa, jer bi tada u praksi moglo doći do potencijalne zlouporabe zakona u svrhu produljenja trajanja postupka javne nabave. Naime, nije isključeno da bi pojedini gospodarski subjekt mogao podnijeti zahtjev za uvid u tajnu dokumentaciju spisa, svjesno znajući da isti nije pravno osnovan, samo s ciljem odugovlačenja postupka znajući da će rok za žalbu početi teći tek od dana objave, odnosno primitka odluke stručnog povjerenstva za pristup tajno označenim podacima spisa. Ujedno, u slučaju kada bi rok za žalbu protiv odluke o odabiru tekao od dana objave (odnosno dostave), tada bi kroz Elektronički sustav javne nabave trebalo omogućiti i objavu obavijesti da je podnesen zahtjev za uvid u tajnu dokumentaciju spisa, kao i objavu odluke stručnog povjerenstva za pristup tajno označenim podacima spisa. Drugim riječima, bilo bi potrebno osigurati pravnu sigurnost da su svim potencijalnim podnositeljima žalbe protiv odluke o odabiru dostupne informacije o postupku povodom zahtjeva za uvid u tajnu dokumentaciju spisa. Isto zahtijeva i ispunjavanje dodatnih tehničkih zahtjeva i elektroničke komunikacije sustava javne nabave. Stoga je, za sada, predloženo da se komunikacija između gospodarskog subjekta, ili više njih, s naručiteljem povodom podnesenog zahtjeva za uvid u tajnu dokumentaciju spisa, odvija između njih međusobno, bez javnih objava kroz Elektronički oglasnik javne nabave, a u okviru roka za podnošenje žalbe.

⁷²⁸ Narodne novine 47/09, 110/21.

Ujedno, u istom prijedlogu sadržaja članka 53.b. ću predložiti da ponuditelj ili natjecatelj, kojem bi bio odbijen prijedlog za uvid u tajno označene podatke spisa, može podnijeti žalbu protiv takve odluke, i to u zasebnom odjeljku žalbe protiv odluke o odabiru.

Ukoliko bi jedini razlog za podnošenje žalbe bio omogućavanje uvida u tajne podatke spisa, kako se na ponuditelja ili natjecatelja ne bi primijenile zakonske odredbe o visini naknade za pokretanje žalbenog postupka, predlažem da naknada za pokretanje žalbenog postupka u odnosu na odluku o odbijanju uvida u tajnu dokumentaciju spisa bude fiksna u iznosu od 650.00 EUR.

Naime, iako su iznosi žalbenih naknada, prema trenutno važećoj odredbi članka 430. Zakona o javnoj nabavi, propisani u znatno višim iznosima, smatram da bi predložena niža naknada u visini od 650.00 EUR trebala biti propisana za slučajeve kada se žalba podnosi samo iz razloga vezanih uz onemogućavanje uvida u tajne podatke spisa. Naime, pretpostavlja se da bi takva žalba trebala biti užeg karaktera od standardne žalbe koja se podnosi vezano uz postupak javne nabave. Ipak, podređan prijedlog koji se ističe je da visina naknade protiv odluke o odbijanju uvida u tajnu dokumentaciju spisa bude propisana u iznosu od 1.320 EUR, što se odnosi na najniži razred naknade za pokretanje žalbenog postupka temeljem važećeg Zakona o javnoj nabavi. U prijedlogu sadržaja članka 53.c. ću predložiti da stručno povjerenstvo za pristup tajno označenim podacima spisa, ukoliko udovolji zahtjevu ponuditelja ili natjecatelja za pristup takvim podacima, donese odluku o očuvanju povjerljivosti podataka protiv koje ne bi bila dopuštena žalba.⁷²⁹

Dakle, u takvoj situaciji bi došlo do formiranja prstena povjerljivosti te ću ponuditi prijedlog zakonskog rješenja da se u krug povjerljivih osoba, u toj prvobitnoj fazi pred naručiteljem, imenuju najviše tri osobe pojedinog ponuditelja ili natjecatelja. Predložiti ću da u krugu navedenih povjerljivih osoba može biti zakonski zastupnik ponuditelja ili natjecatelja, punomoćnik odvjetnik natjecatelja ili ponuditelja te, prema odluci punomoćnika odvjetnika natjecatelja ili ponuditelja, odvjetnički vježbenik zaposlen kod punomoćnika odvjetnika natjecatelja ili ponuditelja.

Predloženim funkcijama navedenih osoba izbjegla bi se potreba prenošenja tajnih podataka, u koje je omogućen uvid, trećim osobama.

Naime, omogućavanjem uvida zakonskom zastupniku pravnog subjekta daje se mogućnost da on u ime pravnog subjekta, nakon uvida u meritornu dokumentaciju spisa, poduzme potrebne pravne radnje u postupku. Omogućavanjem uvida punomoćniku odvjetniku ponuditelja ili natjecatelja, te

⁷²⁹ Ovakvo zakonsko rješenje, glede nedopuštenosti žalbe protiv odluke kojom se usvajaju mjere radi očuvanja povjerljivosti podataka u postupku, predviđeno je i u usporednom postupku sukladno ZZNITV pa ne vidim prepreke da se isto rješenje ne bi primijenilo i na mjere o očuvanju povjerljivosti podataka u postupcima javne nabave.

eventualno i njegovom odvjetničkom vježbeniku, daje se također mogućnost da punomoćnik podnese žalbu u ime svojeg klijenta. Sudjelovanjem i zakonskog zastupnika i punomoćnika pojedinog pravnog subjekta, u postupku uvida u tajne podatke spisa, u potpunosti se osigurava adekvatna mogućnost poduzimanja daljnjih pravnih radnji, bez potrebe širenja prstena povjerljivosti na druge osobe.

Predlažem mogućnost sudjelovanja u prstenu povjerljivosti tri povjerljive osobe u odnosu na pojedinog ponuditelja ili natjecatelja, s obzirom da treba voditi računa kako te osobe kojima je omogućen pristup u tajne podatke nemaju ovlast dalje prenositi sadržaj tajnih podataka, pa čak ni svojim zaposlenicima ni odvjetnicima. Navedeno potvrđuje sadržaj presude prikazane u potpoglavlju 9.4.2. ovog rada.⁷³⁰ Naime, upravo je u tom predmetu sud zaključio, među ostalim, da je poželjno da u prsten povjerljivosti bude imenovan barem jedan predstavnik svake strane u sporu, a ne samo odvjetnik, jer da ukoliko su jedino osoblje koje vidi povjerljive informacije odvjetnici, da je tada sama stranka uskraćena za poznavanje relevantnih činjeničnih informacija. Dakle, ni odvjetnik ne bi smio svojem klijentu predložiti sadržaj tajnih podataka koje je dobio na uvid.

Zbog toga prijedlog da u postupku uvida u tajne podatke sudjeluje zakonski zastupnik, odnosno direktor stranke, angažirani odvjetnik te, prema odluci odvjetnika⁷³¹, odvjetnički vježbenik, držim moguće dobrim rješenjem, jer te tri osobe imaju najvažniji značaj kod sastava žalbe, i to zakonski zastupnik koji daje upute odvjetniku te u konačnici odobrava sadržaj žalbe, odvjetnik koji ima stručna pravna znanja za sastav žalbe te odvjetnički vježbenik koji, kako je često slučaj u praksi, priprema nacrt žalbe. Ukoliko u postupku uvida u tajne podatke ne bi sudjelovao zakonski zastupnik, odnosno direktor stranke, tada, zbog zaštite povjerljivosti, čak ni odvjetnik ne bi smio svojem klijentu prenijeti sadržaj povjerljivih podataka. Time da u postupku uvida sudjeluje zakonski zastupnik klijenta, odvjetnik te odvjetnički vježbenik, osigurano je da se žalba može podnijeti i da ove tri osobe, osim među sobom, s nikim drugim ne moraju dijeliti tajne, odnosno povjerljive podatke.

Smatram da bi povjerljive osobe, prihvaćene u prsten povjerljivosti, trebale potpisati izjavu o povjerljivosti koja sadrži upozorenje o činjenju kaznenog djela odavanja i neovlaštenog pribavljanja poslovnih tajni.

Također ću predložiti da osobe prihvaćene u krug povjerljivih osoba ne smiju koristiti ili otkriti bilo koji podatak koji je u postupku označen kao tajan pa čak niti u žalbi ili kasnije u upravnoj tužbi, tako dugo dok se ne osigura daljnja povjerljivost postupka pred DKOM, odnosno pred VUSRH.

⁷³⁰ Presuda u predmetu *SRCL Ltd protiv Odbora za puštanje u rad nacionalne zdravstvene službe* od 27. srpnja 2018. godine.

⁷³¹ S obzirom da nije nužno da svaki odvjetnik ima zaposlenog i odvjetničkog vježbenika.

Naime, s obzirom na javno objavljivanje odluka od strane DKOM, kao i odluka VUSRH kroz alate praćenja sudske prakse, ukoliko bi se tajni podaci koji su otkriveni još u ranoj fazi pred naručiteljem koristili u sadržaju žalbe, odnosno upravne tužbe, bez osiguravanja daljnje povjerljivosti postupka pred DKOM, odnosno pred VUSRH, tada bi se tajni podaci, do kojih se pristupilo kroz prsten povjerljivosti, učinili dostupnim javnosti, odnosno širem krugu osoba od onih kojima je otkrivena tajnost.

Time bi se osujetilo pravo za zaštitu poslovne tajne, odnosno tajnosti podataka općenito.

10.2.2. Povjerljivi postupak pred Državnom komisijom za kontrolu postupaka javne nabave i pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske

Slijedom svega navedenog u prethodnom potpoglavlju, prema mojem mišljenju, u Republici Hrvatskoj bi trebalo propisati proceduru povjerljivosti postupka pred DKOM i pred VUSRH, i to u slučajevima kada se u postupcima pred tim tijelima u spisu nalaze tajno označeni podaci, kao i informacije o osobama kojima su u ranoj fazi postupka pred naručiteljem tajni podaci dani na uvid.

Smatram da ako pred naručiteljem ne bi bilo zatraženo formiranje prstena povjerljivosti, da isto, zbog ekonomičnosti postupka te sprječavanja zlouporabe procesnih ovlaštenja, ne bi trebalo biti omogućeno u postupku pred DKOM, kao ni pred VUSRH.

Međutim, ukoliko bi ranije pred naručiteljem bio formiran prsten povjerljivosti, isti bi se u daljnjem postupku pred DKOM i VUSRH mogao, u slučaju daljnjeg spora glede tajnosti, odnosno povjerljivosti podataka, proširiti i na širi krug osoba. Te dodatne osobe bi, s obzirom na složeniju fazu postupka, mogle biti, primjerice, dodatni odvjetnik ili odvjetnički vježbenik koji radi s punomoćnikom koji je u postupku pred naručiteljem bio primljen u prsten povjerljivosti ili pak vještak odgovarajuće struke, ovisno o meritumu spora.

U svezi navedenog, u ranijem 9.2. potpoglavlju rada, koje se tiče sadržaja „Priloga H“ Smjernica britanskog TCC, prikazani su prijedlozi tehničkih rješenja primanja osoba u prstenove povjerljivosti, kao i formiranja povjerljivog sudskog spisa i postupanja s povjerljivim podacima u takvom spisu, a što bi se u Republici Hrvatskoj, prema mojem mišljenju, u odnosu na takvu vrstu spisa, moglo primjenjivati u postupku pred DKOM i pred VUSRH.

Iz prikazanog sadržaja „Priloga H“ Smjernica britanskog TCC proizlazi da nakon što je predmet dodijeljen u rad određenom sucu da se tada označena povjerljiva dokumentacija spisa proslijeđuje

posebnom sudskom službeniku u svrhu ograničenja rizika od nenamjernog otkrivanja povjerljive dokumentacije.

S obzirom da je u Republici Hrvatskoj u funkciji aplikacija e-Žalba korištenjem koje se u postupku javne nabave podnosi žalba kroz Elektronički oglasnik javne nabave Republike Hrvatske, kao i aplikacija e-Komunikacija koja omogućuje podnošenje upravne tužbe VUSRH elektroničkim putem, to u obzir dolaze i prijedlozi iz „Priloga H“ Smjernica britanskog TCC u pogledu toga da je prilikom podnošenja dokumentacije sudu, odnosno što bi u Republici Hrvatskoj bilo VUSRH i DKOM, preporučljivo dokumente koji sadrže povjerljive informacije identificirati zasebnim pečatom ili oznakom te ih dostaviti na papiru u boji, kako bi njihov povjerljivi status bio odmah i vizualno vidljiv.

Stoga, prikazana britanska tehnička rješenja bi se mogla primijeniti i u Republici Hrvatskoj, ali bi u tom slučaju i informacijski sustav spomenutih aplikacija trebao biti prilagođen zahtjevima povjerljivosti, odnosno omogućiti da podnositelj povjerljivih dokumenata iste podnosi kroz zaseban dio elektroničke komunikacije kako bi primatelj dobio informaciju da se radi o povjerljivom spisu ili njegovim dijelovima te kako bi zaprimljenoj dokumentaciji imao pristup poseban službenik ovlašten za postupanje s povjerljivim spisima.

Sama interna procedura postupanja s tajnim, odnosno povjerljivim spisima vezanim uz postupke javne nabave, ili njihovim dijelovima, trebala bi biti zasebno uređena kako pred DKOM, tako i pred VUSRH.

Stoga, nakon omogućavanja uvida u tajnu dokumentaciju spisa pred naručiteljem, smatram da podnositelj žalbe, koji je dobio na uvid takve tajne podatke, iste ne bi smio, zbog zaštite poslovne tajne, sadržajno izravno koristiti u žalbi, odnosno naknadno tužbi, tako dugo dok DKOM, odnosno VUSRH, ne bi tehnički osigurali povjerljivost postupanja s spisom. Stoga ću, kao prijedlog zakonske norme, predložiti da žalitelj, odnosno tužitelj moraju predložiti DKOM, odnosno VUSRH, da se spis, ili njegov dio, označi povjerljivim te da se posljedično primijene mjere povjerljivosti daljnjeg postupka.

Što se tiče provedbe postupaka nakon izjavljene žalbe, odnosno kasnije upravne tužbe, koji postupci se vode pred DKOM i VUSRH, bilo bi potrebno, uz dopune odredaba Zakona o javnoj nabavi, dopuniti i Uredbu o unutarnjem ustrojstvu Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave te Zakon o upravnim sporovima, kao i Sudski poslovnik, na način da bi ti propisi sadržavali odredbe glede procedure u slučaju ukoliko bi u konkretnom postupku dokumentacija spisa, ili njezini dijelovi, bili tajne, odnosno povjerljive prirode.

Tu bi u obzir došla pravna rješenja kako su propisana ZZNITV, koji propisuje podrednu primjenu Zakona o parničnom postupku. S obzirom da Zakon o upravnim sporovima⁷³² na više mjesta upućuje na odgovarajuću primjenu Zakona o parničnom postupku, dok ZZNITV također propisuje⁷³³ da se, osim ako istim zakonom nije drukčije određeno, u postupcima građanskopravne zaštite poslovne tajne na odgovarajući način „primjenjuju odredbe općeg propisa kojim se uređuje parnični postupak“, to bi se mjere, kakve za zaštitu povjerljivosti postupanja u postupku radi zaštite poslovne tajne propisuje ZZNITV, na odgovarajući način mogle implementirati i u Zakon o upravnim sporovima.

Što se tiče mjera za zaštitu povjerljivosti u samom postupku pred DKOM ili VUSRH, u potpoglavlju 5.5. rada su prikazane posebne mjere koje za zaštitu tajnosti, odnosno povjerljivosti podataka dolaze u obzir pred sudom u postupcima koji se provode sukladno ZZNITV, te jedna od mjera uključuje ograničavanje pristupa dokumentima, koji sadržavaju poslovne tajne ili navodne poslovne tajne, na ograničeni broj osoba koje potpisuju izjavu o očuvanju povjerljivosti podataka. Time se zapravo oformljuje prsten povjerljivosti, iako, kao što je istaknuto u potpoglavlju 9.3., isto nije na taj način eksplicitno navedeno u ZZNITV, kao ni u hrvatskoj pravnoj teoriji vezanoj uz predmetno područje.

Sadržaj ZZNITV glede mjera postupanja s povjerljivim spisom, nije u suprotnosti s mjerama koje propisuje „Prilog H“ obrađenih Smjernica britanskog TCC koje se odnose na postupke javne nabave. Navedeno stoga dokazuje da je sadržaj opisanih Smjernica doista bitan i može pomoći kod donošenja novih zakonskih odredaba u postupcima javne nabave u Republici Hrvatskoj. Kako se na ovome mjestu ne bi ponavljale mjere povjerljivosti postupanja s tajnom, odnosno povjerljivom dokumentacijom spisa, upućujem na sadržaj potpoglavlja 5.5. i 9.2. ovog rada.

10.3. Ograničena transparentnost

U potpoglavlju 7.1. ovog rada sukob privatnog i javnog interesa, odnosno sukob između prava pojedinog gospodarskog subjekta na zaštitu poslovne tajne, odnosno povjerljivih podataka s jedne strane, i zahtjeva transparentnosti postupka, odnosno prava drugog gospodarskog subjekta na jednakost oružja, pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo s druge strane, je prikazan kroz primjenu *Weight* formule, začetnika Roberta Alexy.

⁷³² U članku 20., stavku 7.; članku 21., stavku 2.; članku 33., stavku 5.; članku 34., stavku 3.; članku 54., stavku 2., Zakona o upravnim sporovima.

⁷³³ U članku 4.

Rezultat koji je dobiven⁷³⁴, prema mojoj računici, iznosi 0,666, odnosno dan je zaključak da bi, kod sukoba navedenih dvaju prava u postupcima javne nabave, prednost pred pravom na zaštitu poslovne tajne trebalo dati pravu na transparentnost, odnosno jednakost oružja, pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo.

Trenutno važeći članak 53. hrvatskog Zakona o javnoj nabavi propisuje:

„(1) Naručitelj ne smije otkriti podatke dobivene od gospodarskih subjekata koje su oni na temelju zakona, drugog propisa ili općeg akta označili tajnom, uključujući tehničke ili trgovinske tajne te povjerljive značajke ponuda i zahtjeva za sudjelovanje.

(2) Naručitelj ne smije drugim sudionicima u natjecateljskom postupku uz pregovore, odnosno pregovaračkom postupku s prethodnom objavom poziva na nadmetanje, natjecateljskom dijalogu ili partnerstvu za inovacije otkriti povjerljive podatke ili rješenja koje mu je priopćio natjecatelj ili ponuditelj koji sudjeluje u pregovorima ili dijalogu bez njegove pisane izjave kojom daje suglasnost.

(3) Izjava iz stavka 2. ovoga članka ne može se dati kao opća zabrana pristupa svim informacijama, već se mora odnositi samo na namjeravano prosljeđivanje određenih informacija.

(4) Naručitelj smije otkriti podatke iz članka 52. stavka 3. ovoga Zakona dobivene od gospodarskih subjekata koje su oni označili tajnom.“

Nadalje, vezano uz mogućnost uvida u dokumentaciju postupka javne nabave, člankom 310., stavkom 1. Zakona o javnoj nabavi propisano je: „Javni naručitelj obvezan je nakon dostave odluke o odabiru ili poništenju do isteka roka za žalbu, na zahtjev natjecatelja ili ponuditelja, omogućiti uvid u cjelokupnu dokumentaciju dotičnog postupka, uključujući zapisnike, dostavljene ponude ili zahtjeve za sudjelovanje, osim u one dokumente koji su označeni tajnim.“

Iz sadržaja ovih normi trenutno važećeg Zakona o javnoj nabavi zaključuje se da one daju prednost zaštiti tajnosti podataka pred načelom transparentnosti postupka javne nabave, što je protivno rezultatu dobivenom primjenom *Weight* formule, zaključcima presuda prikazanih u potpoglavlju 7.4.1.⁷³⁵, 7.4.3.⁷³⁶, 7.4.4.⁷³⁷, kao i mišljenju nezavisnog odvjetnika Michala Bobeka od 30. travnja 2019. godine u predmetu C-620/17⁷³⁸.

⁷³⁴ Stranica 194 rada.

⁷³⁵ Presuda Suda Europske unije u predmetu *Varec SA v État belge*, C-450/06, od 14. veljače 2008. godine.

⁷³⁶ Presuda Suda Europske unije u predmetu *Wall AG protiv City of Frankfurt*, C-91/08, od 13. travnja 2010. godine.

⁷³⁷ Presuda Suda Europske unije u predmetu *Unibet (London) Ltd i Unibet (International) Ltd protiv Justitiekanslern*, C-432/05, od 13. ožujka 2007. godine.

⁷³⁸ *Supra* potpoglavlje 7.5. rada.

Provedenom komparativnom analizom u dosadašnjem dijelu rada utvrđeno je, među ostalim, da njemački Zakon o provedbi Direktive (EU) 2016/943 o zaštiti poslovnih tajni od njihovog nezakonitog stjecanja, upotrebe i otkrivanja regulira da se na zahtjev jedne stranke u pojedinom postupku može ograničiti pristup dokumentaciji koja sadrži poslovne tajne, međutim da isto vrijedi samo ukoliko interes za zaštitom tajnosti podataka prevladava pred pravom na pošteno suđenje i učinkovitu pravnu zaštitu.

