



УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Бојана Д. Тодоровић

**МЕХАНИЗМИ РЕШАВАЊА СПОРОВА ИЗ
УПРАВНИХ УГОВОРА**

докторска дисертација

Београд, 2023. године

UNIVERSITY OF BELGRADE
FACULTY OF LAW

Bojana D. Todorović

**DISPUTE RESOLUTION MECHANISMS IN
ADMINISTRATIVE CONTRACTS**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2023

ПОДАЦИ О МЕНТОРУ И ЧЛАНОВИМА КОМИСИЈЕ

Ментор:

др Зоран Томић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Чланови комисије:

др Зоран Томић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др Добросав Миловановић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др Марко Давинић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др Предраг Димитријевић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

др Вук Цуцић

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Датум одбране:

ИЗЈАВЕ ЗАХВАЛНОСТИ

Током протекле четири године, колико је настајала ова докторска дисертација, често сам имала прилику да у академским круговима или од блиских људи чујем коментар: „Заврши то, докторат је ионако само школски рад“. Иако увек добронамерна и с циљем подстицања мене или мојих колегиница и колега да што пре и без притиска приведемо крају процес писања, на мене је ова опаска неретко имала потпуно супротан ефекат. Некако се није „примала“. Уместо да се њоме подстакнем, осетила бих се још горе. Разлог томе није само чињеница да сам од почетка основних студија до данас написала неколико „школских“ и других научних радова, а писање овог, до сада, најважнијег, у мојим очима није било ни налик претходно стеченом искуству. Далеко важније, имала сам осећај да се овај „само школски рад“ увукао у сваку пору мог (приватног и академског) живота, тражећи од мене толика одрицања, време и енергију. Мој докторат је уједно био и мој највећи и најамбициознији животни циљ до сада и окидач за бројне несигурности, преиспитивање и фрустрације.

Иако свесна тога да су многе од тих фаза природна појава на докторском путу, заједничка већини студената докторских студија, дуго нисам себи могла до краја да објасним да ли је „главни кривац“ мој склоп личности или сама дисертација. Бољи увид и својеврсно појашњење мог личног искуства добила сам, помало парадоксално, споља. Наиме, недавно сам открила блог др Иване Бајић-Хајдуковић, посвећен подршци докторандима на њиховом докторском путу. Један од постова је говорио управо о ономе што сам негде и сама интуитивно осећала, а то је да писање докторске дисертације нису *само* истраживачки рад и сати посвећеног писања. То је и процес личне трансформације или како ауторка каже, „обред преласка“ (енг. *rite-of-passage*) у период личне и академске зрелости, који захтева и спремност (додала бих, и храброст) да се „дубље завири“ у можда не тако пријатне делове личности, како би се превазишле „сумња, несигурности, и многе друге личне препреке“.¹ Заиста, увидела сам да додата вредност мог пута ка циљу није само допринос домаћој (управно) правној науци у области мог истраживања, као и велико знање које сам у овој области стекла. Поред тога – усудила бих се да кажем, и далеко важније – ово искуство ми је омогућило да стекнем (академско) самопоуздање, овладам вештинама критичког мишљења, истраживања и писања, другим очима и са новостеченом радозналешћу сагледам поједине аспекте управног права, али и увидим круцијални значај равнотеже између рада и слободног времена, као и одмора за мотивацију и продуктивност. Штавише, овај пут ми је омогућио да боље упознам себе и увидим да имам много више стрпљења и много више љубави према писању, него што сам иницијално мислила. Због свега написаног (али и још много тога што остављам само за себе), неизмерно сам захвална на свом докторском путу и овој дисертацији.

Поред описаног *унутрашњег* путовања, мој докторски пут обележила су и бројна путовања у иностранство и академски боравац на различитим високошколским и истраживачким установама. Од једнодневних семинара, конференција или летњих школа посвећених докторандима и младим истраживачима, до истраживачких боравака од неколико месеци, сва та искуства оставила су велики печат како на моју дисертацију, тако и на мене лично. Пријатна и мотивишућа радна атмосфера, приступ богато опремљеним библиотекама и базама података, размена искустава и мишљења са

¹ Ivana Bajić-Hajduković, “PhD Growing Pains: Curating Your Unique Voice”, PhD Mentoring Plus-A Path to Thriving While Doing a PhD (22 February 2022), <https://phdmentoringplus.co.uk/phd-growing-pains-curating-your-unique-voice/>, 24. март 2022.

колегама, разговори са професорима и другим стручњацима за поједине делове теме моје дисертације, али и коментари и питања која сам добијала – допринели су томе да боље разумем и стекнем веће самопоуздање на терену иностраних правних система које сам истраживала, да продубљеније сагледам поједине целине и заслужни су за бројне написане редове и моменте стваралачког „надахнућа“. Осим тога, у складу са изреком „иди даље да би видео ближе“, ова иностранна искуства су ми омогућила да јасније сагледам домаће право. Могу с поносом да кажем да ова дисертација носи делић сваког од тих искустава, што сматрам посебно важним имајући у виду да је окосница мог методолошког приступа упоредноправна анализа.

Због ограниченог простора, није могуће да поменем све дивне људе које сам у склопу тих иностраних боравака упознала, са којима сам сарађивала и којима дугујем велику захвалност на доприносу квалитету и коначном облику ове дисертације. Стога издвајам неколицину оних са којима сам највише и најинтензивније сарађивала, односно који се издвајају својим коментарима, као и времену и пажњи коју су посветили мојој дисертацији и питањима. Проф. др Жан Бернар Обију (*Jean Bernard Auby*), професору емеритусу *Universités à Sciences Po* и шефу међународне истраживачке мреже „Јавни уговори у правној глобализацији“, захваљујем на томе што ме је, када још увек нисам имала дефинисану тему, подучио да уколико желим да се бавим управним уговорима, „треба да почнем од француског права“, као и на сваком корисном савету, коментару и појашњењу. Такође, дугујем му велику захвалност на позиву да присуствујем једном од састанака поменуте истраживачке мреже и тако упознам различите експерте за ову материју, али и чујем актуелности у овој динамичној области. Штавише, једна од публикација те истраживачке мреже ми је била инспирација за одабир теме дисертације.

Желим да захвалим и проф. др Педру Телешу (*Pedro Telles*), на стручним, оштрим и веома прецизним критикама и коментарима, као и пријатељским саветима како да приступим писању и организацији времена, који су ме на самом почетку овог пута умногоме обликовали и трасирали даљи правац развоја моје теме. Поред тога, неизмерно сам захвална проф. др Улриху Штелкенсу (*Ulrich Stelkens*) на стрпљивим разговорима о немачком праву и разлици између француске и немачке концепције управних уговора, као и праву јавних уговора Европске уније, који су ми омогућили да на самом почетку писања увидим која питања нећу обухватити истраживањем, а на самом крају пружила неопходну самоувереност извођења закључака, посебно о немачком праву. Надаље, захвална сам и др Хани Шредер (*Hanna Schröder*) и проф. др Алберту Санчезу Граелсу (*Albert Sanchez Graells*), на искреним коментарима и смерницама за даље усмеравање моје дисертације, када сам се, негде на средини процеса писања, осетила изгубљеном, али и на идејама за даљи развој ове теме након завршетка дисертације. Витјеслави Фричовој (*Vítězslava Fričová*), захвална сам на издвојеном времену и инспиративном разговору о утицају права Европске уније на национално право у домену управних уговора, чиме ми је – захваљујући свом богатом и вишегодишњем искуству рада у Европској комисији на директивама које представљају централни део поглавља о праву ЕУ – омогућила да премостим јаз између теорије и праксе. Такође, велико хвала Надини Дречеа (*Nadina Drecea*), на размени мишљења и идеја о алтернативним механизмима решавања спорова и њиховом растућем значају за спорове из управних уговора.

Најзад, највећу и сасвим посебну захвалност дугујем проф. др Роберту Каранти (*Roberto Caranta*), редовном професору Правног факултета Универзитета у Торину на великој и несебичној академској и пријатељској подршци свих ових година познанства и сарадње. Пажња коју је посветио мом истраживању и бројним питањима и дилемама које сам имала, стручњаци на које ме је усмеравао, добронамерни савети, прилика коју

ми је пружио да за време истраживачког боравка на Универзитету у Торину одржим предавање о теми дисертације и дотадашњим резултатима истраживања – били су од непроцењивог значаја за квалитет моје дисертације и мој академски раст и развој. Поврх свега, захвална сам му и на томе што ме је константно подсећао – како опаскама и коментарима, тако и својом великом страшћу према праву управних уговора – да је моја тема не само актуелна и релевантна, већ и бескрајно инспиративна и занимљива.

Поменута искуства не би ни била могућа да за то нисам имала одговарајућу подршку на свом матичном факултету. Стога желим да се захвалим својим професорима и колегама са предмета Управно право, на разумевању, подршци, поштовању и подстицању на мом академском (и докторском) путу. Подршци да се отиснем пут истраживачких боравака у иностранству, увидевши значај тих искустава како за квалитет мог докторског истраживања, тако и за моје академско сазревање; поштовању мог времена и великог задатка преда мном, као и на пријатној радној атмосфери у којој нисам осећала додатни притисак око завршавања дисертације. Посебно – захваљујем свом ментору, проф. др Зорану Томићу, на томе што је на почетку мојих докторских студија био далековид и усмерио ме ка управним уговорима који су, како он често каже, „будућност управног права“, као и слободи да самостално и самоуверено истражујем, „лутам“ и изводим закључке; проф. др Добросаву Миловановићу, на пријатним и инспиративним разговорима и размени мишљења о различитим аспектима моје теме и корисним увидима у разлоге који се крију иза појединих законских решења; проф. др Марку Давинићу, на томе што ме је подсећао да ми је завршавање дисертације приоритет и да ће за све остале академске подухвате бити времена и проф. др Вуку Цуцићу на размени мишљења и корисним саветима у вези са структурирањем теме истраживања.

Ипак, највећу захвалност на овом путу (али и сваком другом), дугујем мојим најближима. Пре свега, мојој породици која ме је по ко зна који пут до сада, бодрила, тешила, разуме(ва)ла, делила са у том тренутку највећим и најважнијим задатком, веровала у мене и креирала атмосферу у којој сам могла безбрижно да пишем, да се преиспитујем, да будем најбоља и најгора верзија себе. Посебну захвалност дугујем мојој Баки (са великим б!), на томе што ми је, још једном, створила савршене услове за рад и са мном прелазила сваки академски степеник, укључујући и овај. Мартину – *in grand merci* на безрезервној подршци, подстицају, трпљењу свих мојих расположења, искреној заинтересованости за моју тему и константну веру у мене, посебно кад је сама нисам имала. Мојим пријатељима (од којих су неки уједно и моје колеге и „саборци“ на докторском путу) без којих би сваки успех био мање леп и мање значајан, на томе што су били ту кад је требало, на прихватању и подршци, дугим разговорима, смеху који је био толико лековит и искреној радости за све моје успехе.

ПОДАЦИ О ДОКТОРСКОЈ ДИСЕРТАЦИЈИ

Наслов: МЕХАНИЗМИ РЕШАВАЊА СПОРОВА ИЗ УПРАВНИХ УГОВОРА

Сажетак: Предмет дисертације су механизми решавања спорова из управних уговора, посматрани кроз призму доктринарних поставки, позитивноправних решења Француске, Немачке и Србије, праксе судова и других институција у чију је надлежност стављено решавање ове категорије спорова, као и релевантних извора права Европске уније и његове интеракције са одабраним националним правним системима. Важно место у истраживању заузима и испитивање простора за примену алтернативних механизма решавања спорова у овом домену.

Ауторка настоји да допринесе бољем и свеобухватнијем разумевању управних уговора и специфичности спорова који из њих произлазе, трагајући за одговорима на неколико кључних питања која имају не само теоријски, већ и важан практични значај. На који начин обезбедити *равнотежу* између заштите ангажованог јавног интереса и заштите права и правних интереса приватног партнера (сауговарача)? Којим (ван)правним *механизмима* приступити решавању спорова из управних уговора и како уредити њихов међусобни однос? Имајући у виду јавноправне циљеве управних уговора и опсег њихових дејстава, да ли омогућити *трећим лицима* да одговарајућим механизмима нападају одлуку о одабиру сауговарача, односно сам управни уговор? Најзад, да ли је неопходно – и могуће – установити одређене *стандарде* правне заштите у вези са том категоријом спорова, независно од специфичности и разлика у правном режиму управних уговора које постоје у различитим правним системима?

Резултати истраживања указују на то да су разлике у архитектури и начину функционисања различитих механизма у националним оквирима, последица специфичне правне традиције и доктринарног наслеђа у оквиру којих су националне концепције управних уговора обликоване. Упркос разликама, чини се да је њихова *сврха* у свим посматраним државама умногоме иста и тиче се потребе да се обезбеде ефикасно и рационално трошење јавних средстава, интегритет поступака доделе управних уговора и квалитет и континуитет јавних послова – као универзалних вредности од којих корист има читаво друштво. Такође, уочено је да је право Европске уније одиграло важну улогу у ублажавању националних разлика, а посебно кроз стандардизацију правне заштите и њеног проширења на поједине категорије трећих лица. На крају, ауторка на темељу закључка да за квалитет и ефикасност правне заштите код управних уговора није од пресудног значаја да ли ће надлежност за решавање спорова имати специјализовано тело, управни или грађански судови, већ првенствено да ли у одређеном правном систему постоји кохерентан и усклађен правни режим управних уговора, реализује још један циљ дисертације, а то је пружање *de lege ferenda* смерница, ради унапређења правне заштите и решавања спорова у српском праву управних уговора.

Кључне речи: Управни уговори. – Алтернативни механизми решавања спорова. – Јавни интерес. – Заштита права трећих лица. – Европеизација националног управног права. – Стандарди правне заштите.

Научна област: Право

Ужа научна област: Управноправна

INFORMATION REGARDING THE DOCTORAL DISSERTATION

Title: DISPUTE RESOLUTION MECHANISMS IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS

Abstract: This research focuses on dispute resolution mechanisms in administrative contracts, by elucidating several dilemmas that are not solely theoretical, but also have substantial practical significance and ramifications in the field of legal certainty. First, is it possible to strike a fair *balance* between the protection of legal rights and interests of private parties on the one hand, and the public interest, on the other? Second, what *category of mechanisms* – legal and non-legal – would be the most efficient to that end and how should the connection between these different mechanisms be established? Third, should *third parties* also be equipped with adequate (legal) instruments for challenging administrative decisions on the basis of which administrative contracts are awarded and/or administrative contracts after their conclusion? Lastly, is it possible to establish certain *standards* of legal protection regardless of the type of administrative contract, specificities of sectors in which they are concluded and the differences in national legal regimes of administrative contracts?

The aforesaid research questions are examined through the prism of doctrinal stances, positive legal solutions in three legal systems – French, German and Serbian – case law of courts and other institutions and bodies vested with competence to resolve this category of disputes, as well as relevant sources of European Union law and its interaction with the selected national legal systems. An important part of the research concerns exploring the possibility of resorting to alternative dispute resolution mechanisms in this domain.

The main research findings indicate that the divergences in terms of the architecture and manner in which national dispute resolution mechanisms operate are a result of different legal traditions and doctrinal heritage within which national concepts of administrative contracts have been shaped. Still, it appears that their *purpose* is principally the same in all of the observed legal systems, and it concerns the need to ensure efficient and rational spending of public funds, the integrity of contract award procedures, and the quality and continuity in the provision of public services – universal values that benefit the entire society. Moreover, European Union law strongly contributes to the approximation of national legal solutions, primarily through the standardization of legal protection and its expansion to legal rights and interests of third parties. Finally, based on the conclusion that the quality and efficiency of legal protection in administrative contracts primarily depend on the existence of a coherent and harmonized legal regime of administrative contracts in a particular legal system, the author provides *de lege ferenda* guidelines aimed at improving legal protection and dispute resolution in the Serbian law of administrative contracts.

Key words: Administrative contracts. – Alternative dispute resolution mechanisms. – Public interest. – Legal protection of third parties. – Europeanization of national administrative law. – Standards of Legal Protection.

Scientific field: Law.

Scientific subfield: Administrative Law.

САДРЖАЈ

ПОДАЦИ О МЕНТОРУ И ЧЛАНОВИМА КОМИСИЈЕ	i
ИЗЈАВЕ ЗАХВАЛНОСТИ.....	ii
ПОДАЦИ О ДОКТОРСКОЈ ДИСЕРТАЦИЈИ.....	v
INFORMATION REGARDING THE DOCTORAL DISSERTATION	vi
САДРЖАЈ.....	vii
I УВОД	1
1. ПРЕДМЕТ ИСТРАЖИВАЊА	2
2. ЦИЉЕВИ ИСТРАЖИВАЊА.....	4
3. ОСНОВНЕ НАУЧНЕ ХИПОТЕЗЕ.....	5
4. НАУЧНО-ИСТРАЖИВАЧКИ МЕТОДИ.....	6
5. ЗНАЧАЈ И НАУЧНА ОПРАВДАНОСТ ТЕМЕ.....	7
6. НАПОМЕНЕ О ТЕРМИНОЛОШКОМ ОПРЕДЕЉЕЊУ И СХВАТАЊУ ПОЈМА „УПРАВНИ УГОВОР“ У КОНТЕКСТУ ИСТРАЖИВАЊА.....	10
7. СИСТЕМАТИКА И РЕДОСЛЕД ИЗЛАГАЊА	14
II УПРАВНИ УГОВОРИ – КОНЦЕПТУАЛНИ ПРИСТУПИ.....	17
1. ГЕНЕЗА УПРАВНИХ УГОВОРА У УПОРЕДНОЈ ПЕРСПЕКТИВИ: ИЗМЕЂУ ТЕОРИЈЕ И ПРАКСЕ.....	17
2. МОДЕЛИ УПРАВНИХ УГОВОРА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ.....	21
2.1 Француски модел.....	29
2.2 Немачки модел.....	53
2.3 „Балкански модел“: Пример Републике Србије	68
3. ДИРЕКТИВЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ О ЈАВНИМ НАБАВКАМА И КОНЦЕСИЈАМА: ЕВРОПЕИЗАЦИЈА НАЦИОНАЛНИХ КОНЦЕПЦИЈА УПРАВНИХ УГОВОРА?.....	93
3.1 Концепција <i>јавног уговора</i> из Директива о јавним набавкама	94
3.2 Уговори о концесијама и ЈПП у праву Европске уније.....	102
4. СИНТЕЗА И ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА: УПРАВНИ УГОВОРИ У УПОРЕДНОЈ ПЕРСПЕКТИВИ – СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ.....	108
III МЕХАНИЗМИ РЕШАВАЊА СПОРОВА	113
1. ПОЈАМ И ВРСТЕ МЕХАНИЗАМА РЕШАВАЊА СПОРОВА.....	113
2. ФАКТОРИ КОЈИ ОПРЕДЕЉУЈУ ИЗБОР МЕХАНИЗМА РЕШАВАЊА СПОРОВА	116
2.1 Специфичност спорова из управних уговора	117
3. АЛТЕРНАТИВНО РЕШАВАЊЕ СПОРОВА	120
3.1 Појам, обележја и типологија алтернативних механизма решавања спорова	120
3.2 Алтернативно решавање спорова из управних уговора	123

3.3 Одабране врсте алтернативних механизма у контексту спорова из управних уговора.....	126
4. СИНТЕЗА И ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА: УПРАВНИ УГОВОРИ – „МОСТ“ ИЗМЕЂУ АЛТЕРНАТИВНИХ МЕХАНИЗАМА РЕШАВАЊА СПОРОВА И УПРАВНОГ ПРАВА	163
IV УТИЦАЈ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ НА ДОМЕН ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ КОД УПРАВНИХ УГОВОРА.....	169
1. ПРАВНА ЗАШТИТА КОД УПРАВНИХ УГОВОРА ИЗМЕЂУ ЕФИКАСНЕ ПРИМЕНЕ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И ПРОЦЕСНЕ АУТОНОМИЈЕ ДРЖАВА ЧЛАНИЦА.....	169
2. ДИРЕКТИВЕ О ПРАВНИМ ЛЕКОВИМА: „МЕКА“ ХАРМОНИЗАЦИЈА СТАНДАРДА ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ	176
2.1 <i>Ratio</i> и циљеви доношења Директива о правним лековима.....	178
2.2 Предмет регулисања и опсег примене Директива о правним лековима.....	179
2.3 Минимални процесни захтеви из Директива о правним лековима	181
2.4 Правни лекови	194
3. УГОВОРИ ИЗУЗЕТИ ОД ПРИМЕНЕ ДИРЕКТИВА О ПРАВНИМ ЛЕКОВИМА: НАМЕТНУТА <i>v.</i> СПОНТАНА ХАРМОНИЗАЦИЈА СТАНДАРДА ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ	204
3.1. Принципи из оснивачких уговора и стандард прекограничног интереса.....	205
3.2 Правна заштита код уговора изузетих од примене Директива о правним лековима	208
4. СИНТЕЗА И ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА: ПРАВО ЕУ – ФАКТОР СТАНДАРДИЗАЦИЈЕ ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ	211
V РЕШАВАЊЕ СПОРОВА ИЗ УПРАВНИХ УГОВОРА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ	214
1. ФРАНЦУСКО ПРАВО	214
1.1 Спорови у фази која претходи закључењу уговора (<i>Le contentieux antérieur de la conclusion du contrat</i>).....	218
1.2 Спорови до којих долази након закључења уговора (<i>Le contentieux postérieur à la conclusion du contrat</i>).....	229
1.3 Алтернативни механизми решавања спорова.....	241
2. НЕМАЧКО ПРАВО	254
2.1 Решавање спорова из јавноправних уговора	260
2.2 Решавање спорова из уговора о јавним набавкама	271
2.3 Алтернативни механизми решавања спорова.....	296
3. СРПСКО ПРАВО	310
3.1 Решавање спорова из управних уговора у смислу ЗУП-а	312
3.2 Решавање спорова из уговора о јавним набавкама, концесијама и ЈПП	326
3.3 Алтернативни механизми решавања спорова.....	352
4. УПОРЕДНА АНАЛИЗА.....	370

4.1 Положај, организација и надлежност (управног) судства у систему поделе власти.....	371
4.2 Институционално уређење механизма решавања спорова.....	374
4.3 Опсег овлашћења надлежних органа.....	377
4.4 Равнотежа између заштите јавног и приватних интереса	378
4.5 Правна заштита трећих лица	379
4.6 Простор за примену алтернативних механизма решавања спорова.....	381
5. СИНТЕЗА И ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА: НАЦИОНАЛНИ МЕХАНИЗМИ РЕШАВАЊА СПОРОВА – АМАЛГАМ УНУТРАШЊИХ И СПОЉНИХ УТИЦАЈА	384
VI ЗАКЉУЧАК.....	387
1. ИСПИТИВАЊЕ УТЕМЕЉЕНОСТИ ПОЛАЗНИХ ХИПОТЕЗА.....	388
2. ЛЕКЦИЈЕ ЗА БУДУЋНОСТ: <i>DE LEGE FERENDA</i> СМЕРНИЦЕ ЗА ПРАВО УПРАВНИХ УГОВОРА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	394
VII СПИСАК КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ.....	400
ЛИТЕРАТУРА НА СРПСКОМ ЈЕЗИКУ И НА ЈЕЗИЦИМА БИВШЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ (азбучним редом).....	400
ЛИТЕРАТУРА НА СТРАНИМ ЈЕЗИЦИМА (абecedним редом).....	404
ИЗВЕШТАЈИ И АНАЛИЗЕ ДОМАЊИХ И МЕЂУНАРОДНИХ ТЕЛА.....	420
ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ.....	422
Блогови и текстови из онлајн часописа и других извора	422
Остало	425
ПРОПИСИ.....	427
Домаћи прописи и стратешки акти	427
Страни прописи	429
ПРАКСА СУДОВА ДРУГИХ НАДЛЕЖНИХ ОРГАНА	435
Домаћа	435
Инострана	436
БИОГРАФИЈА	445
ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ.....	447
ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ ШТАМПАНЕ И ЕЛЕКТРОНСКЕ ВЕРЗИЈЕ ДОКТОРСКОГ РАДА	448
ИЗЈАВА О КОРИШЋЕЊУ	449

I УВОД

Управни уговор престаје да се посматра као једна институција, која остаје цела у области приватноправној, сукоби који из њих проистичу престају бити посматрани као парнице које се тичу државне касе и цепа другог уговарача. Има нешто што ти сукоби могу довести у опасност и што није приватна ствар ни државе ни њеног сауговарача. То је интерес јавне службе [...].²

Неукротиву природу управног права сликовито је описао наш реномирани управни правник, проф. др Драгољуб Кавран, речима да се „управно право мора кривити за трајну адолесценцију – не пристаје да одрасте, непрекидно се мења, инвадира и буја“.³

Наведена констатација посебно добија на значају у контексту управних уговора – института који се „опиру“ строгим нормативним и научним калупима и у различитим правним системима попримају различита обележја. Последично, (управно)правна наука широм света се још увек преиспитује, „мучи“ и неретко спотиче приликом покушаја да коначно одреди појам, правну природу и конститутивне елементе управног уговора, да му „скроји“ адекватан правни режим који треба да одрази његове специфичности у односу на друге категорије уговора, али и осталих аката управе, и одговори на друга важна питања у вези са овим правним институтом.

Остављајући по страни читав спектар модалитета управних уговора које познају упоредноправна теорија и пракса, тај правни институт би у најширем смислу и крајње поједностављено могао да се одреди као двострани правни акт у којем је једна уговорна страна субјект јавног права и који се закључује ради задовољења потреба од јавног интереса, због чега подлеже специфичном правном режиму у поређењу са уговорима грађанског права, а који *inter alia* подразумева сложени поступак одабира сауговарача и појачани степен контроле над сваком од фаза уговорног циклуса. Распрострањена употреба управних уговора за пружање различитих јавних услуга и у другим виталним областима као што су јавне набавке или концесије за велике инфраструктурне пројекте, произлази из њиховог незанемарљивог потенцијала да усмере материјалне ресурсе и експертска знања из приватног сектора ка подстицању привредног раста и унапређењу квалитета јавних услуга. Другим речима, будући да је позициониран на самој граници управног – јавног – и грађанског – приватног – права, институт управног уговора има потенцијал да обједини „добре стране и једне и друге гране права“⁴ у циљу остваривања одређеног јавног интереса.

Управо велики економски потенцијал управних уговора, концепт јавног интереса са којим су нераскидиво повезани, али и чињеница да се њихово дејство простире и на различите категорије субјеката који нису уговорна страна, већ користе добра, радове или услуге који су предмет уговора – чине питање оптималног начина решавања спорова, до којих може доћи у различитим фазама сложеног уговорног циклуса, кључним.

Штавише, историјат настанка и развоја института управних уговора у блиској је вези са питањем надлежности за решавање спорова који из њих произлазе. Иницијална дилема, инспирисана француским правом које се сматра „колевком“ управних уговора, била је да ли би спорови из тих уговора требало да потпадну под надлежност управног или редовног судства. Другим речима, да ли приликом опредељења судске

² Љубомир Радовановић, „Управни уговор (Одељак Б. – Уговори и набавке – Зак. о држ. рачуноводству)“, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. XXX, 1-6/1926, 282.

³ Драгољуб Кавран, „Управни уговори, обележја, врсте и развој“, *Правни живот*, 11-12/1993, 2108.

⁴ *Ibid.*, 2108.

надлежности треба да превагне чињеница да је једна уговорна страна (најчешће) орган јавне власти и да је предмет уговора прожет јавним интересима или, пак, то да је институт у питању *уговор*.

Међутим, средином XX века корените промене у начину конципирања улоге државе и управе у друштву и тешња сарадња са приватним сектором, интензивирање међудржавне трговинске размене и олакшано кретање људи, капитала и робе, као и потреба за стандардизацијом правне заштите у европским оквирима – условили су потребу за разматрањем и проналажењем и неких других, ефикаснијих (ван)правних механизма спречавања будућих и решавања насталих спорова.

Ту су се као основна појавила следећа питања. На који начин обезбедити *равнотежу* између заштите ангажованог јавног интереса и заштите права и правних интереса приватног партнера (сауговарача)? Којим (ван)правним *механизмима* приступити решавању спорова из управних уговора и како уредити њихов међусобни однос? Имајући у виду јавноправне циљеве управних уговора и опсег њихових дејстава, да ли омогућити *трећим лицима* да одговарајућим механизмима нападају одлуку о одабиру сауговарача, односно сам управни уговор? Уколико је одговор потврдан, колико широко поставити круг лица које треба опремити адекватним механизмима заштите њихових права и правних интереса? Најзад, да ли је неопходно – и могуће – установити одређене *стандарде* правне заштите у вези са том категоријом спорова, независно од специфичности и разлика у правном режиму управних уговора које постоје у различитим правним системима? Ова дисертација посвећена је трагању за одговорима на изложена питања.

1. ПРЕДМЕТ ИСТРАЖИВАЊА

Уз ослонац на претходно дефинисана истраживачка питања, предмет истраживања ове дисертације су механизми решавања спорова из управних уговора, посматрани кроз призму доктринарних поставки, позитивноправних решења одабраних држава и релевантних извора права Европске уније (у даљем тексту: ЕУ). При томе, животни циклус управног уговора ће бити сагледан у својој целовитости, што ће нам омогућити да испитамо адекватност појединих механизма у зависности од тога у којој фази је до спора дошло – оној која претходи закључењу уговора и/или фази његовог извршења.

У фокусу истраживања ће бити механизми који стоје на располагању уговорним странама, али и тзв. *трећим лицима*. Како ћемо у одговарајућем делу дисертације приказати, под капом појма *трећих лица* могу се наћи различите категорија субјеката – од неуспешних „претендата“ на уговор, преко подизвођача, домаћих и међународних финансијских институција, надлежних државних органа, па све до крајњих корисника добара, радова или јавних услуга који су предмет управног уговора. Иако сви ови субјекти представљају важне делове мозаика правних режима управних уговора и између њих се ствара испреплетана мрежа уговорних и других правних односа, па самим тим и потенцијалних спорова, не гледају сви правни системи подједнако благонаклоно на њихово обухватање механизмима правне заштите. Из тог разлога, истраживање нећемо унапред ограничити на посматрање тачно одређене категорије лица, већ предност дајемо начину на који је она дефинисана у правним системима који ће бити обухваћени истраживањем.

Важно место у истраживању заузима темељна анализа права ЕУ, као и утицај који је у овој области извршило на националне правне системе држава чланица. Минимални стандарди правне заштите у вези са контролом (ревизијом) поступака доделе уговора о јавним набавкама и концесијама – утемељени у релевантним директивама, а додатно афирмисани и обликовани кроз богату и „живу“ праксу Суда правде ЕУ, али и

појединим изворима тзв. „меког права“ (енг. *soft law*) – одлучујуће су утицали на коначну архитектуру механизма решавања спорова у државама чланицама и тиме ублажили неке од кључних разлика које су у тим правним системима постојале. Штавише, „фактор ЕУ“ у великој мери је довео до увођења института управног уговора у наше право, као и на креирање система правне заштите код појединих управних уговора који су најзаступљенији у пракси. У тој светлости се анализа права ЕУ и његове интеракције са националним правним системима чини не само оправданом, већ би његово изостављање резултовало непотпуним разумевањем како одабраних националних система, тако и домаћег права у овом домену.

С тим у вези сматрамо да је неопходно да додатно фокусирамо иницијалну идеју из пројекта дисертације. Наиме, у анализу неће бити укључене смернице за ефикасно решавање спорова у вези са моделом јавног уговора скицираног у оквиру Истраживачке мреже за управно право ЕУ (*Research Network on EU Administrative Law*), а који се односи на уговоре који закључују институције и тела ЕУ са правним и физичким лицима. Ти уговори нису релевантни за тему наше дисертације, посебно имајући у виду да је тзв. „право европских јавних уговора“ још увек у зачетку, као и да крајње неуједначена и некохерентна судска пракса у вези са поменутим уговорима не пружа поуздани ослонац за извлачење општих закључака.⁵ Управо због тога, у контексту механизма прописаних правом ЕУ неће бити обухваћена ни улога Европског омбудсмана, како је првобитно предвиђено пројектом дисертације. Поменута институција фокусирана је на откривање случајева лоше управе у раду институција и тела ЕУ, а претходно је речено да уговори које закључују европске институције неће бити у фокусу истраживања нашег рада.⁶

Централни део дисертације обухватиће приказ и упоредну анализу три национална правна система – француског, немачког и српског. Кроз призму позитивних законских решења одабраних држава, као и праксе судова и других релевантних институција у чију је надлежност стављено решавање ове категорије спорова, настојаћемо да увидимо сличности и разлике између тих система, као и факторе који опредељују избор одређеног механизма.

Опредељење за француско и немачко право логичан су избор. Поред тога што је реч о праву држава чланица ЕУ, што представља предуслов за испитивање интеракције са европским *acquis*-јем у овом домену, реч је о репрезентативним моделима управних уговора, који су извршили утицај на друге правне системе и то не само у Европи, него и шире. Наиме, након увида у начин на који различите државе чланице ЕУ нормирају институт управног уговора (под тим или другим називом) као и правну заштиту у вези са њима, увидели смо да је, заправо, већина тих система у овој материји за узор имала француски или немачки модел.⁷ Последишно, сматрамо да би детаљна анализа других правних система онемогућила продубљено и фокусирано сагледавање механизма селектованих држава, а да притом не би у већој мери допринела квалитету дисертације. Ипак, на појединим местима ћемо се осврнути на законска решења у другим државама

⁵ За детаљан приказ и анализу ових уговора, вид.: Ulrich Stelkens, Hanna Schröder, “Substantive Law applicable to EU Public Contracts”, *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond* (eds. M. Trybus, R. Caranta, G. Edelstam), Bruylant, Brussels 2014, 395–416; Hanna Schröder, Ulrich Stelkens, “EU Public Contract Litigation”, *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond* (eds. M. Trybus, R. Caranta, G. Edelstam), Bruylant, Brussels 2014, 443–459; Paul Craig *et al.* (eds.), *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, Oxford University Press, Oxford 2017; Natasa Athanasiadou, *Der Verwaltungsvertrag im EU-Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2017.

⁶ Више о случајевима лоше управе у материји јавних набавки из праксе Европског омбудсмана, вид. Марко Давинић, *Европски омбудсман и лоша управа (maladministration)*, Заштитник грађана, Београд 2013, 312 и даље.

⁷ Вид. националне монографије у публикацији: *Droit compare des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, Part II, 281–953.

– укључујући и оне ван европских граница – али уз ограничавање на њихове основне или специфичне карактеристике, с циљем бољег разумевања и праћења нормативних и доктринарних трендова у вези са питањима од значаја за наше истраживање.

Међутим, најважнији разлог ограничавања на француско и немачко право тиче се чињенице да је позитивноправни оквир управних уговора у Републици Србији „кројен“ по угледу на поменуте правне системе, носећи у себи елементе управо ова два модела. Приказ и анализа генезе управних уговора и правне заштите у вези са њима у оквирима домаћег правног система ће нам, пак, омогућити да исти сагледамо у светлости упоредних искустава и европских стандарда ради постизања циљева изложених у наредном одељку.

Компаративни приступ отвара простор за истраживање још једног важног аспекта, који се тиче алтернативних механизма решавања спорова. Најпре кроз општа теоријска и практична питања везана за примену ових разнородних механизма у материји спорова из управних уговора, а затим и кроз анализу иностраних законских решења и релевантне праксе, испитаћемо да ли специфичност спорова произашлих из управних уговора допушта прибегавању таквим механизмима; који фактори утичу на одабир конкретног алтернативног механизма који ће бити доступан уговорним странама и трећим лицима и у којој фази уговорног циклуса, као и у каквом односу стоје са судском заштитом. Посебан акценат биће на преиспитивању традиционалног антагонизма доктрине управног права према арбитражи, као и разлога због којих у многим позитивноправним законодавствима постоји забрана арбитражног решавања спорова у којима је једна од страна орган јавне власти, односно у којима је ангажован јавни интерес.

2. ЦИЉЕВИ ИСТРАЖИВАЊА

Истраживање спроведено за потребе ове дисертације има три основна циља: теоријски, нормативни и практични.

Први циљ ове дисертације је *допринос теоријском дискурсу* у овој материји. Значај теме ове дисертације (в. поглавље 5 *infra*) с једне, и недовољно интересовање научне и стручне мисли за кључна питања у вези са њом, с друге стране, трасирају пут попуњавању значајне празнине у домаћој доктрини управног права. Такође, анализа домаћих решења у овој области може да допринесе заокружености глобалне анализе решавања спорова из управних уговора, будући да право Републике Србије још увек није на овај начин анализирано у европским и међународним научним круговима који се баве управним уговорима. Штавише, теоријски допринос овог истраживања ван граница домаћег управног права, видимо и у свеобухватном методолошком приступу, будући да се ауторка не ограничава на једну врсту управних уговора, једну фазу уговорног циклуса, нити на тачно одређени механизам решавања спорова, већ их сагледава у целисти.

Други циљ, ништа мање значајан од претходног, је *нормативни*. Сматрамо да су актуелна законска решења Републике Србије у овој материји на својеврсној прекретници и да је тренутак да се темељно преиспитају. Институт управног уговора ни шест година од његовог увођења у домаћи правни систем није заживео, а питање решавања спорова само је привремено регулисано. Будући да су у току измене и закона који регулише управни спор, па и реформисања самог управног судства, прави је тренутак да се у тој светлости сагледа и реформише законски оквир управних уговора. Стога је циљ ове дисертације на нормативном плану критичко сагледавање позитивноправног оквира управних уговора, ради скицирања *de lege ferenda* смерница

за усаглашавање општег и посебних режима управних уговора, које би у коначници допринеле унапређењу правне заштите уговорних страна и трећих лица.

Најзад, трећи циљ је *пружање ослоња* за боље разумевање управних уговора и специфичности спорова који из њих произлазе судовима, органима управе и другим појединцима и институцијама који законска решења примењују у *пракси*. Ово сматрамо посебно значајним имајући у виду чињеницу да код нас још увек није изграђена пракса у материји управних уговора.

3. ОСНОВНЕ НАУЧНЕ ХИПОТЕЗЕ

Трагање за одговорима на истраживачка питања постављена на самом почетку ове дисертације, засновано је на неколико научних хипотеза које чине природну целину и чија утемељеност ће бити проверена у овој дисертацији, на основу резултата истраживања. Прва хипотеза заузима централно место у дисертацији и трасира пут осталим, помоћним хипотезама. На овом месту ће те хипотезе бити подељене на пет логичких целина које се природно наслањају једна на другу, што доприноси систематичности и прегледности излагања.

Прва хипотеза је да је одабир механизма за решавање спорова у великој мери детерминисан правним режимом управних уговора у одређеном правном систему. Другим речима, правна природа института управног уговора, чињеница да је сврстан у оквиру јавног – управног – или приватног – грађанског – права, али и правна традиција у одређеном правном систему, историјски, политички и културолошки контекст у којем је овај институт обликован – опредељују и начин на који одређена држава нормира питање правне заштите ангажованих интереса у вези са управним уговорима.

Друга хипотеза гласи да хетерогеност правних режима управних уговора у државама чланицама ЕУ онемогућава изградњу својеврсног европског модела решавања спорова који из њих произлазе, као и да је из истих разлога умањен утицај европског права на хармонизацију националних законских решења. Ипак, право ЕУ има кључну улогу у успостављању минималних стандарда заштите како уговорних страна, тако и трећих лица, које би требало инкорпорисати у националне правне системе.

Трећа хипотеза је да би се проширењем круга трећих лица којима се омогућава да побијају одлуку органа о закључењу управног уговора у одређеној области, односно о одабиру приватног саговорача, допринело бољој *ex ante* заштити јавног интереса. То би као последицу имало и повећање правне сигурности будући да би се предупредило да до спорова након закључења уговора уопште и дође.

Четврта хипотеза је да би због широке лепезе области у којима се управни уговори закључују и које неретко изискују техничка и уско специјализована знања, као и чињенице да је потребно правовремено и ажурно контролисати њихово правилно извршење у дужем временском периоду, предност приликом решавања спорова из управних уговора требало дати алтернативним механизмима. Такође, од целокупне материје управног права, област управних уговора отвара најшири простор за примену различитих алтернативних механизма решавања спорова.

Најзад, *пета хипотеза* гласи да стављање свих спорова у вези са управним уговорима у надлежност специјализованих управних судова доприноси већој правној сигурности, уједначењу судске и управне праксе, и даљем развоју овог правног института.

4. НАУЧНО-ИСТРАЖИВАЧКИ МЕТОДИ

Испитивање одрживости хипотеза на којима се темељи наше истраживање обавићемо коришћењем проверених научно-истраживачких метода проучавања права.

Окосница нашег истраживања је *упоредноправни (компаративни)* метод. Наиме, кроз приказ, а затим и детаљну анализу три правна система у овом домену – француског, немачког и српског – моћи ћемо да разумемо логику различитих националних концепција управних уговора, као и приступ решавања спорова из тих уговора. Осим тога, упоредни приступ ће нам омогућити и да изведемо закључке у погледу тога да ли се правни системи који у овој материји почивају на дијаметрално различитим основама, у пракси заправо сусрећу са истим проблемима и изазовима – како истовремено заштитити јавни интерес и права и правне интересе субјекта приватног права као друге уговорне стране.

Наш задатак умногоме отежавају концептуалне разлике у логици на којој се темеље правни режими управних уговора у овим правним системима. Због тога се може поставити питање да ли је оправдано, па чак и могуће спроводити упоредну анализу. Сматрамо да јесте, а наш став додатно је потврђен трендом у европским и светским научним круговима да се релевантна питања која се тичу института управних уговора посматрају на ширем, глобалном, плану. Ово је, пре свега, последица свести о томе да се управни уговори неретко закључују са приватним субјектима из других држава, односно правних система, због чега се у литератури истиче да се овај институт „укрцао на брод правне глобализације“.⁸ Осим тога, у овој материји веома је изражен утицај права ЕУ и процеса европских интеграција на обликовање стандарда правне заштите у вези са управним уговорима, због чега је компаративни приступ приликом његовог изучавања постао императив у савременој (управно)правној науци.

Мултидисциплинарност области истраживања изискивала је, поред упоредног, примену још неколико научно-истраживачких метода. Тако, *нормативни* научни метод представља неизоставан алат за анализу и упоређивање различитих правних института, њихове правне природе и обележја. Њему комплементаран *правно-догматски* научни метод је, будући „основни и почетни метод за свако проучавање права“⁹, примењен приликом анализе страних и домаћих правних прописа, релевантне управне и судске праксе, као и одлука других тела у чију надлежност спада решавање спорова у вези са управним уговорима – како иностраних (укључујући ту и прописе и релевантну праксу на нивоу ЕУ), тако и домаћих. Синергија та два научна метода омогућава правилно и потпуно разумевање концепције управних уговора у поменутих правним системима, као предуслов за разумевање логике функционисања механизма правне заштите у вези са њима. Приликом анализе законских текстова, ослонили смо се на језичко, системско и телеолошко тумачење норми.

Ипак, иако су стручна литература, законски текстови, судска пракса, као и пракса других надлежних органа били важан и неизбежан извор информација о иностраним правним системима и институтима које познају и регулишу, нису били и једини. Наиме, од непроцењивог значаја за правилно разумевање ширег контекста у којем су поједини институти настали и развијали се, били су разговори и консултације са стручњацима из иностранства, углавном у склопу истраживачких боравака у иностранству и научних скупова, али и (редовних) индивидуалних консултација.

⁸ Jean-Bernard Auby, “Avant-propos/Foreword“, *Droit compare des contrats publics* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, xv, xvii.

⁹ Радомир Лукић, Будимир Кошутић, *Увод у право*, Научна књига, Београд 1977, 13.

Без познавања историјског контекста у којем је институт управног уговора настао и еволуирао у различитим правним системима, не бисмо могли до краја да разумемо одакле потичу разлике у механизмима решавања спорова из тих уговора. Због тога је у другој глави дисертације од посебног значаја био метод *историјског институционализма*, али и *политиколошки* и *социолошки* методи, с обзиром на то да су неретко различити политички фактори и друштвени процеси одлучујуће утицали на правни режим института управног уговора и одабир контролних механизма којима ће бити подвргнут.

Најзад, *аксиолошки* (*деонтолошки*) научно-истраживачки метод коришћен је приликом критичког сагледавања позитивноправних прописа Републике Србије и представља упориште за давање *de lege ferenda* смерница.

5. ЗНАЧАЈ И НАУЧНА ОПРАВДАНОСТ ТЕМЕ

Према речима нашег еминентног цивилисте, проф. др Владимира Водинелића, институт управног уговора је „једна прича без краја“ и „богата жила за генерације магистраната и доктораната.“¹⁰ Ова визионарска констатација добро осликава актуелност феномена управних уговора, једно од горућих питања управног права не само код нас, већ и у свету. Тема ове дисертације поготово представља плодно тло за продубљено научно истраживање, а њена релевантност и научна оправданост – али и незанемарљив практични значај – огледају се у неколико круцијалних аспеката.

Прво, а у вези са једним од постављених циљева дисертације, реч је о теми која на нашим просторима до данас није посебно и целовито обрађена, већ искључиво успутно, у оквиру генералне анализе института управног уговора. Тако, поред одређеног броја чланака потеклих из пера наших угледних управних правника, институт управног уговора обрађен је и у монографији проф. др Дејана Миленковића, под називом *Управни уговори – теорија, законодавство, пракса* из 2014. године. Такође, у Србији су последњих неколико година одбрањене три докторске дисертације на тему управних уговора. Прва је дисертација Дражена Миљића, *Управни уговор и области његове примјене*, одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду 2016. године, друга дисертација Зорана Филиповића *Управни уговор као институт јавне управе*, одбрањена на Правном факултету Универзитета у Нишу 2017. године и дисертација Ратка Радошевића, насловљена *Правна природа управног уговора*, одбрањена на Правном факултету Универзитета у Новом Саду 2018. године.

Поменути радови монографског типа, писани су или пре увођења института управног уговора у важећи Закон о општем управном поступку (у даљем тексту: ЗУП),¹¹ или пре почетка његове пуне примене, а сви су писани пре усвајања *lex specialis*-а којим је овај институт уведен у једну посебну управну област. Осим тога, у свим поменутих дисертацијама се поглавља о иностраним решењима своде искључиво на уговоре који су у тим системима квалификовани као јавноправни, чиме се занемарује велики број уговора који представљају управне уговоре у *садржинском, материјалном смислу*, иако су подведени под општи режим уговорног права.¹² Тиме се, по нашем мишљењу, онемогућава стварање једне комплетне и шире слике.

¹⁰ Владимир Водинелић, „Управни уговор – између прихватања и одбијања“, *Правни живот*, 11-12/1993, 2126.

¹¹ Закон о општем управном поступку – ЗУП, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење.

¹² Али и мишљењу других научника који се баве овом облашћу, вид. Ulrich Stelkens, “Bespprechung zu Glaser, Andreas: Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre”, *Die Öffentliche Verwaltung* (DÖV) 2014, 1060.

Као још један вид доприноса ове дисертације домаћој науци управног права, видимо и унапређење научних сазнања о упоредном праву у овој области. Наиме, иако су и француски и немачки модел управних уговора били предмет интересовања домаће науке управног права, укључујући и горепоменуте докторске дисертације које се баве институтом управног уговора, сматрамо да је наш допринос у далеко продубљенијем упоредно-правном „захвату“. Ово је посебно случај са немачким правом које до сада у овом домену није сагледано у својој целовитости, већ су се домаћи аутори фокусирали искључиво на јавноправне уговоре из законодавства о управном поступку. Насупрот томе, инострана литература се, махом, фокусира или на те или на уговоре о јавним набавкама. Последично, фокус приликом анализе механизма решавања спорова је само на једном правном режиму – јавном или приватном. Штавише, у француском праву су од велике кодификације управних уговора извршене измене у овој материји, што до сада и није могло да буде предмет истраживања. Најзад, алтернативни механизми у овом домену нису још увек изучавани са управноправног аспекта.

Слична је ситуација и са управним уговорима у праву ЕУ, које се често помиње у радовима (докторским дисертацијама, монографским радовима, чланцима) домаћих аутора. Међутим, колико је нама познато, изостала су објашњења због чега су те дефиниције и правни режим(и) значајни за унутрашње право држава чланица, као и да ли постоји (ако да, у ком облику/виду) интеракција између европске и националних концепција. Такође, Директиве о правним лековима нису биле предмет детаљније анализе. У скорије време се и аутори из приватноправног миљеа све више интересују за институт управног уговора¹³ – али је ова тема и даље недовољно истражена, што је разумљиво имајући у виду да је управни уговор релативно нов правни институт код нас.

За разлику од домаће доктрине, у свету је овом питању посвећена далеко већа пажња, што се види у великом броју докторских дисертација, монографија и студија посвећених различитим начинима решавања спорова у вези са управним уговорима и правној заштити уговорних страна и трећих лица. У том погледу посебно се истиче рад међународне истраживачке мреже „Јавни уговори у правној глобализацији“.¹⁴ Међу низом монографија којима је циљ расветљавање различитих аспеката управних (јавних) уговора и приближавање националних правних режима под утицајем механизма развијених у окриљу институција ЕУ и међународних организација, за нашу тему је од посебног значаја била билингвална (на француском и енглеском језику) публикација *Contrôles et contentieux des contrats publics/Oversight and Challenges of public contracts* која окупља стручњаке посвећене изучавању феномена управних уговора. Поменута публикација даје компаративни приказ контролних механизма у вези са управним уговорима у правним системима одабраних држава чланица ЕУ али и ван европских граница. Упркос несумњивом теоријском и практичном значају овакве публикације, већина аутора се фокусира на правну заштиту код уговора о јавним набавкама.

До сличних закључака смо дошли и када је у питању упоредна анализа алтернативних механизма у овом домену. Иако је та тема далеко више заступљена у радовима иностраних аутора него што је то код нас случај, прегледом доступних

¹³ Вид. Марија Караникић Мирић, „Рестриktivност законског одређења појма управног уговора у српском праву“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије – Књига 7* (ур. Стеван Лилић), Зборник радова, Универзитета у Београду-Правни факултет, Београд 2017, 187–198; Marija Karanikić Mirić, Tatjana Jevremović Petrović, “Administrative Contracts in Serbian Law – Specificities of the New Statutory Regime”, *Review of Central and East European Law*, 45/2020, 1–35.

¹⁴ Више информација о тој истраживачкој мрежи, њеним публикацијама и активностима, доступно је на следећој адреси: Public Contracts in Legal Globalization/Contrats Publics dans la Globalisation Juridique, <https://www.public-contracts.org/>, 31. октобар 2022.

репозиторијума дигитализованих дисертација одбрањених на европским (посебно француским) и светским универзитетима, видимо да су се аутори претежно концентрисали на једну врсту управних уговора или су своје истраживање ограничили на тачно одређени механизам решавања спорова – у последње време углавном арбитраже.

Имајући у виду чињеницу да право Републике Србије још увек није обухваћено темељним истраживањем у оквиру горе поменуто истраживачке мреже – осим, донекле, у погледу уговора о јавним набавкама – сматрамо да би истраживање спроведено за потребе ове дисертације, као и резултати до којих смо дошли, допринели целовитости глобалне анализе управних уговора.

Осим објашњене научне и академске вредности, изучавање ове теме има и шири друштвени значај, с обзиром на то да управни уговори често представљају облик дугорочне сарадње са приватним партнерима у стратешки важним областима које су од непосредног утицаја на свакодневни живот грађана. Логично је претпоставити да тако сложени и дуготрајни пословни подухвати могу да доведу до честих спорова. Ефекти неповољног исхода спора по јавноправног сауговарача, који се огледају у исплати накнаде штете и, у крајњем случају, раскиду уговора, „преливају“ се на грађане – кроз исплату накнаде штете из државног или локалног буџета или прекид пружања услуге која је предмет уговора. У том контексту постаје јасно зашто је важно да фокус научног истраживања буде на спречавању спорова и, уколико до њих ипак дође, њиховом ефикасном решавању.

Најзад, ова тема је од посебног значаја за Републику Србију из неколико разлога, осим претходно поменутих.

Прво, критичка анализа домаћег права кроз призму усаглашености са европским стандардима је кључно за државу која има претензије на пуноправно чланство у ЕУ.

Друго, Србија је у поступку реформе свог управног судства, а предвиђене су и измене управнопроцесног законодавства у материји управних спорова. У тој светлости, сматрамо да је сада прави тренутак за анализу важећих решења и разматрање веће улоге управног судства у решавању спорова из управних уговора као новог правног института у нашој управноправној констелацији.

Треће, велики број пројеката од стратешког и политичког значаја темељи се на уговорима државе и других јавноправних субјеката са страним физичким и правним лицима. Такви уговори су у највећем броју случајева прекривени велом тајне, због чега јавност остаје ускраћена за бројне важне информације (нпр. обавезе које је држава преузела на себе, могућност једностраног раскида уговора од једне, односно друге уговорне стране и др.). Зато је важно да се преиспитају могући начини заштите јавног интереса у потенцијалним споровима за чије решавање неће (увек) бити надлежан домаћи суд или други државни орган, већ различити међународни форуми. Осим тога, битно је сагледати и улогу трећих лица и могућност да учествују у некој од фаза уговорног циклуса и поступцима решавања спорова, како би се пронашао баланс између потребе да се, с једне стране, створи повољна улагачка клима и привуку страни улагачи и, с друге стране, адекватно и ефикасно заштити јавни интерес.

6. НАПОМЕНЕ О ТЕРМИНОЛОШКОМ ОПРЕДЕЉЕЊУ И СХВАТАЊУ ПОЈМА „УПРАВНИ УГОВОР“ У КОНТЕКСТУ ИСТРАЖИВАЊА

Не постоји уједначена терминологија у домаћим и страним законским текстовима и стручној литератури, па се тако под кишобраном наизглед истог термина неретко крију правни институти различите правне природе и позитивноправних обележја. У тој светлости, ближе одређење појма управних уговора представља велики изазов за сваког истраживача који се отисне пут упоредне анализе било ког питања везаног за управне уговоре, укључујући и она која су предмет нашег истраживања. Поменуते препреке, међутим, образложење разлога због којих смо се определили за термин „управни уговор“ и ближе одређење његовог појма за потребе ове докторске дисертације чине још императивнијим.

На овом месту је важно да напоменемо да не претендујемо на то да пружимо универзалну дефиницију управних уговора, нити да заузмемо коначан став о правној природи овог института. Од такве идеје, изнете у пројекту докторске дисертације, одустали смо. Наиме, будући да је реч о питању које представља истраживачку целину за себе, као и да је на Универзитету у Новом Саду недавно одбрањена дисертација управо на тему,¹⁵ сматрамо да детаљније упуштање у испитивање правне природе управних уговора не би било сврсисходно, оригинално и удаљило би нас од централне теме наше дисертације. Осим тога, мишљења смо да упоредноправна шареноликост знатно отежава било какву генерализацију у том погледу. Другим речима, нужно је имати у виду шири правни и друштвени контекст у којем је такав институт настао и теоријски и правно уобличен. Најзад, праву ЕУ које је такође обухваћено предметом овог истраживања, страна је подела на јавно и приватно право,¹⁶ због чега се у великој мери релативизује значај правне природе управних уговора за одабир механизма решавања спорова у националним правним системима који потпадају под његов утицај.

Термин „управни уговор“ у упоредној литератури се најчешће употребљава да означи уговоре који се по одређеним карактеристикама издвајају како од грађанских, тако и од привредних уговора. Као главне се издвајају следеће карактеристике: 1) *органска* (једна уговорна страна је орган јавне власти); 2) *материјална* (предмет уговора се тиче вршења јавних овлашћења и/или је прожет јавним интересима); 3) *нормативна* (подвргнути су специфичном правном режиму) и 4) *правнозаштитна* (за спорове из тих уговора надлежни су управни судови).

То је и логично, када знамо да је у питању термин потекао из француског права (фр. *contrat administratif*), где служи да означи засебан правни институт под окриљем специфичног управноправног режима, различитог од општег режима грађанског права који важи за остале уговоре. Ипак, главни недостатак овог термина у контексту упоредне анализе, лежи у томе што не разликују сви правни системи „јавне“ од „приватних“ уговора, чак и када је једна уговорна страна јавноправни субјект.¹⁷ Штавише, малобројни су правни системи који, следећи француски, у свом законодавству употребљавају термин „управни уговор“, а чини се да и доктрина у овим

¹⁵ Ратко Радошевић, *Правна природа управног уговора*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2018.

¹⁶ Детаљно о подели на јавно и приватно право: Владимир Водинелић, *Јавно и приватно право*, Службени гласник, Београд 2016.

¹⁷ Mathias Amilhat, “Classification of public contracts in the context of national laws”, *Les principes des contrats publics en Europe/Principles of public contracts in Europe* (dir./eds. S. de la Rosa, P. Valcárcel Fernandez), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2022, 58.

државама прати терминологију законодавца.¹⁸ Међу државама чланицама ЕУ то је, примера ради, случај са Румунијом,¹⁹ Португалом,²⁰ Финском²¹ и Хрватском²². Осим тога, како ће бити приказано у другој глави дисертације, код нас и другим државама у нашем окружењу, а које су у своја законодавства увела овај правни институт,²³ и у законодавству и у стручној литератури такође је преузета терминологија из француског права.²⁴

Треба поменути и да је у француском праву и литератури могуће сусрести се и са термином „уговори управе“ (фр. *contrat de l'administration*), који при томе не указује на правну природу уговора, већ треба да означи целину уговорне делатности управе, обухватајући и управне уговоре у ужем смислу и уговоре приватног права.²⁵

У Немачкој, пак, постоји раскорак између законске и доктринарне терминологије. Термин „управни уговор“ (нем. *Verwaltungsvertrag*)²⁶ није опредељење немачког законодавца – како на савезном, тако ни на нивоу немачких земаља – већ је реч о доктринарној конструкцији иза које се крију различите категорије уговора у које ступају органи управе, и то како они подвргнути јавноправном режиму, тако и остале категорије уговора у које органи управе ступају међу собом или са приватним субјектима.²⁷ С друге стране, законску категорију представљају *јавноправни уговор* (нем. *öffentlich-rechtlicher Vertrag*), као и уговори о јавним набавкама (нем. *öffentliche Aufträge*) и концесијама (нем. *Konzessionen*), који се квалификују као грађанскоправни уговори.

Осим поменутих термина, у упоредном праву и теорији наилазимо и на „државне“ или „владине уговоре“ (енг. *government contracts*), углавном у контексту енглеског²⁸

¹⁸ R. Noguellou, U. Stelkens, “Propos introductifs/Introduction”, *Droit compare des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, 5.

¹⁹ Вид. нпр. Dacian C. Dragos, Demis M. Sparios, “Roumanie/Romania: Oversight and Litigation of Public Contracts in Romanian Administrative Law”, *Contrôles et Contentieux des Contrats Publics/Oversight and Challenges of Public Contracts* (dir./eds. L. Folliot-Lalliot, S. Toricelli), 199–200; Roxana Vornicu, Dacian C. Dragos, “Concessions and PPP in Romania”, *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU: An Unfinished Legislative Framework* (eds. P. Bogdanowicz, R. Caranta, P. Telles), European Procurement Law Series, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton 2020, 149–155.

²⁰ Вид. Pedro Cerqueira Gomes, “PPPs and Concessions in Portugal”, *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU: An Unfinished Legislative Framework* (eds. P. Bogdanowicz, R. Caranta, P. Telles), European Procurement Law Series, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton 2020, 129–145; Mafalda Ferreira, Bernardo Diniz de Ayala, “Portugal”, *Droit comparé des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels, 2010, 787–800.

²¹ Olli Mäenpää, “Finlande/Finland”, *Droit comparé des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels, 2010, 657–662.

²² Marko Turudić, “Croatia”, *Les principes des contrats publics en Europe/Principles of public contracts in Europe* (dir./eds. S. de la Rosa, P. Valcárcel Fernandez), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2022, 197–208 (у даљем тексту цитирано као: Turudić 2022a).

²³ Осим Хрватске, ту спадају и Црна Гора и Македонија.

²⁴ Р. Радошевић, 6–9; Дејан Миленковић, „Управни уговори у законима о општем управном поступку земаља Западног Балкана“, *Страни правни живот*, год. 61, 3/2017, 67–80.

²⁵ Р. Радошевић, 6–9.

²⁶ С друге стране, има аутора који под овај термин подводе искључиво јавноправни уговор из чл. 54-62 *VwVfG-a*, Hans Joachim Bonk, “Teil IV: Öffentlich-rechtlicher Vertrag”, *Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar* (Hrsg. U. Stelkens, J.-H. Bonk, K. Leonhardt), Beck, München 1983², 686.

²⁷ На тај начин се, с једне стране, прави разграничење у односу на друге јавноправне уговоре органа управе који су подвргнути другим прописима (нпр. уговори на терену социјалног права), а с друге стране, у односу на уговоре грађанског права у које ступају органи управе. Andreas Decker, “Teil IV. Öffentlich-rechtlicher Vertrag“, *Studienkommentar VwGO/VwVfG* (Hrsg. H. Amadeus Wolff, A. Decker) 4. Auflage, 2021, 858.

²⁸ Sue Arrowsmith, “Government Contracts and Public Law”, *Legal Studies*, Vol. 10, 3/1990, 231–244.

или америчког права.²⁹ Међутим, ни он није шире распрострањен ван држава *common law* система, будући да сужава круг јавноправних саговорача на државу и њене органе и тела, занемарујући читав спектар осталих субјеката који би се могли сврстати у државну или недржавну јавну управу.³⁰

Најзад, чини се да је синтагма „јавни уговор“ (енг. *public contract*) далеко најзаступљенија у иностраној, посебно европској научној и стручној литератури посвећеној различитим аспектима овог института. То је последица термилошког одређења европског законодавца, утемељеног у директивама о јавним набавкама,³¹ који је даље извршио утицај на националне правне системе држава чланица. Међутим, ни овај термин није без недостатака, будући да, како примећује Амилат (*Amilhat*): „ако постоји нешто заједничко различитим европским државама, то је недостатак (истоврсне, Б.Т.) дефиниције концепта јавног уговора“.³² Последице, овај термин се у различитим државама употребљава као (1) синоним за управне уговоре (у горе описаном смислу); (2) синоним за уговоре о јавним набавкама, у смислу европских директива, или (3) кишобран појам који покрива све уговоре у које ступају органи управе, независно од њихове правне природе.³³

Свесни ограничености и несавршености сваког од поменутих термина, у раду смо се определили за термин *управни уговор*, из следећих разлога. *Прво*, поменуте алтернативе нам се не чине пригодним за потребе наше дисертације. Израз *уговори управе* преширок је и указује на све уговоре које органи управе закључују, како са приватним лицима, тако и међу собом, независно од тога да ли се њихов предмет тиче остваривања јавних интереса. Термин *државни* и *владини уговори* поред већ поменутог недостатка ограничавања на тачно одређене категорије јавноправних субјеката, није распрострањен у европској правној мисли – посебно у државама чије право је обухваћено предметом нашег истраживања. Најзад, синтагма *јавни уговор* би потенцијално унела конфузију, будући да домаће позитивно законодавство у материји јавно-приватних партнерстава и концесија познаје и нормира „јавни уговор“ који се односи на истоимене уговоре из те области. *Други* разлог произлази из дефинисаних циљева ове дисертације, који су у блиској вези са домаћим правом. Предуслов критичке анализе позитивно-правног оквира Републике Србије у овом домену јесте ослањање на терминологију за коју се определио домаћи законодавац. *Трећи* и најважнији разлог је да термин *управни уговор* није стран ниједном од селектованих националних правних система, било да је заступљен у нормативном оквиру, теорији или у оба ова важна сегмента.

Како нам је приликом упоредне анализе важно да сагледамо упоредиве институте, наше схватање појма управних уговора нешто је шире од начина на који је одређен актуелним ЗУП-ом, будући да не прејудуцирамо (јавно)правни режим уговора. Наиме, за потребе овог истраживања, под појмом управног уговора подразумевамо

уговор између, с једне стране, субјекта јавног права и, с друге стране, приватног субјекта, који се закључује ради задовољења потреба од јавног интереса.

²⁹ Више о владиним уговорима у америчком праву, вид. John Cibnic, Jr., Ralph C. Nash Jr., *Formation of Government Contracts*, The George Washington University, Government Contracts Program, Third Edition, Washington D.C. 1998; W. Noel Keyes, *Government Contracts in a Nutshell*, Nutshell series, West Publishing Co., 3rd edition, St. Paul, Minnesota, 2000.

³⁰ Colin C. Turpin, “Chapter 4: Public Contracts”, *International Encyclopedia of Comparative Law* (ed. A. von Mehren), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), the Hague – Boston – London 1982, 3.

³¹ R. Noguellou, U. Stelkens, 5.

³² M. Amilhat (2022), 61.

³³ *Ibid.*, 57–59.

Ширина и флексибилност ове дефиниције омогућиће нам да њоме обухватимо истоврсне уговоре који су у неким правним системима подвргнути посебном, управноправном режиму, у другима се делимично налазе под режимом управног (поступак одабира приватног саговорача и решавања спорова у фази до закључења уговора), а делимично под режимом општег уговорног права (нпр. у погледу извршења уговора), док се у трећима квалификују уговорима грађанског права. Дакле, фокус је на управним уговорима у суштинском, материјалном смислу, независно од њихове формалне класификације и позитивноправног режима. Тиме се постиже не само свеобухватност предмета истраживања, него и већа прецизност, будући да бисмо у супротном ризиковали да из нашег истраживања изоставимо важне и у пракси веома заступљене уговоре као што су уговори о јавним набавкама само зато што се у многим (чак у већини) државама чланицама ЕУ, па и у нашем праву, сматрају *par excellence* уговорима грађанског права. Поређење, примера ради, француског *contrat administratif* само са немачким *öffentlich-rechtlicher Vertrag*, због концептуалних разлика између та два института, као и разлика у теоријској и нормативној разради и практичном значају, не би представљало значајнији теоријски подухват јер нема у виду ширу слику. Штавише, овако широко схватање појма управних уговора, које обухвата различите категорије уговора у које ступају органи управе – независно од њихове формалне класификације у појединим правним системима – одговара и преовлађујућем приступу савремене европске правне књижевности.³⁴ Најзад, ограничавањем фокуса истраживања само на уговоре који су формално квалификовани као управни и подвргнути општем режиму управног права не бисмо могли да преиспитамо однос између општег и посебног режима управних уговора – питање од кључног је значаја за Републику Србију, где неусклађеност једних и других продубљује правну несигурност и неизвесност, а институт управног уговора претвара у „мртво слово на папиру“.

Из дате дефиниције произлази и да њоме нису обухваћени уговори које међу собом закључују два јавноправна субјекта, као ни они у којима су са обе стране приватноправни субјекти (правна или физичка лица), са овлашћењима да у конкретном случају иступају у име и за рачун јавноправног субјекта. Иако су и једни и други заступљени у упоредној пракси (нпр. у Немачкој и Француској),³⁵ такви уговори нису упоредиви са институтом који је регулисан домаћим правом, те стога неће бити даље анализирани у раду.

Осим истакнутих предности, тако широко схватање појма управних уговора ризикује да додатно отежа упоредну анализу, будући да њиме може да се обухвати велики број различитих уговора у које ступају јавноправни субјекти, а који нису нужно заступљени у свим правним системима који су у фокусу истраживања. Имајући то у виду, неопходно је да истраживање ограничимо на тачно одређене уговоре који би били упоредиви, због тога што су присутни у свим селектованим правним системима – француском, немачком и српском. Конкретно, истраживање ћемо ограничити на следеће врсте или категорије управних уговора:

1. *управне уговоре у ужем смислу*, који потпадају под режим управног права;
2. *уговоре о јавним набавкама*;
3. *уговоре о концесијама* и

³⁴ Примера ради, у контексту немачког права, вид. Ulrich Stelkens, “Le droit allemand des contrats administratifs: aspects choisis” *La contractualisation en droit public* (éds. Véronique Boillet *et al.*), collection “Pratique du droit administratif”, Schulthess Éditions Romandes, Genève – Zurich 2021, (67-88), 68 fn. 2 (у даљем тексту цитирано као: U. Stelkens (2021a)); У контексту креирања европске концепције, вид. M. Amilhat (2022), 72–75.

³⁵ C. Turpin, 6.

4. уговоре о јавно-приватним партнерствима (у даљем тексту: ЈПП).

Прва категорија уговора нам је релевантна са аспекта немачког и српског права где, за разлику од француског, не постоји јединствени правни режим којим су подвргнути сви уговори у које ступају органи управе (вид. другу главу). Ова разлика у правном режиму се прелива на механизме решавања спорова (вид. пету главу), због чега нам је важно да их обухватимо истраживањем. С друге стране, уговори о јавним набавкама и концесијама су не само препознати и регулисани у сва три нама релевантна правна система, већ су и међу најзаступљенијим и најрелевантнијим уговорима у пракси и то „било због своје бројности, финансијске вредности или социјалних и економских последица које узрокују“.³⁶ Осим тога, управо су ови уговори предмет регулисања на нивоу ЕУ (вид. треће поглавље у оквиру друге главе), као и принципа, односно стандарда правне заштите које државе чланице – али и Република Србија, као кандидат за чланство – морају да инкорпоришу у своје правне системе (вид. четврту главу).

Иако уговори о ЈПП представљају флуидне, правно-политичке инструменте који у различитим правним системима попримају различита обележја и нису свуда препознати као законска категорија,³⁷ они су интересантни са аспекта предмета нашег истраживања из најмање два разлога. Прво, упоредно право и пракса указују на то да се управо у овим уговорима (најчешће са иностраним елементом), уговарају арбитражне клаузуле или се прибегава другим видовима алтернативе судским поступцима – због чега представљају погодан „терен“ за испитивање одрживости наших хипотеза у том домену. Друго, у Републици Србији је приметан растући број вредних и значајних инфраструктурних пројеката који се темеље на уговорима о ЈПП, углавном закључених са страним привредним субјектима. С једне стране, то је у складу са политиком промовисања и привлачења страних улагања као једним од кључних политичких и стратешких циљева наше земље.³⁸ С друге стране, пак, поменути пројекти и уговори на којима се темеље су неретко предмет критике академске и шире јавности услед недовољне транспарентности целокупног поступка доделе уговора, самог предмета уговора, као и неадекватне заштите јавног интереса. Осим тога, још увек је у току процес усклађивања секторских закона са „кровним“ процесним прописом који регулише управни поступак и једно од питања које се поставило у том процесу јесте (не)могућност подвођења уговора о ЈПП под општи (управни) режим управних уговора.

7. СИСТЕМАТИКА И РЕДОСЛЕД ИЗЛАГАЊА

Осим уводног излагања, закључних разматрања и приказа коришћених извора, дисертација обухвата пет глава које у садржинском смислу представљају тежиште рада и односе се на најважније целине у оквиру предмета истраживања. Ради веће систематичности и прегледности, на крају сваке од тих глава следе синтеза и закључци којима се подвлаче и заокружују основне идеје у оквиру те целине.

Широки спектар модалитета управних уговора које познају инострана законска решења и пракса, као и концептуалне разлике у схватању и нормирању уговора које органи јавне власти закључују са приватним субјектима, довели су до велике хетерогености у начину на који државе приступају решавању спорова у вези са истом

³⁶ С. Turpin, 8.

³⁷ Детаљно о ЈПП у контексту права ЕУ и националног права одабраних држава чланица у публикацији Piotr Bogdanowicz, Roberto Caranta, Pedro Telles (eds.), *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU: An Unfinished Legislative Framework*, Edward Elgar, European Procurement Law Series, 2020.

³⁸ Влада Републике Србије, Србија лидер у привлачењу страних инвестиција упркос пандемији, <https://www.srbija.gov.rs/vest/515579/srbija-lider-u-privlacenju-stranih-investicija-uprkos-pandemiji.php>, 14. јун 2021.

категоријом (врстом) уговора. Стога је предуслов за научну обраду предмета истраживања претходно разумевање како је управни уговор конципиран и регулисан у правним системима чији механизми решавања спорова ће касније бити под нашом лупом – чему је посвећена друга глава дисертације, насловљена *Управни уговори – концептуални приступи*. Ту, најпре, указујемо на велике разлике које у погледу појма и правне природе управних уговора постоје у упоредној теорији и позитивноправним системима, због чега није могуће (а сматрамо ни оправдано) говорити о управним уговорима у универзалним категоријама, али и на неке елементе које карактеришу управне уговоре као специфичан инструмент сарадње јавног и приватног сектора, који се испољавају у (готово) свим правним системима упркос поменути разликама. Након тога следе приказ и детаљна анализа концепција управних уговора у француском, немачком и српском праву. Све три националне концепције управних уговора биће сагледане кроз призму динамике развоја уговорне делатности управе, друштвено-историјског контекста у којем је она обликована, основних врста управних уговора и обележја њиховог правног режима. Последња целина у оквиру те главе обухвата начин на који право ЕУ регулише материју управних уговора, као и утицај који европска концепција врши на националне правне системе у том домену.

Трећа глава, под називом *Механизми решавања спорова*, уводи читаоца у централну тему овог истраживања и има за циљ да кроз теоријске поставке, као и увид у европске, али и шире глобалне трендове у начину регулисања спорова из управних уговора, укаже на искуства, најважнија (отворена) питања, дилеме и изазове у приступу решавања спорова у које је уплетен јавни интерес. Доминантно место заузимају алтернативни механизми решавања спорова, који теже да надоместе неке од слабости судског решавања спорова и на које је савремена доктрина управног права тек недавно и још увек недовољно почела на обраћа пажњу. Посебан акценат стављен је на указивање на кључне дилеме код прибегавања одабраним механизмима у споровима из управних уговора, као и питање да ли ти механизми могу да обезбеде адекватну заштиту јавних интереса.

Четврта глава носи назив *Утицај права Европске уније на домен правне заштите код управних уговора*. Иако су национална права држава чланица, па и у домену правне заштите код управних уговора, „старија“ од ЕУ због чега би се могли изнети аргументи у прилог томе да се она прикажу и анализирају пре излагања о утицају ЕУ или да се, пак, право ЕУ укључи у главу о упоредном праву – као још један инострани правни систем – постоје подједнако јаки аргументи за систематику за коју смо се определили у раду. Наиме, позитивноправна решења држава чланица ЕУ (па и држава кандидата за чланство) којима се нормира решавање спорова из (појединих) управних уговора обликована су управо кроз дугогодишњи утицај права ЕУ који се огледа у успостављању минималних процесних стандарда правне заштите. Овај процес је у одређеним случајевима текао природније и резултовао само „козметичким“ корекцијама (Француска), док је у другима текао споро и тешко услед „отпора“ националног права (Немачка). Дакле, циљ ове главе је не само да изложи основне изворе тих процесних стандарда, већ и да укаже на поменути утицај, односно испита у којој мери је тај утицај био успешан у приближавању националних правних система држава чланица и ублажавању иницијално великих разлика. Ради постизања тог циља, на самом почетку се испитује расподела надлежности између ЕУ и њених држава чланица у домену прописивања процесних правила и концепт националне процесне аутономије, након чега је анализиран европски правни оквир правне заштите код тзв. „јавних уговора“. Посебно тежиште је на Директивама о правним лековима које су донете како би се обезбедила ефикасна примена директива ЕУ о јавним набавкама и концесијама, пракси Суда правде ЕУ који има кључну улогу у процесу обликовања

правних стандарда и приближавању националних правних система, као и појединим инструментима „меког“ права Европске комисије.

Најзад, пета глава је насловљена *Решавање спорова из управних уговора у упоредном праву*. У оквиру те главе, детаљно су сагледана и анализирана три правна система – француски, немачки и српски. Унутрашња структура одељака посвећених трима правним системима једнообразна је у мери у којој то допуштају разлике у регулисању уговорне делатности носилаца јавних овлашћења, па самим тим и решавања спорова који из ње произлазе. Најпре је дат шири контекст како би се разумели разлози и логика актуелних законских решења, као и основна питања организације и поделе надлежности између различитих судова. Након тога су сагледани спорови из управних уговора како у фази која претходи закључењу уговора, тако и у фази након доделе/закључења уговора и то кроз призму правне заштите трећих лица, односно уговорних страна. Последње поглавље посвећено је упоредној анализи претходно приказаних националних решења, како би се указало на њихове сличности и разлике, али и извукле лекције ради унапређења домаћег законског оквира. Овај приступ и логика излагања, који подразумева анализу индивидуалних правних система, а затим њихов упоредни преглед, инспирисан је горе поменутом билингвалном публикацијом (*Contrôles et contentieux des contrats publics/Oversight and Challenges of public contracts*), а посебно упитником намењеним државама чије је право анализирано.

Ова докторска дисертација је писана према стању доктрине, законодавства, судске праксе и праксе других надлежних органа закључно са 30. октобром 2022. године.

II УПРАВНИ УГОВОРИ – КОНЦЕПТУАЛНИ ПРИСТУПИ

У оквиру ове главе, најпре ћемо дати сажети приказ еволуције уговорне делатности управе у упоредној перспективи, као предуслов за разумевање хетерогених позитивноправних решења, али и појединих заједничких елемената који карактеришу (готово) све уговорне инструменте сарадње јавног и приватног сектора (1). Приказ теоријских и законских поставки о њима у различитим државама није само себи циљ, већ треба да „припреми терен“ за упоредну анализу решавања спорова из управних уговора у одабраним државама, чему је посвећена пета глава. Стога ћемо се у оквиру поглавља о моделима управних уговора ограничити на приказ и анализу националних концепција управних уговора у три државе – Француској, Немачкој и Србији (2). Помињање других држава и њихових правних система биће крајње површно и ограничено само на сумарно исцртавање основних контура и елемената теоријске и нормативне подлоге управних уговора, како би се указало на заједничке „корене“ уговорне делатности управе у Европи, додатно учврстио аргумент о значају друштвеног контекста на обликовање управних уговора, као и неких заједничких елемената који прожимају све те различите концепције. Потоње је посебно значајно за испитивање одрживости једне од полазних хипотеза докторске дисертације, а тиче се (не)постојања једнообразних стандарда правне заштите код управних уговора, независно од разлика у правном режиму којем су подвргнути. С тим у вези и из истих разлога, након приказа националних концепција следи анализа права ЕУ и његов утицај на (пре)обликовање националних концепција у овом домену (3). На самом крају следе синтеза и закључна разматрања за ову главу (4).

1. ГЕНЕЗА УПРАВНИХ УГОВОРА У УПОРЕДНОЈ ПЕРСПЕКТИВИ: ИЗМЕЂУ ТЕОРИЈЕ И ПРАКСЕ

Већина аутора настанак управних уговора везује за почетак 20. века и продор концепције о јавним службама и Новом јавном менаџменту (енг. *New Public Management*) који су утицали на (пре)обликовање улоге управе у друштву, њеног односа према грађанима и њиховим организацијама.³⁹ Иако је тачно да је француска концепција управних уговора (вид. одељак 2.1) обликована у том периоду, као и да је од тог тренутка уговорна делатност управе постала широко распрострањена, како би се омогућило ефикасније и флексибилније вршење овлашћења у све бројнијим и разноврснијим областима друштвеног живота, та временска одредница није до краја прецизна будући да су поједини уговорни инструменти сарадње јавног и приватног сектора много старији.

Наиме, у свом истраживању посвећеном историјском развоју концесија и ЈПП у Европи, Каранта (*Caranta*) и Патрито (*Patrito*) указују на то да корени савремених уговора о концесији за јавне радове и услуге⁴⁰ досежу чак до феудалног доба. Иако су концесије строго гледано сматране једностраним актима владара којима су појединцима даване одређене привилегије или непреносива права, ови аутори их посматрају у ширем контексту тзв. *феудалних уговора*, из којих су за титулара

³⁹ Вид. нпр. Д. Кавран, 2104–2110; Стеван Лилић, „Административни уговори и јавне службе“, *Правни живот*, бр. 11-12/1993, 2141–2152; Дејан Миленковић, *Управни уговори – теорија, законодавство, пракса*, Центар за јавну управу, локалну самоуправу и јавне политике Факултета политичких наука у Београду, Београд 2014, 11–45; Дражен Миљевић, *Управни уговори и области његове примјене*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, посебно 1–8; Зоран Филиповић, *Управни уговор као институт јавне управе*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2017, 21–38; Р. Радошевић, 13–14.

⁴⁰ Који су, како ћемо видети у наредним одељцима у оквиру ове главе, као и у петој глави, *par excellence* пример управних уговора.

права/привилегије произлазиле и одређене обавезе.⁴¹ Тако, предмет таквих уговора између владара и властеле је могла да буде непокретност или земљишни посед, али и тзв. краљевска или регална права (лат. *iura regalia*). Потоња су обухватала, како *regalia maiora* – привилегије инхерентне сувереним владарским овлашћењима, као што су управљање градом или вршење судских овлашћења – тако и *regalia minora* – својеврстан пандан економској експлоатацији радова или услуга код модерних концесија, (примера ради, лов, прикупљање ренте или жетва).⁴²

Литература броји мноштво примера из праксе, у распону од 13. до 19. века, где су различита јавна овлашћења поверавана приватним субјектима, са расподелом права и обавеза каква је својствена савременим уговорима о концесији. *Exempli causa*, у Паризу је још у 13. веку било заступљено концесионирано управљање различитим „јавним службама“, као што је одлагање отпада и чишћење јавних површина, да би се нешто касније усталила пракса феудалних владара да изградњу канала и водних путева поверавају појединцима, који су за узврат добијали право да од крајњих корисника траже и добију одговарајућу накнаду.⁴³

Слична ситуација је била и са пружањем јавних услуга или служби (енг. *public services*) у ширем смислу, као што су чувања реда и мира, пресуђивање, изградња јавне инфраструктуре, или здравствена и социјална заштита, у аутономним градовима Брижу и Генту у 15. веку. Међу бројним актерима који су пружали јавне услуге били су и појединци и групе људи – чланови еснафа или локалне заједнице – који су учествовали и у финансирању нпр. јавне инфраструктуре.⁴⁴

У Енглеској је, такође, већ у средњем веку, краљ појединцима поверавао поједине послове од општег интереса, као што су одржавање путева или мостова, уз право на наплату накнаде (путарине) од крајњих корисника.⁴⁵ Слично је било и са изградњом млинова који су становницима одређених подручја (енг. *manor*) давани на употребу, који су за узврат били у обавези да кукуруз који су узгајали доносе у млинове за одређену накнаду.⁴⁶ Такође, са продором капитализма у феудалне оквире у периоду између 17. и 18. века, елементи модерних уговора о концесији назирали су се у начину на који су тадашњи владари управљали (јавним) путевима, као и ограничењима приликом одабира лица којима ће бити поверено вршење одређених јавних послова.⁴⁷

Претечом савремених концесија у Енглеској се сматра систем наплатних рампи који се развијао 18. и почетком 19. века. Потреба за таквим системом, који се заснивао на трасту (енг. *trust*),⁴⁸ настала је у 17. веку као последица, с једне стране, немогућности или незаинтересованости локалних власти (енг. *local governments and parishes*) да улажу у одржавање и развој локалних путева и, с друге стране, растућих потреба

⁴¹ Roberto Caranta, Paolo Patrito, “An intellectual history of concessions and PPP law”, *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU: An Unfinished Legislative Framework* (eds. P. Bogdanowicz, R. Caranta, P. Telles), European Procurement Law Series, Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2020, 18–19.

⁴² *Ibid.*, 19–20; Miro Gardaš, Daniel Hama, „Regalno pravo lova i lovno zakonodavstvo u Hrvatskoj kroz povijest”, *Historija države i prava BiH - Izazovi i perspektive* (ur. Edin Mutapčić), JU Zavod za zaštitu i korištenje kulturno-historijsko i prirodnog naslijeđa tuzlanskog kantona Tuzla 2017, 283–298.

⁴³ R. Caranta, P. Patrito, 22.

⁴⁴ Jelle Haemers, Wouter Ryckbosch, “A targeted public: public services in fifteenth century Ghent and Bruges”, *Urban History*, 37/2010, 203–225.

⁴⁵ R. Caranta, P. Patrito, 23–24, 26.

⁴⁶ *Ibid.*, 23.

⁴⁷ *Ibid.*, 25.

⁴⁸ Детаљније о англосаксонској установи траста, вид. Срђан Владетић, „Основи траста англосаксонског права“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* LVIII/2011, 113–126.

становништва и интензивирани трговине.⁴⁹ Специфичност оваквих трстова огледала се у томе што је путарина наплаћивана од крајњих корисника (бенефицијара), а издаване су и хипотекарне обвезнице, што је коришћено за одржавање и унапређење локалних путева.⁵⁰ Међутим, корисници нису само финансирали оправку путева, већ су имали и конкретну корист у виду квалитетнијих путева, смањења трошкова и дужине трајања путовања.⁵¹

У теорији се истиче да су и први елементи правног режима таквих уговора постепено пратили њихову појаву у пракси. Наиме, историјски извори указују на то да су у Француској још средином 13. века постојали критеријуми за избор приватног „партнера“ коме ће бити поверено вршење јавне службе/јавних овлашћења и то према његовим личним квалитетима, као што су способност и поштење, да би концесије свој модерни облик попримиле у 18. веку.⁵² Занимљиво је да су ти различити облици феудалних уговора садржали све оне кључне елементе који одликују и модерне управне уговоре, односно концесије. Каранта и Патрито као пример наводе – дуализам правне природе таквих уговора, сарадњу јавног и приватног сектора, ангажованост јавног интереса, специфичан поступак одабира концесионара и доделе уговора, трансфер ризика на концесионара.⁵³

Међутим, распрострањена употреба управних уговора у пракси – у њиховим различитим модалитетима и појавним облицима – није одмах добила своје теоријско рухо. Штавише, на раскорак између заступљености управних уговора у пракси и недовољног интересовања правне теорије за њих указивано је још у 17. веку.⁵⁴ Интересантан је податак да су још средњовековни теоретичари указивали на хибридну правну природу феудалних уговора због већ поменутих елемената који карактеришу и модерне управне уговоре (нпр. о концесији), разматрајући да ли је уопште реч о правим уговорима или тзв. *publica conventio*, посебним управним уговорима.⁵⁵

Шира академска заједница је тек након Другог светског рата почела значајније да се интересује за овај феномен.⁵⁶ Наиме, држава полако али сигурно „продире“ у сфере које су раније биле „резервисане“ за приватни сектор (социјална заштита, култура, енергетика, телекомуникације и др.). С друге стране, постаје јасно да држава услед недостатака људских, стручних и материјалних капацитета јавног сектора, не може адекватно да задовољи растуће потребе грађана и њихових организација. Решење је пронађено у поверавању јавних овлашћења у тим разноврсним областима друштвеног живота различитим организационим облицима, па и појединцима, што је почетком 20. века довело до развоја концепције о *јавној*, на супрот *државној* управи.⁵⁷ Са

⁴⁹ Dan Bogart, “The Turnpike Roads of England and Wales”, *The Online Historical Atlas of Transport, Urbanization and Economic Development in England and Wales c.1680-1911* (eds. L. Shaw-Taylor, D. Bogart, M. Satchell), 2017, доступно на: <https://www.campop.geog.cam.ac.uk/research/projects/transport/onlineatlas/s>, 10. септембар 2022, 1.

⁵⁰ *Ibid.*, 18–20.

⁵¹ *Ibid.*, 27.

⁵² R. Caranta, P. Patrino, 23.

⁵³ Како казују Каранта и Патрито, „развиј концесија у капиталистичком смислу почива управо на *regalia minora*, на некој врсти потенцијалног 'економског опадања' феуда“. *Ibid.*, 19–20, 22–23, 26.

⁵⁴ *Ibid.*, 17–18.

⁵⁵ Каранта и Патрито с тим у вези помињу спис *Compendium juris universi* из 17. века, у којем се прави разлика између приватних уговора (лат. *contractus privati*) и јавних уговора (лат. *contractus publici*). Потоњи су специфични по томе што је једна уговорна страна увек јавноправни субјект, због јавноправног предмета (лат. *res publica*), због чега их поједини аутори нису сматрали уговорима у правом смислу речи. *Ibid.*, 20.

⁵⁶ *Ibid.*, 18.

⁵⁷ Више о разлици између државне и јавне управе: Стефан Андоновић, *Заштита података у електронској јавној управи у Републици Србији – правни аспекти*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2019, 18–35.

проширењем круга актера који врше управну делатност, дошло је и до промене свести о њеној улози у друштву, као и инструментима за њено спровођење. Тиме је пољуљан готово неприкосновен положај који управни акти – као појединачни, једностранни акти власти – заузимали у спектру аката управе кроз 19. век у Западној Европи, али и шире,⁵⁸ чиме је трасиран пут широј уговорној активности субјеката јавне управе.⁵⁹ Како истичу Фондебури (*Vandeburie*), де Фолкенер (*de Valkeneer*) и Вотерс (*Wauters*), органи управе су се окренули „конвенционалним техникама“ како би регулисали своје односе са појединцима, привредним субјектима и другим јавно-правним субјектима, „у потрази за флексибилнијим и ефикаснијим инструментима“, погоднијим да заштите ангажоване интересе.⁶⁰

Тако се на темељу практичне потребе постепено разви(ја)ла савремена теорија о управним уговорима као посебним инструментима управне делатности, који се разликују и од управних аката и од класичних, грађанскоправних уговора.

С друге стране, чини се да је развој ЈПП – кишобран појма за различите видове сарадње између јавног и приватног сектора⁶¹ – ишао у супротном смеру будући да је реч о више политичкој него правној творевини која је у последња два века пустила своје корене у пракси.⁶² Наиме, ЈПП су се појавила као алтернатива таласу приватизације јавног сектора 80-их година прошлог века, да би свој пуни замах добили 90-их и 2000-их година.⁶³ Премда су разлози појављивања ЈПП јасни и везују се за потребу да се надоместе недостаци јавног сектора укључивањем привредних субјеката у пружање јавних услуга које су традиционално у надлежности државе, сам појам је још увек крајње флуидан и „неухватљив.“ Као једно од главних обележја ЈПП се често наводи расподела различитих ризика заједничког уговорног подухвата између јавног и приватног партнера.⁶⁴ Међутим, како истиче Телеш (*Telles*), „проблеми око проналажења заједничке нити којом би се омеђиле концептуалне границе ЈПП [...] га осуђују на то да остане кишобран појам“.⁶⁵ Тако, национални законодавци, међународне организације и финансијске институције под овај термин подводе најразличитије моделе дугорочне сарадње државе и приватних субјеката, што додатно отежава разликовање ЈПП и других (не)именованих управних уговора.

⁵⁸ Michel Fromont, “L’*évolution du droit des contrats de l’administration – Différences théoriques et convergences de fait*”, *Droit compare des contrats publics* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, 265.

⁵⁹ Aurélien Vandeburie, Delphine de Valkeneer, Kris Wauters, “La modification unilatérale d’un contrat public”, *La modification unilatérale du contrat* (coord. K. Wauters), Anthemis, Limal 2018, 91.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Који се јављају под различитим називима и подразумевају различиту расподелу права, обавеза и ризика између јавног и приватног партнера, обично у виду дугорочних уговорних аранжмана. Детаљно о различитим вид. Јелена Газивода, *Уговори о дугорочној сарадњи државе, јавних предузећа, односно јединица локалне самоуправе и приватних инвеститора у домену обављања делатности од општег интереса*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015. Посебно о ЈПП, вид. Yseult Marique, *Public-Private Partnerships and the Law: Regulation, Institutions and Community*, Edward Elgar, Cheltenham – Southampton 2014.

⁶² R. Caranta, P. Patrito, 27–36.

⁶³ Као модел за концепт ЈПП послужила је Приватна финансијска иницијатива (*Private Finance Initiative*), најзаступљенији облик дугорочне сарадње јавног и приватног сектора у Уједињеном Краљевству „код код које је тежиште [...] у обезбеђивању финансирања које у целости пада на терет приватног субјекта, односно више удружених приватних субјеката.“ Ј. Газивода, 54; Д. Миленковић (2014), 31–32.

⁶⁴ Д. Миленковић (2014), 32.

⁶⁵ Pedro Telles, “Challenges with concessions and public-private partnerships within the EU and national legal regimes”, *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU: An Unfinished Legislative Framework* (eds. P. Bogdanowicz, R. Caranta, P. Telles), European Procurement Law Series, Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2020, 211.

2. МОДЕЛИ УПРАВНИХ УГОВОРА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Како је у Уводу већ истакнуто (в. шесто поглавље), међу различитим правним системима постоји велика хетерогеност у начину на који се управни уговори перципирају у теорији, регулишу кроз законодавство и испољавају у пракси. Осим тога, у стручној литератури се указује и на “колебљивост“ унутар појединачних правних система.⁶⁶ Због чега је то тако? Један од кључних предуслова за постојање управних уговора је концепт приватне својине, због чега је сасвим природно да између уговорне делатности у државама са капиталистичком тржишном привредом, и државама припадницама (бивших) комунистичких и социјалистичких режима, постоје фундаменталне концептуалне разлике.⁶⁷ Прихватање поделе на јавно и приватно право, степен развоја управноправне науке, постојање специјализованих управних судова, као и специфичне друштвене околности (процес деколонизације, потреба за привлачењем (страних) улагања, степен развијености/сиромаштва друштва, корупција у јавном сектору и др.) – додатно су утицали на обликовање националних концепција управних уговора и њихових појавних облика у пракси. Штавише, и сама уговорна пракса, као битан извор права у овој области, „константно еволуира“.⁶⁸

Поменуте разлике отежавају упоредну анализу управних уговора. Због тога се у домаћој и иностраној теорији неретко прибегава покушајима њихове класификације у одговарајуће *системе* или *моделе* управних уговора.

У оквиру домаће науке управног права, поменућемо, примера ради, класификацију Славољуба Поповића, која је извршена према критеријумима постојања посебног правног режима за управне уговоре, овлашћењима органа управе у односу на приватног саговорача и судској надлежности за решавање спорова. Проф. Поповић, тако, разликује следеће системе управних уговора: 1) *систем романског права* (чији је представник Француска, а у који спадају и Шпанија и Луксембург) у којем такав правни режим постоји, јавни саговорач има јача овлашћења у односу на свог приватног саговорача, а сви спорови су у надлежности управног судства; 2) *систем белгијског права* који се од претходног разликује по томе што спорове из ових уговора решавају судови опште надлежности; 3) *систем германског права* (Немачка, Аустрија и Швајцарска), где управни уговор представља алтернативу управном акту; 4) *систем англосаксонског права* који не прави разлику између уговора јавног и приватног права, али ипак признаје одређене специфичности уговорима које закључују органи управе; 5) *право Латинске Америке* и 6) *италијанско право*, које не познаје институт управног уговора.⁶⁹

Од иностраних аутора, Рише (*Richer*) и Лишер (*Lichère*), двојица савремених француских теоретичара, такође су се бавили систематизацијом управних уговора у упоредном праву. Ови аутори упоредне правне системе деле на *унитарне* и *дуалистичке*, према критеријуму правног режима управних уговора. Док први подразумевају јединствени сет правила (правни режим) који се примењује на све уговоре, укључујући и оне које закључују јавноправни субјекти, други управне уговоре подвргавају посебном, јавноправном режиму. У оквиру прве групе обухваћени су енглеско и право Сједињених Америчких Држава (у даљем тексту: САД) – као представници англосаксонског система – док су у другој (осим француског) немачко,

⁶⁶ С. Turpin, 6.

⁶⁷ *Ibid.*, 3.

⁶⁸ Laurent Richer, François Lichère, *Droit des contrats administratifs*, 10^e édition, LGDJ, Paris 2016, 14.

⁶⁹ Добросав Миловановић, „Визионарска мисао Славољуба Поповића о управним уговорима“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Тематски број посвећен Славољубу Поповићу, LVII, 57/2011, 113–135.

белгијско и шпанско право, као и право појединих франкофоних афричких држава, на које је француско право извршило велики утицај.⁷⁰

Још један савремени француски аутор, Фромон (*Fromont*), према правном режиму управних уговора, најпре раздваја државе које припадају романском (континенталном) правном кругу, од англосаксонских држава. У оквиру прве категорије земаља, разликује тзв. „*француску групу*“ и „*германску групу*“. Обележје прве је посебан правни режим коме су подвргнути уговори у које ступају органи управе и ту је сврстао, осим Француске по којој ова група носи назив, Шпанију, Португал и Грчку. Иако и припадници „*германске групе*“ познају специјална, јавно-правна правила која се примењују на све или поједине уговоре органа управе, основна разлика је у томе што су ти уговори углавном само алтернатива управним актима (фр. *contrat substitutif*) и далеко су ређи у пракси, где и даље доминира издавање управних аката. У ову групу, Фромон је сврстао Немачку, Аустрију, Швајцарску, Холандију и Пољску. У оквиру друге категорије, с једне стране су Енглеска и Велс, Шкотска, Ирска, као и земље Комонвелта, односно бивше енглеске колоније (Аустралија, Индија, Јужноафричка Република), док је с друге право САД. Иако англосаксонске државе начелно имају јединствен правни режим (грађанског права) за све уговоре, било да их закључују појединци, било јавноправни субјекти, право САД-а се издваја по томе што нормира значајна одступања од општег уговорног режима за уговоре државе и њених еманација.⁷¹

Занимљива је и Крегова (*Craig*) систематизација која се ослања на извор правила о управним уговорима. Тако, будући да англосаксонско право формално не разликује јавне од приватних уговора јавно-правних субјеката, главни извори правила у већини држава које припадају *common law* систему (Аустралија, Енглеска и Велс, Индија), која се односе на такве уговоре, јесу сам уговор, општи правни принципи, али и различите препоруке, стандардни услови уговора и сл. које доносе надлежни органи управе. Ипак, у Енглеској, а посебно у САД, поједини уговори су подвргнути специјалним законским правилима. Насупрот томе, у државама континенталног правног круга, главни извор правила је закон. Међутим, ни међу њима не постоји једнообразност. Наиме, у појединим државама (Данска, Естонија, Немачка, Италија, Пољска и Шведска) нема посебних прописа који се односе на све управне уговоре, тако да се превасходно примењују правила општег уговорног права, али и поједина правила и принципи управног права (нпр. принцип добре управе). С друге стране су државе (Француска, Белгија, Шпанија, Португал и Финска) које имају посебна правила за управне уговоре (која су у неким од ових држава уткана у одредбе о општем управном поступку), а спорови су углавном (осим у Белгији) у надлежности управног судства.⁷²

Навешћемо и Амилатову (*Amilhat*) класификацију, за коју и сам аутор каже да је „непотпуна“ и да служи „идентификовању ширих трендова међу приступима држава чланица ЕУ“ – не и установљавању конкретних националних модела.⁷³ Користећи критеријум „обима и прогресивности уговорне *summa divisio*“, овај аутор разликује три модела.

У оквиру првог постоји *јасна подела на уговоре јавног и приватног права*, који су подвргнути различитим правним режимима. Амилат у овај модел сврстава француско право, као и шпанско, португалско, румунско, хрватско и естонско право.⁷⁴ Ипак, међу

⁷⁰ Laurent Richer, François Lichère, *Droit des contrats administratifs*, 11^e édition, LGDJ, 2019, 42-44.

⁷¹ M. Fromont, 265–269.

⁷² Paul Craig, “Specific Powers of Public Contractors”, *Droit compare des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, 173–174.

⁷³ M. Amilhat (2022), 62, 69.

⁷⁴ *Ibid.*, 62–65.

поменутиим правним системима постоје значајне разлике. Тако, док се француска концепција управног уговора темељи како на органском критеријуму (једна уговорна страна је орган управе), тако и на специфичном циљу којем такав уговор стреми (задовољавање јавних интереса), што резултује специфичним (једностраним) овлашћењима органа управе и искључивој надлежности управног судства, шпанско право (слично је и у португалском) поред управних, познаје и тзв. „уговоре јавног сектора“ – генерички појам који се сврстава негде између уговора јавног и приватног права и умногоме поклапа са уговорима који су предмет регулисања прописа ЕУ о јавним набавкама и концесијама (вид. треће поглавље ове Главе).⁷⁵ Када је реч о решавању спорова из управних уговора, румунско право одступа од француског утолико што је судска надлежност подељена између управних судова и судова опште надлежности. У хрватском праву, пак, одређени уговор ће бити квалификован као управни не због циља који треба да задовољи, већ на основу изричите законске одредбе, док је приступ естонског права негде на средини између француског и хрватског.⁷⁶

Други модел – који обухвата највећи број држава чланица ЕУ – темељи се на *дуализму јавног и приватног права, али се он не одражава на уговорну материју*. То не значи да у државама које Амилат сврстава у ову групу нема уговора јавног права, већ да су они права реткост или се јавноправни елементи испољавају само у одређеном делу – нпр. у погледу организовања вршења управних овлашћења (Немачка) или регулисања поступка и решавања спорова у фази која претходи закључењу уговора (Италија). Тиме се ни у ком случају не мења суштина, односно не утиче на правну природу уговора, будући да су сви уговори (макар их закључивали органи управе) институт грађанског права.⁷⁷

Трећи и последњи модел обухвата државе у којима *не постоји подела на јавно и приватно право нити, последично, на уговоре јавног или приватног права*. Напротив, сви уговори су подвргнути јединственом правном режиму. Међу државама чланицама ЕУ, у ову категорију спада само Данска (то је био случај и са Уједињеним Краљевством пре Брежита).⁷⁸

Изложени примери су нам показали да исте државе могу бити сврстане у различите „моделе“ или „системе“ управних уговора, у зависности од параметара које један аутор сматра кључним, а међу којима фигурирају припадност државе англосаксонском или континенталном правном кругу; (не)постојање посебног института управног уговора или посебног (управно)правног режима за ову категорију уговора; стављања спорова из ових уговора у надлежност редовног или посебног управног судства и др. С једне стране, то нам указује на опирање феномена управних уговора строгим и универзалним научним калупима. С друге, пак, можемо да закључимо да упркос томе што развој уговорне делатности јавноправних субјеката на различитим нивоима власти, којима се од приватних (правних или физичких) лица набављају добра, радови или услуге за потребе јавног сектора, односно на основу којих се потоњима поверава пружање разноврсних јавних услуга (јавни превоз; осветљење; управљање и одлагање отпада; пружање здравствених или образовних услуга и сл.),⁷⁹ није текао једнообразно и истим темпом у свим правним системима, нити је резултовао идентичним доктринарним, нормативним и практичним решењима, наш утисак је да такви уговори нигде не могу у потпуности да се поистовете са уговорима између приватних лица како због

⁷⁵ *Ibid.*, 63.

⁷⁶ *Ibid.*, 64.

⁷⁷ *Ibid.*, 65–68.

⁷⁸ *Ibid.*, 69.

⁷⁹ Вид. нпр. R. Noguellou, U. Stelkens, 1–20.

специфичности једне од уговорних страна, тако и због предмета уговора у који су utkани јавни интереси. Дакле, независно од тога да ли је реч о правним системима који припадају англосаксонском или континенталном правном кругу, прихваћеног тржишног/економског модела, степена развоја науке управног права и др., између њих је могуће уочити и важне заједничке црте које почивају на одређеним особеностима које управни уговори нужно испољавају.

Прва таква особеност тиче се специфичног корпуса правила којима је подвргнут поступак доделе уговора од стране јавноправних субјеката (неретко конципиран као управни поступак), а која имају за циљ да обезбеде ефикасно трошење јавних средстава и добијање најбоље вредности за новац.⁸⁰ Најчешће је реч о одредбама којима се обезбеђује минимум транспарентности и слободне конкуренције како би се постигао описани циљ закључивања таквих уговора – кроз објављивање позива за достављање понуда; ограничење слободе одабира приватног сауговарача кроз унапред прописане критеријуме; прописивање (минималне) цене и других битних елемената уговора, као и других формалности у вези са поступком доделе уговора.⁸¹ О значају који оваква правила имају за делотворност и интегритет поступка доделе управних уговора, говори и чињеница да је – како је у претходном поглављу показано – фаза доделе уговора била предмет посебних правила још у средњем веку. Индикативни су примери Француске и Енглеске у којима се носиоцу јавних овлашћења (владару), онемогућавало да потпуно дискреционарно одабере концесионара. Постојали су захтеви да то буде „погодна“ и „одана“/“поузdana“ особа.⁸² Каранта и Патрито говоре о томе да је поступак за доделу уговора о концесијама своју „најсофистициранију форму“ достигао 1666. године, са концесијом за канал *Languedoc*. Наиме, већ тада су били видљиви сви они елементи поступка доделе уговора који постоје и данас – објављивање позива за достављање понуда (тада на вратима цркава), подношење понуда, њихова селекција и додела уговора „најподобнијем“ понуђачу.⁸³

Следећа особеност су посебна овлашћења која су јавноправним субјектима поверена у циљу заштите јавног интереса.⁸⁴ Она *lato sensu* обухватају: 1) контролу над извршењем уговора и могућност његовог „усмеравања“ кроз једностране измене услова уговора; 2) право на једнострани раскид уговора и 3) могућност одређивања санкција уперених против приватног сауговарача (у виду измене уговорене цене и повраћаја вишка профита).⁸⁵ Уз таква овлашћења, с друге стране, иду и механизми који треба да обезбеде заштиту приватноправног сауговарача од самовоље државе и успоставе финансијску равнотежу која вршењем оваквих овлашћења може да буде поремећена.

При томе, Крег (*Craig*) указује на различите технике путем којих се органи опремају оваквим овлашћењима.⁸⁶ Најпре, могуће је да једнострана овлашћења управе представљају фундаменталне принципе који чине део доктрине о управним уговорима, те се могу применити чак иако нису изричито прописана или уговорена. Нимало изненађујуће, овакав приступ је доминантан у француском праву, које је базирано на најтемељнијој и најразвијенијој теорији управних уговора (вид. одељак 2.1).

⁸⁰ С. Turpin, 8.

⁸¹ Roberto Caranta, “Transparence et concurrence”, *Droit compare des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, 145-172.

⁸² R. Caranta, P. Patrito, 25.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Вид. и P. Craig (2010), 173–198.

⁸⁵ С. Turpin, 36–37.

⁸⁶ Како истиче Крег, „[Г]отово сви правни режими имају одређена правила према којима јавни уговарач може да измени или раскине уговор, иако се концептуална природа и основа таквих правила разликују између различитих правних система“, P. Craig (2010), 175.

Техника слична претходној такође подразумева утемељеност једностраних овлашћења органа у принципима општег права управних уговора, с тим што се прописима детаљно уређују услови под којима је могуће вршити ова овлашћења, као и њихове границе. Пример за то је право на једнострану измену уговора (*ius variandi*) као инхерентно право органа управе, које познају нпр. шпанско, италијанско и чилеанско право.⁸⁷

Следећа техника је нормативна – једнострана овлашћења управе су прописана или произлазе из судске праксе.⁸⁸ Тако, законима који регулишу све (Португал) или поједине управне уговоре (Немачка) могуће је предвидети право на једнострану измену или раскид уговора. Осим тога, став судске праксе такође може да буде извор оваквих овлашћења. Крег наводи пример САД-а, где је Врховни суд у контексту уговора о јавним набавкама стао на становиште да је право органа једностране измене уговорних одредаба један од „атрибута суверености“.⁸⁹

Најзад, и самим уговором је могуће предвидети јача овлашћења јавноправног сауговарача и то како сваким појединачним уговором, тако и модел-уговорима и општим условима који важе за све уговоре органа управе. Ова техника је најзаступљенија у праву англосаксонских држава у којима формално не постоји категорија управних уговора.⁹⁰ Како истиче Турпин (*Turpin*), за разлику од правних система који познају управни уговор као посебан правни институт где судови једнострана овлашћења управе сагледавају првенствено у светлости потребе за заштитом јавног интереса, у англосаксонским државама иста овлашћења ће углавном бити тумачена кроз призму основних премиса грађанског права.⁹¹

Стручна литература као још једну тенденцију у упоредној перспективи наводи промене у организацији, врсти и начину вршења овлашћења у вези са материјом управних уговора унутар управног апарата. Централну улогу у том контексту заузимају надзор и контрола над уговорном делатношћу органа управе и то како његове правилности и ефикасности, тако и законитости овог поступка у целокупној фази уговорног циклуса.⁹² У погледу првог сета овлашћења, разликују се степен централизације овлашћења, конкретни организациони облици који их врше, палета овлашћења и технике њихове реализације. Ипак, приметан је тренд оснивања специјализованих тела која су организационо и функционално независна од наручилаца али су формално део легислативе или њој одговарају (нпр. *Government Accountability Office* у САД-у) или су, пак, квалификовани као независна (управна) тела (нпр. у Италији, Пољској), односно имају статус независних, квазисудских тела (нпр. у Данској). Њихова овлашћења варирају, али чини се да сва она имају између осталог и функцију усмеравања уговорне делатности управе путем издавања смерница, израде модел-уговора и сл., пружања експертске и техничке подршке, као и објављивања статистичких и других података у вези са овом делатношћу.⁹³

Осим тога, поједина од ових тела врше и контролу законитости над поступком доделе и извршења уговора. При томе, надзор и контрола се спроводе како над јавноправним субјектом, тако и над приватним сауговарачима. Већ у зависности од

⁸⁷ *Ibid.*, 176–177.

⁸⁸ *Ibid.*, 177–179.

⁸⁹ *Ibid.*, 178.

⁹⁰ *Ibid.*, 179–181.

⁹¹ С. Turpin, 36.

⁹² Domenico Sorace, Andrea Torricelli, “Monitoring and Guidance in the Administration of Public Contracts”, *Droit compare des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, 199–208.

⁹³ *Ibid.*, 202–203.

положаја и надлежности контролних тела, последица процесне или материјалне неправилности у фази (до) доделе уговора може да буде уклањање (поништај или укидање) одлука наручилаца, поништај целокупног поступка доделе уговора или његовог дела, дисквалификација понуђача и сл. Такође, могуће је изрицање мера како би се обезбедило благовремено и правилно извршење уговора.⁹⁴ Надзор над правилним трошењем јавних средстава најчешће је поверен ревизорским институцијама, а свеобухватности контроле јавног сектора у овој материји доприносе и овлашћења различитих органа и тела задужених за борбу против корупције.

Најзад, особеност која је уједно и најтешње повезана са предметом ове дисертације, тиче се решавања спорова до којих може доћи у некој од фаза уговорног циклуса. Како ћемо видети детаљније у поглављима која следе, механизми које су државе имплементирале треба да одразе посебност ове категорије спорова (неравноправни субјекти; јавни интерес; утицај исхода спора на трећа лица и др.). То је учињено било кроз надлежност за њихово решавање (посебни судски и други (не) државни органи или тела), било кроз модулирање правила поступка која важе за решавање спорова између приватних субјеката (енг. *public interest litigation*), било кроз комбинацију прва два приступа.

Поред описаних заједничких карактеристика управних уговора, приближавање националних правних режима управних уговора – у погледу критеријума и поступка одабира приватног саговорача, једностраних овлашћења јавноправних субјеката у јавном интересу, као и контроле над целокупним уговорним циклусом – треба разумети и сагледати и као „одговор на утицај глобалног тржишта[...]“⁹⁵ или последицу супранационалног деловања,⁹⁶ који су подстакли одређени степен стандардизације у овој материји – бар када су у питању економски најзначајнији уговори, као што су уговори о јавним набавкама.⁹⁷ Док је у европским оквирима (како ће бити детаљније приказано у трећем поглављу ове главе, као и четвртој глави дисертације) право јавних набавки ЕУ одиграло важну и значајну улогу у подстицању такве стандардизације с циљем изградње и правилног функционисања унутрашњег тржишта (енг. *internal market*),⁹⁸ на ширем плану је то била потреба да се олакша међународна привредна и трговинска размена, односно „тежња држава извозница добара и услуга да имају лакши приступ (ино)страним тржиштима“.⁹⁹

Еклатантан пример ублажавања концептуалних разлика кроз приближавање различитих аспеката правних режима управних уговора, представљају право Енглеске¹⁰⁰ и САД-а. Иако се између концепција управних уговора у праву ових држава не може повући знак једнакости,¹⁰¹ неретко се сврставају у исти „модел“ управних

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*, 199–200.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ М. Fromont, 278.

⁹⁸ D. Sorace, A. Torricelli, 199–200.

⁹⁹ М. Fromont, 278; Више о глобалним правилима у материји јавних набавки, вид. Hilde Caroli Casavola, “Global Rules for Public Procurement”, *Droit compare des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, 27–61.

¹⁰⁰ Поједини аутори указују на то да иако између правне регулативе управних уговора, посебно у материји јавних набавки, у праву Енглеске, Велса, Северне Ирске и Шкотске постоје велике сличности, могућа су и одступања будући да је реч о деволутивно пренетим надлежностима. Yseult Marique, “United Kingdom”, *Les principes des contrats publics en Europe/Principles of public contracts in Europe* (dir./eds. S. de la Rosa, P. Valcárcel Fernandez), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2022, 433 фн. 5; Paul Craig, Martin Trybus, “Angleterre et Pays de Galles/England and Wales”, *Droit compare des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, 339 фн. 1. Стога ћемо се у овом одељку ограничити на енглеско право.

¹⁰¹ У том смислу, вид. Д. Миленковић (2014), 80–81; М. Fromont, 267–268.

уговора (в. *supra*), будући да припадају *common law* систему који не познаје поделу на јавно и приватно право каква је својствена континенталним правним системима, па самим тим ни посебну категорију управних уговора у формалном смислу.¹⁰² Међутим, још је 50-их година прошлог века, Лангрод (*Langrod*) истицао како класификација правних система на континенталне и англосаксонске, на терену управних уговора не игра више одлучујућу улогу, будући да се „граница померила“; тако да се „англо-америчке државе постепено приближавају француској мисли“.¹⁰³ Све је већи значај принципа јавног права који прожимају и енглеско и америчко право управних уговора, посебно у материји јавних набавки – од једностраних овлашћења јавноправног субјекта, преко поступка одабира приватног саговорача и извршења уговора, све до решавања спорова. Турпин (*Turpin*) овај феномен објашњава тиме да су у питању хибридне уговорне појаве, истичући да је „према својој теоријској структури и фундаменталним принципима, реч (је) о грађанском или приватном уговору, али из јавног окружења у којем се јављају многа посебна и карактеристична обележја“.¹⁰⁴ Исти аутор указује на то да то што ни у Енглеској ни у САД управни уговори као такви нису препознати, ни у ком случају не сме да „замагли чињеницу да су јавни уговори у тим земљама, посебно на централном (у САД, савезном) нивоу, у пракси у значајној мери подвргнути јавним политикама, принципима и правилима која се разликују од правила која важе за обичне уговоре приватног права“.¹⁰⁵

Када је у питању енглеско право, неспорно је да су уговори – макар и они у које ступају носиоци јавних овлашћења – само „привредни алати на које се примењују принципи приватног права“.¹⁰⁶ Та чињеница је утицала и на непостојање разгранате типологије управних уговора каква је својствена француском праву иако се међу уговорима у које ступају јавноправни субјекти, уговори о јавним набавкама посебно издвајају по својој заступљености и практичном значају.¹⁰⁷

Међутим, од 70-их година прошлог века, када је Енглеска приступила ЕУ, па све до њеног иступања из ове организације 2020. године,¹⁰⁸ национално право је под снажним и континуираним утицајем европског права јавних набавки и концесија – посебно у фази која претходи закључењу уговора.¹⁰⁹ Тако, ова фаза прожета је захтевима за транспарентношћу и заштитом конкуренције, а маневарски простор јавноправног

¹⁰² С. Turpin, 31.

¹⁰³ Georges Langrod, “Administrative Contracts: A Comparative Study”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 4, 3/1955, Pages 325–364, 363.

¹⁰⁴ С. Turpin, 33.

¹⁰⁵ *Ibid.*; Слично закључује и Филиповић, истичући да „[...] иако [...] земље англосаксонског правног система не познају управни уговор, или да га бар не познају у његовом класичном облику [...] спроведена истраживања показују да се не може игнорисати чињеница да, уговори које закључује јавна управа и приватни сектор у вршењу пре свега јавних служби, по својим суштинским елементима, немају значајнијих разлика у односу на уговоре у европском континенталном праву који су експлицитно или посредно у теорији, законодавству и пракси, прихваћени као управни уговори. У прилог овоме ставу могу се навести неке од карактеристика ових уговора: а) основни циљ – остварење јавног интереса; б) повлашћен положај јавне управе (одређује услове вршења услуга, контролише њихово извршење); в) посебне обавезе које одступају од уобичајених уговора ове врсте у уговорима приватног права; г) постојање посебне врсте судова који су надлежни за решавање спорова у вези ових уговора“. З. Филиповић, 156–157.

¹⁰⁶ Y. Marique (2022), 456.

¹⁰⁷ Р. Craig, М. Trybus, 340. Марике (*Marique*) указује на то да је на таласу приватизације 80-их година прошлог века, велики број јавних услуга (служби) „пренет“ на приватни сектор посредством уговорних инструмената, што је само по себи отворило врата јавноправним принципима. Y. Marique (2022), 433–434.

¹⁰⁸ О енглеском праву јавних набавки након Брексита, вид. Albert Sanchez-Graells, “Public procurement”, *Doing things differently? – policy after Brexit* (eds. A. Menon, J. Reland, J. Rutter), 31 January 2022, доступно на: <https://ukandeu.ac.uk/researchpapers/doing-things-differently-policy-after-brexit/>, 13. март 2023.

¹⁰⁹ Y. Marique (2022), 433–434; Р. Craig, М. Trybus, 339.

субјекта приликом одабира приватног сауговарача, значајно је сужен.¹¹⁰ Насупрот томе, поступак извршења уговора и правна заштита начелно се налазе на терену облигационог права – аналогно уговорима између приватних лица.¹¹¹ То значи да су, принципијелно, *јавни* и *приватни* сауговарач равноправни у својим уговорним правима и обавезама. Ипак, Трибус (*Trybus*) и Крег (*Craig*) указују на то да се овлашћења јавноправних сауговарача у погледу модификовања или раскида уговора, неретко предвиђају самим уговором; штавише, њихово уговарање подстиче се кроз модел-правила, стандардне услове уговора и друге инструменте меког права (енг. *soft law*).¹¹² Осим тога, чињеница да је један од сауговарача јавноправни субјект који по природи ствари на наступа у сопственом интересу,¹¹³ као и да је посреди трошење јавних средстава, доводи до уплива различитих правила и принципа јавног (управног) права, и то у целокупан уговорни циклус – од принципа одговорности државних службеника, најбоље вредности за новац (енг. *value for money*), преко социјалних и еколошких принципа, све до заштите правне сигурности и легитимних очекивања.¹¹⁴ Последице, у енглеском праву видљива је тенденција (иако још увек у зачетку) „стварања теорије о јавним или управним уговорима“¹¹⁵. Штавише, има аутора који гласно заговарају већи ослонац на јавно право, сматрајући његово занемаривање у области уговорне делатности управе опасним. Према речима Ероусмит (*Arrowsmith*):

[...] из чињенице да приватно право треба да се примењује на уговор не мора да следи да се примењује **само** приватно право. Док примат приватног права као принципа треба задржати [...], важно је да се не дозволи да се сакрије „јавни“ аспект владиног уговарања : прописи треба да теже ка томе да узму у обзир посебне интересе који су укључени у ову активност, и не би требало превише олако претпоставити да је то активност која је изван оквира „јавног права“.¹¹⁶

Јавноправни елементи код тзв. владиних уговора (енг. *government contracts*) о јавним набавкама, још су израженији у праву САД-а. Како истичу Шејни (*Schoeni*) и Јукинс (*Yukins*), реч је о материји која се налази на раскрсници између јавног и приватног права.¹¹⁷ Ово стога што се сматра да јавноправни сауговарач има „двојну личност“ када закључује такве уговоре. С једне стране, он је носилац суверених овлашћења и представник државе, док је с друге – купац.¹¹⁸ Управо захваљујући теорији о сувереним овлашћењима, у уговорима које закључују органи јавне власти на савезном нивоу, долази до значајних одступања од *common law* принципа. Ова одступања превасходно се тичу једностраних овлашћења јавноправног сауговарача и огледају се у његовом: 1) праву на једнострану измену уговора; 2) широко постављеном праву на раскид уговора услед неизвршења уговорне обавезе од стране приватног сауговарача; 3) „готово неограниченом“ праву на једнострану раскид уговора у јавном интересу; 4) праву на тумачење уговора, ради његовог прилагођавања „промењеним политичким струјама и друштвеним изазовима“, као и 5) овој материји прилагођен систем правне заштите и решавања спорова.¹¹⁹ Имајући ове елементе у

¹¹⁰ *Ibid.*, 342–349.

¹¹¹ *Ibid.*, 343.

¹¹² *Ibid.*, 349–356.

¹¹³ У том смислу, вид. Y. Marique (2022), 441 fn. 64.

¹¹⁴ *Ibid.*, 441–453.

¹¹⁵ З. Филиповић, 143.

¹¹⁶ S. Arrowsmith, 244.

¹¹⁷ Daniel E. Schoeni, Christopher R. Yukins, “Principles of Public Contracts in the United States of America”, *Les principes des contrats publics en Europe/Principles of Public Contracts in Europe* (dir./eds. S. de la Rosa, P. Valcárcel Fernandez), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2022, 103.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Joshua Schwartz, “États Unis/United States of America”, *Droit comparé des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, 618–619.

виду, Шејни и Јукинс закључују да „уколико *common law* правила, која важе за приватне (грађанске) уговоре, леже у основи владиних уговора у праву САД, и још увек имају некакав утицај, тај утицај опада“.¹²⁰

Имајући у виду претходно дефинисан предмет истраживања, наше излагање у редовима који следе фокусирано је на три национална модела, односно концепције управних уговора – француску, немачку и концепцију управног уговора у праву Републике Србије, као представника својеврсног „балканског модела“ управних уговора, насталог као последица европских интеграција и усклађивања националног права са европским *acquis*-јем.

2.1 Француски модел

О моделу француског управног уговора, а посебно разлозима и околностима његовог увођења у правни систем, много је писано – како у свету, тако и код нас. Стога ћемо приказати само основне обресе друштвено-историјских фактора, као и доктринарних ставова који су допринели настанку и развоју управних уговора, посвећујући више пажње позитивноправним решењима.

2.1.1 Друштвено-историјски контекст настанка управних уговора

Француска је колевка теорије о управним уговорима, будући да су од појаве првих уговора о концесији у средњем веку¹²¹ до данас, тамошња судска пракса, доктрина и законодавац – а на темељу уговорне праксе – заједничким снагама пажљиво и детаљно исцртавали контуре овог института који је своје упечатљиво обличје добио почетком 20. века.¹²² Због тога су његове теоријске основе и правни режим по својој свеобухватности и темељитости без премца у упоредном праву.

Ролан (*Rolin*) указује на то да је и уговорна пракса одиграла важну улогу у историјском развоју управних уговора, чак већу него у погледу грађанских уговора.¹²³ Како истиче овај аутор, разлог лежи у чињеници да све до отприлике 1750. године, осим мањег броја правила која су се односила на поступак доделе уговора, као и неколицине одлука специјализованих комисија Државног савета за време *Ancien Régime*-а, нису постојали други извори права уговора у које ступају органи управе „од садржине самих тих уговора“.¹²⁴ Улога редактора прописа, судова и, касније, доктрине, била је заправо својеврсна „систематизација и рационализација“ уговорне праксе, што је свој пуни замах у креирању једног општег права управних уговора добило у другој половини 18. века.¹²⁵

Централно место у развоју овог института, али и темељних принципа на којима почива правни режим управних уговора (о чему ћемо детаљније говорити у оквиру одељка 2.1.3 [i] овог поглавља), заузима управно судство. Штавише, историјат развоја француске концепције управних уговора – како теоријске, тако и правне – нераскидиво

¹²⁰ D. E. Schoeni, C. R. Yukins, 112.

¹²¹ Вид. прво поглавље у оквиру ове главе.

¹²² Mathias Amilhat, “La notion de contrat administratif face au nouveau droit de la commande publique: réflexions sur quelques évolutions récentes”, *Journal du Droit Administratif* (JDA), Chronique contrats publics 01, Art. 105, 2016, доступно на: <http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=1157>, 16. јануар 2022; Nicolas Gabayet, “France”, *Les principes des contrats publics en Europe/Principles of public contracts in Europe* (dir./eds. S. de la Rosa, P. Valcárcel Fernandez), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2022, 239–240.

¹²³ Frederic Rolin, “La rôle de la pratique dans la construction du droit des contrats administratifs”, *À propos des contrats des personnes publiques – Mélanges en l’honneur de Laurent Richer*, LGDJ, Paris 2013, 16.

¹²⁴ *Ibid.*, 15.

¹²⁵ *Ibid.*, 16.

је повезан са еволуцијом и еманципацијом управног судства као засебне гране власти, одвојене од редовног судства и са веома широким и шареноликим овлашћењима саветодавне и правосудне природе.¹²⁶ Денковић иде толико далеко да закључи да су управни уговори у Француској настали као потреба да се изнађе веће теоријско оправдање за постојање и широку надлежност управног судства.¹²⁷ Фромон (*Fromont*) оправдање за то види у монархистичкој традицији која датира из 16. века, да се спорови из уговора које је закључивала краљевска управа и који су иначе били поверени судовима опште надлежности, решавају у складу са принципом добре управе, уместо према правилима грађанског права.¹²⁸ Исти аутор даље указује на то да је Наполеон наставио ову традицију након Револуције, креирајући квазисудска тела којима су поверени спорови из најзначајнијих уговора које је закључивала држава.¹²⁹

У теорији се наводе и други разлози који су допринели појави управних уговора као инструмената путем којих „активна управа“ обавља своја овлашћења. Тако је почетком 20. века напуштена теорија о подели аката управе на акте власти (фр. *actes d'autorité*) и акте управљања (фр. *actes de gestion*) која је била доминантна током 19. века и према којој су се сви уговори органа управе сматрали актима управљања и стога потпадали под општи уговорни режим грађанског права.¹³⁰ Осим тога, као што је приказано у првом поглављу ове главе, у том периоду је у бројним државама Западне Европе и на теоријском и на правно-политичком плану дошло до промена у начину посматрања државе и управе, а проширен је и дијапазон области у којима је јавни сектор деловао. Последично, било је неопходно изнаћи флексибилнији инструмент од управног акта, како би се регулисали све учесталији односи и „сарадња“ и то како унутар саме управе, тако и са приватним субјектима.¹³¹

Француска доктрина представља важан део у мозаику не само теоријског, већ и правног оквира управних уговора. Занимљива је разлика коју Габаје (*Gabayet*) прави између „управне доктрине“ и „универзитетске доктрине“. Прва, заправо, представља праксу различитих органа управе, оличену у развоју стандардних услова уговора (фр. *cahiers des charges types*), која је предњачила у односу на судску праксу, будући да су први извори тог типа настали још у 19. веку.¹³² Габаје се „усуђује да мисли“ да су ови извори чак инспирисали управну јуриспруденцију, будући да су поменути стандардни услови уговора садржали поједине темељне принципе права управних уговора (као што су једнострана овлашћења органа).¹³³ Ипак, како са жаљењем истиче овај аутор, „управна доктрина“ (још увек) није у довољној мери истражена.¹³⁴

Насупрот томе, „универзитетска доктрина“ заузела је место које јој припада у историјату развоја управних уговора. Од прве половине 20. века до данас, бројни

¹²⁶ Детаљно о историјском развоју француског управног судства: Вук Цуцић, „Француско управно судство – Величанствено дело француске историје“, *Правни живот*, 10/2013, 283–302; Вук Цуцић, *Управни спор пуне јурисдикције: Модели и врсте*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 82–97.

¹²⁷ Наведено према: Драгаш Денковић „Управни уговори и облигациони односи радних организација које врше јавна овлашћења“, Драгаш Денковић, *Добра управа* (избор текстова, редакција и предговор Ратко Марковић), Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво и информисање, Београд 2010, 187.

¹²⁸ M. Fromont, 263–278, 266.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ A. Vandeburie, D. de Valkeneer, K. Wauters, 92.

¹³¹ Дражен Миљевић, „Проблем идентификовања управних уговора у француском праву“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*, 39/2017, 181–182 (у даљем тексту цитирано као: Д. Миљевић (2017а)).

¹³² N. Gabayet (2022), 258.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*

аутори у стопу прате, анализирају и систематизују динамичну судску праксу (у последње време и законодавство, као новији извор права управних уговора, вид. одељак 2.1.3 [ii]).¹³⁵ Доајеном теорије управних уговора и творцем кованице *contrat administratif*, сматра се Гастон Жез (*Gaston Jèze*), који је спровео прву велику „синтезу“ управних уговора.¹³⁶ Централни елемент његовог схватања управних уговора је концепт јавне службе (фр. *service public*),¹³⁷ о којем ће бити више речи у оквиру критеријума за одређивање управних уговора. Осим њега, и други великани француске управноправне мисли су значајно допринели развоју теорије о управним уговорима, међу којима је и Жорж Пекињо (*Georges Pequignot*). Претендујући на то да пружи једну општ(и)у теорију управних уговора, која би била применљива на све управне уговоре (и то како оне именоване, тако и неименоване), Пекињо је у својој докторској дисертацији насловљеној „Општа теорија управног уговора“ (фр. *Theorie générale du contrat administratif*) из 1945. године, циљ управних уговора, а то је вршење јавне службе, ставио на пиједестал.¹³⁸ Осим њих, Андре Лобадер (*André de Laubadère*) и његов „Трактат о управним уговорима“ (фр. *Traite des contrats administratifs*) такође су дали вредан допринос утемељењу института управног уговора.¹³⁹

У мањини су били теоретичари – међу којима је и великан Леон Диги (*Leon Duguit*) – који су негирали управне уговоре, сматрајући да су елементи уговора увек исти независно од природе уговорних страна, те се на све уговоре има примењивати јединствени, грађанскоправни режим.¹⁴⁰ Кавран, међутим, указује на то да су аутори, попут Дигија, који су „огорчено оспоравали“ управни уговор као аутономан правни институт, тиме заправо признавали његово постојање.¹⁴¹ У том смислу, Рише (*Richer*) и Личер (*Lichère*), реномирани аутори на доктринарном терену управних уговора, сматрају да саставни елементи концепта уговора морају да буду исти и у јавном и у приватном праву. Међутим, то не значи да међу њима не могу да постоје разлике у саставним елементима или правном режиму. Последично, на терену управног права, управни уговор се „приближава“ једностраном (управном) акту (фр. *la notion de contrat subit en droit administratif l'attraction de l'acte unilatéral*).¹⁴² Како даље објашњавају, један уговор се може сматрати уговором јавног права, уколико је: (1) барем једна уговорна страна орган јавне власти; (2) на уговор се примењује јавноправни режим (што значи да је „аутономан“ у односу на Грађански законик¹⁴³ и прожет јавним интересом) и (3) надлежност за решавање спорова имају управни судови.¹⁴⁴

Припадници савремене француске (управно) правне мисли, настављају да се интересују за феномен управних уговора, с тим што је фокус истраживања преусмерен са концепције управних уговора и његовог етаблирања у систему правних аката, ка појединим врстама управних уговора, а у последње време уговора о јавним набавкама.¹⁴⁵ Томе је допринела повећана нормативна активност на овом пољу (вид. одељак 2.1.3 [ii] и 2.1.5), као последица еволуције права ЕУ у овој материји (вид. треће

¹³⁵ *Ibid.*, 259.

¹³⁶ L. Richer, F. Lichère (2016), 31; N. Gabayet (2022), 259.

¹³⁷ Наведено према: L. Richer, F. Lichère (2016), 31. Ипак, Рише (*Richer*) и Личер (*Lichère*) сматрају овакво виђење управних уговора прикладним само када је реч о концесијама (за јавне службе), будући да овај елемент није увек (тако) изражен у другим управним уговорима. *Ibid.*

¹³⁸ Наведено према: *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*; N. Gabayet (2022), 259.

¹⁴⁰ Вид. нпр. Д. Миленковић (2014), 17–18.

¹⁴¹ Д. Кавран, 2106.

¹⁴² L. Richer, F. Lichère (2016), 19.

¹⁴³ Ипак, од овог „правила“ постоје изузеци, што доказује велики број уговора управе који су подвргнути режиму грађанског права (сматрају се приватноправним уговорима). *Ibid.*, 30.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ N. Gabayet (2022), 259.

поглавље ове главе). Имајући то у виду, јасно је да је право ЕУ такође важан фактор обликовања француског права управних уговора, од 60-их година до данас.¹⁴⁶ Кроз преношење неколико генерација европских директива о јавним набавкама и концесијама, француско право је и само трпело измене и прилагођавало се. Тако, утицају права ЕУ француско право дугује увођење одређених *принципа* који прожимају поступак доделе уговора, као што су нпр. транспарентност, равноправност учесника на тендеру или слободна конкуренција,¹⁴⁷ редефинисање *типологије* управних уговора (вид. одељак 2.1.5)¹⁴⁸, или увођење потпуно нових механизма решавања спорова (вид. прво поглавље пете главе).

2.1.2 Обележја и извори права управних уговора

На самом почетку је неопходно истаћи да је у француском праву уговорна делатност органа јавне власти¹⁴⁹ не само допуштена, већ и широко распрострањена.¹⁵⁰ Слобода уговарања, која подразумева (1) право сваког лица да слободно одлучи о томе да ли ће своје потребе задовољити сопственим средствима или закључењем уговора; (2) право слободног одабира саговорача и (3) право одређења садржине уговора, у границама које поставља закон – представља принцип који произлази из члана 1102 француског Грађанског законика (*Code civil*).¹⁵¹ Габаје, међутим, указује на то да је овај принцип, у контексту органа јавне власти, утемељио Уставни савет (*Conseil constitutionnel*) и подигао га на уставни ранг, доводећи га у везу са општим принципом слободе (фр. *liberté*) из члана 4 Декларације о правима човека и грађанина из 1789. године.¹⁵² Као и приватни субјекти, дакле, јавно-правни субјекти могу слободно да ступају у уговорне односе и ова слобода може бити ограничена једино од стране законодавца „у јавном интересу или ради усклађивања са другим уставним слободама“.¹⁵³

Међутим, сви ти разнородни уговори, за које се у теорији понекад користи генусни појам „јавних уговора“ (*contrats publics*), а понекад „уговора управе“ (*contrats de l'administration*), нису истоветне правне природе, нити су подвргнути јединственом правном режиму.¹⁵⁴ Наиме, разликују се две основне категорије таквих уговора. Први су уговори подвргнути приватноправном режиму, тј. општем уговорном режиму облигационог права (фр. *les contrats de droit commun*), који се примењује и на уговоре између приватних субјеката, док су други управни уговори (фр. *contrats administratifs*) – подвргнути за њих посебно кројеном управноправном режиму, који се огледа у специфичним правилима која регулишу поступак доделе уговора, његовог извршења и решавања спорова.¹⁵⁵

Рише и Лишер примењују да управни уговори испољавају специфичности у односу на остале акте управе, које деле на тзв. *интерна* и *екстерна* обележја. У интерна

¹⁴⁶ *Ibid.*, 240.

¹⁴⁷ *Ibid.*, 242; L. Richer, F. Lichère (2016), 14.

¹⁴⁸ L. Richer, F. Lichère (2016), 14.

¹⁴⁹ Ногелу (*Noguellou*) указује на то да се органима јавне власти у француској сматрају „држава, различите националне и локалне јавне институције, територијални колективитети, различита независна управна тела, (национална) Банка Француске“, Rozen Noguellou, “France“, *Droit Compare des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, 675 фн 1.

¹⁵⁰ *Ibid.*, 676.

¹⁵¹ Code civil, доступно на: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/2022-08-06/, 2. јул 2019; N. Gabayet (2022), 241, 246.

¹⁵² N. Gabayet (2022), 247.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ R. Noguellou (2010), 675–678.

¹⁵⁵ N. Gabayet (2022), 239.

обележја, која извиру из самог уговора и тичу се његовог извршења од уговорних страна, сврставају (1) недоступност (фр. *indisponibilité*) уговорног инструмента¹⁵⁶ и (2) неравноправност (фр. *inégalité*) уговорних страна.¹⁵⁷

Иако на први поглед изгледа као контрадикторно претходно описаној слободи уговарања органа јавне власти, недоступност уговорног инструмента заправо се заснива на ширем принципу забране располагања овлашћењима органа (фр. *indisponibilité des pouvoirs et compétences*) и тиче поменутих законских ограничења слободе уговарања. Суштина лежи у томе да органи не могу потпуно слободно и произвољно да располажу датим јавноправним овлашћењима, будући да није реч о њиховим субјективним правима.¹⁵⁸ Као и у погледу слободе уговарања, и овај принцип досеже до Декларације о правима човека и грађанина, односно принципа „националне суверености“ (који је, такође, подигнут на уставни ранг) и подразумева забрану држави да се „одрекне своје суверености“.¹⁵⁹ У контексту управних уговора, описано ограничење подразумева (1) забрану органима да уговоре закључују у погледу неких будућих одлука; (2) забрану одрицања од јавно-правних овлашћења која чине корпус општих правила управних уговора (као што је право органа на једнострани раскид уговора у јавном интересу) путем закључења уговора; (3) забрану обавезивања на исплату суме новца коју не дугују,¹⁶⁰ као и (4) забрану закључивања уговора у појединим областима у којима је посебно изражен јавни интерес и где не би било могуће (а ни законито) располагање јавно-правним овлашћењима,¹⁶¹ као што су, примера ради, полицијска делатност, правосуђе, одбрана и др.¹⁶²

Неравноправност уговорних страна, пак, огледа се у јачим овлашћењима установљеним у корист јавноправног сауговарача, која се под одређеним условима испољавају посебно у фази извршења управног уговора. Реч је о обележју по којем се француски управни уговор издваја од многих својих пандана у упоредном праву. Тако, како примећује Оди (*Audit*), специфична једнострана овлашћења којима је „опремљен“ орган у циљу заштите јавног интереса, у европском концепту јавног уговора заузима тек секундарно место.¹⁶³ *Ratio* овог обележја је, такође, не само овлашћење, већ и дужност органа јавне власти да штите јавни интерес. Будући да ће о односу уговорних страна – укључујући и једнострана овлашћења органа – бити више речи касније (вид. 2.1.4), на овом месту је довољно да напоменемо да се ово обележје не испољава код управних уговора између два јавноправна субјекта, као и да је у великој мери релативизована различитим механизмима којима се успоставља равнотежа између јавних и приватних интереса.¹⁶⁴

Екстерна обележја управних уговора тичу се контекста у којем се ови акти закључују, односно извршавају, и обухватају: (1) специфичне изворе права управних уговора; (2) место управних уговора у координатном систему правних аката управе и (3) ефекат, односно дејство управних уговора на трећа лица.¹⁶⁵

¹⁵⁶ Проф. Водинелић употребљава израз „мало решење“ да означи суштински исто – „да се управни уговор прихвата само за случајеве изричито уређене као одступања од режима грађанскоправног уговора“. В. Водинелић (1993) 2120; М. Караникић Милић, Т. Јевремовић Петровић, 10–12.

¹⁵⁷ L. Richer, F. Lichère (2019), 33–34.

¹⁵⁸ N. Gabayet (2022), 251.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ *Ibid.*, 251–252.

¹⁶¹ L. Richer, F. Lichère (2019), 33.

¹⁶² R. Noguellou (2010), 676–677.

¹⁶³ Mathias Audit, *La notion de contrat administratif: L'influence du droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles 2014, 33 fn. 44.

¹⁶⁴ L. Richer, F. Lichère (2019), 34.

¹⁶⁵ *Ibid.*, 33.

Прво екстерно обележје посебно је важно, с обзиром на то да управноправни режим управних уговора представља једну од основних *differentia specifica* ових уговора у односу на уговоре грађанског права и да из њих извиру правила и принципи на основу којих се врши *квалификација* управних уговора и *регулише однос уговорних страна* (и положаја трећих лица) како у фази до закључења уговора, тако и у фази његовог извршења. Њега карактерише синергија чак неколико „испреплетаних“ извора који су већ наговештени у одељку 2.1.1. Централно место заузима судска пракса (детаљније у одељку 2.1.3 [i]), што треба разумети у једном ширем контексту њене улоге у креирању правних принципа управног права након Другог светског рата, услед дефицитарних законских извора који су за предмет имали положај појединаца према органима управе.¹⁶⁶ Поред тога, већ је поменут допринос управне и уговорне праксе, као и доктрине у корпусу правила која чине општи правни режим управних уговора у француском праву.¹⁶⁷

Напоследку, у данашње време све значајнији (ако не и доминантан) извор права у овој материји представљају нормативни извори, у које спадају уставне, законске и регулаторне одредбе.¹⁶⁸ Занимљиво је да, иако су се писани извори права управних уговора у Француској релативно касно „појавили на сцени“ у поређењу са многим другим континенталним правним системима, развој правног оквира уговора о јавним набавкама текао је „обрнутим редоследом“. Тако, Габаје наводи да су прва писана правила у овој материји донета веома рано, још за време Наполеона.¹⁶⁹

Када је реч о другом екстерном обележју, у данашње време се више не доводи у питање аутономност управних уговора и оправданост њиховог специфичног правног режима, како у односу на управни акт, тако ни у односу на грађанске уговоре органа јавне власти. Упркос томе, у пракси понекад није једноставно повући јасну демаркациону линију између, с једне стране, управних аката и управних уговора и, с друге стране, између управних и уговора грађанског права, тако да је на судовима захтеван задатак „препознавања“ и „квалификовања“ управних уговора на основу критеријума које су формулисали судска пракса (вид. одељак 2.1.3 [i]) и законодавац (вид. одељак (2.1.3 [ii])).¹⁷⁰ Такође, за разлику од појединих правних система (вид. одељак 2.2), у француском управни уговор није алтернатива управним актима, иако ови потоњи често могу да претходе закључењу уговора, или да служе његовом извршењу.¹⁷¹

Најзад, треће екстерно обележје, представља одступање или модификацију принципа општег уговорног права о *релативном* дејству уговора, које подразумева да уговор „рађа“ права и обавезе само за уговорне стране и да трећа лица из уговора не могу да црпе права, нити им могу наметнути обавезе без њиховог пристанка (вид. члан 1199 француског Грађанског законика).¹⁷² Нужно одступање (релативизација) овог принципа на терену управног права, последица је јавног интереса који прожима предмет управног уговора у француском праву, а који доводи до тога да и сама додела уговора и начин његовог извршења могу да имају директне или индиректне последице по права и/или правне интересе субјеката ван уговорног односа. Штавише, интензитет

¹⁶⁶ Hermann Pünder, Anika Klafki, “Grounds of Review and Standard of Review”, *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action* (eds. C. Backes, M. Eliantonio), Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Hart Publishing, Oxford 2019, 474.

¹⁶⁷ L. Richer, F. Lichère (2019), 14–15.

¹⁶⁸ *Ibid.*, 33; N. Gabayet (2022), 251.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ R. Noguellou (2010), 676.

¹⁷¹ L. Richer, F. Lichère (2019), 40.

¹⁷² Laurence Folliot-Lalliot, Dimitri Houtcieff, “Tiers et effet relatif du contrat”, *Contrats de droit privé et contrats de droit administratif – Droit comparé interne* (dir. V. Bouhier, D. Houtcieff), LGDJ, Paris 2019, 197.

уговорне делатности органа управе и комплексност уговорних аранжмана у материји јавних набавки и пружања различитих јавних услуга – а посебно отелотворење европског принципа транспарентности – доводи до континуираног проширења круга *трећих лица* на која такви уговори могу да утичу и/или која могу бити заинтересована за предметни уговор.¹⁷³

За разлику од облигационог права које, такође, одређеним категоријама трећих лица путем института деликтне одговорности тежи да пружи одговарајућу правну заштиту у случају да због повреде уговора претрпе штету, „управно право радије тежи да заинтересована трећа лица учини помоћницима законитости у уговорном универзуму, будним надзорницима ваљаности уговора и праћења његовог извршења“.¹⁷⁴ Другим речима, опрема их конкретним механизмима путем којих могу да заштите своја права и правне интересе и, последично, да утичу на сам уговорни однос (о чему у петој глави дисертације).¹⁷⁵

Међутим, поставља се питање ко су заправо трећа лица? Иако се на први поглед чини очигледним, у пракси није увек једноставно одредити ову категорију лица и поједини аутори истичу да је могуће направити „градацију“ – у зависности од категорије субјеката и фазе уговорног циклуса у којој се појављују. Тако, у фази која претходни закључењу уговора (фр. *la phase précontractuelle*), Фолио-Лалио (*Folliot Lalliot*) и Усиф (*Houtcieff*) разликују две шире категорије *трећих* (фр. *tiers*).

