

Др Добросав МИЛОВАНОВИЋ*

РАЗМАТРАЊЕ ИНСТИТУЦИОНАЛНОГ ОКВИРА ЗАШТИТЕ ПРАВА У ПОСТУПЦИМА ЈАВНИХ НАБАВКИ¹

Уводна разматрања

Јавне набавке имају енорман значај са аспекта задовољавања јавног интереса, интереса привредних субјеката који у њима учествују, као и сваког грађанина који користи прибављена добра, услуге или радове непосредно, или кроз функционисање одређеног наручиоца коме су то претпоставке за успешно обављање послова и задатака. Услови за реализацију наведених циљева подразумевају правилно утврђивање врсте и обима потреба наручилаца, постављање јасних и оправданих критеријума за одабир најповољније понуде, обезбеђење реализације потпуно равноправне конкуренције, уз елиминисање корупције и недозвољених споразума. Поред тога, једна од кључних претпоставки за делотворно, ефикасно, транспарентно и недискриминаторно одвијање поступака јавних набавки је правилно постављен систем контроле поступака јавних набавки, који омогућава заштиту права учесника који сматрају да су оштећени, као и спровођење одредаба о јавним набавкама у интересу наручилаца и јавности. Такође, делотворан и ефикасан институционални оквир и правна средства подстичу учешће већег броја понуђача, обезбеђују наручиоцима најповољније услове и јачају поверење у систем јавних набавки.

Полазећи од оваквих идеја, Директива 2007/66/ЕЗ² захтева да државе чланице обезбеде ефикасно и брзо преиспитивање одлука нару-

* редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

1 Овај рад је сачињен као део пројекта на Правном факултету Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“.

2 Директива је усвојена 2007. године, ради измена и допуна Директива Савета 89/665/ЕЕЗ (класични сектор) и 92/13/ЕЕЗ (инфраструктурни сектор), ради повећања ефикасности правне заштите у поступцима јавних набавки. О начину на који је ова Директива транспонована у холандски правни систем видети *Wouter-Jan Berends, "Judicial Protection in the Field of Public*

чилаца у складу са прописаним условима. Овакав став заузео је и Европски суд правде у случају Алкател, сматрајући да је циљ Директиве 89/665/ЕЕС³ да успостави делотворне и брзе процедуре за преиспитивање незаконитих одлука наручилаца у фази у којој је још увек могуће отклонити неправилности.⁴

Према томе, механизам заштите права у поступку јавне набавке би требало да омогући благовремено оспоравање сваке нерегуларности одлука и радњи наручилаца током поступка набавке. Такође, то подразумева и могућност предузимања привремених мера против било које одлуке наручилаца, укључујући и одлуку о додели уговора. Све ово повећава законитост и транспарентност поступака, као и одговорност службеника за јавне набавке и наручилаца. С друге стране, систем контроле не би требало (неоправдано) да одуговлачи поступак и реализацију циљева јавних набавки и морао би да онемогући потенцијалне злоупотребе подносилаца правних средстава.

Основна начела заштите права

Поуздан и делотворан систем правне заштите у поступцима јавних набавки требало би да буде заснован на следећим основним начелима:

1. **Законитости и предвидивости** – према коме су наручиоци и контролни органи дужни да одлуке доносе у складу са законом, водећи рачуна и о ранијим одлукама донетим у истим или сличним стварима.⁵

2. **Транспарентности** – на основу кога би наручиоци и контролни органи требало да обавесте све заинтересоване стране о исходу процедуре за разматрање правног средства, што подразумева и објављивање одлука на званичним интернет страницама.

3. **Поштеног поступка** – које подразумева да контролни органи: (1) имају обавезу да обавесте заинтересоване стране уколико је против њих покренут поступак, дајући им тако право на изјашњавање; (2) не

Procurement: The Transposition into Dutch Law of Directive 2007/66/EC Amending the Remedies Directives", *Merkourios 2010 – Volume 27/Issue, 71, Article*, pp. 17-25. URL: www.merkourios.org

3 Council Directive 89/665/EEC of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts

4 Case C-81/98, *Alcatel Austria AG and Others v. Bundesministerium fur Wissenschaft und Verkehr* (1999) ECR I-07671. para 38.

5 Видети одредбу чл. 141. ст. 4. ЗУП-а, према којој образложење садржи и разлоге због којих је орган одступио од решења која је раније доносио у истим или сличним управним стварима.

смеју имати лични интерес у погледу исхода поступка и (3) могу одлучивати само у складу са логички представљеним доказима (тзв. правило "нема доказа").⁶

4. **Непристрасности** - контролни органи морају у потпуности да буду независни у односу на обе стране (наручиоце и привредне субјекте), као и у односу на државу. Ово начело обезбеђује поузданост институција, као и њихових одлука и целокупног система јавних набавки.

5. **Недискриминације** - свим понуђачима би требало омогућити да траже заштиту права, без било каквог облика дискриминације.

Законодавни оквир заштите права

Систем заштите права у поступцима јавних набавки у Србији регулисан је следећим законима:

- **Закон о јавним набавкама (ЗЈН)**⁷ је основни закон који уређује заштиту права. Поглавље VIII регулише институционални оквир и процедуру за спровођење контролних механизма у јавним набавкама.⁸

- **Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама (ЗЈПК)**⁹ односи се на заштиту права понуђача који учествују у поступцима јавних набавки за ЈПП и концесије.

