

POLOŽAJ STEČAJNOG DUŽNIKA U POSTUPCIMA JAVNE NABAVE - *DE LEGE LATA* RJEŠENJA, POGLED U KONVENCIJSKO I EUROPSKO PRAVO TE PRAVCI PROMJENE¹

Dr. sc. Dejan Bodul, docent
Dr. sc. Sanja Grbić, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Darko Bodul, mag. iur.
Županija Primorsko-goranska

UDK 347.736/.739
Ur.: 19. siječnja 2016.
Pr.: 10. travnja 2016.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Posljednjih godina, tendencija nužnosti opstanka subjekta kroz preustroj, stečajni plan, pa kroz institut predstečajne nagodbe, a sada kroz predstečajni postupak i nova-stara rješenja stečajnog plana nalazila su se na samom vrhu liste pravno-političkih ciljeva reforme trgovačkog pravosuđenja. Pritom je bitno u kakvom je odnosu Stečajni zakon s ostalim zakonima u pravnom sustavu, pa tako i odnos sa Zakonom o javnoj nabavi. U ovom radu autori analiziraju dvije komplementarne teme koje smo argumentiranjem povezali u jedinstvenu cjelinu. Naime, cilj je analizirati specifični aspekt međusobne neusklađenosti određenih načela pa i odredbi Stečajnog zakona i Zakona o javnim nabavama. Pokazati ćemo kako Zakon o javnim nabavama izaziva i pravne i faktične smetnje za adekvatno provođenje predstečajnog postupka odnosno stečajnog plana, onemogućujući ekonomsko-financijsko ozdravljenje subjekta, čime istovremeno dolazi do diskriminacije unutar postupaka javnih nabava. U tom smislu, namjera je autora ukazati na paradigme toga odnosa pokušavajući usmjeriti razmišljanja o tom problemu u pravcu određenih de lege ferenda rješenja.

Ključne riječi: *javna nabava, stečajni dužnik, predstečajni postupak, stečajni plan, diskriminacija.*

1 Ovaj rad je nastao uz potporu Hrvatske zaklade za znanost u okviru projekta 6558 Business and Personal Insolvency – the Ways to Overcome Excessive Indebtedness.

1. UMJESTO UVODA

Cjeloviti prikaz sustava javnih nabava i stečajnog postupka, pored analize pravnog i institucionalnog okvira koji uređuju ovo područje, zahtijevao bi i analizu osnovnih indikatora njihova djelovanja, ali i posljedica koje oni imaju na ekonomski i pravni život države. Stoga imajući u vidu kompleksnost i aktualnost problema koji u ovom radu analiziramo, smatramo važnim na početku razjasniti najbitnije pojmove, dati pregled dosadašnjih istraživanja i metodologiju koju ćemo koristiti u ovome radu.

2. PREGLED DOSADAŠNJIH ISTRAŽIVANJA I KORIŠTENJA METODOLOGIJA

Provedbu kao i cilj stečajnog postupka detaljno uređuje Stečajni zakon.² U pravnom smislu, stečaj je izvanparnični *sui generis* sudski postupak u kojem se vrši kolektivno namirenje svih vjerovnika iz imovine insolventnog dužnika bilo likvidacijskim stečajnim postupkom ili nekim modelom reorganizacije. Iako se uočava određena različitost, oba upućuju na dva osnovna cilja stečaja, a to je namirenje vjerovnika i ostvarivanje njihovih imovinskih zahtjeva, ali i gašenje poslovnog subjekta koji nije u mogućnosti izvršavati svoje obveze (čl. 2. SZ). U Republici Hrvatskoj postoji, možda, stotinjak znanstvenih tekstova koji se bave opsežnom i složenom problematikom stečajne regulative. Štoviše, postoji skroman broj i monografija iz područja stečaja,³ za razliku od kapitalnih djela, znanstvenih članaka koja postoji u pravu, primjerice, SAD-a i njemačkom pravu. Ipak posljednjih godina, sve veći broj studija analizira ekonomske i pravne učinke likvidacijskih i reorganizacijskih stečajnih postupaka. Najveći broj ekonomskih, najčešće, empirijskih istraživanja u oblasti stečaja bavi se ključnim pokazateljima stečajnog postupka (dakle, troškovima stečajnog postupka, vremenom trajanja stečajnih postupaka te stupnjem namirenja vjerovnika) te vrši poredbeno-pravnu analizu i razmatra odnos intenziteta korištenja stečaja i niza varijabli.⁴

2 NN, br. 71/15. od 01. rujna 2015. - dalje: SZ. Stupanjem na snagu SZ prestao je važiti Stečajni zakon (NN, br. 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 82/06., 116/10., 25/12. i 133/12.) kao i većina odredbi o predstečajnoj nagodbi iz Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (NN, br. 108/12., 144/12., 81/13. i 112/13.) (čl. 445. SZ).

3 Dika, M., *Insolventno pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 1998., str. 1.-119.; Eraković, A., *Stečajni zakon s komentarom i primjerima*, RRIF Plus, 1997., str. 1.-257. te Sajter, D., *Ekonomski aspekti stečaja i restrukturiranja u stečaju*, doktorska disertacija, Ekonomski fakultet, Osijek, 2008., str. 1-303.

4 Sajter, D., *Ekonomski aspekti stečaja i restrukturiranja... cit.*, str. 1-303.; *id.*, *Procedura i praksa restrukturiranja u stečaju u Republici Hrvatskoj*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 47, 2010., no. 3, str. 729-744.; *id.*, *Regionalna indiciranost stečajeva u Republici Hrvatskoj*, *Ekonomski vjesnik*, br. 1 i 2, 2007., str. 31-42.; Schönfelder, B., *Ekonomska analiza Zakona o stečaju: pregled literature, Financijska teorija i praksa*, vol. 26, 2002., no. 3, str. 75-690. te Šverko Grdić, Z., Radolović, J. i Bagarić, L., *Solventnost poduzeća u Republici Hrvatskoj i u Europskoj uniji*, *Ekonomski pregled*, vol. 60, 2009., no. 5-6, str. 250. *et seq.*