У оквиру прве су субјекти који су заинтересовани за закључење уговора и ту спадају:

(1) тзв. *квазисауговарачи*, односно бивши сауговарачи органа, у случају да је уговор престао да важи услед разлога ништавости, поништењем уговора од стране суда или није ни настао због тога што није потписан, орган није имао овлашћење да га закључи и др. У односу на ову категорију субјеката, француско управно право установљава институт „квазиуговорне“ одговорности органа¹⁷⁶ и

(2) *лица која су укључена у измену уговора*: односно лица која су повредила обавезу поштовања правне ситуације настале закључењем уговора (члан 1200, став 1 Грађанског законика) или су на неки начин онемогућила његово извршење, у ком случају се установљава њихова деликтна одговорност – лице које је сауговарача преварило или довело у заблуду, привредни субјекти којима је забрањено учешће на тендеру и др.¹⁷⁷

Другом категоријом обухваћени су субјекти који сеprotиве закључењу уговора и то:

(1) *неуспешни конкуренти* (фр. *concurrents évincés*), односно учесници на тендеру (понуђачи/кандидати), који имају одговарајући правни интерес за закључење уговора и који су претрпели или би могли да претрпе штету услед наводне повреде правила о додели уговора од стране наручиоца;¹⁷⁸

¹⁷³ *Ibid.*, 198.

¹⁷⁴ *Ibid.*, 198–200.

¹⁷⁵ L. Richer, F. Lichère (2019), 40. Ово обележје, које се тиче и једног од полазних истраживачких питања ове дисертације, биће детаљно обрађено у одговарајућем делу у оквиру поглавља о упоредном праву.

¹⁷⁶ L. Folliot Lalliot, D. Houtcieff, 199–200.

¹⁷⁷ *Ibid.*, 200–201.

¹⁷⁸ *Ibid.*, 201–202.

(2) институционализована трећа лица (фр. *les tiers institutionnels*): у питању су „чувари законитости“, где спадају префект (фр. *prefet*)¹⁷⁹, локални орган управе погођен уговором, његови представници или представници опозиције;¹⁸⁰

(3) заштитници посебних интереса (фр. *les défenseurs d'intérêts spécifiques*): хетерогена категорија која обухвата кориснике јавних услуга које су предмет уговора, њихова удружења и друге представнике цивилног сектора, затим финансијере пројекта и др.¹⁸¹

У фази након закључења уговора (фр. *la phase contractuelle*) поред претходно поменутих субјеката, Фолио-Лалио и Усиф сврставају и (1) повериоце уговорних страна¹⁸², затим (2) локалне пореске обвезнике који имају „довољан интерес“ и „изглед за успех“, који механизме правне заштите заправо активирају уместо органа¹⁸³; (3) као и лица која се налазе на „периферији“ уговора и мање или више су од њега удаљена, где спадају подизвођачи и подконцесионари, корисници услуга, извођачи радова, осигуравачи привредног субјекта, финансијери пројекта и др.¹⁸⁴

2.1.3 Елементи правног режима

С обзиром на то да од квалификације одређеног уговора као управног зависи правни режим којем ће бити подвргнут што, последично, опредељује и надлежност за решавање спорова у вези са тим уговором, поставља се питање *ко* и на *који начин* врши ту квалификацију. Прва могућност је да се „препознавање“ управних уговора препусти судовима, на основу критеријума које је изнедрила вишедеценијска судска пракса у овој материји (i). Друга је да законодавац одређене уговоре квалификује као управне (ii). При томе, битно је нагласити да се судски критеријуми не примењују уколико је уговор законом квалификован као управни.¹⁸⁵

(i) Судски критеријуми за квалификацију управних уговора

Већ смо указали на нераскидиву повезаност института управног уговора у француском праву са тамошњим управним судством. Стога не чуди што је управо судска пракса важан фактор афирмације и еволуције управних уговора. Посебан значај у овом процесу имају две институције – Државни савет (фр. *Conseil d'Etat*) као највиша управносудска инстанца и Трибунал за сукобе (фр. *le Tribunal des conflits*), тело у чију надлежност спада решавање сукоба надлежности између управног судства и судова опште надлежности.¹⁸⁶ Кроз садејство њихове богате и динамичне вишедеценијске праксе у овој материји, произашли су фундаментални принципи на којима се темељи општи правни режим управних уговора. Како то сликовито описује Данило Данић,

¹⁷⁹ Како Цуцић објашњава, префект „представља централну извршну власт у департманима, а формално је државни службеник на положају у Министарству унутрашњих послова“, В. Цуцић (2016), 94. Префекти су опремљени веома широким овлашћењима, а њихово увођење у систем јавне управе у Француској заправо представља вид деконцентрације државне власти. Jean Bernard Aubry, Lucie Cluzel-Métayer, “Administrative Law in France”, *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States – A Comparative Analysis* (ed. R. Seerden), Intersertia, Third edition, Cambridge – Antwerp – Portland 2012, 6.

¹⁸⁰ L. Folliot Lalliot, D. Houtcieff, 202.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Ibid.*, 203.

¹⁸³ *Ibid.*, 204–206.

¹⁸⁴ *Ibid.*, 203–204.

¹⁸⁵ L. Richer, F. Lichère (2019), 103.

¹⁸⁶ Имајући у виду надлежност овог судског тела, не чуди што су његови чланови представници највиших инстанци система редовног и управног судства тј. Касационог суда (*Cour de cassation*) и Државног савета. Више о систему судства у Француској, вид. В. Цуцић, (2016), 97–104.

француски Државни савет је успео да по примеру римских претора, заведе нове принципе и нова гледишта, која нису раније била утврђена путем какве теоријске анализе већ их је извукао из самога живота, из сложеног правног саобраћаја, тако једне развијене друштвене средине као што је француска.¹⁸⁷

Конкретни критеријуми за квалификацију управних уговора зависе, пре свега, од органског елемента тј. од тога ко су уговорне стране.¹⁸⁸ Прва варијанта која је уједно и најинтересантнија са аспекта наше теме, јесу уговори између органа јавне власти и приватног субјекта. Судска пракса је у вези са овим уговорима изнедрила два алтернативно постављена материјална критеријума. Тако, уговор у којима је макар једна уговорна страна орган јавне власти ће се сматрати управним, уколико (1) садржи једну или више одредаба које су стране уговорима грађанског права, односно такозване прекомерне одредбе (фр. *clause exorbitante du droit commun*) или је (2) предмет уговора у довољној мери повезан са вршењем јавне службе (фр. *service public*).¹⁸⁹ Осим ових, поједини аутори помињу и трећи критеријум – предмет уговора се тиче јавних радова (фр. *travaux public*).¹⁹⁰

Не постоји лимитативан списак прекомерних одредаба, нити општи критеријуми за утврђивање када одредбе уговора „излазе из орбите грађанског права“,¹⁹¹ већ је то препуштено процени судова у сваком конкретном случају. Стога је разумљиво да је и овај критеријум еволуирао кроз судску праксу.¹⁹²

Осврт на уговорне одредбе, а не само на предмет и циљ уговора¹⁹³ први пут је учињен у пресуди поводом предмета *Société des granits porphyroïdes des Vosges*.¹⁹⁴ Наиме, Државни савет је у предметном случају нашао да уговор о изградњи локалног пута за потребе града Лила није могао да се квалификује као управни, будући да није садржао одредбе које су по својој природи другачије од оних које би могле да се нађу у уговору грађанског права, односно које „нису уобичајене“ у грађанском праву.¹⁹⁵ Другим речима, да би се одређени уговор квалификовао као управни, неопходно је да садржи макар једну одредбу за коју суд сматра да не представља нормалне односе између субјеката приватног права.

Државни савет је касније у предмету *Stein*¹⁹⁶ прекомерну одредбу дефинисао као одредбу која има за циљ да странкама пренесе права или да им наметне обавезе,

¹⁸⁷ Данило Данић, „О административном уговору“, прештампано из *Споменице Мауровићу* о његовој шесетогодишњици, Београд 1934, 101.

¹⁸⁸ R. Noguellou (2010), 678.

¹⁸⁹ A. Vandeburie, D. de Valkeneer, K. Wauters, 92–105.

¹⁹⁰ *Ibid.*, 95 фн 19; L. Richer, F. Lichère (2019), 102–103.

¹⁹¹ *Ibid.*, 89.

¹⁹² A. Vandeburie, D. de Valkeneer, K. Wauters, 95.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Conseil d'Etat (CE), 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges c/ Ville de Lille*, N° 30701, Publié au recueil Lebon 909, concl. Léon Blum, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007634187/>, 5. септембар 2021.

¹⁹⁵ Вид. закључке државног комесара Леона Блума (*Léon Blum*): „Када је реч о уговору, потребно је испитати га не у светлости циља ради којег је закључен, него његове природе. И, да би управни судија имао надлежност, није довољно да набавка која представља предмет уговора буде коришћена за потребе одређене јавне службе; неопходно је да је сам уговор, по својој природи, представља уговор који јавноправни субјект може самостално закључити, то јест, да по својој форми и контексту буде управни уговор [...] Оно што је неопходно испитати је природа самог уговора, независно од тога ко уговор закључује, као и шта је предмет уговора“. Наведено према: Marceau Long *et al.*, „Compétence de la juridiction administrative - Régime exorbitant – Contrats: Observations“, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16e édition, 26/2007, No. 155, 2.

¹⁹⁶ CE, Section, 20 octobre 1950, *Stein*, Publié au recueil Lebon, 505.

стране по својој природи, онима на које ће вероватно неко пристати у оквиру грађанског и привредног права.¹⁹⁷

Из доктрине произлази да је реч о одредбама које би у грађанским или привредним уговорима биле (1) незаконите (фр. *illégal*); (2) немогуће (фр. *impossible*) или (3) неуобичајене (фр. *inusuelle*).¹⁹⁸ Француски аутори као пример таквих одредаба наводе једнострану овлашћења јавноправног сауговарача на измену или раскид уговора у јавном интересу; надзор/контролу над приватним сауговарачем; овлашћење органа да по службеној дужности решава спорове из уговора или одредбу о изузећу од фискалних обавеза.¹⁹⁹ У новијој пресуди *Institut national de recherches archéologiques preventives*,²⁰⁰ Трибунал за сукобе је појаснио да одредба којом се јача овлашћења поверавају приватном сауговарачу није довољна да би се уговор сматрао управним; дакле, неопходно је да та овлашћења буду поверена органу.

Међутим, иста судска инстанца је у предмету *S.A. Axa France Itard*²⁰¹ из 2014. године, преформулисала, односно преименовала овај критеријум, тако да сада подразумева „одредбу која имплицира да се на уговор примењује режим који излази ван оквира грађанског права“ (фр. *clause qui implique que le contrat relève d'un régime exorbitant du droit commun*).²⁰² Ова пресуда је такође трасирала пут ка увођењу категорије јавног интереса, чиме се суштински сужава схватање прекомерних одредаба. Наиме, прекомерном одредбом ће сматрати оне којима су управу дата јача овлашћења у јавном интересу.²⁰³

На значај концепта јавне службе (фр. *service public*) за утврђивање надлежности управног судства први је указао Трибунал за сукобе још 1873. године у пресуди поводом предмета Бланко (*Blanco*)²⁰⁴ – која се уједно сматра и каменом темељцем француског управног права.²⁰⁵ Иако се овај предмет тицао утврђивања одговорности државе за штету причињену појединцу услед вршења јавне службе, а не самих управних уговора, њиме је прокрчен пут каснијој судској пракси која ће као централни

¹⁹⁷ Наведено према: Mathias Amilhat, “La notion de contrat administratif et son régime : quelques évolutions”, *JDA*, Art. 237, доступно на: <http://www.journal-du-droit-administratif.fr/la-notion-de-contrat-administratif-et-son-regime-quelques-evolutions-2/>, 20. септембар 2021; Вид. и L. Richer, F. Lichère (2019),

¹⁹⁸ A. Vandeburie, D. de Valkeneer, K. Wauters, 96.

¹⁹⁹ Вид. нпр. L. Richer, F. Lichère (2019), 90–91; R. Noguellou (2010), 679.

²⁰⁰ Tribunal des Conflits (TC), 02 novembre 2020, *Institut national de recherches archéologiques preventives*, N° C4196, Publié au recueil Lebon, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000042490963>, 10. септембар 2021.

²⁰¹ TC, 13 octobre 2014, *S.A. Axa France Itard*, N° C3963, Publié au recueil Lebon, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000029778703/>, 10. септембар 2021.

²⁰² L. Richer, F. Lichère (2019), 87.

²⁰³ A. Vandeburie, D. de Valkeneer, K. Wauters, 96. Вид. и пресуду TC 06 juin 2016, *Commune d'Aragouet c. Commune de Vignec*, N° C4051, Mentionné dans les tables du recueil Lebon, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000032659042/>, 10. септембар 2021.

²⁰⁴ TC, 8 février 1873, *Blanco*, Rec. 61, concl. David. доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007605886/>, 15. јул 2019.

²⁰⁵ A. Vandeburie, D. de Valkeneer, K. Wauters, 93 фн 8. Бавећи се питањем надлежности за испитивање одговорности државе за штету причињену појединцу приликом вршења јавне службе, Трибунал за сукобе је стао је на становиште да, прво, критеријум јавне службе опредељује надлежност управног судства; друго, да одговорност за накнаду штете државе не може да се утврђује на истих правила која важе за појединце, односно правила Грађанског законика, већ према посебним правилима и, треће, указао је на везу између основа спора и надлежности управног судства. Иако су и судска пракса и законодавство од доношења ове пресуде до данас еволуирали у правцу сужавања њених домаћаја, тако да се не може сматрати да су сви спорови који су повезани са вршењем јавне службе у надлежности управног судства, ова пресуда се и дан данас сматра једном од најзначајнијих у историји француског управног права. Conseil d'Etat, Tribunal des conflits, 8 février 1873, *Blanco*, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/tribunal-des-conflits-8-fevrier-1873-blanco>, 15. јул 2019.

елемент препознавања управних уговора поставити управо концепт јавне службе. Две посебно значајне пресуде у том погледу су пресуде Државног савета донете у чувеним предметима Терије (фр. *Terrier*) из 1903. године²⁰⁶ и Терон (фр. *Therond*).²⁰⁷ Чињенично стање је у обе пресуде било слично. У првој, у циљу уништавања змија отровница које су постале опасност по околину, на нивоу департмана *Saône-et-Loire* донета је одлука да се одредели одређени буџет из којег ће бити исплаћиване одговарајуће награде по убијеној змији свакоме ко донесе потврду градоначелника о томе.²⁰⁸ С обзиром на то да је одзив био већи него што се очекивало, буџет је убрзо исцрпљен, а поједини грађани су остали без обећане награде. Међу њима је био и господин Терије, који је одлучио да тужи департман. Поставило се питање да ли ће за овај спор поводом уговора између појединца и локалног органа власти бити надлежни управни судови или судови опште надлежности. У својим закључцима, државни комесар (фр. *Commissaire du gouvernement*)²⁰⁹ Ромију (*Romieu*) указује на то да, прво, спорови који се тичу вршења јавне службе – било да су ангажовани национални или локални интереси – потпадају под надлежност управног судства²¹⁰ и, друго, у конкретном случају је реч о управном уговору, будући да је предмет уговора вршење јавне службе. Тиме је Државни савет отклонио сваку сумњу у то да вршење јавне службе може да буде делегирано приватним субјектима.²¹¹

У другом случају, предмет уговора између града Монпелијеа и грађана је била обавеза потоњих да за одређену награду хватају псе луталице и уклоне угинуле животиње са пруга, јавних путева, кланаца и приватних поседа. Као и у претходном случају, господину Терону није била исплаћена награда. У покренутом спору против града, Државни савет је нашао да предмет уговора представља пример јавне службе,

²⁰⁶ CE, 6 février 1903, *Terrier*, N° 07496, publié au recueil Lebon, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007634922/>, 09. септембар 2021.

²⁰⁷ CE, 4 mars 1910, *Therond*, N° 29373, publié au recueil Lebon, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007631419/>, 09. септембар 2021.

²⁰⁸ Jean Romieu, “Conclusions Romieu sur l’arrêt Terrier, Conclusions sur CE, 6 février 1903, Terrier, n° 07496, rec.”, *Revue générale du droit on line*, 2018, numéro 29383, <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2018/02/19/conclusions-romieu-sur-larret-terrier/>, 09. септембар 2021.

²⁰⁹ Након реформе из 2009. године, ова функција је преименована у јавног известиоца (*rapporteur public*). Његова улога у управним споровима је да независно и непристрасно сачини закључке (*conclusions*) који имају за циљ да јавност упознају са предметом спора и, како им и назив каже, образложи закључке изнете у пресуди. Agathe Van Lang, Geneviève Gondouin, Véronique Inserguet-Brisset, *Dictionnaire de droit administratif*, 7e édition, Éditions Dalloz, Sirey, Paris 2015, 87, 387.

²¹⁰ Према речима тадашњег државног комесара Ромијуа (*Romieu*): „[б]ило да се ради о националним или локалним интересима, од момента када се нађемо пред колективним потребама о којима су јавноправни субјекти дужни да се старају, управљање овим интересима не може искључиво да потпадне под принципе грађанског права који регулишу приватне интересе; напротив, они сами по себи имају јавни карактер, чине грану јавне управе уопште, и као такви морају припадати управном спору[...]. Све радње између јавноправних субјеката и трећих лица или између самих јавноправних субјеката, а по основу вршења, неизвршавања или лошег вршења јавне службе, спадају у управну надлежност и потпадају, у недостатку посебног прописа, под надлежност Државног Савета[...].“ J. Romieu, “Conclusions sur l’arrêt Terrier”, www.revuegeneraledudroit.eu/?p=29383, 09. септембар 2021.

²¹¹ Juri’ Predis, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, <https://www.juripredis.com/fr/la-jurisprudence-dossier/les-grands-arrets-de-la-jurisprudence-constitutionnelle/les-grands-arrets-de-la-jurisprudence-administrative>, 10. септембар 2021.

која је на основу уговора делегирана појединцима.²¹² Последично, спор из оваквог уговора спада у искључиву надлежност управног судства.²¹³

Међутим, није довољно да постоји било каква повезаност уговора са вршењем јавне службе да би се он сматрао управним. Наиме, неопходно је да таква веза буде „довољна“ (фр. *suffisante*), односно довољно јака, те је улога судова у томе да у сваком конкретном случају испитају да ли је овај услов испуњен.²¹⁴ Из богате судске праксе произлази да ће то бити случај уколико се: 1) уговором појединцу поверава вршење јавне службе²¹⁵; 2) уговор представља модалитет вршења јавне службе²¹⁶ или се в) уговором појединци ангажују (укључују) ради учешћа у вршењу јавне службе.²¹⁷

Осим уговора које органи јавне власти закључују са приватним лицима, постоје (и све су заступљенији) различити уговори које органи јавне власти закључују међу собом. Судска пракса је за ову категорију уговора установила претпоставку да су у питању управни уговори, осим ако се из њих „рађа“ приватноправни однос.²¹⁸ Обрнуто, такође, важи – уколико је у питању уговор између два јавноправна субјекта, макар по својој садржини био приватноправни, присуство прекомерне одредбе уговор „враћа“ под окриље управног права. Потоње је истакнуто у пресуди Трибунала за сукобе из 2016. године, у предмету *Commune d'Aragnouet c. Commune de Vignec*.²¹⁹ У предметном случају који се тичао спора између две општине, поводом раскида уговора о цесији земљишта у приватном власништву једне од њих, за потребе изградње хале за зимске спортове, Трибунал за сукобе је истакао како

*[с] обзиром на то да ако је уговор који се односи на пренос непокретности од стране општине која чини део њеног приватног домена, у принципу, уговор приватног права, укључујући и ситуацију када је купац други јавноправни субјект, постојање у уговору једне или више одредаба које имплицирају да се на уговор примењује режим који излази ван оквира грађанског права, међутим, даје овом уговору управну природу.*²²⁰

²¹² Maurice Hauriou, “Le caractère administratif de la concession d’un service public communal, Note sous Conseil d’Etat, 4 mars 1910, Thérond, S. 1911.3.17”, *Revue générale du droit on line*, 2015, numéro 15567, <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/06/10/le-caractere-administratif-de-la-concession-dun-service-public-communal/>, 10. септембар 2021.

²¹³ Juri’ Predis, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, <https://www.juripredis.com/fr/la-jurisprudence-dossier/les-grands-arrets-de-la-jurisprudence-constitutionnelle/les-grands-arrets-de-la-jurisprudence-administrative>, 10. септембар 2021.

²¹⁴ L. Richer, F. Lichère (2019), 98.

²¹⁵ A. Vandeburie, D. de Valkeneer, K. Wauters, 97–98. Вид. пресуду Државног савета у предмету *Époux Bertin*, CE, Section, 20 avril 1956, N° 98637, publié au recueil Lebon, доступно на: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-20-avril-1956-epoux-bertin-et-ministre-de-l-agriculture-c-consorts-grimouard-et-autres>, 10. септембар 2021.

²¹⁶ A. Vandeburie, D. de Valkeneer, K. Wauters, 98–99.

²¹⁷ *Ibid.*, 99–100.

²¹⁸ У том контексту, вид. пресуду Трибунала за сукобе у предмету *Union des Assurances de Paris*, TC, 21 mars 1983, N° 02256, publié au recueil Lebon, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007606873/>, 10. септембар 2021. Као пример приватних уговора између два јавноправна субјекта, у литератури се наводе уговори о продаји или закупу неког добра из домена приватног права или о вршењу комерцијалне или индустријске јавне службе када се као корисник појављује други јавноправни субјект – због правила по коме се односи између пружаоца јавне услуге тог карактера и корисника, уређује приватним правом. R. Noguellou (2010), 679–680, 680 фн. 10. Више о уговорима између јавноправних субјеката вид. L. Richer, F. Lichère (2019), 129–130.

²¹⁹ TC, *Commune d'Aragnouet c/ Commune de Vignec*, N° 4051, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000032659042/>, 27. август 2022.

²²⁰ *Ibid.*, пар. 2.

Тиме је додатно наглашен материјални критеријум као елемент идентификовања управних уговора и његов „примат“ у односу на критеријум уговорних страна.

Најзад, када су у питању уговори између два приватна субјекта, постоји обрнута претпоставка да је реч о уговору приватног права.²²¹ Ипак, и међу оваквим уговорима могуће је изоловати управне уговоре уколико једна од уговорних страна уговор закључује у име и за рачун органа управе, дакле, као мандатар органа управе.²²² Како, међутим, истичу Караникић Мирић и Јевремовић Петровић, ту *суштински* и није реч о правом изузетку, будући да уговор обавезује јавноправног субјекта.²²³ Осим поменутог, други изузеци тичу се ситуације у којој је за време трајања уговора дошло до статусне промене, услед које је приватни субјект заменио јавноправног субјекта и, самим тим, „ступио у уговор“ уместо свог претходника,²²⁴ као и уколико је законом тако предвиђено.²²⁵ Ипак, судска пракса није до краја конзистентна по питању управних уговора између појединаца и новије одлуке иду у правцу што ужег тумачења овог изузетка, што доводи у питање његов практични значај.²²⁶ Штавише, и у теорији још увек постоје опречна становишта о критеријумима и условима њихове допуштености.²²⁷

Осим обликовања органског и материјалних критеријума за идентификовање управних уговора, управносудска пракса изнедрила је и кључне принципе на којима се темеље поступак доделе управних уговора, њихово извршење, као и решавање спорова из ових уговора – који заједно плету мрежу правног режима управних уговора. Поједини аутори ове принципе деле на две шире категорије. Док су у првој принципи наслоњени на општи уговорни режим који извири из француског Грађанског законика, у другој су они који представљају изворну и „оригиналну преторску креацију“ управног судства.²²⁸

Међу принципима из прве групе, која почива на идеји да је управни уговор преваходно *уговор* – што доводи у везу поједине принципе општег уговорног права и правни режим управних уговора²²⁹ – издвајају се, поред већ поменуте *слободе уговарања* (вид. 2.1.2), и они који се *тичу услова пуноважности уговора*, и *правног дејства*, односно обавезности уговора.²³⁰ Тако, услови пуноважности укључују: (1) сагласност обе стране да закључе уговор²³¹; (2) способност уговарања и (3) допуштености (законитости) и одређености садржине уговора (члан 1128 Грађанског законика).²³² С друге стране, сваки уговор (па тако и управни) представља двострано-обавезујући правни акт из којег извиру права и обавезе за обе уговорне стране, и који за њих представља „закон“.²³³ С тим у вези је и релативно дејство уговора према

²²¹ R. Noguellou (2010), 678.

²²² Судска пракса екстензивно тумачи „мандат“ – довољно је имплицитно овлашћење, нпр. да орган јавне власти у целини или делимично финансира јавне радове који су предмет уговора. *Ibid.*, 680. О спорној правној природи тог мандата, вид. L. Richer, F. Lichère (2019), 117–126.

²²³ М. Караникић, Т. Јевремовић Петровић, 10–11, фн. 31

²²⁴ L. Richer, F. Lichère (2019), 127–128.

²²⁵ У потоњем случају, пример за то су одређени уговор о куповини електричне енергије. L. Richer, F. Lichère (2019), 127.

²²⁶ М. Amilhat (2016), доступно на: <http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=1157>, 27. август 2022.

²²⁷ Вид. Д. Миљкић (2017а), 189–192.

²²⁸ N. Gabayet (2022), 245.

²²⁹ *Ibid.*, 246.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ Ипак, како Габаје примећује, далеко су ређи случајеви мана воље на терену управних уговора, него што је то случај са уговорима грађанског права. Разлог овај аутор проналази у веома детаљним правилима за доделу уговора, посебно у материји јавних набавки где постоје високи стандарди на нивоу ЕУ. *Ibid.*, 248.

²³² *Ibid.*, 248–250.

²³³ *Ibid.*, 250.

различитим категоријама трећих лица, које је већ претходно описано (вид. *supra* 2.1.2). Када је о „техници“ прибегавања принципима облигационог права реч, Габаје истиче да управни судови практикују како изричито позивање на неку од одредаба Грађанског законика, тако и „извлачење“ њихове суштине како би се „применила на управне уговоре“.²³⁴

Осим општих јавноправних принципа који прожимају целокупну материју управног права,²³⁵ управносудска пракса је обликовала принципе „кројене по мери“ управних уговора. Могуће их је поделити на оне који се односе на поступак доделе уговора, оне који се испољавају за време његовог трајања, у фази извршења уговора, и принципе на којима почива решавање спорова из управних уговора.²³⁶ Принципи *транспарентности* и *једнакости* или *равноправности учесника* на тендеру, као идеје водиле поступка одабира приватног саговорача и доделе уговора, постојали су у француском праву и пре доношења европских директива у материји јавних набавки и концесија, али су након тога додатно учвршћени.²³⁷

Габаје казује да је управо у погледу фазе извршења уговора, дошла до изражаја „генијалност управног судије“ у креирању принципа који чине корпус општег режима управних уговора.²³⁸ Међу њима су *принцип променљивости управних уговора*, који се манифестује у виду једностраних овлашћења органа да раскине, односно измени управни уговор; *теорија непредвидљивости*, *теорија о чину владара* и *управној вишој сили*, као и *контролна овлашћења органа*²³⁹ – о чему ће бити више речи у одељку посвећеном односу између уговорних страна у управном уговору. Најзад, решавање спорова из управног уговора, односно могућност остваривања правне заштите прожима принцип *лојалности уговорних односа*²⁴⁰ – средњи пут између заштите објективне законитости и правне сигурности која произлази из стабилности правне ситуације успостављене управним уговором – о чему више у петој глави дисертације.

(ii) Законска квалификација управних уговора

Захтеви за већом правном сигурношћу и усклађивањем са европским *acquis*-јем, резултовали су све већим значајем писаних извора у овој материји.²⁴¹ То је довело до веће заступљености именованих управних уговора, који су добили своје законско рухо.²⁴² Приликом кројења законског оквира за поједине управне уговоре, француски законодавац се ослања(о) на две законске технике – прописивање искључиве надлежности управног судства за решавање спорова из одређених уговора, и изричито одређење уговора као управних.²⁴³

Међу писаним изворима, по свом значају и свеобухватности свог предмета, издваја се Кодекс о јавним набавкама (фр. *Code de la commande publique*),²⁴⁴ донет у склопу

²³⁴ *Ibid.*, 246.

²³⁵ Ту спадају већ поменути принципи који се тичу (1) ограничене могућности располагања јавноправним овлашћењима; (2) забране органима јавне власти да плаћају новчане износе које не дугују и (3) континуитет државе. *Ibid.*, 251–252.

²³⁶ *Ibid.*, 252.

²³⁷ *Ibid.*, 252–253.

²³⁸ *Ibid.*, 253.

²³⁹ *Ibid.*, 253–256.

²⁴⁰ *Ibid.*, 257.

²⁴¹ L. Richer, F. Lichère (2019), 14, 35–38.

²⁴² R. Noguellou (2010), 678.

²⁴³ L. Richer, F. Lichère (2016), 107.

²⁴⁴ Израз *commande publique* је шири од израза који се у француском праву користи за јавне набавке – *marche public* али будући да у нашем језику не постоји одговарајући израз/еквивалент, користићемо јавне набавке у најширем смислу.

амбициозне и вишегодишње реформе у овој материји.²⁴⁵ Циљ кодификације свих правила која се односе на уговоре органа јавне власти (јавне набавке, концесије, ЈПП), чија примена је отпочела 2019. године, била је симплификација правила о уговорној делатности органа јавне власти, будући да су до тада правила којима се уређују питања као што је поступак доделе појединих уговора, њиховог извршења и др. била расута по бројним прописима. Осим тога, било је неопходно додатно обезбедити усклађеност са европским директивама о јавним набавкама и концесијама.²⁴⁶

Члан 6 L Кодекса се односи на управне уговоре и прописује да уколико су закључени од стране органа јавне власти (фр. *personnes morales de droit public*), уговори који су предмет регулисања овог Кодекса се сматрају управним уговорима²⁴⁷ – било на основу свог предмета, било на основу уговорних одредаба. Истим чланом је надаље прописано да:

- 1) јавноправни сауговорач има право вршења контроле над извршењем уговора, у складу са одредбама Кодекса, посебних правила или уговорних одредаба;
- 2) уговори који имају за циљ вршење јавне службе морају да поштују принцип континуитета јавне службе;
- 3) у случају спољашњих догађаја на које уговорне стране немају утицаја, а који утичу на уговорну равнотежу, приватни сауговорач који наставља извршење уговора има право на одговарајуће обештећење/надокнаду и
- 4) јавноправни сауговорач има право једностраног раскида уговора, у складу са условима које прописује Кодекс. Уколико се уговор раскида у јавном интересу, сауговорач има право на обештећење, у складу са условима из уговора.²⁴⁸

Тиме се, суштински, кодификује већина горе поменутих принципа произашлих из судске праксе, а који се тичу фазе извршења уговора.²⁴⁹ Кодекс, осим тога, садржи и правила која се односе на поступак доделе уговора, као што је слобода уговарања (члан L 1), правило о ограниченом трајању уговора (члан L5) или, пак принципе транспарентности и слободне конкуренције који произлазе из европских директива.²⁵⁰

Осим Кодекса о јавним набавкама, за материју управних уговора релевантни су и прописи (како законског, тако и регулаторног/уредбодавног карактера) који се односе на локалне органе управе (*Code général des collectivités territoriales*), затим прописи који се тичу општег управног поступка и спора, као и бројни секторски закони којима се регулишу поједине врсте уговора или тачно одређени пројекти, засновани на конкретном управном уговору.²⁵¹

2.1.4 Однос уговорних страна

Иако ћемо се питањем односа уговорних страна у управним уговорима у немачком и српском праву бавити у оквиру пете главе посвећене механизмима решавања спорова, одлучили смо се за то да у контексту француског права, ово питање већ сада

²⁴⁵ Code de la commande publique (CCP), доступно на: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000037701019/2019-04-01, 15. септембар 2022. године.

²⁴⁶ N. Gabayet (2022), 240.

²⁴⁷ Уз изузетак појединих уговора, регулисаних у петој књизи другог дела (чл. од L2500-1 до L2500-2) и другој књизи трећег дела (чл. L3200-1 до L3222-1) CCP-а.

²⁴⁸ Чл. 6 L CCP-а, доступно на: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000037701019/LEGISCTA000037703230/2019-04-01/#LEGISCTA000037703230, 15. септембар 2022. године.

²⁴⁹ N. Gabayet (2022), 240.

²⁵⁰ *Ibid.*, 241–242.

²⁵¹ L. Richer, F. Lichère (2019), 339–698.

обрадимо и издвојимо га као засебну целину. Ово стога што се неравноправност уговорних страна у корист органа јавне власти и у домаћој и у иностраној литератури често наводи као једно од основних обележја француске концепције управних уговора и његова *differentia specifica* не само у односу на уговоре приватног права, већ и у поређењу са упоредивим уговорима у другим правним системима, као што је нпр. немачки. Без намере да оспоримо значај ове карактеристике француског управног уговора, сматрамо да је она у најмању руку пренаглашена и да ју је неопходно сагледати у ширем контексту *сврхе* њеног установљавања.

Пре свега, о неравноправности можемо говорити само у контексту уговора закључених између, с једне стране, органа јавне власти и, с друге, приватног субјекта.²⁵² Евидентно је да не може бити речи о било каквој неравноправности када се као уговорне стране нађу субјекти истог „ранга“ или статуса, као што је случај са управним уговорима закљученим између два органа јавне власти, па чак ни између два приватна субјекта.

Када имамо у фокусу ову чињеницу, потребно је да се запитамо чему служи посебан (управно)правни режим којим су управни уговори у француском праву подвргнути – а чији су правила која се тичу положаја уговорних страна унутар уговора саставни део. Кључ је у категорији јавног интереса које управни уговори теже да задовоље. Орган јавне власти у управном уговору не наступа као појединац који уговор закључује ради задовољавања сопствених потреба и интереса (у ту сврху закључује уговоре приватног права), већ то чини у склопу вршења својих овлашћења у општем интересу.

Стога је неопходно да се предвиде одговарајући механизми како би се тај интерес заштитио. Они су уграђени у правила која прожимају целокупан уговорни циклус – од поступка одабира приватног сауговорача и доделе и закључења уговора, преко његовог извршења, све до решавања спорова у вези са датим уговором. Када је реч о правилима којима је подвргнута фаза која претходи закључењу уговора, она се превасходно огледају у додатним ограничењима која су наметнута органу, како би се обезбедило транспарентно и рационално трошење јавних средстава, а за сауговорача одабрао кандидат који је најадекватнији за пружање јавне услуге која је предмет уговора, предузимање јавних радова и сл. Ова фаза поступка посебно је обојена захтевима који произлазе из европских директива у погледу транспарентности, забране дискриминације између домаћих и страних понуђача, обезбеђивања слободне конкуренције и сл. и не представља спецификум француског права већ је у великој мери хармонизиован на нивоу ЕУ – о чему је већ било речи. Може се рећи – додуше, само условно – да ако и постоји извесна неравноправност у овој фази поступка, она је извршена у корист приватног сауговорача, али и других учесника поступка (неуспешних понуђача, кандидата и сл.). Дакле, заштита приватних интереса поменутих категорија лица, али и јавног интереса, налажу наметање ограничења слободе уговарања јавноправним субјектима.²⁵³

С друге стране, у фази након закључења уговора, потребно је обезбедити његово правилно и континуирано извршење у јавном интересу. Како живот бројним

²⁵² Рише и Лишер указују на то да је у теорији дуго било дискутабилно да ли једна или обе уговорне стране уживају право на једнострано раскид уговора у јавном интересу, уколико је уговор закључен између два органа јавне власти, а сам уговор „ћути“ по том питању. Како даље појашњавају ови аутори, будући да је право једностраног раскида у јавном интересу уско везано за овлашћење за организовање јавне службе, ово право се губи уколико је једном од сауговорача од стране другог поверено вршење јавне службе, као што би било поверено и неком приватном субјекту. Осим тога, уколико се уговором не делегира вршење јавне службе већ је реч о заједничком пројекту у општем интересу, узима се да оба сауговорача могу једнострано да раскину уговор, уколико су за то испуњени услови. *Ibid.*, 240–241.

²⁵³ N. Gabayet (2022), 252–253.

непредвиђеним околностима – на која уговорне стране (не)могу увек да утичу – може да осујети поменути циљ, неопходно је установити одговарајуће механизме да се поновно омогући реализација јавних интереса са којима је скопчан предмет уговора. У том контексту, Габаје истиче како општа правила о управним уговорима у овој фази уговорног циклуса, „имају заједничку функцију да олакшају решавање непредвиђених ситуација (административних, економских, техничких...) које утичу на правилно извршење уговора.“²⁵⁴ Поменута једностранна овлашћења органа јавне власти, међу којима су најзначајнија: 1) *право једностраног раскида уговора у јавном интересу*; 2) *право једностране измене уговора* и 3) *право на изрицање санкција приватном саговорачу* – инструменти су за реализацију те сврхе.

Као што је већ истакнуто (вид. *supra* 2.1.3 [i]), прва два овлашћења органа произлазе из принципа променљивости управних уговора, као „последиче променљивости јавних интереса“, које управни уговори теже да реализују.²⁵⁵ Њима се не елиминише значај уговора као „закона за уговорне стране“, али се знатно ублажава.²⁵⁶

Право органа јавне власти на једностранни раскид уговора установљено је још у 19. веку и део је корпуса општих принципа произашлих из судске праксе, на којима се темељи право управних уговора.²⁵⁷ То, с једне стране, значи да је ово овлашћење неспорно у теорији,²⁵⁸ а с друге стране, да ће постојати чак и ако се не предвиди самим уговором.²⁵⁹

Кодекс о јавним набавкама сада на једном месту окупља све разлоге за једностранни раскид уговора о јавним набавкама (чланови L. 2195-2 – L. 2195-6), односно концесија (L.3136-1 – L.3136-6) и ови разлози су истоветни за обе категорије уговора. Тако, орган има право једностраног раскида уговора: (1) услед више силе; (2) због „довољно озбиљне“ кривице приватног саговорача; (3) ако то налаже јавни интерес; (4) уколико се у току извршења уговора појави један од разлога за искључење понуђача; (5) ако уговор није требало да буде додељен конкретном привредном субјекту услед повреде правила о јавним набавкама које прописују директиве ЕУ, а таква повреда је установљена одлуком Суда правде и (6) када се извршење уговора не може наставити без његове измене супротно одредбама Кодекса.²⁶⁰ При томе, други и трећи разлог се везују искључиво за уговоре о јавним набавкама и концесијама који су истовремено управни уговори, док се остали односе и на такве уговоре приватноправне природе.

Наведене разлоге можемо сумирати тако да обухвате четири главне ситуације. Наиме, могућност да орган једнострано раскине управни уговор постоји: а) уколико то налаже јавни интерес, затим б) због нескривљене одговорности друге уговорне стране;

²⁵⁴ *Ibid.*, 253.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ L. Richer, F, Lichère (2019), 223.

²⁵⁷ *Ibid.*, 238.

²⁵⁸ Дилема је, ипак, постојала у погледу уговора о концесији, будући да у тој материји постоји институт « *rachat* » којим се концесионару обезбеђује право на обештећење у случају једностраног раскида уговора од концедента и који се обично предвиђа општим условима уговора (*cahier des charges*). Дилему је разјаснио Државни савет у пресуди поводом предмета *Société TV6*, када је нашао да право једностраног раскида постоји и у случају концесија – чак и ако се не уговори. CE, Assemblée, 2 février 1987, N°81131 82432 82437 82443, publié au recueil Lebon, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007723450/>, 21. септембар 2022. Ово је потврдио и Трибунал за сукобе, изједначивши овај институт са једностраним раскидом уговора у јавном интересу. L. Richer, F, Lichère (2019), 238; R. Noguellou (2010), 387.

²⁵⁹ R. Noguellou (2010), 688–689; Ипак, уговором је могуће искључити право на једностранни раскид у одређеним случајевима. L. Richer, F, Lichère (2019), 238, 241.

²⁶⁰ Вид. и *Ibid.*, 243.

в) због скривљене одговорности друге уговорне стране, као вид санкције за неизвршење уговорних обавеза као и г) услед више силе.²⁶¹

Први случај уједно најбоље одражава сврху коју једностранна овлашћења органа треба да задовоље. Врло је важно да орган не може произвољно да раскине уговор, већ је неопходно да постоји „легитимни мотив“ оличен у јавном интересу.²⁶² Када ће он бити испуњен, процењује суд у сваком конкретном случају.²⁶³ Судска пракса прилично екстензивно тумачи овај услов, а неки од примера када ће то бити случај укључују промену прописа; напуштање одређеног пројекта ради чије реализације је закључен уговор; реорганизације јавне службе која је предмет уговора и др.²⁶⁴ При томе, истиче се да јавни интерес мора да буде „реалан“ и да постоји „у тренутку када орган доноси одлуку о раскиду“, без могућности да се предвиди „будућа еволуција јавног интереса“.²⁶⁵

Упркос поменутом широком дијапазону ситуација у којима је суд процењивао да јавни интерес на који се орган позива представља легитиман мотив да се уговор раскине, реч је о овлашћењу којем се у пракси веома ретко прибегава, посебно јер може да буде веома финансијски оптерећујуће за орган, будући да њеном саговорачу припада право на новчано обештећење.²⁶⁶ Наиме, приватни саговорач има право на адекватно новчано обештећење, које покрива како стварну штету (лат. *damnum emergens*), тако и измаклу добит (лат. *lucrum cessans*) и које се у овом случају остварује према теорији о чину владара (фр. *théorie du fait du Prince*)²⁶⁷ – о чему ће нешто касније бити више речи.

Други случај једностраног раскида уговора последица је неизвршења обавезе приватног саговорача из разлога који му се не могу приписати у одговорност. Међу спољашњим околностима које могу довести до овакве последице, француска доктрина издваја, на пример, стечај привредног субјекта који је уједно и саговорач органа, који га онемогућава да настави са извршењем уговора, али у ком случају нема ни право на новчано обештећење.²⁶⁸ Поред тога, наводи се и технолошки напредак који је условио промену у начину извршења јавне службе која је предмет уговора о концесији, а концесионар одбија да се томе прилагоди.²⁶⁹

Све до доношења Кодекса о јавним набавкама, било је дискутабилно да ли контролна овлашћења органа спадају у корпус општих принципа који се примењују независно од тога да ли су предвиђена уговором.²⁷⁰ Члан L6 Кодекса о јавним набавкама гарантује органима јавне власти једно опште право контроле над извршењем уговора, у које спада санкционисање приватног саговорача и то: 1) изрицањем новчаних санкција (пенала); 2) *принудних* (фр. *coercitive*) санкција, у виду принудног извршења радова или преузимања вршења јавне службе која представља предмет уговора и сл. и, најзад, 3) *резолутивних* санкција, односно право једностраног раскида уговора због тешке кривице (фр. *faut grave*) саговорача.²⁷¹

²⁶¹ *Ibid.*, 238–250.

²⁶² *Ibid.*, 239.

²⁶³ У пракси је до тога долазило због промене прописа; напуштања одређеног пројекта ради чије реализације је закључен уговор; реорганизације јавне службе која је предмет уговора и др. *Ibid.*

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ N. Gabayet (2022), 254.

²⁶⁶ R. Noguellou (2010), 690.

²⁶⁷ L. Richer, F. Lichère (2019), 243–245.

²⁶⁸ Ипак, Кодекс о јавним набавкама забрањује органу да раскине уговор по том основу, уколико је претходно остварена судска заштита, о чему је орган био благовремено информисан. *Ibid.*, 249.

²⁶⁹ *Ibid.*, 250.

²⁷⁰ *Ibid.*, 255.

²⁷¹ *Ibid.*, 246–262.

У потоњем случају, захтева се од органа да одлука о раскиду уговора буде донета у свему у складу са правилима контрадикторног (управног) поступка, а посебно да буде образложена и да о њој приватни сауговорач буде благовремено и адекватно обавештен.²⁷² Иако и самим уговором може бити предвиђено који пропусти приватног сауговорача могу за собом повући резолутивну санкцију, суд ће у сваком конкретном случају ценити да ли је она у складу са начелом сразмерности, односно да ли је кривица сауговорача органа „довољно тешка“ да доведе до раскида уговора.²⁷³ При томе, узмеће у обзир понашање органа и његов евентуални допринос неизвршењу обавезе од стране сауговорача; спољашњим околностима које објективно отежавају извршење; карактер пропуштене обавезе и последице по јавну службу чија реализација је предмет уговора.²⁷⁴ Сасвим логично, сауговорач управе нема право на накнаду штете (штавише, евентуални трошкови које је орган претрпео услед раскида уговора падају њему на терет) али имаће право на обештећење у погледу већ извршеног дела обавезе, до неамортизоване вредности уложеног.²⁷⁵

Најзад, до престанка уговора може доћи и услед више силе (фр. *force majeure*), као спољне, непредвидљиве околности, којој је немогуће одупрти се и која доводи до немогућности извршења уговора за (обе) уговорне стране.²⁷⁶ Процену обележја неког спољашњег догађаја и његовог утицаја на (не)могућност извршења уговорне обавезе, врши суд али не у апстрактним оквирима, већ имајући у виду конкретну ситуацију.²⁷⁷ Такође, самим уговором је могуће предвидети да ће друга уговорна страна имати праву на новчано обештећење.²⁷⁸ Међутим, *viu suu silu* као институт не треба мешати са једним другим видом ослобађања од одговорности за извршење уговорне обавезе, веома специфичним за право управних уговора – „управном вишом силом“ (фр. *la force majeure administrative*) – која представља један од механизма успостављања равнотеже између ангажованих интереса у управном уговору, због чега ћемо је обрадити *infra*, заједно са осталим механизмима са истим циљем.

За разлику од једностраног раскида, овлашћење једностране измене уговора дуго је било спорно у француској теорији управних уговора. Тачку на све дилеме је ставио Државни савет, када је у предмету *Union des Transports Publics*²⁷⁹ из 1983. године, заузео афирмативан став и установио могућност органа да једнострано модификује управни уговор као опште начело, које важи и без изричите уговорне одредбе.²⁸⁰ Као и у случају једностраног раскида уговора, и ово овлашћење је омеђено одређеним ограничењима: 1) не сме да се тиче основних уговорних одредаба, тако да наруши сврху уговора/његову економију и да суштински представља нови уговор; 2) не сме да се односи на цену ако је плаћа орган, како се не би нарушила финансијска равнотежа и 3) повлачи за собом интегрално обештећење сауговорача, у складу са теоријом о чину владара (вид. *infra*).²⁸¹

Приватни сауговорач, са друге стране, нема еквивалентна једнострана овлашћења како би заштитио своје интересе у случају неизвршења уговорне обавезе од стране органа јавне власти. Међутим, то ни у ком случају не значи да је у потпуности

²⁷² *Ibid.*, 247.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ *Ibid.*, 248.

²⁷⁶ *Ibid.*, 280.

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ Conseil d'Etat, 2 février 1983, 2/6 SSR, N°34027, publié au recueil Lebon, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007660386/>, 28. август 2022.

²⁸⁰ L. Richer, F. Lichère (2019), 250–251.

²⁸¹ A. Vandeburie, D. de Valkeneer, K. Wauters, 104–105.

препуштен „милости“ органа, без икакве правне заштите – напротив. Француско право управних уговора изнедрило је читав сет механизма како би се онемогућила прекомерна диспропорција између уговорних страна и ангажованих интереса. У крајњој линији, заштићен положај приватних сауговорача и гаранција правне сигурности и извесности је и у интересу јавне службе, будући да би једино у предвидљивој атмосфери, уз гаранције правичног обештећења, приватним субјектима уопште било у интересу да се упуштају у уговорне подухвате са органима јавне власти, посебно оне дугорочне.

У случају да орган не извршава своје уговорне обавезе, приватном сауговорачу на располагању стоји могућност да се обрати суду, право на одговарајуће новчано обештећење, па чак и ослобађање од уговорне обавезе, у одређеним случајевима.

Новчано обештећење приватног сауговорача установљено је у случају да се поремети уговорна равнотежа – пре свега у финансијском смислу – услед аката и/или радњи органа јавне власти као друге уговорне стране, или спољашњих (непредвиђених) околности.

У првом случају, долази у обзир примена теорије о „чину владара“ (фр. *théorie du fait du Prince*), коју Рише и Лишер дефинишу као „одлуку или чак понашање управе које се не може предвидети у тренутку закључења уговора и које има последице на његово извршење“.²⁸² Реч је, дакле, о интервенцији органа који је уједно и уговорна страна у конкретном управном уговору (дакле, не било ког органа управе), која се није могла предвидети у тренутку закључења уговора, а која се састоји у акту или радњи (једностранни раскид уговора у јавном интересу; накнадна измена уговора и сл.) којима се приватном сауговорачу прекомерно отежава (није неопходно да извршење обавезе буде немогуће) извршење обавезе.²⁸³ Таква интервенција, која при томе погађа приватног сауговорача, а не читаву једну категорију, рађа његово право на одговарајуће новчано обештећење.²⁸⁴ Ипак, овде није реч о накнади штете, будући да „штета“ не произлази из скривљене радње органа, већ се темељи на институту тзв. нескривљене уговорне одговорности органа.²⁸⁵ Новчано обештећење је интегрално како би се поново успоставила поремећена финансијска равнотежа и обухвата како стварну „штету“, тако и измаклу добит.²⁸⁶

Осим тога, постоји и неколико механизма који треба да успоставе равнотежу између заштите јавног интереса и приватног интереса сауговорача органа јавне власти, у случају непредвиђених околности које нису последица интервенције органа, већ других – спољних – фактора. Тако, теорија (о) непредвидивости (фр. *théorie de l'imprévision*), настала након Првог светског рата као одговор на неизвесност и поремећаје по привреду које је рат проузроковао, гарантује приватном сауговорачу право на накнаду трошкова проузрокованих спољним околностима које се нису могле предвидети у тренутку закључења уговора, а услед којих је финансијска равнотежа у уговору потпуно поремећена (фр. *l'économie de contrat se trouve absolument bouleversée*).²⁸⁷ Дакле, због потребе да се одржи континуитет јавне службе, приватни сауговорач се не ослобађа обавезе извршења уговора, али има право на накнаду стварних трошкова које су тим непредвиђеним околностима настале.²⁸⁸ Као и у претходном случају, ово обештећење по својој природи има вануговорни карактер и

²⁸² L. Richer, F. Lichère (2019), 284.

²⁸³ *Ibid.*, 284–285.

²⁸⁴ N. Gabayet (2022), 255; R. Noguellou (2010), 690.

²⁸⁵ L. Richer, F. Lichère (2019), 286.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *Ibid.*, 266.

²⁸⁸ *Ibid.*, 268.

разликује се од накнаде штете, будући да се не заснива на одговорности друге уговорне стране и надокнађује се само стварна штета, а не и измакла добит.²⁸⁹

Веома блиска теорији непредвидивости, како по логици, тако и по називу, само у контексту уговора о набавци јавних радова, јесу тзв. непредвиђене ситуације или околности – *les imprévus*. У француском праву управних уговора, оне обухватају како 1) теорију неочекиваних околности (фр. *les sujétions imprévus*), тако и 2) теорију о нужним радовима (фр. *les travaux indispensables*). У првом случају, уколико у фази извршења уговора дође до материјалних потешкоћа које су изузетне, непредвидиве у тренутку закључења уговора и које нису узроковане активношћу уговорних страна, приватни сауговорач је дужан да настави извршење уговора али по вишој цени (што представља вид обештећења), изузев ако је новонастала ситуација довела до потпуне промене набавке.²⁹⁰ У том случају, приватни сауговорач ће бити ослобођен обавезе. У теорији се поставило питање усклађености ове теорије са европским правилима о измени уговора из директива о јавним набавкама, односно концесијама. Има мишљења да одредбе Општег кодекса о територијалним колективитетима (фр. *Code général des collectivités territoriales*) које се тичу изузетака од могућности модификовања уговора о јавним набавкама, односно концесијама, представљају у ствари кодификацију ове теорије,²⁹¹ на коју се привредни субјекти у пракси често позивају.²⁹²

Теорија нужних радова, с друге стране, приватном сауговорачу омогућава новчану надокнаду за додатне радове који су неопходни (нужни) за извршење уговорених радова.²⁹³ Ова теорија је нашла своје место у Кодексу јавних набавки, који у члану L. 2194-3 превиђа да ће

[д]опунске или модификоване престације које наручилац захтева од титулара уговора о јавној набавци радова, које су неопходне за прописно извршење посла и имају финансијски утицај на набавку, бити предмет противчинидбе која омогућава правичну накнаду титулару уговора.

Осим новчаног обештећења, приватни сауговорач у одређеним случајевима може да се ослободи уговорне обавезе. Једну од таквих ситуација омогућава институт приговора неизвршења (фр. *l'exception de l'inexécution*), које приватни сауговорач може да истакне у једном уском кругу ситуација – уколико је тако уговорено, као и уколико се уговор не тиче вршења јавне службе. Орган, међутим, у сваком тренутку може да се успротиви једностраном раскиду приватног сауговорача, уз ослонац на разлоге јавног интереса.²⁹⁴ На тај начин је, како истичу Рише и Лишер, успостављена фина равнотежа између правне сигурности привредних субјеката и заштите јавних интереса, повезаних са вршењем јавне службе.²⁹⁵

Најзад, ту спада и већ поменута теорија о *управној вишој сили*. Установљена након пресуде Државног савета у предмету *Tramways de Cherbourg*,²⁹⁶ ова теорија приватном сауговорачу омогућава да се ослободи уговорне обавезе уколико је уговор постао

²⁸⁹ *Ibid.*, 268–269.

²⁹⁰ *Ibid.*, 264–265.

²⁹¹ Чл. L2114-1 Code général des collectivités territoriales, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070633/>, 28. август 2022.

²⁹² L. Richer, F. Lichère (2019), 264–265.

²⁹³ *Ibid.*, 265; Чл. L. 194-3 ССР-а.

²⁹⁴ Вид. пресуду Државног савета у предмету *Société Grenke location*, СЕ, 7ème / 2ème SSR8, 8. oct. 2014. N° 370644, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000029559800/>, 28. август 2022; L. Richer, F. Lichère (2019), 262.

²⁹⁵ L. Richer, F. Lichère (2019), 262–263.

²⁹⁶ СЕ, 9 décembre 1932, N° 89655 01000 01001, publié au recueil Lebon, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007636689/>, 28. август 2022.

очигледно неравноправан у фази његовог извршења.²⁹⁷ Услови под којима је то могуће тичу се *непредвиђених* (нису се могле предвидети у тренутку закључења уговора), *спољних околности* (које нису последица аката/радњи уговорних страна) које су *прекомерно отежале* испуњење уговорне обавезе приватном сауговарачу.²⁹⁸ Дакле, овде није реч о немогућности извршења уговорне обавезе, као услед више силе, већ би извршење уговорне обавезе под новонасталим околностима за приватног сауговарача представљало *прекомерно финансијско оптерећење*.²⁹⁹ При томе, неопходно је да је претходно покушао пријатељским путем да се са органом договори око модификовања уговорене цене, како би се она прилагодила новонасталим околностима. Уколико тај покушај буде безуспешан, приватни сауговарач може да се обрати суду са захтевом за раскид уговора и накнаду штете.³⁰⁰

2.1.5 Типологија управних уговора

Како се истиче у литератури, не постоји *numerus clausus* управних уговора у француском праву, посебно имајући у виду да уговорна пракса – која представља важан извор права у овој области – константно евоуира.³⁰¹ Ипак, постоје одређени уговорни облици који су (нај)заступљенији у пракси.³⁰² Реч је о уговорима (1) о јавним набавкама (фр. *les marches publics*); (2) ЈПП (фр. *les marchés de partenariat*); (3) концесијама за радове и услуге (фр. *les concessions de travaux et des services*); (4) концесијама за просторно планирање (уређење) (фр. *les concessions d'aménagement les conventions*); (5) о заузимању јавних простора/површина (фр. *les contrats d'occupation du domaine public*) и (6) о ангажовању јавних службеника (фр. *les contrats de recrutement d'agents publics*).³⁰³

Занимљиво је да немају сви именовани управни уговори подједнако дугу традицију и нису сви уведени под истим условима у француско право. Наиме, као што је већ поменуто, концесије датирају још из средњег века, када су локални лордови појединцима поверавали управљање млиновима, путевима уз наплату путарине и сл., а за узврат су имали обавезу да их одржавају.³⁰⁴ Како Габаје истиче, у 17. и 18. веку је и убирање пореза било организовано кроз систем који је подсећао на концесије у модерном смислу, да би се крајем 19. и почетком 20. века диверзификовао број јавних услуга које су на овај начин делегиране приватном сектору (укључујући, нпр. јавни превоз) како би се надоместио недостатак финансијских капацитета јавног сектора да их пружа.³⁰⁵ Док су уговори о набавци јавних радова (фр. *les marches de travaux publics*) и њима веома блиски уговори о концесији за јавне радове (фр. *les concessions de travaux publics*) одувек сматрани уговорима јавног права (или бар хибридни феноменима, са израженим јавноправним елементима), остали су све до 19. века сматрани актима управе у надлежности управног судства (фр. *actes d'administration dont seule la juridiction administrative pouvait connaitre*).³⁰⁶

Управне уговоре у француском праву могуће је класификовати према различитим критеријумима. Тако, на пример, у складу са *органским критеријумом*, односно

²⁹⁷ L. Richer, F. Lichère (2019), 270.

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ L. Richer, F. Lichère (2016), 713.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ L. Richer, F. Lichère (2016), 351–711.

³⁰⁴ Nicolas Gabayet, “Public-private partnerships and concessions in France”, *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU: An Unfinished Legislative Framework* (eds. P. Bogdanowicz, R. Caranta, P. Telles), European Procurement Law Series, Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2020, 52.

³⁰⁵ *Ibid.*, 52–53.

³⁰⁶ L. Richer, F. Lichère (2016), 31.

уговорним странама – постоје већ помињани управни уговори између два органа јавне власти; између органа јавне власти и приватних лица, као и (додуше ретки) уговори између два приватноправна субјекта. Такође, већ је било речи о управним уговорима који су као такви *квалификовани законом* и онима који садрже *елементе произашле из судске праксе*.

У теорији се наилази и на класификацију управних уговора према *природи њиховог односа са јавним интересом*, који представља централни елемент овог инструмента управне делатности. У складу са овим критеријумом, поједини аутори управне уговоре деле на: 1) *оквирне уговоре* (фр. *les contrats de l'encadrement*); 2) *уговоре-средства* или *инструменталне уговоре* (фр. *contrats-moyens*) чији циљ је да се јавна служба која је предмет уговора опреми одговарајућим средствима ради задовољења јавног интереса и, најзад, 3) *циљне уговоре* (фр. *contrats-buts*), чији је предмет задовољење интереса приватног сауговорача, који се у великој мери поклапа са јавним интересом.³⁰⁷

Оквирни уговори који се закључују између два јавноправна субјекта или између јавноправног и приватног субјекта, дефинишу опште правила, односно услове за вршење одређене активности у јавном интересу. Предмет оваквих уговора може да буде, прво, организација вршења јавне службе. Ту је реч о делегирању приватном субјекту или другом (обично локалном) органу јавне власти вршење одређене јавне службе. У оваквим уговорима, приватни сауговорач се наплаћује или из цене коју плаћају корисници услуга или јавноправни сауговорач, а предности за јавноправног сауговорача, који иначе задржава одговорност, па самим тим и право контроле над правилним вршењем јавне службе, јесте уштеда трошкова и надомешћивање људских, материјалних и осталих недостатака јавног сектора.³⁰⁸ Постоје бројни модалитети оваквих уговора – од којих су неки именовани, други нису – а међу заступљенијима су уговори о концесији за радове и јавне услуге, тзв. афермажа (*l'affermage*),³⁰⁹ уговори о управљању (фр. *gérance*),³¹⁰ уговори о набавци јавних радова и др.³¹¹ Уколико се закључују између јавноправних субјеката, често је реч о различитим облицима „децентрализације“ пружања јавне услуге (вршења јавне службе).³¹²

Друга могућност је да се предмет оквирних уговора тиче планирања или „програмирања“ одређене управне делатности – иницијално првенствено у економској (привредној) сфери, али се данас примењују и у другим областима.³¹³ Као пример се наводе споразуми између државе и региона који дефинишу управне активности у различитим областима и који за реализацију одређеног пројекта подразумевају како доношење једностраних (управних) аката, тако и закључивање бројних уговора (нпр.

³⁰⁷ L. Richer, F. Lichère (2019), 70.

³⁰⁸ *Ibid.*, 71–78.

³⁰⁹ Афермажа представља подврсту или подмодел уговора о закупу, где приватни сауговорач од крајњих корисника услуга наплаћује накнаду за извршене услуге, „као и додатну накнаду коју задржава за себе и из које исплаћује закупнину“. С обзиром на то да приватни сауговорач на себе преузима (велики) ризик „у погледу тражње за услугама...обично захтева одговарајуће гаранције у погледу висине новчане накнаде коју ће наплатити од корисника и сарадња је обично ексклузивна“. Татјана Јованић, *Увод у економско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2019, 200–201.

³¹⁰ Како појашњава Јованић, „[у]говор о управљању је модел сарадње у којем јавни субјект преноси на приватног управљање и руковођење обављањем делатности, односно пружањем услуга од општег интереса. Преносе се надлежности, активности и одговорност управљања и руковођења објектом и инфраструктуром чији је власник јавни субјект, а који је у функцији пружања услуга од општег економског интереса, као и само пружање услуга крајњим корисницима[...]. Приход од обављања делатности по правилу припада јавном субјекту, а цена коју јавни субјект плаћа приватном најчешће се одређује у фиксном износу који садржи обрачун оперативних трошкова и ангажовања управљачког кадра, као и евентуални варијабилни износ зависно од резултата пословања“. *Ibid.*, 200.

³¹¹ L. Richer, F. Lichère (2016), 71–72.

³¹² *Ibid.*, 72–73.

³¹³ *Ibid.*, 74.

уговора о јавним набавкама радова); они између државе и јавних предузећа, којима се прецизирају услови (рокови, тарифа и сл.) за пружање делатности које су раније биле у искључивој надлежности државе, као што су снабдевање електричном енергијом или гасом, као и уговори у области социјалне и културне делатности – нпр. уговори између државе и организација социјалног осигурања.³¹⁴

Трећа варијанта су оквирни уговори којима се дефинишу општи услови сарадње са приватним субјектима, којима у начелу није поверено вршење јавне службе. Као пример се наводе уговори између професионалних удружења (приватних субјеката) и националних фондова социјалног осигурања у области здравства.³¹⁵

С друге стране, уговори-средства имају за циљ да обезбеде људске, материјалне и финансијске ресурсе ради правилног и ефикасног вршења јавне службе. Ту спадају уговори о ангажовању лица у јавном сектору ради пружања одређене јавне услуге, која немају статус државних службеника (фр. *agents contractuels*); затим уговори о набавци услуга (фр. *marchés des services*), уговори о набавци добара (фр. *marchés de fournitures*), као и различити уговори о набавци или закупу непокретности, као што су уговори о зајму одређене суме новца ради набавке финансијских средстава за вршење одређене услуге (фр. *contrats d'emprunt*).³¹⁶ Такође, ту спадају и различити модалитети уговора у области урбанизма, где приватни сектор финансира јавну инфраструктуру и средства за реализацију јавних радова.³¹⁷

Најзад, циљни уговори за предмет такође имају реализацију јавне службе, с тим што се овде јавни интерес огледа у задовољавању приватних интереса саговорача. Рише и Лишер у оквиру ове категорије разликују две групе уговора – уговоре о (финансијској или социјалној) помоћи појединцима или привредним субјектима (фр. *contrats d'aide aux personnes privées*)³¹⁸ и уговоре о заузимању јавних простора/површина (фр. *les contrats d'occupation du domaine public*).³¹⁹

Све поменуте уговоре одликују одређене специфичности које су утицале и на прилагођавање правног режима којем су подвргнути. Ипак, осим мањих одступања, сви они потпадају под општи правни режим управних уговора, који је у великој мери кодификован Кодексом о јавним набавкама.³²⁰ Њиме су унете измене у дотадашњи правни режим управних уговора како би се француско право ускладило са прописима ЕУ у области концесија и јавних набавки, а дотадашњи режим поједноставио.³²¹ Тако, француски законодавац је одлучио да се „креће у европским оквирима“ и као две основне категорије уговора задржао концесије и јавне набавке, док су ЈПП сада формално гледано врста јавних набавки.³²²

Осим очигледног поједностављења које доноси ова значајна кодификација, има мишљења да се њоме у великој мери релативизује специфичност управних уговора у односу на приватне/грађанске уговоре органа јавне власти. Наиме, европске директиве

³¹⁴ *Ibid.*, 74–76.

³¹⁵ *Ibid.*, 77.

³¹⁶ *Ibid.*, 79.

³¹⁷ *Ibid.*, 82–83.

³¹⁸ *Ibid.*, 83–84.

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ *Ibid.*, 713; Габаје указује на то да „нови кодекс тежи да обједини правила која се примењују на уговоре о јавним набавкама – укључујући ЈПП – и концесијама. Такође је неопходно истаћи да поред правила која су наменски креирана за сваку од тих категорија уговора, сви општи принципи су такође кодификовани (чл. L.6), укључујући и (до тада) неписана правила која се примењују на све управне уговоре, укључујући и *contrats de commande publique*, као што су право једностране измене или раскида уговора које ужива орган, или теорија непредвидивости“, N. Gabayet (2020), 59. fn. 27.

³²¹ *Ibid.*, 53.

³²² *Ibid.*, 53–55.

налажу да се правила о додели уговора (пре свега, транспарентност, недискриминација и заштита конкуренције) примене на све уговоре који одговарају дефиницији јавних уговора, односно уговора о концесији (вид. треће поглавље) независно од њихове правне природе тј. од националне квалификације као управних. Последица тога је била обједињавање свих правила о уговорима органа јавне власти на једном месту, чиме се на неки начин релативизује подела која већ више од једног века постоји у француском праву.³²³ Амилат (*Amilhat*) чак истиче да се уводи једна нова класификација именованих уговора – « *contrats de la commande publique* », који се могу поделити на две веће групе, тако да обухвате уговоре о јавним набавкама с једне, и уговоре о концесијама, с друге стране.³²⁴ При томе, како истиче овај аутор, и уговори о јавним набавкама и концесијама су дефинисани у складу са дефиницијама из европских директива и независно од њихове квалификације као управних. Због тога је било неопходно посебно прописати поједина питања која спадају у корпус правила општег права управних уговора – као што су право једностраног раскида уговора у јавном интересу или механизми успостављања финансијске равнотеже – како би се избегле недоумице око њихове примене.³²⁵

2.2 Немачки модел

Стручна литература често говори о немачком моделу управних уговора као о антиподу француском, наводећи као препознатљива обележја првог – равноправност уговорних страна, као и заснованост на темељном принципу уговорног права *pacta sunt servanda*, „које ниједном законском одредбом није изричито дерогирано, чак ни пољуљано“.³²⁶

Свакако да истицање поменутих обележја немачког модела није неосновано, али сматрамо и да није до краја прецизно, будући да има у виду само један тип уговора који се подводи под генусни појам управних уговора. Стога ћемо, у складу са нашим поимањем управних уговора изложеним у уводном делу дисертације, а у духу савремене немачке доктрине,³²⁷ приликом анализе немачког права у овом домену заузети шири приступ него што је то уобичајено у домаћој и иностраној стручној литератури, јер смо мишљења да се једино тако може сагледати целокупна слика немачког права управних уговора.

2.2.1 Друштвено-историјски контекст настанка управних уговора

Уговорну делатност јавноправних субјеката у савременом немачком праву одликује изузетна сложеност, која се између осталог огледа у бројности извора права и правних режима управних уговора, њихове дисперзованости по различитим прописима и, усудили бисмо се да приметимо, њихове недоречености и међусобне неусклађености (вид. *infra* одељак 2.2.3).

Поменута обележја *de lege lata* правног оквира, резултат су специфичних правно-политичких превирања од периода Светог римског царства немачког народа, преко Немачког рајха (нем. *Deutsches Kaiserreich*) до данас, које су довеле до тектонских

³²³ М. Amilhat (2016), доступно на: <http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=1157>, 09. септембар 2021.

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ Зоран Томић, „Управни уговори – Елементи правног режима у Србији“, *Правни живот*, 10/2017, 253.

³²⁷ Felix Schubert, „Germany“, *Les principes des contrats publics en Europe/Principles of public contracts in Europe* (dir./eds. S. de la Rossa, P. Valcárcel Fernández), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2022, 262–263; Paul Stelkens, Hanz-Joachim Bonk, Michael Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar*, 9. Auflage, C.H. Beck, München 2018, Чл. 54, ст. 13.

промена правног и политичког уређења,³²⁸ федералне структуре и континуиране „тензије“ између немачких земаља (нем. *Länder*)³²⁹ и федерације (нем. *Bund*) у погледу расподеле надлежности. Осим тога, на развој права управних уговора утицала је потреба да се у периоду након Другог светског рата пошаље политичка порука о положају појединца наспрам државе и њене управе, као и (у последњих неколико година) снажан притисак права ЕУ у материји јавних набавки и концесија. Због ограниченог простора и чињенице да ће нека од ових питања бити детаљније обрађена у оквиру другог поглавља пете главе дисертације, на овом месту ћемо се задржати само на факторима које сматрамо кључним предусловом за разумевање актуелног правног оквира о којем ће бити речи у наредним одељцима.

Важно место у еволуцији уговорне делатности државе и њене управе у Немачкој, заузима тзв. „теорија фискаса“ (нем. *Fiskustheorie*), обликована у другој половини 18. века, на темељу рецепције римског права и преузете поделе на јавно и приватно право.³³⁰ Према овој доктринарној концепцији, „држава у себи садржи два правна лица, *imperium* и *fiscus*, то јест држава је могла да се јави и као јавноправно лице и као приватноправно лице“.³³¹

Последице таквог поимања државе, биле су осетне како на терену правног режима којим је њена делатност била подвргнута, тако и у погледу судске надлежности. Наиме, у областима у којима је држава наступала као приватноправни субјект, јавноправни субјекти били су подвргнути приватноправном режиму и надлежности редовног судства, као и појединци.³³² На тај начин је требало онемогућити било какве привилегије јавноправних у односу на приватне субјекте, с циљем обезбеђења једнакости пред законом и јачања владавине права.³³³

Уговорна делатност јавноправних субјеката је, тако, спадала у домен приватноправне сфере државе, односно „фискаса“. Последично, на уговоре између јавноправних и приватноправних субјеката примењивао се исти правни режим који је важио и за уговоре између приватних субјеката, а за спорове су били надлежни редовни судови.³³⁴ Све до 1. јануара 1900. године када је ступио на снагу Немачки грађански законик (*Bundesgesetzbuch*; у даљем тексту: *BGB*), тај режим је био крајње партикуларан и заснивао на „локалном“ облигационом праву немачких земаља.³³⁵ Штелкенс (*Stelkens*) као пример подвргавања управе приватном праву наводи одредбе Општег закона Пруске (нем. *Preußisches Allgemeines Landrecht*) из 1794. године, којим

³²⁸ Детаљно о томе, вид. Armin von Bogdandy, Peter M. Huber, “Evolution and Gestalt of the German State”, *The Max Planck Handbooks in European Public Law, Vol. 1: The Administrative State* (eds. A. von Bogdandy, P. M. Huber, S. Cassese), Oxford University Press, Oxford 2017, 196–236; Лазар Глишовић, „Немачки грађански законик – од правног партикуларизма до кодификације грађанског права“, *Страни правни живот*, 1/2015, 223–241.

³²⁹ У стручној литератури се налази на различите преводе немачке речи *Land* – „федерална јединица“, „покрајина“, „држава чланица“ и др. Вид. Димитрије Павловић, *Правни речник немачко-српски/Rechtswörterbuch, deutsch-serbisch*, ЈП Службени гласник, Београд 2008, 283. Ми смо се у раду определили за термин „земља“ или „немачка земља“.

³³⁰ Детаљно о историјском развоју поделе на јавно и приватно право у Немачкој, вид. Jens-Peter Schneider, “The Public-Private Law Divide in Germany”, *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?* (ed. Mathias Ruffert), British Institute of International and Comparative Law, London 2009, 85–98.

³³¹ В. Цуцић (2016), 149.

³³² *Ibid.*; Ulrich Stelkens, “The Public-Private Law Divide, Annual Report – 2010 – Germany”, *Ius Publicum Network Review*, 1/2012, 4.

³³³ *Ibid.*

³³⁴ Цуцић, међутим, подсећа да у том периоду други судови осим редовних нису ни постојали. О (пра)историјском развоју управног судства у Немачкој, вид. В. Цуцић (2016), 148–153.

³³⁵ Ulrich Stelkens, Hanna Schröder, “Droit des Contrats Publics en Allemagne/Public Contract Law in Germany”, *Droit comparé des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, 313–314.

је предвиђено да држава као власник непокретности не може уживати више права од приватних власника, осим ако је тако предвиђено посебним прописима.³³⁶

Да ипак није реч о потпуно идентичним ситуацијама као кад уговоре закључују два приватноправна субјекта, произлази из прописа немачких земаља који су предвиђали одређене фискалне привилегије за јавноправне субјекте када ступају у уговорне односе, у виду „нарочито повољних услова“ под којима су ови субјекти ступали у облигационе односе.³³⁷ Осим тога, поставило се питање како у описану доктринарну концепцију „сместити“ ситуације у којима предмет уговора између јавног и приватног субјекта подразумева поверавање вршења јавних овлашћења ради пружања одређених јавних услуга, будући да у таквим случајевима управа несумњиво не може да се посматра као субјект приватног права.³³⁸ Сматрамо да се на том примеру јасно види „сукоб“ између саме природе управне делатности и њених вршилаца, чија је улога нераскидиво повезана са јавним интересом, и крутих доктринарних ставова који су покушали – не до краја успешно – да наметну одређени концепт који једноставно није имао своје (пуно) оправдање у пракси.

Доношењем BGB-а и кодификацијом правила грађанског права, хтело се стати на пут поменутих фискалних привилегијама за органе управе, у циљу јачања правне сигурности и стављањем грађана у равноправни(ји) положај са носиоцима јавних овлашћења. Ту се, међутим, појавио нови проблем – расподела надлежности између савезне државе (Рајха) и федералних јединица, због чега савезни пропис као што је BGB није имао примену на уговоре склопљене на нивоу федералних јединица.³³⁹

Паралелно се развијало и управно право (јавно право) као аутономна грана права, као и идеја о давању органима управе слободе да приликом вршења својих овлашћења одаберу да ли ће бити подвргнути јавном или приватном праву у појединим областима.³⁴⁰ Ипак, како Штелкенс наводи, то није био случај са обласћу јавних набавки, где се сматрало да држава – будући да троши јавна средства – не може склапањем уговора да „побегне“ од својих јавноправних обавеза.³⁴¹

Како примећују Штелкенс и Шредер (*Schröder*), описане околности су произвеле неколико последица како на теоријском, тако и на нормативном плану. У погледу првог аспекта, теорија управних уговора почиње доста касно да се развија.³⁴² Тако, доктрина почиње да се интересује за феномен управних уговора у 18. веку, иако не нужно под овим називом, већ нпр. употребом термина „јавно-правни уговор“ (нем. *öffentlich-rechtlicher Vertrag*) или „државни уговор“ (нем. *staatsrechtlicher Vertrag*).³⁴³ Иницијално, ово интересовање било је ограничено на питање правне природе уговора о ангажовању државних службеника,³⁴⁴ да би се касније проширило и на остале области управне делатности.³⁴⁵

³³⁶ U. Stelkens (2012), 4.

³³⁷ *Ibid.*, 5.

³³⁸ U. Stelkens, H. Schröder (2010), 313–314.

³³⁹ *Ibid.* 314.

³⁴⁰ U. Stelkens (2012), 4.

³⁴¹ U. Stelkens, H. Schröder (2010), 315.

³⁴² *Ibid.*, 316.

³⁴³ Harmut Maurer, „Der Verwaltungsvertrag – Probleme und Möglichkeiten“, *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen* (Hrsg. H. Hill), Schriftenreihe der Deutschen Sektion des Internationalen Instituts für Verwaltungswissenschaften, Band 16, Nomos, Baden-Baden 1990, 17.

³⁴⁴ Како истиче Маурер, у 18. веку, доминантно схватање је било да је реч о грађанскоправном уговору; почетком 19. века да је у питању управни акт донет уз сагласност странке, да би у другој половини 19. века почело да се пробија гледиште о посебном уговору на терену јавног права. *Ibid.*, 17–18.

³⁴⁵ Као што је материја држављанства (пријем страних држављана у немачко држављанство). *Ibid.*, 18.

Многи велики немачки правници писали су о овом институту, али је на развој доктринарних поставки о управним уговорима највише утицала теорија угледног правника и „оца“ савремене немачке науке управног права, Ота Мајера (*Otto Mayer*). Мајер је негирао могућност постојања управних уговора, као посебних уговора на терену јавног права, сматрајући сам концепт контрадикторним. Наиме, као институт грађанског права, уговор подразумева сагласност две равноправне воље. С друге стране, држава (и остали јавноправни субјекти) никако не могу да буду на истој равни са приватним субјектима; први нужно наступају са јачом вољом приликом вршења својих овлашћења, док су грађани „само објекти према којима су та овлашћења усмерена“.³⁴⁶ Мајер надаље говори о томе како је оно што поједини аутори називају управним или јавно-правним уговором, заправо „конструкција“ сачињена од два управна акта – једног којим се појединцу намеће обавеза одређеног чињења и, другог, којим му се за то гарантује одговарајућа накнада. Сагласност појединца, адресата ових управних аката, за склапање „уговора“, Мајер је објашњавао као замену за изричито законско овлашћење на издавање акта.³⁴⁷

Осим што је у великој мери била контрадикторна сама по себи,³⁴⁸ Мајерова теорија је била прилично усамљена у доктрини немачког управног права 80-их година 19. века, када је настала. Велика имена немачке правне мисли, као што су Паул Лабанд (*Paul Laband*) или Валтер Јелинек (*Walter Jellinek*) оштро су критиковали Мајерово негирање управних уговора и његове покушаје да крајње дискутабилним конструкцијама „очисти“ управно право од уговора.³⁴⁹ Тако, Лабандов основни противаргумент био је утемељен управо на кључном елементу Мајеровог учења – због чињенице да држава представља власт, може да користи било који расположиви инструмент за њено вршење.³⁵⁰ С друге стране, Јелинек ствара конструкцију двостраног управног акта (нем. *zweiseitiger Verwaltungsakt*) како би „направо мост између управног акта и управног уговора“.³⁵¹

Иако без озбиљнијих присталица у доктрини, Мајерово учење о управним уговорима направило је велику „штету“ будући да је овај институт у доктрини управног права, па и у судској пракси, дуго играо маргиналну улогу.³⁵² Тек са његовим увођењем у законски оквир 70-их година прошлог века (вид. *infra* 2.2.3 [i]), институт управног уговора добија већу пажњу академске јавности. На то је утицао и дефинитивни „раскид“ са схватањем појединца као „објекта“ према коме су уперена јавна овлашћења. Напротив, појединац и држава (и њена управа) посматрају се као равноправни партнери, што је добило (само делимичан) одраз у законским решењима.³⁵³

С друге стране, на развој схватања о приватним (грађанским) уговорима управе, али и позитивноправни нормативни оквир, утицала је већ поменуто бојазан од тога да би давањем дискреционих овлашћења управи да бира између јавног и приватног права, довело до њеног избегавања јавноправних обавеза.³⁵⁴ Теорија тзв. „бекства у приватно

³⁴⁶ Наведено према: *Ibid.*, 19.

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ Маурер указује на то да је Мајер поменути акт о постављењу државних службеника, упркос покушају да га објасни горе поменутом конструкцијом замене изричитог овлашћења на издавање акта сагласношћу адресата, и сам називао јавноправним уговором. *Ibid.*

³⁴⁹ *Ibid.*, 19–20.

³⁵⁰ Наведено према: *Ibid.*, 19.

³⁵¹ Маурер појашњава да је за разлику од Мајера, који је сагласност појединца видео као услов пуноважности, Јелинек исту сматрао условом правног дејства акта који је називао двостраним управним актом. *Ibid.*, 21.

³⁵² *Ibid.*, 22.

³⁵³ U. Stelkens, H. Schröder (2010), 316.

³⁵⁴ *Ibid.*

право“ (нем. *Flucht ins Privatrecht*), добила је на интензитету у периоду након Другог светског рата и доношења Основног закона (*Grundgesetz - GG*)³⁵⁵ 1949. године, и наметнула обавезу „провлачења“ приватноправних аката и радњи органа управе кроз филтер темељних начела управног права као што су начела законитости, сразмерности, једнакости пред законом и др.³⁵⁶

Ова теорија је постепено напуштена, да би је почев од 50-их година прошлог века заменила „теорија две етапе“, на основу које закључењу уговора претходи издавање управног акта, чија законитост може да се испитује у управном спору.³⁵⁷ Након тога се појавила конструкција „приватног управног права“ (нем. *Privatverwaltungsrecht*), која принципе грађанског права у контексту уговора управе посматра и кроз призму јавног (управног) права.³⁵⁸

Поред поменутих теорија, које су посебно добиле на значају на терену јавних набавки, на развој савременог правног оквира у овој материји од почетка 90-их година прошлог века до данас, велики утицај је извршило право ЕУ. Наиме, иницијално је ова материја у немачком праву била – из историјских разлога (вид. *supra* и одељак 2.2 у оквиру другог поглавља, пете главе рада) – искључиво у домену приватног права, како у погледу материјалних одредаба, тако и када је реч о правној заштити.³⁵⁹

Међутим, са доношењем европских директива које уређују ову материју, али и неколико кључних пресуда Суда правде ЕУ, било је нужно извршити одговарајуће измене дотадашњег правног оквира, посебно у домену гарантовања права на правну заштиту неуспешним кандидатима (вид. одељак 2.2 у оквиру другог поглавља, пете главе рада). То је подстакло дискусију, па и различита схватања на федералном и нивоу земаља о томе да ли је поступак доделе уговора о јавним набавкама потребно подвргнути управном или грађанском праву.³⁶⁰ Овакво стање ствари резултовало је фрагментарним и недореченим законским решењима (о чему *infra* 2.2.3).

2.2.2 Основне врсте управних уговора и елементи њиховог правног режима

У Уводу докторске дисертације, указано је на то да термин „управни уговор“ (нем. *Verwaltungsvertrag*) није одабир законодавца, већ је реч о доктринарној конструкцији, под чији се „кишобран“ могу подвести различите категорије уговора. Да ли ће се овај појам употребљавати уже³⁶¹ или шире, односно да ли ће обухватити искључиво уговоре који су по својој правној природи јавноправни или и грађанскоправне уговоре, зависи од критеријума који се узимају у обзир.

При томе, важно је нагласити да правну природу уговора не опредељује органски елемент, односно природа уговорних страна, већ превасходно *предмет уговора* тј. материјални елемент.³⁶² Из сада већ устаљене судске праксе произлази да је предмет уговора јавноправни, „када уговор утиче на ситуацију која је уређена јавним правом“, што ће бити случај када

³⁵⁵ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2478) geändert worden ist, доступно на: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>, 17. јануар 2022.

³⁵⁶ U. Stelkens (2012), 7.

³⁵⁷ U. Stelkens, H. Schröder (2010), 316–317.

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ *Ibid.*, 318–320.

³⁶⁰ *Ibid.*

³⁶¹ Примера ради, Бонк (*Bonk*) под овај термин подводе искључиво јавноправни уговор из чл. 54–62 Савезног закона о управном поступку, Н. Ј. Bonk, 686.

³⁶² F. Schubert, 262–263.

јавно право (i) изричито овлашћује на закључење јавноправног уговора (ii) предметни уговор регулише посебно и детаљно или (iii) када се уговорна страна уговором обавезе на доношење аката власти, као што су управни акти.³⁶³

Шуберт (*Schubert*) даље појашњава да чак и ако ови услови нису испуњени, судови могу да „одреде“ јавноправни карактер уговора на основу његове *сврхе* или *контекста*.³⁶⁴

С друге стране, једна од сличности између француског и немачког модела лежи у чињеници да и потоњи познаје јавноправне уговоре између различитих категорија саговорача – како између два јавноправна субјекта, тако и између јавноправног и приватноправног субјекта, па чак и између приватноправних субјеката, уколико имају одговарајуће овлашћење да „располажу јавним правима и обавезама“.³⁶⁵

Особеност немачког модела лежи и у великој разноликости врста управних уговора и њихових предмета, што за собом повлачи готово онолико правних режима, колико има и управних уговора, који нису увек у довољној мери усклађени (о чему више у одељку 2.2.2 (iv) *infra*).³⁶⁶ Поједини од тих уговора су именовани, други су неименовани, једни су јавноправне природе, други приватноправне, код трећих, пак, правна природа није (до краја) одређена или зависи од контекста сваког конкретног уговора.

За разлику од француског права, немачком у овом делу мањка одговарајућа систематизација ових уговора³⁶⁷, што отежава њихово изучавање. У редовима који следе, ограничићемо се на уговорне облике за које смо оптирали на самом почетку дисертације. Такође, из претходно наведеног разлога, неће бити могуће (нити смислено) раздвајање конкретних врста управних уговора и њихових правних режима у засебне одељке, како је учињено у поглављу посвећеном француском праву.

(i) Јавноправни уговори из Закона о управном поступку

Јавноправни уговор (нем. *öffentlich-rechtlicher Vertrag*), представља правни институт који је своје законско рухо на савезном нивоу добио 1976. године, доношењем Закона о општем управном поступку (нем. *Verwaltungsverfahrensgesetz*, у даљем тексту: *VwVfG*), а на нивоу федералних јединица (земаља) њиховим законима о управном поступку.³⁶⁸

Због тога што му је поменути прописима „скројен“ посебан управноправни режим, сврставамо га у управне уговоре „у ужем смислу“. Пре него што се упустимо у даљу анализу ових уговора, важно је напоменути да ће у фокусу нашег интересовања бити само правни оквир успостављен *VwVfG*-ом, не и одговарајуће одредбе прописа донетих на нивоу федералних јединица. Разлог томе је како ограничен простор, тако и чињеница да се закони који регулишу управни поступак на нивоу земаља у великој мери ослањају на одредбе *VwVfG*-а. Такође, посебне управне области у којима се ови уговори помињу, као и специјални закони којима су регулисани биће поменути само

³⁶³ *Ibid.*, 262.

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ *Ibid.*, 263.

³⁶⁶ P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs, Чл. 54, пар. 106.

³⁶⁷ *Ibid.*

³⁶⁸ Маурер указује на то да је претеча Савезног закона о управном поступку, тзв. Нацрт закона о управном судству за Виртенберг (*Entwurf einer Verwaltungsgerichtsordnung für Württemberg*) из 1931. године, којим је требало кодификовати правила о општем управном поступку и чији члан 47. је садржински одговарао чл. 54 *VwVfG*, којим се дефинишу управни (јавноправни) уговори. Н. Маурер, 21–23.

успутно, ради навођења примера и појашњења односа између општег и посебних режима јавноправних уговора.

VwVfG успоставља само општи правни оквир јавноправних уговора, посвећујући овом институту свега неколико чланова (чланови 54 – 62). Најпре је чланом 54, став 1 VwVfG-а, предвиђено да се јавноправним уговором *ствара, мења или гаси јавноправни однос, уколико супротно не произлази из прописа*.³⁶⁹ Тиме се прописује начелна слобода уговарања органа управе на терену јавног права, која може да буде искључена прописима у одређеним областима – било изричито, било прописивањем да се у конкретном случају издаје управни акт.³⁷⁰ Потоње произлази из другог става поменутог члана, који каже да орган управе може уместо издавања управног акта, да закључи јавноправни уговор са истим лицем које би могло да буде адресат управног акта.

Тумачењем предметног члана VwVfG-а, немачка доктрина је извукла закључак о постојању две основне врсте јавноправних уговора, на основу критеријума природе саговорача и њихових међусобних односа унутар јавноправног уговора.³⁷¹

Први су тзв. „координациони“ уговори (нем. *Koordinationsrechtliche Verträge*) који се на терену јавног права закључују између најмање два органа јавне власти у области заједничке сарадње (члан 54, став 2 VwVfG-а).³⁷² Ови уговори представљају вид сарадње унутар јавног сектора, и практично не постоји (управна) област у којој нису допуштени и заступљени, због чега на њихову примену претендује велики број посебних прописа.³⁷³ Као пример се могу навести уговори између две општине о расподели пореских прихода.³⁷⁴

Други су тзв. „субординациони“ уговори (нем. *Subordinationsrechtliche Verträge*), закључени између органа јавне власти и приватног (правног или физичког) лица,³⁷⁵ али и (далеко ређе) уговори између два органа који се на хијерархијској лествици налазе у односу нижег и вишег органа.³⁷⁶ Стручна литература као примере наводи уговор између органа управе и предузетника, којим се потоњем одобрава да изгради (приватни) паркинг уколико финансијски учествује у изградњи јавних паркинга или ангажовање приватног субјекта да сруши објекте изграђене противно урбанистичким правилима до одређеног датума, с тим да се до тог датума „толерише“ њихова употреба.³⁷⁷

Док се први закључују између два органа управе, као резултат заједничке сарадње и нужно подразумевају њихов равноправан положај или једнакост, други суштински представљају *алтернативу* или, према Мауреровим речима, *конкуренцију* управном акту.³⁷⁸ Из ове чињенице, али и самог назива ових уговора, јасно је да они

³⁶⁹ Чл. 52, ст. 1 савезног Закона о општем управном поступку (VwVfG), доступно на: <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/>, 10. октобар 2021.

³⁷⁰ Рецимо, у пореској материји. U. Stelkens, H. Schröder (2010), 310. О забрани закључивања управних уговора у смислу чл. 54. ст. 1. VwVfG вид. уместо свих: A. Decker, 866–869.

³⁷¹ Ипак, како Бонк наглашава, иако је реч о у правној литератури и судској пракси устаљеној подели и терминологији, она није као таква изричито предвиђена VwVfG-ом. H. J. Bonk, 682–683.

³⁷² Чл. 54. ст. 1 VwVfG.

³⁷³ P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs, чл. 54, пар. 107–108.

³⁷⁴ *Ibid.*, пар. 63.

³⁷⁵ *Ibid.*, пар. 109–110.

³⁷⁶ H. Maurer, 15 fn. 1.

³⁷⁷ U. Stelkens, H. Schröder (2010), 310.

³⁷⁸ H. Maurer, 15. Шуберт, пак, говори о принципу „паралелизма“ између субординационих уговора и управних аката. Као пример овог паралелизма, овај аутор наводи подвргавање једних и других аката истоврсним захтевима у погледу прибављања сагласности другог органа у поступку њиховог доношења (чл. 58, ст. 2 VwVfG), садржине (чл. 56, ст. 2 VwVfG) или разлога ништавости (чл. 59, ст. 2 VwVfG). F. Schubert, 274.

подразумевају однос надређености и подређености сауговорача. То је тешко спојиво са сврхом увођења јавноправних уговора у окриље немачког права, а то је била потреба да се и на нормативном нивоу покаже заокрет у схватању државе и управе након Другог светског рата – управа може да буде и партнер грађанима, а не само вршилац власти.³⁷⁹

Контрадикторност субординационих уговора, „прелила“ се на правне системе који су се угледали на немачки модел управних уговора (у контексту српског права, вид. одељак 2.3.2 [i] из наредног поглавља), али прожима и целокупан правни режим успостављен VwVfG-ом. Тако, и однос уговорних страна (како у координационом, тако и у субординационом уговору), друкчије је уређен него што је то случај у француском праву (о чему више у одељку 2.1.1 пете главе). Наиме, управа нема могућност једностране измене или раскида уговора, изузев ако тако нешто није предвиђено самим уговором. Уговорне стране су у том погледу потпуно равноправне, у складу са правилима општег уговорног режима из BGB-а. Ипак, постоји један изузетак из VwVfG. Наиме, члан 60 тог прописа регулише могућност накнадне измене или раскида уговора у посебним случајевима, међу којима је и случај у којем је орган овлашћен да (једнострано) измени или раскине уговор како би предупредио или уклонио озбиљну штету по јавно добро/јавни интерес.³⁸⁰ Међутим, у пракси се ова одредба веома ретко користи и рестриктивно тумачи, а у теорији се чак води расправа о томе да ли би у таквом случају приватном сауговорачу требало признати право на накнаду штете, упркос томе што не постоји изричита законска одредба о томе.³⁸¹ Ван ових правила, прилагођавање уговора новонасталим околностима (посебно у јавном интересу) би требало да буде предвиђено самим уговором.³⁸²

Законодавац регулише и две врсте субординационих уговора, с тим да није реч о лимитативној подели. Први је уговор о поравнању (нем. *Vergleichsvertrag*), који служи да се отклони „неизвесност која постоји у разумној процени чињеница или правне ситуације“, уколико је то према слободној (пр)оцени органа целисходно.³⁸³ Дакле, реч је о инструменту за разрешење насталог спора око правног или чињеничног питања између органа и странке. Уговори о поравнању су широко распрострањени на процесном терену решавања спорова између органа управе и приватних субјеката, због чега ће о њима бити више речи у поглављу о механизмима решавања спорова из управних уговора у немачком праву (вид. одељак 2.3.2 пете главе).³⁸⁴

Други је уговор о размени (нем. *Austauschvertrag*)³⁸⁵ – двострано обавезујући уговор (нем. *gegenseitig verpflichtender Vertrag*)³⁸⁶ у којем се приватни сауговорач органа обавезује на одређену противчинидбу.³⁸⁷ Како би се избегле могуће злоупотребе у виду тзв. „продаје суверенитета (јавних овлашћења)“ (нем. *Ausverkauf von Hoheitsrechten*), односно избегавања обавеза које намеће управно (јавно) право (већ помињани „бег (органа) у приватно право“), прописани су ближи услови пуноважности ове противчинидбе.³⁸⁸ Тако, закључење оваквог уговора биће допуштено уколико је противчинидба (кумулативно): 1) уговорена у тачно одређену сврху; 2) органу служи

³⁷⁹ P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs, чл. 54, пар. 2.

³⁸⁰ Чл. 60, ст. 1. VwVfG.

³⁸¹ U. Stelkens, H. Schröder (2010), 330.

³⁸² *Ibid.*, 330–331.

³⁸³ Чл. 55 VwVfG.

³⁸⁴ Вид. и A. Decker, 870–871.

³⁸⁵ Чл. 56 VwVfG.

³⁸⁶ A. Decker, 872.

³⁸⁷ Која не мора да буде директно усмерена ка органу, него нпр. према трећим лицима. *Ibid.*

³⁸⁸ *Ibid.*

за обављање његових јавних овлашћења; 3) прикладна³⁸⁹ и 4) у чињеничној вези је са чинидбом органа.³⁹⁰

Осим наведеног, општи правни оквир јавноправних уговора укључује и одредбе о писаној форми уговора (члан 57); прибављању обавезне сагласности трећих лица³⁹¹ или надлежних органа за закључење уговора у одређеним случајевима (члан 58); разлозима ништавости (члан 59);³⁹² праву уговорних страна на једнострану измену или раскид уговора (члан 60); извршењу уговора без одлагања (члан 61), као и супсидијарној примени одредаба BGB-а на сва питања која овим одредбама нису покривена (члан 62).³⁹³ Како ће о појединим од ових одредаба бити више речи у склопу механизма решавања спорова (вид. одељак 2.1 у оквиру пете главе), задржаћемо се на односу општег и посебних режима јавноправних уговора.

Одредба члана 62 VwVfG-а³⁹⁴ о супсидијарној примени општих правила облигационог права на јавноправне уговоре, веома је значајна, будући да бројна важна питања која се тичу настанка, пуноважности, тумачења и престанка јавноправних уговора, као и правне заштите, нису изричито нормирана. Заправо, одредбе VwVfG само представљају *законску могућност* да управа закључује јавноправне уговоре међу собом, као и са приватним субјектима, али не одређује ближе области у којима је то допуштено, садржину таквих уговора (уз изузетак поменутог уговора о размени, вид. *supra*), као ни ближе смернице на основу чега орган процењује да уместо издавања управног акта са странком закључи уговор.

Изостанак јасних смерница органу када се уместо за издавање управног акта може одредити за то да са странком закључи уговор, посебно је проблематично, имајући у виду да од тога за који инструмент вршења управних овлашћења се орган определи, зависиће однос издаваоца акта и адресата, односно јавног и приватног саговорача, као и механизми пружања правне заштите и решавања спорова.³⁹⁵ Уколико ни посебним законом није дата предност јавноправном уговору над управним актом, доктрина указује на то да је неопходно ослонити се на општа начела управног права. Тако, начело везаности управе сопственим актима,³⁹⁶ налаже управи да закључи уговор уколико је раније у сличним ситуацијама користила уговорни инструмент, осим ако нема одговарајуће оправдање за одступање од раније праксе.³⁹⁷ Осим тога, и природа управне области у којој се уговор закључује, као и потреба за ефикасним обављањем управне делатности могу послужити као опредељујући критеријум.³⁹⁸

Поред супсидијарне примене општег уговорног режима из BGB-а, као и сходне примене начела и других одговарајућих одредаба VwVfG-а (нпр. о надлежности органа, правилима за спровођење управног поступка и др.),³⁹⁹ од практичног значаја су и одредбе специјалних закона, којима се уређују поједине управне области.⁴⁰⁰ Оне су

³⁸⁹ Мисли се на сразмерност у односу на чинидбу органа. *Ibid.*, 873.

³⁹⁰ Која, при томе, не мора да буде јасно дефинисана самим уговором. *Ibid.*, 872.

³⁹¹ О положају трећих лица у вези са јавноправним уговорима и њиховој правној заштити вид. одељак 2.1.4 у оквиру пете главе дисертације.

³⁹² Вид. одељак 2.1.2 у оквиру пете главе дисертације.

³⁹³ Реч је о, примера ради, одредбама које се тичу закључења уговора; тумачења изјаве воље/сагласности; уговорној одговорности и правној заштити у случају неизвршења уговорне обавезе једне од уговорних страна. А. Decker, 893–896.

³⁹⁴ Детаљно о овој одредби, вид. Р. Stelkens, Н. Ј. Bonk, М. Sachs, чл. 62, пар. 21–58.

³⁹⁵ U. Stelkens (2021a), 84.

³⁹⁶ Еквивалент начелу предвидивости из домаћег Закона о општем управном поступку.

³⁹⁷ Р. Stelkens, Н. Ј. Bonk, М. Sachs, чл. 54, пар. 20–23; F. Schubert, 281.

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ Н. Ј. Bonk, 674.

⁴⁰⁰ Р. Stelkens, Н. Ј. Bonk, М. Sachs, чл. 54, пар. 17.

бројне, а као пример се могу навести јавноправни уговори из области социјалног осигурања.⁴⁰¹ Уговори о пружању различитих услуга социјалног осигурања регулисани су посебним прописом – Закоником о социјалном осигурању (нем. *Sozialgesetzbuch – SGB*).⁴⁰² Књига X SGB садржи посебна правила о управном поступку у овој области и у члановима 53-61 регулише јавноправни уговор на идентичан начин као претходно описане одредбе VwVfG-а.

Ипак, ни у овој материји не постоји потпуна кохерентност. Тако, у књизи SGB-а (чланови 69 и даље), садржана су правила о уговорима између осигуравајућих друштава и њихових удружења са пружаоцима услуга здравственог осигурања (нпр. лекарима, стоматолозима и др.) који представљају посебну врсту уговора о јавној набавци услуга здравственог осигурања, због чега се на њих, поред режима из овог законика, примењују и одредбе прописа који се примењују на остале уговоре о јавним набавкама (вид. *infra* 2.2.2 [ii]).⁴⁰³

Бројна отворена питања на која законодавац није дао одговор, нагнала су поједине ауторе да закључе да практични значај института јавноправног уговора у оквирима немачког права расте „не толико због, већ упркос“ одредбама које су му посвећене VwVfG-ом.⁴⁰⁴ Штелкенс корене проблема види у разлозима увођења овог института у немачки савезни закон којим се кодификују правила о општем управном поступку. Наиме, законодавац је хтео да „пошаље сигнал“ о томе да је држава (и њена управа) спремна за сарадњу, а да се грађани посматрају као равноправни партнери у том процесу – без јасног циља о томе какви се ефекти желе постићи уведеним решењем.⁴⁰⁵ Будући, дакле, да је његово увођење у немачки правни поредак последица политичке одлуке, а не практичне потребе или темељног номотехничког промишљања, овај аутор га сликовито оцењује пре као *Lebensgefühl*, унутрашњи осећај законодавца, односно лепу идеју, него зрео правни институт.⁴⁰⁶

(ii) Уговори о јавним набавкама и концесијама

Уговори о јавним набавкама (нем. *öffentliche Aufträge*), како смо већ видели, у немачком праву представљају „класичне“ грађанскоправне уговоре. То повлачи последице по правни оквир којем су подвргнути, као и по приступ решавању спорова и пружању правне заштите. Тако, док су питање извршења и услова пуноважности ових уговора подвргнути општем уговорном режиму облигационог права, поступак доделе уговора уређен је на специфичан начин, под утицајем директива ЕУ у овој материји.

Ипак, ни овде не постоји потпуна кохерентност правног режима, будући да су поједини уговори о јавним набавкама, због свог предмета или посебног законског оквира (какви су они о пружању услуга здравственог осигурања, вид. *supra* 2.2.2 [i]), квалификовани као јавноправни уговори.⁴⁰⁷

⁴⁰¹ U. Stelkens, H. Schröder (2010), 309.

⁴⁰² Законик о социјалном осигурању (*Sozialgesetzbuch – SGB*), доступно на: <https://www.sozialgesetzbuch-sgb.de/>, 10. октобар 2021.

⁴⁰³ Чл. 69 и даље SGB, пета књига, законско здравствено осигурање.

⁴⁰⁴ Ulrich Stelkens, “Kodifikationssinn, Kodifikationseignung und Kodifikationsgefahren im Verwaltungsverfahrenrecht“, *35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – Bilanz und Perspektiven* (Hrsg. H. Hill, K.P. Sommermann, J. Ziekow), Duncker & Humblot, Berlin 2011, 280.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, 282.

⁴⁰⁶ U. Stelkens (2021a), 81–84.

⁴⁰⁷ F. Schubert, 263.

Иницијално је поступак доделе уговора о јавним набавкама и контроле над његовом законитошћу био нормиран буџетским прописима.⁴⁰⁸ Међутим, под утицајем права ЕУ, немачко право је претрпело значајне измене, тако да актуелна регулатива јавних набавки у немачком праву обухвата сложени сет правила којима се преносе европске директиве, од којих неки имају законски, други подзаконски ранг, према тзв. каскадном принципу (*cascade variante*).⁴⁰⁹

За разумевање правног оквира у овој материји, треба имати у виду још два фактора, која додатно усложњавају позитивноправни режим. Први је федерално уређење државе, које подразумева да поред савезних прописа, постоје и они донети на нивоу земаља. Други је тзв. „дуални систем“ правила, укључујући и правила о правној заштити, који подразумева два додатна нивоа. Док се први односи на уговоре чија вредност прелази прописане финансијске прагове (нем. *Oberschwelienbereich*) и који у потпуности потпадају под примену европских директива, други обухвата уговоре „испод прагова“ (нем. *Unterschwelienbereich*), због чега су они примарно препуштени националном праву и уживају „блажи“ третман.

Централно место у правном оквиру јавних набавки у немачком праву, заузима савезни Закон о забрани спречавања конкуренције (нем. *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, у даљем тексту: *GWB*). Овај закон је претрпео неколико измена од његовог усвајања 1998. године до данас, у циљу усклађивања са европским директивама.⁴¹⁰ Са аспекта материје јавних набавки, последња значајнија измена извршена је 2016. године, када је пренет сет директива из 2014. године.⁴¹¹ Тако, четврти део закона (члан 97 и даље) преноси европске директиве о додели уговора о јавним набавкама и концесијама (како у јавном сектору, тако и у сектору комуналних услуга), уређујући основне принципе на којима се темељи додела ових уговора, као и поступак њихове доделе.

Поред тога, у члану 103, ставу 1 истог прописа, уговори о јавним набавкама су одређени као *теретни уговори закључени између јавних наручилаца или секторских наручилаца и привредних субјеката, чији је предмет испорука робе, извођење радова или пружање услуга* – што у потпуности одговара дефиницији *јавних уговора* из европских директива.

Осим поменутог закона, у правни оквир јавних набавки изнад прагова, улази и Уредба о јавним набавкама (нем. *Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge* (*Vergabeverordnung - VgV*)),⁴¹² која даље прецизира правила поступка за доделу уговора и примењује се само за уговоре у јавном сектору, чија вредност прелази прописане финансијске прагове.⁴¹³ Када су у питању уговори о јавној набавци радова,

⁴⁰⁸ Martin Burgi, “EU Procurement Rules – A Report about the German Remedies System”, *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* (eds. S. Treumer, F. Lichère), DJØF Publishing, Copenhagen 2011 (у даљем тексту цитирано као М. Burgi (2011a)), 109.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, 105.

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 10 Absatz 2 des Gesetzes vom 27. Juli 2021 (BGBl. I S. 3274) geändert worden ist. Текст закона је доступан на: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/BJNR252110998.html#BJNR252110998BJNG000104118>, 12. октобар 2021.

⁴¹² Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 9. Juni 2021 (BGBl. I S. 1691) geändert worden ist. Текст доступан на: https://www.gesetze-im-internet.de/vgv_2016/BJNR062410016.html#BJNR062410016BJNG000100000, 12. октобар 2021.

⁴¹³ Дакле, не примењује се на доделу уговора о концесијама, уговора у области одбране и безбедности, као и набавке секторских наручилаца. Deutsches Ausschreibungsblatt, Das Auftragsportal, Vergabeverordnung (VgV), <https://www.deutsches-ausschreibungsblatt.de/informationen/glossar/vergabeverordnung-vgv/>, 12. октобар 2021. Одредбе *GWB* о поступку доделе уговора од секторских наручилаца (у комуналном сектору), прецизиране су тзв.

детаљнија правила о поступку њихове доделе нормирана су Уредбом о јавним радовима (нем. *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen* - VOB).⁴¹⁴

С друге стране, уговори испод прагова дуго су били регулисани искључиво буџетским прописима и на њих се нису примењивали „строги“ захтеви из европских директива. Главни разлог је била чињеница да није постојала политичка воља да се ова материја темељније регулише националним прописима.⁴¹⁵ Међутим, чињеница да отприлике 90% свих уговора у ствари чине уговори чија вредност не прелази прописане прагове,⁴¹⁶ као и неколико пресуда Суда правде ЕУ којима се указује на обавезу поштовања минималних стандарда, односно фундаменталних принципа јавних набавки – транспарентности, забране дискриминације и слободне конкуренције – чак и приликом доделе ових уговора, допринели су реформи у овој области.⁴¹⁷ На таласу тих реформи, позитивноправни оквир за доделу уговора испод прагова, поред буџетских прописа, чини и *Unterschwelvenvergabeordnung* (UVgO)⁴¹⁸ за уговоре који се додељују на савезном нивоу, односно правила (смернице)⁴¹⁹ за доделу уговора о јавним услугама (нем. *Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen* – VOL/A), као и прописи федералних јединица, за уговоре који се додељују на нивоу земаља.⁴²⁰

За разлику од уговора о јавним набавкама који у немачком праву имају дугу (правну) традицију, исто се не може рећи и за концесије. Иако су биле присутне у појединим управним областима, где су углавном схватане као нека врста дозволе за обављање различитих делатности као што је нпр. такси превоз, нису биле на јединствен начин дефинисане и правно уоквирене.⁴²¹

Овде је утицај или, боље речено, *притисак* права ЕУ довео до још већих промена у поређењу са јавним набавкама. Како би се онемогућило избегавање поменутих европских принципа доделе јавних уговора и концесија, (вид. одељак 3.2), изграђен је правни оквир и ове категорије уговора. Тако, стандарди из Директиве 2014/23/ЕУ о концесијама, нашли су своје место како у одговарајућим одредбама GWB-а, тако и у

Секторском уредбом (нем. *Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung* - Sektorenverordnung (SektVO)), а оне у области одбране и безбедности истоименом уредбом (нем. *Verordnung über die Vergabe in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit* (VSVgV)). Deutsches Ausschreibungsblatt, Das Auftragsportal, Vergaberechtsreform und neue Vergabeverordnung, <https://www.deutsches-ausschreibungsblatt.de/informationen/vergaberecht/vergaberechtsreform-und-neue-vergabeverordnung/>, 12. октобар 2021.

⁴¹⁴ Deutsches Ausschreibungsblatt, Das Auftragsportal, VOB <https://www.deutsches-ausschreibungsblatt.de/informationen/glossar/vob/>, 12. октобар 2021.

⁴¹⁵ Ulrich Stelkens, “Allemagne/Germany: Le contrôle et le contentieux des contrats publics en Allemagne”, *Contrôle et contentieux des contrats publics/Oversight and Challenges of Public Contracts* (dir./eds. Laurence Folliot-Lalliot, Simone Torricelli), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2018 (у даљем тексту цитирано као U. Stelkens 2018a), 53, 66.

⁴¹⁶ Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, *Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte: Zur Abgrenzung der Rechtswegzuständigkeiten*, Ausarbeitung WD 7 – 3000 – 063/15, 13. April 2015, 4.

⁴¹⁷ U. Stelkens (2018a), 54–55.

⁴¹⁸ Deutsches Ausschreibungsblatt, *Unterschwelvenvergabeordnung* (UVgO) veröffentlicht, <https://www.deutsches-ausschreibungsblatt.de/2/standard-titel-1/standard-titel-2/>, 12. октобар 2021.

⁴¹⁹ Ова правила имају статус управних прописа, а не закона нити уредбе и доносе их професионална удружења.

⁴²⁰ Међутим, набавке пружања услуга у домену тзв. слободних професија за уговоре испод прагова нису регулисане овим актом, него већ поменути VOB/A.

⁴²¹ Christoph Krönke, “PPP and concessions in Germany”, *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU: An Unfinished Legal Framework* (eds. P. Bogdanowicz, R. Caranta, P. Telles), European Procurement Law Series, Edward Elgar, 2020, 77.

Уредби о концесијама (нем. *Konzessionsvergabeverordnung* - KonzVgV),⁴²² којима се не одступа у већој мери од одредаба директиве.⁴²³ Поред тога, на поједина питања поступка доделе уговора, односно правне заштите (контроле) с тим у вези, сходно се примењују и материјална и процесна правила грађанског права, али и одредбе о управном поступку и управном спору.

Такође, концесије (нем. *Konzessionen*) су по први пут добиле и законску дефиницију у немачком праву и одређене су као „*теретни уговори којима један или више давалаца концесије* (концедената Б.Т.), *једном или више привредних субјеката* (концесионара Б.Т.) поверава: 1) извођење грађевинских радова, с тим да се накнада састоји од права на коришћење/експлоатацију изграђеног објекта или од овог права уз плаћање или 2) вршење и управљање јавним услугама, с тим да се накнада састоји од експлоатације овог права са или без додатног плаћања.“⁴²⁴ Дакле, немачки законодавац нормира две основне врсте концесија– концесије за радове (нем. *Baukonzessionen*) и концесије за услуге (нем. *Dienstleistungskonzessionen*).

У погледу уговора о концесији чија процењена вредност је испод европских финансијских прагова, само су концесије за радове покривене поменутиим правилима из GWB-а, прецизираних KonzVgV-ом. С друге стране, на уговоре о концесији за услуге примењују се или правила о јавноправном уговору, уколико може да се квалификује као такав у смислу члана 54 VwVfG-а или, у супротном, правила облигационог права.⁴²⁵

Формално-правно гледано, као основна разлика између концесија и јавних набавки, истиче се расподела оперативног ризика⁴²⁶ између јавноправног и приватноправног субјекта, односно његов пренос на концесионара.⁴²⁷ Међутим, у пракси ови уговори и даље изазивају бројне недоумице и не постоје довољно јасни критеријуми, нити смернице у погледу тога под који правни режим их подвести – што је последица вештачког начина њиховог увођења у правни систем.

Будући да су, како смо већ истакли, уговори о јавним набавкама и концесијама на терену грађанског права, органи управе у улози наручиоца када се налазе у *цивилу*, тј. када закључују уговоре приватног права, имају исти статус, односно иста права и обавезе у погледу закљученог уговора као и појединци. Последично, немају *јача* овлашћења која би им омогућила да задиру у уговорни однос осим ако тако нешто није прописано самим уговором.⁴²⁸ С друге стране, то је у нескладу са обавезом органа управе да се стара о заштити јавних интереса и забрани да се „бегом у приватно право“ ослободи својих јавноправних овлашћења.⁴²⁹ Како ћемо видети у одељку 2.2 пете главе дисертације, ова амбивалентност области јавних набавки је довела до неизбежног уплива јавног (управног) приватног права у област решавања спорова из ових уговора.

⁴²² Konzessionsvergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624, 683), die zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 10. Juli 2018 (BGBl. I S. 1117) geändert worden ist, доступно на: <https://www.gesetze-im-internet.de/konzvvgv/BJNR068300016.html>, 17. јануар 2022.

⁴²³ С. Krönke, 78–80.

⁴²⁴ Чл. 105 (1) (1) и (2) GWB-а.

⁴²⁵ С. Krönke, 78–80.

⁴²⁶ Који може да буде ризик понуде или потражње. Чл. 105, ст. 3. GWB-а.

⁴²⁷ Чл. 105, ст. 2. (1) и (2) GWB-а.

⁴²⁸ U. Stelkens (2018a), 55–56; U. Stelkens, H. Schröder (2010), 331–332.

⁴²⁹ *Ibid.*, 325–326.

(iii) Уговори о ЈПП

Уговори о ЈПП спадају у категорију уговорних инструмената управе, чија правна природа није до краја одређена или може да варира од случаја до случаја. Неопредељеност немачке доктрине и судске праксе око тога како класификовати ове уговоре не изненађује, уколико се узме у обзир чињеница да је концепт ЈПП у Немачкој касније „заживео“ у односу на остале државе чланице ЕУ и да се јавља почетком 2000-их година са таласом приватизације.⁴³⁰ Стога се у немачкој доктрини неретко означавају као инструменти „функционалне приватизације“ – имају функцију преношења на приватне субјекте пружање различитих јавних услуга, док одговорност за њихово извршење задржавају јавноправни субјекти.⁴³¹

Премда велики део доктрине сматра да би такве уговоре требало подвести под јавноправни режим због предмета таквих уговора, који се неретко тичу пружања јавних услуга, судска пракса није конзистентна али их углавном сврстава у режим облигационог права ако могу да се подведу под неки од класичних уговора као што су уговори о купопродаји, закупу и сл. У супротном, судови су склони да их квалификују као јавноправне.⁴³² Ипак, чини се да јасних критеријума нема.

Иако су уговори о ЈПП веома заступљени у пракси, правне норме су дисперзоване у различитим прописима, који се углавном не тичу директно ЈПП, односно нису посебно посвећене овом инструменту. Ту спадају правила из секторских закона (нпр. о енергетици, путној инфраструктури и др), пореских и финансијских прописа, прописа који уређују положај и пословање привредних субјеката, општа уговорна правила облигационог права, управноправна правила и др.⁴³³ То је довело до тога да „ЈПП још увек не представља устаљени правни термин у Немачкој“ и практично би сваки облик дугорочне сарадње између јавног и приватног сектора за остваривање јавних циљева могао да потпадне под овај кишобран појам.⁴³⁴

У последњих неколико година је, пак, на нормативном плану – како на савезном нивоу, тако и на нивоу земаља – извршен помак у правцу ближег регулисања ових уговорних инструмената који су све заступљенији у пракси.⁴³⁵ Тако, 2005. године је усвојен савезни Закон о убрзању имплементације ЈПП и унапређењу правног оквира за ЈПП, познатији као Закон о убрзању ЈПП (нем. *ÖPP Beschleunigungsgesetz*)⁴³⁶ којим се врше одговарајуће измене појединих прописа који регулишу јавне набавке, буџетску и пореску материју, као прописа у области улагања, како би се прилагодили потребама пројеката ЈПП који углавном представљају комплексне и дугорочне облике сарадње јавног и приватног сектора, где су питање начина финансирања и расподеле ризика између партнера од посебног значаја.⁴³⁷

⁴³⁰ C. Krönke, 71.

⁴³¹ P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs, чл. 54, пар. 75.

⁴³² U. Stelkens, H. Schröder (2010), 322.

⁴³³ Jan Bonhage, Marc Roberts, *The Public-Private Partnership Law Review: Germany* (7 April 2021), доступно на: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/germany#footnote-059-backlink>, 17. јануар 2022.

⁴³⁴ C. Krönke, 77.

⁴³⁵ J. Bonhage, M. Roberts, доступно на: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/germany#footnote-059-backlink>, 17. јануар 2022.

⁴³⁶ Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2005 Teil I Nr. 56, ausgegeben am 07.09.2005, Seite 2676, текст прописа доступан на: https://dejure.org/BGBl/2005/BGBl_I_S_2676, 17. јануар 2022.

⁴³⁷ Michael Schaefer, Thomas Voland, *Germany: “Public Private Partnerships In Germany - An Overview”*, Freshfields Bruckhaus Deringer, 26 November 2009, <https://www.mondaq.com/germany/government->

Занимљиво је да је 2017. године извршена измена уставних одредаба како би се на веома изричит начин регулисало питање ЈПП у једној специфичној области. Наиме, члан 90, став 2 GG-а предвиђа да је „управљање савезним аутопутевима у надлежности савезних органа управе“, али да се та овлашћења могу „пренети на привредног субјекта приватног права који је у неутуђивој својини Федерације.“ Осим тога, прописана је забрана закључивања ЈПП на основу којих би трећа лица (приватни субјекти) могла да управљају „целокупном мрежом савезних аутопутева или целом мрежом других савезних магистралних путева у земљи или значајним деловима ових мрежа“. Такође је прописано да ће сва остала питања бити уређена законом. Кренке (*Krönke*) регулисање ЈПП за управљање савезним аутопутевима образлаже чињеницом да је овај сектор „светиња немачке политике“ будући да се слободно коришћење аутопутева сматра неутуђивим правом немачких држављана, те је било неопходно послати политичку поруку да би сваки покушај (потпуне) приватизације овог сектора био забрањен.⁴³⁸

Најзад, немачка савезна земља Шлезвиг Холштајн (*Schleswig Holstein*) је још 2007. године донела закон којим се уређују основна питања у вези са пројектима ЈПП, како би се обезбедила контрола над ефикасношћу и правилношћу делегирања јавних овлашћења приватним партнерима.⁴³⁹ Колико је нама познато, друге савезне земље још увек нису донеле сличан пропис.

(iv) Однос између различитих правних режима управних уговора

Имајући у виду уговоре који су у претходном одељку поменути, разлике у њиховој правној природи, теоријској (не)обрађености, као и правним правилима којима су подвргнути, можемо да закључимо да регулисању управних уговора није приступљено на довољно систематичан и кохерентан начин. Штавише, у теорији се истиче да још увек није понуђено (како од самих теоретичара, тако ни од законодав(а)ца) адекватно решење за питање односа између различитих уговора који би се могли подвести под кишобран управних уговора, а посебно јавноправних уговора у смислу члана 54, става 2 VwVfG-а, уговора о јавним набавкама (јавних уговора) и концесијама из чланова 103 и 105 GWB-а, концепта ЈПП, јавноправних уговора из SGB-а, као и других уговора у посебним областима (нпр. уговори о градњи, уговори између јавноправних субјеката у областима комуналне делатности и др.).⁴⁴⁰

Поред питања који правни режим ће имати превагу уколико један уговор може да се квалификује нпр. и као јавноправни уговор и као уговор о јавним набавкама (дакле, када на примену претендују и одредбе о додели уговора о јавним набавкама GWB-а и одредбе VwVfG-а о управном поступку), као последица ове нејасноће отвара се још једно важно питање, а тиче се правне заштите и решавања спорова.⁴⁴¹ Другим речима, од тога који ће правни режим однети превагу, зависи да ли ће надлежност имати управни судови, судови опште надлежности или неки од осталих судова посебне надлежности (о чему више речи у другом поглављу пете главе дисертације). Описани

contracts-procurement-ppp/87762/public-private-partnerships-in-germany--an-overview, 18. јануар 2022. С. Krönke, 76–81.

⁴³⁸ С. Krönke, 73.

⁴³⁹ Gesetz über die Zusammenarbeit zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten Vom 19. Juni 2007, <https://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/?quelle=jlink&query=%C3%96ffPrivZusG+SH+%C2%A7+1&psml=bsshoprod.psml&max=true>, 17. јануар 2022; С. Krönke, 76 фн. 20.

⁴⁴⁰ Више о односу између различитих режима управних уговора у немачком праву, вид. Ulrich Stelkens, „Abschnitte zum Europarecht zu §54“, *Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar* (Hrsg. P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs), С.Н. Beck, 10. Auflage, München 2023, 2124–2132.

⁴⁴¹ *Ibid.*, 2127–2128.

проблем разграничења добија на тежини када се узме у обзир још једна димензија – подела законодавне надлежности између федерације (нем. *Bund*) и земаља (нем. *Länder*).⁴⁴² Штелкенс (*Stelkens*) и Шредер (*Schröder*) с тим у вези закључују да се намеће потреба за успостављањем јединствених правила за доделу свих управних уговора независно од њихове правне природе, како би се ова материја хармонизовала у циљу јачања правне сигурности, али ни судска пракса, ни доносиоци политичких одлука нису довољно препознали ову потребу.⁴⁴³ Исти аутори истичу још један проблем, а то је недовољна сарадња надлежних институција – савезног Министарства унутрашњих послова, које је надлежно за питања у вези са применом Закона о управном поступку и Министарства привреде, које је надлежно за пропис у области јавних набавки.⁴⁴⁴

Према тренутном стању ствари, конкретан правни режим – јавноправни или приватноправни – зависи од „објективних чињеница“, а не од субјективне воље уговорних страна.⁴⁴⁵ За поједине уговоре, релативно је једноставно тако нешто установити. Уговор којим се међа или гаси јавноправни однос потпада под дефиницију из члана 54 *VwVfG*, што значи да је реч о јавноправном уговору. За остале, судска пракса приликом процене да ли је реч о јавноправном уговору или, пак, уговору грађанског права, као кључне узима већ поменуте критеријуме – предмет уговора, циљ који уговор треба да постигне, целокупан карактер тј. контекст уговора и његове кључне елементе.⁴⁴⁶

2.3 „Балкански модел“: Пример Републике Србије

Иако је овај одељак посвећен управним уговорима у праву Републике Србије, на самом почетку је потребно објаснити због чега смо се определили за то да домаће право сврстамо у „балкански модел“, посебно имајући у виду да, колико нам је познато, стручна литература не познаје ову кованицу нити је, за разлику од претходна два, реч о признатом и препознатом моделу.

Наиме, чак и површним освртом на позитивно право појединих балканских држава које су настале на подручју бивше Социјалистичке Федеративне Републике Југославије (у даљем тексту: СФРЈ) – Хрватске, Црне Горе и Србије⁴⁴⁷ – могуће је уочити велике сличности у околностима под којима је овај институт уведен у правни систем, начину на који је то учињено, термилошком опредељењу законодавца, питањима која (ни)су регулисана, па чак и проблемима који онемогућавају њихову практичну примену.

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ U. Stelkens, H. Schröder (2010), 324.

⁴⁴⁴ U. Stelkens (2011), 284.

⁴⁴⁵ H. J. Bonk, 688; U. Stelkens, H. Schröder (2010), 320.

⁴⁴⁶ H. J. Bonk, 688.

⁴⁴⁷ Иако и македонско право познаје институт управних уговора (*управен договор*) законодавство којим је уведен у позитивноправни систем, начин на који је уређен правни оквир и бројне празнине које теорија и пракса још увек нису успеле да попуне, као и ограниченост извора су разлог због којег ову националну концепцију нисмо сврстали у овај модел. Вид. Закон за управни спорови, *Службен Весник на Р.М.*, бр: 96/2019 од 17.05.2019, чл. 4, ст. 1, тач. 8; доступно на: <https://dejure.mk/zakon/zakon-za-upravni-sporovi>, 5. јануар 2022; Закон за установите, *Службен Весник на Р.М.*, бр: 32/2005 од 11.05.2005, чл. 2, ст. 1, тач. 24, доступно на: <https://dejure.mk/zakon/zakon-za-ustanovite>, 5. јануар 2022. Више о управним уговорима у македонском праву: Д. Миљић (2016), 249–252; З. Филиповић, 187–213.

Колико нам је познато, Босна и Херцеговина у свој правни систем још увек није увела институт управних уговора. Словеначко право је у том погледу специфично и појмови „управни“ или „јавни уговори“ нису на нормативном плану дефинисани. Потоњи се углавном поклапа са дефиницијама уговора о концесијама и јавним набавкама из европских директива, док се први углавном везује за „јавне уговоре који имају специфичне управне елементе“. Више о томе у: Boštjan Ferik, Petra Ferik, Katja Hodošček, “Slovenia”, *Les principes des contrats publics en Europe/Principles of public contracts in Europe* (dir./eds. S. de la Rosa, P. Valcárcel Fernandez), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2022, 397–413.

Тако, све поменуте државе су институте под називом „управни уговор“ увеле у склопу реформе система јавне управе на путу европских интеграција у своје ново или измењено управнопроцесно законодавство. Конкретно, у системске законе који регулишу материју управног поступка – Хрватска Законом о опћем управном поступку из 2009. године,⁴⁴⁸ Црна Гора Законом о управном поступку (у даљем тексту: црногорски ЗУП) који је измењен и допуњен 2016. године,⁴⁴⁹ а Република Србија новим ЗУП-ом који је усвојен 2016. а у пуној примени је од 2017. године. Надаље, ови институти представљају нови инструмент управне активности, поред већ постојећих аката управе, који се доносе ради решавања у управним стварима.⁴⁵⁰ Сличност се тиче и елемената правног режима. Премда дефиниције управних уговора варирају, суштински је реч о двостраним правним актима који се закључују у писаној форми између јавноправног органа и странке, у склопу управног поступка. Регулисана су и питања могућности (једностраног) раскида уговора од стране органа, измене уговора услед промењених околности као и основни обриси правне заштите. Осим тога, све ове државе препуштају законодавцу да у посебним областима уведе управни уговор, без ближих смерница на основу којих критеријума и у којим областима то треба учинити, иако као главни „кандидати“ за квалификацију као *управни*, у сва три система фигурирају уговори у области јавних набавки, концесија⁴⁵¹ и ЈПП. Начин на који су управни уговори уведени у свим овим правним системима, без јасног одређења начина на који кореспондирају са већ постојећим, „имплицитним“ управним уговорима, утицало је и на њихову слабу заступљеност у пракси.⁴⁵²

Поменуте сличности последица су чињенице да су сва три представника „балканског модела“ заправо настала комбиновањем елемената француског и немачког модела.⁴⁵³ Који од та два модела превладава зависи од питања до питања тј. елемента правног режима – о чему ће у контексту домаћег права бити више речи у наредним одељцима (в. 2.3.2 *infra*). Међутим, иако позитивноправни оквир унутар овог модела поприма обележја како француског, тако и немачког модела, стварајући специфични хибридни институт, наш утисак је да је доктрина управног права на овим просторима, била и остала под снажним утицајем француског права управних уговора и праксе Државног савета.⁴⁵⁴ Најбољи показатељ је посматрање управних уговора искључиво кроз призму француског *contrat administratif* – што је утицало и на уже схватање овог института него што је то случај у дисертацији.

2.3.1 Друштвено-историјски контекст настанка управних уговора

Иако је као посебан, именовани правни институт у домаћи правни поредак уведен тек 2016. године, елементи овог института могли су се назрети у пракси, законодавству

⁴⁴⁸ Закон о опћем управном поступку, *Narodne novine*, 47/09, 110/21, вид. чл. 150–154. Доступно на: <https://www.zakon.hr/z/65/Zakon-o-op%C4%87em-upravnom-postupku>, 5. јануар 2022.

⁴⁴⁹ Закон о управном поступку, *Службени лист ЦГ*, бр. 56/2014, 20/2015, 40/2016 и 37/2017, вид. чл. 3 и 27–30. Доступно на: https://www.paragraf.me/propisi-crnegore/zakon_o_opstem_upravnom_postupku.html, 5. јануар 2022.

⁴⁵⁰ Упореди: чл. 3. и чл. 27. црногорског ЗУП-а са чл. 2. и чл. 22. ст. 1 ЗУП-а. При томе, од ова три правна система, једино у хрватском управни уговори служе извршењу решења. Вид. чл. 150 ст. 1 хрватског Закона о опћем управном поступку; Turudić (2022a), 198.

⁴⁵¹ Хрватско право је отишло корак даље и концесије истоименим законом изричито квалификовало као управне уговоре. *Ibid.*; Aleksandra Maganić, „Granice arbitralnosti u rješavanju upravnih stvari“, *Zakonitost*, 1/2019, доступно на: <http://zakonitost.s11.novenaaweb.info/hr/izdanja/?izdanje=1&clanak=205>, 6. мај 2022.

⁴⁵² У Хрватској је веома мали број судских одлука које се односе на управне уговоре, тако да се може рећи да је занемарљива. Више о разлозима таквог стања, вид. Turudić (2022a), 205–206.

⁴⁵³ О томе у контексту хрватског права, вид. детаљно: Д. Миљих (2016), 248–249.

⁴⁵⁴ Детаљно о заступљености управних уговора у домаћој управноправној мисли, пре и након Другог светског рата, у: *Ibid.*, 286–310; З. Филиповић, 381–387.

и теорији још почетком 20. века.⁴⁵⁵ Од те временске одреднице до данас, еволуција управних уговора на нашим просторима била је снажно обојена честим променама државног уређења, организације управног апарата, самих основа правног система и правне културе, својинских односа, као и утицаја спољних правно-политичких фактора и доктринарних „узора“. Другим речима, обележена је изразитим дисконтинуитетом, насупрот готово непрекинутој вишедеценијској традицији француског управног уговора.

У литератури се као преломни моменат у тој еволуцији наводи доношење Закона о државном рачуноводству (у даљем тексту: ЗоДР) 1910. године.⁴⁵⁶ Због чега је овај пропис био значајан? Наиме, све до тада, сви уговори, укључујући и оне у које је ступала држава, сматрани су приватноправним уговорима и били су подвргнути општем уговорном режиму из Српског грађанског законика.⁴⁵⁷ Међутим, законодавац је доношењем ЗоДР-а препознао да поједини уговори које држава и њени представници закључују са приватним лицима имају јачу везу са јавним интересом или, како се у тадашњој (управно)правној мисли истицало – под утицајем француске теорије и права управних уговора – са *организовањем и вршењем јавне службе*.⁴⁵⁸

Као последица тога, овај закон је садржао одредбе којима се одступало од општег режима грађанског права који је важио за остале уговоре (између појединаца) иако га није у потпуности искључио. Другим речима, Српски грађански законик се примењивао супсидијарно, а уговорне спорове су решавали грађански судови.⁴⁵⁹

Наиме, са сваком наредном изменом и допуном овог закона (1921. и 1922. године), односно његовом заменом новим законским текстом 1934. године, законодавац је постепено „сужавао простор грађанског права и цивилистичког поимања у овој области“.⁴⁶⁰ Конкретно, одељак Б ЗоДР-а, насловљен „уговори и набавке“, био је посвећен уговорима између, с једне стране, државе (и некомерцијализованих државних предузећа) и, с друге стране, појединаца⁴⁶¹ који, ради спречавања сукоба интереса, нису смели да буду директно или индиректно заинтересовани за дати уговор⁴⁶² и „који собом повлаче за државу приходе или издатке“.⁴⁶³

Прегледом одредаба овог закона након његових измена и допуна од 1922. године, које су конкретизоване Правилником за извршење одељка Б ЗоДР-а,⁴⁶⁴ закључујемо да су најважнији елементи модерних закона о јавним набавкама били присутни,

⁴⁵⁵ Вид. нпр. Д. Миленковић (2014), 115-180; Добросав Миловановић, „Развој управних уговора у праву Србије и Југославије“, *Правни живот*, 11-12/1993, 2153–2159.

⁴⁵⁶ Д. Миленковић (2014), 119; Д. Миловановић (1993), 2154.

⁴⁵⁷ *Ibid.*

⁴⁵⁸ Љ. Радовановић (1926), 296.

⁴⁵⁹ Д. Миловановић (1993), 2154–2155.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, 2154.

⁴⁶¹ *Ibid.*, 2155.

⁴⁶² Вид. чл. 83. Закона о државном рачуноводству (ЗоДР) од 6. марта 1910, *Службене новине* бр. 148 од 7 јула 1922, са изменама и допунама, наведено према: *Закон о државном рачуноводству од 6. марта 1910 са Правилником за извршење уговора са државом; Уредбама о благајничким записима; Правилницима о рачуноводној служби у министарствима и о утрошку канц. материјала* (напоменама пропратио Љ. Радовановић), Збирка закона, Св. 9, Геца Кон, Београд 1937, 67–69.

⁴⁶³ Вид. чл. 82. ЗоДР, 66-67; Д. Миловановић (1993), 2155.

⁴⁶⁴ Правилник за извршење одредаба из одељка „Б.“ Уговори и набавке Закона о државном рачуноводству, од 18. новембра 1921 у 22 маја 1922, *Службене новине* бр. 265 од 25. новембра 1921 дод. Х. и бр. 117 од 30 маја 1922 дод. ХІХ, са изменама и допунама, наведено према: *Закон о државном рачуноводству од 6. марта 1910 са Правилником за извршење уговора са државом; Уредбама о благајничким записима; Правилницима о рачуноводној служби у министарствима и о утрошку канц. материјала* (напоменама пропратио Љ. Радовановић), Збирка закона, Св. 9, Геца Кон, Београд 1937, 143–192.

укључујући одредбе које треба да гарантују транспарентност поступка (одредбе о јавном оглашавању намере да се уговор закључи,⁴⁶⁵ обавезно спровођење јавне лицитације,⁴⁶⁶ осим у законом таксативно набројаним случајевима⁴⁶⁷ и прецизним правилима за њихово спровођење⁴⁶⁸), затим одговарајуће квалификације приватних лица и начин њиховог утврђивања, могућност искључивања „неподобних“ кандидата, могућност измене и раскида закљученог уговора, као и правне последице непоштовања законом прописаног поступка доделе уговора. Другим речима, одредбе којима се „због појачане потребе за заштитом јавног интереса“, успоставља „мешовит“ правни режим који покрива целокупан уговорни циклус: фазу пре закључења уговора, доделу уговора и његово извршење, као и престанак уговорних односа.⁴⁶⁹

Поред поменутих, ЗоДР је предвиђао и одредбе са евидентно јавноправном премисом, установљене у интересу јавне службе. Реч је о следећим одредбама:

- 1) о заштити домаће радиности из чланова 85а, 85б и 85в којима се давала предност домаћим понуђачима, држављанима Краљевине Југославије, а пре свега инвалидима, члановима њихових породица и установама. Ове одредбе су представљале пандан одредбама о преференцијалима за домаће понуђаче какве су до недавно постојале у домаћем законодавству о јавним набавкама и важиле су чак и ако се не уговоре. Иако нису изричито биле предвиђене санкције за кршење ових одредаба, чињеница да су установљене у јавном интересу је рађала право учесника на лицитацији да у том случају поднесе тужбу Државном савету;⁴⁷⁰
- 2) о општим условима уговора из чланова 86а и 97, како они који су се прописивали за сваки конкретан случај код спорадичних набавки, тако и типским, за учестале набавке, које су прописивале стручне комисије и који су у већини случајева замењивали сам уговор;⁴⁷¹
- 3) о обавези плаћања кауције „за јемство за евентуалну накнаду штете или потраживања државна од предузимача“ у корист државе из члана 88;
- 4) о административном раскиду уговора из члана 98, који представља својеврсну административну меру, установљену у интересу јавне службе;⁴⁷²
- 5) о установљавању специфичне јавне дажбине у корист инвалидског фонда из члана 99а, за сваки дан продужења уговорног рока од стране приватног лица. Изузетак од плаћања ове дажбине установљен је за случај да га је виша сила (несавладива сметња) омела у извршењу обавеза у року, али за то се тражи писани доказ. Спор око примене ове одредбе је управни спор,⁴⁷³ као и
- б) оне из члана 99б, којим се нормира установа Вештачке комисије – надлежног органа за решавање свих сукоба у вези са техничким питањима, како би се предупредили судски поступци.⁴⁷⁴ Могло би се закључити да је, условно речено,

⁴⁶⁵ Чл. 89. ЗоДР, 91–92.

⁴⁶⁶ Чл. 82. ЗоДР, 66–67.

⁴⁶⁷ Чл. 86, ст. 1, тач. 1–17. ЗоДР, 80–83.

⁴⁶⁸ Чл. 89–96. ЗоДР, 91–101.

⁴⁶⁹ Д. Миловановић (1993), 2156.

⁴⁷⁰ Напомене Љ. Радовановића уз чл. 85а ЗоДР, 77–78.

⁴⁷¹ Напомене Љ. Радовановића уз чл. 86а ЗоДР, 86.

⁴⁷² Љ. Радовановић (1926), 294–296.

⁴⁷³ Напомене Љ. Радовановића уз чл. 99а ЗоДР, 114.

⁴⁷⁴ Напомене Љ. Радовановића уз чл. 99б ЗоДР, 115–116.

овај механизам представљао својеврсног претечу *алтернативног* решавања спорова.

Занимљиво је како кроз поједине одредбе провејавају сличности са француском, односно немачком (управно)правном доктрином и правом. Тако, интерес јавне службе ради чега је и уведена обавезна транспарентност у спровођењу поступка набавке, несумњиво је инспирисана француским правом. Насупрот томе, посматрање државе као приватноправне личности када ступа у уговорне односе с појединцима, равноправност у могућности да се раскине уговорни однос и од стране појединца, и од стране (представника) државе (члан 84),⁴⁷⁵ као и чињеница да санкција ништавости која погађа поступак лицитације уколико је спроведен противно одредбама ЗоДР или није уопште спроведен (а ван случајева изузећа која исти закон предвиђа), не дира у сам уговор, већ евентуално рађа право на накнаду претрпљене штете (члан 99) – веома су слични премисама немачког права које су чуване кроз тврде доктринарне ставове.

С друге стране, као кључна разлика у односу на француски управни уговор истиче се „диференцирана надлежност судова“ за спорове који су проистицали из уговора подвргнутих режиму ЗоДР. Наиме, управно судство је било надлежно за испитивање законитости управних аката донетих у вези са управним уговорима, као и „усклађености процедуре закључења и реализације уговора са нормама јавноправног карактера који га регулишу“, док је грађанско судство било надлежно за све остале спорове – укључујући и оне који су се тicali самог уговора, као и накнаде штете.⁴⁷⁶

Поред уговора о јавним набавкама из ЗоДР за које је тадашња теорија,⁴⁷⁷ ослоњена на учења о француском праву управних уговора, износила аргументе у прилог томе да је реч о управним уговорима,⁴⁷⁸ у теорији се помињу и други уговори чија правна природа је била дискутабилна (као што су уговори о концесији за вршење јавне службе).⁴⁷⁹ Осим тога, Миленковић указује и на „латентне“ управне уговоре који су произлазили из других закона, као пример наводећи *Закон о уређењу врховне државне управе* из 1923. године који је предвиђао давање концесије за искоришћавање водне снаге, *Закон о пошти, телеграфу и телефону* који је предвиђао изузетак од државног монопола над градњом јавне инфраструктуре из овог домена, у корист једне иностране компаније и др.⁴⁸⁰

Наш утисак је да је у овом периоду кључну улогу у стварању предуслова за увођење управних уговора у домаћи правни систем имао законодавац, на темељу потреба праксе.⁴⁸¹ Вођење расправе о управним уговорима у домаћим академским круговима подстакнуто је, с једне стране, активностима на законодавном плану и, с друге, великим утицајем француске правне мисли и праксе Државног савета о управним уговорима, као и разграничењу између француског и немачког поимања управних уговора.⁴⁸²

⁴⁷⁵ Иако су право на раскид уговора имали и појединац и представник државе, ЗоДР је у чл. 84 прописивао да раскид или измена уговора не могу да буду на штету државе, а да су изузеци од тог правила допуштени искључиво уз одобрење Државног савета.

⁴⁷⁶ Д. Миловановић (1993), 2158.

⁴⁷⁷ Д. Миленковић (2014), 116–119.

⁴⁷⁸ Ипак, има и аутора који су сматрали да код нас не постоје предуслови да се институт управног уговора из француског права „прими“ код нас. Вид. Стеван Сагадин, „Уговори и набавке према Закону о државном рачуноводству“, прештампано из *Споменице Мауровићу о његовој шестогодишници*, Штампарија Глобус, Београд 1934, 601–624.

⁴⁷⁹ Д. Миловановић (1993), 2155–2156.

⁴⁸⁰ Д. Миленковић (2014), 127–128.

⁴⁸¹ Како казује Сагадин, „[...] “режим“ управних уговора у Француској створен праксом Државног савета, у нашем праву пак позитивним правом“, С. Сагадин, 624.

⁴⁸² Д. Миленковић (2014), 116.

Занимљиво је да утицај француске правне мисли у овом домену преживео у југословенској управноправној доктрини и у наредном периоду, који је у позитивноправном смислу представљао „сумрак“ управних уговора.⁴⁸³ Наиме, ако се изузме неколико секторских закона који су у појединим одредбама одступали од општег уговорног режима,⁴⁸⁴ у правном систему Југославије након Другог светског рата нису постојали управни уговори као посебна категорија уговора органа управе. Напротив, сви уговори (и они у које су ступали државни органи) били су у режиму грађанског права.⁴⁸⁵ Разлог лежи у томе што друштвено-економски и правни предуслови нису били наклоњени управним уговорима. Међу главним разлозима се истичу како социјалистичко правно уређење и концепт друштвене својине,⁴⁸⁶ тако и непостојање спора пуне јурисдикције у надлежности домаћег управног судства – једног од кључних фактора за развој овог института у француском праву.⁴⁸⁷ Међутим, за разлику од совјетске доктрине која је, због непостојања разлике између јавног и приватног права, негирала управне уговоре,⁴⁸⁸ „југословенска теорија била је специфична, јер је још увек значајно била окренута ка француској теорији јавне управе и административног права“.⁴⁸⁹ У круг аутора који су их обрађивали, посебно у контексту француске и немачке концепције, спадају Иво Крбек, Драгаш Денковић, Славољуб Поповић, Никола Стјепановић, Владислав Иванчевић.⁴⁹⁰

Тек 90-их година прошлог века, са поновним увођењем концепта јавне службе, као и „реанимацијом“ приватне својине, поново су се стекли услови да се размотри увођење управних уговора.⁴⁹¹ Стога се овај период сматра наредном етапом у њиховом развоју у српском законодавству и теорији. Како запажа Миленковић, „превазилажењем концепта управе као власти и поновним успостављањем института јавне службе, преласком на тржишни концепт и поновним успостављањем приватне својине [...] управни уговор поново постаје предмет како теоријских расправа и питања, тако и питања да ли се у појединим законима [...] „латентно“ крије институт управног уговора.“⁴⁹²

До данас је усвојен низ закона који су уређивали уговоре у којима је једна страна јавноправни, а друга приватноправни субјект и који су више или мање везани за обављање делатности од општег интереса, али су ипак у грађанском режиму – где спадају Закон о јавним службама;⁴⁹³ неколико „генерација“ закона о јавним набавкама,

⁴⁸³ *Ibid.*, 129.

⁴⁸⁴ Миленковић као пример наводи Закон о промету робе и услуга са иностранством из 1962. године, Основни закон о електропривреди из 1965. године и Основни закон о изградњи инвестиционих објеката из 1967. године који су предвиђали специфичан поступак доделе уговора на основу јавног надметања, правила о једностраној измени уговора, односно ограничења у погледу одабира приватног саговорача. Ипак, овај аутор констатује да се њима не побија констатација о непостојању управних уговора у овом периоду, с обзиром на то да су ова одступања била „сегментарна и такве природе да се [...] не би могло говорити о специјалном правном режиму“. *Ibid.*, 132.

