

PERSPEKTIVE
IMPLEMENTACIJE
EVROPSKIH
STANDARDA U PRAVNI
SISTEM SRBIJE

KNJIGA 7

ZBORNİK RADOVA

Priredio
Prof. dr Stevan Lilić

BEOGRAD, 2017

Lektor i korektor

Irena Popović

Tehnički urednik

Zoran Grac

Priprema

Dosije studio, Beograd

Štampa

JP Službeni glasnik

ISBN 978-86-7630-689-3

Tiraž

100

Adresa redakcije

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
Centar za izdavaštvo i informisanje
Bulevar kralja Aleksandra 67
Tel./faks: 30-27-725, 30-27-776
e-mail: centar@ius.bg.ac.rs
web: www.ius.bg.ac.rs

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
340.137(4-672EU:497.11)(082)

PERSPEKTIVE implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije : zbornik radova. Knj. 7 / priredio Stevan Lilić. – Beograd : Pravni fakultet Univerziteta, Centar za izdavaštvo i informisanje, 2017 (Beograd : Glasnik). – 775 str. ; 24 cm. – (Biblioteka Zbornici)

Na spor. nasl. str.: Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System. – Tekst lat. i ćir. – Tiraž 100. – Napomene i bibliografske reference uz tekst. – Summaries.

ISBN 978-86-7630-689-3

1. Лилић, Стеван [уредник], 1948–

а) Право – Хармонизација – Европска унија – Србија – Зборници

COBISS.SR-ID 254213388

RESTRIKTIVNOST ZAKONSKOG ODREĐENJA POJMA UPRAVNOG UGOVORA U SRPSKOM PRAVU

Apstrakt

Upravni ugovor je postao zakonska kategorija srpskog prava u martu 2016, kada je novi Zakon o opštem upravnom postupku (ZOUP) stupio na snagu. Po pravilima tog zakona upravni ugovor se zaključuje samo kada je to određeno nekim posebnim zakonom. Međutim, domaći zakonodavac do sada nije izričito kvalifikovao nijedan ugovor uprave (contrat d'administration) kao upravni ugovor (contrat administratif). Upravni ugovor nije deo domaće pravne tradicije; srpsko pravo još uvek ne raspolaže ni zakonskom, ni sudskom, ni pravno-teorijskom tipologijom upravnih ugovora. Autorka smatra da bi domaći sudovi trebalo da se uzdrže od „prepoznavanja“ upravnih ugovora među ugovorima uprave koji su zakonom uređeni pre donošenja ZOUP, kao što su ugovor o javnoj nabavci, ugovor o poveravanju vršenja javne službe i ugovor o javno-privatnom partnerstvu, jer ni zakonodavac ni domaća pravna misao a ni sami sudovi nisu do sada izgradili merila za to prepoznavanje.

Ključne reči: Zakon o opštem upravnom postupku Srbije iz 2016. Upravni ugovor. Ugovor o javnoj nabavci. Ugovor o poveravanju vršenja javne službe. Ugovor o javno-privatnom partnerstvu.

1. UVOD

Novi Zakon o opštem upravnom postupku (ZOUP) stupio je na snagu u martu 2016.¹ Jedna od važnih novina koje su tim propisom uvedene u pravo Republike Srbije svakako je zakonsko uređenje upravnog ugovora. Naime, domaća pravna teorija već izvesno vreme pokazuje pojačano interesovanje za upravni ugovor,² ali je kod nas taj institut prvi put zakonom imenovan, definisan i bliže uređen tek odredbama novog ZOUP.³

* Dr Marija Karanikić Mirić, vanredna profesorka Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije (179059)*, koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1 Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016.

2 U broju 11–12 časopisa *Pravni život* iz 1993, koji je u celosti posvećen ugovoru i njegovom izvršenju, objavljeno je čak dvanaest radova domaćih pravnih pisaca o upravnom ugovoru, koji kod nas u to vreme nije bio posebno uređen zakonom.

3 Zakonska pravila o upravnom ugovoru primenjuju se od 1. juna 2017. Vid. čl. 217 ZOUP.

Za razliku od pojedinih evropskih pravnih sistema u kojima postoji razrađena tipologija upravnih ugovora,⁴ izgradnja takve tipologije u srpskom pravu predstavlja zadatak kojeg tek treba da se prihvate zakonodavac, sudovi i pravna teorija. Domaći zakonodavac je za sada samo propisao da se upravni ugovor zaključuje kada je to određeno posebnim zakonom. U tom kontekstu postavlja se pitanje mogu li naši sudovi već sada da „prepoznaju“ upravne ugovore među onim ugovorima uprave koje je zakonodavac bio posebno uredio pre donošenja ZOUP a nije ih izričito označio kao upravne. Recimo, da li pravila ZOUP o upravnom ugovoru važe za ugovor o javnoj nabavci,⁵ ugovor o poveravanju vršenja javne službe⁶ te ugovore o javno-privatnom partnerstvu,⁷ uprkos tome što ti ugovori nisu zakonom izričito određeni kao upravni ugovori?