Radi otklanjanja slabosti postojeće stečajne regulative te kako bi se stečajni postupak učinio učinkovitijim, pravna doktrina,⁵ ali i struka⁶ analizirala je čitav niz procesnih mjera što je u konačnici doprinijelo i rezultiralo nizom izmjena stečajnog zakonodavstva. U njihovim radovima analizirane su procesne radnje, njihove prednosti i mane, posljedice i preduvjeti za njihovu uspješn(ij)u primjenu. Ipak za ovaj rad su važniji tekstovi koji analiziraju mogućnosti stečajnog plana i predstečajnih postupaka. Ti se tekstovi bave zakonskim preduvjetima predstečajnih postupaka, procesnim radnjama, ovlaštenim predlagačima, uvjetima koje nagodba mora zadovoljiti, načelima podjele vjerovnika u različite skupine (klase, grupe), postupkom obavještanja i glasanja, potrebnom većinom za prihvaćanje nagodbe, odsustvom ili neophodnošću sudske potvrde plana, pravnim posljedicama usvojenog plana, zaštitom vjerovnika, praćenjem primjene nagodbe i njezinim pobijanjem.⁷

S druge strane, sintagma javne nabave odnosi se na proces nabave roba, usluga i radova javnih tijela omogućavajući nesmetano funkcioniranje i obavljanje poslova, kao i izvođenje brojnih projekata, često, strateških, velike vrijednosti i (javnog) značaja. Iako je Zakon o javnoj nabavi iz 2001. u članku 1. odredio svrhu/cilj provođenja postupaka javne nabave, najnoviji Zakon o javnoj nabavi⁸

- 5 Dika, M., Predstečajna nagodba: pretpostavke, pokretanje, tijela, sudionici, provedba postupka, učinci, stavljanje izvan snage, str. 54., u: Savjetovanje o Zakonu o financijskom restrukturiranju i predstečajnoj nagodbi (NN, br. 108/12.), Crnić, I. (ur.), Organizator, Zagreb, 2012.; Garašić, J., Stečajni plan nakon izmjena i dopuna Stečajnog zakona 2012., u: Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku - Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe, *Liber amicorum* Mihajlo Dika, Zbornik radova u čast 70. rođendana prof. dr. sc. Mihajla Dike, (ur. Uzelac, A., Garašić, J. i Maganić, A.), Pravni fakultet, Zagreb, 2013., str. 469-493.; Garašić, J., Završna dioba u stečajnom postupku, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, 2007., no. 1, str. 1-32.; Bodul, D., Vuković, A., Stečajno zakonodavstvo u tranziciji - komparativni osvrt, hrvatski izazovi i potencijalna rješenja, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 49, 2012., no. 3, str. 633- 661.
- 6 Eraković, A. *op. cit.*, 2007. i Hrastinski Jurčec, Lj., Pravni položaj stečajnog upravitelja u stečajnim postupcima, Zbornik radova: Ovrha i stečaj – aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse, Inženjerski biro, Zagreb., 2007.; Čuveljak, J., Kružić D., Stečajni plan – zadnja u nizu kriznih strategija za preživljavanje insolventnih korporacija, Zbornik radova Ekonomskog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2012., str. 19-40.
- 7 Bodul, D., Vuković, A., (Još jedna) reforma stečajnog zakonodavstva funkcionalizacija stečajno pravne zaštite ili placebo efekt, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 36, 2015., no. 1, str. 181.-213.; Čuveljak, J., O novom Stečajnom zakonu, Pravo i porezi, br. 7-8., 2015., str. 3.-12. te Hercigonja, J. (ur.), Reforma hrvatskog insolventijskog prava – novi Stečajni zakon, Inženjerski biro, Zagreb, 2015., str. 1.-267., grupa autora (Marković, N., Osnove stečajnog i predstečajnog prava – izvori, ciljevi, stečajni i predstečajni dužnik, stečajni i predstečajni razlozi, načela; Garašić, J., Reforma europske Uredbe o insolventijskim postupcima; Galić, A., Predstečajni postupak prema novom stečajnom zakonu – tijela, otvaranje i obustava postupka, predstečajni sporazum; Marković, N., Opći pregled novina u stečajnom postupku prema novom stečajnom zakonu; Hrastinski Jurčec, Lj., Tijela stečajnog postupka – sud, odbor vjerovnika, skupština vjerovnika, stečajni upravitelj; Periša, I., Pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka – osnovne pravne posljedice, pobijanje pravnih radnji; Radić, N., Upravljanje stečajnom masom i unovčenje stečajne mase – osiguranje mase, odluke o unovčenju, unovčenje predmeta različitog prava).
- 8 NN, br. 90/11., 83/13., 143/13. i 13/14. – dalje: **ZjN**.

to je propustio učiniti. Ipak sa sigurnošću možemo tvrditi kako je cilj navedenih propisa da se “ugovorna tijela prema ekonomskim operaterima ponašaju jednako i ne diskriminirajuće djelujući na transparentan način”. Tako definirani postulati javne nabave transplantirani su iz članka 2. Direktive 2004/18⁹ (u članku 10. Direktive 2004/17¹⁰ stoji identičan tekst). Iako je ova rečenica dodana tekstu direktiva javnih nabava 1997., Europski sud pravde je mnogo ranije implementirao koncept osnovnih počela postupaka javnih nabava.¹¹ Kada govorimo o javnoj nabavi, literatura je u većem dijelu stručna te obuhvaća izvore koji objašnjavaju, prvo, tzv. primarni zakonodavni okvir.¹² Tu autori ističu kako sklapanje ugovora u ime i za potrebe države, regionalnih ili lokalnih tijela i drugih tijela podliježe poštovanju načela Ugovora o funkcioniranju EU-a. Daljnja literatura objašnjava, tzv. sekundarni zakonodavni okvir i usklađenost s *acquis communautaire* EU-a.¹³ Tu se ponajprije analiziraju direktive i uredbe Europske komisije u području javnih nabava te se pritom ističe obveza da se postulati direktiva moraju transplantirati u nacionalno zakonodavstvo, dok se uredbe moraju izravno primijeniti. Također se analizira praksa Europskog suda pravde te odluke Europske komisije¹⁴ jer je Europski sud pravde isključivo nadležan za tumačenje i učinkovito provođenje prava EU-e. vezano uz odluke Komisije, bitno je napomenuti, a što doktrina ističe, kako one nisu formalno obvezujuće, ali sadrže praktične informacije i rješenja za implementaciju zakonodavstva javne nabave. Samo područje javne nabave roba i usluga te ustupanje radova, uređeno je u više domaćih pravnih izvora, s tim da ZjN predstavlja važniji propis. Pri samom vrhu svakako je i Zakon o Državnoj komisiji za kontrolu javne nabave (DKOM)¹⁵ kojem je cilj da se kroz samostalno i neovisno državno tijelo štite prava sudionika u postupcima javne nabave. Kao važno pravno vrelo za postupak upravne zaštite doktrina navodi i Zakon o općem upravnom