⁴⁸⁵ Д. Миловановић (1993), 2160.

⁴⁸⁶ Како истиче Миловановић, „својина је базирана на претпоставци о непротивречности јавног и приватног интереса. Стога није постојала потреба за прописивањем посебних привилегија за државу као саговорача“, *Ibid.*, 2161.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, 2160.

⁴⁸⁸ Д. Миленковић (2014), 129; Elvira Talapina, “Russie/Russia”, *Droit comparé des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels, 2010, 835–857.

⁴⁸⁹ Д. Миленковић (2014), 129.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, 130. Д. Денковић, 186.

⁴⁹¹ Д. Миленковић (2014), 133.

⁴⁹² *Ibid.*

⁴⁹³ Закон о јавним службама, *Службени гласник РС*, бр. 42/91, 71/94, 79/2005 - др. закон, 81/2005 - испр. др. закона, 83/2005 - испр. др. закона и 83/2014 - др. закон.

они о концесијама и, у новије време, о јавно-приватним партнерствима,⁴⁹⁴ као и поједини секторски закони.⁴⁹⁵ Последишно, интересовање за управне уговоре и залагање за њихово увођење у домаће правне оквире, поново „оживљава“ у делима наших савремених управних правника.⁴⁹⁶

Као што је претходно већ напоменуто, то се и обистинило када је управни уговор као именовани правни институт уведен актуелним ЗУП-ом (в. *supra*), означавајући и последњу етапу или стадијум еволуције овог института. Међутим, то није учињено на темељу апела домаћих стручњака за управно право, нити као одговор на потребе праксе, већ „као једна од мера усаглашавања нашег управног права са управним правом Европске уније“.⁴⁹⁷ Ипак, како ће показати редови који следе, овакво *вештачко* увођење управних уговора у домаћи правни систем, резултовало је бројним проблемима који коче његову имплементацију у пракси (в. наредни одељак) и оставило незахвалан задатак савременим теоретичарима управног права да га, *ex post*, правно уобличи и одговоре на бројна отворена питања.

2.3.2 Основне врсте управних уговора и елементи њиховог правног режима

Томић говори о „четири слоја правне регулативе“ управних уговора у домаћем позитивном праву. Прву чини општи правни режим из ЗУП-а који се односи на управне уговоре и који је заједнички за све управне уговоре. Други је сачињен од осталих одредаба ЗУП-а које се односе на управне акте, а на управне уговоре се примењују сходно – „примерено природи и садржини управних уговора“.⁴⁹⁸ Трећи слој чине правила из Закона о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО)⁴⁹⁹ која се примењују супсидијарно.⁵⁰⁰ Најзад, пети слој обухвата посебна правила за поједине врсте управних уговора.⁵⁰¹

У овом делу српско право у великој мери наликује немачком, будући да између поменутих „слојева“ правног режима не постоји потпуни склад. Напротив, однос између општег и посебних правних режима управних уговора, односно правила јавног (управног) и приватног (облигационог) права према тренутном стању ствари још увек није јасно дефинисан и кохерентан, због чега отвара бројна питања на која ни законодавац, ни судови, нити доктрина још увек нису дали коначне одговоре.

⁴⁹⁴ Од Закона о општим условима давања концесија страним лицима у Републици Србији (*Службени гласник РС*, бр. 6 и 7/90; преко Закона о концесијама (*Службени гласник РС*, бр. 20 и 25/97), све до актуелног Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама (*Службени гласник РС*, бр. 88/2011, 15/2016 и 104/2016), Д. Миленковић (2014), 135–137.

⁴⁹⁵ Примера ради, у области железничког саобраћаја, телекомуникација, рударства, комуналних делатности и др. *Ibid.*, 144–147.

⁴⁹⁶ В. нпр. читав један број часописа *Правни живот* из 1993. године (бр. 11-12/1993), посвећен је различитим аспектима овог института и многи наши аутори, међу којима су проф. Драгољуб Кавран, Зоран Томић, Добросав Миловановић, Владимир Водинелић и други, дали су свој допринос.

⁴⁹⁷ Д. Миленковић (2014), 116. В. и Д. Миљић (2016), 3; З. Филиповић, 422.

⁴⁹⁸ З. Томић (2017), 259.

⁴⁹⁹ Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ* бр. 31/93, *Службени лист СЦГ* бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020.

⁵⁰⁰ Овај аутор сугерише да „[...]правни режим управних уговора[...]у супротности са начелном нормом чл. 25. став 1 ЗОО, а која гласи: „Одредбе овог закона које се односе на уговоре примењују се на све врсте уговора, осим ако за уговоре у привреди није изричито другачије одређено.“ Томић сматра да би ову одредбу „са гледишта јединства правног система Србије“ требало модификовати „додајући јој као „одступајуће“ и управне уговоре“. З. Томић (2017), 259.

⁵⁰¹ *Ibid.*, 258.

Колико је нама познато, једини посебан закон који од усвајања ЗУП-а до данас изричито предвиђа управне уговоре је Закон о железници (у даљем тексту: ЗоЖ).⁵⁰² С обзиром на то да пракса на основу тог закона тек треба да буде изграђена, релевантне одредбе о управним уговорима биће изложене само у најкраћим цртама (в. одељак 2.3.2 [ii] *infra*). С друге стране, имајући у виду дефинисан предмет истраживања, као и начин на који су управни уговори одређени у уводном делу рада, нешто више пажње ће бити посвећено позитивноправном режиму уговора о јавним набавкама (в. одељак 2.3.2 [iii] *infra*), односно уговора о ЈПП и концесијама (в. одељак 2.3.2 [iv] *infra*). Овај методолошки избор је оправдан и због чињенице да је реч о прописима за које теорија управног права истиче да „крију“ управне уговоре. Ипак, треба нагласити да формално-правно, ови уговори још увек нису квалификовани као управни у смислу института из ЗУП-а, због чега се на њих општи правни режим из тог закона (још увек) не примењује.⁵⁰³

(i) Управни уговори из Закона о општем управном поступку

У ЗУП-у су исцртане само основне процесне контуре управних уговора, док је њихово увођење у поједине управне области препуштено посебним, секторским законима.⁵⁰⁴ У свега пет чланова (чланови 22–26), законодавац је регулисао заједничка питања правног режима управних уговора, која се тичу појма и садржине управних уговора, специфичног положаја уговорних страна, тачније, њихова права и обавезе, као и супсидијарну примену закона којим се уређују облигациони односи. На овом месту ћемо сумарно приказати поменуте законске одредбе, као предуслов за касније детаљније сагледавање начина на који је уређено решавање спорова у вези са овом категоријом уговора.

(a) Појам и битна обележја

Увођење управних уговора међу облике управног поступања представља једну од најзначајнијих новина важећег ЗУП-а.⁵⁰⁵ Законодавац најпре одређује управни уговор као *двострано обавезан писани акт који, кад је то посебним законом одређено, закључују орган и странка и којим се ствара, мења или укида правни однос у управној ствари*,⁵⁰⁶ да би затим прописао да *садржина управног уговора не сме бити противна јавном интересу нити правном интересу трећих лица*.⁵⁰⁷

Из цитиране одредбе произлазе следећа битна обележја овог правног института: 1) реч је о двострано обавезном правном акту; 2) закључује се у писаној форми; 3) у конкретну управну област се уводи посебним законом; 4) уговорне стране су орган и странка; 5) закључује се у управним стварима и 6) његова садржина не сме да буде противна јавном интересу, нити правном интересу трећих лица. У редовима који следе, укратко ћемо се осврнути на сваки од ових обележја или карактеристика законске дефиниције управних уговора.

⁵⁰² Закон о железници – ЗоЖ, *Службени гласник РС*, бр. 41/2018.

⁵⁰³ Зоран Томић, Добросав Миловановић, Вук Цуцић, *Практикум за примену Закона о општем управном поступку*, Министарство државне управе и локалне самоуправе, Београд 2017, 48.

⁵⁰⁴ Вид. чл. 22 став 1 ЗУП-а.

⁵⁰⁵ За критику самог појма “управног поступања” и важећих законских решења, вид. Драган Милков, Ратко Радошевић, „Неке новине Закона о општем управном поступку: „Управно поступање““, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2016, 733–752.

⁵⁰⁶ Вид. чл. 22, ст. 1. ЗУП-а.

⁵⁰⁷ Чл. 22, ст. 2. ЗУП-а.

Двостраност

За разлику од управног акта, као појединачног, једностраног облика управног поступања, управни уговор је двострани правни акт. Другим речима, „разлика између ова два института, између осталог, најизразитија је у начину њихових настанака“.⁵⁰⁸ Док управни акт настаје као „резултат једне воље“, управни уговор настаје споразумно, сагласношћу воља органа и странке. Поред разграничења од управних аката и других позитивноправних инструмената управног поступања,⁵⁰⁹ овај елемент треба да укаже и на један од главних разлога увођења управних уговора у наш правни систем, а то је „остваривање једног од европских стандарда, који се огледа у активној улози грађана у односима са јавном управом“.⁵¹⁰ Другим речима, било је неопходно показати да управа није само „јавна власт“, већ и „јавна служба“. Ипак, сматрамо да законодавац није (до краја) успео у својој намери, како због начина на који је одредио уговорне стране, тако и због њиховог изразито неравноправног положаја у уговору, о чему ће нешто касније бити речи. Ситуацију отежава чињеница да не постоји кодификовано управно право ЕУ као такво, нити у овом домену постоји јединствена регулатива како на нивоу ЕУ (в. треће поглавље ове главе), тако ни међу државама чланицама (в. одељке 2.1, 2.2 ове главе).

Форма уговора

Друго обележје, односно захтев, је да уговор буде закључен у писаној форми. Реч је о битном, конститутивном елементу управних уговора. Оваква „ригидност“ законодавца када је реч о форми има смисла уколико се узме у обзир сврха управних уговора, њихово позиционирање у круг управних активности, уговорне стране и дејства која ови уговори производе у односу према трећим лицима. Дакле, писана форма има за циљ додатну заштиту јавног интереса,⁵¹¹ као и интереса трећих лица.

Имајући у виду да законодавац није ближе уредио питање писане форме управних уговора, као и одредбу из члана 26 ЗУП-а о сходној примени осталих одредаба ЗУП-а и супсидијарној примени ЗОО-а, појединости у вези са формом уговора треба тражити управо у тим прописима. Тако, писана форма подразумева да „субјекти своју вољу исказују речима у писаној исправи, коју потписују обе уговорне стране“.⁵¹² Како је у питању двострани уговор, за његово пуноважно закључење довољно је да обе стране потпишу једну исправу или да свака од њих потпише примерак исправе намењен другој страни (члан 72, став 3 ЗОО). Поред тога, услов писане форме сматраће се испуњеним и када стране размене писма или се споразумеју „телепринтером или неким другим средством које омогућава да се са извесношћу утврде садржина и давалац изјаве“ (члан 72, став 4 ЗОО). На тај начин се отвара простор и уподобљавању електронске и писане форме, што би било у складу и са одговарајућим одредбама ЗУП-а које имају за циљ дигитализацију рада управе ради њене модернизације и упрошћавања управних

⁵⁰⁸ Дражен Миљић, „Управни уговори према Закону о општем управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2017 (у даљем тексту цитирано као: Д. Миљић 2017б), 522.

⁵⁰⁹ Како примећује проф. Караникић Мирић, законодавац је највероватније имао у виду све двостране правне акте, а не само оне који су уједно и двострано обавезујући. Ова ауторка, тако, закључује да су из законске дефиниције искључени једнострано обавезни двострани правни послови (као пример наводи једностранообавезујуће уговоре), као и двострани правни послови располагања, у које спадају цесија и преузимање дуга. М. Караникић Мирић (2017), 189 фн. 9.

⁵¹⁰ Предлог Закона о општем управном поступку, са Образложењем и Анализом ефеката, усвојен на 195. седници Владе Републике Србије 2. фебруара 2016. године, за време мандата Владе Републике Србије изабране 27. априла 2014 (у даљем тексту цитирано као Предлог ЗУП-а са Образложењем и АЕП), доступно на: <https://www.srbija.gov.rs/prikaz/257741>, 10. октобар 2022, 5.

⁵¹¹ Д. Миљић (2017б), 522–523.

⁵¹² Бојан Пајтић, Сања Радовановић, Атила Дудаш, *Облигационо право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2018, 240; Чл. 72, ст. 1 ЗОО.

процедура.⁵¹³ Прописана форма налаже да важи само оно што је у тој форми изражено (члан 71, став 1 ЗОО), а захтев да уговор буде у посебној форми важи за све његове доцније измене и допуне (члан 67, став 2 ЗОО).

Сматрамо да је у контексту управних уговора искључена примена изузетака по којем би биле пуноважне истовремене или накнадне измене и допуне уговора о споредним тачкама о којима у самом уговору није ништа речено, учињене усмено (члан 67, став 3 и члан 71, став 2 ЗОО), односно доцније усмене погодбе којима се смањују или олакшавају обавезе једне или друге стране (члан 67, став 4 и члан 71, став 3 ЗОО). Разлог томе је заштитна улога коју писана форма управних уговора игра, као и чињеница да „свако поступање јавне управе мора бити транспарентно и легитимно, у сврху стварања што бољег угледа код грађана“, што би усмене погодбе, макар и о споредним тачкама, осујетиле.⁵¹⁴

Уколико управни уговор не би био закључен у прописаној форми, не би могао да производи правна дејства (члан 70 ЗОО), што би за практичну правну последицу имало његову ништавост.⁵¹⁵ Иако општа правила уговорног права допуштају да се „избегне строга санкција ништавости“ уколико је уговор извршен у целини или претежном делу,⁵¹⁶ па чак и уколико није извршен у претежном делу али то налажу начела савесности и поштења и забране злоупотребе права,⁵¹⁷ сматрамо да тако нешто не би било допуштено када су у питању управни уговори – из претходно наведених разлога повезаних са јавним интересима и улогом и одговорношћу носилаца јавне власти.

Однос општег и посебних режима управних уговора

Домаћи ЗУП представља само правни основ, „одскочну даску“ за увођење управних уговора у посебне управне области. Ако се раније у доктрини постављало питање *ко* (законодавац или судови)⁵¹⁸ и на основу *којих критеријума*⁵¹⁹ може да „препозна“ управне уговоре, накнадно усвојеним аутентичним тумачењем члана 22 ЗУП-а,⁵²⁰ Народна скупштина Републике Србије отклонила је сваку сумњу у то да је једини овлашћени за тако нешто законодавац. Другим речима, управни уговори се искључиво посебним законима уводе у посебне управне области, тако што се поједини уговори изричито квалификују као такви.

Насупрот решењу за које су се определили редактори важећег ЗУП-а, радне верзије овог прописа су имале другачији приступ уређењу ове материје. Предлог ЗУП-а из

⁵¹³ Вид. чл. 56, ст. 3 ЗУП-а који предвиђа да општење између органа и странке у писаном облику обухвата „општење електронским путем и у папирном облику“, као и чл. 140 о облику решења.

⁵¹⁴ Д. Миљић (2017), 523.

⁵¹⁵ *Ibid.*, 521–539, 522.

⁵¹⁶ Чл. 73. ЗОО; Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 239.

⁵¹⁷ *Ibid.*

⁵¹⁸ Више о томе: М. Караникић Мирић (2017), 187–198.

⁵¹⁹ Како истиче Томић, „[п]репознавање управних уговора из посебних закона у домаћем праву врши(ће) се према општим одредницама ЗУП-а: стране уговорнице, циљ/кауза, садржина и предмет, правне могућности измене и раскида уговора, правна заштита“, З. Томић (2017), 263.

⁵²⁰ Аутентично тумачење одредбе чл. 22 Закона о општем управном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 18/16 и бр. 95/2018), гласи: [п]рема одредби члана 22. став 1. Закона о општем управном поступку (*„Службени гласник РС“*, број 18/16) која гласи: „Управни уговор је двострано обавезан писани акт који, кад је то посебним законом одређено, закључују орган и странка и којим се ствара, мења или укида правни однос у управној ствари. Сагласно одредби члана 22. став 2. наведеног закона „Садржина управног уговора не сме бити противна јавном интересу нити правном интересу трећих лица.“ Ове одредбе треба разумети тако да се уговори закључени у складу са посебним законима, ако тим посебним законом нису изричито предвиђени као управни уговори не сматрају управним уговорима у смислу Закона о општем управном поступку и на њих се не може примењивати правни режим Закона о општем управном поступку [...].

2012. године предвидео је да се управни уговори закључују у области концесија, јавно-приватних партнерстава и јавних набавки (уз могућност да се законом уведу и у друге области),⁵²¹ будући да би управо уговори у предметним областима по својим карактеристикама и у светлости иностраних правних решења и праксе могли да се квалификују као управни.

Како се, пак, истиче у Анализи ефеката важећег ЗУП-а, основни разлог због којег се одустало од описаног нормативног приступа је тежња да се избегну проблеми и правна несигурност услед потенцијалног сукоба између општег режима управних уговора који је успостављен ЗУП-ом и посебних режима који се заснивају на раније донетим законима о јавним набавкама, ЈПП и концесијама. Другим речима, постојала је бојазан редактора ЗУП-а да би успостављање јасне везе између горепомнутих области и управних уговора, потенцијално могло да резултује колизијом између два основна принципа тумачења права – *lex posterior derogat legi priori* – у ком случају би правни режим из ЗУП-а, као каснији имао предност над раније донетим законима – и *lex specialis derogat legi generali*, што би значило да ће се примењивати режим посебних закона који уређују предметне области, а ЗУП тек супсидијарно, на питања која тим законима нису уређена.⁵²² Осим тога, правни режим управних уговора из ЗУП-а, како ћемо приказати у редовима који следе, предвиђа изразиту неравноправност уговорних страна и орган опрема много ширим овлашћењима у односу на странку. С друге стране, посебан правни режим уговора из закона који уређују области јавних набавки, ЈПП и концесија утемељен је на начелима аутономије воље и равноправности уговорних страна, као основним постулатима општег уговорног режима. Штавише, ти специјални закони су „писани са једном другачијом парадигмом – жељом да се привуку инвеститори“, услед чега „више штите приватноправну страну уговорницу од одговарајућих одредаба ЗУП-а“.⁵²³ На тај начин би дошло до парадоксалне ситуације у којој ЗУП забрањује снижавање нивоа права и правних интереса странака, а сам то чини у погледу уговора из специјалних закона.⁵²⁴

Препуштање законодавцу да кроз посебне прописе уведе управне уговоре „на мала врата“, још један је елемент који управне уговора из ЗУП-а приближава немачком моделу. Премда је у контексту домаћег правног оквира управних уговора овакав нормативни приступ разумљив и оправда(ва)н „контролом штете“ која би у правном поретку могла да наступи, он са собом носи и ризик. Наиме, пропуст да се успоставе јасне линије разграничења између поменутих „латентних“ управних уговора и општег правног режима из ЗУП-а, као и изостанак других смерница којима би се законодавац руководио приликом увођења управних уговора у поједине управне области, могу да доведу до претераног компликовања правних режима (потенцијалних) управних уговора и мултипликовања механизма правне заштите и решавања спорова. Реч је о важним питањима од чијег правилног регулисања зависи да ли ће и у којој мери управни уговори моћи да заживе у пракси, као да ли ће бити обезбеђена адекватна заштита свих ангажованих интереса. У том контексту, нарочито треба имати у виду негативна искуства немачког права, као главног нормативног узора, о чему више у оквиру пете главе дисертације.

⁵²¹ Вид. чл. 30, ст. 2 Предлога Закона о општем управном поступку усвојен на 620. седници Владе Републике Србије седници Владе Републике Србије 23. фебруара 2016. године, за време мандата Владе Републике Србије изабране 7. јула 2008. године (у даљем тексту цитирано као: Предлог ЗУП-а из 2012. године), доступно на: <https://www.srbija.gov.rs/prikaz/168120>, 10. октобар 2022.

⁵²² З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, 48.

⁵²³ *Ibid.*

⁵²⁴ *Ibid.*

Уговорне стране

За разлику од претходне две карактеристике управних уговора, које их ни по чему не разликују од уговора грађанског права, специфичност овог правног института посебно долази до изражаја када је реч о уговорним странама и њиховом неравноправном положају унутар управног уговора. На овом месту ћемо се осврнути на прво питање, док ће о другом, које је од непосредног значаја за остваривање правне заштите и решавање спорова, бити речи у петој глави дисертације.

ЗУП предвиђа да се управни уговор закључује између *органа* и *странке*, што је и логично ако се има у виду да се закључује у управним стварима, у склопу управног поступка. Интенција законодавца је била да уведе инструмент сарадње између јавног и приватног сектора, тако да уговорне стране буду јавноправни субјект (носилац јавних овлашћења) и приватноправни субјект (правно или физичко лице). Могућност каква постоји у француском и немачком праву, да управни уговори буду закључени између два приватноправна, односно два јавноправна субјекта, искључена је. Како је наведено у Анализи ефеката ЗУП-а, потоња могућност је искључена будући да се у таквом случају не одлучује непосредно о правима и обавезама правних и физичких лица, односно не утиче правно или фактички на правни положај странке – што представља предмет регулисања ЗУП-а – већ је реч о организационом питању, чије регулисање је у домену закона који уређују државну управу и локалну самоуправу.⁵²⁵

Ratio законодавца је сасвим логичан и разумљив, али се поставља питање да га ли важеће законске одредбе у томе подржавају. На овом месту је неопходно да се осврнемо на одговарајуће одредбе ЗУП-а које ближе одређују ове категорије учесника управног поступка. У складу са чланом 1 ЗУП-а, под органом се подразумевају државни органи и организације, органи и организације покрајинске аутономије и јединица локалне самоуправе, затим установе, јавна предузећа, посебни органи преко којих се остварује регулаторна функција, као и правна и физичка лица којима су поверена јавна овлашћења. Дакле, као орган у управном поступку могу се појавити како субјекти државне управе, тако и субјекти недржавне, јавне управе, односно тзв. носиоци јавних овлашћења.

С друге стране, странка у смислу ЗУП-а је физичко или правно лице чија управна ствар је предмет управног поступка, као и свако друго физичко или правно лице на чија права, обавезе или правне интересе може да утиче исход управног поступка.⁵²⁶ Поред тога, из актуелног ЗУП-а произлази да *[с]транка у управном поступку може да буде и орган, организација, насеље, група лица и други који нису правна лица, под условима под којима физичко и правно лице може да буде странка, или кад је то одређено законом* (члан 44, став 2 ЗУП). Најзад, законодавац појам странке додатно проширује, предвиђајући да се под ову категорију лица подводе и *[з]аступници колективних интереса и заступници ширих интереса јавности, који су организовани сагласно прописима [...] ако исход управног поступка може да утиче на интересе које заступају* (члан 44, став 3 ЗУП).

Имајући у виду овако широко дефинисане категорије органа и странке, не можемо да одговоримо потврдно на претходно постављено питање. Наиме, наведене законске одредбе нас наводе на закључак да би био замислив управни уговор између два државна органа, уколико је према посебним прописима орган странка у управном поступку. Осим тога, актуелна законска решења би могла довести и до апсурдних

⁵²⁵ *Ibid.*, 47; Предлог ЗУП-а са Образложењем и АЕП, 32.

⁵²⁶ Вид. чл. 44 ЗУП-а.

ситуација у којима се управни уговор закључује са насељем или неком невладином организацијом као странком управног поступка. Ове категорије субјеката се у појединим државама могу појавити као трећа лица којима се може признати одређени интерес у вези са предметом уговора, као и одговарајући (ван)правни инструменти утицаја на закључење управног уговора или његов ток, али не и положај сауговорача управе.⁵²⁷

Сматрамо да би питању уговорних страна, као битном обележју управних уговора законодавац требало да посвети више пажње, кроз додатно прецизирање ко може бити орган, а ко странка у овом специфичном уговорном односу, али и самог поступка одабира приватноправног субјекта као „странке“ – у чему ослонац могу пружити решења посебних закона који уређују уговоре о јавним набавкама, концесијама и ЈПП (в. одељке 2.3.2 [iii] и [iv]).

Решавање у управним стварима

Управна ствар у смислу ЗУП-а је одређена као „појединачна ситуација у којој орган, непосредно примењујући законе, друге прописе и опште акте, правно или фактички утиче на положај странке тако што доноси управне акте, доноси гарантне акте, закључује управне уговоре, предузима управне радње и пружа јавне услуге“,⁵²⁸ као и свака друга ситуација која је законом одређена као управна ствар.

Тиме законодавац иде даље од Закона о управним споровима (у даљем тексту: ЗУС),⁵²⁹ који управну ствар дефинише као појединачну неспорну ситуацију од јавног интереса, у којој орган непосредном применом прописа, на ауторитативан начин уређује будуће понашање странке (члан 5 ЗУС). Другим речима, управна ствар се везује превасходно за издавање управних аката. Разлика у начину дефинисања управне ствари између ЗУП-а и ЗУС-а има реперкусије на начин решавања спорова и остваривања правне заштите (о чему ће бити речи у трећем поглављу пете главе дисертације), али не и за коегзистенцију две дефиниције у правном поретку.⁵³⁰ Наиме, проширивањем дефиниције управне ствари и предмета управног поступка, законодавац на исту раван смешта управне акте и управне уговоре – као равноправне инструменте управне активности. За разлику од неких правних система као што је хрватски, где управни уговор служи извршењу решења тј. управних аката донетих у управном поступку, у нашем праву то није случај. Управном уговору може, али не мора нужно да претходи доношење управних аката.

Прописивањем да се управним уговорима уређују, односно „стварају, мењају и гасе“ јавноправни односи у управним стварима (члан 22 ЗУП), законодавац готово дословце преузима одговарајућу одредбу из члана 54 немачког савезног VwVfG-а којим се уређују јавноправни уговори. Са преузетом дефиницијом су, пак, преузете и дилеме и потенцијални проблеми у пракси, те остаје упитно како би у пракси заправо изгледало гашење управних односа закључивањем управних уговора.⁵³¹ Сматрамо да је реч о још једном питању које је законодавац требало додатно да елаборира.

⁵²⁷ Д. Миљић (2017б), 527.

⁵²⁸ Чл. 2, ст. 1 ЗУП-а.

⁵²⁹ Закон о управним споровима – ЗУС, *Службени гласник РС*, бр. 111/2009.

⁵³⁰ Упркос ставовима појединих аутора да две различите дефиниције управне ствари могу да доведу до правне несигурности у пракси (вид. М. Караникић Мирић (2017), 190.), начин на који ЗУП регулише правну заштиту у погледу нових облика управног поступања онемогућава да дође до колизије у пракси, о чему ће бити више речи у делу рада који се односи на механизме решавања спорова.

⁵³¹ Д. Миљић (2017б), 527–528.

Јавни интерес и интереси трећих лица

ЗУП предвиђа да садржина управног уговора не сме да буде противна јавном интересу, нити правном интересу трећих лица. Ова последња карактеристика управних уговора наводи поједине ауторе на закључак да јавни интерес, тачније његово остваривање и заштита, представљају срж института управних уговора. У том погледу, Томић наглашава да је „главна разделница управних од осталих уговора у категорији јавног интереса који управни уговор стреми да задовољи“.⁵³² Из Анализе ефеката важећег ЗУП-а, такође, произлази да је кауза управних уговора управо у остварењу неког јавног интереса – опште потребе. Тако:

*кауза управног уговора је остварење неког јавног интереса, на пример, изградња аутопута кроз уговор о концесији или обављање јавних радова кроз уговор о јавној набавци или пружање јавних услуга (на пример, јавног саобраћаја, снабдевања водом, електричног енергијом) кроз уговор о јавно-приватном партнерству. Јавноправни субјект закључује уговор ради стварања одређене јавне користи за грађане и правна лица.*⁵³³

Критику овакве одредбе налазимо код Караникић Мирић, која указује на то да сама чињеница да садржина управног уговора не сме да буде противна јавном интересу, не значи аутоматски и да је реч о основном обележју овог правног института.⁵³⁴ Како даље истиче ова ауторка, управо је ово једна од највећих мањкавости законске дефиниције управних уговора, будући да би остваривање и заштита јавног интереса требало да оправдају јачу позицију носиоца јавних овлашћења у односу на странку.⁵³⁵ Иако сагласни са ставом ове ауторке да би приликом следеће измене ЗУП-а требало ово имати у виду и јасније истаћи да се управни уговори закључују ради задовољења и заштите јавног интереса, како би се отклонила свака сумња и додатно оправдала неравнотежа у положају уговорних страна, мишљења смо да из саме чињенице да управни уговори представљају инструмент управне активности и да се закључују у управним стварима, произлази снажна веза са заштитом јавних интереса – једним од темељних начела ЗУП-а (вид. члан 7 ЗУП-а).

Не треба изгубити из вида да законодавац подједнако вреднује права трећих лица, будући да предмет уговора не сме бити ни њима на уштрб. Реч је о још једној одредби која је инспирисана решењима немачког (али и хрватског) права, с тим што је у домаћем контексту „разводњена“ будући да, за разлику од немачког права, органу и странки није потребна писана сагласност трећих лица као битан услов да би уговор уопште настао. Осим тога, положај трећих лица остао је недоречен у погледу круга лица која се подводе под ову категорију, као и правних последица и правне заштите у случају повреде ове одредбе (о чему више у одељку 3.1.3 пете главе).

(б) Остали елементи правног режима

Преостале одредбе посвећене управним уговорима тичу се специфичних услова под којима је могућа измена уговора због промењених околности (члан 23), права органа да уговор једнострано раскине (члан 24), правне заштите странке (члан 25) сходне примене осталих одредаба ЗУП-а, као и супсидијарне примене ЗОО-а на питања која нису посебно уређена (члан 26).

⁵³² З. Томић (2017), 255.

⁵³³ Предлог ЗУП-а са Образложењем и АЕП, 31.

⁵³⁴ М. Караникић Мирић (2017), 190.

⁵³⁵ *Ibid.*

Члан 23 ЗУП-а садржи посебна правила о могућности измене управних уговора услед промењених околности, односно клаузулу *rebus sic stantibus* која је прилагођена специфичностима управних уговора, односно чињеници да је једна уговорна страна орган јавне власти, као и да је предмет уговора уско повезан са јавним интересима – чиме се искључује примена одговарајућих одредаба ЗОО-а о раскиду или измени уговора услед промењених околности.⁵³⁶ Заједничко режиму из ЗУП-а и општем уговорном режиму јесте чињеница да се захтева да су у питању околности⁵³⁷ које су наступиле *након закључења уговора*, као и да се у време његовог закључења *нису могле предвидети*, односно да су уговорне стране биле савесне.

С друге стране, за разлику од општег уговорног режима, додатни услов је да је услед тих околности испуњење уговорне обавезе за једну уговорну страну постало *битно отежано*.⁵³⁸ Како примећују Караникић Мирић и Јевремовић Петровић, занимљиво је да је изостао разлог који је предвиђен општим правилима уговорног права, а то је да се због промењених околности не може остварити сврха уговора, посебно имајући у виду истицање – од редактора ЗУП-а – значаја јавног интереса за национални концепт управних уговора.⁵³⁹

Следећа и далеко важнија разлика је у томе што је измена уговора основна могућност која стоји на располагању уговорним странама према ЗУП-у, док је према ЗОО-у тек секундарна и изузетна. Према потоњем пропису, „странка која се позива на промењене околности тужбом може да захтева само раскид уговора“, с тим да „у току поступка, обе стране могу да дају предлог да се уговор правично измени“. ⁵⁴⁰

Трећа, кључна разлика, огледа се у томе да код управних уговора саме уговорне стране одлучују о измени уговора, док према општем уговорном режиму таква одлука лежи у рукама надлежног суда. Дакле, у другом случају, „опстанак уговора је у рукама суда, а не уговорних страна“. ⁵⁴¹

Следећа, четврта, специфичност режима управних уговора у овом контексту тиче се неравноправног односа уговорних страна и правних последица изостанка сагласности да се уговор измени услед промењених околности. Тако, јачи положај органа произлази, најпре, из члана 23, става 2 ЗУП-а, који овлашћује орган да одбије захтев странке да се уговор измени уколико за то нису испуњени услови или ако би измена уговора изазвала штету по јавни интерес која би била већа од штете коју би претрпела странка. При томе, орган одбија захтев странке издавањем решења, како би се другој уговорној страни омогућила извесна правна заштита – о чему ће бити више речи у трећем поглављу пете главе дисертације. С друге стране, у случају да се странка на сагласи са захтевом органа да се уговор измени због промењених околности, орган може решењем да раскине уговор (члан 24, став 1, тачка 1 ЗУП) – чиме се поменути неравноправност додатно продубљује. Орган у још два случаја може једнострано да раскине уговор – ако странка не испуњава своју уговорну обавезу (члан 24, став 1, тачка

⁵³⁶ Чл. 133–136 ЗОО.

⁵³⁷ Како истиче Томић, „[п]осреди су спољне, накнадно наступиле, а у моменту закључења управног уговора и објективно и субјективно непредвидиве околности које су од битног значаја за испуњење уговорних престација“, с тим да „долазе у обзир и виша сила и случај“. З. Томић (2017), 258.

⁵³⁸ Чл. 133, ст. 1 ЗОО-а прописује следеће услове: „Ако после закључења уговора наступе околности које отежавају испуњење обавезе једне стране, или ако се због њих не може остварити сврха уговора, а у једном и у другом случају у тој мери да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би по општем мишљењу било неправично одржати га на снази такав какав је, страна којој је отежано испуњење обавезе, односно страна која због промењених околности не може остварити сврху уговора може захтевати да се уговор раскине.“

⁵³⁹ М. Караникић Мирић, Т. Јевремовић Петровић, 31–32.

⁵⁴⁰ Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 356; Чл. 133, ст. 4 ЗОО.

⁵⁴¹ Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 356.

2 ЗУП-а), као и „ако је то неопходно да би се отклонила тешка и непосредна опасност по живот и здравље људи и јавну безбедност, јавни мир и јавни поредак или ради отклањања поремећаја у привреди, а то не може успешно да се отклони другим средствима којима се мање дира у стечена права“ (члан 24, став 1, тачка 3 ЗУП).

У сва три случаја, орган је дужан да изда решење у којем ће навести и образложити разлоге за раскид (члан 24, став 2 ЗУП-а). Насупрот наведеним овлашћењима органа, странка нема могућност једностраног раскида уговора, што би према општем уговорном режиму имала, већ јој ради заштите њених права и правних интереса стоји на располагању приговор (члан 25 ЗУП) – о којем ће, такође, бити више речи у одељку посвећеном механизмима решавања спорова из ЗУП-а.

Најзад, предвиђено је да ће се на питања која нису регулисана посебним законом, нити одредбама које се директно тичу управних уговора, друге одговарајуће одредбе ЗУП-а применити сходно тј. прилагођено, а одредбе ЗОО-а супсидијарно (члан 26 ЗУП).

Тиме се, суштински, успоставља један мешовити правни режим управних уговора који није искључиво на управноправном терену. Напротив, с обзиром на крајње рудиментаран општи правни режим управних уговора, потенцијално веома широки круг одредаба општег уговорног права долази у обзир да буде примењен у пракси. Ту спадају одредбе које се тичу есенцијалних питања „правног живота“ уговора, као што су поступак његовог закључења,⁵⁴² тумачења и попуњавања правних празнина,⁵⁴³ извршења, односно инструмената заштите начела еквивалентности,⁵⁴⁴ извршења и престанка услед постојања неког од разлога неважности (ништавости⁵⁴⁵ или рушљивости⁵⁴⁶) уговора, као и других основа престанка осим из разлога наведених ЗУП-ом, где спадају, примера ради, споразумни раскид уговора и престанак уговора услед немогућности испуњења.⁵⁴⁷

Посебно је деликатно питање да ли би баш све поменуте, али и многе друге одредбе ЗОО-а које постављају основ општем уговорном режиму грађанског права могле без прилагођавања да се примене на управне уговоре имајући у виду њихову специфичну сврху и повезаност са јавним интересима. Миљић тако, с правом, упозорава да начела слободе уговарања и аутономије воље, која представљају темељне принципе облигационог права, по природи ствари не могу без изузетка да се примене на управне уговоре. Већ смо код положаја уговорних страна у управном уговору видели да се законодавац определио за изразиту неравноправност. Осим тога, поступак избора сауговорача не би смео да буде у потпуности препуштен (само)вољи органа.⁵⁴⁸ Филтрирање и прилагођавање општих правила облигационог права на управне уговоре, односно друкчије уређење оних питања за која се процени да не одговарају духу и сврси инструмента као што је управни уговор – остаје важан задатак домаћем законодавцу у наредном периоду.

(ii) Уговори из Закона о железници

ЗоЖ из 2018. године у сектору који представља предмет његовог регулисања квалификује два уговора као управне – 1) уговор о условима и начину финансирања

⁵⁴² Чл. 26–83 ЗОО.

⁵⁴³ Чл. 99–102 ЗОО.

⁵⁴⁴ Одговорност за правне и материјалне недостатке испуњења (чл. 121); Приговор неиспуњења (чл. 122–123); Прекомерно оштећење (чл. 139); Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 323–352.

⁵⁴⁵ Чл. 103–110 ЗОО.

⁵⁴⁶ Чл. 111–117 ЗОО.

⁵⁴⁷ М. Karanikić Mirić, Т. Jevremović Petrović, 29–30; Д. Миљић (20176), 533–537.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, 533–537.

управљања јавном железничком инфраструктуром и 2) уговор о обавези јавног превоза.

Први је дефинисан као „уговор између надлежног органа и управљача инфраструктуре из члана 21 овог закона којим се уређују међусобна права и обавезе између уговорних страна“.⁵⁴⁹ Управљач инфраструктуре је „јавно предузеће или привредно друштво одговорно за грађење, експлоатацију, одржавање и обнову јавне железничке инфраструктуре на мрежи, као и за учешће у њеном развоју у оквиру утврђене опште политике развоја и финансирања инфраструктуре.“⁵⁵⁰ Из цитираних одредаба се може извести закључак да су уговорне стране у овом управном уговору, с једне стране, органи јавне власти (Влада, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе), а на страни приватног субјекта – привредно друштво или јавно предузеће.

Уговором између поменутих уговорних страна се уређују међусобна права и обавезе, за период који није краћи од пет година, у складу са овим законом и законом којим се уређују управни уговори.⁵⁵¹ Дакле, на режим управних уговора у овој области примењују се одредбе овог закона и ЗУП-а. Овај уговор регулисан је одредбама из чл. 21–27 ЗоЖ, које се односе на питања као што су подстицаји за смањење трошкова и цена, основна начела и обавезни елементи уговора, начела обрачуна и наплате цена као и изузеци од тих начела, затим попусти, систем учинка и утврђивање цена за резервисање капацитета инфраструктуре.

С друге стране, уговор о обавези јавног превоза је одређен као „уговор о јавним услугама превоза путника који закључују оператор јавног превоза путника и надлежни орган у складу са овим законом“.⁵⁵² Реч је о пружању делатности од општег интереса, на основу одлуке надлежног органа о обавези јавног превоза.⁵⁵³ Надлежни орган (Влада, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе) ову одлуку доноси на основу следећих критеријума: 1) постојања општег интереса; 2) доступности других врста превоза; 3) трошкова замене превоза у железничком саобраћају другим видом превоза и 4) квалитативних и квантитативних могућности железничког превозника.⁵⁵⁴

Управним уговором о обавези јавног превоза се, према слову ЗоЖ, уређују права, обавезе и одговорности железничког превозника и надлежног органа.⁵⁵⁵ Такође, прописани су основни елементи које овакав уговор треба да садржи, поступак и начин доделе овог уговора који може бити директно на основу одлуке надлежног органа или путем јавног конкурса, као и питања у вези са начином финансирања и транспарентношћу.

Када је реч о правном режиму, поред ЗоЖ и ЗУП-а, потенцијално долази у обзир и примена Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама (у даљем тексту: ЗЈПК),⁵⁵⁶ уколико, у складу са чланом 78 ЗоЖ, изградња, реконструкција и управљање железничком инфраструктуром буду у форми концесија или ЈПП.

Иако су и пре доношења важећег ЗоЖ у теорији истицани аргументи да овај пропис нормира уговоре који су по својој природи управни јер се тичу вршења јавне службе,⁵⁵⁷

⁵⁴⁹ Чл. 2, ст. 1, тач. 65 ЗоЖ.

⁵⁵⁰ Чл. 2, ст. 1, тач. 69. ЗоЖ.

⁵⁵¹ Чл. 21. ст. 1. ЗоЖ.

⁵⁵² Чл. 2, ст. 1, тач. 66 ЗоЖ.

⁵⁵³ Чл. 111, ст. 1 ЗоЖ.

⁵⁵⁴ Чл. 111, ст. 2 ЗоЖ.

⁵⁵⁵ Чл. 112, ст. 1 ЗоЖ.

⁵⁵⁶ Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама (ЗЈПК), *Службени гласник РС*, бр. 88/2011 и 15/2016.

⁵⁵⁷ Д. Миленковић (2014), 176–180.

остаје до краја нејасно да ли је то био одлучујући разлог за њихово увођење у овај сектор. Нажалост, темељније образложење које би нам пружило бољи увид и, евентуално, пружило смернице за даљи развој овог института у другим управним областима је изостало. Једини аргумент који писци ЗоЖ-а наводе у Анализи ефеката тог прописа је да се „[с]матра да би се увођењем уговорних односа за управљање железничком инфраструктуром и за обавезу јавног превоза, што је и дефинисано овим законом, омогућило контролисање утрошка средстава, на који начин се обезбеђује ефикасан, ефективан рад и подизање квалитета услуга управљача инфраструктуре и железничких превозника.“⁵⁵⁸ Међутим, остаје нејасно због чега се сматра да би баш институт управног уговора могао да одговори оваквим циљевима.

(iii) Уговори о јавним набавкама

Иако се на материју јавних набавки примењује читава лепеза различитих законских и подзаконских аката, централно место заузима истоимени закон. Важећи Закон о јавним набавкама (у даљем тексту: ЗЈН),⁵⁵⁹ донет је 23. децембра 2019. године, ступио на снагу 1. јануара 2020. године, а почео да се примењује од 1. јула 2020. године. Као и његови претходници,⁵⁶⁰ и актуелни ЗЈН је донет ради потпуног усаглашавања са *acquis*-јем ЕУ у овој материји.⁵⁶¹ Стога, не чуди што овај пропис заправо представља „колаж“ релевантних директива ЕУ у овој области чије су одредбе дословно преузете у домаћи закон.⁵⁶²

ЗЈН на самом почетку регулише опсег свог важења. Тако, члан 1, став 1 ЗЈН ближе одређује предмет закона, односно „правила поступака јавних набавки које спроводе наручиоци или други субјекти у случајевима одређеним овим законом, ради закључења уговора о јавној набавци добара, услуга или радова, оквирног споразума, као и спровођење конкурса за дизајн“. Осим тога, ЗЈН регулише и „послове и облик организовања Канцеларије за јавне набавке; надлежност, уређење и друга питања у вези са делокругом рада Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки; поступак заштите права у поступцима јавних набавки и другим случајевима у складу са законом и друга питања од значаја за јавне набавке“ (члан 1, став 2 ЗЈН). Речју, овим законом се регулишу најважнија питања за домаћи систем јавних набавки – поступци доделе уговора о јавној набавци, њихове накнадне модификације и извршења, организација и надлежност релевантних специјализованих тела, као и правна заштита.

Пратећи готово дословце директиве ЕУ о јавним набавкама (више о томе у одељку 3.1), домаћи законодавац дефинише појам набавке и то двојачко – у зависности од

⁵⁵⁸ Отворена Влада, Предлог Закона о железници (са табелама), <http://otvorenavlada.rs/obrazlozenje-doc-52/>, 20. септембар 2022.

⁵⁵⁹ Закон о јавним набавкама (ЗЈН), *Службени гласник РС*, бр. 91/2019.

⁵⁶⁰ Први закон који уређује ову материју у Републици Србији је из 2002. године (не рачунајући ЗоДР), док је важећи ЗЈН заменио је истоимени закон из 2012. године, који је мењан у два наврата 2015. године, ради усклађивања са правом ЕУ – вид. претходни Закон о јавним набавкама (ЗЈН 2012), *Службени гласник РС*, бр. 124/2012, 14/2015 и 68/2015.

⁵⁶¹ Вид. Вук Цуцић, *Спровођење и контрола поступка јавних набавки*, Службени гласник, Београд 2020, 37; Стратегија развоја јавних набавки у Србији за период 2014–2018. године, *Службени гласник РС*, бр. 55/05, 71/05 – исправка, 101/07, 65/08, 16/11, 68/12–УС, 72/12, 7–14–УС и 44/14.

⁵⁶² Реч је о Закон представља: 1) Директиве о јавним набавкама у јавном сектору (2014/24/ЕУ); 2) Директиве о јавним набавкама у комуналном сектору (2014/25/ЕУ); 3) Директиве о јавним набавкама у сектору одбране и безбедности (2009/81) и 4) Директива о правним средствима (2007/66 – 89/665 и 92/13), са мањим одступањима у погледу одредаба које се односе на институције ЕУ; оне које ће се примењивати када Србија буде приступила ЕУ и оне које су непримењиве у домаћем правном систему. Више о томе у: Војана Todorović, “Chronicle on Serbian Administrative Law for 2019”, *European Review of Public Law* (ERPL/REDP), Vol. 31, No. 4, winter/hiver 2019, 1507–1510; В. Цуцић (2020), 37–38.

категорије наручилаца, као и области у којој се набавка спроводи. Тако, набавке се одређују „на основу уговора о јавној набавци добара, услуга или радова, које набавља један или више наручилаца, од привредних субјеката које су ти наручиоци одабрали без обзира да ли су добра, услуге или радови намењени за јавне сврхе“ (члан 1, став 3, тачка 1 ЗЈН), односно од стране секторских наручилаца, „под условом да су намењени обављању неке од секторских делатности“ (члан 1, став 3, тачка 2).

Видимо да је у домаћем праву појам набавке уско везан за *уговор о јавној набавци*, који је ЗЈН-ом дефинисан као „теретни уговор закључен у писаној форми између једног или више понуђача и једног или више наручилаца који за предмет има набавку добара, пружање услуга или извођење радова“ (члан 2, став 1, тачка 2 ЗЈН). Занимљиво је да српски нормативни оквир јавних набавки не прати европске директиве у терминолошком смислу, будући да уговоре који потпадају под опсег примене овог закона не одређује као *јавне уговоре* (што је, видећемо *infra*, случај са облашћу ЈПП). Међутим, поредећи предметну одредбу ЗЈН-а са одговарајућим одредбама европских директива (в. одељак 3.1 ове главе), закључујемо да је несумњиво реч о истој категорији уговора.

Посебни облици уговора о јавним набавкама су, према његовом предмету, *уговор о јавној набавци добара*, *уговор о јавној набавци радова* и *уговор о јавној набавци услуга*. Први је ближе одређен као „уговор о јавној набавци који за предмет има куповину добара, закуп добара, лизинг добара (са правом куповине или без тог права) или куповину на рате, а који може да обухвати по потреби и инсталирање и уградњу као пратеће послове неопходне за извршење уговора“ (члан 2, став 1, тачка 3 ЗЈН). Други као „уговор о јавној набавци који за предмет има (1) извођење радова или пројектовање и извођење радова у вези са једном или више делатности из Прилога 1⁵⁶³ овог закона; (2) извођење радова или пројектовање и извођење радова, на изградњи објекта или (3) реализацију изградње објекта у складу са захтевима одређеним од стране наручиоца који врши одлучујући утицај на врсту или пројектовање изградње објекта“ (члан 2, став 1, тачка 4 ЗЈН). Најзад, трећи, су одређени као уговори о јавној набавци који за предмет имају пружање услуга, осим оних које су везане за предмет уговора о набавци радова (члан 2, став 1, тачка 6 ЗЈН).

Питање предмета уговора о јавним набавкама и његове везе са јавним интересом, спада у „камен спотицања“ у теорији јер има аутора који сматрају да је управо чињеница да наручиоци добра, услуге и радове набављају за сопствене потребе, аргумент у прилог томе да нипошто не може бити речи о управним уговорима у смислу ЗУП-а, већ искључиво о уговорима грађанског права.⁵⁶⁴ Ми, међутим, сматрамо да је набавка добара, радова и услуга увек нужно повезана са јавним интересима – макар они били посредни или не тако очигледни – будући да наручиоци приликом спровођења набавке и доделе уговора троше јавне приходе, а предмет набавке служи правилном функционисању органа који врше јавна овлашћења, односно правилном функционисању јавних служби које ти органи треба да обезбеде.

Дефиниције различитих категорија наручилаца дају одговор на питање персоналног важења закона. Како истиче Цуцић, заједничко свим наручиоцима јесте да троше јавне приходе (из различитих извора), те „у основи персоналног аспекта лежи *финансијски елемент*“.⁵⁶⁵ Наиме, ЗЈН најпре указује на то да појам наручиоца има широко дејство и обухвата како јавне, тако и секторске наручиоце (члан 2, став 1, тачка

⁵⁶³ Овај прилог садржи списак различитих делатности у грађевинарству.

⁵⁶⁴ Вид. нпр. М. Караникић Мирић (2017), 192–193. М. Karanikić Mirić, Т. Jevremović Petrović, 26.

⁵⁶⁵ В. Цуцић (2020), 39.

1 ЗЈН). Обе ове категорије наручилаца се ближе одређују релевантним законским одредбама.

Тако, под појмом *јавног наручиоца* из члана 3 ЗЈН обухваћени су: 1) Република Србија и републички органи; 2) органи аутономне покрајине; 3) органи јединице локалне самоуправе; 4) правна лица основана у циљу задовољавања потреба у општем интересу,⁵⁶⁶ које немају индустријски или трговински карактер,⁵⁶⁷ ако је испуњен било који од следећих услова:

- (1) да се више од 50% финансирају из средстава јавног наручиоца;
- (2) да надзор над радом тих правних лица врши јавни наручилац;
- (3) да више од половине чланова органа надзора или органа управљања тих правних лица именује јавни наручилац;
- (4) да су у питању групе наручилаца из тач. 1) – 4) овог става.

Ову категорију, исти аутор дели на *органске, функционалне и делегиране* јавне наручиоце. У прве спадају држава и републички органи, као и органи на нивоу територијалних јединица који се непосредно финансирају из јавних прихода. Функционални су правна лица основана у циљу задовољавања потреба у општем интересу,⁵⁶⁸ које немају индустријски или трговински карактер и, суштински, реч је о функционално децентрализованим субјектима управе, који су „под посредном или непосредном, управљачком или финансијском контролом органских наручилаца“.⁵⁶⁹ Најзад, делегирани наручиоци су субјекти приватног права који одредбе ЗЈН примењују само у случају да се набавка тиче тачно одређених грађевинских радова, а један или више јавних наручилаца извођење радова или пружање услуга повезаних са тим радовима субвенционисне или суфинансира са више од 50%.⁵⁷⁰

Наредним чланом (члан 4 ЗЈН) ближе су одређени секторски наручиоци. Реч је о следећим категоријама субјеката: 1) јавним наручиоцима који обављају секторску делатност; 2) привредним друштвима која обављају секторску делатност над којима јавни наручилац може имати, директно или индиректно, преовлађујући утицај⁵⁷¹ на основу својине, финансијског удела или правила на основу којих је организовано; као и 3) другим субјектима који обављају секторску делатност на основу искључивих или посебних права.⁵⁷² Секторске делатности су законом одређене као делатности у области водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга.⁵⁷³

Цуцић, најзад, појашњава да су јавни наручиоци увек дужни када спроводе набавке да то чине у складу са одредбама овог закона, будући да троше јавне приходе. С друге

⁵⁶⁶ Ова категорија субјеката одговара јавноправним телима (енг. *bodies governed by public law*) из европских директива. *Ibid.*, 40–41. Вид. одељак 3.1.

⁵⁶⁷ Законодавац појашњава да потребе које имају индустријски или трговински карактер подразумевају „потребе које задовољава правно лице које послује у редовним тржишним условима, које има за циљ остварење добити и само сноси губитке који произлазе из његове делатности.“ Чл. 3, ст. 2 ЗЈН.

⁵⁶⁸ Ова категорија субјеката одговара јавноправним телима (енг. *bodies governed by public law*) из европских директива. *Ibid.* Вид. одељак 3.1.

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ *Ibid.*, 41.

⁵⁷¹ Законодавац у чл. 4, ст. 2 појашњава да „преовлађујући утицај у смислу става 1. тачка 2) овог члана подразумева се у било којем од следећих случајева у којима јавни наручилац, директно или индиректно: 1) има већину уписаног капитала друштва; 2) контролише већину гласова који се односе на акције које издаје друштво; 3) може именовати више од половине чланова органа надзора, односно органа руковођења друштва.“

⁵⁷² Чл. 4, ст. 3: „Искључива или посебна права у смислу става 1. тачка 3) овог члана су права која додељује надлежни орган на основу закона, подзаконског акта или појединачног акта, којим се ограничава обављање секторске делатности на једног или више субјеката и који значајно утиче на могућност других субјеката да обављају такву делатност.“

⁵⁷³ Чл. 2, ст. 1, тач. 24 ЗЈН; В. Цуцић (2020), 41.

стране, код тзв. делегираних наручилаца ће то бити случај само уколико притом троше јавне приходе, док ће, пак, секторски наручиоци бити дужни да примењују одредбе закона само уколико набавку спроводе ради обављања секторске делатности.⁵⁷⁴

ЗЈН ближе одређује и другу уговорну страну. Ту спадају *понуђачи*, односно привредни субјекти који су поднели понуду (члан 2, став 1, тачка 8 ЗЈН), и *кандидати*, као привредни субјекти који су поднели пријаву у рестриктивном поступку, конкурентном поступку са преговарањем, преговарачком поступку, конкурентном дијалогу или партнерству за иновације (члан 2, став 1, тачка 9 ЗЈН). При томе, *привредни субјект* је свако лице или група лица које на тржишту нуди добра, услуге или радове (члан 2, став 1, тачка 7 ЗЈН).

Домаћи законодавац се определио за то да у потпуности прати европске директиве, па тако правни режим јавних набавки познаје и изузетке од примене ЗЈН. Наиме, ЗЈН у четвртом одељку (чл. 11 – 21) прописује изузетке од примене сопствених одредаба, који се тичу како *процењене вредности* набавке, *предмета уговора* о набавци добара, радова или услуга, као и *одређене категорије наручилаца*.⁵⁷⁵ Гарант поштовања минималних захтева за транспарентношћу и конкуренцијом, обезбеђен је изричитим навођењем да ће поступак набавке у тим случајевима морати да буде у складу са начелима из ЗЈН, „на начин који је примерен околностима конкретне набавке“.⁵⁷⁶ У питању су начела *економичности и ефикасности* (члан 6 ЗЈН), *обезбеђивања конкуренције и забране дискриминације* (члан 7 ЗЈН), *транспарентности поступка набавке* (члан 8 ЗЈН), *начело једнакости привредних субјеката* (члан 9 ЗЈН) и *начело пропорционалности* (члан 10 ЗЈН) – која суштински одговарају основним начелима европског права јавних набавки (вид. одељак 3.1 ове главе и треће поглавље четврте главе). Иако нису издвојени као посебна начела, заштита животне средине (укључујући и међународне изворе права у овој области, на које се наша земља обавезала), обавезе у области радног и социјалног права, као и обавезе из колективних уговора – подједнако обавезују привредне субјекте у поступку извршења уговора (члан 10, став 4 ЗЈН).

Тиме се Србија приклонила државама које су, имплементацијом само минималних захтева из европских директива, успоставиле „дуални систем“ набавки (у погледу правне заштите код изузетих уговора в. одељак 3.2.2 пете главе). Иако тако нешто само по себи није проблематично, будући да директиве ЕУ остављају простор за то, као и да су многе државе чланице прибегле таквом, „минималистичком“ преношењу ових директива (нпр. Немачка, в. одељак 2.2.2 (ii) ове главе), реч је о веома осетљивом терену где су могуће злоупотребе. Штавише, Европска комисија је у својим извештајима о напретку Србије у поступку европских интеграција, управо ширину постављених изузетака, од којих поједини не произлазе из европских директива, као и посебне законе којима се „изиграва“ примена горе наведених начела ЗЈН, истицала као један од акутних проблема домаћег система јавних набавки.⁵⁷⁷

⁵⁷⁴ *Ibid.*, 43.

⁵⁷⁵ О томе детаљно, вид. *Ibid.*, 45–59.

⁵⁷⁶ Вид. нпр. чл. 14, ст. 3 ЗЈН.

⁵⁷⁷ European Commission, *Commission Staff Working Document, Serbia 2022 Report Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2022 Communication on EU Enlargement policy*, SWD(2022) 338 final (у даљем тексту цитирано као: European Commission, Serbia 2022 Report), Brussels, 12.10.2022, 77. Више о томе: Бојана Тодоровић, Никола Илић, „Правно-економска анализа корупције у јавним набавкама: Случај Србије у процесу европских интеграција“, *Право и привреда*, 7 – 9/2018, 239–242; Bojana Todorović, “The Story of the Civil Supervisor: A Missed Opportunity to Strengthen Civil Control of Public Procurement in the Republic of Serbia”, *Balkan Yearbook of European and International Law* (eds. Z. Meškić et al.), Springer, 2020, (147–175), 170–171; B. Todorović (2019), 1517.

Када је реч о осталим елементима правног режима јавних набавки, очигледно је да се њиме предвиђају специфична правила у односу на општи уговорни режим грађанског права, што је посебно видљиво у фази која претходи додели уговора, која је веома темељно уређен законом. Ту спадају различите врсте поступака на основу којих се додељује уговор, које морају да буду у складу са горе поменутиим начелима овог закона.⁵⁷⁸ Посебно долази до изражаја захтев за транспарентношћу, који се огледа у обавези објављивања позива за достављање понуда, конкурсне документације и сл., а све у циљу контролисања „одговорног и сврсисходног закључивања уговора“ којима се троше буџетска средства.⁵⁷⁹ Затим, услови уговора нису предмет преговарања између уговорних страна већ су једнострано утврђени.⁵⁸⁰ Осим тога, уговор не може да буде додељен било ком понуђачу већ оном чија понуда је оцењена као економски најповољнија, што се процењује на основу строгих критеријума који се, између осталог, тичу финансијских, техничких и професионалних капацитета привредног субјекта (вид. нарочито чл. 111 – 145 ЗЈН).⁵⁸¹ Уговор се додељује на основу одлуке наручиоца која мора да буде „образложена и да садржи нарочито податке из извештаја о поступку набавке и упутство о правном средству“ (члан 146, став 4 ЗЈН). Најзад, за разлику од режима грађанског права, закључење уговора о јавној набавци је могуће тек кад протекну одређени рокови за побијање одлуке о додели уговора, односно могућности да се оствари правна заштита, о којој ће бити речи у петој глави.⁵⁸²

(iv) Уговори о ЈПП и концесијама

Док су концесије биле предмет законске регулативе у Србији још од 90-их година прошлог века,⁵⁸³ концепт ЈПП је у домаћи правни поредак уведен као правни институт тек ЗЈППК-ом из 2011. године, који је 2016. године мењан у два наврата. На тај начин, ЈПП као и концесије и јавне набавке пре тога, постају јасно уобличена законска категорија.⁵⁸⁴

Поред ЗЈППК-а који непосредно уређује ЈПП и концесије, као и материјална, процесна и институционална питања у овој материји (члан 1 ЗЈППК), на планирање и реализацију пројеката ЈПП и концесија се примењује читав сет прописа (закона и подзаконских аката), од којих су посебни важни ЗЈН (у погледу поступка одабира приватног партнера – изузимајући концесије – и поступка заштите права), финансијски, буџетски и еколошки прописи, као и секторски прописи који регулишу поједине области у којима се закључују пројекти ЈПП (нпр. о комуналним делатностима, управљању отпадом, водама и сл.).⁵⁸⁵ Осим тога, предвиђена је супсидијарна примена одредаба ЗОО-а на питања која нису уређена ЗЈППК-ом, изузев оних на која се примењује ЗЈН (члан 8, став 3 ЗЈППК).

ЈПП представљају „дугорочну сарадњу између јавног и приватног партнера ради обезбеђивања финансирања, изградње, реконструкције, управљања или одржавања инфраструктурних и других објеката од јавног значаја и пружања услуга од јавног

⁵⁷⁸ Вид. чл. 51–63 ЗЈН; Детаљно о различитим поступцима јавних набавки из важећег ЗЈН, В. Цуцић (2020), 70–93.

⁵⁷⁹ Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 280.

⁵⁸⁰ Рената Бјелица, *Уговор о јавној набавци као управни уговор*, приступни рад одбрањен на Правном факултету Универзитета у Београду (необјављено), Београд 2018, 9–10.

⁵⁸¹ Вид. и В. Цуцић (2020), 111–120.

⁵⁸² Р. Бјелица, 9–10.

⁵⁸³ Тачније, концесије су биле регулисане Законом о општим условима давања концесија страним лицима у Републици из 1990. године и Законом о концесијама из 1997. године. Д. Миленковић (2014), 135.

⁵⁸⁴ Овакав нормативни избор је реткост међу европским државама, где ЈПП претежно представља недовољно јасно дефинисан концепт. Изузетак представљају нпр. Француска и Румунија, које их изричито нормирају. Р. Telles (2020), 211.

⁵⁸⁵ З. Филиповић, 391–393.

значаја, које може бити уговорно или институционално“ (члан 7, став 1 ЗЈППК). Дакле, ЈПП је посебан, именовани правни институт који суштински представља инструмент дугорочне сарадње између јавног и приватног сектора у областима од општег друштвеног значаја. Из ове дефиниције произлазе два од три могућа појавна облика ЈПП-а – *уговорно* и *институционално ЈПП*, док је трећи облик *концесија* (члан 7, став 2, тачка 1 ЗЈППК).

Код првог, однос између уговорних страна, односно права и обавезе у реализацији пројекта ЈПП, утемељен је на јавном уговору, чији основни елементи су детаљно прописани самим законом (чл. 8 и 46 ЗЈППК).

Институционално ЈПП се, пак, „заснива на односу јавног и приватног партнера као чланова заједничког привредног друштва које је носилац реализације пројекта ЈПП, при чему се тај однос може заснивати на оснивачким улозима у новооснованом привредном друштву или на стицању власничког удела, односно докапитализацији постојећег привредног друштва.“ (члан 9, став 1 ЗЈППК). Након спроведеног поступка избора приватног партнера, јавно тело и одабрани приватни партнер закључују јавни уговор и уговор о оснивању заједничког привредног друштва, у сврху реализације пројекта ЈПП (члан 9, став 4 ЗЈППК).

Најзад, концесије представљају „уговорно или институционално ЈПП са елементима концесије у коме је јавним уговором уређено комерцијално коришћење природног богатства, добра у општој употреби која су у јавној својини, односно добра у својини јавног тела или обављања делатности од општег интереса, које јавни партнер уступа приватном партнеру, на одређено време, под посебно прописаним условима, уз плаћање концесионе накнаде од стране приватног, односно јавног партнера, при чему приватни партнер сноси ризик везан за комерцијално коришћење предмета концесије“ (члан 10, став 1 ЗЈППК). При томе, законодавац у зависности од њиховог предмета, концесије дели на *концесије за радове* и *концесије за услуге* (члан 10, став 2 ЗЈППК). Док је *концесија за јавне радове* уговорни однос истоветан уговору о јавној набавци којим се врши набавка радова у складу са законом којим се уређују јавне набавке, осим чињенице да се накнада за јавне радове састоји или од самог права на комерцијално коришћење изведених радова или од тог права заједно са плаћањем (члан 10, став 3 ЗЈППК), *концесија за јавне услуге* је уговорни однос истоветан уговору о јавној набавци услуга у складу са законом којим се уређују јавне набавке, ако се накнада за пружене услуге састоји или од самог права на комерцијално коришћење, односно пружање услуга или од тог права заједно са плаћањем (члан 10, став 4 ЗЈППК).

Осим поменутих облика ЈПП, битни елементи овог института тичу се, према слову закона, предмета ЈПП који не сме да се своди на комерцијално коришћење добра у општој употреби, расподелу права и обавеза, одређење начина финансирања пројекта ЈПП и исплате накнаде, као расподеле ризика између партнера (члан 7, став 2, тач. 1 – 7 ЗЈППК).

Оно што је, такође, заједничко свим облицима ЈПП јесте категорија јавног уговора, чија су дефиниција, поступак и начин доделе, као и битни елементи детаљно регулисани овим законом. Тако, *јавни уговор* је одређен као „уговор о јавно-приватном партнерству са или без елемената концесије, закључен у писаном облику између јавног и приватног партнера, којим се у циљу реализације пројекта јавно-приватног партнерства, уређују међусобна права и обавезе уговорних страна.“⁵⁸⁶

Поступак доделе јавног уговора се разликује у зависности од тога да ли је у питању ЈПП са или без елемената концесије. У првом случају, примењују се правила поступка

⁵⁸⁶ Чл. 4, ст. 1, тач. 3 ЗЈППК.

које уређује ЗЈПК који обухвата неколико стадијума и укључује различите државне актере. У најкраћем, јавни уговор са елементима концесије се закључује на основу концесионог акта, претходно спроведене студије оправданости доделе концесије (уз узимање у обзир фактора као што су јавни интерес, финансијски ефекти на буџет Републике Србије, утицај на животну средину, заштиту природе и културна добра), евентуално прибављене сагласности надлежних органа, као и спроведеног јавног конкурса ради одабира најповољније понуде (чл. 29 – 45 ЗЈПК). У другом случају, као и у погледу концесија за радове и услуге, на поступак доделе јавног уговора примениће се релевантна правила ЗЈН-а о поступцима спровођења набавке (члан 20, ст. 1 и 4 ЗЈПК). Како с тим у вези примећује Миленковић, „[ч]ини се да и један и други поступак, по својој природи јесу део посебног управног права, или боље речено посебни управни поступци који доводе до доношења управног акта, који претходи закључењу јавног уговора“.⁵⁸⁷

С обзиром на то да Србији у наредном периоду следи усаглашавање ЗЈПК-а са директивом ЕУ о концесијама,⁵⁸⁸ као и примене ЗЈН-а на поступке доделе јавних уговора у горе описаним случајевима, потенцијално може да дође до терминолошке конфузије услед различитих категорија уговора који се у ова два закона појављују. То се нарочито односи на концепције *јавних уговора* и *концесија* из европских директива (о чему детаљније у трећем поглављу ове главе). Стога, остаје да се види да ли ће домаћи законодавац извршити реконфигурацију типологије уговора из ЗЈПК-а и ЗЈН-а како би се избегле забуне и ризик од несагласја са захтевима из европских директива, слично приступу француског законодавца (в. одељак 2.1.5 ове главе).

Важан елемент ових уговорних облика су уговорне стране. У складу са одредбама ЗЈПК, уговорне стране у јавним уговорима су *јавно тело* (члан 12 ЗЈПК) и *приватни партнер* (члан 14 ЗЈПК), односно, код уговора ЈПП са елементима концесије – *јавно тело- концедент* (члан 13 ЗЈПК) и *приватни партнер – концесионар*.

Јавни партнер је „једно или више јавних тела, односно правно лице које је, у складу са овим законом надлежно за давање концесије, односно реализацију пројекта јавно-приватног партнерства, које са приватним партнером закључује јавни уговор, или једно или више јавних тела које је са приватним партнером повезано чланством у заједничком привредном друштву“ (члан 4, став 1, тачка 9 ЗЈПК). У складу са чланом 13, став 2 ЗЈПК, јавно тело као давалац концесије може бити: 1) Влада, у име Републике Србије, када су јавна тела и предмет концесије у надлежности Републике Србије; 2) Влада аутономне покрајине, у име аутономне покрајине када су јавна тела и предмет концесије у надлежности аутономне покрајине; 3) скупштина јединице локалне самоуправе, када су јавна тела и предмет концесије у надлежности јединице локалне самоуправе; 4) јавно предузеће или 5) правно лице овлашћено посебним прописима за давање концесије. Очигледно је да би ови субјекти могли да се подведу под широку дефиницију органа из ЗУП-а (вид. члан 1 ЗУП).⁵⁸⁹

Насупрот томе, приватни партнер је „физичко или правно лице, домаће или страног, са домаћим или страним учешћем или без њега, или конзорцијум једног или више таквих физичких или правних лица која су одабрана у поступку јавне набавке или поступку давања концесије и који са јавним партнером закључује јавни уговор односно и ДПН које оснива приватни партнер када са јавним партнером закључује јавни уговор, или са јавним партнером оснива заједничко привредно друштво“ (члан 4, став 1, тачка 10 ЗЈПК).

⁵⁸⁷ Д. Миленковић (2014), 152–153.

⁵⁸⁸ European Commission, Serbia 2022 Report, 77.

⁵⁸⁹ М. Караникић Мирић (2017), 195.

Осим већ поменутог, правни режим успостављен ЗЈПК-ом обухвата и друга релевантна питања, као што су *могућност и границе измене* јавног уговора до које може доћи, осим на захтев уговорних страна, и на захтев финансијера пројекта (члан 50 ЗЈПК),⁵⁹⁰ затим *начини и последице престанка* уговора – укључујући и раскид уговора због јавног интереса, као и једностранни раскид обе уговорне стране услед неиспуњења обавезе друге (чл. 50 – 57 ЗЈПК) – и *правна заштита и решавање спорова* (чл. 58 – 60 ЗЈПК). Како ће о овом последњем елементу правног режима детаљно бити речи у одељку 3.2 пете главе, на овом месту је довољно рећи да се на поступак заштите права примењују одредбе ЗЈН-а.

Већ је раније поменуто да је једна од верзија предлога ЗУП-а ЈПП и концесије наводила као пример области у којима се закључују управни уговори у смислу тог закона, али да су се редактори закона определили за то да успостављање изричите споне између општег режима управних уговора и посебног режима из ЗЈПК-а препусте некој накнадној измени потоњег закона и то из чисто прагматичних разлога (о односу општег и посебног режима управних уговора в. одељак 2.3.2(i)(a) *supra*). Дефиниција јавног уговора, уговорне стране, предмет који је врло непосредно везан за реализацију јавних интереса, као и специфичност правног режима – у много аспеката оправдавају став да су јавни уговори о ЈПП, као и уговори о концесији, заправо „латентни“ управни уговори у смислу ЗУП-а. То су, очигледно, сматрале и поједине државе у окружењу као што је Хрватска, која је уговоре о концесији изричито квалификовале као управне у смислу њиховог управног процесног законодавства.⁵⁹¹

У домаћем праву то, међутим, није случај, иако је поступак усклађивања посебних прописа за ЗУП-ом већ увелико у току.⁵⁹² Поставља се питање, због чега? С једне стране, „кочничар“ може да буде несклад између појединих одредаба ЗЈПК-а и ЗУП-а, који тренутно онемогућава недвосмислене закључке о симбиози општег и овог посебног режима управних уговора. Пре свега, ту спадају *начела аутономије воље* (члан 6, став 9 ЗЈПК) и *равноправности уговорних страна* (члан 6, став 10 ЗЈПК) из ЗЈПК, које су конкретизоване у одредбама којима се и једној и другој уговорној страни омогућава да раскину уговор вансудским путем услед пропуста друге (чл. 53 – 55 ЗЈПК).⁵⁹³ Насупрот томе, видели смо да између органа и странке као уговорних страна у управном уговору, постоји изразита неравноправност у корист јавноправног саговорача (в. одељак 2.3.2(i)(2) – која додатно добија на интензитету у поступку решавања спорова (о чему у одељку 3.1 пете главе). Ипак, сматрамо да би се овај проблем могао решити прилагођавањем одредаба оба закона, тако да се само одређени уговори из области ЈПП и концесија (рецимо, они где постоји тешња веза са јавним интересом) квалификују као управни или да се у погледу тих уговора предвиде додатни инструменти успостављања (финансијске) равнотеже између јавног и приватног партнера.

С друге стране, у (управно)правној теорији постоје дивергентна становишта о (не)спојивости ова два режима.⁵⁹⁴ Штавише, и из приватног сектора се могу чути апели да се ова два правна режима држе строго одвојеним, па чак и да се одредбе ЗУП-а о управним уговорима измене, како би се из њихове примене изричито изузели уговори о ЈПП, имајући у виду да привилегују јавноправног субјекта и тиме „значајно

⁵⁹⁰ О улози, правима и обавезама финансијера пројекта ЈПП, детаљно: Ј. Газивода, 119–125.

⁵⁹¹ М. Turudić (2022a), 198–199.

⁵⁹² В. Todorović (2019), 1491.

⁵⁹³ М. Караникић Мирић (2017), 196–197. М. Karanikić Mirić, Т. Jevremović Petrović, 25.

⁵⁹⁴ Упор. разлоге против подвођења ЈПП и концесија под режим ЗУП-а: М. Караникић Мирић (2017), 196–197. М. Karanikić Mirić, Т. Jevremović Petrović, 25, са аргументима у прилог томе: З. Томић (2017), 261–262.

ограничавају поједина права приватних странака“.⁵⁹⁵ Јасно је, дакле, да није реч само о правној недоумици већ и о пољу сусретања различитих интересних сфера и доктринарних поставки што је, ипак, теже премостити.

3. ДИРЕКТИВЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ О ЈАВНИМ НАБАВКАМА И КОНЦЕСИЈАМА: ЕВРОПЕИЗАЦИЈА НАЦИОНАЛНИХ КОНЦЕПЦИЈА УПРАВНИХ УГОВОРА?

Јавно право се, као израз државне суверености, традиционално сматрало пољем „државног монопола“. Тако је, све до друге половине 20. века, доминантно становиште у теорији било је да у норми управног права једне државе – као главног представника јавног права – треба да буду уткане нити јединствене културно-историјске баштине и правне традиције и да се на тај начин одражава и негује специфичност националних правних поредака. Последично, ово је била сфера затворена за спољне утицаје.⁵⁹⁶

Међутим, са оснивањем Европске економске заједнице, започет је процес постепеног али континуираног задирања у до тада непробојни терен управног права, кроз обликовање материјалних, процесних и организационих правила и принципа које државе чланице треба да инкорпоришу у националне правне системе. Елиантонио (*Eliantonio*) главни разлог види у чињеници да претежан део европског *acquis*-ја чине управо норме економског (управног) права, чију ефикасну и једнообразну примену у веома различитим правним системима је требало обезбедити.⁵⁹⁷

Описани процес усвајања и примене европских стандарда у домаће право у теорији се назива *европеизацијом*⁵⁹⁸ и доводи до постепене конвергенције (енг. *convergence*)⁵⁹⁹ или приближавања унутрашњег права држава чланица, а крајњи резултат може да буде потпуна или делимична *хармонизација*, односно уједначавање националног права у одређеној области.⁶⁰⁰ У теорији се указује на два основна инструмента такве европеизације норми управног права – нормативни и судски.⁶⁰¹

У првом случају, реч је о директном и очигледном „задирању“ у унутрашње право држава чланица, путем законодавства ЕУ. У зависности од врсте конкретног нормативног инструмента, државе чланице ће бити у обавези да исти директно примене (уредбе, одлуке) или да га пренесу у домаће право (директиве).⁶⁰²

⁵⁹⁵ Foreign Investors Council – FIC, *The White Book 2019: Proposals for improvement of the business environment in Serbia*, Chapter 20: Public-Private Partnerships (Eds. Prof. Dr. Miroljub Labus, FIC), 102–103, доступно на: <http://www.fic.org.rs/projects/white-book/white-book-publication.html>, 18. новембар 2019.

⁵⁹⁶ Mariolina Eliantonio, *Europeanisation of Administrative Justice? The Influence of ECJ's Case Law in Italy, Germany and England*, Europa Law Publishing, Zutphen 2009, 3.

⁵⁹⁷ *Ibid.*

⁵⁹⁸ Елиантонио (*Eliantonio*) *европеизацију* дефинише као процес кроз који се европски стандарди заштите инкорпоришу и примењују у националним правним системима. Под овим појмом ауторка подразумева како утицај права ЕУ, тако и утицај Савета Европе. У потоњем случају захваљујући Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: ЕКЉП), као и пракси Европског суда за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП). *Ibid.*, 4–5, 11–12, 14–16. Иако ни у ком случају не занемарујемо значај СЕ и „стразбуршких“ принципа, на овом месту ће бити речи само о европеизацији под окриљем ЕУ имајући у виду претходно дефинисани предмет истраживања.

⁵⁹⁹ „Конвергенција“ се одређује као процес приближавања (националних решења) који води ка повећаној сличности. *Ibid.*, 13.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, 11–12.

⁶⁰¹ *Ibid.*, 4–5.

⁶⁰² Више о томе: Paul Craig, Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, Fifth Edition, Oxford University Press, Oxford 2011, 103–120 и 180–216; Paul Craig, “The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions”, *European Law Review* 3/2009, 349–377; Bojana Todorović, “Article 90: Transposition and Transitional Measures”, *Commentary to Directive 2014/24/EU* (eds. R. Caranta, A. Sanchez-Graells), Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2021, 906; Bojana Todorović, “Article 93: Entry into force”, *Commentary*

У другом је, пак, посреди можда мање директан, али подједнако интензиван утицај који се заснива на члану 19, ставу 3, тачки б) Уговора о Европској унији (у даљем тексту: УЕУ),⁶⁰³ и члану 267 Уговора о функционисању ЕУ (у даљем тексту: УФЕУ).⁶⁰⁴ Реч је о механизму који омогућава националним судовима да се обрате Суду правде ЕУ за захтевом за доношење одлуке (мишљења) о претходном питању (енг. *preliminary reference*) у вези са тумачењем оснивачких уговора, права ЕУ или националног права које се заснива или произлази из права ЕУ.⁶⁰⁵ С обзиром на то да значај одлуке Суда правде превазилази оквири конкретног спора у вези са којим је захтев о претходном питању постављен, из богате праксе ове значајне европске институције изграђен је читав корпус принципа који су дубоко зашли у поре националног управног (процесног) права.⁶⁰⁶

Најзад, учожавамо још један, далеко суптилнији али ништа мање значајан вид утицаја права ЕУ на унутрашње право држава чланица – путем тзв. инструмената „меког права“ (енг. *soft law instruments*). Реч је о различитим актима и иницијативама Европске комисије (у даљем тексту: ЕК) који, иако правно необавезујући, могу да буду веома ефикасни у обезбеђењу ефикасн(и)је примене европског права кроз размену добре праксе између надлежних националних тела, као и боље разумевање разлика између унутрашњих правних система држава чланица и њиховог „спонтаног“ премошћавања.

Домен управних уговора представља терен на којем су сва три описана вида европеизације не само очигледна, већ и веома интензивна. Утицај права ЕУ у овом контексту уперен је како ка материјалним, тако и ка процесним нормама националног права. У првом случају, кроз концепције јавног уговора (енг. *public contract*) и концесија, који на нормативном плану произлазе из сета директива о јавним набавкама и концесијама, долази до индиректног утицаја на (пре)обликовање националних концепција управних уговора и/или њихових правних режима, о чему ће бити речи у одељцима 3.1 и 3.2 у оквиру овог поглавља.

У другом случају, путем секторског секундарног законодавства које треба да обезбеди ефикасну примену материјалних директива о јавним набавкама и концесијама, право ЕУ веома дубоко задире у процесна овлашћења држава чланица. Конкретно, кроз успостављање механизма који имају за циљ да обезбеде једнаке стандарде контроле над поступцима доделе јавних уговора, односно правне заштите учесника у тим поступцима. Потоњем виду „европеизације“ националног права држава чланица, које је уједно и директно везано за предмет нашег истраживања, посвећена је четврта глава дисертације.

3.1 Концепција *јавног уговора* из Директива о јавним набавкама

Од 70-их година прошлог века до данас, кроз право ЕУ је прошло неколико „генерација“ директива које регулишу набавку радова, добара и услуга од стране

to Directive 2014/24/EU (eds. R. Caranta, A. Sanchez-Graells), Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2021, 923–924.

⁶⁰³ Consolidated version of the Treaty on European Union (у даљем тексту цитирано као: TEU), *Official Journal of the European Union*, С 326, 26.10.2012, р. 13–390, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT>, 15. децембар, 2021.

⁶⁰⁴ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (у даљем тексту цитирано као: TFEU), *Official Journal of the European Union*, С 326, 26.10.2012, р. 47–390, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>, 15. децембар, 2021.

⁶⁰⁵ Thomson Reuters Practical Law, Glossary, Article 267 reference, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-107-6435?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-107-6435?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true), 15. децембар 2021. Детаљно о овом поступку, вид. Р. Craig, G.De Búrca, 443–475.

⁶⁰⁶ М. Eliantonio (2009), 5.

надлежних националних органа у јавном, комуналном и сектору одбране и безбедности, од којих је последња из 2014. године.⁶⁰⁷ Важећи сет директива чини Директива 2009/81/ЕЗ⁶⁰⁸ која садржи материјална правила о јавним набавкама у сектору одбране и безбедности; Директива 2014/24/ЕУ о јавним набавкама у јавном или „класичном“ сектору (у даљем тексту: Директива 2014/24/ЕУ);⁶⁰⁹ Директива 2014/25/ЕУ о јавним набавкама у области водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга⁶¹⁰ (у даљем тексту: Директива 2014/25/ЕУ) и Директива 2014/23/ЕУ о додели уговора о концесији⁶¹¹ (у даљем тексту: Директива 2014/23/ЕУ) која по први пут на нивоу ЕУ регулише правила и принципе за доделу уговора о концесији за радове и услуге. На овом месту, задржаћемо се на Директиви 2014/24/ЕУ, истичући разлике у односу на Директиву 2014/25/ЕУ, где је то неопходно.

Члан 1, став 1 Директиве 2014/24/ЕУ прописује да се њоме успостављају правила за поступке набавки спроведених на основу јавних уговора и конкурса за дизајн, чија процењена вредност није нижа од успостављених финансијских прагова. Да би се боље разумео предмет и опсег примене ове директиве, неопходно је ближе појаснити појам *наручиоца, набавке и јавног уговора*, након чега ћемо се осврнути и на значај и улогу поменутих финансијских прагова.

Одређењем појма *наручилаца* (енг. *contracting authorities*), ближе се дефинише и важење Директиве 2014/24/ЕУ *ratione personae*. Тако, ова категорија обухвата државне, регионалне или локалне органе, јавноправна тела (енг. *bodies governed by public law*) или удружења једног или више органа или јавноправних тела.⁶¹² Ова последња категорија се одређује на основу три кумулативно постављена услова. Наиме, одређени ентитет ће се сматрати јавноправним телом уколико је:

- 1) основан ради задовољавања потреба од општег интереса, а нема индустријски или трговински карактер;
- 2) има статус правног лица и
- 3) претежно га финансирају државни, регионални или локални органи или друга јавноправна тела или поменути субјекти врше надзор над њиховим радом или више од половине чланова органа управљања или надзора именују ти субјекти.⁶¹³

Разлике између ове и Директиве 2014/25/ЕУ у погледу важења *ratione personae* није знатна али ипак постоји. Наиме, у верзији на енглеском језику, за *наручиоце* у потоњој

⁶⁰⁷ M. Audit (2014), 89–92.

⁶⁰⁸ Directive 2009/81/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on the coordination of procedures for the award of certain works contracts, supply contracts and service contracts by contracting authorities or entities in the fields of defence and security, and amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union*, L 216, 20.8.2009, p. 76–136, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32009L0081>, 16. децембар 2021.

⁶⁰⁹ Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union*, L 94, 28.3.2014, p. 65–242, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2014/24/2018-01-01>, 16. децембар 2021.

⁶¹⁰ Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union*, L 94, 28.3.2014, p. 243–374, 16, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2014/25/2018-01-01>, 16. децембар 2021.

⁶¹¹ Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union*, L 94, 28.3.2014, p. 1–64, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014L0023>, 16. децембар 2021. Битно је напоменути да, за разлику од претходне две области, концесије нису биле регулисане на нивоу ЕУ пре доношења предметне директиве.

⁶¹² Чл. 2 (1) (1) Директиве 2014/24/ЕУ.

⁶¹³ Другим речима, јавноправна тела су под „непосредном или посредном, финансијском или управљачком контролом“ надлежних државних органа. В. Цуцић (2020), 40.

директиви, поред појма *contracting authority* (који се у свему поклапа са дефиницијом из прве директиве) фигурира и појам *contracting entity*, којим су поред поменутих органа на три нивоа власти и јавноправних тела, обухваћена и јавна предузећа, па чак и привредна друштва као субјекти приватног права која послују у одговарајућем сектору.⁶¹⁴

Насупрот персоналном, одређење опсега примене Директиве 2014/24/EU *ratione materiae* нешто је тежи подухват. Према речима Санчез-Граелса (*Sanchez-Graells*), редактори Директиве 2014/24/EU успостављају компликовану и „тешко раздвојиву везу између концепта набавке (енг. *procurement*) и дефиниције јавног уговора (енг. *public contract*)“.⁶¹⁵ Последично, иако је смисао ближег одређења ових појмова био да се надоместе „повећане дивергентности у начину вршења јавних овлашћења“ у унутрашњем праву држава чланица“ (члан 4 Уводних напомена Директиве 2014/24/EU), чини се да је унета додатна конфузија у ову материју. Томе доприносе и разлике између верзија на језицима држава чланица, разлике у начину одређења истих или сличних појмова између ове и директива које уређују комунални сектор и концесије, као и терминолошка неконзистентност унутар текста Директиве 2014/24/EU.

Наиме, појам набавке је у члану 1, ставу 1, тачки 2 Директиве 2014/24/EU, одређен као „набавка (енг. *acquisition*)“⁶¹⁶ на основу *јавног уговора* о набавци добара, услуга или радова које један или више наручилаца набавља од привредних субјеката које су ти наручиоци одабрали, независно од тога да ли су добра, услуге или радови намењени за јавне сврхе (курзив Б.Т.)“.

С друге стране, јавни уговори су дефинисани као „теретни уговори закључени у писаној форми између једног или више привредних субјеката и једног или више наручилаца, чији предмет су извршење радова, набавка добара или пружање услуга“ (члан 2, став 1, тачка 5 Директиве 2014/24/EU).⁶¹⁷

Бројни аутори, с правом, постављају питање да ли се јавни уговори заправо свODE на уговоре о јавним набавкама, или је ова категорија уговора шира, обухватајући и неке друге уговорне облике.⁶¹⁸ Да ли је, како то формулише Каранта, „набавка род, а јавни уговор врста“?⁶¹⁹ У којој мери придев „јавни“ одређује правну природу ових уговора? Напоследку, у каквом су односу концепција јавних уговора из Директиве 2014/24/EU и националне варијанте уговорних аранжмана органа јавне власти?

Нажалост, на многа од ових питања (још увек) нема дефинитивних одговора. Има аутора који стоје на становишту да, за разлику од националних модела управних уговора (о којима је било речи у другом поглављу ове главе), не постоји никакав *европски модел* јавних уговора, будући да се овај појам своди на уговоре о јавним

⁶¹⁴ Вид. чл. 3 и чл. 4 Директиве 2014/25/EU; Johan Wolswinkel, “Article 7: Contracts in the Water, Energy, Transport and Postal Services Sectors”, *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU* (eds. R. Caranta, A. Sanchez-Graells), Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2021, 68, пар. 7.04.

⁶¹⁵ Albert Sanchez-Graells, “Article 2: Definitions”, *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU* (eds. R. Caranta, A. Sanchez-Graells), Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2021, 25.

⁶¹⁶ На српском језику се за појмове *procurement* и *acquisition* употребљавају исти термини.

⁶¹⁷ Чл. 2 ст. 1, тач. 5 (1) (5) Директиве 2014/25/EU.

⁶¹⁸ Конкретно, Санчез-Граелс указује на нејасноћу у погледу везе између јавних уговора и других, „функционално еквивалентних“ механизма из Директиве 2014/24/EU, који се у „структуралном“ смислу не уклапају у дефиницију јавних уговора, као што су оквирни споразуми (чл. 33) и системи динамичке набавке (чл. 34). A. Sanchez-Graells (2022), 26.

⁶¹⁹ Roberto Caranta, “Article 1: Subject-matter and scope”, *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU* (eds. R. Caranta, A. Sanchez-Graells), Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2021, 3.

набавкама.⁶²⁰ Томе доприносе и приступ Суда правде приликом тумачења појма јавног уговора, искључиво у светлости одређења опсега примене Директиве 2014/24/ЕУ.⁶²¹ Стога Санчез-Граелс претходно наведену одредбу из члана 2, става 1, тачке 5, не карактерише као дефиницију јавних уговора, већ као „референтну тачку, с циљем успостављања обавезе поштовања процедура и материјалних правила“ Директиве 2014/24/ЕУ.⁶²²

Овакав став је подржан верзијом Директиве 2014/24/ЕУ на француском језику, која за ове категорије уговора употребљава термин *marchés publics*, који означава јавне набавке. Занимљиво је, пак, да то није у свим верзијама случај. Тако, поред већ поменути терминолошке разлике на енглеском језику (*procurement v. public contracts*), оне су видљиве и у, примера ради, верзији на хрватском (*јавна набавка v. јавни уговор*) или немачком језику (*Vergabe v. öffentliche Aufträge*). Насупрот томе, верзија на шпанском језику, користи термин *contrato público* за јавни уговор, док се набавка као таква не одређује посебно, већ представља „поступак уговарања“, односно доделе јавних уговора (шп. *procedimientos de contratación*).

Следеће постављено питање тичало се правне природе јавног уговора, односно да ли и у којој мери придев *јавни* даје поуздане смернице у том погледу. Од користи нам може бити осврт на терминологију употребљену у директивама које уређују набавке у комуналном сектору, као и концесије.

Наиме, у Директиви 2014/25/ЕУ појам набавке дефинисан је на истоветан начин као и у Директиви 2014/24/ЕУ, с тим што је уместо синтагме „јавни уговор“ употребљен само „уговор“ (члан 1, став 1 Директиве 2014/25/ЕУ).⁶²³ Како ћемо видети у наредном одељку, ни Директива 2014/23/ЕУ не употребљава придев *јавни*, како би одредила уговоре о концесији (в. члан 5, став 1, тачка 1а Директиве 2014/23/ЕУ). Штавише, и унутар самог текста Директиве 2014/24/ЕУ, наилази се на дивергентни приступ. Тако се, примера ради, у члану 12, ставу 4 Директиве 2014/24/ЕУ говори само о „уговору“.⁶²⁴ У вези са потоњим, Суд правде је у предмету *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, истакао како употреба термина „јавни уговор“, у смислу члана 2, става 1 Директиве 2014/24/ЕУ „сугерише да је термин „уговор“ само скраћена верзија израза „јавни уговор““.⁶²⁵

Ипак, чини се да је жонглирање термина „уговор“ и „јавни уговор“ како између различитих директива из пакета усвојеног 2014. године, тако и унутар саме Директиве 2014/24/ЕУ, пре последица недовољне пажње и чак несмотрености европског законодавца, него намере. Наиме, придев „јавни“ може да завара, будући да је право ЕУ индиферентно према разлици између јавног и приватног права.⁶²⁶ Како је (додуше, у контексту директиве која је претходила Директиви 2014/24/ЕУ) истакао Суд правде у познатом предмету *Commission v Germany*, разлог томе лежи у циљу који директиве о јавним набавкама теже да задовоље, а то је „избегавање ризика давања предности националним понуђачима или подносиоцима захтева кад год наручиоци додељују

⁶²⁰ M. Audit (2014), 56–73, 89–97, 107–126 ; M. Amilhat (2022), 61, 72.

⁶²¹ A. Sanchez-Graells (2022), 25.

⁶²² *Ibid.*

⁶²³ Подразумева се, наравно, да се између ове две дефиниције „крије“ још једна разлика, која се тиче различитих предмета регулисања ових директива. Тако, Директивом 2014/25/ЕУ уређена су правила поступака за набавке добара, радова и услуга у области у области водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга. J. Wolswinkel, 70–71.

⁶²⁴ R. Caranta (2021), 5.

⁶²⁵ C-796/18, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, ECLI:EU:C:2020:395, пар. 31.

⁶²⁶ R. Caranta (2021), 5.

уговор“.⁶²⁷ Томе у прилог говори и већ поменути одредница појма набавке да се одредбе ове директиве имају применити и на набавку добара, радова или услуга наручилаца који не наступају (нужно) у свом „јавноправном капацитету“.⁶²⁸

С обзиром на то да се налазимо на терену „хибридног јавно/приватног уговорног права“ у националним правним системима држава чланица, проналажење одговора на питање односа између јавних уговора у смислу Директиве 2014/24/ЕУ и националних концепција управних уговора, подсећа на, према речима једног аутора, „концептуалну акробатику“.⁶²⁹ Иако је европско право јавних набавки иницијално било у великој мери инспирисано француским правом управних уговора и, уопште, француским управним правом, временом се европски законодавац „отргао“ од свог узора.⁶³⁰ Постепено је, дакле, изграђен аутономни концепт, који се не ослања ни на једну националну концепцију управних уговора.⁶³¹

Каранта, тако, указује на то да док се Директива 2014/24/ЕУ махом фокусира на поступак доделе уговора, особеност правног режима управних уговора у француском праву нарочито долази до изражаја у фази извршења уговора.⁶³² Осим тога, како смо видели у оквиру одељка 2.1 из претходног поглавља, француски *contrat administratif* далеко је шири појам, који обухвата разгранату типологију уговорних аранжмана између не само јавног и приватног субјекта, већ чак и два јавноправна или два приватноправна субјекта. Исти аутор јавни уговор из Директиве 2014/24/ЕУ, даље, ограђује од немачког *Verwaltungsvertrag*, будући да се потоњи „чак ни не сусреће са уговорима о јавним набавкама, као грађанскоправним уговорима“.⁶³³ Ипак, овај аутор појам *Verwaltungsvertrag* тумачи уже него што је он одређен у овом раду, тако да се заправо своди на јавноправне уговоре у смислу тамошњег законодавства о управном поступку. Најзад, овај аутор закључује да је европски јавни уговор можда најближи англосаксонској концепцији која све уговоре (независно од њихових сауговорача) подводи под јединствени правни режим.⁶³⁴

С обзиром на то да је појам јавног уговора конструкт европског права, одговор на питање да ли конкретан уговор може да се подведе под његов опсег ће се ценити искључиво кроз призму европског права. То, потенцијално, значи да ће њиме бити обухваћени како уговори који су у националном праву држава чланица у режиму грађанског права, тако и они који су делимично или у потпуности регулисани нормама управног права.⁶³⁵ Управо ту видимо простор за утицај права ЕУ – посредством концепције јавног уговора – на национално право управних уговора држава чланица. Његов интензитет и конкретни ефекти ће варирати од једног до другог правног система, већ у зависности од тога на који начин је регулисана уговорна делатност јавноправних субјеката, као и од технике преношења ове директиве у национално право.⁶³⁶ Тако, видели смо да је у француском праву, које је и само послужило као инспирација европском законодавцу, концепт јавног уговора подстакао реформу систематике управних уговора (в. одељак 2.1.5 у оквиру другог поглавља ове главе),

⁶²⁷ C-271/08, *Commission v Germany*, ECLI: EU:C:2010:426, пар. 73 и судска пракса на коју се упућује; R. Caranta (2021), 5.

⁶²⁸ *Ibid.*

⁶²⁹ A. Sanchez-Graells (2021), 28.

⁶³⁰ M. Audit (2014), 33.

⁶³¹ R. Caranta (2021), 4–5.

⁶³² *Ibid.*, 5.

⁶³³ *Ibid.*

⁶³⁴ *Ibid.*, 4–5.

⁶³⁵ Roberto Caranta, “General Report”, *Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes* (eds. U. Neergaard, C. Jackson, G.S. Ølykke), The XXVI FIDE Congress in Copenhagen, 2014 Congress Publications, Vol. 3, DJØF Forlag, Copenhagen 2014, 79–175.

⁶³⁶ О томе детаљно у M. Audit (2014), 82–83.

док је у немачком довео до „публицизације“⁶³⁷ или уплива јавноправних елемената у материју јавних набавки и концесија које су раније биле препуштене грађанском праву (први), односно нису као такви ни били правно уређени (други) (в. одељак 2.2.2 (ii) у оквиру другог поглавља ове главе). Осим тога, нешто касније ћемо показати да је утицај права ЕУ не само присутан, већ је и далеко значајније *ублажио* разлике између националних концепција, у погледу уговора који због своје финансијске вредности не потпадају под примену Директиве 2014/24/ЕУ.

Вратимо се на питање елемената на основу којих се процењује да ли је у конкретном случају у питању јавни уговор у смислу Директиве 2014/24/ЕУ. Поред параметара из горе поменуте дефиниције Директиве 2014/24/ЕУ, релевантни су и критеријуми изграђени кроз праксу Суда правде ЕУ. Тако, основни елементи појма јавног уговора су 1) уговор; 2) писана форма; 3) набавка (енг. *acquisition*) од стране наручиоца и 4) финансијски⁶³⁸ интерес (енг. *pecuniary interest*).⁶³⁹

Први критеријум подразумева двостране правне акте, настале сагласношћу воља уговорних страна и треба да искључи различите једностране акте органа као што су управни акти,⁶⁴⁰ регулаторни акти или уговорни аранжмани између јавноправних ентитета који ни организационо, ни функционално нису независни један од другог (тзв. *in-house* уговори).⁶⁴¹ Искључење од примене прописа о јавним набавкама различитих облика вануговорних односа између органа управе и правних и физичких лица, из којих не произлази обавеза давања накнаде приватноправним субјектима за поступање у складу са налозима органа, изричито је истакнуто и чланом 34 Уводних изјава Директиве 2014/24/ЕУ.⁶⁴²

Други критеријум тиче се форме у којој се уговор закључује, а која мора бити писана. Члан 2, став 1, тачка 18 Директиве 2014/24/ЕУ, ближе појашњава да појам „писани“ или „у писаном облику“, подразумева „сваки израз који се састоји од речи или бројева који се могу читати, умножавати и накнадно пренети, а може укључивати и податке који се преносе и чувају електронским путем“. Дакле, писана форма обухвата и уговоре сачињене у електронској форми.⁶⁴³

О критеријуму набавке је већ било речи. На овом месту скрећемо пажњу на то да и сама Директива 2014/24/ЕУ прокламује широко схватање овог појма – у смислу „користи (за наручиоца, БТ) од радова, услуга или добара у питању, која не подразумева нужно пренос власништва на наручиоца“ (члан 4, став 2 Уводних изјава).⁶⁴⁴ У теорији, наслоњеној на судску праксу Суда правде ЕУ, додатно се појашњава да корист од предмета уговора не мора да ужива непосредно наручилац, већ и одређене групе људи нпр. корисници јавне услуге која је предмет уговора. Дакле, не мора да буде реч искључиво о непосредној имовинској/економској користи за наручиоца, већ и „ослобађању од вршења јавних овлашћења“.⁶⁴⁵ Осим тога, није битно

⁶³⁷ Термин који Оди употребљава у: *Ibid.*, 83.

⁶³⁸ Преузето из верзије Директиве 2014/24/ЕУ на хрватском језику, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0024&from=FR>, 28. август 2022.

⁶³⁹ Carina Risvig Hamer, “The concept of a ‘public contract’ within the meaning of the Public Procurement Directive”, *Upphandlingsrättslig Tidskrift*, 3/2016, 183–193.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, 183–185; R. Caranta (2021), 5–6.

⁶⁴¹ *Ibid.*, 6.

⁶⁴² *Ibid.*

⁶⁴³ C. Risvig Hamer, 185–186.

⁶⁴⁴ R. Caranta (2021), 6.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, 8–11; C. Risvig Hamer, 186–191.

да ли се набавка врши на основу уговора о продаји, закупу или другог уговорног аранжмана.

Последњи елемент подразумева синалагматски карактер престација, односно постојање одговарајуће накнаде за одређено добро, услуге или радове.⁶⁴⁶ Другим речима, уговор мора да буде теретан, тако да противтежа (не)посредној користи за наручиоца буде одговарајућа накнада за привредног субјекта.⁶⁴⁷ У литератури се пропагира екстензиван приступ тумачењу овог појма, тако да обухвати најразличитије облике (инструменте) плаћања.⁶⁴⁸ Иако су раније пресуде Суда правде такође ишле у правцу екстензивног тумачења критеријума финансијског интереса,⁶⁴⁹ тако да се његово постојање „извлачи“ и из могућности привредног субјекта да се „пробије“ на одређено тржиште, новија пракса је нешто рестриктивнија, захтевајући „извеснију“ и непосреднију корист за приватног сауговарача.⁶⁵⁰

На крају овог одељка, поменућемо још два елемента која утичу на одређење опсега примене Директиве 2014/24/EУ. Први се тиче предмета набавке, односно јавног уговора на основу којег се она спроводи, а други процењене вредности уговора.

Без могућности да се детаљније бавимо овим питањем, на овом месту само указујемо на то да су поједини уговори, због свог предмета или сектора у којем се набавка спроводи, изузети од примене правила јавних набавки у смислу Директиве 2014/24/EУ. Реч је, углавном, о областима које су искључене из разлога политичке осетљивости, мањег или већег значаја за развој и функционисање унутрашњег тржишта, непостојања конкуренције, избегавања потенцијалног сукоба са неким другим правилима о спровођењу набавке, или историјских разлога. Директива 2014/24/EУ предвиђа да су од њене (пуне) примене изузети јавни уговори у области пружања услуга електронских комуникација (члан 8); они који се додељују у складу са међународним правилима (члан 9); затим они који за предмет имају таксативно набројане категорије услуга (члан 10); уговори који се додељују другом јавноправном субјекту на основу искључивих права (члан 11); уговори између повезаних јавноправних субјеката – тзв. *in-house* уговори (члан 12); као и одређени уговори у области истраживања и развоја (члан 14), односно одбране и безбедности (чланови 15-17).

Када је реч о финансијском критеријуму, одредбе о поступку доделе јавних уговора у јавном сектору, односно уговора у комуналном сектору из релевантних директива примењују се само на уговоре који прелазе утврђене финансијске прагове,⁶⁵¹ док су уговори испод прагова препуштени националном законодавству.

⁶⁴⁶ Вид. нпр. C-51/15, *Remondis*, EU:C:2016:985, пар. 43; C-451/08, *Helmut Müller*, EU:C:2010:168, paras. 47–49.

⁶⁴⁷ C. Risvig Hamer, 191–193.

⁶⁴⁸ R. Caranta (2021), 11.

⁶⁴⁹ Вид. C-796/18, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, пар. 40–53.

⁶⁵⁰ A. Sanchez-Graells (2021), 27.

⁶⁵¹ Финансијски прагови су прописани чл. 4 Директиве 2014/24/EУ и разликују се у зависности од природе наручиоца и/или предмета набавке. Начин њиховог одређивања прописан је чл. 5 исте директиве. С обзиром на то да су ови прагови еквивалент – изражен у еврима – прагова које предвиђа плурилатерални споразум усвојен под окриљем Светске трговинске организације, односно Општи споразум о набавкама (*General Procurement Agreement - GPA*), Европска комисија на сваке две године усклађује ове износе, у форми делегиране уредбе. Paweł Nowicki, “Article 4: Threshold Amounts”, *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU* (eds. R. Caranta, A. Sanchez-Graells), Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2021, 44; Bojana Todorović, “Article 92: Review”, *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU* (eds. R. Caranta, A. Sanchez-Graells), Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2021, 918–921.

На тај начин се креира „дуални“ правни режим, који представља резултат компромиса између правне сигурности и (економске) ефикасности.⁶⁵² Другим речима, између, с једне стране, потребе да се зарад ефикасне примене европског права и даљег развоја унутрашњег тржишта у овој области од кључног значаја за његово функционисање, обезбеди барем минимална хармонизација и стандарди правне заштите и, с друге, да се наручиоци (али и администрација држава чланица) не оптерете прекомерно.

Као *ratio* оваквог решења истакнуто је да су уговори веће вредности од кључног значаја за развој конкуренције и унутрашњег тржишта, будући да могу да привуку понуђаче из других држава чланица у односу на ону у којој наручилац има седиште. То би требало не само да унапреди ефикасност система набавки на нивоу ЕУ, већ и да омогући реализацију других стратешких циљева (нпр. одрживи развој, социјалну политику и сл.) које овај инструмент стреми да задовољи.⁶⁵³ *Argumentum a contrario*, уговори испод прописаних прагова немају тај капацитет, те се сматрало да би њиховим подвођењем под иста правила која важе за вредније уговоре, укључујући додатне обавезе и административна оптерећења за наручиоце што се не сматра оправданим.⁶⁵⁴

У том контексту се поставља питање да ли су државе чланице потпуно слободне да пропишу правила која се односе на ове уговоре или да их, пак, уопште и не подвргну посебним правилима. Питање додатно добија на значају имајући у виду да је највећи број уговора о јавним набавкама и/или концесијама у националном праву држава чланица заправо „испод прагова“.⁶⁵⁵ Није, међутим, једноставно дати одговор на ово питање јер зависи од различитих фактора који, чини се, нису тако јасно дефинисани ни у теорији, нити у судској пракси. Реч је о осетљивом правно-политичком терену, будући да је свако деловање ЕУ на пољу јавних набавки омеђено принципима супсидијарности и сразмерности, као последица чињенице да она у овој области надлежност дели са државама чланицама.⁶⁵⁶

Један од критеријума који се узима у обзир заснован је управо на значају конкретног уговора за даљи развој унутрашњег тржишта. Уколико се процени да је одређени уговор, чија вредност је испод прописаних прагова за ту категорију уговора, од прекограничног интереса (енг. *cross-border interest*), поступак који претходи његовој додели/закључењу мора да буде у складу са принципима из оснивачких уговора, макар био уређен националним правом. О тим принципима, као и стандарду прекограничног интереса и критеријумима за његово препознавање, биће речи у трећем поглављу у оквиру четврте главе дисертације.

⁶⁵² *Ibid.*, 920.

⁶⁵³ P. Nowicki, 41–44.

⁶⁵⁴ Овај *raison d'être* дуалног режима јавних набавки на нивоу ЕУ тј. режим изнад и испод прагова крајње је упитан, посебно имајући у виду „вештачки“ начин одређивања финансијских прагова. У литератури се озбиљно доводи у питање економска оправданост ове поделе као и критеријума за одређење финансијских прагова. Штавише, једно од мишљења (са којим се слажемо) јесте да су доминантни критеријуми заправо били политички. Последица тога је – насупротив тежњи и реторици европског законодавца – ограничење конкуренције и сужавање унутрашњег тржишта. Посебно имајући у виду чињеницу да највећи број уговора у националном праву потпада под категорију уговора испод прагова. В. Todorović (2021), “Article 92: Review”, 918–921; Више о овој теми, в. Pedro Telles, “Public Procurement Financial Thresholds in the EU and Their Relationship with the GPA”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* (ERPPL), Vol. 11, 3/2016, 205–219; Pedro Telles, “The Good, the Bad and the Ugly: EU’s Internal Market, Public Procurement Thresholds and Cross-Border Interest (with Editor’s Note)”, *Public Contract Law Journal*, Vol. 43, 1/2013, 3–27.

⁶⁵⁵ Вид. наредно поглавље, посебно одељак посвећен уговорима испод прагова у немачком праву.

⁶⁵⁶ P. Nowicki, 41–44.

3.2 Уговори о концесијама и ЈПП у праву Европске уније

Осим јавних уговора, у праву јавних набавки ЕУ фигурира још једна значајна категорија уговора, која је успутно поменута у претходном одељку – уговори о концесији.⁶⁵⁷

Концесије су целовити правни оквир, оличен у посебном инструменту секундарног права – Директиви 2014/23/ЕУ – добиле тек 2014. године. Све до тада, само су концесије за јавне радове биле изричито регулисане, и то у склопу директива о додели уговора о јавним радовима.⁶⁵⁸ Насупрот томе, концесије за услуге нису биле јединствено регулисане на нивоу ЕУ, већ су биле препуштене националном праву држава чланица, уз (једину) обавезу да приликом доделе концесија буду поштовани принципи из оснивачких уговора.⁶⁵⁹ Имајући у виду велику хетерогеност у правним решењима држава чланица (нпр. поједине до 2014. године уопште нису познавале нити регулисале концесије као правни институт; у другима тај појам означавао једностране одлуке органа управе, не и уговоре и сл.),⁶⁶⁰ постаје јасно да је реч о материји у којој је владао правни партикуларизам и примена конкретних правила је варијирала не само од једног до другог правног система него, у појединим случајевима, од уговора до уговора.

Оваква правна ситуација је, према мишљењу ЕК, утемељеном на вишегодишњем искуству са поступцима за утврђивање повреде права ЕУ, имала бројне негативне реперкусије – како *економске*, тако и *правне*. Наиме, неизвесност у погледу правила која се имају применити на поступак одабира приватног саговорача (концесионара) и доделе уговора, као и друге релевантне аспекте уговорног циклуса, одвраћала је поједине привредне субјекте (посебно мала и средња предузећа) од конкурисања за доделу уговора у другим државама чланицама, што је успоравало прекограничну размену и, самим тим, подривало развој унутрашњег тржишта.⁶⁶¹ Осим тога, тиме је била омогућена учесталија додела уговора „испод радара“, што је могло негативно да се одрази на рационално трошење јавних средстава од стране наручилаца, али и *квалитет услуга* које се пружају грађанима (члан 1 Уводних изјава Директиве 2014/23/ЕУ).

Као посебно забрињавајућа, истакнута је правна несигурност која је узрокована непостојањем јасних правила у овој материји, али и недовољно јасним разликама између концесија с једне, и јавних уговора, с друге стране – што је небројено пута

⁶⁵⁷ М. Audit (2014), 97; Piotr Bogdanowicz, “Regulation of PPP and concessions in European Union law – different but equal?”, *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU: An Unfinished Legislative Framework* (eds. P. Bogdanowicz, R. Caranta, P. Telles), European Procurement Law Series, Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2020, 1–2.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, 3–4; Commission interpretative communication on concessions under Community law, *Official Journal of the European Union*, C 121, 29.4.2000, 2, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32000Y0429%2801%29>, 12. јануар 2022.

⁶⁵⁹ Albert Sanchez-Graells, “Article 1 of Directive 2014/23/EU: Subject-matter and scope”, *Brussels Commentary on EU Public Procurement Law* (eds. M. Steinicke, P. Vesterdorf), Nomos/Beck/Hart Publishing, Munich 2018 (у даљем тексту цитирано као: A. Sanchez-Graells 2018a), 1109–1110; Albert Sanchez-Graells, “What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance”, “What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance”, Forthcoming in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, (July 6, 2012), доступно на: <https://ssrn.com/abstract=2101712>, 5. септембар 2022, 1.

⁶⁶⁰ Више о томе код: R. Caranta (2014), Q2, 86–102.

⁶⁶¹ European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts*, Brussels, 20.12.2011 COM(2011) 897 final, 2011/0437 (у даљем тексту цитирано као: Explanatory Memorandum), пар. 2.

доводило до покретања поступака пред Судом правде ЕУ и недовољној заступљености концесија као уговорног инструмента, упркос њиховом великом потенцијалу.⁶⁶²

Стога је историјат покушаја да се концесије подведу под европски *acquis*, блиско повезана са ублажавањем или премошћавањем поменутих националних разлика, као и разграничењу концесија од других, сличних уговорних инструмената – а нарочито од јавних уговора у смислу директива о јавним набавкама.

Иако је пут ка нормативном инструменту посвећеном концесијама био дуг и трновит, услед пружања отпора од стране појединих држава чланица,⁶⁶³ европске институције су, удруженим снагама, издејствовале посебну директиву којом ће бити обухваћене како концесије за радове, тако и концесије за услуге, како би се горе изложени проблеми регулисали.⁶⁶⁴ Због тежине задатка, као и чињенице да су њоме обухваћена правила која се тичу како поступка одабира приватног сауговорача и доделе уговора, тако и она која задиру у питања која су традиционално у сфери националног законодавства – наиме питања *дизајна* уговора и његове *модификације* – Директива 2014/23/ЕУ се сматра „најзначајнијом иновацијом“ легислативног пакета јавних набавки из 2014. године⁶⁶⁵ и „историјским подухватом“ европског законодавца.⁶⁶⁶

На овом месту се нећемо бавити анализом одредаба Директиве о концесијама, као и у којој мери је ова директива била успешна у реализацији циљева ради којих је донета. У фокусу овог одељка биће, наиме, само један од проблема који је избио на видело са усвајањем Директива 2014/23/ЕУ, а то је потреба да се расветле разлике између уговора о концесији и јавних уговора.

Члан 5, став 1 Директиве 2014/23/ЕУ, нормира два облика или вида уговора о концесији – концесије за радове и концесије за услуге. Док су први одређени као „теретни уговори закључени у писаној форми на основу којих један или више наручилаца (енг. *contracting authorities* или *contracting entities*) поверавају једном или више привредних субјеката извршење радова, с тим да се накнада састоји само из права на комерцијално коришћење радова или из тог права заједно са плаћањем“ (т. 1(а)), други су дефинисани на идентичан начин, с тим што је предмет уговора о концесији пружање и управљање услугама које се не подводе под јавне радове (т. 1(б)).

Видимо, дакле, да дефиниција уговора о концесијама за радове и услуге у великој мери одговара дефиницији јавних уговора из претходног одељка. У оба случаја је реч о *уговорима*, што произлази и из одредаба о изузећу од примене Директиве 2014/23/ЕУ различитих дозвола или сличних једностранних аката, којима се приватним субјектима, од стране надлежних органа држава чланица, омогућава обављање одређене привредне активности, уз прецизирање услова и стандарда за њихово обављање (в. члан 14 Уводних изјава Директиве 2014/23/ЕУ). Осим тога, разликује се и начин плаћања, који у случају концесија подразумева право на комерцијално коришћење предмета уговора о концесији, или из тог права заједно са плаћањем.

Међутим, кључним елементом разграничења концесија, с једне, од јавних уговора, с друге стране, сматра се концепт „оперативног ризика“, односно „пренос оперативног ризика у експлоатацији радова или услуга на концесионара“.⁶⁶⁷

⁶⁶² *Ibid.*; A. Sanchez-Graells (2012), 2.

⁶⁶³ О чему више у одељку 3.1 четврте главе дисертације.

⁶⁶⁴ A. Sanchez-Graells (2018a), 1109–1110.

⁶⁶⁵ P. Bogdanowicz, 3.

⁶⁶⁶ A. Sanchez-Graells (2012), 4.

⁶⁶⁷ C. Risvig Hamer, 180 fn. 5.

Наиме, истим чланом је истакнуто да поменути оперативни ризик, који обухвата ризик понуде, потражње или оба, подразумева непостојање гаранције концесионару да ће, под нормалним тржишним условима, повратити уложену инвестицију, односно трошкове повезане са извођењем радова или пружањем услуга које су предмет концесије. Најзад, истиче се да „део ризика који се преноси на концесионара укључује стварну изложеност непредвидивим променама тржишта, тако да сваки потенцијални процењени губитак који претрпи концесионар неће бити само номинални или занемарљив“ (члан 5, став 2 Директиве 2014/23/ЕУ).

С тим у вези, у Уводним изјавама Директиве 2014/24/ЕУ је даље појашњено да оперативни ризик мора да буде последица фактора на који уговорне стране немају утицаја, као и да га треба схватити као

ризик изложености непредвидивим променама тржишта, који се може састојати од ризика потражње или ризика понуде, или и ризика потражње и понуде. Ризик тражње треба схватити као ризик стварне потражње за радовима или услугама који су предмет уговора. Ризик понуде треба схватити као ризик повезан са пружањем радова или услуга који су предмет уговора, посебно ризик да пружање услуга неће одговорати потражњи. За потребе процене оперативног ризика, треба узети у обзир нето садашњу вредност свих инвестиција, трошкова и прихода концесионара на доследан и јединствен начин (члан 20).

Реч је, дакле, о економским ризицима који су повезани са „коришћењем радова или потражњом за пружањем услуга“, односно „доступношћу инфраструктуре коју обезбеђује концесионар или која служи пружању услуга крајњим корисницима“, који су „потпуни“ или „непокривени“.⁶⁶⁸ Потоње подразумева да концесионар нема право на било какве гаранције да ће уложена средства повратити, што представља дискутабилан и тешко одржив критеријум имајући у виду специфичност концесија као дугорочних уговорних аранжмана, чија регулатива изискује извесну дозу флексибилности (в. *infra*).⁶⁶⁹

Ригидност, али и недовољна прецизност овог критеријума, уместо да допринесе даљој хармонизацији националних решења, чини се да је довела до њихове додатне фрагментираности. Тако, у мањини су државе чланице (за сада, само Француска и Италија) које су питању оперативног ризика и његовом ближем одређењу посветиле пажњу у националном законодавству.⁶⁷⁰ Штавише, стављањем концепта *оперативног ризика* у центар дефиниције концесија, разликовање (јавних) уговора о набавци радова и услуга, с једне, и концесија за радове и услуге, с друге стране, „подразумева потпуну и детаљну економску анализу сваког уговора, с циљем да се утврди трансфер оперативног ризика“, што „правну класификацију уговора чини додатно комплексном.“⁶⁷¹

Поставља се питање да ли можда постоје други, помоћни елементи препознавања концесија, односно њиховог разликовања од јавних уговора. Из *travaux préparatoires* Директиве 2014/23/ЕУ, произлази да је нужност креирања самосталног нормативног инструмента посвећеног концесијама (уместо регулисања ове материје директивама о јавним набавкама), последица још неких специфичних обележја концесија у односу на јавне уговоре. Међу тим обележјима, као најважнија се истичу дужи *временски период* на који се директиве закључују), што изискује извесну флексибилност поступка

⁶⁶⁸ A. Sanchez-Graells (2012), 6.

⁶⁶⁹ *Ibid.*

⁶⁷⁰ P. Telles (2020), 208.

⁶⁷¹ Наведено према: P. Bogdanowicz, 5, fn. 20.

њихове доделе, како би се омогућила периодична „ревизија“ односно разматрање потребе „повременог прилагођавања услова уговора“ новонасталим околностима, ради одржавања или поновног успостављања „економске равнотеже између сауговорача“.⁶⁷² Надаље, ту спадају и *вредност* концесија, која обично превазилази новчане износе на које се закључују јавни уговори, али и *специфичност предмета*, усмереног ка пружању различитих јавних услуга, што за собом повлачи и потребу уговарања стандарда у складу са којим су концесионари дужни да пруже предметну услугу.⁶⁷³

Ипак, препознавање специфичности концесија, није до краја успешно „преведено“ у правни оквир који ће те специфичности одразити, чиме нису отклоњене све дилеме у вези са уговорима о концесијама, напротив. Тако, у погледу временског периода на који се концесије закључују, редактори Директиве 2014/23/ЕУ истичу како би „трајање концесије требало да буде ограничено како би се избегло спречавање приступа тржишту и ограничавање тржишне конкуренције“ (члан 52 Уводних изјава). Међутим, самим текстом Директиве се не прецизира тај временски период, већ је то препуштено националним законодавцима, с тим што је за концесије које трају више од пет година, предвиђено да „најдуже трајање концесије неће прелазити време у којем се очекује да би концесионар могао да надокнади уложена средства за извршење радова или пружање услуга, те да оствари повраћај уложеног капитала, узимајући у обзир средства потребна за остваривање посебних циљева уговора“ (члан 18, став 2 Директиве 2014/23/ЕУ). Као и са оперативним ризиком, и овде је недовољна прецизност европског законодавца довела до веома дивергентних националних решења.⁶⁷⁴

Има аутора који сматрају да одредбе Директиве 2014/23/ЕУ само „стидљиво“ одражавају претходно описане специфичности, а које се тичу „динамичног аспекта“ ових уговора, односно питања у вези са „дизајном, надзором, извршењем и евентуалним поновним преговарањем“ предмета уговора.⁶⁷⁵ С друге стране, питања која се тичу поступка одабира приватног сауговорача (концесионара) и доделе уговора се, у највећем делу, поклапају са поступцима за доделу јавних уговора.

Последично, у теорији има мишљења – са којима смо сагласни – да је регулаторни ризик од регулисања концесија посебним нормативним инструментом, уместо прилагођавањем одредаба директива о јавним набавкама у јавном и комуналном сектору специфичностима уговора о концесији, већи од користи која је тиме добијена.⁶⁷⁶ Наиме, додатним компликовањем европског *acquis*-ја јавних набавки, потенцијално се додатно подрива правна сигурност уместо да се она обезбеди, будући да наручиоци и привредни субјекти сада, уместо познавања само националног правног оквира одговарајуће државе у којој се додељује концесија, односно принципа из оснивачких уговора, „морају да буду упознати и са одредбама Директиве 2014/23/ЕУ“ – што врло лако може поједине субјекте да одврати од тако комплексног подухвата, управо супротно ономе што се тежило доношењем ове директиве.⁶⁷⁷ Посебно имајући у виду „нијансе“ између правних режима релевантних директива, као и недовољно јасних линија разграничења у односу на јавне уговоре.

⁶⁷² A. Sanchez-Graells (2012), 4.

⁶⁷³ *Ibid.*, 5.

⁶⁷⁴ P. Telles (2020), 208–209.

⁶⁷⁵ A. Sanchez-Graells (2012), 5.

⁶⁷⁶ О томе детаљно: A. Sanchez-Graells (2012), 13 pages; Albert Sanchez Graells, “The Continuing Relevance of the General Principles of EU Public Procurement Law after the Adoption of the 2014 Concessions Directive”, *University of Leicester School of Law Research Paper* No. 15–12, (March 20, 2015), доступно на: <https://ssrn.com/abstract=2581683>, 10. септембар 2022; P. Telles (2020), 209–210.

⁶⁷⁷ P. Telles (2020), 210.

Уместо да постану очигледније, тиме се додатно „замагљују“ разлике између различитих категорија уговора из европског права јавних набавки.⁶⁷⁸ Овај проблем добија на интензитету када се у једначину убаци још једна „непозната“ – ЈПП.

За разлику од јавних уговора и концесија, ЈПП немају јединствени и њима посвећени правни оквир на нивоу ЕУ, као што је то случај са јавним уговорима и концесијама. То значи да овај инструмент није униформно дефинисан, нити је извршена његова одговарајућа типологија.⁶⁷⁹ У стручној литератури се наводи неколико разлога за то.

Иако су у пракси држава чланица веома заступљени различити модалитети уговора о ЈПП за мале и велике инфраструктурне пројекте, пружање услуга у здравству и друге јавне услуге, само мањи број њих је донео законодавство којим се ЈПП изричито дефинишу и регулишу. Међу њима су Француска, Италија и Румунија.⁶⁸⁰ У осталим државама, колико је нама познато, то није случај, већ се на ове уговорне аранжмане између јавног и приватног сектора примењују одредбе прописа о јавним набавкама и концесијама или општа правила грађанског права, прописи о привредним друштвима, приватизацији, бројни секторски закони и др.⁶⁸¹ Дакле, сваки покушај хармонизације правила о ЈПП од стране институција ЕУ би нужно био суочен са великим изазовом премошћавања великих концептуалних и правних разлика које извиру из унутрашњег права држава чланица.

Међутим, већ смо видели да је и у случају уговора о концесији постојао сличан проблем, као и да је правна регулатива у тој материји морала да пређе дугачак пут – од парцијалног правног оквира концесија за радове, преко смерница ЕК, све до посебне директиве. Стога ће пре бити да на нивоу ЕУ није препозната потреба да се овом „феномену“ посвети посебан нормативни инструмент. У том контексту, Богданович (*Bogdanowicz*) *ratio* изостанка легислативне активности на пољу ЈПП објашњава тиме да ЕК највероватније не види да би посебна секундарна правила о ЈПП допринела јачању правне сигурности (за разлику од таквих правила о концесијама).⁶⁸² Ми додајемо – и развоју унутрашњег тржишта.

Дакле, чини се да недостатак хармонизованих правила о ЈПП нису „пука случајност“, већ би захтевала озбиљно „балансирање“ између, с једне стране, описаних дивергентних решења и административних окружења у државама чланицама и, с друге, постојањем униформних правила о додели јавних уговора (сада и концесија).⁶⁸³ Другим речима, потребно је разјаснити у каквој су вези сам концепт ЈПП, као и њихова додела, са секундарним правилима ЕУ о јавним набавкама и концесијама. Томе су, до данас, и били посвећени напори европских институција.

ЕК је 2004. године донела интерпретативни акт, насловљен Зелени папир о јавно-приватним партнерствима и комунитарном праву јавних набавки и концесија (у даљем тексту: Зелени папир), чији је циљ „покретање дискусије“ и указивање на конкретна правила комунитарног (сада европског) права о јавним уговорима и концесијама, у фази одабира приватног партнера и фази доделе уговора, која се имају применити на ЈПП, као и „идентификовање нејасноћа и у којој мери комунитарни оквир одговара специфичним карактеристикама ЈПП“ (пасуси 17 и 18).

⁶⁷⁸ P. Bogdanowicz, 8.

⁶⁷⁹ P. Telles (2020), 211.

⁶⁸⁰ *Ibid.*

⁶⁸¹ *Ibid.*

⁶⁸² P. Bogdanowicz, 16.

⁶⁸³ Opinion of AG Ruiz-Jarabo Colomer, delivered on 2 June 2009, Case C-196/08, *Acoset SpA v Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa and Others*, ECLI:EU:C:2009:332, пар. 61.

У истом документу се ЈПП одређују као „облици сарадње између органа јавних власти и пословног света, који имају за циљ да обезбеде финансирање, изградњу, реновирање, управљање или одржавање инфраструктуре или пружање услуга“ (пасус 1).⁶⁸⁴ Као њихове основне карактеристике се наводе дужина трајања пројекта између јавног и приватног партнера; начин финансирања који каткад обухвата комплексне аранжмане у којима је укључено више субјеката; укљученост приватног партнера у све фазе пројекта – од планирања, преко дизајна, финансирања, па све до његове имплементације – као и расподела ризика између јавног и приватног партнера, с тим да потоњи не преузима нужно сав ризик у вези са заједничким подухватом (пасус 2).

Осим тога, ЕК на основу законских решења и праксе у државама чланицама издваја два основна типа или врсте ЈПП – *уговорна* и *институционална* ЈПП – (пасус 20 ff).⁶⁸⁵

У првом случају (који је релевантан за потребе овог одељка) однос између јавног и приватног партнера је заснован на уговору и укључује „разне поставке у којима се један или више задатака већег или мањег обима додељује приватном партнеру, а који могу укључивати дизајн, финансирање, извођење, реновирање или експлоатацију радова или услуга“ (пасус 21).

Занимљиво је да ЕК у наредном пасусу као типичан пример или модел уговорних ЈПП наводи концесије (пасус 22). Ипак, треба имати у виду да је овај акт донет пре доношења Директиве 2014/23/ЕУ којим се дефиниција концесија у великој мери „везује“ за појам јавних уговора (в. *supra*), због чега нисмо ништа ближе разграничењу између ова три уговорна инструмента у праву ЕУ. Штавише, Телеш (*Telles*) указује на то да дефиниција концесија из поменуте директиве управо *одваја* концесије и ЈПП, тако да ће потоњи представљати „комплексни дугорочни уговори који нису квалификовани као концесије“.⁶⁸⁶ Исти аутор закључује да, према тренутном стању ствари, ЈПП у праву ЕУ представљају „кишобран појам“ којем недостаје „концептуална јасноћа“ и конкретна дефиниција.⁶⁸⁷

Једини „конкретнији“ корак у том погледу био је уношење дефиниције ЈПП у Уредбу 2013/1303/ЕУ о Европским структуралним и инвестиционим фондовима. У складу са том дефиницијом, ЈПП су одређена као „облик сарадње између јавних органа и приватног сектора, који има за циљ побољшање испоруке инвестиција у инфраструктурне пројекте или друге врсте операција, пружање јавних услуга кроз поделу ризика, удруживање стручности приватног сектора или додатних извора капитала“ (члан 2, став 1, тачка 24 Уредбе).⁶⁸⁸ Међутим, у питању је секторско

⁶⁸⁴ European Commission, *Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions*, COM/2004/0327 final, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52004DC0327>, 12. јануар 2022.

⁶⁸⁵ Потоњи подразумевају реализацију заједничког пројекта посредством постојећег или за те потребе основаног привредног друштва. Овој врсти ЈПП, као „мање резистентној на систематизацију“, посвећен други интерпретативни акт ЕК из 2008. године. Opinion of AG Ruiz-Jarabo Colomer, пар. 63; European Commission, *Commission interpretative communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to institutionalised PPP (IPPP)* (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union*, 2008/C 91/02; P. Bogdanowicz, 10, 13–14.

⁶⁸⁶ P. Telles (2020), 207.

⁶⁸⁷ *Ibid.*

⁶⁸⁸ Regulation (EU) No 1303/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013 laying down common provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund, the Cohesion Fund, the European Agricultural Fund for Rural Development and the European Maritime and Fisheries Fund and laying down general provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund, the Cohesion Fund and the European Maritime and Fisheries Fund and repealing Council Regulation (EC) No 1083/2006, *Official Journal of the European Union*, L 347, 20.12.2013, 320–469.

законодавство, услед чега је дефиниција ЈПП ограничена на ту правну „нишу“ и нема ширу примену.⁶⁸⁹

Право ЕУ је, чини се, далеко више од разрешења концептуалних нејасноћа, заинтересовано за то да „сваки акт, било уговорни или једностранни, којим орган јавне власти поверава вршење одређене економске активности трећем лицу, буде сагледан у светлости правила и принципа“ који произлазе из оснивачких уговора, а посебно „транспарентности, сразмерности и једнаког третмана“.⁶⁹⁰

Поред тога, на одабир приватног партнера и доделу уговора којим се имплементира пројекат ЈПП, у пракси ће се примењивати одредбе унутрашњег права држава чланица, којима се имплементирају правила и принципи ЕУ о јавним набавкама (у јавном и комуналном сектору) и концесијама – већ у зависности од околности конкретног случаја.⁶⁹¹

4. СИНТЕЗА И ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА: УПРАВНИ УГОВОРИ У УПОРЕДНОЈ ПЕРСПЕКТИВИ – СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ

У овој глави смо на темељу теоријских поставки, позитивноправних решења и праксе, указали на кључна питања и дилеме у вези са појавом и развојем управних уговора у упоредној перспективи, као и сличности и разлике које националне концепције или модели управних уговора испољавају. Централно место су заузели приказ и анализа концепција управних уговора у француском, немачком и српском правом систему, особености друштвено-историјског контекста који је обликовао те концепције, основних врста управних уговора, као и елемената њиховог правног режима. При томе, управни уговори су у француском и немачком праву означени као „модели“, искључиво у смислу националних концепција а не у контексту њиховог утицаја на обликовање управних уговора ван граница држава у којима су развијани (иако такав утицај не негирамо), док је право Републике Србије сврстано у *балкански модел*, због сличности са позитивноправним решењима појединих држава у региону.

Анализа у оквиру ове главе је показала да иако се појава управних уговора у координатном систему управне делатности везује за почетак 20. века, када су схватања о управи као јавној служби заменила дотадашње виђење управе као власти, а грађана као поданика, клице управних уговора биле су присутне у пракси већини западноевропских држава већ у средњем веку. Ти различити инструменти којима су владари појединцима поверавали вршење бројних активности инхерентних сувереним владарским овлашћењима, још тада су испољавали обележја која данас срећемо код савремених уговора о концесији.

Како истиче Миљић, хетерогеност у концепцијама управних уговора (под њиховим различитим називима) је последица чињенице да „је свака држава у процесу имплементације овог института исти креирала у складу са својим потребама.“⁶⁹² Другим речима, када је, да ли и на који начин одређена држава нормирала управне уговоре, у великој мери је зависило од специфичног друштвено-историјског контекста који је обликовао сваки појединачни правни систем, и у њему институт управног уговора.

Због великих разлика у погледу појма и правне природе управних уговора, њихових правних режима и појавних облика у упоредној теорији и позитивноправним

⁶⁸⁹ P. Telles (2020), 211.

⁶⁹⁰ Наведено према: P. Bogdanowicz, 11.

⁶⁹¹ *Ibid.*, 16.

⁶⁹² Д. Миљић (2016), 22.

системима, сматрамо да није могуће говорити о управним уговорима у универзалним категоријама. Ипак, чини се да је *срж* таквих уговорних аранжмана у бити увек иста – потреба да се надоместе недостаци (финансијски, техничко-технолошки, људски и др.) јавног сектора како би се што ефикасније, делотворније и уз што мање трошкове задовољиле растуће потребе грађана и њихових организација у различитим друштвеним сегментима. Стога не чуди што су и питања и дилеме са којима су се теоретичари и практичари у различитим правним системима сусретали, веома слична ако не истоветна. Једно од кључних питања – уједно и прво истраживачко питање постављено у уводном делу ове дисертације – јесте како обезбедити равнотежу између јавних и приватних интереса који су испреплетани у управним уговорима. Упркос разноврсним приступима у проналажењу адекватних одговора, упоредно законодавство и пракса изнедрили су поједине заједничке елементе који су, експлицитно или имплицитно, уткани у позитивноправна решења а тичу се принципа у складу са којима се врши одабир приватног сауговорача; специфичних једностранних овлашћења јавноправног сауговорача у циљу заштите јавних интереса; механизма одржавања (и поновног успостављања) финансијске равнотеже у случају њеног нарушавања услед једностранних овлашћења органа или спољних фактора; као и посебних захтева у погледу контроле над спровођењем поступка доделе уговора и његовог извршења, односно успостављања одговорности органа за законитост и ваљаност овог процеса у којем се троше значајна јавна средства.

Доминантну улогу у развоју института управних уговора је негде имао законодавац, негде судска пракса, негде теорија (углавном сви ови фактори у одређеној мери). Међутим, чини се да се свуда у пракси појавила потреба да се ови уговори другачије нормирају од обичних грађанских уговора између појединаца, и да су они кроз праксу испољавали своје особености, с тим што је негде то препознато и искоришћено за развој веома минуциозног и софистицираног корпуса правних правила (као што је то био случај са француским правом), негде су теорија и законодавац покушали да наметну одређена решења занемарујући или стављајући праксу у други план (немачко право), а негде, пак, су и законодавство и теорија меандрирали између различитих решења (српско право).

Уколико бисмо сваком од одабраних националних концепција или модела морали да дамо наслов који би одразио његову суштину и генезу, француски модел би био насловљен „(управно)судство као покретач реформе“, имајући у виду преторску улогу судства, на челу са Државним саветом, у обликовању правног режима управних уговора и допринос његовој континуираној еволуцији. При томе, значај судске праксе није умањен чак ни већим ангажовањем законодавца на том пољу.

Насупрот томе, немачком моделу би несумњиво био додељен наслов „традиција као кочничар реформе“, с обзиром на круте доктринарне ставове и постулате који су тврдоглаво „бранили“ управно право од „уљеза“ какав је уговор, макар он био и управни, а у коначници су довели до нелогичног, некохерентног и до краја недореченог правног режима различитих управних уговора.

Најзад, српска концепција у склопу балканског модела, била би насловљена „дисконтинуитет и наметнута реформа“, услед честих и наглих „пресека“ у еволуцији управних уговора, као и чињенице да је институт под називом управни уговор уведен у домаћи правни систем као последица очекивања од наше земље у процесу европских интеграција, а не спонтане потребе која је добила своје законско рухо на темељу судске и управне праксе и теоријске потпоре. Због чињенице да смо приликом увођења овог института (као и остали припадници балканског модела) направили хибридни правни режим од елемената француског и немачког модела, а без њиховог сагледавања у својој целовитости, као и без свести о томе да са иностраним решењима „увозимо“ и њихове

проблеме, остављени смо са бројним отвореним питањима, нелогичностима и препрекама да институт управног уговора заживи у пракси.

У светлости уоченог проблема, сматрамо важним да укажемо на закључке до којих смо дошли упоређивањем француског и немачког модела, који могу да послуже као ослонац за истраживање у оквиру пете главе дисертације, тако и за неке будуће измене домаћих позитивноправних решења.

Пре свега, већ је у Уводу ове дисертације истакнуто да би приликом упоређивања ова два национална модела, сагледавање француског управног уговора (фр. *contrat administratif*), с једне, и само немачког јавноправног уговора (нем. *öffentlich rechtlicher Vertrag*) из тамошњег закона који уређује управни поступак, с друге стране – резултовало, у најмању руку, непотпуном правном анализом. Разлог томе су концептуалне разлике између та два института, као и разлике у њиховој теоријској и нормативној разради и практичном значају. Осим тога, овакав приступ би из анализе немачког права у овом домену искључио једну значајну категорију уговора (како економски, тако и по својој заступљености у пракси) – оних у материји јавних набавки – будући да се ти уговори сматрају уговорима приватног права. Дакле, сматрамо да анализа немачког права у овом контексту захтева свеобухватан приступ, независно од тога да ли је конкретан уговор квалификован као јавно- или приватноправни.

Надаље, као кључна разлика између француског и немачког права управних уговора се најчешће истиче *неравноправност* јавноправног и приватноправног субјекта као уговорних страна у првом, насупротив њиховој *равноправности* у другом. Доиста, јавноправни субјект је у француском праву опремљен разноврсним једностраним овлашћењима која су приватном субјекту ускраћена, док се у немачком праву тежи стављању управе у исту равн са приватним субјектима. Ипак, сматрамо да је ова разлика пренаглашена и да се често занемарује њена сврха, која је у оба модела иста, с тим што се постиже различитим инструментима – то је покушај успостављања равнотеже између заштите јавних и приватних интереса. У оквиру оба модела законске одредбе иду ка томе да наметну додатна ограничења органима приликом закључења уговора, како би се обезбедила транспарентност и непристрасност у том поступку. Осим тога и, још важније, право једностраног раскида уговора у јавном интересу није искључиво обележје француског права, већ постоји и у немачком праву – како у погледу јавноправних уговора, тако и у вези са уговорима о јавним набавкама. Занимљиво је да немачко право не предвиђа изричитом законском нормом право приватном саговорачу на накнаду штете – иако је судска пракса ишла у правцу признавања истог – док француско предвиђа читав низ могућности новчаног обештећења саговорача управе, а све у циљу успостављања финансијске равнотеже унутар уговора. У оквиру поглавља посвећеног француском управном уговору, већ смо видели да се једностраном раскиду уговора у пракси ретко прибегава и да представља *ultima ratio* због финансијских реперкусија које вршење таквог овлашћења има по органе управе. Најзад, саговорач управе у француском праву такође има могућност да се, под прописаним условима, и сам ослободи уговорне обавезе.

Упркос бројним разликама, између француског и немачког модела сагледаног у својој целовитости, постоје и сличности које не треба занемарити. Имајући то у виду, поједини аутори указују на то да се „сукоб између ове две концепције управног уговора превазилази и да ће неминовно у будућности да се смањује јаз између њих“.⁶⁹³ С једне стране, то је последица ширег уплива грађанског (облигационог) права у француско управно право, видљивог на примеру идеје о потреби успостављања „уговорне

⁶⁹³ З. Филиповић, 330.

равнотеже“ (фр. *l'équilibre du contrat*) унутар управног уговора.⁶⁹⁴ С друге стране, пак, на приближавање ових концепција је снажно утицало и право ЕУ.

То нас доводи до трећег дела ове главе. Наиме, након приказа и анализе поменутих националних модела, посебно поглавље ове главе било је посвећено нормативној делатности права ЕУ у материји управних уговора. Она је посебно „жива“ и разноврсна у области јавних набавки, где је од 70-их година прошлог века до данас усвојено неколико „генерација“ директива које уређују поступак доделе уговора о набавци добара, радова и услуга у јавном, комуналном и сектору одбране и безбедности.

Последњи сет директива у овој области, усвојен 2014. године, између осталог уводи категорију „јавног уговора“ (енг. *public contract*), која служи томе да омеђи материјално поље примене Директиве 2014/24/ЕУ. Недовољно прецизна дефиниција ове категорије уговора, замагљене границе у односу на појам набавке са којим је у блиској вези, као и појмовно и термилошко меандрирање европског законодавца кроз текст ове, али и преосталих директива из овог сета – отежавају концептуално одређење јавних уговора и њихову типологију.

Правни амбијент европског *acquis*-ја у овој материји, додатно је замршен доношењем првог нормативног акта којим се у целости уређује поступак доделе уговора о концесији – Директиве 2014/23/ЕУ. Посебна регулатива посвећена овој категорији уговора требало је да отклони правну несигурност која је била последица хетерогености националних решења држава чланица, као и недовољно јасних разлика између концесија и јавних уговора. Стога је Директивом 2014/23/ЕУ уведена дефиниција уговора о концесији која почива на критеријуму *оперативног ризика*. Међутим, ригидност, али и недовољна прецизност овог критеријума, чије одређење зависи од случаја до случаја и подразумева сложену економску анализу, као и чињеница да друге истицане специфичности концесија (нпр. дужи временски период на који се додељују) нису у довољној мери изражени у правном оквиру концесија – уместо да искристалишу, додатно су замаглили линије разграничења између концесија и јавних уговора.

Најзад, додатни проблем представљају и ЈПП – флуидни кишобран појам, који на нивоу права ЕУ још увек није добио своје концептуално обличе нити правни оквир. Комплексност права и обавеза, односно расподела ризика између јавног и приватног партнера, дугорочни уговорни аранжман, заступљеност у пројектима који се тичу великих инфраструктурних пројеката и пружања јавних услуга – елементи су који приближавају концесије и ЈПП. Ипак, горе поменута дефиниција концесија из Директиве 2014/23/ЕУ заправо доприноси њиховом удаљавању, те се ЈПП сматрају комплексним, дугорочним уговорима који не могу да се подведу под дефиницију концесије. У овом домену су посебно изражене разлике у националном праву управних уговора различитих држава. Тако, у Француској и Србији су ЈПП, за разлику од немачког права, законске категорије. У француском праву, ЈПП представљају подврсту јавних набавки, док су концесије посебна врста уговора. Насупрот томе, у домаћем праву су ЈПП и јавне набавке одвојене категорије, а концесије су један од облика ЈПП.

Имајући претходно речено у виду, не може се говорити о било каквом *европском моделу* управних уговора. Такав концептуални подухват би изискивао да се претходно идентификују све релевантне категорије јавно-приватних уговорних аранжмана, да се јасно и прецизно уобличи, и повуку демаркационе линије између њих. Штавише, нема

⁶⁹⁴ L. Richer, F. Lichère (2019), 266. У оквиру пете главе дисертације ћемо видети да је тај утицај двосмеран, с обзиром на то да је приступ решавању спорова из управних уговора, „продро“ у технике грађанских судова.

речи ни о хармонизацији националних решења, управо имајући у виду њихову разноврсност.

Сматрамо, међутим, да су правила ЕУ о додели уговора о јавним набавкама и концесијама, као и – како ћемо касније видети – принципи из оснивачких уговора, подстакла измене унутрашњег права држава чланица у овом домену, које су у одређеним случајевима биле тектонске. То је учињено, прво, кроз наметање обавезе поштовања стандарда транспарентности и слободне конкуренције у фази одабира приватног саговорача и доделе уговора; друго, увођења у правни оквир уговорних форми које одговарају дефиницијама из европских директива, а чија је додела у појединим правним системима раније била „испод радара“ и, треће, обезбеђивањем критеријума (стандарда) правне заштите у неким случајевима у којима раније нису постојали. Другим речима, ЕУ на „мала врата“ доприноси европеизацији националног права у овој материји. Иако конкретни ефекти те европеизације варирају од једног до другог правног система – већ у зависности од технике преношења директива, административне традиције и националне концепције управних уговора – она је несумњиво присутна. Тако, негде је довела до промене у систематизацији управних уговора (Француска), другде до подвођења под правни оквир уговорних облика који до тада нису били правно препознати и регулисани (Немачка, Србија).

При томе, чини се да креатори јавних политика и европски законодавац пажљиво вагају различите интересе, знајући да су на осетљивом терену. Због тога у погледу уговора о јавним набавкама изнад прагова, за које је процењено да су од највећег економског значаја за функционисање унутрашњег тржишта, стандарди у поступку доделе уговора најдиректније задиру у национално право држава чланица. С друге стране, тамо где је политички терен осетљивији, као што је случај са концесијама за услуге и концептом ЈПП који је сам по себи недовољно јасно дефинисан, утицај се врши кроз нуђење решења добре праксе – путем интерпретативних аката, а не правно-обавезујућих инструмената. Томе посебно доприноси индиферентност права ЕУ према подели на јавно и приватно право, услед чега одредбе директива о јавним набавкама и концесијама под своје окриље подводе како уговоре који су у појединим државама чланицама квалификовани као јавни, а у другим као приватни (грађански) уговори. На тај начин се додатно ублажавају разлике у националним теоријским концепцијама управних уговора, иако се у потпуности не елиминишу.