- **Закон о општем управном поступку (ЗУП)**¹⁰ дефинише правила на основу којих органи поступају у управним стварима. У односу на део ЗЈН који се односи на поступак заштите права, ЗУП представља *lex generalis*, тако да се његове норме примењују на сва питања која нису другачије уређена ЗЈН-ом.

- **Закон о управним споровима (ЗУС)**,¹¹ обезбеђује судску заштиту појединачних права и правних интереса и законитост решавања у управним и другим Уставом и законом предвиђеним појединачним стварима.

6 Законитост одлуке која није поткрепљена доказима могуће је оспорити у смислу да се она сматра неразумном.

7 Службени гласник Републике Србије бр. 124/2012, бр.14/2015 и 68/2015.

8 Позитивно законодавство Србије којим се уређују правна средства за заштиту права у поступцима јавних набавки углавном је у складу са правним тековинама ЕУ о механизму контроле.

9 Службени гласник Републике Србије бр. 88/11.

10 Службени гласник Републике Србије бр.18/2016.

11 Службени гласник Републике Србије бр. 111/09.

- **Закон о прекршајном поступку (ЗПП)**,¹² предвиђа принципе и услове за прекршајну одговорност и поступак за издавање прекршајног налога.

- **Кривични законик (КЗ)**¹³ предвиђа кривично дело злоупотреба у вези са јавним набавкама.

Поступак контроле је исти за све врсте јавних набавки чија је вредност процењена изнад 500.000 динара. Другачије контролне процедуре предвиђене су само у случајевима јавних набавки ради отклањања последица елементарних непогода и техничко-технолошких несрећа.¹⁴

Институционални оквир заштите права

У упоредном праву, у зависности од карактеристика националног правног система и традиције, модел институционалног оквира за заштиту права у поступцима јавних набавки појављује се у облику:

1. Јединственог система, где о правним средствима у вези са поступцима јавних набавки решава искључиво судско тело, што значи грађански или управни суд.

2. Двојног система, код кога о правним средствима најпре решавају не-судска или "квази-судска" тела. Ова одлука се касније може оспорити пред судом, који је може поништити или изменити.

На основу институционалне аутономије, државе су овлашћене да изаберу опцију која обезбеђује делотворну контролу поступака јавних набавки. Према најбољим међународним праксама, правна средства се подносе пред посебним телима за различите аспекте процедуре.

У Србији је успостављен двојни систем за заштиту права. Наиме, после контроле од стране наручилаца, захтеве за заштиту права разматра "квази-судски" орган, против чијих се одлука може покренути управни спор. Према томе, главни институционални носиоци система заштите права су: 1) наручилац кроз самоконтролу на основу захтева за заштиту права; 2) Републичка комисија¹⁵ која, у својству другостепеног органа, одлучује о заштити права и 3) Управни суд, који проверава законитост одлука или "ћутања" Републичке комисије у оквиру управног спора.

12 Службени гласник Републике Србије бр. 65/13.

13 "Службени гласник РС", бр. 85/05, 88/05 - исправка, 107/05 - исправка, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16.

14 Погледати члан 131а-131е ЗЈН.

15 У питању је Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки.

Поступак заштите права пред наручиоцем

Захтев за заштиту права са прописаном садржином подноси се наручиоцу, а копија се истовремено доставља Републичкој комисији. Овлашћење да поднесе захтев има понуђач, подносилац пријаве, кандидат, односно заинтересовано лице, који има интерес за доделу уговора, односно оквирног споразума у конкретном поступку јавне набавке и који је претрпео или би могао да претрпи штету због поступања наручиоца противно одредбама ЗЈН. Захтев може да поднесе и Управа за јавне набавке, Државна ревизорска институција, јавни правобранилац и грађански надзорник.

Захтев за заштиту права може се поднети у току целог поступка јавне набавке, против сваке радње наручиоца (тј. врсте поступка, садржине позива за подношење понуда или конкурсне документације, одлуке о додели уговора, итд.). Међутим, на основу недостатака или неправилности конкурсне документације, захтев се може поднети само уз испуњење кумулативних услова: (1) да је подносилац претходно указао наручиоцу на нерегуларности у писаној форми 5 дана пре истека рока за подношење понуда; и (2) да их наручилац није отклонио.

ЗЈН прописује различите рокове за подношење захтева у зависности од фазе поступка јавне набавке, садржине захтева и врсте поступка јавне набавке. С друге стране, захтевом се не могу оспоравати радње наручиоца, ако су подносиоцу захтева раније били или могли бити познати разлози за подношење, а он га није поднео пре истека рока за подношење захтева. Такође, ако исти подносилац у истом поступку јавне набавке поново поднесе захтев, у њему се не могу оспоравати радње наручиоца за које је подносилац знао или могао знати приликом подношења претходног захтева.

Наручилац објављује обавештење о захтеву на Порталу јавних набавки и својој интернет страници најкасније у року од два дана од дана пријема захтева.

Захтев за заштиту права не задржава даље активности наручиоца у поступку јавне набавке. Међутим, у зависности од тренутка подношења, предвиђене су различите последице. Наиме, ако је захтев поднет:

1. **пре одлуке о додели уговора**, наручилац не може донети одлуку о додели уговора, о закључењу оквирног споразума, о признавању

квалификације и о обустави поступка, нити може закључити уговор о јавној набавци, пре него што се донесе одлука о овом захтеву.¹⁶

2. након закључења уговора, наручилац не може започети извршење уговора о јавној набавци пре доношења одлуке о захтеву за заштиту права.