Veliki broj spornih materijalnih i procesnih pravnih pitanja u vezi s novim zakonskim uređenjem upravnog ugovora ostavljam po strani ovom prilikom. Cilj ovog rada ograničen je na sledeće pitanje: Pri postojećoj zakonskoj odredbi da se upravni ugovori zaključuju kada je to određeno posebnim zakonom, a u odsustvu zakonske, pravnoteorijske i sudske tipologije upravnih ugovora u srpskom pravu, da li se novi zakonski režim upravnog ugovora primenjuje na pojedine ugovore koji već imaju zakonsko uređenje, ali ih zakonodavac još uvek nije označio kao upravne? Drugim rečima, mora li zakonska kvalifikacija upravnog ugovora da bude eksplicitna ili sudovi mogu već sada da „prepoznaju“ upravne ugovore među imenovanim ugovorima uprave koji još uvek nisu izričitom zakonskom normom označeni kao upravni?

Zašto je to pitanje važno? ZOUP sadrži oskudna i nepotpuna opšta pravila o upravnom ugovoru. Njima je ustanovljen fragmentaran pravni režim za jednu vrstu subordinacionih ugovora uprave. Zakonske odredbe o upravnom ugovoru otežavaju ili čak onemogućavaju stranci da raskine takav ugovor u slučajevima kada bi to pod određenim uslovima mogla da učini po opštim pravilima ugovornog prava. Nasuprot tome, pravni položaj organa kao ugovorne strane ojačan je novim pravilima ZOUP: uvedeni su neki novi raskidni razlozi i mogućnost da organ rešenjem raskine upravni ugovor zbog neispunjenja odnosno zbog toga što stranka ne pristaje na reviziju zbog promenjenih okolnosti.

Ako kvalifikovanje određenog ugovora uprave kao upravnog ugovora može da bude i sudsko, onda je neophodno da postoji jasno, precizno i

4 Francuski zakonodavac, sudovi i pravna teorija izgradili su i pojam i bogatu tipologiju upravnih ugovora. O pojmu upravnog ugovora u francuskom pravu i različitim osobinama odnosno merilima po kojima ugovor može da se kvalifikuje kao upravni vid. u: Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris 2008, 90 i dalje.

5 Vid. čl. 3 st. 1 tač. 2 Zakona o javnim nabavkama (ZJN), *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 124/2012, 14/2015 i 68/2015.

6 Reč je o ugovorima koje uprava može da zaključi po čl. 6 u vezi s čl. 3 Zakona o javnim službama (ZJS), *Službeni glasnik RS*, br. 42/91, 71/94, 79/2005, 81/2005, 83/2005 i 83/2014.

7 Vid. čl. 4 st. 1 tač. 3 Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama (ZJPPK), *Službeni glasnik RS*, br. 88/2011, 15/2016 i 104/2016.

opštepoznato merilo za takvu kvalifikaciju, pošto kvalifikovanje određenog tipa ugovora uprave kao upravnog ugovora ima za posledicu primenu novog zakonskog režima koji je protektivan prema ugovorniku s javnopravnim ovlašćenjima. Naime, nova procesna i materijalna pravila ZOUP predviđaju mnogo povoljniji ugovorni položaj za organ nego za stranku. Nažalost, pomenuto merilo nije formulisano odredbama ZOUP. Zakonska definicija upravnog ugovora je u tom smislu manjkava, a kako upravni ugovor nije deo naše pravne tradicije,⁸ to nam nedostaju i sudski i pravnoteorijski kriterijumi za njegovo prepoznavanje.

2. ZAKONSKI POJAM UPRAVNOG UGOVORA U SRBIJI

Zakonska pravila o upravnom ugovoru nisu brojna. Zakonodavac je definisao upravni ugovor, posebno uredio raskid upravnog ugovora zbog neispunjenja i raskidanje ili izmenu takvog ugovora zbog promenjenih okolnosti, uveo neke specijalne raskidne razloge i izričito propisao da se upravni ugovori zaključuju kada je to određeno posebnim zakonom. Upravni ugovor je bliže određen zakonom kao „dvostrano obavezan⁹ pisani akt koji, kad je to posebnim zakonom određeno, zaključuju organ i stranka i kojim se stvara, menja ili ukida pravni odnos u upravnoj stvari“, a čija sadržina ne sme da bude „protivna javnom interesu niti pravnom interesu trećih lica“.¹⁰ Na jednoj strani u upravnom ugovoru nalazi se organ koji postupa u upravnoj stvari. To može da bude državni organ ili organizacija, organ ili organizacija pokrajinske autonomije odnosno jedinice lokalne samouprave, ustanova, javno preduzeće, poseban organ preko kojeg se ostvaruje regulatorna funkcija, pravno ili fizičko lice kome je povereno neko javno ovlašćenje.¹¹ Na drugoj strani nalazi se pravno ili fizičko lice koje se u odnosu na svoga saugovornika inače nalazi u odnosu subordinacije. Upravna stvar je pak definisana kao „pojedinačna situacija u kojoj organ, neposredno primenjujući zakone, druge propise i opšte akte, pravno ili faktički utiče na položaj stranke tako što donosi upravne akte, donosi garantne akte, zaključuje upravne ugovore, preduzima upravne radnje i pruža javne usluge“ s tim što i svaka druga situacija može da bude upravna stvar ako je to zakonom određeno.¹²

8 Vladimir V. Vodinelić, „Upravni ugovor – između prihvatanja i odbijanja“, *Pravni život* 11–12/1993, 2120–2121.

9 Sasvim je verovatno da je zakonopisac ovde zapravo mislio na dvostrane pravne akte, a ne samo na one dvostrane pravne akte koji su uz to još dvostrano obavezni odnosno dvostranoobavezujući. Postojeća zakonska formulacija isključuje jednostrano obavezne dvostrane pravne poslove (jednostranoobavezujuće ugovore), kao i dvostrane pravne poslove raspolaganja iz pojma upravnog ugovora. U potonje spadaju, recimo, cesija i preuzimanje duga.