III МЕХАНИЗМИ РЕШАВАЊА СПОРОВА

Материја решавања спорова је сама по себи веома комплексна и правно-политички сензитивна. Томе доприноси велика разноликост теорије, законодавства и праксе, али и културе решавања спорова између различитих правних система.⁶⁹⁵ Неретко и унутар самих правних система постоје колебања у погледу класификације одређеног механизма и његовог разграничења од осталих.⁶⁹⁶ Стога ћемо на самом почетку ове главе ближе одредити појам и врсте механизма решавања спорова за потребе даљег истраживања (1), након чега ћемо се осврнути и на факторе који утичу на одабир конкретног механизма за потребе одређеног спора и/или учесника тог спора, са посебним фокусом на специфичности спорова из управних уговора (2). Централни део ове главе, ипак, заузима поглавље посвећено тзв. *алтернативним* механизмима решавања спорова, као разнородним, вансудским инструментима спречавања будућих и решавања насталих спорова, који ће бити детаљније сагледани у светлости претходно дефинисаних обележја спорова из управних уговора (3). Два су основна разлога због којих смо се определили за то да тежиште ставимо на алтернативне механизме. Прво, интересантнији су са аспекта науке управног права, имајући у виду деликатност и недовољну истраженост питања (не)могућности њихове примене на терену јавно-правних спорова. Друго, физиономија судске контроле и судског решавања спорова знатно варира од једног до другог правног система. Штавише, између правосудног система једне државе и њене правне традиције и културе, као и других унутрашњих фактора који обликују ову важну грану власти и полугу правне државе, постоји нераскидива и веома интимна веза, због чега сматрамо да се карактеристике и ефикасност судске заштите у одређеној категорији спорова не могу мерити апстрактно, већ само у националним оквирима – о чему ће, у контексту спорова из управних уговора, бити речи у петој глави дисертације. На крају следе синтеза и закључна разматрања о овој глави, као и одрживости једне од полазних хипотеза (4).

1. ПОЈАМ И ВРСТЕ МЕХАНИЗАМА РЕШАВАЊА СПОРОВА

Предуслов за бављење механизмима решавања спорова јесте претходно одређење појма *спора*. То није нимало једноставан задатак, с обзиром на то да се овај појам може сагледати у ширем и у ужем смислу, као и из перспективе различитих научних дисциплина.⁶⁹⁷ У ширем смислу, појам спора се каткад изједначава са терминима „сукоб“ или „конфликт“.⁶⁹⁸ Пример таквог приступа су дали Кнежевић и Павић, дефинишући га као „сукоб интереса најмање две особе настао у оскудици физичких или духовних добара“.⁶⁹⁹ Осим тога, у стручној литератури се под појам спора, понекад означеног као „спорни однос“ или „спорна ситуација“, подводе „сва неслагања о неком питању између одређених лица“.⁷⁰⁰

У ужем смислу, појам спора се обично везује за предмет судских поступака. Тако схваћен, може се дефинисати као „појединачно неслагање два или више лица о

⁶⁹⁵ Felix Steffek, “Principled Regulation of Dispute Resolution: Taxonomy, Policy, Topics”, *Regulating Dispute Resolution: ADR and Access to Justice at Crossroads* (eds. F. Steffek, H. Unberath), Hart Publishing, Oxford – Portland 2013, 35.

⁶⁹⁶ *Ibid.*

⁶⁹⁷ Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АDR*, Правни факултет Универзитета у Београду, треће издање, Београд 2013, 193–196.

⁶⁹⁸ Loïc Cadiet, Thomas Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Dalloz, 3^e édition, Paris 2019, 24–25.

⁶⁹⁹ Г. Кнежевић, В. Павић, 196.

⁷⁰⁰ Новак Вујичић, „Медијација као облик алтернативног решавања спорова из области интелектуалне својине: (Не)реална очекивања“, *Право и привреда*, 7-9/2018, 104 фн. 1.

субјективном праву које једно лице истиче према другима“,⁷⁰¹ или – нешто шире – као „несагласност која се тиче факата, права или приступа, у којој се захтев или тврдња једне стране сусреће с одбијањем, порицањем или противзахтевом друге“. ⁷⁰² Кадије (*Cadiet*) и Кле (*Clay*), пак, скрећу пажњу на то да је појам „конфликта“ шири и да обухвата у себи појам „спора“. Ови аутори, надаље, спор одређују као „правно релевантни конфликт“, односно „сукоб о томе шта релевантна правна правила захтевају, дозвољавају или забрањују, сукоб који се може правно решити применом правних правила јер настаје у ситуацији правне несигурности“.⁷⁰³

С обзиром на ширину предмета нашег истраживања, разноликост теоријских концепција и правних решења која су или ће бити сагледана, шири приступ одређењу појма спора нам се чини адекватнијим. Ослонићемо се на дефиницију коју су понудиле Фолио-Лалио (*Folliot-Lalliot*) и Торичели (*Torricelli*), према којима појам спора обухвата „сва управна и судска неслагања у уговорној материји“.⁷⁰⁴ Дакле, нећемо се ограничити само на предмет судског поступка, већ ћемо под кишобран овог појма подвести неслагања између различитих субјеката чија права и/или правни интереси могу бити тангирани у оквиру животног циклуса управног уговора.

Након што смо ближе одредили појам спора за потребе овог истраживања, прелазимо на прецизирање шта подразумевамо под *механизмима* њиховог решавања. Механизми решавања спорова, упрошћено речено, представљају процесе (у институционалном и процесном смислу), који служе да се предупредe и/или разреше спорова између два или више лица. Стручна литература обилује различитим приступима у њиховом схватању и класификацији, што је донекле разумљиво имајући у виду да је реч о „живој“ материји што доводи до честог настанка нових механизма. Тако, има аутора који га дефинишу екстензивно, тако да се под кишобран овог појма подведу најразноврснији формални и неформални процеси. Примера ради, Несланд (*Neslund*) својом екстензивном и нелимитативном класификацијом механизма решавања спорова унутар правног система САД, обухвата чак и процес доношења закона (енг. *legislation*), будући да је за усвајање закона неопходна сагласност оба дома законодавног тела.⁷⁰⁵ Другу крајност представљају извори где се овај појам изједначава са тачно одређеном врстом или групом механизма, најчешће са тзв. алтернативним механизмима.⁷⁰⁶

Несланд сугерише да упркос готово бесконачној листи механизма, постоји одређени и ограничени број системских карактеристика које омогућавају повлачење паралела између њих и извесну класификацију. Ове карактеристике се тичу, с једне стране, самог *форума*, док, с друге, обухватају обележја *учесника у спору*, као и *предмета спора*.⁷⁰⁷ Штефек (*Steffek*) своју класификацију заснива на таквим унутрашњим обележјима или карактеристикама самих механизма, посматраних кроз визуру учесника у спору. Наиме, параметри који се узимају у обзир су 1) *контрола*

⁷⁰¹ В. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, *Грађанско процесно право*, Београд 1999, 5, наведено према: Г. Кнежевић, В. Павић, 196.

⁷⁰² V. Merrills, *International Dispute Settlement*, 3. izdanje, Cambridge 1998, 1, наведено према: Г. Кнежевић, В. Павић, 196.

⁷⁰³ L. Cadiet, T. Clay, 26.

⁷⁰⁴ Laurence Folliot-Lalliot, Simone Torricelli, “Propos Introductifs/Introduction”, *Contrôle et contentieux des contrats publics/Oversight and Challenges of Public Contracts* (dir./eds. L. Folliot-Lalliot, S. Torricelli), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2018, 4 fn. 6.

⁷⁰⁵ Nancy Neslund, “Dispute Resolution: A Matrix of Mechanisms”, *Journal of Dispute Resolution*, 2/1990, Article 1, 220–223.

⁷⁰⁶ Вид. Bryan A. Garner (ed.), *Black’s Law Dictionary*, 9th edition, Thomson West, 2009, 540; Merriam Webster Dictionary, <https://www.merriam-webster.com/legal/dispute%20resolution>, 17. фебруар 2022.

⁷⁰⁷ N. Neslund, 217–218.

иницирања поступка пред одговарајућим форумом (да ли је приступ форуму добровољан или обавезан); 2) *контрола самог поступка* решавања спорова (да ли сами учесници уређују правила поступка или су она прописана); 3) *контрола исхода* поступка (да ли учесници доносе одлуку или треће, неутрално лице) и 4) *дејства тог исхода* (да ли је одлука правно обавезујућа); 5) *контрола одабира трећег неутралног лица* (да ли учесници сами бирају треће лице) 6) *контрола у погледу информација* (да ли је поступак јаван или учесници контролишу да ли ће и које информације објавити).⁷⁰⁸ На основу тога, као основни механизми решавања спорова појављују се преговарање (енг. *negotiation*), медијација, мирење или концилијација, арбитража и пресуђивање/судски поступак (енг. *adjudication*).⁷⁰⁹ Међутим, овај аутор указује на то да ова листа није коначна и само нуди принцип на основу којег је могуће додати нове механизме или варијације основних, што на другом месту и сам чини, примера ради, додајући мишљење вештака (енг. *expert opinion*) или поступак пред омбудсманом.⁷¹⁰

Класификовање механизма решавања спорова на основу перспективе појединаца као учесника спора, извршена је уз ослонац на теорију нормативног индивидуализма (енг. *normative individualism*) или приватне аутономије.⁷¹¹ Такав модел полази од појединачних интереса приликом креирања механизма решавања спорова и залаже се за то да где год је то могуће, појединцима треба омогућити да сами бирају начин решавања спорова, а да је улога законодавца само комплементарна и да само у изузетним случајевима (нпр. када исход спора може да утиче на права и/или интересе трећих лица) треба прописивати императивна правила у овој области.⁷¹² Међутим, јасно је да је то неспојиво са споровима у којима је један од учесника јавно-правни субјект и где је ангажован јавни интерес због чега је аутономија воље учесника спора знатно ограничена.

Постоје и други приступи класификацији механизма решавања спорова, који се међу собом разликују према томе који се критеријум узима као опредељујући, научне дисциплине којој припада аутор и других фактора. Због чињенице да се ми налазимо на правном терену, релевантна је подела из процесно-правне визуре која као одлучујући критеријум узима акт, односно одлуку којом се спор окончава. Уколико је реч о окончању спора правно-обавезујућом одлуком, реч је о тзв. *адјукативним* методама решавања спорова, где спадају судски поступак и арбитража, као и поступци пред другим надлежним (често специјализованим) телима.⁷¹³ Насупрот томе су сви остали, *неадјукативни* методи, као што су преговарање, медијација, мирење, одбори за решавање спорова и др.⁷¹⁴

С обзиром на предмет нашег истраживања, определили смо се за то да појмом механизма решавања спорова обухватимо начин или приступ решавању спорова у својој целовитости, тако да обухвати: 1) *начин покретања поступка решавања спорова* (иницијални акт; добровољност или обавезност); 2) *надлежност за решавање спорова* (која може бити у рукама како самих учесника спора, тако и трећег, независног лица или тела), као и 3) *овлашћења у поступку решавања спора* (нпр. постизање компромисног решења спора/предлагање решења/доношење правно обавезујуће одлуке/одређење привремених мера, накнаде штете и др.).

⁷⁰⁸ F. Steffek, 36–43.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, 37.

⁷¹⁰ *Ibid.*, 41.

⁷¹¹ *Ibid.*, 43.

⁷¹² *Ibid.*, 43–50.

⁷¹³ Г. Кнежевић, В. Павић, 204.

⁷¹⁴ *Ibid.*

Приступ суду и судска контрола рада органа јавне власти је императив и примарни правни пут, често на основу принудних прописа. Стога право на судску заштиту (као прва и/или последња брана правне заштите) има уставни ранг у свим савременим правним системима.⁷¹⁵ Из те перспективе, алтернативни механизми, који обухватају широку лепезу правних и ванправних метода решавања спорова, могу представљати истинску *алтернативу* механизмима судског решавања спорова или бити нужан *претходни корак* пре покушаја остваривања судске заштите. Додатни разлог због којег под појмом алтернативних механизма не обухватамо судски поступак је и чињеница да у споровима из управних уговора – где је једна уговорна страна (самим тим и страна у спору) орган јавне власти и где је ангажован јавни интерес – нисмо на терену потпуне аутономије воље и „чистих“ приватноправних односа.

2. ФАКТОРИ КОЈИ ОПРЕДЕЉУЈУ ИЗБОР МЕХАНИЗМА РЕШАВАЊА СПОРОВА

Питање *одабира* механизма решавања спорова може да се посматра на две равни. Једна је нормативна, што значи да законодавац прави избор које механизме ће регулисати и на који начин. Овај избор се у великој мери заснива на приоритетима јавних политика у оквиру одређеног система. Стручна литература сугерише да када је судијски апарат у питању, држава је у обавези не само да обезбеди правни оквир, већ и адекватну инфраструктуру, финансијску помоћ у виду института правне помоћи, субвенционисања трошкова поступка и сл. како би појединци (и њихове организације) могли да остваре право на приступ суду. Насупрот томе, када је реч о алтернативним механизмима, улога државе је нешто другачија и своди се на подстицање на прибегавање алтернативама судском поступку кроз обезбеђивање адекватног правног оквира који ће обезбедити приступачност, ефикасност и правну сигурност.⁷¹⁶

Има мишљења да приликом одабира конкретног механизма, почетна тачка треба да буду странке и њихови интереси.⁷¹⁷ С друге стране, Несланд истиче да за одабир адекватног механизма овај фактор није довољан, као ни свест о системским – нормативним и практичним – обележјима и ограничењима, већ је неопходно имати у виду конкретне циљеве који се решавањем спорова желе постићи – као пример наводећи ефикасност, економичност, приступачност, предупређивање даљих спорова између странака и др.⁷¹⁸

Препорука Комитета министара Савета Европе о алтернативама судском поступку између органа управе и приватних странака (у даљем тексту: Препорука 2001(9) СЕ или Препорука),⁷¹⁹ такође, прописује критеријуме које би законодавац требало да задовољи приликом прописивања правног оквира алтернативног решавања спорова. Прво, странкама би требало пружити неопходне информације у вези са приступом тим механизмима. Друго, потребно је обезбедити независност и непристрасност арбитара, медијатора и других овлашћених лица. Треће, обезбеђење предуслова за фер поступак уз поштовање права странака и гаранцију заштите њихових права. Четврто, потребно

⁷¹⁵ Zoltán Szente, “Conceptualising the principle of effective legal protection in administrative law”, *The Principle of Effective Legal Protection in Administrative Law: A European Comparison* (eds. Z. Szente, K. Lachmayer), Routledge, New York 2017, 5.

⁷¹⁶ Felix Steffek *et al.*, “Guide for Regulating Dispute Resolution (GRDR): Principles and Comments” *Regulating Dispute Resolution: ADR and Access to Justice at Crossroads* (eds. F. Steffek, H. Unberath), Hart Publishing, Oxford – Portland 2013, 18–21.

⁷¹⁷ *Ibid.*, 15.

⁷¹⁸ N. Neslund, 218–219.

⁷¹⁹ Recommendation Rec(2001)9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties (у даљем тексту цитирано као: Rec(2001)9), Adopted by the Committee of Ministers on 5 September 2001 at the 762nd meeting of the Ministers’ Deputies, доступно на: <https://rm.coe.int/16805e2b59>, 16. фебруар 2022.

је пронаћи одговарајућу равнотежу између начела транспарентности и поверљивости, односно тајности. Најзад, пето, обезбедити да се донете одлуке о исходу спора (арбитражне одлуке; оне донете у поступку медијације, преговора и сл.) извршавају.⁷²⁰

На другој равни је избор који имају странке у спору, да од постојећих механизма изаберу оптимални, имајући у виду потребу да заштите своја права и/или интересе. Предуслов за то су благовремене и потпуне информације о карактеристикама одређених механизма, као и ниски трансакциони трошкови.⁷²¹ Такође, указује се на то да би у случају да између странака не постоји консензус о одабиру одређеног механизма, правни систем требало да обезбеди одговарајуће решење.⁷²²

Генерално гледано, ниједан механизам – традиционални или алтернативни – није *a priori* бољи или лошији од других. Сваки има своје предности и мане. Међутим, одређени механизми могу да буду мање или више адекватни за одређену врсту спорова.⁷²³ Из тог разлога, постоји могућност да се за одређене спорове, посебно оне у којима су ангажовани интереси трећих лица или јавни интереси предвиди као обавезан одређени механизам, односно да се забрани прибегавање другим – обично алтернативним – механизмима решавања спорова.⁷²⁴ Стога ћемо се у редовима који следе најпре осврнути на специфичности спорова из управних уговора, што ће нам касније омогућити да кроз ту призму сагледамо и појединачне механизме њиховог решавања.

2.1 Специфичност спорова из управних уговора

У чему се огледа деликатност спорова до којих може доћи у различитим фазама „животног циклуса“ управног уговора?

Прво, реч је о тзв. „полицентричним“ споровима у којима су потенцијално тангирана права и/или правни интереси већег броја субјеката. Наиме, поступку доделе управних уговора најчешће претходи неки облик јавног позива за упућивање понуда, чиме се круг претендента на уговор проширује, па самим тим и могућност настанка спора у вези са поступком доделе уговора. Осим тога, дејства управног уговора након његовог закључења „премашују однос *inter partes*, рефлектујући се у јавноправном огледалу,⁷²⁵ што значи да су поред интереса уговорних страна, уплетени и интереси лица на која ће тај уговор директно или индиректно утицати као што су, примера ради, корисници услуге јавног превоза која је предмет уговора. Приступ спречавању и решавању таквих спорова треба да узме у обзир и „помири“ све те различите интересе.

Друго и у вези са претходним, за разлику од класичних уговора грађанског права између два приватноправна субјекта, код управних уговора, поред поменутих и бројних приватних, укључен је и јавни интерес. Штавише, сматрамо да је концепт јавног интереса инхерентан самој суштини института управних уговора, било да то експлицитно или имплицитно произлази из релевантног нормативног оквира. Разлог видимо у томе што је једна уговорна страна орган јавне власти, због тога што су приликом сложеног поступка одабира приватног саговорача ангажована јавна средства и што, како смо претходно видели, дејство закљученог управног уговора у највећем броју случајева превазилази уговорне стране.

⁷²⁰ Прилог Rec(2001)9, I (3) (ii).

⁷²¹ F. Steffek *et al*, 21.

⁷²² *Ibid.*

⁷²³ *Ibid.*, 15.

⁷²⁴ *Ibid.*, 22.

⁷²⁵ Зоран Томић, „Правна природа управних уговора“, *Правни живот*, 11-12/1993, 2139.

Поред тога што је вагање између различитих приватних и јавних интереса само по себи комплексан и деликатан задатак, додатни изазов представља променљивост садржине јавних интереса „у зависности од правног и политичког амбијента у којем се посматра, контекста и специфичних околности сваког појединачног случаја“.⁷²⁶ Додатни проблем лежи у томе што прописи неретко не садрже ближе смернице за препознавање појавних облика и евентуалне „угрожености“ јавног интереса у конкретном случају, чиме се терет пребацује са законодавца на органе управе и друге надлежне органе. Тиме не само да се доприноси комплексности решавања спорова, већ се и продубљује правна несигурност.⁷²⁷ Овај проблем је додатно наглашен у системима у којима правна и политичка култура нису на високом нивоу и где је присутан висок степен корупције, тако да се под велом јавног интереса неретко крију интереси одређених (најчешће владајућих) политичких групација и мањег броја утицајних појединаца или привредних субјеката.

Треће, поменута испреплетаност политичких и економских интереса посебно је присутна код великих и стратешки важних инфраструктурних пројеката који могу бити предмет управних уговора. Тиме у случају спора расте не само „тензија“ између различитих ангажованих интереса, већ и вредност спора. Тако, у појединим случајевима спорови из таквих управних уговора могу достићи вишемилионске износе.⁷²⁸

Четврто, код комплексних уговора који за предмет имају велике инфраструктурне пројекте који се јављају у виду различитих варијација уговора о ЈПП или концесијама, готово увек поред уговора између надлежног органа јавне власти и приватног партнера који чини окосницу предметног пројекта, постоји и читав низ других уговора (са подизвођачима, финансијским институцијама, корисницима и др.) који заједно чине једну мрежу уговорних и других правних односа између свих тих различитих субјеката.⁷²⁹ Последично, нормативни оквир државе домаћина треба да узме у обзир све те различите односе и прилагоди доступне механизме решавања спорова природи односа, уговорних страна и предмету спора.⁷³⁰

Надаље, пето, сложеност уговорног циклуса који обухвата различите фазе од планирања, преко јавног оглашавања намере о додели уговора и његовог закључења, све до његове реализације, отвара и бројне могућности за настанак спорова у свакој од тих фаза. Тако, поред могућности да неуспешни претенденти на управни уговор (када се додељује на основу јавног позива/расписивањем тендера) истакну да су у поступку одабира приватног саговорача прекршена прописана правила, до спорова често долази након закључења уговора, односно у вези са повредом уговорних одредаба, приликом извршења уговора и имплементације пројекта, као и у вези са окончањем уговореног пројекта.⁷³¹ Код дугорочних управних уговора, ризик од настанка спора додатно расте.

⁷²⁶ Бојана Тодоровић, „Вагање између заштите јавног интереса и права на заштиту података о личности – Примена европских стандарда у праву Републике Србије“, *Идентитетски преображај Србије – Прилози пројекту 2017 – Колективна монографија* (ур. Р. Васић, Б. Чучковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 96–97.

⁷²⁷ Више о сложености и (не)одређености појма јавног интереса и европских стандарда одмеравања интереса, вид. *Ibid.*, 91–97 и 97–108.

⁷²⁸ UNCITRAL, *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects* (у даљем тексту цитиран као: UNCITRAL Legislative Guide PFI), UN, New York 2001, 66.

⁷²⁹ *Ibid.*, 173.

⁷³⁰ *Ibid.*

⁷³¹ *Ibid.*, 175.

Шесто, решавање спорова у разумном року једно је од гаранција правне сигурности и европских правних тековина.⁷³² Ипак, временска димензија решавања спорова из управних уговора посебно је значајна због чињенице да би извршењем уговора за који се накнадно испостави да није био правно ваљан правна заштита могла да буде обесмишљена, а накнада штете често није довољна/адекватна компензација. Осим тога, правовремено реаговање онемогућава да се неповољно утиче на реализацију предмета уговора који често подразумева пружање неке јавне услуге или реализацију јавних радова, услед чега „штету“ трпе и крајњи корисници.⁷³³ Потреба за брзим решавањем спорова препозната је и од европског законодавца и нашла је своје место у директивама које уређују ову материју (вид. друго поглавље четврте главе).

Седмо, у другој глави дисертације видели смо да правни режим управних уговора није у свим правним системима једнообразан. Напротив, у појединим државама (као што су Немачка и Србија) он зависи од конкретног уговора, а, чак и у погледу истих уговора, правни режим је неретко мешовит и садржи елементе јавног (управног) и приватног (облигационог) права. У тзв. граничним случајевима у којима се исти уговор може квалификовати и као управни (у ужем смислу речи) и као грађански, на терену решавања спорова може доћи до недоумица око правног пута којим овлашћени субјекти могу да иду како би заштитили/остварили своја права и правне интересе, па самим тим и значајне правне несигурности.

Осмо, шареноликост сектора у којима се управни уговори закључују, чине ову материју мултидисциплинарном и сложеном. Орган у чију надлежност је стављено решавање спорова из ових уговора мора не само да балансира између логике јавног и приватног права, већ и да буде опремљен уско стручним, неретко веома техничким знањем које превазилази оквире права и залази у друге друштвене, природне и/или техничке науке.

Најзад, девето, у данашње време су као последица интензитета међународне трговине управни уговори закључени између јавно-правног ентитета једне државе, са приватним субјектом који има држављанство неке друге државе, постали не само уобичајени, већ и учестали. То доводи до уплива спољних утицаја (европских или међународно-правних норми) на домаћи правни режим управних уговора, што је посебно видљиво на терену решавања спорова.⁷³⁴

Имајући у виду претходно речено, постаје јасно да је проналажење оптималног начина решавања спорова из управних уговора не само сложен и изазован задатак, већ и императив са аспекта обезбеђивања и заштите правне сигурности и реализације ангажованих јавних и приватних интереса. У смерницама Комисије Уједињених нација

⁷³² Реч је о стандарду који произлази из чл. 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (ЕКЉП), донете под окриљем Савета Европе. Захтев за окончањем судског поступка пред националним судом у „разумном року“ има за циљ да обезбеди ефикасност и економичност националних судских поступака, чиме се не само остварује правичност и заштита индивидуалних слобода и права, већ и кредибилитет суда и правосудног система уопште. Стога је обавеза држава које су потписале (и ратификовале) ЕКЉП, да свој правосудни систем организују на начин који ће обезбедити реализацију овог захтева у пракси. European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (civil limb)*, Updated to 31 August 2021, 96, 98.

⁷³³ UNCITRAL Legislative Guide PFI, 175.

⁷³⁴ Вид. нпр. Romélien Colavitti, “Principes régissant le recours à l’arbitrage en matière des contrats publics”, *Les principes des contrats publics en Europe/Principles of public contracts in Europe* (dir./eds. S. de la Rosa, P. Valcárcel Fernandez), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2022, 580, 586 ; Stephan W. Schill “Contracting with Foreigners: International Investment Law Implications”, *Droit comparé des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels, 2010, 63–79; Stephan Schill, “The Impact of International Investment Law on Public Contracts”, *Transnational Law of Public Contracts* (eds. M. Audit, S. W. Schill), Bruylant, Brussels 2016, 231–258.

за међународно трговинско право (у даљем тексту: УНЦИТРАЛ)⁷³⁵ за изградњу законодавног оквира ради имплементације и реализације инфраструктурних пројеката финансираних од приватних субјеката, као један од императива наведен је одговарајуће уређен механизам предупредивања будућих и решавања насталих спорова. Да би приватни субјекти уопште разматрали да уђу у уговорни однос са органима управе и другим вршиоцима јавних овлашћења, потребно је да им се обезбеди повољна улагачка клима, од којих су стабилност правног система и нормативна и практична доступност, али и ефикасност правне заштите међу најважнијим факторима.⁷³⁶ Осим тога, потребно је обезбедити помирење наизглед контрадикторних захтева. Наиме, уговорни и пословни односи налажу да и поступак решавања спорова буде у складу са начелом поверљивости, док јавни интереси и генерално делатност органа управе и других субјеката који врше јавна овлашћења као предуслов имају транспарентност. Штавише, потребно је успоставити механизме који ће избећи „ескалацију неспоразума између страна (јавног и приватног сауговорача – Б.Т.) и очување пословних односа; предупредити прекид грађевинских радова или пружања услуга“ и који су „прилагођени посебним карактеристикама спорова који могу настати“.⁷³⁷

На крају, треба имати у виду и чињеницу да за разлику од „чистих“ грађанскоправних односа, на терену управних уговора уговорне стране често немају истоветну слободу приликом одабира механизма решавања спорова. Наиме, у појединим правним системима, од природе управних уговора и/или предмета спора, као и чињенице да је једна уговорна страна орган јавне власти, постоје значајна ограничења у погледу доступности појединих (ван)правних механизма решавања спорова.⁷³⁸

3. АЛТЕРНАТИВНО РЕШАВАЊЕ СПОРОВА

3.1 Појам, обележја и типологија алтернативних механизма решавања спорова

Различити видови „мирног“ решавања спорова путем посредовања, преговарања и сл. постојали су у готово свим друштвеним заједницама, још од најранијег доба.⁷³⁹ Међутим, кованица алтернативно решавање спорова (енг. *Alternative Dispute Resolution*; у даљем тексту: алтернативни механизми или ADR) потекла је из САД-а, у контексту дуготрајних и неефикасних грађанских судских поступака 60-их година прошлог века.⁷⁴⁰ Одатле се проширују на остатак света, а посебан утицај извршен је на терену међународне трговине.⁷⁴¹ Како Станивуковић истиче, томе у великој мери доприноси и отварање међународног тржишта ка земљама Далеког истока, где правна и пословна култура намећу да пре отпочињања судских поступака, стране у спору покушају своје несугласице да реше мирним путем, преговарањем или мирењем (концилијацијом), у циљу очувања добрих пословних односа.⁷⁴² Дакле, идеја је била да

⁷³⁵ Више о овом телу, доступно на: United Nations Commission On International Trade Law, <https://uncitral.un.org/>, 16. август 2022.

⁷³⁶ UNCITRAL Legislative Guide PFI, 173–175.

⁷³⁷ *Ibid.*, 174.

⁷³⁸ *Ibid.*, 175.

⁷³⁹ Детаљно о историјском развоју алтернативних механизма решавања спорова: Jerome T. Barrett, Joseph P. Barrett, *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural, and Social Movement*, Jossey-Bass, San Francisco 2004.

⁷⁴⁰ Како истиче Станивуковић, „[у] САД су алтернативни начини решавања спорова постали посебно популарни због изузетно скупог, дуготрајног и формалног грађанског судског поступка који странкама у трговинским споровима не пружа задовољавајућа решења“, Маја Станивуковић, *Међународна арбитража*, Службени гласник РС, Београд 2013, 31.

⁷⁴¹ *Ibid.*, 32.

⁷⁴² *Ibid.*

се странкама у спору – иницијално у грађанским/приватноправним стварима – понуди алтернатива решавању спорова. Ови разнородни (ван)правни механизми су пустили корене у различитим областима права и у појединим случајевима представљају или доминантан начин решавања спорова или предуслов за иницирање судских поступака.

Не постоји јединствена дефиниција алтернативних механизма, као ни консензус око њихове типологије. Према дефиницији коју нуди *Black's Law Dictionary*, алтернативно решавање спорова представља „процедуру за решавање спора другим средствима у односу на суђење, као што су арбитража или медијација“.⁷⁴³ Кнежевић и Павић, алтернативно решавање спорова одређују као „сваки поступак усмерен на решавање конфликта између група или појединаца постизањем споразума (уговора) самостално, или уз помоћ треће, неутралне особе“, укључујући арбитражу.⁷⁴⁴ Исти аутори (фокусирајући се на приватноправне спорове), овом категоријом механизма обухватају (само *exempli causa*) „директне преговоре и медијацију, пресуђивање од стране трећег лица које нема јавни ауторитет, није орган државне власти (обухвата: разна специјализована тела, одборе и арбитраже) и присилне надправне одлуке и акције (обухвата: ненасилне директне акције и употребу силе као метод за решавање сукоба).“⁷⁴⁵ Разуме се, за потребе нашег предмета истраживања, потоња категорија механизма није релевантна, те се на њу нећемо даље освртати.

Занимљиво је појашњење појма *алтернативни* у контексту ADR метода, који дају Кнежевић и Павић. Наиме, ова двојица аутора указују на потребу релативизације улоге судова у пружању правне заштите или како кажу, у вршењу *правозащитне* функције (која при томе, не подразумева њено негирање или умањивање). Готово еснафски положај правне струке, за последицу је имао преувеличавање улоге државе и њеног правозащитног система, оличеног у судском апарату, у животу појединца. Овај „егоцентризам“ условио је да судско решавање спорова буде квалификовано као примарни механизам, док су сви остали приступи (макар му и историјски претходили) – *алтернативни*.⁷⁴⁶ Међутим, како даље истичу ови аутори, исправније би било посматрати све механизме или приступе решавању спорова, укључујући и адјудикацију (суђење) – само различитим алтернативама јер „све имају исту функцију – решити сукоб, те тиме очувати мир и смањити социјалне тензије“, због чега закључују да су „[с]ве алтернативе (су) појаве истог нивоа важности и вредности и у реалном и у научном свету“.⁷⁴⁷

С друге стране, има аутора који арбитражу не сврставају у ову категорију, посматрајући је као „приватно суђење“.⁷⁴⁸ Такође, поред „чистих“ облика, постоје и тзв. „хибридни“ или мешовити механизми, који обједињују два или више појединачних механизма, као што су нпр. арбитража и медијација (енг. *arb-med*), концилијацију (мирење) и арбитражу и др.⁷⁴⁹

Прибегавање (појединим) алтернативним механизмима може да буде прописано као могућност или обавезан процесни корак, пре отпочињања судског поступка. Осим тога, уколико позитивно право то допушта, правни основ може да представља уговор између појединаца, али и органа управе/носилаца јавних овлашћења и приватних субјеката, односно клаузула о решавању спорова из таквог уговора. При томе, упоредно право и пракса познају и тзв. „вишестепене“ одредбе о решавању спорова,

⁷⁴³ *Black's Law Dictionary*, 91.

⁷⁴⁴ Г. Кнежевић, В. Павић, 188.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, 192.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, 188–189.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, 190.

⁷⁴⁸ М. Станивуковић (2013), 31.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, 34–35.

које установљавају редослед прибегавања појединим механизмима (енгл. *multi-tiered* или *multi-step dispute resolution clauses*).⁷⁵⁰ Тако, могуће је предвидети да пре прибегавања арбитражном решавању спорова, стране најпре треба да покушају да реше спор мирним путем (нпр. концилијацијом). У том случају је, како истиче Станивуковић „веома (је) важно да се у клаузули о решавању спорова јасно одреди међусобни однос различитих начина решавања спорова ако се они већ међусобно комбинују,“ како би се избегли додатни спорови.⁷⁵¹

Већина аутора описује алтернативне механизме (независно од тога колико је широко и свеобухватно схваћен овај појам) на основу неких заједничких карактеристика и/или разграничењем у односу на судско решавање спорова, које се сматра традиционалним механизмом. Тако, упркос њиховој разноликости, могуће је издвојити одређена обележја или карактеристике, које су заједничке свим (или барем већини) алтернативних механизма. Једно од кључних обележја (већине) алтернативних механизма (схваћених као алтернатива судском поступку), јесте чињеница да „извор овлашћења“ или „мандат“ онога ко спор решава и одлучује (било да су у питању саме стране у спору или треће лице) лежи у вољи странака израженој у правно (не)обавезујућем споразуму или на други одговарајући начин.⁷⁵² С тим у вези је блиско повезана добровољност оваквог начина решавања спорова, која се најчешће исказује закључивањем (посебног) споразума између страна у спору који у одређеним случајевима може привремено или у потпуности/трајно да искључи надлежност судова.⁷⁵³ Добровољност или аутономија воље се огледа како у одабиру механизма за конкретан спор (настали или будући), опредељивање за поступак, односно правила поступка разрешења спора (тзв. процесна аутономија) и утицај на исход спора, као и да ли ће се (уз изузетак арбитраже где су одлуке обавезујуће) поступити у складу са договореним/препорученим.⁷⁵⁴

Ипак, ово обележје не треба схватити апсолутно, с обзиром на то да је у многим правним системима прибегавање неком од видова мирног решавања спорова пре отпочињања судског (или арбитражног) поступка обавеза страна у спору, чије непоштовање може довести до одбацивања тужбе као недопуштене. Осим тога, у појединим државама се сужава процесна аутономија странака, тиме што се прописују (углавном не исувише детаљно) правила поступка и код алтернативних механизма.

Још једно важно обележје је учешће у поступку трећег, независног и неутралног лица које, у зависности од конкретног механизма, у већој или мањој мери утиче на исход поступка.⁷⁵⁵ Како истиче Станивуковић, по последњој карактеристици, ови механизми се разликују од обичних преговора иако им је циљ истоветан и подразумева постизање компромисног решења, односно поравнања између страна.⁷⁵⁶ И овој карактеристици се може упутити замерка, будући да учешће трећег лица није свуда норма. Тако, закључивање поравнања између органа управе и странке (какво постоји у француском и немачком праву, в. пету главу) сматра се алтернативним механизмом у којем не учествује треће лице.

⁷⁵⁰ *Ibid.*

⁷⁵¹ *Ibid.*

⁷⁵² Г. Кнежевић, В. Павић, 191.

⁷⁵³ М. Станивуковић (2013), 33.

⁷⁵⁴ Г. Кнежевић, В. Павић, 207.

⁷⁵⁵ М. Станивуковић (2013), 33.

⁷⁵⁶ Станивуковић указује на то да се „[а]лтернативни начини решавања спорова разликују (се) од обичних преговора (енгл. *negotiations*) уговорних страна, по томе што у њима учествује треће неутрално лице. У оба случаја, циљ је постизање поравнања, најчешће давањем узајамних уступака“, *Ibid.*

Поред ових, у правној литератури се као типична обележја алтернативних механизма решавања спорова (насупротив суђењу) истичу и *флексибилност* и *креативност* у погледу приступа решавању спора и решењима истог (као последица поменуте аутономије воље), затим *економичност* (уштеде у времену и новцу), окренутост ка реализацији укључених *интереса*, уместо чисто правних питања, *поверљивост* самог поступка и донетих одлука, као и примена *менаџерских способности* приликом решавања спорова.⁷⁵⁷

Оно што је сигурно, је да би се тешко могла издвојити обележја својствена баш свим алтернативним механизмима. Одступања постоје и између самих механизма, као и у њиховим модалитетима у националним правним оквирима. Осим тога, реч је о живој материји која се константно развија, тако да није могуће ни установити јединствену типологију. Имајући претходно речено у виду, нама се чини да би се за алтернативне механизме могло рећи да су свакако *флексибилнији* од судског решавања спорова – неки више, неки мање. При томе, ова флексибилност се односи како на утицај самих странака на одабир форума за решавање спор(ов)а и поступак пред њим, тако и на приступ трећег лица (када га има). С тим у вези је и већа *отвореност* (али и потреба) *ка поседовању знања и вештина које превазилазе правну струку* – од поменутих менаџерских способности, ту би се могле додати и вештине преговарања, технике које нуди психологија, затим уско стручна знања (техничка и др.) из друштвене области у којој је спор настао и сл. Дакле, многи алтернативни механизми почивају на свести о томе да су међуљудски односи, макар они били правно обликовани, изузетно комплексни и да је право каткад немоћно или недовољно моћно да без помоћи других вештина и техника помогне решењу спора. Ту долазимо и до наредне карактеристике алтернативних механизма, која се тиче *холистичког приступа* спору. За разлику од судских овлашћења која су ограничена тужбеним захтевом и фокусирана на тачно одређена правна питања, код алтернативних метода је могуће сагледати целокупан правни однос из којег је спор настао, односно у веома раној фази увидети да постоји проблем и благовремено га санирати, пре него што ескалира. Најзад, алтернативни механизми омогућавају да се *допре до извора проблема/спора*, а не само да се санирају последице – што је главна одлика судског решавања спорова и судске заштите.

3.2 Алтернативно решавање спорова из управних уговора

Како је већ наговештено у уводним напоменама, спорови из управних уговора испољавају бројне особености које нису својствене споровима између приватних субјеката, услед чега постоји повећано интересовање државе да сузи аутономију воље уговорних страна (посебно јавно-правног сауговорача) приликом одабира механизма решавања спорова. Неретко се због специфичног положаја и улоге органа управе или другог органа јавне власти или вршиоца јавних овлашћења, као и јавних интереса који прожимају такав уговорни однос, овакви спорови стављају у искључиву надлежност државних судова (управних, грађанских или привредних).⁷⁵⁸

Осим тога, у стручној литератури се изражава бојазан да због исувише велике дискрепанције у односу снага, у споровима у којима је једна страна држава или неки други јавно-правни ентитет, а са друге приватни субјект, ADR механизми не би били довољно ефикасни и њихове предности не би могле да дођу до изражаја – посебно у погледу механизма тзв. мирног или пријатељског решавања спорова, који захтевају непосредан контакт и/или преговарање страна у спору.⁷⁵⁹ Ово је нарочито проблем у

⁷⁵⁷ Г. Кнежевић, В. Павић, 207–209.

⁷⁵⁸ UNCITRAL Legislative Guide PFI, 175–176.

⁷⁵⁹ Ana Jerosimić, *Alternative Dispute Resolution Mechanisms Cost/Benefit Analysis* (ed. J. Brooks), United Nations Development Programme (UNDP) Serbia, Belgrade 2013, 34–35.

државама у транзицији у којима постоји висок степен непоштовања судских одлука од стране органа јавне власти, корупције и других видова непоштовања правног поретка, односно инструмената спровођења јавних политика, услед чега је приликом разматрања увођења ADR механизма у национално законодавство, неопходно успоставити и механизме заштите посебно осетљивих појединаца и група.⁷⁶⁰

Ипак, чини се да постоји тренд све веће заинтересованости за примену алтернатива судским поступцима у предметним споровима, о чему сведочи растући број научних радова на ту тему.⁷⁶¹ Тако, Газивода указује на то да већина уговора између јавног и приватног партнера, у својим различитим облицима и модалитетима, због учесталости настанка спорова који су „скупог, дугог и неизвесног исхода“, уговарају вишестепену клаузулу о решавању спорова, где се предност даје механизмима мирног (пријатељског) решавања спорова, како би се очували добри пословни односи, а уговор (уколико је могуће) опстао.⁷⁶² Они најчешће подразумевају покушај да се непосредним преговорима изнађе решење „у доброј вери“. Од правовременог препознавања проблема и спремности обе стране да се ти проблеми и спорна питања реше, у великој мери зависи успех овог корака. У случају неуспеха, стране углавном ангажују треће, независно и неутрално лице које поседује одговарајуће експертско знање и око кога су се стране унапред договориле. Покретање арбитражног или судског поступка представља последњи корак, уколико претходни механизми „закажу“.⁷⁶³

Осим тога, у Препоруци 2001(9) СЕ се најпре указује на значај алтернативних механизма као што су медијација и концилијација за растерећење судова ради ефикаснијег функционисања судског апарата у пракси, у складу са захтевима из члана 6, став 1 ЕКЈП,⁷⁶⁴ као и за приближавање органа управе широј јавности.⁷⁶⁵ Посебно се наглашава да предност ових разнородних механизма у односу на судски поступак лежи у њиховој флексибилности и поједностављењу процедура решавања спорова, затим у уштеди времена и трошкова, пријатељском разрешењу спора (значајном за очување добрих пословних односа), могућности да се спор реши од стране стручњака, узимајући у обзир и друге факторе као што су принципи правичности, а не само правне норме, као и шира дискрециона оцена органа и субјеката надлежних за решавање спорова.⁷⁶⁶

При томе, Препорука посебно истиче да судско решавање управних спорова представља „крајњу гаранцију за заштиту како појединачних права, тако и права управе“, због чега алтернативни механизми не би требало да онемогуће приступ суду (члан 11). Штавише, прибегивање алтернативним механизмима би требало да буде у складу са принципима *равноправности, непристрасности и једнакости страна* у

⁷⁶⁰ *Ibid.*

⁷⁶¹ Од радова монографског типа, вид. Dacian C. Dragos, Bogdana Neamtu (eds.), *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Springer-Verlag, Berlin – Heidelberg 2014. Чланци о примени алтернативних механизма решавања спорова у управном праву уопште: Alexander Balthasar, “Alternative Dispute Resolution in Administrative Law: A Major Step Forward to Enhance Citizens’ Satisfaction or Rather a Trojan Horse for the Rule of Law?”, *ELTE Law Journal*, 1/2018, 9–17; Чланци о одређеним врстама алтернативних механизма решавања управноправних спорова: Dejan Vučetić, “Is Mediation Viable in Administrative Matters?”, *Facta Universitatis, Series: Law and Politics*, Vol. 14, 4/2016, 495–504. Примена алтернативних механизма решавања спорова у одређеним секторима: Mihaela V. Carausan, “Alternative Dispute Resolution in Public Procurement Contracts – Administrative Law Boundaries”, *Valahia University Law Study*, Vol. XXXI, 1/2018, 19–36.

⁷⁶² J. Газивода, 541–543.

⁷⁶³ *Ibid.*, 541–544.

⁷⁶⁴ Чл. 3–5 Rec(2001)9.

⁷⁶⁵ Чл. 7 Rec(2001)9.

⁷⁶⁶ Чл. 8 Rec(2001)9.

спору (члан 12).⁷⁶⁷ Имајући претходно речено у виду, препоручује се државама чланицама СЕ да путем нормативних инструмената и кроз праксу, промовишу алтернативно решавање управних спорова, уз ослонац на примере добре праксе дате у Прилогу Препоруке (2001)9 СЕ.⁷⁶⁸

У Препоруци се надаље указује на то да поједини алтернативни механизми мирног или пријатељског решавања спорова (као што су медијација или мирење), могу да имају и значајну превентивну улогу, а не само накнадну, кад спор већ настане (I. 1 (iii)). Од посебног значаја за нашу тему је констатација изнета у Прилогу Препоруке, да су алтернативни механизми решавања спорова посебно погодни за поједине врсте спорова између органа управе и приватних субјеката, као пример наводећи спорове из *уговора*, као и спорове који се тичу *новчаних износа* (накнада штете и сл.).⁷⁶⁹ При томе, адекватност сваког појединог механизма за одређени спор се процењује од случаја до случаја.⁷⁷⁰

Прописи који регулишу те алтернативне механизме би, у складу са Препоруком (2001)9 СЕ, требало да задовоље следеће критеријуме:

1. пружање странкама неопходних информација у вези са приступом тим механизмима;
2. обезбеђење независности и непристрасности арбитра, медијатора и других овлашћених лица;
3. обезбеђење предуслова за фер поступак уз поштовање права странака и гаранцију заштите њихових права;
4. успостављање равнотеже између транспарентности и дискретности и
5. обезбеђење извршавања донетих одлука (арбитражне одлуке; оне донете у поступку медијације, преговора и сл.).

У Прилогу Препоруке (*Appendix*) дате су ближе смернице које законодавци могу да користе приликом нормирања ових механизма. Тако, *инстанциона контрола* заправо представља управну контролу управе од стране надлежних органа, која би требало да буде допуштена за све акте управе, а предмет контроле може да буде како целисходност, тако и законитост акта. У одређеним случајевима, могуће је предвидети ово као обавезан корак који претходи судској заштити (III (1)). Када је реч о *концилијацији и медијацији*, Препорука оставља простор да ове видове мирног решавања спорова иницирају учесници спора, од стране надлежног судије или да буду обавезни. У циљу изналагања решења, медијатор или концилијатор треба да има могућност да се састане и разговара како са сваким од учесника понаособ, тако и са свим учесницима заједно. Такође, требало би им дати овлашћење да „позову“ надлежни орган управе да уклони или модификује сопствени акт уколико је незаконит или нецелисходан (III (2)). У погледу *поравнања*, истакнуто је да органи управе не би смели да злоупотребе овај механизам тако да избегну своје законске обавезе, као и да овлашћена службена лица која преговарају у име органа управе морају да буду опремљени одговарајућим овлашћењима како би могли да закључе пуноважно поравнање (III (3)). Најзад, у погледу *арбитраже*, прописано је да би стране у спору требало да имају могућност да утичу на избор меродавног права и правила поступка, у законским границама. Осим тога, арбитрари би могли да буду овлашћени да доносе одлуку на основу правичности, а не само правних правила. Такође, арбитрари би требало да буду у могућности да преиспитају законитост акта као претходно питање у циљу

⁷⁶⁷ Чл. 12 Rec(2001)9.

⁷⁶⁸ Чл. 13 Rec(2001)9.

⁷⁶⁹ Прилог Rec(2001)9, I, 2(i).

⁷⁷⁰ Прилог Rec(2001)9, I, 2(ii).

доношења мериторне одлуке чак и ако нису овлашћени да одлучују о законитости акта у циљу његовог поништења (III (4)).

Препорука се такође осврће на питање односа између алтернативних механизма и судских поступака. Тако, инстанциона контрола, медијација, мирење и поравнање могу да се користе пре (као опција или нужни предуслов отпочињању) или током судских поступака, у потоњем случају по одлуци или препоруци суда/судије. Арбитража би требало да буде алтернатива судским поступцима, тако да их искључује. У свим случајевима би требало обезбедити адекватну судску заштиту, односно контролу тако донетих одлука.⁷⁷¹

3.3 Одабране врсте алтернативних механизма у контексту спорова из управних уговора

Препорука 2001(9) СЕ односи се на следеће алтернативне механизме: инстанциону контролу (енг. *internal review*), мирење/концилијацију (енг. *conciliation*) и медијацију (енг. *mediation*), поравнање (енг. *negotiated settlement*) и арбитражу (енг. *arbitration*), смештајући их у контекст спорова у којима је једна страна орган јавне власти и ближе одређујући њихов однос са судским поступцима.⁷⁷² У редовима који следе, с обзиром на то да се она управо односи на спорове који представљају предмет нашег истраживања, али и њихову заступљеност у правним системима који ће касније бити анализирани, определили смо се за то да се приликом детаљнијег сагледавања појединих алтернативних механизма у великој мери ослонимо на поменути класификацију. Ипак, од ње ћемо одступити двојачко. Најпре, нећемо се бавити „чистом“ управном контролом управе тј. инстанцијом контролом из најмање два разлога. Прво, слично као и у погледу судске заштите, административни апарат једне државе у свом организационом, материјалном и процесном смислу веома је уско повезан са историјским, политичким, економским и др. профилем њеног правног система, због чега се отежава (ако не у потпуности обесмишљава) апстракција/генерализација која се примењује у овој глави. Друго, остали механизми су много „занимљивији“ са аспекта нашег истраживања, будући да повлаче бројна питања (не)спојивости са споровима у којима је ангажован јавни интерес, односно у којима је једна страна орган јавне власти, а сматрамо да се управо на терену спорова из управних уговора отвара шири простор за њихову примену под окриљем управног (јавног) права.

Осим тога, због њихове заступљености у грађевинској индустрији, посебно када су у питању велики и сложени инфраструктурни пројекти (који су често засновани на управним уговорима), приказаћемо и два додатна, специјализована механизма – одлуку вештака (енг. *expert determination*) и одборе за спорове (енг. *dispute boards*).

3.3.1 Арбитража

У литератури се указује на то да су различити облици решавања спорова од стране трећег, непристрасног, лица које су стране у спору саме изабрале, постојали још у старом и средњем веку, али да установа арбитраже почиње да се развија и свој модерни облик поприма крајем XVIII и у првој половини XIX века.⁷⁷³

У поређењу са осталим алтернативним механизмима решавања спорова, арбитража је по својој логици и форми најближа судским поступцима. Један или више арбитра

⁷⁷¹ Прилог Rec(2001)9, II.

⁷⁷² Прилог Rec(2001)9, I (1) (ii).

⁷⁷³ М. Станивуковић (2013), 17–18.

(арбитражно „веће“, „трибунал“ или „суд“) игра улогу „судије“⁷⁷⁴ у спору и на крају доноси правно обавезујућу одлуку коју је могуће извршити. Основна разлика између арбитраже и судског поступка лежи у чињеници да стране у спору имају могућност избора арбит(а)ра, што представља уједно и предност и недостатак овог механизма. Наиме, тиме се истовремено обезбеђује „равнотежа снага“ у арбитражном поступку, али се рађа и ризик од тога да изабрани арбитри одлучују у корист оне стране која их је предложила (и која их вероватно и финансира) што (може да) утиче на објективност и непристрасност арбитражног поступка. С друге стране, на тај начин се отвара могућност да се арбитри бирају из редова стручњака за поједине области, чиме се обезбеђује неопходна специјализација која је битан услов ефикасног решавања спорова у којима је, осим правничког знања потребно познавати и друге дисциплине, као што су неретко спорови у вези са различитим управним уговорима.

Остале одлике арбитраже као механизма вансудског решавања спорова, које уједно представљају и њену *differentia specifica* у односу на друге алтернативне механизме, обухватају:

1) *консензуалну природу арбитраже*: арбитража се заснива вољом странака, чији је правни основ арбитражни споразум. Овај споразум може да буде закључен у виду *арбитражне клаузуле* (одредбе о арбитражном решавању спорова у самом уговору) или као посебан уговор, односно *самостални арбитражни споразум*. У првом случају, странке се договарају да своје будуће спорове подвргну арбитражи, док у другом случају то могу учинити и у вези са будућим, али и већ насталим споровима. Арбитражним споразумом се дефинише надлежност арбитражног суда/арбитра и она је, по природи ствари, ограничена.⁷⁷⁵

2) *Искључење надлежности државних судова*: арбитражни споразум, по правилу, искључује надлежност државних судова да решавају предметни спор у погледу ког је арбитража предвиђена/уговорена.⁷⁷⁶ Ипак, државни судови неретко задржавају (негде мање, негде више значајну) помоћну улогу, ради регулисања питања која нису предвиђена споразумом странака, као што је нпр. конституисање арбитражног суда, извођења доказа и сл. као и у погледу признања и извршења страних арбитражних одлука. Осим тога, постоје одређени изузеци у области међународне инвестиционе арбитраже, о чему ће бити више речи у наредном одељку.

3) *Приватну природу*: арбитража се често назива и „приватним суђењем“, будући да арбитражна већа нису државне институције. Напротив, бирају их стране у спору, а оне и финансирају њихов рад.⁷⁷⁷

4) *Обавезност арбитражне одлуке*: ова карактеристика арбитраже подразумева да су арбитражне одлуке обавезне за стране у спору и да се могу принудно извршити, чиме се приближавају судским одлукама, насупрот већини осталих алтернативних механизма решавања спорова.⁷⁷⁸

5) *Начелну једноступеност*: по правилу, против арбитражне одлуке није могуће изјавити жалбу или друго правно средство. Међутим, и овде постоје (ретки)

⁷⁷⁴ „На основу споразума конституише се тело независно од странака – арбитражни суд (енгл. *arbitral tribunal*, франц. *le tribunal arbitral*) – које добија задатак да реши спор. Тај суд чине лица која називамо арбитрима (енгл. *arbitrators*, франц. *les arbitres*)“, *Ibid.*, 18.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, 20.

⁷⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷⁷ *Ibid.*, 18–19.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, 19.

изузети. Тако, а) могуће је од државног суда, тужбом, тражити поништај арбитражне одлуке из уског и тачно одређеног круга разлога, који се „могу свести на ненадлежност и грубе повреде јавног поретка“⁷⁷⁹ и б) у одређеним случајевима може да се предвиди право на иницирање уклањања из правног поретка (поништењем или укидањем) одлуке пред вишим арбитражним телом унутар исте арбитражне институције.⁷⁸⁰

б) *Привремени карактер*: за разлику од државног правосуђа које постоји и након решавања спорова, арбитражни суд престаје са радом доношењем обавезујуће арбитражне одлуке.⁷⁸¹

Међу основним предностима арбитражног у односу на судско решавање спорова, издвајају се следећа обележја арбитраже: 1) могућност извршења обавезујућих арбитражних одлука, чак и у другим државама;⁷⁸² 2) већа стручност арбитра у односу на националне судије за решавање спорова из појединих области, а посебно када се спорови тичу међународних пословних односа; 3) могућност да у споровима са иностраним елементом, страна физичка или правна лица заобиђу јурисдикцију националних судова у које можда немају поверења да ће бити довољно непристрасни или не познају службени језик суда, па би тиме уштедели на трошковима превода и др. и 4) брже окончање арбитражног поступка, као последица поменуте једноступености.⁷⁸³

Последња „предност“ уједно представља и највећи недостатак арбитраже, будући да се на тај начин умањује степен правне заштите. Осим тога, отварање/проширење простора за преиспитивање арбитражних одлука (од виших арбитражних инстанци или државног правосуђа), допринело би уједначењу арбитражне праксе што би, последично, унапредило правну сигурност и извесност у погледу исхода спора. Ово је посебно важно у споровима у којима је „уплетен“ јавни интерес. Надаље, међу недостацима арбитраже у литератури се наводе и високи трошкови, односно цена услуге арбитраже. Наиме, арбитражни суд (чланови арбитражног већа), па и читав поступак пада на терет странака. Осим што представља финансијско оптерећење и обесмишљава један од аргумената за тражење алтернативе дуготрајним и скупим судским поступцима, ова чињеница уједно отвара простор за злоупотребе и ствара сумњу у независност и непристрасност арбитра. Такође, арбитражи не морају нужно да буду правници, што истовремено може да буде и предност и мана арбитражног решавања спорова. Недовољна транспарентност, односно поверљивост као једна од основних премиса арбитраже, која се огледа у затворености поступка за (ширу) јавност и необјављивање арбитражних одлука (доследно спроведена у трговинским споровима, а у скорије време ублажена у улагачким споровима), представља још једну ману овог механизма. Најзад, у литератури се као један од недостатака истиче и да су „*правила арбитражног поступка (су) рудиментарна и често не садрже решења за одређене процесне ситуације које се могу појавити у сложенијим споровима.*“⁷⁸⁴

У теорији постоје различите класификације арбитраже, у зависности од критеријума који се посматра. Према територијалном критеријуму (месту арбитраже), разликују се *домаћа* од *(ино)стране арбитраже*. За државу на чијој територији се спроводи арбитражни поступак, реч је о домаћој арбитражи, а донета одлука је домаћа арбитражна одлука. За све остале државе, то ће бити инострана арбитража/арбитражна

⁷⁷⁹ *Ibid.*, 20.

⁷⁸⁰ *Ibid.*, 19–20.

⁷⁸¹ *Ibid.*, 20.

⁷⁸² *Ibid.*, 29.

⁷⁸³ *Ibid.*, 29–30.

⁷⁸⁴ *Ibid.*

одлука. Ова подела у великој мери опредељује меродавно право за арбитражу и извршење арбитражне одлуке.⁷⁸⁵

Подела на *унутрашњу* и *међународну арбитражу*, извршена је у зависности од природе спора. У случају постојања иностраног елемента (стране у спору су из различитих држава или се арбитражна одлука извршава у иностранству), реч је о међународној арбитражи. У недостатку иностраног елемента, арбитража ће бити унутрашња. Као и код претходне поделе, и ова подела је од утицаја на правни режим којим ће арбитража бити подвргнута.⁷⁸⁶

Према странкама које учествују у арбитражи, међународна арбитража може даље да се подели на *арбитражу између држава*, *између појединаца* и, најзад, на *арбитражу између државе* (или другог јавноправног ентитета) и *приватноправних субјеката* (физичких или правних лица).⁷⁸⁷ Ова последња врста је најзаступљенија у материји права страних улагања и истовремено најрелевантнија за предмет ове дисертације.⁷⁸⁸

Најзад, неопходно је поменути и поделу на *ad hoc* и *институционалну арбитражу*. Док се прве конституишу само за одређени спор („за решење једног случаја“)⁷⁸⁹, након чега „престаје да постоји и правно и организационо“, институционалне арбитраже имају своју „сталну организациону структуру, техничке услове и правила поступка“.⁷⁹⁰ Пример таквих институција су Међународни арбитражни суд (енг. *International Court of Arbitration*) при Међународној трговинској комори (енг. *International Chamber of Commerce – ICC*) или Међународни центар за решавање улагачких спорова (енг. *International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)* – у даљем тексту: Међународни центар или ICSID центар)⁷⁹¹ основан под окриљем Светске банке. Иако ове институције имају веома значајну улогу у пружању административно-техничке подршке, вођењу листе квалификованих арбитрара које је могуће ангажовати и других важних услуга, оне саме се не баве решавањем конкретних спорова.⁷⁹²

3.3.1.1 Арбитрабилност спорова из управних уговора

Арбитрабилност одређеног спора означава његову подобност да буде подвргнут арбитражи.⁷⁹³ Уопштено речено, арбитрабилност као један од најважнијих института

⁷⁸⁵ *Ibid.*, 23.

⁷⁸⁶ Станивуковић указује на разлике које постоје између држава, у погледу регулисања овог питања. Наиме, постоје државе које су предвиделе јединствени правни режим за унутрашњу и међународну арбитражу, с тим да су поједине од њих поједина питања која се тичу потоње врсте уредиле нешто флексибилније. Насупрот томе стоје државе које су предвиделе различит правни режим. У том случају, пак, постоји проблем начина на који се дефинише међународна арбитража. Ауторка наводи два могућа критеријума – шири, објективни (предмет спора) и субјективни (припадност страна у спору). *Ibid.*, 23–25.

⁷⁸⁷ *Ibid.*, 25–29.

⁷⁸⁸ Како истиче Станивуковић, „[д]ок је арбитража између држава позната још од краја XVIII века, арбитража између појединаца и држава је појава новијег датума. За сада је ограничена на област правне заштите страних улагања. Отуда се често назива међународна инвестициона арбитража мада постоји могућност проширења и на друге области“, *Ibid.*, 25.

⁷⁸⁹ При томе, стране у спору саме одређују како арбитра/е, место арбитраже, као и правила поступка и друга техничка питања. Тибор Варади *et. al.*, *Међународно приватно право*, четрнаесто издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 575.

⁷⁹⁰ *Ibid.*, 575.

⁷⁹¹ International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (Washington Convention), done at Washington, 18 March 1965, entered into force, 14 October 1966, доступно на: <https://icsid.worldbank.org/>, 25. јун 2021.

⁷⁹² М. Станивуковић (2013), 22.

⁷⁹³ R. Colavitti, 581.

арбитражног права, представља „скуп општих ограничења којима се одређује допуштеност арбитраже“.⁷⁹⁴

Значај арбитрабилности огледа се, пре свега, у чињеници да је у питању један од услова пуноважности арбитражног споразума, као правног основа арбитраже и, самим тим, „правно ограничење аутономије воље уговорних страна“.⁷⁹⁵ Практична последица арбитражног решавања неарбитрабилног спора може да буде поништај арбитражне одлуке донете у том спору или немогућност њеног извршења.⁷⁹⁶ Кнежевић, осим тога, указује на један шири правно-политички значај овог института. Наиме, према томе колико се широко или рестриктивно дефинише арбитрабилност, може се стећи увид у однос једне државе и њеног правног система према арбитражи као механизму решавања спорова. Другим речима, опсег арбитрабилности „одређује када је дозвољено вршење правосудне делатности путем недржавних органа“.⁷⁹⁷ У одређеном смислу, државе на тај начин балансирају између принципа суверености и аутономије воље.

Арбитрабилност представља флуидан институт који у различитим правним системима, али и доктринарним поставкама, поприма различите облике. Последично, бројне су теоријске класификације арбитрабилности, извршене у зависности од различитих критеријума.⁷⁹⁸ За потребе наше теме, релевантна је подела извршена према, с једне стране, објективном или материјалном и, с друге, према субјективном или органском критеријуму.

Први случај или арбитрабилност *ratione materiae*, односи се на природу спора. Другим речима, спор је арбитрабилан уколико је „*такве природе, да по меродавном праву може да се решава пред арбитражом*“.⁷⁹⁹ У стручној литератури се истиче да је сврха овог приступа да се „одреди круг субјективних права за чију заштиту може бити изузето државно судство и уговорена арбитража“, а да се као основни критеријум ограничења арбитрабилности узима „својство предмета спора“.⁸⁰⁰ Приступи омеђења арбитрабилности према овом критеријуму варирају, али Кнежевић као најчесталији наводи систем генералне клаузуле (који подразумева да се као арбитрабилни наводе сви спорови у којима нпр. странке могу слободно да располажу захтевима или у којима могу закључити поравнање), да би се потом различитим корективним механизмима (нпр. прописивањем искључиве надлежности домаћих судова за одређене категорије спорова) поједини спорови одредили као неарбитрабилни.⁸⁰¹ Упоредна пракса показује да се као неарбитрабилни углавном одређују спорови из појединих области у којима је у значајнијој мери ангажован јавни интерес, као што су спорови из области права конкуренције, стечајног права, кривичног права, породичних односа, а у неким државама и из области права интелектуалне својине.⁸⁰² Такође, неретко је то случај и са споровима који произлазе или су у вези са одређеним уговорима које закључују држава и други јавноправни субјекти, посебно уколико су према унутрашњем праву поменути уговори квалификовани као управни уговори и подвргнути посебном, јавноправном режиму.⁸⁰³ Ипак, нешто касније ћемо видети да је управо у погледу ове

⁷⁹⁴ Марко Кнежевић, „О појму и значају арбитрабилности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, vol. 42, 1-2/2008, 875.

⁷⁹⁵ М. Станивуковић (2013), 101.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, 102.

⁷⁹⁷ М. Кнежевић, 887.

⁷⁹⁸ Детаљније о различитим врстама арбитрабилности: *Ibid.*, 875–885.

⁷⁹⁹ М. Станивуковић (2013), 101.

⁸⁰⁰ М. Кнежевић, 878.

⁸⁰¹ *Ibid.*, 879; М. Станивуковић (2013), 107.

⁸⁰² Његослав Јовић, „Арбитрабилност међународних спорова из области права интелектуалне својине – упоредноправна анализа“, *Право и привреда*, 7-9/2018, 89–92.

⁸⁰³ М. Станивуковић (2013), 107.

потође категорије спорова, арбитража самоувереније закорачила на терен јавноправних (управних) спорова.

С друге стране, субјективни услов или арбитрабилност *ratione personae*, подразумева способност странака да закључују арбитражне споразуме, односно да се подвргну арбитражи.⁸⁰⁴ Посебно осетљиво у том контексту јесте питање (не)способности јавноправних субјеката (државе и њених органа, регионалних или локалних органа, као и других јавноправних ентитета као што су јавне установе, предузећа и др.) да закључују пуноважне арбитражне споразуме. Штавише, својеврсни антагонизам управног права и арбитраже дуго је био последица управо начелне забране арбитражног решавања спорова у којима је једна страна јавноправни субјект. Ова забрана – апсолутна или релативна – у различитим правним системима успостављана је на вишеструке начине. Примера ради, прописивањем генералне забране установљене уставом (нпр. Италија и поједине латиноамеричке државе) односно законима (нпр. Боливија)⁸⁰⁵ или начелне забране слободног располагања предметом спора јавноправним субјектима.⁸⁰⁶ Осим тога, није редак случај да државе истичу да би решавање спорова из уговора чија је једна уговорна страна јавноправни субјект било у супротности са унутрашњим правним поретком или јавним политикама.⁸⁰⁷

Корене нетрпељивости управног (јавног) права према алтернативама судском поступку, а посебно „приватном правосуђу“ каква је арбитража, било кроз принцип неарбитрабилности свих спорова у којима је једна страна јавноправни субјект, било кроз прописивање искључиве надлежности националних судова за решавање спорова са израженим јавноправним елементом (укључујући ту и спорове из управних уговора), треба тражити у традиционалном схватању улоге државе у друштву и монопола државног правосуђа над контролом објективне законитости рада органа јавне власти, као одраза њене суверености али и цивилизацијског напретка.⁸⁰⁸ Посебно су по том питању (биле) ригидне државе у којима се издвојило посебно управно судство као неприкосновени заштитник јавних интереса – улога за коју се ниједан други орган или тело није сматрао компетентним. Осим тога, потреба савремених држава да акте и активности јавноправних субјеката подвргну одговарајућим правним правилима, као и захтевима транспарентног и рационалног трошења јавних средстава, у великој мери је неспојива са обележјима арбитражног поступка као флексибилног, приватног, поверљивог и неретко скупог механизма.⁸⁰⁹ Најзад, антагонизам према арбитражи на терену јавноправних спорова може бити и последица политичко-историјских фактора. Тако, почетком прошлог века многе државе у развоју виделе су арбитражу као продукт капитализма и као покушај (економског) неоколонијализма од

⁸⁰⁴ При томе, Станивуковић упозорава на то да питање (не)способности одређених субјеката да ступају у арбитражне споразуме не треба мешати са питањем да ли су такви спорови арбитрабилни. Практична последица ове разлике лежи у томе да се питање арбитрабилности предмета спора цени кроз призму националног права државе седишта арбитраже или државе у којој се тражи признање и извршење арбитражних одлука, док се питање подобности субјеката (обично јавног права) да спорове решавају арбитражом процењује по праву те државе. Ипак, ово ограничење *ratione personae* се неретко „изиграва“ тиме што се то питање „у многим државама третира као посебан аспект арбитрабилности, на који се онда примењује право меродавно за арбитрабилност – право седишта арбитраже и право државе признања“, *Ibid.*, 106, 108.

⁸⁰⁵ Simon Greenberg, “ICC Arbitration and Public Contracts: The ICC Court’s Experience of Arbitrations involving States and State Entities” *Contrats publics et arbitrage international* (ed. Mathias Audit), Bruylant, Bruxelles 2011, 21.

⁸⁰⁶ Маја Станивуковић, „Решавање спорова који проистичу из страних улагања“, *Правни живот*, 12/1997, 234.

⁸⁰⁷ S. Greenberg, 21.

⁸⁰⁸ *Ibid.*

⁸⁰⁹ R. Colavitti, 582.

стране западних, индустријских земаља.⁸¹⁰ Какви год да су у конкретном случају били разлози, чињеница је да је неарбитрабилност спорова са јавноправним елементом (органским или материјалним) дуго посматрана као принцип готово универзалног значаја,⁸¹¹ који до данас није у потпуности ишчезао.⁸¹²

Међутим, како примећује Патрикиос (*Patrikios*), „приватизовање⁸¹³ управног права и уплив управе у комерцијалне активности, поставило је питање арбитраже на нове основе“.⁸¹⁴ У последњих неколико деценија приметан је пораст интеракције јавног и приватног сектора у различитим сферама, као и њихових различитих уговорних аранжмана и, последично, спорова који из тих аранжмана произлазе.⁸¹⁵ Томе је посебно допринела глобализација међународне трговине и пораст страних улагања – посебно у државе у развоју. С обзиром на то да се страна улагања неретко заснивају на (управном) уговору⁸¹⁶ између државе или другог јавноправног ентитета и страног физичког или правног лица, прописивање искључиве надлежности домаћих судова у споровима до којих може доћи у таквим случајевима постало је економски неисплативо. Наиме, страни улагачи су неретко подозриви према (не)пристрасности правосудног апарата државе у коју улажу, тако да искључива надлежност националних судова има одвраћајући ефекат на њих, посебно због чињенице да је реч о комплексним и дугорочним уговорним аранжманима између суштински неравноправних субјеката.⁸¹⁷ Како Колавити (*Colavitti*) примећује, арбитража тј. расположивост арбитражног механизма решавања спорова несумњиво представља „вектор развоја уговора и економске атрактивности територија“.⁸¹⁸ Све то је утрло пут етаблирању међународне инвестиционе арбитраже као доминантног механизма решавања улагачких спорова чиме се неретко у потпуности заобилазе домаћи механизми решавања спорова.⁸¹⁹

Феномен својеврсне „интернационализације“ управних уговора је осим отварања значајног простора за „уплив“ међународног права у право државе пријемнице улагања у материји која је традиционално „резервисана“ за норме унутрашњег управног права једне државе – а то су правни режим управних уговора и начин решавања спорова који из њих или у вези са њима наступају – постепено увео арбитражу на „мала врата“ у управноправне воде.⁸²⁰

⁸¹⁰ Apostolos Patrikios, *L'arbitrage en matière administratif*, L.G.D.J., Paris 1997, 27 фн 9.

⁸¹¹ A. Patrikios, 5.

⁸¹² R. Colavitti, 586.

⁸¹³ У смислу уплива грађанског права у управно, прим. Б.Т.

⁸¹⁴ A. Patrikios, 27.

⁸¹⁵ Stavros Brekoulakis, “The Protection of the Public Interest in Public Private Arbitrations”, Kluwer Arbitration Blog (8 May 2017), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/05/08/the-protection-of-the-public-interest-in-public-private-arbitrations/>, 27. јун 2021.

⁸¹⁶ Више о уговорима о (страним) улагањима вид: Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2012, 72–73.

⁸¹⁷ Колавити (*Colavitti*) ипак подозриво гледа на овај аргумент о „пристрасности“ домаћег (управног) правосудја и фаворизовања државе пријемнице улагања, као неутемељен на чињеницама. R. Colavitti, 599 фн. 115.

⁸¹⁸ *Ibid.*, 586.

⁸¹⁹ Детаљније о односу унутрашњих механизма решавања спорова и међународне инвестиционе арбитраже: Eduardo Silva Romero, Ana Carolina Simões e Silva, “L’arbitrage CIRDI et les contrats de nature publique passés avec un état ou une entité étatique”, *Contrats publics et arbitrage internationale* (dir. M. Audit), Bruylant, Bruxelles 2011, 25–44; Hanno Wehland, “Domestic Courts and Investment Treaty Tribunals: The Effect of Local Recourse Against Administrative Measures on the Breach of Investment Protection Standards”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 36, 2/2019, 207–230; “The Regulation of Parallel Proceedings in Investor-State Disputes”, *ICSID Review*, Special Focus Issue, Vol. 31, 3/2016, 576–596.

⁸²⁰ Stephan W. Schill, Mathias Audit, “Transnational Law of Public Contracts: An Introduction”, *Transnational Law of Public Contracts* (eds. M. Audit, S. W. Schill), Bruylant, Brussels 2016, 19; Gus Van Harten, Martin Loughlin, “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, *The European Journal*

Најпре је овај ефекат био резервисан махом за управне уговоре са иностраним елементом (закључене са страним правним физичким лицима и/или који се извршавају ван територије државе пријемнице улагања), о чему најбоље сведочи пример француског права, о чему ће детаљније бити речи у одељку 1.4, у оквиру пете главе дисертације. Томе су допринели и релевантни међународни инструменти – како билатерални, тако и мултилатерални. У оквиру прве категорије, издвајају се билатерални споразуми о заштити и подстицању страних директних улагања (енг. *Bilateral Investment Treaties*) који садрже „отворену“ понуду једне државе потписнице, упућену страним улагачима из друге државе потписнице билатералног споразума, да ће све будуће евентуалне спорове у вези са улагањем решавати у арбитражном поступку.⁸²¹ Осим тога, ту спадају и различити споразуми закључени између држава за потребе тачно одређених инфраструктурних пројеката, који су арбитражно решавање спорова из „међународних“ управних уговора ограничавали на пројекте покривене споразумом.⁸²²

Међу важније споразуме из друге категорије спада, најпре, Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* – у даљем тексту: ICSID конвенција или Вашингтонска конвенција) из 1965. године.⁸²³ Вашингтонска конвенција у члану 25, став 1 садржи материјалноправну одредбу о арбитрабилности,⁸²⁴ којом прецизира спорове који могу да се подвргну арбитражи пред Међународним центром, обухватајући

*сваки правни спор између државе уговорнице (или саставног дела или органа државе уговорнице које је та држава одредила код Центра) и држављана друге државе уговорнице, који је настао непосредно из улагања и за који су стране у спору дале писмену сагласност да буде изнет пред Центар.*⁸²⁵

Став 4 истог члана, пак, оставља државама дискреционо право да поједине спорове изузму од надлежности Међународног центра, предвиђајући да „у време потврђивања ове конвенције или доцније у свако доба обавесте Центар о врсти или врстама спорова које сматра односно не сматра подобним за подношење надлежности Центра“.⁸²⁶ Ипак, пракса показује да је веома мали број држава⁸²⁷ искористио ову могућност и да

of International Law, Vol. 17, 1/2006, 121–150; Daniel Peat, “International Investment Law and the Public Law Analogy: The Fallacies of the General Principles Method”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 9, 4/2018, 654–678.

⁸²⁰ Детаљно о томе: Марко Јовановић, *Материјалноправни стандарди третмана страних директних улагања*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2019.

⁸²¹ R. Dolzer, C. Schreuer, 238–253.

⁸²² R. Colavitti, 588–589.

⁸²³ Текст Вашингтонске конвенције је доступан на: http://sice.oas.org/dispute/comarb/icsid/w_conv1.asp, 18. јун 2021.

⁸²⁴ М. Станивуковић (2013), 102.

⁸²⁵ *Ibid.*, 103-104. S. Greenberg, 21.

⁸²⁶ Превод преузет из: М. Станивуковић (2013), 364.

⁸²⁷ Према подацима са интернет презентације Међународног центра, до сада је само осам од укупно 163 државе потписнице обавестило Међународни центар о споровима који ће бити изузети из његове надлежности. То су Кина (најрестриктивнији пример, у надлежности Центра само спорови који се тичу накнаде за експропријацију и национализацију), Гватемала (изузети спорови у вези са захтевима за репарацију због штете нанете услед оружаних сукоба или грађанских немира), Гвајана (иницијално је изузела спорове који се тичу минералних или других природних ресурса), Јамајка (исто), Папуа Нова Гвинеја (допуштени само спорови који су од суштинског значаја за улагање), Саудијска Арабија (изузети су спорови који се тичу нафте и аката суверенитета) и Турска (спорови који се тичу својине и стварних права на непокретностима). Доступно на: International Centre for Settlement of Investment Disputes, Database of ICSID Member States, <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>, 18. јун 2021.

је она, како истичу Долцер (*Dolzer*) и Шројер (*Schreuer*) чисто информативна и нити сужава, нити проширује надлежност Центра.⁸²⁸ Осим тога, арбитражна пракса је сваки од елемената арбитрабилности, а посебно појам улагања (енг. *investment*) екстензивно тумачила, чиме је у великој мери извршила утицај на заобилажење ограничења која евентуално постоје у националном праву.

Сматрамо да у контексту наше теме треба поменути и Европску конвенцију о међународној трговинској арбитражи (енг. *European Convention on International Commercial Arbitration*), потписану у Женеви 1961. године (у даљем тексту: Женевска конвенција).⁸²⁹ Поред тога што регулише значајна питања у вези са поступком међународне арбитраже (где спадају конституисање арбитражног већа, меродавно право, надлежност државних судова и др.),⁸³⁰ овај инструмент представља „покретачку снагу настанка принципа арбитрабилности спорова из међународних уговорних односа управе.“⁸³¹ Наиме, други члан Европске конвенције установљава право „правних лица јавног права“ да закључују валидне арбитражне споразуме (став 1), осим уколико државе одлуче да ставе резерву на ову одредбу приликом потписивања или ратификације ове конвенције (став 2). Њен значај на проширење арбитрабилности *ratione personae* у корист јавноправних субјеката огледа се и у чињеници да су се до данас само Белгија и Летонија определиле за опцију да ставе резерву на предметну одредбу.⁸³²

Међутим, постепено су се теоријски дискурс, али и нормативна и практична реалност у многим државама „прелили“ и на терен интерних управних уговора. Најлибералније у том погледу су државе *common law* система (нпр. Уједињено Краљевство) које без ограничења омогућавају арбитражно решавање спорова из уговора између јавноправног субјекта и страног правног или физичког лица – што је у великој мери последица неразликовања правних режима уговора јавног од уговора приватног права. Поред тога, како ћемо детаљније приказати у одељку 2.3 пете главе докторске дисертације, у Немачкој је арбитражно решавање спорова у којима је једна страна орган јавне власти не само могуће, већ представља и доминантан механизам решавања спорова из комплексних и дугорочних уговора о ЈПП и концесија – и то како оних закључених са страном, тако и са домаћим приватним субјектима. У групу европских држава које допуштају (експлицитно или непостојањем забране) арбитражно решавање спорова из свих или појединих управних уговора спадају и,

⁸²⁸ R. Dolzer, C. Schreuer, 67.

⁸²⁹ European Convention on International Commercial Arbitration of 1961, Done at Geneva, April 21, 1961 United Nations, Treaty Series, vol. 484, p. 364, no. 7041 (1963–1964). Текст конвенције доступан на: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&clang=_en#:~:text=The%20Convention%20was%20prepared%20and,the%20Economic%20Commission%20for%20Europe%2C, 18. јун 2022.

⁸³⁰ Више о томе: Christian W. Konrad (Konrad & Justich), “Buried in Oblivion? The Significance and Limitations of the European Convention on International Commercial Arbitration”, Kluwer Arbitration Blog, November 2, 2010, доступно на: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/11/02/buried-in-oblivion-the-significance-and-limitations-of-the-european-convention-on-international-commercial-arbitration/>, 18. јун 2022.

⁸³¹ R. Colavitti, 591.

⁸³² *Ibid.*

примера ради, Грчка,⁸³³ Естонија,⁸³⁴ Португал,⁸³⁵ Румунија,⁸³⁶ Шпанија,⁸³⁷ Холандија⁸³⁸ и Хрватска.⁸³⁹ Занимљиво је да хрватско право изричито предвиђа могућност арбитражног решавања спорова из уговора о концесији, док Закон о јавној набави не помиње арбитражу, али се у пракси у уговорима о јавним набавкама или оквирним споразумима неретко уговара арбитража.⁸⁴⁰

Из свега наведеног, можемо да закључимо да је практична реалност нагнала многе државе да преиспитају до тада неприкосновени принцип неарбитрабилности јавноправних спорова и то превасходно у погледу управних уговора са иностраним елементом. Ипак, још увек се не може говорити о постојању општег, па чак ни европског принципа арбитрабилности таквих спорова. Разлог томе је чињеница да је одлука да се у погледу ове категорије спорова одрекну дела свог суверенитета (оличеног у државном, посебно управном правосуђу) зарад привредног раста, препуштена опортунитету држава и њиховој „економско-политичкој калкулацији“, која се у нормативном смислу претаче у прописивање изузетака од опште забране арбитражног решавања јавно-правних спорова.⁸⁴¹ При томе, начин формулисања и опсег нормативних ограничења варира од једног до другог правног система.⁸⁴² Арбитрабилност се у случају оваквих спорова, тако, најчешће искључује прописивањем искључиве надлежности домаћих судова (углавном специјализованих управних судова) или прописивањем обавезе поштовања одређених императивних норми јавног поретка приликом арбитражног решавања оваквих спорова пред међународним арбитражним већима.⁸⁴³ Осим тога, могуће је ограничити приступ арбитражи само у погледу спорова из одређених управних уговора (нпр. уговора о концесијама или јавним набавкама) или фазе уговорног циклуса (у претежном броју случајева, нпр. у Италији⁸⁴⁴ или Португалу, допушта се само у фази извршења уговора).

Поред описаних правних, политичких економских и других сличних фактора који одређени правни систем опредељују за то да ли ће и у којој мери арбитрабилност

⁸³³ Evangelia Koutoupa-Rengakou, “Grèce/Greece: Le règlement des litiges liés aux contrats publics en Grèce”, *Contrôle et contentieux des contrats publics/Oversight and Challenges of Public Contracts* (dir./eds. L. Folliot-Lalliot, S. Torricelli), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2018, 131–150.

⁸³⁴ Carri Ginter, Nele, Parrest, “Estonie/Estonia”, *Droit comparé des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels, 2010, 597–611.

⁸³⁵ M. Ferreira, B. Diniz de Ayala, 821–822.

⁸³⁶ Више о томе: Nadina Drecea, Dacian C. Dragos, “The Legitimacy of Investor to State Arbitration arising from Public Contracts in the Romanian Law”, *The Law of Crisis. Crises in Law*, International Conference of PhD Students in Law 13th edition, Faculty of Law, West University of Timisoara, The European Centre for Legal Studies and Research, Timisoara 2021, 42–55; Dragos, Dacian C. and Cimpean, Daniela, “Public – Private Arbitration in the Romanian Law” (December 19, 2017), доступно на: <https://ssrn.com/abstract=3143446> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3143446>, 18. јун 2021; D. C. Dragos, D. M. Sparios, 199–222.

⁸³⁷ Patricia Valcárcel Fernández, “The Control of Public Procurement in Spain – In particular the role of independent administrative authorities created to transpose Directive 89/665/CEE” *Contrôle et contentieux des contrats publics/Oversight and Challenges of Public Contracts* (dir./eds. L. Folliot-Lalliot, S. Torricelli), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2018, 67–91; R. Colavitti, 597.

⁸³⁸ *Ibid.*, 599.

⁸³⁹ Maganić, Aleksandra, Dika, Mihajlo, “Могућност рјешавања управних ствари арбитражом”, *Novosti u upravnoj i upravnosudskoj praksi* (ur. Ante Galić), Vrhovni upravni sud Hrvatske, Zbornik radova 6. savjetovanja, Organizator, Zagreb 2018, 17–33.

⁸⁴⁰ *Ibid.*, 23-27; A. Maganić, <http://zakonitost.s11.novenaweb.info/hr/izdanja/?izdanje=1&clanak=205>, 23. октобар 2022.

⁸⁴¹ R. Colavitti, 586.

⁸⁴² *Ibid.*, 582.

⁸⁴³ М. Станивуковић (2013), 107.

⁸⁴⁴ Barbara Marchetti, “Italie/Italy: Spécialité du contentieux et recherche des remèdes alternatifs dans le secteur des contrats publics en Italie”, *Contrôles et Contentieux des Contrats Publics/Oversight and Challenges of Public Contracts* (dir./eds. L. Folliot-Lalliot, S. Toricelli), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2018, 168–171.

проширити и на терен спорова из уговорне делатности јавноправних субјеката, сматрамо да и инхерентна обележја арбитраже такође умногоме утичу на то. Стручна литература у контексту међународне инвестиционе арбитраже већ извесно време пледира за њену модификацију ради бољег разумевања и, последично, заштите јавних интереса.⁸⁴⁵ Без детаљног залажења у опсежне студије на ту тему, имајући у виду фокус нашег истраживања и ограничен простор, на овом месту ћемо се осврнути на аргументе које сматрамо посебно интересантним, а који по нашем мишљењу превазилазе оквире међународне инвестиционе арбитраже, јер су од значаја за арбитражно решавање спорова из управних уговора уопште.

Наиме, поједини аутори као што је Шил (*Schill*), указују на то да улога арбитражних судова није само да реше конкретан спор, већ и да имају улогу својеврсних регулатора или креатора јавних политика на ширем, глобалном плану. Имајући то у виду, овај аутор сматра да би лек за хроничне болести међународне инвестиционе арбитраже требало тражити у промени свести арбитра и њиховом окретању ка примени принципа јавног, управног права приликом одлучивања. Тако, принципе који чине темељ управног права, као што су транспарентност, сразмерност (пропорционалност), предвидивост (заштита легитимних очекивања) и др. требало би узети у обзир приликом решавања спорова. То би довело до потребе да се сагледа шири контекст приликом решавања спорова и пажљиво извагају ангажовани интереси. Примера ради, да се преиспита да ли је одлука државе да једнострано раскине уговор била неопходна и сразмерна циљевима ради којих је донета, да ли се такво поступање државе сматра законитим поступањем према њеном националном праву и др.⁸⁴⁶ С тим у вези, Долцер (*Dolzer*) указује на простор за разматрање да ли би правна природа, односно правни режим уговора између државе и улагача – другим речима, да ли је реч о грађанском или управном уговору – овакве једностране потезе државе пријемнице улагања учинила легалним и легитимним.⁸⁴⁷ Сматрамо да би јавноправни карактер уговора, који указује на посебну тежину јавног интереса, могао да оправда „јача“ овлашћења државе у односу на приватне саговораче, били они домаћи или страни улагачи. Наше мишљење је да би било основа да се поједини стандарди третмана страних улагача прошире и на државу домаћина, док би арбитражни судови приликом доношења одлуке требало да узму у обзир и понашање самих инвеститора.⁸⁴⁸ Осим тога, сматрамо да је у таквим случајевима оправдано да се омогући (или барем преиспита могућност) учешће трећих лица у поступку, али и укључивање шире јавности у формулисање инвестиционих политика и инвестиционих споразума, посебно у појединим областима које се сматрају нарочито осетљивим (нпр. у вези са експлоатацијом природних ресурса).

⁸⁴⁵ Вид. нпр. Kate Miles, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, Cambridge 2013; Stephan Schill, Vladislav Đanić, “Wherefore Art Thou? Towards a Public Interest-Based Justification of International Investment Law”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 33, 1/2018, 29–55.

⁸⁴⁶ Stephan Schill, “Comparative Public Law Methodology in International Investment Law”, *EJIL:Talk!*, *Blog of the European Journal of International Law* (3 January 2014), <https://www.ejiltalk.org/comparative-public-law-methodology-in-international-investment-law/>, 28. фебруар 2021; Stephan Schill, “The Public Law Approach in the Practice of Investment Treaty Arbitration”, *EJIL:Talk!*, *Blog of the European Journal of International Law* (22 January 2014), <https://www.ejiltalk.org/the-public-law-approach-in-the-practice-of-investment-treaty-arbitration/>, 28. фебруар 2021; Stephan Schill, “The Public Law Paradigm in International Investment Law”, *EJIL:Talk!*, *Blog of the European Journal of International Law* (3 December 2013), <https://www.ejiltalk.org/the-public-law-paradigm-in-international-investment-law/>, 28. фебруар 2021.

⁸⁴⁷ Rudolf Dolzer, “The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law” *New York University Journal of International Law and Policy*, 37/2005, 964–967.

⁸⁴⁸ Детаљно о овим стандардима, М. Јовановић (2019).

3.3.2 Медијација

Медијација (енг. *mediation*) или посредовање спада у механизме мирног, односно пријатељског решавања спорова (енг. *amicable dispute settlement*). Оно што карактерише ову флуидну процесну технику, чији се облик и специфичности прилагођавају потребама конкретног правног амбијента и праксе,⁸⁴⁹ је учешће трећег, неутралног лица – медијатора – чија је улога да посредује између страна у спору, како би постигле компромисно решење спора, којим би и једна и друга страна биле задовољне.⁸⁵⁰

Кнежевић и Павић указују на то да је, након арбитраже, медијација упоредноправно „најраспрострањенији и најчешће коришћен метод ADR“ који, за разлику од те исте арбитраже, не искључује судску заштиту.⁸⁵¹ У томе лежи и прва значајна карактеристика (и предност) овог механизма – да „мултипликује путеве заштите, не елиминише ниједан“.⁸⁵²

Следеће обележје – заједничко и многим другим механизмама пријатељског решавања спорова – јесте *добровољност* поступка. То што медијација у одређеним правним системима може да буде и обавезан процесни корак, пре активирања неког другог механизма правне заштите, не умањује чињеницу да од добре воље страна у спору и њихове спремности да међусобно отворено комуницирају, разумеју супротну страну и дођу до компромисних решења, у великој мери зависи успех медијације.⁸⁵³

С тим у вези је и њено обележје *неакузаторског* (споразумног) начина решавања спорова, које произлази из начина на који се медијација отпочиње, а који не подразумева подношење тужбе, па самим тим ни „тужиоца“ ни „тужену страну“.⁸⁵⁴ Било да је унапред уговорена, прописана или јој се прибегава тек у тренутку настанка спора, медијација подразумева упућивање и прихватање предлога за медијацију једне стране у спору другој (што је додатни аргумент у прилог горе поменутом обележју добровољности). Ово обележје умањује тензију између учесника спора и доприноси пријатељској атмосфери, која може допринети не само разрешењу конкретног спора, већ и дугорочном очувању добрих (пословних) односа.

Надаље, реч је о *флексибилном* или *еластичном* механизму, што значи да се поступак медијације прилагођава потребама конкретног спора. То не значи да је медијација у потпуности лишена било каквих процедуралних правила,⁸⁵⁵ већ само да она нису тако ригидно постављена и сами учесници могу да обликују поступак и, уз посредство медијатора, на креативан начин покушају да дођу до компромисног

⁸⁴⁹ Невена Петрушић, „Спорови у правним односима и медијација“, *Зборник Правног факултета Универзитета у Нишу*, 38/39/1998–1999, 121.

⁸⁵⁰ М. Станивуковић (2013), 31.

⁸⁵¹ Г. Кнежевић, В. Павић, 226.

⁸⁵² *Ibid.*

⁸⁵³ М. Станивуковић (2013), 31.

⁸⁵⁴ Г. Кнежевић, В. Павић, 227.

⁸⁵⁵ Штавише, правни оквир медијације је у многим земљама уређен законом, док је поступак и његове различите фазе најчешће предмет регулације инструмената „меког права“ (енг. *soft law*) донетих од стране надлежног државног органа, независног или стручног тела (нпр. стручног удружења, коморе и др.), али и међународних организација и тела. Вид. нпр. Правила о медијацији донета под окриљем Међународне трговинске коморе у Паризу (у даљем тексту цитирано као: Правила о медијацији МТК): <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/12/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-english-version.pdf>, 1. јул 2021; На нивоу ЕУ усвојена је Директива о одређеним аспектима медијације у грађанским и трговинским стварима (Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, *Official Journal of the EU*, L 136, 24.5.2008, p. 3–8).

решења.⁸⁵⁶ Томе доприноси и чињеница да се медијација не своди искључиво на испитивање правних питања, већ има холистички приступ решавању спора, узимајући у обзир и друге важне чињенице – техничке, економске, психолошке и др.⁸⁵⁷ Правила поступка конкретне медијације, редослед појединих радњи и слична питања, углавном су предмет споразума који учесници закључују са медијатором на самом почетку поступка, што омогућава правну сигурност и извесност медијације.⁸⁵⁸

Осим тога, уколико је успешна, медијација се у високом проценту успешно окончава у периоду од једног (70-75%) до недељу дана (90%),⁸⁵⁹ што је чини далеко експедитивнијим механизмом од судских и арбитражних поступака.⁸⁶⁰ Штавише, предност медијације огледа се и у томе што је *јефтинија*⁸⁶¹ од судских поступака и арбитраже, што је чини приступачнијим механизмом.⁸⁶² Трошкови медијације се углавном свODE на накнаду медијатору, која може да буде утврђена у зависности од процењене вредности спора или медијатори (уколико ову функцију обављају као професионалну делатност), могу да установе тарифу.⁸⁶³

Поступак медијације одликује и *поверљивост*, што како смо већ видели, представља заједничку нит која повезује овај механизам и арбитражу (а прожима и остале ADR). Ово обележје подразумева да оно што се изнесе у поступку посредовања, не може да буде искоришћено на суду или у другом поступку против било ког од учесника у медијацији, што странама у спору треба да улије додатну сигурност и поверење у ток поступка.⁸⁶⁴

⁸⁵⁶ Kimberlee K. Kovach, "Mediation", *The Handbook of Dispute Resolution* (eds. M. L. Moffitt, R. C. Bordone), A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School, Jossey-Bass, San Francisco, 2005, 305.

⁸⁵⁷ The World Bank Group, *Mediation Essentials*, Mediation Series, Washington D.C. 2017, 10, доступно на: <http://documents.worldbank.org/curated/en/153761503566770915/Mediation-essentials>, 3. март 2022.

⁸⁵⁸ У немачком праву ће најчешће имати природу приватноправног уговора. Christoph Strumpf, *Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht*, Ius Publicum: Beiträge zum Öffentlichen Recht, Band 149, Mohr Siebeck, Tübingen 2006, 303.

⁸⁵⁹ Андреа Николић, „Медијација у инвестиционим споровима – Предлози реформе међународног инвестиционог права и могуће лекције за Србију“, *Зборник радова 33. сусрета Копаоничке школе природног права*, Том III, Београд 2020, 69.

⁸⁶⁰ На неспорну уштеду времена уколико се поступак решава путем медијације у поређењу са судским поступком, указује и студија Европског парламента, објављена 2014. године. Резултати студије, чији циљ је био да испита ефикасност примене Директиве 2008/52/ЕЗ о одређеним аспектима медијације у грађанским и трговинским стварима, показује да један судски спор у просеку траје 566 дана. Насупрот томе, уколико суђењу претходи медијација са 50% успешности, просечно трајање спора износи 326 дана и чак 212,8 уколико је успешност медијације 70%. Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, *'Rebooting' the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU*, Brussels, 2014, 7, Figure C (у даљем тексту цитирано као: DG for Internal Policies, *Rebooting the Mediation Directive*).

⁸⁶¹ Претходно поменута студија показује да је просечна вредност једног судског поступка у ЕУ € 9.179,0. Уколико судском поступку претходи успешно спроведена медијација у 50% случајева, вредност судског поступка износи € 7.960,5, док у 70% случајева просечна вредност пада на € 6.124,7 уколико се претходно спроведе успешна медијација. *Ibid.*

⁸⁶² По правилу, свака од странака сноси своје трошкове у медијацији, а уколико се спроводи под окриљем неке институције (нпр. арбитражне), могуће је да укључује одређене административне трошкове и трошкове медијатора. Према ICC правилима о медијацији, предвиђена је бесповратна административна такса у износу од \$3 000 за покретање поступка медијације, док Центар за решавање спорова у оквиру ове институције утврђује свој тарифник, у зависности од природе и комплексности спора. Такође, Центар утврђује трошкове медијатора, који зависе од сати утрошених у решавање спора. Вид. чл. 2 Правила о медијацији МТК, доступно на: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/12/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-english-version.pdf>, 1. јул 2021.

⁸⁶³ А. Николић, 69.

⁸⁶⁴ Nataša Petrović Tomić, „Medijacija u osiguranju“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1/2010, 478–479.

Најзад, главна *differentia specifica* овог механизма у односу на суђење и арбитражу је њено обележје *неадјукативног* механизма решавања спорова.⁸⁶⁵ Тако, за разлику од судског и арбитражног поступка, у којима такође учествује треће непристрасно лице, медијатор не „пресуђује“ спор, односно не доноси правно обавезујућу одлуку, већ само посредује између страна и помаже им да саме изнађу адекватно и, по могућству, „пријатељско решење спора“. Како истиче Станивуковић, „[...] медијатор помаже странкама да постигну пријатељско решење спора, састаје се са сваком од њих засебно, охрабрује их на међусобну комуникацију, помаже у утврђивању спорних питања и проналажења могућих компромиса.“⁸⁶⁶ Дакле, исход спора је у потпуности у рукама странака, док их медијатор уз помоћ својих знања и вештина кроз тај процес води и асистира.

Дакле, предности медијације огледају се у (најмање): 1) стварању „повољне климе“ која омогућава да стране у спору остану у добрим односима и остваре континуитет у међусобној (пословној) сарадњи, као последица чињенице да у медијацији нема „победника“ и „губитника“; 2) избегавању или бар умањењу нематеријалних трошкова као што су повећани стрес; 3) заштити (пословног) угледа учесника медијације и 4) потенцијалу да предупреди будуће спорове.⁸⁶⁷

Претходно изнета обележја медијације, помогла су нам да разликујемо овај механизам од судског поступка и арбитраже. Међутим, далеко је теже разграничити медијацију од концилијације или мирења (енг. *conciliation*). Ово стога што се неретко у стручној литератури, али и националним и наднационалним законским текстовима ови појмови употребљавају као синоними,⁸⁶⁸ док, с друге стране, има и аутора који их посматрају као два одвојена механизма мирног решавања спорова, износећи аргументе у прилог мањим или већим разликама између њих.

У потоњу категорију спада Штрumpf (*Strumpf*), који види две основне линије разграничења између концилијације (мирења) и медијације (посредовања). Прва се тиче могућности да се предвиди (прописом, одлуком суда или другог надлежног органа, као и уговором између странака) обавезна концилијација која ће претходити неком другом путу правне заштите, док је медијација увек добровољна. Друга је везана за дејство споразума (поравнања) којим се окончава поступак мирења, односно медијације. Према схватању овог аутора, у случају концилијације, странке су везане постигнутим споразумом који има дејство и према трећим лицима, док након успешне медијације то није случај, будући да постигнути споразум има дејство само за странке које су у њему учествовале, а и оне саме га могу накнадно мењати.⁸⁶⁹

С обзиром на то да упоредном праву и пракси није страном ни уговарање, нити прописивање обавезне медијације,⁸⁷⁰ као нужан предуслов обраћања државним или арбитражним судовима у одређеним областима или категоријама спорова,⁸⁷¹ као и због

⁸⁶⁵ Г. Кнежевић, В. Павић, 227–228.

⁸⁶⁶ М. Станивуковић (2013), 31.

⁸⁶⁷ N. Petrović Tomić, 479 фн. 20.

⁸⁶⁸ Тако, Станивуковић приликом описа овлашћења трећег, неутралног лица, говори о „помиритељу“ односно „медијатору“, М. Станивуковић (2013), 31. Слично, Srđan Šimac, „Mirenje – alternativni način rješavanja sporova“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 27, 1/2006, 625–628.

⁸⁶⁹ С. Strumpf, 277–278.

⁸⁷⁰ То је, примера ради, случај у Италији. Осим тога, истраживање спроведено на нивоу Европске Уније (ЕУ) показало је инклинацију већине држава чланица ка увођењу обавезне медијације као легислативне мере за промовисање овог механизма. DG for Internal Policies, *Rebooting the Mediation Directive*, 8.

⁸⁷¹ У оквиру пилот-пројекта у Француској, обавезна медијација уведена је као механизам решавања осређених спорова из области образовања, социјалне заштите и радних односа. Више о томе: вид. Sophie Boyron, “Experimenting with compulsory mediation: assessment and continuation”, *REALaw.blog*, 27 May

тенденција на међународном плану да се обезбеди обавезност и извршење одлука донетих у поступку медијације⁸⁷² – сматрамо да горе наведене разлике нипошто не могу да се узму као суштинске, због чега не можемо (у потпуности) да се сложимо са овим аутором. Штавише, исти аутор на другом месту релативизује претходно изнете ставове, закључујући да постоји „значајна сличност“ између концилијације (у оквирима управног права) и медијације, тако да се први механизам може посматрати и као „посебан облик поступка медијације“.⁸⁷³

На „значајне“ разлике указује и Милошевић, истичући да је „разлика између медијације и мирења (концилијације) у томе што миритељ (концилијатор) може да предлаже странама у спору конкретна решења спора, а медијатор то не чини“.⁸⁷⁴ Ипак, како ћемо у наставку овог дела видети, улога медијатора у току поступка посредовања варира од једног до другог правног система и може бити мање или више активна, што умањује значај истакнуте разлике. Неубедљивим се чини и аргумент да упркос чињеници да се „на домаћем нормативном терену, често (се) не прави јасна разлика између медијације и концилијације“, као и да се „ни страна правна теорија и пракса не могу (се) *подичити* прецизним разграничењем ова два метода“, упркос њиховим „очигледним сличностима [...] реч је о два (посебна) ADR механизма, те их тако треба и третирати“.⁸⁷⁵

С друге стране, бројни су аутори који ове појмове посматрају и употребљавају као синониме.⁸⁷⁶ Тако, Кнежевић и Павић се „надају“ да указивање на сличности и разлике управо наводи на закључак да између медијације и концилијације постоје „значајне сличности“, духовито закључујући да „[а]ко су они браћа, вероватно су близанци“.⁸⁷⁷ Истом логиком су се водили и редактори поменуте Препоруке (2001)9 СЕ, као и УНЦИТРАЛ-ових модел правила, који ова два термина користи равноправно, да означи истоветан механизам пријатељског решавања спорова.⁸⁷⁸ Наиме, у контексту међународних трговинских спорова, под окриљем овог тела најпре су 1980. године донета Правила о *концилијацији* (*UNCITRAL Conciliation Rules*)⁸⁷⁹ да би иста 2021. година била замењена Правелима о *медијацији* (*UNCITRAL Mediation Rules*).⁸⁸⁰

На основу изложеног, ауторка ових редова сматра да разлике између ових механизма, (и)ако постоје, нису суштинске. Напротив, реч је о нијансама које не оправдавају њихову издвојену анализу, што подржавају и упоредноправна решења земаља чије ће право бити анализирано у петој глави (вид. одељке 1.4.2 и 2.3.2). Стога

2022, доступно на: <https://realaw.blog/?p=1225>, 25. јун 2022; Вид. и одељак 1.4.2.1 у оквиру пете главе дисертације.

⁸⁷² Управо је то био циљ недавно донете Конвенције Уједињених нација (УН) о међународним уговорима о поравнању донетих у поступку медијације (енг. *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*), познатије као Сингапурска конвенција о медијацији (енг. *Singapore Convention on Mediation*). Текст ове конвенције доступан је на: Singapore Convention on Mediation, <https://www.singaporeconvention.org/convention/text>, 1. јул 2021.

⁸⁷³ С. Strumpf, 310.

⁸⁷⁴ Моника Милошевић, *Алтернативно решавање спорова с посебним освртом на медијацију*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и ЈП „Службени гласник“, Београд 2014, 107.

⁸⁷⁵ Александар Мојашевић, *Економска анализа алтернативног решавања грађанскоправних спорова*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 454.

⁸⁷⁶ UNCITRAL Legislative Guide PFI, 178.

⁸⁷⁷ Г. Кнежевић, В. Павић, 246.

⁸⁷⁸ United Nations Commission On International Trade Law (UNCITRAL), *International Commercial Mediation, UNCITRAL Mediation Rules*, доступно на: <https://uncitral.un.org/en/texts/mediation>, 19. август 2022.

⁸⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁸⁰ *Ibid.*

их ми у овом раду посматрамо као истоврсне механизме, а определили смо се за термин медијација будући да је он ближи нашем правном систему.

У стручној литератури која се бави медијацијом, често се констатује да не постоје два идентична поступка медијације, што је последица разлика у самим споровима с једне, и већ поменутој флуидности медијације и могућности да се прилагоди конкретном спору, с друге стране.⁸⁸¹ Различити аутори помињу различите фазе или процесне стадијуме медијације, од којих су неке редовне (обавезне), док су друге опционе.⁸⁸² Због своје свеобухватности, на овом месту ћемо навести следећу поделу:⁸⁸³

- 1) *припремна фаза која претходи медијацији* (именовање/постављање медијатора; упознавање са странкама и њиховим (правним) заступницима – циљ је успостављање међусобног поверења);⁸⁸⁴
- 2) *уводне речи* (провера пуномоћја правних заступника/овлашћења страна у спору да склапају поравнање; упознавање са улогом и овлашћењима медијатора, као и са правилима и распоредом/током поступка; евентуално закључење споразума о медијацији);
- 3) *изношење чињеница и правне позиције страна* (упознавање са чињеницама и интересима обе странке);
- 4) *преговарање/разматрање различитих опција* (креативна фаза поступка) и
- 5) *склапање поравнања/нагодбе* (резултат успешно спроведеног поступка је поравнање/уговор о поравнању између страна у спору).

Ништа мање није ни различитих покушаја да се систематизују модели или врсте медијације. Тако, примера ради, у зависности од тога да ли медијација представља обавезан процесни корак пре покретања судског поступка (или другог правног поступка), разликују се добровољна или волунтаристичка (енг. *voluntary*) од обавезне или мандаторне медијације (енг. *mandatory/compulsory*).⁸⁸⁵ Иако реткост, обавезна

⁸⁸¹ К. Kovach, 306.

⁸⁸² Ковак (*Kovach*) наводи чак тринаест таквих фаза – 1) прелиминарни договори (*Preliminary arrangements*); 2) представљање медијатора (*Mediator's introduction*); 3) уводне напомене/изјаве стране (*Opening remarks/Statements by parties*); 4) искаљивање емоција, опционо (*Venting – optional*); 5) прикупљање информација (*Information gathering*); 6) идентификовање проблема и интереса (*Issue and interest identification*); 7) прављење агенде – опционо (*Agenda setting – optional*); 8) кокус – опционо (*Caucus – optional*); 9) разматрање опција (*Option generation*); 10) тестирање реалности/одрживости изнетих опција (*Reality testing – optional*) 11) преговарање (*Bargaining and negotiation*); 12) споразум (*Agreement*); 13) завршетак (*Closure*), *Ibid.* 306.

⁸⁸³ S. Šimac, 625–628. Штрumpf (*Strumpf*) их дели на 1) иницијативу за отпочињање медијације (нем. *Initiierungsphase*) 2) припремну фазу (нем. *Vorbereitungsphase*) 3) фазу преговарања (нем. *Verhandlungsphase*) и 4) фазу примене или имплементације постигнутог споразума (нем. *Umsetzungsphase*). У првој се обично именује медијатор. Најважнији „задачи“ у другој фази су идентификовање/представљање учесника у поступку медијације и договор/успостављање „правила игре“. У погледу првог аспекта, чак и у случају да је већи број интереса ангажован, неопходно је да релевантне институције и субјекти именују своје представнике, будући да пракса показује (а у литератури се често истиче) да већи број учесника умањује ефикасност медијације. С друге стране, неопходно је да се учесници договоре око правила поступка, временског оквира спровођења појединих процесних радњи, као и око поверљивости поступка и изнетих информација/исказа. Трећа фаза је кључна, будући да ту учесници, уз посредовање медијатора, треба да изнесу све релевантне информације, саслушају позицију и интересе друге стране, а све у циљу постизања споразумног/компромисног решења спора – што уједно преставља и циљ медијације. У овој фази је могуће и ангажовање експерата (вештака) из одређених области, који ће дати своје стручно мишљење, а чије трошкове носе странке. Најзад, уколико је медијација успешна, последња фаза обухвата реализацију усвојених мера, али и евентуални договор око решавања будућих спорова. С. Strumpf, 304–306.

⁸⁸⁴ Штрumpf указује на то да иницијатива за отпочињање управноправне медијације (нем. *Verwaltungsrechtliche Mediation*) може да потекне како од једне од страна у спору, тако и од грађанских иницијатива или од државе. *Ibid.*, 304.

⁸⁸⁵ Г. Кнежевић, В. Павић, 233.

медијација постоји нпр. у погледу одређених управних спорова у француском праву.⁸⁸⁶ Кнежевић и Павић према правном основу те обавезности, потоњу врсту даље гранају на три категорије: 1) *законску обавезну медијацију* (где је правни основ законски текст); 2) *судску обавезну медијацију* (суд упућује стране у спору на медијацију) и 3) *квазиобавезну медијацију* (обавеза покушаја решавања спора медијацијом проиизлази из закона, али стране у спору могу од ове обавезе одступити, без сношења правних последица).⁸⁸⁷ Надаље, уколико се као критеријум узму овлашћења медијатора, разликују се медијација у којој медијатор своју саветодавну улогу ограничава на олакшавање комуникације између страна у спору (енг. *facilitative mediation*), од оне у којој медијатор даје вредносни суд у погледу изнетих предлога (енг. *evaluative mediation*).⁸⁸⁸

Када је реч о моделима медијације, у пракси земаља ЕУ издвајају се два као основна. Први, тзв. ‘*opt out*’ модел какав постоји у Италији, подразумева обавезу да се странке у одређеним споровима, пре покретања судског поступка састану са медијатором и размотре све опције, у покушају да дођу до решења. Овај састанак је бесплатан и не обавезује странке да наставе са медијацијом уколико то не желе.⁸⁸⁹ Обрнута је логика тзв. ‘*opt-in*’ модела, какав постоји примера ради у Румунији, где странке које након тог првог информативног састанка са медијатором, морају да покрену поступак медијације уколико се определе за овај механизам.⁸⁹⁰

С претходним у вези је и питање односа медијације са другим механизмима решавања спорова. Из Препоруке (2001) 9 Комитета министара СЕ такође произлази да се медијацији може прибећи не само пре, већ и током судских поступака, као вид унапређења ефикасности и економичности судских поступака.⁸⁹¹ Тако, поједини аутори употребљавају израз „права медијација“ да означе механизам решавања спорова који је потпуно независан од управног, судског или арбитражног поступка између истих страна у спору, и који се одвија пред независним и непристрасним трећим лицем.⁸⁹² У описаном случају је врло је важно водити рачуна о томе да се предвиди застој преклузивних рокова за отпочињање управних, судских или других поступака, како стране у спору не би изгубиле право на правну заштиту што би, у коначници, могло да умањи популарност, али и превентивно дејство медијације.⁸⁹³

С друге стране, није редак случај да се медијацији се прибегне и у току отпочетог поступка пред органом управе (нпр. по жалби или другом правном леку), судом или арбитражним судом. Иако се национална решења разликују, уобичајено је да се тада застане са матичним поступком и сачека исход медијације. Уколико он буде позитиван, односно уколико странке дођу до решења, поступак пред судом/органом управе/арбитражним судом ће бити обустављен. У супротном, наставља се. Како

⁸⁸⁶ Вид. S. Boyron (2022), доступно на: <https://realaw.blog/?p=1225>, 25. јун 2022.

⁸⁸⁷ Г. Кнежевић, В. Павић, 233.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, 232–233.

⁸⁸⁹ DG for Internal Policies, *Rebooting the Mediation Directive*, 8.

⁸⁹⁰ *Ibid.*

⁸⁹¹ Rec(2001)9, II (i) и (ii); III (2).

⁸⁹² Joachim von Barga, „Außergerichtliche Streitschlichtungsverfahren (Mediation) auf verwaltungsrechtlichem Gebiet in rechtsvergleichender Perspektive“, *L'Etat actuel et les perspectives du droit administratif européen* (dir. J. Schwarze), Bruylant, Bruxelles 2010, 349–350, 364.

⁸⁹³ K.J. de Graaf, A.T. Marseille, and H.D. Tolsma, “Mediation in Administrative Proceedings: A Comparative Perspective”, *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law* (eds. D. C. Dragos, B. Neamtu), Springer, Berlin – Heidelberg 2014, 599–600.

показују законодавна решења појединих држава⁸⁹⁴, неретко се водитељи тих поступака овлашћују да током поступка подстичу странке на мирно решавање спора.⁸⁹⁵

Најзад, неретко се медијација комбинује са арбитражом, што је довело до настанка посебног алтернативног механизма, познатијег као *мед-арб* (енг. *med-arb*). Станивуковић овакав *хибридни* механизам описује као „степенсти хибридни поступак решавања спора“ који почиње као медијација, али се наставља као арбитража уколико странке не успеју да постигну споразум о решењу спора.⁸⁹⁶ Могућа је и обрнута ситуација, да поступак отпочне као арбитража (горе описана ситуација), али да се у току поступка прибегне медијацији. Такав хибридни механизам назива се *арб-мед* (енг. *arb-med*) и у овом случају улогу медијатора играју сами арбитражи (један или више њих).⁸⁹⁷

То нас доводи до следећег важног питања, каткад од пресудног значаја за успешну медијацију, а то је ко може да буде медијатор и, с тим у вези, на који начин се врши одабир медијатора за конкретну медијацију. Изворно је избор медијатора и питање квалификација које неко лице мора да испуни за потребе те функције, било препуштено странама у спору. Међутим, временом је интересовање државе за овај механизам решавања спорова изнедрило бављење медијацијом као професионалном активношћу, која подразумева да медијатори морају да буду сертифицирани за пружање те услуге, као и да морају да испуне низ услова у погледу стручних и етичких квалитета, искуства у решавању спорова и др.⁸⁹⁸

Иако не постоје универзални услови, *непристрасност* и *неутралност* несумњиво имају посебан значај и представљају гарант равноправности учесника медијације.⁸⁹⁹ Уколико постоји, нормативни оквир медијације обично обухвата и ближе одређење ових услова, критеријуме на основу којих се процењује да су поменути услови угрожени (нпр. приватни или пословни однос са учесницима поступка), као и адекватан механизам искључења/изузећа медијатора уколико се испостави да нису (били) испуњени. Осим тога, могуће је предвидети и друге услове који се тичу поседовања одређених вештина (нпр. преговарања), квалификација (нпр. у области у којој је дошло до спора) или искуства (у конкретној области, медијацији и сл.).⁹⁰⁰ Осим тога, у неким правним системима је то законом прописано (надлежна институција може да води списак медијатора, који су прошли за то одговарајућу обуку и добили неки вид потврде (сертификата, лиценце), док у другим то није случај (нпр. Немачка).⁹⁰¹

Већ је поменуто да функцију медијатора могу да обављају и арбитражи, државни службеници или судије, уколико се медијација спроводи у склопу (током) арбитражног, управног или судског поступка. Од пресудног значаја за претходно поменуте услове независности и непристрасности, јесте захтев да се за медијаторе не постављају лица која решавају исти спор у свом матичном поступку. С тим у вези, фон Барген (*von Bargaen*), медијатор и судија једног од управних судова у Немачкој, поставља питање правног основа бављења медијацијом од стране судија у описаним ситуацијама. Да ли је реч о једном аспекту вршења судијских овлашћења, односно

⁸⁹⁴ Вид. одељак о алтернативним механизмима решавања спорова у немачком праву (2.3.2) у оквиру пете главе дисертације.

⁸⁹⁵ J. von Bargaen, 355–359.

⁸⁹⁶ М. Станивуковић (2013), 40.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, 41.

⁸⁹⁸ K.J. de Graaf, A.T. Marseille, and H.D. Tolsma, 591–592; Г. Кнежевић, В. Павић, 224.

⁸⁹⁹ *Ibid.*, 229.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, 230.

⁹⁰¹ C. Strumpf, 303.

судске власти или потпуно другом, аутономном сету овлашћења?⁹⁰² Поред ове правно-догматске, појављује се и правно-политичка дилема, а то је да ли би судови уопште требало да буду форуми за решавање спорова путем медијације.⁹⁰³ Имајући у виду немачко право и одредбу члана 278, став 1 немачког Закона о парничном поступку (*Zivilprozessordnung*, у даљем тексту: ZPO),⁹⁰⁴ суд је дужан да „у свакој фази поступка [...] делује у интересу постизања споразумног решења правног спора или појединачних спорних питања“ (вид. одељак 2.3.2 пете главе), као и преовлађујуће схватање о судијама као „миротворцима“ (енг. *peacemaker*), фон Барген закључује да је реч о овлашћењима инхерентним судијској функцији – о чему сведоче и искуства других држава, међу којима предњаче скандинавске земље.⁹⁰⁵

Улога медијатора у конкретној медијацији (опсег и природа овлашћења у поступку, права и обавезе и др.) обично се регулишу споразумом са учесницима медијације (странкама) и углавном се креће у оквирима саветодавне функције о којој је већ било речи.⁹⁰⁶ У том контексту је занимљиво решење које предвиђа Препорука (2001) 9 Комитета министара СЕ, а којом се унеколико одступа од традиционалне улоге медијатора. Наиме, у Препоруци се истиче да медијатор (као и концилијатор) може да „позове орган управе да укине, повуче или модификује (свој) акт из разлога нецелисходности или незаконитости“.⁹⁰⁷ Овакво овлашћење, иако несумњиво корисно, може да дође у колизију са неким од темељних начела управног права, о чему ће бити више речи у наредном одељку.

Напоследку, потребно је осврнути се и на начин окончања поступка медијације, као последњој фази или процесној етапи овог алтернативног механизма. У литератури се истиче да исход медијације може да буде у већој или мањој мери формализован. Тако, медијација може да резултује споразумом учесника, затим одлуком медијатора да се *поступак обуставља* и, најзад, *изјавом* једне од страна да *одустаје* од медијације.⁹⁰⁸ Дакле, за разлику од судског поступка и арбитраже, који се најчешће окончавају доношењем арбитражне, односно судске одлуке која има дејство *res iudicata* и може се принудно извршити,⁹⁰⁹ код медијације то није случај.

Када је о споразуму странака реч, његова правна природа варира у различитим правним системима. Тако је, најчешће, реч о уговору о поравнању као облигационом уговору, који се може побијати у парничном поступку, али је могуће и да се такав уговор квалификује као јавно-правни уговор⁹¹⁰ (примера ради, у Немачкој, вид. одељак

⁹⁰² J. von Bargaen, 352–353.

⁹⁰³ *Ibid.*, 353.

⁹⁰⁴ *Zivilprozessordnung* (ZPO), in der Fassung der Bekanntmachung vom 05.12.2005 (BGBl. I S. 3202, ber. 2006 I S. 431, 2007 S. 1781), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.02.2023 (BGBl. I S. 51) m.W.v. 01.03.2023, доступно на: <https://dejure.org/gesetze/ZPO>, 3. фебруар 2022.

⁹⁰⁵ J. von Bargaen, 354–355.

⁹⁰⁶ У немачком праву ће најчешће имати природу приватноправног уговора. С. Strumpf, 303.

⁹⁰⁷ Rec(2001)9, III (2) (iii). То нас умногоме подсећа на могућност Заштитника грађана у праву Републике Србије, да препоручи органу управе да поништи, укине или измени правоснажни управни акт, ради његовог усклађивања са законом. Вид. чл. 185 Закона о општем управном поступку („Службени гласник РС“, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење).

⁹⁰⁸ Г. Кнежевић, В. Павић, 228.

⁹⁰⁹ И у једном и у другом случају стране у спору могу и да закључе поравнање, које ће бити формално констатовано и имаће снагу извршне исправе.

⁹¹⁰ У немачком праву, у зависности од предмета уговора, биће реч о приватноправном или јавноправном уговору, (нем. *öffentlich-rechtlicher Vertrag*), што за собом повлачи и разлику у правном режиму који се примењује на такву врсту уговора, укључујући и правна средства, надлежност за решавање спорова и др. Чињеница да је једна уговорна страна орган управе нема никаквог утицаја на квалификацију уговора као јавноправног или приватноправног. Најчешће ће бити у питању мешовити уговор, а има основа за закључак да је у том случају реч о јавноправном, односно управном уговору, С. Strumpf, 292–293.

2.3.2 пете главе), али и као неформални споразум.⁹¹¹ У потоњем случају, постоји бојазан да се стране неће придржавати постигнутог споразума, будући да његово спровођење зависи искључиво од добре воље учесника медијације. Због тога се у појединим случајевима предвиђа овлашћење надлежног органа да у форми договореној у самој медијацији, да своју сагласност на постигнути споразум. Штрумпф као пример начина давања такве сагласности, наводи уношење додатака у управни акт којим се окончава управни поступак током којег је покренута медијација, а који се тичу посебних услова или рокова испуњења обавезе из постигнутог споразума.⁹¹²

Један од потенцијалних недостатака медијације је питање признања и извршења постигнутих споразума, посебно када су у питању спорови са елементима иностраности.⁹¹³ Ова чињеница умањује правну сигурност, али и атрактивност медијације на глобалном плану. Позитиван искорак у правцу исправљања овог недостатка, направљен је под окриљем УНЦИТРАЛ-а, усвајањем Конвенције о међународним поравнањима произашлим из медијације (енг. *Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*),⁹¹⁴ познатије као Сингапуршка конвенција. Реч је о својеврсном *пандану* Конвенцији о признању и извршењу страних арбитражних одлука (енг. *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*), познатијој као Њујоршка конвенција,⁹¹⁵ која уређује признање и извршење страних арбитражних одлука, односно Хашкој конвенцији о признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговинским стварима (енг. *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*).⁹¹⁶

Како истиче Јовановић, основни принцип Сингапуршке конвенције је „олакшано прекогранично извршење уговора о поравнању“,“⁹¹⁷ док је основни задатак суда да „утврди да ли је уговор о поравнању заиста израз слободно и ваљано исказане, верно представљене и меродавним правом дозвољене аутономије воље“.⁹¹⁸ Сингапуршка конвенција у уводним одредбама дефинише предмет, односно поље примене. Наиме, под кишобран конвенције подводе се *споразуми закључени у поступку медијације*⁹¹⁹ у

⁹¹¹ *Ibid.*, 293–294.

⁹¹² *Ibid.*

⁹¹³ А. Николић, 69.

⁹¹⁴ Генерална скупштина Уједињених нација је предложила текст конвенције прихватила Резолуцијом од 20. децембра 2018. године, да би Сингапуршка конвенција била отворена за потписивање 7. августа 2019. године. Вид. Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2018 [on the report of the Sixth Committee (A/73/496)] 73/198, доступно на: <https://www.un.org/en/ga/73/resolutions.shtml>, 11. април 2022; До данас, 55 држава (међу којима је и Србија) потписало је ову конвенцију. Занимљиво је да то није учинила ниједна држава чланица Европске уније. Марко Јовановић, „Сингапурска конвенција као нови елемент правног оквира за међународну трговинску медијацију“, *Право и привреда*, 3/2020, 182.

⁹¹⁵ Закон о ратификацији Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, број 11/81, 607.

⁹¹⁶ М. Јовановић (2020), 177–178.

⁹¹⁷ *Ibid.*, 197.

⁹¹⁸ *Ibid.*, 194.

⁹¹⁹ Појам медијације широко је дефинисан, тако да обухвати све поступке у којима странке покушавају да постигну пријатељско разрешење спора, уз помоћ и асистенцију једног или више трећих лица, које нема овлашћење да странкама наметне решење спора – независно од назива тог поступка, као и правног основа његовог уређења у унутрашњем праву. Вид. чл. 2, ст. 3 Сингапуршке конвенције. Како Јовановић истиче, то омогућава примену одредаба ове Конвенције и на поступке који суштински представљају медијацију, али су формално друкчије квалификовани. Осим тога, није неопходно да тај поступак буде институционализован. *Ibid.*, 184–185.

писаној форми,⁹²⁰ ради разрешења трговинског спора са елементом иностраности⁹²¹ (члан 1 Сингапуршке конвенције).

Кључно питање које се, у контексту предмета нашег истраживања поставља, јесте примена одредаба Сингапуршке конвенције на спорове између држава и страних улагача, од којих се многи заснивају управо на уговорима о улагању који имају карактер управних уговора. Конвенција не регулише изричито ово питање, али се њеним системским тумачењем може закључити да је одговор потврдан. Наиме, у члану 1, став 2 Сингапуршке конвенције, наведена је врста спорова која излази ван оквира њене примене – потрошачки спорови, породични, наследни и радни спорови. Како управни спорови нису експлицитно искључени, може се закључити да се, *a contrario*, уговори о поравнању закључени ради решавања управних спорова могу подвести под њене одредбе. Додатни аргумент у прилог томе произлази из члана 8, став 1 Конвенције, који овлашћује државе потписнице да ставе резерву на њену примену на уговоре о поравнању произашле из поступака медијације у којима је једна од страна држава, односно други јавноправни ентитети (*government agencies*), укључујући и појединце који их представљају.⁹²² Штавише, неспремност писаца Конвенције да изричито искључе ове спорове произлази и из *travaux preparatoire*.⁹²³

Има мишљења, са којима смо сагласни, да би успешност медијације требало посматрати мало шире и да се он не своди само на постизање компромисног решења и закључење уговора о поравнању (независно од његове правне природе). Напротив, сам поступак медијације свим странама у спору омогућава да боље разумеју ангажоване интересе и позицију „противника“, као и проблематична процесна и мериторна питања. На тај начин се припрема терен за успешније и ефикасније вођење преговора или других правних поступака – арбитраже или судског поступка.⁹²⁴

3.3.2.1 Медијабилност спорова из управних уговора

Пракса појединих европских земаља показује тренд све веће заступљености техника медијације у различитим споровима између органа управе и приватних субјеката, почев од 90-их година прошлог века.⁹²⁵ Сличан тренд уочава се и ван националних оквира, на терену спорова из (међународних) трговинских и пословних

⁹²⁰ Услов писане форме биће задовољен уколико је садржина споразума забележена/документована у било ком облику/форми, укључујући и електронску (чл. 2, ст. 2 Конвенције).

⁹²¹ Елемент иностраности је алтернативно постављен. Биће испуњен уколико: 1) најмање две стране у споразуму којим је окончана медијација имају своје место пословања у различитим државама или се 2) место пословања страна у споразуму произашлог из медијације разликује од државе у којој се суштински, односно претежни део обавезе има испунити или државе за коју је претежним делом везан предмет тог споразума. Чл. 1, ст. 1 Сингапуршке конвенције; М. Јовановић (2020), 187.

⁹²² Од 55 држава потписница Сингапуршке конвенције, до сада је само три искористило ову могућност, и то Белорусија, Иран и Саудијска Арабија. Rachel Tan, “Investor-State Arbitration Meets Mediation: The Singapore Convention on Mediation as Game-Changer”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2020, [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/09/29/investor-state-arbitration-meets-mediation-the-singapore-convention-on-mediation-as-game-changer/#:~:text=The%20Singapore%20Convention%20on%20Mediation%20entered%20into%20force%20on%202012,mediation%20for%20two%20main%20reasons.](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/09/29/investor-state-arbitration-meets-mediation-the-singapore-convention-on-mediation-as-game-changer/#:~:text=The%20Singapore%20Convention%20on%20Mediation%20entered%20into%20force%20on%202012,mediation%20for%20two%20main%20reasons.,), 11. април 2022.

⁹²³ *Ibid.*; Mushegh Manukyan, “Singapore Convention Series: A Call For A Broad Interpretation Of The Singapore Mediation Convention In The Context Of Investor-State Disputes”, *Kluwer Arbitration Blog* 2019, <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/10/singapore-convention-series-a-call-for-a-broad-interpretation-of-the-singapore-mediation-convention-in-the-context-of-investor-state-disputes/>, 11. април 2022.

⁹²⁴ Daniel Weinstein, Mushegh Manukyan, “Making Mediation More Attractive for Investor-State Disputes”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/03/26/making-mediation-more-attractive-for-investor-state-disputes/>, 11. април 2022.

⁹²⁵ K.J. de Graaf, A.T. Marseille, and H.D. Tolsma, 591–592.

односа.⁹²⁶ Аутори који су се бавили разлозима популаризације медијације у јавноправним оквирима, указују на то да их не треба тражити у „наметнутој“, већ „спонтаној“ хармонизацији до које је дошло услед уочених проблема са конвенционалним методама решавања управних спорова и потенцијала медијације да понуди адекватна решења – о чему ће нешто касније бити више речи.⁹²⁷

Ипак, питање медијабилности управних спорова још увек је осетљиво. Подсећања ради, као и арбитрабилност која је претходно обрађена, и медијабилност представља подобност одређеног спора да буде решаван посредством медијације. Такође, и медијабилност се може поделити на *субјективну* и *објективну*, у зависности од тога да ли се ова подобност цени на основу категорија странака и њихове способности да учествују у медијацији (у првом случају) или зависи од природе спора (у потоњем случају).⁹²⁸ Још једна сличност између ових концепата се огледа у чињеници да државе у зависности од правно-политичких, економских и других унутрашњих разлога, саме одређују који спорови ће бити медијабилни, а који стављени у искључиву надлежност домаћих судова.

Упоредно-правно гледано, решења су различита. Студија спроведена на нивоу ЕУ с циљем да испита заступљеност медијације у односу на судске поступке, стање и ефекте преношења Директиве 2008/52/ЕЗ о одређеним аспектима медијације у грађанским и трговинским стварима, показује да нешто мање од половине држава чланица у својим правним системима омогућава прибегавање алтернативним механизмима решавања управних спорова, укључујући и медијацију.⁹²⁹ Међу њима су Немачка (која нема ограничења у погледу спорова који су медијабилни), Чешка (начелно је допуштена у свим споровима, осим у тачно одређеним, међу којима нису управни спорови), Шпанија, Кипар, Холандија, Пољска, Француска, Луксембург, Летонија.⁹³⁰ Разлог томе је чињеница да је један од услова прибегавања медијацији слободно располагање предметом спора, што ће бити случај превасходно у приватноправним споровима, као што су трговински спорови и други слични спорови који су у вези са комерцијалном (пословном) сарадњом између странака, затим из области права осигурања, радноправним споровима, споровима из породичних односа, па и појединим споровима из области права интелектуалне својине.⁹³¹

Поред тога, проблем представља и чињеница да су обележја медијације, која уједно представљају и њену највећу предност у односу на судско (и арбитражно) решавање спорова, у директној колизији са основним постулатима управног права. Најпре, јавни интерес који прожима спорове у којима је једна од страна орган јавне власти, доводи до окрњене аутономије воље и, самим тим, доводи у питање могућност слободног располагања предметом спора.⁹³² С друге стране, осим што сужава „маневарски простор“ органима управе, јавни интерес(и) представља(ју) вредност за себе, чије остварење и заштита могу бити доведени у питање у поступку медијације, чија успешност подразумева својеврсне компромисе на обе стране.

⁹²⁶ М. Јовановић (2020), 180; Г. Кнежевић, В. Павић, 226.

⁹²⁷ Sophie Boyron, “Mediation in Administrative Law: The Identification of Conflicting Paradigms”, *European Public Law*, Vol. 13, 2/2007 (у даљем тексту цитирано као: S. Boyron 2007a), 282.

⁹²⁸ N. Petrović Tomić, 484.

⁹²⁹ European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions COM(2019) 198/2, The 2019 EU Justice Scoreboard*, Luxembourg 2019 (у даљем тексту цитирано као: The 2019 EU Justice Scoreboard), 29, 42.

⁹³⁰ DG for Internal Policies, *Rebooting the Mediation Directive*, 16–72.

⁹³¹ Н. Вујичић, 105–112.

⁹³² K.J. de Graaf, A.T. Marseille, and H.D. Tolsma, 596–597.

Још један „кочничар“ дискреционих овлашћења органа управе, представља начело законитости. Конкретно, органи управе су дужни да поступају у складу са законом, што укључује и доношење (управних) аката, као и могућност њиховог уклањања или измене. Насупрот томе, медијација као креативан процес захтева и извесну флексибилност свих учесника у том поступку, како би била успешна.⁹³³ Из потоњег произлази и да се сваки поступак медијације прилагођава потребама конкретног спора, што значи да ће и исход зависити од околности случаја. То је у директној колизији са начелом предвидивости и заштите легитимних очекивања на којима се темељи управно право, а које подразумева да органи управе само изузетно одступају од своје раније праксе у истим или сличним предметима, као и да такво одступање морају посебно да образложе.⁹³⁴

Следећи проблем произлази из начела поверљивости (енг. *confidentiality*), које учесницима поступка медијације треба да обезбеди атмосферу поверења, без бојазни да ће предмет заједничких разговора бити употребљен против њих у судском или другом правном поступку. Поверљивост поступка медијације у директном је сукобу са принципом *транспарентности* рада управе и, уопште, јавног сектора.⁹³⁵ Транспарентност у начину одлучивања и трошењу јавних средстава, предуслов је за успостављање и утврђивање одговорности органа управе и неизоставни елемент контроле над њеним радом, како од других надлежних органа и тела, тако и од шире јавности.⁹³⁶

Надаље, релевантна литература као додатни разлог неспојивости медијације и управних спорова наводи чињеницу да би се на тај начин могла повредити права трећих лица, која нису учесници спора, али на које одлуке органа управе и те како имају утицаја.⁹³⁷ С друге стране, има аутора који истичу да се управо на питању заштите права и правних интереса трећих лица види предност медијације у односу на судско или арбитражно решавање спорова, будући да њена неформалност омогућава учешће и лицима која у потоњим поступцима не би имала одговарајућу активну легитимацију.⁹³⁸ Штавише, истиче се да је овај механизам погодан да обухвати већи број лица,⁹³⁹ о чему сведочи и пример једне од највећих успешних медијација у Европи, спроведене почетком 2000-их година поводом проширења аеродрома у Бечу.

Наиме, привредно друштво које управља аеродромом у Бечу (*Flughafen Wien AG*), крајем 90-их година прошлог века планирало је проширење аеродрома, изградњом треће аеродромске писте, и интензивирање авио-саобраћаја. С обзиром на то да су се грађани који станују у околини аеродрома побунили због буке и утицаја који би пројекат таквих размера могао да има по животну средину, 2000-е године је отпочет поступак медијације у којем је учествовало преко 50 учесника. Биле су заступљене све релевантне интересне групе – представници аеродрома, локални политички лидери и органи управе, представници удружења грађана и канцеларије Омбудсмана за заштиту животне средине (који игра улогу медијатора између представника власти, управних органа, шире јавности и цивилног сектора). Поред главних учесника, били су укључени и релевантни експерти ради давања неопходних стручних мишљења. Медијација је окончана 2005. године, потписивањем правно обавезујућег споразума, којим су били задовољни сви учесници. Истиче се да је исход медијације имао далекосежне

⁹³³ *Ibid.*

⁹³⁴ *Ibid.*, 597–598.

⁹³⁵ *Ibid.*, 598–599.

⁹³⁶ S. Boyron (2007a), 287–288.

⁹³⁷ K.J. de Graaf, A.T. Marseille, and H.D. Tolsma, 597.

⁹³⁸ Kun Fan, “Mediation of Investor–State Disputes: A Treaty Survey”, *Journal of Dispute Resolution*, Vol. 2/2020, 331.

⁹³⁹ UNCITRAL Legislative Guide PFI, 178.

последнице по успостављање поверења између представника локалних власти и органа управе с једне, и грађана и њихових организација, с друге стране.⁹⁴⁰ Као кључни „рецепти за успех“ наводе се: (1) дизајнирање медијације на начин да се унапред остави могућност да се појаве нове теме, као и да се у сваком тренутку могу прикључити нови учесници, под јединим условом да су заинтересовани за питања која су централна у поступку медијације; (2) обезбеђивање форума за (неформалну) дискусију, у виду интернет платформе, која омогућава и праћење резултата након окончане медијације; (3) транспарентност читавог поступка и доступност целокупне документације и релевантних информација (за те потребе је успостављен веб сајт); (4) ангажовање научних експерата; (5) правила поступка морају да буду унапред одређена и прецизна, уз извесну флексибилност и могућност свих учесника да се о њима изјасне; (6) представљање свих релевантних интересних група и (7) учешће локалних органа власти.⁹⁴¹

Најзад, као значајна препрека примени медијације (али и других метода „пријатељског“ решавања спорова), у споровима између органа управе и појединаца, појављује се и асиметрија учесника спора, односно ангажованих интереса.⁹⁴² Како је, међутим, један од принципа медијације једнакост/равноправност страна које у њој учествују, поједини аутори ову технику решавања спорова и управно право виде као *contradictio in adiecto*.⁹⁴³ Ипак, сматрамо да овај аргумент нема тако чврсте темеље и да свакако не спречава прибегавање медијацији. Због чега? Наиме, чињеница је да по природи ствари, не могу бити на потпуно равноправној основи јавни и приватни интереси, па самим тим и њихови представници. Међутим, ова асиметрија из управног поступка се већ у редовној судској контроли управне активности – управном спору – исправља, будући да су странке у управном спору равноправне. Штавише, у неким правним системима као што је наш, иницијална асиметрија се „прелама“ у корист странке, с обзиром на то да орган не може тужбом да покрене управни спор.

Слично као и у погледу арбитраже (вид. одељак 3.3.1.1), управо је институт управних уговора, као и веће учешће приватног сектора у пружању јавних услуга, „уздрмало“ основе оваквом, традиционалном схватању односа органа управе и приватних субјеката.⁹⁴⁴ Штавише, спорови из управних уговора који, како смо видели, „једном ногом“ стоје на терену приватног (грађанског) права и поред правничког, изискују знање и вештине из других области, услед чега можемо да закључимо да су на неки начин и „наметнули“ примену медијације (и других алтернатива судском решавању спорова). Стога не чуди што је прописивање или уговарање медијације за решавање грађевинских спорова или спорова који се тичу великих инфраструктурних пројеката (вид. одељак 2.3.1 пете главе дисертације), али и у области јавних набавки (и то како у погледу спорова у фази поступка набавке, тако и након доношења одлуке о додели уговора, односно закључења уговора о јавној набавци одређеном привредном субјекту)⁹⁴⁵ – све учесталија пракса у упоредном праву. Примера ради, у Грчкој покушај разрешења спора медијацијом је претходни корак у односу на покретање поступка пред другостепеним управним судом.⁹⁴⁶ Осим тога, као пример добре праксе у овој области наводе се Француска (вид. одељак 1.4.2.1 у оквиру пете главе) и

⁹⁴⁰ André Gzásó, Alfred Brezansky, “The Vienna airport mediation: point of view of the Vienna Ombuds-Office for Environmental Protection”, *Int. J. Risk Assessment and Management*, Vol. 12, 1/2009, 116.

⁹⁴¹ *Ibid.*, 114–115.

⁹⁴² K.J. de Graaf, A.T. Marseille, and H.D. Tolsma, 595–596.

⁹⁴³ *Ibid.*

⁹⁴⁴ S. Boyron (2007a), 282–283.

⁹⁴⁵ European Commission, E-library of public procurement good practices, https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/how/improving-investment/public-procurement/e-library, 22. август 2022.

⁹⁴⁶ The 2019 EU Justice Scoreboard, 29.

Холандија. У потоњем случају, 2013. године је при Министарству за економске послове установљено независно и непристрасно тело – Комисија стручњака за тендере (енг. *Commission of Tender Experts*) – које игра улогу медијатора ради пријатељског разрешења спорова између наручилаца и привредних субјеката, али и својеврсног арбитра у таквим споровима, будући да може да доноси и правно-необавезујуће одлуке.⁹⁴⁷ Комисија се састоји из само три члана – председавајућег, његовог заменика и члана који је уједно и правник – док се у раду ослања на секретаријат и велики број експерата из најразличитијих области, што је значајно имајући у виду широк спектар сектора у којима се спроводе јавне набавке.⁹⁴⁸ Досадашње искуство показује да је највећи број спорова са којима се Комисија сусретала био у вези са критеријумима оцене понуда и доделе уговора, техничким спецификацијама и одлукама о додели уговора.⁹⁴⁹

Такође, Комисији су се претежно обраћала мала и средња предузећа, што указује на прву предност медијације у оваквој врсти спорова, а то је приступачност привредним субјектима којима је судски или други, специјализовани механизам правне заштите недовољно приступачан.⁹⁵⁰ Осим тога, као предности медијације наводе се и умањење трошкова и административног оптерећења наручилаца, али и привредних субјеката који се надмећу, затим уштеда времена, потенцијал да се унапреде односи између органа управе који спроводе набавке и привредних субјеката, као и унапређење ефикасности и професионализације целокупног система набавки (чему посебно доприносе одлуке/споразуми донети у поступку медијације, када се објаве).⁹⁵¹ У контексту спорова из грађевинске материје се наводи још једна предност медијације у односу на судско решавање спорова, а то је „креативни амбијент“ који омогућава проналажење решења које је прилагођено конкретном спору, као и простор да се за медијатора ангажује лице које поседује неопходно техничко и уско стручно знање из области у којој је уговор закључен.⁹⁵²

Истовремено, поједини аутори упозоравају да би медијација могла да буде погодан и поуздан механизам решавања спорова из управних уговора који се тичу престанка дејства/важења тог уговора, али само уколико то није последица неиспуњења уговорне обавезе, односно неког другог пропуста (кривице) на страни приватног саговорача јер би супротно било на уштрб јавног интереса.⁹⁵³ Таквим ситуацијама би, истиче се, требало приступити пажљиво и појединачно, на основу спроведене *cost-benefit* анализе.⁹⁵⁴

Анализирајући искуства појединих држава чланица ЕУ, Бојрон (*Boyron*) закључује да медијација не представља правни трансплант, нити је наметнута „одозго“, односно од стране ЕУ или СЕ. Наиме, Директива 2008/52/ЕЗ о одређеним аспектима медијације у грађанским и трговинским стварима није намењена примени у управним споровима (иако то не спречава државе чланице да њене одредбе прошире и на ове спорове). Осим тога, већ поменути Препорука (2001) 9 Комитета министара СЕ ограниченог је

⁹⁴⁷ European Commission, E-library of public procurement good practices, https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/how/improving-investment/public-procurement/e-library, 22. август 2022.

⁹⁴⁸ *Ibid.*

⁹⁴⁹ *Ibid.*

⁹⁵⁰ *Ibid.*

⁹⁵¹ *Ibid.*

⁹⁵² Maria R. Lamari, “The Role of Alternative Dispute Resolution in Government Construction Contract Disputes”, *Hofstra Law Review*, Vol. 23, 1/1994, 223.

⁹⁵³ Dacian C. Dragos, Bogdana Neamtu, Raluca Suci, “The Dynamic of Administrative Appeals and Other ADR Tools in Romania”, *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law* (eds. D. C. Dragos, B. Neamtu), Springer, Berlin – Heidelberg 2014, 449.

⁹⁵⁴ *Ibid.*

домашаја, будући да нуди корисна, али правно необавезујућа решења. Стога Бојрон сматра да су управо бенефити медијације (посебно у односу на судске поступке) заслужни за њену све ширу популарност, укључујући и на терену управних спорова. Тако, ова ауторка указује на то да омогућавањем грађанима да активно учествују у преговорима са органима управе, они стичу и веће поверење у управу и боље могу да разумеју „њену позицију“.⁹⁵⁵ Штавише, она има предности и за јавни сектор, будући да омогућава предупредивање судских поступака, па самим тим и уштеду времена и рационалније трошење (и уштеду) јавних ресурса.⁹⁵⁶

3.3.3 Поравнање

Поравнање (енг. *settlement*, фр. *transaction*) представља једну од најстаријих техника решавања спорова, чију суштину најбоље описује Балзакова мисао да је „лоше поравнање боље од доброг суђења“.⁹⁵⁷ Дакле, основна идеја поравнања између страна у спору јесте да се избегне вођење дуготрајних, скувих и неизвесних судских поступака.⁹⁵⁸

У својој суштини, поравнање представља споразум страна у спору око разрешења предмета спора, који садржи „узајамне уступке“.⁹⁵⁹ Правна природа споразума о поравнању, пак, разликује се од једног до другог правног система који овај институт познаје и регулише. Решења варирају од његовог квалификовања као правно необавезујућег споразума, преко уговора облигационог права,⁹⁶⁰ управног уговора,⁹⁶¹ па све до саставног дела управног или судског акта.⁹⁶²

При томе, споразум о поравнању може бити резултат *непосредних* или *директних* преговора између страна у спору, али и *посредних* преговора уз учешће трећег, непристрасног лица, као што је судија, арбитар, медијатор, миритељ (концилијатор) и др.⁹⁶³ У првом случају, поравнање углавном претходи вођењу судског, управног, арбитражног или другог поступка решавања спорова, због чега има важну *превентивну* улогу.⁹⁶⁴ Међутим, стране у спору се могу поравнати и у склопу судског или другог поступка, у ком случају ће се даље вођење иницијалног поступка окончати након успешно закљученог поравнања (углавном на основу одлуке управног органа, суда, арбитражног суда или др.).⁹⁶⁵

У стручној литератури се истиче значајна разлика у циљевима и правном дејству закљученог споразума о поравнању, у зависности од тога да ли се закључује пре или током неког другог правно уређеног поступка. Наиме, уколико се закључује независно од судског (тзв. *вансудско* поравнање), управног или др. поступка, представља само вид материјалног разрешења спора. Последично, тако закључен споразум о поравнању не може принудно да се изврши, а правна заштита у случају да једна од страна не поступи у складу са договореним зависи од правне природе тог споразума.⁹⁶⁶

⁹⁵⁵ S. Boyron (2007a), 281–282.