Pristup tajnoj, odnosno povjerljivoj dokumentaciji osigurava se kroz mjere koje određuje sud prema vlastitom nahođenju ukoliko uvid u tajnu, odnosno povjerljivu dokumentaciju nije omogućen najmanje jednoj fizičkoj osobi svake strane i njihovim zakonskim zastupnicima ili drugim zastupnicima.⁷³⁹

Iako se ova zakonska rješenja ne odnose direktno na postupke javne nabave, kroz rad sam obrazložila da nema zapreke da se paralelni mehanizmi ne uvedu i u postupke javne nabave kada se u istima pojavljuju poslovne tajne, odnosno drugi tajni ili povjerljivi podaci. Iz prikaza komparativnog njemačkog zakonodavstva se zaključuje da se u sudskim postupcima vezanim uz zaštitu poslovne tajne također primjenjuju prstenovi povjerljivosti s određenim krugovima osoba koje su primljene u isti prsten i kojima se omogućava uvid u tajne, odnosno povjerljive podatke.

Također, u potpoglavlju 8.2.1. rada prikazana je relativno nova sudska praksa talijanskog suda⁷⁴⁰ iz prosinca 2021. godine, u kojoj je provedeno balansiranje između prava na pristup dokumentima koji se odnose na postupak javne nabave te zaštitu tehničkih i poslovnih tajni gospodarskih subjekata.

Zaključak suda je bio da je pristup povjerljivoj dokumentaciji spora, koja sadrži tehničke ili poslovne tajne, dozvoljen gospodarskom subjektu u opsegu, odnosno granicama nužnosti potrebne za ostvarivanje prava na sudsku zaštitu tog gospodarskog subjekta.

Stoga i ova presuda dodatno potvrđuje zaključke dane kroz rad, da onemogućavanje pristupa tajnoj, odnosno povjerljivoj dokumentaciji postupka, koja je nužna radi zaštite pravnih interesa pojedinog subjekta i koja je vezana uz meritum postupka, ne smije nadvladati pravo na pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo, koja prava se ostvaruju kroz veću transparentnost postupka.

Pristupanjem tajnoj, odnosno povjerljivoj dokumentaciji postupka u okviru primjene instituta prstena povjerljivosti, prema mojem mišljenju se ostvaruje ograničena transparentnost⁷⁴¹ koja osigurava da se uvidom u tajne, odnosno povjerljive podatke postupka ne prekrše temeljna postupovna prava

⁷³⁹ *Supra* potpoglavlje 8.1.2. rada.

⁷⁴⁰ Regionalni upravni sud u Laciju.

⁷⁴¹ S obzirom na određen krug osoba kojima se omogućava uvid u tajne, odnosno povjerljive podatke postupka.

pojednog gospodarskog subjekta, a ujedno se kroz primjenu mjera povjerljivosti postupka ti tajni, odnosno povjerljivi, podaci štite.

10.4. Prijedlog sadržaja novih normi Zakona o javnoj nabavi

Temeljem svega navedenog kroz ovo poglavlje u nastavku dajem svoj prijedlog dopuna Zakona o javnoj nabavi novim odredbama članka 53.a., 53.b. i 53.c. koje bi glasila na slijedeći način:

„53.a.

Iznimno od odredbe članka 53. i članka 310., stavka 1., ovog zakona, naručitelj može ponuditelju ili natjecatelju koji ima pravni interes u postupku javne nabave otkriti podatke dobivene od gospodarskih subjekata koje su oni na temelju zakona, drugog propisa ili općeg akta označili tajnima, uključujući tehničke ili trgovinske tajne te povjerljive značajke ponuda i zahtjeva za sudjelovanje, ali samo pod uvjetom ukoliko je na zahtjev ponuditelja ili natjecatelja prethodno proveden postupak pristupa tajno označenim podacima spisa.

Postupak pristupa tajno označenim podacima spisa od strane ponuditelja ili natjecatelja koji imaju pravni interes u postupku javne nabave provodi se pred Stručnim povjerenstvom za pristup tajno označenim podacima spisa.

Stručno povjerenstvo za pristup tajno označenim podacima spisa imenuje internom odlukom naručitelj prije početka postupka javne nabave.

Stručno povjerenstvo za pristup tajno označenim podacima spisa sastoji se od tri člana, od kojih barem jedan član povjerenstva ima položen pravosudni ispit i posjeduje važeći certifikat u području javne nabave.

53.b.

Ponuditelj ili natjecatelj koji stručnom povjerenstvu za pristup tajno označenim podacima spisa podnosi zahtjev za uvid u tajno označene podatke spisa mora s visokim stupnjem izvjesnosti dokazati, odnosno valjano obrazložiti da su podaci u dokumentaciji drugih ponuditelja ili natjecatelja, koji su označeni tajnima, odlučujući za donošenje odluke o odabiru, odnosno da se tiču merituma dotičnog postupka javne nabave.

Zahtjev za uvid u tajno označene podatke spisa ponuditelj ili natjecatelj podnosi u roku od tri dana nakon dostave odluke o odabiru ili poništenju te je stručno povjerenstvo za pristup tajno označenim podacima spisa povodom zahtjeva dužno donijeti odluku u narednom roku od tri dana.

Ukoliko stručno povjerenstvo za pristup tajno označenim podacima spisa udovolji zahtjevu ponuditelja ili natjecatelja za pristup tajno označenim podacima spisa, dužno je dotičnom ponuditelju ili natjecatelju u narednom roku od tri dana, u formiranom prstenu povjerljivosti, omogućiti uvid u cjelokupnu dokumentaciju dotičnog postupka javne nabave.

Ponuditelj ili natjecatelj zahtjev stručnom povjerenstvu za pristup tajno označenim podacima spisa podnosi elektroničkim putem na elektroničku adresu naznačenu u dokumentaciji o nabavi, odnosno pozivu na nadmetanje. Stručno povjerenstvo za pristup tajno označenim podacima odluku o podnesenom zahtjevu za pristup tajno označenim podacima spisa dostavlja ponuditelju ili natjecatelju elektroničkim putem na elektroničku adresu koju je u svojem zahtjevu naznačio ponuditelj ili natjecatelj.

Ukoliko zahtjev natjecatelja ili ponuditelja bude odbijen, isti je ovlašten u zasebnom odjeljku žalbe protiv odluke o odabiru navesti svoje žalbene razloge glede odbijanja njegova zahtjeva za pristup tajno označenim podacima spisa.

Ukoliko ponuditelj ili natjecatelj podnose žalbu samo iz razloga odbijanja zahtjeva za pristup tajno označenim podacima spisa, ponuditelj ili natjecatelj je kao žalitelj obvezan, neovisno o drugim odredbama ovog zakona o visini naknade za pokretanje žalbenog postupka, uplatiti naknadu za pokretanje žalbenog postupka u iznosu od 650.00 EUR.

53.c.

Ukoliko stručno povjerenstvo za pristup tajno označenim podacima spisa udovolji zahtjevu ponuditelja ili natjecatelja za pristup tajno označenim podacima spisa donijeti će odluku o očuvanju povjerljivosti podataka.

Protiv odluke o očuvanju povjerljivosti podataka žalba nije dopuštena.

U odluci o očuvanju povjerljivosti podataka stručno povjerenstvo će navesti krug povjerljivih osoba natjecatelja ili ponuditelja kojima će se omogućiti uvid u tajne podatke spisa.

U krug povjerljivih osoba iz prethodnog stavka mogu biti imenovane najviše tri osobe pojedinog ponuditelja ili natjecatelja koje mogu biti zakonski zastupnik ponuditelja ili natjecatelja, punomoćnik

odvjetnik natjecatelja ili ponuditelja te, prema odluci punomoćnika odvjetnika natjecatelja ili ponuditelja, odvjetnički vježbenik zaposlen kod punomoćnika odvjetnika natjecatelja ili ponuditelja

Osobe prihvaćene u krug povjerljivih osoba ne smiju koristiti ili otkriti bilo koji podatak koji je u postupku označen kao tajan na temelju valjane pravne osnove od strane naručitelja. U svojim argumentima prilikom podnošenja žalbe ili upravne tužbe ponuditelj ili natjecatelj kojem je bio omogućen uvid u tajne podatke spisa, nije ovlašten sadržajno izravno iznositi tajne podatke u koje je dobio uvid prije nego li na njegov prijedlog Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave, odnosno Visoki upravni sud Republike Hrvatske spis, ili njegov dio, označi povjerljivim te primijeni mjere povjerljivosti daljnjeg postupka.

Povjerljive osobe kojima je omogućen uvid u tajne podatke spisa, imaju obvezu čuvanja tajnosti podataka te odmah nakon izvršenog uvida u tajne podatke spisa u prostorijama naručitelja potpisuju izjavu o povjerljivosti koja sadrži upozorenje o činjenju kaznenog djela odavanja i neovlaštenog pribavljanja poslovne tajne iz članka 262. Kaznenog zakona.

Prilikom uvida u tajne podatke spisa povjerljive osobe kojima je omogućen uvid imaju pravo neometano sastaviti svoje bilješke koje podliježu zahtjevu povjerljivog postupanja s istima, koja obveza je također obuhvaćena izjavom o povjerljivosti koju potpisuju povjerljive osobe ponuditelja ili natjecatelja.“

Što se tiče članka 310. trenutno važećeg Zakona o javnoj nabavi, predlažem da se isti dopuni stavkom 2. koji bi glasio: „Na postupak uvida u dokumentaciju dotičnog postupka koja je označena tajnom, primjenjuju se odredbe članka 53.a. – 53.c. ovog Zakona.“

Dosadašnji stavak 2. članka 310. istog zakona, postao bi stavak 3. članka 310.

Prethodni zakonski prijedlozi mogu predstavljati polazište za daljnje stručne i znanstvene rasprave, a osobno smatram da sam svojim istraživanjem kroz ovaj rad dokazala da su izmjene, odnosno dopune hrvatskog zakonodavstva u pogledu potrebe omogućavanja uvida u tajne, odnosno povjerljive podatke postupka javne nabave nužne kako se sudionicima postupka javne nabave ne bi kršila njihova temeljna postupovna prava zajamčena Konvencijom.

Uvođenje instituta prstena povjerljivosti, u ranoj fazi postupka pred naručiteljem i kasnije pred DKOM te pred VUSRH, držim najboljim rješenjem, tim više što je isti institut već *de facto* implementiran u sudski postupak radi zaštite poslovne tajne, koji se u Republici Hrvatskoj provodi sukladno ZZNITV.

Valja napomenuti da je u Republici Hrvatskoj 11. listopada 2022. godine stupio na snagu Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o javnoj nabavi⁷⁴² koji ni u kojem dijelu ne nudi zakonska rješenja glede omogućavanja pristupa zainteresiranom ponuditelju ili natjecatelju tajno označenoj dokumentaciji postupka javne nabave.

Time je u postupku javne nabave načelo transparentnosti u tome dijelu, naspram načelu zaštite tajnosti podataka, i nadalje ostalo oskrvnjeno, a prijedlozi dani u ovome radu ostali otvoreni za daljnju stručnu i znanstvenu raspravu glede podobnosti za nove, buduće, zakonske izmjene, odnosno dopune.

10.5. Zaključak

U ovom poglavlju sam, sukladno svojem iskustvu i viziji, dala konkretne sadržajne prijedloge dopuna hrvatskog Zakona o javnoj nabavi, i to u odnosu na članak 53. i članak 310. Zakona o javnoj nabavi. Isti prijedlozi su otvoreni za daljnju raspravu s obzirom da ni najnovijim izmjenama Zakona o javnoj nabavi iz listopada 2022. godine u hrvatski postupak javne nabave ni na koji način nije implementirano rješavanje spora o povjerljivosti podataka, odnosno osigurana mogućnost uvida u tajno označenu dokumentaciju spisa od strane onih ponuditelja ili natjecatelja koji za to imaju valjani pravni interes. Stoga su i nadalje ostale pravne praznine te se ponuditeljima ili natjecateljima koji žele ostvariti uvid u meritornu dokumentaciju spisa krši pravo na pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo. Isti problem postoji i vezan uz postupke nabave koje provode neobveznici Zakona o javnoj nabavi.

Stoga sam predložila da se već u najranijoj fazi postupka pred naručiteljem imenuje stručno povjerenstvo za pristup tajno označenim podacima postupka javne nabave, koje bi oformilo prsten povjerljivosti u kojeg bi bili primljeni predstavnici ponuditelja ili natjecatelja ukoliko bi dokazali da je njihov zahtjev za uvid u tajnu dokumentaciju postupka pravno osnovan.

Dakle, predlaže se u hrvatski postupak javne nabave uvesti institut prstena povjerljivosti u okviru kojeg bi se omogućio pristup tajnoj, odnosno povjerljivoj dokumentaciji postupka koja je vezana uz meritum spora, sve kako bi se sudionicima postupka javne nabave omogućila njihova zajamčena postupovna prava.

⁷⁴² Narodne novine 114/2022.

Vezano konkretno uz postupke javne nabave, postupanje u okviru instituta prstena povjerljivosti je preporučeno britanskim Smjernicama TCC, a u Republici Hrvatskoj je navedeni institut već *de facto* implementiran kroz ZZNITV.

U prijedlozima glede postupanja u okviru prstena povjerljivosti, odnosno primjene mjera za zaštitu povjerljivosti podataka u postupcima u kojima se pojave tajni, odnosno povjerljivi podaci, nisam pronašla kolizije između sadržaja britanskih Smjernica TCC i sadržaja zakonskih rješenja iz ZZNITV koji uređuje usporedni postupak⁷⁴³ u Republici Hrvatskoj. Stoga nisu pronađene prepreke da se institut prstena povjerljivosti ne bi uveo i u hrvatski postupak javne nabave.

Za primjenu mjera povjerljivosti postupka pred DKOM i pred VUSRH, trebalo bi dopuniti, osim odredaba Zakona o javnoj nabavi, i Uredbu o unutarnjem ustrojstvu Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Zakon o upravnim sporovima te Sudski poslovnik.

U svakom slučaju, postojeće norme Zakona o javnoj nabavi, u slučajevima označavanja tajnosti podataka od strane pojedinog ponuditelja ili natjecatelja, daju prednost zaštiti tajnosti podataka pred načelom transparentnosti postupka javne nabave. Navedeno je protivno mojem rezultatu dobivenom primjenom Alexyjeve *Weight* formule, kao i zaključcima presuda prikazanih u ranijim potpoglavljima 7.4.1., 7.4.3. i 7.4.4. rada, kao i mišljenju nezavisnog odvjetnika Suda Europske unije iz potpoglavlja 7.5. rada. Stoga su dopune hrvatskog Zakona o javnoj nabavi nužne, kako bi se svim sudionicima postupka javne nabave osigurala njihova temeljna prava na pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo.

Obrađena komparativna rješenja iz drugih europskih zakonodavstava, opsežna sudska praksa Suda za ljudska prava, Suda Europske unije, britanskog TCC, talijanskog Regionalnog suda u Laciju, praksa DKOM i VUSRH, kao i primjena *Weight* formule na konkretnu problematiku, daju dovoljne argumente da je hrvatsko zakonodavstvo javne nabave potrebno dopuniti⁷⁴⁴ na način da se na uvid u tajno označene podatke u postupku javne nabave primijeni načelo ograničene transparentnosti⁷⁴⁵ kroz institut prstena povjerljivosti.

⁷⁴³ U odnosu na postupak glede zaštite tajnosti podataka u postupku javne nabave.

⁷⁴⁴ Ili odgovarajuće izmijeniti.

⁷⁴⁵ S obzirom na ograničeni krug osoba koje bi imale ovlast pristupiti tajnoj dokumentaciji spisa unutar prstena povjerljivosti.

11. SVEOBUH VATAN ZAKLJUČAK

Hrvatski Zakon o javnoj nabavi, ni nakon donošenja Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnoj nabavi iz 2022. godine, nije regulirao pravo pristupa tajno označenim podacima u postupku javne nabave koje je pojedini gospodarski subjekt označio tajnima na temelju zakona, drugog propisa ili općeg akta.

Kroz rad je prepoznato, temeljem vlastitog odvjetničkog iskustva, ali i opsežno prikazane prakse, da pojedini gospodarski subjekti, koji se također u pojedinom postupku javne nabave pojavljuju kao subjekti s pravnim interesom⁷⁴⁶, nemaju pravnih mehanizama, prije podnošenja pravnog lijeka ili tužbe, za ostvarivanje prava uvida u dijelove spisa koji su označeni tajnima. Time se dovodi u pitanje učinkovitost podnošenja njihovog pravnog lijeka, ili tužbe, s obzirom da ni ne raspolažu uvidom u potpuno činjenično stanje postupka.

Ujedno, tada u postupku javne nabave dolazi do sukoba između, s jedne strane, prava na zaštitu tajnih, odnosno povjerljivih podataka i informacija te, s druge strane, zahtjeva za poštovanjem načela transparentnosti postupka javne nabave, budući da je temeljem članka 310. Zakona o javnoj nabavi javni naručitelj obvezan „nakon dostave odluke o odabiru ili poništenju, do isteka roka za žalbu, na zahtjev natjecatelja ili ponuditelja, omogućiti uvid u cjelokupnu dokumentaciju dotičnog postupka, uključujući zapisnike, dostavljene ponude ili zahtjeve za sudjelovanje, osim u one dokumente koji su označeni tajnim.“

Budući da u Republici Hrvatskoj nije reguliran spor o povjerljivosti podataka u okviru postupka javne nabave, to je kroz istraživanje provedena komparativna analiza zakonodavnih rješenja u svim državama članicama Europske unije, s tim da dodatno detaljno u Saveznoj Republici Njemačkoj, Kraljevini Švedskoj te Talijanskoj Republici.

Komparativno rješenje, koje je prema mojem mišljenju postiglo balans između osiguravanja načela transparentnosti i zaštite tajnih, odnosno povjerljivih podataka u postupcima javne nabave, pronađeno je u britanskim Smjernicama TCC i sudskoj praksi iz Ujedinjenog Kraljevstva. U tom pravnom sustavu egzistira institut prstena povjerljivosti u okviru kojeg je imenovanim osobama omogućen uvid u tajno označene podatke, odnosno informacije postupka javne nabave. Važno je za naglasiti da se u Ujedinjenom Kraljevstvu potiče rano otkrivanje tajnih informacija, već u postupku pred naručiteljem, što podržavam budući da isto može spriječiti pokretanje pojedinih postupaka, odnosno

⁷⁴⁶ Jer su također podnijeli ponudu u pojedinom postupku javne nabave.

može učiniti djelotvornijim one postupke koji bi se pokrenuli na temelju otkrivenih podataka, a ne „na slijepo“.

Kroz istraživanje je korišteno više znanstvenih metoda. Dogmatsko-normativna metoda je korištena prilikom analize i prikaza relevantnog hrvatskog i europskog prava, uključujući i relevantnih pravnih normi svih država članica Europske unije te Ujedinjenog Kraljevstva, u cilju prikaza normativnog uređenja zaštite tajnih, odnosno povjerljivih podataka i informacija te pravne regulacije pristupa istima u okviru postupaka javne nabave.

Korištena je i metoda dedukcije, posebice kod izvođenja posrednih zaključaka temeljem analize relevantnih odredaba hrvatskog Zakona o pravu na pristup informacijama, Zakona o upravnim sporovima, Sudskog poslovnika, Zakona o tajnosti podataka, ZZNITV, recentne domaće prakse DKOM te prakse VUSRH, kao i prakse Suda za ljudska prava, Suda Europske unije, talijanskog Regionalnog upravnog suda u Laciju te britanskog TCC. Primjenom deduktivne metode na sve pobrojano došlo se do krucijalnog zaključka da se primjenom hrvatskog članka 52. Zakona o javnoj nabavi, odnosno onemogućavanjem gospodarskom subjektu, koji za to ima opravdan pravni interes, uvida u tajno označene podatke spisa bitne za meritum postupka, odnosno spora, krše temeljna prava zajamčena Konvencijom, i to pravo na djelotvorno pravno sredstvo te pošteno suđenje.

Kroz rad su također korištene logičke metode analize i sinteze. Tako sam, među ostalim, raščlanjivanjem pojmova došla do zaključka da pojmovi „informacija“ i „podatak“ nemaju isto pravno značenje, a da razlika u značenju može imati utjecaj na gramatičko, odnosno formalističko tumačenje norme i njenu primjenu. Potreba za istraživanjem radi li se o istim semantičkim i pravnim pojmovima pojavila se iz razloga što se u pojedinim propisima u svezi tajnosti, odnosno povjerljivosti, koristi riječ „podatak“, a u pojedinim riječ „informacija“. Primjenom metode analize na navedeno, utvrđeno je da je hrvatski zakonodavac normu članka 52. Zakona o javnoj nabavi pravilno stipulirao, s obzirom da je zaključeno da pravo na zaštitu tajnosti podataka obuhvaća pravo na tajnost podataka, pravo na zaštitu informacija koje se sastoje od jednog ili više podataka te pravo na zaštitu poslovne tajne koja se sastoji od informacija, a informacija od jednog podatka ili skupa podataka.

Nadalje, prikazom usporednog postupka u Republici Hrvatskoj sukladno ZZNITV, u okviru kojeg je regulirana mogućnost pristupa povjerljivoj dokumentaciji spisa, povučena je paralela da bi se takav postupak mogao implementirati i u okviru postupka javne nabave, sve u korelaciji s institutom iz poredbenog prava, odnosno institutom prstena povjerljivosti prema Smjernicama britanskog TCC,

tim više što postupak pristupa povjerljivoj dokumentaciji spisa temeljem hrvatskog ZZNITV ima obrise postupanja u okviru prstena povjerljivosti.