10 Čl. 22 ZOUP.

11 Čl. 1 ZOUP.

12 Čl. 2 ZOUP.

Zakonskom određenju upravnog ugovora mogu da se upute četiri osnovne zamerke. (1) Prva zamerka tiče se postojanja dveju zakonskih definicija upravne stvari, koja je polazna osnova za zakonsko određenje pojma upravnog ugovora. Naime, u Zakonu o upravnim sporovima (ZUS) upravna stvar je određena kao „pojedinačna nesporna situacija od javnog interesa u kojoj neposredno iz pravnih propisa proizlazi potreba da se buduće ponašanje stranke autoritativno pravno odredi“.¹³ Domaća pravna teorija je već ukazala da različito pojmovno određenje upravne stvari u zakonima kojima se uređuje upravni postupak odnosno upravni spor može da stvori probleme za pravnu praksu.¹⁴ Pri postojanju dve različite zakonske definicije upravne stvari za pojam upravnog ugovora referentna je ona koja se nalazi u zakonu kojim je definisan i sam upravni ugovor.

(2) Drugo, zakonska definicija upravnog ugovora je cirkularna. Upravni ugovor je jedan od oblika upravnog postupanja. Predmet upravnog ugovora određen je kao stvaranje, promena ili ukidanje pravnog odnosa u upravnoj stvari, a upravna stvar kao pojedinačna situacija u kojoj organ svojim upravnim postupanjem utiče na položaj stranke. Tako zakonska definicija upravnog ugovora zatvara krug: Upravnim ugovorom između organa i stranke uređuje se pravni odnos u pojedinačnoj pravnoj situaciji u kojoj pak organ zaključenjem upravnog ugovora pravno ili faktički utiče na položaj stranke.

(3) Treća i najvažnija zamerka odnosi se na to što se u definiciji upravne stvari koju sadrži ZOUP ne pominje javni interes niti bilo šta drugo što bi upućivalo na to da nije svaki subordinacioni ugovor uprave – upravni ugovor. Iz zakonskog određenja predmeta upravnog ugovora proizlazi da nije nužno da zaključenje odnosno izvršenje obaveza iz upravnog ugovora ima za cilj ostvarivanje odnosno zaštitu javnog interesa, ispunjenje javne potrebe, ostvarivanje javne svrhe odnosno postizanje javnog ili opšteg cilja,¹⁵ a jedino to bi moglo da legitimise zakonske odredbe kojima se drastično poboljšava ugovorna pozicija stane koja je nosilac javnih ovlašćenja u odnosu na poziciju ionako slabijeg saugovornika. Zakonodavac, doduše, propisuje da sadržina upravnog ugovora ne sme da bude u suprotnosti s javnim interesom;¹⁶ međutim, to što sadržina nekog ugovora nije protivna javnom interesu ne znači da je ugovor zaključen radi ostvarivanja odnosno zaštite interesa koji je javan.

(4) Konačno, opšti zakonski režim za upravne ugovore za sada je fragmentaran. On može da se dopuni prilikom posebnog zakonskog uređenja

13 Vid. čl. 5 Zakona o upravnim sporovima, *Službeni glasnik RS*, br. 111/2009.

14 Tako: Dragan Milkov, „Povodom nacrtu Zakona o opštem upravnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2013, 90. Uvođenje upravnog ugovora je oštro kritikovano tokom rada na novom zakonu, uz isticanje da ne postoji praktična potreba za njegovim uređenjem. *Ibidem.*, 94–95. Vid. takođe: Stevan Lilić, „Kontroverze u vezi s novom radnom verzijom Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku Srbije“, u: Stevan Lilić (ur.), *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije*, knjiga 3, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 24–25.

15 Da je to važno određenje upravnog ugovora vid. u: Zoran Tomić, *Opšte upravno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 201.

16 Čl. 22 st. 2 ZOUP.

različitih tipova upravnih ugovora. Oskudna pravila ZOUP usmerena su prvenstveno na to da stranci, koja se već nalazi u odnosu subordinacije prema organu, otežaju ili čak onemogućće raskid na koji bi mogla da ima pravo po opštim pravilima ugovornog prava. Uporedo s takvim ograničenjima za stranku trebalo bi da postoje određena ograničenja za organ, pre svega u vezi s postupkom zaključenja upravnog ugovora. Naime, privilegovana pozicija organa kao ugovorne strane opravdana je samo ako služi za zaštitu javnog interesa. U tom smislu može da se formuliše i četvrta zamerka, koja počiva na stavu da bi s većim ovlašćenjima jednog ugovornika trebalo bi da ide i njegova veća odgovornost.¹⁷ Pošto ZOUP o tome ćuti, treba očekivati da se za svaki tip upravnog ugovora posebno uredi kako obaveze organa u pogledu načina na koji se zaključuje upravni ugovor, tako i mehanizmi koji njegovo ugovorno postupanje stavljaju u funkciju zaštite javnog interesa.