⁹⁵⁶ *Ibid.*, 282.

⁹⁵⁷ L. Cadiet, T. Clay, 93.

⁹⁵⁸ *Ibid.*, 94.

⁹⁵⁹ Г. Кнежевић, В. Павић, 219.

⁹⁶⁰ L. Cadiet, T. Clay, 94; Вид. одељак 3.3.2 (ii) пете главе дисертације.

⁹⁶¹ Вид. одељак 2.2.2 друге главе докторске дисертације.

⁹⁶² Вид. одељак 2.3.2 пете главе дисертације.

⁹⁶³ Г. Кнежевић, В. Павић, 219.

⁹⁶⁴ *Ibid.*, 220.

⁹⁶⁵ *Ibid.*

⁹⁶⁶ *Ibid.*

Ако је поравнање закључено у оквирима неког другог поступка, споразум о поравнању истовремено представља вид формално-процесног и материјалног разрешења спора. Предност оваквог поравнања је у томе што се, с једне стране, окончава поступак који је у току (у целини или делимично, у погледу питања око којих су се странке поравнале) и, с друге стране, што правилно сачињено поравнање представља извршну исправу и подлеже начелу (коначности) и правоснажности – чиме се обезбеђује правна сигурност. Наравно, уколико је споразум о поравнању у формалном и садржинском смислу у складу са условима који произлазе из принудних прописа.⁹⁶⁷

Слично као и са питањем арбитрабилности и медијабилности спорова, ни поравнање није погодан (нити допуштен) механизам за све врсте спорова. Један од главних услова да би стране у спору могле да закључе поравнање јесте могућност слободног располагања предметом спора.⁹⁶⁸ Природно, то ће најчешће бити случај у споровима у којима су ангажовани приватни интереси. Стога се у контексту теме нашег истраживања поставља питање допуштености и адекватности поравнања у споровима у којима су ангажовани јавни интереси, односно споровима у којима је једна од страна орган јавне власти. Упоредна решења су различита и о њима ће, у светлости француског (вид. одељак 1.4.2.2), немачког (вид. одељак 2.3.2) и српског права (вид. одељак 3.3.2 [ii]) бити више речи у петој глави докторске дисертације. Ипак, на основу исте логике из делова посвећених арбитражи (3.3.1.1) и медијацији (3.3.2.1), чини се да је најшири простор за овај вид разрешења спорова са примесам јавног интереса у материји управних уговора (како оних који у одређеном правном систему имају правну природу облигационих, тако и тамо где се сматрају јавноправним уговорима/инструментима).

На крају овог одељка, а у контексту спорова између органа јавне власти и приватних субјеката, неопходно је скренути пажњу и на посебне одредбе посвећене поравнању из Препоруке Комитета министара СЕ (2001) 9. У Препоруци се истиче да, осим уколико није друкчије прописано, органи управе не смеју да прибегавају склапању поравнања како би избегли своје законске обавезе (III 3 [i]).⁹⁶⁹ Осим тога, предвиђа се да, државни (јавни) службеници и друга овлашћена лица, морају меродавним прописима да буду опремљена адекватним овлашћењима за склапање поравнања (III 3 [ii]), што представља битан услов пуноважности таквог споразума и, последично, правне сигурности и поверења приватних субјеката у органе управе.

3.3.4 Ангажовање стручњака

У пракси западноевропских држава, ради ефикаснијег решавања спорова у различитим привредним секторима, све чешће се ангажују независни и неутрални стручњаци који поседују неопходно експертско знање из те области – инжењери (грађевине, информатике и др.), економисти, технолози и други.⁹⁷⁰ У упоредном праву и теорији, ова установа се јавља у различитим модалитетима и под различитим називима – *expert determination*, *neutral evaluation*, *validation*, *Schiedsgutachten* и др.⁹⁷¹ Терминологија варира и у стручној литератури на српском језику, па тако наилазимо на термине *вештачење*, *одлука вештака*, *ангажовање експерата* и др.⁹⁷² Ми смо се определили за термин „ангажовање независног стручњака“ јер сматрамо да је довољно

⁹⁶⁷ *Ibid.*

⁹⁶⁸ *Ibid.*, 219; L. Cadiet, T. Clay, 94.

⁹⁶⁹ Ово нас подсећа на забрану „бега у приватно право“ из немачког права. Вид. одељак 1.2.3 (i) друге главе.

⁹⁷⁰ М. Станивуковић (2013), 42.

⁹⁷¹ *Ibid.*, 43–44.

⁹⁷² *Ibid.*, 43 фн. 92; Г. Кнежевић, В. Павић, 252–254.

широко постављен да обухвати све поменуте модалитете, као и да одговара самој суштини овог механизма.

Правни основ, као и сви остали елементи у вези са поступком ангажовања и одлучивања стручњака за потребе конкретnog спора, у највећем броју случајева је уговор између страна у спору. Међутим, поједине државе, као што су Белгија и Холандија, поред тога имају и посебне прописе посвећене овом механизму.⁹⁷³ У Енглеској и Велсу који припадају англосаксонској правној традицији и где су веома заступљени методи решавања спорова на основу механизма дефинисаних самим уговором између страна у спору, судови су чак на основу богатог искуства са овим механизмом, развили и одређене принципе у складу са којима тумаче одлуке стручњака и уговорне одредбе којима се трећем лицу (стручњаку) поверава решавање спорова, а који представљају додатни извор права у овој материји.⁹⁷⁴ Као пример таквих принципа, наводе се застој судског поступка који је у току, уколико постоји (пуноважна) одредба уговора о ангажовању стручњака; затим обавеза страна у спору да сарађују у правцу омогућавања ангажованом стручњаку да донесе одлуку (нпр. обавеза достављања документације неопходне за доношење одлуке) или принцип по којем ће суд одбити да својом одлуком омогући извршење одлуке стручњака уколико је он прекорачио своја овлашћења, поступао супротно уговорним одредбама или је одлуку донело неко друго лице, а не ангажовани стручњак.⁹⁷⁵

Уколико је стручњак ангажован на основу уговора закљученог са странама у спору, уговором се регулишу сва релевантна питања у вези са неопходним квалификацијама тог лица, евентуалним условима да стручњак буде независан и непристрасан, врсте и опсег његових овлашћења (да ли решава чисто техничка и/или и спорна правна питања), као и сва друга питања у вези са поступком доношења одлуке која стране у спору сматрају релевантним.⁹⁷⁶ Једно од таквих питања је правно дејство донете одлуке. Наиме, експертска одлука биће обавезујућа за стране у спору само ако је тако предвиђено уговором, у супротном, имаће само саветодавно дејство.⁹⁷⁷

Чак и када је обавезујућа за стране у спору, одлука независног стручњака нема дејство пресуђене ствари, као што је случај са судском или арбитражном одлуком. У случају да се једна страна не „повинује“ тако донетој одлуци, друга може да покрене одговарајући механизам решавања спорова (поступак пред судом, арбитражу или др.), већ у зависности од тога шта је претходно уговорено, односно прописано.⁹⁷⁸

У стручној литератури се као једна од разлика између ангажовања стручњака и арбитраже (која се, сматрамо, може применити и уколико овај механизам поредимо са судским решавањем спорова) издваја узак круг разлога из којих је могуће побијати одлуку стручњака у одговарајућем правном поступку.⁹⁷⁹ Они могу бити предвиђени позитивноправним прописима, модел-правилима донетим под окриљем одговарајуће међународне организације, као и самим уговором. Ипак, неретко се дешава да нису експлицитно прописани. Поред тога, треба истаћи да се постојање неког од услова за

⁹⁷³ Crenguta Leaua, “Independence and Impartiality of Experts in Expert Determination Proceedings”, *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (eds. F.J.M. De Ly, P.-A. Gélinas), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 15, Kluwer Law International/International Chamber of Commerce (ICC), 2017, 55.

⁹⁷⁴ Clive Freedman, “Expert Determination”, *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (eds. F. J. M. De Ly, P.-A. Gélinas), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Vol. 15, Kluwer Law International/International Chamber of Commerce (ICC) 2017, 28.

⁹⁷⁵ *Ibid.*

⁹⁷⁶ *Ibid.*; UNCITRAL Legislative Guide PFI, 179.

⁹⁷⁷ Г. Кнежевић, В. Павић, 253.

⁹⁷⁸ М. Станивуковић (2013), 43–44.

⁹⁷⁹ C. Freedman, 34.

побијање одлуке вештака испитује од случаја до случаја, у светлости свих специфичних околности. Тако, као потенцијални разлози се могу издвојити прекорачење овлашћења од стране стручњака, одступање од материјалних одредаба уговора, доношење погрешне одлуке о предмету спора, доношење неправедне/неправичне одлуке, одговорност стручњака због непажње или повреде уговора и др.⁹⁸⁰

Ангажовање стручњака треба разликовати од вештачења које представља доказно средство у другим правним поступцима (управним, судским или арбитражним) – посебно када се исти термин употребљава у оба случаја. Такође, разлика у односу на правне поступке лежи у дејству одлуке независног стручњака, тачније њеној правној необавезности. Дакле, неопходно је да буде потврђена од стране државног или арбитражног суда, како би била принудно извршена.⁹⁸¹

Овај механизам нарочито је заступљен у грађевинској индустрији, ради решавања спорова који се тичу строго техничких питања у вези са великим инфраструктурним пројектима, посебно у фази изградње.⁹⁸² Такође, није стран ни уговорним аранжманима који почивају на управним уговорима нпр. уговорима о концесији за (јавне) радове. Штавише, ангажовање нпр. инжењера који ће испитати саобразност изведених радова са одредбама уговора или техничким спецификацијама сматра се нарочито корисним у случају када у погледу тога постоји спор између концесионара и органа јавне власти као концедента, а за реализацију (додатних) радова је неопходна претходна сагласност органа.⁹⁸³ У стручној литератури се, ипак, указује на то да приликом уговарања овог механизма треба имати у виду да није увек могуће повући знак једнакости између уговора о грађењу у приватном сектору и оних између органа управе и приватног саговорача, као и споровима који из њих могу да произађу.⁹⁸⁴ Као пример се наводе спорови око висине плаћања извођачу радова за количину стварно изведених радова, који су чести у уговорима о изградњи, док с друге стране нису типични за односе између наручиоца и концесионара, с обзиром на начин на који се код уговора о концесији одређује и исплађује накнада концесионару.⁹⁸⁵

3.3.5 Одбори за спорове (енг. *Dispute Boards*)

Одбори за спорове (енг. *Dispute Boards*) представљају још једну алтернативу судским (али и арбитражним) поступцима и упркос томе што се везују за грађевинску индустрију за чије потребе су и креирани, овај механизам је погодан „код свих уговора који подразумевају дужи рок и могућност избијања вишекратних спорова у току извођења подухвата“.⁹⁸⁶ Станивуковић их назива алтернативним механизмима решавања спорова „у успону“.⁹⁸⁷ Податак да већина међународних финансијских институција (нпр. Европска банка за обнову и развој – *EBRD*, Светска банка – *World Bank*⁹⁸⁸ и др.), финансирање одређених великих инфраструктурних пројеката

⁹⁸⁰ *Ibid.*, 31–35.

⁹⁸¹ М. Станивуковић (2013), 43.

⁹⁸² UNCITRAL Legislative Guide PFI, 179–180.

⁹⁸³ *Ibid.*, 180.

⁹⁸⁴ *Ibid.*

⁹⁸⁵ *Ibid.*

⁹⁸⁶ М. Станивуковић (2013), 47.

⁹⁸⁷ *Ibid.*, 44–45.

⁹⁸⁸ Светска банка је од 1995. године увела уговарање решавања спорова посредством одбора као предуслов за финансирање свих пројеката чија вредност прелази одређени новчани износ (иницијално 50 милиона америчких долара, после је смањено на 10). Christopher R. Seppälä, *Fidic and Dispute Adjudication Boards (DAB(s)), International Federation of Consulting Engineers*, 2015, 8. доступно на: <https://fidic.org/sites/default/files/webinar/PresentationCSeppFIDICandDisputeAdjudicationBoards.pdf>, 25. август 2022.

условљава уношењем одредбе о решавању спорова посредством одбора, говори о успеху овог механизма.⁹⁸⁹ Према неким проценама, ефикасност одбора за спорове, која се огледа у спречавању да спорови доспеју до арбитраже или суда, износи између 95 и 98%.⁹⁹⁰

Одбори за спорове, као уосталом и многи други алтернативни механизми решавања спорова, воде порекло из САД-а, где су и данас најзаступљенији. Обликовани су кроз праксу почетком 70-их година прошлог века, када је постало јасно да је дотадашњи начин судског решавања грађевинских пројеката постао неодржив.⁹⁹¹ Наиме, такви пројекти који су се обично закључивали на дуги низ година, посебно уколико су се тицали изградње или одржавања јавне инфраструктуре, били су исувише комплексни, скупи и „технички“, што је водило дуготрајним и скупим споровима и, на крају, утицало на ефикасну благовремену реализацију пројеката.

Иако постоје у различитим облицима (о чему ће нешто касније бити више речи), постоји неколико суштинских обележја која су заједничка свим одборима. Прво, одбор представља тело које саме уговорне стране „креирају“ за потребе конкретног пројекта, ради праћења реализације читавог пројекта од самог почетка и како би предупредио будуће, односно разрешио настале спорове. Друго, поступак пред одбором је изузетно флексибилан и „прилагодљив“ потребама конкретног спора и далеко је неформалнији од судског или арбитражног поступка, а слично многим другим алтернативним механизмима, странкама се гарантује поверљивост. То је логична последица чињеница да правила поступка утврђују или саме странке уговором, или се ослањају на већ утврђена правила арбитражних и других међународних/националних институција и стручних удружења.⁹⁹²

Трећа битна одлика овог механизма је везана за квалификације чланова одбора. Наиме, као и код свих осталих – традиционалних и алтернативних – механизма решавања спорова, неопходно је да је у питању независно, непристрасно и неутрално лице. Међутим, специфичност овог механизма је у томе што се за чланове одређују стручњаци са великим техничким знањем за сектор у којем се уговор реализује (инжењери, правници и др.),⁹⁹³ као и великим искуством.⁹⁹⁴ Ова карактеристика одбора за спорове кључна је за разумевање области у којој се уговор закључује, ангажованих интереса, али и природе насталог спора, у чему је велика предност овог механизма у односу на остале традиционалне и друге алтернативне механизме.

Постоје различите класификације одбора, у зависности од критеријума који се узимају у обзир. Петровић наводи два кључна критеријума: 1) моменат конституисања одбора и 2) врста одлука које одбор доноси.⁹⁹⁵ Према првом критеријуму, разликују се *стални* (енг. *Standing Dispute Board*) од *привремених* или *ad hoc* одбора. Као што им и

⁹⁸⁹ М. Станивуковић (2013), 44–45. У том контексту, Станивуковић указује на то да се „[и]зносе (се) процене да чак 98 % питања која се изнесу на решавање одборима буду и решена, односно никада не стигну на арбитражу, тј. суђење.“ *Ibid.*, 45 фн. 99.

⁹⁹⁰ *Ibid.*

⁹⁹¹ Први такав одбор везује се за пројекат изградње тзв. Ајзенхауеровог тунела. Paul-A. Gélinas, “Introductory Remarks”, *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (eds. F. J. M. De Ly, P. -A. Gélinas), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 15, Kluwer Law International/ International Chamber of Commerce (ICC), 2017, 7-9. Први међународни пројекат у којем је овај механизам уговорен био је пројекат за изградњу *El Cajón* бране у Хондурасу, 1981. године. С. R. Seppälä, 8.

⁹⁹² Милена Петровић, „Одбор за разматрање/решавање спорова: Још једна алтернатива државним судовима“, *Ревизија Копаоничке школе природног права*, 2/2020, 104.

⁹⁹³ Р. А. Gélinas, 8.

⁹⁹⁴ М. Петровић, 103.

⁹⁹⁵ *Ibid.*, 105–110.

сам назив каже, стални се формирају на самом почетку пројекта и прате његов целокупан „животни век“, док се привремени одбори формирају тек по избијању конкретног спора.⁹⁹⁶ Слажемо се са ставовима изнетим у стручној литератури, да пуни потенцијал овај механизам може да испољи само или, макар, претежно уколико се конституише као стални одбор. Наиме, чланови одбора у том случају периодично обилазе „терен“ (градилиште и др.), проучавају документацију и састају се са представницима обе уговорне стране, што им омогућава да у раној фази препознају потенцијални проблем и да помогну странкама да га разреше пре него што прерасте у спор. У другом случају, привремени одбор можда може ефикасно да реши настали спор, али се губи потенцијал за превентивно деловање, као велика предност овог механизма. Оно што је свакако предност друге у односу на прву врсту одбора је економски фактор, будући да ангажовање стручњака да прати целокупан пројекат свакако више кошта, посебно уколико је реч о дугорочном пројекту.⁹⁹⁷

У зависности од врсте одлука које доносе, разликују се: 1) одбори који дају препоруку за решење спора (*Dispute Review Boards – DRB*); 2) одбори који доносе обавезујуће одлуке (*Dispute Adjudication Boards – DAB*) и комбиновани или мешовити одбори (*Combined Dispute Boards – CDB*).⁹⁹⁸ DRB су изворни облик овог механизма. Његова улога је да након разматрања спора и свих релевантних чињеница, а на основу стручног знања и искуства чланова одбора, донесе необавезујућу препоруку или савет како би спор требало решити. Другим речима, решавање спора је у овом случају у рукама самих странака, док им одбори „[...]могу помоћи[...]да постигну поравнање, јер се у њима заузима јасан стручни став о постављеном чињеничном или правном питању“.⁹⁹⁹ Странкама се оставља одређено време да одлуче да ли ће се сагласити са препоруком, а њихова сагласност може да се исказе изричито (писаним путем) или прећутно. У другом случају, сматра се да је сагласност дата уколико „ниједна од њих у предвиђеном року није изразила незадовољство њеним садржајем или није изричито одбила решења која су препоруком предложена“.¹⁰⁰⁰ Поступак пред овом врстом одбора комбинује позитивне стране механизма мирног решавања спорова, будући да има велики потенцијал да делује превентивно, са стручном помоћи коју странама у спору пружају чланови одбора својим мишљењем/препоруком. Високи проценат поштовања препорука одбора у пракси, говори о ефикасности овог механизма и угледу коју одбори уживају међу пословним партнерима.¹⁰⁰¹

С друге стране, DAB доносе обавезујуће одлуке које би уговорне стране, ако су се тако претходно споразумеле, требало да поштују и без одлагања изврше. Одлуке треба да буду образложене.¹⁰⁰² Најзад, CDB су уведени 2004. године на препоруку Међународне трговинске коморе (енг. *International Chamber of Commerce – ICC*; у даљем тексту: МТК),¹⁰⁰³ њеним правилима (енг. *ICC Dispute Board Rules*).¹⁰⁰⁴ Њихова улога је да доносе препоруке, али уколико странке то траже или одбор закључи да је

⁹⁹⁶ *Ibid.*, 106.

⁹⁹⁷ *Ibid.*, 106–107. Међутим, ова ауторка предочава и гледишта из стручне литературе да би за пројекте мање вредности требало ангажовати искључиво *ad hoc* одборе, као економски исплативије решење.

⁹⁹⁸ М. Станивуковић (2013), 107–110.

⁹⁹⁹ *Ibid.*, 46.

¹⁰⁰⁰ М. Петровић, 107.

¹⁰⁰¹ Robert Hunt, “Dispute Resolution Boards”, NADRAC Conference September 2003, *The Arbitrator & Mediator*, vol. 23, 2/2004, 4.

¹⁰⁰² Nicholas Gould, “Enforcing a Dispute Board’s decision: issues and considerations”, Introduction to International Adjudication, FIDIC Middle East Conference, 13. доступно на: <https://www.fenwickelliott.com/research-insight/articles-papers/enforcing-dispute-board%E2%80%99s-decision-issues-and-considerations-0>, 4. јул 2022.

¹⁰⁰³ М. Станивуковић (2013), 47.

¹⁰⁰⁴ М. Петровић, 109.

неопходно, доносе и обавезујуће одлуке.¹⁰⁰⁵ Тако, уколико једна од страна то захтева, а друга се не противи, CDB ће донети одлуку. Уколико се једна страна томе противи, одбор разматра да ли ће донети необавезујуће мишљење/препоруку или одлуку, у зависности од тога

*да ли би одлука због ургентности случаја или другог разлога омогућила извршење уговора или спречила губитак или штету коју би странке претрпеле; да ли би спречила раскид уговора или, да ли је одлука неопходна као доказ.*¹⁰⁰⁶

У пракси су уобичајени трочлани одбори за спорове, док су једночлани одбори применљиви код мањих пројеката, будући да генеришу мање трошкове.¹⁰⁰⁷ Веома блиско моделу са једним чланом је и концепт саветника за решавање спорова (енг. *Dispute Resolution Advisor (DRA)*) који је настао у Хонг Конгу пре отприлике две деценије, одакле је преузет и у другим земљама.¹⁰⁰⁸ DRA је независни експерт, чија улога је да пажљиво прати пројекат и указује уговорним странама на питања која би потенцијално могла да прерасту у спор, с тим што не доноси одлуке нити мишљења/препоруке, већ пружа консултантске услуге.¹⁰⁰⁹

Правила о конституисању одбора за спорове у њиховим различитим облицима, као и сам поступак решавања спорова, није предмет уређења националних законодавстава, као што је то случај са неким другим алтернативним механизмима, као што су медијација или арбитража. У стручној литератури се често може видети да се одбори квалификују као „креација“ или „биће“ уговора (енг. *creature of contract*), што значи да се сва релевантна питања регулишу самим уговором.¹⁰¹⁰ Поред тога, странкама стоје на располагању и различита институционална правила донета под окриљем међународних институција и стручних удружења. Међу најважнијим правилима су већ поменута Правила о одборима за спорове МТК ревидирана 2015. године,¹⁰¹¹ као и модел-правила Међународне федерације инжењера консултаната (фр. *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils – FIDIC*). FIDIC у својим књигама тј. стандардним/типским моделима међународних грађевинских уговора, садржи и вишестепене клаузуле о решавању спорова, које укључују и DAB модел, регулишући како сталне, тако и *ad hoc* одборе.¹⁰¹² FIDIC правила се ограничавају на овај модел, будући да се он ослања на један други алтернативни механизам који је превасходно био у употреби у земљама *common law* система, а који подразумева као први корак у поступку решавања спорова између наручиоца и одабраног понуђача, изношење сваког спорног питања пред инжењера кога ангажује наручилац и који има неопходна техничка знања. Инжењер би требало да донесе непристрасну одлуку, која је предуслов за отпочињање арбитраже (чешће) или судског поступка (ређе). Међутим, овај механизам је полако напуштен, будући да се – оправдано – доводи у питање неутралност одлуке инжењера, кога ангажује и плаћа наручилац.¹⁰¹³ Осим тога, у

¹⁰⁰⁵ М. Станивуковић (2013), 47.

¹⁰⁰⁶ М. Петровић, 109.

¹⁰⁰⁷ The Dispute Resolution Board Foundation, <https://www.drb.org/what-is-a-db>, 4. јул 2021; У стручној литератури је у употреби и термин *Dispute Review Expert* (“DRE”), N. Gould, 9.

¹⁰⁰⁸ The Dispute Resolution Board Foundation, <https://www.drb.org/what-is-a-db>, 4. јул 2021.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*

¹⁰¹⁰ Aceris Law LLC, Dispute Boards and International Construction Arbitration, https://www.acerislaw.com/dispute-boards-and-international-construction-arbitration/#_ftnref31, (07/06/2020.), 6. јул 2021.

¹⁰¹¹ Правила о одборима за спорове Међународне трговинске организације (*ICC Dispute Board Rules*), доступна су на: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/rules/>, 6. јул 2021.

¹⁰¹² Aceris Law LLC, Dispute Boards and International Construction Arbitration, https://www.acerislaw.com/dispute-boards-and-international-construction-arbitration/#_ftnref31, (07/06/2020.), 6. јул 2021.

¹⁰¹³ С. R. Seppälä, 10.

теорији се истиче да је овај модел одбора адекватнији за уговоре (посебно оне са међународним елементом) у којима је једна уговорна страна орган јавне власти, будући да се сматрало да би то обезбедило да се представници органа заиста обавезу на предузимање одређених радњи, односно доношење одређених одлука, с обзиром на то да је пракса показала да су често пасивни по том питању. Осим тога, има схватања и да би решавање спора између јавноправног субјекта и његовог саговорача искључиво на основу препоруке или мишљења, довело у питање легитимитет таквог поступања и створило сумњу у јавности о корупцији.¹⁰¹⁴

Јасно је да правила конкретног поступка пред одговарајућим одбором могу да варирају и умногоме зависе од тога шта су странке уговориле, односно да ли су се и за која институционална правила определиле. Међутим, и на овом месту је могуће извући неке заједничке црте функционисања овог механизма, разуме се, уколико друкчије није предвиђено уговором, односно уговореним институционалним правилима. Пре свега, поступак је далеко мање формализован и много је флексибилнији од судског или арбитражног поступка.¹⁰¹⁵ Да би отпочео, једна од уговорних страна треба другу да обавести о намери покретања поступка пред одбором, слањем писаног обавештења, у којем ће бити назначена најважнија питања која се тичу предмета спора, захтев и сл.¹⁰¹⁶ Уколико није реч о сталном одбору који се формира на самом почетку пројекта, у овој фази би странке требало да се договоре око именовања члан(ов)а одбора, а могу да предвиде и да ће у изостанку договора чланове именовати нека од релевантних институција. Такође, неопходно је да се регулише и питање трошкова поступка пред одбором, који обухватају накнаду (награду) за чланове одбора, као и евентуалне административне трошкове одређене институције као што је нпр. Међународни центар за алтернативно решавање спорова при МТК-и. Уобичајено је да се ова питања регулишу уговором између чланова одбора и странака, а МТК је за те потребе развила и модел уговора.¹⁰¹⁷

Осим тога, веома је важно да се странке договоре око питања која ће изнети пред одбор, односно одређивање његове надлежности, будући да се одбори приликом разматрања спора и одлучивања крећу у границама постављених захтева. Њихова надлежност, начелно, обухвата одлучивање и о чисто техничким, и о правним питањима.¹⁰¹⁸ Међутим, пракса показује да се одбори углавном уздржавају од разматрања правних питања, чак и када их странке изнесу пред одбор.¹⁰¹⁹ Иако је пракса одбора често неконзистентна, има случајева када одбори образложе своју одлуку да не разматрају правна питања, али и оних у којима се правна питања у потпуности игноришу или, чак, погрешно примене меродавно право.¹⁰²⁰ То је, с једне стране, последица чињенице да су у пракси чланови одбора претежно инжењери, док

¹⁰¹⁴ *Ibid.*

¹⁰¹⁵ М. Петровић, 104.

¹⁰¹⁶ Aceris Law LLC, *Dispute Boards and International Construction Arbitration*, https://www.acerislaw.com/dispute-boards-and-international-construction-arbitration/#_ftnref31, (07/06/2020.), 6. јул 2021.

¹⁰¹⁷ International Chamber of Commerce, *Model Dispute Board Member Agreement*, <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/model-dispute-board-member-agreement-english-version/>, 6. јул 2021.

¹⁰¹⁸ Aceris Law LLC, *Dispute Boards and International Construction Arbitration*, https://www.acerislaw.com/dispute-boards-and-international-construction-arbitration/#_ftnref31, (07/06/2020.), 6. јул 2021.

¹⁰¹⁹ Antonio Crivellaro, "Balancing the Contract Terms and Governing Law in the Decision-Making Process by Dispute Boards", *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (eds. F. J. M. De Ly and P. A. Gélinas), *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, Kluwer Law International/International Chamber of Commerce (ICC), Volume 15, 2017, 111–112.

¹⁰²⁰ *Ibid.*

су правници у мањини,¹⁰²¹ али и схватања самих одбора да њихова улога није истоветна државним судовима или арбитражним судовима, те да би странке требало да се обрате тим телима уколико желе разрешење правних питања.¹⁰²² У пракси је забележен случај у којем је приватни сауговарач једнострано раскинуо уговор, због тога што орган није извршио своју обавезу плаћања предмета уговора. Наручилац је истакао да је уговор у питању према националном праву које се на њега примењује, квалификован као управни уговор, што је у конкретном случају значило да приватни субјект не може једнострано да раскине уговор, већ мора да се обрати надлежном суду или да покрене арбитражу, па тек на основу одлуке надлежног судског или арбитражног тела да захтева раскид уговора. DAB пред којим се водио поступак је потпуно игнорисао ове аргументе и донео одлуку у корист приватног сауговарача, одредивши износ који би наручилац требало да плати на име накнаде штете. Ова одлука је касније „пала“ најпре у судском, а касније и у арбитражном поступку.¹⁰²³

Када је реч о одлуци коју доноси DAB, поставља се питање правне природе, обавезности и извршности такве одлуке, с обзиром на то да је не доноси орган јавне власти већ тело конституисано уговором. Гоулд (*Gould*) сугерише да би одговоре требало потражити у самом уговору, материјалном праву којем је уговор подвргнут, као и процесном праву државе седишта надлежног националног или арбитражног суда, односно државе где се одлука извршава.¹⁰²⁴

Што се тиче правне природе одлуке, очигледно је да не може да се поистовети са судском или арбитражном одлуком. Како Гоулд примењује, одлука одбора своју „снагу“ црпи из иницијалног уговора, због чега закључује да је непоступање по одлуци повреда самог уговора. Овај аутор даље поставља питање да ли у том случају незадовољна страна пред надлежним државним или арбитражним судом тражи извршење одлуке одбора или пред то тело износи сам спор? У првом случају, не залази се у меритум одлуке већ се тражи њено (принудно) извршење – што би било примерено у ситуацији када се једна страна није повиновала одлуци, али није ни изразила своје незадовољство одлуком (енг. *notice of dissatisfaction*). У супротном, у покренутом судском/арбитражном поступку ће се (пре)испитати (и) меритум одлуке.¹⁰²⁵

Надаље, за разлику од препоруке, односно мишљења донетог у оквиру DRB модела, одлука DAB је обавезујућа за стране у спору и оне су дужне да по њој поступе без одлагања. Разуме се да је предуслов да одлука буде обавезујућа да се донесе у свему у складу са правилима поступка.¹⁰²⁶ При томе, неспорна је ситуација у којој су обе стран(к)е сагласне са садржином одлуке.¹⁰²⁷ Међутим, поставља се питање шта се дешава уколико се једна од странака изричито не слаже са одлуком (и изрази своју несагласност у писаној форми), као и уколико једноставно не поступи према одлуци иако се није изричито противила.¹⁰²⁸

Одговор на постављено питање нуде FIDIC правила, која праве разлику између обавезујућих (енг. *binding*) и обавезујућих и коначних одлука (енг. *binding and final*). Одлука ће бити само коначна, не и обавезујућа, уколико једна од страна изрази несагласност донетом одлуком, док ће у случају да таква изјава није дата, одлука бити и коначна и обавезујућа. Међутим, ни у једном случају странке неће бити онемогућене

¹⁰²¹ P.A. Gélinas, 8.

¹⁰²² A. Crivellaro, 111–112.

¹⁰²³ P.A. Gélinas, 8.

¹⁰²⁴ N. Gould, 10.

¹⁰²⁵ *Ibid.*, 13.

¹⁰²⁶ М. Петровић, 107.

¹⁰²⁷ *Ibid.*, 108.

¹⁰²⁸ *Ibid.*

да покрену судски (ређе) или арбитражни поступак (чешће) ради преиспитивања донете одлуке. Разлика је једино у томе што је у првом случају, предмет контроле пред надлежним телом сама одлука (њен меритум), док је у другом случају то само непоступање према одлуци.¹⁰²⁹ Одлука одбора, дакле, обавезује осим ако једна од страна не изрази несагласност са одлуком, она не буде измењена споразумом странака (у виду поравнања), судском или арбитражном одлуком у накнадно покренутом поступку.¹⁰³⁰ Из овога произлази и да одлука одбора не стиче својство коначности и/или правоснажности (лат. *res iudicata*) у процесном смислу. Како у том погледу закључује Петровић:

[...] *поступак који спроводи одбор није адјудикативан па и одлука нема ефекат правоснажности и извршности које имају судске и арбитражне одлуке, а последица је да се она не може принудно извршити. Одлука одбора има дакле, само материјалноправно дејство и њено извршење зависи искључиво и само од воље странака.*¹⁰³¹

Дакле, поступање у складу са одлуком зависи од добре воље уговорних страна и једини „механизам“ једне стране да другу „примора“ да поступи у складу са одлуком је спор због повреде уговорне обавезе.¹⁰³² Стога је разумљиво зашто се у литератури питање обавезности и извршења одлука одбора сматра најслабијом тачком овог механизма.¹⁰³³ Како би се странке подстакле да поступају у складу са мишљењима и одлукама које одбори доносе, али и ради јачања правне сигурности, ревидирана правила МТК из 2015. године онемогућавају страну која није поступила према мишљењу,¹⁰³⁴ односно одлуци¹⁰³⁵ одбора да се брани оспоравањем меритума мишљења, односно одлуке.¹⁰³⁶

Међутим, чак и када одбор не успе да разреши настали спор, донета одлука може да служи као доказ у касније покренутом судском или арбитражном поступку где, како пракса показује, има извесну „тежину“ имајући у виду да у њеном доношењу учествују истакнути стручњаци.¹⁰³⁷ Поред уштеде у времену и новцу, који се истиче као главна предност овог механизма, код спорова у којима је једна страна јавноправни субјект, „додата вредност“ одбора за решавање спорова, огледа се и у следећем. Наиме, међународне финансијске институције су препознале тзв. „меке“ циљеве уговарања овог механизма решавања спорова – и то у форми сталних одбора – а то су промоција принципа добре управе (енг. *good governance*) и јачање капацитета управе (енг. *capacity building*).¹⁰³⁸ Наиме, како истиче Пери (*Perry*), постојање сталних одбора подстиче и промовише транспарентност у току целокупног поступка „управљања“ уговором, као и решавање спорова у њиховој најранијој фази, чак и спречавање да до спора уопште и дође. Осим тога, чланови одбора су истакнути стручњаци, што омогућава подучавање и размену знања и искустава са државним службеницима ангажованим у различитим фазама једног сложеног пројекта, чиме се и они сами усавршавају. Такође, чињеница

¹⁰²⁹ N. Gould, 23.

¹⁰³⁰ М. Петровић, 107.

¹⁰³¹ *Ibid.*, 109.

¹⁰³² Aceris Law LLC, Dispute Boards and International Construction Arbitration, (07.06.2020) https://www.acerislaw.com/dispute-boards-and-international-construction-arbitration/#_ftnref31, 6. јул 2021.

¹⁰³³ *Ibid.*

¹⁰³⁴ Вид. чл. 4, ст. 4 ICC Dispute Board Rules.

¹⁰³⁵ Вид. чл. 5, ст. 4 ICC Dispute Board Rules.

¹⁰³⁶ Aceris Law LLC, Dispute Boards and International Construction Arbitration, (07.06.2020) https://www.acerislaw.com/dispute-boards-and-international-construction-arbitration/#_ftnref31, 6. јул 2021.

¹⁰³⁷ М. Петровић, 109–110.

¹⁰³⁸ James Perry, “Dispute Boards”, *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (eds. F. J.M. De Ly and P. A. Gélinas), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International/International Chamber of Commerce (ICC), Vol. 15, 2017, 104.

да сваку одлуку јавноправног сауговорача „надзиру“ независни експерти, може позитивно да утиче и на приватне партнере и на јавно мњење, будући да су смањене могућности за корупцију и друге недозвољене радње.¹⁰³⁹

Упркос све већој популарности овог механизма, постоји простор за његову ширу примену код појединих категорија уговора, као што су уговори о ЈПП, где је овај механизам још увек реткост.¹⁰⁴⁰ Осим тога, још увек постоје бројне дилеме и отворена питања, на која ће доктрина и пракса тек морати да нађу адекватне одговоре. Примера ради, у којој фази уговорног циклуса код посебно комплексних и дугорочних ЈПП пројеката је учешће одбора најпримереније, затим који је оптимални састав (експертиза) одбора и сл.¹⁰⁴¹

Посебно осетљиво је питање како ускладити потребу за извесним степеном поверљивости поступка решавања спорова пред одбором са одговорношћу коју орган јавне власти има, а која је уско повезана са принципом транспарентности. У пракси је било случајева умањења ефикасности поступка пред одбором тиме што је јавноправни сауговорач износио податке о поступку у јавност путем средстава јавног информисања. С једне стране, тако нешто је разумљиво ако се има у виду одговорност носилаца јавне власти према грађанима, посебно уколико је држава или други јавноправни ентитет обавезан на исплату одређене суме новца која се исплаћује из државног буџета. С друге стране, то може да утиче на стварање неповољне атмосфере међу странама у спору и умањи ефикасност напора чланова одбора да се исходује мирно решење спора.¹⁰⁴²

Однос између поступка пред одборима за решавање спорова и других механизма обично је предмет регулисања клаузула о решавању спорова из уговора. Уобичајене су вишестепене клаузуле које уређују редослед коришћења различитих механизма, а који може да варира. Ипак, најчешће је први корак обраћање одбору, затим покушај мирног решења спора медијацијом, концилијацијом, преговорима или сл., док се као крајња опција уговара арбитража или судски поступак.¹⁰⁴³

Правила МТК, као и FIDIC-ове одредбе о одборима, указују на то да је претходно обраћање одборима нужно пре покретања арбитражног или судског поступка, с тим да у одређеним случајевима постоје изузеци.¹⁰⁴⁴ Они се углавном тичу проблема у вези са конституисањем одбора (мада су у поменутиим институционалним правилима уведени одређени механизми како би се редуковале ситуације у којима је то проблем, нпр. постављање чланова одбора од надлежне институције када странке пропусте то да ураде и др.) или непоступања у складу са већ донетом одлуком одбора.¹⁰⁴⁵

¹⁰³⁹ *Ibid.*

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*

¹⁰⁴¹ *Ibid.*

¹⁰⁴² Pierre Genton, “Dispute Boards in Practice as Prevention of Dispute and Complement to Arbitration, *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (eds. F. J.M. De Ly and P. A. Gélinas), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International/International Chamber of Commerce (ICC), Vol. 15, 2017, 82.

¹⁰⁴³ Jurgita Petkute-Guriene, “Access to Arbitral Justice in Construction Disputes (Dispute Board-Related Issues, Time Bar and Emergency Arbitration)”, *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues* (eds. C. Baltag, C. Vasile), Kluwer Law International 2019, 1.

¹⁰⁴⁴ Према чл. 20.8. FIDIC-ове Црвене књиге (енг. *Red Book*), то су ситуације када одбор није конституисан, било због тога што је истекао рок на који је постављен или из других разлога (*‘there is no DAB in place, whether by reason of the expiry of the DAB’s appointment or otherwise’*). Како наводи *Petkute-Guriene*, арбитражни судови су налазили да је овај услов испуњен када DAB није „валидно“ конституисан, у смислу да изабрани члан није испуњавао услове независности и непристрасности, као и у ситуацијама када је једна од странака била несавесна приликом конституисања одбора, да би се касније на то позвала - *venire contra factum proprium*. *Ibid.*, 5–6.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*, 13.

Национални судови и арбитражна већа су различито ценили пропуст страна у спору да пре отпочињања судског или арбитражног поступка покушају да разреше спор пред одбором, уколико је такав претходни процесни корак био уговорен. Тако, поједини су одбацивали захтев за покретање судског или арбитражног поступка као недопуштен (енг. *admissibility*), док су га други одбацивали због ненадлежности (енг. *jurisdiction*).¹⁰⁴⁶ Још једно важно питање односа између различитих механизма на које још увек не постоји јединствен одговор у упоредном праву, јесте да ли ће странке бити преклудиране у праву да покрену арбитражни или поступак пред надлежним органом управе или судом, уколико због претходног поступка пред одбором пропусте прописане рокове.¹⁰⁴⁷ Сматрамо да је погубно и по право на адекватну правну заштиту, посебно судску, и по ширу популаризацију одбора за спорове, уколико би странке изгубиле право које по националним прописима имају, само због тога што су претходно покушале свој спор да реше посредством овог механизма.

У контексту односа између одбора и осталих алтернативних механизма, важно је осврнути се и на концепт „хитне“ арбитраже или арбитраже у хитним случајевима (енг. *emergency arbitration*), која странкама омогућава да издајствују издавање привремене мере и пре него што је формиран арбитражни суд.¹⁰⁴⁸ Као и у претходном случају, и овде постоје отворена питања на која још увек није дат дефинитиван и јединствен одговор. Међу кључним дилемама је право странке/странака да тражи издавање привремене мере пре исцрпљивања других алтернативних механизма (односно у периоду у којем је уговором било предвиђено да их странке искористе), укључујући и одборе за спорове, као и да ли странке могу да траже издавање хитних привремених мера у случају када и сам одбор има овлашћења да издаје привремене мере.¹⁰⁴⁹ Док је у вези са првом дилемом, пракса углавном инклинирала ка позитивном одговору, имајући у виду потребу за хитним поступањем и природу такве одлуке која једноставно одржава затечено стање,¹⁰⁵⁰ дотле су мишљења у теорији, али и пракса, у погледу друге подељени. Слажемо се са ставом да би приликом одлучивања, у сваком конкретном случају, требало имати у виду да ли пред-арбитражни поступак (нпр. пред одбором) странкама нуди ефикасно издавање (енг. *effective granting*) привремених мера. У случају позитивног одговора, предност треба дати одлуци одбора или другог ангажованог трећег лица/тела, док би код негативног одговора требало допустити издавање привремене мере од стране арбитра.¹⁰⁵¹

Још увек не постоји систематизована и свеобухватна „збирка“/датотека одлука одбора за спорове. То у великој мери отежава оцену њихове ефикасности, будући да се анализа своди на секундарне изворе. Истовремено, ова чињеница по нашем мишљењу умањује потенцијал одбора да постану још распрострањенији механизам, а казуистички приступ у решавању спорова може да буде проблематичан и са аспекта правне сигурности и заштите ангажованих јавних интереса. Осим тога, чини се да поступак пред одборима није увек прилагођен специфичностима које у меродавном националном праву државе сауговорача постоје у погледу управних уговора, управо због тога што је настао као механизам решавања приватноправних/привредних спорова и уз већи фокус на техничка, уместо на правна питања. Ипак, због чињенице да је одлука одбора подложна судској контроли, односно контроли у накнадно покренутом арбитражном поступку, сматрамо да овај механизам има велики превентивни значај, а

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, 10–11.

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, 15.

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*, 16.

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, 18.

може да послужи и као добар „први корак“, односно да припреми терен за накнадно покренути судски и/или арбитражни поступак.

4. СИНТЕЗА И ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА: УПРАВНИ УГОВОРИ – „МОСТ“ ИЗМЕЂУ АЛТЕРНАТИВНИХ МЕХАНИЗАМА РЕШАВАЊА СПОРОВА И УПРАВНОГ ПРАВА

Циљ ове главе био је да – на темељу доктринарних ставова и упоредних трендова у законодавству и пракси – испитамо (1) да ли специфичност спорова из управних уговора допушта прибегавању алтернативним механизмима решавања спорова; (2) који фактори утичу на одабир конкретног алтернативног механизма који ће бити доступан овлашћеном кругу субјеката, (3) колико су такви (ван)правни инструменти делотворни у растерећењу судова и обезбеђивању правовремене и ефикасне правне заштите и (4) у каквом односу стоје са осталим правним механизмима као што су управна или судска заштита.

На путу ка том циљу, најпре смо за потребе даљег истраживања одредили појмове *спор*, као и *механизме решавања спорова* – који представљају „носеће стубове“ ове главе. Први је схваћен у ширем смислу, као *сва неслагања између различитих субјеката чија права и/или правни интереси могу бити тангирани у оквиру животног циклуса управног уговора*, без ограничавања на предмет судског поступка. Други појам такође је конципиран екстензивно, тако да обухвати начин или приступ решавању спорова у својој целовитости, укључујући: 1) *начин покретања поступка решавања спорова* (иницијални акт; добровољност или обавезност); 2) *надлежност за решавање спорова* (која може бити у рукама како самих учесника спора, тако и трећег, независног лица или тела), као и 3) *овлашћења у поступку решавања спора* (нпр. постизање компромисног решења спора/предлагање решења/доношење правно обавезујуће одлуке/одређење привремених мера, накнаде штете и др.).

Након тога смо се осврнули на различите покушаје класификације механизма решавања спорова у теорији, чија бројност и разноликост нам указује на динамику и флуидност ове материје. С обзиром на то да се судска заштита уопште, а посебно у погледу контроле аката и активности органа управе, сматра „круном“ правне државе, као и поузданим гарантом заштите како објективне законитости, тако приватних интереса, одредили смо се за то да судски механизам посматрамо као „класични“ или „традиционални“. Насупрот томе су сви остали механизми *алтернативни*, с тим да одређени механизми могу да представљају истинску *алтернативу* судском решавању спорова или да му буду *допуна*, као опциони или обавезни претходни процесни степен.

Поглавље посвећено факторима који опредељују избор конкретног механизма, засновано је на свести о томе да један исти механизам није нужно погодан за све категорије спорова. У тој светлости, одабир механизма посматран је на две равни. Прва је *нормативна*, што значи да је „избор“ на законодавцу, који одлучује које механизме ће учинити доступним у оквирима правног поретка, као и у којој мери и на који начин ће их регулисати. Ту се као релевантни фактори опредељења законодавца, појављују приоритети јавних политика (нпр. растерећење државног судског или управног апарата), заштита интереса странака или трећих лица, заштита јавних интереса, као и циљеви који се конкретним механизмом желе постићи (нпр. уштеда времена и/или трошкова, очување добрих пословних односа између страна у спору, спречавање будућих спорова и др.). На другој равни је избор који врше *стране у спору*, када се опредељују за један од доступних механизма. За разлику од законодавца, стране у спору се приликом вршења овог избора, углавном руководе потребом да што потпуније заштите сопствена права и/или интересе, а нужан предуслов за „оптималан“

избор су благовремене и потпуне информације о карактеристикама одређених механизма, као и ниски трансакциони трошкови.

И у једном и у другом случају, међутим, потребно је имати у виду и карактеристична обележја конкретног спора. У фокусу нашег интересовања били су спорови из управних уговора, који су специфични по неколико основа, што додатно отежава „потрагу“ за оптималним механизмима њиховог решавања.

Прва специфичност произлази из чињенице да дејство управних уговора није ограничено на уговорне стране, већ се неретко простире на шири круг лица – од неуспешних претендента на уговор, па све до грађана и њихових организација као крајњих корисника радова и/или услуга које су предмет уговора. *Полицентрично* дејство ових уговора „прелива“ се и на спорове у вези са њима, што поставља додатни захтев и дилему приликом покушаја да се такви спорови предупреду и реше – како узети у обзир и „помирити“ све те различите интересе.

Друга је у вези је са још једним важним обележјем управних уговора, а то је њихова нераскидива веза са јавним интересом. Поред тога што је вагање између различитих приватних и јавних интереса само по себи комплексан и деликатан задатак, додатни изазов представља променљивост садржине јавних интереса, као и неретко недостатак јасних смерница за њихову конкретизацију – што отвара широк простор за злоупотребе и правну несигурност.

Треће, реч је о споровима велике вредности, што доприноси „тензији“ између различитих ангажованих интереса.

Четврто, код комплексних уговора који за предмет имају велике инфраструктурне пројекте, нормативни оквир правне заштите треба да узме у обзир читаву мрежу уговорних и других правних односа који настају, поред односа између јавноправног субјекта и приватног саговорача (нпр. уговори са подизвођачима, финансијским институцијама, корисницима и др.).

Пета специфичност је сложеност уговорног циклуса који обухвата различите фазе од планирања, преко јавног оглашавања намере о додели уговора и његовог закључења, све до његове реализације, отвара и бројне могућности за настанак спорова у свакој од тих фаза, а ризик од настанка спора додатно расте код дугорочних управних уговора.

Шесто, временска димензија решавања спорова из управних уговора посебно је значајна због чињенице да би извршењем уговора за који се накнадно испостави да није био правно ваљан правна заштита могла да буде обесмишљена, а накнада штете често није довољна нити адекватна компензација.

Седмо, правни режим управних уговора није свугде уређен на једнообразан начин. Уколико се томе додају и разлике у правној природи различитих уговора у појединим правним системима, резултат може да буде мултипликовање и недовољна усклађеност путева правне заштите, што озбиљно подрива правну сигурност и квалитет правне заштите – како приватних, тако и јавних интереса.

Осмо, реч је о крајње сложеној и мултидисциплинарној материји, у којој се поред дихотомије јавно (управно) – приватно (грађанско) право, преламају и бројне друге друштвене и техничке дисциплине. То од лица која су укључена у решавање спорова изискује веома широк спектар знања и вештина.

С тим у вези је и последња, *девета* специфичност ових спорова. Наиме, интернационализација управних уговора, као последица процеса глобализације и европских интеграција, довела је до уплива спољних утицаја (европских или

међународно-правних норми) на домаћи правни режим управних уговора, што је посебно видљиво на терену решавања спорова.

Јасно је, дакле, да је проналажење оптималног начина решавања спорова из управних уговора не само сложен и изазован задатак, већ и императив са аспекта обезбеђивања и заштите правне сигурности и реализације како јавних, тако и приватних интереса. Међутим, већ поменута шареноликост и бројност различитих механизма који потенцијално долазе у обзир чине ову материју готово *безобалном*. Стога смо анализу у оквиру ове главе, ограничили на тачно одређене механизме који су сагледани у светлости претходно изнетих специфичности спорова из управних уговора. Најпре смо апстраховали судско решавање спорова, с обзиром на веома интимну везу између једног правног система и његовог правосудног апарата, која доводи до значајних разлика између држава и отежава извођење универзалних закључака. Осим тога, судско решавање спорова из управних уговора у три национална правна система, саставни је део пете главе ове дисертације. Након тога смо извршили селекцију алтернативних механизма који ће бити обрађени, у чему смо се ослонили на Препоруку 2001(9) Комитета министара СЕ која се управо односи на промовисање алтернатива судском решавању спорова између органа управе и приватних субјеката, с тим што смо одлучили да не укључимо интерну ревизију тј. управну контролу управе, из разлога блиских онима које смо претходно навели за механизам судског решавања спорова.

Избор је пао на пет механизма – *арбитражу, медијацију, поравнање, ангажовање стручњака и одборе за спорове*. Док су прва три одабрана због своје заступљености у упоредном праву (и посебно, у правним системима који ће бити детаљно анализирани у оквиру пете главе), као и контроверзних и још увек отворених питања у вези са (не)могућношћу њихове примене на терену управних спорова, потоња два механизма су веома заступљена у грађевинској индустрији, посебно када су у питању велики и сложени инфраструктурни пројекти, који су често засновани на управним уговорима.

Спроведена анализа нам је омогућила да изведемо како опште закључке у погледу разлика између алтернативних механизма и судског решавања спорова, тако и оне посебне, у блиској вези са споровима из управних уговора.

Када је о првом питању реч, нама се чини да се њему може приступити на сликовит начин, уз помоћ сличности и разлика између конвенционалне и тзв. алтернативне медицине или лекова. Ово посебно стога што се и наше схватање механизма решавања спорова може (до извесне мере) поистоветити са појмом правних лекова. Пре свега, када сагледамо њихово *порекло*, видимо да су корени како алтернативне медицине, тако и механизма решавања спорова, у земљама Далеког истока где представљају примарни (медицински или правни) пут и одакле се у већој или мањој мери шире на остатак света. С друге стране, судско решавање спорова (са свим стандардима који гарантују ефикасну судску заштиту) су, као и „конвенционална“ медицина – тековина Запада.

Када је реч о њиховом *смеру деловања*, први углавном траже узрок проблема и покушавају да га санирају; неретко имају и превентивно дејство, због чега је код многих алтернативних механизма решавања спорова тежиште на унапређењу комуникације између страна у спору. Насупрот томе, други су уперени ка последицама – реагује се када до спора (или болести) дође, омогућавају повраћај у пређашње стање, накнаду штете и сл.

Што се тиче *приступа* у решавању спорова (као и здравствених проблема), први имају тзв. холистички приступ, сагледајући проблем (односно људски организам) у својој целовитости како би се изнашло адекватно решење. Други су, пак, фокусирани

на решавање тачно одређених појединачних проблема/ситуација, неретко изоловано од целине. У контексту спорова, суд се углавном креће у границама тужбеног захтева.

У погледу *дејства*, први се углавном сматрају мање инвазивним. Тако, ослањање на лековито биље и друге природне препарате или поступке/технике које не утичу штетно на остатак организма и ретко имају нуспојаве. На веома сличан начин делују и поједини алтернативни механизми код којих су донете одлуке правно необавезујуће, већ имају саветодавно дејство – њима се стране у спору усмеравају и подржавају у изнајавењу адекватног решења који ниједној неће ићи на штету. С друге стране, судске одлуке су увек правно обавезујуће и могу се принудно извршити, то је једно од њихових основних обележја које треба да обезбеди правну сигурност. Аналогно томе, на медицинском терену конвенционални/индустријски произведени лекови имају јаче дејство које неретко „једно поправљају, док друго квари“.

Из претходно описане произлази још једна врло важна разлика, а тиче се *атмосфере* која се ствара у току поступка који се води под оквирима алтернативних механизма с једне, и судских поступака са друге стране. За разлику од суђења где постоје супротстављене стране, а исход судског поступка нужно ће довести до тога да је једна страна *победник*, а друга *губитник*, то углавном није случај са алтернативним решавањем спорова. Наиме, циљ је да се омогући сарадња између пословних партнера и убудуће, због чега је атмосфера пријатнија и пријатељска и обе стране раде на томе да заједнички пронађу компромисно решење.

Табела бр. 1 Карактеристике традиционалних („класичних“) и алтернативних механизма решавања спорова

АЛТЕРНАТИВНИ МЕХАНИЗМИ	КЛАСИЧНИ МЕХАНИЗМИ (судско решавање спорова)
Исток	Запад
Лечење узрока	Лечење последица
Холистички приступ	Оријентисани ка појединачним проблемима/питањима
Углавном мање инвазивни (препоруче, савети, усмеравање)	Инвазивнији (правно обавезујуће одлуке)
Пријатељска атмосфера (могућност наставка пословне сарадње)	„Непријатељска атмосфера“ (победник v. губитник)

Извор: Табелу је сачинила ауторка

Осим тога, анализа је показала да од свих алтернативних механизма решавања спорова који су овде приказани, само се арбитража може посматрати као *алтернатива* судском поступку, у правом смислу те речи. Тако, уколико је спор у конкретном случају *арбитрабилан*, односно нема сметњи да се прибегне арбитражном решавању спора, стране у спору могу на основу позитивних прописа или одговарајућег арбитражног споразума (или клаузуле о арбитражном решавању спорова унете у уговор између страна у спору) да (у целисти или бар у већем делу) избегну или заобиђу национално правосуђе. Штавише, код појединих спорова какви су они у материји (међународних) привредних спорова или (страних) улагања – посебно када је предмет уговора велики и значајан инфраструктурни пројекат – арбитража представља доминантан механизам решавања спорова.

Негде на средини између праве алтернативе и само „првог процесног корака“ у решавању спорова, бисмо сврстали медијацију. Реч је о механизму који у већини правних система не замењује у правном смислу судско решавање спорова, али се неретко предвиђа као обавезан корак пре отпочињања суђења.

Када је о осталим анализираним механизмима реч, посебно оним који се сврставају у тзв. мирно решавање спорова, они готово никада не представљају замену или алтернативу судском поступку, већ се могу предвидети као обавезан или, чешће, опциони претходни корак. Сви ти разнородни механизми су комплементарни механизму судског решавања спорова и имају велики потенцијал да предупреду настанак спора (па самим тим и смање број судских поступака), као и да растерете судове када представљају *филтер* или претходни корак пре отпочињања судских поступака. Ипак, карактер донетих одлука који углавном подразумева саветовање и усмеравање страна у спору, с једне, и, с друге стране, европски стандарди ефикасне судске заштите од којих право на суд представља једну од најважнијих тековина савременог демократског друштва, онемогућавају им да у потпуности замене судско решавање спорова.

Прелазимо на закључке изведене у контексту спорова који су предмет интересовања ове дисертације. Упркос претходно описаним „лековитим“ дејствима алтернативних механизма, алтернативе судској заштити још увек се нису „одомаћиле“ у управном праву. Разлоге таквог стања треба тражити у коренима настанка ADR механизма и њиховим основним карактеристикама, с једне, и темељним постулатима управног права, с друге стране. Наиме, алтернативни механизми су иницијално настали у приватноправном амбијенту и њему су прилагођени, о чему сведочи ослоњеност на концепт аутономије воље, који учесницима у спору пружа флексибилност у погледу одабира механизма из палете различитих ADR метода и утицаја на обликовање процедуралних питања – већ у зависности од природе спора и њихових преференција. То је сушта супротност „формализму“ у управном и управносудском поступку, који треба да гарантују правну сигурност и извесност учесницима. Нека од основних обележја и главних предности ADR механизма, међу којима се посебно издвајају *поверљивост*, *необавезност* одлука донетих под окриљем појединих механизма и *слободно располагање предметом спора*, у директној су колизији са темељним постулатима управног поступка – *транспарентности* у раду управе, *предвидљивости* и *заштите легитимних очекивања*, као предусловом правне сигурности, као и *законитости* њених аката и радњи.

Стога не чуди *скептицизам* теоретичара управног права, као поносног представника јавног права, према овим механизмима. Посебно када је реч о арбитражи, која једина од овде анализираних механизма претендује на то да у потпуности искључи судску заштиту. Јавни интерес, као да је ‘трн у оку’ свакоме ко покуша да помири ове, на први поглед, неспојиве концепције.

Међутим, не треба занемарити чињеницу да управно право представља једну од најдинамичнијих области права, која константно еволуира и, према речима проф. Каврана с почетка дисертације, „буја“. Прилагођавајући се духу времена, управно право се постепено, каткад с већим или мањим отпором, отвара(ло) ка приватном сектору, пригрливши поједине грађанскоправне институте – од којих су управни уговори еклатантан пример. С друге стране, спорови и механизми њиховог решавања – укључујући и ADR механизме – такође еволуирају. Флексибилност, као инхерентно обележје ових вансудских метода решавања спорова, омогућава им да се на терену јавноправних спорова, међу којима су посебно значајни они између представника јавне власти и приватних субјеката, прилагоде новом окружењу. Мишљења смо да управо спорови из управних уговора представљају поље сусретања еволутивног пута управног

права и ADR механизма. Штавише, сматрамо да је само увођење управних уговора – института који се налази „на пола пута“ између јавног и приватног права – допринело потреби за отварањем управних спорова према ADR.

Још један општи закључак у вези са применом алтернативних механизма решавања спорова из управних уговора, тиче се фазе поступка у којој се њима прибегава (када је то случај). Полицентрична природа спорова из управних уговора отежава (ако не онемогућава у потпуности) њихову примену у фази која претходи закључењу уговора, будући да је тешко омогућити ефикасно преговарање или медијацију између већег броја учесника, који могу да имају различите интересе, а посебно када је уплетен и јавни интерес. Многи алтернативни механизми мирног решавања спорова захтевају поверење између учесника и теже да креирају готово интимну пословну атмосферу у којој ће свако од њих осећати да може потпуно слободно да износи своју позицију и да се чује. Управо због тога њихов значај се повећава у фази након закључења уговора, где су се „искристалисале“ уговорне стране.

Анализа је показала да посебно значајно место заузимају ADR механизми који се сврставају у категорију механизма мирног или пријатељског решавања спорова. Њима се омогућава брже, јефтиније и стручније решавање понекад веома комплексних спорова у којима се поред правних, преплићу и друга, техничка питања. Осим тога, и по нашем мишљењу најважније, ови механизми имају потенцијал да омогуће боље разумевање друге уговорне стране и континуитет сарадње између јавног и приватног саговорача, што је од кључног значаја за реализацију предмета уговора који може да буде од утицаја на ефикасно функционисање кључних привредних сектора (јавна инфраструктура, јавне услуге и др.).

IV УТИЦАЈ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ НА ДОМЕН ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ КОД УПРАВНИХ УГОВОРА

У другој глави дисертације (вид. треће поглавље) било је речи о двосмерном утицају права ЕУ на домен управних уговора у националном праву држава чланица. Подсећања ради, тај утицај је најпре усмерен ка правним режимима управних уговора у унутрашњем праву држава чланица, и то тако што поступци доделе свих уговора који се могу подвести под дефиницију јавних уговора, односно концесија из европских директива, морају да се нормирају и спроводе у складу са захтевима и стандардима из тих директива. Како под „удар“ тог утицаја долазе различите категорије уговора, на тај начин се ублажавају разлике између националних правних режима, као нужна последица разлика у националним концепцијама управних уговора.

Осим поменутог, утицај права ЕУ усмерен је и ка механизмима правне заштите и решавања спорова из управних уговора, чиме се – у циљу стандардизације контроле над поступцима доделе јавних уговора, односно правне заштите учесника у тим поступцима – дубоко задире у процесна овлашћења држава чланица. У овом потоњем случају, садејством правила и принципа који произлазе из оснивачких уговора, судске праксе, секундарних извора права ЕУ, али и инструмената тзв. „меког“ права, тежи се (и у великој мери постиже) приближавању унутрашњег права држава чланица у овој материји.

С циљем испитивања одрживости једне од полазних хипотеза докторске дисертације, ова глава посвећена је утицају права ЕУ на актуелна законска решења у државама чланицама у погледу механизма решавања спорова из управних уговора, и то како оних на које се европске директиве о јавним набавкама и концесијама примењују, тако и на оне који формално излазе ван оквира тих директива и препуштени су (у потпуности) националном праву.

На том путу ћемо, најпре, сагледати сложени однос права ЕУ и националног права држава чланица, односно начин на који је извршено разграничење њихове надлежности, на деликатном терену (управног) процесног права, кроз призму принципа националне процесне аутономије (1). Централни део ове главе заузима тзв. „мека“ хармонизација националних правних режима, кроз механизме које предвиђају релевантне директиве у овој материји, које ће бити темељно анализирани (2). Након тога ћемо се осврнути и на суптилније и не увек очигледне, али, свакако, веома значајне видове утицаја на приближавање стандарда правне заштите код уговора „испод прагова“ (3). Као и у претходним главама, на крају ће бити изложена синтеза и закључна разматрања (4).

1. ПРАВНА ЗАШТИТА КОД УПРАВНИХ УГОВОРА ИЗМЕЂУ ЕФИКАСНЕ ПРИМЕНЕ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И ПРОЦЕСНЕ АУТОНОМИЈЕ ДРЖАВА ЧЛАНИЦА

Разграничење надлежности између ЕУ и држава чланица на терену процесног права је нарочито сложен задатак будући да, како Каранта исправно примећује, „[...] правни лекови чине саму срж сваког правног поретка и уплитање у њихово регулисање засигурно доводи до потреса“.¹⁰⁵² Због чега је то тако? Надлежност за решавање

¹⁰⁵² Roberto Caranta, “Many Different Paths, but Are They All Leading to Effectiveness?”, *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* (eds. S. Treumer, F. Lichère), European Procurement Law Series, First Edition, vol. 3, DJØF Publishing, Copenhagen 2011, 53 (у даљем тексту цитирано као: R. Caranta 2011a). На овом месту смо се определили за то да термин ‘remedy’ преведемо као правно средство, иако треба напоменути да се он неретко употребљава да означи овлашћења која суд или надлежни орган има у решавању спорова. Вид. В. Цуцић (2016), 231–236.

спорова, опсег овлашћења надлежних органа, материјални и процесни предуслови за остваривање правне заштите, круг активно легитимисаних субјеката и правна средства која им стоје на располагању – питања су уско повезана са архитектуром једног правног система и његовим специфичностима. Правни „захват“ на неком од тих питања би нужно изискивао прилагођавање других делова правног система, како се не би нарушила његова кохерентност и функционалност у пракси. То је посебно осетљиво на пољу управног процесног права где је, по природи ствари, „уплетен“ и јавни интерес.

Стога нимало не чуди што европски законодавац не успоставља општа процесна правила за остваривање и заштиту права и правних интереса гарантованих правом ЕУ, као ни конкретне правне лекове који би у ту сврху требало да буду доступни овлашћеним субјектима, већ се то препушта унутрашњем процесном праву држава чланица. Речено се темељи на одредби члана 19, став 1, тачка 2 УЕУ, која налаже државама чланицама да „обезбеде правне лекове који су довољни да гарантују ефикасну заштиту у областима покривеним правом Уније“.¹⁰⁵³ Из цитиране одредбе произашао је принцип¹⁰⁵⁴ тзв. *националне процесне аутономије* (енг. *national procedural autonomy*) или, према речима реномираних стручњака за европско право Крега (*Craig*) и де Бурке (*De Búrca*), принцип процесних овлашћења (енг. *procedural competence*), односно националне процесне одговорности (енг. *national procedural responsibility*).¹⁰⁵⁵

Независно од тога за који назив се определимо, овај институт подразумева овлашћења држава чланица да у недостатку процесних норми ЕУ, саме уреде процесне услове и поступак за остваривање права која појединцима гарантује европско право. Њихова „аутономија“ огледа се у (релативној) слободи да – као и у случају преношења директива – саме одаберу начин и средства за ефикасну примену европског права.¹⁰⁵⁶

Ипак, таква процесна аутономија држава чланица није неограничена. Напротив, омеђена је, најпре, обавезом „доследног тумачења“ (енг. *consistent interpretation*) националног права у складу са правом ЕУ, која подразумева како тумачење норми европског права у складу са циљевима које треба да задовољи, тако и тумачење националног права у складу са правом ЕУ.¹⁰⁵⁷ Осим тога, Суд правде је кроз своју праксу развио критеријуме, односно услове које националне процесне одредбе морају да испуне како би се, чак и у изостанку европских процесних правила, осигурала ефикасна примена права ЕУ.

У познатом предмету *Rewe-Zentralfinanz*,¹⁰⁵⁸ Суд правде ЕУ је поставио оквире принципа процесне аутономије држава чланица.¹⁰⁵⁹ Предметни случај се односио на незаконито одређен износ накнаде за фито-санитарну инспекцију, која је немачким

¹⁰⁵³ Чл. 19, ст. 2 УЕУ.

¹⁰⁵⁴ Видерсховен (*Widdershoven*) при томе наглашава да није у питању правни принцип европског права, који би имао статус примарних извора права, већ више „полазна основа (од које европски законодавац може да одступи)“, Rob Widdershoven, “National Procedural Autonomy and General EU Law Limits”, *Review of European Administrative Law*, Vol. 12, 2/2019 (у даљем тексту цитирано као: R. Widdershoven 2019a), 13.

¹⁰⁵⁵ P. Craig, G. De Búrca, 220.

¹⁰⁵⁶ Diana-Urania Galetta, *The Jurisprudence of the European Court of Justice on the Procedural Autonomy of EU Member States*, Annual Report – 2011 – Italy, *Ius Publicum*, 9, доступно на: http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/22_02_2012_12_08_Galetta_UK.pdf, 15. јануар 2020.

¹⁰⁵⁷ Diana-Urania Galetta, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? A Study on the “Functionalized Procedural Competence” of EU Member States*, Springer Verlag, Berlin – Heidelberg 2010, 21.

¹⁰⁵⁸ Judgement of 16 December 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG v Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Reference for a preliminary ruling, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188, пар. 5, 1997–1998, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-33/76>, 15. јануар 2020.

¹⁰⁵⁹ D.-U. Galetta (2010), 17–18.

компанијама *Rewe-Zentralfinanz eG Rewe-Zentral AG* утврђена на увоз јабука из Француске. Како је Суд правде у међувремену нашао да је ова накнада истоветна царинским дажбинама и да представља неоправдано ограничење слободе кретања робе,¹⁰⁶⁰ поменуте компаније су се обратиле Пољопривредној комори Сарске области (нем. *Landwirtschaftskammer für das Saarland*) са захтевом да се одлука о утврђивању накнаде поништи, као и да им се поврати уплаћени износ, заједно са одговарајућом каматом. Комора је, међутим, захтев одбацила као неблаговремен. Подносиоци захтева су покушали да оспоре ову одлуку у управном спору, али безуспешно – и првостепени и другостепени управни суд су, због истих разлога, потврдили одлуку Коморе. Подносиоцима захтева је једино преостало да се обрате Савезном управном суду (нем. *Bundesverwaltungsgericht*), који је у складу са чланом 267 УФЕУ од Суда правде ЕУ тражио претходно мишљење о томе да ли је могуће позивати се на повреду комунитарног (сада европског) права иако су рокови за остваривање правне заштите успостављени националним правом истекли.¹⁰⁶¹

Суд правде је потврдно одговорио на ово питање. Наиме, у често цитираном ставу Суда, истакнуто је да „у недостатку комунитарних (данас, европских, прим. БТ) правила о томе, домаћем правном систему сваке државе чланице препуштено је да одреди надлежне судове и пропише процесне услове за спровођење поступака ради остваривања права грађана која произлазе из непосредног дејства комунитарног права“ – чиме је потврдио принцип процесне аутономије држава чланица. Ипак, ограничио га је двојаким условима који се у стручној литератури често називају „Реве критеријумима“ (енг. *Rewe criteria*). Први услов је да су правна средства која су предвиђена националним правом подједнако доступна у случају повреде права ЕУ, као и када је реч о повреди националног права државе чланице – *принцип еквивалентности* или *забране дискриминације*. Други услов је да национална правила и процедуре не би требало да онемогуће уживање права која јемчи правни поредак ЕУ – *принцип ефикасности* или *практичне могућности*.¹⁰⁶²

Од формулисања Реве критеријума до данас, пракса Суда правде је „меандрирала“ од инсистирања на томе да је принцип националне процесне аутономије ограничен само у погледу тих критеријума и да се од држава чланица не очекује да уведе нова правна средства, односно овлашћења надлежних органа уколико је постојећим могуће обезбедити ефикасну и еквивалентну примену права ЕУ од стране националних органа у пракси,¹⁰⁶³ преко увођења нових услова које национална процесна правила треба да задовоље (као што су адекватност¹⁰⁶⁴ или захтев да новчане санкције треба да буду сразмерне циљу, ефикасне и да имају одвраћајући ефекат на адресата¹⁰⁶⁵) све до „наметања“ тачно одређених правних средстава (нпр. повраћај незаконито уплаћених

¹⁰⁶⁰ Judgment of the Court of 11 October 1973, *Rewe-Zentralfinanz eGmbH v Direktor der Landwirtschaftskammer Westfalen-Lippe*, Reference for a preliminary ruling, Case 39/73, ECLI:EU:C:1973:105, 1043-1044, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=39/73&td=ALL>, 15. јануар 2020.

¹⁰⁶¹ CJEU, *Rewe*, C-33/76, 1990.

¹⁰⁶² *Ibid.*, 1997-1998; P. Craig, G. de Búrca, 220.

¹⁰⁶³ *Ibid.*, 221 фн. 16; Paul Craig, *EU Administrative Law*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford 2012, 703–705; Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 March 2007, *Unibet (London) Ltd and Unibet (International) Ltd v Justitiekanslern*, Reference for a preliminary ruling, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, paras. 40, 41, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-432/05>, 16. јануар 2020.

¹⁰⁶⁴ Judgment of the Court of 10 April 1984, *Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen*, Case 14/83, ECLI:EU:C:1984:153, пар. 23, 28 и стр. 1910, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-14/83>, 16. јануар 2020.

¹⁰⁶⁵ P. Craig (2012), 706.

износа¹⁰⁶⁶ или одређивање привремених мера¹⁰⁶⁷). Осим тога, било је предмета у којима је Суд правде ишао тако далеко да онемогући примену додатних услова које национално право поставља чак и ако се тиме не би практично онемогућила реализација права ЕУ, али би била отежана.¹⁰⁶⁸

Упркос несталности судске праксе, доктрина примећује да је у релативно новијим предметима Суд правде тежиште стављао на околности конкретног случаја и испитивање да ли конкретно национално процесно правило ограничава (и у којој мери) остваривање права ЕУ, пребацујући терет процене на националне судове. Другим речима, на националним судовима држава чланица је да спроведу својеврсни „тест сразмерности“ између циљева које предметно правило треба да задовољи и „степен ограничења“ примене права ЕУ.¹⁰⁶⁹

Када говори о процесној аутономији држава чланица, Галета (*Galetta*) прави разлику између два случаја. У првом (који одговара претходно изложеном) не постоје посебна процесна правила на нивоу права ЕУ која би регулисала одређену област, због чега државе чланице имају процесну аутономију – или, како она каже, „функционализована процесна овлашћења“ (енг. *functionalized procedural competence*) – да донесу националне процесне норме.

С друге стране, Галета сматра да у областима у којима постоје (детаљна) процесна правила ЕУ, не може ни бити речи о процесној аутономији држава чланица, будући да су у том случају у обавези да примењују процесна правила ЕУ – директно или преношењем у домаће законодавство – већ у зависности од тога да ли је инструмент права ЕУ уредба или директива.¹⁰⁷⁰

Као један од „камена темељаца унутрашњег тржишта“,¹⁰⁷¹ област јавних набавки (и концесија) спада у потоњу (и, далеко ређу)¹⁰⁷² категорију, будући да су успостављене процесне гаранције које би национални правни системи требало да обезбеде, као и конкретни механизми који би неуспешним конкурентима требало да стоје на располагању како би се обезбедила ефикасна и уједначена примена материјалних правила о јавним набавкама (и концесијама).¹⁰⁷³ О тим механизмима, предвиђеним секундарним законодавством, биће речи у наредном поглављу.

¹⁰⁶⁶ Вид. примера ради, Judgment of the Court of 9 November 1983, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v San Giorgio*, Reference for a preliminary ruling: Tribunale di Trento – Italy, Case 199/82 ECLI:EU:C:1983:318, пар. 12, 3612, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=ecli:ECLI:EU:C:1983:318>, 16. јануар 2020.

¹⁰⁶⁷ Judgment of the Court of 19 June 1990, *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others*, Reference for a preliminary ruling, Case C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257, пар. 21–23, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-213/89>, 16. јануар 2020.

¹⁰⁶⁸ Judgment of the Court of 2 August 1993, *Marshall v Southampton and South West Area Health Authority II*, Reference for a preliminary ruling: House of Lords - United Kingdom, Case C-271/91, ECLI:EU:C:1993:335, пар. 36, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61991CJ0271>, 16. јануар 2020; P. Craig (2012), 708.

¹⁰⁶⁹ P. Craig, G. de Búrca, 715.

¹⁰⁷⁰ D.-U. Galetta (2010), 3.

¹⁰⁷¹ Michael Steinicke, Peter Vesterdorf, “Preface”, *Brussels Commentary on EU Public Procurement Law* (eds. M. Steinicke, P. Vesterdorf), Nomos/ Beck/Hart Publishing, Munich 2018, vi.

¹⁰⁷² Поред материје јавних набавки, у литератури се као пример наводе и прописи из еколошке материје и права интелектуалне својине. Вид. P. Craig, G. de Búrca, 218 фн. 1. Осим тога, постоји иницијатива да се хармонизују процесна правила која се тичу правосудне сарадње у грађанским и кривичним стварима. *Ibid.*, 218.

¹⁰⁷³ Steen Treumer, “Enforcement of the EU Public Procurement Rules: The State of Law and Current Issues”, *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* (eds. S. Treumer, F. Lichère, DJØF Publishing Copenhagen 2011 (у даљем тексту цитирано као: S. Treumer 2011a), 17.

Међутим, иако је због стратешког значаја инструмента јавних набавки, претходно описани „однос снага“ измењен, а процесна аутономија држава чланица осетно умањена, то не значи да је она у потпуности конзумирана секундарним процесним правилима ЕУ. Напротив, када је реч о уговорима који потпадају под опсег примене директива о јавним набавкама и концесијама (вид. другу главу, треће поглавље, одељке 3.1 и 3.2) она и даље игра „резидуалну“ улогу у погледу питања која процесним правилима ЕУ нису уопште или нису детаљније уређена.¹⁰⁷⁴

С друге стране, уговори испод прагова, као и поједини уговори о пружању услуга који су искључени од примене директива о јавним набавкама и концесијама, налазе се на националном процесном терену. Међутим, и овде се може приметити да је процесна аутономија држава чланица „окрњена“, због обавезе да уговори од прекограничног интереса (енг. *cross border interest*), буду у складу са начелима која произлазе из оснивачких уговора – начелом транспарентности, забране дискриминације и слободне конкуренције (вид. треће поглавље ове главе). Штавише, поступци пред надлежним контролним телима и код ових уговора морају да задовоље критеријум ефикасне судске заштите (енг. *efficient judicial protection*).¹⁰⁷⁵ Најзад, и у овом случају националне процесне норме морају да буду у складу са поменутиим „Реве критеријумима“.¹⁰⁷⁶

Логично је претпоставити и да велика хетерогеност националних процесних механизма може да доведе до значајних разлика у начину на који се европско право имплементира од националних судова и органа управе, па самим тим и да доведе у питање његову ефикасност. Поједине одредбе оснивачких уговора ЕУ имају за циљ да успоставе равнотежу између поштовања националних разлика и ефикасне примене европског права.¹⁰⁷⁷

Најважније место заузима одредба из члана 47 Повеље о основним правима (у даљем тексту: Повеља).¹⁰⁷⁸ Предметни члан нормира право на делотворан правни лек и на правично суђење (енг. *Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial*), и састоји се из три основне целине (става). Први став предвиђа да „[с]вако чија су права и обавезе гарантоване правом Уније повређена, има право на делотворан правни лек пред судом у складу са условима прописаним овим чланом.“ Другим ставом истог члана прописано је право на „правично и јавно суђење у разумном року, пред независним и непристрасним судом који је претходно основан законом“, као и да ће свако у таквом поступку имати право на „савет, одбрану и заступање“. Најзад, трећим ставом обухваћено је право на правну помоћ лицима која немају довољно средстава да је сами обезбеде, уколико је то неопходно ради обезбеђења ефикасног приступа правди.

У доктрини се истиче да се члан 47 Повеље наслања на одредбе Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: ЕКЉП или Конвенција)¹⁰⁷⁹ из члана 6 (право на правично суђење) и члана 13 (право на делотворно правно средство), као и стандарде произашле из праксе Европског суда за љуска права (у даљем тексту: ЕСЉП), али и да представља њихову својеврсну надградњу у контексту права Уније. Да су редактори Повеље имали у виду одговарајуће одредбе ЕКЉП приликом формулисања стандарда делотворне судске заштите из члана 47

¹⁰⁷⁴ Roberto Caranta, “Remedies in EU Public Contract Law: The Proceduralisation of EU Procurement Legislation”, *Review of European Administrative Law*, Vol. 8, 1/2015, 85–86.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*

¹⁰⁷⁶ D.-U. Galetta (2010), 102–114.

¹⁰⁷⁷ P. Craig, G. de Búrca, 218.

¹⁰⁷⁸ Charter of Fundamental Rights of the European Union, *Official Journal of the European Union*, C 326, 26.10.2012, доступно на: https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/char_2012/oj, 21. фебруар 2022.

¹⁰⁷⁹ Текст ЕКЉП са Протоколима доступан на: European Court of Human Rights, European Convention of Human Rights, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c>, 23. фебруар 2022.

Повеље, произлази и из образложења текста овог правног инструмента.¹⁰⁸⁰ Конкретно, садржина члана 47, став 1 Повеље одговара члану 13 ЕКЉП, с тим што за разлику од другог који гарантује право на делотворно правно средство пред националним органом (енг. *national authority*), први изричито утемељује право на делотворно правно средство пред судом.¹⁰⁸¹ С друге стране, одредба из члана 47, став 2 Повеље осликава процесне гаранције члана 6, став 1 ЕКЉП, с тим што се не ограничава на повреду права у грађанским и кривичним стварима као потоњи.¹⁰⁸² Штавише, није неопходно да у конкретном случају буде повређено неко право из Повеље како би овај члан био „активиран“.¹⁰⁸³

Хофман (*Hofmann*) указује на то да је Суд правде ЕУ кроз своју праксу утемељио право на делотворну или ефикасну судску заштиту (енг. *right to efficient judicial protection*)¹⁰⁸⁴ као једно од основних принципа права ЕУ (енг. *general principle of EU law*),¹⁰⁸⁵ због чега и члан 47 Повеље треба посматрати као кодификацију тог принципа.¹⁰⁸⁶ Последично, овај аутор сматра да би приликом тумачења гаранција које предметни члан предвиђа, требало имати у виду да право на делотворну судску заштиту није само еманација принципа владавине права, утемељеног у члану 2 УЕУ, већ и важан гарант ефикасне и доследне примене права ЕУ – како на нивоу саме Уније, тако и унутар правних поредака њених држава чланица.¹⁰⁸⁷

Овакав Хофманов став произлази из дефинисаног поља примене члана 47 Повеље „кад год право ЕУ гарантује права и слободе“. Дакле, не само у случају повреде неког од права која гарантује сама Повеља, већ примарни и секундарни извори права ЕУ уопште. Тако широко постављен, опсег предметног члана се практично преклапа са одредбом члана 51 Повеље, који предвиђа да се одредбе Повеље односе на „институције, тела, канцеларије и агенције Уније у складу са принципом супсидијарности, а на државе чланице само када примењују право Уније“.¹⁰⁸⁸

У зависности од циља који треба да остваре, елементи права на ефикасну судску заштиту укључују минималне услове у погледу:

- 1) *суда* (схватање појма, захтеви у погледу начина конституисања суда и избора судија, независности и непристрасности суда);
- 2) *приступа суду и судској заштити* (питања која се односе на: субјекте којима се у конкретном предмету гарантује приступ суду, трошкове судског поступка, рокове за иницирање судске заштите, право и/или обавезу правног заступања пред судом и др.);¹⁰⁸⁹

¹⁰⁸⁰ “Explanation on Article 47 — Right to an effective remedy and to a fair trial”, Explanations (*) Relating to the Charter of Fundamental Rights, *Official Journal of the European Union*, 2007/C 303/02.

¹⁰⁸¹ Pekka Aalto *et al.*, “Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial”, *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary* (eds. S. Peers *et al.*), Hart Publishing, London 2014, 1197.

¹⁰⁸² Laurent Pech, “Article 47(2)”, *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary* (eds. Steve Peers *et al.*), Hart Publishing, London 2014, 1250.

¹⁰⁸³ R. Widdershoven (2019a), 12.

¹⁰⁸⁴ Judgment of the Court of 15 May 1986, *Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Reference for a preliminary ruling: Industrial Tribunal, Belfast (Northern Ireland) - United Kingdom, C-222/84, Judgment of the Court of 15 May 1986, ECLI:EU:C:1986:206, пар. 13–21, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=c-222/84&td=ALL>, 23. фебруар 2022.

¹⁰⁸⁵ R. Widdershoven (2019a), 11; P. Aalto *et al.*, 1211.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*, 1211–1212.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*, 1197.

¹⁰⁸⁸ L. Pech, 1199, 1210.

¹⁰⁸⁹ Chris Backes, “Access to Court”, *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action* (eds. C. Backes, M. Eliantonio), Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Hart Publishing, Oxford 2019, 192.

- 3) обезбеђењу фер и непристрасног судског поступка (равноправности учесника у спору);
- 4) одговарајућу сатисфакцију у случају да се утврди повреда права (опсег судских овлашћења и интензитет контроле) и
- 5) ауторитета донете судске одлуке (питања правоснажности и извршења судских одлука).

При томе, гаранције права на ефикасну судску заштиту треба тумачити у складу са словом и духом ЕКЉП, укључујући и судску праксу ЕСЉП у тумачењу његових одредаба.¹⁰⁹⁰ Речено произлази из члана 52, став 3 Повеље, који прописује да „[у] оној мери у којој ова Повеља садржи права која одговарају правима загарантованим ЕКЉП, значење и обим тих права биће исти као они који су утврђени наведеном Конвенцијом“, с тим да „ова одредба не спречава право Уније да пружи ширу заштиту“. На овом месту ћемо се задржати на првом од наведених елемената.

Наиме, важно је нагласити да се појам суда у смислу члана 47, став 1 Повеље има тумачити аутономно, у светлости права ЕУ, а не националног права држава чланица.¹⁰⁹¹ Занимљиво је да се у оснивачким уговорима употребљава израз „суд или трибунал“ (енг. *court or tribunal*), као на пример у члану 267 УФЕУ, у контексту националног органа који може да покрене поступак за давање претходног мишљења пред Судом правде ЕУ (енг. *preliminary reference procedure*).

Како се истиче у литератури, појам суда из члана 47 Повеље треба тумачити у смислу оснивачких уговора.¹⁰⁹² У пракси, то може довести до тога да једно тело према националном праву није формално део судске гране власти, али да се сматра судом у смислу права ЕУ, као и обрнуто. Примера ради, у предмету *Vaassen-Göbbels*, Суд правде је нашао да је арбитражно тело основано у складу са релевантним националним прописима Холандије, суд у смислу европског права, будући да је реч о законито основаном телу у чију надлежност спада решавање спорова, чије чланове поставља надлежно министарство – што указује на његову сталност – да у свом раду примењује правна правила, да је поступак пред арбитражним телом устројен у складу са принципом контрадикторности, слично судским поступцима, као и да у конкретном случају представља обавезан механизам решавања спорова.¹⁰⁹³ Видећемо у петој глави дисертације, да оваквих примера има и у контексту органа надлежних за решавање спорова из (појединих) управних уговора.

Из самог члана 47 Повеље произлазе следећи критеријуми – независност и непристрасност суда и његово утемељење на законском пропису. Када је реч о првом и другом захтеву, Суд правде је подвукао да је независност суда „својствена задатку пресуђивања“, као и да су основне компоненте тог захтева независност од органа управе чија одлука или ћутање је предмет судске контроле, као и непостојање спољних утицаја на доношење судске одлуке. Непристрасност, као интерно обележје овог захтева, подразумева објективност суда и непостојање (личних) интереса у предмету пресуђивања.¹⁰⁹⁴ У погледу последњег захтева, неопходно је и да суд буде основан законом (а не споразумом странака или актом нижег ранга од закона) и у складу са

¹⁰⁹⁰ Opinion of Advocate General Trstenjak delivered on 22 September 2011, Joined cases *N. S. (C-411/10) v Secretary of State for the Home Department and M. E. and Others (C-493/10) v Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform*, References for a preliminary ruling: Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) - United Kingdom and High Court of Ireland – Ireland, C-411/10 and C-493/10, ECLI:EU:C:2011:610, пар. 143–145, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62010CC0411>, 23. фебруар 2020.

¹⁰⁹¹ P. Aalto *et al.*, 1251–1252.

¹⁰⁹² P. Aalto *et al.*, 1252.

¹⁰⁹³ *Ibid.*, 1251.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*, 1255–1257.

законом, као и да буде сталан тј. да редовно обавља (као искључиву или само једну од више) судску делатност.¹⁰⁹⁵

Осим тога, Суд правде ЕУ је кроз своју праксу искристалисао и друге критеријуме на основу којих се процењује да ли одређено национално тело може да се сматра судом у светлости права ЕУ. Ту спадају: 1) обавезна надлежност суда (енг. *compulsory jurisdiction*); 2) примена правних правила приликом одлучивања; 3) контрадикторност у поступку пред судом и 4) циљ/исход поступка је доношење судске одлуке.¹⁰⁹⁶

Значај стандарда који произлазе из члана 47 Повеље у материји управних уговора је вишеструк.

Прво, у погледу уговора који излазе ван оквира секундарног права ЕУ о јавним набавкама и концесијама, служе као значајан коректив националних система правне заштите, односно својеврсно ограничење националне процесне аутономије (в. одељак 3.1 ове главе).

Друго, када је реч о уговорима на које се у потпуности примењује европски *acquis*, као примарни извор права ЕУ на процесном терену правне заштите у вези са доделом јавних уговора, „представљају правни основ из кога би се могло додати месо кошчатим одредбама“ директива које уређују правну заштиту у овој материји (в. *infra*).¹⁰⁹⁷ Другим речима, служе њиховој интерпретацији и попуњавању правних празнина.

2. ДИРЕКТИВЕ О ПРАВНИМ ЛЕКОВИМА: „МЕКА“ ХАРМОНИЗАЦИЈА СТАНДАРДА ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ

Резултат компромиса између, у претходном одељку описане, процесне аутономије држава чланица и тежње да се на целокупном подручју ЕУ обезбеди униформна и доследна примена секундарних прописа о додели уговора о јавним набавкама и концесијама, а учесницима на тендеру гарантују једнаки стандарди правне заштите, биле су тзв. Директиве о правним лековима (*Remedies Directives*).¹⁰⁹⁸ Реч је о уобичајеном збирном називу за Директиву 89/665/ЕЕЗ о усклађивању закона, уредби и административних одредаба које се односе на примену поступака ревизије¹⁰⁹⁹ над доделом уговора о јавној набавци и јавним радовима (у даљем тексту: Директива 89/665/ЕЕЗ)¹¹⁰⁰ и Директиву 92/13/ЕЕЗ о усклађивању закона, уредби и административних одредаба које се односе на примену комунитарних правила о поступцима набавке за субјекте који послују у области водопривреде, енергетике,

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*, 1253–1254.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*, 1252, 1254–1255.

¹⁰⁹⁷ Roberto Caranta, “Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in the field of public procurement”, *Article 47 of the EU Charter and Effective Judicial Protection - Volume 1: The Court of Justice's Perspective* (eds. M. Bonelli, M. Eliantonio, G. Gentile), Bloomsbury Publishing, 2022, 227.

¹⁰⁹⁸ Већ је поменуто да је превод термина „*remedy*” на српски језик веома незахвалан подухват, будући да у зависности од контекста (па и преференција аутора) може да означи конкретно правно средство, овлашћење надлежног органа поводом решавања спор(ов)а као и жељени исход спора. На овом месту смо се определили за термин „правни лек“ јер нам се чини да њиме на најприближнији начин можемо да обухватимо сва та могућа значења, иако смо свесни тога да није идеалан.

¹⁰⁹⁹ У редовима који следе, термини „ревизија“ (односно поступак ревизије) и „контрола“ (у смислу контролних поступака) биће коришћени наизменично, као синоними.

¹¹⁰⁰ 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 (у даљем тексту цитирано као: Директива 89/665/ЕЕЗ), *Official Journal of the European Union*, L 395, 30/12/1989 P. 0033 – 0035, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31989L0665>, 16. јануар 2020.

саобраћаја и поштанских услуга (у даљем тексту: Директива 92/13/ЕЕЗ).¹¹⁰¹ Основна разлика између ове две директиве је у предмету – док се Директива 89/665/ЕЕЗ односи на уговоре у тзв. „јавном“ или „класичном“ сектору, одредбе Директиве 92/13/ЕЕЗ простиру се на комунални (енг. *utilities*) сектор. Из тога произлазе и разлике у појединим правним лековима, који су у потоњем случају флексибилнији услед специфичности сектора и природе наручилаца.¹¹⁰²

Доношењем Директиве Европског парламента и Савета 2007/66/ЕЗ од 11. децембра 2007. године којом се мењају Директиве Савета 89/665/ЕЕЗ и 92/13/ЕЕЗ у погледу унапређења ефикасности поступака ревизије у вези са доделом јавних уговора (у даљем тексту: Директива 2007/66/ЕЗ),¹¹⁰³ а на основу богате праксе Суда правде ЕУ, обе ове директиве су значајније модификоване, како би се побољшала делотворност механизма које регулишу. Важно је, међутим, нагласити да тиме Директива 89/665/ЕЕЗ и Директива 92/13/ЕЕЗ нису стављене ван снаге, нити су замењене.

Последње измене Директива о правним лековима извршене су 2014. године, када је усвојен већ поменути сет директива о додели уговора о јавним набавкама и концесијама у класичном и комуналном сектору. Тачније, Директива 89/665/ЕЕЗ измењена је Директивом 2014/23/ЕУ о концесијама,¹¹⁰⁴ док је Директива 92/13/ЕЕЗ измењена како потоњом,¹¹⁰⁵ тако и Директивом 2014/25/ЕУ која се односи на субјекте који послују у комуналном сектору.¹¹⁰⁶ Том приликом су иницијално мале материјалне разлике између ове две Директиве о правним лековима додатно смањене.

Упркос поменути разликама између Директиве 89/665/ЕЕЗ и Директиве 92/13/ЕЕЗ, њихови циљеви, логика и основни захтеви који из њих произлазе су истоветни. С обзиром на то, као и свеобухватнију примену прве, стручна литература је у приказу и анализи Директива о правним лековима углавном усмерена на њихове одредбе након измена из 2007. године, уз посебно наглашавање појединих питања која су другом регулисана на специфичан начин.¹¹⁰⁷ Описани начин излагања ће бити примењен и у редовима који следе.

Најзад, иако је четвртим делом Директиве 2009/81/ЕЗ која садржи материјална правила о јавним набавкама у сектору одбране и безбедности регулисана и правна заштита (конкретна правна средства и овлашћења надлежних органа поводом решавања спорова),¹¹⁰⁸ због особености сектора који регулише, Директива 2009/81/ЕЗ неће бити даље анализирана.

¹¹⁰¹ Council Directive 92/13/EEC of 25 February 1992 coordinating the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of Community rules on the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors, *Official Journal of the European Union*, L 76, 23.3.1992, p. 14–20, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1992/13/oj>, 16. јануар 2020.

¹¹⁰² Peter Trepte, *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*, second edition, Oxford University Press, Oxford – New York 2007, 544.

¹¹⁰³ Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts (Text with EEA relevance), OJ L 335, 20.12.2007, p. 31–46, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32007L0066>, 16. јануар 2020.

¹¹⁰⁴ Вид. чл. 46 Директиве 2014/23/ЕУ.

¹¹⁰⁵ Вид. чл. 47 Директиве 2014/23/ЕУ.

¹¹⁰⁶ Carri Ginter, Mari Ann Simmovart, “The Remedies Directives 89/665/EEC etc.“, *Brussels Commentary on EU Public Procurement Law* (eds. M. Steinicke, P. Vesterdorf), Nomos/Beck/Hart Publishing, Munich 2018, 1384.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*

¹¹⁰⁸ С обзиром на специфичност овог сектора, поменута директива неће бити даље анализирана у оквиру овог поглавља.

2.1 *Ratio* и циљеви доношења Директива о правним лековима

Једна од кључних гаранција ефикасног остваривања субјективних права прокламованих правним нормама, јесте опремање њихових титулара адекватним механизмима „одбране“ од могуће повреде тих норми од органа јавне власти. Позната латинска максима по којој где има права, има и (правног) лека – *ubi ius, ibi remedium* – која одражава претходно изречену констатацију – била је идеја водила европском законодавцу приликом прописивања стандарда правне заштите учесника на тендеру и других овлашћених лица од злоупотребе правила за доделу уговора о јавним набавкама и концесијама.¹¹⁰⁹

Као што је већ поменуто, прописивање процесних норми на нивоу ЕУ како би се обезбедила примена материјалних норми садржаних у секундарном законодавству представља изузетак у односу на правило по којем је тако нешто у потпуности препуштено државама чланицама и једно је од специфичности области јавних набавки. Стратешки значај овог сектора (јавне набавке представљају један од носећих стубова унутрашњег тржишта ЕУ¹¹¹⁰ и генеришу значајан приход на годишњем нивоу)¹¹¹¹ определио је такву одлуку, будући да је примећено да у националном праву држава чланица или уопште нису предвиђени одговарајући механизми или постојећи нису довољно адекватни да обезбеде униформну примену правила о поступцима за доделу јавних уговора и правну заштиту учесника на тендеру.¹¹¹²

Разлике у правној традицији и култури између држава чланица, определиле су природу инструмента којим се уводе минимални стандарди правне заштите – директивом, а не уредбом. Дакле, *форма* и *начин* постизања циљева из Директива о правним лековима, препуштени су националном праву, уз ограничења која постављају раније приказани принципи еквивалентности и ефикасности.¹¹¹³ Последишно, начин преношења, интерпретације и имплементације Директива о правним лековима у националним правним системима значајно варира, услед чега се у теорији истиче да се у овој материји постиже само „мека“ или парцијална хармонизација националних механизма решавања спорова.¹¹¹⁴

Из уводних изјава (*recitals*)¹¹¹⁵ произлазе и основни циљеви Директива и они су тројаки. Прво, отварање тржишта јавних набавки за учеснике из других држава чланица и, као предуслов за то, обезбеђивање слободне тржишне конкуренције. Друго, обезбеђење ефикасне и доследне примене материјалних прописа ЕУ о јавним набавкама у државама чланицама. Најзад, треће, заштита понуђача чија су субјективна

¹¹⁰⁹ Christopher H. Bovis, “Legal Redress in Public Procurement Contracts”, *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond* (eds. M. Trybus, R. Caranta, G. Edelstam), Bruylant, Brussels 2014, 365; Ton Heukels, Jamila Tib, “Towards Homogeneity in the Field of Legal Remedies: Convergence and Divergence” *Convergence and Divergence in European Public Law* (eds. P. Beaumont, C. Lyons, N. Walker), Hart Publishing, Oxford 2002, 113.

¹¹¹⁰ M. Steinicke, P. Vesterdorf, vi.

¹¹¹¹ Према подацима Европске комисије, преко 250 000 органа јавне власти (наручилаца) у државама чланицама ЕУ на годишњем нивоу потроши две милијарде евра, односно отприлике 14% БДП-а, на набавку добара, услуга и радова. European Commission, Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, The European Single Market, Public Procurement, https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en, 22. јануар 2020.

¹¹¹² Вид. Уводну изјаву (*recital*) 2 Директиве 89/665/ЕЕЗ.

¹¹¹³ C. Ginter, M. A. Simmovart, 1387.

¹¹¹⁴ Roberto Caranta, “The Comparatist’s Lens on Remedies in Public Procurement”, *European and Comparative Law Issues*, Working Papers Series, 1-2/2011 (у даљем тексту цитирано као: R. Caranta 2011b), 1.

¹¹¹⁵ Превод израза са енглеског језика на хрватски преузет са: Europa, Међуинституцијски стилски приручник, <https://publications.europa.eu/code/hr/hr-120200.htm>, 23. јануар 2020.

права повређена незаконитом активношћу наручиоца,¹¹¹⁶ и то на једнакој основи, без дискриминације држављана других држава чланица.¹¹¹⁷

Како произлази из последњег циља, фокус Директива о правним лековима на индивидуалној заштити субјективних права чиме се, посредно, обезбеђује униформна и правилна примена директива које нормирају поступке доделе јавних уговора и концесија. Како примећује Каранта (*Caranta*), тиме се европски законодавац још једном (као и у случају креирања правног оквира јавних уговора и концесија), угледао на француско управно право и правну традицију.¹¹¹⁸ То ће постати још очигледније када се будемо осврнули на мере или инструменте предвиђене Директивама о правним лековима, односно на конкретне правне лекове, чија логика, несумњиво, почива на основним постулатима управног права тј. управног спора.

Ипак, пребацивање терета одговорности на неуспешне понуђаче и остале учеснике поступка јавних набавки носи ризик да одређене неправилности у току тог поступка остану незапажене и, самим тим, несанкционисане. Како би се и у таквим случајевима обезбедио „надзор“ над поступањем у складу са европским прописима, Директиве о правним лековима предвиђају још један механизам који се ослања на контролну улогу ЕК.

Реч је о тзв. корективном механизму (енг. *corrective mechanism*), који подразумева овлашћење ЕК да *ex officio* предузме иницијативу и уколико уочи *јасне* и *очигледне* повреде правила поступка за доделу уговора, о томе обавести надлежне националне органе као и наручиоца, како би могли да предузму одговарајуће мере.¹¹¹⁹ Како, међутим, овај механизам није у довољној мери заживео у пракси,¹¹²⁰ ни он неће бити ближе анализиран.

2.2 Предмет регулисања и опсег примене Директива о правним лековима

Члан 1 Директиве 89/665/ЕЕЗ нормира питања који уговори су обухваћени њеним предметом, круг субјеката који могу да покрену поступак преиспитивања спорне одлуке наручиоца, врсту одлука које могу да буду предмет такве контроле, као и одређене смернице и ограничења државама чланицама приликом модификовања постојећих или успостављања нових механизма решавања спорова у вези са поступцима доделе јавних уговора.¹¹²¹ Тако, из става 1 предметног члана произлази да се предмет регулисања Директива о правним лековима поклапа са предметом регулисања Директиве 2014/23/ЕУ и Директиве 2014/24/ЕУ, осим ако су поједини уговори директивама о јавним набавкама изузети од примене Директива о правним лековима. Конкретније, под опсег ове директиве спадају уговори о јавним набавкама – добара, услуга и радова – оквирни споразуми, концесије за јавне радове и услуге, као системи динамичких набавки.¹¹²²

Истом логиком, Директива 92/13/ЕЕЗ прописује минималне процесне захтеве у погледу поступака контроле над доделом јавних уговора и концесија у комуналном сектору, што значи да се њен предмет подудару са Директивом 2014/25/ЕУ.¹¹²³ Као што

¹¹¹⁶ С. Ginter, М. А. Simmovart, 1386.

¹¹¹⁷ Вид. чл. 1 ст. 2 Директиве 89/665/ЕЕЗ након измена из 2007. године.

¹¹¹⁸ R. Caranta (2022), 213–215.

¹¹¹⁹ Вид. уводну изјаву 5 и чл. 3 Директиве 89/665/ЕЕЗ, као и чл. 8 Директиве 92/13/ЕЕЗ; С. Ginter, М. А. Simmovart, 1386; Р. Trepte, 567–568.

¹¹²⁰ Један од малобројних предмета у којима се појавио је Judgment of the Court of 24 January 1995, *Commission v. the Netherlands*, C-359/93, ECLI:EU:C:1995:14, пар. 10–15, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-359/93>, 20. јануар 2020.

¹¹²¹ С. Ginter, М. А. Simmovart, 1390.

¹¹²² *Ibid.*

¹¹²³ Вид. чл. 47. ст. 1 Директиве 2014/23/ЕУ; С. Ginter, М. А. Simmovart, 1402.

је већ поменуто, логика обе Директиве је у великој мери иста, па самим тим и захтеви у погледу контролних механизма.¹¹²⁴

Насупрот томе, постоје одређени јавни уговори који због области у којима се закључују или вредности не потпадају под примену Директива о правним лековима (у погледу уговора о јавној набавци у области одбране и безбедности в. *infra*, за остале в. треће поглавље друге главе).

Међутим, захваљујући улози Суда правде ЕУ и његовог динамичног и екстензивног тумачења примарних извора права ЕУ, и у погледу таквих уговора контролни механизми и правни лекови прописани националним правом морају да задовоље захтеве ефикасне судске заштите, као и да буду у складу са основним принципима права ЕУ.¹¹²⁵ О томе ће бити више речи у трећем поглављу ове главе.

Државе чланице могу да одлуче да прошире примену Директива о правним лековима и на „уговоре испод прагова“, како би обезбедиле уједначену правну заштиту у погледу поступака за доделу свих категорија јавних уговора.¹¹²⁶ Занимљиво је да је велики број држава чланица искористио ту могућност. Према подацима надлежне службе ЕК из 2018. године, механизме из Директива о правним лековима примењују на све уговоре (независно од њихове вредности) Аустрија, Бугарска, Хрватска, Чешка, Данска, Естонија, Литванија, Летонија, Француска, Грчка, Мађарска, Италија, Малта, Холандија, Пољска, Португал и Румунија, док Луксембург за уговоре „испод прагова“ предвиђа националне механизме који су готово идентични онима из европских директива.¹¹²⁷

Из члана 1, став 1, тачке 4 Директиве 89/65/ЕЕЗ произлази обавеза држава чланица да предузму одговарајуће мере како би омогућиле да се одлуке наручилаца преиспитују брзо и ефикасно, у складу са условима прописаним члановима 2–2ф ове Директиве, из разлога што су таквим одлукама повређена правила ЕУ о јавним набавкама или национални прописи којима су та правила пренета у домаће право.

У погледу одлука наручилаца које могу да буду предмет преиспитивања пред надлежним контролним телом, Суд правде је крајње екстензивно тумачио предметну одредбу, будући да из одредаба Директива о правним лековима не произлазе никаква ограничења у погледу „природе и садржине таквих одлука“.¹¹²⁸

Последично, под термином „одлука“, подразумева се сваки акт наручиоца, предузет у вези са уговором који је обухваћен материјалним предметом Директиве о правним лековима, и уколико може да произведе правно дејство.¹¹²⁹ То је, примера ради, случај са различитим актима донетим у оквиру формалног поступка јавне набавке – као што су одредбе из позива за достављање понуда, о техничким, економским или финансијским спецификацијама,¹¹³⁰ одлука о одабиру најповољније понуде или одлука о додели уговора – тако и оне које су тој фази претходиле – рецимо, као што је одлука

¹¹²⁴ *Ibid.*

¹¹²⁵ *Ibid.*, 1391.

¹¹²⁶ *Ibid.*

¹¹²⁷ Marco Camboni *et al*, DG Grow - Public Procurement Remedies, *Study to explore data availability at national level in order to develop indicators for evaluating the performance of the 'Remedies Directives'* – Final Report, Risk & Policy Analysts Limited, London, August 2018, табела, 4–1, 26.

¹¹²⁸ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 28 October 1999, *Alcatel*, C-81/98, Reference for a preliminary ruling: Bundesvergabeamt – Austria, ECLI:EU:C:1999:534, пар. 35, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-81/98>, 25. јануар 2020.

¹¹²⁹ C. Ginter, M. A. Simmovart, 1391.

¹¹³⁰ P. Trepte, 545.

о томе да ли одређени уговор потпада под оквир Директива о јавним набавкама, па стога (не) захтева спровођење поступка јавне набавке.¹¹³¹

Предмет контроле могу да буду чак и одлуке донете након закључења уговора „уколико се таквом одлуком јавни уговор мења у материјалном смислу, у толикој мери да је, суштински, реч о додели новог јавног уговора“.¹¹³² С друге стране, од контроле у смислу предметне одредбе искључени су акти који немају правно дејство, већ представљају „прелиминарне студије о тржишту или су искључиво припремног карактера и чине део унутрашњег промишљања наручиоца у вези са поступком доделе уговора“.¹¹³³

Осим тога, из наведеног члана видимо да основ (разлог) побијања горе поменутих одлука наручилаца може да буде како повреда неке одредбе националног прописа којим се преносе директиве о јавним набавкама и концесијама, тако и правила ЕУ о јавним набавкама. У потоњем случају, поставља се питање да ли је реч само о повреди предметних директива или и неких других правила која спадају у корпус европског *acquis*-ја јавних набавки. Иако у доктрини наилазимо на дивергентна становишта, слажемо се са ауторима који ову одредбу тумаче шире, тако да обухвати како примарна, тако и секундарна правила и принципе ЕУ који се примењују на област јавних набавки.¹¹³⁴ Сматрамо да такав закључак произлази како из језичког тумачења члана 1, став 4 Директиве 89/665/ЕЕЗ, тако и из праксе Суда правде ЕУ, којом се потврђује да учесници на тендеру имају право на правну заштиту и у погледу поступака за доделу уговора који излазе ван оквира директива о јавним набавкама и концесијама и, последично, Директивâ о правним лековима (в. треће поглавље ове главе).¹¹³⁵

2.3 Минимални процесни захтеви из Директива о правним лековима

Директиве о правним лековима успостављају само минималне процесне гаранције које државе чланице треба да обезбеде у склопу националних правних система, а оне се односе како на саме контролне поступке, тако и на круг субјеката којима се обезбеђује правна заштита, односно контролна тела.

2.3.1 Ефикасност и експедитивност правне заштите

Из уводних изјава Директива о правним лековима, произлази обавеза држава чланица да у својим правним системима обезбеде ефикасне и брзе правне лекове, како би се отклониле наводне повреде права ЕУ о јавним набавкама, односно националног права којим се прво имплементира. Дакле, међу главним захтевима у погледу националних контролних механизма фигурирају *ефикасност* или *делотворност* (енг. *effectiveness*) и *хитност/брзина* (енг. *speed*).¹¹³⁶ При томе, реч је о два комплементарна и међусобно повезана стандарда која се допуњују.

У погледу првог захтева, поједини аутори истичу да се тиме установљава посебан стандард ефикасног или делотворног правног лека у материји јавних набавки, који је у

¹¹³¹ C. H. Bovis, 382.

¹¹³² C. Ginter, M. A. Simmovart, 1394.

¹¹³³ Judgement of 11 January 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, Reference for a preliminary ruling: Oberlandesgericht Naumburg – Germany, ECLI:EU:C:2005:5, пар. 35, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-26/03>, 25. јануар 2020; C. Ginter, M. A. Simmovart, 1395.

¹¹³⁴ P. Trepte, 545.

¹¹³⁵ *Ibid.* За супротно становиште, вид. наведено према: C. Ginter, M. A. Simmovart, 1390.

¹¹³⁶ *Ibid.*, 1386.

складу са ширим принципом ефикасне примене права ЕУ, али се не изједначава с њим.¹¹³⁷

Суд правде ЕУ је у својој пракси ближе одредио поменуте правне стандарде. Наиме, ефикасност правних лекова, посматрана у ширем контексту принципа ефикасне примене европског права, подразумева довољно јасна, прецизна и предвидљива национална процесна правила¹¹³⁸ (у погледу рокова у којима може да се оствари правна заштита, процесних услова и сл.), као и обавезу наручиоца да образложи своје одлуке, како би учесници на тендеру могли да одлуче да ли ће активирати механизам контроле пред надлежним телом, на основу свих релевантних информација.¹¹³⁹ Такође, из праксе Суда правде произлази и обавеза надлежног контролног тела да води рачуна о руковању поверљивим подацима до којих дође у поступку преиспитивања одлука наручиоца, с циљем заштите економских интереса учесника, као и очувања слободне и фер конкуренције – једним од темеља права јавних набавки.¹¹⁴⁰

Брзина, у смислу да се контролни поступак спроведе без непотребног одуговлачења, сматра се једним од кључних предуслова ефикасне правне заштите, с обзиром на то да су „поступци доделе јавних уговора обично убрзани“ и да је потребно реаговати што раније, „док је још могуће исправити уочене неправилности“.¹¹⁴¹ Стога је тежиште Директива о правним лековима на отклањању неправилности у фази пре закључења уговора. Ово је посебно значајно с обзиром на то да пре доношења европских директива, поједине државе чланице као што је Немачка (вид. одељак 2.2 пете главе), нису предвиђале могућност утицаја на закључени уговор упркос неправилностима у току поступка доделе уговора, те су заинтересована лица правну заштиту могла да остваре само до тог тренутка.

Ипак, како Гинтер (*Ginter*) и Симоварт (*Simovart*) истичу, ово не треба разумети као изостанак обавезе држава чланица да адекватне механизме, усклађене са захтевима из Директива о правним лековима, обезбеде у свим фазама уговорног циклуса, укључујући и закључење уговора и његово извршење.¹¹⁴² Измене из 2007. године и новоуведени правни лекови који су усмерени на сам уговор управо о томе сведоче (в. *infra* одељак 2.4).¹¹⁴³

При томе, Директиве о правним лековима не прецизирају рокове у којима је могуће покренути поступак ревизије пред надлежним националним телом,¹¹⁴⁴ нити рокове у којима су таква тела дужна да окончају поступак и донесу одлуку о (не)законитости побијане одлуке наручиоца, али су државе чланице слободне да такве рокове предвиде.¹¹⁴⁵

Међутим, експедитивност поступка и рокови за остваривање правне заштите нису сами себи циљ, већ инструменти који служе ефикасној примени Директива о правним

¹¹³⁷ *Ibid.*, 1391.

¹¹³⁸ *Ibid.*, 1391–1393.

¹¹³⁹ *Ibid.*, 1391–1392.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, 1392.

¹¹⁴¹ Вид. уводне изјаве 2 и 5 Директиве 89/665/ЕЕЗ.

¹¹⁴² С. Ginter, М. А. Simmovart, 1386.

¹¹⁴³ В. нпр. Roberto Caranta, “The interplay between EU legislation and effectiveness, effective judicial protection and the right to an effective remedy in EU public procurement law”, *Review of European Administrative Law*; Vol. 12, 2/2019 (63-93), 64, 84-85; R. Caranta (2011b), 1-15; R. Caranta (2011a), 52–93; R. Caranta (2015), 75–98.

¹¹⁴⁴ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 12 December 2002, *Universale-Bau and Others*, C-470/99, Reference for a preliminary ruling: Vergabekontrollsenat des Landes Wien – Austria, ECLI:EU:C:2002:746, пар. 71, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-470/99>, 25. јануар 2020.

¹¹⁴⁵ С. Ginter, М. А. Simmovart, 1393; C-470/99 *Universale-Bau and Others* пар. 71.

лековима.¹¹⁴⁶ С једне стране, не би требало омогућити кандидатима и учесницима на тендеру да током целог поступка набавке, у било ком тренутку, побијају одлуке наручиоца, будући да би се тиме неоправдано успорио поступак набавке и подривала правна сигурност – потпуно супротно циљевима Директива о правним лековима.¹¹⁴⁷ С друге стране, рокови за остваривање правне заштите морају бити разумни (енг. *reasonable*), што значи да не смеју бити исувише кратки, чиме би довели у питање заштиту субјективних права учесника на тендеру.¹¹⁴⁸ Шта се сматра разумним роком зависи од околности случаја, а осим критеријума правне сигурности и циљева Директива о правним лековима, Суд правде је узимао у обзир и понашање наручиоца, доступност свих релевантних информација како би се покренули механизми правне заштите и др.¹¹⁴⁹

2.3.2 Активна страначка легитимација

Члан 1, став 2 Директиве 89/665/ЕЕЗ прописује да одговарајући механизми треба да стоје на располагању свим лицима која имају активну легитимацију, без дискриминације на основу држављанства. Ова процесна гаранција равноправности произлази из већ поменутог принципа еквивалентности који је уткан у примарне изворе европског права, а своје пуно обличје добио захваљујући пракси Суда правде.¹¹⁵⁰

Поменута активна легитимација (*locus standi*) ближе је одређена наредним ставом истог члана, у складу са којим су државе чланице у обавези да учине доступним поступке ревизије (контроле), који могу да буду детаљно регулисани националним правом, најмање свакоме ко има или је имао интерес за доделу одређеног уговора и ко је претрпео штету услед наводне повреде европских правила о јавним набавкама, односно националних правила којима се она имплементирају, или постоји ризик од настанка такве штете (члан 1, став 3 Директиве 89/665/ЕЕЗ).

Из наведене одредбе произлази да је активна страначка легитимација у смислу Директива о правним лековима, заснована на два кумулативно постављена услова. Први се односи на постојање одговарајућег *интереса* за доделу *конкретног уговора*, док је други услов везан за повреду наводно незаконитим актом наручиоца, која је резултовала *претрпљеном штетом* или од такве штете *постоји ризик*.¹¹⁵¹

Суд правде је веома екстензивно приступио тумачењу ових стандарда.¹¹⁵² Тако, заузео је став да ће први услов бити испуњен у погледу свих физичких, правних лица, али и других категорија субјеката,¹¹⁵³ који су учествовали на тендеру за доделу

¹¹⁴⁶ R. Caranta (2019), 75.

¹¹⁴⁷ C-470/99 *Universale-Bau and Others*, пар. 75.

¹¹⁴⁸ *Ibid.*, пар. 72, 73; Opinion of Advocate General Alber, delivered on 8 November 2001, Case C-470/99, *Universale-Bau and Others*, ECLI:EU:C:2001:600, пар. 71, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-470/99>, 25. јануар 2020.

¹¹⁴⁹ Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 27 February 2003, *Santex*, C-327/00, Reference for a preliminary ruling: Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia – Italy, ECLI:EU:C:2003:109, пар. 51–58, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-327/00&td=ALL>, 25. јануар 2020; R. Caranta (2019), 78-79; C. Ginter, M. A. Simmovart, 1393.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, 1395.

¹¹⁵¹ *Ibid.*, 1398–1399.

¹¹⁵² Детаљно о судској пракси у овом домену, у периоду од 2015-2017. године, в. Albert Sanchez-Graells, Constant De Koninck, *Shaping EU Public Procurement Law – A Critical Analysis of the CJEU Case Law 2015-2017*, Wolters Kluwer 2018, 39–43.

¹¹⁵³ Примера ради, конзорцијума. Вид. C. Ginter, M. A. Simmovart, 1400.

одређеног уговора.¹¹⁵⁴ Другим речима, у погледу неуспешних или искључених конкурената, постоји претпоставка да су имали интерес да им се уговор додели.¹¹⁵⁵

Међутим, чак и привредни субјекти који нису упутили понуду (тзв. потенцијални понуђачи), под одређеним околностима могу да имају правни интерес, а самим тим и активну легитимацију за активирање механизма правне заштите.¹¹⁵⁶ Примера ради, уколико због дискриминаторних техничких спецификација нису могли да упуте понуду и учествују на тендеру.¹¹⁵⁷ Штавише, како је Суд правде истакао у предмету *Grossmann*, такав привредни субјект би имао интерес да активирањем механизма правне заштите побија такве спецификације, не чекајући да се оконча поступак набавке и уговор буде додељен, „чак и ако би његове шансе за доделу уговора услед присуства таквих спецификација биле непостојеће“.¹¹⁵⁸

Анализирајући новију судску праксу у овом домену, Турудић указује на то да се и тумачењу стандарда *конкретног* уговора екстензивно приступа, тако да он укључује и будуће, потенцијалне поступке које би наручилац могао да спроведе, уколико поништи или обустави поступак набавке који је у току, јер ниједна понуда није задовољавајућа.¹¹⁵⁹ Последично, у обзир се узима не само интерес за доделу уговора у поступку који је у току, већ и уговора истог предмета који би могао да буде додељен у новом поступку набавке, при чему није неопходно да титулар правне заштите доказује да ће такав поступак заиста и бити покренут – довољна је и таква могућност.¹¹⁶⁰

Насупрот томе, неће се сматрати да постоји такав интерес уколико је конкурент био дефинитивно искључен из поступка набавке (енг. *definitively excluded*).¹¹⁶¹ У складу са одредбом члана 2а, став 2, тачка 2 Директиве 89/665/ЕЕЗ, учесник на тендеру ће се сматрати дефинитивно искљученим уколико је обавештен о одлуци наручиоца о томе, као и ако је та одлука оцењена као законита од стране независног контролног тела или је није више могуће побијати.

У погледу овог услова, можемо да закључимо да је приступ Суда правде екстензиван и флексибилан и да се процена постојања интереса за доделу уговора врши у зависности од околности сваког појединачног случаја.¹¹⁶² Такође, у сумњи би требало узети да постоји активна легитимација.¹¹⁶³

Други услов је подједнако широко постављен. Прво, није неопходно да одређено лице заиста и претрпи финансијски губитак услед наводно незаконите одлуке наручиоца, већ је довољно да докаже да од тога постоји ризик, што служи да се предупреди злоупотреба права на правни лек, односно да се привредни субјекти „обесхрабре“ у подношењу „неозбиљних или неоснованих захтева“.¹¹⁶⁴ С друге стране, као услов се не поставља ни одређени степен сигурности, односно шанса да би му

¹¹⁵⁴ Marko Turudić, “*Locus Standi* and the Interpretation of ‘Interest to Obtain a Particular Contract’ in Public Procurement Remedies”, *European Procurement and Public Private Partnership Law Review* (EPPPL), 1/2022, (у даљем тексту цитирано као: М. Турудић 2022b), 2.

¹¹⁵⁵ С. Ginter, М. А. Simmovart, 1396.

¹¹⁵⁶ М. Турудић (2022b), 2.

¹¹⁵⁷ С. Н. Bovis, 378–382.

¹¹⁵⁸ Judgment of the Court (Sixth Chamber), 12 February 2004, *Grossmann Air Service*, C-230/02, Reference for a preliminary ruling: Bundesvergabeamt – Austria, ECLI:EU:C:2004:93, пар. 28–29, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en,T,F&num=c-230/02>, 27. јануар 2020.

¹¹⁵⁹ М. Турудић (2022b), 4.

¹¹⁶⁰ *Ibid.*

¹¹⁶¹ *Ibid.*

¹¹⁶² С. Ginter, М. А. Simmovart, 1398–1400.

¹¹⁶³ *Ibid.*, 1395.

¹¹⁶⁴ Р. Trepte, 552.

уговор био додељен да је поступак набавке у свему спроведен у складу са правилима ЕУ, односно националним правилима којима се прва имплементирају.¹¹⁶⁵

Питање активне легитимације и круга субјеката који могу да активирају националне механизме правне заштите у материји јавних набавки, инспирисано је француским правом (в. одељак 2.1.2 друге, и одељак 1.2 пете главе).¹¹⁶⁶ Ширина у формулацији и тумачењу одредаба Директива о правним лековима, последица је основне идеје на којој се заснивају те директиве, а то је да је терет ефикасне примене директива о јавним набавкама на понуђачима и другим учесницима на тржишту јавних набавки, а не на органима управе држава чланица.¹¹⁶⁷

Због истог разлога, Директивом се успоставља само минималан круг субјеката којима треба обезбедити ефикасну и економичну правну заштиту, што произлази из формулације „*најмање свакоме*“. Последишно, државе чланице имају слободу да тај круг лица прошире, али никако да успостављају рестриктивније услове приступа механизмима решавања спорова.¹¹⁶⁸ Тако, Суд правде је стао на становиште да се интерес за доделу уговора не сматра изгубљеним уколико титулар правне заштите није претходно покушао да реши спор концилијацијом, коју национално право предвиђа као први процесни корак у поступку остваривања правне заштите – будући да постављање таквих процесних услова „неизбежно резултује одлагањем покретања поступка ревизије које Директива 89/665 налаже државама чланицама да успоставе“ и противно је захтевима за брзином и ефикасношћу из те директиве.¹¹⁶⁹

Штавише, иако се Директивама о правним лековима штите индивидуални, а не генерални интереси,¹¹⁷⁰ опремање трећих лица – грађана, цивилног сектора и др. – адекватним механизмима, како би могли да укажу на кршења правила поступка о додели јавних уговора, остављено је као могућност националним законодавцима Директивом 2014/24/ЕУ. Наиме, из уводних изјава предметне директиве, произлази да „[...] грађани, заинтересована јавност, организовано или не, као и други субјекти или тела која немају приступ контролним механизмима које предвиђа Директива 89/665/ЕЕЗ, као порески обвезници имају легитиман интерес. Стога би им требало дати могућност [...] да надлежном органу укажу на могуће повреде Директиве (о додели уговора о јавним набавкама, Б.Т.).“¹¹⁷¹ Како државе чланице не би морале да успоставе паралелне контролне механизме за поменути категорију субјеката, требало би да им обезбеде приступ надлежним надзорним телима, омбудсману, надлежним органима у области заштите конкуренције, ревизорским телима и др.¹¹⁷²

Уз ослонац на поменуте одредбе Директиве 2014/24/ЕУ, које нису правно-обавезујуће за државе чланице, сагласни смо са ставовима појединих аутора да би приликом неке будуће реформе Директива о правним лековима требало експлицитно

¹¹⁶⁵ M. Turudić (2022b), 2.

¹¹⁶⁶ R. Caranta (2015), 77.

¹¹⁶⁷ У теорији се овај приступ назива *supplier review system*, односно успостављање система контроле тако да понуђач заузима централно место. Наведено према: С. Ginter, M. A. Simmovart, 1400.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, 1399–1400.

¹¹⁶⁹ Judgment of the Court (Sixth Chamber), 19 June 2003, *Fritsch Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH and Others*, C-410/01, Reference for a preliminary ruling: Bundesvergabeamt – Austria, ECLI:EU:C:2003:362, пар. 31–32, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-410/01&td=ALL>, 27. јануар 2020.

¹¹⁷⁰ Што је, делимично, обезбеђено већ поменутиим генералним овлашћењем Европске комисије да, уколико уочи неправилности у поступку јавне набавке – а нико од учесника на тендеру није активирао постојећи механизам контроле – о тим неправилностима обавести како државе чланице, тако и наручиоца у конкретном поступку набавке, како би предузели адекватне мере. С. Ginter, M. A. Simmovart, 1388.

¹¹⁷¹ Чл. 122 Уводних изјава Директиве 2014/24/ЕУ.

¹¹⁷² С. Ginter, M. A. Simmovart, 1388.

омогућити представницима цивилног сектора да покрећу контролне поступке пред надлежним органима. Сматрамо да би такво упориште у секундарном законодавству ЕУ обезбедило додатни подстрек државама чланицама да активну легитимацију прошире и на ову категорију субјеката. При томе се посебно има у виду да, према актуелном механизму из Директива о правним лековима који почива на индивидуалној правној заштити, неправилности у поступку набавке могу да остану незапажене уколико одређени привредни субјект процени да му се не исплати да се упусти у активирање контролних механизма или не жели да се замера наручиоцима, у нади да ће на неком наредном тендеру имати „више среће“.

Искуства држава чланица у имплементацији ове одредбе показују да је већина „великодушна“ у отварању контролних поступака за шири круг субјеката, који неретко укључује и кориснике услуга, локалне пореске обвезнике, различите организације и професионална удружења,¹¹⁷³ али и представнике јавне власти – као што је случај нпр. у Данској или Француској (в. пету главу дисертације).¹¹⁷⁴ Насупрот томе, примена правила о активној легитимацији наишла је на отпор у Немачкој, где су доктринарна схватања и њима уподобљена законска решења дуго представљала брану правној заштити неуспешних конкурената.¹¹⁷⁵ Последично, законске измене су услед утицаја права ЕУ ту биле најзначајније (о чему детаљније у одељку 2.2 пете главе).

2.3.3 Захтеви у погледу контролних тела

С обзиром на то да се Директивама о правним лековима не одређује природа поступка контроле одлука наручилаца, као ни природа контролног тела, државе чланице су слободне да првостепену правну заштиту повере суду (опште или посебне надлежности), органу управе или другом (специјализованом) независном органу.¹¹⁷⁶

Сасвим очекивано, решења у државама чланицама су различита, имајући у виду њихове различите правне традиције, архитектуру механизма правне заштите, као и судског и управног апарата. Тако, 12 држава чланица¹¹⁷⁷ се определило за то да правну заштиту неуспешних конкурената и других активно легитимисаних лица у поступцима јавних набавки повери судовима, при чему су у појединим случајевима надлежни управни, а у другим грађански судови.

С друге стране, 15 држава чланица¹¹⁷⁸ оптирало је за то да првостепену надлежност стави под окриље органа управе, међу којима су најчешће специјализована тела или тзв. независни управни органи.¹¹⁷⁹ У овом другом случају, таква тела често имају различита овлашћења – саветодавна и/или регулаторна – уз решавање спорова у првом степену.¹¹⁸⁰

¹¹⁷³ European Commission, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the Effectiveness of Directive 89/665/EEC and Directive 92/13/EEC, as Modified by Directive 2007/66/EC, Concerning Review Procedures in the Area of Public Procurement*, Brussels, 24.1.2017 COM(2017) 28 final, 4.

¹¹⁷⁴ R. Caranta (2011b), 3.

¹¹⁷⁵ *Ibid.*

¹¹⁷⁶ C. Ginter, M. A. Simmovart, 1413.

¹¹⁷⁷ То су Аустрија, Белгија, Финска, Француска, Ирска, Италија, Литванија, Луксембург, Холандија и Португал. Marco Camboni *et al*, табела, 4-2, 30.

¹¹⁷⁸ С обзиром на то да је извештај из којег смо навели податке из 2018. године, њиме је обухваћено и Уједињено Краљевство.

¹¹⁷⁹ То су Аустрија, Белгија, Финска, Француска, Ирска, Италија, Литванија, Луксембург, Холандија и Португал. Marco Camboni *et al*, табела, 4-2, 30.

¹¹⁸⁰ P. Trepte, 567.

Штавише, могу предвидети да различити органи (тела) одлучују о различитим правним лековима (о којима ће бити речи у наредном одељку).¹¹⁸¹ За ову могућност су се определиле, примера ради, Белгија, Луксембург и Аустрија, у којима надлежност контролног тела у првом степену зависи од тога ко је наручилац.¹¹⁸² Осим тога, у Бугарској и Луксембургу се надлежност разликује у зависности од фазе уговорног циклуса.¹¹⁸³ Најзад, у Финској, Летонији и Немачкој она варира зависно од тога да ли је спор у вези са уговором изнад или испод прописаних прагова (у контексту немачког права, в. детаљно одељак 2.2 пете главе дисертације).¹¹⁸⁴

Суштински, првостепена надлежност (као, уосталом, и опсег активне легитимације, в. *supra* 2.3.2) у великој мери зависи од националне концепције управних уговора, односно да ли су „ближи“ јавном или приватном праву.¹¹⁸⁵ То је посебно изражено код опредељења за специјализоване управне судове (тамо где постоје) или судове опште надлежности.

Ипак, уколико се определе за то да контролна овлашћења и могућност изрицања прописаних санкција не повере суду, већ неком другом телу, организација и рад таквог тела морају да буду у складу са посебним захтевима које Директива 89/665/ЕЕЗ за такве случајеве предвиђа.¹¹⁸⁶ Наиме, како би се гарантовала пуна независност контролног тела које није судског карактера, од националног права држава чланица се захтева да предвиде да ће услови за постављање и смену чланова таквог тела бити истоветни условима који се односе на судије, у погледу *органа* надлежног за њихово постављање, односно смену с те функције, *трајања мандата* и *могућности за смену*.¹¹⁸⁷ Такође, бар председник таквог тела мора да испуњава исте услове у погледу правних и професионалних квалификација као и судије.¹¹⁸⁸

Кад је реч о захтевима у вези са самим поступком контроле коју воде таква независна тела, иста одредба предвиђа да је неопходно обезбедити да поступак буде контрадикторан, као и да донете одлуке буду правно обавезујуће. О извршењу таквих правно обавезујућих одлука старају се државе чланице.¹¹⁸⁹ Такође, посебно се наглашава обавеза да одлука независног контролног тела буде образложена.¹¹⁹⁰ Најзад, неопходно је обезбедити могућност да се наводно незаконити акти и радње независног контролног тела могу побити у судском поступку или пред судом, трибуналом или другим телом у смислу члана 267 УФЕУ које је независно како од тела које је решавало у првом степену, тако и од наручиоца.¹¹⁹¹ Трепте (*Trepte*) као разлог наводи чињеницу да само национални судови или трибунали у смислу права ЕУ имају овлашћење да се обрате Суду правде захтевом за давање претходног мишљења.¹¹⁹²

Суд правде је, при томе, стао на становиште да адекватни правни механизми за побијање одлука независних контролних тела пред надлежним судом морају да буду на располагању понуђачима (и другим учесницима на тендеру за које је утврђено да испуњавају услове у погледу активне страначке легитимације), али не и наручиоцима,

¹¹⁸¹ Чл. 2, ст. 2 Директиве 89/665/ЕЕЗ.

¹¹⁸² Marco Camboni *et al*, табела, 4-2, 28.

¹¹⁸³ *Ibid.*, 28–29.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, 29.

¹¹⁸⁵ *Ibid.*

¹¹⁸⁶ С. Ginter, М. А. Simmovart, 1413.

¹¹⁸⁷ Чл. 2, ст. 9, тач. 2 Директиве 89/665/ЕЕЗ.

¹¹⁸⁸ *Ibid.*

¹¹⁸⁹ *Ibid.*

¹¹⁹⁰ Чл. 2, ст. 9, тач. 1 Директиве 89/665/ЕЕЗ.

¹¹⁹¹ *Ibid.*; С. Ginter, М. А. Simmovart, 1413.

¹¹⁹² Р. Trepte, 566.

будући да Директиве о правним лековима не штите потоњу категорију субјеката.¹¹⁹³ С тим у вези, у предмету *Lefkosias* пред Судом правде ЕУ се поставило питање да ли Директива 89/665/ЕЕЗ налаже државама чланицама да и наручиоцима обезбеди судску заштиту против одлука које у поступку ревизије у смислу предметне директиве, донесе надлежно тело које нема карактер суда. Суд правде је негативно одговорио на постављено питање, уз ослонац на смисао предметне директиве – а то је ефикасна примена материјалних правила ЕУ о јавним набавкама, које теже јачању слободне конкуренције на унутрашњем тржишту, путем успостављања контролних механизма – као и одговарајуће формулације чланова којима се успостављају њен предмет и опсег.¹¹⁹⁴ Како, пак, члан 1, став 3 Директиве 89/665/ЕЕЗ користи израз „*најмање* свакоме“, државе чланице су слободне да у националном законодавству пут судске заштите против таквих одлука „отворе“ и за наручиоце.¹¹⁹⁵ Тиме је, сматрамо, Суд правде препознао и уважио потребу да се, у оквирима националног правног система, успостави адекватна равнотежа између јавних и приватних интереса.

Како би се подстакла сарадња и размена искустава и добре праксе између различитих националних контролних тела, 2017. године је основана Мрежа првостепених контролних тела ЕУ (*EU Network of first instance review bodies*). Иако је почела са радом као неформални форум за размену искустава, ова мрежа је прерасла у званичну радну групу ЕК и окупља како првостепена контролна тела држава чланица, тако и она из Норвешке и Швајцарске. У надлежност овог тела спада, између осталог, и помоћ у имплементацији захтева Директива о правним лековима, као и надзор над њиховим правилним спровођењем у националним оквирима.¹¹⁹⁶ На тај начин се не само олакшава уједначена имплементација европских стандарда у овом домену, већ и омогућава неформално и суптилније приближавање националних решења.

2.3.4 Обраћање наручиоцу као (обавезни) претходни корак

Из члана 1 става 4 Директиве 89/665/ЕЗ произлази да државе чланице могу да предвиде – као обавезу или само могућност – да ће неуспешни понуђач пре покретања контролног поступка пред надлежним телом, наручиоца најпре да обавести о таквој својој намери, под условом да се тиме не утиче на Директивом прописане рокове мировања (који ће бити објашњени у наредном одељку) нити друге рокове у поступку остваривања правне заштите.¹¹⁹⁷ Таква могућност уведена је да би се савесном наручиоцу пружила прилика да исправи неправилност на коју му је указано, као и да обе стране покушају да мирним путем реше спор, пре него што се активира један од предвиђених контролних механизма.¹¹⁹⁸

Најзад, државе чланице имају и ту слободу да пропишу обавезу да се правна заштита најпре остварује пред наручиоцем.¹¹⁹⁹ Националним правом ће бити прописан и одговарајући начин подношења захтева наручиоцу за преиспитивање спорне одлуке у вези са поступком доделе уговора – електронским путем, факсом и др.¹²⁰⁰ Како би се

¹¹⁹³ С. Ginter, M. A. Simmovart, 1415.

¹¹⁹⁴ Judgment of the Court (Third Chamber) of 21 October 2010, *Lefkosias*, C-570/08, Reference for a preliminary ruling: Anotato Dikastirio tis Kupriakis Dimokratias – Cyprus, ECLI:EU:C:2010:621, пар. 30–35, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-570/08>, 25. јануар 2020.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*, пар. 38.

¹¹⁹⁶ Више о овој мрежи на: European Commission, Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Remedies Directives, https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement/legal-rules-and-implementation/remedies-directives_en, 12. октобар 2022.

¹¹⁹⁷ Вид. Уводну изјаву 11 Директиве 2007/66/ЕЗ.

¹¹⁹⁸ С. Ginter, M. A. Simmovart, 1401.

¹¹⁹⁹ Чл. 1 ст. 5 тач. 1 Директиве 89/665/ЕЕЗ.

¹²⁰⁰ Чл. 1 ст. 5 тач. 2 Директиве 89/665/ЕЕЗ.

наручиоци онемогућили да злоупотребе такву информацију и закључе уговор упркос истакнутим неправилностима у погледу поступка, истом одредбом је прописана обавеза да се националним правом предвиди да ће у том случају захтеви за остваривање правне заштите имати аутоматско суспензивно дејство.¹²⁰¹ Тачније, од тренутка подношења захтева наручиоцу па све до истека рока од десет дана – уколико је захтев упућен електронским путем – односно 15 дана – уколико је упућен на други одговарајући начин – наручилац не сме да закључи уговор.¹²⁰² Другим речима, у описаним временским интервалима, подносилац захтева може да размисли о томе да ли жели да активира механизам правне заштите пред надлежним телом.¹²⁰³

Могућност претходног обраћања наручиоцу је уведена у 17 држава чланица, док је у 14 неопходно да подносилац захтева обавести наручиоца о наводним повредама правила о јавним набавкама, као и намери да активира контролни механизам.¹²⁰⁴

Сматрамо да је претходно обраћање наручиоцу користан претходни корак који се, условно речено, може посматрати и као вид алтернативног решавања спорова. Наиме, правовременом реакцијом наручиоца, може се отклонити уочени пропуст, чиме се превентивно делује на даљи развој спора и покретање поступка пред надлежним судом, што је, свакако, у складу са принципима ефикасности и брзине у остваривању правне заштите.

Осим тога, државе чланице могу унутрашњим правом да предвиде и друге видове или механизме алтернативног решавања спорова, односно обраћања појединцу или (специјализованом) телу чија улога је да пружи необавезујуће, али потенцијално веома корисно разрешење насталог спора (в. одељак 1.4.2.2 у оквиру пете главе).¹²⁰⁵ При томе, такав процесни корак ни у ком случају не може да замени или онемогући остваривање правне заштите у светлости захтева из Директива о правним лековима.¹²⁰⁶

Када смо већ на пољу алтернативних механизма, сматрамо релевантним податак да је једна од новина коју уводи Директива 2007/66/ЕЗ, уклањање института концилијације (мирење) из Директиве 92/13/ЕЕЗ. У питању је, наиме, био допунски механизам мирног решавања спорова између наручилаца и привредних субјеката, који је био доступан искључиво у комуналном сектору. Био је заснован на добровољности учешћа у поступку концилијације, а занимљиво (и некарактеристично за овај механизам) било је решење по којем су захтеви за иницирање овог поступка били слати преко посредника – ЕК или надлежних националних органа. Управо је ЕК „филтрирала“ захтеве за концилијацију и прослеђивала их наручиоцима уколико нађе да је спор подобан за концилијацију, односно да се односио на повреду европског права; штавише, у одређеним случајевима је и сама могла да иницира концилијацију.¹²⁰⁷

Због специфичне и веома активне улоге ЕК, овај механизам се налазио негде на пола пута између система *приватног* надзора над правилном и ефикасном применом материјалних правила о јавним набавкама и концесијама – оличеног у механизмима заштите неуспешних понуђача из Директива о правним лековима – и *јавног* или непосредног надзора који ЕК врши путем поступка за утврђивање повреде права ЕУ и корективног механизма (в. одељак 2.2 *supra*).

¹²⁰¹ Чл. 1 ст. 5 Директиве 89/665/ЕЕЗ.

¹²⁰² Чл. 1 ст. 5 тач. 3 Директиве 89/665/ЕЕЗ.

¹²⁰³ С. Ginter, М. А. Simmovart, 1415.

¹²⁰⁴ М. Camboni *et al*, 27.

¹²⁰⁵ *Ibid.*

¹²⁰⁶ Р. Trepte, 552–553.

¹²⁰⁷ Детаљно о овом механизму, *Ibid.*, 573–578.

Осим недостатака правног оквира концилијације који су онемогућили успостављање „ефикасне и кредибилне процедуре“, ¹²⁰⁸ одлука европског законодавца да овај механизам не задржи, била је заснована и на чињеници да он није заживео у пракси. Како се истиче у уводним изјавама Директиве 2007/66/ЕЗ, привредни субјекти нису показали *прави интерес* за прибегавање концилијацији (члан 30 уводних изјава Директиве 2007/66/ЕЕЗ). Како се даље наводи, разлог је у чињеници да

он (механизам концилијације, прим. БТ) не омогућава добијање обавезујућих привремених мера које би могле на време да спрече незаконито закључивање уговора, као и због његове природе, која није лако ускладива са поштовањем посебно кратких рокова који се примењују на поступке ревизије којима се тражи издавање привремених мера и поништавање противзаконитих одлука (наручилаца прим. БТ). Осим тога, потенцијална ефикасност механизма концилијације додатно је ослабљена потешкоћама у вези са успостављањем потпуне и довољно опсежне листе независних концилијатора у свакој држави чланици, доступних у било ком тренутку и способних да се посвете захтевима за концилијацију у врло кратком року [...] (члан 30 уводних изјава Директиве 2007/66/ЕЕЗ).

Осим овог неуспешног покушаја увођења алтернативних механизма решавања спорова у Директиве о правним лековима, других иницијатива до сада није било – како од стране европских институција, тако ни од стране држава чланица. Разлог је у томе што, како то поједини аутори виде, алтернативним механизмима и нема места у Директивама о правним лековима. С једне стране, стога што су механизми предвиђени овим директивама усмерени на решавање спорова у фази која претходи закључењу/додели уговора, у којој је примена алтернативних механизма ако не потпуно обесмишљена, онда свакако отежана услед полицентричности таквих спорова (в. одељак 2.1 треће главе дисертације) заједно са потенцијално високим новчаним износима „у игри“. ¹²⁰⁹ С друге стране, услед крајње дивергентних националних решења, која варирају између две крајности – од забране алтернативног решавања спорова из јавних набавки, до предвиђања специјализованих механизма у овој материји. ¹²¹⁰

Упркос валидности изнетих аргумената, ми стојимо на становишту да је за потребе обезбеђења уједначених стандарда правне заштите у оквирима унутрашњег тржишта, неопходно пружити макар основне смернице државама чланицама у том погледу, о чему треба размислити приликом неке наредне измене Директива о правним лековима. Ово стога што је алтернативно решавање нарочито комплексних спорова из дугорочних управних уговора (који се неретко могу подвести под дефиниције европских концепција јавног уговора и концесија), посебно када је приватни саговорач страном правно или физичко лице (в. одељке 1.3 и 2.3 пете главе дисертације) реалност у појединим државама чланицама ¹²¹¹ и сматрамо важним да се и у тим случајевима обезбеде минималне процесне гаранције, у складу са принципима из оснивачких уговора. Осим тога, европски законодавац је (како материјалним директивама о јавним набавкама и концесијама, тако и Директивама о правним лековима) свакако већ „зашао“ у фазу која следи након доделе/закључења уговора (в.

¹²⁰⁸ *Ibid.*

¹²⁰⁹ R. Caranta (2015), 77.

¹²¹⁰ У том смислу и Albert Sanchez-Graells, “‘If it ain't broke, don't fix it'? EU requirements of administrative oversight and judicial protection for public contracts”, *Contrôle et contentieux des contrats publics/Oversight and Challenges of Public Contracts* (dir./eds. L. Folliot-Lalliot, S. Torricelli), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2018 (у даљем тексту цитирано као: A. Sanchez-Graells 2018b), 532.