Ипак, одговорно лице наручиоца може одлучити да настави са активностима у поступку, пре одлуке о захтеву, уколико процени да би задржавање активности наручиоца у поступку јавне набавке, односно у извршењу уговора проузроковало велике тешкоће у раду или пословању наручиоца које су несразмерне вредности јавне набавке. Ова одлука мора бити образложена.¹⁷ Поред тога, на предлог наручиоца, Републичка комисија може дозволити наручиоцу предузимање ових активности, када би њихово задржавање значајно угрзило интерес Републике.

По пријему и претходном испитивању захтева за заштиту права, наручилац закључком одбацује захтев који не садржи све обавезне елементе,¹⁸ који је неблаговремен или га је поднело лице које нема активну легитимацију и доставља га подносиоцу захтева и Републичкој комисији.

После претходног испитивања, у року од пет дана од дана пријема уредног захтева за заштиту права, наручилац може:

1) да усвоји захтев решењем, које доставља подносиоцу захтева, понуђачима и Републичкој комисији у року од три дана од дана доношења;

2) да делимично усвоји захтев решењем. У том случају, подносилац захтева може писаним изјашњењем да настави поступак пред Републичком комисијом у року од три дана од дана пријема решења, о чему истовремено обавештава наручиоца, који је дужан да у року од три дана од пријема овог изјашњења комплетну документацију достави Републичкој комисији.

3) доставити Републичкој комисији одговор у којем ће се изјаснити на све наводе захтева и комплетну документацију из поступка јавне

16 Осим ако због изузетне хитности проузроковане ванредним околностима или непредвиђеним догађајима, чије наступање ни у ком случају не зависи од воље наручиоца, наручилац није могао да поступи у роковима одређеним за отворени или рестриктивни поступак. При том, околности које оправдавају хитност не могу бити у било каквој вези са наручиоцем.

17 Ову одлуку наручилац без одлагања доставља Републичкој комисији и објављује на Порталу јавних набавки и на својој интернет страници.

18 Пошто се против закључка може изјавити жалба, неопходно је ускладити ЗЈН са ЗУП-ом који, уместо закључка предвиђа да се ова одлука доноси у форми решења, што је већ унето у текст Нацрта новог ЗЈН.

набавке, ради одлучивања о захтеву. Наручилац је дужан да писмено обавести подносиоца захтева у року од три дана од дана достављања захтева Републичкој комисији.

4) после пријема писменог обавештења о повлачењу захтева, наручилац закључком обуставља поступак заштите права.

Поступак пред Републичком комисијом

Републичка комисија је самосталан и независан орган и одговорна је Народној скупштини. Она одлучује о захтеву за заштиту права и жалби против закључка наручиоца, одлучује о предлогу наручиоца да поднети захтев не спречава доношење одлуке, односно закључење уговора или оквирног споразума, као и о предлогу подносиоца захтева да се забрани закључење или извршење уговора о јавној набавци, прати и контролише спровођење одлука које доноси, поништава уговор о јавној набавци и покреће поступак за утврђивање његове ништавости.¹⁹

Републичка комисија је надлежна за разматрање захтева за заштиту права и поступа у следећим ситуацијама:

1. ако је наручилац делимично прихватио захтев, а подносилац се писано изјаснио за наставак поступка испитивања пред Републичком комисијом;

2. ако је подносилац захтева поднео жалбу Републичкој комисији на закључак наручиоца којим је одбачен његов захтев због процесних недостатака, односно на закључак којим је наручилац обуставио поступак због повлачења захтева од стране подносиоца.

3. ако наручилац одлучи да је захтев неоснован, Републичка комисија ће аутоматски размотрити захтев, тако да у овом случају није потребна било каква додатна активност подносиоца захтева.

Републичка комисија може пре доношења одлуке да тражи додатну документацију, податке, објашњења и мишљења од наручиоца, подносиоца захтева или других учесника у поступку, Управе за јавне набавке и других лица и да оствари увид у остале документе код странака у поступку јавне набавке, као и да прикупи друге податке за доношење одлуке. У случају да понуђач или наручилац нису доставили тражену документаци-

19 Такође, она одлучује о трошковима поступка заштите права и трошковима припреме понуде, изриче новчане казне наручиоцу и одговорном лицу наручиоца, изриче новчане казне подносиоцима захтева у случајевима злоупотребе захтева за заштиту права и води прекршајни поступак у првом степену

ју, податке, објашњења или мишљења у остављеном року, Републичка комисија доноси одлуку према стању расположивих доказа у предмету, односно сумња која је последица изостанка наведених доказа, узима се на штету странке која није поступила по налогу. Странке у поступку могу предложити²⁰ да се одржи усмена расправа ако сложеност чињеничне или правне ситуације то захтева, о чему одлучује Републичка комисија.

Републичка комисија одлучује у границама поднетог захтева и дужна је да се изјасни о свим наводима подносиоца захтева, као и о повредама за које подносилац захтева није знао, а које су утицале на одлуку наручиоца у поступку јавне набавке. Поред тога, она по службеној дужности испитује да ли су испуњени законски услови за примену одређеног поступка јавне набавке, да ли су прекршене одредбе закона због којих се уговор може поништити или је ништав, као и да ли постоје разлози због којих поступак јавне набавке не може да се оконча на законит начин. У том случају она може наставити поступак и ако подносилац повуче захтев. Такође, Републичка комисија ће извести доказе за које оцени да су од утицаја за доношење правилне и законите одлуке.