3. UGOVORI UPRAVE KOJI NISU ZAKONOM ODREĐENI KAO UPRAVNI UGOVORI

Zakonom je propisano da se upravni ugovor zaključuje kada je to predviđeno posebnim zakonom.¹⁸ To znači da je domaći zakonodavac uredio upravne ugovore po modelu koji je Vodinelić još 1993. godine bio označio kao *malo rešenje*. Veliko rešenje bi po Vodineliću bilo da je upravni ugovor načelno dopušten, osim kada se propiše drugačije, a malo rešenje znači da se upravni ugovor prihvata izuzetno, kao odstupanje kako od režima građansko-pravnih ugovora, tako i od redovnog oblika upravnog postupanja.¹⁹

Oskudnim pravilima ZOUP ustanovljen je jedan opšti ali nepotpun pravni režim za upravne ugovore. Malo rešenje samo znači da se taj režim ne primenjuje uvek, nego onda kada je to određeno posebnim zakonom. Izvan posebnih zakonom određenih situacija na subordinacione ugovore uprave primenjuju se opšta pravila građanskog prava osim ako su organ i stranka ugovorili drugačije u granicama javnog poretka, prinudnih propisa i dobrih običaja, odnosno ako ne postoji zakonska odredba kojom je predviđeno nešto posebno za predmetnu vrstu ugovora uprave.

U odsustvu preciznijeg i detaljnijeg zakonskog uređenja i zakonske, sudske i pravnoteorijske tipologije upravnih ugovora, a imajući u vidu da je zakonodavac ipak optirao za malo rešenje, domaći sudovi treba da postupaju oprezno i da sačekaju da se zakonom izričito imenuje i posebno uredi makar prvi tip upravnog ugovora. Trebalo bi da se isprva uzdrže od „prepoznavanja“ upravnih ugovora u ugovorima uprave koji su zakonom uređeni pre donošenja ZOUP zato što ni zakonodavac ni domaća pravna misao a ni sami sudovi nisu do sada izgradili merila za to prepoznavanje.

17 Upor. Jean Rivero, *Droit administratif*, Dalloz, Paris 1970, 35.

18 Čl. 22 ZOUP.

19 V. Vodinelić, 2120–2121.

U nastavku ću se osvrnuti na tri vrste zakonom imenovanih i posebno uređenih ugovora uprave za koje bi uskoro moglo da se otvori pitanje da li se po pravilima ZOUP kvalifikuju kao upravni ugovori.

3.1. Ugovor o javnoj nabavci

Ugovor o javnoj nabavci je formalan teretni ugovor koji za predmet ima nabavku dobara, pružanje usluga ili izvođenje radova. U poziciji naručioca nalazi se državni organ, organ autonomne pokrajine ili lokalne samouprave ili, pod određenim uslovima, pravno lice osnovano u opštem interesu u cilju zadovoljavanja potreba koje nemaju industrijski ili trgovinski karakter.²⁰ Zakonska konstitutivna forma ugovora o javnoj nabavci jeste pisana ili elektronska, s tim što ugovorne strane mogu da se sporazumeju o strožim formalnim uslovima od minimalnih koje je postavio zakonodavac.²¹

Ugovor o javnoj nabavci zaključuje jedan ili više naručilaca s jednim ili više ponuđača.²² Pod naručiocem tu se pre svega misli na državni organ, organ autonomne pokrajine i organ lokalne samouprave. Međutim, kao naručilac može da se kvalifikuje i pravno lice osnovano u cilju zadovoljavanja potreba u opštem interesu koje nemaju industrijski odnosno trgovinski karakter. Neophodno je još (a) da se to pravno lice finansira preko polovine iz sredstava naručioca, što znači iz sredstava državnog organa, organa autonomne pokrajine, organa lokalne samouprave ili drugog pravnog lica koje se po odredbama ZJN kvalifikuje kao naručilac; ili (b) da nadzor nad tim pravnim licem vrši neko ko je naručilac; ili (c) da više od polovine članova organa nadzora ili organa upravljanja tog pravnog lica imenuje neko ko je naručilac.²³

Nisu svi ugovori u koje stupa uprava (*contrat d'administration*) – upravni ugovori (*contrat administratif*),²⁴ već su to samo ugovori koje uprava zaključuje zarad postizanja neke javne svrhe odnosno ostvarivanja nekog opšteg društvenog cilja.²⁵ Ugovor o javnoj nabavci može da se bliže odredi kao subordinacioni ugovor uprave, pod uslovom da se u konkretnom slučaju naručilac kvalifikuje kao organ po odredbi čl. 1 ZOUP, a fizičko ili pravno lice u svojstvu ponuđača kao stranka po odredbi čl. 44 st. 1 ZOUP. Tek kada je to tako, može da se otvori pitanje da li se ugovor o javnoj nabavci, kao jedan subordinacioni ugovor uprave, kvalifikuje još i kao upravni ugovor u smislu odredaba ZOUP. Ako je odgovor na to pitanje potvrđan, onda se na ugovor o javnoj nabavci primenjuju procesna i materijalna pravila ZOUP o raskidu upravnog ugovora zbog neispunjenja, ona o raskidu ili izmeni upravnog ugo-

20 Čl. 2 i čl. 3 ZJN.