¹²¹¹ M. Camboni *et al.*, 27; A. Sanchez-Graells (2018b), 532.

infra 2.4.5) – која се, сагласни смо, сматра најприроднијом „средином“ за алтернативно решавање спорова.¹²¹²

2.3.5 Период мировања (*standstill period*) и рокови за покретање поступка ревизије

(i) Период мировања

У циљу додатног унапређења ефикасности националних механизма решавања спорова у материји јавних набавки, као и повећања правне сигурности, Директива 2007/66/ЕЗ значајно модификује тзв. период (рок) мировања, прецизирајући услове за одређивање овог института, као и последице у случају његовог изигравања. Осим тога, уводи и рокове у којем заинтересована лица могу да поднесу захтев за остваривање правне заштите.¹²¹³

С обзиром на то да су у већини правних система држава чланица неуспешним понуђачима у фази након што је уговор закључен практично „везане руке“, будући да им на располагању стоји само могућност да захтевају накнаду штете, Суд правде је у познатом предмету *Alcatel*¹²¹⁴ посебно истакао значај обезбеђивања свеобухватне правне заштите у фази пре закључења уговора – док је још увек могуће исправити утврђене неправилности у поступку.¹²¹⁵

У својој пресуди поводом предмета *Commission v. Austria*¹²¹⁶ Суд правде је прецизирао да су предуслови за то двојаки. Прво, неопходно је да неуспешни понуђачи, односно друга заинтересована лица буду *обавештени о разлозима* доношења одлуке о додели уговора одређеном понуђачу. Друго, потребно је да протекне *разуман временски интервал* од тренутка обавештења о одлуци о додели уговора до момента закључења уговора, како би им се омогућило да благовремено покрену поступак пред независним контролним телом које ће испитати законитост такве одлуке.¹²¹⁷

Одредбе о периоду мировања из Директива о правним лековима практично представљају кодификацију судске праксе Суда правде ЕУ. Члан 2а став 1 Директиве 89/665/ЕЕЗ прокламује обавезу држава чланица да заинтересованим лицима из члана 1 став 3 Директиве (в. *supra* 2.3.2) обезбеде „довољно времена“ за остваривање ефикасне правне заштите. Из ове одредбе произлази и смисао института периода мировања, као временског интервала у којем ће наручиоцу бити забрањено да закључи уговор све до истека прецизно одређеног рока, како би се неуспешним понуђачима омогућило да донесу одлуку о томе да ли ће надлежном контролном телу поднети захтев за одређивање привремене мере или уклањање наводно незаконите одлуке о додели уговора, без бојазни да ће закључењем уговора бити преклудирани у остваривању тог права.¹²¹⁸

Директива 89/665/ЕЕЗ изричито прописује обавезан период мировања у два случаја, док је у трећем случају суштински реч о истом институту иако се не одређује као такав.¹²¹⁹ Први случај произлази из члана 1, став 5 Директиве 89/665/ЕЕЗ. У

¹²¹² У том смислу и *Ibid.*

¹²¹³ C. Ginter, M. A. Simmovart, 1417; R. Caranta (2011b), 8–10.

¹²¹⁴ C-81/98, *Alcatel*, пар. 33–35.

¹²¹⁵ Jane Golding, Paul Henty, “The New Remedies Directive of the EC: Standstill and Ineffectiveness”, *Public Procurement Law Review* 3/2008, 147.

¹²¹⁶ Judgment of the Court (Second Chamber) 24 June 2004, *Commission v Austria*, C-212/02, ECLI:EU:C:2004:386, пар. 21–23, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=49310&doclang=en>, 27. јануар 2020.

¹²¹⁷ J. Golding, P. Henty, 147.

¹²¹⁸ *Ibid.*, 148.

¹²¹⁹ *Ibid.*, 148–149.

предметном случају, када национално право предвиђа обавезу неуспешних понуђача да правну заштиту најпре покушају да остваре пред наручиоцем, захтев упућен наручиоцу има аутоматско суспензивно дејство, онемогућавајући наручиоца да закључи уговор са одабраним понуђачем пре истека рока мировања. Тада период мировања почиње да тече првог наредног дана од дана када је наручилац упутио одговор на поднети захтев и траје најмање десет дана уколико је одговор упућен електронским путем или факсом, односно најмање 15 дана уколико је одговор упућен на други начин или, алтернативно, најмање десет дана од пријема одговора. Дакле, неуспешни понуђач има – у зависности од начина обавештавања – најмање десет или 15 дана да одлучи да ли је задовољан одговором наручиоца или ће покренути поступак пред надлежним контролним телом.

У другом случају, који је нормиран чланом 2а, став 2 Директиве 89/665/ЕЕЗ, период мировања почиње да се рачуна првог наредног дана од датума слања обавештења о додели уговора заинтересованим понуђачима и кандидатима, и траје најмање десет дана уколико је обавештење послато електронским путем или факсом, односно најмање 15 дана уколико је послато на други начин или, алтернативно, најмање десет дана од пријема обавештења. Као и у претходном случају, и овде се оставља простор за покретање контролног поступка пре него што уговор буде закључен.¹²²⁰

Како истичу Гинтер и Симоварт, одлука европског законодавца да уведе различите рокове од десет, односно 15 дана у зависности од начина обавештавања заинтересованих лица последица је чињенице да електронска средства комуникације нису подједнако развијена и доступна у свим државама чланицама.¹²²¹ При томе, Директивом се уводи само минимални период мировања, док су државе чланице слободне да тај рок продуже.¹²²² Ипак, чини се да се већина држава чланица придржавала препоручених рокова из Директиве.¹²²³ Изузетак је Италија која предвиђа период мировања у трајању од 35 дана, чиме се додатно штите подносиоци захтева.¹²²⁴

Осим дужине трајања, истим чланом прописани су и додатни услови у погледу начина рачунања периода мировања. Тако, период мировања почиње да се рачуна уколико су сва заинтересована лица обавештена о одлуци о додели уговора.¹²²⁵ При томе, такво обавештење мора да буде адекватно образложено и да садржи прецизну информацију о дужини трајања периода мировања у складу са релевантном одредбом националног права.¹²²⁶ У погледу питања колико детаљне треба да буду те информације, постоје значајне разлике између држава чланица. Каранта указује на то да се у Немачкој захтева детаљно образлагање свих разлога за доношење одлуке, што је и разумљиво имајући у виду фокус немачког права на заштити индивидуалних права (в. одељак 2.2 пете главе).¹²²⁷ Исти аутор наводи пример Румуније која се, пак, налази на супротном полу и где су правила о обавештавању далеко мање строга и непотпуност обавештења углавном неће утицати на пуноважност уговора.¹²²⁸

С обзиром на то да је почетак рачунања периода мировања повезан са слањем образложеног обавештења о додели уговора, поставља се питање круга

¹²²⁰ *Ibid.*, 148.

¹²²¹ C. Ginter, M. A. Simmovart, 1410.

¹²²² R. Caranta (2011b), 8.

¹²²³ *Ibid.*

¹²²⁴ Mario Comba, "Enforcement of EU Procurement Rules. The Italian System of Remedies", *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* (eds. S. Treumer, F. Lichère), European Procurement Law Series, First Edition, vol. 3, DJØF Publishing, Copenhagen 2011, 242; R. Caranta (2011b), 8.

¹²²⁵ C. Ginter, M. A. Simmovart, 1418.

¹²²⁶ Чл. 2а, ст. 2, тач. 4 Директиве 89/665/ЕЕЗ.

¹²²⁷ R. Caranta (2011b), 8.

¹²²⁸ *Ibid.*

заинтересованих лица која имају право да буду адекватно обавештена о тој одлуци. Члан 2а, став 2, тачке 2 и 3 Директиве 89/665/ЕЕЗ пружају одговор на то питање. Наиме, понуђачи ће се сматрати заинтересованима уколико још увек нису *дефинитивно искључени* из поступка надметања. Надаље се појашњава да је искључење дефинитивно ако је понуђач обавештен о одлуци којом се искључује из даљег тока поступка и уколико је таква одлука оцењена као законита од стране независног контролног тела или одлуку о искључењу више није могуће побијати (вид. 2.3.2 *supra*).¹²²⁹ С друге стране, кандидати (*candidates*) ће се сматрати заинтересованима уколико наручилац информацију о њиховом искључењу није учинио доступном пре него што је заинтересованим понуђачима послао обавештење о додели уговора.¹²³⁰

Трећи и последњи случај произлази из члана 2, став 3 Директиве 89/665/ЕЕЗ. За разлику од претходно описаних случајева где се тренутак закључења уговора одлаже како би се оставила могућност покретања поступка за преиспитивање наводно незаконите одлуке о додели уговора, овде је такав поступак већ у току. У предметном случају, захтев којим је такав поступак покренут има суспензивно дејство, што значи да наручилац не сме да закључи уговор све док независно контролно тело не одлучи о законитости одлуке о додели уговора. Како је наведено у уводним изјавама Директиве 2007/66/ЕЗ, такав „независни минимални период мировања“ (*independent minimum standstill period*) неопходна је претпоставка да надлежно тело има довољно времена да испита законитост одлуке о додели уговора, а државама чланицама је препуштено да одлуче да ли ће истек периода мировања бити везан за тренутак доношења одлуке о захтеву за одређивање привремених мера – укључујући и захтев за даље одлагање закључења уговора – или доношења мериторне одлуке, посебно оне којом се уклања незаконита одлука наручиоца.¹²³¹

Директиве о правним лековима остављају државама чланицама и могућност да у одређеним случајевима пропишу изузетке од периода мировања. Прво, у погледу уговора за које не постоји обавеза претходног објављивања одлуке о додели уговора у службеном гласилу ЕУ, а посебно у нарочито хитним случајевима, прописаним релевантним одредбама Директива 2014/24/ЕУ и 2014/23/ЕУ.¹²³² Како се истиче у Преамбули Директиве, у таквим случајевима је довољно обезбедити ефикасну контролу након закључења уговора.

Друго, уколико је на тендеру учествовао само један кандидат чија је понуда прихваћена, будући да у том случају не постоје друга заинтересована лица која би могла да имају корист од обавештења о додели уговора, односно од периода мировања као предуслова за остваривање ефикасне правне заштите.¹²³³

Треће, уколико су у питању уговори засновани на оквирном споразуму или који се додељују кроз систем динамичне набавке, ако је њихова вредност испод прописаних прагова.¹²³⁴ При томе, уколико искористе могућност да уведу изузетак од периода мировања у овом случају, државе чланице су у обавези да обезбеде могућност примене санкције лишавања уговора правног дејства (в. *infra* 2.4.4), ако су том приликом повређене одређене одредбе Директиве 2014/24/ЕУ¹²³⁵ и ако је вредност уговора једнака или већа од прописаних финансијских прагова.¹²³⁶ Последњи изузетак уведен

¹²²⁹ Чл. 2а, ст. 2, тач. 2 Директиве 89/665/ЕЕЗ.

¹²³⁰ Чл. 2а, ст. 2, тач. 3 Директиве 89/665/ЕЕЗ.

¹²³¹ Уводна изјава 12 Директиве 2007/66/ЕЗ.

¹²³² Чл. 26, ст. 1, тач. а Директиве 89/665/ЕЕЗ; Уводна изјава 8, Преамбула Директиве 2007/66/ЕЗ.

¹²³³ Чл. 26, ст. 1, тач. б Директиве 89/665/ЕЕЗ; Уводна изјава 8, Преамбула Директиве 2007/66/ЕЗ.

¹²³⁴ Чл. 26, ст. 1, тач. ц Директиве 2007/66/ЕЗ.

¹²³⁵ Реч је о чл. 33, ст. 4, тач. ц и чл. 34, ст. 6 Директиве 2014/24/ЕУ.

¹²³⁶ Поменути прагови прописани су чл. 4 Директиве 2014/24/ЕУ.

је будући да се сматра да би обавезни период мировања могао да утиче на ефикасност поменутих поступака јавних набавки.¹²³⁷

Последице незаконитог кршења обавезног периода мировања – мимо претходно описаних случајева – резултује овлашћењем националних судова и других независних контролних тела да тако додељен уговор лише правног дејства, у смислу члана 2д Директиве 89/665/ЕЕЗ.¹²³⁸ Поменути механизам биће објашњен у одељку 2.4.4.

(ii) Рокови за остваривање правне заштите

Директива 2007/66/ЕЗ уводи минималне рокове у којем заинтересована лица могу да поднесу захтев независном контролном телу, како би покренули поступак контроле законитости одлуке о додели уговора. Чланом 2ц Директиве 89/665/ЕЕЗ прописано је да ако национално право прописује рок у којем наводно незаконита одлука наручиоца може да се оспори, тај рок не сме да буде краћи од десет дана, рачунајући од првог наредног дана од дана када је наручилац послао обавештење о предметној одлуци заинтересованим понуђачима, односно другим кандидатима у случају да је то учињено електронским путем или факсом. По аналогији са периодом мировања, тај рок износи најмање 15 дана ако је коришћено неко друго средство информисања, или најмање десет дана од када су заинтересована лица примила обавештење. При томе, наручилац одлуку мора адекватно да образложи.

Став судске праксе је да ће моменат рачунања горе поменутих рокова отпочети када неуспешни понуђачи буду обавештени о разлозима због којих је њихова понуда одбијена.¹²³⁹ Гинтер и Симоварт примећују да је могуће да „под одређеним околностима, рок за покретање поступка пред независним контролним телом почне да тече изнова, као последица одлука или радњи наручиоца које су предузете након закључења уговора“.¹²⁴⁰

На крају, треба истаћи да су описане одредбе о периоду мировања (укључујући услове и начин одређивања, одступања и последице услед незаконитог одступања), као и роковима за остваривање правне заштите из Директиве о правним лековима 89/665/ЕЕЗ, готово идентичне одговарајућим члановима Директиве 92/13/ЕЕЗ и Директиве о одбрани и безбедности.¹²⁴¹

2.4 Правни лекови

До измена Директива о правним лековима из 2007. године, палета доступних правних лекова укључивала је привремене мере (енг. *interim measures*), могућност поништавања незаконитих одлука наручиоца (енг. *set-aside measures*) и доделу накнаде штете (енг. *damages*).¹²⁴² Другим речима, „класична“ управноправна средства.

Директива 2007/66/ЕЕЗ уводи и потпуно ново правно средство, односно могућност лишавања уговора правног дејства (енг. *remedy of ineffectiveness*), које се сматра посебно значајним у фази након закључења уговора, али уједно представља и највеће „задирање“ у процесно право држава чланица. Осим овог, уводи се и могућност

¹²³⁷ Уводна изјава 9, Преамбула Директиве 2007/66/ЕЗ.

¹²³⁸ R. Caranta (2011b), 8.

¹²³⁹ C. Ginter, M. A. Simmovart, 1420–1421.

¹²⁴⁰ *Ibid.*, 1421.

¹²⁴¹ *Ibid.*, 1419, 1421.

¹²⁴² S. Treumer (2011a), 29.

изрицања алтернативних санкција (енг. *alternative penalties*) у случајевима када је оправдано да се већ закључени уговор не лиши правних дејстава.¹²⁴³

У литератури се истиче да сваки од набројаних правних лекова мора да буде предвиђен националним правом држава чланица, као и да мора – индивидуално – да испуњава услове у погледу ефикасности и економичности (хитности) у пружању правне заштите.¹²⁴⁴ Међутим, већ је указано на то да је Суд правде кроз своју праксу неретко ценио ефикасност националног система правне заштите у *целости* (в. прво поглавље ове главе) што у одређеним случајевима може да резултује пропустима код појединачних правних средстава.

Најзад, Директиве о правним лековима не успостављају хијерархију између поменутих правних лекова, нити је таква могућност препуштена националном законодавству, будући да би се на тај начин ограничило право овлашћених субјеката да остваре правну заштиту које им је гарантована европским правом.¹²⁴⁵ Следствено томе, овлашћени субјекти имају начелну слободу да бирају врсту, односно редослед средстава које ће употребити против незаконитих одлука наручилаца.¹²⁴⁶ Ипак, у том погледу постоје одређени изузеци, на које ћемо указати у одељцима посвећеним појединим правним лековима.

2.4.1 Привремене мере (*interim measures*)

С обзиром на то да уједно имају и *корективно* дејство – у погледу благовременог отклањања повреде прописа о јавним набавкама – али и значајно *превентивно* дејство – које се огледа у спречавању настанка даље штете по ангазоване интересе – привремене мере се сматрају кључним инструментом за ефикасну примену европских прописа о јавним набавкама.¹²⁴⁷

Могућност да овлашћени субјект тражи, а надлежно контролно тело одреди привремене мере, као и минимални услови који у том случају морају да буду задовољени, прописани су одредбом садржаном у члану 2, став 1, тачка (а) Директиве 89/665/ЕЕЗ. У складу са предметном одредбом, државе чланице су у обавези да у националном праву обезбеде да мере предузете у контролном поступку обухватају и могућност одређивања привремених мера, на основу скраћеног поступка (енг. *interlocutory procedure*) и што је раније могуће, с циљем исправљања наводне повреде правила поступка јавне набавке (енг. *infringement*) или спречавања даље штете по ангазоване интересе, укључујући и обуставу поступка доделе јавног уговора или извршења било које одлуке наручиоца.

Сврха привремених мера је у томе да се онемогући стварање „непроменљивих“ правних ситуација, до којих у многим правним системима доводи закључење уговора или извршење одлука наручиоца упркос постојању озбиљних повреда правила поступка о јавним набавкама, услед чега се учесници на тендеру доводе у независну ситуацију, а правна заштита обесмишљава.¹²⁴⁸

¹²⁴³ *Ibid.*, 29.

¹²⁴⁴ С. Ginter, М. А. Simmovart, 1405.

¹²⁴⁵ *Ibid.*, 1406.

¹²⁴⁶ *Ibid.*, 1405.

¹²⁴⁷ *Ibid.*, 1406.

¹²⁴⁸ *Ibid.*

Како произлази из праксе Суда правде, привремене мере представљају „аутономно“ правно средство које не сме да буде условљено коришћењем било ког другог правног лека.¹²⁴⁹

У погледу услова за одређивање привремених мера – који су у већини држава чланица мање-више исто регулисани – углавном се захтева доказ (1) да би неуспешни конкурент претрпео ненадокнадиву или тешко надокнадиву штету у недостатку привремене мере; (2) затим да учини свој захтев очигледним и/или вероватним (другим речима, да покаже да има *prima facie* случај) и, најзад, да се (3) спроведе вагање ангажованих интереса.¹²⁵⁰

Одређивање привремених мера засновано је на тзв. „тесту вагања“ (енг. *balance test*) који произлази из члана 2, став 5 Директиве 89/665/ЕЕЗ.¹²⁵¹ Наиме, државе чланице могу да предвиде да ће приликом одлучивања о одређивању привремених мера, надлежно тело узети у обзир могуће последице таквих мера по све ангажоване интересе, укључујући и јавни интерес. Уколико након „вагања“ интереса процени да би негативне последице оваквих мера знатно премашиле њихову корист, надлежно тело може да одбије захтев за одређивање привремених мера.¹²⁵² Међутим, таква негативна одлука не сме да онемогући неуспешног понуђача да своја права покуша да заштити подношењем неког од преосталих правних лекова.¹²⁵³

Осим у погледу реченог, као и обавезног суспензивног дејства поднетог захтева овлашћеног субјекта о којем је већ било речи (в. одељак 2.3.5 *supra*), државе чланице имају прилично широку дискрецију у погледу прописивања критеријума и поступка за одређивање привремених мера.¹²⁵⁴ Сасвим очекивано, државе чланице су такав простор искористиле за крајње различита решења у погледу могућности да се издејствују привремене мере и њихове учесталости у пракси.¹²⁵⁵ С друге стране, када је реч о природи и опсегу овлашћења надлежног органа у поступцима за изрицање привремених мера, једино француско право „искаче“ из просека држава чланица (детаљно о *référé* поступцима, в. одељак 1.1 пете главе).¹²⁵⁶

2.4.2 Уклањање незаконитих одлука наручиоца (*set-aside measures*)

У складу са одредбом члана 2, став 1, тачка (б) Директиве 89/665/ЕЕЗ, национални механизам правне заштите мора да обухвати и могућност уклањања незаконитих одлука наручилаца, при чему се појам „одлуке“ схвата екстензивно, у смислу члана 1, став 1, тачка 4 Директиве 89/65/ЕЕЗ (в. *supra* 2.2).

Предметном одредбом се даље изричито наводи да се нарочито мора обезбедити уклањање дискриминаторних техничких, економских или финансијских спецификација из позива за достављање понуда, конкурсне документације или друге документације у вези са доделом уговора.

Статистички подаци из 2017. године, прикупљени на основу јавне расправе коју је спровела ЕК, а у којој су учествовали представници органа наручилаца, контролних

¹²⁴⁹ *Ibid.*

¹²⁵⁰ Roberto Caranta, “The Comparatist’s Lens on Remedies in Public Procurement”, Instituto Universitario di Studi Europei, *Working Papers Series, European and Comparative Law Issues*, 2011-1/2-ECLI, 4–5.

¹²⁵¹ C. Ginter, M. A. Simmovart, 1406.

¹²⁵² Чл. 2, ст. 5, тач. 1 Директиве 89/665/ЕЕЗ.

¹²⁵³ Чл. 2, ст. 5, тач. 2 Директиве 89/665/ЕЕЗ.

¹²⁵⁴ C. Ginter, M. A. Simmovart, 1406.

¹²⁵⁵ R. Caranta (2011b), 5.

¹²⁵⁶ *Ibid.*

тела, привредних субјеката који учествују на тендерима и правника, показују да је управо ово правно средство највише заступљено у пракси држава чланица.¹²⁵⁷

Управо због значаја, али и учесталости овог правног средства, европски законодавац је требало да му посвети више пажње и регулише бројна питања која се у вези са његовим активирањем постављају. Тако, разлози незаконитости и домет правне интервенције који опредељује и правне последице описане мере – поништавање или укидање, односно (пр)оглашавање ништавости – нису прецизирани Директивом, већ зависе од националног правног система државе чланице.¹²⁵⁸ Такође, од устројства националног правног система зависи и да ли ће овлашћење за уклањање незаконите одлуке бити поверено надлежном контролном телу или ће, по његовом налогу, наручилац бити задужен за предузимање ове интервенције.¹²⁵⁹ Најзад, европски законодавац је пропустио да регулише и питање да ли се приликом одлучивања о уклањању незаконите одлуке наручиоца врши вагање ангажованих интереса, као и разлику између формалне и материјалне незаконитости, односно да ли и у којој мери та разлика има утицаја на уклањање одлуке наручиоца.¹²⁶⁰

Имајући у виду толика отворена питања, поједини аутори истичу да се ни на једном другом правном средству не види тако јасно да су Директиве о правним лековима далеко од пуне хармонизације националних контролних механизма.¹²⁶¹

Судска пракса само донекле попуњава правне празнине. У предмету *Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik Planungs-GmbH* (HI), Суд правде је констатовао да Директива 89/665/ЕЕЗ „ћути“ по питању стандарда и опсега судске контроле одлука наручиоца и да је регулисање тог питања препуштено националном законодавцу. Након тога је нагласио како се ни у ком случају судска контрола наводно незаконитих одлука наручилаца не сме тумачити рестриктивно, тако да се сведе на испитивање да ли је била арбитарна.¹²⁶²

У једном другом предмету, Суд правде је указао на то да из Директива о правним лековима не произлази захтев да национална контролна тела осим законитости, испитују и целисходност одлука наручилаца, али су државе чланице слободне да такво решење предвиде националним законодавством.¹²⁶³ Такав став Суда правде нарочито постаје релевантан у контексту дискреционих одлука наручилаца, какве у материји јавних набавки нису реткост.¹²⁶⁴ Стога се у стручној литератури сугерише да би опсег контроле законитости одлука наручилаца требало да обухвати не само испитивање да ли одлуке наручиоца садрже све прописане информације већ и „да ли су докази на којима се одлука заснива утемељени на правилно утврђеним чињеницама, да ли су поуздани и доследни“, као и „да ли ти докази садрже све информације које се морају узети у обзир приликом оцене комплексних ситуација и, даље, да ли су подобни да из

¹²⁵⁷ European Commission, Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Remedies Directives, Public Consultations, https://ec.europa.eu/growth/content/remedies-directives-eyes-enterprises-contract-authorities-and-legal-practitioners-0_en, 14. октобар 2019.

¹²⁵⁸ S. Treumer (2011a), 32; R. Caranta (2015), 79.

¹²⁵⁹ C. Ginter, M. A. Simmovart, 1407.

¹²⁶⁰ R. Caranta (2015), 79.

¹²⁶¹ R. Caranta (2011b), 5.

¹²⁶² Judgment of the Court (Sixth Chamber), *Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik Planungs-GmbH* (HI), Case C-92/00, 18 June 2002, ECLI:EU:C:2002:379, пар. 61–62, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:62000CJ0092>, 26. јануар 2020.

¹²⁶³ Judgment of the Court (Fifth Chamber), 11 December 2014, *Croce Amica One Italia Srl*, Request for a preliminary ruling from the Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435, пар. 44, 46, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-440/13>, 26. јануар 2020.

¹²⁶⁴ R. Caranta (2015), 92–94.

њих могу да се изведу супстанцијални закључци“ – како би неуспешни конкуренти могли да остваре правну заштиту, користећи доступне националне механизме.¹²⁶⁵

2.4.3 Накнада штете (*damages*)

Још један значајан механизам правне заштите овлашћених субјеката од незаконитих одлука наручилаца јесте накнада штете. У складу са чланом 2, став 1 тачка (ц) Директиве 89/665/ЕЕЗ, државе чланице би требало да предвиде могућност доделе накнаде штете лицима која су претрпела штету услед повреде правила о јавним набавкама. У ставу 6 истог члана, даље је прописано да уколико је штета проузрокована незаконитом одлуком наручиоца, државе чланице могу да услове доделу накнаде штете претходним уклањањем такве одлуке.

Међутим, Директива 89/665/ЕЕЗ не даје ближе смернице у погледу услова под којима се установљава одговорност наручилаца за накнаду штете, критеријума на основу којих се право на накнаду штете утврђује, начина одређења износа те накнаде, као ни остала процедурална питања с тим у вези (нпр. природа поступка, рокови и др.). Како је и судска пракса по питању накнаде штете у области јавних набавки оскудна¹²⁶⁶, Гинтер и Симоварт оцењују да је реч о „најпроблематичнијем“ од свих правних лекова из Директиве.¹²⁶⁷

У предмету *Spijker*,¹²⁶⁸ који се односио на спор поводом доделе уговора о јавним радовима између једне холандске провинције и групе привредних субјеката (неуспешних понуђача), Суд правде је био у позицији да одговори на питање да ли право јавних набавки ЕУ предвиђа критеријуме на основу којих се утврђује обавеза накнаде штете, као и износ те накнаде у овој материји, које му је холандски суд поставио у процедури за добијање претходног мишљења (в. треће поглавље друге главе дисертације).

Тим поводом, Суд правде је најпре истакао како члан 2, став 1, тачка ц Директиве 89/665/ЕЕЗ привредним субјектима јемчи право на накнаду штете у случају повреде права ЕУ о додели јавних уговора, али „не садржи детаљне одредбе било о условима под којима се утврђује одговорност наручилаца, било у погледу одређења износа накнаде штете на коју би били осуђени“.¹²⁶⁹

Након тога се позвао на своју ранију и добро познату и устаљену праксу¹²⁷⁰ на основу које је искристалисан принцип одговорности државе за штету коју појединац

¹²⁶⁵ *Ibid.*, 94.

¹²⁶⁶ Steen Treumer, “Basis and Conditions for a Damages Claim for Breach of the EU Public Procurement Rules“, *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy* (eds. D. Fairgrieve, F. Lichère), Hart publishing, London 2011 (у даљем тексту цитирано као: S. Treumer 2011b), 151.

¹²⁶⁷ C. Ginter, M. A. Simmovart, 1407.

¹²⁶⁸ Judgment of the Court (Second Chamber) of 9 December 2010, *Spijker*, C-568/08, Reference for a preliminary ruling: Rechtbank Assen – Netherlands, ECLI:EU:C:2010:751, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-568/08>, 28. јануар 2020.

¹²⁶⁹ *Ibid.*, пар. 86.

¹²⁷⁰ *Ibid.*, пар. 87; Judgment of the Court of 19 November 1991, *Francovich and Others*, Joined Cases C-6/90 and C-9/90, References for a preliminary ruling: Pretura di Vicenza and Pretura di Bassano del Grappa – Italy, ECLI:EU:C:1991:428, пар. 35, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61990CJ0006>, 28. јануар 2020; Judgment of the Court of 5 March 1996, *Brasserie du Pêcheur and Factortame*, Joined Cases C-46/93 and C-48/93, References for a preliminary ruling: Bundesgerichtshof - Germany and High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court - United Kingdom, ECLI:EU:C:1996:79, пар. 31, 51, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0046>, 28. јануар 2020; Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 March 2009, *Danske Slagterier*, Reference for a preliminary ruling: Bundesgerichtshof – Germany, C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178, пар. 19 and 20, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-445/06>, 28. јануар 2020.

претрпи услед повреде права ЕУ, чиме је ставио до знања да не постоје посебна правила у овом домену, која би се примењивала искључиво на материју јавних набавки. Последично, утврђивање одговорности наручилаца за штету коју претрпе појединци услед повреде права ЕУ засновано је на три кумулативно постављена услова. Прво, неопходно је да лице које тврди да је претрпело штету на повређеној одредби права ЕУ заснива неко субјективно право. Друго, повреда предметног правила мора да буде довољно озбиљна (енг. *sufficiently serious*). Треће, мора да постоји директна узрочна веза између такве повреде и штете коју је појединац претрпео.¹²⁷¹

Сва остала питања у вези са утврђивањем права на накнаду штете су, у недостатку европских правила у овој области, препуштена националној процесној аутономији држава чланица, омеђеној принципима еквивалентности и ефикасности (в. прво поглавље ове главе).¹²⁷² Подсећања ради, ови принципи лимитирају националне законодавце утолико да не би смели остваривање права на накнаду штете да учине „практично немогућим или прекомерно тешким“,¹²⁷³ што је резултовало оценом Суда правде да су национална решења која постављају додатне услове за утврђивање одговорности наручилаца, као што су доказивање кривице,¹²⁷⁴ односно намере или преваре на страни наручиоца¹²⁷⁵ – несагласне са захтевима из Директиве 89/665/ЕЕЗ.

Сасвим очекивано, национална решења у погледу *надлежности* за утврђивање и доделу накнаде штете (управни или грађански судови, односно специјализована тела у области јавних набавки), специфичности *поступка* (рокова у којима може да се поднесе захтев),¹²⁷⁶ *извора* правила о накнади штете (општа правила грађанског права, права о одговорности јавноправних субјеката или посебна правила у материји јавних набавки),¹²⁷⁷ *узрочности* (да ли се тражи одређени степен вероватноће да би привредном субјекту уговор био додељен да није дошло до повреде правила јавних набавки од стране наручиоца),¹²⁷⁸ *обима* и *износа* накнаде (да ли се додељује само стварна штета или и измакла добит), као и *заступљености* овог правног лека у пракси – значајно варирају од једне до друге државе.¹²⁷⁹

На крају, занимљиво је да у погледу права на накнаду штете постоје разлике између Директиве 89/665/ЕЕЗ и Директиве 92/13/ЕЕЗ. Друга, наиме, садржи детаљнија правила, одговарајући на многе недоумице које прва директива узрокује својим штурим правилима у овом домену. Члан 2, став 7 Директиве 92/13/ЕЕЗ предвиђа да

¹²⁷¹ C-568/08, *Spijker*, пар. 87.

¹²⁷² *Ibid.*, пар. 90.

¹²⁷³ *Ibid.*, пар. 92.

¹²⁷⁴ Judgment of the Court (Third Chamber) of 30 September 2010, *Stadt Graz*, C-314/09, Reference for a preliminary ruling: Oberster Gerichtshof - Austria., ECLI:EU:C:2010:567, пар. 30–46, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-314/09>, 29. јануар 2020; С. Ginter, М. А. Simmovart, 1410.

¹²⁷⁵ Judgment - 14/10/2004 - Commission v Portugal, Case C-275/03, *Commission of the European Communities v Portugal*, ECLI:EU:C:2004:632, пар. 31, наведено према: S. Treumer (2011b), 151 fn. 17.

¹²⁷⁶ При чему ће се рокови за подношење захтева за накнаду штете рачунати тек од тренутка када је оштећени сазнао (или је био дужан да зна) за повреду правила о јавним набавкама. С. Ginter, М. А. Simmovart, 1410; Детаљно о томе: Duncan Fairgrieve, François Lichère, “Procedures and Access to Justice in Damages Claims for Public Procurement Breaches“ in: Duncan Fairgrieve, François Lichère (eds), *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, Hart publishing, London 2011, 185–196.

¹²⁷⁷ Тројмер (*Treumer*) указује на то да заправо веома мали број држава чланица има посебна правила у овој материји, наводећи као пример Португал. У осталим случајевима, најчешће се законодавство о јавним набавкама само нагласити право на накнаду штете (Литванија), која ће се утврђивати према општим правилима грађанског права (Холандија). S. Treumer (2011b), 152–155.

¹²⁷⁸ Детаљно о овом питању, Roberto Caranta, “Damages for Breaches of EU Public Procurement Law: Issues of Causation and Recoverable Losses” *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy* (eds. D. Fairgrieve, F. Lichère), Hart publishing, London 2011, 167–184.

¹²⁷⁹ R. Caranta (2015), 94–95.

подносилац захтева за накнаду штете, која подразумева *трошкове припреме понуде* или *учешћа у поступку доделе*, како би био успешан у свом захтеву, треба да докаже кршење правила ЕУ у области јавних набавки или националних правила која их имплементирају, да је имао стварну/реалну шансу да му уговор буде додељен, као и узрочну везу између повреде правила о додели уговора од стране наручиоца и губитка те шансе.

Нажалост, поменута одредба је ограничена на поступке доделе уговора у комуналном сектору и нема примену на области покривеној Директивом 89/665/ЕЕЗ – што је целокупан јавни сектор.¹²⁸⁰ Међутим, може послужити као добар пример приликом неке накнадне измене Директива о правним лековима, будући да јасне смернице на нивоу европског *acquis*-ја умањују правну несигурност и изразите разлике у стандардима остваривања права на накнаду штете, које су последица дивергентних националних законских решења и праксе.

2.4.4 Лишавање уговора правног дејства (*ineffectiveness*)

Механизам одузимања правног дејства јавном уговору који је закључен уз озбиљне повреде материјалних одредаба европских директива о јавним набавкама, најзначајнија је новина уведена Директивом 2007/66/ЕЗ. Као и период мировања о којем је већ било речи (в. одељак 2.3.5 (i) *supra*), овај механизам представља кодификацију праксе Суда правде ЕУ, почев од пресуде у чувеном предмету *Commission v. Germany*,¹²⁸¹ у којој је овај суд стао на становиште да би опстанак уговора који је закључен уз грубе повреде права ЕУ био противан основним принципима европског права који произлазе из оснивачких уговора.¹²⁸² Тиме се коначно стало на пут вишегодишњој пракси тзв. „утркивања да се уговор закључи“ – негативној последици подвргавања уговорне делатности јавноправних субјеката приватном праву и цивилистичким принципима као што су *pacta sunt servanda*, који су неуспешним конкурентима као једину правну сатисфакцију након закључења уговора пружали могућност накнаде претрпљене штете.¹²⁸³

Основна сврха овог механизма је, дакле, санкционисање повреде принципа транспарентности и обезбеђења слободне конкуренције кроз незакониту директну доделу уговора о јавним набавкама, која се сматра најтежом повредом европског права у материји јавних набавки, због чега изискује примену „ефикасних (енг. *effective*), пропорционалних (енг. *proportionate*) и одвраћајућих (енг. *dissuasive*) санкција“ (члан 13 уводних изјава Директиве 2007/66/ЕЗ).¹²⁸⁴ Тиме се „поновно успоставља конкуренција и креирају нове пословне прилике за привредне субјекте који су незаконито лишени могућности да се такмиче (за доделу уговора, прим. БТ)“¹²⁸⁵ – због чега поједини аутори овај механизам квалификују као „средњи пут“ између „ефикасне контроле јавних уговора и потребе за ефикасним спровођењем поступака набавки.“¹²⁸⁶

При томе, редактори Директива о правним лековима определили су се за неутралан термин – *ineffectiveness* – без прејудуцирања ефеката такве интервенције, како би се

¹²⁸⁰ *Ibid.*, 96.

¹²⁸¹ Judgment of the Court (Second Chamber) of 18 July 2007, *Commission v. Germany*, C-503/4, Failure of a Member State to fulfil obligations, ECLI:EU:C:2007:432, пар. 33–38, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-503/04>, 29. јануар 2020.

¹²⁸² C. Ginter, M. A. Simmovart, 1423.

¹²⁸³ R. Caranta (2015), 82.

¹²⁸⁴ *Ibid.*

¹²⁸⁵ Чл. 14 уводних изјава Директиве 2007/66/ЕЗ.

¹²⁸⁶ J. Golding, P. Henty, 150.

избегле термиолошке и концептуалне недоумице услед значајних разлика у правним традицијама држава чланица.¹²⁸⁷

Механизам о којем је реч у овом одељку, нормиран је чланом 2д Директиве 89/665/ЕЕЗ. Конкретно, предметни члан уређује *начин* лишавања уговора правног дејства, *разлоге* који за собом повлаче такву санкцију, као и *изузетне случајеве* у којима упркос незаконитости уговора, последица по његову пуноважност неће бити овако тешка, док су чланом 2ф исте директиве прописани рокови за подношење захтева за активирање овог механизма.

Из предметног члана произлази да уговор може бити лишен правног дејства само на основу одлуке надлежног националног контролног дела, које је независно од наручиоца, у таксативно набројаним случајевима (став 1). У уводним изјавама Директиве 2007/66/ЕЗ (в. члан 13) се, такође, наглашава да ова санкција не наступа аутоматски, (тј. по сили закона), већ је неопходно да надлежно независно тело о томе донесе одговарајућу одлуку.¹²⁸⁸ Међутим, чини се да је „маневарски простор“ за одлучивање прилично сужен, будући да ће национално контролно тело у присуству неког од прописаних разлога увек донети одлуку којом се уговор лишава правног дејства, осим уколико се у конкретном случају може применити неки од изузетака о којима ће нешто касније бити речи.¹²⁸⁹

Ти разлози су таксативно набројани у члану 2д, став 1 тачке а-ц, што указује на чињеницу да није реч о редовном правном леку, будући да стоји на располагању изузетно, у крајње ограниченом кругу разлога незаконитости уговора.¹²⁹⁰

Први од тих разлога односи се на већ поменуте „најтеже повреде европског права у материји јавних набавки“, односно *незаконите директне доделе уговора*, без објављивања позива за достављање понуда у службеном гласилу ЕУ, мимо изузетака које прописују Директива 2014/24/ЕУ и Директива 2014/23/ЕУ (в. *infra*).¹²⁹¹

Други разлог се односи на кумулативну *повреду одредаба о периоду мировања* (услед чега је неуспешни понуђач изгубио могућност да употреби неки од других правних лекова) и *материјалних норми директива о јавним набавкама* (што је утицало на његове изгледе да му буде додељен уговор).¹²⁹² При томе, државе чланице могу да пропишу и да ће уговор погодити ова санкција уколико су повређене само одредбе о периоду мировања.¹²⁹³

Најзад, трећи разлог је везан за *доделу уговора на основу оквирног споразума и система динамичне набавке*. Као што је поменуто у одељку 2.3.5 *supra*, националним правом је у циљу веће ефикасности поступка набавке, могуће предвидети да се за спровођење ових поступака неће применити прописани периоди мировања. Међутим, уколико је у описаној ситуацији дошло до повреде неке од материјалних одредаба секундарног законодавства о јавним набавкама, тако закључен уговор биће лишен правних дејстава.¹²⁹⁴

Иако се државама чланицама оставља простор да предвиде додатне разлоге незаконитости, готово да нема таквих примера. Изузетак је Румунија која на листу

¹²⁸⁷ R. Caranta (2015), 82.

¹²⁸⁸ Carri Ginter, Mari Ann Simmovart, 1424.

¹²⁸⁹ *Ibid.*

¹²⁹⁰ *Ibid.*, 1405.

¹²⁹¹ J. Golding, P. Henty, 150, 153; R. Caranta (2015), 82; C. Ginter, M. A. Simmovart, 1425.

¹²⁹² Чл. 2д, ст. 2, тач. 2(б) Директиве 89/665/ЕЕЗ.

¹²⁹³ C. Ginter, M. A. Simmovart, 1425;

¹²⁹⁴ Чл. 2д, ст. 2, тач. 2(ц) Директиве 89/665/ЕЕЗ; C. Ginter, M. A. Simmovart, 1425; J. Golding, P. Henty, 150.

претходно наведених разлога, додаје и повреду правила о сукобу интереса у поступку доделе уговора.¹²⁹⁵

С друге стране, Директиве о правним лековима одлуку о томе да ли ће лишавање уговора правног дејства бити ретроактивно (*ex tunc*) или за убудуће (*ex nunc*), изричито препуштају националном праву (члан 2д, став 2).¹²⁹⁶ Другим речима, да ли ће бити реч о поништавању уговора и правних последица које је произвео, или ће се онемогућити да уговор убудуће производи правна дејства – препуштено је процесној аутономији држава чланица.¹²⁹⁷ Ипак, уколико се одреде за потоњу опцију, државе чланице ће морати да обезбеде неку од прописаних алтернативних санкција¹²⁹⁸ о којима ће бити речи у наредном пододелу. Примери држава чланица које предвиђају ретроактивно дејство овог механизма су Француска и Немачка, док Данска спада у другу групу држава које примењују тзв. *light ineffectiveness* режим.¹²⁹⁹

Државе чланице могу да предвиде и друге последице примене овог механизма, као што је нпр. повраћај датог по основу уговора, према правилима о неоснованом обогаћењу.¹³⁰⁰

Такође, занимљиво је да Италија, за разлику од већине других држава чланица, омогућава лишавање уговора правног дејства у судском поступку, чак и ако тужилац није истакао такав захтев.¹³⁰¹

Директивом су нормирани и изузеци од примене ове најтеже санкције. Тако, надлежно контролно тело неће донети одлуку о лишавању правних дејстава незаконито закљученог уговора, уколико преовлађујући разлози општег интереса (*overriding reasons of general interest*) тако налажу.¹³⁰² Директива не даје ближе смернице за процену када је овај услов испуњен, изузев у погледу економских разлога. Наиме, прописано је да ће се сматрати да економски разлози потпадају под горе наведени правни стандард, само уколико би – под изузетним околностима – таква санкција довела до несразмерних последица.¹³⁰³ Такође, *exempli causa* се прописују економски разлози који су „директно везани за уговор“ и који не могу да се сматрају „преовлађујућим разлозима општег интереса“. Ту су подведени трошкови који произлазе из кашњења у извршењу уговора, трошкови отпочињања новог поступка јавне набавке, трошкови промене привредног субјекта задуженог за извршење уговора, као и трошкови правних обавеза које су последица лишавања уговора правних дејстава (члан 2д, став 3, тачке 2 и 3 Директиве 89/665/ЕЕЗ).

Насупрот томе, у пракси Суда правде су се као легитимни разлози у смислу предметне одредбе нашли, примера ради, заштита потрошача, ризик од озбиљног угрожавања финансијске равнотеже унутар система социјалне заштите, као промоција истраживања и развоја – а има аутора који на тај списак додају и заштиту јавног здравља.¹³⁰⁴

Други изузетак произлази из члана 2д, став 4 Директиве 89/665/ЕЕЗ и односи се на директну доделу уговора као разлог лишавања уговора правних дејстава. Наиме,

¹²⁹⁵ R. Caranta (2011b), 9.

¹²⁹⁶ Чл. 13 уводних изјава Директиве 2007/66/ЕЗ.

¹²⁹⁷ C. Ginter, M. A. Simmovart, 1424; Чл. 2д, ст. 2 Директиве 89/665/ЕЕЗ.

¹²⁹⁸ Чл. 2д, ст. 2, тач. 2 Директиве 89/665/ЕЕЗ.

¹²⁹⁹ R. Caranta (2011b), 9.

¹³⁰⁰ R. Caranta (2015), 82.

¹³⁰¹ R. Caranta (2011b), 9.

¹³⁰² Чл. 2д, ст. 3 Директиве 89/665/ЕЕЗ.

¹³⁰³ Чл. 2д, ст. 3, тач. 1 Директиве 89/665/ЕЕЗ.

¹³⁰⁴ C. Ginter, M. A. Simmovart, 1426–1427.

предметном одредбом је прописано да ће закључени уговор опстати упркос томе што је додељен без правилно спроведеног поступка јавне набавке уколико су испуњени следећи (кумулятивно постављени) услови:

- 1) наручилац је проценио да је закључење уговора без претходне објаве позива за достављање понуда у службеном гласилу ЕУ у складу са правилима из Директива 2014/24/ЕУ и 2014/23/ЕУ;
- 2) упркос таквом тумачењу, ипак је у службеном гласилу ЕУ објавио обавештење прописане садржине о намери да закључи уговор; и
- 3) уговор је закључен уз поштовање минималног периода мировања (најмање десет дана рачунајући од публикације обавештења).¹³⁰⁵

Последњи изузетак тиче се доделе уговора на основу оквирног споразума, односно система динамичне набавке. Као и у погледу претходног изузетка, упркос повреди из члана 2д, став 1 тачка ц, уговор ће опстати уколико су испуњени следећи кумулативно постављени услови: 1) наручилац сматра да је директна додела уговора у складу са релевантним материјалним одредбама о јавним набавкама; 2) наручилац је свим заинтересованим понуђачима послао адекватно образложену одлуку о додели уговора и 3) уважен је период мировања (десет – 15 – десет дана).¹³⁰⁶

Рокови за подношење захтева надлежном контролном телу за уклањање незаконито закљученог уговора произлазе из члана 2ф и износе 30 дана у случају када је објављен позив за достављање понуда, односно шест месеци када то није учињено.¹³⁰⁷

Због чињенице да се овом механизму у пракси не прибегава често, у литератури се истиче да његова највећа вредност заправо лежи у дисциплиновању учесника поступака јавних набавки, односно „одвраћању наручилаца и (њихових) потенцијалних саговорача од заобилажења правила о додели уговора“.¹³⁰⁸

2.4.5 Алтернативне санкције (*alternative penalties*)

Алтернативне санкције поменуте су најпре у члану којим се уређује у претходном одељку описани правни лек,¹³⁰⁹ а затим и ближе уређене чланом 2е Директиве 89/665/ЕЗ.¹³¹⁰ Представљају алтернативу лишавању уговора правног дејства када надлежни контролни орган из неког од Директивом остављених разлога одлучи да не прибегне том овлашћењу, односно уколико оно има ограничено тј. проактивно (*pro futuro*) правно дејство.

Директива као алтернативне санкције предвиђа (с тим да обе ове санкције могу да се комбинују):¹³¹¹

- 1) *одређивање новчане казне наручиоцу или*
- 2) *скраћење временског периода трајања уговора.*

Утицај судске праксе на законска решења видљив је у одредби којом се даље предвиђа да алтернативне санкције морају да буду „делотворне, сразмерне (циљу) и да имају одвраћајуће (превентивно) дејство“ (члан 2е, став 2 Директиве 89/665/ЕЗ).¹³¹²

¹³⁰⁵ Чл. 2д, ст. 4 Директиве 89/665/ЕЕЗ.

¹³⁰⁶ Чл. 2д, ст. 5 Директиве 89/665/ЕЕЗ.

¹³⁰⁷ С. Ginter, М. А. Simmovart, 1430.

¹³⁰⁸ R. Caranta (2015), 83.

¹³⁰⁹ Вид. чл. 2д, ст. 3, тач. 1 Директиве 89/665/ЕЕЗ.

¹³¹⁰ Чл. 2е, ст. 1 Директиве 89/665/ЕЕЗ.

¹³¹¹ R. Caranta (2011a), 80.

¹³¹² P. Craig, G. de Búrca, 222; C-14/83, *Von Colson*, 1897.

Осим тога, Директива предвиђа могућност да се у националном законодавству надлежним контролним телима остави широка дискрециона оцена да приликом одређивања и одабира алтернативних санкција узму у обзир све релевантне факторе, укључујући тежину незаконитости, понашање наручиоца и – у случају да се алтернативне санкције изричу у случајевима из члана 2д(2) истог прописа (вид. претходни одељак) – у којој мери уговор и даље производи правна дејства (члан 2е, став 2, тачка 2 Директиве 89/665/ЕЕЗ).

Најзад, изричито је прописано и да накнада штете не представља алтернативну санкцију у смислу ове одредбе (члан 2е, став 2, тачка 3 Директиве 89/665/ЕЕЗ). Како с тим у вези примећује Каранта, „то значи да алтернативне санкције нису уперене ка исправљању штетних последица деликта“, већ да је „њихова природа ближа управним санкцијама или новчаним казнама за кршење правила набавке“.¹³¹³

Иако из одредаба Директива о правним лековима, па и из самог назива овог правног лека, произлази да је у питању *алтернатива* у случају да се државе чланице не одреде за ретроактивно уклањање правних дејстава незаконитих уговора, у пракси многих држава – посебно оних у којима је уговорна делатност управе обојена нијансама приватног права и где је дуго било незамисливо „дирати“ у закључени уговор – постоји „већа преференција ка алтернативним санкцијама“.¹³¹⁴ Занимљиво је, пак, да се Немачка не сврстава у ту групу, с обзиром на *ex tunc* дејство механизма из претходног одељка (в. одељак 2.2.1 [ii] пете главе).

3. УГОВОРИ ИЗУЗЕТИ ОД ПРИМЕНЕ ДИРЕКТИВА О ПРАВНИМ ЛЕКОВИМА: НАМЕТНУТА v. СПОНТАНА ХАРМОНИЗАЦИЈА СТАНДАРДА ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ

У трећем поглављу друге главе дисертације, посвећеном праву ЕУ у материји јавних набавки и концесија, видели смо да су поједини уговори због своје финансијске вредности или предмета изузети од примене Директива 2014/24/ЕУ, 2014/25/ЕУ о јавним набавкама, и Директиве 2014/24/ЕУ о концесијама. То значи да наручиоци приликом доделе ових уговора нису у обавези да спроведу поступак набавке према правилима које европско секундарно законодавство предвиђа. Последично, додела таквих уговора је подвргнута правилима националног права која, у зависности од приступа конкретне државе чланице, могу бити уподобљена правилима која важе за уговоре на које се директиве примењују (нпр. Француска, в. прво поглавље пете главе), посебно дизајнираним правилима или општим правилима јавног или приватног права (нпр. Немачка, в. одељак 2.2 пете главе).

Такође смо раније нагостили да, у циљу обезбеђења правилног функционисања унутрашњег тржишта, ни у таквим случајевима наручиоци нису *увек* и *у потпуности* ослобођени од придржавања појединих принципа који произлазе из примарног права ЕУ, када додељују јавне уговоре и концесије (в. одељак 3.1 друге главе).

С обзиром на то да се, како смо претходно приказали (в. одељак 2.2 ове главе), опсег Директива о правним лековима *ratione materiae* преклапа са предметом директива о јавним набавкама и концесијама, произлази да се процесни захтеви који се односе на контролне поступке и конкретне правне лекове из првих, примењују само на уговоре „изнад прагова“ и оне који потпадају под примену других.

¹³¹³ R. Caranta (2011a), 80.

¹³¹⁴ *Ibid.*, 81.

С друге стране, поставља се питање на који начин је обезбеђена правна заштита за ону другу, значајну и у пракси веома заступљену категорију уговора – „испод прагова“ и уговора који су због свог предмета изузети од (пуне) примене секундарних правила ЕУ о јавним набавкама и концесијама, па самим тим и Директива о правним лековима. Другим речима, да ли је овај домен у потпуности у сфери националног права и у којој мери су национални законодавци слободни приликом креирања правне заштите и решавања спорова у погледу ове категорије уговора?

Трагање за одговорима на постављено питање је у фокусу овог поглавља. У редовима који следе, најпре ћемо повући демаркационе линије између европског и националног права јавних набавки код доделе уговора испод прагова и изузетих уговора (3.1), након чега ћемо ближе сагледати на који начин је обезбеђена правна заштита неуспешних конкурената код те категорије уговора, у светлости примарног и секундарног права ЕУ у овој области (3.2).

3.1. Принципи из оснивачких уговора и стандард прекограничног интереса

Како је Суд правде истакао у познатом предмету *Teleaustria*,¹³¹⁵ иако су одређени уговори изузети од примене секундарних правила ЕУ о јавним набавкама, „наручиоци који их закључују су, без обзира на то, дужни да поштују основна правила из Уговора“.¹³¹⁶ На тај начин се недвосмислено установљава обавеза наручилаца да и приликом доделе уговора који се, излазећи ван оквира Директиве 2014/23/ЕУ, Директиве 2014/24/ЕУ и Директиве 2014/24/ЕУ, налазе у режиму националног права, поштују основне принципе који произлазе из оснивачких уговора, који постају значајан фактор хармонизације, односно „европеизације“ националних решења.¹³¹⁷

Ипак, иако је јасно да је право ЕУ продрло и на терен који је, формално гледано, у сфери националног права, повлачење јасних граница између једног и другог корпуса правила јавних набавки нешто је тежи задатак и опире се генералним закључцима.¹³¹⁸ Другим речима, потребно је одговорити на питање који су то *принципи*, као и да ли ће наручиоци увек, односно *у погледу свих уговора*, бити у обавези да их се придржавају када додељују уговоре испод прагова (и изузете уговоре). Стога је ЕК, на темељу дотадашње праксе Суда правде ЕУ, 2006. године сачинила документ који има за циљ пружање смерница наручиоцима и надлежним националним контролним органима, како би се лакше снашли приликом примене правила о јавним набавкама у пракси, односно надзора над њиховом применом.¹³¹⁹

У поменутом документу који нема правно обавезујуће дејство те се може сврстати у изворе или инструменте „меког права“¹³²⁰ (у даљем тексту: Интерпретативни акт ЕК),

¹³¹⁵ Judgment of the Court (Sixth Chamber) 7 December 2000, *Teleaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH*, C-324/98, Reference for a preliminary ruling: Bundesvergabeamt – Austria, *ECLI:EU:C:2000:669*, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-324/98&td=ALL>, 29. јануар 2020.

¹³¹⁶ *Ibid*, пар. 60.

¹³¹⁷ Martin Trybus, “Public Contracts in EU Internal Market Law: Foundations and Requirements”, *Droit compare des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, 84–85.

¹³¹⁸ S. Treumer (2011a), 45.

¹³¹⁹ European Commission, Commission Interpretative Communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives (у даљем тексту цитирано као: Commission Interpretative Communication on exempt contract awards), *Official Journal of the European Union*, 2006/C 179/02.

¹³²⁰ Колико је ова материја потенцијално проблематична, а државе чланице „осетљиве“ на сваки покушај задирања у сферу њихове надлежности, показује пример Немачке која је предметни документ покушала да оспори пред Судом правде ЕУ, а један број држава чланица је такав потез подржао. Будући да је, како

ЕК најпре указује на то да су наручиоци у обавези да приликом доделе уговора „испод прагова“, као и изузетих уговора, поштују правила и принципе који извиру из оснивачких уговора, а који подразумевају тржишне слободе као предуслов функционисања и развоја унутрашњег тржишта – слободу кретања добара, право пословног настањивања (члан 49 УФЕУ), слободу пружања услуга – као и принципе забране дискриминације и једнаког третмана, сразмерности и међусобног признања (енг. *mutual recognition*).¹³²¹

Судска пракса је нарочито богата када је реч о примени принципа дискриминације и транспарентности у овом контексту. У горе поменутој пресуди *Teleaustria*, Суд правде је истакао како у принципе које су наручиоци дужни да примењују, посебно спада „принцип забране дискриминације на основу држављанства“.¹³²² Позвавши се на своју ранију одлуку у предмету *Unitron Scandinavia*,¹³²³ Суд правде надаље појашњава да у контексту доделе јавних уговора, тај принцип подразумева обавезу транспарентности, која се „састоји у обезбеђивању, у корист сваког потенцијалног понуђача, степена оглашавања који је довољан да омогући отварање тржишта услуга за конкуренцију и ревизију непристрасности поступака набавке.“¹³²⁴

При томе, Ризвиг Хансен (*Risvig Hansen*) појашњава да су наручиоци без изузетака у обавези да поштују претходно поменуте тржишне слободе приликом доделе уговора, док се за подвођење уговора под „владавину“ принципа ЕУ о забрани дискриминације и једнаког третмана¹³²⁵ и обавези транспарентности,¹³²⁶ захтева испуњавање додатног услова – да је конкретан уговор од тзв. *извесног прекограничног интереса* (енг. *certain cross-border interest*).¹³²⁷

Стандард „извесног прекограничног интереса“, произашао је из праксе Суда правде¹³²⁸ и полази од значаја конкретног уговора за развој и функционисање унутрашњег тржишта. Конкретније, уколико јавни уговор или уговор о концесији који излази ван оквира европских директива, може да „привуче“ понуђаче из других држава чланица и тиме допринесе динамици унутрашњег тржишта, поступак његове доделе – иако регулисан националним правом – мора да буде у складу са горе поменутим принципима забране дискриминације (и/или једнаког третмана), као и

смо истакли, у питању акт који не производи правна дејства већ има искључиво саветодавну улогу, Суд правде је поднео одбацио као недопуштен. Вид. Judgment of the General Court (Fifth Chamber), 20 May 2010, *Germany v Commission*, T-258/06, ECLI:EU:T:2010:214, пар. 162, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-258/06>, 5. септембар 2022; Roberto Caranta, “The Borders of EU Public Procurement Law”, *Outside the EU Procurement Directives – Inside the Treaties?* (eds. R. Caranta, D. C. Dragos), European Procurement Law Series, Vol. 4, DJØF Publishing, Copenhagen 2012, 44.

¹³²¹ Commission Interpretative Communication on exempt contract awards, 1.1; M. Trybus, 88–92.

¹³²² Case C-324/98, *Teleaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH*, пар. 60.

¹³²³ Judgment of the Court (First Chamber) 18 November 1999, *Unitron Scandinavia*, C-275/98, Reference for a preliminary ruling: Klagenævnet for Udbud - Denmark, ECLI:EU:C:1999:567, пар. 31, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-275/98&td=ALL>, 1. фебруар 2020.

¹³²⁴ Case C-324/98, *Teleaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH*, пар. 61–62.

¹³²⁵ У материји јавних набавки, принцип забране дискриминације и једнаког третмана отелотворен је у одредбама о забрани дискриминаторних техничких спецификација, условима за подношење понуда, укључујући и временске рокове, као и процедурама и критеријумима за доделу уговора. Детаљније у: М. Trybus, 98–103.

¹³²⁶ Каранта појашњава да иако захтев за транспарентношћу не произлази директно из УФЕУ, због чега Суд правде уместо принцип, неретко употребљава конструкцију „обавеза транспарентности“, нема разлога да га не сматрамо једним од општих принципа права ЕУ, будући да може да се изведе из његових одредаба. У сваком случају „општи принцип је у основи општа пропозиција права од неког значаја, из којег произилазе конкретна правила“, R. Caranta (2012), 36–37.

¹³²⁷ Carina Risvig Hansen, *Contracts not covered, or not fully covered, by the Public Sector Directive*, DJØF Publishing, Copenhagen 2012, 149–154.

¹³²⁸ R. Caranta (2012), 44–48.

транспарентности. Разлог, како је истакао Суд правде ЕУ, је у томе што „уколико ниједан привредни субјект у другим државама чланицама не би имао интерес за (доделу) предметног уговора [...] утицај на основне слободе (из оснивачких уговора, прим. БТ) би требало сматрати исувише неизвесним и индиректним да би се могао оправдати закључак да су повређене“.¹³²⁹

Међутим, ни садржина стандарда прекограничног интереса, нити степен његове *извесности*, односно вероватноћа да би у надметању за доделу одређеног уговора учествовали конкуренти из других држава чланица у односу на ону у којој се спроводи набавка, нису јасно и прецизно одређени. Осим тога што се тиме ризикује различита пракса у државама чланицама и подрива правна сигурност, тешко је замислити ситуацију у којој је могуће апсолутно искључити интересовање понуђача из других држава чланица.

Уз то, у теорији се у вези са утврђивањем постојања прекограничног интереса поставио низ питања на која нема јединствених одговора, а која су од великог практичног значаја. Прво, да ли се захтева само директан прекогранични интерес (енг. *direct cross-border interest*), који подразумева да би понуђачи са седиштем у другој држави чланици у односу на ону у којој је наручилац били заинтересовани за конкретан уговор, насупротив индиректном преко-граничном интересу (енг. *indirect cross-border interest*), који указује на заинтересованост привредних субјеката да буду добављачи стране робе на домаћем тржишту или имају представништво/филијалу у држави седишта наручиоца?¹³³⁰ Друго, да ли је могуће да такав интерес буде хипотетички или да заиста постоји и буде утврђен у конкретном случају? Ризвиг Ханзен стоји на становишту да би требало узети у обзир само директан интерес, али сматра да услов који се односи на извесност (енг. *certainty*) може да буде задовољен иако је у питању хипотетички интерес.¹³³¹

Као смернице за критеријум процене, ЕК наводи предмет уговора, његову процењену вредност,¹³³² специфичност сектора у којем се спроводи набавка (величина и структура тржишта, комерцијална пракса и др.), као и место извршења уговора.¹³³³ У литератури се наводи да ови или слични индикатори постојања прекограничног интереса могу да буду прописани националним правом.¹³³⁴ Уз то, наводе се *exempli causa* и други, као што су језичке или правне баријере – посебни услови који произлазе из правног система нпр. административни услови за добијање одговарајућих дозвола.¹³³⁵ Суд правде је, такође, налазио да је чињеница да је намера доделе уговора објављена у службеном гласилу ЕУ, иако није постојала таква обавеза наручиоца, поуздан индикатор да постоји извештан прекогранични интерес.¹³³⁶

¹³²⁹ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 21 July 2005, *Conorzio Aziende Metano v. Comune di Cingia de' Botti*, C-231/03, Reference for a preliminary ruling: Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia - Italy, ECLI:EU:C:2005:487, пар. 20, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-231/03>, 1. фебруар 2020; С. Risvig Hansen, 122 fn 3.

¹³³⁰ *Ibid.*, 127.

¹³³¹ *Ibid.*, 141–145.

¹³³² Сматра се да, што је што је нижа вредност уговора, мање су и шансе да би за његову доделу били заинтересовани привредни субјекти из других држава чланица због нпр. великих трошкова транспорта. *Ibid.*, 134.

¹³³³ Commission Interpretative Communication on exempt contract awards, 1.3; У погледу места извршења уговора, Ризвиг Ханзен истиче да уколико је место извршења близу границе између две државе чланице, веће су шансе да ће бити од прекограничног интереса. С. Risvig Hansen, 136.

¹³³⁴ *Ibid.*, 130.

¹³³⁵ *Ibid.*, 136.

¹³³⁶ R. Caranta (2012), 47–48.

ЕК, надаље, у светлости праксе Суда правде, наглашава минималне услове који треба да буду задовољени у целокупном поступку набавке, како би се обезбедила примена фундаменталних принципа транспарентности, забране дискриминације и слободне конкуренције. Тако, наручиоци су у обавези да адекватно објаве (енг. *adequate advertisement*) намеру да доделе уговор и да пруже онолико информација колико се сматра разумним да привредни субјекти из друге државе чланице могу да донесу одлуку о томе да ли ће за предметни уговор конкурисати.

Затим, неопходно је да сам поступак набавке буде правичан и непристрасан (енг. *fair and impartial procedure*). Конкретно, да опис предмета набавке не буде дискриминаторан; да услови учешћа буду исти за све привредне субјекте независно од њиховог држављанства; међусобно признавање докумената којима се доказује испуњеност формалних услова/квалификација и слично. Најзад, потребно је и да сама додела уговора буде спроведена у складу са поменутиим принципима.¹³³⁷

Потребно је нагласити да су наручиоци ти који, у зависности од околности конкретног случаја, процењују да ли је критеријум извесног прекограничног интереса испуњен.¹³³⁸ Ипак, пребацивање одговорности на наручиоца уз само *exempli causa* наведене критеријуме отвара простор за злоупотребе, чиме се урушава правна сигурност. Осим тога, није тешко замислити ситуацију у којој исти уговор у једном случају буде процењен као уговор од прекограничног интереса, а у неком другом то не буде случај, чиме долази до (макар непланиране и индиректне) дискриминације. Због тога се у Интерпретативном акту ЕК наводи да таква процена наручиоца (поред евентуалне контроле на националном нивоу), подлеже контроли ЕК у евентуално покренутом поступку за утврђивање повреде права ЕУ.¹³³⁹

3.2 Правна заштита код уговора изузетих од примене Директива о правним лековима

У претходном одељку смо установили да поступци доделе уговора на које се не примењује секундарно право јавних набавки ЕУ, а који су од одређеног прекограничног интереса, морају да буду спроведени у складу са принципима транспарентности и забране дискриминације.

У Интерпретативном акту ЕК, ова институција се осврнула и на стандарде судске заштите код тих уговора. Понављајући став Суда правде у предмету *Teleaustria* о „значају могућности ревизије (контроле) непристрасности процедуре (поступка доделе уговора, прим. БТ)“, ЕК је истакла како „без одговарајућег контролног механизма, сагласност са стандардима правичности и транспарентности не може да буде ефикасно гарантована“.¹³⁴⁰ У том контексту, ЕК подвлачи значај принципа ефикасне судске заштите (енг. *efficient judicial protection*) субјективних права која произлазе из права ЕУ, који представља део корпуса „општих правних принципа који извиру из заједничке уставне традиције држава чланица“.¹³⁴¹

Подсећања ради, у недостатку процесних правила ЕУ, а уз ослонац на члан 19, став 1, тачка 2 УЕУ и члан 47 Повеље, државе чланице су дужне да обезбеде правила и процедуре, како би се обезбедила ефикасна судска заштита (в. прво поглавље ове главе).¹³⁴² ЕК налази да је предуслов за то у материји јавних уговора, да националним правом буде омогућено *сваком лицу које има или је имало интерес за доделу уговора*, да пред надлежним органом тражи преиспитивање одлуке наручиоца које на њега

¹³³⁷ Commission Interpretative Communication on exempt contract awards, 2.2.

¹³³⁸ *Ibid.*, 1.3.

¹³³⁹ *Ibid.*

¹³⁴⁰ *Ibid.*, 2.3.1.

¹³⁴¹ *Ibid.*, 2.3.3 (1).

¹³⁴² *Ibid.*

негативно утичу (зато што се, примера ради, искључује из даљег поступка набавке) уколико постоји могућност да је таква одлука последица повреде основних стандарда које предвиђа примарно европско право.¹³⁴³ Дакле, према схватању ЕК, круг активно легитимисаних субјеката у овом случају би требало поставити *supra* од оног који је предвиђен Директивама о правним лековима (в. одељак 2.3.2 *supra*).

Надаље, као битан предуслов ефикасног остваривања права на правну заштиту предвиђа се обавеза наручилаца да своје одлуке образложе (било да образложење унесу у саму одлуку или да га пруже накнадно, по тражењу подносиоца захтева), како би неуспешни понуђачи и остали учесници на тендеру могли да донесу „информисану одлуку“ о томе да ли ће такву одлуку да побијају или не.¹³⁴⁴

Најзад, правни лекови предвиђени националним правом треба да задовоље Реве критеријуме еквивалентности и делотворности, односно практичне могућности (в. прво поглавље ове главе).¹³⁴⁵

На основу до сада изложеног, можемо да закључимо да из судске праксе Суда правде (систематизоване и појашњене кроз Интерпретативни акт ЕК), произлази да би, независно од решења националног права, правна заштита неуспешних конкурената у погледу уговора изузетих од европских директива, требало да буде обезбеђена посредством принципа ефикасне судске заштите, која за собом повлачи одређене стандарде који се односе на транспарентност, активну легитимацију, контролна тела и правне лекове.¹³⁴⁶

У вези са последњим, у теорији се поставило питање у којој мери би државе требало да успоставе конкретне правне лекове, по угледу на оне из Директива о правним лековима, како би захтев ефикасне судске заштите био задовољен. Посебно, истиче се, јер је тешко замисливо да ће то бити случај уколико су услови за остваривање правне заштите неуспешних конкурената рестриктивнији, односно „строже“ постављени у односу на оне из Директива о правним лековима.¹³⁴⁷

Иако дефинитивних одговора (још увек) нема, имајући у виду да Суд правде није јасно опредељен по овом питању, чини се да би се са сигурношћу једино могло тврдити да би државе у својим правним системима требало да обезбеде овлашћења надлежних тела да изричу привремене мере, као и могућност остваривања права на накнаду штете, по основу одговорности државе за повреду права ЕУ.¹³⁴⁸ Ипак, поједини аутори указују на то да су услови за остваривање права на накнаду штете према општим правилима о одговорности држава за повреду права ЕУ, строжи него они из Директива о правним лековима будући да се у првом случају тражи постојање „довољно озбиљне повреде“.¹³⁴⁹

С друге стране, лишавање уговора правног дејства услед повреде процесних правила за доделу уговора је проблематичније, имајући у виду тежину санкције. Пракса Суда правде је по том питању неконзистентна. Тако, у предмету *Commission v Germany*, који је послужио као највећи подстрек немачком законодавцу да изврши реформу

¹³⁴³ *Ibid.* Трибус указује на сличност ове констатације Комисије са чл. 1(3) Директиве о правним лековима. М. Trybus, 110–111.

¹³⁴⁴ *Ibid.*, 112–113.

¹³⁴⁵ Commission Interpretative Communication on exempt contract awards, 2.3.3 (3).

¹³⁴⁶ С. Risvig Hamer, 255.

¹³⁴⁷ Dacian C. Dragos, Bogdana Neamtu, Raluca Veliscu, “Remedies available for Procurement outside the Directives – a Comparative Assessment”, *Outside the EU Procurement Directives – Inside the Treaties?* (eds. R. Caranta, D. C. Dragos), European Procurement Law Series, Vol. 4, DJØF Publishing, Copenhagen 2012, 402-403.

¹³⁴⁸ R. Caranta (2015), 87.

¹³⁴⁹ S. Treumer (2011a), 46.

правне заштите уговора о јавним набавкама (в. одељак 2.2.1 (ii) пете главе), Суд правде је истакао како би опстанак уговора који је додељен уз повреду правила ЕУ о јавним набавкама, довео до „смањења опсега одредаба оснивачких уговора којима се успоставља унутрашње тржиште“ – што не може бити сагласно праву Уније.¹³⁵⁰

Међутим, у једном каснијем предмету је, потпуно занемаривши свој став из претходно поменуте одлуке, Суд правде стао на становиште да

*принципи једнаког третмана и недискриминације на основу националности [...] и последична обавеза транспарентности не захтевају од наручилаца да раскину уговор [...] у сваком случају наводне повреде те обавезе у вези са доделом концесија за услуге. На домаћем правном систему је да законске процедуре за заштиту права која појединцу проистичу из те обавезе регулише на начин да ти поступци нису ништа мање повољни од сличних домаћих поступака и не онемогућавају практично остваривање тих права или га учине прекомерно тешким.*¹³⁵¹

Како се истиче у доктрини, из наведене пресуде произлази да неће свака повреда права Уније довести до обавезног раскида уговора, али је Суд правде пропустио да пружи јасније смернице када би то био случај.¹³⁵²

Најзад, чини се да је пракса Суда правде наклоњена признавању обавезе постојања периода између доделе и закључења уговора тј. периода мировања и за уговоре на које се секундарно законодавство ЕУ о јавним набавкама не примењује.¹³⁵³

У сваком случају, Суд правде до данас није појаснио „у којој мери Директиве о правним лековима треба посматрати као конкретизацију (процесних) општих принципа права ЕУ, која су применљива на уговоре који, иако изузети од Директива, због свог прекограничног интереса морају да буду додељени у складу са (материјалним) основним принципима из УФЕУ“.¹³⁵⁴

То је довело до крајње дивергентних националних решења. Док су се поједине државе чланице определиле за то да све или готово све управне уговоре подведу под јединствени правни режим, укључујући и решавање спорова (Италија, Француска),¹³⁵⁵ друге различито приступају решавању спорова за уговоре изнад и испод прагова – препуштајући потоње националном јавном тј. управном (Шпанија, Румунија) или приватном праву (Данска, Немачка).¹³⁵⁶

Разлози опредељења за један од поменутих приступа регулисању правне заштите за уговоре испод прагова, као и оне који су изузети од примена Директива о правним лековима, су разнолики – сузбијање корупције у јавном сектору и, с тим у вези, потреба да се сузи дискрециона оцена органа управе; политички разлози и потреба да се, у

¹³⁵⁰ Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 10 April 2003, *Commission v Germany*, Joined Cases C-20/01 and C-28/01, Failure by a Member State to fulfil its obligations, ECLI:EU:C:2003:220, пар. 39, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-20/01&language=en>, 2. фебруар 2020; C-503/04, *Commission v Germany*, пар. 33.

¹³⁵¹ Judgment of the Court (Grand Chamber), 13 April 2010, *Wall AG*, C-91/08, Reference for a preliminary ruling: Landgericht Frankfurt am Main – Germany, ECLI:EU:C:2010:182, пар. 71, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-91/08>, 2. фебруар 2020.

¹³⁵² R. Caranta (2015), 89; У теорији има мишљења да би став Суда правде био друкчији да је национални суд питање формулисао тако да се тиче не повреде националног права, већ права Уније и да је питање времена када ће се, на темељу ставова из предмета *Commission v Germany*, обавеза уклањања незаконитих уговора „одомаћити“ и у погледу уговора изван окриља Директива о правним лековима. S. Treumer (2011a), 48.

¹³⁵³ *Ibid.*; R. Caranta (2015), 88.

¹³⁵⁴ *Ibid.*, 89.

¹³⁵⁵ D. C. Dragos, B. Neamtu, R. Veliscu (2012), 398.

¹³⁵⁶ *Ibid.*, 398–402.

корист привлачења улагача, обезбеде ефикасне и експедитивне набавке (за пример Немачке, вид. одељак 2.2 пете главе) и др.¹³⁵⁷ Суштински, пак, сви ти разлози се свODE на давање предности (нај)важнијем „добру“ или интересу, било да је то привредни развој који захтева несметано спровођење набавки, дисциплиновање наручилаца и очување интегритета система набавки, заштита индивидуалних права или нешто друго.¹³⁵⁸

Упркос различитим решењима и још увек недовољно јасном опредељењу Суда правде, сагласни смо са ставовима да Директиве о правним лековима „на неки начин [...] делују као нацрт онога што се захтева од држава чланица према принципу ефикасне судске заштите у областима које нису обухваћене директивама. Ово је појачано принципом недискриминације, који је навео бројне националне судове [...] да закључе да се исти правни лекови заиста примењују на доделу уговора и изнад и испод прагова ЕУ“.¹³⁵⁹

Стога од спремности националних законодаваца да такав „модел“ искористе, као и надлежних контролних тела да међусобно сарађују и размењују искуства и примере добре праксе (у том смислу, в. одељак 2.3.3 *supra*), зависи даљи правац приближавања стандарда правне заштите у овом домену.

4. СИНТЕЗА И ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА: ПРАВО ЕУ – ФАКТОР СТАНДАРДИЗАЦИЈЕ ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ

Испитивање улоге ЕУ у креирању стандарда правне заштите код јавних уговора и концесија и, последично, утицај тих стандарда на националне механизме у овом домену, било је предмет истраживања ове главе.

Истраживање смо поделили на три међусобно повезана сегмента. Први се односио на повлачење граница између овлашћења ЕУ и држава чланица на (управно)процесном терену, односно у погледу креирања механизма правне заштите, са посебним освртом на материју јавних набавки. Други је обухватио анализу Директива о правним лековима, кључним инструментима секундарног права ЕУ, који треба да обезбеде ефикасну и униформну примену европског *acquis*-ја јавних набавки унутар правних система држава чланица. Најзад, трећи сегмент се односио на правну заштиту код уговора на које се, због њихове вредности или предмета, Директиве о правним лековима не примењују, већ су препуштени националној процесној аутономији. На основу спроведеног истраживања, могуће је извести неколико закључака, који ће нам напослетку омогућити да проверимо одрживост једне од полазних хипотеза.

Пре свега, области јавних набавки и концесија представљају један од ретких сектора у којима постоје прилично детаљна процесна правила донета на нивоу ЕУ, укључујући конкретна правна средства, која државе чланице треба да успоставе унутар својих правних система, како би омогућиле ефикасну заштиту субјективних права неуспешних конкурената од повреда правила поступака за доделу уговора. У том домену је процесна аутономија држава чланица само *резидуална*, што значи да су питања која нису уређена процесним правилима ЕУ, као и правна заштита код уговора на која се та правила не примењују, препуштени унутрашњем праву држава чланица.

Разлог опредељења за сужавање националне процесне аутономије у овом домену је у значају инструмента јавних набавки за унутрашње тржиште. Имајући у виду велику дивергентност у националним концепцијама управних уговора, укључујући и оне који

¹³⁵⁷ *Ibid.*, 411–413.

¹³⁵⁸ *Ibid.*, 412.

¹³⁵⁹ R. Caranta (2015), 88.

се могу подвести под кишобран појмова (*јавних*) *уговора* и *концесија* у смислу сета материјалних директива из 2014. године (в. треће поглавље друге главе), препуштање обезбеђења извршења европских правила о додели тих уговора националним законодавцима, би могло да доведе (а пракса је показала да страх није неутемељен) до преферирања националних понуђача – што је погубно за функционисање унутрашњег тржишта. Другим речима, сужавање националне процесне аутономије у корист секундарних процесних правила ЕУ, резултат је свести о томе да разлике у степену правне сигурности и ефикасности прописаних механизма правне заштите знатно отежавају несметано функционисање јединственог тржишта и прекограничне „уговорне подухвате“.

Приступ европског законодавца се може окарактерисати као „лака“, „делимична“ или „мека“ хармонизација стандарда правне заштите. О томе сведочи како инструмент којим се такви стандарди и процесна правила уводе – директивом, а не уредбом – тако и начин на који су формулисане одредбе Директива о правним лековима. У потоњем случају, кроз успостављање само минималних процесних захтева (који се односе на контролне поступке, активну легитимацију, природу и овлашћења контролних тела, последица примене одређених правних лекова и др.), док се државама чланицама оставља широк „маневарски простор“ да те захтеве прошире и/или прилагоде сопственим правно-процесним амбијентима. Дакле, интенција није била да се обезбеди пуна хармонизација или потпуна конвергенција националних механизма правне заштите у овој материји, већ да се они стандардизују ради постизања горе поменутих циљева.

Следећи закључак је да би потпуна хармонизација и наметање својеврсног „европског модела“, били у најмању руку веома отежани, ако не и немогући. С једне стране, због великих разлика међу правним системима држава чланица, које су последица специфичних друштвено-историјских, политичких, економских, доктринарних и других фактора који су условили и обликовали националне процесне норме. Штавише, истоврсни стандарди и правни лекови из Директива су, у процесу преношења и имплементације унутар правних система држава чланица, попримили различите обресе. С друге стране, због свести европских институција о томе да свако даље задирање у надлежност држава чланица, а посебно на овако осетљивом правно-политичком терену, врло лако може да изазове оштар отпор.

Изменама Директива о правним лековима из 2007. године и увођењем механизма лишавања уговора правног дејства, право ЕУ је знатно одлучније зашло у интересну сферу националног законодавца. Наиме, фокус европских институција је дуго била само фаза која претходи закључењу јавних уговора (касније и концесија), а не и фаза њиховог извршења, чије регулисање је било препуштено унутрашњем праву држава чланица. С обзиром на то да се у многим државама које управне уговоре подвргавају „владавини“ цивилистичке доктрине закључени уговор сматрају готово „светим“ (нпр. Немачка или Данска), увођење новог правног лека веома је уздрмало саме темеље њихових механизма правне заштите. Последично, може се рећи да је утицај права ЕУ видљив како у погледу националних механизма доступних у фази доделе/закључења уговора, тако и у фази која томе следи.

Европски стандарди у погледу транспарентности поступка доделе уговора, активне легитимације, контролних тела и правних лекова, обједињени под капом принципа ефикасне судске заштите, „преливају“ се и на оне уговоре у режиму унутрашњег права држава чланица за које је процењено да су од прекограничног интереса. При томе, утицај принципа ефикасне судске заштите је, будући да извире из оснивачких уговора као извора примарног права ЕУ, веома директан и очигледан. На тај начин се сужава

национална процесна аутономија држава чланица, у корист ефикасне примене права ЕУ.

Сагласни смо са доктринарним ставовима да Директиве о правним лековима отварају широки простор за даље приближавање националних механизма решавања спорова и правне заштите код уговора испод прагова. Ово стога што се принцип ефикасне судске заштите тешко може сматрати задовољеним уколико минимум процесних стандарда које те директиве прописују – посебно када је реч о конкретним правним лековима – није присутан у националном праву држава чланица. Осим тога, ови инструменти омогућавају „спонтано“ приближавање националних механизма на најмање два начина. Прво, путем добровољног проширења одредаба Директива о правним лековима и на уговоре чија вредност не прелази прописане финансијске прагове и/или изузете уговоре, до чега долази у процесу њиховог преношења у националне оквире. Друго, разменом искустава и добре праксе међу националним контролним телима, чему у великој мери доприноси ЕУ мрежа првостепених контролних тела.

Напоследку, занимљиво је да утицај европског права на право држава чланица у овом домену није (само) једностран. Наиме, иницијално су Директиве о правним лековима и механизми на којима почивају (нпр. могућност поништаја (управних) аката наручилаца, издавање привремених мера или круг субјеката који имају активну легитимацију да те механизме активирају) кројени по угледу на француско управно право. Ова чињеница условила је и лакоћу с којом су поједине државе чланице „пригрлиле“ захтеве које је право ЕУ наметало, односно отпор који су друге у том процесу пружале (о чему детаљније у наредној глави).

V РЕШАВАЊЕ СПОРОВА ИЗ УПРАВНИХ УГОВОРА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Ова глава је посвећена начину на који решавању спорова из управних уговора приступају француско (1), немачко (2) и српско право (3). Сва три правна система ће, најпре, бити анализирана појединачно како би се сагледала у својој целовитости. Потпуна симетрија у излагању, међутим, није могућа и то како због разлика у правним режимима управних уговора између ова три система – али и унутар немачког и српског права (вид. другу главу дисертације) – као и физиономије њихових правних система и логике у складу са којом је устројена правна заштита. Након тога ћемо приступити упоредној анализи националних решења (4). Као предуслов за то, материја у оквиру ова три национална поглавља ће бити подељена на две целине. Док ће прва обухватити спорове до којих долази у фази која претходи закључењу уговора, друга ће се фокусирати на спорове који настају након закључења уговора и у току његовог трајања. При томе, у оквиру поглавља посвећених немачком и српском праву, биће неопходно да раздвојимо механизме решавања спорова из управних уговора у смислу прописа о општем управном поступку с једне, и оне који су предвиђени за решавање спорова из уговора о јавним набавкама, концесијама и ЈПП, с друге стране. У погледу прве категорије механизма, из разлога о којима ће бити речи у оквиру одговарајућих одељака, фокус ће бити само на споровима до којих долази након што је уговор већ закључен. По аналогiji са претходне четири главе, на самом крају следе синтеза и закључна разматрања за ову главу (5).

1. ФРАНЦУСКО ПРАВО

У другој глави докторске дисертације (вид. одељак 2.1), указано је на то да су управни уговори као правни институт у француском праву креација тамошњег управног судства.¹³⁶⁰ Логична последица ове чињенице – уједно и једно од главних обележја француског „модела“ – јесте надлежност управног судства за све спорове из управних уговора.¹³⁶¹ Доминација (управно)судског механизма решавања спорова и пружања правне заштите у материји управних уговора, дубоко укоренења у судској пракси Државног савета (вид. 2.1.3 (i) у оквиру друге главе), последњих година је ослонац добила и у позитивним прописима, односно кодификацијама правила о управном поступку, спору и материји јавних набавки (фр. *marchés publics*).

Пре него што се упустимо у детаљну анализу овог механизма, неопходно је да се осврнемо на специфичан положај управног судства у француском систему поделе власти, његову организацију и опсег надлежности. Осим тога, за правилно и потпуно сагледавање управносудског решавања спорова из управних уговора, потребно је претходно разумевање логике и врста управног спора у француском праву, као и савремених тенденција које су умногоме утицале на традиционалну физиономију судског механизма и приступ решавању спорова у материји која сачињава предмет нашег истраживања.

За разлику од друга два правна система која ће бити обрађена у оквиру ове главе, француски карактерише дуализам система судске власти. То значи да системи *редовног* (грађанског и кривичног) и *управног* судства, стоје паралелно, равноправно и независно, како један у односу на други, тако и у односу на друге две гране власти –

¹³⁶⁰ Чиме, при томе, не споримо њихове историјске корене у пракси и уопште значај праксе за појаву управних уговора.

¹³⁶¹ Насупрот томе, спорове из уговора приватног (грађанског) права решавају грађански (парнични судови), R. Noguellou (2010), 693.

законодавну и извршну.¹³⁶² Дуализам система судске власти у француском праву има дубоке историјске корене.¹³⁶³ Подозрење према судској контроли извршне власти у периоду након Француске револуције, довело је до строгог одвајања спорова „јавног“ и „приватног“ права, па самим тим и судова надлежних за њихово решавање, а један од епохалних момената у еволутивном развоју управног судства и управног спора одиграо се 1799. године, када је основан Државни савет.¹³⁶⁴ Захваљујући одлукама Уставног савета (фр. *Conseil constitutionnel*),¹³⁶⁵ „два система судских органа, редовно и управно судство“ данас су потпуно изједначена и у „уставноправном смислу“.¹³⁶⁶

Иако је организација француског управног судства кроз свој историјски развој меандрирала између једностепености и вишестепености, у свом садашњем облику обухвата три нивоа или процесна „степен“а. Наиме, надлежност у управним споровима у првом степену имају управни трибунали (фр. *tribunaux administratifs*), којих укупно има 42 на територији целе државе, с тим да се надлежност сваког од њих простире, у просеку, на три до четири департмана.¹³⁶⁷ Против одлука управних трибунала могуће је изјавити жалбу, о којој одлучују жалбени или апелациони судови (фр. *cours administratives d'appel*) – којих након последње реформе из 2022. године има укупно девет.¹³⁶⁸ Најзад, на врху управносудске „пирамиде“ стоји Државни савет, који има републички ранг и „двојну“ улогу – *управносудску*, у оквиру које одлучује по жалбама на одлуке апелационих судова и специјализованих управних судова, с тим да у одређеним случајевима има првостепену надлежност, и *саветодавну*, која подразумева давање стручног мишљења на нацрте прописа.¹³⁶⁹

Поменути специјализовани судови, као један од видова специјализације у управносудској материји, основани су за поједине области као што је азилна материја, буџет и јавне финансије и социјална помоћ.¹³⁷⁰ Осим тога, унутрашња организација управних судова такође испољава својеврсну специјализацију (иако она није стриктно постављена), будући да у оквиру управних трибунала, жалбених судова и Државног савета постоје већа специјализована за поједине управне области. Примера ради, у оквиру Секције за спорове (фр. *La section du contentieux*) Државног савета, спорове из управних уговора углавном покрива седмо веће.¹³⁷¹

Расподела надлежности између редовног и управног судства извршена је, такође, на основу праксе Уставног савета, који је „истакао да, осим у стварима које су по својој природи у надлежности редовног судства, управно судство је надлежно да одлучује о

¹³⁶² В. Цуцић (2016), 98–99.

¹³⁶³ О томе детаљно, вид. *Ibid.*, 83–104; В. Цуцић (2013), 283–302.

¹³⁶⁴ В. Цуцић (2016), 85; J. V. Auby, L. Cluzel-Métayer, 23.

¹³⁶⁵ Уставни савет Француске надлежан је за контролу уставности закона. В. Цуцић (2016), 98; J.V. Auby, L. Cluzel-Métayer, 24; Више о Уставном савету, вид. Le Conseil constitutionnel, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-conseil-constitutionnel>, 29. август 2022.

¹³⁶⁶ В. Цуцић (2016), 99.

¹³⁶⁷ Conseil d'Etat, Tribunaux et Cours, Organisation, <https://www.conseil-etat.fr/qui-sommes-nous/tribunaux-et-cours/organisation>, 29. август 2022; Karine Gilberg, *Reforms in the French Administrative Justice System and Alternative Dispute Resolution (ADR) Methods*, Joint Project on Improving the Effectiveness of the Administrative Judiciary and Strengthening the Institutional Capacity of the Council of State, Council of Europe, Ankara 2020, 6.

¹³⁶⁸ *Ibid.*

¹³⁶⁹ В. Цуцић (2016), 88, 103–104. Ради обављања ових функција које су, формално и организационо одвојене, формирана је, с једне стране, Секција за спорове (фр. *La section du contentieux*) и, с друге, неколико *саветодавних секција*, за области унутрашњих послова, финансија, социјалних питања, управу и јавне радове. Conseil d'Etat, Organigramme détaillé des sections et services du Conseil d'Etat, <https://www.conseil-etat.fr/qui-sommes-nous/le-conseil-d-etat/organisation/organigramme-general#anchor4>, 29. август 2022.

¹³⁷⁰ В. Цуцић (2016), 88, 103–104.

¹³⁷¹ K. Gilberg, 10.

поништавању или измени одлука које доносе органи јавне управе при вршењу јавне власти.¹³⁷² Поред тога, остављен је простор законодавцу „у интересу ваљаног пружања правде“, као и управносудској пракси, да даље обликују надлежност управног судства – прилика коју је Државни савет пригрлио у правцу даљег проширења круга управних области које се сврставају под окриље управног судства, и опсега овлашћења судија.¹³⁷³ Овај феномен видљив је и на пољу правне заштите у вези са уговорном делатношћу управе, а значај праксе Државног савета у том процесу приказали смо у оквиру одељка о судским критеријумима квалификације управних уговора (вид. друго поглавље друге главе). Према речима Делволвеа (*Delvolvé*), решавање спорова произашлих из уговора управе (како управних, тако и грађанских) константно еволуира и унапређује се, како кроз законодавство, тако и кроз судску праксу.¹³⁷⁴ Тако, „комбинацијом судске и законодавне иницијативе“, овлашћења суда су временом знатно ојачана.¹³⁷⁵

Међутим, у пракси није увек једноставно утврдити да ли је одређени спор у надлежности управног или редовног судства, о чему сведочи и посебна институција основана са једином сврхом решавања спорова о надлежности између ова два система судске власти – већ поменутог Трибунала за сукобе.¹³⁷⁶

Без могућности (као ни потребе) да се детаљно бавимо класификацијом управних спорова у француском праву и њиховим специфичностима, на овом месту ћемо се само укратко осврнути на две врсте управних спорова, од значаја за нашу тему. Прва је спор због прекорачења овлашћења или спор за поништај акта (фр. *le contentieux pour excès de pouvoir*). Сасвим упрошћено, реч је о спору који за предмет има испитивање законитости оспореног једностраног акта управе. У стручној литератури се указује на то да оно што најбоље карактерише еволутивни развој спора због прекорачења овлашћења, јесте „његово непрекидно проширивање“.¹³⁷⁷ Оно се тиче *круга аката* који се могу побијати (општи или појединачни једностранни акти управе), *разлога* који се могу истицати (формално-процесне и материјалне природе), као и *судијских овлашћења*, која данас, осим уклањања (поништавања или укидања) оспореног акта, укључују и „издавање налога, одређивање новчаних казни и подешавања временских дејстава уклањања акта“.¹³⁷⁸

С друге стране, спор пуне јурисдикције (фр. *le contentieux de pleine juridiction*) има далеко више „слојева“, који отежавају било какву генерализацију. Ипак, Цуцић издваја основне црте ове врсте управног спора, заједничке његовим подврстама, а које уједно представљају и линију разграничења од спора због прекорачења овлашћења. Реч је о (1) обавези тужиоца да ангажује правног заступника (осим у случају прописаних изузетака) ради обраћања суду; (2) одређењу предмета спора системом позитивне енумерације, „према управној области, природи оспореног акта или постављеног захтева“; (3) овлашћењу суда да приликом доношења одлуке, узме у обзир чињенично стање настало након доношења оспореног акта, односно поступања управе; (4) непостојању *erga omnes* дејства пресуде; (5) немогућности да се у тужби истакну мане самог оспореног акта, и (6) у одређеним случајевима, овлашћењу све три управносудске инстанце да одлучују у спору пуне јурисдикције.¹³⁷⁹

¹³⁷² Вук Цуцић (2016), 102.

¹³⁷³ *Ibid.*, 103.

¹³⁷⁴ Pierre Delvolvé, “Des nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats“, *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?: mélanges en l'honneur de Roger Perrot* (dir. R. Perrot), Dalloz, Paris 1996, 83.

¹³⁷⁵ *Ibid.*, 84.

¹³⁷⁶ J. V. Auby, L. Cluzel-Métayer, 25.

¹³⁷⁷ В. Цуцић (2016), 119.

¹³⁷⁸ *Ibid.*, 105–120.

¹³⁷⁹ *Ibid.*, 121–123.

У теорији се посебно издвајају две подврсте спора пуне јурисдикције – *објективни* и *субјективни*. Предмет првог је законитост оспореног појединачног, једностраног акта управе, а разлика у односу на спор због прекорачења овлашћења је у томе што суд у овом случају иде даље од пуког уклањања акта из правног поретка, будући да има овлашћење да својом одлуком измени или замени оспорени акт.¹³⁸⁰ Предмет другог је „постојање и обим права једног лица у односу на друго“ и везује се за спорове из управних уговора, у којима суд има широка и шаренолика овлашћења – од издавања привремених мера, раскида или поништаја уговора, преко његове измене, или чак одржавања „у (правном) животу“ упркос утврђеним неправилностима, ако то налаже јавни интерес.¹³⁸¹

Према се субјективни спор пуне јурисдикције најдиректније тиче спорова из управних уговора, спор због прекорачења овлашћења је, такође, релевантан. Како ћемо видети у редовима који следе, која од ових врста, односно подврста управног спора, ће бити од значаја у контексту наше теме, зависи од *фазе уговорног циклуса*, да ли је разлог спора везан за поступак доделе уговора или његово извршење; *врсте аката управе* који се побијају тужбом (сам уговор или управни акти донети у вези са уговором); *правног захтева* истакнутог у тужби (налагање управи одређеног (не)чињења, накнада штете и др.), или *титулара правне заштите* (стране уговорнице, трећа лица или носиоци јавних овлашћења).¹³⁸²

Надаље, сматрамо релевантним да укажемо и на одређене факторе који су умногоме обликовали (и највероватније ће у наредном периоду наставити то да чине) савремене тенденције у овој материји. Како истичу Оби (*Auby*) и Морабито (*Morabito*), спорови из управних уговора представљају поље на којем је „притисак међународних и европских принципа био мотор истинске регенерације“.¹³⁸³

Када је о европским „притисцима“ реч, они су највидљивији у погледу „техника и принципа“ којима се управни судови служе приликом решавања спорова из управних уговора и посебно су изражени у споровима који се тичу фазе која претходи закључењу уговора. Видећемо да су резултат тог притиска били како увођење потпуно нових правних средстава, тако и „субјективизација“ управног спора, односно померање фокуса са „владавине права“ или објективне законитости, ка заштити индивидуалних права тужиоца.¹³⁸⁴ Осим тога, управо под утицајем права ЕУ о јавним набавкама, приметно је „преливање“ техника и приступа решавању спорова у овом сектору са управног ка редовном судству. Делволве, тако, као пример наводи уговоре које у материји јавних набавки закључују јавноправни субјекти, а који се у француском праву сматрају уговорима грађанског права. Како се директиве ЕУ о јавним набавкама у класичном и сектору комуналних услуга примењују и на ту категорију уговора, француски законодавац их је подвео под посебан режим који важи за управне уговоре, као последицу преношења поменутих директива у национално законодавство. Последично, судови опште надлежности су у поступку контроле над применом прописа приликом доделе те категорије уговора опремљени инструментима сличним онима којима располажу управни судови.¹³⁸⁵

¹³⁸⁰ *Ibid.*, 139.

¹³⁸¹ Детаљно о овим подврстама спора пуне јурисдикције, вид. В. Цуцић (2016), 123–141.

¹³⁸² L. Richer, F. Lichère (2019), 159.

¹³⁸³ Jean Bernard Auby, Marcel Morabito, “Evolution and Gestalt of the French State” *The Max Planck Handbooks in European Public Law, Volume 1 : The Administrative State* (eds. A. von Bogdandy, P. M. Huber, S. Cassese), Oxford University Press, Oxford 2017, 194.

¹³⁸⁴ *Ibid.*

¹³⁸⁵ P. Delvolvé, 83.

Осим европских, притисци међународне трговине и поменути интернационализација управних уговора (вид. трећу главу, посебно одељке 2.1 и 3.3.1.1), утицали су на отварање традиционално конзервативног француског права ка различитим алтернативама судском решавању управних спорова, о чему ће бити речи у оквиру одељка 1.4 овог поглавља.

На крају овог уводног дела, само пар смерница о начину излагања у оквиру овог поглавља. Наиме, француски аутори који се баве овом материјом, углавном спорове у вези са управним уговорима деле на оне који се тичу повреде правила о додели (закључењу) уговора и оне до којих долази у вези са (не)извршењем управних уговора. При томе, у оквиру прве категорије, разликују спорове до којих долази пре закључења уговора и оне који настају након што је уговор закључен, а тичу се повреда поступка који је претходио уговору.¹³⁸⁶

Ради веће систематичности и прегледности, а у циљу да, колико је могуће, одржимо симетрију у сва три поглавља посвећена националним механизмима решавања спорова, редове који следе поделићемо у две целине. Прва ће обухватити *предуговорне спорове*, односно спорове до којих долази пре закључења уговора и тичу се неправилности у погледу поступка доделе уговора. Друга ће обухватити *уговорне спорове*, тачније спорове до којих долази након закључења уговора, независно од тога да ли су разлози везани за неправилности у поступку који је претходио закључењу уговора или за његово (не)извршење. Тамо где је то применљиво, раздвојићемо механизме правне заштите који стоје на располагању трећим лицима, од оних којима су опремљене уговорне стране.

1.1 Спорови у фази која претходи закључењу уговора (*Le contentieux antérieur de la conclusion du contrat*)

Како је у оквиру друге главе дисертације приказано, изворе права управних уговора у Француској одликује плуралитет и њихова међусобна „испреплетаност“, чиме се креира комплексан општи правни режим управних уговора, „зачињен“ елементима облигационог права и допуњен специфичним правилима за поједине врсте уговора. Последице, широк је круг потенцијалних неправилности до којих може доћи у поступку одабира приватног саговорача и спровођења различитих процесних стадијума који претходе додели и/или закључењу уговора, што може да утиче и на пуноважност самог уговора. Примера ради, може се поставити питање надлежности органа тј. овлашћења службеног лица запосленог у том органу да доноси одлуке од значаја за закључење уговора, затим да ли је у конкретној области уговорна делатност управе уопште допуштена и слично.¹³⁸⁷

Међутим, у овој фази су од највећег значаја – уједно и најчешћи извор спорова – правила о *транспарентности* (у смислу оглашавања намере о додели уговора и осталих релевантних информација) и *слободној конкуренцији* (равноправност учесника на тендеру и забрана дискриминације), као основни постулати на којима се темеље различите процедуре доделе управних уговора, а која су у погледу уговора о јавним набавкама у великој мери хармонизована на нивоу ЕУ (вид. треће поглавље друге главе и четврту главу дисертације). У француском праву су поменути захтеви кодификовани Кодексом о јавним набавкама и односе се на све врсте управних уговора.

¹³⁸⁶ Примера ради, вид. Rozen Noguellou, “Le contentieux contractuel en droit français”, *Contrôle et contentieux des contrats publics/Oversight and Challenges of Public Contracts* (dir./eds. L. Folliot-Lalliot, S. Torricelli), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2018, 93–108.

¹³⁸⁷ L. Richer, F. Lichère (2019), 133–140, 155.

У циљу санкционисања различитих незаконитости и неправилности у вези са поступком доделе и закључења уговора, француско право је изнедрило бројна и разноврсна правна средства у оквиру управног спора. Поједина од њих су *специјализована* (тичу се само пропуста у погледу правила о транспарентности и слободној конкуренцији), док су друга *општег карактера* и односе се на неправилности, као што је, на пример, изостанак овлашћења органа да закључи уговор.¹³⁸⁸ Такође, одређена правна средства су оригинална творевина француског права, док су друга уведена у поступку преношења европских директива о јавним набавкама.

Посебан значај у овој фази имају (акцесорни) захтеви за одређивање привремених мера (фр. *les référés administratifs*), чији је циљ да „зауставе уговор у фази његовог настајања“¹³⁸⁹ и самим тим обезбеде ефикасну и благовремену правну заштиту овлашћеним субјектима. Такође, у овој фази долазе у обзир и спор пуне јурisdикције и спор због прекорачења овлашћења, у зависности од тога шта је предмет спора.¹³⁹⁰

У погледу судијских овлашћења, Делволве указује на то да су овлашћења управних судија претрпела највише измена и да су постепено и константно проширивана.¹³⁹¹ Према речима овог аутора, овлашћења суда суштински зависе од врсте (управног) уговора и врсте спора. Тако, најшира овлашћења суд има поводом спорова који произлазе из уговора које закључују локални органи управе. Насупрот томе, она су сужена код осталих категорија уговора које закључују централни органи јавне власти, ако није реч о јавним набавкама и делегирању јавних служби „нити било којем другом уговору који укључује улагања која се морају амортизовати током дужег периода“.¹³⁹²

Најзад, када је реч о титуларима правне заштите, односно питању ко ће имати *locus standi* да активира одговарајући управносудски механизам у овој фази, евидентно је да орган јавне власти и успешни понуђач по правилу неће имати интерес да покрену спор и тиме укажу на евентуалне неправилности у поступку доделе уговора у којима су и сами суделовали. Ипак, према општим правилима управног права, орган управе има овлашћење да по службеној дужности или на захтев трећег лица, поништи или укине незакониту одлуку којом се неком лицу признаје одређено право, под условом да је акт незаконит и да ова интервенција буде учињена у року од четири месеца од када је донет.¹³⁹³ У светлости ове одредбе, наручилац може да уклони одлуку о додели уговора одређеном кандидату уколико се испостави да је била незаконита.¹³⁹⁴

С друге стране, различита правна средства која у управном спору стоје на располагању у споровима који се тичу поступка доделе уговора, креирана су управо с циљем заштите различитих категорија трећих лица, а најважнија за предмет нашег истраживања биће приказана у наредним одељцима.

1.1.1 *Réfère précontractuel*

Захтев за одређивање привремених мера пре закључења уговора (фр. *réfère précontractuel*), uveden је у француско право првенствено као одговор на дужину трајања управносудских поступака, неспојиву са потребом да се учесницима у

¹³⁸⁸ *Ibid.*, 159.

¹³⁸⁹ *Ibid.*

¹³⁹⁰ *Ibid.*

¹³⁹¹ P. Delvolvé, 85.

¹³⁹² *Ibid.*, 95.

¹³⁹³ Чл. L242-1 Кодекса о односима између органа управе и јавности (*Code des relations entre le public et l'administration* – CRPA), доступно на: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000031366350/2022-08-06, 15. септембар 2021.

¹³⁹⁴ R. Noguellou (2018), 102–103.

поступку доделе управног уговора обезбеди благовремена и ефикасна правна заштита.¹³⁹⁵ Наиме, дешавало се да судска одлука о (не)законитости поступка доделе уговора буде „закаслела“, односно донета чак и неколико година након што је уговор извршен – у ком случају се обесмишљава правна заштита.¹³⁹⁶ Други разлог – не и мање значајан – тиче се обавезе усклађивања са правом ЕУ, тачније са захтевима из Директива о правним лековима (вид. друго поглавље четврте главе).

Основна идеја приликом увођења овог правног средства била је да се санкционишу повреде правила о транспарентности и обезбеђењу конкуренције у поступку доделе уговора и да се лицима која имају одговарајући правни интерес, а која су због поменутих пропуста незаконито лишена могућности да закључе уговор, обезбеди благовремена и ефикасна правна заштита и предупреди закључење уговора. Правни оквир захтева уређен је члановима L. 551-1 – L. 551-12 и R 551-1 – 551-6 Законика о управном судству (*Code de justice administrative*).¹³⁹⁷ Из њега произлази да је приступ овом путу управносудске заштите вишеструко ограничен.

Прво, *временски*, будући да захтев може да се поднесе само пре закључења уговора; у супротном, биће одбачен као неблаговремен. Исто тако, поступак ће бити обустављен уколико након подношења захтева, а пре судске одлуке, орган јавне власти закључи уговор са одабраним понуђачем.¹³⁹⁸

Друго у погледу *врсте (категорије) уговора* који су покривени овим правним средством. Тако, изменама Законика о управном судству како би се извршило додатно усклађивање са поменутих европским директивама, ово правно средство обухватило је следеће категорије управних уговора: 1) уговоре о јавним набавкама; 2) уговоре о ЈПП; 3) концесије за јавне радове, услуге и у области урбанизма (фр. *concessions d'aménagement*), као и 3) уговоре којима се делегира вршење јавне службе (фр. *délégation de service public*) (члан L551-5 Законика о управном судству).¹³⁹⁹

Треће, *круг активно легитимисаних лица*, је ограничен. То је, најпре, учињено законским путем. Тако, у складу са чланом L. 551-10 Законика о управном судству, захтев могу да поднесу лица која имају а) *интерес да закључе уговор*, односно, да стекну удео у мешовитим привредним друштвима (фр. *société mixte à operation unique*) и за које б) постоји *вероватноћа да ће бити оштећена* пропустом наручиоца у поступку доделе уговора на коју се позивају. У ову категорију би свакако могли да се подведу неуспешни понуђачи (фр. *les candidats évincés*), али и они конкуренти који су због оваквих пропуста били обесхрабрани да упуте понуду.

Поред поменутих категорија субјеката, активно легитимисан за подношење овог правног средства је и префект,¹⁴⁰⁰ као представник државе (фр. *le représentant de l'État*) за уговоре који се доносе на локалном нивоу, односно од стране локалних тела.¹⁴⁰¹

¹³⁹⁵ L. Richer, F. Lichère (2019), 161.

¹³⁹⁶ *Ibid.*

¹³⁹⁷ Code de justice administrative, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070933/>, 15. септембар 2021.

¹³⁹⁸ L. Richer, F. Lichère (2019), 165.

¹³⁹⁹ *Ibid.*, 162.

¹⁴⁰⁰ У ком случају префект има право избора између овог правног средства и *Déféré préfectoral*, с тим да се потоње веома ретко користи у пракси. L. Richer, F. Lichère (2019), 165.

¹⁴⁰¹ У чл. R 551-3 Законика о управном судству стоји да овакво овлашћење префекта постоји само у погледу уговора које закључују територијални колективитети, локални јавни ентитет или правно лице као субјект приватног права за рачун јавноправног субјекта (*par un établissement public local ou par une personne morale de droit privé pour le compte de l'une de ces personnes publiques.*), док ће представник државе у погледу осталих категорија уговора бити надлежни министар. L. Richer, F. Lichère (2019), 164.

Државни савет је 2008. године у познатом предмету *SMIRGEOMES*,¹⁴⁰² додатно прецизирао и сузио горе наведене законске услове, услед чега је овај спор од објективног спора пуне јурисдикције, прерастао у субјективни. Наиме, у складу са поменутом пресудом, судија који одлучује по захтеву за одређивање привремених мера ће морати да испита да ли су пропусти надлежног органа, који се огледају у повреди обавезе обавештавања и обезбеђења конкуренције у поступку доделе уговора, били *таквог значаја* или је *до њих дошло у таквој фази поступка*, да је тиме подносилац захтева могао бити оштећен, односно да су му права или правни интереси могли бити повређени или је од тога постојао ризик. Како истичу Рише и Лишер, у овој пресуди Државни савет уводи критеријуме „корисности“ (фр. *utile*) и „делотворности“ (фр. *opérant*) правног средства за његовог подносиоца и доводи у директну везу незаконито пропуштање надлежног органа (наручиоца) и правну ситуацију подносиоца захтева.¹⁴⁰³ Тако, искључени су конкуренти чија понуда би била одбачена или одбијена што представља пример горе поменуте субјективизације правне заштите.¹⁴⁰⁴

Најзад, лимитиран је и круг *разлога*, односно *правних основа*, (фр. *motif*) из којих се може активирати ово правно средство. То није одувек био случај, будући да је раније било допуштено истицати све разлоге који су се тicali повреде принципа транспарентности и конкуренције, чак и ако правни интереси подносиоца захтева нису тиме били повређени. Дакле, штитећи приватан интерес, подносиоци захтева су, посредно, штитили и јавни интерес (објективну законитост). Међутим, овако широка могућност да се приступи спору за одређивање привремених мера често је доводила до злоупотреба права подносиоца захтева, који су неретко истицали разлоге мањег значаја како би онемогућили доделу уговора другом понуђачу.¹⁴⁰⁵

Према тренутном стању прописа, Лишер (*Lichère*) и Габаје (*Gabayet*) групишу допуштене разлоге на оне који се тичу *истицања позива за достављање понуда и учешће на тендеру* и оне који су у вези са *третманом, тј. односом према учесницима на тендеру* (понуђачима/кандидатима) и *достављеним понудама*. У оквиру првих, као разлози незаконитости се могу истицати: 1) одабир погрешног поступка набавки; 2) недозвољена подела предмета уговора на партије; 3) незаконите техничке спецификације; 4) недовољне информације у позиву на подношење понуда, услед чега потенцијални понуђачи нису могли да буду адекватно информисани, као и 5) незаконитост приликом одређивања релевантних критеријума за одабир економски најповољније понуде.¹⁴⁰⁶ Када је реч о другој групи разлога, исти аутори у њу сврставају: 1) сваки вид неправилности у начину и/или разлозима одбијања да се прихвати одређена понуда, односно искључивање одређеног конкурента на тендеру из даљег поступка; 2) повреду принципа једнаког третмана и забране дискриминације између учесника, тако што се, примера ради, накнадно мења документација из позива за достављање понуда и 3) било какву повреду правила о информисању неуспешних понуђача (кандидата) о разлозима одбијања њихове понуде.¹⁴⁰⁷

Надлежност у погледу наведених категорија управних уговора имају управни трибунали као првостепена управносудска инстанца. Захтев се подноси председнику управног трибунала или судији (фр. *magistrat*) коме је председник делегирао

¹⁴⁰² Conseil d'Etat, 3 octobre 2008, n° 305420, *Syndicat Mixte Intercommunal de Réalisation et de Gestion pour l'Élimination des Ordures Ménagères du secteur Est de la Sarthe* (SMIRGEOMES).

¹⁴⁰³ L. Richer, F. Lichère (2016), 176.

¹⁴⁰⁴ L. Folliot Lalliot, D. Houtcieff, 202.

¹⁴⁰⁵ L. Richer, F. Lichère (2019), 164–165.

¹⁴⁰⁶ François Lichère, Nicolas Gabayet, “Enforcement of the EU Public Procurement Rules in France”, *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* (eds. S. Treumer, F. Lichère), European Procurement Law Series, First Edition, vol. 3, DJØF Publishing Copenhagen 2011, 309–310.

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*, 310–311.

надлежност за одлучивање. При томе, није предвиђено претходно обраћање наручиоцу као први корак у остваривању правне заштите. Опредељење за то да по захтеву решава судија појединац, да одлуку мора да донесе у року од 20 дана од дана подношења захтева, као и да одлука судије по овом захтеву може да се преиспитује искључиво у касаторном спору, у складу је са захтевима за хитношћу и ефикасношћу поступка.¹⁴⁰⁸

Поступак по овом захтеву умногоме одступа од сличних поступака за издавање привремених мера према општим правилима управнопроцесног права. Тако, Делволве примећује да судија у поступку по *réfère précontractuel* суштински „пресуђује“, односно доноси одлуку у меритуму, иако то чини у „форми привремене мере.“¹⁴⁰⁹ Ова чињеница има последице по начин на који је поступак пред судом организован, који подразумева заказивање усмене расправе и обезбеђивање јавности поступка.¹⁴¹⁰

Осим тога, разликује се и по врсти и опсегу судских овлашћења. Наиме, суд одлучује у спору пуне јурисдикције, у оквиру којег су „кумулирана овлашћења суспензије (тј. одлагања извршења појединих радњи, прим. БТ), поништавања и издавања налога (управи, прим. БТ)“.¹⁴¹¹ Међутим, важно је напоменути да ширина судских овлашћења зависи од тога ко је наручилац. Она су најшира у погледу категорије јавноправних субјеката која се у француском праву назива *les pouvoirs adjudicateris* и у које спадају

*правна лица јавног права, правна лица приватног права са мисијом од општег интереса, која се контролишу или финансирају углавном из јавних средстава, и правна лица приватног права која имају правни субјективитет и које формирају наручиоци ради обављања одређених послова који спадају у заједничке активности.*¹⁴¹²

У складу са чланом L551-2 Законика о управном судству, у погледу уговора које закључује поменути категорија наручилаца, судија има овлашћење да:

- 1) изда налог органу да поступи у складу са обавезама у погледу правила поступка, уз одлагање извршења било које одлуке донете у вези са доделом уговора (став 1) или
- 2) поништи одлуке које се односе на поступак доделе уговора, као и све одредбе или захтеве из будућег уговора којима се крше поменуте обавезе (став 2).

С друге стране, када су у питању наручиоци у сектору одбране и безбедности (члан L551-2, став 3 Законика о управном судству), као и тзв. *entités adjudicatrices*, односно секторски наручиоци који врше комуналну делатност или други субјекти јавног права који не спадају у горе поменути категорију јавних наручилаца, као и приватни субјекти који су титулари ексклузивних права,¹⁴¹³ овлашћења суда се свде на налагање наручиоцу да поступи у складу са прописаним правилима поступка спровођења јавне

¹⁴⁰⁸ L. Richer, F. Lichère (2019), 162–164.

¹⁴⁰⁹ P. Delvolvé, 86. Слично резонују и Рише и Лишер, истичући да механизам *réfère précontractuel* обухвата двојака овлашћења поступајућег суда – како изрицање привремених мера, тако и оних дефинитивних, „којима се превенира незаконитост, уместо да се отклања *a posteriori*“, L. Richer, F. Lichère (2019), 162.

¹⁴¹⁰ P. Delvolvé, 86.

¹⁴¹¹ *Ibid.*

¹⁴¹² Ministère de L'économie, des Finances et de la Souveraineté Industrielle et Numérique, Direction des Affaires Juridiques, Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, [https://www.economie.gouv.fr/daj/pouvoirs-adjudicateurs-et-entites-adjudicatrices-2019#:~:text=La%20notion%20de%20%C2%AB%20pouvoir%20adjudicateur,de%20leurs%20contrats%20de%20concession.](https://www.economie.gouv.fr/daj/pouvoirs-adjudicateurs-et-entites-adjudicatrices-2019#:~:text=La%20notion%20de%20%C2%AB%20pouvoir%20adjudicateur,de%20leurs%20contrats%20de%20concession.,), 31. август 2022.

¹⁴¹³ *Ibid.*

набавке.¹⁴¹⁴ Уз издавања налога органу, суд може да га обавезе и на плаћање одговарајуће новчане казне (фр. *astreinte*).¹⁴¹⁵

При томе, суд није везан правним захтевом, већ ће сам одредити адекватну меру, након што сагледа околности случаја и извага ангажоване интересе. Наиме, привремене мере може да одреди само ако процени, након пажљивог вагања свих ангажованих интереса, да негативне последице таквих мера не претежу над позитивним.¹⁴¹⁶ На тај начин, успостављена је равнотежа између заштите објективне законитости и јавног интереса, али и правне сигурности и легитимних очекивања учесника поступка.¹⁴¹⁷

Како би се избегло да суд одлучује по захтевима везаним за исти поступак доделе уговора које су поднела различита лица, уведено је правило по којем суд не може да донесе одлуку пре истека рока од 16 дана рачунајући од одговарајућег обавештења учесника на тендеру о одлуци о додели уговора. Овај рок се скраћује на 11 дана уколико се обавештавање врши електронским путем (члан R. 551-5 Законика о управном судству). Јасно је да су рокови у складу са онима које прописују Директиве о правним лековима, а разлика у дану више (и код електронског и код осталих видова комуникације) последица је одређивања дана од којег почиње да се рачуна рок. У случају европских директива, то је дан након дана одашиљања обавештења од стране наручиоца; у случају француског права, у питању је сам дан одашиљања.¹⁴¹⁸

Све до увођења аутоматског периода мировања у складу са Директивама о правним лековима, судија је могао да наложи да се суспендује поступак доделе уговора до доношења одлуке по захтеву. Изменом овог правног средства из 2009. године, уведено је аутоматско суспензивно дејство како би се органи онемогућили да закључе уговор са одабраним кандидатом пре него што суд донесе одлуку и на тај начин избегну судску контролу. Тако, подношењем захтева наступа тзв. период мировања и забрана органу да закључи уговор, која траје све до доношења коначне одлуке суда.¹⁴¹⁹ На тај начин је француски законодавац отишао корак даље од захтева из Директива о правним лековима.

Када је реч о поменутом периоду мировања, треба напоменути да он важи само за уговоре који су покривени европским директивама, не и за остале као што су „уговори испод прагова“ и они који су због свог предмета искључени. За разлику од неких других правила која се односе на правну заштиту код управних уговора, овде приступ француског законодавца није био екстензиван. Штавише, ни судска пракса није једногласна у погледу проширења периода мировања на поступак доделе свих уговора.¹⁴²⁰ Изузеци од правила о обавезном периоду мировања се поклапају са онима из Директива о правним лековима.¹⁴²¹

У вези са периодом мировања је и питање информација које наручилац треба да пружи неуспешним учесницима на тендеру, с обзиром на то да период мировања почиње да се рачуна од дана слања релевантних информација о томе која је понуда оцењена као економски најповољнија, као и због чега су остале одбијене, и прецизно навођење периода мировања у складу са националним правом, како би се заинтересованим субјектима оставила могућност покретања поступка правне

¹⁴¹⁴ F. Lichère, N. Gabayet, 304.

¹⁴¹⁵ L. Richer, F. Lichère (2019), 163.

¹⁴¹⁶ *Ibid.*, 164-165.

¹⁴¹⁷ P. Delvolvé, 87.

¹⁴¹⁸ F. Lichère, N. Gabayet, 307.

¹⁴¹⁹ L. Richer, F. Lichère (2019), 164-165.

¹⁴²⁰ F. Lichère, N. Gabayet, 307-308.

¹⁴²¹ *Ibid.*

заштите. Овде су услови поштрени у односу на европско право, па тако наручилац има не само могућност, већ забрану да пружи информацију у вези са разлозима којима се руководи приликом оцене понуда из једног од алтернативно постављених разлога: 1) ако би то било противно прописима; 2) уколико би било противно јавном интересу или би 3) могло да утиче на правичну/фер конкуренцију међу учесницима.¹⁴²²

1.1.2 *Référé suspension*

Реч је о захтеву за изрицање привремене мере који је био саставни део француског управног права и пре преношења Директива о правним лековима.¹⁴²³ Суштина је у томе да овлашћено лице може од надлежног суда (тачније, судије појединца) да тражи да се одложи извршење спорног управног акта или појединих његових одредаба до доношења судске одлуке о његовој законитости.¹⁴²⁴

Référé suspension је уређен чланом L. 521-1 Законика о управном судству, из којег произлази да, за разлику од претходно описаног, није у питању самосталан, већ акцесорни захтев. То значи да може да се поднесе само у поступку по тужби за поништај управног акта (фр. *recours pour l'excès de pouvoir*) или по тужби упереној против самог управног уговора (тзв. поступак *Tropic travaux*, вид. одељак 1.2.1 [ii]). Потоње, даље, доводи до закључка да овај механизам стоји на располагању и након, а не само пре закључења уговора.

Још једна разлика у односу на *référé précontractuel* лежи у разлозима за подношење захтева, који се у овом случају не свде на разлоге незаконитости до којих је дошло у поступку расписивања тендера. Најзад, поступак по *référé suspension* је класичан поступак за одређивање привремених мера, с обзиром на то да се овлашћења суда свде искључиво на могућност да одобри (или одбије) одлагање извршења управног акта донетог у вези са управним уговором у питању и није опремљен другим, „креативнијим“ овлашћењима као у погледу претходног захтева.¹⁴²⁵

Да би овај захтев био допуштен, неопходно је да буду испуњена два кумулативно постављена услова. Први је да је у питању (ванредна) ситуација у којој је неопходно хитно поступање (фр. *situation de l'urgence*), док је други озбиљна сумња (фр. *un doute sérieux*) у законитост предметног акта (члан L. 521-1, став 1).¹⁴²⁶ Судска пракса је ближе дефинисала поменуте критеријуме, па се тако сматра да је први услов испуњен уколико спорни управни акт „озбиљно и неповратно угрожава/повређује јавни интерес или положај подносиоца захтева или интерес који овај потоњи штити“.¹⁴²⁷ Примера ради, то се односило на случајеве који су се тicali правне заштите страних држављана лишених слободе или неповратних последица одређеног пројекта по финансије надлежног локалног органа управе.¹⁴²⁸

У пракси је тешко доказати испуњеност овог услова,¹⁴²⁹ због чега судови ретко усвајају овај захтев. Изузетак представљају ситуације у којима је наручилац прекршио период мировања или је закључио уговор упркос поступку по *référé précontractuel*, где се хитност подразумева.¹⁴³⁰

¹⁴²² *Ibid.*, 308.

¹⁴²³ *Ibid.*, 306.

¹⁴²⁴ *Ibid.*

¹⁴²⁵ *Ibid.*

¹⁴²⁶ *Ibid.*, 305.

¹⁴²⁷ *Ibid.*

¹⁴²⁸ L. Richer, F. Lichère (2019), 188.

¹⁴²⁹ *Ibid.*, 174.

¹⁴³⁰ F. Lichère, N. Gabayet, 306.

Најзад, другим ставом предметног члана, предвиђено је да суспензивно дејство поднетог захтева престаје најкасније када суд донесе одлуку о законитости оспореног акта поводом којег је поднет захтев за одлагање извршења (*référé suspension*), као и да ће суд ту одлуку донети у најкраћем могућем року.

1.1.3 *Référé provision*

Члановима R541-1 – R541-6 Законика о управном судству, уређен је још један поступак по захтеву за одређење привремене мере који, као ни претходно описани, није ограничен на материју управних уговора, али свакако и на том терену има своју примену.

Наиме, подносилац захтева може од суда да тражи да му досуди привремену надокнаду дугованог износа уколико дуг није „озбиљно упитан“ (фр. *sérieusement contestable*) (члан R541-1, став 1 Законика о управном судству). Активно легитимисани за подношење овог захтева су како правна и физичка лица, тако и органи управе, иако се други у далеко ређем броју случајева ослањају на ово правно средство. При томе, овај поступак није условљен подношењем захтева за накнаду штете.¹⁴³¹

Слично као и поводом првог анализираног захтева за одређење привремене мере (вид. *supra* 1.1.1) и у овом поступку суд може – уколико то тражи подносилац захтева – да одлучи и мериторно, односно да својом одлуком „фиксира“ дуговани износ (R541-4 Законика о управном судству).

У контексту спорова из управних уговора, замисливо је да подносилац захтева буде неуспешни учесник на тендеру, који на овај начин покушава да надомести финансијски губитак који је претрпео услед тога што његова понуда није уважена.¹⁴³² У том случају би морао да докаже да немогућност да закључи уговор, па самим тим и трошкови скопчани с тим губитком, нису „озбиљно упитни“.¹⁴³³

1.1.4 *Спор због прекорачења овлашћења против одвојивих аката који претходе закључењу уговора (Le recours contre les actes détachables antérieurs à la conclusion du contrat)*

За разлику од страна уговорница у управном уговору, трећа лица све до 2014. године нису имала никакву могућност да побијају сам управни уговор.¹⁴³⁴ Како се, међутим, дејство управних уговора простире и ван уговорних страна, у француској управноправној доктрини и пракси се поставило питање да ли и на који начин омогућити трећим лицима чија су права и правни интереси повређени или угрожени различитим облицима незаконитости у поступку доделе уговора, правремену и ефикасну правну заштиту. Тако, побијајући наводно незаконити управни акт, посредно им је омогућено да истичу незаконитост самог уговора.

Одговор је пронађен у теорији одвојивих аката (фр. *théorie des actes détachables*), која се – упркос својој комплексности и постепеној превазиђености – и данас сматра „бастионом начела законитости“.¹⁴³⁵ Настанак ове теорије, која подразумева могућност покретања спора због прекорачења овлашћења против аката о додели уговора, као и о

¹⁴³¹ *Ibid.*, 307.

¹⁴³² *Ibid.*

¹⁴³³ *Ibid.*

¹⁴³⁴ Вид. предмет *Cayzele* (Conseil d'Etat, Assemblée, du 10 juillet 1996, N° 138536, publié au recueil Lebon, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007935465/>, 1. септембар 2021) на основу којег је установљено правило по којем је кориснику неке јавне услуге/службе је омогућено да побија регулациону клаузулу уговора. В. Цуцић (2016), 112.

¹⁴³⁵ L. Richer, F. Lichère (2019), 172.

одобрењу његовог закључења, у стручној литератури се углавном везује за судску одлуку од 11. децембра 1903. године у предмету *Commune de Gorre*,¹⁴³⁶ којом је уведена могућност подношења тужбе за поништај „припремног“ (*préparatoire*) акта донетог у вези са уговором приватног (грађанског) права, а због различитих облика незаконитости.¹⁴³⁷

Две године касније, у познатом предмету *Martin*,¹⁴³⁸ иста теорија је „преведена“ на терен управних уговора.¹⁴³⁹ У предметном случају, господин Мартен (*Martin*), генерални саветник департмана *Loir-et-Cher*, довео је у питање законитост низа одлука о додели уговора о концесији за пружање услуге трамвајског превоза, донетих од департманског генералног савета (фр. *Conseil général*). Пред Државним саветом се поставило питање да ли предметне одлуке (акти) којима се одобрава закључење уговора могу да се нападају у спору због прекорачења овлашћења. Одговор је био потврдан, чиме је трећим лицима омогућено да поведу спор због прекорачења овлашћења против (управних аката) који претходе управном уговору, „припремајући терен“ за његово закључење.¹⁴⁴⁰ Како у својим закључцима поводом пресуде Државног савета у овом предмету објашњава владин комесар (фр. *commissaire de gouvernement*) Ромиу (*Romieu*), „[д]акле, за трећа лица нема другог судије осим судије за прекорачење овлашћења: ако се тужба за прекорачење овлашћења прогласи недопуштеном, судије (правне заштите, прим. БТ) више нема.“¹⁴⁴¹

Да би тужба против одвојивог акта била допуштена, неопходно је да буду испуњени одређени услови. Пре свега, потребно је да у конкретном случају тужба буде уперена против управног акта у смислу управноправних прописа (дакле, да није реч о фактичкој радњи), да тај акт претходи управном уговору и да буде у довољној мери повезан са предметним уговором.¹⁴⁴² У складу са тенденцијом проширења спора због прекорачења овлашћења, Државни савет је екстензивно тумачио „одвојивост“ аката који претходе управном уговору – најчешће је у питању одлука о додели уговора, али и одобрења за његово закључење.¹⁴⁴³

Активно легитимисана ће бити лица која су оштећена, односно чији су правни интереси повређени одвојивим актом (фр. *personnes lésées par l'acte détachable*). Тако, осим неуспешних понуђача, овлашћени за подношење тужбе против одвојивих аката

¹⁴³⁶ Conseil d'Etat, 11 décembre 1903, *Commune de Gorre*, N° 10211, publié au recueil Lebon, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007635337/>, 1. септембар 2021.

¹⁴³⁷ L. Richer, F. Lichère (2019), 173. За супротно мишљење, да побијање регулационих клаузула не представља (увек) поступак против одвојивог акта, вид. Alexandre Ciaudo, *Le Nouveau Recours en Contestation de la Validité des Contrats : Portée et Conséquences*, <http://blogdroitadministratif.net/2007/11/29/le-nouveau-recours-en-contestation-de-la-validite-des-contrats-portee-et-consequences/> (29.11.2007), 1. септембар 2021.

¹⁴³⁸ Conseil d'Etat, arrêt *Martin* du 4 août 1905, n° 14220, publié au recueil Lebon, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007634199/>, 1. септембар 2021.

¹⁴³⁹ Ипак, поједини аутори скрећу пажњу да то да се у стручној литератури често губи из вида да је Државни савет већ почетком 19. века признао допуштеност спора због прекорачења овлашћења против аката који претходе управним уговорима, чиме се пренаглашава утицај пресуде *Commune de Gorre* за материју управних уговора. Штавише, како истичу Richer и Lichère, једина „новина“ коју је одлука *Martin* унела у материју спорова у вези са управним уговорима јесте закључак да је вођење спора због прекорачења овлашћења у вези са управним уговорима допуштено само трећим лицима против одвојивих аката – будући да им је то једини вид правне заштите – док уговорним странама увек стоји на располагању спор пуне јурисдикције против самог уговора. L. Richer, F. Lichère (2019), 172.

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴⁴¹ Jean Romieu, “Conclusions Romieu sur l’arrêt Martin”, *Conclusions Jean Romieu sur CE*, 4 août 1905, *Martin*, n° 14220, rec. p. 768, *Revue générale du droit on line*, 2018, numéro 29454 <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2018/03/11/conclusions-romieu-sur-larret-martin/>, 1. септембар 2021.

¹⁴⁴² L. Richer, F. Lichère (2019), 173–174.

¹⁴⁴³ *Ibid.*, 174.

били би и корисници различитих јавних служби и других услуга које су предмет уговора, чланови различитих тела која доносе одлуке на локалном нивоу (фр. *assemblée délibérante*) или, пак, бивши титулари уговора којима је надлежни орган одбио да продужи уговор.¹⁴⁴⁴ Из наведеног је јасно да веома широк круг лица има приступ овом правном средству. Како истичу Лишер и Габаје, ту би могли да се подведу и порески обвезници и организације као што су оне активне на пољу заштите животне средине.¹⁴⁴⁵ С обзиром на то да могућност неуспешних конкурената да поднесу тужбу против уговора, искључује њихово право на побијање одвојивих аката (вид. *infra* 1.2.1[ii]), овај правни пут остаје практично релевантан у погледу преосталих категорија трећих лица.

Одвојиви акт може да се побија због различитих облика незаконитости и то како оних који погађају сам одвојиви акт (ненадлежност доносиоца; погрешан/незаконит избор понуђача; погрешна примена права и сл.), тако и оних који се тичу уговора ако је закључен (мане воље; повреда објективног права; повреда правила поступка, најчешће у вези са обавезом обезбеђења транспарентности и конкуренције).¹⁴⁴⁶ У случају постојања неког од ових разлога, акт може да буде поништен у целини или делимично.¹⁴⁴⁷ Након пресуде у предмету *Pereux*¹⁴⁴⁸ из 2009. године, тужиоци у спору за поништај одвојивог акта могу да се позивају и на одредбе европске директиве која није уопште или није правилно пренета.¹⁴⁴⁹

Комплексности оваквог механизма правне заштите допринела је и чињеница да дуго није било јасно какав ефекат би пресуда којом се усваја тужба и поништава незаконити управни акт – на основу којег је уговор закључен – имала по сам уговор. Одговор на то питање је у директној вези са односом начела законитости и стабилности уговорних односа. Овај проблем је делимично решен после 1995. године, када је Државни савет добио овлашћења издавања налога управи (фр. *l'injonction*). Наиме, Законик о управном судству предвиђа овлашћење управног суда да издаје налоге органима управе (члан L. 911-11). Трећим лицима се на тај начин омогућава да уз тужбу за поништај одвојивог акта, од суда траже да надлежном органу управе (наручиоцу) наложи да предузме одговарајуће мере како би се окончала правна дејства уговора – било тако што ће раскинути уговор, било подношењем тужбе суду у спору пуне јурисдикције, с циљем поништења уговора (фр. *action en nullité*).¹⁴⁵⁰ У теорији се истиче и да, уколико то налаже јавни интерес, суд може да одлучи да уговор опстане упркос томе што је одвојиви акт поништен због незаконитости које погађају и сам уговор.¹⁴⁵¹

Тек у пресуди поводом случаја *Institut de recherche pour le développement (IRD)* из 2003. године, Државни савет је заузео став да поништај управног (одвојивог) акта неће имати за аутоматску последицу ништавост самог уговора. Суд ће одлучити о последицама по већ закључен уговор, имајући у виду потребу да се заштити јавни интерес, односно, да се јавни интерес не оптерети прекомерно.¹⁴⁵² Дакле, последице поништаја незаконитог акта могу да буду различите и зависе од процене суда у

¹⁴⁴⁴ *Ibid.*, 174–175.

¹⁴⁴⁵ F. Lichère, N. Gabayet, 312.

¹⁴⁴⁶ L. Richer, F. Lichère (2019), 181.

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*, 175–176.

¹⁴⁴⁸ Conseil d'État, Assemblée, 30 octobre 2009, *Mme Pereux*, N° 298348, ECLI:FR:CEASS:2009:298348.20091030, Publié au recueil Lebon, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000021219388/>, 1. септембар 2022.

¹⁴⁴⁹ L. Richer, F. Lichère (2019), 176.

¹⁴⁵⁰ *Ibid.*, 178–179.

¹⁴⁵¹ R. Noguellou (2010), 695.

¹⁴⁵² L. Richer, F. Lichère (2019), 178–179.

конкретном случају. Приликом доношења одлуке, суд узима у обзир тежину повреде, значај оспореног акта за сам уговор и општи интерес да уговор опстане.¹⁴⁵³

Суд, тако, упркос поништају акта, може да одлучи да се настави са извршењем уговора; да изда налог органу управе као страни уговорници да уговор раскине (уколико се тиме јавни интерес не оптерећује прекомерно) уз могућност да последице тога подешава у времену, као и да, у случају посебно тешких облика незаконитости, од уговорних страна тражи да раскину уговорне односе. Ово је у складу и са изменама Директива о правним лековима из 2007. године, које националном праву држава чланица препуштају одређивање последица поништене одлуке о додели уговора по закључени уговор.¹⁴⁵⁴

Иако је постепено напуштена након 2014. године када је трећим лицима омогућено да у спору пуне јурисдикције директно побијају управни уговор, теорија одвојивих аката и даље се сматра важном. Разлози су у чињеници да без ње није могуће правилно и целовито разумевање актуелне судске праксе у овој материји, као и због тога што је и даље „преживела“ у одређеним ситуацијама које се тичу правног средства *déféré préfectoral* (вид. *infra* 1.1.5),¹⁴⁵⁵ као и могућности представника локалних органа да побијају одлуке које претходе уговору (управном, али и грађанском), с тим да је неопходно да се разлози односе искључиво на недостатке самог (управног) акта, не и уговора уколико је у међувремену закључен.¹⁴⁵⁶

Такође, теорија одвојивих аката релевантна је у погледу уговора о ангажовању јавних службеника (фр. *le contrat de recrutement d'agent public*). Наиме, у својој одлуци поводом случаја *Ville de Lisieux* из 1998. године,¹⁴⁵⁷ Државни савет је подвукао недопуштеност спора због прекорачења овлашћења против управних уговора.¹⁴⁵⁸ Ипак, у том случају је направио изузетак у погледу уговора о ангажовању јавних службеника, који су због своје специфичне правне природе, како истиче овај суд, ближи једностраним актима (фр. *la ressemblance entre le contrat et l'acte unilatéral de nomination*).¹⁴⁵⁹

1.1.5 *Déféré préfectoral*

Већ је поменуто да су префекти представници државе у департаманима, као и да су опремљени широким и разноврсним овлашћењима.¹⁴⁶⁰ На таласу децентрализације система јавне управе у Француској, а с циљем давања ширих ингеренција локалним органима управе или, француском терминологијом речено, *територијалним колективитетима* (фр. *les collectivités territoriales*), систем *претходне* контроле законитости и целисходности појединих аката ових тела од стране префекта, замењен је системом *накнадне* контроле њихове законитости у управном спору.¹⁴⁶¹

¹⁴⁵³ F. Lichère, N. Gabayet, 315.

¹⁴⁵⁴ L. Richer, F. Lichère (2019), 179.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*

¹⁴⁵⁶ L. Folliot Lalliot, D. Houtcieff, 217.

¹⁴⁵⁷ Conseil d'Etat, Section, du 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, N° 149662, publié au recueil Lebon, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008010373/>, 2. септембар 2022.

¹⁴⁵⁸ L. Richer, F. Lichère (2019), 181.

¹⁴⁵⁹ R. Noguellou (2010), 696.

¹⁴⁶⁰ Више о еволуцији овлашћења префекта у француском правном систему, вид. Vie publique, “Parole d'expert: Le préfet: quel nouveau rôle dans l'organisation administrative française?”, <https://www.vie-publique.fr/parole-dexpert/277854-le-prefet-quel-nouveau-role-dans-lorganisation-administrative> (23.12.2022.), 2. септембар 2022.

¹⁴⁶¹ Vie publique, Fiche thématique: “Quel est le contrôle exercé sur les collectivités territoriales?”, <https://www.vie-publique.fr/fiches/20194-le-controle-de-legalite-des-actes-des-collectivites-territoriales> (26.01.2021), 2. септембар 2022.

Наиме, одредбама Општег законика о територијалним колективитетима (*Code général des collectivités territoriales* – CGCT), предвиђена је обавеза локалних органа управе да поједине акте „пренесу“ префекту на проверу њихове усклађености са законом – предуслов без којег не могу да почну да производе правна дејства. Између осталог, ту спадају како управни акти, тако и поједини управни уговори – о јавним набавкама, оквирним споразумима, концесијама, делегирању јавне службе и ЈПП (члан L 2131-2 CGCT).¹⁴⁶² Уколико префект, међутим, установи да предметни акти нису у складу са законом, након законских измена из 1982. године, више не може сам да их поништи већ ту могућност „пренеси“ (фр. *déférer*) на управног судију – због чега се овај механизам назива *déféré préfectoral*.¹⁴⁶³

Рок за подношење тужбе којом префект покреће управни спор износи два месеца од преноса аката на проверу префекту (L2131-6 CGCT). Међутим, судска пракса је изградила правило по којем покретање спора није омеђено роком уколико је реч о непостојећим уговорима (уговорима који се због тежине незаконитости која их погађа сматрају непостојећим).¹⁴⁶⁴ Иницијално се сматрало да је реч о спору због прекорачења овлашћења, да би касније овај спор био „преквалификован“ у спор пуне јурисдикције, што се одrazilо и на проширење овлашћења суда.¹⁴⁶⁵

Занимљиво је и да акти (како једностранни, тако и уговори) у погледу којих постоји обавеза локалних органа да изврше пренос контроле законитости на префекта,¹⁴⁶⁶ могу да буду предмет управног спора покренутог од стране префекта – и то како по службеној дужности (фр. *déféré spontané*), тако и по захтеву лица чија су права/правни интереси повређени једностранним актом/уговором територијалног колективитета (фр. *déféré sur demande*).¹⁴⁶⁷

Реч је о правном средству које се у пракси ретко користи, а у литератури се као главни разлози за то наводе чињеница да префектурама недостају неопходна средства како би спроводиле ефикасну контролу, као и то да се неки проблеми „решавају у ходу“, тако што правне службе у оквиру префектура дају неформална мишљења на текст будућих уговора у фази њихове израде.¹⁴⁶⁸

1.2 Спорови до којих долази након закључења уговора (*Le contentieux postérieur à la conclusion du contrat*)

Према разлозима настанка спора, Ногелу (*Noguellou*) спорове након закључења управних уговора дели на оне који се тичу *поступка доделе уговора*, с једне, и оне који се тичу *фазе извршења уговора*, с друге стране. У оквиру друге категорије, пак, разликује разлоге који су у вези са начином извршења уговора, односно мерама предузетим у току извршења уговора, од оних који се тичу (неправилности) самог уговора.¹⁴⁶⁹ У наредним одељцима, сагледаћемо све поменуте варијанте, кроз призму

¹⁴⁶² Вид. и чл. L. 3131-2, L. 4141-2 CGCT, L. Richer, F. Lichère (2019), 203.

¹⁴⁶³ L. Richer, F. Lichère (2019), 203. Vie publique, Fiche thématique: “Quel est le contrôle exercé sur les collectivités territoriales?”, <https://www.vie-publique.fr/fiches/20194-le-contrôle-de-legalité-des-actes-des-collectivités-territoriales> (26.01.2021), 2. септембар 2022.

¹⁴⁶⁴ L. Richer, F. Lichère (2019), 205.

¹⁴⁶⁵ L. Folliot Lalliot, D. Houtcieff, 218.

¹⁴⁶⁶ Рише и Лишер чак истичу да у погледу ових аката постоји тројака контрола: најпре, поједини уговори садрже једнострану одлуку, као што је случај са уговорима о ангажовању јавних службеника, која свакако подлеже посебној контроли законитости; затим, свакако постоји обавеза преношења одвојивих аката, па тако префект посредно контролише и законитост уговора и, најзад, у судској пракси је заузет став да чак и уговори код којих не постоји обавеза преноса подлежу контроли. L. Richer, F. Lichère (2019), 206.

¹⁴⁶⁷ *Ibid.*, 190.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*, 200.

¹⁴⁶⁹ R. Noguellou (2018), 96–103. и 103–107.

правне заштите коју француски правни систем пружа трећим лицима (1.2.1), као и уговорним странама (1.2.2).

1.2.1 Правни захтеви трећих лица

Неуспешни конкуренти на тендеру (фр. *les candidats évincés*), али и друге категорије трећих лица (примера ради, корисници јавних услуга, локални порески обвезници или институционализована трећа лица), и у овој фази уговорног циклуса уживају веома екстензивну правну заштиту – готово на истој равни са уговорним странама. Поред могућности да од управног суда траже одређење привремених мера – од којих *le référé contractuel* заузима најважније место¹⁴⁷⁰ – трећа лица могу да нападају и сам уговор у спору пуне јурисдикције, затим могу да покрену спор због прекорачења овлашћења побијајући регулационе клаузуле уговора, као и да остваре право на накнаду штете.

(i) *Réfère contractuel*

Référé contractuel представља правно средство које стоји на располагању трећим заинтересованим лицима, у случајевима када је у поступку закључења уговора дошло до повреде правила о транспарентности и слободној конкуренцији. Реч је о пандану претходно описаном захтеву *référé précontractuel* (вид. одељак 1.1.1), само у другој фази уговорног циклуса. Док *référé précontractuel* има *превентивно* дејство, спречавајући да до закључења уговора уопште дође, захтев који је предмет овог одељка има *реактивно* дејство, односно служи санкционисању повреда правила о додели уговора након што је уговор закључен.¹⁴⁷¹

Заједно, ова два захтева комплетирају преношење новелираних Директива о правним лековима из 2007. године.¹⁴⁷² Ипак, поједини аутори указују на то да је француско законодавство „отишло још даље“ од Директиве о правним лековима, најмање у два аспекта. Прво, Директива налаже опремање надлежних контролних органа овлашћењем да издају привремене мере *пре* него што је уговор закључен (заправо, како би се закључење уговора онемогућило у случају повреде правила поступка за његову доделу), док француско право предвиђа таква овлашћења и *пре* и *након* закључења уговора. Друго, шири је спектар уговора који потпадају под кишобран захтева за одређивање привремених мера у француском праву, него што је то случај са Директивом о правним лековима, и то како у погледу врсте уговора, тако и финансијских прагова.¹⁴⁷³

Правни оквир поступка по *référé contractuel* успостављен је, уз чврст ослонац на стандарде који произлазе из Директива о правним лековима, нормативним и регулаторним одредбама Законика о управном судству (члановима L. 551-13 L. до 551-23 до и R. 551-7 до R. 551-12). Одатле произлази да је потребно испунити неколико услова како би захтев био допуштен. Наиме, неопходно је да буде поднет *благовремено*, од лица која имају одговарајући *правни интерес* (страначку легитимацију), да се у њему истакну одређени *разлози незаконитости* који се тичу одређених *категорија уговора*.

¹⁴⁷⁰ При томе, како бисмо избегли непотребно понављање, захтеви који су већ обрађени у претходном одељку, а тичу се одлагања извршења оспорених управних аката (*référé suspension*), односно привремене исплате дугованог (*référé provision*), неће бити посебно анализирани иако су доступни и у овој фази уговорног циклуса.

¹⁴⁷¹ L. Folliot Lalliot, D. Houtcieff, 218.

¹⁴⁷² Ордонансом бр. 2009-515 од 7. маја 2009. године (*Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique*), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000020591766/>, 2. септембар 2022; L. Richer, F. Lichère (2019), 188, 190–191.

¹⁴⁷³ *Ibid.*, 191.

Рок за подношење захтева износи 30 дана од објављивања одлуке о додели уговора у службеном гласилу ЕУ, у складу са европским прописима, с тим да рок не почиње да тече ако такво обавештење не садржи информације о томе коме је уговор додељен и шта су били одлучујући разлози за одабир успешне понуде (члан R551-7, став 1 Законика о управном судству). У супротном, ако изостане такво обавештење, рок износи шест месеци од закључења уговора (члан R551-7, став 2 Законика о управном судству).