Temeljem navedenog, primjenom metode sinteze, iz jednostavnijeg prema složenijem, osmišljen je prijedlog novih zakonskih normi hrvatskog Zakona o javnoj nabavi koje bi, prema mojem mišljenju, temeljem svega istraženog, predstavljale adekvatno zakonodavno uređenje glede pristupa tajno označenoj dokumentaciji postupka javne nabave, uz istovremenu zaštitu tajnosti podataka.

Da bi se formirali prijedlozi zakonskih rješenja u Republici Hrvatskoj, sve prethodno opisane metode su korištene prilikom prouke i primjene Alexyjeve *Weight* formule te sam ovu formulu primijenila na sukobljena pravna pitanja ovog rada i dobila matematički rezultat 0,666. Kroz sedmo poglavlje rada je detaljno raščlanjen, argumentiran i pojašnjen dobiveni rezultat koji ukazuje da je u postupku javne nabave, kod pitanja potrebe transparentnog pristupa tajno označenim podacima postupka javne nabave naspram potrebi zaštite tajnosti tih podataka, prednost pred pravom na zaštitu poslovne tajne potrebno dati pravu na transparentnost, jednakost oružja, pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo.

Metoda deskriptivne analize korištena je u svim dijelovima rada gdje je došlo do raščlanjivanja na elemente pojedine cjeline, što se ponajviše odnosi na raščlanjivanje pojedinih zakonskih odredaba te sudskih odluka.

Kroz rad je na više mjesta primijenjena i metoda specijalizacije u okviru koje se primjenjivalo od općeg do posebnog, odnosno opće je konkretizirano u posebno, što se, primjerice, može vidjeti kod primjene opće *Weight* formule na konkretna pitanja ovog rada. Tako je, umjesto matematičkih operacija između općih elemenata⁷⁴⁷ *Weight* formule, u brojniku izvršeno množenje posebnih pojmova bitnih za donošenje zaključaka, i to prava na zaštitu poslovne tajne, intenziteta povrede navedenog prava naspram sukobljenom pravu (2) x apstraktna težina naspram sukobljenom pravu, prema mojem znanju i procjeni (2) x pouzdane empirijske pretpostavke naspram sukobljenom pravu (1), dakle $2 \times 2 \times 1 =$ sveukupno 4.

Elemente u nazivniku je predstavljalo množenje posebnih pojmova bitnih za donošenje zaključaka, i to pojmova prava na transparentnost, odnosno jednakost oružja, pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo, intenzitet povrede navedenog prava naspram sukobljenom pravu (3) x apstraktna težina

⁷⁴⁷ Kao što je detaljno prikazano kroz sedmo poglavlje rada, opće elemente za dobivanje kvocijenta prema *Weight* formuli čine intenzitet povrede pojedinog načela/principa, konkretna važnost konkurentskog načela/principa, apstraktna težina te pouzdane empirijske pretpostavke.

naspram sukobljenom pravu, prema mojem znanju i procjeni (2) x pouzdane empirijske pretpostavke (1), dakle $3 \times 2 \times 1 =$ sveukupno 6.

Primjenom predmetne formule, u rezultatu je dobiven kvocijent 0,666 (4 : 6), čime je došlo do rezultata koji se odnosi na rezultat balansiranja kod odlučivanja o potrebi pristupa tajnoj, odnosno povjerljivoj dokumentaciji spisa postupka javne nabave, odnosno došlo je do potvrde zaključaka da je pred pravom na zaštitu poslovne tajne potrebno dati prednost pravu na transparentnost, odnosno jednakost oružja, pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo. Stoga je od opće *Weight* formule i općih pojmova koje ona podrazumijeva, dobiven rezultat u balansiranju dvaju sukobljenih prava, koji je, po mojem mišljenju, dodatno ukazao na potrebu mijenjanja hrvatskog zakonodavstva glede reguliranja postupka za pristup tajno označenoj dokumentaciji spisa postupka javne nabave.

U radu je primijenjena i metoda konkretizacije, posebno u dijelu gdje je model formiranja prstenova povjerljivosti iz postupku javne nabave Ujedinjenog Kraljevstva predloženo implementirati u hrvatski postupak javne nabave te je, u svezi navedenog, konkretno prikazan i usporedni postupak koji je u Republici Hrvatskoj reguliran ZZNITV.

Što se tiče metode klasifikacije, ista je ponajviše primijenjena kod prikaza vrste tajnih podataka koji se mogu pojaviti u postupku javne nabave, koja klasifikacija je izvršena analizom pozitivnih propisa te selektiranjem podataka koji za oznaku tajnosti imaju valjanu pravnu osnovu.

U radu su primijenjene i metode kompilacije te indukcije uzimajući u obzir opažanja i stavove drugih znanstvenika, iako, kao što je u uvodnom dijelu rada navedeno, nisam pronašla ni domaću, ni inozemnu literaturu koja bi se striktno bavila pristupom tajno označenim podacima u postupku javne nabave na način da bi, vezano uz unutarnje tržište Europske unije, selektirala podatke koji se imaju smatrati tajnim, odnosno povjerljivim u javnoj nabavi te prikazivala procedure zaštite istih uz istovremeno poštovanje i ostvarivanje načela transparentnosti postupka javne nabave.

Najvažnija opažanja drugih znanstvenika jesu navodi autorica Andrea Bianchi i Anne Peters u knjizi „Transparency in International Law“, koje su zaključile, među ostalim, da ljudsko pravo na informacije može biti i jest sredstvo za transparentnost.⁷⁴⁸ Konkretno primjenjivo na krucijalne zaključke ovog doktorskog rada, ljudska prava na pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo mogu u određenim slučajevima predstavljati sredstvo za transparentan pristup tajno označenim podacima postupka javne nabave. Također, autori Kirsi-Maria Halonen, Roberto Caranta i Albert Sanchez-Graells, u svojoj knjizi „Transparency in EU Public Procurement, an introduction“,

⁷⁴⁸ Doduše, one su navele da se isti zaključak odnosi na međunarodno pravo, no nisam pronašla razloge zbog čega isti zaključak ne bi bio primjenjiv i vezano uz načelo transparentnosti u postupku javne nabave.

zaključili su, među ostalim, da postoje različiti pristupi otvorenosti informacijama u državama članicama Europske unije te da glavni uzroci leže u pravnoj tradiciji država članica. Ono najvažnije, naveli su kako su glavna pitanja i dalje otvorena te čekaju rješenja na razini Europske unije i na nacionalnoj razini.

Ujedno, autorica Kirsi-Maria Halonen u svojem članku „Disclosure Rules in EU public procurement: Balancing between competition and transparency“ je naglasila, među ostalim, da dok se s jedne strane transparentnost postupka nabave smatra neophodnom za sprječavanje korupcije, pretjerana i nepotrebna transparentnost olakšava formiranje i uspješnu provedbu namještanja ponude putem kartela, odnosno može narušiti pošteno tržišno natjecanje.

Opažanja navedenih autora su bila dodatna motivacija za provođenjem predmetnog istraživanja i pisanjem ovog rada.

Što se tiče teleološkog pristupa tumačenju pravnih normi, isti je prvenstveno primijenjen kod analize odredbe članka 52. hrvatskog Zakona o javnoj nabavi.⁷⁴⁹ Naime, teleološkim tumačenjem navedene norme zaključeno je da pravo na zaštitu tajnosti podataka obuhvaća pravo na tajnost podataka, pravo na zaštitu informacija koje se sastoje od jednog ili više podataka, kao i pravo na zaštitu poslovne tajne koja se sastoji od informacija, a informacija od jednog podatka ili skupa podataka.

Kroz rad je korištena i poredbena/komparativna metoda prikazom pravnog uređenja načela transparentnosti te povjerljivosti podataka u postupcima javne nabave, i to u svih dvadeset i sedam država članica Europske unije. Dodatno, u osmom poglavlju, vezano uz predmetna pitanja, provedena je detaljnija komparativna analiza zakonodavstva Savezne Republike Njemačke, Talijanske Republike te Kraljevine Švedske.

U devetom poglavlju rada obrađena su zakonodavna rješenja, Smjernice TCC i recentna sudska praksa glede pristupa povjerljivim podacima u postupcima javne nabave u Ujedinjenom Kraljevstvu.

Statistička metoda najviše je korištena u dijelu rada vezanom uz primjenu načela transparentnosti u postupcima javne nabave, i to kod prikaza stope vrijednosti nabave oglašene na TED-u kao udio u nacionalnom bruto domaćem proizvodu po državama članicama Europske unije te kod razrade funkcije načela transparentnosti kao alata u borbi protiv korupcije. Ista metoda korištena je i u dijelu rada vezanom uz zaštitu poslovne tajne te su u tom smislu, u trećem poglavlju, prikazani rezultati ispitivanja o ranjivosti sektora u Europskoj uniji u postupcima javne nabave glede zlouporabe poslovne tajne i/ili kršenja prava intelektualnog vlasništva.

⁷⁴⁹ *Supra*, treće poglavlje rada.

Također, u radu je korištena i povijesna metoda te je ista bila najkorisnija kod istraživanja pojma transparentnosti, kako je isti pojam nastao, tko ga je osmislio te što je njegov suštinski⁷⁵⁰ smisao.

Naime, načelo transparentnosti se prvi put spominje 1781. godine te se veže uz engleskog filozofa, pravnika i ekonomista Jeremy Benthama. Od tada pa do danas značajno su se povećale vrste, opseg i sadržaj informacija te iste, uslijed dostupnosti, zahtijevaju sve veću zaštitu. S jedne strane se javljaju zahtjevi transparentnosti u ulozi kontrole meritornih i procesnih prava sudionika pojedinog postupka, kao i u antikorupcijskoj ulozi koja traži otvorenost, dostupnost, kontrolu podataka, dok s druge strane količina informacija te njihov brzi protok traže zaštitu tajnosti, odnosno povjerljivosti. Tu dolazi do sukoba dvaju opisanih interesa te je sukob potrebno pomiriti i postići ravnotežu u njihovom sudaranju, kako bi svaki od oba sukobljena interesa bio pod režimom adekvatne pravne zaštite.

Samo načelo transparentnosti predstavlja načelo koje proizlazi iz temeljnih načela propisanih primarnim zakonodavstvom Europske unije, dok je pravo na pristup informacijama zajamčeno kao jedno od temeljnih prava svih građana Europske unije.

Analizom europskog prava, glede područja javne nabave, zaključeno je da je kroz isto prožeto načelo transparentnosti, ali i zaštita povjerljivih podataka. Međutim, pravila o sporovima o tajnosti, odnosno povjerljivosti podataka u postupcima javne nabave nisu predviđena.

Provedenom komparacijom zakonodavstva država članica Europske unije zaključeno je da su sve države, uglavnom u 2016. godini, implementirale europske Direktive iz 2014. godine te na sličan način regulirale zahtjeve transparentnosti u javnoj nabavi te pitanje zaštite povjerljivih podataka koji se kao takvima označe u postupku. Pravne situacije, ukoliko se sudionik konkretnog postupka ne slaže sa pravnom osnovom označavanja podataka tajnim ili povjerljivim, nisu striktno i jasno propisane nacionalnim zakonodavstvima.

Zaključila sam da je pomak vidljiv u Talijanskoj Republici gdje je predviđeno da je ponuditelju, koji vodi postupak pred sudom glede dodjele ugovora, omogućen pristup dokumentima koji sadrže povjerljive podatke. Također, pomak je vidljiv i u Kraljevini Švedskoj gdje je zakonom predviđeno da ukoliko se vodi žalbeni postupak iz razloga jer nisu bili dostupni pojedini podaci ili informacije iz ugovora, u postupku pred sudom sudjeluje i subjekt koji je zatražio pristup dokumentima koji su bili označeni tajnima.

Što se tiče hrvatskog zakonodavstva, transparentnost postupka javne nabave, kao i formalni zahtjevi zaštite tajnosti podataka u postupku javne nabave, usklađeni su sa sekundarnim zakonodavstvom

⁷⁵⁰ „Samo kroz javnost pravda postaje majka sigurnosti“, *supra* drugo poglavlje rada.

Europske unije. Međutim, meritorna i procesna kontrola označavanja tajnosti, odnosno povjerljivosti podataka te zaštita procesnih prava drugih sudionika postupka, uslijed onemogućavanja pristupa zaštićenim, odnosno tajnim podacima, zakonom nije predviđena.

Zaključeno je da je u Republici Hrvatskoj uočena niska razina transparentnosti postupka nabave u okviru provedbe projekata financiranih sredstvima iz europskih fondova, s obzirom da, sukladno važećim NOJN Pravilima nije propisan poseban postupak omogućavanja uvida u dokumentaciju ponuditeljima u postupku u odnosu na odabranog ponuditelja, kao što ni nije propisana mogućnost žalbe protiv odluke o odabiru. U istom poglavlju rada apostrofiran je porazan podatak, koji se doduše odnosi na istraživanje iz 2016. godine, da je Republika Hrvatska po indeksu rizika od korupcije u javnoj nabavi na samom vrhu u Europskoj uniji.

Sami zahtjevi transparentnosti mogu imati pozitivnu ulogu u smanjenju korupcije, a očekuje se da će digitalna transformacija društva utjecati i na postupke javne nabave, odnosno na povećanje razine transparentnosti. Posljednje riječi u drugom poglavlju rada⁷⁵¹ su bile „veća digitalizacija, više informacija, više transparentnosti.“

U trećem poglavlju rada prikazane su pravne osnove koje bi se mogle pojaviti kao valjane kod označavanja tajnima podataka u hrvatskom postupku javne nabave. Tako je razrađeno da se može raditi o ZZNITV, Zakonu o tajnosti podataka, Zakonu o zaštiti tajnosti podataka, Direktivi (EU) 2016/943 Europskog Parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2016. godine, Povelji, Općoj uredbi o zaštiti podataka, kao i općim aktima.

Utvrđeno je da bi se u postupku javne nabave tajnima mogli označiti podaci koji se odnose na poslovnu tajnu, znanje i iskustvo te osobne podatke. Zaštita tajnosti znanja i iskustva je posebno važna u postupcima javne nabave vezanim uz inovacije.

Što se konkretno tiče zaštite poslovne tajne, uključujući znanje i iskustvo, ista je regulirana ZZNITV, Zakonom o zaštiti tajnosti podataka te Direktivom 2016/943. Pitanje klasificiranih i neklasificiranih podataka te stupnjeva tajnosti podataka regulirano je Zakonom o tajnosti podataka, dok pravna osnova zaštite osobnih podataka proizlazi iz Povelje te Opće uredbe o zaštiti podataka.

Objasnila sam da definicija poslovne tajne nije unificirana na razini Europske unije, no da najispravnijom smatram definiciju iz članka 3., stavka 1., točke 5, ZZNITV kojom je propisano da poslovnu tajnu predstavljaju informacije koje ispunjavaju zahtjeve da su tajne „jer nisu u svojoj ukupnosti ili u točnoj strukturi i sklopu svojih sastavnih dijelova općenito poznate ili lako dostupne

⁷⁵¹ U zaključku drugog poglavlja.

osobama iz krugova koji se obično bave predmetnom vrstom informacija“; da imaju tržišnu (komercijalnu) vrijednost zbog toga što su tajne te da je u odnosu na takve informacije osoba koja ih zakonito kontrolira poduzela u tim okolnostima razumne korake kako bi sačuvala njihovu tajnost.

Na isti način definiciju poslovne tajne regulira i Direktiva 2016/943 Europskog Parlamenta i Vijeća koja također propisuje da se poslovna tajna odnosi na informacije koje ispunjavaju daljnje propisane zahtjeve. Zakon o zaštiti tajnosti podataka pak propisuje da poslovnu tajnu predstavljaju podaci koji su kao poslovna tajna određeni zakonom, drugim propisom ili općim aktom trgovačkog društva, ustanove ili druge pravne osobe.

Stoga je objašnjeno da se definicija poslovne tajne iz ZZNITV veže uz zaštitu informacija kao poslovne tajne, dok se Zakon o zaštiti tajnosti podataka veže na zaštitu podataka kao poslovne tajne. Napomenuto je da Zakon o javnoj nabavi regulira pravo na tajnost podataka, a ne pravo na tajnost informacija. Međutim, kroz potpoglavlje 3.1.1.1. rada argumentirala sam da su podaci osnova za oblikovanje informacije, odnosno da se svaka informacija sastoji od podataka pa da stoga pod pojam zaštite podataka iz članka 52. Zakona o javnoj nabavi svakako potpada i zaštita poslovne tajne.

Također, ukazano je da naslov članka 21. Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća u službenom prijevodu na hrvatski jezik glasi „povjerljivost podataka“, dok se u samom sadržaju članka spominju termini informacije i podaci. U izvornom tekstu iste Direktive, na engleskom, ali i francuskom, jeziku, naslov članka 21. glasi „confidentiality“, a u samome sadržaju članka se spominju samo informacije. Stoga je zaključeno da je službeni prijevod članka 21. Direktive 2014/24 Europskog parlamenta i Vijeća na hrvatski jezik očito nespretno preveden te da bi kod implementacije navedenog članka 21. Direktive 2014/24 u hrvatski Zakon o javnoj nabavi ispravniji naslov poglavlja 3.⁷⁵² umjesto „tajnost podataka“ bio „povjerljivost informacija“. Navedeno bi zakonodavac trebao imati na umu kod novih zakonskih izmjena i dopuna Zakona o javnoj nabavi.

Nadalje, iz pozitivnih propisa Republike Hrvatske ne proizlazi da bi se poslovne tajne štitile s vlasničko pravnog aspekta, odnosno s aspekta prava intelektualnog vlasništva, već da se kod prava na zaštitu poslovne tajne potrebno pozvati na koju od pravnih osnova analiziranih kroz ovaj rad.

Što se tiče zaštite osobnih podataka, kao što je navedeno, isto je unificirano na razini Europske unije Općom uredbom o zaštiti podataka, kao i člankom 8. Povelje.

U pogledu zaštite osobnih podataka u postupcima javne nabave, Ministarstvo gospodarstva i održivog razvoja Republike Hrvatske je u 2018. godini izdalo Mišljenje da je „sukladno članku 6., stavku 1.,

⁷⁵² Iz Glave III. Opća pravila Zakona o javnoj nabavi.

točki (e) u svezi sa stavkom 3. Opće uredbe o zaštiti podataka, obrada podataka od strane naručitelja u postupcima javne nabave zakonita te da u tome smislu nije potrebno postavljati dodatne zahtjeve u dokumentaciji o nabavi.“ Međutim, zaključila sam da navedeno ne isključuje mogućnost da gospodarski subjekt u postupku javne nabave temeljem valjane pravne osnove za pojedine osobne podatke postavi zahtjev tajnosti.

Što se tiče pristupa tajno označenim podacima u postupku javne nabave temeljem Zakona o pravu na pristup informacijama, zaključeno je da bi temeljem članka 15., stavka 2., Zakona o pravu na pristup informacijama naručitelj, koji ujedno predstavlja i tijelo javne vlasti, imao legitimno pravo odbiti zahtjev za pristup tajnim, odnosno povjerljivim podacima. Navedeno vrijedi i za naručitelje koji ne predstavljaju tijelo javne vlasti, uključujući i neobveznike Zakona o javnoj nabavi te stoga nisu obveznici primjene Zakona o pravu na pristup informacijama.

U radu je također prikazano da bi primjena *blockchain* tehnologije i pametnih ugovora javne nabave mogla omogućiti veću transparentnost postupka javne nabave, dok bi posebni računalni sustavi u okviru primjene navedene tehnologije trebali omogućiti zaštitu povjerljivih podataka, što se može ostvariti primjenom alata „privatnosti prema dizajnu“ i „privatnosti prema zadanim postavkama“. Uslijed navedenog se ukazuje izvjestan scenarij u budućnosti potrebom za užom poslovnom suradnjom pravnih stručnjaka i stručnjaka informatičkih tehnologija. Vjerujem da doprinos u okviru takve suradnje mogu biti i zaključci iz ovog rada.

U četvrtom poglavlju rada prikazan je sadržaj prakse postupanja DKOM i VUSRH, vezano uz predmetnu temu. Ukazano je da iz prikazane prakse proizlazi kako je ona usklađena s gore opisanim Mišljenjem Ministarstva gospodarstva i održivog razvoja Republike Hrvatske iz 2018. godine.

U pogledu navedenog Mišljenja, stava sam da se, odredba članka 6., stavka 1., točke (e) u svezi sa stavkom 3. Opće uredbe o zaštiti podataka, glede toga da je obrada podataka koji se traže u postupcima javne nabave „nužna za izvršavanje zadaće od javnog interesa“, odnosi na osobne podatke ponuditelja ili natjecatelja, a za podatke glede trećih osoba, u odnosu na koje je ponuditelj ili natjecatelj voditelj obrade podataka, potrebno je ispunjenje kojeg od uvjeta iz članka 6., stavka 1., Opće uredbe o zaštiti podataka da bi obrada podataka tih trećih osoba bila zakonita. Drugim riječima, ponuditelj ili natjecatelj bi, kao jednu od mogućnosti zakonitosti obrade osobnih podataka, mogao zatražiti privolu glede obrade osobnih podataka od trećih osoba. Navedeno je potkrijepljeno sadržajem Rješenja DKOM, Klasa: UP/11-034-02/18-01/798, Urbroj: 354-01/18-7 od 25. listopada 2018. godine te sadržajem presude VUSRH, UsII-99/19-8 od 20. ožujka 2019. godine.