- 9 Direktiva Europskoga parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. ožujka 2004. o koordinaciji postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima, ugovora o javnim opskrbama te ugovora o pružanju javnih usluga (SL L 134, 30. travnja 2004.).
- 10 Direktiva 2004/17/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. kojom se usklađuju postupci nabave subjekata koji djeluju u sektorima vodoopskrbe, energetike, prometa i poštanskih usluga (SL L 134, 30. travnja 2004.).
- 11 Odluka Europskog suda pravde C-243/89, Storebaelt, str. 11. i 33. Podrobnije, Lemke, M., Direktive Evropske unije o javnim nabavkama, dostupno na mrežnim stranicama: <http://www.javnenaabavke.gov.ba/index.php?id=12&jezik=hr> (01.10.2014.), Sarajevo, 2006., str. 1-306.
- 12 Aviani, D., Pravna zaštita u postupku dodjele javnih ugovora - harmonizacija hrvatskog prava s *acquis communautaire*, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, br. 1, 2008., str. 175.-195.
- 13 Ljubanović, B., Bosiljka Britvić-Vetma, B., Hrvatsko pravo javne nabave javne – usklađenost s pravom EU, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 48, 2011., br. 2, str. 407.-417.
- 14 Đerđa, D., Praksa Europskog suda u postupcima javne nabave, Primjena novog Zakona o javnoj nabavi i podzakonskih propisa, Inženjerski biro, Zagreb, 2008., str. 322.–351. te Vesel, T., Europska Komisija kao zaštitnik zakonitosti, Pravna zaštita u postupcima javnih nabava (više autora), Zagreb, 2006., str. 106-138.
- 15 NN, br. 18/13., 127/13. i 74/14. – dalje: ZDKOM.

postupku,¹⁶ Zakon o upravnim sporovima¹⁷ te Zakon o obveznim odnosima.^{18 19}

Autori su usvojili metodologiju koja obuhvaća četiri dijela. Prvo se analizira postojeća literatura. Uočava se da ekonomska i pravna literatura iako opsežna, ponekad je ograničavajuća u nemogućnosti pružanja odgovora, kao ni korisnih objašnjenja i primjerenih pristupa vezano uz korelativnost uspješnosti reorganizacije poslovnog subjekta i postojanje adekvatnog postupka javne nabave.²⁰ Zatim se kritičko preispituje *de lege lata* rješenje. Potom se posebno analiziraju određeni segmenti prava EU kao i praksa Europskog suda za ljudska prava u postupcima prema članku 14. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (*zabrana diskriminacije*) jer se polazi od pretpostavke da saznanja o ovome mogu biti ključna za razumijevanje problematike rada. U konačnici daju se i *de lege ferenda* preporuke.

3. UOČENI PROBLEM ILI NEUSKLAĐENOST STEČAJNOG ZAKONA I ZAKONA O JAVNOJ NABAVI

U okviru stečajnog postupka treba razlikovati dva osnovna, pa čak i tipična modela korporativnog stečaja. Prvi nalaže da je krizu subjekta kod kojeg je izgubljen cijeli kapital, što znači da je imovina niža od visine obveza, opravdano okončati pokretanjem likvidacijskog stečaja. Teorija navodi kako se u tom postupku prodaje cjelokupna imovina koju poslovni subjekt posjeduje u trenutku otvaranja stečajnog postupka, kao i imovine koju stekne tijekom postupka, ili se prodaje poslovni subjekt kao cjelina radi najpovoljnijeg namirenja njegovih, prije svega neosiguranih, vjerovnika. Ishod je uvijek i isključivo brisanje iz sudskog registra (čl. 2., st. 2., reč. 1. SZ).²¹ **Nasuprot likvidacijskom stečaju, drugi model, reorganizacija** (predstečajni postupak odnosno stečajni plan) jedan je od mogućih načina provođenja stečajnog postupka i jedina alternativa likvidacijskom stečaju

16 NN, br. 47/09.

17 NN, br. 20/10., 143/12. i 152/14.

18 NN, br. 35/05., 41/08., 125/11. i 78/15.

19 Medvedović, D., Šprajc, I., Postupak javnih nabavki i pravna zaštita sudionika, Pravo u gospodarstvu, 2003., br. 4, str. 181-191.; Medvedović, D., Šikić, M., Pravni lijekovi u postupcima javne nabave, Zbornik 50. Jubilarnog susreta pravnika Opatija '12 (Barbić J., Giunio, M., ur.), 2012.; Koprić, I., Nikšić, S., Upravni ugovori – područje primjene i primjena prava, Zbornik 48. susreta pravnika, Opatija, 2010.; Medvedović, D., Upravna zaštita sudionika u postupku javne nabave u hrvatskom pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 48, 2011., br. 2, str. 381.-406., Medvedović, D., Temeljna načela javne nabave, Savjetovanje o javnoj nabavi, Narodne novine i Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, Zagreb, 2004. te Pejaković, S., Pravna zaštita u postupcima javne nabave, Pravni fakultet, Zagreb, 2011., (doktorska disertacija), str. 1-311.

20 Iznimka je rad, Čuveljak, J., Kružić D., *op. cit.*, str. 19-40. te Danilović, D., Princip konkurencije u Zakonu o javnim nabavama BiH naspram instituta reorganizacije stečajnog dužnika, Zbornik radova - Vladavina prava i pravna država u regiji, Istočno Sarajevo, 2014., str. 627-637.