Републичка комисија одлучује закључком или решењем. Она закључком: 1) одбацује захтев, односно писано изјашњење о наставку поступка из процесних разлога; 2) обуставља поступак на основу писменог обавештења о одустајању од захтева; 3) одбацује жалбу из процесних разлога и 4) одбацује захтев за покретање прекршајног поступка. С друге стране, Републичка комисија решењем: 1) усваја захтев као основан и у целини или делимично поништава поступак јавне набавке; 2) одбија захтев као неоснован; 3) потврђује или поништава закључак наручиоца; 4) усваја или одбија предлог наручиоца, односно подносиоца захтева да се (не) задржавају даље активности наручиоца у поступку јавне набавке; 5) изриче новчане казне; 6) поништава уговор; 9) одлучује у прекршајном поступку.

Републичка комисија је дужна да образложи своју одлуку и може да наложи наручиоцу предузимање одређених радњи у сврху правилног и законитог окончања конкретног поступка јавне набавке.

Републичка комисија је дужна да о захтеву одлучи решењем у року од 20 дана од дана пријема комплетне документације потребне за утврђивање чињеничног стања и одлучивање, уз могућност да се овај рок

20 Подносилац захтева у захтеву за заштиту права, а наручилац у одговору на захтев.

изузетно,²¹ у нарочито оправданим случајевима, може продужити за 15 дана. Она је дужна да одлуку достави наручиоцу, подносиоцу захтева и изабраном понуђачу у року од пет дана од дана доношења. Одлука се потом одмах објављује на њеној интернет страници и на Порталу јавних набавки. Наручилац је дужан да обавести све учеснике у поступку о овој одлуци.

Поступак правне заштите пред Управним судом

Управни спор може се покренути пред Управним судом,²² који испитује законитост одлуке, односно "ћутања" Републичке комисије. Тужбу против одлуке Републичке комисије може поднети свако лице на чија права, обавезе, или правне интересе може утицати исход поступка.²³ Управни спор се покреће тужбом,²⁴ у року од 30 дана,²⁵ од дана пријема одлуке Републичке комисије. При томе, са аспекта поступка јавних набавки, важно је напоменути да подношење тужбе не одлаже извршење одлуке Републичке комисије, која је обавезујућа за странке у поступку. Такође, у управном спору може се тражити и повраћај одузетих ствари и накнада штете која је тужиоцу нанета извршењем акта који се оспорава.²⁶

Управни спор се може покренути у случају: 1) да је Републичка комисија одбила захтев за заштиту права и подносилац захтева жели да путем тужбе преиспита ту одлуку; или 2) да Републичка комисија није донела и доставила одлуку у предвиђеним роковима (тзв. ћутање управе).

У управном спору суд решава на основу чињеница утврђених на усменој јавној расправи. Суд решава без одржавања усмене расправе, само ако је предмет спора такав да очигледно не изискује непосредно саслушање странака и посебно утврђивање чињеничног стања или ако

21 Рок за одлучивање о жалби против закључка наручиоца је осам дана од дана пријема жалбе.

22 Управни суд је успостављен као суд посебне надлежности и почео са радом 2010. године са седиштем у Београду са три одељења изван седишта суда у Крагујевцу, Нишу и Новом Саду.

23 Ако је одлуком Републичке комисије повређен закон на штету јавног интереса, управни спор може да покрене надлежни јавни тужилац, а ако су том одлуком повређена имовинска права и интереси Републике, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе, управни спор може да покрене и надлежно јавно правобранилаштво.

24 Укључујући и оригинални примерак или фотокопију релевантне одлуке и, у случају ћутања управе, доказ да се подносилац захтева обратио Републичкој комисији.

25 У случају да органима или заинтересованом лицу није достављена одлука Републичке комисије, онда они могу поднети тужбу у року од 60 дана од дана достављања одлуке странци.

26 У погледу јавних набавки, првенствено је могуће тражити накнаду штете, а повраћај одузетих ствари нпр. у случају поништења уговора.

странке на то изричито пристану. Суд је обавезан да посебно наведе разлоге због којих није одржао усмену расправу. Веће суда ће увек одржати расправу због сложености предмета спора, или ради бољег разјашњења стања ствари, као и у случају да Републичка комисија и после другог захтева не достави суду све списе који се односе на предмет управног спора у року од осам дана, или ако изјави да их не може доставити. Расправа је обавезна и ако је у управном поступку учествовало две или више странака са супротним интересима, као и када суд утврђује чињенично стање ради решавања у пуној јурисдикцији.

Није предвиђен временски оквир за доношење одлуке Управног суда од дана подношења тужбе. Међутим, Закон о заштити права на суђење у разумном року²⁷ захтева доношење одлуке „у разумном року“.

Управни суд доноси пресуду већином гласова чланова већа, којом потврђује тужбу или је одбија као неосновану. За разлику од Републичке комисије, Управни суд не објављује усвојену одлуку на својој интернет страници, али објављује одабране одлуке у свом Билтену судске праксе.²⁸

То је последњи степен контроле поступака јавних набавки, јер су одлуке суда правноснажне, с обзиром да се против њих не може поднети жалба. С друге стране, у изузетним случајевима, одлука Управног суда, може бити преиспитана од стране Врховног касационог суда, по основу захтева за преиспитивање судске одлуке.²⁹ Такође, у предвиђеним ситуацијама могуће је поднети ванредно правно средство „понављање управног спора“, пред Управним судом.