21 Argument iz čl. 69 Zakona o obligacionim odnosima (ZOO), *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 (odluka USJ) i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 (Ustavna povelja).

22 Čl. 3 st. 1 tač. 2 ZJN.

23 Čl. 2 st. 1 ZJN.

24 Nadine Poulet-Gibot Leclerc, *Droit administratif: sources, moyens, contrôles*, Bréal, Rosny-sous-Bois 2007, 130.

25 Ivo Borković, „Upravni ugovori“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 2/1993, 421.

vora zbog promenjenih okolnosti, te pravila o specijalnim raskidnim razlozima na koje može da se pozove samo organ.

Iz zakonskog određenja upravnog ugovora se nažalost ne vidi da je ostvarivanje odnosno zaštita javnog interesa, postizanje javne svrhe odnosno zadovoljavanje javne potrebe – suštinsko obeležje tog instituta. Ipak, to važno svojstvo upravnog ugovora treba imati u vidu, jer samo ostvarivanje javne svrhe odnosno postizanje javnog ili opšteg cilja može da opravda odredbe ZOUP kojima se drastično poboljšava ugovorna pozicija stane koja je nosilac javnih ovlašćenja u odnosu na poziciju ionako slabijeg saugovornika.

Tomić naglašava da ugovor kojim javnopravno telo zadovoljava sopstvene a ne javne potrebe, recimo, tako što uzima ili daje nepokretnost u zakup, kupuje ogrev ili sredstva za rad, ne spada u javnopravne nego u građansko-pravne dvostrane akte.²⁶ Popović pak smatra da pojam upravnog ugovora obuhvata i one ugovore na osnovu kojih se država odnosno javnopravna tela „snabdevaju posebnim predmetima“, ako to čine u cilju obezbeđenja vršenja javne službe.²⁷

Kada se ima u vidu da je naš zakonodavac propisao da se upravni ugovor zaključuje kada je to propisano zakonom, pri čemu je propustio da pomene da se taj ugovor zaključuje u javnom interesu, da kod nas još uvek nisu razvijene ni zakonska, ni sudska, ni pravnoteorijska tipologija upravnih ugovora, da je sam zakonodavac propustio da ugovor o javnoj nabavci označi kao upravni ugovor, te da se javnom nabavkom po pravilu neposredno ostvaruje interes naručioca a ne javni interes, onda pretežu razlozi da se ugovor o javnoj nabavci ne kvalifikuje kao upravni ugovor u smislu odredaba zoup, nego da se sačeka da zakonodavac to učini. Tom prilikom zakonodavac će moći da precizira da se kao upravni ugovor kvalifikuje samo onaj ugovor o javnoj nabavci kojim se zadovoljava javna potreba, ostvaruje javna svrha, postiže javni ili opšti cilj. U opštem slučaju, dakle, ugovor o javnoj nabavci ne treba svrstavati u upravne ugovore, i to ne samo zato što zakonom nije izričito određen kao takav već pre svega zato što izvršenje obaveze ponuđača ne zadovoljava javnu potrebu, nego neposrednu potrebu organa kao naručioca.²⁸ Isto važi i

26 Z. Tomić, 201.

27 Slavoljub Popović, „O potrebi uvođenja instituta upravnih ugovora u naše pravo“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 1–3/1996, 526.

28 Vid. suprotno u: D. Milenković, 40 i 168: Milenković ističe da bi ugovor o javnoj nabavci mogao da se kvalifikuje kao upravni ugovor po *kriterijumu posebnog ovlašćenja*. Naime, prema kriterijumima koje je razvila francuska pravna doktrina, ugovor zaključen između javnopravnog i privatnopravnog lica može da se kvalifikuje kao upravni ugovor i kada nije povezan s obavljanjem javne službe ako javnopravno lice ima neka posebna ovlašćenja u vezi s tim ugovorom, odnosno ako istupa s „jačom voljom“ prema drugoj ugovornoj strani. Međutim, sam Milenković uočava da se javnopravnom telu tada daju veća ovlašćenja upravo „radi ostvarivanja šireg društvenog interesa“ i ne spori da kod ugovora o javnoj nabavci „nema direktnog javnog interesa“. *Ibidem.*, 168. Detaljno o merilima za prepoznavanje upravnih ugovora, koje su razvili francuski zakonodavac, jurisprudencija i pravna teorija vid. u: L. Richer, 90 i dalje. Vid. takođe: Pierre Tifine, *Droit administratif français, 4ème Partie, Chapitre 2: Les contrats administratifs*, Revue

kada organ nabavlja robu ili usluge koje su mu potrebne za obavljanje javne službe.