21 Malbašić, V., Reorganizacija kao mjera za sprečavanje stečaja, SEF, 2005., Beograd.

- unovčenju imovine stečajnog dužnika. Naime, radi funkcionalizacije stečajno pravne zaštite, Stečajni je zakon od 1996. više puta mijenjan, a da pritom tehnika provođenja stečaja nije dala pomake. Dakle, primjena Stečajnog zakona dovela je u pravilu do nestanka pravne osobe. Stoga je i 2012. implementiran Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi²² s ciljem da se predstečajnim postupkom omogući dužniku restrukturiranje i nastavak poslovanja. U skladu s novim SZ-om iz 2015. odredbe o predstečajnoj nagodbi prešle su iz Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi u Stečajni zakon kao predstečajni postupak. Stečajni plan (čl. 21.-74. SZ) kao i predstečajni postupak (čl. 21.-74. SZ) imaju za cilj da se insolventno poduzeće održi uz poduzimanje određenih mjera vlasnika i vjerovnika. Dakle, cilj je kroz planiran proces, čije se krajnje posljedice i rezultati jasnije mogu sagledati nego posljedice prodaje imovine stečajnog dužnika i njegove likvidacije, spasiti subjekt. Ipak u svim navedenim oblicima preustroja, a kako bi vjerovnici bili u stanju donijeti najsvrsishodniju odluku u procesu odlučivanja, neophodno je da se kroz predstečajni sporazum odnosno da se kroz pripremu i provedbenu osnovu stečajnog plana predoče i najvažnije informacije o poslovanju kao i vjerojatnost uspješnosti provođenja sporazuma odnosno plana. **Pritom je veoma bitno u kakvom se odnosu nalaze stečajni propisi i ostali zakoni u pravnom sustavu pa i Zakon o javnoj nabavi.** Naime, postupak javne nabave je strogo formalan upravni *sui generis* postupak u kojem naručitelj unaprijed definira dokaze o sposobnosti koje ponuditelji moraju dostaviti. Pri propisivanju uvjeta naručitelj ne smije diskriminirati potencijalne ponuditelje.²³ Načelo nediskriminacije je, prema shvaćanju teorije, jedan od mogućih oblika provedbe načela jednakog tretmana, a znači da je zabranjen postupak dodjele javnih ugovora kojim se unaprijed ograničuju ili onemogućuju prava mogućih natjecatelja. Ovo se načelo ostvaruje samo ako su ispunjene određene pretpostavke, ponajprije da svaki potencijalni natjecatelj pod jednakim uvjetima može podnijeti svoju ponudu odnosno da su kriteriji natječaja postavljeni nepristrano.²⁴ Ipak, pored tog temeljnog načela zabrane diskriminacije, zakon utvrđuje slučajeve u kojima postoje ograničenja za pojedine osobe kao i za njihovo sudjelovanje u postupcima nabave. Naime, članak 68., stavak 1. ZjN regulira kriterije vezane uz **osobno stanje kandidata**. Prema stavku 1. navedenog članka, javni naručitelj **može** isključiti iz daljnjeg sudjelovanja sve natjecatelje ili ponuditelje ako je nad njima otvoren stečajni postupak, odnosno ako je nad njima pokrenuti prethodni postupak radi utvrđivanja uvjeta za otvaranje stečajnog postupka. Ipak, iako spomenuti razlozi za isključenje nisu obvezujućeg karaktera pa u tim slučajevima javni naručitelj može isključiti određenog ponuditelja, dugogodišnje iskustvo autora, ali i praksa pokazuje da se iznimno rijetko naručitelj odluči prihvatiti kao ponuditelja osobu pod stečajem.²⁵

22 NN, br. 108/12., 144/12., 81/13., 112/13., 71/15. i 78/15. - dalje: ZFPPN.

23 Rješenje DKOMa, KLASA: UP/II-034-02/08-01/700 od 07. studenog 2006.

24 Ljubanović, B., Britvić-Vetma, B., *op. cit.*, str. 407.-417.

25 Vidi, Danilović, D., *op. cit.*, str. 627-637.

4. PRAVNO NASLJEĐE, PRAVNA (NE)KULTURA, STIGMA STEČAJA I VRIJEME ZA PROMJENE

S jedne strane razumljiva je praksa po kojoj se stečajne dužnike isključuje iz postupaka javne nabave. Naime, implementiranjem Stečajnog zakona 1997., pravno je uređeno područje stečaja u našoj zemlji, a s postupnim usklađivanjem ove regulative sa stečajnom legislativom zapadno-europskih zemalja, stvoreni su pravni uvjeti za provođenje stečaja. Osobitosti tadašnjeg Stečajnog zakona su bile takve da je regulativa iz ove grane u velikoj mjeri bila u skladu s modernim svjetskim rješenjima, iako postoje primjedbe na njega. **Jedan od njih je neprimjenjivanje stečajnog zakonodavstva**, odnosno činjenica da se na svega 5 % insolventnih pravnih osoba otvara stečajni postupak, a ostalima se dopušta poslovanje u dubokoj insolventnosti.²⁶ **Posljedično, stečajni postupak se doživljava, u konačnici i jest, „smrt“ poslovnog subjekta.**²⁷ Štoviše, uz sve reforme, uključujući i implementaciju ZFPPN, analize do 2014. ukazuju na znatan broj velikih, srednjih i malih trgovačkih društava koja su dugogodišnji „gubitaši“, s ogromnim obvezama, često s negativnim kapitalom, za koje bi bilo kakav plan reorganizacije bio bez objektivnih šansi za uspjeh te bi u njihovu slučaju bio samo produžetak agonije i odlaganja rješenja, a to je likvidacijski stečaj. Međutim, više nego ikada financijska kriza uvjetovala je potrebu za radikalnom reformom stečajne regulative pa je i Vlada RH krajem 2015., radi poticanja restrukturiranja implementirala novi SZ koji, s jedne strane, pruža mogućnost postizanja predstečajnog sporazuma, ali i sklapanja stečajnog plana. Naime, određeno je da se predstečajni postupak provodi radi uređivanja pravnoga položaja dužnika i njegova odnosa prema vjerovnicima i održavanja njegove djelatnosti, dok se stečajni postupak provodi radi skupnoga namirenja vjerovnika stečajnoga dužnika, unovčenjem njegove imovine i podjelom prikupljenih sredstava vjerovnicima, s time da se može provesti i stečajni plan (čl. 2., st. 1. i 2. SZ).

5. TREBA LI RAZLIČITE MODUSE STEČAJA TRETIRAJU JEDNAKO I, AKO NE, JE LI TO DISKRIMINACIJA?

Odgovor na navedeno pitanje potražili smo u pravu EU. Ipak treba biti oprezan jer niti pravo EU često nije koherentno zbog teškoća koje proizlaze iz činjenice da je riječ o dvije u velikoj mjeri različite pravne tradicije. Uz to, često

26 Za podatke vidi, Šverko Grdić, Z.; Radolović, J. i Bagarić, L., *op. cit.*, str. 250. *et seq.*; Sajter, D., *Regionalna indiciranost ... cit.*, str. 31-42.; *id.*, *Procedura i praksa restrukturiranja ... cit.*, str. 742.; Lesar, D., Hrvatski sabor, Klub zastupnika: Hrvatskih laburista – Stranke rada, Pregled podataka o stečajnim postupcima u toku pred Trgovačkim sudovima u Republici Hrvatskoj, Zagreb, od 6. travnja 2012., kao i podatci koji su dostupni na mrežnim stranicama Ministarstva pravosuđa: <http://www.mprh.hr/Default.aspx> (12.04.2015.) te Godišnje izvješće Financijske agencije za 2013. prezentirano Hrvatskom saboru RH 17. travnja 2015. (dostupno na mrežnim stranicama FINE).