Analizom hrvatske prakse potvrđeno je da je i DKOM utvrdilo kako je činjenica da se označavanjem dijela ponude poslovnom tajnom onemogućavaju žalitelji u ostvarivanju prava na žalbu i učinkovitu pravnu zaštitu, budući da isti nemaju mogućnost preispitivati ponudu u dijelu u kojem je označena poslovnom tajnom pa da se na taj način dovodi u pitanje pravo na žalbu potencijalnih žalitelja.

Također, DKOM je dao stav glede načela transparentnosti na način da je to jedno od temeljnih načela javne nabave koje je potrebno osigurati kako prilikom provođenja postupaka javne nabave, tako i u ostvarivanju pravne zaštite te da se isto ostvaruje obvezom javnog naručitelja da ponuditelju na njegov zahtjev omogući uvid u ponudu nakon dostave odluke o odabiru ili odluke o poništenju, do isteka roka za izjavljivanje žalbe.

Dakle, potreba poštovanja prava na žalbu i učinkovitu pravnu zaštitu, kao i važnost funkcije načela transparentnosti u postupcima javne nabave vezano uz ostvarivanje pravne zaštite, prepoznata je od strane DKOM. Navedeno je, primjerice, potvrđeno prikazanim sadržajem Rješenja DKOM, Klasa: UP/II-034-02/17-01/64, Urbroj: 354-01/17-7 od 8. ožujka 2017. godine te Rješenja Klasa: UP/II-034-02/18-01/216, Urbroj: 354-01/18-7 od 26. travnja 2018. godine.

Međutim, ono što je važno jest da, unatoč tome što je u hrvatskom postupku javne nabave javni naručitelj obavezan, nakon dostave odluke o odabiru ili poništenju do isteka roka za žalbu, na zahtjev natjecatelja ili ponuditelja omogućiti mu uvid u cjelokupnu dokumentaciju postupka, navedena obveza se ne odnosi na one dokumente koji su temeljem valjane pravne osnove označeni tajnima.

Stoga je u petom poglavlju rada prikazan, među ostalim, Zaključak o pravnom shvaćanju Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave od 17. studenoga 2016. godine, sukladno kojem je naručitelj obavezan provjeriti je li ponuditelj odnosno natjecatelj naveo valjanu pravnu osnovu za označavanje podataka tajnima, sadržajno propitati osnovanost označavanja podataka tajnima te u konačnici odlučiti o pravu davanja na uvid dokumentacije koja je označena tajnom.

Utvrđena je pravna praznina glede prethodno navedenog u odnosu na neobveznike Zakona o javnoj nabavi koji provode postupke nabave glede projekata financiranih iz europskih fondova. Naime, Zakonom o javnoj nabavi, kao ni NOJN nije propisana obveza da omoguće pristup, odnosno uvid u dokumentaciju postupka javne nabave.

U pogledu pak samog označavanja podataka tajnim na temelju valjane pravne osnove ukazano je da je člankom 197. važećeg Zakona o javnoj nabavi propisano da je prije početka postupka javne nabave javni naručitelj obavezan internom odlukom imenovati stručno povjerenstvo za javnu nabavu koje priprema i provodi postupak javne nabave te da najmanje jedan član stručnog povjerenstva za javnu

nabavu mora posjedovati važeći certifikat u području javne nabave, što se primjenom odredbe članka 335. Zakona o javnoj nabavi odnosi i na sektorske naručitelje.

Zaključeno je da bi obveza formiranja stručnog povjerenstva za javnu nabavu trebala biti propisana i za postupke nabave koje provode neobveznici Zakona o javnoj nabavi.

Također, kroz peto poglavlje sam obrazložila stav kako smatram da bi s obzirom na složenost pravne regulative glede zaštite povjerljivosti, odnosno tajnosti podataka, radi veće pravne zaštite ponuditelja i natjecatelja u postupku javne nabave te ispravnog procjenjivanja i sadržajnog propitivanja da li je za označavanje tajnosti podataka navedena valjana prava osnova, kod svih naručitelja barem jedan član povjerenstva trebao posjedovati certifikat iz područja javne nabave, ali i imati završeno pravno obrazovanje.

Kada u hrvatskom postupku javne nabave dođe do spora o pravnoj osnovanosti označavanja pojedinih podataka tajnima, u pojedinoj fazi ili stadiju postupka javne nabave nije propisana zasebna procedura kontrole postupanja naručitelja.

Također, ni pred DKOM nisu propisana posebna pravila glede spora o tajnosti, odnosno povjerljivosti podataka. Naime, iz odredaba Zakona o javnoj nabavi i Uredbe o unutarnjem ustrojstvu Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, ni na jednom mjestu nije predviđena procedura temeljem koje bi DKOM omogućio žalitelju pristup dokumentaciji, odnosno dijelovima dokumentacije koje su tijekom postupka javne nabave označeni tajnima.

Ni Zakonom o upravnim sporovima ni Sudskim poslovníkom nije propisana procedura zaštite procesnih prava stranke da u sudskom postupku⁷⁵³, koji je proizašao iz postupka javne nabave, izvrši uvid u povjerljivu dokumentaciju spisa, uključujući i u onu dokumentaciju koja je u postupku javne nabave označena tajnom.

Što se tiče primjene Zakona o pravu na pristup informacijama u postupku pred naručiteljem, odnosno pred DKOM ili VUSRH, iz sadržaja tog zakona proizlazi da se njegove odredbe ne primjenjuju na stranke u sudskim, upravnim i drugim na zakonu utemeljenim postupcima, kojima je dostupnost informacija iz tih postupaka utvrđena propisom.

Stoga se stranke u postupku pred naručiteljem, u postupku pred DKOM, kao ni pred VUSRH, ne bi mogle uspješno pozivati na odredbe Zakona o pravu na pristup informacijama kako bi im se omogućio uvid u dokumentaciju koja je označena tajnom.

⁷⁵³ Koji bi se vodio pred VUSRH.

U potpoglavlju 5.5. rada prikazan je usporedni hrvatski postupak glede omogućavanja pristupa povjerljivim podacima u sudskome postupku koji se vodi osnovom ZZNITV. Naime, zaštita povjerljivosti poslovnih tajni tijekom sudskog postupka temeljem navedenog zakona omogućena je obvezom zabrane korištenja ili otkrivanja povjerljive poslovne tajne tijekom, ali i nakon završetka sudskog postupka. Također, temeljem istog propisa, sud može na zahtjev stranke poduzeti posebne mjere potrebne za očuvanje povjerljivosti bilo koje poslovne tajne ili navodne poslovne tajne koja se koristi ili na koju se upućuje tijekom sudskog postupka koji se odnosi na nezakonito pribavljanje, korištenje ili otkrivanje poslovne tajne.

Jedna od takvih mjera je i ograničavanje broja osoba koje mogu pristupiti dokumentima koje su dostavile stranke ili treće osobe, s time da broj osoba kojima se omogućava pristup dokumentima ne smije biti veći od onoga koji je potreban kako bi se osiguralo poštovanje prava stranaka sudskog postupka na djelotvoran pravni lijek i pošteno suđenje. Opisana mjera uključuje najmanje jednu fizičku osobu svake stranke te odvjetnike ili druge zastupnike tih stranaka sudskog postupka.

Upravo je slično pravno rješenje pronađeno u poredbenom pravu Ujedinjenog Kraljevstva, i to konkretno vezano uz postupke javne nabave, gdje se uvid u povjerljivu dokumentaciju spisa omogućava u formiranom prstenu povjerljivosti.

Što se tiče sadašnjeg zakonodavnog rješenja u Republici Hrvatskoj glede pristupa tajno označenoj dokumentaciji spisa u postupku javne nabave, zaključeno je da je pravna zaštita ponuditelja ili natjecatelja koji imaju pravni interes za uvid u takvu dokumentaciju spisa, koja je ujedno i meritorna za spor, u Republici Hrvatskoj zakonski manjkavo uređena.

S obzirom da u postupku javne nabave načelo transparentnosti nije neograničeno, te nasuprot interesu za transparentnošću postupka postoji i interes zaštite tajnih podataka, odnosno povjerljivih informacija, provedenim istraživanjem sam legitimnost ograničavanja načela transparentnosti u postupku javne nabave kategorizirala kroz tri temeljna aspekta: zaštita poslovne tajne, sprječavanje narušavanja poštenog tržišnog natjecanja te zaštita javnog interesa.

Što se tiče zaštite poslovnih tajni obrazloženo je da Konvencija iste štiti kao nematerijalna dobra koja potpadaju pod imovinska prava važna, među ostalim, za inovacijsku politiku u Europskoj uniji.

Objašnjeno je, među ostalim, da iako se članak 8. Konvencije odnosi na pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života fizičkih osoba, iz presuda Suda za ljudska prava u predmetima *Niemietz protiv Njemačke* te *Société Colas Est i drugi protiv Francuske*, jasno proizlazi da se članak 8. Konvencije odnosi i na profesionalne djelatnosti te na pravne osobe u vidu zaštite njihovih poslovnih tajni.

Slijedom navedenog je zaključeno, među ostalim, da je za naručitelje važno imati na umu da ukoliko u postupku javne nabave dođe do povrede zaštite poslovne tajne, takvo postupanje može biti protivno sadržaju članka 8. Konvencije te članka 7. Povelje. Naime, navedeno je važno jer zaštita poslovne tajne u europskom pravu predstavlja opće načelo prava Europske unije.

Što se tiče sudske prakse Suda za ljudska prava, u slučaju *Peck protiv Ujedinjenog Kraljevstva* razmatralo se pitanje zaštite osobnih podataka te je dan zaključak da je prije otkrivanja osobnih podataka potrebno poduzeti mjere kako bi se zaštitio privatni interes osobe o čijim se podacima radi. U protivnom može doći do povrede članka 8. Konvencije.

Stoga je zaključeno da bi bilo uputno da naručitelji u postupku javne nabave, prije davanja na uvid pojedinih osobnih podataka, ili objave istih, ishode privolu osobe u odnosu na koju se ti osobni podaci odnose, neovisno o tome što je kroz treće poglavlje rada bilo zaključeno da za obradu osobnih podataka u postupku javne nabave nije potrebno ishoditi privolu ispitanika s obzirom da za zakonitost obrade osobnih podataka bez privole postoji pravno uporište u Općoj uredbi o zaštiti podataka. Naime, ishodaenje privole bi u potpunosti eliminiralo mogućnost postupanja protivno članku 8. Konvencije.

Što se tiče sprječavanja narušavanja poštenog tržišnog natjecanja, kao drugog aspekta legitimnosti ograničavanja pristupa dokumentaciji postupka javne nabave, istaknuto je da Direktiva 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ, kao osnovu neobjavljivanja pojedinih podataka iz postupka javne nabave, propisuje, među ostalim, zaštitu poštenog tržišnog natjecanja.

Isto je potvrđeno i sudskom praksom Suda Europske unije koji je u presudi *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, protiv Europski parlament*, naglasio, među ostalim, da je za postizanje cilja pravila u području javne nabave Europske unije, koji se temelji na neometanom tržišnom natjecanju, potrebno da naručitelji ne otkrivaju informacije koje se odnose na provedbu postupka javne nabave čiji se sadržaj može koristiti za narušavanje tržišnog natjecanja, bilo u postupku javne nabave koji je u tijeku, bilo u sljedećim postupcima javne nabave. U istoj presudi je također navedeno, među ostalim, da je Sud Europske unije jasno potvrdio da je sudska praksa priznala da se prirodom gospodarskih i tehničkih elemenata sadržanih u ponudama može opravdati to da konkretna institucija odbije dati pristup odabranim ponudama, osobito u slučajevima kada se takve ponude odnose na posebna znanja ponuditelja i pridonose jedinstvenosti i privlačnosti njihovih ponuda. Ovakvi zaključci Suda Europske unije su važni i za aktualno vrijeme,

s obzirom na rast broja postupaka javne nabave vezanih uz inovacije, digitalnu transformaciju i zelenu javnu nabavu, u kojima imaju važnu ulogu upravo inovativna i posebna znanja.

Stoga je objavljivanje informacija o postupcima javne nabave, u okviru poštovanja načela transparentnosti postupka javne nabave, značajno povezano sa tržišnim natjecanjem subjekata na tržištu.

Ukoliko bi naručitelj posumnjao ili utvrdio da se u ponudi natjecatelja ili ponuditelja radi o nedopuštenim tajnim sporazumima između poduzetnika, tada bi takva ponuda trebala biti isključena iz postupka kao nepravilna te bi naručitelj o svojoj sumnji na kartel trebao obavijestiti Agenciju za zaštitu tržišnog natjecanja. U tom slučaju bi naručitelj imao legitimno pravo temeljem članka 301., stavka 4., Zakona o javnoj nabavi, sudionicima postupka javne nabave uskratiti pravo uvida u dokumentaciju postupka.

Ukoliko bi se pak u postupku javne nabave pojavile ponude koje bi sadržavale *dumping* cijene, iznijela sam stav⁷⁵⁴ da bi, upravo kako bi se zaštitio javni interes od toga da drugi sudionici postupka javne nabave ponude još niže cijene⁷⁵⁵, naručitelj imao legitimno pravo ne omogućiti uvid u dokumentaciju nabave koja sadrži takve ponude, koje bi prethodno bile odbijene.

Što se tiče zaštite javnog interesa, ista je razrađena kroz potpoglavlje 6.3. rada, kao legitimnost ograničenja načela transparentnosti postupka javne nabave neobjavljivanjem, odnosno odbijanjem zahtjeva za uvid dokumentacije o postupku javne nabave. U slučaju spora, teret dokaza o tome da je postojala potreba zaštite javnog interesa neobjavljivanjem, odnosno odbijanjem davanja na uvid sadržaja dokumentacije postupka javne nabave, bio bi na naručitelju. U svezi navedenog su bile prikazane dvije presude donesene od strane Suda za ljudska prava, i to u predmetu *Rowe i Davis protiv Ujedinjenog Kraljevstva* i u predmetu *V protiv Finske*.

U tom dijelu primijenjena je metoda analogijske indukcije na način da je zaključeno kako bi u slučaju spora o povjerljivosti u hrvatskom postupku javne nabave, odluku o tome da li je određen podatak zakonito označen tajnim ili ne trebalo, *a priori*, donijeti zasebno povjerenstvo za pristup tajno označenim podacima u prvostupanjskoj instanci, a ne da je odluka isključivo u rukama stručnog povjerenstva za javnu nabavu naručitelja koji provodi postupak javne nabave.

Kako bi se, uz sve navedeno, dokazalo da je potrebno mijenjati, odnosno dopuniti hrvatsko zakonodavstvo javne nabave u pogledu reguliranja postupka pristupa podacima koji su u postupku

⁷⁵⁴ *Supra* potpoglavlje 6.2.2. rada.

⁷⁵⁵ Primjerice, u drugim postupcima javne nabave.

označeni tajnima, u sedmom poglavlju rada su bile prikazane tri faze unutar postupka balansiranja te formula odvagivanja prema Alexyju.

Primjenom formule $W_{i,j} = \frac{I_i \times W_i \times R_i}{I_j \times W_j \times R_j}$ došla sam do rezultata, odnosno kvocijenta 0,666.

$$I_j \times W_j \times R_j$$

Navedena formula je bila primijenjena na dva sukobljena prava - pravo na zaštitu poslovne tajne te pravo na transparentnost, odnosno jednakost oružja, pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo.

Objašnjeno je da ukoliko rezultat primjenom navedene formule ispadne manji od 1, prednost se daje pravu čije se veličine množe u nazivniku, odnosno konkurentskom pravu, što je u konkretnom matematičkom prikazu bilo pravo na transparentnost, odnosno jednakost oružja, pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo.

Numeričke podatke parametara za izračun dala sam na temelju svojeg osobnog znanja i iskustva.

S obzirom na dobiven rezultat, ukazano je na potrebu izmjene, odnosno dopune hrvatskog zakonodavstva u vidu uvođenja pravila spora o povjerljivosti podataka u postupku javne nabave.

Prethodno je dodatno potkrijepljeno i time da spor oko povjerljivosti podataka potpada pod zaštitu koju pruža Konvencija, te se stoga, unatoč tome što pravo na pristup povjerljivoj dokumentaciji spisa nije apsolutno pravo, u hrvatskom postupku javne nabave, zbog nepostojanja pravila spora o povjerljivosti tajnih podataka, krši pravo na pošteno suđenje sudionicima koji imaju interes uvida u dokumentaciju koja je relevantna za meritum spora i, primjerice, bitna za podnošenje žalbe ili tužbe.

Takvim sudionicima postupka javne nabave povrijeđeno je pravo na djelotvoran pravni lijek te je prekršeno načelo djelotvornosti koje zahtijeva europsko pravo.

Za brojčano stupnjevanje trojne ljestvice u Alexyjevoj formuli odvagivanja, odnosno provedbe postupka balansiranja sa sukobljenim pravima sudionika u postupku, iznimno je bitno poznavanje sudske prakse pa je kroz sedmo poglavlje rada prikazano šest presuda Suda Europske unije.

Iz tih presuda proizlaze važni zaključci bitni i za suštinu, sadržaj i zaključke ovog doktorskog rada.

Naime, iz prikazanih presuda Suda Europske unije proizlazi da kontradiktorno načelo znači da stranke imaju pravo na postupak uvida i komentiranja dokaza, ali da im je ipak u nekim slučajevima potrebno uskratiti određene informacije radi očuvanja temeljnih prava treće strane na poslovnu tajnu, odnosno povjerljivost podatka, ili očuvanja važnog javnog interesa. Ipak, sudska praksa naglašava da je u takvim slučajevima potrebno osigurati da postupak u cjelini bude u skladu s pravom na pošteno suđenje, što je u skladu s zaključcima do kojih sam došla kroz ovaj rad.

Isto tako, Sud Europske unije se u presudama pozvao na načela ekvivalentnosti i djelotvornosti, odnosno naveo je da detaljna postupovna pravila koja reguliraju radnje za zaštitu prava pojedinca prema zakonodavstvu Unije ne smiju biti manje povoljna od pravila vezanih uz slične situacije u domaćem zakonodavstvu te ne smiju činiti praktično nemogućim ili pretjerano otežanim ostvarivanje prava dodijeljenih pravom Unije. Stoga je i na hrvatskom nacionalnom pravu da utvrdi detaljna proceduralna pravila koja reguliraju radnje za zaštitu prava gospodarskih subjekata kojima je, zbog priznatog prava na povjerljivost podataka drugih sudionika postupka javne nabave, onemogućeno pravo uvida u sve podatke spisa predmeta koji su tome gospodarskom subjektu nužni radi ostvarivanja njegovih zajamčenih prava.

Uz sve navedeno, dodatan argument za potrebu uvođenja pravila spora o povjerljivosti u hrvatski postupak javne nabave, pronađen je i u stavu Suda Europske unije da žalbeno tijelo prilikom odlučivanja o žalbi mora imati na raspolaganju sve potrebne podatke, uključujući i povjerljive podatke na kojima se temelji odluka naručitelja, te da u tome slučaju mora jamčiti povjerljivost podataka, ali uz poštovanje zahtjeva učinkovite pravne zaštite i osiguranja zaštite prava obrane strana u sporu. Stoga proizlazi da je zainteresiranom gospodarskom subjektu potrebno omogućiti pravo uvida u povjerljive podatke kako bi mu se osigurala učinkovita pravna zaštita i zaštita prava obrane strana u sporu.

Prethodno je potvrđeno i mišljenjem nezavisnog odvjetnika Michala Bobeka u predmetu C-620/17, u kojem je naglašena potreba da svaka država članica propiše detaljna postupovna pravila o pravnim sredstvima „za zaštitu prava koja pojedinci izvode iz prava Unije“.

Što se tiče komparativnih zakonskih rješenja, u Saveznoj Republici Njemačkoj je na snazi, među ostalim, Pravilnik o dodjeli javnih ugovora koji, glede onemogućavanja uvida u one podatke koji su označeni povjerljivim od strane trgovačkih društava, *de facto* predstavlja isto normativno rješenje koje odgovara sadržaju članka 52. hrvatskog Zakona o javnoj nabavi te, kao i u Republici Hrvatskoj, nema dodatno propisanih specifičnih odredaba za slučaj ukoliko se pojavi spor o povjerljivosti podataka.

Također, sličnosti u zakonodavstvu su vidljive usporedbom njemačkog Zakona o provedbi Direktive (EU) 2016/943 o zaštiti poslovnih tajni od njihovog nezakonitog stjecanja, upotrebe i otkrivanja, s odredbama hrvatskog ZZNITV.