3.2. Ugovorno poveravanje vršenja javne službe

Lilić je još 1993. godine tvrdio da je postojanje upravnih ugovora kod nas latentno, to jest da naše pravo *de facto* poznaje određene upravne ugovore mada ih tako ne naziva.²⁹ Kao primer navodio je koncesionarne javne službe.³⁰ Naime, republika, autonomna pokrajina, grad i opština mogu da osnuju ustanovu radi ostvarivanja zakonom utvrđenih prava i interesa u oblastima kao što su obrazovanje, kultura, nauka, zdravstvena i socijalna zaštita. U drugim oblastima, kao što su PTT saobraćaj, energetika, putevi i komunalne usluge, može da se osnuje preduzeće. Međutim, umesto osnivanja ustanove odnosno preduzeća, republika, autonomna pokrajina, grad i opština mogu da povere vršenje delatnosti odnosno poslova u pomenutim oblastima drugim pravnim i fizičkim licima i tada se njihova međusobna prava i obaveze uređuju ugovorom. Lilić smatra da su to upravni ugovori iako ih zakonodavac tako ne naziva.³¹

Ugovor kojim se poverava vršenje javne službe spada u ugovore uprave. Tu može da se postavi pitanje da li je lice kome je po odredbama ZJS ugovorom povereno vršenje javne službe dužno da poverenu delatnost odnosno poslove obavlja lično, ili može ugovorom da ih delegira odnosno poveri trećem licu uz zadržavanje pune odgovornosti. To pitanje može da se uredi ugovorom o poveravanju javne službe. Ako pravno ili fizičko lice kome je povereno vršenje javne službe može ugovorom da angažuje trećega za obavljanje poverene delatnosti odnosno poverenih poslova, taj potonji ugovor se ne kvalifikuje kao ugovor uprave.

Ostaje pitanje da li ugovor uprave kojim se poverava vršenje javne službe treba smatrati upravnim ugovorom u smislu odredaba ZOUP. Ugovor o poveravanju vršenja javne službe ima sva supstancijalna obeležja upravnog ugovora, ali zakonom nije izričito označen kao takav. Uprkos tome što je posebno uređen nekoliko decenija pre nego što je upravni ugovor postao zakonska kategorija, prilikom uređenja upravnog ugovora zakonodavac je propustio da ga *exempli causa* navede kao upravni ugovor. Kada bi postojali jasni kriterijumi po kojima bi naši sudovi mogli da prepoznaju upravne ugovore koje je zakonodavac propustio da odredi kao takve, ugovori kojima se poverava vršenje javne službe nalazili bi se među prvim kandidatima za takvo sudsko označenje.

générale du droit on line, 2013, numéro 4645, www.revuegeneraledudroit.eu/?p=4645, 1. septembar 2017.

29 Stevan Lilić, „Administrativni ugovori i javne službe“, *Pravni život* 11–12/1993, 2149–2150.

30 Vid. čl. 6 u vezi s čl. 3 ZJS.

31 S. Lilić (1993), 2149–2150.

Međutim, kada se uzme u obzir da zakonska definicija ne zahteva da se upravnim ugovorom nužno štiti odnosno ostvaruje društvena svrha, javni interes ili opšti ciljevi; zatim, da zakon predviđa da se upravni ugovor zaključuje onda kada je to određeno posebnim zakonom; te da upravni ugovor nije deo naše pravne tradicije, zbog čega još uvek ne raspolažemo merilima na osnovu kojih se može lako prepoznati – čini se da bi i u ovom slučaju sudovi trebalo da postupaju uzdržano te da sačekaju da se ugovor kojim se poverava vršenje javne službe zakonom izričito odredi kao upravni ugovor.

3.3. Ugovor o javno-privatnom partnerstvu

Pod javno-privatnim partnerstvom misli se na dugoročnu saradnju javnog i privatnog partnera radi pružanja usluga od javnog značaja odnosno radi finansiranja, izgradnje, rekonstrukcije, upravljanja ili održavanja objekata od javnog značaja. Javno-privatno partnerstvo može da ima elemente koncesije ili da bude bez tih elemenata. Pored toga, javno-privatno partnerstvo može da bude ugovorno ili institucionalno. Kada je ugovorno, onda javni i privatni partner uređuju međusobna prava i obaveze ugovorom o javno-privatnom partnerstvu sa ili bez elemenata koncesije.³² Zakonodavac ga skraćeno naziva javnim ugovorom i propisuje mu poseban režim.

Javni ugovor je formalan ugovor zaključen između javnog i privatnog partnera u cilju realizacije projekta javno-privatnog partnerstva. Taj projekat se odobrava u zakonom propisanom postupku i podrazumeva niz međusobno povezanih aktivnosti koje se sprovode određenim redom, u određenom roku, s unapred definisanim ciljevima i planiranom finansijskom konstrukcijom. Zakonska forma javnog ugovora jeste pisana po pojavnom obliku i konstitutivna po pravnom dejstvu. Zakonodavac je detaljno uredio sadržinu javnog ugovora i propisao posebna pravila o zaključenju i saglasnosti za zaključenje, izmenama i finansiranju javnog ugovora.³³

Javni partner iz ugovora o javno-privatnom partnerstvu, to jest ona strana u javnom ugovoru koja je nosilac javnih ovlašćenja, po pravilu se kvalifikuje i kao organ iz čl. 1 ZOUN.³⁴ Druga ugovorna strana je privatni partner, to jest domaće ili strano fizičko ili pravno lice ili konzorcijum takvih lica. U tom smislu javni ugovor po pravilu jeste subordinacioni ugovor uprave. Ostaje pitanje da li se istovremeno radi o upravnom ugovoru po odredbama ZOUN.