27 Tako Sajter, D., *Procedura i praksa restrukturiranja... cit.*, str. 742. *et seq.*

je riječ o sustavu regulative koji utvrđuje samo minimalne standarde, a izbor izvan toga ostaje na nacionalnim zakonodavstvima, kao u slučaju direktiva. Dakle, direktive obvezuju države članice kojima su upućene, u pogledu ciljeva koje treba ostvariti, a nacionalnim vlastima ostavljaju slobodu izbora načina te sredstva koje će upotrijebiti kako bi se postigao zadani cilj.²⁸

5.1. Direktiva 2014/24/EU o javnoj nabavi i regulacija položaja stečajnih dužnika

Bitna Direktiva 2014/24/EU²⁹ određuje kriterije za kvalitativni odabir najpovoljnijeg ponuditelja, a oni se među ostalim odnose i na ekonomsko-financijsko stanje ponuditelja, pri čemu javni naručitelj može, ali i ne mora, isključiti određenog subjekta iz postupka javne nabave (čl. 57., st. 4., t. b.). Ipak iako je Europski sud pravde nekoliko puta razmatrao transplantiraju li ovlaštena tijela pravilno u državama članicama EU odredbe direktiva u svoje pozitivne propise,³⁰ doktrina ukazuje da ako je riječ o navedenoj Direktivi (i njezinim prethodnim inačicama) države članice primjenjuju je na jedan striktniji način, tako da obvezuju ugovorna tijela da isključe subjekte koji se nalaze pod stečajem.³¹ Stoga, iako su europski stečajni zakoni kvalitetno uredili proces reorganizacije u formalnom smislu, spomenuta rješenja Direktive mogu predstavljati prepreke za provođenje ekonomskog i financijskog ozdravljenja subjekta. Time, iako EU Preporukama Komisije od 12. ožujka 2014. o novom pristupu stečaju i nesolventnosti poduzeća potiče restrukturiranje u ranoj fazi radi izbjegavanja likvidacijskog stečaja, tako postavljeni postulati Direktive o javnim nabavama mogu znatno suziti prostor za uspješno „ozdravljenje“ stečajnog dužnika. Naime, riječ je o relativnoj zabrani, koja nije apsolutno opravdana jer Direktiva ne razlikuje dvije situacije u kojima je subjekt pod stečajem. U prvom slučaju, ako je donesena odluka o likvidacijskom stečaju stečajnog dužnika, opravdano je isključiti stečajnog dužnika. U drugom slučaju, ako je donesena i potvrđena odluka o provedbi nekog modela reorganizacije treba popustiti stečajnim dužnicima sudjelovanje u postupcima javnih nabava.

5.2. Praksa europskih sudova

Drugi ključni izvor koji će potvrditi našu tezu nalazi se u praksi europskih sudova, dakle Europskog suda prave i Europskog suda za ljudska prava čije odluke

28 Podrobnije, Rodin, S., Čapeta, T., Učinci direktiva Europske unije u nacionalnom pravu - s izabranim presudama Europskog suda u punom tekstu i komentarom, Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske, Zagreb, 2008., str. 1-296.

29 Direktiva 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ, Službeni list EU L 94/65 od 28. ožujka 2014.

30 Predmet 199/85, Komisija v. Italija, str. 14; te predmeti C-20 i 28/01, Komisija v. Njemačka, str. 5. Tako Lemke, M., *op. cit.*, str. 54.

31 *Ibid.*, str. 43. et seq.

također predstavljaju precedentalno pravo. Namjera je da se razjašnjavanjem pravnih instituta koji su nastali kao rezultat dugogodišnje prakse dođe do saznanja o pravno-logičkom mehanizmu odlučivanja europskih sudova te uvidi predstavlja li jednako tretiranje sličnih situacija diskriminaciju.

5.2.1. *Praksa Europskog suda pravde i zabrana diskriminacije*

Za razvoj sustava javnih nabava u Europskoj uniji nezaobilazne su presude Europskog suda pravde. Naime, isti je na postupke javne nabave primijenio osnovne postulate Osnivačkih ugovora, kao što su, *exempli causa*, zabrana diskriminacije te je time implementirao i nova načela koja nisu bila izričito nabrojana u primarnom pravu, nego ih je Sud izveo iz načela zabrane diskriminacije.³² Detaljnijim uvidom u praksu uočava se da premda postoje različiti slučajevi koji se odnose na javne nabave, a u kojima je Sud zauzeo stajalište o pitanju zabrane diskriminacije, predmet rasprave još nije bila problematika ovoga rada. Ipak iz dosadašnjeg stajališta Suda proizlazi kako je „zabrana diskriminacije samo konkretna formulacija generalnog načela jednakosti koji je jedan od načela prava Zajednice i podrazumijeva da se slične situacije ne tretiraju različito, osim ako je pravljenje razlika objektivno opravdano“. Dakle, zabrana diskriminacije ne samo da zahtijeva poštovanje jednakosti tretmana, nego se zahtijeva da se u praksi ne potiče nejednakost, odnosno da se različite slučajeve formalno ne podvrgava sličnim pravilima (tzv. izravna diskriminacija).³³

5.2.2. *Praksa Europskog suda za ljudska prava i zabrana diskriminacije*

Članak 14.³⁴ Europske konvencije središnja je odredba konvencijskog prava vezana uz zabranu diskriminacije. Iako članak 14. ne uređuje klasično materijalno konvencijsko pravo, sadržan je u I. odjeljku Europske konvencije, među odredbama kojima se uređuju konvencijska prava. Članak 14. ne sadržava

32 Evropski sud pravde o javnim nabavkama, Izvod iz prakse, dostupno na: www.javnenabavke.ba (12.12.2015.), str. 10. *et seq.*

33 Tako i detaljnije, Uvodna razmatranja, Evropski sud pravde o javnim nabavkama, Izvod iz prakse, Piasta, D. (uvod), str. 21. te Trybus, M, (ur.), Pravo i politika javnih nabavki EU, oboje dostupno na www.javnenabavke.ba (12.12.2015.).