Круг активно легитимисаних субјеката је исти као и код *référé précontractuel*. Дакле, ово правно средство може да поднесе (1) свако треће лице које докаже да (а) има *интерес да закључи уговор* и да би (б) *могло да буде оштећено* (фр. *susceptible d'être lésée*) кршењем обавеза оглашавања и конкуренције у поступку доделе уговора, као и (2) *префект*, када су у питању уговори локалних органа управе (члан L551-14, став 1).

За разлику од *référé précontractuel*, подносилац захтева не може да се позива на било који разлог незаконитости, већ само на таксативно набројане разлоге које садрже и директиве, који су следећи:

- 1) орган није поштовао ниједну од обавеза у вези са принципом транспарентности (упркос обавези, није објављивао одређене одлуке) или нека одлука није објављена у службеном гласилу ЕУ;
- 2) нису поштована правила обезбеђења конкуренције у вези са оквирним споразумима или системом динамичких набавки;
- 3) уговор је закључен пре истека једног од предвиђеног периода мировања (L551-18).¹⁴⁷⁴

Најзад, ово правно средство горе поменути категоријама трећих лица стоји на располагању против истих уговора у погледу којих, пре њиховог закључења, може да се поднесе *référé précontractuel* (вид. *supra* 1.1.1),¹⁴⁷⁵ с тим да су одређене категорије уговора по слову закона искључене из поља примене овог правног средства.¹⁴⁷⁶

Поступак пред судом се води као спор пуне јурисдикције, а овлашћења судије поводом поднетог захтева зависе од тежине и природе незаконитости.¹⁴⁷⁷ При томе, као и у поступку поводом *référé précontractuel*, суд има како *провизорна*, тако и *мериторна* овлашћења.

У провизорна овлашћења, која би једино и могла да се сматрају привременим мерама у правом смислу речи, спада одлагање извршења уговора док се не одлучи о његовој законитости. Ипак, суд има дискреционо овлашћење да не одреди ову меру, уколико након узимања у обзир свих ангажованих интереса, нађе да негативне последице такве мере претежу над њеним предностима (члан L551-17).

Надаље, суд има овлашћење и да поништити управни уговор (фр. *prononcer la nullité*), уколико је повреда правила поступка за доделу уговора таква да неуспешни понуђач није имао никакву шансу да закључи уговор (члан L551-18). Међутим,

¹⁴⁷⁴ *Ibid.*, 192–193.

¹⁴⁷⁵ Чл. L551-13 Законика о управном судству; Битно је истаћи да ово правно средство стоји на располагању и против уговора приватног права чији предмет се поклапа са горе наведеном дефиницијом и уколико потпада под поље примене директиве ЕУ. У том случају ће надлежан бити суд опште надлежности. *Ibid.*, 191.

¹⁴⁷⁶ Реч је о јавним набавкама у погледу којих не постоји обавеза претходног оглашавања уколико се објави намера да се спроведе набавка; набавке у погледу којих упркос претходном оглашавању не постоји обавеза да се неуспешни понуђач обавести о додели уговора другом учеснику и у погледу уговора заснованих на оквирном споразуму или систему динамичке набавке, ако је одлука о додели набавке послата титуларима. Чл. L551-15 Законика о управном судству; L. Richer, F. Lichère (2019), 191.

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*, 193.

поништај уговора је само *ultima ratio*, уколико се тиме не би прекомерно повредио јавни интерес, нити интерес уговорних страна.¹⁴⁷⁸ Упркос установљеној незаконитости, уговор може да опстане уколико то налажу „претежни разлози јавног интереса“ (фр. *raisons impérieuses d'intérêt général*).¹⁴⁷⁹ Ипак, члан L551-19 сужава опсег тих разлога, искључујући економске интересе, осим ако би

ништавост уговора повукла несразмерне последице, а погођени економски интерес није директно везан за уговор, или ако се уговор односи на делегирање јавне службе или ако ништавост уговора озбиљно угрожава само постојање ширег одбрамбеног или безбедносног програма који је од суштинског значаја за безбедносне интересе државе (члан L551-19, став 2).

Према речима Ришеа и Лишера, опстанак уговора упркос разлозима ништавости „има своју цену“.¹⁴⁸⁰ Та цена се огледа у другим овлашћењима којима је судија опремљен, која су постављена алтернативно и укључују: 1) раскид уговора (фр. *résiliation*) са дејством *pro futuro*; 2) ограничење трајања уговора или 3) одређење новчане санкције органу, која представља пример алтернативне санкције у складу са Директивама о правним лековима (члан L551-19, став 1). При томе, износ новчане санкције мора да буде сразмеран извршеној повреди и у сваком случају не сме да пређе „плафон“ од 20% вредности уговора, не рачунајући порезе (члан L551-21). Како, међутим, примећују Лишер и Габаје, последња наведена алтернативна санкција није претерано ефикасна, односно нема тако изражено превентивно дејство, будући да се износ новчане казне свакако враћа у државни или локални буџет одакле се и исплаћује.¹⁴⁸¹

Рок за доношење пресуде износи месец дана, а могућност изјављивања правног средства против првостепене пресуде зависи од тога да ли се одлуком суда *дефинитивно* (мериторно) разрешава спор или само *провизорно*. Тако, само је у првом случају предвиђена могућности изјављивања жалбе Државном савету, који одлучује у касаторном спору (R551-10, став 1), док у другом није предвиђено право жалбе (члан L551-23 и R551-10, став 2).

Када је реч о односу овог правног средства са другим средствима која стоје на располагању трећим лицима, најпре треба истаћи да га није могуће комбиновати са захтевом за накнаду штете (L551-16).¹⁴⁸² Такође, *référé contractuel* не може да се кумулира са *référé précontractuel*, нити му представља алтернативу – уколико је треће лице поднело потоњи захтев, први ће бити одбачен као недопуштен. Ипак, чланом L551-14 Законика о управном судству предвиђени су одређени изузеци када је могуће поднети *référé contractuel* иако подносилац захтева претходно није покушао да издејствује привремене мере пре закључења уговора. Реч је о ситуацијама у којима:

- 1) надлежни орган није поштовао прописани рок забране закључења уговора за време трајања периода мировања;
- 2) надлежни орган није поступио по одлуци суда донетој у поступку поводом поднетог *référé précontractuel*;
- 3) је неуспешни понуђач већ искористио *référé précontractuel*, након што је уговор закључен, али надлежни орган није поштовао обавезу да га о томе обавести или

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*, 193–194.

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*, 194.

¹⁴⁸⁰ *Ibid.*, 194.

¹⁴⁸¹ F. Lichère, N. Gabayet, 319.

¹⁴⁸² L. Richer, F. Lichère (2019), 193.

4) обавештење о одбијању понуде не садржи назначен период мировања, таква одлука није образложена или није наведена понуда која је прихваћена као најповољнија.

Дакле, законодавац даје јасну предност *référé précontractuel*, а узак круг разлога из којих трећа лица могу да се ослоне на *référé contractuel*, резултовао је његовом слабом заступљеношћу у управној пракси.¹⁴⁸³

(ii) Спор пуне јурисдикције против управног уговора

Прекретницу у погледу правне заштите трећих лица у вези са управним уговорима представља позната одлука Државног савета из 2007. године, донета у предмету *Société Tropic Travaux Signalisation* (у даљем тексту: *Tropic travaux*).¹⁴⁸⁴ Том приликом, Државни савет је практично увео ново правно средство које једној категорији трећих лица омогућава да у спору пуне јурисдикције директно побија управне уговоре или поједине њихове одредбе, стављајући на тај начин тачку на спор због прекорачења овлашћења против одвојивих аката.¹⁴⁸⁵ Како истичу поједини аутори, Државни савет је на тај начин „превентивно“ пренео захтеве из Директива о правним лековима, како би спречио да се уговорни спорови прошире на терен спора због прекорачења овлашћења, са чијом природом су неспојиви.¹⁴⁸⁶

Пресуда *Tropic travaux* је, конкретно, неуспешним понуђачима (кандидатима) који на надметању нису успели да добију уговор, отворила врата ка спору пуне јурисдикције у којем тужбом могу да оспоре валидност самог уговора – „привилегија“ која постоји независно од такве могућности уговорних страна. У складу са општим управнопроцесним правилима, рок за подношење тужбе износи два месеца од објављивања одлуке о додели уговора (члан R421-1, став 1 Законика о управном судству), а уговори који могу да буду предмет овог поступка су они чијем закључењу претходи тендерска процедура, која подразумева слободну конкуренцију, као што су, примера ради, уговори о јавним набавкама, уговори о концесијама или уговори о делегирању вршења јавне службе.¹⁴⁸⁷

Осим поништаја уговора, тужилац може да тражи од суда и одлагање закључења уговора (фр. *référé suspension*),¹⁴⁸⁸ као и накнаду штете.¹⁴⁸⁹ У погледу другог захтева,

¹⁴⁸³ R. Noguellou (2018), 98.

¹⁴⁸⁴ CE, Ass. 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*, N° 291545, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000018744539/>, 2. септембар 2022. Чињенице овог случаја су следеће. Привредна и индустријска комора у месту *Point-à-Pitre* у Гвадалупе-у (наручилац) расписала је позив за достављање понуда за јавну набавку радова на локалном аеродрому (означавање аеродромске писте и сл.), у трајању од три године. Понуда *Société Tropic Travaux Signalisation* била је одбијена, а набавка је на крају додељена другом понуђачу (привредном друштву *Rugoway*). *Société Tropic Travaux* је затим покренуо управни спор пред надлежним управним трибуналом, у којем је побијао одлуку наручиоца којим се његова понуда одбија, одлуку којом се прихвата понуда другог понуђача као најповољнија, одлуку о додели набавке том понуђачу и саму јавну набавку. Поред тога, тужилац је од суда тражио и одлагање извршења побијаних одлука. Управни трибунал је одлуком од 2. марта 2006. године одбио тужбу, а незадовољни тужилац је судску одлуку побијао у касационом спору пред Државним саветом.

¹⁴⁸⁵ L. Folliot Lalliot, D. Houtcieff, 220.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*

¹⁴⁸⁷ L. Richer, F. Lichère (2019), 182–183.

¹⁴⁸⁸ До тада је само префект могао да тражи одлагање извршења уговора који је већ закључен. *Ibid.*, 187.

¹⁴⁸⁹ Nicolas Gabayet, “Damages for Breach of Public Procurement Law: A French Perspective”, *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy* (eds. D. Fairgrieve, F. Lichère), Hart Publishing, London 2011, 8.

Државни савет је појаснио како је реч о акцесорном захтеву који није обухваћен поменутиим роком од два месеца (вид. *infra* [iv]).¹⁴⁹⁰

У складу са природом спора пуне јурисдикције, овлашћења суда су разноврсна и обухватају: а) могућност раскида уговора (фр. *prononciation de la résiliation*) или модификовања појединих његових одредаба; б) налагање да се настави са извршењем уговора, уз евентуално налагање органу да предузме неопходне мере; в) доделу накнаде претрпљене штете и г) могућност да уговор поништи (у целини или делимично) уз овлашћење да модулира ефекте такве одлуке у времену, уколико се тиме прекомерно не угрожава јавни интерес или интерес уговорних страна.¹⁴⁹¹

Међутим, проширење круга лица која могу директно да нападају управне уговоре, са собом носи и извесну дозу ризика по правну сигурност и стабилност успостављених уговорних односа. То је, како примећује Цуцић, посебно проблематично имајући у виду „бројност и економски значај“ тих уговора.¹⁴⁹² Стога је Државни савет, у циљу успостављања равнотеже између правне сигурности и објективне законитости, онемогућио ретроактивно дејство ове пресуде и правила и принципа које она уноси у право управних уговора. Дакле, *ефекти* ове пресуде односе се само на уговоре закључене након њеног објављивања.¹⁴⁹³

Упркос својој „револуционарности“ пресуда *Tropic travaux* била је ограниченог домашаја.¹⁴⁹⁴ Осим неуспешних понуђача, ниједна друга категорија трећих лица као што су, на пример, корисници јавних служби, није добила приступ новоуведеном правном средству. Њима преостаје могућност да у спору због прекорачења овлашћења побијају одвојиве акте, чиме идеја да се механизам правне заштите поједностави није до краја спроведена.¹⁴⁹⁵

Поменуте недостатке Државни савет је надоместио пресудом у предмету *Département du Tarn-et-Garonne* (у даљем тексту: DTG)¹⁴⁹⁶ из 2014. године, када је дефинитивно трасиран пут свим трећим лицима да у спору пуне јурисдикције директно побијају управне уговоре.¹⁴⁹⁷ У предметном случају, Државни савет проширује круг трећих лица која могу да траже поништај управних уговора, обухватајући не само неуспешне конкуренте, већ и сва остала трећа лица, укључујући и префекта и чланове локалних скупштина. Поред тога, обухваћене су све категорије управних уговора – како именоване, који су предмет посебне правне регулативе, тако и неименоване – уз изузетак уговора о ангажовању јавних службеника, у погледу којих је, како смо већ истакли, могуће водити спор због прекорачења овлашћења.¹⁴⁹⁸

Међутим, ово проширење круга активно легитимисаних лица пропраћено је и додатним условима допуштености тужбе, како се не би пореметила равнотежа између начела законитости и заштите стечених права, односно стабилности уговорних односа. Да би тужба за поништај уговора била допуштена, неопходно је да њен подносилац

¹⁴⁹⁰ L. Richer, F. Lichère (2019), 184.

¹⁴⁹¹ R. Noguellou (2010), 696.

¹⁴⁹² В. Цуцић (2016), 118 фн. 410.

¹⁴⁹³ У питању је еквивалент правном средству одузимања правног дејства уговору (енг. *remedy of ineffectiveness*) који је везан искључиво за национално право. L. Richer, F. Lichère (2019), 182.

¹⁴⁹⁴ Како истичу Рише и Лишер, иако „богата у свом теоријском доприносу, пресуда у предмету *Tropic Travaux* није успела да заобиђе судску праксу у периоду између 2007. и 2014. (године)“. L. Richer, F. Lichère (2016), 193.

¹⁴⁹⁵ *Ibid.*

¹⁴⁹⁶ CE, Assemblée, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, N°358994, ECLI:FR:CEASS:2014:358994.20140404, Publié au recueil Lebon, <https://www.marche-public.info/ce-358994-tarn-garonne/>, 3. септембар 2022.

¹⁴⁹⁷ R. Noguellou (2018), 99.

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*

докаже вероватноћу да би његови интереси били повређени на „довољно директан и сигуран начин“ (фр. *façon suffisamment directe et certaine*) неком одредбом уговора или као последица повреде правила за његово закључење.¹⁴⁹⁹

Круг незаконитости које се могу истицати у тужби такође је сужен. Тако, тужилац се може позивати само на разлоге „који се тичу повреда (личних) интереса или су такве тежине да суд на њих пази по службеној дужности“.¹⁵⁰⁰ Државни савет је кроз своју праксу утемељио разлоге незаконитости о којима суд води рачуна по службеној дужности (вид. *infra* 1.2.2). Насупрот томе, префект и чланови локалних скупштина – као квалификовани тужиоци – могу да истичу све разлоге незаконитости.¹⁵⁰¹

Као специфичност овог правног средства истиче се да суд није везан тужбеним захтевом, већ сам процењује које од прописаних овлашћења (мера) ће предузети, након вагања свих ангажованих интереса.¹⁵⁰² У случају да суд уважи захтев, лепеза његових овлашћења поклапа се са онима која су наведена у пресуди *Tropic travaux*, уз две разлике – напуштено је овлашћење суда да модификује уговор и суд сада мора да има у виду разлоге јавног интереса како код раскида, тако и код поништаја уговора.¹⁵⁰³

Са увођењем овог облика правне заштите, коначно се напушта теорија одвојивих аката, осим у погледу префекта и када је реч о спору због прекорачења овлашћења против регулационих клаузула уговора.¹⁵⁰⁴

(iii) Спор због прекорачења овлашћења против регулационих клаузула (*les clauses règlementaires*)

Државни савет је у предмету *Cayzeele*¹⁵⁰⁵ – који се односио на уговор о уклањању отпада из домаћинства, закључен између међуопштинског синдиката и једног привредног друштва – признао право трећих лица да остваре правну заштиту у вези са управним уговором побијајући његове регулационе клаузуле у спору због прекорачења овлашћења.¹⁵⁰⁶

Наиме, у комплексним уговорима као што су уговори о концесији за (јавне) услуге, често су садржане одредбе којима се прецизира начин на који ће се јавна услуга пружати, као што су тарифе којима се успоставља максимална цена коју ће плаћати корисници услуга, временски интервал или интензитет пружања услуге.¹⁵⁰⁷ Због своје „квасинормативне“ природе, овакве одредбе се сматрају „регулационим“ и, у погледу могућности испитивања њихове законитости, одвојивим од самог уговора.

Тако је у предмету *Mont-Saint-Michel*,¹⁵⁰⁸ Државни савет допустио тужбу у спору због прекорачења овлашћења против анекса уговора о концесији, који се тичао тарифе за пружање услуга која је била предмет уговора, с обзиром на то да је имала регулациони карактер и да „одредбе о тарифи представљају један од основних

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*, 100.

¹⁵⁰⁰ L. Folliot Lalliot, D. Houtcieff, 221–222.

¹⁵⁰¹ R. Noguellou (2018), 100.

¹⁵⁰² *Ibid.*, 100–101.

¹⁵⁰³ L. Richer, F. Lichère (2016), 196.

¹⁵⁰⁴ L. Richer, F. Lichère (2019), 174.

¹⁵⁰⁵ L. Folliot Lalliot, D. Houtcieff, 217.

¹⁵⁰⁶ Doc du Juriste, CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele - La distinction entre le contrat administratif et l'AAU et l'identification des vrais contrats administratifs, <https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-administratif/commentaire-d-arret/ce-ass-10-juillet-1996-cayzeele-distinction-contrat-administratif-aa-483027.html>, 1. септембар 2022.

¹⁵⁰⁷ L. Folliot Lalliot, D. Houtcieff, 217.

¹⁵⁰⁸ CE, 9 mars 2018, *Commune du Mont St Michel*, N° 409972, ECLI:FR:CECHR:2018:409972.20180309, Publié au recueil Lebon, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000036694120>, 2. септембар 2022.

елемената који доприносе економској равнотежи уговора“.¹⁵⁰⁹ Такође, ту спадају и поједини општи услови уговора (фр. *cahiers des charges*).¹⁵¹⁰

Из судске праксе произлази да су активно легитимисана трећа лица (укључујући и кориснике услуга), која докажу: (1) да одређена регулациона клаузула „директно и извесно“ утиче на њихове интересе (фр. *porte une atteinte directe et certaine à ses intérêts*) и 2) да је одвојива од самог уговора.¹⁵¹¹ Покретање спора због прекорачења овлашћења против регулационе клаузуле није омеђено роком, како би се органи управе приморали да у свако доба уклоне незаконите опште услове уговора.¹⁵¹²

(iv) Спор за накнаду штете (*le recours indemnitaire*)

Различите категорије трећих лица могу да остваре право на накнаду штете у вези са управним уговором, и то по неколико основа.

Прво, трећа лица овлашћена да покрену спор пуне јурисдикције против самог уговора могу у истом поступку уместо поништавања уговора да траже да им суд додели накнаду претрпљене штете (вид. *supra* 2.1.2 [ii]).¹⁵¹³ При томе, рок за потраживање накнаде штете путем тзв. *recours Tropic* знатно је дужи од рока за постављање захтева за поништај уговора, и износи четири године, рачунајући од 1. јануара наредне године, у односу на тренутак када је лице претрпело штету.¹⁵¹⁴ Овакав преклузивни рок, познатији у француској правној литератури као *prescription quadriennale*, није везан искључиво за материју управних уговора, већ се односи на све случајеве у којима је држава или неки орган јавне власти (државни или локални) дужник.¹⁵¹⁵

Друго, осим поменутог *акцесорног* захтева, накнада штете може да се потражује и *самосталним* захтевом. Француско право управних уговора ту пружа неколико могућности.

Тако, неуспешни конкуренти могу да остваре право на накнаду штете по основу вануговорне (делиткне) одговорности органа, уколико докажу да су претрпели штету услед губитка могућности да им уговор буде додељен, као последице повреде правила о оглашавању (транспарентности) и слободној конкуренцији од стране наручиоца.¹⁵¹⁶ Успех захтева за накнаду штете, као и обим те накнаде зависиће од тога да ли је и колику шансу за добијање уговора имао тужилац, да није дошло до повреде правила поступка од стране наручиоца. Уколико тужилац – неуспешни понуђач – није имао никакву шансу да му уговор буде додељен, неће остварити право на накнаду штете. Исти је случај и ако претходно није објављен позив за достављање понуда, будући да подносилац захтева није поднео понуду, па самим тим није ни претрпео никакве

¹⁵⁰⁹ Наведено према: Seban Avocats, *Annulation d'un avenant à un contrat de concession : modification substantielle et clause réglementaire*, <https://www.seban-associes.avocat.fr/annulation-dun-avenant-a-un-contrat-de-concession-modification-substantielle-et-clause-reglementaire/> (15.03.2018), 2. септембар 2022.

¹⁵¹⁰ L. Richer, F. Lichère (2019), 152.

¹⁵¹¹ L. Folliot Lalliot, D. Houtcieff, 217.

¹⁵¹² R. Noguellou, 102.

¹⁵¹³ Насупрот томе, захтев за накнаду штете не може се постављати у оквиру захтева за одређење привремених мера пре и након закључења уговора, нити је управни суд опремљен овлашћењима у том погледу. Како поједини аутори истичу, то доказује лимитиран утицај Директива о правним лековима на терену остваривања права на накнаду штете. N. Gabayet (2011), 16.

¹⁵¹⁴ Габаје указује на то да неуспешни конкурент суштински може да реагује од тренутка сазнања за повреду правила поступка доделе уговора од стране наручиоца. *Ibid.*, 15.

¹⁵¹⁵ Вид. чл. 1 Закона о застари потраживања према држави, департманима, општинама и јавним установама (*Loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics*), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000878035/>, 2. септембар 2022.

¹⁵¹⁶ L. Folliot Lalliot, D. Houtcieff, 214.

трошкове у вези са припремом исте.¹⁵¹⁷ С друге стране, конкурент који *није био лишен сваке шансе* да му се додели уговор (фр. *n'était pas dépourvu de toute chance de remporter le contrat*) има право на накнаду претрпљене штете, односно стварних трошкова око припреме понуде.¹⁵¹⁸ Најзад, уколико је имао *озбиљну шансу* да му буде додељен уговор, може да оствари како накнаду стварне штете, тако и измаклу добит.¹⁵¹⁹ При томе, из судске праксе произлази разлика између „озбиљне“ и „веома озбиљне“ шансе, али суштински то не утиче на право на интегралну накнаду штете, као ни на додељени износ.¹⁵²⁰ Занимљиво је да при процени да ли је подносилац захтева имао (веома) озбиљну шансу да његова понуда буде прихваћена, суд се практично ставља у улогу наручиоца и узима у обзир све околности које сматра да би биле одлучујуће за наручиоца (примера ради, број понуда, разлике у цени између понуда, квалификације подносиоца захтева и сл.).¹⁵²¹ Приликом израчунавања износа измакле добити, суд узима у обзир конкретно тржиште и износ профита који привредни субјекти обично остварују послујући на том тржишту.¹⁵²²

Услови за остваривање права на накнаду штете нису стриктно постављени, због чега је релативно лако остварити ово право, посебно због тога што се сваки вид незаконитости сматра „кривицом“, односно одговорношћу органа у смислу управног права. Подносилац захтева, наиме, мора да докаже: 1) повреду правила поступка за доделу уговора од стране наручиоца; 2) штету и 3) узрочну везу између повреде и настале штете.¹⁵²³

Када је реч о поступку за доделу накнаде штете, треба истаћи да пре обраћања суду (који одлуку доноси у спору пуне јурисдикције) подносилац захтева треба да се обрати органу управе (фр. *demande préalable*), истичући да је претрпео штету коју намерава да потражује, јер ће у супротном тужба бити одбачена као недопуштена.¹⁵²⁴ При томе, судска пракса стоји на становишту да неуспешни конкурент у захтеву упућеном органу не мора да прецизира тачан износ суме коју потражује.¹⁵²⁵ Смисао овог претходног поступка пред органом управе је да се издејствује акт (макар био имплицитан, у случају ћутања управе)¹⁵²⁶ против којег се може покренути судски поступак.¹⁵²⁷

Следећа могућност је да подносилац захтева од суда тражи привремену исплату трошкова у вези са учешћем на тендеру у поступку по правном средству *référé provision* (вид. *supra* 1.1.3).¹⁵²⁸

¹⁵¹⁷ N. Gabayet (2011), 12.

¹⁵¹⁸ *Ibid.*, 9.

¹⁵¹⁹ F. Lichère, N. Gabayet, 321; Bertrand Dacosta, “De Martin à Bonhomme, le nouveau recours des tiers contre le contrat administratif, Conclusions sur Conseil d’État, Assemblée, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne”, *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 3/2014, 426.

¹⁵²⁰ N. Gabayet (2011), 10–11.

¹⁵²¹ *Ibid.*, 11.

¹⁵²² *Ibid.*, 12.

¹⁵²³ *Ibid.*, 8.

¹⁵²⁴ *Ibid.*, 16.

¹⁵²⁵ CE 30 juillet 2003, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, N° 244618: mentionné dans les Tables du Rec. Lebon, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008203465>, 3. септембар 2022.

¹⁵²⁶ Уколико орган управе у року од четири месеца од подношења захтева не донесе одлуку, сматраће се да је захтев одбијен. Вид. чл. R102 Кодекса управних трибунала и апелационих управних судова (*Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGISCTA000006167269>, 3. септембар 2022.

¹⁵²⁷ Guillaume Delarue, “Demande Indemnitare Préable et Décret Jade: le Conseil D’Etat Continue d’être Pédagogue”, <https://www.village-justice.com/articles/demande-indemnitare-prealable-decret-jade-conseil-etat-continue-pedagogie,31218.html>, 3. септембар 2022.

¹⁵²⁸ N. Gabayet (2011), 16

Надаље, уколико се накнадно испостави да је закључени уговор ништав, тзв. „квazисауговарачи“ управе (вид. одељак 2.1.2 у оквиру друге главе) имају могућност да по основу теорије о неоснованом обogaћењу остваре повраћај датог, у мери у којој је то било од користи органу.¹⁵²⁹ При томе, уколико је постојала одговорност органа за ништавост уговора због тога што је приликом доделе или закључивања уговора повредио неки од прописа (рецимо, није имао одговарајуће овлашћење да закључи уговор), теорија неоснованог обogaћења се комбинује са правилима о скривљеној одговорности управе,¹⁵³⁰ што титуларима правне заштите гарантује право на интегралну накнаду штете – стварних трошкова, као и измакле добити, али до износа који би квazисауговарач остварио по основу (пуноважног) уговора.¹⁵³¹

Коначно, незадовољни корисници неке јавне услуге која је предмет уговора о концесији или јавним набавкама, могу да остваре право на накнаду штете коју су претрпели услед тога што је орган прекршио регулационе клаузуле уговора (у погледу стандарда или услова пружања те јавне услуге), а која се темељи на квazиделиктној одговорности органа управе.¹⁵³²

1.2.2 Правни захтеви уговорних страна

Разумевање положаја уговорних страна унутар управног уговора, предуслов је за правилно и потпуно сагледавање потенцијалних спорова до којих може да дође након закључења уговора, као и механизма правне заштите које им правни систем ставља на располагање.

Тако, у другој глави докторске дисертације (вид. одељак 2.1.4 у оквиру другог поглавља) видели смо да је централни елемент управних уговора у француском праву концепт јавног интереса, услед чега је орган јавне власти опремљен једностраним овлашћењима – изрицања санкција приватном сауговарачу, измене (модификације) уговора и његовог раскида. При томе, до примене ових овлашћења може доћи као последица (не)скривљене одговорности приватног сауговарача, као и услед спољних околности које (прекомерно) отежавају или онемогућавају даљи опстанак уговора.

С друге стране, приватним сауговарачима не стоје на располагању истоврсни инструменти „самопомоћи“ који би им омогућили да услед неизвршења уговорне обавезе органа или спољних фактора изађу из уговорног односа, већ им правни поредак јемчи право на одговарајуће новчано обештећење (чији обим зависи од узрока штете коју су претрпели), право на судску заштиту у случају незаконитог раскида уговора од стране органа, као и право на ослобађање од уговорне обавезе – кроз институте приговора неизвршења и управне више силе. С обзиром на то да је о првом и трећем виду правне заштите већ исцрпно било речи (вид. одељак 2.1.4 у оквиру другог поглавља), у овом одељку ћемо се фокусирати на могућности да се побијају једностране одлуке органа о раскиду уговора, као и самог уговора.

Право приватних сауговарача управе да у спору пуне јурисдикције побијају незаконите одлуке о једностраном раскиду уговора, како би издејствовали „поновно успостављање“ (фр. *reprise*) уговорних односа, установљено је пресудом Државног савета из 2011. године, у предмету *Commune de Béziers* (у даљем тексту: *Béziers II*).¹⁵³³

¹⁵²⁹ F. Lichère, N. Gabayet, 322.

¹⁵³⁰ При чему тужилац не мора да доказује кривицу органа, довољна је сама чињеница повреде меродавних прописа, N. Gabayet (2011), 7 fn. 1.

¹⁵³¹ L. Folliot Lalliot, D. Houtcieff, 213.

¹⁵³² *Ibid.*, 216.

¹⁵³³ CE 21. mars 2011, *Commune de Béziers (Béziers II)*, req. No. 304806, ECLI:FR:CESEC:2011:304806.20110321, Publié au recueil Lebon, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000023762803/>, 3. септембар 2022.

Новина коју Државни савет уводи у предметном случају тиче се како самог захтева постављеног у тужби, тако и проширених овлашћења суда – осим накнаде штете, управни судови сада могу да наложе управи да настави са извршењем уговора.¹⁵³⁴

Приватни саговорач у својству тужиоца може да покрене управни спор у општем року од два месеца од када је обавештен о одлуци органа да уговор раскине, а на суду је да процени – у зависности од околности сваког конкретног случаја – да ли ће удовољити захтеву тужиоца да уговор „опстане“, као и да одреди датум од којег ће се наставити са извршењем уговора.¹⁵³⁵ Критеријуми које суд при томе узима у обзир укључују тежину истакнуте незаконитости, разлоге раскида уговора (примера ради, да ли је то учињено у јавном интересу и да ли је саговорач допринео раскиду), природу конкретног уговора, ефекат поновног успостављања уговорних односа по јавни интерес, као и интересе „титулара новог уговора чије је закључење било неопходно након оспореног раскида уговора“.¹⁵³⁶

Управо због тога што је сасвим реално замислити да ће орган након раскида уговора имати потребу да закључи нови уговор са неким другим привредним субјектом, посебно ако је предмет првог уговора било пружање одређене јавне услуге, Државни савет је у истој пресуди потврдио право приватног саговорача да поднесе захтев за одлагање извршења одлуке о раскиду уговора (*référé suspension*), све до доношења судске одлуке о њеној законитости, у складу са чланом L. 521-1 Законика о управном судству.

Пресуда у предмету *Béziers II* је и у овом случају прецизирала услове под којима је могуће изрицање привремене мере одлагања извршења одлуке о раскиду. Тако, суд ће, након што установи да поновно успостављање уговорних односа у конкретном случају није (више) неоправдано (смислено), ценити постојање „разлога хитности“ који, с једне стране, обухватају „озбиљну и непосредну опасност коју би раскид уговора представљао по јавне интересе или интересе тужиоца, а посебно на финансијску ситуацију потоњег или на само вршење његове делатности“ и, с друге стране, „општи интерес или интересе трећих лица, а посебно титулара новог уговора чије би закључивање било неопходно услед спорног раскида, што може бити повезано са непосредним извршењем мере раскида“.¹⁵³⁷

Из праксе произлази да су судови наведене услове ценили веома рестриктивно, тако да би практично само финансијски губитак који би угрозио опстанак одређеног привредног субјекта на тржишту, односно наштетио његовом угледу у толикој мери да му онемогуће да му убудуће буде додељен уговор, могли да задовоље „разлоге хитности“ – што је поједине ауторе навело да закључе како се тиме обесмишљава *référé suspension* у контексту спорова о законитости одлука о раскиду уговора.¹⁵³⁸ Најзад, иако се у теорији поставило питање да ли би дејства ове пресуде могла да се прошире и на одлуке о једностраној измени уговора, Државни савет је одбацио такву могућност.¹⁵³⁹

Друга опција која стоји на располагању не само приватним, већ и јавноправним субјектима, је оспоравање законитости самог уговора у спору пуне јурисдикције. Прекретницу у том погледу представља пресуда Државног савета из 2009. године у спору између две општине – *Béziers* и *Villeneuve-lès-Béziers* – поводом раскида уговора

¹⁵³⁴ L. Richer, F. Lichère (2019), 330.

¹⁵³⁵ CE, *Béziers II*, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000023762803/>, 3. септембар 2022.

¹⁵³⁶ *Ibid.*

¹⁵³⁷ *Ibid.*

¹⁵³⁸ Mathieu Noël, Emmanuel Perois, “Béziers II : le juge restreint le référé suspension”, *Contrats Publics* – n° 123 – juillet-août 2012, 3.

¹⁵³⁹ L. Richer, F. Lichère (2019), 331.

којим је требало да се имплементира заједнички индустријски пројекат (у даљем тексту: *Béziers I*).¹⁵⁴⁰

У првом делу тзв. „трилогије *Béziers*“,¹⁵⁴¹ Државни савет је најпре подвукао да стране у управном уговору могу тужбом у спору пуне јурисдикције да оспоре законитост предметног уговора, након чега је истакао како је на поступајућем суду да процени тежину истакнутих незаконитости, као и последице које оне за собом повлаче. С тим у вези је и широка палета овлашћења суда приликом (пр)оцене наводне незаконитости уговора, где спада: 1) налагање да се настави са извршењем уговора, уз евентуалне смернице органу да предузме одговарајуће мере; 2) раскид уговора, са одложеним дејством, као и 3) поништај уговора.¹⁵⁴²

Међутим, до раскида уговора, као и његовог поништења, може да дође у изузетним случајевима, уколико су испуњени одређени услови. Конкретно, суд може да раскине уговор само након што претходно утврди да се тиме не утиче прекомерно на јавни интерес. Тиме је Државни савет ставио тежиште на стабилност и „лојалност“ (фр. *loyauté*) успостављених уговорних односа – што је посебно очигледно у контексту могућих разлога за поништај уговора. Тако, уговор може да буде поништен само услед разлога јавног поретка (фр. *moyen d'ordre public*), односно разлога који се тичу незаконите садржине уговора (фр. *caractère illicite du contenu du contrat*) или недостатака посебне тежине у погледу услова под којима су стране уговорнице исказале намеру да закључе уговор (фр. *vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement*).¹⁵⁴³ Дакле, поништај уговора је само једна од могућих санкција за незаконитост уговора и користи се као *ultima ratio*. При томе, у предметном случају Државни савет је увођењем „поништавања“ (фр. *annulation*), заменио дотадашњу правну интервенцију „оглашавања уговора ништавим“ (фр. *prononcer la nullité*), која је имала декларативно дејство. Упркос чињеници да су ефекти по уговор исти (ретроактивно уклањање уговора и свих последица које је произвео у правном поретку) – тежња је била да се укаже на то да се пресудом *санкционише*, а не само *констатује* незаконитост управних уговора.¹⁵⁴⁴

Коначно, Државни савет је у предмету из 2019. године даље прецизирао да се тужба којом се оспорава законитост уговора (фр. *recours Béziers I*) може поднети током целокупног трајања извршења уговора, односно да није ограничена преклузивним роком.¹⁵⁴⁵

¹⁵⁴⁰ CE, Assemblée, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers (Béziers I)*, N° 304802, ECLI:FR:CEASS:2009:304802.20091228, Publié au recueil Lebon, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000022203485/>, 3. септембар 2022.

¹⁵⁴¹ Док се други „део трилогије“ тичао, како смо видели, могућности сауговарања органа да оспори незакониту одлуку о једностраном раскиду уговора, трећи је у вези са пресудом из 2015. године и тиче се искључиво уговора између два јавноправна субјекта. Mathias Nunes, Laure Mena, Mathilde Lemaire, “Il était une fois Béziers – Retour sur la trilogie jurisprudentielle” (11.06.2015.), <https://www.lepetitjuriste.fr/il-etait-une-fois-beziers-retour-sur-la-trilogie-jurisprudentielle/>, 16. септембар 2022.

¹⁵⁴² L. Richer, F. Lichère (2019), 198–200.

¹⁵⁴³ *Ibid.*, 198–200.

¹⁵⁴⁴ *Ibid.*, 196–200.

¹⁵⁴⁵ CE, 1er juillet 2019, *Association pour le musée des Iles Saint-Pierre et Miquelon*, N°412243, ECLI:FR:CESEC:2019:412243.20190701, Publié au recueil Lebon, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000038713926>, 16. септембар 2022; Seban Avocats, “Recours « Béziers I » – Les parties à un contrat administratif sont en droit d'en contester la validité pendant toute sa durée d'exécution”, <https://www.seban-associes.avocat.fr/recours-beziers-i-les-parties-a-un-contrat-administratif-sont-en-droit-den-contester-la-validite-pendant-toute-sa-duree-dexecution/>, 14. септембар 2022.

Првостепену надлежност у уговорним споровима ће углавном имати управни трибунали, месно надлежни, по правилу, према месту извршења уговора.¹⁵⁴⁶ Изузетци се тичу уговора о ангажовању јавних службеника (државних и локалних), где ће надлежност имати управни трибунал према месту запослења, док је критеријум места закључења уговора опредељујући код уговора чије се извршење простира на подручју више судова.¹⁵⁴⁷ У оквиру надлежног суда, одлуку ће најчешће донети судија појединац, који се у француској доктрини означава као тзв. „уговорни судија“ (фр. *le juge du contrat*).¹⁵⁴⁸

Најзад, уговорним странама на располагању стоје и алтернативни механизми решавања спорова који произлазе из уговорног односа, о чему ће бити речи у наредном одељку.

1.3 Алтернативни механизми решавања спорова

Од апсолутне доминације управносудске заштите на пољу управних спорова и подозрења према било каквој могућности да управа „преговара“ са грађанима,¹⁵⁴⁹ све до става Државног савета да је развој алтернативних механизма решавања спорова „мисија јавног интереса“ која је у надлежности државе и представља директну последицу „доброг администрирања правде“¹⁵⁵⁰ – француско управно процесно право је у протеклих неколико година претрпело значајне измене у правцу веће отворености ка алтернативама управном судству.

Занимљиво је да су први помаци ка алтернативним механизмима били учињени управо на терену спорова из управних уговора, као што су они који су се тицали потраживања накнаде за пружену јавну услугу или радове.¹⁵⁵¹ Томе је допринела свест о потреби проналажења адекватнијег приступа решавању тако комплексних спорова, који се неретко тичу веома техничких питања и укључују бројне интересе, а посебно у контексту и онако (пре)оптерећеног управног судства.¹⁵⁵²

Додатни подстицај ширењу свести о потреби разматрања алтернативних механизма решавања управних спорова, представљали су извештаји стручних комисија и стратешки документи Државног савета,¹⁵⁵³ али и тенденције унутар ЕУ. Тако, поменута Директива ЕУ о медијацији у грађанским и трговинским стварима пренета је у француско законодавство Законом о модернизацији правосуђа у 21. веку (у даљем тексту: Закон о модернизацији),¹⁵⁵⁴ чији један од одељака носи назив „Фаворизовање алтернативних метода решавања спорова“ (фр. *Favoriser les modes alternatifs de règlement des différends*). На тај начин се шаље јасна легислативна порука

¹⁵⁴⁶ Вид. чл. Р 312-11. Законика о управном судству. За уговоре које закључују територијални колективитети, чл. Р. 312-15. L. Richer, F. Lichère (2019), 324.

¹⁵⁴⁷ *Ibid.*

¹⁵⁴⁸ Према чл. Р. 222-13 Законика о управном судству, судија појединац решава уговорне спорове територијалних колективитета, чија вредност не прелази 10 000 евра. *Ibid.*, 324–325.

¹⁵⁴⁹ K. Gilberg, 22.

¹⁵⁵⁰ CE, 7ème - 2ème chambres réunies, 17 mars 2017, M. Perez, *Ordre des Avocats de Paris*, N°403768, Publié au recueil Lebon, пар. 11, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000034272782/>, 16. септембар 2022; CE, 7ème - 2ème chambres réunies, 21 octobre 2019, *Conseil national des Barreau*, N° 430062, Inédit au recueil Lebon, пар. 5, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000039293354/>, 16. септембар 2022.

¹⁵⁵¹ K. Gilberg, 22.

¹⁵⁵² L. Richer, F. Lichère (2019), 299; Sophie Boyron, “Mediation in French administrative courts: what lessons for administrative justice?”, *Northern Ireland Legal Quarterly*, Vol. 71, 3/2020, 457–479.

¹⁵⁵³ K. Gilberg, 22.

¹⁵⁵⁴ LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *JORF* n°0269 du 19 novembre 2016, NOR: JUSX1515639L, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000038311192/2019-03-25#LEGIARTI000038311192>, 25. јун 2022.

органима управе, судовима и свим осталим релевантним актерима, да алтернативни механизми представљају предуслов бржег, једноставнијег и јефтинијег – речју, *ефикаснијег* – правног система.

Законом о модернизацији извршене су одговарајуће измене релевантних прописа у материји управних спорова и управног поступка, како би се поједини механизми – превасходно медијација и мирење (концилијација), али и арбитража – „сместили“ у управнопроцесно окружење и прилагодили његовим специфичностима. Међутим, важна карактеристика француског приступа примени алтернативних механизма у споровима из управних уговора није искључиво измена и прилагођавање тих механизма, већ и самог управнопроцесног амбијента.¹⁵⁵⁵

Уговорне стране су слободне да у уговор унесу клаузулу о решавању спорова којом могу предвидети, примера ради, да ће спорове до којих дође у фази извршења уговора најпре покушати да реше мирним путем, уз ослонац на неки од доступних алтернативних механизма, као обавезни претходни корак пре покретања судског поступка. Повреда такве уговорне одредбе би представљала разлог за одбацивање тужбе као недопуштене (уколико једна од страна истакне одговарајући приговор у том погледу, не по службеној дужности).¹⁵⁵⁶

У наредним редовима биће размотрени најзначајнији алтернативни механизми, укључујући оне који су специфични за спорове из управних уговора, превасходно у материји јавних набавки.

1.3.1 Арбитража

Питање арбитрабилности спорова у којима је једна страна орган јавне власти, укључујући ту и спорове из управних уговора, свакако је једно од најконтроверзнијих у француском управном праву. Разлог томе је готово света улога коју управно судство има у француском правном поретку, која му гарантује „монопол“ над решавањем јавноправних спорова, а посебно у контексту спорова из управних уговора, који су обликовани кроз праксу управног судства на челу са Државним саветом. Осим тога, постојала је бојазан да „приватно правосуђе“ – како се арбитража често квалификује – није довољно компетентно да на адекватан начин пружи заштиту јавних интереса. У осталом, на тој идеји се и темељи разграничење надлежности између управног и редовног (грађанског) судства.¹⁵⁵⁷

Резултат оваквог подозрења према арбитражи на терену управних спорова од стране националних – превасходно управних – судова, био је увођење начелне забране арбитражног решавања спорова у којима је једна страна орган јавне власти. Конкретно, забрана је добила свој законски облик у члану 2060, став 1 француског Грађанског законика, који у свом важећем облику предвиђа немогућност арбитражног решавања спорова који се тичу „органа јавне власти и јавних установа и генерално (на) сва питања која се тичу јавног поретка“. Поред *органске* забране, будући да обухвата све спорове у којима су поменути субјекти учесници, независно од конкретне области њихове делатности,¹⁵⁵⁸ Државни савет је увео и *материјалну* забрану која се односила на материју управних уговора, будући да за решавање спорова који из њих произлазе искључиво надлежност има национално управно судство.¹⁵⁵⁹ Сличну формулацију

¹⁵⁵⁵ S. Boyron (2020), 477–479.

¹⁵⁵⁶ L. Richer, F. Lichère (2019), 300.

¹⁵⁵⁷ *Ibid.*, 313.

¹⁵⁵⁸ L. Richer, F. Lichère (2019), 312.

¹⁵⁵⁹ Mathias Audit, “Arbitrage International et contrats publics en France”, *Contrats publics et arbitrage international* (dir. M. Audit), Bruylant, Bruxelles 2011, 115–116.

користи и одредба члана L432-1 накнадно донетог Кодекса о односима између органа управе и јавности (*Code des relations entre le public et l'administration* – CRPA).¹⁵⁶⁰

Судска пракса је законску забрану подигла на ранг једног од темељних принципа јавног (управног) права. Посебно место заузима став Државног савета у познатом предмету *Eurodisney* из 1986. године,¹⁵⁶¹ да уколико се спор – макар и међународни – тиче примене управноправних правила француског права, која се сматрају делом јавног поретка (фр. *ordre public*), уговарањем арбитражног споразума не може да се избегне надлежност француских управних судова. Такав арбитражни споразум би био ништав.¹⁵⁶²

Међутим, потреба за растерећењем управног правосуђа,¹⁵⁶³ реалност међународне трговинске размене, као и чињеница да је Француска потписница многих билатералних и мултилатералних споразума као што су Женевска или Вашингтонска конвенција, довели су до неодрживости апсолутне забране и увођења одређених изузетака. У доктрини се подвлачи разлика између приступа код, с једне стране, режима *међународних* и, с друге, националних или *интерних* управних уговора.

Помаци су, најпре, учињени у погледу прве категорије уговора. Наиме, Касациони суд је у предмету *Galakis* 1966. године направио изузетак у погледу решавања међународних спорова, будући да би апсолутна забрана довела до „ограничења капацитета органа јавне власти, независно од карактера њихове делатности“, што би било у „колизији са правилима међународног права“.¹⁵⁶⁴ Овај став довео је 1975. године до измене члана 2060 Грађанског законика, уношењем одредбе којом се одређеној категорији јавноправних субјеката – *индустријског и комерцијалног карактера* – допушта да закључују арбитражне споразуме (члан 2060, став 2).

Упркос томе што је пресуда у предмету *Galakis* ограничена на уговоре који се сматрају приватноправним, као и негативном ставу Државног савета у случају *Eurodisney*, исте године када је донето мишљење у другом предмету, предузете су одговарајуће законске измене како би се омогућило арбитражно решавање спорова из управних уговора закључених са страним правним лицима, који се тичу „реализације операција од јавног интереса“ (фр. *la réalisation d'opérations d'intérêt général*).¹⁵⁶⁵ Поред тога, појединим билатералним и мултилатералним споразумима је, такође, предвиђена могућност арбитражног решавања спорова из (појединих) управних уговора. Оди (*Audit*) као пример наводи споразум између Велике Британије и Француске у вези са изградњом тунела Ла Манш, затим онај између Шпаније и Француске поводом тунела Мон-Блан, као и споразума са Абу Дабијем који се односи на изградњу Лувра у Абу Дабију.¹⁵⁶⁶ С друге стране, Државни савет је стао на становиште да чињеница да је Француска ратификовала Вашингтонску конвенцију не утиче на начелну забрану

¹⁵⁶⁰ Кодекс о односима између органа управе и јавности (*Code des relations entre le public et l'administration* – CRPA), доступно на: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000031366350/2022-08-06, 15. септембар 2021.

¹⁵⁶¹ CE avis n°339710 du 6 mars 1986, EDCE 1987, n°38, p. 178, наведено према: Jean-Marc Sauvé, “L’arbitrage et les personnes morales de droit public”, Colloque du 30 septembre 2009 organisé par la Chambre Nationale pour l’Arbitrage Privé et Public (13. octobre 2009), https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/l-arbitrage-et-les-personnes-morales-de-droit-public#_fn4, 2. јул 2022.

¹⁵⁶² Alexis Mourre, “The INSERM decision of the Tribunal des Conflits: a storm in a teacup?”, Kluwer Arbitration Blog, June 7 2010, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/06/07/the-inserm-decision-of-the-tribunal-des-conflits-a-storm-in-a-teacup/>, 2. јул 2022.

¹⁵⁶³ L. Richer, F. Lichère (2019), 314.

¹⁵⁶⁴ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 2 mai 1966, *Galakis*, Publié au bulletin, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006972368/>, 2. јул 2022.

¹⁵⁶⁵ Што је учињено изменама Законика о управном судству. M. Audit (2011), 121.

¹⁵⁶⁶ *Ibid.*, 122.

јавноправним телима да спорове подвргавају арбитражи – став који је упитан и озбиљно критикован од доктрине.¹⁵⁶⁷

Прекретницу у овом контексту представља предмет који се односио на уговор закључен између јавноправног тела *Inserm* чија је делатност научно-истраживачки рад, и једне норвешке фондације, а којим се страни сауговорач обавезао да ће основати истраживачки центар у Француској.¹⁵⁶⁸ Како је уговор садржао арбитражну клаузулу, *Inserm* је од надлежног суда (*Tribunal de grande instance de Paris*) тражио да именује арбитра, који је својом одлуком од 4. маја 2007. године наложио *Inserm*-у да фондацији врати уплаћену суму новца, са каматом и анатоцизмом.¹⁵⁶⁹ *Inserm* се, потом, обратио Апелационом суду у Паризу и Државном савету, са захтевом да се поништи донета арбитражна одлука. Будући да су се и један и други суд сматрали надлежним у конкретном случају, Државни савет се обратио Трибуналу за сукобе, како би разрешио настали сукоб надлежности.

Трибунал за сукобе је пресудом у овом предмету „проширио“ дејство пресуде у предмету *Galakis* и на управне уговоре, зауевши став да уговор закључен између француског правног лица јавног права и странца, који се извршава на француској територији, макар према критеријумима француског права био квалификован као управни, „вероватно укључује међународне привредне (комерцијалне) интересе.“¹⁵⁷⁰ Овако широком и флексибилном формулацијом, Трибунал је, практично, обухватио ако не све, онда највећи број управних уговора. Како се Трибунал за сукобе у својој пресуди није изричито осврнуо на истоветне уговоре када се извршавају у иностранству, поставило се питање да ли су и спорови произашли из те категорије управних уговора арбитрабилни? Како Оди логично примећује, аргумент постојања међународног комерцијалног интереса би *a fortiori* важио у случају да се уговор закључен са страним држављанином извршава у иностранству.¹⁵⁷¹

Када је реч о интерним управним уговорима, изузеци морају бити прописани законом. Тако, Кодекс о јавним набавкама прописује да је дозвољено арбитражно решавање спорова између јавноправних субјеката и то државе, локалних органа власти и локалних јавних установа, и њихових сауговорача који се тичу „финансијског извршења“ уговора о јавној набавци радова и добара (члан L2197-6). Како примећују Рише и Лишер, неодређеност концепта *финансијског извршења* који законодавац употребљава, потенцијално може довести до проширења поља примене арбитраже на терену спорова из управних уговора.¹⁵⁷² Истом одредбом се оставља простор да се законом предвиде и други изузеци. То је учињено већ одредбом члана L2236-1 истог закона, којом се експлицитно предвиђа да се може уговорити арбитражно решавање спорова који се тичу извршења уговора о ЈПП.

Већ поменути члан L432-1 CRPA оставља исту могућност, уз упућивање на изузетке које предвиђа члан 311-6 Законика о управном судству. Потоњи садржи списак прописа који регулишу поједине управне области, као што су јавне набавке, научно-истраживачки рад, организација јавних служби и пружање поштанских и телекомуникационих услуга. Осим тога, и поједини новији прописи који се не налазе на датој листи такође експлицитно помињу могућност арбитражног решавања спорова

¹⁵⁶⁷ *Ibid.*

¹⁵⁶⁸ Tribunal des Conflits, *Inserm*, 17/05/2010, N° C3754, Publié au recueil Lebon, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000022931557>, 2. јул 2022.

¹⁵⁶⁹ M. Audit (2011), 119.

¹⁵⁷⁰ Наведено према: *Ibid.*, 123.

¹⁵⁷¹ Наведено према: *Ibid.*, 123–125.

¹⁵⁷² L. Richer, F. Lichère (2019), 314.

из појединих управних уговора, као што је Закон о организовању Олимпијских и параолимпијских игара 2024. године (вид. члан 6).¹⁵⁷³

Општи правни оквир домаће (интерне) и међународне арбитраже је успостављен књигом IV (чланови 1442 – 1527) француског Законика о парничном поступку (*Code de procédure civile*)¹⁵⁷⁴ и обухвата питања која се тичу арбитражног споразума, начина конституисања арбитражног суда, елемената арбитражног поступка, питања доношења, признања и извршења (*exequatur*), односно могућности побијања и преиспитивања домаћих и међународних арбитражних одлука (пресуда) од стране француских судова. Како, пак, није реч о императивним одредбама, уговорне стране у управном уговору ова питања могу и друкчије уредити.¹⁵⁷⁵

Још једно важно питање које се поставило у вези са арбитражним решавањем управних спорова, јесте разграничење надлежности између управних и грађанских судова у овој материји. Конкретно, у погледу: 1) пружања помоћи странкама приликом конституисања арбитражног суда, односно именовања арбитра; 2) преиспитивања арбитражних одлука (одлучивања по правним лековима) и 3) њиховог признања и извршења.

Прво питање тиче се ситуација у којима се тзв. судија за подршку (фр. *juge d'appui*), позива да помогне странама у спору када, примера ради, услед лошег или нејасно формулисаног арбитражног споразума није могуће конституисати арбитражни суд или именовати арбитра.¹⁵⁷⁶ Када је у питању спор из надлежности парничних судова, ово питање је експлицитно регулисано чланом 1459 Законика о парничном поступку, који за то овлашћује председника надлежног парничног суда. У погледу управних спорова, иако би имало смисла да се надлежност повери управним судовима, ни законодавац ни судска пракса још увек нису понудили дефинитиван и недвосмислен одговор.¹⁵⁷⁷ Државни савет је изнео мишљење, које није наишло на подршку доктрине, да би у случају управних уговора надлежност требало да имају управни трибунали према месту арбитраже.¹⁵⁷⁸

Друго питање је комплексније и иако је пресуда у предмету *Inserm* обећавала да донесе разрешење ове вечите дилеме, чини се да је само додатно закомпликовала ситуацију. Трибунал за сукобе је у предметном случају увео правило, касније потврђено и у другим одлукама,¹⁵⁷⁹ по којем „одлучивање по жалби против арбитражне одлуке донете у Француској, на основу арбитражног споразума, у спору поводом извршења или повреде уговора закљученог између француског јавноправног тела и страног правног лица, који се извршава на територији Француске и тиче интереса међународне трговине, спада у надлежност парничног суда у јурисдикцији у којој је

¹⁵⁷³ LOI n° 2018-202 du 26 mars 2018 relative à l'organisation des jeux Olympiques et Paralympiques de 2024, NOR : SPOV1729269L, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000036742943/>, 2. јул 2022.

¹⁵⁷⁴ Code de procédure civile, доступно на: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716, 2. јул 2022.

¹⁵⁷⁵ L. Richer, F. Lichère (2019), 317.

¹⁵⁷⁶ Француски државни савет је изнео мишљење, које није наишло на подршку доктрине, да би у случају управних уговора, надлежност требало да имају управни трибунали према месту арбитраже или месно надлежни трибунал. Вид. M. Audit (2011), 126–127.

¹⁵⁷⁷ Olivier Le Bot, “La sécurisation des MARL par Le juge administratif. Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif”, *Faculté de Droit et des Sciences sociales – Poitiers*, Poitiers 2017, 11.

¹⁵⁷⁸ Вид. M. Audit (2011), 126.

¹⁵⁷⁹ Вид. нпр. Tribunal des Conflits, 24/04/2017, *Syndicat mixte des aéroports de Charente c/sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited*, N°C4075, Publié au recueil Lebon, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000034478477>, 4. јул 2022.

одлука донета, у складу са чланом 1505 Законика о парничном поступку“.¹⁵⁸⁰ Ово ће, дакле, бити случај и уколико би према француском праву за решавање тих спорова били надлежни управни судови. Ипак, изузетак представљају спорови из одређене категорије управних уговора, наиме, уговора о јавним набавкама, ЈПП, као и уговора о делегирању јавних служби, „будући да су такви уговори подвргнути императивним нормама јавног (управног) права, односно јавног поретка“, у ком случају надлежност имају управни судови.¹⁵⁸¹ Оди указује на то да овакав став Трибунала за сукобе доприноси развоју француског управног права тиме што уводи категорију „императивних норми јавног права, односно јавног поретка“ које се, у контексту поменутих уговора, углавном тичу правила о додели уговора и одабиру сауговорача управе.¹⁵⁸²

С друге стране, пропуст Трибунала за сукобе да ближе одреди садржину таквих императивних норми, отклонио је Државни савет је у предмету *FOSMAX*.¹⁵⁸³ Кроз прецизирање опсега сопствене надлежности у поступку испитивања иностраних (међународних) арбитражних одлука, Државни савет је истакао да је арбитражна одлука противна јавном поретку „када се односи на уговор чији предмет је незаконит или је погођен нарочито тешким неправилностима која се тичу, између осталог, услова под којима су уговорне стране дале сагласност за његово закључење; када занемарује правила од којих јавноправна тела не могу да одступе, као што су забрана давања без накнаде (давања поклона), отуђење јавног добра или одрицање од прерогатива којима су та тела опремљена у општем интересу, за потребе извршавања уговора, као и када занемарује правила јавног поретка Европске уније“ (нагласила Б.Т).¹⁵⁸⁴

Најзад, иако се Трибунал за сукобе о томе изричито не изјашњава, логично би било да се надлежност за извршење арбитражних одлука на исти начин уреди као и у претходном случају – надлежност има парнични суд, макар били у питању управни уговори, изузев ако је реч о уговорима о јавним набавкама, уговорима о концесијама, ЈПП и делегирању вршења јавне службе.¹⁵⁸⁵ Тиме је практично надлежност грађанских судова постала изузетак, будући да се, како истичу поједини аутори, арбитражне клаузуле најчешће уносе управо у поменуте уговоре.¹⁵⁸⁶

1.3.2 Медијација и остали механизми мирног решавања спорова

1.3.2.1 Медијација и концилијација

На самом почетку овог одељка потребно је направити једну термилошку напомену. Наиме, редактори Законика о управном судству су последњим изменама из 2016. године дотадашњи институт концилијације или мирења, заменили институтом медијације. При томе, измене су у највећем делу термилошке, не и суштинске.¹⁵⁸⁷

¹⁵⁸⁰ ТС, *Inserm*, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000022931557>, 4. јул 2022.

¹⁵⁸¹ ТС, 11 avril 2016, *Société Fosmax LNG*, N°4043, Publié au recueil Lebon, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000032617356/>, 4. јул 2022. А. Mourre, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/06/07/the-inserm-decision-of-the-tribunal-des-conflits-a-storm-in-a-teacup/>, 4. јул 2022.

¹⁵⁸² М. Audit (2011), 129.

¹⁵⁸³ CE, Assemblée, 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, N° 388806, ECLI:FR:CEASS:2016:388806.20161109, Publié au recueil Lebon, пар. 5, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000033364623/>, 4. јул 2022.

¹⁵⁸⁴ *Ibid.*, пар. 5; L. Richer, F. Lichère (2019), 318–319.

¹⁵⁸⁵ М. Audit (2011), 131.

¹⁵⁸⁶ L. Richer, F. Lichère (2019), 318.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*, 303.

Дакле, и у једном и у другом случају, у питању је механизам мирног или пријатељског решавања спора, који подразумева учешће трећег независног лица које посредује између страна у спору, тежећи да им помогне да постигну компромисно решење.¹⁵⁸⁸ То је у складу и са дефиницијом медијације као „сваког структурисаног поступка, независно од назива (курзив Б.Т.), којим две или више страна покушавају да постигну споразумно решење спора, уз помоћ треће стране, посредника, којег они сами изаберу или га, уз њихову сагласност, поставља суд“ (члан L213-1 Законика о управном судству). Због незнатних разлика, и у стручној литератури и у законским прописима се концилијација и медијација обично наводе наизменично¹⁵⁸⁹ или заједно.¹⁵⁹⁰ С обзиром на све речено, у даљем тексту ћемо користити термин медијација.

Увођење медијације у француско управно право било је постепено. Након бројних мање или више (не)успешних покушаја од 80-их година до данас,¹⁵⁹¹ први значајнији конкретан корак у том правцу предузет је у виду пилот-пројекта који је 2013. године примењен у управном суду у Греноблу.¹⁵⁹² Креативна решења и стечено позитивно искуство послужили су као инспирација за актуелне законске одредбе, садржане пре свега у Законнику о управном судству. Тим прописом, који медијацији посвећује како легислативне (L114-1 и L 213-1 до L 213-14), тако и регулаторне одредбе (R 213-1 до R 213 – 13), допушта се овај механизам за решавање спорова између органа управе и физичких и правних лица, независно од управне области. При томе, у сваком конкретном случају се процењује да ли је природа спора таква да је могуће постићи пријатељско решење (члан R213-5). Штавише, у појединим областима (које декретом утврди Државни савет, углавном у вези са радним односима државних службеника и социјалној помоћи),¹⁵⁹³ успоставља се *обавезна* медијација,¹⁵⁹⁴ као нужни предуслов покретања управног спора пред судом.¹⁵⁹⁵

Законик о управном судству познаје како вансудску (чланови L213-5 до L213-6 и R 213 – 4), тако и судску медијацију (чланови L213-7 до L213-10 и R213-5 до R213-9). Док је прва у потпуности заснована на аутономији воље страна у спору, те оне саме одређују или предлажу медијатора чак и пре отпочињања судског поступка (с тим да се могу обратити суду са захтевом да он постави медијатора и/или организује медијацију), друга се „активира“ на иницијативу поступајућег суда, у току трајања управног спора (који се за време трајања медијације прекида), с тим да суд не може наметнути медијацију, већ је само предлаже странама.

Два су важна обележја медијације установљене Закоником о управном судству. Прво се тиче медијатора, а друго улоге суда, односно поступајућег судије у поступку медијације. У погледу првог, потребно је размотрити питања *ко* може бити медијатор, као и нужних *квалификација* за обављање ове функције. Медијатор може да буде физичко или правно лице; у другом случају, конкретна овлашћења у току поступка медијације вршиће физичко лице које представник, односно заступник правног лица одреди (R213-2). Конкретно, то могу бити како судије или други вршиоци јавних овлашћења односно *институционализовани* медијатори (нпр. омбудсман или

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*

¹⁵⁹⁰ Вид. чл. L421-1 Закона о односима органа управе и јавности.

¹⁵⁹¹ Више о историјату увођења медијације у француско управно право: S. Воугон (2020), 459–461.

¹⁵⁹² *Ibid.*, 461–462.

¹⁵⁹³ Décret n° 2022-433 du 25 mars 2022 relatif à la procédure de médiation préalable obligatoire applicable à certains litiges de la fonction publique et à certains litiges sociaux, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045412363>, 25. јун 2022.

¹⁵⁹⁴ Чл. L213-11 до L213-14 и R213-10 до R213-13 Законика о управном судству.

¹⁵⁹⁵ Више о обавезној медијацији у француском управном праву, вид. S. Воугон (2022), доступно на: <https://realaw.blog/?p=1225>, 25. јун 2022.

медијатори у оквиру појединих органа управе или независних тела), тако и *екстерни* медијатори.¹⁵⁹⁶

Када је реч о условима које медијатор треба да испуни, они су најпре опште одређени и укључујући независност, стручност и савесност (фр. *impartialité, compétence et diligence*).¹⁵⁹⁷ Међутим, спецификум француског права је захтев за тзв. „дуплом квалификацијом.“¹⁵⁹⁸ Конкретно, стручност медијатора подразумева како обученост за посредовање,¹⁵⁹⁹ тако и знање и искуство стечено у конкретној области спора, чиме се обезбеђује адекватна специјализација (члан R213-3).

Друго обележје се огледа у веома активној и значајној улози суда. Поред тога што саме судије могу да буду у функцији медијатора, овлашћења суда да странкама предложи медијацију и одреди медијатора, односно накнаду која ће му/јој бити исплаћена уколико је реч о екстерном медијатору (члан L213-8), на захтев странака, суд може да потврди или верификује споразум закључен након успешно спроведене медијације (фр. *homologuer et donner force exécutoire*), чиме му се обезбеђује адекватно правно дејство и могућност принудног извршења (члан L213-4).¹⁶⁰⁰ Такође, суд у току поступка медијације не губи своја овлашћења и у сваком тренутку може да предузме одговарајуће мере, као што је, примера ради, одређивање привремених мера (члан R213-8).

Кроз остале одредбе о медијацији, законодавац тежи да установи равнотежу између природних карактеристика овог механизма с једне, и специфичности управног процесног права, с друге стране. Тако, прокламована је тајност, односно поверљивост поступка медијације као правило, али уз одређене изузетке: (1) уколико императивни разлози јавног поретка који се односе на заштиту најбољег интереса детета или физичког или психичког интегритета лица то налажу, односно (2) када је откривање постојања или откривање садржаја споразума који је резултат посредовања неопходно за његово спровођење (члан L213-2). Слично томе, противтежа аутономији воље страна у спору и права да иницирају медијацију, јесте забрана да се споразумом странака утиче на права којима оне не могу да располажу (члан L 213-3).

Будући да је медијација начелно допуштена у свим управним споровима, нема сумње да представља доступан механизам и за решавање спорова из управних уговора. Чак је у контексту спорова из уговора о јавним набавкама први пут и почело да се разматра прибегивање медијацији упркос ангажованом јавном интересу, будући да у осталим јавноправним споровима органи јавне власти не могу слободно да располажу својим захтевима.¹⁶⁰¹ Поред законских одредаба, правни основ за решавање уговорног спора медијацијом може да буде и сам уговор. Државни савет је кроз своју праксу отклонио сваку сумњу у то да уговорне стране имају пуну слободу да спорове из уговора најпре покушају да реше мирним путем, уз учешће трећег, независног и

¹⁵⁹⁶ К. Gilberg, 18–20.

¹⁵⁹⁷ Чл. L213-2 Законика о управном судству.

¹⁵⁹⁸ S. Boyron (2020), 470.

¹⁵⁹⁹ Конкретни услови се ближе одређују посебним прописима, као што је Етичка повеља Државног савета (*Charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs*), доступно на: <http://lille.tribunal-administratif.fr/Actualites/Communiqués/Charte-ethique-des-mediateurs-dans-les-litiges-administratifs>, 5. јул 2022; К. Gilberg, 28.

¹⁶⁰⁰ Како истиче Филиповић, „суд само има улогу „нотарске“ хомологације споразума чији су услови дефинисани од стране странака, без да се фаворизује конвергентност њихових ставова од стране судије“, З. Филиповић, 85.

¹⁶⁰¹ К. Gilberg, 29.

непристрасног лица.¹⁶⁰² Тако, уговорне стране могу да предвиде да је пре покретања судског поступка неопходно да се покуша мирно решење спора, уз посредовање трећег лица чије мишљење није правно обавезујуће.¹⁶⁰³

1.3.2.2 Посебни алтернативни механизми у материји јавних набавки

Члан L2197-1 Кодекса о јавним набавкама експлицитно предвиђа да стране у управном уговору, спорове могу да решавају уз посредовање трећег лица – миритеља (концилијатора) или медијатора – у складу са условима прописаним CRPA-ом. Тај други пропи предвиђа да се „поступак мирења или посредовања може (се) користити у циљу мирног решавања спора са управом, пре него што се, у случају неуспеха, покрене или оконча правни поступак“ (Члан L421-1). Надаље се предвиђа да се „уредбама Државног савета могу (се) утврдити услови под којима уговорни спорови који се односе на државу, локалне органе власти и њихове јавне установе, као и радње које доводе до њихове вануговорне одговорности, подлежу поступку мирења пред судским органом“ (Члан L421-2).

Поред тога, у овој материји постоје два специфична институционализована механизма мирног решавања спорова које предвиђа Кодекс о јавним набавкама – Комитети за мирно решавање спорова из јавних набавки (фр. *les Comités de règlement amiable des marches publics*) и привредни медијатор (фр. *le médiateur des entreprises*).

Комитети за мирно решавање спорова из јавних набавки су стручна тела, формирана при министарствима, која на иницијативу приватног сауговарача или органа (наручиоца) – у фази извршења набавке – а након испитивања правних и чињеничних питања, сачињавају саветодавно мишљење о томе како на „пријатељски и правичан начин“ (фр. *amiable et équitable*) решити спор (члан R2197-1).¹⁶⁰⁴ У теорији има мишљења да је пре реч о посебном виду управног механизма, него класичној концилијацији (мирењу).¹⁶⁰⁵

Рише и Лишер наводе податак да су зачеци овог механизма постављени још 1907. године, када је први комитет формиран при тадашњем Министарству рада, да би се 50-их година прошлог века проширили на све ресоре.¹⁶⁰⁶ Од тада до данас, организациони облик, састав и овлашћења ових стручних тела претрпели су бројне измене, да би коначан облик добили одредбама важећег Кодекса о јавним набавкама (чланови L2197-3 и R2197-1 до D2197-22).

Разликују се национални, с једне стране, и регионални, међурегионални (фр. *interrégionaux*) и међудепартмански (фр. *interdépartementaux*) комитети, с друге стране, у зависности од тога да ли се набавка спроводи на државном или

¹⁶⁰² Наведено према: L. Richer, F. Lichère (2019), 303–304. Rhita Bousta, Arun Sagar, “Alternative Dispute Resolution in French Administrative Proceedings”, *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law* (eds. D. C. Dragos, B. Neamtu), Springer, Berlin – Heidelberg 2014, 69.

¹⁶⁰³ Рише и Лишер као дискутабилан наводе пример уговора о делегирању јавне службе у области водоснабдевања и грејања, где се у општим условима уговора предвиђа да ће у случају спора/несугласице између уговорних страна око тарифе, о томе одлучити трипартитна комисија. Обавезност тако донете одлуке за уговорне стране, потврђена од стране надлежног суда 2010. године, правно је проблематична, сматрају аутори, будући да тиме овај механизам удаљава од логике медијације/концилијације и приближава арбитражи, која је – начелно – забрањена локалним органима управе. L. Richer, F. Lichère (2019), 303–304.

¹⁶⁰⁴ Рише и Лишер указују на то да је стандард „правичног“ разрешења спора у пракси каткад проблематичан због своје недовољне одређености. Вид. *Ibid.*, 305.

¹⁶⁰⁵ L. Richer, F. Lichère (2019), 304–306.

¹⁶⁰⁶ *Ibid.*, 304.

регионалном/локалном нивоу, односно од врсте наручиоца (државни орган или локално тело/јавно предузеће). Састав ових тела и у једном и у другом случају је мешовит и обухвата шест чланова, укључујући како лица која обављају судијску функцију, тако и државне службенике из релевантних министарстава и других органа управе и стручњаке за одређену област (ресор) у којој се набавка реализује.¹⁶⁰⁷

Председавајућег и потпредседника националних и локалних комитета именује министар економије, на три године уз могућност поновног избора (члан R2197-8), док остале чланове (државне службенике или лица ангажована по уговору и два релевантна стручњака) именује председавајући са листе коју саставља министар економије, уз претходне консултације са представницима релевантних министарстава и професионалних удружења. Осим представника локалних колективитета чији мандат у комитету је везан за период на који врше функцију за коју су изабрани, мандат осталих чланова износи три године, уз могућност реизбора (чланови R2197-9 до R2197-11).¹⁶⁰⁸ Чланови комитета имају право на накнаду трошкова пута и смештаја према прописаним условима, у складу са прописима о државним службеницима (D2197-14). Њихова непристрасност у конкретном спору се обезбеђује забраном да буду одраније упознати са случајем (члан D2197-19).

Обе уговорне стране могу да се обратe надлежном комитету поднеском у којем је неопходно што детаљније навести разлоге спора и, уколико је могуће, природу захтева и износ који се потражује (члан D2197-15). Поднесак се може упутити од тренутка настанка спора, а комитет има рок од шест месеци од пријема захтева да донесе мишљење, с тим да се, по потреби, може продужавати на по месец дана, највише до три месеца (D2197-21, став 1). Мишљење се доставља обема странама, а о њему се информишу и министар економије (за државне набавке) и префект (за локалне територијалне колективитете) (D2197-21, став 2).

Покретања поступка пред комитетом има суспензивно дејство у односу на рок за подношење тужбе, тако да незадовољна страна може да покрене управни спор (члан L2197-3 ССР). Штавише, приватни саговорач може паралелно да води управни спор, а суд није дужан да сачека мишљење комитета, али то често чини. По доношењу мишљења, наручилац има рок од три месеца да по истом поступи; у супротном ће се

¹⁶⁰⁷ Наиме, у национална тела улазе, на позицију председника комитета, активне или почасне судије у рангу државних саветника или саветници (фр. *Conseiller maître*) при Државном ревизорском суду (фр. *Cour des comptes*); чланови Државног савета или судије Државног ревизорског суда у рангу одговарајућих саветника (*maître des requêtes* или *conseiller référendaire*) у својству потпредседника; два представника државе која су или су била запослена у одговарајућем министарском ресору, у вези са предметом спора и два стручњака у области набавки. Поред тога, представник одговарајућег директората за јавне финансије може да учествује као саветодавни члан, без права гласа (чл. R2197-6). Локални комитети, такође, имају шест чланова са правом гласа и једног члана који има саветодавну улогу. Конкретно, чл. R2197-6, ст. 3 ССР-а предвиђа следеће:

1° *Председавајућег и потпредседника, који се бирају између активних или почасних чланова управних или финансијских судова;*

2° *Два представника државе, активних или пензионисаних, од којих најмање један ради или је радио у министарском одељењу на које се односи случај који је поднет комитету;*

3° *Две компетентне особе које раде или су радиле у истом сектору делатности као понуђач.“ члан R2197-6, став 1. Уколико се спор тиче уговора локалних власти, њихових групација или њихових јавних установа, представници државе се замењују са два представника ових тела (члан R2197-6, став 2). Поред тога, јавни рачуновођа одговоран за плаћања у вези са спорним уговором или његов заступник може присуствовати састанцима у својству саветника.*

¹⁶⁰⁸ L. Richer, F. Lichère (2019), 305.

сматрати да мишљење одбија.¹⁶⁰⁹ Описани механизам се сматра успешним у пракси, будући да наручиоци у великој мери поступају у складу са датим мишљењем.¹⁶¹⁰

Привредни медијатор (L2197-4 и R 2197-23 до R 2197-24 ССР) је тело формирано 2012. године у оквиру министарства привреде, које издаје саветодавна мишљења у вези са споровима насталим у фази извршења уговора о јавним набавкама. Улога привредног или пословног медијатора је да „као трећа страна, без овлашћења за доношење одлука, помогне странкама, које су изразиле жељу за тиме, да пронађу обострано прихватљиво решење свог спора“ (R 2197-23 ССР). Поступак пред медијатором је бесплатан и поверљив, што га чини широко доступним.¹⁶¹¹ Покретање поступка пред медијатором у погледу спорова из уговора о јавним набавкама које су истовремено управни уговори, прекида протек рока за подношење тужбе којом се покреће управни спор (R 2197-24 ССР).

Најзад, општим условима уговора који се доносе за поједине категорије уговора (*Les Cahiers des Clauses Administratives Générales* – ССAG) такође се могу предвидети правила о пријатељском решавању спорова. Најчесталији је механизам предвиђен општим условима за уговоре о јавним радовима (*CCAG Travaux*),¹⁶¹² који подразумева претходно обраћање (рекламацију) извођачу радова или наручиоцу (у зависности од тога с ким је приватни саговорарач у „спору“), у случају спора поводом тумачења или извршењем уговора. Рекламација треба да буде образложена, односно да садржи навођење разлога спора и, где је применљиво, тражени износ и оправдање за сваки од тих разлога (члан 55.1.1, став 1 ССAG Travaux). Уколико се рекламација односи на општи обрачун набавке (фр. *décompte général du marché*),¹⁶¹³ рок за подношење рекламације износи 30 дана од обавештавања наручиоца и извођача радова о коначном/општем обрачуну (члан 55.1.1, став 2 ССAG Travaux). Наручилац има рок од 30 дана да достави своје мишљење о поднетој рекламацији (ћутање се сматра одбијањем рекламације/негативним мишљењем – члан 55.1.3 ССAG Travaux), након чега приватни саговорарач може у року од шест месеци да потражи правну заштиту у управном спору (члан 55.3.2, став 2 ССAG Travaux).¹⁶¹⁴

1.3.2.2 Поравнање (*transaction*)

СРПА предвиђа начелну могућност органа управе да закључују поравнање (како међу собом, тако и са правним и физичким лицима) како би се будући или настали спорови предупредили, односно решили на миран начин. Пуноважност поравнања зависи од неколико прописаних услова. Тако, закључење поравнања треба да буде у складу са чланом 2044 Грађанског законика, који поравнање дефинише као „уговор којим странке реципрочним уступцима окончавају настали спор или спречавају будући спор“ и који се сачињава у писаној форми (члан L423-1 СРПА). Поред тога, додатни услови су да је предмет уговора допуштен (фр. *licite*), као и да су међусобни уступци не само узајамни (фр. *concessions réciproques*), већ и уравнотежени (фр. *équilibrées*).¹⁶¹⁵

¹⁶⁰⁹ *Ibid.*, 306.

¹⁶¹⁰ *Ibid.*, 304–306.

¹⁶¹¹ Ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, Le Médiateur des entreprises, Renforcer la confiance entre les acteurs économiques, <https://www.economie.gouv.fr/mediateur-des-entreprises>, 30. јун 2022.

¹⁶¹² Вид. чл. 55.1 Arrêté du 30 mars 2021 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux, NOR : ECOM2106871A, JORF n°0078 du 1 avril 2021, Texte n° 19, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000043310421>, 30. јун 2022.

¹⁶¹³ Реч је о документу у којем се наводи салдо набавке, односно коначан обрачун права и обавеза и који представља извршни наслов.

¹⁶¹⁴ L. Richer, F. Lichère (2019), 300–302.

¹⁶¹⁵ *Ibid.*, 306–311.

Додатно потврђујући претходно поменуте услове, Државни савет је у својој новијој пресуди из 2019. године придодао и обавезу поштовања јавног поретка (фр. *l'ordre public*), уз позив на одредбу члана 6 Грађанског законика, који забрањује да се споразумом одступи/избегне примена закона који се тичу јавног поретка.¹⁶¹⁶ У том контексту, значајна је и забрана произашла из праксе Државног савета, да се органи јавне власти обавезују на исплату суме новца коју не дугују.¹⁶¹⁷ Повреда ове забране у пракси доводи до поништења уговора о поравнању од стране суда.¹⁶¹⁸

Најзад, истим законом се предвиђа додатни услов у погледу поравнања које за предмет има новчани износ који прелази прописани финансијски праг од 500 000 евра (члан R423-3 CRPA). Наиме, у том случају, пре закључења поравнања, орган државне управе дужан је да прибави претходно мишљење одбора (комитета) чији састав ближе одређује Државни савет својим декретом. У случају да износ не прелази прописани праг, могуће је предвидети такву обавезу. Уколико поступи по мишљењу, потписник уговора о поравнању се ослобађа персоналне одговорности (чланови L423-2 до D423-7 CRPA). С обзиром на то да споразум о поравнању може да буде резултат и успешно спроведеног поступка медијације, поједини аутори указују на потенцијални несклад у пракси између ових захтева и одредбе члана Законика о управном судству који их не помиње (вид. члан L213-4).¹⁶¹⁹

Када је реч о правној природи уговора о поравнању, има мишљења да се он може квалификовати и као грађански и као управни уговор. Судска пракса је једино у погледу уговора о поравнању у материји јавних радова установила да је реч о управном уговору, док у другим случајевима то остаје као могућности, уколико такав закључак произлази из посебног прописа или је задовољен услов прекомерних (ванредних) клаузула.¹⁶²⁰

У контексту спорова из управних уговора, Рише и Лишер истичу да до поравнања најчешће долази у фази извршења уговора, где се често једна страна одриче права на подношење тужбе суду, док се друга обавезује на исплату одговарајуће суме новца у вези са додатним радовима, као и у погледу регулисања последица ништавости уговора. У потоњем случају, једини основ исплате новчане накнаде могло би да буде правило о правно неоснованом обогаћењу.¹⁶²¹

Још једно релевантно, али истовремено осетљиво питање у вези са поравнањем у материји спорова из управних уговора, тиче се могућности потврде (фр. *homologation*) уговора о поравнању од стране суда, чиме му се даје правна снага и омогућава принудно извршење. Државни савет је заузео становиште по којем у начелу не би требало дозволити потврду уговора о поравнању, будући да би се ту обесмислио основни разлог закључењу поравнања, а то је да се избегне вођење судског поступка. Ипак, овај суд је оставио простор за изузетке „у јавном интересу“, који се тичу уговора о јавним набавкама и уговора о делегирању јавне службе, у ситуацијама у којима би извршење уговора о поравнању било посебно отежано, као и у другим случајевима, као што је закључење поравнања у циљу отклањања последица поништења акта донетог у

¹⁶¹⁶ Conseil d'État, 5ème - 6ème chambres réunies, *Centre hospitalier de Sedan*, 05/06/2019, N° 412732, ECLI:FR:CECHR:2019:412732.20190605, Mentionné dans les tables du recueil Lebon, пар. 1, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000038561188/>, 01. јул 2022; L. Richer, F. Lichère (2019), 308.

¹⁶¹⁷ *Ibid.*, 309.

¹⁶¹⁸ *Ibid.*

¹⁶¹⁹ L. Richer, F. Lichère (2019), 307; Ипак, има и аутора који сматрају да се споразум којим се окончава медијација и уговор о поравнању не могу поистоветити, будући да се потоњи може побијати тужбом у управном спору, K. Gilberg, 21.

¹⁶²⁰ L. Richer, F. Lichère (2019), 307.

¹⁶²¹ *Ibid.*, 309.

вези са управним уговором.¹⁶²² Осим тога, Законик о управном судству предвиђа да споразум о медијацији – који се може у одређеним случајевима квалификовати као уговор о поравнању – у сваком случају подлеже судској потврди.¹⁶²³

Иако недовољно заступљено у материји управних уговора, бар у поређењу са осталим описаним алтернативним механизмима, закључење поравнања између органа управе и физичких и правних лица, представља изричиту законску могућност која произлази из члана L2197-5 ССР-а. Штавише, члан L3137-3 истог прописа изричито предвиђа да стране из уговора о концесији могу да склопе поравнање. Осим тога, Државни савет је у свом извештају истакао како би у наредном периоду требало радити на даљем промовисању овог механизма у материји спорова из управних уговора¹⁶²⁴ – што додатно говори у прилог његовом (неискоришћеном) потенцијалу.

Табела бр. 2 Механизми решавања спорова из управних уговора у француском праву

РЕШАВАЊЕ СПОРОВА ИЗ УПРАВНИХ УГОВОРА У ФРАНЦУСКОМ ПРАВУ	
ПРЕ ЗАКЉУЧЕЊА УГОВОРА	
Трећа лица	1. захтеви за одређење привремених мера (<i>référé précontractuel, référé suspension, référé provision</i>) 2. спор због прекорачења овлашћења против одвојивих аката који претходе уговору 3. <i>déféré préfectoral</i> у спору пуне јурисдикције
Орган	Могућност да уклони незакониту одлуку о додели уговора под одређеним условима.
НАКОН ЗАКЉУЧЕЊА УГОВОРА	
Трећа лица	1. <i>référé contractuel</i> 2. спор због прекорачења овлашћења против регулационих клаузула уговора 3. спор пуне јурисдикције против уговора 4. спор за накнаду штете 5. <i>déféré préfectoral</i> против уговора
Орган	1. механизми „самопомоћи“ (једнострана овлашћења органа) 2. спор пуне јурисдикције против уговора
Приватни саговорач	1. спор пуне јурисдикције против уговора 2. спор пуне јурисдикције против одлуке о раскиду уговора + <i>référé suspension</i> 3. спор за накнаду штете 4. ослобађање од уговорне обавезе истицањем приговора незаконитости у управном спору (<i>exception d'illégalité</i>) 5. ослобађање од уговорне обавезе услед разлога управне више силе, у управном спору
АЛТЕРНАТИВНИ МЕХАНИЗМИ	

¹⁶²² *Ibid.*, 310.

¹⁶²³ *Ibid.*; K. Gilberg, 21.

¹⁶²⁴ L. Richer, F. Lichère (2019), 307.

Доступност и распрострањеност у споровима који се тичу извршења или престанка уговора. Поједини су општи, други специфични за материју уговорних спорова:

1. Арбитража
2. Медијација (концилијација) и поравнање – начелно допуштени у свим управним споровима
3. Посебни механизми у материји јавних набавки:
 - Комитети за мирно решавање спорова из јавних набавки (фр. *les Comités de règlement amiable des marches publics*)
 - привредни медијатор (фр. *le médiateur des entreprises*)
 - правила о пријатељском решавању спорова из општих услова који се доносе за поједине категорије уговора (*Les Cahiers des Clauses Administratives Générales*).

Извор: Табелу је направила ауторка, на основу анализе стручне литературе и законских извора у француском правном систему.

2. НЕМАЧКО ПРАВО

Имајући у виду оно што је већ речено у погледу хетерогености правних режима управних уговора (одељак 2.2.2 у оквиру другог поглавља, друге главе дисертације), не чуди што је и надлежност за решавање те категорије спорова подједнако разграната. Будући да судови заузимају важно место у констелацији спорова из различитих управних уговора, најпре ћемо се укратко осврнути на начин на који је судска власт организована у Немачкој.

Немачки правосудни систем се, наиме, грана на судове опште и посебне надлежности, обухватајући како судове немачких савезних земаља (федералних јединица), тако и врховну инстанцу на савезном нивоу, на челу сваке гране. Конкретно, судови опште надлежности основани су за грађанску и кривичну материју и обухватају првостепене судове на нивоу земаља (нем. *Landesgerichte*), више или жалбене судове (нем. *Oberlandesgerichte*) на нивоу земаља и Савезни врховни суд (нем. *Bundesgerichtshof*). Поред тога, постоје и судови специјалне надлежности у материји социјалног осигурања, управној и финансијској материји, као и судови за радне спорове.¹⁶²⁵

Организација и надлежност управног судства уређена је Законом о управним судовима из 1960. године (нем. *Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO*).¹⁶²⁶ У организационом смислу, управно судство је тростепено и обухвата 52 првостепена управна суда (нем. *Verwaltungsgerichte*) и 15¹⁶²⁷ виших или жалбених управних судова (нем. *Oberverwaltungsgerichte*) основаних на нивоу земаља, као и један Савезни управни суд (нем. *Bundesverwaltungsgericht*), са седиштем у Лајпцигу.¹⁶²⁸

У погледу надлежности, VwGO предвиђа да управни судови суде у првом степену (члан 45), виши у поступку по жалби на пресуде и друге одлуке првостепених управних

¹⁶²⁵ Више о историјату, организацији и надлежностима немачког (управног) судства, В. Цуцић (2016), 148–162.

¹⁶²⁶ Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 8. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4650) geändert worden ist (у даљем тексту цитирано као: VwGO), доступно на: <https://www.gesetze-im-internet.de/vwgo/>, 19. јануар 2022.

¹⁶²⁷ По један виши суд за сваку савезну земљу, с тим да постоји један виши управни суд за Берлин и Бранденбург.

¹⁶²⁸ Mariolina Eliantonio, “Organisation of Judicial Review in Administrative Matters and Intra-Administrative Objection Procedure”, *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action* (eds. C. Backes, M. Eliantonio), Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Hart Publishing, Oxford 2019, 57.

судова (члан 46), с тим да и они, у одређеним случајевима, могу да суде у првом степену. То је случај са споровима који се тичу сагласности статута са прописима из грађевинске материје, односно сагласности прописа нижег ранга од закона са законима федералних јединица (члан 47), као и у одређеним управним областима које се углавном тичу комплексних инфраструктурних пројеката (члан 48). Најзад, Савезни управни суд решава у трећем и последњем степену, односно по жалби на одлуке виших судова, али и он у одређеним случајевима има надлежност у првом и последњем степену (чланови 49–50).

Судови, по правилу, суде у трочланим или петочланим већима, која на првој и другој управној судској инстанци чине како професионалне судије, тако и тзв. почасне судије (нем. *ehrenamtliche Richter*), односно судије-поротници. Наиме, у оквиру првостепених управних судова се формирају већа (нем. *Kammer*) од троје професионалних судија и двоје почасних судија, с тим да потоњи не учествују у доношењу закључака ван усмене расправа и судских наредби (члан 5, ставови 1 и 2 VwGO). У одређеним случајевима, из разлога процесне економије, одлуку уместо већа доноси судија појединац. Реч је о случајевима када предмет спора не представља никакве посебне потешкоће чињеничне или правне природе и када случај није од суштинске важности (члан 6, став 1 VwGO).¹⁶²⁹

Првостепени управни судови, по правилу, суде у петочланим већима, док другостепени судови суде у тзв. сенатима (нем. *Senate*), сачињеним од троје судија (члан 9, став 2 VwGO). Прописима на нивоу земаља може да се предвиди да сенати буду сачињени од петоро судија, од којих двоје могу да буду почасне судије (члан 9, став 3 VwGO). Најзад, Савезни управни суд суди у петочланим сенатима, које чине професионалне судије; у случајевима када суд доноси одлуку ван усмене расправе, одлучује у трочланом саставу (члан 10 VwGO).

У оквиру Савезног управног суда формирано је Велико веће или Велики сенат (нем. *Großer Senat*) од 11 чланова, чија је улога уједначавање судске праксе. Наиме, уколико жалбени управни суд (његово веће) у својој одлуци жели да одступи од одлуке другог суда (односно његовог већа) или одлуке Великог већа о одређеном правном питању, потоње тело доноси одлуку која је обавезујућа за све ниже управној судске инстанце (члан 11 VwGO).¹⁶³⁰

Занимљиво је да се у оквиру првостепених и виших управних судова може, уредбом донетом на нивоу савезне земље, именовати тзв. представник јавног интереса (нем. *Vertreter des öffentlichen Interesses*), који може да заступа савезну земљу или њене органе и то како у свим, тако и у тачно одређеним споровима (члан 36 VwGO).

Специјализација у управној материји обезбеђена је у погледу царинских и пореских спорова, где надлежност имају финансијски судови на челу са Савезним финансијским судом (нем. *Bundesfinanzgericht*), као и у области социјалног осигурања и социјалне заштите, где постоје три инстанце – социјални судови, виши социјални судови и Савезни социјални суд (нем. *Bundessozialgericht*).¹⁶³¹

VwGO нам, поред регулисања горе поменутих питања, даје смернице за сврставање надлежности за решавање спорова из управних уговора под окриље појединих судских грана. Тако, члан 40, став 1 дефинише предмет управног спора методом генералне

¹⁶²⁹ Занимљиво је да судија појединац може предмет поново да проследи већу, уколико након саслушања учесника дође до значајне промене процесне ситуације која показује да је предмет од суштинског значаја или предмет има посебне потешкоће чињеничне или правне природе (чл. 6, ст. 3 VwGO).

¹⁶³⁰ М. Eliantonio (2019), 57.

¹⁶³¹ Carsten Günther, *Administrative Justice in Europe: Report for Germany*, 2017, доступно на: www.aca-europe.eu/en/eurtour/i/countries/germany/germany_en.pdf, 10. октобар 2021, 3.

клаузуле, предвиђајући да су *управни судови надлежни за решавање јавноправних спорова који нису уставног карактера* (за које су надлежни уставни судови, БТ), осим ако је законом изричито прописана надлежност другог суда.¹⁶³²

Међутим, није увек једноставно проценити да ли је реч о јавноправном или приватноправном спору.¹⁶³³ Став заузет на заједничкој седници савезних судова¹⁶³⁴ је да ће се, у недостатку изричите законске одредбе у том погледу, природа спора процењивати на основу природе правног односа на којем се темељи захтев којим се покреће механизам правне заштите. Јавноправна природа правног односа обично зависи од тога да ли су укључене стране у односу надређености и подређености, као и да ли орган располаже сувереним, јавноправним овлашћењима. У том случају, реч је о јавноправном односу. Насупрот томе, однос равноправности углавном упућује на терен грађанског права. Међутим, ни ово није увек довољно поуздан показатељ. Како се, надаље, истиче у овом ставу, однос (макар начелне) равноправности није стран ни јавном праву, управо у материји управних (јавноправних) уговора. У том случају је неопходно испитати предмет и циљ уговора. Последишно, правна природа уговора се процењује на основу тога да ли се „предмет уговора може приписати јавном или грађанском праву“.¹⁶³⁵

Другостепени управни суд Баварске (нем. *Bayerischer Verwaltungsgerichtshof*)¹⁶³⁶ се у новијој пресуди из 2021. године, управо бавио питањем природе спора.¹⁶³⁷ Наиме, жалилац, немачка железничка компанија (*Deutsche Bahn*), оспорио је одлуку првостепеног управног суда у Минхену, којом се овај огласио ненадлежним у предмету поводом уговора између правног претходника тужиоца и једног привредног друштва, и предмет упутио првостепеном грађанском суду. Уговор, закључен још осамдесетих година прошлог века и ревидиран у неколико наврата, тицао се отварања нове железничке станице и предвиђао низ обавеза привредног субјекта ради реализације тог циља (изнајмљивање железничких траса, реконструкцију неопходне инфраструктуре, финансирање одређених делова пројекта и сл.). Како сауговорач претходника *Deutsche Bahn*-а није у предвиђеном року испунио своје обавезе, тужилац је тражио од управног суда да се туженом наложи да накнади трошкове по различитим основима и да се обавезе да тужиоцу уступи и пренесе власништво над одређеним земљиштем.¹⁶³⁸

Позивајући се на члан 40, став 1 VwGO, управни суд у Минхену је нашао да није реч о јавноправном спору, будући да није у питању јавноправни, већ грађански уговор.¹⁶³⁹ Разматрајући поднету жалбу, другостепени управни суд Баварске је нашао да је жалба допуштена и основана, а да је првостепени суд погрешно одлучио када је предмет уступио парничном суду. Како је истакао, процена да ли је одређени спор јавноправни или приватноправни, врши се према природи правног односа из којег произилази правни захтев или друга правна последица у спору. Дакле, према природи

¹⁶³² Чл. 40, ст. 1, тач. 1 VwGO-а.

¹⁶³³ Mainhard Schröder, “Administrative Law in Germany”, *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States: A Comparative Analysis* (ed. R. Serden), Fourth edition, Intersertia, Cambridge – Antwerp – Portland 2018, 81.

¹⁶³⁴ Улога и циљ одржавања ових седница је уједначавање судске праксе. В. Цуцић (2016), 154.

¹⁶³⁵ Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss vom 10. April 1986 – GmS-OGB 1/85-ju-ris, 10, доступно на: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/bc665022-84ed-4ff8-bab0-687135c7d19c>, 19. октобар 2021; Deutscher Bundestag (2015), 4; М. Eliantonio (2019), 78.

¹⁶³⁶ Баварска је искористила могућност коју пружа чл. 184. VwGO да својим прописима предвиди стари назив за другостепену управну судову, уместо ознаке „Виши“ или „Жалбени“ управни суд (*Oberverwaltungsgericht*), који је прихваћен у већини немачких земаља.

¹⁶³⁷ Bayerischer VGH, Beschluss vom 15.12.2021 - 22 C 21.951, доступно на: <https://rewis.io/urteile/urteil/rpo-15-12-2021-22-c-21951/>, 25. јануар 2022.

¹⁶³⁸ *Ibid.*, пар. 6–10.

¹⁶³⁹ За аргументацију суда вид. *Ibid.*, пар. 11.

предметног уговора, а не правног захтева упућеног суду – у овом случају, захтева за накнаду штете и утврђивања утемељености таквог захтева.¹⁶⁴⁰ Овај суд је, надаље, истакао да је првостепени управни суд погрешно предметни уговор квалификовао као грађански, не разумевши у потпуности предмет уговора. Упркос томе што је уговор несумњиво предвиђао и чисто грађанска права и обавезе у вези са изградњом железничке станице (финансирање и др), *тежиште* уговора (нем. *Schwerpunkt*) било је унапређење железничког саобраћаја што га несумњиво чини јавноправним. Будући да се „предмет уговора тиче јавноправне области, било је неопходно поштовати јавноправне норме приликом закључења уговора и њиме (су) утврђена права и обавезе чији титулар може бити само субјект јавне управе.“¹⁶⁴¹ Осим тога, овај суд је истакао и да

[у]говори којима се орган јавне управе обавезује да пружи услугу коју приватно лице не може да пружи јер га приватно право не опрема средствима за деловање, увек се приписују јавном праву.¹⁶⁴²

Дакле, уколико је у конкретном случају реч о јавноправном уговору у смислу члана 54 VwfG, надлежност за решавање спорова ће имати управно судство. Члан 40, став 2 VwGO употпуњује надлежност управног судства у овом домену, будући да прописује да ће поступци за накнаду штете настале вршењем јавноправних овлашћења бити у надлежности грађанских судова, изузев ако су у питању одштетни захтеви произашли из јавноправних уговора.¹⁶⁴³ *Argumentum a contrario*, потоњи ће бити у надлежности управних судова. Овом, механизму посвећен је наредни одељак (вид. 2.1).

Међутим, како је претходно истакнуто, управно судство ће имати надлежност за решавање јавноправних спорова који нису уставног карактера, само уколико у конкретном случају није предвиђена надлежност другог суда, што значи да управно судство има *резидуалну* надлежност (члан 40, став 1 VwGO).¹⁶⁴⁴ То је случај са споровима из јавноправних уговора закључених у области социјалног осигурања у смислу књиге X SGB-а (чланови 53 – 62), који су стављени у надлежност социјалних судова. С друге стране, спорови из уговора регулисаних књигом V истог прописа, који се сматрају посебном врстом уговора о јавним набавкама услуга здравственог осигурања, стављени су у надлежност грађанских судова.¹⁶⁴⁵

Када је реч о споровима из уговора о јавним набавкама, они су стављени у надлежност грађанских судова. Међутим, у теорији се указује на то да је овакво опредељење законодавца пре последица историјских околности, него грађанскоправне природе ових уговора.¹⁶⁴⁶ Наиме, проширење круга активности органа управе које су потпадале под управносудску контролу, па самим тим и проширење надлежности управног судства, виђено је у одређеним политичким и пословним круговима као један од главних разлога за одуговлачење судских поступака, што се негативно одражавало на економски значајне пројекте.¹⁶⁴⁷ Овај прагматизам у опредељењу законодавца да

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*, пар. 22, 34.

¹⁶⁴¹ *Ibid.*

¹⁶⁴² *Ibid.*, пар. 14.

¹⁶⁴³ Чл. 40, ст. 1, тач. 1(2) VwGO.

¹⁶⁴⁴ Чл. 40, ст. 1, тач. 1(1) VwGO (1); Ekkerhart Reimer, „§40 VwGO (Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges)“, (Hrsg. H. Posser, H. A. Wolff), *Beck'scher Online-Kommentar VwGO* (BeckOK VwGO), 60. Auflage, 2022, пар. 76–78.

¹⁶⁴⁵ Вид. чл. 51, ст. 3 Sozialgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 1975 (BGBl. I S. 2535 (SGG), das zuletzt durch Artikel 25 des Gesetzes vom 20. August 2021 (BGBl. I S. 3932) geändert worden ist; Вид. U. Stelkens (2023), 2127.

¹⁶⁴⁶ В. Цуцић (2016), 150 – 155.

¹⁶⁴⁷ A. von Bogdandy, P. M. Huber, 229.

спорове из јавних набавки решавају грађански судови, резултовао је у нелогичним и, чак, контрадикторним законским решењима,¹⁶⁴⁸ о којима ће бити речи у одељку 2.2.

Као што је описано у одговарајућем одељку (в. 2.2.2 [iv]) друге главе, у контексту правних режима управних уговора у немачком праву, до потенцијалних практичних проблема може доћи у тзв. граничним случајевима, односно када један уговор може истовремено да се квалификује и као *јавноправни уговор* у смислу члана 54 VwVfG-а и као *уговор о јавној набавци* у смислу члана 103 GWB-а.¹⁶⁴⁹ Приликом процене који механизам ће бити примењен, треба имати у виду, прво, фазу уговорног циклуса у којој је дошло до спора и, друго, правну природу уговора. Тако, надлежност за решавање спорова до којих дође након закључења уговора (а који се тичу његовог тумачења, пуноважности или извршења), зависиће од правне природе уговора. Другим речима, управни судови ће бити надлежни за спорове из јавноправних уговора (уколико нису надлежни финансијски или социјални судови), док ће грађански судови бити надлежни за спорове из приватних уговора (осим ако надлежност имају судови за радне спорове), укључујући ту и уговоре о јавним набавкама.¹⁶⁵⁰

С друге стране, уколико је спор у вези са неправилностима до којих је дошло у фази која претходи закључењу уговора, када су у питању уговори о јавним набавкама, примениће се специјализовани механизам из GWB-а, који у крајњој инстанци подразумева судску заштиту у парничном поступку (вид. *infra* 2.2.1 [i]). У контексту јавноправних уговора, надлежност у споровима које до којих долази у истој фази имају управни судови (уколико нису надлежни финансијски или социјални судови).¹⁶⁵¹ Ситуација се усложњава уколико у овој фази дође до сукоба надлежности између грађанских и управних судова, будући да је судска пракса неуједначена, што подрива правну сигурност. Штелкенс и Шредер истичу да из појединих судских одлука произлази следеће правило за излаз из таквог сукоба надлежности – ако уговору претходи издавање управног акта, биће надлежни управни судови (репови теорије „две етапе“); у супротном, надлежност ће имати грађански судови.¹⁶⁵²

Из свега наведеног можемо да закључимо да, као и сама концепција управних уговора у немачком праву, физиономија система правне заштите у вези са њима продукт је различитих чинилаца, међу којима посебно место заузимају правна природа уговора, али и специфичне историјске околности.

Други важан фактор за разумевање ове материје, и уједно један од стожера система (управно)правне заштите на терену немачког јавног права, тиче се круга субјеката којима се она гарантује. Ту је од кључног значаја одредба садржана у члана 19, став 4 немачког GG-а, која предвиђа да *свако коме су повређена права* може да оствари правну заштиту у судском поступку (пред редовним или другим судом). Из дате одредбе се може извести закључак да је систем правне заштите у немачком праву фокусиран на заштиту субјективних права, и то тзв. субјективних јавних права (нем. *subjektive öffentliche Rechte*). Другим речима, само лица за која управни суд утврди да су им одређеним актом или пропуштањем органа управе повређена индивидуална права, могу да постигну успех у управном спору. На тај начин се, макар на први поглед, искључује могућност заштите лица на чије правне интересе може да утиче

¹⁶⁴⁸ Ulrich Stelkens, „Administrative Appeals in Germany”, *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law* (eds. D. C. Dragos, B. Neamtu), Springer, Berlin – Heidelberg 2014 (у даљем тексту цитирано као: U. Stelkens 2014b), 5.

¹⁶⁴⁹ U. Stelkens (2023), 2127–2128.

¹⁶⁵⁰ U. Stelkens, H. Schröder (2010), 334.

¹⁶⁵¹ *Ibid.*, 333.

¹⁶⁵² *Ibid.*, 322.

(не)поступање јавноправних субјеката, уколико такав интерес не би могао да се „преведе“ у субјективно јавно право.¹⁶⁵³

У теорији се указује на то да је овај приступ изнедрио тзв. теорију заштитних норми (нем. *Schutznormtheorie*), према којој одређена норма пружа заштиту индивидуалних права на пољу јавног права, уколико је погодна да „створи“ такво право.¹⁶⁵⁴ С обзиром на недовољну одређеност концепта заштитних норми, јавила се потреба за њиховим тумачењем, али и дилема око тога коме би требало поверити тај одговоран задатак од чијег исхода зависи и опсег правне заштите појединаца – једног од камена темељаца принципа правне државе (нем. *Rechtsstaat*).¹⁶⁵⁵ У 19. веку када је ова теорија настала, ту улогу је играо законодавац, коме је препуштено да приликом доношења прописа у сваком појединачном случају процени да ли ће предност дати заштити субјективних јавних права или другим вредностима као што су, примера ради, ефикасност управне делатности или правна сигурност.¹⁶⁵⁶ Међутим, након трауматичних искустава из Другог светског рата и доношења GG-а, којим су поједина фундаментална људска права (као што су право на људско достојанство, једнакост пред законом, право на приватну својину и др.)¹⁶⁵⁷ подигнута на уставни ранг, теорија заштитних норми у свом оригиналном облику постала је неприхватљива. Стога је од седамдесетих година прошлог века до данас, схватање субјективних јавних права константно проширивано, углавном захваљујући креативној улози судова. Тако, кад год одређена законска норма задире у интересе који се ослањају на фундаментална уставна права, сматраће се да постоји субјективно јавно право којем се јемчи правна заштита.¹⁶⁵⁸ Уколико се томе дода и широко тумачење појединих основних права у судској пракси, резултат је неретко пружање правне заштите „непосредних“ или „легитимних интереса“.¹⁶⁵⁹

Посебан проблем у овом контексту (али, испоставиће се, и значајан фактор проширења круга субјеката којима се пружа правна заштита у управном спору), представљају тзв. „мулти-поларни односи“, који могу да прерасту у полицентричне спорове у којима су ангажовани интереси већег броја субјеката. Како смо већ приказали (одељак 2.1, треће главе дисертације), једно од главних обележја спорова из управних уговора јесте њихова полицентричност. Иако се у теорији наводи да је примена теорије заштитних норми у овом домену још увек у развоју, указује се на тенденцију проширења круга субјеката којима се пружа правна заштита – између осталог услед великог утицаја права ЕУ на немачко право у области јавних набавки (вид. одељак 2.2).

У редовима који следе, анализираћемо, најпре, механизам решавања спорова из јавноправних уговора у смислу VwVfG-а (2.1), а затим и онај из уговора о јавним набавкама (2.2). Како смо већ приказали у другој глави дисертације (вид. одељке 2.2.2 [ii] и [iii]), уговори о концесијама и ЈПП могу да се квалификују и као јавноправни уговори и као приватноправни уговори, због чега ће механизам правне заштите у вези са њима најчешће бити или онај који важи за јавноправне уговоре или онај који произлази из GWB-а. Стога, решавање спорова из ових уговора неће бити издвојено у посебне одељке. На крају, као и у поглављу о француском праву, биће обрађени алтернативни механизми решавања спорова (2.3) који су, због потенцијала да понуде

¹⁶⁵³ A. von Bogdandy, P. M. Huber, 227–233.

¹⁶⁵⁴ *Ibid.*, 231.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*, 227.

¹⁶⁵⁶ *Ibid.*

¹⁶⁵⁷ Вид. чл. 1-17 GG-а.

¹⁶⁵⁸ A. von Bogdandy, P. M. Huber, 227.

¹⁶⁵⁹ В. Цуцић (2016), 156.

излаз из конфузне расподеле надлежности између грађанских и управних судова, све заступљенији у овој материји.

2.1 Решавање спорова из јавноправних уговора

Како смо из претходних одељака видели, трауме из нацистичког периода допринеле су ограничењу рада органа управе и широкој управносудској надлежности, као и готово „светом“ статусу основних људских права, која су подигнута на уставни ранг. То се најмање тројако одразило на обликовање актуелног механизма решавања спорова из јавноправних уговора.

Прво, субјективна јавна права стављена су у сам центар система правне заштите, што је у великој мери определило круг субјеката којима се она обезбеђује. Друго, утицало је и на опсег овлашћења управних судова, која су фокусирана на то да испитају да ли је мера (одлука, односно пропуштање) органа управе којом се задире у права појединца на закону заснована, као и да ли је сразмерна циљу.¹⁶⁶⁰ Најзад, треће, тежња да се пошаље политичка порука да државни управни апарат може да буде и партнер грађанима и њиховим организацијама, а не само вршилац власти, одлучујуће је утицало на законски положај уговорних страна у јавноправном уговору, па самим тим и на арсенал правне заштите којим су опремљене у случају избијања спора.

На самом почетку неопходно је напоменути због чега у редовима који следе, материју нећемо (барем не до краја) организовати на начин на који је то учињено у поглављу посвећеном француском праву, па ни у делу о решавању спорова из јавних набавки у немачком праву (в. 2.2 *infra*). Како смо видели у одговарајућем одељку друге главе ове дисертације (в. 2.2.2 [i]), јавноправни уговори представљају један од инструмената управне делатности, будући да се њима заснива, мења или гаси јавноправни однос. Дакле, јавноправни уговори у смислу члана 54 савезног VwVfG-а, закључују се у управном поступку, на који се примењују остале одредбе VwVfG-а, уколико друкчије није регулисано члановима 54–61 истог закона.¹⁶⁶¹ На овај поступак се, супсидијарно, примењују одговарајуће одредбе BGB-а које уређују поступак и услове за закључење уговора.¹⁶⁶²

Међутим, према доминантном мишљењу судске праксе и доктрине,¹⁶⁶³ једнострана изјава воље органа да закључи јавноправни уговор не представља управни акт (иако то не искључује могућност да се у вези са јавноправним уговором издају управни акти), будући да би се то косило са начелном равноправношћу уговорних страна у субординационом уговору.¹⁶⁶⁴ Последишно, не постоји (необходно) одлука која би могла да се побија управноправним средствима каква су приговор у управном поступку, односно одговарајућа тужба у управном спору. Стога у контексту ових уговора не би имало смисла раздвајање фазе која претходи закључењу уговора и оне која следи након што је уговор закључен.

За потребе правилног разумевања немачког права у овом контексту, као и накнадне упоредне анализе (вид. четврто поглавље пете главе), сматрамо далеко важнијом анализу следећих питања, односно целина: прво, односа уговорних страна у јавноправном уговору (2.1.1); друго, разлога нерегуларности управних уговора и правних последица до којих доводе (2.1.2); треће, врста тужби које је могуће поднети

¹⁶⁶⁰ Н. Pünder, А. Klafki, 468–469.

¹⁶⁶¹ Вид. чл. 62 *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVfG).

¹⁶⁶² А. Decker, 894.

¹⁶⁶³ За супротно мишљење вид. С. Strumpf, 115–116.

¹⁶⁶⁴ Elke Gurlit, „§31 Zustandekommen von Verwaltungsverträgen“, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Hrsg. Н.-U. Erichsen, D. Ehlers), De Gruyter, Berlin – New York 2010, 777–778.

надлежном управном суду, као и овлашћења суда у покренутом судском поступку (2.1.3) и, најзад, четврто, начина на који је обезбеђена правна заштита трећих лица (2.1.4).

2.1.1 Однос уговорних страна у јавноправном уговору

Уговорне стране у јавноправном уговору, укључујући и субординационе уговоре су, у начелу, једнаке. То произлази и из члана 60, став 1 VwVfG-а, који обе уговорне стране – и орган и приватног саговорача – ставља на исту раван када је у питању могућност измене или раскида уговора.

Одредбе о измени или раскиду уговора услед промењених околности, односно клаузула *rebus sic stantibus* из поменутог члана, специјалне су у односу на одредбе из BGB-а. Њима се предвиђа да у случају да су се „околности које су биле одлучујуће за утврђивање садржаја уговора, од његовог закључења толико промениле, да се не може разумно очекивати да ће се једна од уговорних страна придржавати првобитног уговора“, обе уговорне стране могу од друге захтевати да се уговор измени како би се прилагодио новонасталим околностима. Из судске праксе произлази да је реч о промени чињеничних или правних околности, које одлучујуће утичу на садржину уговора.¹⁶⁶⁵ Осим тога, важно је да уговорне стране не би закључиле уговор такве садржине да су накнадно настале правне или чињеничне околности постојале у тренутку закључења уговора, као и да су им у том тренутку биле познате.¹⁶⁶⁶ Када ће се сматрати да је извршење уговора за једну уговорну страну постало отежано или да није разумно очекивати да остане у уговорном односу (нем. *nicht zuzumuten ist*), процењује се у зависности од околности конкретног случаја.¹⁶⁶⁷

При томе, Декер (*Decker*) указује на то да до измене уговора не долази аутоматски – као у грађанском праву – него је она последица сагласности обе уговорне стране око прилагођавања садржине уговора новонасталим околностима.¹⁶⁶⁸ У случају да сагласност друге уговорне стране да се уговор измени изостане, или преговори о томе буду неуспешни, саговорач којем је испуњење уговорне обавезе постало отежано може да се обрати суду подношењем тужбе којом се другој уговорној страни налаже да пристане на измену уговора (нем. *allgemeine Leistungsklage* – вид. *infra* 2.1.3 [ii]).¹⁶⁶⁹ Судска пракса стоји на становишту да се од тужиоца не може очекивати да у тужби прецизно наведе и образложи „границе“ разумности измене, већ суд има одређено поље слободне процене када ће то бити случај. Видимо да суд није ограничен на одлуку о томе да ли ће тужбу у описаном случају у целости усвојити или одбити, већ има нешто шира и, рекли бисмо, креативнија овлашћења.¹⁶⁷⁰

Уколико, пак, измена уговора није могућа или се „не може разумно очекивати од једне од уговорних страна да на њу пристане“, страна која је тражила измену уговора исти може раскинути (члан 60, став 1 VwVfG). Произлази да се право на раскид уговора „рађа“ тек уколико измена уговора није могућа услед правних или чињеничних околности, односно из субјективних разлога везаних за другу уговорну страну.¹⁶⁷¹

Правећи паралелу са француским правом, Синг (*Singh*) указује на то да ван претходно описаних случајева, немачко право не овлашћује орган на једнострану

¹⁶⁶⁵ A. Decker, 888.

¹⁶⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*, 889.

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*, 889-890.

¹⁶⁶⁹ *Ibid.*, 890; Mahendra P. Singh, *German Administrative Law: In Common Law Perspective*, Springer, Berlin – Heidelberg 1985, 54.

¹⁶⁷⁰ A. Decker, 890.

¹⁶⁷¹ *Ibid.*

измену уговора када сматра да је то неопходно и у јавном интересу, нити друга уговорна страна може да буде приморана да остане у уговорном односу који јој је постао превелико оптерећење услед промењених околности.¹⁶⁷²

С друге стране, и немачко право признаје и нормира могућност да орган једнострано раскине уговор у јавном интересу. Тако, орган може једнострано да раскине уговор како би се предупредиле или отклониле тешке последице по опште добро (члан 60, став 1 VwVfG). Ради очувања правне сигурности, уколико друкчије не произлази из прописа, одлука о раскиду уговора у том случају мора да буде сачињена у писаној форми и да буде образложена (члан 60, став 2 VwVfG). При томе, није реч о управном акту, већ о управној радњи, која дејствује *pro futuro*.¹⁶⁷³ У теорији се истиче да се ова могућност у пракси веома рестриктивно тумачи и само изузетно допушта.¹⁶⁷⁴ Када је реч о могућности приватног сауговарача на накнаду штете, иако тако нешто није изричито предвиђено предметном одредбом, у теорији има мишљења да такво право постоји.¹⁶⁷⁵

Као што смо видели, принудно извршење уговора није могуће без посредства суда, у поступку покренутом одговарајућом тужбом. Ипак, од тога постоји један изузетак. Наиме, члан 61 VwVfG-а нормира тзв. непосредно извршење¹⁶⁷⁶ (нем. *sofortige Vollstreckung*), односно могућност принудног извршења без потребе обраћања суду. Наиме, сам јавноправни уговор не представља извршни наслов и, да би се обезбедило извршење уговора у случају да једна уговорна страна своју уговорну обавезу не испуњава уопште или благовремено/правилно, њен сауговарач би морао да се обрати надлежном управном суду, кондемпнаторном тужбом (вид. *infra* 2.1.3 [ii]).¹⁶⁷⁷ Међутим, уговорне стране у субординационом јавноправном уговору се могу писмено споразумети око тога да у описаном случају уговор буде непосредно извршен. При томе, резултат таквог споразума може, али не мора да буде саставни део главног уговора, али је важно да таква намера буде јасно и изричито изражена.¹⁶⁷⁸

Обе уговорне стране могу непосредно на основу уговора да траже извршење дуговане обавезе (исплату одређеног новчаног износа, али и одређено чињење, нечињење или трпљење), с тим да је услов пуноважности споразума о непосредном извршењу да је орган-сауговарач приликом закључивања таквог споразума био одговарајуће заступљен од стране руководиоца органа, општег представника/заступника или јавног службеника који испуњава услове за избор на судијску функцију (члан 61, став 1 VwVfG). Други став овог члана прецизира који се прописи имају применити на извршење уперено против савезног органа, као и одредбе VwGO у зависности од тога шта је предмет извршења (новчано потраживање или радња (не)чињења).

2.1.2 Неважност јавноправних уговора и правне последице

Нерегуларност јавноправних уговора у немачком праву, као ни правне последице формалне или материјалне незаконитости нису „степеноване“ као код управних

¹⁶⁷² M. P. Singh, 53.

¹⁶⁷³ A. Decker, 891.

¹⁶⁷⁴ U. Stelkens, H. Schröder (2010), 330.

¹⁶⁷⁵ M. P. Singh, 54; U. Stelkens, H. Schröder (2010), 330; A. Decker, 891.

¹⁶⁷⁶ Иако би дослован превод ове синтагме на српски језик било *хитно* извршење или извршење *без одлагања*, одредили смо се за *непосредно* извршење будући да оно више одговара суштини овог поступка и због чињенице да оно уопште не мора да се спроведе без одлагања. Вид. и H. J. Vonk, 778–779.

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*, 780.

аката.¹⁶⁷⁹ Тако, могуће су само две варијанте. Прва је да уговор погађа санкција ништавости, уколико је присутан један од таксативно набројаних разлога ништавости. Како ћемо видети у оквиру овог одељка, уколико је уговор само делимично ништав, сматраће се ништавим у целости, осим ако би уговор био закључен и без ништаве одредбе (члан 59, став 3 VwVfG).

С обзиром на то да се узима да ништави уговори нису ни настали, евентуалне правне последице које су произвели се бришу (нпр. уклањају се управни акти издати на основу таквог уговора). На ништавост се пази по службеној дужности и свако лице се може позвати на њу. С друге стране, сауговорач управе који је платио одређени износ на основу таквог уговора би имао право да тражи повраћај датог, уз општа ограничења која намеће принцип савесности и поштења.¹⁶⁸⁰

Ништавост јавноправних уговора у немачком праву уређена је чланом 59 VwVfG-а. Слично као и у већини других правних система, разлози ништавости су таксативно набројани и покривају најтеже облике незаконитости. Могу се поделити на опште и посебне разлоге. Општи произлазе из члана 59, став 1 VwVfG-а, који упућује на разлоге ништавости које предвиђа BGB. Ти разлози се тичу следећих ситуација:

- 1) уговори су закључени са пословно неспособним лицем или је изјава воље да се уговор закључи дата у незнању или у стању привремене душевне поремећености (члан 105 BGB);
- 2) приликом закључења уговора је било мана у погледу воље, које су биле познате другој уговорној страни (чланови 116-118 BGB);
- 3) уговор није закључен у прописаној форми (члан 125 BGB);
- 4) уговор је противан принудним прописима (члан 134 BGB) или је
- 5) уговор противан добрим обичајима, односно у питању је зеленашки уговор (члан 138 BGB).¹⁶⁸¹

У пракси се највише дилема јавља око четвртог разлога који произлази из члана 134 BGB-а који се тиче повреде принудних прописа. Поставља се питање ширине ове одредбе, односно који прописи су њоме обухваћени, као и да ли ће повреда сваке законске забране за последицу имати ништавост уговора.¹⁶⁸² Како законодавац није дао јасније смернице, судови су тумачењу ове одредбе приступили крајње казуистички, подводећи под њен оквир повреду различитих јавноправних обавеза органа управе, као што су повреда основних права, принципа легитимних очекивања, секторских закона и слично.¹⁶⁸³ Осим тога, долазе у обзир и повреде европских прописа.¹⁶⁸⁴

Поред општих, VwVfG у члану 59, став 2, наводи и посебне разлоге ништавости, од којих се поједини односе на све, други на тачно одређене врсте уговора.¹⁶⁸⁵ Тако, сви јавноправни уговори биће ништави из разлога из којих би био ништав и управни акт исте садржине (члан 59, став 2, тачка 1). Разлози ништавости управних аката наведени су чланом 44 истог закона и подразумевају ситуацију у којој акт погађају „нарочито тешке неправилности које су очигледне након разумне процене свих релевантних околности“, као и из других, таксативно набројаних разлога који се тичу доносиоца, форме или садржине акта. Осим тога, јавноправни уговор ће бити ништав

¹⁶⁷⁹ A. Decker, 879–880.

¹⁶⁸⁰ H. J. Bonk, 758–759.

¹⁶⁸¹ *Ibid.*, 764-768; A. Decker, 882.

¹⁶⁸² U. Stelkens, H. Schröder (2010), 327.

¹⁶⁸³ *Ibid.*

¹⁶⁸⁴ A. Decker, 882–883.

¹⁶⁸⁵ Детаљно о посебним разлозима ништавости јавноправних уговора: A. Decker, 880-882; H. J. Bonk, 759–764.

из разлога из којих би и управни акт исте садржине био ништав и то не само у погледу повреде правила поступка или форме акта у смислу члана 46 закона,¹⁶⁸⁶ уколико је то уговорним странама било познато (члан 59, став 2, тачка 2 VwVfG). Реч је о још једном разлогу који се простире на све јавноправне уговоре, с тим да у овом случају морају да буду испуњена два кумулативно постављена услова – објективни (који се тичу незаконитости уговора) и субјективни (сазнања обе уговорне стране о томе).

Следећи разлог се односи само на уговоре о поравнању. Уговор о поравнању ће, тако, бити ништав уколико нису испуњени услови за закључење поравнања и уколико би управни акт исте садржине такође био ништав, и то не само у погледу повреде правила поступка или форме акта у смислу члана 46 закона (члан 59, став 2, тачка 3 VwVfG).

Најзад, уговор о размени биће ништав уколико се орган обавезао на недопуштenu чинидбу, противно члану 56 закона (члан 59, став 2, тачка 4 VwVfG).

Друга варијанта је да уговор погоди неки други, блажи облик незаконитости као што су мањкавости везане за поступак закључења уговора, његову форму или, пак, разлоге специфичне за јавноправне уговоре (нпр. изостанак сагласности трећег лица у смислу члан 58 VwVfG). Тако, VwVfG не регулише ова питања, али из теорије и судске праксе произлази да такав уговор погађа само тзв. лебдећа или привремена незаконитост (нем. *schwebende Unwirksamkeit*).¹⁶⁸⁷ То подразумева опстанак уговора и права и обавеза који из њега произлазе све док се такав уговор не уклони (раскине/поништи) или не измени, међутим не постоји обавеза уговорних страна да уговор раскину. Тиме је направљен компромис између начела правне сигурности и принципа *pacta sunt servanda*, који заузимају важно место у немачком уговорном праву (укључујући и јавноправне уговоре) и начела законитости управе и управног поступања.¹⁶⁸⁸ Ипак, реч је о теоријском конструкту, који није до краја развијен.

Осим тога, недовољно јасно постављене границе између разлога и правних последица ништавости јавноправних уговора и уговора грађанског права, не само да задају главобољу доктрини, већ доводе и до озбиљних проблема у пракси, подривајући правну сигурност.¹⁶⁸⁹ То се показало као посебно озбиљан проблем у контексту уговора о јавним набавкама, о чему ће, заједно са тензијама са правом ЕУ и накнадним законским изменама како би се овај проблем решио, бити речи у одељку 2.2 *infra*.

2.1.3 Врсте тужби, ток поступка и овлашћења суда

Када се установи надлежност управних судова за решавање одређеног спора јавноправне природе, следећи корак је одабир адекватне тужбе којом се покреће поступак пред надлежним управним судом.¹⁶⁹⁰ Наиме, у немачком праву постоји неколико различитих врста тужби, у зависности од врсте акта управе против којег је тужба уперена,¹⁶⁹¹ односно циља који се тужбом жели постићи.¹⁶⁹² У теорији се указује

¹⁶⁸⁶ Чл. 46 немачког VwVfG-а гласи: „Поништавање управног акта који није ништав према чл. 44 не може се тражити само зато што је дошло до повреде одредаба о поступку, форми или месној надлежности ако је очигледно да повреда није утицала на мериторну одлуку.“

¹⁶⁸⁷ U. Stelkens, H. Schröder (2010), 326.

¹⁶⁸⁸ H. J. Bonk, 756–757.

¹⁶⁸⁹ U. Stelkens (2021a), 85–87.

¹⁶⁹⁰ Mariolina Eliantonio, Franziska Grashof, “Types of Administrative Action and Corresponding Review”, *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action* (eds. C. Backes, M. Eliantonio), Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Hart Publishing, Oxford 2019, 158.

¹⁶⁹¹ В. Цуцић (2016), 162; М. Eliantonio, F. Grashof, 119, 125–127, 134–135, 146–149, 152–154, 158–160, 184–186.

¹⁶⁹² С. Günther, 7.

на то да не постоји *numerus clausus* тужби и да се по потреби, прописима могу предвиђати и нове врсте тужби у одређеним областима.¹⁶⁹³

Иако теорија познаје бројне квалификације управносудских тужби, извршене према различитим критеријумима, неколико је основних врста које произлазе из VwGO:

- 1) тужба за уклањање управног аката, издатог по службеној дужности, којим је странки наметнута обавеза (нем. *Anfechtungsklage* или *Gestaltungsklage*);¹⁶⁹⁴
- 2) тужба за уклањање негативног управног акта, којим је захтев странке незаконито одбијен, као и против незаконитог ћутања управе тзв. обавезујућа тужба (нем. *Verpflichtungsklage*);¹⁶⁹⁵
- 3) деклараторна тужба (нем. *Feststellungsklage*) којом се утврђује постојање или непостојање неког правног односа,¹⁶⁹⁶
- 4) кондемнаторна тужба којом се управа осуђује на одређено чињење (нем. *Leistungsklage*),¹⁶⁹⁷ и
- 5) тужба за контролу нормативних аката управе (нем. *Normenkontrollverfahren*).¹⁶⁹⁸

С обзиром на то да је, како је претходно објашњено, надлежност управног судства уређена на основу генералне клаузуле услед чега сам *приступ суду* не зависи од врсте акта или активности управе који се пред судом побијају, у литератури се истиче да ова подела више нема суштински значај који је имала у 19. веку, већ искључиво формално-процесни.¹⁶⁹⁹ То значи да у погледу одређених питања, као што су услови за подношење одговарајуће тужбе, постоје разлике. Међутим, многа питања су истоврсно регулисана, па се тако правила о активној тужилачкој легитимацији (нем. *Klagebefugnis*) прописана за тужбу за уклањање управног акта (члан 42, став 2 VwGO), у недостатку посебних правила примењује и у контексту преосталих врста тужби.¹⁷⁰⁰

Питање које је посебно релевантно с аспекта спорова из управних уговора је да ли и органи управе (органи јавне власти) могу да покрену управни спор. Реч је о, још увек, контроверзном питању у теорији и пракси.¹⁷⁰¹ Немачко права у погледу овог питања примењује општа правила која се односе на утврђивање тужилачке легитимације и теорију о субјективним правима. Тако, орган јавне власти начелно може да се појави у улози тужиоца, под условом да су му у конкретном случају повређена субјективна права.¹⁷⁰² То је у складу са чл. 3 и 103 (1) GG-а, из којег произлази да су уговорне стране једнаке пред судом.

Већ је поменуто да поступку закључења јавноправних уговора не претходи нужно закључење управних аката. Уколико то јесте случај, као и када у поступку извршења уговора орган издаје управне акте, њихова законитост би могла да се испитује у управном спору, покренутом на основу *Anfechtungsklage*.¹⁷⁰³ Међутим, у контексту

¹⁶⁹³ M. Schröder, 82.

¹⁶⁹⁴ Чл. 42 VwGO; Детаљно о овој тужби: В. Цуцић (2016), 163–167.

¹⁶⁹⁵ Чл. 42 VwGO; Детаљно о овој тужби: *Ibid.*, 167–168.

¹⁶⁹⁶ Чл. 43 VwGO; Детаљно о овој тужби: *Ibid.*, 171–172; Diana zu Hohenlohe-Oehringen, “The principle of effective legal protection in German administrative law” *The Principle of Effective Legal Protection in Administrative Law: A European Comparison* (eds. Z. Szente, K. Lachmayer), Routledge, New York 2017, 138–140.

¹⁶⁹⁷ *Ibid.*, 137–138; В. Цуцић (2016), 168–171.

¹⁶⁹⁸ Детаљније о овоме: D. zu Hohenlohe-Oehringen, 2017, 140–142; В. Цуцић (2016), 172–173.

¹⁶⁹⁹ С. Günther, 7.

¹⁷⁰⁰ С. Backes, 225.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*, 263.

¹⁷⁰² *Ibid.*

¹⁷⁰³ P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs, чл. 61, пар. 26, 28–29.

спорова из јавноправних уговора далеко су важније и учесталије деклараторна и кондемпнаторна тужба, те ћемо се у редовима који следе ближе осврнути на њих.

(i) Деклараторна тужба (нем. *Feststellungsklage*)

Члан 43 VwGO, уређује тзв. деклараторну тужбу, којом се утврђује постојање или непостојање неког правног односа, или ништавост управног акта. Услови за подношење ове тужбе су двојаки. Прво, да подносилац има оправдани интерес (*субјективни елемент*) и да се таква декларативна пресуда донесе без одлагања (*временски елемент*).¹⁷⁰⁴ Друго, да тужилац претходно није могао да искористи тужбу за поништај управног акта, односно кондемпнаторну тужбу (члан 43, став 2 VwGO).¹⁷⁰⁵

Када је реч о стандарду оправданог интереса, у литератури се истиче да је он променљив и недовољно јасно дефинисан,¹⁷⁰⁶ али да се неретко широко тумачи, тако да обухвати било који „нематеријални, економски или правни интерес“.¹⁷⁰⁷ У погледу временског услова, неопходно је да оправдани интерес постоји у тренутку доношења пресуде.¹⁷⁰⁸

Из доктрине и судске праксе произлази да се *правним односом* у смислу члана 43 VwGO, имају сматрати односи између различитих лица или између лица у односу на неки објекат, која су заснована на чињеницама или су установљена (јавно)правним нормама.¹⁷⁰⁹ Како се јавноправним уговорима заснивају, мењају и гасе *јавноправни односи* (члан 54 VwVfG), јасно је да спорови из ове категорије уговора могу да се подведу под предметну одредбу VwGO.¹⁷¹⁰

Деклараторном тужбом се, тако, може тражити утврђивање да је уговор ништав или раскинут и да самим тим више не производи правна дејства.¹⁷¹¹ Неспорно је да уговорне стране имају оправдани интерес да се утврди (не)постојање уговора,¹⁷¹² између осталог и због могућности за накнаду штете. Уколико је у вези са јавноправним уговором који је оглашен ништавим донет управни акт, питање утврђивања ништавости може се поставити у тужби за поништај управног акта.¹⁷¹³ Такође, захтев за утврђење да је уговор престао да производи правна дејства може се поставити и у спору поводом кондемпнаторне тужбе, којом се тражи измена уговора, односно прилагођавање његове садржине новонасталим околностима.¹⁷¹⁴

(ii) Општа кондемпнаторна тужба (нем. *allgemeine Leistungsklage*)

Кондемпнаторна тужба није посебно нормирана VwGO-ом, већ ју је изнедрила судска пракса, на основу одредбе из члана 43, става 2 тог закона, где се помиње у контексту већ поменутих препреке за подношење деклараторне тужбе.¹⁷¹⁵

¹⁷⁰⁴ Вид. чл. 43, ст. 1 VwGO; D. zu Hohenlohe-Oehringen, 139.

¹⁷⁰⁵ В. Цуцић (2016), 172.

¹⁷⁰⁶ D. zu Hohenlohe-Oehringen, 139.

¹⁷⁰⁷ С. Backes, 225.

¹⁷⁰⁸ D. zu Hohenlohe-Oehringen, 140.

¹⁷⁰⁹ *Ibid.*, 139.

¹⁷¹⁰ А. Decker, 892.

¹⁷¹¹ М. Eliantonio, F. Grashof, 159-160; Jean-Marie Auby, Michel Fromont, *Les recours juridictionnels contre les actes administratifs spécialement économiques dans le droit des États membres de la Communauté économique européenne*, Rapport final, Série concurrence - rapprochement des législations, 12/1971, Bruxelles, 24 fn. 1.

¹⁷¹² А. Decker, 892.

¹⁷¹³ Р. Stelkens, Н. J. Bonk, М. Sachs, чл. 59, пар. 58.

¹⁷¹⁴ *Ibid.*, чл. 60, пар. 47.

¹⁷¹⁵ В. Цуцић (2016), 170; D. zu Hohenlohe-Oehringen, 137–138.

Кондемпнаторну тужбу могу поднети како појединци (приватни субјекти), тако и органи управе и њоме се од управног суда тражи да туженог обавезе на одређено чињење, нечињење или трпљење.¹⁷¹⁶ Цуцић указује на теоријску поделу кондемпнаторне тужбе на тужбу за изостанак активности (нем. *Unterlassungsklage*), којом се од туженог захтева да престане са незаконитом активношћу (у случају да је тужена управа, на престанак незаконите управне радње), и на тзв. општу тужбу за чињење (нем. *allgemeine Leistungsklage*), којом се тужени обавезује на одређену чинидбу.¹⁷¹⁷

У контексту спорова из управних уговора, ова тужба је релевантна, најпре, када једна уговорна страна има новчано потраживање у односу на другу,¹⁷¹⁸ односно када уговорне стране не извршавају своје уговорне обавезе. При томе, из судске праксе произлази да поводом кондемпнаторне тужбе за извршење дуговане чинидбе, друга уговорна страна у своју одбрану може да истакне да јој је услед промењених околности испуњење уговора постало отежано.¹⁷¹⁹

Надаље, кондемпнаторна тужба уговорним странама у јавноправном уговору стоји на располагању и у вези са већ поменутиим ситуацијама измене или раскида уговора (вид. *supra* 2.1.2). Тако, уколико једна уговорна страна одбија да пристане на измену уговора и његово прилагођавање новонасталим околностима, друга може од суда да захтева да њеном сауговорачу наложи да се сагласи са изменом или закључењем новог уговора.¹⁷²⁰ Да би тужилац успео у свом захтеву, дужан је да достави доказ о томе да друга страна дефинитивно одбија да се сагласи са изменом уговора, односно да су разговори/преговори о покушају споразумне измене дефинитивно пропали.¹⁷²¹

Осим тога, кондемпнаторна тужба омогућава уговорним странама да траже повраћај датог (у погледу већ извршених уговорних обавеза) у случају раскида уговора.¹⁷²² Најзад, уколико се акти органа у поступку извршења уговора не могу квалификовати као управни, већ као фактички акт (управне радње), приватном сауговорачу преостаје да их напада кондемпнаторном тужбом.¹⁷²³

Као и у код претходно описане деклараторне тужбе, ни у овом случају није прописан рок за подношење тужбе.¹⁷²⁴

(iii) Ток поступка и судска одлука

По правилу, пресуда се доноси на основу спроведене усмене јавне расправе (члан 101, став 1 VwGO). Ипак, разлози процесне економије налажу да у случају да предмет спора не указује на посебне правне или чињеничне потешкоће и уколико је чињенично стање утврђено, спор се може решити на основу списка у тзв. скраћеном поступку (нем. *Gerichtsbescheid*).¹⁷²⁵ Суд ће учеснике претходно саслушати, а уколико у року од месец дана од доношења одлуке у скраћеном поступку, учесници не изјаве жалбу или не

¹⁷¹⁶ *Ibid.*, 138.

¹⁷¹⁷ В. Цуцић (2016), 169.

¹⁷¹⁸ *Ibid.*

¹⁷¹⁹ А. Decker, 892.

¹⁷²⁰ Р. Stelkens, Н. J. Bonk, М. Sachs, чл. 60, пар. 46.

¹⁷²¹ *Ibid.*

¹⁷²² *Ibid.*, пар. 48.

¹⁷²³ *Ibid.*, чл. 61, пар. 28–29.

¹⁷²⁴ С. Backes, 290.

¹⁷²⁵ Вид. чл. 84, ст. 1 VwGO. Mike Varney, "Conduct of Court Proceedings", *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action* (eds. С. Backes, М. Eliantonio), Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Hart Publishing, Oxford 2019 (у даљем тексту цитирано као: М. Varney 2019а), 331.

затраже одржавање усмене расправе уколико жалба није допуштена, ова одлука ће постати правоснажна и изједначена у правном дејству са судском пресудом.¹⁷²⁶

Уколико се усмена расправа заказује, пре њеног одржавања, председавајући поступајућег већа или судија известилац ће донети све релевантне одлуке којима се управља поступком и тежити ка томе да се све заврши на једном рочишту. Посебно, може позвати све учеснике да покушају спор да реше мирним путем и/или да закључе поравнање (члан 87, став 1, тачка 1 VwGO).

Суд је везан тужбеним захтевом (забрана решавања *ultra petita* и, последично, онемогућен *reformatio in peius*), али не и разлозима изнетим у њему.¹⁷²⁷ Управни спор је уређен према истражном начелу и суд је овлашћен уставом и законом да утврђује чињенице по службеној дужности.¹⁷²⁸

Интензитет управносудске контроле, односно овлашћења управних судова се сматрају веома широким. У стручној литератури се ова чињеница објашњава историјским околностима, тачније неповерењем према управи након Другог светског рата, која је резултовала јачањем (управно) судске контроле њених активности.¹⁷²⁹ Конкретно, то подразумева да судови разматрају сва чињенична и правна питања у спору и да нису везани чињеничним стањем утврђеним у управном поступку.¹⁷³⁰ Осим тога, под опсег управносудске контроле потпадају како питања формалне, тако и материјалне законитости, „укључујући и строгу контролу начина на који управа тумачи и примењује правне стандарде, односно неодређене правне концепте“.¹⁷³¹ Цуцић наводи и примере додатног ограничења „маневарског простора управе“, услед концепције „свођења дискреције на нулу“ (нем. *Ermessensreduzierung auf Null*), који подразумева да под одређеним околностима, одређене законске алтернативе могу да се искључе као незаконите, као и ограничење домена поља слободне процене кроз судску праксу, уколико се спор води око остваривања и заштите уставом зајемченог права.¹⁷³² Дакле, заштита појединачних интереса представља основну идеју водилу управносудске контроле¹⁷³³ и разлог неретке критике таквог система да то „доводи до неравнотеже између јавног и приватног интереса у корист приватног“.¹⁷³⁴

Упркос томе (или баш због тога) за разлику од француских судова, у немачком праву управних уговора судије имају веома ограничена овлашћења у погледу закљученог уговора. Тако, могу само формално да констатују, односно утврде ништавост уговора у спору по деклараторној тужби, као и да у спору покренутом кондемпнаторном тужбом наложе једној од уговорних страна да изврши дуговану обавезу, да накнади штету или да се сагласи са изменом уговора.¹⁷³⁵

Постоје три различите врсте правних средстава против судских одлука. То су жалба на пресуду (нем. *Berufung*), ревизија (нем. *Revision*) и жалба на друге судске одлуке (нем. *Beschwerde*). Жалба против пресуде се може изјавити по основу правне или чињеничне грешке начињене приликом доношења пресуде. Жалба се може изјавити: (1) уколико постоји озбиљна сумња у исправност пресуде; (2) ако предмет спора

¹⁷²⁶ *Ibid.*

¹⁷²⁷ чл. 88 VwGO; M. Varney (2019a), 406.

¹⁷²⁸ чл. 88 VwGO; M. Varney (2019a), 406.

¹⁷²⁹ В. Цуцић (2016), 162.

¹⁷³⁰ Истиче се да све три управносудске инстанце могу да утврђују чињенично стање, што није без критике у научним круговима. *Ibid.*, 157.

¹⁷³¹ *Ibid.*, 158.

¹⁷³² *Ibid.*, 160–161.

¹⁷³³ С. Günther, 2.

¹⁷³⁴ В. Цуцић (2016), 161.

¹⁷³⁵ U. Stelkens, H. Schröder (2010), 333.

испољава озбиљне правне или чињеничне потешкоће; (3) ако је предмет од суштинског значаја; (4) ако је у пресуди одступљено од пресуде вишег управног суда, Савезног управног суда или Савезног уставног суда, а пресуда је заснована на том одступању или 5) уколико постоји процесни недостатак који је био предмет испитивања пред вишим жалбеним управним судом, а на коме се одлука може заснивати (вид. члан 124, став 2 VwGO). Када се изјављује против пресуде првостепеног управног суда, о њој одлучује виши управни суд, док у случају да је потоњи решавао у првом степену, жалба се изјављује Савезном управном суду.¹⁷³⁶

Ревизија се обично изјављује против пресуда виших (жалбених) управних судова, а у одређеним случајевима и против пресуда првостепених управних судова, с тим да се у поступку по ревизији испитују само правна питања и то у случају да је у пресуди погрешно примењен савезни закон или закон о управном поступку једне од земаља, који је у складу са савезним VwVfG-ом (члан 137, став 1 VwGO). Најзад, треће поменуто правно средство изјављује се против свих осталих судских одлука.¹⁷³⁷

Надлежна судска инстанца која одлучује о жалби на пресуду, може преиначити побијану пресуду само уколико тако нешто произлази из жалбеног захтева (члан 129 VwGO). Уколико нађе да је жалба основана, виши управни суд ће након поништења пресуде сам одлучити у меритуму, а само изузетно може предмет вратити првостепеном управном суду, када је неопходно (поново) одржати усмену расправу. При томе, првостепени суд је везан правним схватањем вишег управног суда (члан 130 VwGO).

Савезни управни суд захтев за ревизијом може одбацити, одбити уколико је неоснован или усвојити уколико је основан и *одлучити сам* о предмету спора или *вратити предмет* на поновно одлучивање уколико је неопходно поново заказати усмену расправу (члан 144 VwGO).

Када је реч о судским трошковима, страна која је „изгубила“ спор сноси трошкове, чији износ зависи од вредности предмета спора.¹⁷³⁸

2.1.4 Правна заштита трећих лица

С обзиром на то да је концепција субјективних јавних права камен темељац система (управно)правне заштите у немачком праву, правна заштита трећих лица је значајно сужена, посебно у поређењу са француским правом. Дакле, само лица којима је повређено субјективно јавно право или на закону заснован интерес могу да поднесу тужбу против акта или пропуштања органа јавне власти.¹⁷³⁹ С једне стране, има мишљења да је начин тумачења стандарда субјективног јавног права практично приближио, ако не у потпуности изједначио немачко право са системима у којима се пружа заштита легитимних интереса.¹⁷⁴⁰ Тако, у недостатку изричите законске одредбе, субјективно јавно право може да се „изведе“ из основних права (чланови 1, став 3 и 19, став 4 GG). У тим случајевима се мора утврдити: 1) да ли тужилац потпада под *ratione personae* примену одредбе GG; 2) да ли потпада под *ratione materiae* примену те одредбе и 3) да ли постоји вероватноћа да ће му право бити повређено.¹⁷⁴¹

¹⁷³⁶ Вид. чл. 124, ст. 1 и 128 VwGO; Rob Widdershoven, “Appellate Proceedings”, *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action* (eds. C. Backes, M. Eliantonio), Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Hart Publishing, Oxford 2019, 697–698.

¹⁷³⁷ M. Schröder, 88–89.

¹⁷³⁸ C. Backes, 309.

¹⁷³⁹ M. Varney (2019a), 414–415.

¹⁷⁴⁰ В. Цуцић (2016), 156.

¹⁷⁴¹ C. Backes, 210.

Упркос томе, сужена је могућност подношења тужбе против привилегије додељене једном кандидату (нем. *negative Konkurrentenklage*) будући да се ту „субјективно“ право практично своди на губитак економске добити (в. одељак 2.2 посвећен решавању спорова у материји јавних набавки).¹⁷⁴² Осим тога, у немачком управном праву, тужбе организација којима се штите права њених чланова (нем. *egoistische Verbandsklage*) или шире јавности (тзв. *altruistische Verbandsklage*) по правилу нису допуштене. Једини начин да организације (невладине организације, удружења грађана и други) могу да поднесу тужбу је уколико би биле директно тангиране јер су, примера ради, претрпеле штету по сопствену имовину.¹⁷⁴³

Имајући у виду да је *actio popularis* искључен, као и да је могућност организација да поднесу тужбу ради заштите интереса њихових чланова знатно сужена, преостаје да испитамо да ли би друге категорије трећих лица, могла да остваре правну заштиту у управном спору поводом закљученог јавноправног уговора.