Imajući na umu sve što je rečeno o zakonskom uređenju upravnog ugovora kod nas, javni ugovor iz ZJPPK ne treba svrstavati među upravne ugo-

32 Postoji i javni ugovor o *institucionalnom* javno-privatnom partnerstvu sa elementima koncesije. Vid. čl. 4 st. 1 tač. 4(a) ZJPPK.

33 Vid. čl. 4 st. 1 tač. 1–3 i čl. 45–52 ZJPPK. O tome ko sve može da se kvalifikuje kao javni odnosno privatni partner vid. čl. 4 st. 1 tač. 7–10 i čl. 12–18 ZJPPK.

34 To znači: državni organ ili organizacija, organ ili organizacija pokrajinske autonomije odnosno jedinice lokalne samouprave, ustanova, javno preduzeće, poseban organ preko kojeg se ostvaruje regulatorna funkcija, pravno ili fizičko lice kome je povereno neko javno ovlašćenje.

vore. Naime, ne samo što zakonodavac nije izričito odredio javni ugovor kao tip upravnog ugovora, nego je propisao suprotno: da se na pitanja o javnim ugovorima iz ZJPPK koja nisu posebno uređena tim zakonom primenjuju odredbe zakona kojim se uređuju obligacioni odnosi.³⁵ Drugim rečima, na javni ugovor iz ZJPPK se po izričitoj zakonskoj normi supsidijerno primenjuje opšti građanskopravni ugovorni režim a ne posebna pravila ZOUP o upravnim ugovorima.

Pored toga, posebna zakonska pravila o javnom ugovoru udaljavaju taj ugovor od upravnih ugovora uređenih pravilima ZOUP. Na primer, jedno od načela javno-privatnog partnerstva jeste načelo autonomije volje, koje po ZJPPK obuhvata slobodu ugovornih strana da međusobna prava i obaveze urede po svojoj volji a u skladu s tim zakonom, zakonom kojim se uređuju obligacioni odnosi i drugim propisima i dobrim poslovnim običajima. Uz to, ZJPPK sadrži posebna pravila o raskidu javnog ugovora jednostranom izjavom volje, pa i kada bi se javni ugovor kvalifikovao kao tip upravnog ugovora, ta posebna pravila ZJPPK isključivala bi primenu nekih odredaba ZOUP koje čine jezgro zakonskog režima za upravne ugovore, kao što su materijalna i procesna pravila o raskidu upravnog ugovora zbog neispunjenja.

U posebnom zakonskom režimu upravnog ugovora ograničen je domašaj opšteg načela ravnopravnosti strana u obligacionom odnosu.³⁶ Nasuprot tome, zakonodavac je načelno propisao da se uzajamni odnosi strana u javnom ugovoru zasnivaju na jednakosti ugovornika i ravnopravnosti njihovih volja.³⁷ Isto tako, u posebnom zakonskom režimu upravnog ugovora ograničen je domašaj načela dužnosti ispunjenja obaveze,³⁸ tako što je stranci izričito uskraćeno pravo na raskid zbog neispunjenja³⁹ i pravo na raskid zbog promenjenih okolnosti.⁴⁰ Nasuprot tome, i javni i privatni partner mogu jednostranom izjavom volje da vansudski raskinu javni ugovor zbog neispunjenja, pod uslovima koje detaljno uređuje ZJPPK.⁴¹

Dakle, za razliku od stranke iz upravnog ugovora, privatni partner iz javnog ugovora može vansudski da raskine ugovor u skladu s odredbama ZJPPK, javnim ugovorom i opštim pravilima obligacionog prava.⁴² Jedan od razloga zbog kojih privatni partner može da raskine javni ugovor jeste to što

35 Čl. 8 st. 3 ZJPPK.

36 Čl. 11 ZOO.

37 Vid. čl. 5 st. 1 i čl. 6 st. 10 ZJPPK.

38 Vid. čl. 17 ZOO.

39 ZOUP uskraćuje pravo stranci da raskine upravni ugovor kada organ ne ispunjava svoje obaveze; uređuje procesni institut prigovora stranke zbog neispunjenja ugovorne obaveze organa; potvrđuje pravo organa da raskine upravni ugovor kada stranka ne ispunjava svoje ugovorne obaveze; propisuje da organ raskida ugovor rešenjem u kojem izričito navodi i jasno obrazlaže razloge za raskid. Vid. čl. 24 st. 1 tač. 2, čl. 24. st 2 i čl. 25 ZOUP.

40 Prema posebnim zakonskim pravilima za upravne ugovore stranka od organa može da zahteva jedino izmenu ugovora zbog promenjenih okolnosti, ne i njegov raskid. Organ može rešenjem da odbije taj zahtev stranke pod uslovima iz čl. 23 st. 2 ZOUP.

41 Vid. čl. 55–56 ZJPPK.

42 Vid. čl. 55 st. 1 ZJPPK.

javni partner ne ispunjava svoje ugovorne obaveze.⁴³ Nasuprot tome, jedno od specifičnih obeležja posebnog zakonskog režima za upravne ugovore jeste to što stranka ne može da raskine upravni ugovor zbog toga što organ ne ispunjava svoju ugovornu obavezu onako kako ta obaveza glasi.