34 Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN-MU, br. 18/97., 6/99., 14/02., 13/03., 9/05., 1/06. i 2/10. (dalje: Europska konvencija).

Zabrana diskriminacije:

Uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osigurat će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijed, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.

definiciju diskriminacije.^{35,36} Osnove na kojima se zabranjuje diskriminacija u članku 14. Europske konvencije navedene su primjerično. To je potvrdio i Europski sud za ljudska prava (dalje: ESLJP) u predmetu *Engel i drugi protiv Nizozemske*,³⁷ utvrđujući da je popis osnova naveden u članku 14. "ilustrativan, a ne iscrpljen, na što upućuje izričaj bilo koja osnova."³⁸ Temeljem toga može se zaključiti kako se bilo koji kriterij razlikovanja može ispitati prema članku 14., bez obzira je li on naveden ili nije među zabranjenim osnovama diskriminacije u okviru međunarodne zaštite ljudskih prava.³⁹ Članak 14. srž je odredbe o nediskriminaciji Europske konvencije, a njegova je svrha zaštita pojedinaca od diskriminacije u uživanju prava i sloboda koje štite njezine odredbe i protokoli. Međutim, članak 14. nije samostalno pravo jednakosti već zavisna odredba čije je područje primjene ograničeno na prava navedena u Europskoj konvenciji.⁴⁰ Zahtjevi temeljem članka 14. istaknuti ECHRu moraju se odnositi na diskriminaciju u uživanju drugih prava Europske konvencije, primjerice, prava na mirno uživanje imovine.⁴¹ Tako ECHR u svojoj praksi razlikuje „različito postupanje“ koje može biti opravdano u smislu Europske konvencije i „različito postupanje“ koje dovodi do diskriminacije, a time i do povreda članka 14. u vezi s nekim materijalnim konvencijskim pravom.^{42,43}

- 35 Ipak u brojnim predmetima Europski sud za ljudska prava je obrazložio pojam diskriminacije. U predmetu *Kjeldsen, Busk, Madsen i Pedersen protiv Danske*, presuda, 7. prosinca 1976., br. 5095/71, 5920/72, 5926/72. Europski sud je istaknuo da članak 14. zabranjuje: "diskriminacijsko postupanje koje je utemeljeno na ili ima opravdanje u osobnim obilježjima ("status") kojima se osobe ili skupine ljudi razlikuju od drugih." U predmetu *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. svibnja 1985., br. 9214/80, 9473/81, 9474/81 istaknuo je: "Pojam diskriminacije u okviru značenja članka 14. općenito uključuje predmete kada se s osobom ili skupinom bez opravdanog razloga postupa manje povoljno nego s drugom, iako povoljnije postupanje nije određeno Europskom konvencijom."
- 36 U članku 1., stavku 2. i 3. hrvatskog Zakona o suzbijanju diskriminacije, NN, br. 85/08, 112/12 diskriminacija se definira kao stavljanje u nepovoljniji položaj bilo koje osobe po nekoj diskriminatornoj osnovi, kao i osobe povezane s njom rodbinskom ili drugim vezama. Diskriminacijom se smatra i stavljanje neke osobe u nepovoljniji položaj na temelju pogrešne predodžbe o postojanju neke diskriminatorne osnove.
- 37 *Engel i drugi protiv Nizozemske*, presuda, 8. lipnja 1976., br. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72.
- 38 Omejec, J., Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, strasbourgški *acquis*, Zagreb, Novi informator, 2013., str. 1297.
- 39 Schutter, O., *The prohibition of Discrimination under European Human Rights Law*, Luxembourg, 2011., str. 15.
- 40 Vidi, *Abdulaziz, Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. svibnja 1985., br. 9214/80 9473/81 9474/81.
- 41 Zabrana diskriminacije u skladu s Europskom konvencijom o ljudskim pravima (članak 14.), Priručnik za odvjetnike, London, Inter-rights, 2008., str. 7-8.
- 42 Vidi, *Kafkaris protiv Cipra*, presuda, 12. veljače 2008., br. 21906/04 i *Torri i drugi protiv Italije*, presuda, 24. siječnja 2012., br. 11838/07, 12302/07.
- 43 Prema Greeru, četiri su čimbenika koji čine smjernice za razgraničenje između (dopuštenog) različitog postupanja i (nedopuštene) diskriminacije u smislu članka 14. Europske konvencije. Prvo, podnositelj mora pokazati da je osporeno postupanje bilo manje povoljno nego ono koje je primijenjeno na druge usporedive skupine čiji identitet obično određuje sam podnositelj zahtjeva. Primjerice, ako se navodna diskriminacija temelji na spolu, baza

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

S jedne strane, kako je hrvatski zakonodavac ostavio mogućnost naručitelju da angažira stečajnog dužnika u postupcima javne nabave ne praveći razliku između dužnika u postupku likvidacijskog stečaja i dužnika u postupku reorganizacije, pravno nije moguće provesti, tzv. „test proporcionalnosti“ Europskog suda pravde i utvrditi ima li osporavana mjera ili akt legitimni cilj, je li prikladna za ostvarivanje tog cilja te postoji li mjera kojom se može ostvariti isti legitimni cilj bez ili uz manje diskriminatornih učinaka. S druge strane, a zbog istih razloga, ista nemogućnost je i u primjeni članka 14. Europske konvencije gdje postoji standardni pristup u rješavanju zahtjeva o diskriminaciji, a to je test diskriminacije kao dio sudske tehnike ispitivanja diskriminacije „korak po korak“. Ipak spuštajući se na praktičnu i empirijsku razinu svjedoci smo kako postojeće iskustvo sa zakašnjenjem, dvojbama i raspravama u pripremi i izmjenama propisa kojima se regulira tržište pokazuju da je opasno u odnosu na usvojenu kodifikaciju zauzeti „tvrd“ i „neelastičan“ stav, već da bi zakonodavac trebao biti otvoren za proces prilagodbe potrebama tržišta, a posebno ako se radi o javnim nabavama kojim se promiče ideja transparentnosti sustava, integriteta državnih tijela te tuzemna i inozemna konkurencija gospodarstva. Naš stav potvrđuje i dosadašnja praksa javnih nabava gdje se poduzetništvo razvija temeljem „zakona“ svoje probitačnosti, a po kojoj je dovoljna i potvrda stečajnog suda da je skupština vjerovnika prihvatila izradu stečajnog plana.⁴⁴ Dakle, ne traži se niti pravomoćno potvrđeni stečajni plan.⁴⁵ Štoviše, i praksa DKOMa *de facto* polazi od stajališta da subjektima koji su u osnovi financijski zdravi i imaju poslovnu perspektivu (ali im je glavna prepreka daljnjeg napretka nepovoljan odnos u bilanci, s tim da imaju ekonomski realnu mogućnost osigurati priljev kapitala koji je neophodna pretpostavka njihova razvoja) treba omogućiti sudjelovanje u