Преиспитивање постојећег модела

Постојећи модел заштите права би требало сагледати са аспекта свеукупних циљева јавних набавки и заштите права учесника у поступку јавних набавки од стране релевантних органа. У питању су следећи циљеви:

- потпуна реализација начела ефикасности и економичности (чл. 9. ЗЈН) према коме је наручилац дужан да прибави добра, услуге или радове одговарајућег квалитета имајући у виду сврху, намену и вредност јавне

27 „Службени гласник РС“, бр. 40/15.

28 У свом издању бр. 8/2017 Управни суд је у свом Билтену, посветио посебан део пресудама у случајевима јавних набавки.

29 Погледати неке случајеве на: <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/uzp-5322016-javne-nabavke> или <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/uzp-4102016-tro%C5%A1kovi-postupka> или <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/uzp-4962015>

набавке. Такође, наручилац је дужан да обезбеди да се поступак јавне набавке спроводи и додела уговора врши у роковима и на начин прописан ЗЈН-ом, са што мање трошкова поступка и извршења јавне набавке;

- обезбеђење економски најповољније понуде_- тренутно је у пракси најчешћи критеријум за одабир понуде најнижа цена. Међутим, нови текст ЗЈН, који је тренутно у законској процедури, као и негативне последице које су уочене у пракси јавних набавки,³⁰ указују на потребу за озбиљним заокретом у правцу економски најповољније понуде као опредељујућег критеријума, који обезбеђује потпуно сагледавање свих аспеката, предности и недостатака одређене понуде током целокупног животног циклуса реализације уговора о јавној набавци. На наведени начин добија се максимална вредност за уложени новац (пореских обвезника) уз могућност постизања осталих жељених циљева као што су одрживост и поштовање еколошких стандарда кроз тзв. зелене набавке, а што је у складу са светским трендовима, као и начелом заштите животне средине и обезбеђивања енергетске ефикасности предвиђеног ЗЈН-ом;

- Заштита равноправне конкуренције³¹ доводи до повећања квалитета купљених роба, пружених услуга и изведених радова, уз истовремено смањивање цене предмета јавне набавке.³² Такође, то позитивно утиче на опредељење понуђача да дугорочно инвестирају у разноврсне иновације, како би обезбедили бољу конкурентску позицију;

- обезбеђење једнакости понуђача. Наиме, према одредби чл. 12. ЗЈН наручилац је дужан да у свим фазама поступка обезбеди једнак положај свим понуђачима. Он не може да одређује услове који би значили националну, територијалну, предметну или личну дискриминацију међу

30 Према истраживању које је спровео *LEAR* у оквиру пројекта Министарства за државну управу и локалну самоуправу, утврђено је да је критеријум најниже цене коришћен у периоду 2015-2017 године коришћен у 93 процента поступака. При томе, посебан проблем је узимање у обзир свих трошкова животног циклуса предмета конкретне јавне набавке, као и касније откривени недостаци прибављеног предмета јавне набавке због неодговарајућег квалитета дате робе, услуга или радова...

31 Према одредби чл. 10. ЗЈН (Начело обезбеђивања конкуренције) наручилац је дужан да у поступку јавне набавке омогући што је могуће већу конкуренцију. Наручилац не може да ограничи конкуренцију, а посебно не може онемогућавати било којег понуђача да учествује у поступку јавне набавке неоправданом употребом преговарачког поступка, нити коришћењем дискриминаторских услова, техничких спецификација и критеријума.

32 Обезбеђење довољне конкуренције представља један од кључних проблема у поступцима јавних набавки. Према наведеном истраживању које је спровео *LEAR* просечан број понуђача је био само 2,07.

понуђачима, нити дискриминацију која би произлазила из класификације делатности коју обавља понуђач. Равноправан положај понуђача у поступку и пред институцијама које спроводе јавне набавке или обезбеђују правну заштиту њихових права, повратно стимулише њихово учешће у поступцима јавних набавки и тиме повећава конкуренцију;

- елиминисање или максимално сужавање простора за корупцију и недозвољене договоре између понуђача. То се најпре постиже подизањем компетенција, знања и вештина службеника који се баве јавним набавкама (професионализација), јачањем њихове самосталности у раду и одговорности. С друге стране, потребно је обезбедити релевантна знања и на страни понуђача. Поред тога, неопходно је максимално уклонити било какве непотребне баријере за улазак нових понуђача на тржиште различитих предмета јавних набавки. Коначно, потребно је стално унапређивати нормативни аспект и механизме за делотворно откривање и ефикасно санкционисање недозвољених понашања, где координација свих релевантних органа и тела има немерљив значај;³³

- делотворна и ефикасна заштита у поступцима јавних набавки, где време одлучивања представља кључни фактор. Наиме, због потребе ефикасног прибављања предмета јавне набавке у складу са потребама наручиоца (нпр. болнице, инспекцијске службе, електропривреде и сл.), након одређеног периода може се искључиво утврђивати да ли постоји основ за накнаду штете одређеном понуђачу, а не и да ли је предмет јавне набавке правилно дефинисан, да ли је тиме неоправдано сужена конкуренција, као и остала питања од којих зависи законитост и делотворност одређеног поступка јавне набавке,;

- поред потпуне заштите права понуђача, потребно је обезбедити и делотворну заштиту наручилаца и органа који пружају правну заштиту (Републичке комисије и Управног суда) од могућих злоупотреба процесних права и намерног одуговлачења поступака јавних набавки. Такође, требало би обезбедити превазилажење честе праксе да Управни суд у поступку испитивања законитости одлуке Републичке комисије пресудом поништи њену одлуку и врати предмет на поновно одлучивање, након чега Републичка комисија најчешће донесе исту одлуку, чиме се читав поступак заштите права понуђача у поступку јавне набавке пролонгира и обесмишљава.