Što se tiče Talijanske Republike, talijanski Zakon o javnim ugovorima za radove, robu, usluge i koncesije te srodne javne ugovore propisuje⁷⁵⁶ da je u odnosu na podatke dane u ponudi, za koje je dana izjava ponuditelja da isti čine tehničku ili poslovnu tajnu, dopušten pristup ponuditelju radi obrane njegovih interesa na sudu u vezi s postupkom dodjele ugovora. Radi se o važnoj zakonskoj odredbi koja potvrđuje potrebu omogućavanja pristupa tajno označenim podacima u postupku javne nabave, kako bi se pojedinom subjektu omogućila obrana njegovih interesa u vezi s postupkom dodjele ugovora. Navedeno se tvrdi kroz ovaj doktorski rad u cjelini. Primjenu ove odredbe je potvrdio i Regionalni upravni sud u Laciju koji je temeljem iste 13. prosinca 2021. godine donio presudu broj 12861/2021, u predmetu T.A.R. Lazio – Rome. Najvažnije u navedenoj presudi jest da je sud presudio da gospodarski subjekt, u svrhu svoje pravne obrane u sudskim postupcima vezanim uz postupak nabave za dodjelu javnog ugovora, može imati pristup informacijama koje sadrže tehničke ili poslovne tajne, i to u opsegu koji je nužan za ostvarivanje prava na sudsku zaštitu. Takvo omogućavanje pristupa dokumentaciji ne smije biti samo formalno, već suštinski učinkovito i razumljivo, kako bi pojedini gospodarski subjekt mogao u potpunosti ostvariti svoja prava.

Ova presuda je prevedena s talijanskog na hrvatski jezik i čini Prilog broj 1 ovom radu.

Što se tiče švedskog zakonodavstva, isto kao ni u Republici Hrvatskoj, ne regulira zaseban spor o povjerljivosti podataka u postupku javne nabave. Ipak, švedski Zakon o javnom pristupu informacijama i tajnosti propisuje, među ostalim, da povjerljivost ne sprječava pojedinca ili tijelo koje je stranka u postupku da ima pravo pristupa dokumentaciji postupka javne nabave, osim ako se radi o zaštiti javnog ili privatnog interesa. Međutim, propisano je da će se i u takvim slučajevima stranci dati informacije o sadržaju dokumentacije u mjeri koja je potrebna da bi stranka mogla ostvariti svoje pravo, a da se to može učiniti bez ozbiljne štete za interes kojeg štiti povjerljivost.

Stoga je kroz osmo poglavlje rada zaključeno da su švedska zakonska rješenja bliska talijanskim, dok su hrvatska zakonska rješenja komparativno bliža njemačkim zakonskim rješenjima.

Komparative prijedloge za dopune hrvatskog zakonodavstva detektirala sam u Ujedinjenom Kraljevstvu kroz Smjernice TCC te britansku sudsku praksu. Naime, u Ujedinjenom Kraljevstvu su pronađeni pravni i tehnički mehanizmi kojima se, s jedne strane, omogućuje sudionicima postupka javne nabave pristup povjerljivoj dokumentaciji spisa koja im je nužna radi zaštite njihovih postupovnih prava, a s druge strane osigurava zaštita povjerljivosti podataka u postupku.

⁷⁵⁶ U članku 53., stavku 6.

Radi se o tome da britanske Smjernice TCC, koje se primjenjuju u britanskoj sudskoj praksi vezanoj uz postupke javne nabave, predviđaju prstenove povjerljivosti za pristup povjerljivoj dokumentaciji spisa. Prikazane su tri presude iz britanskog sustava, od kojih je presuda u predmetu tužitelja *Bombardier Transportation Limited* revolucionarna te usmjerava upravo na sadržaj Smjernica TCC.

Predložila sam da se institut prstenova povjerljivosti implementira i u hrvatski postupak javne nabave, tim više što osnovom ZZNITV u Republici Hrvatskoj već *de facto* postoji reguliran usporedni postupak koji ima elemente opisanih prstenova povjerljivosti kao i u britanskom pravu.

Predloženo je, među ostalim, da se prstenovi povjerljivosti formiraju u ranim fazama postupka javne nabave sa određivanjem osoba koje će imati pristup istima, sve kako bi se zainteresiranim sudionicima postupka javne nabave omogućio uvid u relevantnu dokumentaciju spisa koja je označena povjerljivom, odnosno tajnom, a usporedno uspostavio odgovarajući sustav zaštitnih mjera za očuvanje tajnosti podataka, sve u skladu sa načelima nužnosti i proporcionalnosti.

Na važnost primjene načela nužnosti i proporcionalnosti ukazuje presuda donesena od strane britanskog TCC u predmetu *Marston Holdings Ltd v Ministry of Justice*. Ova presuda je dostavljena, za potrebe izrade doktorskog rada, izravno od strane britanskog TCC 9. kolovoza 2022. godine te čini Prilog 2 ovom doktorskom radu.

Temeljem svega navedenog smatram da je dokazano kako postoji potreba za dopunom hrvatskog zakonodavstva javne nabave u dijelu vezanom uz reguliranje postupka za pristup tajno označenim podacima postupka javne nabave, i to subjektima s pravnim interesom vezano uz one podatke koji su važni za meritum postupka, odnosno spora.

Konkretni sadržaj prijedloga zakonskih dopuna hrvatskog zakonodavstva javne nabave predložen je u desetom poglavlju. Predložena je dopuna članka 53. i članka 310. Zakona o javnoj nabavi, s obzirom da ni najnovijim izmjenama Zakona o javnoj nabavi iz 2022. godine u hrvatski postupak javne nabave ni na koji način nije implementirano rješavanje spora o povjerljivosti podataka te su u tome dijelu i nadalje ostale pravne praznine koje mogu dovesti do kršenja prava na pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo. Isti problem je ostao otvoren i uz postupke nabave koje provode neobveznici Zakona o javnoj nabavi.

U okviru prijedloga zakonskih dopuna predložila sam da se već u najranijoj fazi postupka pred naručiteljem imenuje stručno povjerenstvo za pristup tajno označenim podacima postupka javne nabave. To povjerenstvo bi, u slučaju spora glede tajno označenih podataka, oformilo prsten povjerljivosti u kojeg bi bili primljeni predstavnici ponuditelja ili natjecatelja, i to njihov zakonski zastupnik, punomoćnik odvjetnik te, prema odluci punomoćnika odvjetnika, i odvjetnički vježbenik.

Dakle, predloženo je da se u hrvatski postupak javne nabave implementira institut prstena povjerljivosti u okviru kojeg bi se omogućio pristup tajnoj, odnosno povjerljivoj dokumentaciji postupka koja je vezana uz meritum spora. Provedenom analizom je utvrđeno kako ne postoje kolizije između sadržaja britanskih Smjernica TCC i sadržaja zakonskih rješenja iz hrvatskog usporednog postupka reguliranog ZZNITV. Nisam pronašla prepreke zbog kojih se institut prstena povjerljivosti ne bi uveo i u hrvatski postupak javne nabave.

Naglašava se kako bi, osim odredaba Zakona o javnoj nabavi, bilo potrebno izmijeniti, odnosno dopuniti i Uredbu o unutarnjem ustrojstvu Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Zakon o upravnim sporovima te Sudski poslovnik, s obzirom da bi se prsten povjerljivosti mogao, i trebao, formirati i kasnije kroz eventualni žalbeni, odnosno sudski postupak, ukoliko pitanje pristupa tajno označenim podacima spisa ne bi bilo riješeno u ranoj fazi pred naručiteljem.

Potrebu predloženih dopuna hrvatskog Zakona o javnoj nabavi smatram nužnim, kako bi se svim sudionicima postupka javne nabave osigurala njihova temeljna prava na pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo. Na navedeno ukazuje i ranije opisani rezultat koji je dobiven primjenom *Weight* formule.

Kroz rad je uveo i pojam primjene načela ograničene transparentnosti kroz institut prstena povjerljivosti, što je potkrijepljeno argumentima iz obrađenih komparativnih rješenja, opsežne sudske prakse Suda za ljudska prava, Suda Europske unije, britanskog TCC, talijanskog Regionalnog suda u Laciju, prakse DKOM i VUSRH te primjenom *Weight* formule na konkretnu problematiku.

Opsežno prikazana hrvatska i inozemna sudska praksa, kao i razrađene pravne osnove za označavanje podataka tajnima, uz prikaz aspekata legitimnosti ograničenja načela transparentnosti u postupcima javne nabave, mogu predstavljati značajan doprinos u procjeni pravne osnovanosti aktiviranja sredstava pravne zaštite u postupcima javne nabave.

Stoga bi ovaj rad trebao biti koristan u praksi vezanoj uz postupke javne nabave, i to za ponuditelje, odnosno natjecatelje, posebice u okviru postupaka javne nabave vezanih uz inovacije i istraživanja u kojima se podnose ponude s tajnim, odnosno povjerljivim informacijama.

Također, rad bi trebao predstavljati doprinos za postupanje naručitelja u postupcima javne nabave kada moraju procijeniti postoji li valjana pravna osnova za označavanje podataka tajnim te je li ostvarena legitimnost ograničenja načela transparentnosti za druge sudionike postupka javne nabave koji traže uvid u tajno označene podatke. Ujedno, ovaj doktorski rad bi u cjelini mogao predstavljati i doprinos u praksi za rad odvjetnika i sudaca.

POPIS LITERATURE

A) KNJIGE I ČLANCI

1. Alexy, Robert, On Balancing and Subsumption A Structural Comparison, *Ratio Juris*. Vol. 16 No. 4 December 2003
2. Andrecka, Marta, Peterkova, Mitkidis, Katerina, Sustainability Requirements in EU Public and Private Procurement - A Right or an Obligation?, *Nordic Journal of Commercial Law* 2017, no. 1 (2017)
3. Aplin, Tanya, Right to Property and Trade Secrets, C Geiger (ed) *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property* (Edward Elgar, 2015)
4. Bennis, Warren, Daniel Goleman, James O' Toole with Patricia Ward Biederman, *Transparency, How Leaders Create a Culture of Candor*, Published by Jossey-Bass, A Wiley Imprint 989 Market Street, San Francisco, 2008
5. Bentham, Jeremy, Draught of a New Plan for the Organization of the Judicial Establishment in France: Proposed as a succedaneum to the draught presented, for the same purpose, by the Committee of Constitution, to the National Assembly, December 21 ST, 1789, London, 1790
6. Bianchi, Andrea, Peters, Anne, *Transparency in International Law*, Cambridge University Press 2013
7. Bix, Brian H., Spector, Horacio (eds.), *Rights: Concepts and Contexts*, Routledge, New York, 2016
8. Bishop, Cheryl Ann, ed. Urofsky, Melvin I., *Access to Information as a Human Right*, LFB Scholarly Publishing LLC, 2012
9. Blay, Bernal, Angel, Miguel, *The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation*, 9 *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* 3 (2014)
10. Bogojevic, Sanja, Groussot Xavier and Hettne Jörgen, *Discretion in EU Public Procurement Law*, Hart (Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney), 2019
11. Bovis, Christopher, *Public Procurement in the European Union*, Palgrave Macmillan, 2005
12. Bovis, Christopher, *Access to Justice and Remedies in Public Procurement*, *EPPPL* 3|2012
13. Bovis, Christopher, *EC Public Procurement: Case law and Regulation*, Oxford, 2006
14. Bovis, Christopher, *EU Public Procurement law*, second edition, Elgar European Law, 2012
15. Bovis, Christopher H., *Public procurement in the EU: jurisprudence and conceptual directions*, *Common Market Law Review* 49, 2012

16. Bovis, Christopher H., Regulatory Trends in Public Procurement at the EU Level, EPPPL 4|2012
17. Britvić Vetma, Bosiljka, Utjecaj konvencijskog prava i prava Europske unije na zaštitu prava stranke u upravnom sporu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 37, br. 1, 291-315 (2016)
18. Bröhmer, Jürgen, Transparenz als Verfassungsprinzip, Saarbrücken, 2002
19. Bronckers, Marco, McNeils, Natalie, Is the EU Obligated to Improve the Protection of Trade Secrets? An Inquiry into TRIPS, the European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights, [2012] E.I.P.R., Issue 10 © 2012 Thomson Reuters (Professional) UK Limited and Contributors, članak dostupan na: https://www.researchgate.net/publication/256034785_Is_the_EU_Obligated_to_Improve_the_Protection_of_Trade_Secrets_An_Inquiry_into_TRIPS_the_European_Convention_on_Human_Rights_and_the_EU_Charter_of_Fundamental_Rights
20. Bukovac, Puvača, Maja, Demark, Armando, Pravo na zaštitu osobnih podataka, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 40 No. 1, 2019.
21. Butorac, Malnar, Vlatka, Pecotić, Kaufman, Jasminka, Petrović, Siniša, Pravo tržišnog natjecanja, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013
22. Casavola, Hilde Caroli, Internationalizing Public Procurement Law: Conflicting Global Standards for Public Procurement, Global Jurist, vol. 6, no. 3, 2006
23. Čapeta, Tamara, Rodin, Siniša, Osnove prava Europske unije na temelju Lisabonskog ugovora, Narodne novine d.d., Zagreb, travanj 2010
24. Dankovic Stepanovic, Sanja, Protection of Competition in Public Procurement Procedures, 5 Iustinianus Primus L. Rev. 1 (2014)
25. DeAses, Anne Janet, Developing countries: Increasing transparency and other methods of eliminating corruption in the Public procurement process, Public Contract Law Journal, Vol. 34, No. 3, Spring 2005
26. Dimitri, Nicola, Piga, Gustavo, Spagnolo, Giancarlo, Handbook of Procurement, Cambridge University Press, 2006
27. Egger, Alexander, Europäisches Vergaberecht, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008
28. Freiberg, Arie, Commercial Confidentiality, Criminal Justice and the Public Interest, Current Issues in Criminal Justice, , Volume 9, Number 2, November 1997
29. Georgieva, Irena, „Using Transparency Against Corruption in public Procurement“, Springer International Publishing AG 2017

30. Ginter, Carri, Parrest, Nele, Simovart, Mari Ann, Access to the content of public procurement contracts: the case for a general EU-law duty of disclosure, *Public Procurement Law Review* 4, pp 156 –164, 2013
31. Golosova, Julija, Romanovs, Andrejs, The Advantages and Disadvantages of the Blockchain Technology, Conference: 2018 IEEE 6th Workshop on Advances in Information, Electronic and Electrical Engineering (AIEEE), dostupno na https://www.researchgate.net/publication/330028734_The_Advantages_and_Disadvantages_of_the_Blockchain_Technology
32. Gorenc, Vilim, Rječnik trgovačkog prava, Zagreb: Masmedia, 1997
33. Gouder, Nicky & Scicluna, Luana, Malta: The Blockchain Island, 29 *Int'l Tax Rev.* 37 (2018)
34. Halonen, Kirsi-Maria, Disclosure Rules in EU public procurement: Balancing between competition and transparency *Journal of public procurement*, Volume 16, Issue 4, 2016
35. Halonen, Kirsi-Maria, Caranta, Roberto and Sanchez-Graells, Albert, Transparency in EU procurements: an introduction, The online content platform for Edward Elgar Publishing
36. Issabayeva, Symbat, Yesseniyazova, Botagoz, Grega, Matúš, Electronic Public Procurement: Process and Cybersecurity Issues, *The NISPACEE Journal of Public Administration and Policy*, Vol. XII, No. 2, Winter 2019 /2020
37. IT Governance Privacy Team, EU General Data Protection Regulation (GDPR), An Implementation and Compliance Guide, Second edition, IT Governance Publishing, 2016, 2017
38. Jacobs, White, and Ovey, The European Convention on Human Rights, 7th edition, Oxford University Press, 2017
39. Jamar, Steven D., The Human Right of Access to Legal Information: Using Technology To Advance Transparency and the Rule of Law, *Global Jurist Topics*, Volume 1, Issue 2, 2001
40. Javier, Miranzo Diaz A Taxonomy of Corruption In EU Public Procurement, *EPPPL* 4/2017
41. Keršić, Marin, Problem „težina“ sukobljenih ustavnih načela u analizi proporcionalnosti (odvagivanju), *Pravni vjesnik : časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku* , Vol. 38 No. 3-4, 2022
42. Khan, Naushad, Public Procurement fundamentals, Lessons from and for the Field, Emerald Publishing Limited Howard House, Wagon Lane, Bingley BD16 1WA, UK, First edition 2018
43. Lauc, Zvonimir, Prethodno priopćenje, Načelo vladavine prava u teoriji i praksi, *Pravni vjesnik: časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku*, Vol. 32 No. 3-4, 2016
44. Likić, Robert, Radanović, Igor, Mogućnosti upotrebe blockchain tehnologije u medicini, *Bilt. Hrvat. druš. med. inform.* 2019:25(1)

45. Lunner, Ragnhild, Human Rights in Public Procurement - Protecting them Properly?, EPPPL 3|2018
46. McDonagh, Maeve, Disclosure of information relating to public procurement: the role of freedom of information law, Law Faculty, University College Cork, Public Procurement Law Review, 3:172-186
47. Munves, William, Proprietary data in defense procurement, 18 Mil. L. Rev. 155 (1962)
48. Nettheim, Garth, The principle of open justice, University of Tasmania Law Review, vol. 8, no. 1, 1984, p. 25-45. izvor: HeinOnline
49. Oliver, Peter, Privacy and Data Protection: The Rights of Economic Actors, 13. poglavlje u knjizi „The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument Five Years Old and Growing“, eds. Bernitz, de Vries and Weatherill, Hart Publishing, 2015
50. Oliver, Richard W., What is transparency? New York: McGraw-Hill, 2004
51. Pekolj, Nina, Hodošček, Katja, Valjavec, Lara, Ferk, Petra, Digital Transformation of Public Procurement as an Opportunity for the Economy, Lexonomica, Vol. 11, No. 1, pp. 15-42, June 2019
52. Phinnemore, David and McGowan, Lee, A Dictionary of the European Union, Second edition 2004, Europa Publications, Taylor & Francis Group, London and New York, Europa Publications 2004
53. Plauth, Melanie, Die Rechtspflicht zur Transparenz im europäisierten Vergaberecht, 2017 Bundesanzeiger Verlag GmbH, Köln, 2017
54. Popescu, Ada, Onofrei, Mihaela, Kelley, Christopher, An overview of European good practices in public procurement, Eastern Journal of European Studies, Volume 7, Issue 1, June 2016
55. Postema, Gerald J., The soul of justice: Bentham on Publicity, Law, and the Rule of Law, str. 40., dostupno na https://www.researchgate.net/publication/298719270_The_soul_of_justice_Bentham_on_publicity_law_and_the_rule_of_law
56. Racca, Gabriella M., Casalini, Dario, ed. Arrowsmith, Sue, Treumer, Steen, Competitive Dialogue in EU Procurement, Cambridge University Press, 2012
57. Rački Marinković, Ana, Zaštita poslovnih tajni kao oblika intelektualnog vlasništva, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 40, br. 2, 765-797 (2019)
58. Rivero, Jean et les rapports de synthèse, Colloques d'Aix-en-Provence, 1978-1993, Un trésor est caché là-dedans, Press Universitaires de France, 2012/4 n° 92
59. Sánchez-Graells, Albert, Public Procurement and the EU Competition Rules, Oxford and Portland, Oregon 2011

60. Sarokin, David, i Schulkin, Jay, Missed Information, The MIT Press Cambridge, Massachusetts London, England, 2016
61. Simovart, Mari Ann, Is There a Devil in the Details? Modification of Public Contracts in the EU and the US, EPPPL 4|2016
62. Sokić, Katarina, Uzelac, Jelena dipl. iur., Deanović, Blaženka struč. spec. oec., Rimski temelji zaštite poslovne tajne, FIP - Financije i pravo, Vol. 7, No. 1, 2019
63. Staničić, Frane, Razlikovanje javnog interesa, općeg interesa i interesa Republike Hrvatske u kontekstu javnopravnih ograničavanja prava vlasništva, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 55, 1/2018
64. Stevenson, Drue, Against Confidentiality, University of California, Davis, Vol 48:337
65. Trepte, Peter, Public Procurement in the EU, A Practitioner's Guide, Second Edition, Oxford, 2007
66. Uzelac, Alan, Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: Nova praksa Europskog suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Vol. 60 No. 1, 2010
67. Whish, Richard, Bailey, David, Competition Law, Ninth edition, Oxford University Press, 2018
68. Williams-Elegbe, Sope, Fighting Corruption in Public Procurement, Studies in International law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2012
69. Wöhrer, Viktorija, Data Protection and Taxpayers' Rights: Challenges Created by Automatic Exchange of Information, 10 European and International Tax Law and Policy Series, Series Editor: Michael Lang, WU Institute for Austrian and International Tax law, 2018 IBFD

B) IZVORI PRAVA EUROPSKE UNIJE

1. Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama, SL L 134, 30.04.2004
2. Direktiva 2004/17/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga, SL L 134, 30.04.2004