usporedbe bit će članovi suprotnog spola koji ne trpe isti navodno nepovoljniji položaj. Riječ je o potrebi postojanja, tzv. usporedivih ili analognih situacija. Drugo, na državi je da pokaže, kao stvar činjenica potkrijepljenih dokazima, da je osporena praksa prihvatljiva i racionalna, odnosno da razlika u postupanju ima objektivno i razumno opravdanje. To će zahtijevati pozivanje na ciljeve politika za koje se smatra da će u tome pomoći. Riječ je o zahtjevu za postojanjem legitimnog cilja koji se nastoji postići takvom diferencijalnom praksom. Treće, učinak postupanja mora biti razmjernan ciljevima politika kojima se teži i takav da ne pogađa pravednu ravnotežu između zaštite općeg interesa zajednice i poštovanja temeljnih ljudskih prava. Četvrto, u obzir se uzima i činjenica smatra li se osporeno postupanje tužene države nediskriminatornim u drugim demokratskim državama (postojanje tzv. „zajedničke osnove“). Tako i podrobnije, Omejec, J., *op. cit.*, str. 1328.

44 Primjerice, Gredelj d.d. - u stečaju (vidi: <http://tzv-gredelj.hr/>). Materijali i pisana prijepiska s gosp. Zoranom Budakom, direktorom prodaje pogona proizvodnje i održavanja željezničkih vozila, dostupna kod autora.

45 Ovakvo shvaćanje podupiru Preporuke Vijeća Europske unije od 14. srpnja 2015. o Nacionalnom programu reformi 2015. za Hrvatsku i davanju mišljenja Vijeća o Programu konvergencije Hrvatske za 2015. (Službeni list Europske unije, C 272/56 od 18. kolovoz 2015.) koje navode kako „Poslovno okruženje u Hrvatskoj trpi zbog velikih institucionalnih nedostatak... diskriminatornu praksu za pružatelje usluga“ (t. 15.).

javnoj nabavi.⁴⁶ Ipak, da bi praksa DKOMa bila relevantan pravni izvor trebalo bi osigurati da se jednom formirana stajališta o pojedinim pitanjima dosljedno primjenjuju u istim situacijama te da Uprava za sustav javne nabave pri Ministarstvu gospodarstva, kao drugo najvažnije državno tijelo u sustavu javne nabave, ne daje oprečna rješenja o istoj pravnoj stvari. Stoga *de lege ferenda* predlažemo izmjenu prvoga dijela članka 68. ZjN, a koje je i u duhu prakse europskog prava: naručitelj će isključiti gospodarske subjekte iz sudjelovanja u postupku javne nabave ako je nad njima pokrenut stečajni postupak, osim ako su vjerovnici donijeli odluku o nastavku poslovanja društva. Time bi se u potpunosti uskladile sporne odredbe SZa i ZjNa, ali i oživotvorila proklamirana načela navedenih zakona.

46 "...ponuda žalitelja isključena iz postupka jer je nad njim pokrenut prethodni postupak radi utvrđivanja uvjeta za otvaranje stečajnog postupka... Uvidom u ponudu žalitelja utvrđeno je da je dostavljena potvrda Ministarstva financija – Porezna uprava, Ured za VPO u kojoj je navedeno: "Porezni obveznik na dan izdavanja potvrde ima evidentiran dug na račun poreza na dodanu vrijednost u ukupnom iznosu od xx kuna. Uvidom u podatke financijske agencije utvrđeno je da je dana 20.12.2012. godine otvoren postupak predstečajne nagodbe. MF, PU, Ured za VPO predao je "prijavu tražbine vjerovnika sukladno odredbama Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi" u FINA-u." Odredbom članka 3. Zakona propisano je da je postupak predstečajne nagodbe postupak koji se provodi radi uspostavljanja likvidnosti i solventnosti dužnika. Slijedom navedenog, a obzirom na to da postupak predstečajne nagodbe nije prethodni postupak radi utvrđivanja uvjeta za otvaranje stečajnog postupka u smislu članka 42. Stečajnog zakona, naručitelj nije smio isključiti ponudu žalitelja iz navedenog razloga...". **Rješenje DKOMa, KLASA: UP/II-034-02/13-01/178 od 15. ožujka 2013.** Isto vidi „... nije u pravu žalitelj kada institut predstečajne nagodbe izjednačava s nagodbom s vjerovnicima iz članka 68. ZJN te smatra da je odabrani trebao biti isključen budući je nagodba s vjerovnicima propisana kao jedan od razloga za isključenje“. **Rješenje DKOMa, KLASA: UP/II-034-02/14-01/819 od 02. listopada 2014.** te slično rješenje „Žalitelj u žalbi prigovara naručiteljevom odabiru ponude ponuditelja [...] smatrajući da navedeni ponuditelj nije dokazao da ne postoji razlog za isključenje iz t. 3.2.1. dokumentacije za nadmetanje – nagodba s vjerovnicima odnosno postupak nagodbe s vjerovnicima, budući da je u njegovom izvratku iz sudskog registra naznačeno da je [...] odobreno sklapanje predstečajne nagodbe između dužnika i vjerovnika predstečajne nagodbe.“ „Nije u pravu žalitelj kada institut predstečajne nagodbe izjednačava s nagodbom s vjerovnicima iz članka 68. Zakona o javnoj nabavi [...] imajući na umu svrhu predstečajne nagodbe (financijsko restrukturiranje dužnika s ciljem nastavka djelatnosti bez tereta insolventnosti i/ili prezaduženosti, zadržavanja radnih mjesta, sprječavanja umanjena vrijednost imovine [...] ne može se tumačiti da bi se sklopljena i odobrena predstečajna nagodba imala smatrati nagodbom s vjerovnicima iz članka 68. [...] Osim toga, ponovno naglašavamo da važeći Zakon o javnoj nabavi postupak predstečajne nagodbe ne propisuje kao jedan od razloga isključenja.“ **Rješenje DKOMa, KLASA: UP/II-034-02/14-01/801 od 21. kolovoza 2014.** Protiv rješenja Državne komisije nezadovoljna stranka imala je pravo pokrenuti upravni spor pred Upravnim sudom Republike Hrvatske, no stav DKOMa da sklopljena predstečajna nagodba ne predstavlja nagodbu s vjerovnicima iz članka 68. Zakona o javnoj nabavi potvrdio je presudom i Upravni sud. Štoviše, brisanjem instituta predstečajne nagodbe iz članka 68., stavka 1., točke 1. i 2. ZJN (NN, br. 143/14, čl. 11.) razvidna je intencija zakonodavca da se ponuditelje koji su u postupku predstečajne nagodbe, imajući u vidu svrhu iste (financijsko restrukturiranje dužnika s ciljem nastavka djelatnosti bez tereta insolventnosti i/ili prezaduženosti, zadržavanja radnih mjesta, sprječavanja umanjena vrijednosti imovine *et seq.*) **ne isključi iz postupka.**