33 Агенција за борбу против корупције, Комисија за заштиту конкуренције, Управа за јавне набавке, Јавно тужилаштво, Министарство унутрашњих послова, Министарство правде и други релевантни органи у оквиру свог делокруга и надлежности.

У суштини, могућа су два главна модела заштите права:

1. постојећи, према коме наручилац врши самоконтролу у поступку који се води по поднетом захтеву за заштиту права (тзв. самоконтрола), Републичка комисија преиспитује одлуке наручиоца, уз одређена додатна овлашћења и Управни суд који поступа по тужбама на одлуке или ћутање Републичке комисије. Код овог модела се, уз одређене специфичности везане за јавне набавке, у погледу правне заштите, у суштини, примењују одредбе рада првостепеног и решавања другостепеног органа по жалби у управном поступку, као и поступања по тужби у управном спору.

На који начин би се овај модел могао унапредити? Најпре, требало би у одређеној мери прилагодити састав Републичке комисије (кога чине првенствено правници), како би се обезбедила структура која одговара потреби да се дубински сагледа законитост поступања, за шта су неопходни не само правни, него и економско-финансијски и технички аспекти (у зависности од предмета јавне набавке). С друге стране, из истих разлога потребно је веће ангажовање вештака, с обзиром да стални састав Републичке комисије никада не може да покрије све специфичности различитих предмета јавних набавки.

С друге стране, постоји дилема да ли би требало задржати модел према коме се наручилац и Републичка комисија у поступку одлучивања по захтеву за заштиту права налазе у улогама "класичног" првостепеног и другостепеног органа. Наиме, тренутно је по овом питању судска пракса Управног суда и Врховног касационог суда јединствена у смислу немогућности наручиоца да покрене тужбом управни спор пред Управним судом против одлуке или "ћутања" Републичке комисије.³⁴ Оправдање за ово сватање је у аналогiji са моделом ЗУП-а, односно ЗУС-а по коме у управном поступку првостепени орган није овлашћен да поднесе тужбу против решења другостепеног органа, због међусобног хијерархијског односа и чињенице да првостепени и другостепени орган одлучују са аспекта истог (јавног) интереса), да се налазе у истој врсти односа са другом страном која заступа уже интересе и да располажу суштински истим овлашћењима.³⁵ Међутим, да ли се ова аналогija може до краја сматрати прихватљивом? Најпре, у поступку пред Републичком комисијом, наручилац и подносилац захтева имају равноправан положај, који се може

34 Тужба због "ћутања" би имала значај када је суспендовано даље предузимање активности наручиоца у поступку јавних набавки.

35 Уз додатна касаторна овлашћења другостепеног органа, што је у складу са његовом позицијом.

поредити са позицијом туженог органа чије је коначно решење тужбом оспорио тужилац пред Управним судом. У потоњем случају обе стране (дакле и тај орган) могу да изјаве правно средство (захтев за преиспитивање судске одлуке) пред Врховним касационим судом у ситуацијама када је то средство иначе допуштено. Такође, потребно је имати у виду да Републичка комисија није у позицији хијерархијски надређеног органа у односу на наручиоца (нпр. орган јединице локалне самоуправе, министарство, школа), него се у односу на њега, као и у односу на подносиоца захтева за заштиту права, појављује са статусом самосталног и независног органа Републике, које има карактеристике "судског тела" према Директиви 2007/66/ЕЗ и има другачија овлашћења у односу на она која располаже наручилац.³⁶ На овај начин, уочавамо битно другачије карактеристике односа између наручиоца и Републичке комисије у односу на класичан однос првостепеног и другостепеног органа у управном поступку. Овде сходна примена одредаба ЗУП-а у вези са заштитом права не значи да је наведени однос идентичан.

Следећи, још важнији аргумент је да, иако се наручилац од самог почетка поступка јавних набавки налази у позицији "јаче" стране (са аспекта дефинисања техничке спецификације, избора најповољније понуде, одлучивања у првом степену о захтеву за заштиту права и сл.), ипак крајњи циљ окончања поступка јавних набавки представља закључење двостраног правног акта, уговора о јавним набавкама, где настају узајамна права и обавезе и где одлука Републичке комисије, хипотетички, може бити незаконито донета на штету наручиоца. То за последицу може имати ситуацију у којој наручилац не задовољава или непотпуно, односно неправилно задовољава одређене потребе у јавном интересу, или да се не уочи злоупотреба права од стране подносиоца захтева. Све то може довести и до неоправданог ометања редовног функционисања наручиоца (нпр. неког државног органа, јавног предузећа, болнице - што није у јавном интересу) или до обавезе наручиоца да надокнади штету и/или трошкове поступка за заштиту права подносиоцу захтева. У том контексту, поставља се питање да ли би у овим ситуацијама законом требало омогућити наручиоцу да и он добије право на подношење тужбе,

36 Она не може да доноси одлуке и предузима радње из којих се састоји поступак јавних набавки, него одлучује о законитости донетих одлука и предузетих радњи, такође она може да поништи уговор о јавној набавци и покреће поступак за утврђивање његове ништавости, изриче новчане казне наручиоцу и одговорном лицу наручиоца, а такође и оним подносиоцима захтева који злоупотребе захтев за заштиту права и води прекршајни поступак у првом степену.