3. Direktiva 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11.12.2007. o izmjeni direktiva Vijeća 89/665/EEZ i 92/13/EEZ u vezi s poboljšanjem učinkovitosti postupaka pravne zaštite koji se odnose na sklapanje ugovora o javnoj nabavi, SL L 335, 20.12.2007
4. Direktiva 2009/81/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 13. srpnja 2009. o usklađivanju postupaka nabave za određene ugovore o radovima, ugovore o nabavi robe i ugovore o uslugama koje sklapaju javni naručitelji ili naručitelji u području obrane i sigurnosti te izmjeni direktiva 2004/17/EZ i 2004/18/EZ Tekst značajan za EGP SL L 216, 20.08.2009
5. Direktiva 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ, SL L 94, 28.03.2014
6. Direktiva 2014/25/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ, SL L 94, 28.03.2014
7. Direktiva 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovora o koncesiji, SL L 94, 28.03.2014
8. Direktiva 2014/55/EU Europskog Parlamenta i Vijeća od 16. travnja 2014. o elektroničkom izdavanju računa u javnoj nabavi Tekst značajan za EGP, SL L 133, 6.5.2014
9. Direktiva (EU) 2016/943 Europskog Parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2016. o zaštiti neotkrivenih znanja i iskustva te poslovnih informacija (poslovne tajne) od nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja, OJ L 157, 15.6.2016
10. Izvješće Komisije Vijeću i Europskom parlamentu, Izvješće EU-a o suzbijanju korupcije, Bruxelles, 3.2.2014. COM(2014) 38 final
11. Komunikacija Komisije Odgovarajuće vrijednosti pragova iz Direktiva 2014/23/EU, 2014/24/EU, 2014/25/EU i 2009/81/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, SL EU C-457 od 11.11.2021
12. Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija Poticanje ulaganja dobrovoljnom ex-ante procjenom aspekata javne nabave za velike infrastrukturne projekte, COM/2017/0573 final
13. Povelja Europske unije o temeljnim pravima, SL C 202/389, 07.06.2016
14. Uredba (EZ) br. 45/2001 Europskog parlamenta i Vijeća od 18. prosinca 2000. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka u institucijama i tijelima Zajednice i o slobodnom kretanju takvih podataka, SL L 8, 12.01.2001

15. Pročišćene verzije Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o funkcioniranju Europske unije Ugovor o Europskoj uniji (pročišćena verzija), Ugovor o funkcioniranju Europske unije (pročišćena verzija), Protokoli, Prilozi Ugovoru o funkcioniranju Europske unije, Izjave priložene Završnom aktu Međuvladine konferencije na kojoj je donesen Ugovor iz Lisabona potpisan 13. prosinca 2007., SL C 202, 07.06.2016
16. Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ, SL L 119, 04.05.2016
17. Uredba (EZ) br. 1049/2001 Europskog parlamenta i Vijeća od 30. svibnja 2001. o javnom pristupu dokumentima Europskog parlamenta, Vijeća i Komisije, SL L 145, 31.5.2001
18. Direktiva 95/46/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 24. listopada 1995. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka, SL L 281, 23.11.1995
19. „Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, Kako unaprijediti funkcioniranje javne nabave u Europi i za nju“, Strasbourg, 3.10.2017., COM(2017) 572 final, dostupno na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0572&from=hr#footnote48>
20. Provedbena Uredba Komisije (EU) 2016/7 od 05.01.2016. o utvrđivanju standardnog obrasca za europsku jedinstvenu dokumentaciju o nabavi, SL L 3, 06.01.2016
21. Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights, SL L 336/214 23.12.1994
22. Obavijest o alatima za borbu protiv tajnih sporazuma u području javne nabave i smjernice za primjenu s time povezane osnove za isključenje, C/2021/1631, SL C 91
23. Uredba br. 17, Prva uredba o provedbi članaka 85. i 86. Ugovora, SL 13, od 06.02.1962. godine dostupno na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31962R0017&from=EN>
24. Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Europskom vijeću, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, Europski zeleni plan, Bruxelles, 11.12.2019. COM(2019) 640 final, dostupno na: [https://mingor.gov.hr/UserDocsImages/Istaknute%20teme/Zeleni%20plan/Europski%20zeleni%20plan%20HR%20\(pdf\).pdf](https://mingor.gov.hr/UserDocsImages/Istaknute%20teme/Zeleni%20plan/Europski%20zeleni%20plan%20HR%20(pdf).pdf)

25. Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Europskom Vijeću, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, Europa na djelu: oporavak i priprema za sljedeću generaciju, Bruxelles, 27.5.2020., COM(2020) 456 final, dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0456&from=EN>

26. Komunikacija o zaštiti povjerljivih informacija u postupcima privatnopravne provedbe Unijina prava tržišnog natjecanja koji se vode pred nacionalnim sudovima (2020/C 242/01), SL, C-242/1, 22.07.2020., dostupno na [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020XC0722\(01\)&from=DE](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020XC0722(01)&from=DE)

27. Sporazum o trgovini i suradnji između Europske unije i Europske zajednice za atomsku energiju, s jedne strane, i Ujedinjene Kraljevine Velike Britanije i Sjeverne Irske, s druge strane, SL L 29, 31.1.2020.

B.1.) PRAKSA SUDA EUROPSKE UNIJE

1. Presuda Suda Europske unije u predmetu T-136/15, *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, protiv Europski parlament*, od 14. prosinca 2007. godine, dostupna na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015TJ0136&from=HR>

2. Presuda Europskog suda pravde (sada Suda Europske unije) od 24. lipnja 1986. godine, u predmetu *AKZO Chemie BV i AKZO Chemie UK Ltd protiv Komisije*, C-53/85, [1986], ECR 1965, dostupna na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61985CJ0053&from=en>

3. Presuda Europskog suda pravde (sada Suda Europske unije) od 19. svibnja 1994. godine, u predmetu *Samenwerkende Elektriciteits-Productiebedrijven (SEP) NV protiv Europske komisije*, ECR 1994 I-01911, dostupna na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61992CJ0036&from=EN>

4. Presuda Suda Europske unije u spojenim predmetima C-293/12 i C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd i Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl i dr. protiv Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, The Commissioner of the Garda Síochána, Ireland and the Attorney General*, SL C 175/6 10.6.2014

5. Presuda Suda Europske unije u predmetu *Varec SA v État belge*, C-450/06, od 14. veljače 2008. godine, dostupna na <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=71573&doclang=en>

6. Presuda Suda Europske unije u predmetu *eVigilo Ltd protiv Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, C-538/13, od 12. ožujka 2015. godine, dostupna na <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=6F14286AEDAA6A9B067283148318EEF5?text=&docid=162829&pageIndex=0&doclang=HR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1312980>
7. Presuda Suda Europske unije u predmetu *Wall AG protiv City of Frankfurt*, C-91/08, od 13. travnja 2010. godine, dostupna na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62008CJ0091>
8. Presuda Suda Europske unije u predmetu *Unibet (London) Ltd i Unibet (International) Ltd protiv Justitiekanslern*, C-432/05, od 13. ožujka 2007. godine, dostupna na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0432>
9. Presuda Suda Europske unije u spojenim predmetima *Club Hotel Loutraki AE and Others protiv Ethnico Symvoulío Radiotileorasis and Ypourgos Epikrateias*, C-145/08, i *Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) protiv Ethnico Symvoulío Radiotileorasis*, C-149/08, od 06. svibnja 2010. godine, dostupna na <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-145/08&language=en>
10. Presuda Suda Europske unije u predmetu *Mobistar SA protiv Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*, C- 438/04, od 13. srpnja 2006. godine, dostupna na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:62004CJ0438>
11. Presuda Suda Europske unije u predmetu *Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe protiv Fővárosi Törvényszék*, C-620/17, od 29. srpnja 2019. godine, dostupna na <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216546&pageIndex=0&doclang=HR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1685493>

C) IZVORI PRAVA REBULIKE HRVATSKE

1. Zakon o javnoj nabavi, Narodne novine 120/2016, 114/2022
2. Uredba o unutarnjem ustrojstvu Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Narodne novine 84/2013, 145/2014

3. Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine 20/2010, 143/2012, 152/2014, 94/2016, 29/2017, 110/2021
4. Zakon o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti, Narodne novine 30/2018
5. Zakon o općem upravnom postupku, Narodne novine 47/09, 110/21
6. Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, Narodne novine 79/2009, 80/2013, 41/2021
7. Zakon o parničnom postupku, Narodne novine 4/1977, 36/1977, 36/1980, 6/1980, 69/1982, 43/1982, 58/1984, 74/1987, 57/1989, 20/1990, 27/1990, 35/1991-53/1991, 91/1992, 112/1999, 129/2000, 88/2001, 117/2003, 88/2005, 2/2007, 96/2008, 84/2008, 123/2008, 57/2011, 25/2013, 89/2014, 70/2019, 80/2022
8. Pravilnik o dokumentaciji o nabavi te ponudi u postupcima javne nabave, Narodne novine 65/2017, 75/2020
9. Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine 56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010, 5/2014
10. Zakon o potvrđivanju Konvencije o pristupu informacijama, sudjelovanju javnosti u odlučivanju i pristupu pravosuđu u pitanjima okoliša, Narodne novine, Međunarodni ugovori, 1/2007
11. Zakon o pravu na pristup informacijama, Narodne novine 25/2013, 85/2015, 69/2022
12. Sudski poslovnik, Narodne novine 37/2014, 49/2014, 8/2015, 35/2015, 123/2015, 45/2016, 29/2017, 33/2017, 34/2017, 57/2017, 101/2018, 119/2018, 81/2019, 128/2019, 39/2020, 47/2020, 138/2020, 147/2020, 70/2021, 99/2021, 23/2022, 12/2023
13. Nacionalna razvojna strategija Republike Hrvatske do 2030. godine, Narodne novine 13/2021
14. Zakon o provedbi opće uredbe o zaštiti osobnih podataka, Narodne novine 42/2018
15. Uredba o unutarnjem ustrojstvu Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Narodne novine 84/2013, 145/2014
16. Zajednička nacionalna pravila v.7.0. Ministarstva regionalnog razvoja i fondova Europske unije, stupila na snagu 04.12.2020. godine
17. Zaključak o pravnom shvaćanju Državne komisije od 17.11.2016. godine, Klasa: 030-02/15-01/1; Urbroj: 354-01/16-14, dostupan na

<https://dkom.hr/UserDocsImages/dokumenti/ZapisnikSaSjednica/ZakljucakSaSjednice-17112016.pdf>

18. Zakon o javnoj nabavi, Narodne novine 90/2011

C.1.) PRAKSA VISOKOG UPRAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE I USTAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE

1. Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, UsII-99/19-8 od 20.03.2019., dostupno na <https://pdf.dkom.hr/usdokumenti/18399445053.pdf>
2. Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, UsII-99/19-8 od 20.03.2019., dostupno na <https://pdf.dkom.hr/usdokumenti/18399445053.pdf>
3. Presuda visokog upravnog suda Republike Hrvatske, UsII-218/16-4 od 09.03.2018., dostupno na <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/UpSRH2016UsIIB218A4>
4. Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, UsII-255/21 od 24.08.2021., dostupna na <https://pdf.dkom.hr/dokumentit/202109090937085625.pdf>
5. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, U-II-2944/2012 od 27.09.2016. godine

C.2.) PRAKSA DRŽAVNE KOMISIJE ZA KONTROLU POSTUPAKA JAVNE NABAVE

1. Rješenje Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Klasa: UP/11-034-02/18-01/798, Urbroj: 354-01/18-7 od 25.10.2018., dostupno na <https://pdf.dkom.hr/18399.pdf>
2. Rješenje Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Klasa: UP/II-034-02/17-01/64, Urbroj: 354-01/17-7 od 08.03.2017., dostupno na <http://pdf.dkom.hr/16704.pdf?nocache=140417215927>
3. Rješenje Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Klasa: UP/II-034-02/17-01/197, Urbroj: 354-01/17-7 od 09.05.2017., dostupno na <https://pdf.dkom.hr/16840.pdf>
4. Rješenje Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Klasa: UP/II-034-02/18-01/216, Urbroj: 354-01/18-7 od 26.04.2018., dostupno na <https://pdf.dkom.hr/17805.pdf>

5. Rješenje Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Klasa: UP/II-034-02/17-01/513, Urbroj: 354-01/17-9 od 22.09.2017., dostupno na <http://pdf.dkom.hr/17163.pdf>

6. Rješenje Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Klasa: UP/II-034-02/21-01/473, Urbroj: 354-01/21-8 od 11.06.2021., dostupno na <https://pdf.dkom.hr/dokumentit/202106171203420466.pdf>

D) IZVORI KOMPARATIVNOG ZAKONODAVSTVA

1. Njemački Pravilnik o dodjeli javnih ugovora, Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge, BGBl. I 2016, 654, dostupan na https://www.gesetze-im-internet.de/vgv_2016/BJNR062410016.html#BJNR062410016BJNG000100000

2. Njemački Zakon o parničnom postupku, Zivilprozessordnung (ZPO), objavljen 05.12.2005. (BGBl. I S. 3202, ber. 2006 I S. 431, 2007 S. 1781), posljednji puta izmijenjen 05.10.2021. (BGBl. I S. 4607), dostupan na <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>

3. Njemački Zakon o provedbi Direktive (EU) 2016/943 o zaštiti poslovnih tajni od njihovog nezakonitog stjecanja, upotrebe i otkrivanja, Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, (BGBl. I str. 466), od 18.04.2019., dostupan na https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl119s0466.pdf%27%5D__1655550532078

4. Švedski Zakon o javnom pristupu informacijama i tajnosti, Offentlighets- och sekretesslagen [2009:400]), dostupan na https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/offentlighets--och-sekretesslag-2009400_sfs-2009-400

5. Britanski The Public Contracts Regulations 2015, dostupno na <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/102/contents/made>

6. Britanski The Utilities Contracts Regulations 2016, dostupno na <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2016/274/contents/made>

7. Britanski The Concessions Contracts Regulations 2016, dostupno na <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2016/273/contents/made>

8. Britanski The Defence and Security Public Contracts Regulations 2011, dostupno na <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2011/1848/made>
9. Savezni Zakon Republike Austrije o nabavi iz 2018, [Savezni glasnik I br. 65/2018](#), preinaka: [BGBL. I br. 100/2018](#), [BGBL. II br. 91/2019](#), tekst zakona dostupan na: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20010295>
10. Zakon o javnoj nabavi Kraljevine Belgije od 17.06.2016. godine, izmijenjen i dopunjen Zakonom od 07.04.2019. godine, dostupan na https://www.publicprocurement.be/sites/default/files/documents/2016_06_17_loi_marches_publics_wet_overheidsopdrachten_v_2019.pdf
11. Zakon o javnoj nabavi Republike Bugarske od 15.04.2016. godine, ЗАКОН за обществените поръчки, dostupan na <https://www.mrrb.bg/en/public-procurement-act/>
12. Zakon glede postupaka nabave institucija koje djeluju u sektorima vode, energetike, prometa i poštanskih usluga te za srodna pitanja iz 2016. godine Republike Cipar, dostupno na [Νόμος που προβλέπει για τη Ρύθμιση των Διαδικασιών Σύναψης Συμβάσεων Φορέων που Δραστηριοποιούνται στους Τομείς του Ύδατος, της Ενέργειας, των Μεταφορών και των Ταχυδρομικών Υπηρεσιών και για Συναφή θέματα του 2016. N.140\(I\)/2016](#)
13. Zakon o uređenju postupaka dodjele koncesija i srodnih pitanja iz 2017. godine Republike Cipar, dostupno na [http://www.treasury.gov.cy/treasury/treasurynew.nsf/All/72353B6879F5F0BEC225841D00234BD6/\\$file/%CE%9D%CF%8C%CE%BC%CE%BF%CF%82_11\(%CE%99\)_2017_%CE%95%CE%BD%CE%BF%CF%80%CE%BF%CE%B9%CE%B7%CE%BC%CE%AD%CE%BD%CE%B7%20%CE%88%CE%BA%CE%B4%CE%BF%CF%83%CE%B7.pdf](http://www.treasury.gov.cy/treasury/treasurynew.nsf/All/72353B6879F5F0BEC225841D00234BD6/$file/%CE%9D%CF%8C%CE%BC%CE%BF%CF%82_11(%CE%99)_2017_%CE%95%CE%BD%CE%BF%CF%80%CE%BF%CE%B9%CE%B7%CE%BC%CE%AD%CE%BD%CE%B7%20%CE%88%CE%BA%CE%B4%CE%BF%CF%83%CE%B7.pdf)
14. Zakoni o žalbenom postupku u području zaključivanja javne nabave od 2010. do 2017. godine Republike Cipar, dostupno na [http://www.treasury.gov.cy/treasury/treasurynew.nsf/All/D89B2EC9BD16B9BAC225841D0023488D/\\$file/%CE%9D%CF%8C%CE%BC%CE%BF%CF%82_104\(%CE%99\)_2010%20_%CE%95%CE%BD%CE%BF%CF%80%CE%BF%CE%B9%CE%B7%CE%BC%CE%AD%CE%BD%CE%B7%20%CE%88%CE%BA%CE%B4%CE%BF%CF%83%CE%B7.pdf](http://www.treasury.gov.cy/treasury/treasurynew.nsf/All/D89B2EC9BD16B9BAC225841D0023488D/$file/%CE%9D%CF%8C%CE%BC%CE%BF%CF%82_104(%CE%99)_2010%20_%CE%95%CE%BD%CE%BF%CF%80%CE%BF%CE%B9%CE%B7%CE%BC%CE%AD%CE%BD%CE%B7%20%CE%88%CE%BA%CE%B4%CE%BF%CF%83%CE%B7.pdf)
15. Češki Zakon o javnoj nabavi, dostupan na <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2016-134>

16. Danski Zakon o javnoj nabavi od 19.04.2016. godine, sa posljednjim izmjenama koje su stupile na snagu 15.07.2020. godine, dostupan na <https://www.retsinformation.dk/eli/lt/2015/1564>
17. Estonski zakon o javnoj nabavi od 01.09.2017. godine, dostupan na <https://www.riigiteataja.ee/akt/101072017001?leiaKehtiv>
18. Slovenski Zakon o javnoj nabavi - Zakon o javnem naročanju, Službeni glasnik Republike Slovenije br. 91/15 i 14/18, dostupno na <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO7086>
19. Slovenski Zakon o javnoj nabavi u području obrane i sigurnosti - Zakon o javnem naročanju na području obrambe in varnosti, Službeni glasnik Republike Slovenije, br. 90/12 i 90/14 - ZDU-II i 52/16, dostupno na <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO5784>
20. Slovenski Zakon o pravnoj zaštiti u postupcima javne nabave i njihovi provedbeni propisi - Zakon o pravnom varstvu v postopkih javnega naročanja in njihovi podzakonski akti, Službeni glasnik Republike Slovenije, br. 43/11, 60/11 - ZTP-D, 63/13, 90/14 - ZDU-II, 60/17 i 72/19, dostupno na <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO5975>
21. Grčki Zakon 4412/2016 o javnim ugovorima o radovima, robi i uslugama te Zakon 4413/2016 o dodjeli i provedbi ugovora o koncesiji - ΕΚΔΟΣΗ ΝΟΜΟΥ 4412/2016 "ΔΗΜΟΣΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΕΡΓΩΝ, ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ ΚΑΙ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ", ΝΟΜΟΥ 4413/2016 "ΑΝΑΘΕΣΗ ΚΑΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗΣ", dostupno na <https://www.taxheaven.gr/law/4412/2016> te na <https://www.taxheaven.gr/law/4413/2016>
22. Talijanski zakon Zakonom o javnim ugovorima za radove, robu, usluge i koncesije te srodne javne ugovore, stupio na snagu 19.04.2016. godine, Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, dostupno na https://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2016_0050.htm#053
23. Finski Zakon o javnim ugovorima i koncesijama (1397/2016), dostupan na <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2016/en20161397.pdf>
24. Finski Zakon o poslovnim informacijama (244/2001), dostupan na https://finlex.fi/en/laki/kaannokset/2001/en20010244_20011491.pdf
25. Luxembourški Zakon o javnoj nabavi od 08.04.2018. godine, [Loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics](https://marches.public.lu/fr/legislation/marches-publics.html), dostupno na <https://marches.public.lu/fr/legislation/marches-publics.html>
26. Francuski Zakon o javnoj nabavi, na snazi od 01.04.2019. godine, Code de la commande publique, dostupno na <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000037701019/>

27. Poljski Zakon o javnoj nabavi od 11.09.2019. godine, dostupan na <http://www.przepisy.gofin.pl/przepisy,4,26,26,5558,248537,20210101,ustawa-z-dnia-11092019-r-prawo-zamowien-publicznych1.html>
28. Portugalski Zakon o javnoj nabavi od 29.01.2008. godine, dostupan na https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Portugal_Ley18_2008.pdf
29. Portugalski Kodeks javnih ugovora, dostupan na https://www.igf.gov.pt/leggeraldocs/DL_018_2008_CODIGO_CONTRATOS_PUB_INDICE.htm
30. Nizozemski Zakon o javnoj nabavi iz 2012. godine, dostupan na <https://wetten.overheid.nl/BWBR0032203/2022-03-02/0>
31. Švedski Zakon o javnoj nabavi od 01.12.2016. godine, dostupan na https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-20161145-om-offentlig-upphandling_sfs-2016-1145
32. Mađarski Zakon o javnoj nabavi iz 2015. godine, dostupan na <https://www.kozbeszerzes.hu/torveny/kbt-2015/abavi>
33. Španjolski Zakon 9/2017 od 08.11.2017. godine o ugovorima u javnom sektoru kojim se u španjolski pravni sustav prenose Direktive Europskog parlamenta i Vijeća 2014/23/EU i 2014/24/EU od 26. veljače 2014., dostupno na <https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-12902-consolidado.pdf>
34. Slovački Zakon o javnoj nabavi i o izmjenama i dopunama određenih zakona od 14.12.2005. godine, dostupno na <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2006/25/20151101>
35. Njemački Zakon o ograničavanju sprječavanja tržišnog natjecanja, Dio 4, Nabava putem javnih ugovora i koncesija, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – Teil 4, in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz - VergRModG) vom 17. Februar 2015, BGBl I vom 23.02.2016, stupanje na snagu 18.04.2016., str. 203., dostupno na https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/gesetz-gegen-wettbewerbsbeschaenkungen-gwb-teil4-konsolidierte-nicht-amtliche-fassung.pdf?__blob=publicationFile&v=8 te na <https://www.buzer.de/gesetz/4400/b11814.htm>
36. Zakon o javnoj nabavi Republike Litve od 01.07.2017. godine, dostupan na <https://www.e-tar.lt/portal/lt/legalAct/TAR.C54AFFAA7622/asr>