4. ZAKLJUČAK

Zakonsko određenje upravnog ugovora u Srbiji nije dovoljno razrađeno. Zakonska definicija tog instituta je cirkularna i ne upućuje na to da je svrha upravnog ugovora zaštita ili ostvarivanje javnog interesa, javne svrhe odnosno javnih ciljeva. Zakonodavac je usvojio malo rešenje, propisujući da se upravni ugovor zaključuje kada je to određeno posebnim zakonom, ali do sada nije kvalifikovao nijedan ugovor uprave kao upravni ugovor. U srpskom pravu nisu razvijene ni zakonska ni sudska ni teorijska tipologija upravnih ugovora. Imajući sve to u vidu, sudovi bi trebalo da sačekaju da se zakonom odrede subordinacioni ugovori uprave koji se kvalifikuju kao upravni ugovori.

Postoje i formalni i supstancijalni razlozi za uzdržanost sudova u pogledu „prepoznavanja“ upravnih ugovora u ugovorima uprave koji su zakonom uređeni pre donošenja ZOUP. (a) Kod ugovora o poveravanju vršenja javne službe pretežu formalni razlozi za uzdržanost: Upravni ugovor se po izričitoj odredbi ZOUP sklapa kada je to određeno posebnim zakonom, pa treba sačekati eksplicitno zakonsko određenje. U zatečene zakonske norme ne bi trebalo učitavati implicitno određenje upravnog ugovora, zato što u srpskom pravu još uvek ne postoje ni zakonska, ni sudska, ni pravnoteorijska merila za prepoznavanje upravnih ugovora koji nisu izričitom zakonskom odredbom određeni kao takvi.

Kod drugih pak ugovora uprave postoji važan supstancijalni razlog da ih sudovi ne kvalifikuju kao upravne sve dok zakonodavac to ne učini. (b) Postoje ugovori uprave kojima se ne ostvaruje nikakva javna svrha, ne štiti javni interes, ne postižu javni ciljevi. Kao primer mogu da posluže ugovori kojima javnopravno telo zadovoljava sopstvene a ne javne potrebe, recimo, tako što uzima ili daje nepokretnost u zakup, kupuje ogrev ili sredstva za rad. U takvim slučajevima nema ni opravdanja da se nosilac javnih ovlašćenja kao strana u ugovornom odnosu postavi u drastično bolju ugovornu poziciju od drugog ugovornika koji je ionako slabiji – što bi se dogodilo kada bi se takvi ugovori uprave kvalifikovali kao upravni ugovori po odredbama novog ZOUP.

Konačno, u posebnom zakonskom režimu nekih ugovora uprave pretežu građanskopravni elementi koji ih udaljavaju od zakonskog režima upravnog ugovora. Primer za to je javni ugovor to jest ugovor o javno-privatnom partnerstvu. Naime, ako organ ne ispunjava ugovorne obaveze, stranka ne može da raskine upravni ugovor, već samo da izjavi prigovor rukovodiocu tog or-

43 Vid. čl. 55 st. 3 tač. 2–3 ZJPPK.

gana.⁴⁴ Nasuprot tome, privatni partner ima pravo na jednostrani vansudski raskid javnog ugovora u skladu s odredbama ZJPPK, javnim ugovorom i opštim pravilima obligacionog prava.⁴⁵ Pravo privatnog partnera da jednostrano raskine ugovor zbog toga što ugovornik koji je nosilac određenih javnih ovlašćenja ne izvršava svoju ugovornu obavezu, kao i druge srodne izričite zakonske odredbe koje potvrđuju načelo privatne autonomije i ravnopravnosti ugovornih strana, izuzimaju javni ugovor iz zakonskog režima upravnih ugovora i svrstavaju ga uz ugovore građanskog prava.

*Prof. dr Marija Karanikić Mirić**

RESTRICTIVE STATUTORY CONCEPTION OF ADMINISTRATIVE CONTRACTS IN SERBIAN LAW

Summary

The administrative contract became a legal category of Serbian law in March 2016 when the new Law on General Administrative Procedure (LGAP) went into effect. Under the new law, administrative contracts may be concluded only in cases specified by statute. However, there have been no cases of administrative contracts established by statute as yet. In other words, none of the existing categories of contracts of administration (contrat d'administration) have been determined by the legislature as administrative contracts (contrat administratif). Administrative contracts are not part of Serbian legal tradition. Therefore, neither the legislator, nor the courts, nor Serbian legal scholars have thus far developed a viable typology of administrative contracts. In that context, the worrisome fact that there is no reference to the notions of public interest, public purpose or public needs in the existing statutory definition of administrative contract calls for judicial restraint. The lack of statutory, scholarly and judicial typology of administrative contracts should prompt the courts to leave the matter to the legislature, and to refrain from singlehandedly identifying any of the existing contracts of administration – such as public procurement contracts, public service contracts and public-private partnership agreements – as administrative contracts in the sense of LGAP.

Key words: *Serbian Law on General Administrative Procedure (2016). Administrative contract. Public procurement contract. Public service contract. Public-private partnership agreement.*

44 Vid. čl. 25 ZOUP.

45 Vid. čl. 55 st. 1 ZJPPK.

* Marija Karanikić Mirić, LL.M (Duke), Ph.D. (Belgrade), Associate Professor at the Faculty of Law of the University of Belgrade. This paper results from the project *Perspectives of the Implementation of European Standards in Serbian Legal System* (179059), funded by the Ministry of Education, Science and Technological Development of the Republic of Serbia.