уместо да то, по постојећем систему, уместо њега чини јавни тужилац подносиће тужбу у јавном интересу. Ово постојеће решење није добро, јер јавни тужиоци нису у довољној мери специјализовани за све аспекте поступака јавних набавки, при чему несумњиво стоји и додатна чињеница да наручилац много боље зна у чему се састоје евентуалне незаконитости одлуке Републичке комисије код конкретне набавке. Друго, јавни тужиоци су иначе преоптерећени бројним предметима који "природно" спадају у њихове главне послове (кривична дела, привредни преступи) и треће, на овај начин би се убрзало подношење тужби Управном суду, а тиме и одлучивање у овим поступцима, јер су за наручиоце прописани краћи рокови. Такође би се избегло да наручиоци зависе од воље јавног тужиоца у погледу подношења тужбе.

С обзиром да тужба по правилу нема одложно дејство, а да природа потреба и јавног интереса које је неопходно задовољити кроз поступак јавних набавки захтева да се он спроведе што пре, односно у разумном временском периоду, онда се заштита кроз управни спор углавном састоји у утврђивању постојања основа за накнаду штете понуђачу који докаже да му је незаконито повређено његово право.

Да би модел управно-судске заштите пружио квалитетније резултате, сматрамо да би требало предузети две врсте активности:

а) повећање броја судија и специјализација судских већа по посебним областима, при чему јавне набавке представљају типичан пример потребе за специјализацијом, у циљу квалитетнијег и бржег одлучивања;

б) уношење специфичних одредби у поступање по тужби у управном спору у циљу убрзања поступка, као и разматрање врсте и начина уређења привремених мера, позиције туженог органа, односно заинтересованог лица при њиховом одређивању, као и правних средства против привремених мера (нпр. у ЗУС-у не постоји правно средство против одлагања извршења).

2. Други модел подразумева да се поступак правне заштите заврши на нивоу Комисије за заштиту права понуђача. Овакво решење је прихваћено у Словенији уз образложење да је у складу са директивама ЕУ. Наиме, како је раније наведено Директива 2007/66/ЕЗ захтева ефикасно и брзо преиспитивање одлука наручилаца, у складу са прописаним условима.

Ова Директива омогућава, да се правна заштита обезбеди: а) преко тела, који су по својој природи правосудна (судска) тела или б) преко

тела, који по својој природи нису правосудна. У овом другом случају мора постојати могућност судске заштите или заштите од стране другог тела, који је суд или судско веће у смислу члана 267 Уговора о функционисању Европске уније - УФЕУ)³⁷ и које је независно и од наручиоца и од тела надлежног за правну заштиту. Према потоњој варијанти, појам судског већа се посматра са аспекта европског, а не националног права, тако да обухвата „класичне“ судове и тзв. „трибунале“ (члан 267 УФЕУ).

У вези са тим, критеријуме које је утврдила ова Директива за судско веће су следећи: 1) независност тела, 2) именовање и разрешавање чланова тела са функције под истим условима као и носилаца правосудне функције у погледу органа надлежног за њихово именовање, мандат и разрешење, при чему бар председник тела мора имати исте правне и професионалне квалификације као носиоци правосудних функција, 3) да тело доноси одлуке у поступку у којем се омогућава изјашњавање обе стране и 4) да су одлуке тела правно обавезујуће.

С друге стране, према пракси Суда правде ЕУ за судско веће постављени су следећи критеријуми: 1) да је реч о телу које је основано по закону, 2) да је оно трајног карактера, 3) да су одлуке тела обавезујуће, 4) да се поступак води *inter partes*, 5) да се примењују законске норме и 6) да је у питању независно тело.³⁸

37 Члан 267. Уговора о функционисању Европске уније (ранији члан 234. Уговора о Европској унији) према коме је Суд Европске уније надлежан да одлучује о претходним питањима која се тичу: (а) тумачења Уговора и (б) ваљаности и тумачења аката институција, тела, канцеларија или агенција Уније. Ако се такво питање појави пред било којим судом државе чланице, тај суд може, ако сматра да је одлука о том питању потребна да би могао донети пресуду, да затражи од Суда да о томе одлучи. Ако се такво питање појави у предмету који је у току пред судом неке државе чланице, против чијих одлука према националном праву нема правног лека, тај је суд дужан упутити то питање Суду. Ако се то питање постави у предмету који је у току пред судом неке државе чланице у погледу лица коме је одузета слобода, Суд Европске уније делује у најкраћем могућем року.