37. Rumunjski Zakon o javnoj nabavi od 19.05.2016. godine, dostupan na <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/178667>
38. Zakon o javnoj nabavi Republike Latvije, dostupan na <https://likumi.lv/ta/id/287760-publisko-iepirkumu-likums>
39. Irski Zakon o pravu na pristup informacijama, Freedom of Information Act 2014, dostupan na <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2014/act/30/enacted/en/html>
40. Malteški Digital Innovation Authority Act, dostupno na <https://mdia.gov.mt/wp-content/uploads/2018/10/MDIA.pdf>
41. Malteški Innovative Technology Arrangement and Services Act, dostupno na <https://parlament.mt/media/95214/act-xxxiii-innovative-technology-arrangements-and-services-act.pdf>
42. Malteški Virtual Financial Assets Act, dostupno na <https://parlament.mt/media/94209/bill-44-virtual-financial-assets-bill.pdf>

E) MEĐUNARODNI IZVORI

1. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine, Međunarodni ugovori 18/1997, 16/1999. – pročišćeni tekst, 8/1999 - ispravak, 14/2002
2. Opća deklaracija o ljudskim pravima, Narodne novine, Međunarodni ugovori 143/2009
3. Zakon o potvrđivanju Konvencije o pristupu informacijama, sudjelovanju javnosti u odlučivanju i pristupu pravosuđu u pitanjima okoliša, Narodne novine, Međunarodni ugovori, 1/2007

F) INTERNETSKI IZVORI

1. Vodič za naručitelje u otkrivanju i prijavi kartela u javnoj nabavi, 2016, Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, dostupno na <https://www.aztn.hr/ea/wp-content/uploads/2015/06/AZTN-info-48.-specijal.pdf>

2. Analiza koju je izradio GONG, dostupna na: <https://www.gong.hr/media/uploads/dokumenti/Razno/KonvencijaVijeaEuropeopravunapristupslubenimdokumentima.pdf>
3. Vodič švedskog Ministarstva pravosuđa naslova: „Public Access to Information and Secrecy Act, Information concerning public access to information and secrecy legislation, etc“, ISBN 978-91-38-23271-2, Revised edition 2009, dostupan na web stranici NATLEX, International Labour Organization, preko poveznice https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_isn=84388&p_lang=en
4. Nacrt novog Zakona o javnoj nabavi u Ujedinjenom Kraljevstvu, dostupan na <https://bills.parliament.uk/publications/46439/documents/1777>
5. Objava Doma Lordova od 20. svibnja 2022. godine, dostupna na <https://bills.parliament.uk/publications/46488/documents/1791>
6. „5. Forum za javnu upravu“, Friedrich Ebert Stiftung, Institut za javnu upravu, 2015., dostupno na https://iju.hr/Dokumenti/fju_5.pdf
7. Podaci o pregledu jedinstvenog tržišta https://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm#, Reporting period: 01/2019 – 12/2019
8. Public Procurement in the EU: Legislative Framework, Basic Principles and Institutions, Support form Improvement in Governance and Management, OECD i Europska komisija, siječanj 2011, dostupno na <http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-1-200117.pdf>
9. Službeni rječnik Associated Pressa, Wall Street Journala, New York Timesa i drugih vodećih novina, dostupan na: <https://www.yourdictionary.com/about/websters-new-world-college-dictionary.html>
10. Sporazum o javnoj nabavi donesen od strane Svjetske zdravstvene organizacije, verzija iz 2012. dostupan na https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.pdf
11. Studija The Cost of Non-Europe in the area of Organised Crime and Corruption: Annex II – Corruption, 10.03.2016., dostupno na [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579319/EPRS_STU\(2016\)579319_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579319/EPRS_STU(2016)579319_EN.pdf)

12. „Tematski informativni članak o europskom semestru javna nabava“, izdan od strane Europske komisije, 22.11.2017., dostupno na https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_hr.pdf
13. Internetski članak autora Marka Gudgeona, naziv članka: „Confidentiality in public procurement challenges“, od 21.12.2018. godine, dostupno na <https://www.localgovernmentlawyer.co.uk/procurement-and-contracts/308-procurement-features/39515-confidentiality-in-public-procurement-challenges>
14. The Technology and Construction Court Guide, Vodič za tehnološke i građevinske sudove, dostupan na https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/819807/technology-and-construction-court-guide.pdf
15. Vodič kroz članak 6. Europske konvencije o ljudskim pravima, Pravo na pošteno suđenje (građanski aspekt), izdan od strane Europskog suda za ljudska prava 2013. godine, dostupan na https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_HRV.pdf
16. Internetski članak „Opća načela prava u Europskoj uniji“, Štingl, Karla, dostupno na <https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/19264>
17. Definicija informacije iz Hrvatske enciklopedije, mrežno izdanje. Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2021., dostupno na <https://www.enciklopedija.hr/natuknica.aspx?id=27405>
18. Rezultati ispitivanja o ranjivosti sektora u Europskoj uniji u postupcima javne nabave glede kršenja prava intelektualnog vlasništva ili zlouporabe poslovne tajne: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/16479?locale=hr>
19. Mišljenje Ministarstva gospodarstva i održivog razvoja iz 2018. godine, dostupno na <http://www.javnanabava.hr/default.aspx?id=7188>
20. Bošković Batarelo, Marija, Utjecaj GDPR-a na primjenu blockchain tehnologija, dostupno na <https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/40378>
21. Podaci dostupni na web stranici Lexology: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=02a1568e-bd45-4995-a2d1-6ef7ebe0bd53>
22. Dokument Europske komisije, Brussels, 25.04.2016, „Summary of replies to the public consultation on Public procurement and intellectual property“, „EU Action Plan on the enforcement

of intellectual property: Action 9“, dostupno na <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/16479?locale=hr>

23. Podaci o stadiju donošenja novog Zakona o javnoj nabavi u Ujedinjenom Kraljevstvu, dostupni na <https://bills.parliament.uk/bills/3159#timeline>

G) PRAKSA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

1. Presuda Europskog suda za ljudska prava od 16. prosinca 1992. godine u predmetu *Niemietz protiv Njemačke*, zahtjev broj [13710/88](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-57887%22%7D), dostupno na <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-57887%22%7D>

2. Presuda Europskog suda za ljudska prava od 16. travnja 2002. godine u predmetu *Société Colas Est i drugi protiv Francuske*, zahtjev broj 37971/97, dostupno na <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-60431%22%7D>

3. Presuda Europskog suda za ljudska prava od 28. siječnja 2003. godine u predmetu *Peck protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev broj 44647/98, dostupno na <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22%3A%2244647/98%22%2C%22itemid%22%3A%22001-60898%22%7D>

4. Presuda Europskog suda za ljudska prava od 16. veljače 2000. godine u predmetu *Rowe i Davis protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 28901/95, dostupno na <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-58496%22%7D>,

5. Presuda Europskog suda za ljudska prava od 24. srpnja 2007. godine u predmetu *V protiv Finske*, zahtjev br. 40412/98, dostupno na <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-80209%22%7D>,

6. Presuda Europskog suda za ljudska prava od 24. studenoga 1997. godine, zahtjev broj 138/1996/757/956, stranke *Werner protiv Austrije*, presuda dostupna na <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-58114%22%7D>

7. Presuda Europskog suda za ljudska prava *Hudáková i drugi protiv Slovačke* od 27. travnja 2010. godine, broj zahtjeva 23083/05, dostupna na <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-98447%22%7D>

8. Odluka Europskog suda za ljudska prava od 31. listopada 2006. godine, stranke *Aksoy (Eroğlu) protiv Turske*, broj zahtjeva 59741/00, odluka dostupna na <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-77761%22%5D%7D>

9. Odluka Europskog suda za ljudska prava od 15. rujna 2009. godine, donesena u predmetu *Miroļubovs i ostali protiv Lettonie*, zahtjev broj 798/05, odluka dostupna na <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%22798/05%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-93983%22%5D%7D>

10. Odluka Europskog suda za ljudska prava od 06.srpnja 2010. godine, zahtjev broj 54111/07, stranke *Star Cate Epilekta Gevmata i drugi protiv Grčke*, odluka dostupna na Odluka dostupna na <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%2254111/07%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22ADMISSIBILITY%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-100012%22%5D%7D>

H) PRESUDA TALIJANSKOG REGIONALNOG UPRAVNOG SUDA

1. Presuda Regionalnog upravnog suda u Laciju u predmetu T.A.R. Lazio - Rome, broj 12861/2021 od 13. prosinca 2021. godine, dostupna na https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/QUOTIDIANI_VERTICALI/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2021/12/26/Tar_Lazio_12861_2021.pdf

I) PRESUDE BRITANSKOG TEHNOLOŠKOG I GRAĐEVINSKOG SUDA

1. Presuda *Marston Holdings Ltd v Ministry of Justice*, [2018] EWHC 3168 (TCC), Case Nb. HT-2018-000221 od 6. studenoga 2018. godine

2. Presuda u predmetu *Bombardier Transportation Limited v. Merseytravel* od 23.2017. godine, [2017] EWHC 575 (TCC), Case No. HT-2017-000009, dostupna na: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2017/575.html>

3. Presuda u predmetu *SRCL Ltd protiv The National Health Service Commissioning Bord* od 27.07.2018. godine, [2018] EWHC 1985 (TCC), Case No. HT-2017-000169, dostupna na <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2018/1985.html>

J) MIŠLJENJA NEZAVISNIH ODVJETNIKA

1. Mišljenje nezavisne odvjetnice Sharpston od 25.10.2007. godine u predmetu C-450/06, *Varec v État belge*, dostupno na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62006CC0450>

2. Mišljenje nezavisnog odvjetnika Michala Bobek od 30. travnja 2019. u predmetu C-620/17, *Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe protiv Fővárosi Törvényszék*, dostupno na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62017CC0620&from=HRx>

Prilozi:

1. Presuda Regionalnog upravnog suda u Laciju u predmetu T.A.R. Lazio - Rome, broj 12861/2021 od 13. prosinca 2021. godine, u originalu te prevedena na hrvatski jezik po gospođi Sabrini Mauri
2. Presuda Marston Holdings Ltd v Ministry of Justice, [2018] EWHC 3168 (TCC), Case Nb. HT-2018-000221, na engleskome jeziku, dostavljena na zamolbu autora od strane Technology and Construction Court United Kingdom 9. kolovoza 2022. godine

PRILOG 1.

Objavljeno 13.12.2021.

BR. 12861/2021

REG.PROV.COLL.

BR. 09171/2021

REG.RIC.

/Grb Republike Italije/
REPUBLIKA ITALIJA
U IME TALIJANSKOG NARODA
Regionalni upravni sud za Lazio
(Odjel Drugi Bis)
Proglasio je ovu
PRESUDU

Na temelju čl. 60 Kodeksa za upravni postupak;

o žalbi broj općeg upravnog registra 9171 iz 2021. koju je podnio (...) s.r.l., u osobi pravnog zastupnika pro tempore, kojeg zastupa i brani odvjetnik A.L. s digitalnim prebivalištem prema PEC-u iz Registara pravde;

protiv

Općina (...), u osobi pravnog zastupnika pro tempore, kojeg zastupa i brani odvjetnik F.F., s digitalnim prebivalištem prema PEC-u iz Registara pravde;

ka

(...) S.r.l., nije pristupio postupku na sudu;

za poništenje

napomene od 16.07.2021. kojom je Grad (...) djelomično prihvatio zahtjev za pristup, ne dopuštajući cijeloviti pristup tehničkoj ponudi; kao i bilo kojeg pretpostavljenog, povezanog ili, u svakom slučaju,

povezanog akta, kao i za utvrđivanje prava podnositelja zahtjeva na pristup, pregled i izdvajanje cjelovitog primjerka navedene dokumentacije te osuđujuće presude Grada (...) radi omogućivanja pristupa već traženoj dokumentaciji i , konkretno, kompletnoj tehničkoj ponudi (bez iznimki);

Pregledom žalbe sa priložima;

Pregledom akta o pristupanju postupku Općine (...);

Pregledom svih radnji slučaja;

Referentica Vijeća od dana 24. studenoga 2021. Dr.Virginia Arata nakon saslušanja stranaka po braniteljima kako je navedeno u zapisniku;

Nakon saslušanja stranaka na temelju čl. 60. Kodeksa za upravni postupak;

Žalitelj je sudjelovao u postupku javnog nadmetanja koji je grad (...) pokrenuo radi dodjele usluge obnove uvjeta sigurnosti cestovnog prometa i reintegracije ekoloških matrica ugroženih pojavom prometnih nesreća.

Dana 28.05.2021. godine odlukom zapovjednika Mjesnog policijskog tijela br. 2888 dodijeljeno je pravo u korist društva (...) dok se žalitelj pozicionirao na drugo mjesto.

Dana 16.06.2021. društvo (...) podnijelo je Općini (...) zahtjev za pristup natječajnoj dokumentaciji, sa zahtjevom za predocjenje kompletne tehničke ponude.

Nakon što su o navedenom obavještene suprotne strane, društvo (...) se protivilo pristupu.

Uprava grada je dana 16.07.2021. godine djelomično odobrila zahtjev za pristup te je predala tehničku ponudu od (...) gotovo potpuno zatamnjenu, posebno glede dijela tehničke ponude.

Žalitelj je osporio taj čin.

Sa jednim žalbenim zahtjevom, društvo (...) isticao je svoj direktan, konkretan i aktualan interes za poznavanjem natječajne dokumentacije i u pogledu dokumenata koji se odnose na tzv. tehničku ponudu. Postupku je pristupila i uprava grada koja je u svojim podnescima isticala zakonitost izvršenog izbora kojeg temelji na općenitosti zahtjeva, kao i na važnosti zaštite tajnosti poslovnih tajni i znanja tvrtke smatrajući ih bitnijim od interesa konkurenata da ih pregleda.

Obzirom na iznesene argumente, žalba je utemeljena i treba biti uvažena.

Što se tiče prava na pristup, ustanovljen je smjer kojim se ostvarivanje navedenog prava smatra posebnim alatom za provjeru ispravnosti rada uprave.

Iz toga proizlazi da u svakom sektoru a posebice u sektoru javne nabave gdje načelo transparentnosti prožima cijelu disciplinu, odstupanja od istog moraju biti jasna, opravdana i potrebna. U tom smislu, treba napomenuti da čl. 53 Zakonodavne uredbe 50/2016 pobija pravo na pristup glede informacija koje predstavljaju srž tehničke ponude gospodarskih subjekata koji izražavaju tzv. znanje i iskustvo tvrtke, odnosno bogatstvo uglavnom tehničke prirode koje omogućuje razlikovanje i procjenu ponude jednog subjekta u odnosu na drugog subjekta koji posluje u istom sektoru.

U ovom slučaju, dakle, potreba za zaštitom poduzetničkog znanja gospodarskih subjekata koje bi moglo biti ukradeno od strane drugih konkurenata opravdava ovaj zakonski izbor.

Međutim, i ovo odstupanje ima krajnju granicu, koju predstavlja potreba za sigurnim ostvarivanjem vlastitog prava obrane. Na temelju posljednjeg stavka, u odnosu na pretpostavke iz stavka 5. sl.A), konkurentu je dozvoljen pristup u svrhu obrane vlastitih interesa u odnosu na postupak dodjele ugovora.

Naime, predviđenom ravnotežom između pristupa i tajnosti, pristup (informacijama koje sadrže tehničke i gospodarske tajne) dozvoljen je „u svrhu obrane u postupku“ onih interesa koje konkurent zahtjeva u odnosu na postupak dodjele ugovora o javnoj nabavi. Isticanje je u ovom slučaju dozvoljeno samo u onom dijelu koje je potrebno u svrhu zaštite na sudu – također pozvanom u smislu „iznimne neophodnosti“ – postavljajući st.6 čl.53. Zakonodavne uredbe 50/2016 kao bitniji uvjet u odnosu na uvjet predviđen člankom 22 i dr, Zakona br.241/1990 (koji pozivaju na opći interes zaštite vlastitih prava u zakonskom smislu), budući da postoji potreba utvrđivanja povezanosti između dokumentacije koja je predmet zahtjeva na pristup i navedene cenzure (Vijeće, odjel V, 12.studenoga 2019., br. 7743; 7. siječnja 2020. br. 64).

Nadalje, sudska praksa je također pojasnila da se pravo na pristup ne može procijeniti na temelju zakonitosti zahtjeva, već je procjena samostalna i neovisna o cilju zbog kojeg je zahtjev pokrenut, tako da, jednom kada je utvrđena povezanost između interesa i dokumenata, svaka daljnja istraga o potrebi i učinkovitosti samog dokumenta u odnosu na sudsku zaštitu ili istraga o drugim alatima za zaštitu koji bi se eventualno mogli upotrijebiti, u potpunosti je dobrovoljna (Vijeće, odj.V, 9.ožujka 2020, br.1664).

U ovom predmetu društvu koje pokreće zahtjev dodijeljeno je drugo mjesto na završnoj ljestvici te je izjavilo da želi pobiti ishod postupka javnog natječaja pred nadležnim Sudom. U tu svrhu društvu je neophodno upoznati razloge zbog kojih je pobjednik natječaja dobio više bodova u pojedinim kriterijima odabira.

Konkretno, podnositelj zahtjeva zatražio je otkrivanje lokalne jedinice (tj. početnu točku) i spremnost iste da zajamči uslugu i vrijeme odgovora; stvarno angažiranje broja osoba označenih za pružanje usluge, uz zahtjev da se točno naznači osoblje koje će pružati uslugu; sredstva koja će biti korištena u obavljanju usluge, barem onih usluga koje će društvo (...) direktno obavljati (tj. sredstva koja se mogu pripisati SOR-u razina I).

U tom pogledu, trebalo bi se pridržavati one pravne orijentacije prema kojoj podaci o mjestu logističkih centara i o korištenim prijevoznim sredstvima ne predstavljaju informacije – u slučaju njihovog otkrivanja- koje bi mogle ugroziti znanje i iskustvo društva, te ne mogu biti zatajene na štetu prava obrane (Vijeće, odj V, nalog br 2150 od 27.03.2020.).

S druge strane, nikakva moć zabrane ne može se primijeniti činu prigovora protustranke, čije je učestvovanje neophodno u svrhu davanja odgovarajućeg obrazloženja koje bi opravdalo postojanje tehničkih i gospodarskih tajni, a koja ne može sama odlučiti o odbacivanju zahtjeva za pristup.

Na kraju, kako bi ostvarivanje prava na obranu bilo potpuno i učinkovito, potrebno je da dokument bude predan na način da je jasan i razumljiv, a ne na način da se zadovolji samo formalni oblik zahtjeva.

Zbog svih navedenih razloga, zahtjev treba biti prihvaćen s presudom koja obvezuje Grad (...) na izvršenje svih potrebnih aktivnosti u roku od 30 (trideset) dana od dostave rješenja ili od službene obavijesti iste, u slučaju da je ova nastupila ranije.

4. Troškovi postupka slijede gubitak parnice i naplaćuju se kao u izreci na teret Grada (...).

Iz tih razloga

Regionalni Upravni sud za Lazio (Odjel Drugi Bis), donosi konačnu odluku na predmetnu žalbu, te istu prihvaća i nalaže upravi grada odobravanje uvida u dokumentaciju navedenu u obrazloženju i u propisanom roku.

Osuđuje upravu grada na plaćanje troškova postupka, u iznosu od 1.500,00 eur, te PDV-a i odvjetničkih troškova.

Nalaže izvršenje ove presude od strane upravnog tijela.

Tako je odlučeno u Rimu na vijeću dana 24. studenoga 2021. uz nazočnost sudaca:

Elena Stanizzi, Predsjednica

Salvatore Gatto Costantino, Savjetnik

Virginia Arata, Referent, Zapisničar

ZAPISNIČAR

Virgina Arata

PREDSJEDNICA

Elena Stanizzi

WARNING: reporting restrictions may apply to the contents transcribed in this document, particularly if the case concerned a sexual offence or involved a child. Reporting restrictions prohibit the publication of the applicable information to the public or any section of the public, in writing, in a broadcast or by means of the internet, including social media. Anyone who receives a copy of this transcript is responsible in law for making sure that applicable restrictions are not breached. A person who breaches a reporting restriction is liable to a fine and/or imprisonment. For guidance on whether reporting restrictions apply, and to what information, ask at the court office or take legal advice.

This Transcript is Crown Copyright. It may not be reproduced in whole or in part other than in accordance with relevant licence or with the express consent of the Authority. All rights are reserved.