Summary

STATUS OF THE BANKRUPTCY DEBTOR IN PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURES - *DE LEGE LATA* SOLUTION, CONVENTION AND EUROPEAN LAW REGULATION AND PROPOSITION OF CHANGES

Recently, the tendency of the necessity of the subject's survival through the provision of the pre-bankruptcy proceedings and bankruptcy plan became one of the most important legal-political goals of the reform of commercial judicature. So to achieve that it is very important how Bankruptcy law is related with other laws in the legal system, and it's relationship with the Public Procurement Act. In this paper authors are analyzing two complementary themes that are unified during the argumentation. Namely, the goal is to analyze specific aspects of the mutual incompatibility of certain principles and the provisions of the Bankruptcy Act and the Public Procurement Act. Authors will show how the Law on Public Procurement provides both legal and factual obstacle to the appropriate implementation of pre-bankruptcy proceedings and bankruptcy plan, preventing the economic and financial recovery of the subject, which also leads to discrimination in the process of public procurement. In this sense, this paper intends to point out the paradigm of this relationship, by trying to bring the focus of this issue on the certain *de lege lata* solutions

Keywords: *public procurement, the debtor, pre-bankruptcy proceedings, the bankruptcy plan, discrimination.*

Zusammenfassung

STATUS DES INSOLVENZSCHULDNERS IM ÖFFENTLICHEN VERGABEVERFAHREN - *DE LEGE LATA* LÖSUNGEN, BLICK AUF DAS KONVENTIONS- UND EUROPARECHTS UND VERÄNDERUNGSRICHTUNGEN

In den letzten Jahren ist die Tendenz zur Überlebensnotwendigkeit des Subjekts zuerst durch Umstrukturierung und dann durch Reorganisationsplan, das Vorinsolvenzausgleich und jetzt durch das Vorinsolvenzverfahren und neue alte-Lösungen des Insolvenzplans an die Spitze der rechtspolitischen Ziele der Reform des Handelsgerichtswesens gelangen. Dabei ist es sehr wichtig, in welchem Verhältnis das Insolvenzrecht mit anderen Gesetzen im Rechtssystem und dem Vergabegesetz steht. In dieser Arbeit befassen wir uns mit der Analyse von zwei sich ergänzenden Themen, die wir im Laufe des Arguments in eine Einheit

verbunden haben. Das Ziel ist es, den spezifischen Aspekt der Unvereinbarkeit bestimmter Grundsätze und Bestimmungen des Insolvenzgesetzes und Vergabegesetzes zu analysieren. Wir werden zeigen, wie das Vergabegesetz sowohl rechtliche aber auch tatsächliche Hindernisse für eine angemessene Umsetzung des Vorinsolvenzverfahrens, d.h. des Insolvenzplans, verursacht und dabei die wirtschaftliche und finanzielle Sanierung des Objekts verhindert. Dies führt dabei zur Diskriminierung innerhalb des Vergabegesetzes. In diesem Sinne soll diese Arbeit das Paradigma dieser Beziehung zeigen und versuchen, die Überlegungen über dieses Problem auf die *de lege ferenda* Lösungen zu richten.

Schlüsselwörter: *öffentliches Vergabeverfahren, Insolvenzschnldner, Vorinsolvenzverfahren, Insolvenzplan, Diskriminierung.*

Riassunto

LA POSIZIONE DEL DEBITORE FALLIMENTARE NELLE PROCEDURE DI APPALTI PUBBLICI - SOLUZIONI *DE LEGE LATA*, SGUARDO AL DIRITTO CONVENZIONALE ED EUROPEO E DIREZIONE DI CAMBIAMENTO

Negli ultimi anni la tendenza volta alla necessità di fare sopravvivere i soggetti prima attraverso le riorganizzazione, poi mediante il piano di riparto fallimentare, ancora mediante il concordato preventivo ed ora attraverso il procedimento prefallimentare e le nuove-vecchie soluzioni del piano di riparto fallimentare occupa un posto in cima alle priorità giuridico-politiche della riforma della giustizia commerciale. Pertanto è molto importante in che rapporto si trovi la legge fallimentare rispetto alle altre leggi nel sistema giuridico, così come il rapporto con la legge sugli appalti pubblici. Nel presente lavoro ci occupiamo dell'analisi di due temi complementari che abbiamo collegato nel corso dell'argomentazione in un unico insieme. Vale a dire, lo scopo è quello di analizzare lo specifico aspetto della difformità reciproca di determinati principi, come anche delle disposizioni della legge fallimentare e della legge sugli appalti pubblici. Dimostreremo come la legge sugli appalti pubblici crei ostacoli giuridici e fattuali ad un'adeguata procedura nel procedimento prefallimentare ovvero del piano di riparto fallimentare, impedendo la guarigione economica e finanziaria del soggetto, il che al contempo conduce ad una discriminazione all'intero degli appalti pubblici. In tale senso, il presente lavoro ha l'intenzione di evidenziare i paradigmi di tale rapporto, tentando di indirizzare le riflessioni su questo problema nel verso di determinate soluzioni *de lege ferenda*.

Parole chiave: *appalto pubblico, debitore fallimentare, procedimento prefallimentare, piano di riparto fallimentare, discriminazione.*