38 Такође, у пресуди *JUDGMENT OF THE COURT (Grand Chamber), 19 September 2006, In Case C-506/04, REFERENCE for a preliminary ruling under Article 234 EC by the Cour administrative (Luxembourg), made by decision of 7 December 2004, received at the Court on 9 December 2004, in the proceedings Graham J. Wilson v Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, суд је изнео следеће ставове. Појам независности, који је инхерентан циљу пресуде, првенствено подразумева орган који делује као трећа страна у односу на орган који је усвојио побијану одлуку... Концепт има два друга аспекта. Први, спољашњи, претпоставља да је орган заштићен од спољне интервенције или притиска који би могао угрозити независну пресуду његових чланова у погледу поступака који се пред њима одвијају... Та суштинска слобода од спољних фактора захтева одређене гаранције довољне да заштите лица чији је задатак да пресуђују у спору, као што су гаранције против удаљења са функције... Други аспект, унутрашњег

У вези са наведеним, Словенија ја пошла од тога да је према правним тековинама ЕУ у поступку заштите права код јавних набавки неопходно да се обезбеди заштита од стране тела које има независну позицију, али да то истовремено не значи да то тело формално мора да буде суд. Предности овог модела су што се поступак одвија пред телом које је специјализовано за сложену област јавних набавки и што се сва питања решавају у релативно кратким роковима. На тај начин обезбедила би се најквалитетнија заштита права понуђача, али и спречиле потенцијалне злоупотребе понуђача у овом поступку. Наравно, интердисциплинаран састав овог тела и ангажовање независних стручњака у зависности од области био би од кључног значаја за остварење свих циљева заштите. С друге стране, поставља се питање да ли би једностепеност заштите (по свим питањима) била довољан вид заштите законитости, односно на који начин обезбедити независну заштиту од незаконитих одлука или ћутања овог тела.

Правна заштита у поступцима јавних набавки се у 15 држава чланица ЕУ пружа пред специјализованим телима, а у осталим државама она се обезбеђује пред "класичним" (грађанским или управним судовима). Специјализована тела која су надлежна само за јавне набавке постоје нпр. у Словенији, Хрватској, Мађарској, Малти, Словачкој. С друге стране, специјализована тела која су такође надлежна и за друге области постоје нпр. у Чешкој Републици или Летонији. Судови су надлежни за поступке јавних набавки нпр. у Аустрији, Италији или у Француској.

Закључна разматрања

Тренутно се у завршној фази законодавне процедуре налази нови Закон о јавним набавкама, који би требало да доврши поступак хармонизације са правним тековинама ЕУ у овој области.³⁹ С друге стране, предстоји рад на новом Закону о управним споровима и законима који уређују статус и организацију управног судства и статус судија. Мере за унапређење заштите права у поступцима јавних набавки би се могле подели-

карактера, повезан је са непристрасношћу и настоји да обезбеди једнаке услове за странке у поступку и њихове интересе у погледу предмета тог поступка...Те гаранције независности и непристрасности захтевају правила, посебно у погледу састава органа и именовања, дужине радног стажа и основа за уздржавање, одбијање и разрешење њених чланова, како би се одбацила свака разумна сумња појединаца о непропусности тог тела према спољним факторима и његовој неутралности у односу на интересе који се пред њим појављују.

39 У тексту Нацрта новог ЗЈН нису предвиђене значајније промене модела заштите права.

ти на краткорочне, које је већ сада могуће предузети и дугорочне које зависе од реформе управног судства и управног спора.

Најпре, у циљу повећања квалитета и брзине доношења одлука Републичке комисије, требало би при избору нових чланова обезбедити већу интердисциплинарност. Такође, са повећањем броја судија Управног суда које је у току, могло би се постепено ићи у правцу специјализације судских већа по областима, што би повећало квалитет и ефикасност одлучивања. Веома је важно и да се убрза доношење одлука Управног суда, посебно јер тужба по правилу нема одложно дејство, како се оне суштински не би свеле на одлучивање о праву подносиоца на накнаду штете.

Дугорочно, потребно је размотрити да ли би се и наручилац уопште могао (и у којим ситуацијама појавити у својству тужиоца против одлука Републичке комисије. Затим, у управном спору поводом поступака јавних набавки (а и иначе), требало би размотрити врсте и начин уређења привремених мера, позицију туженог органа, односно заинтересованог лица при њиховом одређивању, као и правна средства против привремених мера. Такође, уколико се уведе двостепеност одлучивања у управном спору, требало би размотрити да ли би и у којим ситуацијама требало дозволити жалбу, имајући у виду потребну за ефикасним одлучивањем код јавних набавки.

Dobrosav MILOVANOVIĆ

**REVIEW OF THE INSTITUTIONAL FRAMEWORK
FOR THE PROTECTION OF RIGHTS IN PUBLIC PROCUREMENT
PROCEDURES**

Summary

At present, the new Public Procurement Act is in the final stage of the legislative procedure. It should complete the process of harmonization with the EU acquis in this area. On the other hand, there is the beginning of the reform of Administrative Disputes Act and laws regulating the status and organization of the administrative judiciary and the status of judges. Measures to improve the protection of rights in public procurement procedures could be divided into short-term ones and long-term ones.

First, in order to increase the quality and speedness of decision-making of the Republic Commission, the election of new members should provide greater interdisciplinarity. Also, by increasing the number of judges of the Administrative Court in progress, it could gradually move towards greater specialization of court councils by areas, which would increase the quality and efficiency of decision-making. It is very important to speed up the decision of the Administrative Court, particularly because the lawsuit, as a rule has no suspensive effect, and in essence it is reduced to deciding on the right of the applicant to compensation.

In the long term, it is necessary to consider whether to allow the contracting authority (and in which situations) to act as a plaintiff against the decision of the Republic Commission. Then, in the administrative dispute regarding the public procurement procedures (and otherwise), the types and modalities of the interim measures, the position of the respondent authority or the interested party in their decision-making, as well as the legal remedies against interim measures, should be considered. Also, if two levels of decision-making will be introduced in an administrative dispute, consideration should be given to whether and in which situations the appeal should be allowed, taking into account the need for effective decision-making in public procurement.