IN THE HIGH COURT OF JUSTICE

BUSINESS AND PROPERTY COURTS

OF ENGLAND AND WALES

TECHNOLOGY AND CONSTRUCTION

COURT (QBD)

[2018] EWHC 3168 (TCC)



No. HT-2018-000221

Royal Courts of Justice

Tuesday, 6 November 2018

Before:

MRS JUSTICE O'FARRELL

B E T W E E N :

MARSTON HOLDINGS LIMITED

Claimant

- and -

MINISTRY OF JUSTICE

(HM COURTS & TRIBUNAL SERVICE)

Defendant

- and -

JACOBS

First Interested Party

- and -

EXCEL CIVIL ENFORCEMENT LIMITED

Second Interested Party

MR M. BOWSHER QC and MS A. BLACKWOOD appeared on behalf of the Claimant.

MR J. WILLIAMS appeared on behalf of the Defendant.

MS L. OSEPCIU appeared on behalf of the First Interested Party.

MR P. OLDHAM QC appeared on behalf of the Second Interested Party.

J U D G M E N T

MRS JUSTICE O'FARRELL:

- 1 Before the court is an application by Marston Holdings Limited, the claimant, against the Ministry of Justice, the defendant, in relation to disclosure of documents into two confidentiality rings arising out of a public procurement exercise. The background can be summarised relatively shortly.
- 2 The procurement concerned the supply of approved enforcement agency services on behalf of HM Courts & Tribunal Services. The value of the contract or contracts has been estimated at about £290 million. The claimant provides debt recovery and enforcement services to public bodies such as HMCTS and local authorities. As such, it submitted a bid in respect of the procurement exercise that had been publicised and set out in the OJEU notice; namely, a contract for the award of a single national contract or separate regional contracts for the delivery of the enforcement agency services.
- 3 The claimant's bid was unsuccessful. On 19 July 2018, it received a letter telling it that it had been awarded the top mark in respect of Lot 8, which was the potential national contract, but that it had failed against other tenderers in relation to Lots 1 to 7, and that the Ministry of Justice would not award a contract in respect of Lot 8. The successful tenderers included Jacobs and Excel Civil Enforcement Limited, both of whom have been joined as interested parties to these proceedings.
- 4 Marston issued a claim on 27 July 2018 seeking to challenge the procurement exercise following early disclosure on the part of the Ministry of Justice. The pleadings were amended and then subsequently reamended by Marston. On 19 October 2018 the Ministry of Justice filed and served its defence. On 17 October 2018, Marston issued a second claim making further allegations. The reason for a separate claim is so that the Ministry of Justice has available to it any limitation defences that it wishes to raise.
- 5 The nature of the challenge can be summarised in the following way. It is alleged on behalf of Marston that there were defects in the evaluation of the tenders and that Marston should have been seen as the overall most economically advantageous tender for Lot 8, the national contract that has not been awarded. The allegations include:
 - i) errors made in the scoring exercise carried out by the evaluators;

- ii) the scoring exercise was not carried out in accordance with the defendant's evaluation guide;
- iii) proper records of the scoring exercise were not kept;
- iv) the tenders were marked by reference to undisclosed criteria;
- v) there was a failure to verify the submissions made in some of the other bids;
- vi) the defendant carried out an evaluation of the nature of the bidders as opposed to the quality of the bids; and
- vii) overall, the claimant was the MEAT tenderer and therefore should have prevailed in the procurement exercise.

6 The defence is that the assessment of the tenders was carried out in a lawful manner and in accordance with the disclosed criteria. It is accepted in the pleaded defence that a number of discrepancies and/or inaccuracies and inconsistencies were discovered between some of the bidders' responses to questions in the technical part of the evaluation as compared with their responses to questions in relation to the commercial part of the evaluation. Those bidders included Marston and the two interested parties, Jacobs and Excel. On that basis, the defendant pleads that it was forced to revisit and/or alter evaluations following this discovery in some of the original scores.

7 The defendant also pleads that during the moderation exercise, a number of changes were made to the claimant's scores between the initial independent views of the evaluators and the final moderated scores. It is averred by the defendant that that process applied equally to all questions and to all bidders.

8 In relation to the alleged cause of loss, the defendant pleads at paragraph 87.2 that:

“It is denied that the defendant has caused the claimant any loss or damage and that it is denied that if there was any breach, it would have caused the claimant to be awarded Lot 8. If there were any manifest errors in the scoring of the claimant's and/or Excel's, and/or Jacobs' bid, a national contract rather than the regional contracts would still not have been awarded because the claimant would still not have achieved a higher score than 5 of the first placed bidders for the other Lots 1 to 7.”

- 9 It is also pleaded that insofar as there was any error in the approach to the application of the evaluation criteria or the scoring system for the purposes of evaluating and/or moderating the claimant's bid, the same errors would have been made in relation to all of the bids.
- 10 Finally, it is pleaded that any assessment of loss or damage caused to the claimant from the alleged errors made would have to take account both of alleged errors identified by the claimant as giving rise to an alleged disadvantage and any other errors which were more favourable to the claimant.
- 11 At a CMC that took place on 26 October 2018, Fraser J made an order that the trial of this matter should be listed for hearing for two weeks starting on Monday 25 February 2019. Appropriate directions were given with a view to an expedited trial including an order that specific disclosure be completed by 30 November 2018 and witness statements to be exchanged by 18 January 2019. As a result of that expedited timetable, the claimant's position is that time is tight in this matter and that it is necessary for the court to make its rulings in relation to its disclosure application now. The disclosure application is made against Excel only, Jacobs having already agreed that disclosure of its tender should, in principle, be made into the disclosure rings.
- 12 The court must determine on an application of this kind whether, in principle, disclosure of the Excel tender is necessary so that the court can fairly and proportionately dispose of the issues in the case. It is open to the court to limit the issues for disclosure that are actually necessary to dispose of the case. I note that in this case, Fraser J made an order that specific categories of documents only should be disclosed by the defendant as opposed to an order for standard disclosure. Carved out from that was any order in relation to Excel's tender submissions which was adjourned for consideration today.
- 13 The court has very wide disclosure powers and will take account of issues of confidentiality, but the mere fact that documents might be confidential is not of itself an automatic defence to any order for disclosure. My attention has been helpfully drawn to the case of *SRCL Ltd v The National Health Service Commissioning Board (NHS)* [2018] EWHC 1985 (TCC) in which Fraser J referred to the case of *Libyan Investment Authority v Société Générale SA and others* [2015] EWHC 550 (Comm) in which Hamblen J, as the then was, set out the approach of the court to applications for disclosure and confidentiality rings or confidentiality clubs. He stated that:

- “20. The starting point is that each party should be allowed unrestricted access to inspect the other parties’ disclosure subject to the implied undertaking that the disclosure will not be used for a collateral purpose...
- 21. It is for the person seeking the imposition of a confidentiality club to justify any departure from the norm. In order to do so, the proponent of the confidentiality club must establish that there is a real risk, either deliberate or inadvertent, of a party using his right of inspection for a collateral purpose...
- 22. Where it is demonstrated that there is such a risk, any restriction imposed should go no further than is necessary for the protection of the right in question...
- 23. The provision of protection by the use of confidentiality rings or clubs in appropriate cases, including confidentiality clubs to which the parties’ lawyers alone are admitted at least during the interlocutory stage of litigation, is well recognized...
- 24. The basis for such orders is the court’s inherent jurisdiction to regulate its own procedure in the interests of justice...”

- 14 In this case the claimant’s position is that it is necessary for a fair, proportionate, and just disposal of its claim for the Ministry of Justice to disclose the full Excel tender documents. Any issues of confidentiality can be appropriately dealt with by way of the confidentiality rings that are in place in this case.
- 15 There are two confidentiality rings. The first confidentiality ring was set up at the end of August and subsequently amended in September 2018. It includes the legal teams on either side so that they would have access to all of the disclosed documents. The second confidentiality ring was set up and approved by Stuart-Smith J on 14 September 2018. That allows one client representative, namely a Mr Ian Wallis, to be admitted into the client confidentiality ring and permits him to review material placed into that ring in hard copy at the offices of his solicitors.
- 16 The documents initially go into the first confidentiality ring so that they can be reviewed by the legal teams on each side. If, on that review, the claimant considers that it is necessary for the client representative to review the documents, a request in writing must be made to the defendant and to any interested party from whom the document emanates, identifying the proposed information that is sought and an explanation as to why it is both reasonable

and necessary to provide the client member with access to that information. The confidentiality agreement is intended to enable the parties to resolve those matters without recourse to the court save where there is a dispute that they cannot resolve.

17 Mr Bowsher QC, on behalf of the claimant, submits that the documents sought are relevant and properly disclosable and that the confidential nature of the information can be properly protected by the use of the confidentiality rings which impose a number of restrictions on the use to which the documents can be put.

18 The need for disclosure of confidential information and the use of appropriate confidentiality rings was considered by Fraser J in the *SRCL Limited* case. At paragraph 65 he stated:

“65. When a procurement challenge is brought by a disaffected unsuccessful bidder, there will usually be only limited information available to that unsuccessful bidder. They will know ... that they have lost the tendering competition, and they will know the content of their own bid...

66. After issue of proceedings, the contracting authority will have to comply with its obligations in terms of disclosure under the CPR, but the way that disclosure of confidential information is dealt with has to reflect the status of that information. This is done by means of what are called ‘confidentiality rings’. The term means a limited number of named individuals who are entitled to see the confidential information of other bidders. A party’s legal team (or some members of it) and certain selected individuals are thereby permitted to view the disclosure that includes confidential information. All give undertakings, and most of these arrangements are dealt with by consent in detailed orders, approved by the court. When it comes to the giving of evidence at trial, the majority of evidence is heard in open session, consistent with the principles of open justice. Very occasionally some evidence concerns confidential information and this requires the court to be closed not only to the public, but also to any employees or representatives who are not members of the confidentiality ring. In some judgments, parts of the actual judgment itself will deal with confidential information and this is usually included in a separate appendix to the judgment. Distribution of that

appendix is similarly restricted. However, these measures are kept to a minimum.”

- 19 The way in which the court balances the need for appropriate disclosure against the need to protect confidentiality was considered in the *Libyan Investment Authority*. At paragraph 34 of the *Libyan Investment* case, when describing the balancing exercise, Hamblen J as he then was stated:

- “(1) The court’s assessment of the degree and severity of the identified risk and the threat posed by the inclusion or exclusion of particular individuals within the confidentiality club [must be considered]...
- (2) The inherent desirability of including at least one duly appointed representative of each party...
- (3) The importance of the confidential information...
- (4) The nature of the confidential information...
- (5) ...the degree of disruption that will be caused if only part of a legal team is entitled to review, discuss and act upon the confidential information.”

- 20 To those factors, Fraser J in *SRCL* added that:

- “(6) In procurement litigation, the confidential information of other parties ... will usually be held by the contracting authority. Although it will not invariably be relevant to the claim by the dissatisfied bidder, it will often be relevant. No order for disclosure should be made in respect of such third party confidential information without giving that other third party the right to make representations to the court.
- (7) As part of considering the balancing exercise necessary, there are a range of options or special measures available to the court which will both preserve the confidentiality ... [and balance that against the need for] ...administration of justice...
- (8) ...It is not a solution to an objection by a contracting authority (or another bidder) to assume that a party’s solicitor acting in the litigation should and can be called to give primary evidence of fact in that party’s favour.”

- 21 I gratefully adopt that guidance and will apply it in this case.

- 22 The Ministry of Justice has conceded that the tender documentation from both Jacobs and Excel is relevant and therefore disclosable material in this case. It takes a neutral position with regard to the current application.
- 23 Mr Oldham QC, for the interested party, Excel, opposes the application for specific disclosure of its full tender document made by the claimant in this case on the following grounds. He submits that disclosure of the full tender document is not relevant to the issues in the case. The parts of the tender document that are relevant to the specific questions challenged in the claimant's pleading have already been disclosed into the confidentiality ring and Mr Oldham's submission is that the claimant has not made out a case for the full tender document now being disclosed. It is only necessary for disclosure of those parts of the bid that relate to the specific questions that are subject to challenge. Although the defendant makes reference to a general need to balance any errors made in the claimant's favour against errors made to its disadvantage, that challenge on causation does not, of itself, give rise to a need for disclosure of the full tender document. Mr Oldham submits that it is for the claimant to satisfy the court that disclosure of the full tender document is necessary to resolve the issues in the case. The claimant has not discharged that burden and, therefore, the court should not order the disclosure sought.
- 24 Further, Mr Oldham submits that if there is to be disclosure, it is necessary for the confidentiality of the document to be preserved. He refers to the recent correspondence in this matter which indicates that there has been delay by the claimant in making this application and also that the defendant and claimant have blown 'hot and cold' as to whether or not disclosure of the full tender document is required.
- 25 Finally, Mr Oldham submits that if the court makes an order for disclosure, it should be into the first confidentiality ring only. The court should leave over any issues as to redaction, and should not circumvent the safeguards set out in paragraph 5 of the order relating to the client confidentiality ring.
- 26 I start by considering whether the full tender document is required to be disclosed in order to ensure a fair disposal of this matter. I am satisfied that such disclosure is necessary and proportionate in this case. The claimant has made out a *prima facie* case for challenge in relation to the procurement based on the fact that it was awarded the top quality score in relation to Lot 8, which was the national service provision and yet, despite that, it was not awarded any one of the regional contracts in Lots 1 to 7 and there was a decision taken not to award Lot 8.

- 27 The claimant has then identified a number of very specific mistakes or errors that it claims have been made in relation to the evaluation process, both of its bid and of the other bids. The significance of the other bids becomes apparent because in order to ensure that it might be awarded Lot 8, the claimant would have to establish that it was ahead of the first five of the winning bidders for Lots 1 to 7. Hence, it is necessary for all of the tenders to be considered.
- 28 The claimant has also established by reference to the defence that there were discrepancies and inconsistencies identified in not only the claimant's bid but also the bids of Jacobs and Excel, the interested parties. Those discrepancies led to revisions and alterations to the evaluation of those tenders. The defendant has also accepted that changes were made to the scores during the evaluation exercise. Of course, it does not follow that the changes made by the defendant during the evaluation exercise were unfair or unlawful, or in any other way erroneous, but it raises an issue that the court has to look at. The court cannot reach a view on those matters today, but it will have to look at the way in which the evaluation and moderation exercise was carried out across the board to determine the claim.
- 29 That conclusion is reinforced by reference to paragraph 87 of the Defence. The defence that in so far as there were errors they were applied in the same way to all of the bids and the fact that any errors identified by the claimant would have to be taken into account alongside other errors, indicates that the court must look at the whole of the evaluation and scoring exercise in order to reach a fair determination of this dispute. Therefore, I am satisfied that, in principle, the whole of the Excel tender is documentation that should properly be disclosable for the purpose of resolving the dispute between the parties. In that regard, the concession made by the Ministry of Justice was well made in relation to both Jacobs and to Excel.
- 30 I now consider the protection made by the confidentiality rings. The protection is adequate to ensure that the confidential information is not misused and is used solely for the purpose of resolving the issues in the case. I note that in relation to the client confidentiality ring, a number of undertakings have been given by Mr Wallace, the sole member of that ring. The documents will be seen by him only in hard copy. They can be viewed only at the offices of the claimant's legal teams. The documents cannot be removed, or copied, or used in any way outside those offices. The production of any further copies will be limited to those required for the purpose of these proceedings only and held in accordance with his undertaking set out in paragraph 4 of the undertaking. Further, Mr Wallace confirms that he will not be involved in any way with the preparation or development of any procurement

relating to enforcement services including, for the avoidance of doubt, any new procurement process for the services that are the subject of these proceedings for a period of twelve months after the determination of these proceedings.

- 31 In my judgment, the terms of the client confidentiality ring, which are in fairly general and well-recognised terms, would provide adequate protection in relation to the confidential information of the interested parties. The first confidentiality ring is limited to named members of the legal team, in each case three or four members of the solicitor team and the counsel acting in the case. I am satisfied, as a matter of principle, that appropriate arrangements are in place.
- 32 In relation to the timing of the application, there is, with respect to those submissions made by Mr Oldham, nothing in it. Initially, quite properly, the defendant asked for and then gave disclosure to the claimant the relevant parts of the tender bids that had been identified expressly in the particulars of claim. Although the claimant initially sought full copies of the tenders, that was not, at that stage, pursued by way of an application. However, on 19 October the full defence was served, from which could be seen the nature of the investigation that the court will be required to carry out in order to resolve this matter. The issue of disclosure was before Fraser J on 26 October. At that stage, an express reference was made to the application in relation to the Excel documents. I do not consider that there has been undue delay. To the extent that the claimant and defendant did not rush in to demand by way of a court application full disclosure of the tender documents, it does not detract from the fact that following a consideration of the updated pleadings, they both now consider that the full tender document is a relevant disclosable document.
- 33 In relation to the way in which disclosure should be taken forward, the starting point is that the Excel bid should be disclosed into the first confidentiality ring. There should then be a short period of time for the parties to discuss and hopefully agree the basis on which any redactions should be made so that the redacted version of the tender can then be placed into the client confidentiality ring. I note that it has taken a few weeks to deal with these issues in relation to the Jacobs' tender documents. It might be hoped that because at least the claimant and defendant have already been through that process, it should be relatively quick with regard to dealing with that vis-à-vis Excel.
- 34 So, I will allow a short period of time within which the documents are initially reviewed by the legal team but with a view to them moving fairly speedily into the client confidentiality

ring. Otherwise, there will be an unacceptable adverse impact on the timetable. The expedited trial must be in the interests of everyone before the court.

CERTIFICATE

Opus 2 International Ltd. hereby certifies that the above is an accurate and complete record of the proceedings or part thereof.

*Transcribed by **Opus 2 International Ltd.**
(Incorporating **Beverley F. Nunnery & Co.**)
Official Court Reporters and Audio Transcribers
5 New Street Square, London EC4A 3BF
Tel: 020 7831 5627 Fax: 020 7831 7737
civil@opus2.digital*

This transcript has been approved by the Judge

Životopis:

Romina Štaba je rođena 13. siječnja 1983. godine u Varaždinu. Nakon srednje škole, Gimnazije Varaždin, 2001. godine je upisala Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu na kojem je diplomirala 2006. godine. Iste godine se zaposlila na radnom mjestu odvjetničkog vježbenika. Pravosudni ispit je položila 2008. godine te je potom 2010. godine upisana u Imenik odvjetnika Hrvatske odvjetničke komore. Kao odvjetnica je zaposlena i danas u Odvjetničkom društvu Porobija & Špoljarić d.o.o. na poziciji *Senior* partnera. Njezin profesionalan rad je usmjeren na pružanje odvjetničkih usluga domaćim i inozemnim klijentima, fizičkim i pravnim osobama, u područjima ponajviše vezanim uz rješavanje sporova, europsko pravo te javnu nabavu. Stekla je titulu sveučilišnog specijalista europskog prava obranivši 2016. godine, na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, temu „Pravni aspekti sprječavanja dvostrukog oporezivanja dobiti u Europskoj uniji“. Od 2019. godine posjeduje certifikat ovlaštenog specijaliste iz područja javne nabave izdanog od strane Ministarstva gospodarstva, poduzetništva i obrta Republike Hrvatske. Ujedno se zalaže za alternativno rješavanje sporova te je certificirani medijator. Sudjelovala je na brojnim domaćim i inozemnim konferencijama. U 2020. godini provela je jednomjesečni istraživački rad u Europa-Institutu, Saarland University. U Bukureštu, na IVR WORLD CONGRESS (srpanj, 2022. godine), Justice, Community and freedom, izlagala je temu: „Obligation to grant consent for the processing of personal data in the Public procurement procedure“.

Popis radova:

Hrvatska pravna revija, 3/2020 (2020), 17-28, Neke dvojbe glede ništetnosti ugovora o javnoj nabavi u korelaciji s europskim pravom.

Hrvatska pravna revija, 7-8/2019 (2019), 53-71, Sloboda pružanja odvjetničkih usluga u Europskoj uniji s osvrtom na recentnu sudsku praksu i hrvatsko pravo

Hrvatska pravna revija, 1/2019 (2019), 52-62, Važnost presude u predmetu Relu Adrian Coman i drugi protiv Rumunjske, C-673/16, za slobodu kretanja i boravak građana Europske unije

Hrvatska pravna revija, 2/2018 (2018), 63-75, Porez na dodanu vrijednost kod zamjene bitcoina za nacionalnu valutu na temelju prakse Suda Europske unije s osvrtom na hrvatsko pravo

Hrvatska pravna revija, 10/2020, (2020), 1-5, Pravni začeci prve karantene na svijetu

Zbornik radova sa Međunarodne znanstvene konferencije 18. rujan 2020. godine, Niš, Srbija, Centar za pravna i društvena istraživanja, Utjecaj pandemije virusa Covid-19 na oslobođenje

odgovornosti za štetu u ugovornim odnosima, suautor Jovanović Zattila, Milena, Niš, Pravni fakultet Sveučilišta u Nišu, 2021., str. 287-312. ISBN 978-86-7148-275-2

Informator, broj 6726, 11.04.2022.g., str. 16-19., Nezakonit izbor sudaca – povreda prava na pravično suđenje, Pouke iz predmeta Guðmundur Andri Ástráðsson protiv Islanda (Zahtjev broj 26374/18)

Informator, broj 7748, 09.09.2022.g., str. 11-16., Nedorečenosti pojedinih novih odredaba parničnog postupka, (suatorstvo)

Informator, broj 6773, 06.03.2021., str. 13- 18, Otvorena pitanja o Nacrtu prijedloga Zakona o mirnom rješavanju sporova, (suaturstvo)