У домену јавноправних уговора, трећа лица су најпре заштићена кроз одредбу члана 58, став 1 VwVfG-а, која предвиђа да ће јавноправни уговор који утиче на права трећих лица, бити пуноважан (почети да производи правна дејства) тек од тренутка када је то лице дало писану сагласност на уговор. Овај услов се односи како на координационе, тако и на субординационе уговоре. Законодавац није даље разradio ову одредбу, због чега није најјасније какве правне последице производи њено кршење, као ни који управнопроцесни арсенал стоји на располагању трећим лицима у случају да овај услов није испуњен. У доктрини има мишљења да све док сагласност не буде дата у одговарајућој форми, уговор ће бити привремено непуноважан (нем. *schwebende Unwirksamkeit*), а накнадно дата сагласност ће га конвалидирати.¹⁷⁴⁴ Међутим, већ смо претходно објаснили да је реч о теоријском концепту који није до краја развијен, па самим тим и не даје поуздана решења у пракси. Још један пропуст законодавца је у томе што ову одредбу није *ојачао* принципом транспарентности у поступку закључења оваквих уговора, који би омогућио трећим лицима да буду правовремено обавештена о намери њиховог закључења.

Могућност трећих лица да остваре правну заштиту у управном спору је додатно ограничена самом конструкцијом управног судског механизма, која није прилагођена заштити конкурената, какви се јављају у полицентричним споровима из управних уговора. Додатни проблем представља и занемарљива улога процесних правила и њихове повреде на законитост оспорене одлуке, у смислу члана 44а Закона о управним судовима.¹⁷⁴⁵

Ипак, то не значи да су им врата управног спора у потпуности затворена. Прва могућност учешћа трећих лица у управном спору, везана је за институт позивања заинтересованог лица да се укључи у поступак пред управним судом (нем. *Beiladung*). Правни основ института позивања представљају чланови 65 (услови под којима је ово могуће) и 66 VwGO (процесна овлашћења заинтересованих трећих лица).¹⁷⁴⁶ Разликују се два вида овог института.

¹⁷⁴² *Ibid.*, 211.

¹⁷⁴³ *Ibid.*, 234.

¹⁷⁴⁴ Занимљиво је да повреда форме представља „тежу“ повреду која за собом као последицу повлачи ништавост уговора, док се у овом случају указује на то да је уговор само рушљив. А. Decker, 876–878; Н. Ј. Bonk, 748–752; Elke Gurlit, “§32 Wirksamkeit von Verwaltungsverträgen“, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Hrsg. Н.-У. Erichsen, D. Ehlers), De Gruyter, Berlin – New York 2010, 781–782.

¹⁷⁴⁵ Ulrich Stelkens, “Judicial Protection and Competitive Award Procedures in Germany”, *Review of European Administrative Law*, Vol. 14, 1/2021 (у даљем тексту цитирано као: Stelkens 2021b), 163.

¹⁷⁴⁶ А. Decker, 218–219.

Први је *једноставно* позивање (нем. *einfache Beiladung*), а други *обавезно* позивање (нем. *notwendige Beiladung*). У првом, суд може трећем лицу на чије би правне интересе могао да утиче исход управног спора који још увек није правоснажно окончан, да дозволи учешће у поступку, уколико оно поднесе захтев у том смислу (члан 65, став 1 VwGO). Занимљиво је да док из члана 58, става 1 VwVfG-а произлази услов постојања субјективних јавних права трећих лица (иако то није изричито наведено, теорија и судска пракса су јединствене по том питању), VwGO захтева само постојање интереса. Бејкс (*Backes*) појашњава да је у овом случају института „интервенције од стране трећих лица“ стандард снижен са захтева за постојањем *субјективних права* на постојање *интереса*, зато што се и *ratio* учешћа трећих лица и њихова улога разликују у односу на учешће странака у управном спору.¹⁷⁴⁷

У другом случају, суд ће по службеној дужности позвати трећа заинтересована лица да се укључе у поступак, уколико су „укључена у спорни правни однос у толикој мери, да пресуда једино униформно може на њих да се примени“ (члан 65, став 2 VwGO). У овом потоњем случају, процесна права трећих лица у току спора су еквивалентна праву странака, те тако могу суду да упућују поднеске, изјављују правне лекове и користе друга процесна средства независно од странака.¹⁷⁴⁸ Штавише, исти закон у члану 123 отвара могућност да се од суда (истог оног који је надлежан и за главни предмет спора), захтева да изда привремену меру којом би онемогућио извршење уговора пре доношења судске одлуке, уколико постоји опасност од тога да остваривање права подносиоца захтева буде онемогућено или знатно отежано.¹⁷⁴⁹

Осим поменуте могућности, хипотетички је могуће замислити ситуације у којима се установи да уговор има дејства на субјективна права трећих лица, у ком случају би им стајала на располагању одговарајућа управноправна средства. Када је реч о правној заштити трећих лица у фази извршења уговора, правни систем им омогућава да користе одговарајућа правна средства у складу са одредбама општег управнопроцесног, односно грађанског процесног права, већ у зависности од тога на који начин се утиче на њихова субјективна права. Тако, уколико орган у поступку извршења уговора издаје управне акте, којима се задире у субјективна јавна права трећих лица, на располагању им стоји најпре приговор у управном поступку, а затим и тужба за поништај управног акта (нем. *Anfechtungsklage*), у управном спору.¹⁷⁵⁰ Уколико, пак, трећа лица имају одређена новчана потраживања, могу их реализовати у парничном поступку.¹⁷⁵¹

2.2 Решавање спорова из уговора о јавним набавкама

Коначну архитектуру механизма решавања спорова и правне заштите у материји јавних набавки и концесија, у великој мери је обликовала синергија или, боље речено, „тензија“ између основних постулата немачког грађанског права, с једне стране, и европског права јавних набавки, с друге стране. Према речима једног савременог немачког аутора, читав историјат еволуције немачког права јавних набавки, је скопчан са трудом немачког законодавца да Директиве о правним лековима пренесе уз најмање могуће измене националног правног оквира.¹⁷⁵²

Наиме, како је приказано у другој глави дисертације (вид. одељак 2.2.2 [ii]), иницијално је поступак доделе уговора о јавним набавкама и контроле над његовом законитошћу био нормиран буџетским прописима, који нису обезбеђивали заштиту

¹⁷⁴⁷ С. Backes, 271.

¹⁷⁴⁸ *Ibid.*, 260–261.

¹⁷⁴⁹ Н. Ј. Bonk, 750.

¹⁷⁵⁰ Р. Stelkens, Н. Ј. Bonk, М. Sachs, чл. 61, пар. 31.

¹⁷⁵¹ *Ibid.*

¹⁷⁵² U. Stelkens (2021b), 141.

субјективних права. Последишно, поступак контроле се иницирао искључиво по службеној дужности, без креирања субјективних права на која би незадовољни учесници на тендеру (кандидати, односно понуђачи) могли да се позову.¹⁷⁵³ Стога је реформа спроведена почетком 90-их година, која је подразумевала измену тих прописа ради усклађивања са захтевима из Директиве 89/665/ЕЕЗ (или, посматрано из другог угла, „покушај заобилажења“ истих) донела само козметичке промене и била неуспешна.¹⁷⁵⁴

Наредна реформа, спроведена 1998. године, заокружила је преношење претходно поменуте директиве, уношењем одговарајућих одредаба о поступку доделе уговора о јавним набавкама и концесијама изнад прагова, као и правне заштите у вези са њима, у *ГВБ* (IV одељак овог закона, чланови 133, 135 и 155–184).¹⁷⁵⁵ Иако је поново примењен минималистички приступ имплементацији европског *acquis*-ја у национално право, општи је закључак да је немачко позитивно право јавних набавки (у погледу уговора изнад прагова) у потпуности усклађено са правом ЕУ у овом домену.¹⁷⁵⁶

Пре него што се упустимо у приказ и анализу позитивноправног механизма код уговора о јавним набавкама изнад прагова, на крају овог одељка указујемо на кључну јабуку раздора између немачког права и права ЕУ у материји правне заштите и решавања спорова из уговора о јавним набавкама. Реч је о разлици у домену заштите субјективних права трећих лица. Наиме, у четвртој глави смо указали на то да је европски законодавац као један од највећих проблема националних система јавних набавки препознао недозвољену директну доделу уговора о јавним набавкама и концесијама, чиме се крши један од основних европских принципа јавних набавки – слободна конкуренција. Стога је основни мотив приликом прописивања минималних (процесних) стандарда правне заштите, оличених у Директивама о правним лековима, био да се у што ранијој фази (пре доделе/закључења уговора), обезбеди адекватна заштита права и правних интереса неуспешних кандидата/понуђача од овакве повреде. Дакле, тежиште европских стандарда правне заштите у материји јавних набавки је заштита трећих лица, односно привредних субјеката који су учествовали на тендеру.

С друге стране, стављање трећих лица у средиште правне заштите је страно немачком праву. У претходном одељку смо показали да је немачки управни спор конципиран тако да служи искључиво остваривању и заштити субјективних права, не и објективне законитости као што је то случај у француском праву (и праву неких других држава).¹⁷⁵⁷ У оквирима приватног права – где, макар формално, спада и материја јавних набавки – овај „проблем“ додатно је интензивираан, уколико тако закључен уговор утиче на права трећих лица, што је готово увек случај са неуспешним учесницима на тендеру.

Међутим, Штелкенс указује на то да је напор немачког права да се избори са тим „страним елементом“ прешао дуг и трновит пут. Најпре је европски „трансплант“ одбачен као страно тело, да би касније реформе подстакле његово прихватање и чак, „доместикацију“.¹⁷⁵⁸ То је резултовало креирањем специјализованог механизма решавања спорова (вид. *infra* 2.2.1 (i) а и б), али и довело до тзв. „ефекта преливања“ и на друге управне области.¹⁷⁵⁹

¹⁷⁵³ M. Burgi (2011a), 109.

¹⁷⁵⁴ U. Stelkens (2021b), 146.

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*, 145–146.

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*

¹⁷⁵⁷ Ulrich Stelkens, Hanna Schröder, “Le contentieux des contrats publics en Europe – Allemagne” in: *Revue française de droit administratif* (RFDA) 2011, 17 фн. 21.

¹⁷⁵⁸ U. Stelkens (2021b), 147.

¹⁷⁵⁹ *Ibid.*

Осим тензије са правом ЕУ, ова материја обојена је још једном специфичношћу о којој је већ било речи, а то је подела правних режима јавних набавки „изнад“ и „испод“ прописаних финансијских прагова (нем. *Zweiteilung des Vergaberechts*)¹⁷⁶⁰ – која се рефлектовала и на механизме решавања спорова. Како ћемо приказати у одговарајућем одељку овог поглавља (в. *infra* 2.2.2), ову другу категорију уговора карактерише непостојање једнообразних правила за решавање спорова, већ решења зависе од случаја до случаја, као и од једне до друге савезне земље. Овакво стање, коме је допринела и иначе проблематична расподела надлежности између управних и грађанских судова, у пракси доводи до проблема и подрива правну сигурност. Ипак, судска пракса, као и законодавство на нивоу федералних јединица, постепено су изградили различите „корективне“ механизме којима је иницијални јаз између правне заштите „изнад“ и „испод“ прагова донекле ублажен.

2.2.1 Уговори изнад прагова

Подсећања ради, уговори о јавним набавкама су у немачком праву квалификовани као грађанскоправни уговори.¹⁷⁶¹ Последично, поједини принципи грађанског права прожимају механизме решавања спорова у овој материји. Тако, принцип *pacta sunt servanda* заузима важно место у дефинисању односа уговорних страна, обликујући и *ограничавајући* не само овлашћења јавноправног саговорача (наручиоца), већ и овлашћења контролних органа.¹⁷⁶² Надаље, у немачком праву – за разлику од француског – „додела“ уговора (нем. *Zuschlag*) не представља одвојену фазу поступка јавних набавки, већ се, суштински, преклапа са прихватом понуде од стране успешног конкурента (приватног саговорача).¹⁷⁶³ Осим тога, значајна је и концепција о секундарној или помоћној улози (нем. *dienende Funktion*) процесних у односу на материјалне норме.¹⁷⁶⁴ Како објашњавају Штелкенс и Шредер, она на терену јавних набавки доводи до тога да повреда правила поступка доделе уговора нема *a priori* дејство на пуноважност уговора.¹⁷⁶⁵ Једино би повреда правила поступка која је уједно и повреда материјалних одредаба грађанског права, могла да резултује ништавим уговором.¹⁷⁶⁶ Најзад, немачка доктрина разликује тзв. „примарну“ од „секундарне“ правне заштите. Док прва има за циљ да предупреди закључење уговора уколико је било неправилности у поступку спровођења набавке, те овлашћене субјекте „опрема“ различитим инструментима који то треба да обезбеде, друга пружа *ex post* могућност потраживања накнаде штете након закључења уговора.¹⁷⁶⁷

Поред тога што се механизми решавања спорова и пружања правне заштите овлашћеним субјектима разликују у зависности од тога да ли је реч о уговорима чија вредност је једнака или прелази прописане финансијске прагове и, с друге стране, уговоре „испод прагова“, постоје разлике у односу на доступне механизме, њихову логику и сврху у зависности од фазе уговорног циклуса. Стога ћемо материју у

¹⁷⁶⁰ *Ibid.*; U. Stelkens (2018a), 36;

¹⁷⁶¹ Замисливи су и уговори о јавним набавкама који би истовремено могли да се квалификују као јавноправни уговори у смислу чл. 54 VwVfG-а, о чему је било речи у контексту преклапања правних режима управних уговора (вид. одељак 2.2.2 (iv) друге главе дисертације). Ипак, претежни број уговора о јавним набавкама су „чисти“ грађанскоправни уговори, због чега у овом делу ограничавамо истраживање на ту категорију уговора.

¹⁷⁶² U. Stelkens (2018a), 39–40.

¹⁷⁶³ Чиме се немачко право разликује у поређењу са француским, али и правом других европских држава. M. Burgi (2011a), 106.

¹⁷⁶⁴ H. Pünder, A. Klafki, 522.

¹⁷⁶⁵ M. Burgi (2011a), 106.

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*

¹⁷⁶⁷ U. Stelkens (2018a), 39–40.

редовима који следе поделити на одељке посвећене фази која претходи (i) и фази која следи након закључења уговора (ii).

(i) Спорови у фази која претходи закључењу уговора

Као што је већ поменуто, у фокусу правне заштите у фази која претходи закључењу уговора су учесници на тендеру (кандидати и понуђачи), којима је у интересу да им буде додељен уговор. С друге стране, наручиоци су усмерени ка томе да своја јавна овлашћења и послове обаве у складу са захтевима економичности и ефикасности, што нужно подразумева и интерес да се поступак набавке што раније оконча. То је, у крајњој линији, у интересу и шире јавности (пореских обвезника, корисника услуга и сл.). Дакле, механизми решавања и спречавања спорова у овој фази треба да помире ове, неретко супротстављене, интересе.

Специјализовани механизам предвиђен члановима 155 и даље GWB-а управо тежи помирењу тих различитих интереса, са посебним фокусом на правну заштиту *третих* – учесника на тендеру за доделу уговора. Централни елемент овог механизма, односно предмет правне заштите коју обезбеђује, јесте поштовање свих процесних „корака“ од стране наручиоца, у поступку који треба да доведе до закључења пуноважног уговора са одабраним конкурентом.¹⁷⁶⁸

Управо се на том примеру види у којој мери је немачко право преобликовано под притиском европског *acquis*-ја. Најпре су пронађена креативна решења како би се третим лицима омогућило да из учешћа на тендеру „извуку“ субјективна јавна права како би им се обезбедила правна заштита. Тако, круг активно легитимисаних субјеката у великој мери прати одредбу члана 1, став 3 Директиве 2007/66/ЕЗ. Конкретно, немачки законодавац је омогућио правну заштиту сваком привредном субјекту који има интерес да му се додели предметни уговор о јавној набавци или концесији, који тврди да су му због наведеног непоштовања правила о додели уговора из овог закона повређена права у смислу члана 97, став 6 GWB-а, и који докаже да је због тога претрпео штету или постоји ризик од наступања штете.¹⁷⁶⁹ Предметни члан, наиме, привредним субјектима гарантује *право* да се правила поступка набавке поштују. Дакле, обавеза наручилаца да у поступку доделе уговора поступају у складу са процесним правилима, „преведена“ је у субјективно право учесника на тендеру. Осим тога, на тај начин је поштовање *процесних* правила од маргиналног положаја у немачком праву, стављено у сам центар механизма правне заштите.

Механизам решавања спорова и правне заштите (неуспешних) конкурената обухвата како „примарну заштиту“, која је усмерена ка томе да у што краћем року буду отклоњене повреде правила поступка које се односе на обавезу поштовања принципа транспарентности и заштите конкуренције, пре него што уговор уопште буде закључен,¹⁷⁷⁰ тако и „секундарну заштиту“, односно могућност остваривања права на накнаду штете у парничном поступку.¹⁷⁷¹

a) Поступак пред Коморама за набавке (*Nachprüfungsverfahren*)

Централно место у овој фази заузима тзв. поступак ревизије или контроле (нем. *Nachprüfungsverfahren*), који се остварује пред независним телима са квазисудским овлашћењима – коморама за набавке (нем. *Vergabekammern*).¹⁷⁷² Коморе се формирају

¹⁷⁶⁸ U. Stelkens (2021b), 164.

¹⁷⁶⁹ Чл. 160, ст. 2 GWB.

¹⁷⁷⁰ M. Burgi (2011a), 106; U. Stelkens (2018a), 36.

¹⁷⁷¹ *Ibid.*, 42.

¹⁷⁷² У стручној литератури на енглеском језику, назив ових тела преводи се као „трибунали за набавке“ (енг. *procurement tribunals*). Ипак, ми смо се у раду определили за термин „комора“, из неколико разлога.

како за јавне набавке и концесије које се додељују на савезном нивоу, у оквиру Савезне канцеларије за картеле (нем. *Bundeskartellamt*), која је надлежна и за њихову организацију, расподелу надлежности и именовање чланова,¹⁷⁷³ тако и на нивоу земаља.¹⁷⁷⁴ Члан 159 GWB-а уређује питање поделе надлежности између савезних комора и оних основаних на нивоу земаља.

Чланови комора за набавке именују се на период од пет година, у свом раду су независни и везани су искључиво законом.¹⁷⁷⁵ Осим тога, морају да испуне одређене услове везане за стручну спрему и искуство, и то како опште, тако и посебне. Наиме, председавајући и један придружени члан су државни службеници, именовани у то звање доживотно, са квалификацијама које одговарају највишим службеничким звањима (или упоредивим експертским позицијама у оквиру државне службе). Уз то, један од чланова (обично председавајући) мора да испуњава и услове за судијску функцију. Посебне квалификације везане су за материју јавних набавки – чланови морају да поседују „темељно знање“ (нем. *gründliche Kenntnisse*) јавних набавки, док почасни члан мора да има и вишегодишње практично искуство у тој области.¹⁷⁷⁶ Дакле, реч је о телима која располажу специјализованим знањем у овој материји.

Предмет поступка пред коморама за набавке је испитивање законитости „свих предузетих мера“, односно радњи наручиоца до тренутка доделе уговора.¹⁷⁷⁷ На тај начин је обухваћен широк спектар одлука донетих у различитим фазама поступка доделе уговора, као што су одлуке о обустави поступка набавке, оне о изузећу/искључивању одређеног учесника или одлуке о одбијању одређене понуде.¹⁷⁷⁸ С друге стране, Бурги (*Burgi*) указује на то да акти који имају искључиво *припремни карактер*, где спадају, примера ради, студије о процени тржишта, као ни измене уговора, односно одлуке донете *након закључења уговора*, не потпадају под опсег контролне надлежности комора за набавке.¹⁷⁷⁹

Члановима 160–169 GWB-а регулисан је и ток поступка пред коморама за набавке. Предуслов отпочињања контролног поступка пред надлежном комором, јесте обраћање наручиоцу. Циљ је да се наручиоцу предоче наводне повреде правила поступка, како би му се омогућило да их сам коригује, чиме се, у складу са начелом процесне економије, у најбољем случају спречава покретање контролних поступака пред коморама за набавке (касније и судовима), који генеришу трошкове и одузимају време.¹⁷⁸⁰ Осим тога, пракса је показала да се понуђачи нерадо опредељују за то да покрећу поступак против наручилаца из бојазни да им се не замере, тако да овај

Прво, прецизнији је. Друго, одговара преводу који се користи у литератури на француском језику (фр. *Chambres d'attribution des commandes*). Најзад, треће, овај израз више одговара природи тела које се не сматра судом према националном немачком праву, на шта би израз „трибунал“ указивао. Ипак, занимљиво је да се према европском праву, у складу са ставом Суда правде израженом у предмету C-549/13 *Bundesdruckerei GmbH/Stadt Dortmund*, Judgment of the Court (Ninth Chamber), 18 September 2014, Request for a preliminary ruling from the Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg, ECLI:EU:C:2014:2235. *Ibid.*, 43 fn. 47. Највероватније се због тога и бројни аутори који пишу на енглеском језику, опредељују за термин „трибунал“.

¹⁷⁷³ По одобрењу савезног Министарства привреде и енергетике, председник *Bundeskartellamt*-а у службеном гласилу објављује правилник којим се регулише поступак пред коморама за набавке. Вид. чл. 158, ст. 1, тач. 4 GWB.

¹⁷⁷⁴ Оснивање, организација и састав комора за набавке на нивоу земаља уређен је у складу са њиховим прописима од стране надлежног органа или владе на нивоу земље, а земље могу да оснују и заједничке. Чл. 156, ст. 1 GWB-а.

¹⁷⁷⁵ Чл. 157, ст. 2 GWB.

¹⁷⁷⁶ Чл. 157, ст. 4 GWB.

¹⁷⁷⁷ Чл. 155, ст. 2 GWB; U. Stelkens (2018a), 43.

¹⁷⁷⁸ M. Burgi (2011a), 131–132.

¹⁷⁷⁹ *Ibid.*

¹⁷⁸⁰ M. Burgi (2011a), 113.

претходни корак има и потенцијал да допринесе одржању добрих пословних односа, односно да обезбеди неке будуће пословне могућности.¹⁷⁸¹ У тој светлости би овај корак могао да се посматра као вид алтернативног механизма; ипак, само условно речено, будући да је реч о обавезном кораку који, уколико буде прескочен, може да доведе до одбацивања захтева за остваривањем правне заштите пред комором за набавке као недопуштеног (вид. *infra*).

Рок за обраћање наручиоцу износи десет дана од сазнања за разлог повреде правила о јавним набавкама.¹⁷⁸² Увођењем прецизног рока за обавештавање наручиоца о уоченим повредама, немачки законодавац је прецизирао питање које је претходно било предмет великих расправа у академским круговима, али и у судској пракси. Наиме, раније решење предвиђало је да ће захтев упућен надлежној комори бити одбачен као недопуштен, уколико се подносилац без одлагања (нем. *unverzüglich*) по сазнању за разлог неправилности није обратио наручиоцу. С обзиром на то да је препуштено судовима да, у зависности од околности конкретног случаја, процењују да ли је овај услов испуњен, поставило се питање сагласности те одредбе за европским прописима.¹⁷⁸³ Коначан одговор дао је Суд правде ЕУ у предмету *Uniplex*,¹⁷⁸⁴ који се, додуше, није тицао немачког, већ енглеског права. У предметном случају, Суд правде је стао на становиште да таква одредба, која нужно подразумева дискрециону оцену суда, уноси правну несигурност, због чега није у складу са Директивом 89/665/ЕЕЗ.¹⁷⁸⁵

Тек након што је испоштован описани претходни процесни корак, могуће је активирати контролни механизам пред надлежном комором. За разлику од периода када су се на поступке набавки примењивали буџетски прописи и где је контрола отпочињана искључиво *ex officio*, поступак пред коморама се, према важећим правилима, покреће искључиво захтевом активно легитимисаног лица, при чему смо већ претходно објаснили ко спада у ову категорију субјеката (члан 160, став 1 *GWB*).¹⁷⁸⁶ Закон поставља и услове у погледу форме и садржине таквог захтева. Тако, захтев упућен Комори треба да буде у писаној форми и образложен. Другим речима, потребно је назначити наручиоца, описати наводне повреде права подносиоца захтева, као и чињенично стање. Осим тога, потребно је да се достави списак доступних доказа, укључујући и доказ о претходном обраћању наручиоцу, као и да се назначе друге странке уколико их има.¹⁷⁸⁷ Под странкама у контролном поступку пред надлежном комором за набавке, подразумевају се подносилац захтева, наручилац против чијег је наводног незаконитог акта, односно активности захтев уперен, као и привредни субјекти којима је поступајућа комора допустила учешће у поступку, из разлога што би одлука наручиоца озбиљно могла да утиче на њих (члан 162 *GWB*).¹⁷⁸⁸

Као и у сваком поступку који се покреће захтевом овлашћеног субјекта, надлежна комора пре испитивања основности захтева најпре проверава његову допуштеност. Закон предвиђа неколико случајева у којима ће се захтев сматрати недопуштеним. Прво, уколико је подносилац знао за наводну повреду правила о спровођењу јавне набавке, а није се претходно обратио наручиоцу у року од десет дана од сазнања за

¹⁷⁸¹ *Ibid.*, 116.

¹⁷⁸² Чл. 160, ст. 2, тач. 2 *GWB*.

¹⁷⁸³ М. Burgi (2011a), 116.

¹⁷⁸⁴ Judgment of the Court (Third Chamber) of 28 January 2010, *Uniplex*, C-406/08, Reference for a preliminary ruling from the High Court of Justice (Queen's Bench Division) — United Kingdom, ECR I-406/08, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CA0406&qid=1680459602546>, 1. новембар 2021.

¹⁷⁸⁵ *Ibid.*, пар. 31, 35, 43.

¹⁷⁸⁶ U. Stelkens (2018a), 43–44.

¹⁷⁸⁷ Чл. 161 *GWB*.

¹⁷⁸⁸ Одлука о томе је ненападљива правним средствима. U. Stelkens (2018a), 43.

разлог.¹⁷⁸⁹ Друго, ако су повреде правила о јавним набавкама биле очигледне из позива за достављање понуда, али их подносилац није предочио наручиоцу до истека рока за пријаву или подношења понуде наведеног у обавештењу. Треће, ако су повреде правила о јавним набавкама биле очигледне из документације о набавци, а подносилац о томе није обавестио наручиоца до истека рока за пријаву или подношење понуде наведеног у обавештењу. Најзад, четврто, ако је прошло више од 15 дана од пријема обавештења наручиоца да одбија да поступи у складу са обавештењем (приговором) који је *supra* описан.¹⁷⁹⁰

Подношење захтева и сам поступак пред коморама за набавке имају суспензивно дејство, што значи да наручилац не сме да закључи уговор док не буде донета одлука о законитости поступка и док не истекну рокови за жалбу на ту одлуку, пред надлежним судом.¹⁷⁹¹ У супротном, тако закључен уговор сматраће се ништавим, у складу са одредбама BGB-а.¹⁷⁹² Суспензивно дејство захтева представља једну од привремених мера, којом се тежи успостављању равнотеже између интереса различитих субјеката – наручиоца, шире јавности и привредних субјеката који учествују на тендеру.¹⁷⁹³ Управо због тога, законодавац је предвидео и изузетак од суспензивног дејства захтева. Наиме, надлежна комора може, на образложени захтев наручиоца, односно понуђача чија понуда је оцењена најбољом (коме ће уговор бити додељен), да дозволи закључење уговора након истека рока од две недеље од објављивања одлуке о победничкој понуди, уколико „негативне последице одлагања закључења уговора до окончања поступка пред Комором имају превагу над предностима“.¹⁷⁹⁴

Период мировања (енг. *standstill*; нем. *Wartepflicht*) је још једно средство из Директива о правним лековима које, заједно са привременим мерама, има за циљ да пружи правну заштиту пре закључења уговора.¹⁷⁹⁵ Обавеза протеча 15, односно десет дана, у зависности од тога да ли је наручилац користио електронска или друга средства комуникације – рачунајући од тренутка одашиљања обавештења неуспешним кандидатима о томе која понуда је одабрана као најбоља, разлозима одбијања осталих понуда, као и планираном датуму закључења уговора, па све до закључења уговора – треба да остави довољно времена свим неуспешним учесницима на тендеру да евентуално покрену поступак ревизије пред надлежном комором, како би се предупредила незаконита додела уговора.¹⁷⁹⁶

Чланом 134 GWB-а, прописани су изузеци од обавезе наручиоца да неуспешне конкуренте информише у писаној форми и без одлагања о томе ко је одабрани понуђач, због чега су остале понуде одбијене и када је планирано закључење уговора. Реч је о ситуацијама у којима због потребе за нарочитом хитношћу у спровођењу набавке или осетљивости предмета набавке,¹⁷⁹⁷ нема довољно времена или није целисходно испоштовати обавезу о информисању осталих учесника (члан 134, став 3 GWB). Бурги

¹⁷⁸⁹ Овај услов се не примењује у случају да је захтев уперен ка одузимању уговору правно дејство: чл. 160, ст. 3, тач. 2 GWB.

¹⁷⁹⁰ Чл. 160, ст. 3, тач. 1 (4) GWB.

¹⁷⁹¹ Чл. 169, ст. 1 GWB.

¹⁷⁹² Вид. чл. 134 BGB-а, који као разлог ништавости предвиђа предузимање правног посла противно изричитој законској забрани; М. Burgi (2011a), 122.

¹⁷⁹³ *Ibid.*

¹⁷⁹⁴ Чл. 169, ст. 2 GWB.

¹⁷⁹⁵ М. Burgi (2011a), 127.

¹⁷⁹⁶ Чл. 134 GWB; М. Burgi (2011a), 127.

¹⁷⁹⁷ Због везе са јавним или државним интересима или могућности утицаја на конкуренцију међу привредним субјектима.

исправно примећује да у тим случајевима отпада и обавеза поштовања периода мировања, будући да он почиње да тече од тренутка слања обавештења.¹⁷⁹⁸

Сам поступак је устројен према истражном начелу, будући да надлежна комора утврђује чињенице и изводи доказе по службеној дужности. Коморе у испитивању законитости спроведене набавке нису везане захтевом и могу, у циљу заштите објективне законитости, на сопствену иницијативу да испитују да ли су у току поступка поштована правила о спровођењу набавке, односно додели концесије.¹⁷⁹⁹ При томе, коморе нису у обавези да темељно испитују законитост спроведене набавке, а у вршењу својих овлашћења дужне су да воде рачуна о томе да се спровођење поступка не омета неоправдано.¹⁸⁰⁰

Доношењу одлуке о законитости оспореног акта или радње наручиоца претходи усмена расправа, која, по правилу, треба да се оконча на једној седници (члан 166, став 1 GWB), што је у складу са принципом процесне економије која прожима целокупан ток поступка. У истом духу су и одредбе којима је прописано да поступак може да се спроведе и одлука донесе и у случају да се једна или све странке не појаве на седници или нису адекватно представљене (члан 166, став 2 GWB), као и она из које произлази могућност комора да одлуку донесу без одржавања усмене расправе, већ само на основу приложене документације. То ће бити случај уколико се *све странке сагласе с тим*, као и у случају да је захтев *очигледно* недопуштен или неоснован (члан 166, став 1 GWB). У вези са потоњим, а на основу начела контрадикторности поступка, уколико се испостави да захтев *није* очигледно недопуштен или неоснован, поступајућа комора ће копију захтева доставити наручиоцу, како би о њему могао да се изјасни. Свој одговор, као и пропратну документацију о спроведеној набавци, наручилац је дужан да учини доступним без одлагања.¹⁸⁰¹

Коморе за набавке одлучују у трочланим већима, која чине председавајући и два придружена члана (од којих је један почасни члан).¹⁸⁰² Ипак, од овог правила постоје одређени изузеци. Тако, уколико је реч о набавци у сектору одбране и безбедности, коморе могу да одлучују у већу које чине председавајући и два почасна члана.¹⁸⁰³ Такође, предмет може да буде додељен председавајућем или почасном члану, да сами и без одржавања седнице донесу одлуку по поднетом захтеву, уколико је предмет такав да нема „значајних чињеничних или правних потешкоћа“, а одлука неће бити од фундаменталног значаја.¹⁸⁰⁴

Одлука мора да буде у писаној форми и образложена, а законски рок у којем су коморе дужне да спроведу поступак и донесу одлуку износи пет недеља од пријема захтева, с тим да председавајући може изузетно да продужи овај рок у случају комплекснијег поступка, у којем постоје „нарочите чињеничне или правне потешкоће“, након обавештавања странака о томе. Такав додатни рок не сме да буде дужи од две недеље, а одлука о његовом продужењу мора да буде образложена (члан 167, став 1 GWB). У циљу што бржег окончања поступка, прописано је и да ће странке сарађивати са коморама у појашњењу чињеница, а може им бити и одређен рок након којег више не могу да упућују нове поднеске (члан 167, став 2 GWB).

Одлуке комора за набавке имају карактер управног акта, што значи и да су непосредно извршиве, у складу са одговарајућим прописима (члан 168, став 3 GWB),

¹⁷⁹⁸ M. Burgi (2011a), 127.

¹⁷⁹⁹ M. Burgi (2011a), 130.

¹⁸⁰⁰ Чл. 163, ст. 1 GWB.

¹⁸⁰¹ Чл. 163, ст. 2 GWB.

¹⁸⁰² Чл. 157, ст. 2 GWB.

¹⁸⁰³ Чл. 157, ст. 2, тач. 5 GWB.

¹⁸⁰⁴ Чл. 157, ст. 3 GWB.

као и да се на њих супсидијарно примењују релевантне одредбе савезног VwVfG-a.¹⁸⁰⁵ Њима се изричу мере које треба да отклоне установљене неправилности у поступку набавке, чиме се надлежна комора имплицитно изјашњава о повреди прописа од стране наручиоца.¹⁸⁰⁶ Како се истиче у литератури, то значи да уколико је захтев био основан, комора може да утиче на „даљи курс“ поступка набавке.¹⁸⁰⁷ Ту има широка овлашћења, али и одређена ограничења, у складу са принципом пропорционалности, као и дискреционим овлашћењем наручиоца. Тако, може да се испитује да ли је одлука наручиоца о додели уговора „арбитрарна, очигледно погрешна, заснована на нетачним и непотпуно утврђеним чињеницама“, односно „заснована на нетачној оцени фактора или стандарда“ који су били одлучујући за доделу уговора.¹⁸⁰⁸ С друге стране, комора не може својом одлуком да наметне наручиоцу да уговор додели одређеном конкуренту.¹⁸⁰⁹

Штелкенс и Шредер као једну од главних разлика између „класичног“ управног поступка и поступка пред коморама за набавке, наводе чињеницу да је у првом случају, пре активирања правних средстава која странкама стоје на располагању, неопходно сачекати окончање поступка пред првостепеним органом, односно истек рокова за издавање управних аката. У другом се, пак, контролни поступак одвија паралелно са поступком пред наручиоцем – док је поступак пред наручиоцем још увек у току, уколико постоји тврдња активно легитимисаног лица да су повређена правила о спровођењу поступка набавке/доделе уговора.¹⁸¹⁰ Ово произлази из члана 97, став 6 GWB-а, у складу са којим привредни субјекти који учествују на тендеру имају право да захтевају и очекују да се поступак спроведе у складу са прописаним правилима.¹⁸¹¹

Као последица описане разлике, замисливе су ситуације у којима је пре доношења одлуке у описаном контролном поступку, наручилац доделио уговор одређеном понуђачу, или окончао поступак набавке на други начин (рецимо, његовим обустављањем, прекидом). Будући да, како смо већ истакли, одлуком коморе не може да се утиче на пуноважно закључен уговор, контролни механизам пред комором за набавке се у одређеној мери обесмишљава. У таквим случајевима једино преостаје да надлежна комора испита захтев овлашћеног субјекта и, уколико установи да је дошло до повреде права подносиоца у поступку доделе уговора, такву повреду формално констатује, како би подносилац захтева по том основу могао да оствари право на накнаду штете у евентуалној парници (члан 168, став 2 GWB).¹⁸¹² С друге стране, уколико се у поступку пред комором установи да је закључени уговор ништав из неког од разлога предвиђених BGB-ом или се поднесе захтев за одузимање правног дејства уговору, у смислу члана 135 GWB (в. *infra* [ii] [g]), поступак пред надлежном комором се наставља све до доношења коначне одлуке.¹⁸¹³

Чланом 182 GWB регулисано је и питање сношења трошкова поступка, у складу са релевантним савезним законом који се односи на административне таксе. По правилу, трошкове сноси страна „губитница“, али постоје изузеци установљени у циљу обезбеђења правичности и једнакости страна у поступку.¹⁸¹⁴ Најзад, у контексту доступности овог механизма правне заштите, релевантан податак је да он није

¹⁸⁰⁵ U. Stelkens (2018a), 44.

¹⁸⁰⁶ *Ibid.*, 128.

¹⁸⁰⁷ U. Stelkens (2018a), 44.

¹⁸⁰⁸ M. Burgi (2011a), 130.

¹⁸⁰⁹ *Ibid.*

¹⁸¹⁰ U. Stelkens (2018a), 43–44.

¹⁸¹¹ *Ibid.*, 44.

¹⁸¹² U. Stelkens (2018a), 44.

¹⁸¹³ *Ibid.*

¹⁸¹⁴ Чл. 182 GWB; M. Burgi (2011a), 117.

бесплатан, већ се за подношење захтева плаћа такса у износу који варира од 2,500 евра до 100.000 евра, у зависности од вредности набавке и ангажованих трошкова, а у одређеном случају може да буде умањен, ради обезбеђења једнакости странака.¹⁸¹⁵

б) Поступак пред судом

Против одлуке или ћутања коморе за набавке, учесницима поступка описаног у претходном одељку стоји на располагању тзв. хитна жалба (нем. *sofortige Beschwerde*), која се подноси надлежном суду у року од две недеље од достављања спорне одлуке или безуспешног протекла рока за њено доношење. Надлежност да одлучују по жалби имају грађански судови, и то виши судови (нем. *Oberlandesgerichte*) за подручје на којем комора за набавке има седиште.¹⁸¹⁶ У оквиру месно надлежног суда, по жалби ће одлучивати веће специјализовано за материју јавних набавки (нем. *Vergabesenate*).¹⁸¹⁷

Поступак по овој жалби уређен је члановима 171-179 GWB-а, а сходно се примењују и одређени чланови ZPO-а. Подносилац у жалби наводи разлоге њеног изјављивања, у ком делу је незадовољан оспореном одлуком, као и основне чињенице и доказе на којима темељи своје тврдње (члан 172, став 2 GWB). Жалба се подноси искључиво преко адвоката, изузев ако је подносилац правно лице јавног права, кога може да заступа државни службеник или други запослени који по својим квалификацијама испуњава услове за судијску функцију (члан 172, став 3 и члан 175 GWB). Примерак (копија) жалбе се доставља и другим учесницима у поступку (члан 172, став 4 GWB).

Жалба упућена суду има суспензивно дејство у односу на оспорену одлуку надлежне коморе, које се окончава две недеље након протекла рока за изјављивање жалбе (члан 173, став 1 GWB). При томе, ако је поступак пред комором окончан забраном доделе уговора, уговор не може да буде закључен изузев ако одлука коморе не буде поништена пред судом.¹⁸¹⁸ Ипак, суд поседује овлашћење да модулира суспензивно дејство жалбе, након што извага ангажоване интересе, с једне стране, наручиоца и шире јавности да се поступак што пре оконча и уговор буде додељен, и с друге стране, интерес жалиоца да се не дозволи закључење уговора пре испитивања законитости ожалбене одлуке.¹⁸¹⁹ Тако, чланом 176 GWB-а прописана је могућност суда да, уколико закључи да негативне последице одлагања доделе уговора до окончања поступка по жалби имају превагу над позитивним, дозволи наручиоцу да оконча поступак набавке и закључи уговор са одабраним понуђачем/кандидатом. Да би до тога дошло, неопходно је да наручилац или привредни субјект чија је понуда изабрана као најбоља и са којим треба да буде закључен уговор, поднесу писани и образложени захтев у том погледу. Суд по оваквом захтеву доноси образложену одлуку против које није допуштена жалба, најкасније у року од пет недеља од дана подношења захтева. Изузетно, у случају правне или чињеничне сложености предмета, председавајући судског већа може да продужи овај рок. У случају негативне одлуке суда по поднетом захтеву, поступак набавке ће се сматрати окончаним након истека рока од десет дана од достављања одлуке суда, изузев ако наручилац предузме мере да поново успостави законитост поступка, у складу са смерницама датим у одлуци.¹⁸²⁰

¹⁸¹⁵ U. Stelkens (2018a), 45.

¹⁸¹⁶ Осим тога, законодавац оставља могућност да се надлежност делегира другим вишим судовима на нивоу земаља или суду највише инстанце. Чл. 171, ст. 4 GWB.

¹⁸¹⁷ U. Stelkens (2018a), 46.

¹⁸¹⁸ Чл. 173, ст. 3 GWB.

¹⁸¹⁹ Чл. 173, ст. 2 GWB.

¹⁸²⁰ Чл. 177 GWB.

Уколико нађе да је жалба основана, суд ће поништити одлуку коморе за набавке и сам донети одлуку по захтеву или наложити комори да донесе нову одлуку у складу са правним схватањем суда. По захтеву, суд ће се изјаснити о томе да ли су права подносиоца повређена актом, односно радњом наручиоца у току поступка.¹⁸²¹

Описани судски поступак представља крај пута правне заштите у овој материји, будући да закон не предвиђа могућност њеног побијања пред Савезним судом (нем. *Bundesgerichtshof*) као највишом инстанцом у оквиру редовног судства. Како исправно примећују Штелкенс и Шредер, ово негативно утиче на уједначење судске праксе, па самим тим и правну сигурност.¹⁸²² Ипак, уколико један од виших судова у својој пресуди одлучи да одступи од одлуке другог вишег суда или Савезног суда, односно од устаљене праксе по одређеном питању, проследиће предмет Савезном суду који ће донети одлуку уместо надлежног суда. При томе, Савезни суд може да се ограничи на одлучивање само о питању по којем постоји размимоилажење, а одлучивање у меритуму да препусти вишем суду, уколико процени да је то целисходно (одговарајуће), на основу чињеничног и правног контекста жалбеног поступка (члан 179, став 2 *GWB*).¹⁸²³

Управо се на примеру описаног судског поступка види „вештачки“ карактер механизма решавања спорова из јавних набавки, односно његово креирање према прагматичним разлозима, уместо према правној природи аката који се оспоравају. Тако, занимљиво је, али и крајње нелогично, да правна заштита против одлуке или ћутања коморе за јавне набавке буде обезбеђена пред редовним, а не управним судством, упркос томе што се таква одлука сматра управним актом. Овој нелогичности доприноси и чињеница да су правила поступка пред коморама за набавке „инспирисана“ принципима управног спора.¹⁸²⁴ Све то говори у прилог томе да је једини разлог што надлежност у овој материји немају управни судови нормативна и политичка процена о преоптерећености управног судства¹⁸²⁵– што је представљало исувише велики ризик за (страна) улагања, чије привлачење и даљи привредни раст су били приоритети тадашње политике.¹⁸²⁶

в) „Секундарна“ правна заштита: спор за накнаду штете

Право на накнаду штете се остварује у парничном поступку, пред надлежним грађанским судом (члан 156, став 3 *GWB*). При томе, овај пут правне заштите постоји независно од тога да ли је претходно вођен поступак пред коморама за набавке, а може да се реализује и током, као и након окончања тог поступка. Уколико је, пак, вођен поступак пред комором за набавке, одлука тог тела о (не)пуноважности закљученог уговора служи као основ за остваривање права на накнаду штете и обавезује поступајући суд.¹⁸²⁷

GWB нормира два основа „секундарне“ правне заштите. Први произлази из члана 180 овог закона и има за циљ да сузбије (или макар умањи) евентуалне злоупотребе права на правну заштиту у материји јавних набавки. Наиме, предметним чланом је предвиђено да ће подносилац захтева којим се иницира поступак пред комором за набавке, односно жалилац у поступку по хитној жалби чији је поднесак *очигледно*

¹⁸²¹ Сходно се примењује одредба чл. 168 (2) овог закона. Чл. 178 *GWB*.

¹⁸²² U. Stelkens (2018a), 46.

¹⁸²³ *Ibid.*

¹⁸²⁴ U. Stelkens (2018a), 46 fn. 62.

¹⁸²⁵ Преоптерећеност управног судства, истиче се у литератури, делимично је последица и повећања интензитета судске контроле управе и проширења круга људских права која су уживала правну заштиту након 1949. године. A. von Bognandy, P. M. Huber, 229.

¹⁸²⁶ U. Stelkens (2021b), 158.

¹⁸²⁷ U. Stelkens (2018a), 47.

неоснован, бити у обавези да супротним странкама накнади штету коју су претрпели учешћем у овим поступцима (члан 180, став 1 GWB). Злоупотреба права нарочито постоји у следећим случајевима: 1) уколико је подносилац захтева/жалилац својим нетачним тврдњама учињеним намерно или грубом непажњом довео до одлагања поступка набавке; 2) ако је поступак пред комором за набавке покренут с намером опструисања поступка набавке или nanoшења штете конкуренцији или 3) је захтев/жалба поднета с намером накнадног повлачења, у замену за новац или друге привилегије (члан 180, став 2, тачке 1–3 GWB). Коначно, уколико се испостави да су привремене мере које је изрекла надлежна комора за набавке у складу са чланом 169, став 3 GWB, *ab initio* неосноване, подносилац захтева ће наручиоцу накнадити штету коју је претрпео извршењем ових мера (члан 180, став 3 GWB). У питању је могућност Коморе да, по посебном захтеву, изрекне додатне привремене мере, уколико су у току поступка набавке било која права подносиоца захтева на основу члана 97, став 6 GWB, угрожена на други начин осим непосредном доделом уговора.

Други основ произлази из члана 181 GWB-а и потпуно је независан у односу на остале захтеве за остваривање правне заштите у овој материји.¹⁸²⁸ Њиме се тежи, с једне стране, правичној сатисфакцији неуспешних учесника на тендеру, који су због повреде правила поступка за спровођење набавке и доделу уговора од стране наручиоца изгубили „шансу“ да им уговор буде додељен. С друге стране, пак, на тај начин се обезбеђује и заштита објективне законитости, будући да се санкционише наручиочево кршење прописа о јавним набавкама.¹⁸²⁹ Услови за остваривање права на накнаду штете по овом основу, укључују: 1) повреду прописа од стране наручиоца;¹⁸³⁰ 2) да подносилац захтева докаже да би имао стварну шансу (нем. *echte Chance*) да му уговор буде додељен да није дошло до ове повреде¹⁸³¹ и, најзад, 3) да постоји узрочност између губитка стварне шансе и повреде прописа од стране наручиоца.¹⁸³²

Из наведеног закључујемо да су активно легитимисани неуспешни конкуренти који докажу да су имали реалан интерес за доделу уговора, као и да би им уговор био додељен да није дошло до повреде правила о јавним набавкама од стране наручиоца.¹⁸³³ Најчешће ће то бити учесници претходних поступака, односно учесници на тендеру, али Бурги истиче да то неће нужно бити случај јер поједини привредни субјекти можда управо због наводне повреде правила о јавним набавкама од наручиоца нису могли да учествују и поднесу понуду; важно је, само, да су у вези са тендером претрпели штету.¹⁸³⁴

Опсег новчане сатисфакције укључује стварну штету, која се своди на трошкове учешћа на тендеру и/или припреме конкурсне документације, не и измакле добити.¹⁸³⁵

(ii) Спорови до којих долази након закључења уговора

Већ је истакнуто да су уговори о јавним набавкама и концесијама у немачком праву, по правилу, класификовани као грађанскоправни уговори. Оваква концепција, употпуњена темељним принципом о недодирљивости закљученог уговора (лат. *pacta*

¹⁸²⁸ Martin Burgi, “Damages and EC Procurement Law: German Perspectives”, *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy* (eds. D. Fairgrieve, F. Lichère), Hart publishing, London 2011 (у даљем тексту цитирано као: М. Burgi 2011b), 22.

¹⁸²⁹ Martin Burgi, *Vergaberecht, Systematische Erläuterung für Praxis und Ausbildung*, 3. Auflage, Beck, München, 2021, 266.

¹⁸³⁰ При чему се не тражи кривица на страни наручиоца. *Ibid.*

¹⁸³¹ Дакле, не мора да доказује да би баш њему био додељен уговор.

¹⁸³² М. Burgi (2021), 267.

¹⁸³³ U. Stelkens (2018a), 47.

¹⁸³⁴ М. Burgi (2011b), 23–24.

¹⁸³⁵ U. Stelkens (2018a), 47.

sunt servanda), као и „реповима“ такође поменутог доктринарног конструкта о држави (и њеној управи) као фискусу, утицала је на однос уговорних страна и обликовала механизам правне заштите у фази након закључења уговора.

Тако, уговорне стране су у потпуности равноправне, што значи да осим ако тако нешто није предвиђено самим уговором, јавноправни субјект не може једнострано да измени или раскине уговор, односно да приватном сауговарачу изриче санкције.¹⁸³⁶ Ту видимо јасну разлику у односу на француско право. Последично, обе уговорне стране би, у случају да друга не извршава своју уговорну обавезу (уопште или на адекватан начин), имале могућност да се обрате надлежном грађанском суду и своја права покушају да заштите у парничном поступку.¹⁸³⁷ При томе, и суд има веома ограничена овлашћења, па тако у случају да уговор погађа санкција ништавости услед неког од разлога прописаних грађанским правом, надлежни суд ову чињеницу може само формално да констатује.¹⁸³⁸ Овакво схватање о недодирљивости створених уговорних односа,¹⁸³⁹ оставило је печат и на претходно описани механизам пред коморама за набавке, односно вишим судовима који, како смо видели, имају широка истражна овлашћења и могућност да „утичу на курс“ поступка набавке, али се то завршава моментом закључења уговора.

Могућност трећих лица да утичу на уговорни однос иницијално је била ограничена. Штелкенс указује на то да је једини *a posteriori* механизам правне заштите који су неуспешни конкуренти имали на располагању, било право на накнаду штете по основу квазиуговорне одговорности органа (*culpa in contrahendo*), односно „повреде предуговорног односа поверења између наручиоца и конкурената у поступку доделе уговора“ (в. *infra* [д]).¹⁸⁴⁰ С друге стране, било је незамисливо да било која друга категорија трећих лица (нпр. порески обвезници, корисници јавне услуге која је предмет уговора) напада закључени уговор или било коју одлуку наручиоца у поступку доделе и/или извршења уговора,¹⁸⁴¹ као што је случај у француском праву.

Међутим, под јаким утицајем права ЕУ и праксе Суда правде, уведени су одређени механизми који треба да обезбеде неопходну флексибилност у циљу заштите јавног интереса који се тичу могућности накнадне измене уговора од стране наручиоца (а), право наручиоца да у посебним случајевима раскине уговор пре истека рока на који је закључен (б), као и могућности да се на основу одлуке надлежног контролног тела, под прописаним условима, одузме правно дејство уговору (в).¹⁸⁴² Осим тога, правом појединих земаља уведене су додатне обавезе јавноправним субјектима, које на посредан начин дају могућност широј категорији трећих лица да утичу на уговоре о јавним набавкама (д).

а) Могућност накнадне измене уговора од стране наручиоца

Члан 132 *GWB*-а нормира случајеве када је, у складу са прописаним условима, наручиоцу допуштено да модификује закључени уговор, без обавезе да поново спроведе поступак набавке и, насупрот томе, случајеве недопуштене накнадне измене

¹⁸³⁶ *Ibid.*, 55.

¹⁸³⁷ *Ibid.*

¹⁸³⁸ *Ibid.*

¹⁸³⁹ Осим у случајевима најтеже незаконитости, када се сматра да уговор није ни настао, а његове правне последице ретроактивно „бришу“.

¹⁸⁴⁰ U. Stelkens (2021b), 152.

¹⁸⁴¹ U. Stelkens (2018a), 61–62.

¹⁸⁴² U. Stelkens (2018a), 55–56.

уговора. Поменути чланом дословце је пренет истоимени члан 72 Директиве 2014/24/EU.¹⁸⁴³

Тако, „значајне измене“ (нем. *wesentliche Änderungen*) захтевају спровођења новог поступка набавке.¹⁸⁴⁴ Измене се сматрају *значајним* уколико резултују суштински другачијим уговором у односу на онај који је закључен, а нарочито уколико би се тиме: а) *утицало на слободну конкуренцију*, кроз увођење нових услова на основу којих би било могуће да у поступку учествују и други кандидати/понуђачи, уговор би био додељен другом учеснику или би поступак изазвао интересовање ширег круга привредних субјеката (члан 132, став 1, тачка 1 (1-3) GWB);¹⁸⁴⁵ б) *пореметила економска равнотежа уговора* у корист приватног сауговорача, а то није било предвиђено уговорним одредбама (члан 132, став 1, тачка 2 GWB);¹⁸⁴⁶ в) *драстично проширио опсег/домаћај уговора* (члан 132, ст. 1, тачка 3 GWB)¹⁸⁴⁷ или се г) *мења сауговорач наручиоца*, осим у случајевима када је то допуштено у складу са законом (члан 132, став 1, тачка 4 GWB).¹⁸⁴⁸

Истим чланом нормиране су и ситуације када је измена уговора без спровођења новог поступка набавке допуштена, али је важно да се изменама не задире у природу уговора. То ће бити случај:

- 1) уколико је таква могућност била предвиђена иницијалном документацијом о набавци на јасан, прецизан и недвосмислен начин;
- 2) ако измене укључују набавку додатних добара, радова или услуга, у случају када промена привредног субјекта са којим је закључен уговор није могућа а) из економских или техничких разлога или би б) проузроковала знатне потешкоће и трошкове за наручиоца;
- 3) ако су измене узроковане непредвиђеним околностима, које ни савестан наручилац није могао да предвиди, а тиме се не мења природа уговора или
- 4) уколико нови привредни субјект замењује иницијалног сауговорача наручиоца, а) у складу са уговорним одредбама; б) у случају корпоративног реструктурирања, као што су преузимање, спајање, инсолвентност или слично, а други привредни субјект испуњава иницијалне услове за квалитативни избор привредног субјекта, односно
- 5) ако наручилац преузима извршење обавеза привредног субјекта са којим је закључио уговор, према подизвођачима (члан 132, став 2, тачка 1 GWB).¹⁸⁴⁹

При томе, у случајевима да се измене тичу додатне набавке или да су последица непредвиђених околности, законодавац уводи забрану измене цене која би прелазила 50% уговорене вредности, као и уколико је циљ измене изигравање одредаба овог

¹⁸⁴³ Piotr Bogdanowicz, “Article 72: Modification of Contracts During their Term”, *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU* (eds. R. Caranta, A. Sanchez-Graells), Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2021, 776 – 797.

¹⁸⁴⁴ Чл. 132, ст. 1 GWB.

¹⁸⁴⁵ Богданович говори о случајевима хипотетичких измена услова набавке, вид. P. Bogdanowicz (2021), 792–794.

¹⁸⁴⁶ Упор. *Ibid.*, 794–795.

¹⁸⁴⁷ *Ibid.*, 795.

¹⁸⁴⁸ Упор. *Ibid.*, 795–796.

¹⁸⁴⁹ Упор. *Ibid.*, 779–791.

закона. Уколико има више сукцесивних измена уговора, ово ограничење се примењује на сваку појединачно (члан 132, став 2, тачка 2 GWB).

Такође, измена уговора без спровођења нове набавке могућа је и у случају да се не мења природа уговора, а измена цене: а) не прелази износе прописаних финансијских прагова и б) не износи више од 10% оригиналне цене у случају уговора о набавци добара и услуга, односно више од 15% у случају набавке радова (члан 132, став 3 GWB).

Најзад, у складу са принципом транспарентности, измене које укључују додатне радове, услуге или добра, као и оне које су последица промењених околности, обавезују наручиоца да их објави у службеном гласилу ЕУ (члан 132, став 5 GWB).¹⁸⁵⁰

На примеру приказаног члана јасно је да је немачки законодавац остао веран традиционалном приступу преношења европских директива, који се своди на имплементацију само нужних захтева из директива. Дакле, ни у овом случају није показана воља законодавца да оде даље од минимума који и сама директива предвиђа.

б) Могућност раскида уговора у посебним случајевима

Према речима Кирси-Марија Халонен (*Kirsi-Maria Halonen*), управо је богата пракса Суда правде ЕУ у вези са незаконитом директном доделом уговора о јавним набавкама у немачком праву, као последице неадекватног система правне заштите након закључења уговора, послужила као инспирација и основ за увођење механизма којима се уговор уклања из правног поретка у случају озбиљне повреде европског права јавних набавки, као и националног права којим се оно преноси.

Те могућности оличене су како у лишавању уговора правног дејства (енг. *remedy of ineffectiveness*) под одређеним условима, тако и једностраном раскиду уговора у смислу члана 73 Директиве 2014/24/ЕУ.¹⁸⁵¹ Оба механизма су инкорпорисана у немачко право, а други одредбом члана 133 GWB-а (нем. *Kündigung von öffentlichen Aufträgen in besonderen Fällen*).¹⁸⁵² На тај начин је немачко право прешло дуг пут од „лошег ђака“ када је реч о правној заштити након закључења уговора, све до потпуне усаглашености са европским правом у овој области. То је нагнало поједине ауторе да примете да је у току својеврсна изградња тзв. посебног „приватног управног права“, па чак и да се запитају да ли се право јавних набавки приближава терену јавног права (ми додајемо, правном режиму управних уговора у смислу VwVfG-а).¹⁸⁵³

Поменути члан 133 GWB-а предвиђа овлашћење наручиоца да раскине уговор у току његовог трајања, независно од могућности да се тражи лишавање уговора правног дејства у смислу члана 135 GWB-а (вид. *infra*), уколико је:

- 1) извршена значајна измена уговора, која је изискивала спровођење новог поступка набавке у складу са чланом 132 овог закона;
- 2) у тренутку доделе уговора, постојао један од разлога за искључење привредног субјекта којем је уговор додељен у смислу члана 123, ст. 1 – 4 овог закона или је

¹⁸⁵⁰ За критику решења којим се обавеза транспарентности тј. објављивања измена ограничава само на ова два случаја вид. *Ibid.*, 790–791.

¹⁸⁵¹ Kirsi-Maria Hallonen, “Article 73: Termination of Contracts”, *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU* (eds. R. Caranta, A. Sanchez-Graells), Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2021, 798.

¹⁸⁵² U. Stelkens (2018a), 60–61.

¹⁸⁵³ *Ibid.*, 61.

3) одлуком Суда правде ЕУ установљена¹⁸⁵⁴ озбиљна повреда европских прописа о јавним набавкама, односно овог прописа, услед чега уговор није смео да буде додељен том привредном субјекту.¹⁸⁵⁵

Члан 73 Директиве 2014/24/ЕУ препушта националном законодавцу да евентуално пропише нове случајеве у којима наручиоци могу да користе ово овлашћење, као и да регулишу остала питања у вези са овим механизмом; примера ради, да ли ће бити у питању право или обавеза наручиоца; могућност раскида уговора и на основу одлуке националног суда о повреди националног/европског права; питање одговорности и накнаде штете и слично.¹⁸⁵⁶ Међутим, већ на први поглед је јасно да се немачки законодавац ограничио на минимум из Директиве, преузимајући готово дословце одредбу поменутог члана 73 Директиве 2014/24/ЕУ.¹⁸⁵⁷ Штавише, нису предвиђени додатни разлози из којих је могуће раскинути уговор, иако Директива оставља простор за то.¹⁸⁵⁸ Овакав приступ нимало не чуди, како због већ описаног начина на који се европске директиве иначе преносе у национално право, тако и због чињенице да се управо овај механизам највише коси са основним принципима немачког уговорног права, као што су начело *pacta sunt servanda*, али и начела правне сигурности и непредвидивости.¹⁸⁵⁹

Осим тога, како истичу Штелкенс и Шредер, опремање наручилаца тако значајним инструментом, тешко је помирити са стављањем управе на исту раван са појединцима када закључују уговоре приватног права. Како би се „неравнотежа снага“ између уговорних страна ублажила, додате су одредбе које члан 73 Директиве 2014/24/ЕУ не предвиђа изричито, а тичу се права на накнаду штете. Тако, прописано је да привредни субјект има право на рефундацију трошкова које је имао у вези са дотадашњим ангажовањем, осим уколико до раскида долази због тога што је у тренутку доделе уговора постојао један од разлога његовог обавезног изузећа, и то у оној мери у којој претходно ангажовање привредног субјекта није било од интереса за јавног наручиоца као резултат раскида.¹⁸⁶⁰ Такође, наглашено је да право на потраживање накнаде штете није искључено уколико дође до раскида уговора.¹⁸⁶¹ Разлог, као што смо претходно рекли, треба тражити у држању немачког законодавца за круте поставке уговорног права, како би се спречило неосновано обогаћење наручиоца.

Поред привредних субјеката, и сами наручиоци могу да буду титулари права на накнаду штете,¹⁸⁶² чиме се обезбеђује економска (и правна) равнотежа између уговорних страна, у складу са начелом сразмерности (пропорционалности).¹⁸⁶³

в) Поништавање уговора у смислу члана 135 *ГWB*

У претходном одељку је указано на то да је немачко право, услед притиска права ЕУ и праксе Суда правде, било приморано да прилагоди дотадашњи систем правне заштите, како би се омогућило уклањање непуноважних уговора из правног поретка – чиме се додатно јача и штити објективна законитост. Ово прилагођавање изнедрило је, поред већ описаног механизма једностраног раскида уговора од стране наручиоца, и могућност лишавања уговора правног дејства на основу одлуке контролног тела. У

¹⁸⁵⁴ Закон прецизира да је реч о поступку уређеном чл. 258 УФЕУ.

¹⁸⁵⁵ Чл. 133 *ГWB*, ст. 1, тач. 1–3.

¹⁸⁵⁶ К.-М. Hallonen, 805–806, 808.

¹⁸⁵⁷ Упор. са чл. 73 Директиве 2014/24/ЕУ.

¹⁸⁵⁸ К.-М. Hallonen, 801.

¹⁸⁵⁹ *Ibid.*, 804–805,

¹⁸⁶⁰ Чл. 133, ст. 2 *ГWB*.

¹⁸⁶¹ Чл. 133, ст. 3 *ГWB*.

¹⁸⁶² U. Stelkens (2018a), 60.

¹⁸⁶³ К.-М. Hallonen, 808.

питању је механизам из члана 135 GWB-а, насловљен „не(пуно)важност“ (нем. *Unwirksamkeit*), којим се преноси одредба из члана 2д Директиве о правним лековима (енг. *remedy of ineffectiveness*).

Предметним чланом GWB-а, прописано је да ће се уговор сматрати не(пуно)важним *ab initio*, у једној од две алтернативно постављене ситуације:

1) ако је наручилац прекршио одредбу из члана 134 GWB-а која се односи на обавезу обезбеђења транспарентности у поступку набавке, кроз информисање свих учесника на тендеру о победничкој понуди, разлозима због којих је њихова понуда одбијена, као и најранијем датуму планираног закључења уговора, односно обавеза поштовања периода мировања или

2) ако је наручилац доделио уговор без претходног објављивања позива или обавештења у службеном гласилу ЕУ, а није реч о ситуацијама у којима закон допушта одступање од правила о транспарентности, уколико су ове повреде утврђене у контролном поступку од стране надлежног органа.¹⁸⁶⁴

Из пренете одредбе можемо да изведемо три прелиминарна закључка. Прво, да се немачки законодавац определио за то да ефекат лишавања уговора правног дејства буде ретроактиван, тј. да га уподобљава *поништавању* уговора.¹⁸⁶⁵ Друго, до поништавања не долази аутоматски, већ искључиво на основу одлуке надлежног контролног тела.¹⁸⁶⁶ Другим речима, на основу одлуке надлежне коморе за набавке. Треће, разлози из којих уговор може бити поништен у потпуности се ослањају на разлоге које предвиђа и члан 2д Директиве о правним лековима.

Члан 135, став 2 GWB-а ближе регулише питање поступка и рокова за поништавање уговора у наведеним случајевима. Наиме, уговор може да буде поништен само уколико у том погледу постоји захтев постављен у поступку пред комором за набавке, и то у року од 30 дана од обавештавања погођених кандидата и понуђача (нем. *betroffenen Bieter und Bewerber*), а најкасније у року од шест месеци од закључења уговора. Уколико је наручилац одлуку о додели уговора објавио у службеном гласилу ЕУ, истек рока за подношење захтева за поништавање уговора истиче 30 календарских дана након тог обавештења. Увођење преклузивних¹⁸⁶⁷ рокова унутар којих је могуће поднети захтев за поништавање уговора је у складу са Директивом о правним лековима,¹⁸⁶⁸ и треба да обезбеди правну сигурност и извесност, као и да помири заштиту субјективних права учесника на тендеру и објективне законитости.

Најзад, у складу са словом већ поменутог члана 2д Директиве о правним лековима, прописани су и изузеци од могућности да се уговор поништи из једног од претходно наведених разлога. То је могуће уколико су испуњени следећи, кумулативно постављени, услови:

- 1) када наручилац сматра да је допуштено закључење уговора без претходног објављивања обавештења о томе у службеном гласилу ЕУ;
- 2) наручилац је у службеном гласилу ЕУ објавио намеру да закључи уговор и

¹⁸⁶⁴ Чл. 135, ст. 1, тач. 1–2 GWB.

¹⁸⁶⁵ Што је у складу са решењем из чл. 2 д, ст. 2 Директиве 89/665/ЕЕЗ, која питање правног дејства препушта националном праву. М. Burgi (2011а), 138

¹⁸⁶⁶ Уводна изјава 13 Директиве 89/665/ЕЕЗ о правним лековима, након измена из 2007. године, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A01989L0665-20140417>, 28. новембар 2021.

¹⁸⁶⁷ М. Burgi (2011а), 139.

¹⁸⁶⁸ Вид. Уводну изјаву 27 Директиве 89/665/ЕЕЗ о правним лековима, након измена из 2007. године.

3) уговор није закључен пре истека рока од десет календарских дана од дана објављивања те намере.¹⁸⁶⁹

Истом одредбом је прецизирано које податке таква објава треба да садржи. Ту спадају назив и контакт подаци наручиоца, опис предмета уговора, образложење одлуке да се уговор додели без претходног обавештења у службеном гласилу ЕУ, као и назив и контакт привредног субјекта којем наручилац намерава да додели уговор.¹⁸⁷⁰

Управо на примеру немачког права се види (практична) потреба да се и у начелно равноправним уговорним односима орган опреми инструментима којима ће, по потреби, обезбедити заштиту јавног интереса. Последично, описаним механизмом признаје се, додуше имплицитно, да су уговори о јавним набавкама (и концесијама) по својој природи далеко ближи уговорима који су квалификовани као управни уговори у ужем смислу тј. јавноправним уговорима.¹⁸⁷¹ Стога се поставља питање оправданости раздвајања режима правне заштите којима су те две категорије уговора подвргнуте.

г) „Секундарна“ правна заштита: спор за накнаду штете

Код уговора изнад прагова, где постоји детаљно разрађени и специјализовани механизам примарне правне заштите (в. *supra* 2.2.1 [i]), разумљиво је да секундарна заштита игра маргиналну улогу јер је неуспешним конкурентима примарни циљ да им буде додељен уговор.¹⁸⁷² Ипак, немачко право омогућава неуспешним конкурентима, а у одређеним случајевима, и наручиоцима, да по неколико основа потражују накнаду штете која можда неће „излечити“ насталу повреду, али ће њеним титуларима макар пружити одговарајућу новчану сатисфакцију.¹⁸⁷³

Пре него што прикажемо те правне основе, потребно је да се укратко осврнемо на однос између примарне и секундарне правне заштите. Наиме, у теорији и пракси се поставило питање да ли неуспешни конкурент пре потраживања накнаде штете, треба да покуша да заштити своја права путем контролног механизма који предвиђа *GWБ* (вид. *supra*). Савезни врховни суд (нем. *Bundesgerichtshof*) је ту дилему отклонио, истичући да је реч о два одвојена механизма која се могу активирати независно један од другог.¹⁸⁷⁴

Најзаступљенији основ накнаде штете је у вези са квазиуговорном одговорношћу наручиоца (*culpa in contrahendo*) и темељи се на општим правилима облигационог права, садржаним у одредбама члана 241, став 2, члана 280, став 1 и члана 311, став 2 *BGB*-а.¹⁸⁷⁵ Како Бурги објашњава, овај основ накнаде штете заснован је на специфичном односу поверења који се рађа између наручиоца и учесника на тендеру. Наиме, учешћем у поступку доделе уговора, ствара се квазиуговорни однос између наручиоца и конкурената, из чега произлазе одређена права конкурената и обавезе наручиоца, независно од тога да ли је понуда заиста упућена наручиоцу. С једне стране, наручилац је у обавези да конкурентима пружи одговарајуће информације, да третира сваког учесника подједнако (равноправно) и да се придржава осталих правила поступка за доделу уговора. С друге стране, конкуренти имају легитимно очекивање да ће се ове обавезе поштовати.¹⁸⁷⁶ У супротном, на располагању им стоји могућност потраживања накнаде штете. Како би захтев био успешан потребна је скривљена

¹⁸⁶⁹ Чл. 135, ст. 3, тач. 1(1-3) *GWБ*.

¹⁸⁷⁰ Чл. 135, ст. 3, тач. 2 (1) *GWБ*.

¹⁸⁷¹ U. Stelkens (2018a), 61.

¹⁸⁷² M. Burgi (2021), 265; M. Burgi (2011b), 37.

¹⁸⁷³ M. Burgi (2021), 266.

¹⁸⁷⁴ Наведено према: *Ibid.*, 265.

¹⁸⁷⁵ M. Burgi (2011b), 27.

¹⁸⁷⁶ *Ibid.*, 28.

одговорност наручиоца (намера или груба непажња).¹⁸⁷⁷ Ипак, наручилац може да се ослободи одговорности уколико докаже да би подносилац захтева претрпео штету и да је наручилац у свему поштовао правила поступка – концепт који се у немачкој доктрини назива „законито алтернативно држање или понашање“ (нем. *rechtmäßiges Alternativverhalten*).¹⁸⁷⁸ Подносилац захтева има право на интегралну накнаду штете, која обухвата како стварну штету (укључујући трошкове припреме конкурсне документације и учешћа у поступку набавке), тако и измаклу добит.¹⁸⁷⁹ Уколико је подносилац захтева допринео настанку штете, додељени износ се умањује сразмерно том доприносу.¹⁸⁸⁰

Остали основи накнаде штете су у пракси знатно ређи од претходно описаног и титуларима стоје на располагању тек ако по претходном основу, као ни оном који произлази из већ описане одредбе члана 181 GWB-а, није могуће остварити накнаду штете. Конкретно, у питању су деликтна одговорност наручиоца за повреду заштитне норме (члан 823, став 1 и 2 и члан 826 BGB) и повреда прописа о забрани спречавања конкуренције (члан 33, став 1 и члан 20 GWB).¹⁸⁸¹ Коначно, наручилац може остварити право на накнаду штете у случају злоупотребе права на правну заштиту, у складу са чланом 180 GWB (в. *supra* 2.2.1 (i) [в]).

Када је реч о надлежности за одлучивање о захтевима за накнаду штете, подсећамо да је, за разлику од спорова за накнаду штете код јавноправних уговора, она овде поверена редовним (грађанским) судовима на нивоу земаља (нем. *Landesgerichte*).¹⁸⁸² Дакле, накнада штете код уговора о јавним набавкама се потражује у парничном поступку, који се спроводи у складу са правилима грађанског процесног права из ZPO-а, и то по кондемпнаторној тужби (нем. *Leistungsklage*).¹⁸⁸³

д) Правна заштита трећих лица

За разлику од механизма правне заштите из претходне фазе, у којем је тежиште на заштити права и правних интереса трећих лица, односно неуспешних претендената на уговор, у фази извршења уговора трећа лица имају веома ограничену могућност да нападају уговор и на располагању им стоји само накнада штете. Такође, сматра се да су тешко замисливе ситуације у којима би једна шира категорија трећих лица (нпр. корисници одређене услуге) могла да има интерес за тако нешто.¹⁸⁸⁴

Штелкенс и Шредер простор за значајнију улогу трећих лица у контроли над поступком доделе уговора, виде у прописима усвојеним на нивоу појединих земаља, у склопу тенденција да се ојача транспарентност у раду управе. Као пример наводе пропис у Хамбургу који обавезује наручиоце да на својој интернет страници објаве садржину уговора који за предмет има радове на јавној инфраструктури или пружање услуга од општег интереса, а чија вредност прелази 100.000 евра, како би се широј јавности оставила могућност да се упозна са садржином таквих уговора.¹⁸⁸⁵ При томе, органи су у обавези да у саме уговоре унесу одредбу о томе да ће исти почети да производи правна дејства тек протеком рока од месец дана од његовог објављивања на

¹⁸⁷⁷ *Ibid.*

¹⁸⁷⁸ *Ibid.*

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*, 29.

¹⁸⁸⁰ *Ibid.*, 28.

¹⁸⁸¹ M. Burgi (2021), 268.

¹⁸⁸² Чл. 87 GWB; M. Burgi (2021), 266.

¹⁸⁸³ Emilie Chevalier, “Remedies and Consequences of Court Decisions”, *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action* (eds. C. Backes, M. Eliantonio), Hart Publishing, Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Oxford 2019, 612.

¹⁸⁸⁴ U. Stelkens (2018a), 62.

¹⁸⁸⁵ *Ibid.*

интернет страници органа.¹⁸⁸⁶ На тај начин, сматрају ови аутори, оставља се простор за јачу контролу јавног мњења над уговорном делатношћу надлежних органа, која се директно тиче локалног становништва. Ипак, остаје да се види да ли је реч о својеврсном тренду или, пак, изолованом примеру добре праксе.¹⁸⁸⁷

2.2.2 Уговори испод прагова

Разлике између правног режима „изнад“ и „испод прагова“, посебно долазе до изражаја на терену правне заштите учесника на тендеру. Наиме, механизми описани у одељку 2.2.1 које предвиђа *GWB*, односе се на набавке на савезном нивоу, као и оне на нивоу земаља уколико прелазе прописане вредности. Насупрот томе, чак ни новоусвојеним прописима који ближе регулишу поступак доделе уговора испод прагова (вид. одељак 2.2.2 [ii] друге главе), не установљава се еквивалентан механизам примарне заштите привредних субјеката, који би омогућио благовремену и ефикасну заштиту од кршења правила о додели уговора и арбитрарног поступања (одлучивања) наручиоца. Дакле, обавеза информисања учесника на тендеру, као предуслов за остваривање правне заштите, период мировања и суспензивно дејство евентуално коришћених правних средстава, нису гарантовани у случају ове категорије уговора. Осим тога, већ је речено да се на ове уговоре, махом, примењују буџетски прописи, те се и *ratio* поступака доделе оваквих уговора углавном своди на обезбеђење рационалног трошења буџетских средстава.¹⁸⁸⁸

Дуални систем је и у судској пракси и у стручној литератури представљао извор бројних дилема и дискусија.¹⁸⁸⁹ Иако је јасно да се примарна заштита учесника на тендеру у смислу члана 155 и даље *GWB*-а односи само на уговоре изнад прагова, поставило се питање да ли то значи да уговори испод прагова представљају, према речима Хорна (*Horn*) и Хофмана (*Hoffman*), „зону без правне заштите“ (нем. *rechtsschutzfreie Zone*).¹⁸⁹⁰ Исти аутори указују на то да је кључни моменат у овој дебати била пресуда вишег управног суда у Кобленцу (*OVG Koblenz*) из 2005. године, који је на мала врата у материју управних уговора поново увео „теорију две етапе“ (нем. *Zweistufentheorie*). Наиме, овај суд је заузео став да поступак јавне набавке представља посебан управни поступак, који се окончава доношењем управног акта о додели уговора. Спорове до којих дође у тој фази или етапи, треба да решавају управни судови. Насупрот томе, спорове настале након закључења уговора треба ставити под окриље редовног судства.¹⁸⁹¹

Поменута пресуда је поларизовала како (управно) судство у Немачкој, тако и доктрину. Једни су се приклонили становишту израженом у пресуди, док су га други оштро критиковали. Једна од главних критика односила се природе одлуке о додели уговора (нем. *Zuschlag*) која, како смо већ видели, према већинском становишту у теорији представља само прихват понуде у смислу грађанскоправних прописа.¹⁸⁹² Расправу је додатно „распламсао“ став Савезног уставног суда Немачке (нем. *Bundesverfassungsgericht*) из 2006. године, у којем је истакнуто да није противно уставу

¹⁸⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸⁸ Lutz Horn, Jens Hoffman, „Nachprüfungsverfahren“, *Beck'scher Vergaberechtskommentar* (Hrsg. M. Burgi, M. Dreher), Band 1, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – *GWB* – 4. Teil, 3. Auflage Beck, 2017, 1310.

¹⁸⁸⁹ Friedrich Schoch, „§50: Gerichtliche Verwaltungskontrollen“, Wolfgang Hoffman-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann, Andreas Voßkuhle (Hrsg.) *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band III, Beck, München, 2009, 743–746.

¹⁸⁹⁰ L. Horn, J. Hoffman, 1311.

¹⁸⁹¹ *Ibid.*

¹⁸⁹² Чл. 127 (*Zuschlag*) *GWB*; Чл. 147–150 *BGB*.

да постоје два паралелна, али и различита пута правне заштите за уговоре изнад и испод прагова, као и да тиме учесници на тендеру за доделу потоњих уговора нису дискриминисани.¹⁸⁹³ Напротив, њима је правна заштита од повреде прописа (у овом случају, оних који регулишу поступак доделе уговора о јавним набавкама) обезбеђена како кроз начело законитости из члана 20, став 3 GG-а,¹⁸⁹⁴ тако и кроз „отворени“ пут правне заштите пред судовима опште надлежности у смислу члана 19, став 4 GG-а.¹⁸⁹⁵

Годину дана касније је и Савезни управни суд (нем. *Bundesverwaltungsgericht*) истакао да учесници на тендеру, код уговора испод прагова, своја права и правне интересе треба да заштите пред редовним, а не управним судством.¹⁸⁹⁶ Највиша управносудска инстанца у Немачкој је своје становиште утемељила на неколико аргумената.

Прво, да се органи јавне власти у улози наручиоца налазе у позицији аналогној оној у којој су и појединци као учесници на тржишту.¹⁸⁹⁷ Оваквом ставу суда се много тога може замерити.¹⁸⁹⁸ Пре свега, мишљења смо да наручиоци – као јавноправни субјекти – нипошто не могу да се поистовете са појединцима на тржишту, с обзиром на то да су део јавног сектора и, самим тим, у обавези да се старају о реализацији и заштити јавних интереса. Ти захтеви су уткани и у поступак набавке и доделе уговора, који карактеришу бројне обавезе и ограничења наручилаца, које немају свој еквивалент у грађанском праву, управо због потребе да се заштите важни јавни интереси као и чињенице да су јавне набавке препознате не само као значајан инструмент привредног раста, већ и инструмент за реализацију важних јавних политика (социјалних, еколошких и других). Осим тога, приликом набавке добара, радова и услуга – макар они били за потребе обављања редовних послова – наручиоци не троше сопствени новац, већ новац из буџета, за чију рационалну и наменску употребу су одговорни.

Друго, овај суд је одбацио примену горепоменуте теорије две етапе, сматрајући да је постављена на погрешним премисама, с обзиром на то да се поступак јавне набавке и доделе уговора уопште и не састоји из две етапе. Напротив, додела и закључење уговора представљају једну исту „етапу“, односно прихват понуде упућене од стране учесника на тендеру, у складу са правилима грађанског права.¹⁸⁹⁹

Треће, Савезни управни суд је нашао да се закључак о „примарној правној заштити“ може извести на основу секундарне правне заштите, која је, пак, на терену грађанског права. Тако, овај суд се ослонио на судску праксу судова немачких земаља, којима се упућивањем позива на достављање понуда и учешћем на тендеру, између наручиоца и привредних субјеката рађа однос поверења упоредив са уговорним односом и из којег произлази обавеза једних и других да се понашају с дужном пажњом и поштују правила којима је поступак уподобљен.¹⁹⁰⁰ Последишно, повреда тако успостављеног „поверења“ рађа право на накнаду штете, према правилима о уговорној одговорности. Како у поступку за накнаду штете надлежност имају редовни судови, и примарна заштита би требало њима да буде поверена.¹⁹⁰¹

¹⁸⁹³ У смислу чл. 3 ст. 1 GG-а који прокламује једнакост свих пред уставом и законом.

¹⁸⁹⁴ Чл. 20, ст. 3 GG.

¹⁸⁹⁵ Чл. 19, ст. 4 GG.

¹⁸⁹⁶ BVerwG, Beschluss vom 2. Mai 2007 – 6 B 10/07 –, BVerwGE 129, 9-20-juris, доступно на: <https://www.bverwg.de/020507B6B10.07.0>, 15. новембар 2021.

¹⁸⁹⁷ *Ibid.*, II 6 aa; L. Horn, J. Hoffman, 1312; Deutscher Bundestag (2015), 6–7.

¹⁸⁹⁸ За противаргументе немачких аутора вид. *Ibid.*

¹⁸⁹⁹ *Ibid.*, 7–8; BVerwG, II 15 ee.

¹⁹⁰⁰ Вид. Чл. 311, ст. 2 BGB.

¹⁹⁰¹ Deutscher Bundestag (2015), 9–10; BVerwG, II 7 bb.

Четврто, Савезни управни суд је истакао како за процену правне природе спора није од значаја циљ који се жели постићи (а који је, у материји јавних набавки, јавноправни иако се он не може понекад јасно одвојити од чисто економских циљева), већ средство којим се тај циљ постиже. Имајући у виду да наручилац као орган јавне власти закључује уговор који је квалификован као грађанскоправни уговор, самим тим је и спорни однос на терену грађанског права.¹⁹⁰²

Најзад, пето, овај суд је става да се правна заштита пред редовним и управним судовима остварује подједнако ефикасно, као и да делотворност правне заштите преваходно зависи од тога да ли су учесници на тендеру благовремено информисани о додели уговора одређеном привредном субјекту.¹⁹⁰³

Са последњим изложеним аргументом се, у великој мери, слажемо. Ипак, сматрамо да управо због чињенице да од приступа информацијама у вези са поступком набавке и доделом уговора зависи да ли ће захтев ефикасне правне заштите бити задовољен, не може да се изведе закључак да је правна заштита код уговора испод прагова *de lege lata* ефикасна. Уз изузетак прописа малобројних земаља, не постоји општа обавеза наручилаца да неуспешним конкурентима доставе образложену одлуку о додели уговора чија вредност не прелази прописане финансијске прагове, што је предуслов да би могли да реагују и искористе неко од правних средстава, као ни општа обавеза поштовања периода мировања.¹⁹⁰⁴ Будући да се ни савезно правило о обавези информисања из GWB-а не примењује на ове уговоре, замислимо је да у већини случајева привредни субјекти који би потенцијално били заинтересовани да зауставе доделу уговора то неће моћи да ураде, јер неће (благовремено) сазнати за такву намеру наручиоца.¹⁹⁰⁵ Осим тога, за разлику од поступка пред коморама за јавне набавке, као и од управног спора, где *влада* официјелно начело, у парници важи начело диспозиције, где странке износе чињенице и предлажу доказе. Како не постоји обавеза наручиоца да им документацију у вези са спроведеном набавком да на увид, у пракси ће прибављање доказа бити знатно отежано.¹⁹⁰⁶

Иако би у прилог надлежности грађанских судова за пружање примарне правне заштите „испод прагова“ могла да се наведе релативна брзина поступка у поређењу са управним спором,¹⁹⁰⁷ много су израженији „структурални дефицити“ и недостаци актуелног система правне заштите, посебно у поређењу са горе описаним механизмом из GWB-а, као и класичне управне и управносудске заштите код уговора у смислу члана 54 VwVfG-а.¹⁹⁰⁸

Међутим, није проблематичан само изложени став Савезног управног суда, већ и чињеница да њиме није коначно стављена тачка на вечиту дилему (која генерално прати материју управних уговора) да ли спорове који из њих произлазе ставити у надлежност редовних или управних судова. Пре свега, и Савезни управни суд је оставио простор за то да поједина питања која се тичу спорова у вези са поступком доделе уговора о јавним набавкама буду стављена у надлежност управних судова. Наиме, тај суд је истакао да ће надлежност имати редовни судови, осим „ако приликом одлучивања о додели јавног уговора не постоји законска обавеза давања предности

¹⁹⁰² Deutscher Bundestag (2015), 10–11; BVerwG, II 9 dd.

¹⁹⁰³ Deutscher Bundestag (2015), 12–13; BVerwG, II 16.

¹⁹⁰⁴ U. Stelkens (2018a), 51–53;

¹⁹⁰⁵ L. Horn, J. Hoffman, 1313.

¹⁹⁰⁶ *Ibid.*, 1314; Ипак, поједини судови су развили праксу да је довољно да се повреда прописа на основу изјаве неуспешног учесника на тендеру учини вероватном (нем. *plausibel*), а да се терет доказивања супротног пребаци на наручиоца. M. Burgi (2021), 310–311.

¹⁹⁰⁷ Deutscher Bundestag (2015), 15.

¹⁹⁰⁸ L. Horn, J. Hoffman, 1313.

одређеној категорији субјеката“.¹⁹⁰⁹ Надлежност за решавање спорова у којима се постави питање наводне повреде таквих правила, „преузимају“ управни судови. Хорн и Хофман као пример наводе прописе појединих земаља о обавези давања преференцијалног третмана малим и средњим предузећима.¹⁹¹⁰ Исти аутори указују на то да ће привредни субјекти који су учествовали на тендеру за доделу уговора, само изузетно моћи, у улози једне од странака, да користе правна средства у току управног спора. То ће, примера ради, бити случај када заинтересовано лице пред управним судом оспорава одлуку којом се, противно *GWB*-у, одређеном субјекту поверава пружање јавне услуге јер претходно није расписан тендер.¹⁹¹¹

Осим тога, прописима земаља је неретко предвиђено да се као додатак одлуци о додели уговора уноси обавеза поштовања основних начела јавних набавки, што се у пракси тумачи као услов у смислу члана 36, став 2, тачка 4 савезног *VwVfG*-а, који се односи на додатке управном акту.¹⁹¹² Сматрамо да ово тумачење није у складу са општим ставом да одлука о додели уговора није управни акт, већ прихват понуде у смислу грађанских прописа. Ово посебно имајући у виду да не постоји општа обавеза информисања учесника на тендеру, еквивалентна оној из *GWB*-а, а благовремена информисаност је предуслов за доношење одлуке о томе да ли ће поступак правне заштите уопште бити покренут.¹⁹¹³

Најзад, код уговора о концесијама које не потпадају под примену *GWB*-а, као и оних који се по вредности налазе испод прописаних прагова, надлежност за решавање спорова имају управни судови.¹⁹¹⁴

Када је реч о инструментима који неуспешним понуђачима стоје на располагању пред редовним судовима, осим захтева за накнаду штете¹⁹¹⁵ као вида секундарне правне заштите, ту је и могућност подношења захтева за одређивање привремених мера у смислу чланова 935 и 940 *ZPO*.¹⁹¹⁶ По аналогiji са примарном заштитом код уговора чија вредност је једнака или прелази прописане европске прагове, захтев за издавање привремене мере (забране) упућен надлежном суду одређене земље, усмерен је ка томе да се, најпре, поступак врати у ону фазу која је адекватна да се елиминишу уочени недостаци (нем. *Sicherheitsverfügung*), а затим и да се наручиоцу онемогући да закључи уговор док надлежни суд не испита наводну повреду правила поступка за доделу уговора о јавним набавкама (нем. *Regelungsverfügung*).¹⁹¹⁷ Такође, у складу са чланом 938, став 2 *ZPO*-а, суд којем је поднет захтев за одређивање привремене мере може да забрани наручиоцу да закључи уговор док се не донесе одлука након спроведене усмене расправе.¹⁹¹⁸

Иако користан, основни недостатак описаног механизма огледа се у чињеници да подношење захтева надлежном грађанском суду да наручиоцу изрекне привремену забрану закључења уговора нема суспензивно дејство у односу на поступак набавке. Последишно, уколико у току трајања поступка пред судом (а посебно ако се на одлуку првостепеног суда о захтеву за издавање привремене мере/забране изјави жалба вишем

¹⁹⁰⁹ *BVerwG*, II 5; L. Horn, J. Hoffman, 1317.

¹⁹¹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹¹ *Ibid.*, 1318.

¹⁹¹² *Ibid.*, 1317.

¹⁹¹³ *Ibid.*, 1317–1318.

¹⁹¹⁴ *Ibid.*

¹⁹¹⁵ Чл. 311 823, ст. 2 *BGB*.

¹⁹¹⁶ L. Horn, J. Hoffman, 1313–1317.

¹⁹¹⁷ M. Burgi (2021), 314.

¹⁹¹⁸ M. Burgi (2021), 310.

суду) у међувремену дође до закључења уговора, то може у потпуности да обесмисли овај пут „примарне“ правне заштите.¹⁹¹⁹

Штавише, судска пракса није јединствена у вези са многим питањима од значаја за одлучивање о захтевима за издавање привремених мера. Једно од њих се тиче критеријума на основу којих се оцењује да ли је наручилац повредио прописе о јавним набавкама у поступку доделе уговора. Ова некохерентност доводи до тога да поједини судови имају либералнији, други рестриктивнији приступ. Другим речима, поједини сматрају да је довољно да се установи да је наручилац у спровођењу поступка набавке повредио неко од правила тог поступка из релевантних прописа, док други захтевају да повреда буде квалификована, односно да одлука или радња наручиоца буде арбитрарна. Други, строжи, приступ заступа и Савезни уставни суд.¹⁹²⁰

Имајући у виду претходно речено, у јавном дискурсу се и даље разматра ефикасност примарне правне заштите испод прагова и његове усаглашености са захтевима за обезбеђење „ефикасне правне заштите“ из европских директива. Потоњи стандард подразумева судску заштиту темељних принципа европског права јавних набавки – транспарентности, забране дискриминације и слободне конкуренције.¹⁹²¹ Осим тога, поставља се питање у којој мери би стандард правне заштите могао да се унапреди у постојећим оквирима, а у којој мери (и да ли) да се целокупан систем реформише и макар приближи систему правне заштите који се примењује на уговоре изнад прагова. О значају овог питања и приступа у изналажењу адекватних одговора говори и чињеница да, како смо већ видели, уговори испод прагова чине већину уговора који се додељују у Немачкој.¹⁹²²

У вези са првим аспектом, уочен је тренд „нивелисања“ правне заштите изнад и испод прагова¹⁹²³ на два фронта – кроз судску праксу и нормативну активност на нивоу земаља. Тако, судови опште надлежности¹⁹²⁴ су изградили конструкцију која подразумева да учешће на тендеру „рађа“, с једне стране, обавезу наручиоца да поступак спроведе у складу са прописима и, с друге стране, право учесника да тако нешто очекују.¹⁹²⁵ Повреда ове обавезе од стране наручиоца третира се према правилима о *culpa in contrahendo*,¹⁹²⁶ а неуспешном конкуренту даје могућност да иницира парнични поступак у којем ће суд одлучити о његовом захтеву (нем. *allgemeine Unterlassungsanspruch*) за одређење привремене мере, односно забране наручиоцу да уговор закључи у случају да се установе неправилности у спроведеном поступку, у складу са чланом 1004 BGB-а.¹⁹²⁷

Такође, и члан 17 GG-а отвара додатну могућност да се у постојећим оквирима унапреди положај привредних субјеката. Предметни члан даје могућност сваком лицу да се у писаној форми обрати било ком органу управе или непосредно вишем органу, како би указало на незаконитост у раду органа управе. Иако није реч о правном захтеву који повлачи право да се по њему поступи, развила се пракса да у таквим случајевима виши (надзорни) органи наложе наручиоцима да сачекају са закључењем уговора док се не испитају тврдње о незаконито спроведеном поступку набавке.¹⁹²⁸ У случају да се

¹⁹¹⁹ L. Horn, J. Hoffman, 1313–1314.

¹⁹²⁰ *Ibid.*, 1315–1316.

¹⁹²¹ *Ibid.*, 1319–1320.

¹⁹²² Deutscher Bundestag (2015), 4.

¹⁹²³ L. Horn, J. Hoffman, 1313.

¹⁹²⁴ Став Савезног управног суда је да у овој материји редовно судство треба да има надлежност, уколико је реч о уговору који је по својој природи уговор приватног (грађанског права), U. Stelkens (2018a), 50.

¹⁹²⁵ Вид. Чл. 311 BGB.

¹⁹²⁶ M. Burgi (2021), 315.

¹⁹²⁷ U. Stelkens (2018a), 51–53.

¹⁹²⁸ U. Stelkens (2018a), 48–49.

установи повреда правила (принципа) јавних набавки, надлежни орган који је примио писану представку има могућност да активира поступак класичне управне контроле управе, у складу са важећим прописима.¹⁹²⁹ У подзаконским актима који прецизирају поступак набавке јавних радова, уведена је обавеза наручилаца да у одлуци о додели уговора назначе надлежно контролно тело, чиме се неуспешни кандидати практично „подстичу“ да користе управо описани механизам.¹⁹³⁰

Ослањање на управноправне механизме у недостатку изричитих механизма за уговоре испод прагова, још један је аргумент у прилог томе да материја јавних набавки – па ни спорови који из њих произлазе – нису и не могу бити „чиста“ грађанска материја, како се то жели представити у немачком праву.

С друге стране, поједине земље су у своје законе о јавним набавкама уградиле механизме заштите неуспешних конкурената, по угледу на поступак пред коморама за набавке. Тако је, примера ради, 1. јуна 2021. године у немачкој савезној земљи Рајна-Палатинат (нем. *Rheinland-Pfalz*) ступио на снагу покрајински пропис, који правну заштиту уговора испод финансијских прагова у великој мери уподобљава оној описаној за уговоре чија вредност износи или прелази прописане прагове. Овај пропис подразумева обавезе наручиоца којима се гарантује транспарентност у поступку (обавештавање/информисање неуспешних учесника о томе која понуда је оцењена као економски најповољнија, као и разлозима због којих су остале понуде одбијене), период мировања који је краћи од оног прописаног на савезном нивоу и износи седам дана, као и поступак правне заштите тј. ревизије, уређен по угледу на поступак пред коморама за јавне набавке. Поступак се, такође, иницира подношењем захтева од стране заинтересованог лица, а контролну улогу има тело основано у оквиру покрајинског Министарства привреде, саобраћаја, пољопривреде и виноградарства (нем. *Vergabeprüfstelle*). Реч је о посебном управном поступку, који спада у домен унутрашње контроле управе.¹⁹³¹ Основна разлика између овог и механизма који се примењује на уговоре изнад прагова, лежи у чињеници да одлуке контролног тела не могу да се побијају пред судом, због чега Штелкенс и Шредер овај механизам називају „*light*” верзијом правне заштите.¹⁹³²

Описани покушаји пружања правне заштите неуспешним конкурентима подсећају на један непрегледни лавиринт у којем и највештији и правно потковани привредни субјекти врло лако могу да се изгубе. Поставља се питање да ли је у наредном периоду могуће изнаћи адекватно решење које би на једнообразан начин (на савезном нивоу?) регулисало решавање спорова из уговора о јавним набавкама и концесијама испод прагова. Иако међу новијом судском праксом има одређених помака у правцу јачања свести о томе да се неуспешним конкурентима мора обезбедити ефикасна правна заштита и у домену уговора „испод прагова“, отпор доносилаца одлука, као и стручне јавности, и даље персеверира.¹⁹³³ Корене проблема, па и кочничаре његовог разрешења, треба тражити у политичким и економским интересима, али и својеврсној доктринарној „тврдоглавости“.

¹⁹²⁹ *Ibid.*

¹⁹³⁰ Чл. 21 VOB/A; U. Stelkens (2018a), 49.

¹⁹³¹ Kunz Rechtsanwälte, Rheinland-Pfalz: Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte kommt!, <https://www.kunzrechtsanwaelte.de/aktuelles/news/rheinland-pfalz-vergaberechtsschutz-unterhalb-der-schwellenwerte-kommt>, 17. октобар 2021.

¹⁹³² Реч је о савезним земљама Тирингији (*Thüringen*), Саксонији (*Sachsen*) и Саксонији-Анхалт (*Sachsen-Anhalt*), док је у Хесену (*Hessen*) само начелно уведена ова могућност која чека своју нормативну реализацију. U. Stelkens (2018a), 49. Детаљније о томе: L. Horn, J. Hoffman, 1320–1321.

¹⁹³³ U. Stelkens (2021b), 162.

Да није реч само о правном, већ и о осетљивом политичком питању, говори чињеница да се 2009. године тема реформе правног режима уговора испод прагова нашла у коалиционом споразуму партија Хришћанско-демократске уније (CDU), Хришћанско-социјалне уније Баварске (CSU) и Странке слободних демократа (FDP), са неколико предлога како би будући механизам правне заштите могао да изгледа.¹⁹³⁴ Као потенцијални проблем на путу ка доношењу општих правила која би се примењивала на све уговоре испод прагова, изнета је бојазан да би се тиме задрало и у (деликатан) однос између федерације и федералних јединица у погледу законодавне и извршне надлежности.¹⁹³⁵ Поред тога, чини се да овакав систем одговара наручиоцима на локалном нивоу, који спроводе највећи број набавки испод прагова, будући да немају довољно средстава и могућности да обезбеде правну помоћ и заступање који би систем правне заштите уподобљен оном изнад прагова изискивао.¹⁹³⁶

Ни у стручној литератури не постоји једнообразна подршка потпуном изједначењу механизма правне заштите за уговоре изнад и испод прагова. Поједини аутори истичу да би се „јачањем“ стандарда правне заштите и за ове уговоре који спадају у домен „чистог“ националног права, довело до опадања броја (страних) улагања, као и до пораста броја контролних поступака/поступака за заштиту права.¹⁹³⁷ Не можемо да се сложимо са овим тврдњама јер нису понуђени уверљиви докази да би пружање истих правних инструмената привредним субјектима за побијање одлука наручилаца на терену уговора испод прагова, довело до пораста броја поступака за остваривање правне заштите. Напротив, сматрамо да би у том случају наручиоци били додатно обазриви приликом расписивања набавки, како би избегли могућност да им одлуке касније буду побијане. Осим тога, пракса је показала да незнање, односно несналажење наручилаца у таквом правном галиматијасу представља други најчешћи облик повреде правила о набавкама¹⁹³⁸ – чему „шетање“ од грађанских до управних судова и разноликост нормативних решења и праксе од једне до друге савезне земље свакако не помажу.

О потреби праксе за приближавањем система правне заштите изнад и испод прагова најбоље говори законодавна активност појединих земаља у том правцу. Ови нормативни подухвати, као и описана креативна улога судова у прилагођавању одредаба парничног закона потребама ове материје, донекле ублажавају постојеће проблеме, али их не коригују у потпуности.¹⁹³⁹

2.3 Алтернативни механизми решавања спорова

За разлику од француског права, немачко веома благонаклоно гледа на алтернативне механизме решавања спорова и то како на терену грађанског, тако и на терену управног права. Томе је уподобљен и позитивноправни оквир.¹⁹⁴⁰

С друге стране, њихова заступљеност у пракси варира од категорије спора у питању. Тако, када је реч о већини управних спорова, прибегавање алтернативним механизмима као што су медијација или арбитража је реткост у пракси. Маргинални положај различитих алтернативних механизма, посебно оних неформалних, у немачком (управном) праву, последица је заокружености и ефикасности управних и судских механизма као традиционалних путева правне заштите, односно њихове

¹⁹³⁴ L. Horn, J. Hoffman, 1321.

¹⁹³⁵ *Ibid.*, 1323; Чл. 72, ст. 4 GG.

¹⁹³⁶ M. Burgi (2021), 301.

¹⁹³⁷ L. Horn, J. Hoffman, 1323.

¹⁹³⁸ M. Burgi (2011a), 117–118.

¹⁹³⁹ U. Stelkens (2021b), 155–156.

¹⁹⁴⁰ U. Stelkens (2014b), 45.

способности да обезбеде адекватну равнотежу између заштите појединачних права и „дисциплиновања“ управе у светлости начела законитости и других начела „добре управе“.¹⁹⁴¹ С тим у вези је и дубоко укореењена „култура судске заштите“ која се сматра незаменљивим механизмом у правној држави – тако да све остало може да буде само коректив или комплементарни правни пут.¹⁹⁴² Најзад, бојазан од пропуштања преклузивних рокова за активирање управних или (управно)судских механизма, са свим правним последицама таквог пропуштања, додатно демотивише и одвраћа појединце (па и саме органе управе) од покушаја алтернативног решавања спорова.¹⁹⁴³

Међутим, у материји управних уговора поједини алтернативни механизми су веома заступљени и, чак, доминантни начин решавања спорова. То је нарочито случај са споровима из сложених и углавном дугорочних уговорних аранжмана, који се често квалификују као ЈПП, посебно оних закључених са страним улагачима.¹⁹⁴⁴ Разлог томе је како генералан тренд код ових уговора, тако и претерана комплексност и неусклађеност правних режима различитих категорија управних уговора и система правне заштите којима су подвргнути. Већ је било речи о томе да у пракси неретко није једноставно проценити да ли је одређени уговор јавноправни или приватноправни, као и, последично, да ли надлежност за решавање спорова имају грађански или управни судови. Све то подрива правну сигурност и утиче на неповољну пословну и улагачку климу, тако да се (страни) улагачи све чешће окрећу алтернативама судској заштити, а посебно арбитражи (в. *infra*).

У редовима који следе, осврнућемо се на релевантније алтернативне механизме који су доступни уговорним странама у управним уговорима и/или трећим лицима – арбитражу (2.3.1), медијацију, миреење и поравнање (2.3.2), као и право на петицију (2.3.3). Поступак по приговору (нем. *Widerspruch*) у управном поступку није интересантан у овом контексту будући да се, прво, у немачком праву уопште и не сматра алтернативним механизмом већ – у случајевима у којима је предвиђен – обавезним кораком који претходи управном спору. Друго и далеко важније, приговор се везује за управни акт, који се овим правним средством побија. С обзиром на то да већина аката донетих у „припреми“ за закључеење управних уговора или њихово извршење (посебно у материји јавних набавки) није квалификована као управни акт, значај поступка по приговору је за нашу тему маргиналан.¹⁹⁴⁵ На терену спорова из управних уговора не постоји еквивалент приговору. Евентуално би специјализовани механизам који претходи судском поступку код уговора о јавним набавкама (*Nachprüfungsverfahren*) могао на тај начин да се посматра, али смо већ видели да је он неизоставан корак пре обраћања надлежном суду.¹⁹⁴⁶

2.3.1 Арбитража

Арбитража и арбитражни поступак регулисани су Књигом X ЗРО-а (чланови 1025-1066)¹⁹⁴⁷ и у највећој мери се ослања на решеења УНЦИТРАЛ-овог Модел закона о

¹⁹⁴¹ *Ibid.*, 6.

¹⁹⁴² Mike Varney, “Non-Judicial Redress Mechanisms”, *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action* (eds. C. Backes, M. Eliantonio), Hart Publishing, Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Oxford 2019, 876.

¹⁹⁴³ U. Stelkens (2014b), 6.

¹⁹⁴⁴ U. Stelkens (2021a), 83; U. Stelkens (2018a), 56; U. Stelkens, H. Schröder (2010), 335.

¹⁹⁴⁵ U. Stelkens (2014b), 10–11.

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*, 7–8, 11.

¹⁹⁴⁷ Приликом уређења материје арбитражног решавања спорова, законодавац је прибегао сличној техници као што је то био случај са медијацијом и другим видовима мирног решавања спорова. Наиме, у одељак закона који уређује ширу материју – у првом случају парничног поступка, у другом, вансудског решавања спорова – „убацио“ је одредбе посвећене арбитражи, односно медијацији. Последично, прва група одредаба представља Закон о арбитражном поступку, док друга чини Закон о медијацији. У

арбитражи.¹⁹⁴⁸ Чињеница да је правни оквир арбитраже као алтернативног механизма решавања спорова смештен у пропис који уређује парнични поступак, указује на то да је приоритет законодавца био да кодификује правила арбитражног решавања *приватноправних* спорова. Како у немачком праву не постоје посебна правила која се односе искључиво на прибегавање арбитражи у управним и другим јавноправним споровима, у стручним и научним круговима се поставило питање да ли се ове одредбе могу применити и на терену *управних* спорова.¹⁹⁴⁹

Данас је неспорно да је одговор на претходно постављено питање потврдан, а за то постоји неколико аргумената који произлазе како из процесног оквира арбитражног и управносудског поступка, тако и из образложења Нацрта Закона о арбитражном поступку. Наиме, члан 173 VwGO-а упућује на супсидијарну примену ZPO-а, уколико одређено процесно питање није посебно уређено првим законом. Будући да VwGO не регулише арбитражни поступак, можемо да закључимо да ће се и на управни спор применити – посредно – одредбе Закона о арбитражи. Осим тога, истим чланом је изричито предвиђена надлежност управних и виших управних судова у управним споровима, у случајевима из чланова 1062 и 1065 ZPO-а, у којима грађански судови имају прописану надлежност поводом покренутог арбитражног поступка.¹⁹⁵⁰ Штавише, VwGO на два места изричито помиње арбитражу. Први се тиче одредбе из члана 168, став 1, тачка 5, која предвиђа да арбитражне одлуке представљају извршни наслов, као што је случај и са судским одлукама. У другом случају, реч је о члану 187, који у ставу 1 прописује могућност немачких земаља да послове арбитраже у имовинским споровима јавноправних удружења пренесу на управне судове.¹⁹⁵¹

С друге стране, у Образложењу Нацрта Закона о арбитражном поступку се изричито указује на то да интенција законодавца није била да његову примену ограничи на приватноправне спорове. Са аспекта предмета нашег истраживања, нарочито је занимљива констатација из Образложења, да је арбитражно решавање управних спорова могуће „у мери у којој стране у спору о његовом предмету могу да закључе јавноправни уговор“.¹⁹⁵² Јавноправни уговори у смислу VwVfG-а, дакле, исцртавају границе арбитражног решавања управних спорова у немачком праву.¹⁹⁵³ Предметна констатација боље ће се разумети у светлости одредаба Закона о арбитражном поступку којим се уређује институт арбитражног споразума (нем. *Schiedsvereinbarung*), као и одредбе којом се дефинише његова примена *ratione materiae*.

У погледу првог питања, чланом 1029 ZPO-а дефинисан је арбитражни споразум као „споразум између страна да све или појединачне спорове који су настали или ће настати између њих у вези са одређеним правним односом, било уговорним или

редовима који следе, под Законом о арбитражном поступку мислимо на Књигу 10. ZPO-а, не на неки посебан, нови правни пропис.

¹⁹⁴⁸ C. Strumpf, 57; Deutscher Bundestag, 13. Wahlperiode, Gesetzentwurf der Bundesregierung, *Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts* (Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz - SchiedsVfG), Drucksache 13/5274, 12.07.1996, 1, 23; Peter Schlosser, „Buch 10. Schiedsrichterliches Verfahren“, *Kommentar zur Zivilprozessordnung* (Hrsg. R. Bork, H. Roth), 23. Auflage, Band 10 §§ 1025 bis 1066, Mohr Siebeck, Tübingen 2014, 6.

¹⁹⁴⁹ C. Strumpf, 57.

¹⁹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁹⁵¹ У теорији је спорно да ли је у овом случају реч о „правој арбитражи“ (нем. *echte Schiedsbarkeit*), будући да се актом јавне власти послови арбитражног тела „преносе“ на државне судове, што је неспојиво са начелом аутономијом воље као битним обележјем арбитраже. *Ibid.*, 55.

¹⁹⁵² Deutscher Bundestag, 13. Wahlperiode, Gesetzentwurf SchiedsVfG, 35.

¹⁹⁵³ C. Strumpf, 60–61; Stephan Schill, „Öffentlich-rechtliche Schiedsverfahren zwischen Risikobewältigung und Rechtsrisiko“, *Die Öffentliche Verwaltung*, Heft 24, 2010 (у даљем тексту цитирано као: S. Schill 2010 b), 991.

вануговорним, поверавају на решавање арбитражи“ (став 1). При томе, арбитражни споразум може бити у форми самосталног уговора (нем. *Schiedsabrede*) или појединачне клаузуле у уговору (нем. *Schiedsklausel*) (став 2).

У теорији се поставило питање правне природе арбитражног споразума, као и да ли би се он могао поистоветити са јавноправним уговором у смислу VwVfG-а. Неколико је аргумената у прилог подвођењу института арбитражног споразума под окриље института јавноправног уговора, и то уговора о поравнању као посебне врсте ових уговора, у смислу члана 55 VwVfG-а (вид. одељак 2.2, у оквиру друге главе). Наиме, и у једном и у другом случају, постоји спор или „неизвесност“ (нем. *Ungewißheit*) о чињеничним и/или правним питањима, која се решава на основу споразума/уговора.¹⁹⁵⁴ Међутим, док се код уговора о поравнању као један од услова пуноважности уговора захтева да се дата неизвесност отклони узајамним давањем (нем. *beiderseitige Nachgeben*) уговорних страна, суштина арбитражног споразума је у преношењу на треће лице – једног или више арбитра – овлашћења да разреши предмет спора, који не мора нужно да подразумева „узајамно давање“.¹⁹⁵⁵ Осим тога, уколико би се арбитражни споразум поистоветио са уговором о поравнању, било би онемогућено закључивање арбитражних споразума између самих органа јавне власти, будући да се одредбе члана 55 VwVfG-а односе само на субординационе, не и координационе уговоре.¹⁹⁵⁶

Имајући у виду ове дилеме, Штрumpf закључује да је примена члана 55 VwVfG-а на арбитражно решавање управних спорова ограничена, али не и безначајна. Напротив, овај аутор указује на то да се давањем органима јавне власти овлашћења да самостално процењују да ли ће решавање спорних правних и/или чињеничних питања да препусте арбитражном телу, уместо да се ослоне на класичан управни, односно управносудски пут правне заштите, постиже најмање тројаки циљ. Прво, афирмишу се јавноправни уговори у овој специфичној области; друго, доприноси се развоју вансудских механизма решавања спорова и, треће, органима јавне власти се даје слобода (али и одговорност) да самостално процене целисходност решавања спор(ов)а путем арбитраже у конкретном случају.¹⁹⁵⁷ Уколико се одлука о томе да се арбитражни споразум закључи у конкретном случају може квалификовати као управни акт, о законитости истог се може повести управни спор.¹⁹⁵⁸

Као арбитрабилни¹⁹⁵⁹ су квалификовани сви имовинскоправни спорови, али и они неимовински, уколико странке о предмету спора могу да закључе *поравнање* (члан 1030, став 1 ЗРО).¹⁹⁶⁰ Потоња одредба се на пољу управног права има тумачити и разумети у контексту претходно поменутог члана 55 VwVfG.¹⁹⁶¹ Логично би било закључити да је и обрнуто могуће, а то је да уговорне стране из јавноправних уговора

¹⁹⁵⁴ C. Strumpf, 112–113.

¹⁹⁵⁵ *Ibid.*, 113–114.

¹⁹⁵⁶ *Ibid.*, 113.

¹⁹⁵⁷ *Ibid.*, 115–116.

¹⁹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁹⁵⁹ Насупрот томе, веома је мали број области у којима је онемогућено арбитражно решавање спорова. Чл. 1030, ст. 2 ЗРО изричито предвиђа само спорове у вези са закупом стамбених објеката, а оставља се простор да посебним прописима буду предвиђени одређени изузеци у појединим областима.

¹⁹⁶⁰ Овај чл. гласи: [с]ваки имовинскоправни захтев може постати предмет арбитражног споразума. Арбитражни споразум о нематеријалном потраживању има правно дејство уколико стране у спору имају право да закључе поравнање о предмету спора. Gustav Flecke-Giammarco, Gebhard Bücheler, “Arbitration Procedures and Practice in Germany: Overview”, Thomson Reuters Practical Law, 3, доступно на: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-385-8191?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#:~:text=German%20law%20requi res%20that%20all,\(1\)%2C%20CCP\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-385-8191?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#:~:text=German%20law%20requi res%20that%20all,(1)%2C%20CCP),), 10. јул 2022.

¹⁹⁶¹ Deutscher Bundestag, 13. Wahlperiode, Gesetzentwurf SchiedsVfG, 35; C. Strumpf, 60–63.

спорове који се тичу овог специфичног уговорног односа могу да решавају посредством арбитраже. Међутим, искуства из праксе показују да овај механизам готово уопште није заступљен код спорова из јавноправних уговора где, како смо већ видели, „монопол“ има управно судство.

Арбитражно решавање спорова није уобичајено ни код спорова из уговора о јавним набавкама који су квалификовани као грађански уговори и где, *a fortiori*, овај механизам и одредбе Закона о арбитражном поступку с правне тачке гледишта могу да се примене. У литератури се у том контексту говори о ширем простору за прибегавање арбитражи у споровима из уговора о јавним набавкама испод прагова, будући да за њих не постоји кохерентна и целовита правна заштита. Тако, сугерише се да би на нивоу земаља могла да буду основана тела која би била задужена за арбитражно решавање спорова у овој материји (нем. *Vergabeschlichtungsstelle*).¹⁹⁶²

Ипак, приметан је тренд све веће заступљености арбитраже за решавање спорова који се тичу великих и сложених инфраструктурних пројеката, где је приватни саговорач најчешће инострани држављанин.¹⁹⁶³ Неретко такви уговорни аранжмани имају облик уговора о ЈПП који, како смо видели, нису на јединствен и систематичан начин регулисани, што омогућава шири маневарски простор за проналажење алтернатива судској заштити. Имајући у виду значај оваквих уговора, у преосталим редовима овог одељка исцртаћемо основне контуре арбитражног решавања спорова у немачком праву, са посебним акцентом на питања од значаја за предмет нашег истраживања – могућност трећих лица да учествују у арбитражном поступку, као и однос са управносудским или грађанскосудским путем правне заштите.

(i) Учешће трећих лица у арбитражном поступку

Учесници арбитражног поступка су тужилац, тужена страна, представници, односно заступници странака уколико их има, и арбитражни суд (тело). Закон о арбитражном поступку не ограничава број учесника, тако да би, потенцијално, могла да учествују и трећа лица.

Трећа лица на која би исход спора могао да има утицај, могу да учествују и у складу са већ поменутиим чланом 65 VwGO. Као што смо раније приказали (в. одељак 2.1.4 *supra*), учешће трећих лица по овом основу је у одређеним случајевима само могућност (став 1), док у другима представља обавезу суда (став 2). Подсећања ради, поступајући суд у првом случају може, по службеној дужности или на основу захтева, да дозволи учешће у поступку трећем лицу на чије интересе може да утиче судска одлука, уколико поступак још увек није мериторно окончан. Уколико би се ова одредба применила на терен арбитражног поступка, учешће трећих лица, као и њихова улога (права и обавезе) зависиле би од споразума тужиоца и туженог, у складу са начелом аутономије воље.¹⁹⁶⁴ С друге стране, тако нешто је обавеза суда уколико трећа лица учествују у спорном правном односу, тако да се судска одлука и према њима може бити само једнообразно донети.

Када је реч о арбитразима, Закон не предвиђа посебне услове у погледу стручне квалификације, већ је то једно од питања препуштено странама у спору. Ту лежи и предност у односу на судски поступак када су у питању спорови из управних уговора, будући да странке такве услове (нпр. стручност у одређеној области у којој је уговор

¹⁹⁶² M. Burgi (2021), 312.

¹⁹⁶³ U. Stelkens (2018a), 62–63; U. Stelkens (2014b), 45.

¹⁹⁶⁴ C. Strumpf, 72–74.

закључен) могу поставити арбитражним споразумом/арбитражном клаузулом у самом уговору.¹⁹⁶⁵

(ii) Однос између судског и арбитражног механизма

Однос између судског и арбитражног механизма, односно судског и арбитражног поступка поводом истог спора, уређен је чланом 1032 ZPO-а. Њиме је прописано да ће суд пред којим је покренут спор о питању поводом чијег предмета постоји арбитражни споразум, тужбу одбацити као недопуштену уколико до почетка усмене расправе једна од странака истакне такав приговор, осим ако нађе да је арбитражни споразум ништав, непуноважан или га је немогуће извршити (став 1). При томе, суд може одлуку о допуштености или недопуштености тужбе у овом контексту донети до тренутка конституисања арбитражног суда (став 2). Дакле, није допуштено (нити економично) да се о истом предмету спора истовремено води и поступак пред надлежним судом и арбитражни поступак.

Из наведене одредбе јасно произлази да ће суд тужбу одбацити као недопуштену само уколико једна од странака истакне приговор у том погледу. Како је Закон о арбитражном поступку првенствено усмерен ка приватним споровима и ослања се на логику прописа у чије оквире је смештен, односно логику грађанског судског поступка, поставља се питање да ли се истоветно правило примењује и у случају управних спорова. Посебно имајући у виду другачију логику потоњег која се, између осталог, огледа и у томе да управни спор прожима начело официјелности, које налаже да суд утврђује чињенично стање по службеној дужности и да није везан поднесцима и доказима које предложи учесници (члан 86, став 1 VwGO). Имајући то у виду, Штрumpf закључује да ће поступање суда којем је поднета тужба, зависити од тога да ли је за решавање конкретног јавноправног спора надлежно управно или редовно судство, у складу са чланом 40, ставом 1 VwGO. У првом случају (што би било применљиво на спорове из јавноправних уговора), предност треба дати официјелној максими, тако да ће суд по службеној дужности проверити да ли у конкретном случају постоји важећи арбитражни споразум. Насупрот томе, уколико су надлежни грађански судови (што је, како смо видели, случај са споровима из уговора о јавним набавкама), важиће начело диспозитивности, те ће тужба бити одбачена само уколико једна од странака истакне приговор.¹⁹⁶⁶

При томе, у случају валидног арбитражног споразума, овај механизам има предност у односу на судски, у погледу спор(ова) предвиђених споразумом. Другим речима, арбитража искључује (заменењује) надлежност грађанских, односно управних судова (члан 1032, став 3 ZPO).¹⁹⁶⁷ Тиме, међутим, није у потпуности искључена улога судова у вези са спором поводом којег постоји валидан арбитражни споразум, односно који је изнет пред арбитражу – иако је та улога прилично ограничена. Она се своди на *допунска, помоћна и контролна* овлашћења судова.¹⁹⁶⁸

Тако, у случају да арбитражни суд још увек није конституисан, суд може по захтеву једне од страна у спору да одлучи о (не)допуштености арбитражног поступка у конкретном случају (члан 1032, став 2 ZPO).

Осим тога, суд има помоћну улогу код извођења доказа и предузимања других радњи за које арбитражни суд нема надлежност, конституисања арбитражног суда (чланови 1034 и 1035 ZPO), као и изузећа (члан 1037 ZPO), односно разрешења

¹⁹⁶⁵ *Ibid.*, 78–79.

¹⁹⁶⁶ *Ibid.*, 134–137.

¹⁹⁶⁷ S. Schill (2010b), 991.

¹⁹⁶⁸ *Ibid.*; C. Strumpf, 102–110.

појединих арбитра (члан 1038 ZPO) – али само у недостатку споразума странака и на основу упућеног захтева (не и по службеној дужности). Такође, судови могу одлучивати о привременим мерама, као и о извршењу, поништавању или измени налога издатих од стране арбитражних судова (члан 1041 ZPO).

Најзад, контролна улога судова се огледа у овлашћењу да одлуче о извршењу арбитражне одлуке, као и њиховом поништавању у веома уском кругу случајева, од којих је посебно важан онај који се тиче неарбитрабилности спора и уколико би признање и извршење арбитражне одлуке било противно јавном поретку (члан 1059, став 2, тачка 2 ZPO).

2.3.2 Механизми мирног решавања спорова: медијација, концилијација и поравнање

(i) Медијација и концилијација

Све до 2012. године, у немачком праву није постојао јединствени правни оквир медијације, а одредбе које су делимично уређивале овај институт биле су расуте по бројним материјалним и процесним прописима.¹⁹⁶⁹ Те године је коначно учињен значајнији нормативни корак у правцу системског уређења медијације, оличен у Закону о промовисању медијације и других метода вансудског решавања спорова (у даљем тексту: Закон о промовисању вансудског решавања спорова),¹⁹⁷⁰ којим је у немачко право пренета Директива 2008/52/ЕЗ о одређеним аспектима медијације у грађанским и привредним стварима. При томе, немачки законодавац је отишао даље од европског, будући да опсег примене закона није лимитиран на преко-граничне спорове, нити на грађанску и привредну материју, већ се простире на све релевантне области јавног и приватног права.¹⁹⁷¹

Унутрашња структура Закона о промовисању вансудског решавања спорова је таква да први члан (са својих девет параграфа) заправо представља Закон о медијацији (нем. *Mediationsgesetz*),¹⁹⁷² док се преосталим члановима врше одговарајуће измене других процесних закона како би се обезбедила униформна примена овог института, укључујући законе који уређују парнични поступак, управни спор, поступак пред социјалним судовима или поступак пред судовима за радне спорове (чланови 2-7 Закона о промовисању вансудског решавања спорова).

Закон о медијацији у члану 1, ставу 1, медијацију одређује као „поверљив и структуриран поступак у којем стране, уз помоћ једног или више медијатора, добровољно и независно траже споразумно решење свог сукоба“. Медијатор је, с друге стране, одређен као трећа „независна и неутрална особа без овлашћења за доношење одлука, која води странке кроз медијацију“ (члан 1, став 2).

Видимо да је исход поступка и проналажење компромисног решења искључиво у рукама страна у спору, док је улога медијатора да у томе посредује и да обезбеди

¹⁹⁶⁹ Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Drucksache 17/5335 Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (Образложење уз Нацрт закона о вансудском решавању спорова), 01. 04. 2011, 10.

¹⁹⁷⁰ Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung Bundesgesetzblatt Teil I, 2012, Nr. 35 vom 25.07.2012, доступно на: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//%5b@attr_id=%27bgbl112s1577.pdf%27%5d#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl112s1577.pdf%27%5D__1643718619049, 1. фебруар 2022.

¹⁹⁷¹ Уз изузетак кривичне и пореске материје, због њихових специфичности и осетљивости. Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Drucksache 17/5335, 11.

¹⁹⁷² Mediationsgesetz vom 21. Juli 2012 (BGBl. I S. 1577), das durch Artikel 135 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist, доступно на: <https://www.gesetze-im-internet.de/mediationsg/BJNR157710012.html>, 1. фебруар 2022.

правовремено и потпуно информисање учесника о свим релевантним чињеничним и правним питањима, као и правилно разумевање свих стадијума поступка медијације (члан 2, ставови 2, 3, 5 и 6 Закона о медијацији).

Сам поступак је крајње рудиментарно уређен, а релевантним одредбама се успостављају начела на којима тај поступак почива, као и минималне гаранције непристрасности, независности и стручности медијатора. Начело добровољности које представља једну од главних карактеристика овог механизма алтернативног решавања спорова уопште, произлази из захтева да стране (нем. *Parteien*)¹⁹⁷³ медијацији приступају добровољно (члан 2, став 2 Закона о медијацији), да је у сваком тренутку могу прекинути (члан 2, став 5 Закона о медијацији), као и да од њих зависи да ли ће бити постигнут споразум којим ће се спор окончати (члан 2, став 6 Закона о медијацији).

Као што је претходно речено, све важније одлуке у току поступка медијације зависе од њених учесника, укључујући и избор медијатора (члан 2, став 1 Закона о медијацији), као и то да ли ће се трећим лицима дозволити учешће у овом поступку (члан 2, став 4 Закона о медијацији). Ова последња одредба је посебно занимљива са аспекта полицентричних спорова какви су у фокусу предмета нашег истраживања.

Поред добровољности и аутономије воље учесника поступка, још једно типично обележје поступка медијације – али и битан предуслов њене успешности – које је своје упориште нашло и у немачком праву, јесте начело тајности или поверљивости (члан 4 Закона о медијацији). Међутим, од начела које налаже чување тајности у вези са поступком и постигнутим споразумом постоје изузеци, где спадају „претежнији разлози јавног реда (*ordre public*)“, који посебну тежину имају у споровима са израженим јавноправним елементом (члан 4, став 2 Закона о медијацији).

Гаранције неутралности медијатора произлазе из изричитог захтева да буде „подједнако посвећен странама у спору“, да „промовише комуникацију између страна и осигурава да су странке укључене у медијацију на одговарајући и поштен начин“, као и да „може да води одвојене разговоре са странама уколико су обе с тиме сагласне“ (члан 2, став 3 Закона о медијацији). Осим тога, медијатор је дужан да благовремено упозори стране у спору на околности које могу утицати на његову неутралност или непристрасност, а само уколико су оне са тим упознате и изричито се сагласе, поступак се може наставити упркос постојању таквих околности (члан 3, став 1 Закона о медијацији). Поред тога, изричито је нормирана забрана одређеном лицу да обавља улогу медијатора, уколико је то лице радило за странку у истој ствари пре медијације¹⁹⁷⁴ (члан 3, став 2 Закона о медијацији), односно уколико између медијатора и странака у спору постоји професионални или други однос (члан 3, став 3 Закона о медијацији).

Закон о медијацији посвећује неколико одредаба и стручним квалификацијама и искуству медијатора. Занимљиво је да је стицање теоријских знања и практичног искуства препуштено сопственој одговорности медијатора, с тим да законодавац прописује да би обука и стручно усавршавање за обављање ове улоге требало да обезбеди основна знања о поступку медијације, технике комуникације и преговарања, компетенције за решавање сукоба, познавање права медијације и улоге права у медијацији, као и практичне вежбе и супервизију (члан 5, став 1, тачке 1-5). Осим тога, предвиђа се и категорија сертификованог медијатора који су прошли одговарајућу

¹⁹⁷³ Мисли се на стране у спору, односно учеснике поступка медијације.

¹⁹⁷⁴ Обрнуто, такође, стоји – медијатор не може током или након медијације деловати у име странке у истој ствари.

обуку у складу са условима које прописује Министарство правде и заштите потрошача (члан 5, ставови 2 и 3 и члан 6).

Успешна медијација резултује потпуним или делимичним разрешењем спора, а у теорији се поставило питање правног дејства постигнутог споразума. Начелно, он може бити у форми уговора – јавноправног или приватноправног – и самим тим има правно-обавезујуће дејство. Уколико је реч о јавноправном уговору, најчешће ће бити у питању уговор о поравнању у смислу члана 55 VwVfG-а (вид. *supra*). Овај начин имплементације постигнутих резултата медијације је, ипак, реткост у пракси. Далеко заступљенији начини су уношење одговарајућих додатака управном акту којим се окончава отпочети управни поступак и којим се прецизира правац деловања исхода медијације. Најзад, могуће је да то буде у виду правно необавезујућег споразума, тако да од поверења страна у спору зависи фактичко извршење постигнутог.¹⁹⁷⁵ Природно и логично, правна заштита је обезбеђена против формалних аката управе (уговора и управних аката), у одговарајућем судском поступку.¹⁹⁷⁶

С друге стране, медијација не мора нужно да буде успешна, а осим могућности странака да окончају овај поступак у сваком тренутку, такво овлашћење има и сам медијатор, нарочито уколико се договор између странака, па и сама комуникација, не може очекивати (члан 2, став 5 Закона о медијацији). Преостали чланови Закона о медијацији тичу се техничких питања сарадње савезних институција са институцијама земаља у промовисању, унапређењу или финансирању медијације (члан 7), извештавања о ефектима примене овог закона (члан 8), као и прелазних и завршних одредаба (члан 9).

Поред самог Закона о медијацији, за потребе нашег истраживања релевантне су и одредбе Закона о промовисању вансудског решавања спорова, којима се врше одговарајуће измене VwGO-а – којима је коначно стављена тачка на дилему да ли медијација (и други механизми мирног решавања спорова) може да се примени и на управне спорове. То је учињено изменом члана 173 VwGO-а, који упућује на примену чланове 278 и 278а ZPO-а (члан 6 Закона о промовисању вансудског решавања спорова).¹⁹⁷⁷ Потоњим члановима је уређен однос између, с једне стране, медијације и других механизма алтернативног решавања спорова и, с друге стране, судских поступака (парничних или управносудских).¹⁹⁷⁸

Поменути члан 278 савезног ZPO-а предвиђа да је поступајући суд дужан да у току целог поступка ради у интересу постизања пријатељског разрешења спора или појединих спорних питања (члан 278, став 1 ZPO). У ту сврху, јавној расправи пред судом ће претходити рочиште на којем ће бити покушано мирење или концилијација, „осим ако су већ учињени напори да се постигне споразум пред органом за алтернативно решавање спорова, односно ако рочиште за мирење очигледно нема било какве изгледе за успех“ (члан 278, став 2 ZPO).

Тиме је уведен још један нови механизам мирног решавања спорова – мирење/концилијација за време трајања судског поступка (нем. *Güterichterverfahren*). На рочишту за мирење суд са странкама разговара о околностима и чињеницама, као и о досадашњем стању спора, процењујући све околности без икаквих ограничења и постављајући питања где год је то потребно.

¹⁹⁷⁵ C. Strumpf, 291–295.

¹⁹⁷⁶ U. Stelkens (2014b), 47.

¹⁹⁷⁷ За критику оваквог приступа, вид. Jakob Nolte, “Das neue Mediationsgesetz und die Verweisungssystematik der VwGO”, *Humboldt Forum Recht*, 3/2012, 23–32.

¹⁹⁷⁸ О пракси прибегавања медијацији за решавање спорова из инфраструктурних пројеката, вид. J. von Barga, 343–346.

Странке које се појаве треба да се саслушају лично о овим аспектима (члан 278, став 2 ZPO), а у случају да се не појаве, поступак пред надлежним судом ће бити прекинут (члан 278, став 4 ZPO).

При томе, судија-помиритељ (нем. *Güterichter*) није овлашћен да донесе одлуку о предмету спора, а у свом раду може да користи различите инструменте мирног решавања спорова, укључујући медијацију (члан 278, став 5 ZPO).

Ово питање је отворило питање ко је у ствари судија-помиритељ – да ли је реч о медијатору, лицу које обавља судијску функцију или, пак, нешто треће? Смерницу у правцу одговора на то питање даје члан 278, став 5 ZPO, предвиђајући да поступајући суд може странке упутити на рочиште за мирење пред судијом који је *делегиран* у те сврхе. Дакле, за разлику од медијације, странке у спору немају право слободног избора судије-помиритеља. Ово произлази и из Образложења једне од верзија Нацрта Закона о промовисању вансудског решавања спорова, у којем је изричито речено да су судије-помиритељи тзв. законске судије,¹⁹⁷⁹ односно вршиоци судијске функције који функционално и организационо припадају суду пред којим се води главни спор.¹⁹⁸⁰ Ствар је унутрашње организације посла унутар сваког суда колико ће бити судија-помиритеља и на који начин ће бити делегирани у конкретном случају.¹⁹⁸¹

Новоуведени члан 278а ZPO само делимично доприноси разрешењу дилеме о односу између судског и поступака алтернативног решавања спорова, предвиђајући да суд (како грађански, тако и управни, Б.Т.) може странама у спору да сугерише да покушају спор да реше медијацијом или неким другим механизмом алтернативног решавања спорова (члан 278а, став 1). Уколико се стране за то одреде, покренути судски поступак ће бити прекинут до окончања тог другог поступка (члан 278а, став 2). Међутим, у стручној литератури се поставило питање о односу између поступајућег суда који је надлежан за предмет спора и судије-помиритеља, односно о разграничењу њихових надлежности. С обзиром на то да судија-помиритељ нема овлашћења да донесе одлуку о предмету спора, нити се ближе предвиђа какав може да буде исход поступка судског мирења, Виндау (*Windau*) сматра да одлуку о предмету спора мора да донесе судија пред којим је прво покренут спор.¹⁹⁸²

Уместо да допринесе растерећењу судова уз истовремено пружање странкама избора између различитих механизма, законодавац је само унео конфузију у ову материју. Наиме, институт судског мирења/концилијације није ни у функционалном ни у организационом смислу измештен изван судова. Штавише, начин на који се судија-помиритељ поставља, могућност суда да предложи мирење, као и чињеница да коначна одлука о исходу спора лежи на суду пред којим се води спор, овај механизам чине само финим корективом и допуном судском решавању спорова – а не аутономним, *алтернативним* механизмом. Осим тога, линије разграничења између медијације и судског мирења остају замагљене, посебно имајући у виду да се судија-помиритељ на рочишту за мирење може ослонити и на медијацију.

Суштински, судско мирење је заменило институт тзв. судске медијације (нем. *gerichtsinterner Mediation*), који је подразумевао могућност суда пред којим је поступак за разрешење спора у току, да покуша да спор разреши медијацијом.¹⁹⁸³ Сматрамо да

¹⁹⁷⁹ У првом ставу чл. 101 GG-а помиње се израз „законити судија“ (нем. *gesetzlicher Richter*), а исти израз је употребљен и у чл. 16. Закона о надлежности судова (нем. *Gerichtsverfassungsgesetz*).

¹⁹⁸⁰ Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Drucksache 17/5335, 20.

¹⁹⁸¹ Benedikt Windau, „Der Güterichter im prozessualen Kontext – sinnvolle Ergänzung oder Fremdkörper?“, *Anwalts Blatt* (25.02.2019), доступно на: <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/zpoblog/gueterichter-verweisung-entscheidung-vertraulichkeit-anwaltszwang-streitwertfestsetzung>, 3. фебруар 2022.

¹⁹⁸² *Ibid.*

¹⁹⁸³ *Ibid.*

је решење из једне од претходних „радних“ верзија овог закона у којој су биле предвиђене три врсте медијације – медијација која се спроводи потпуно независно од судског поступка, судска медијација и медијација која се спроводи током судског поступка, али независно од њега¹⁹⁸⁴ – било далеко јасније.

Осим тога, Закон о промовисању вансудског решавања спорова требало је и да допринесе већој заступљености различитих алтернативних механизма – у чему законодавац није успео. Наиме, подаци из праксе указују на то да не само да овај закон није допринео популаризовању медијације и судског мирења, него је приметна и стагнација у њиховој примени током година.¹⁹⁸⁵ Томе додатно доприноси недовољна упућеност грађана у могућност алтернативног решавања спорова.¹⁹⁸⁶

Овакво генерално стање се одразило и на спорове из управних уговора. У литератури се наводи да медијација није заступљена када су у питању уговори о јавним набавкама који су у надлежности парничних судова, те се на њих директно примењују претходно поменуте одредбе Закона о парничном поступку.¹⁹⁸⁷ У потоњем случају, медијација је неспојива са потребом за нарочитом хитношћу приликом остваривања/пружања правне заштите.¹⁹⁸⁸ Како истиче Штелкенс, медијација се најчешће примењује ради мирног решавања спорова из комплексних и великих пројеката који могу имати значајан утицај на животну средину.¹⁹⁸⁹

(ii) Поравнање

Осим медијације и судског мирења или концилијације, Закон о вансудском решавању спорова изричито помиње и поравнање (нем. *Vergleich*).¹⁹⁹⁰ Наиме, стране у спору на сопствену иницијативу или на иницијативу суда пред којим је поступак у току, могу да закључе поравнање о предмету спора. При томе, и предлог странака и прихват предлога суда мора да буде сачињен у писаној форми. По постигнутом поравнању, суд ће исто формално констатовати тако што ће одговарајућим налогом утврдити да је поравнање постигнуто и у њега унети садржај постигнутог (члан 278, став 6 ZPO).

Веома сличну одредбу о судском поравнању садржи и VwGO. Тако, странке могу склопити поравнање ради потпуног или делимичног решавања правног спора, у мери у којој могу слободно да располажу предметом поравнања. Као и у горе поменутом случају, судско поравнање се може склопити на иницијативу страна у спору, када ће се садржина поравнања унети у судски записник, или на предлог суда, председавајућег судије или судије известиоца. Предлог се издаје у форми налога,¹⁹⁹¹ а странке га морају прихватити у писаној форми (члан 106 VwGO). Члан 144, став 6 истог закона даље предвиђа да уколико у току поступка по жалби на првостепену судску одлуку буде

¹⁹⁸⁴ Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Drucksache 17/5335, 5, 13–14.

¹⁹⁸⁵ Детаљно о ефектима овог закона и практичним искуствима, вид. Kai Masser *et. al*, *Evaluierung des Mediationsgesetzes, Rechtstatsächliche Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz*, Speyer 2017, посебно 6-7, 55–56, 101 и 186.

¹⁹⁸⁶ Детаљно о ефектима овог закона и практичним искуствима, вид. *Ibid.*, 141–143.

¹⁹⁸⁷ U. Stelkens (2018a), 62–63.

¹⁹⁸⁸ U. Stelkens (2014b), 47.

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁹⁰ Вид. Чл. 278 ZPO.

¹⁹⁹¹ Чл. 87, ст. 1, тач. 1 VwGO, прописано је да председавајући судија или судија известилац може још пре одржавања усмене расправе да изда све неопходне налоге, укључујући и онај којим се позивају сви учесници да размотре чињенице случаја и покушају да се поравнају односно да прихвате постигнуто поравнање. Ова одредба представља вид процесне економије, будући да се тиме жели постићи да се, уколико је могуће, поступак оконча на једном рочишту.

закључено поравнање, судија коме је предмет прослеђен ради доношења одлуке о поравнању, своју одлуку ће засновати на оцени правних питања жалбеног суда.

Сматраће се да је спор о главном предмету решен и ако се тужени у року од две недеље од достављања писменог поднеска који садржи изјаву о закључењу поравнања не успротиви на изјашњење о поравнању од стране тужиоца и уколико је о последицама обавештен од стране суда (члан 161, став 2 VwGO). Поравнања закључена пред судом имају снагу извршне исправе (члан 168, став 1, тачка 3 VwGO). Уколико се приликом закључивања поравнања странке нису договориле о начину сношења трошкова, свака страна ће сносити своје вансудске трошкове, док ће судске трошкове сносити на пола (члан 160 VwGO).

Уколико није закључено у току трајања судског поступка, поравнање има форму уговора и то, ако су за то испуњени услови из члана 55 VwVfG-а, представља посебан управни уговор (нем. *Vergleichsvertrag*). Уговором о поравнању се, према слову закона, отклања неизвесност која постоји у погледу чињеничног стања или правних питања, када орган вршењем свог дискреционог овлашћења процени (нем. *Ermessen*) да је отклањање неизвесности споразумним путем целисходно. Уговор о поравнању, такође, како смо претходно видели, може да буде резултат успешно спроведеног поступка медијације, али и резултат поступка по приговору.¹⁹⁹²

За разлику од медијације и судског мирења, уговори о поравнању су заступљенији у материји јавних набавки, и најчешће се закључују између наручиоца и неуспешног понуђача, како би се избегао поступак пред коморама за набавке.¹⁹⁹³ При томе, Штелкенс упозорава да овде треба водити рачуна о томе да такви уговори не буду на штету других учесника на тендеру.¹⁹⁹⁴

2.3.4 Право на петицију

Немачки GG у члану 17, као једно од основних права предвиђа и право на петицију, које подразумева „право сваког лица да, појединачно или у заједници са другима, писаним путем упути петицију или притужбу надлежном органу или представничком телу“. Овоме је комплементаран члан 45ц немачког устава, који нормира оснивање одбора за петиције у оквиру немачког Бундестага, који је задужен за разматрање петиција грађана.

Предности овог механизма су то што је најширем кругу субјеката омогућено да се обрате надлежном органу или органу који врши надзор над његовим радом, како би им скренули пажњу на одређену незаконитост или неправилност у раду управе. Како није неопходно да подносилац буде и лично погођен одређеним актом или радњом органа управе, односно није неопходно да постоји повреда субјективног јавног права, отвара се могућност трећим лицима на терену управних уговора да се и „њихов глас чује“. Такође, посредно се омогућава и утицај на доношење прописа који могу бити од значаја за материју управних уговора, посебно у области великих инфраструктурних пројеката. С друге стране, подношење петиције не обавезује да се по њој и поступи. Судска пракса је једино заузела став да подношење петиције само рађа право да буде размотрена и, евентуално, да се подносилац обавести о исходу. Стога Штелкенс закључује да није реч о *алтернативи* судској заштити, већ само допунском и крајње неформалном механизму.¹⁹⁹⁵

¹⁹⁹² U. Stelkens (2014b), 46.

¹⁹⁹³ *Ibid.*, 46–47.

¹⁹⁹⁴ *Ibid.*, 47.

¹⁹⁹⁵ U. Stelkens (2014b), 33–34.

Ипак, као што смо видели у одељку посвећеном решавању спорова из уговора о јавним набавкама испод прагова (в. одељак 2.2.2), овакви неформални механизми који омогућавају неуспешном конкуренту да се обрати надзорном (контролном) органу, који може (и у пракси је то често случај) наручиоцу да наложи да не додели уговор све док се не испита наводна повреда правила поступка за доделу набавки – показали су се корисним у фази која претходи додели уговора.¹⁹⁹⁶

Табела бр. 3 Механизми решавања спорова из управних уговора у немачком праву

РЕШАВАЊЕ СПОРОВА ИЗ УПРАВНИХ УГОВОРА У НЕМАЧКОМ ПРАВУ	
ЈАВНОПРАВНИ УГОВОРИ ИЗ ЗАКОНА О УПРАВНОМ ПОСТУПКУ	
Приватни саговорач	<p>Управни спор – тужба зависи од акта који се побија/циља који се жели постићи:</p> <p>1. <i>Anfechtungsklage</i>: уперена против управних аката донетих у вези са јавноправним уговором (у поступку закључења, извршења или престанка уговора).</p> <p>2. <i>Feststellungsklage</i>: уперена ка томе да се формално утврди да је јавноправни уговор ништав, раскинут или, насупрот томе, пуноважан.</p> <p>3. <i>allgemeine Leistungsklage</i>: уперена ка томе да суд туженог обавезе на извршење изостале уговорне обавезе; измену уговора када споразумна измена није била могућа; повраћај датог у случају престанка уговора.</p> <p>Право на накнаду штете (такође у управном спору).</p>
Орган	<p>Поред истоврсне заштите у управном спору која је предвиђена за приватноправне саговораче, орган под одређеним условима има право једностраног раскида уговора у јавном интересу.</p>
Трећа лица	<p>1. Писана сагласност трећег лица на чија права јавноправни уговор утиче, услов пуноважности уговора.</p> <p>2. Институт позивања заинтересованих трећих лица у управном спору</p> <p>3. Трећа лица на чија субјективна права јавноправни уговор утиче, могу да користе правна средства:</p> <ul style="list-style-type: none"> • у управном спору: побијање управних аката • у парничном поступку: накнада штете

¹⁹⁹⁶ *Ibid.*, 44–45.

УГОВОРИ О ЈАВНИМ НАБАВКАМА И КОНЦЕСИЈАМА

Уговори изнад прагова

Фаза до закључења уговора	Фаза након закључења уговора
<p>1. Специјализовани механизам:</p> <ul style="list-style-type: none">• Коморе за набавке (<i>Nachprüfungsverfahren</i>)• Виши судови у поступку по хитној жалби <p>Титулари правне заштите: <i>сваки привредни субјект који има интерес да му се додели уговор о јавној набавци или концесији, који тврди да су му због наводног непоштовања правила о додели уговора из овог закона повређена права, и који докаже да је због тога претрпео штету или постоји ризик од наступања штете.</i></p> <p>3. Секундарна правна заштита (накнада штете): парнични поступак</p> <p>Титулари правне заштите:</p> <ul style="list-style-type: none">• неуспешни конкуренти који су имали стварну шансу да им уговор буде додељен;• наручиоци у случају злоупотребе права на правну заштиту.	<p>1. Могућност накнадне измене и раскида уговора од стране наручиоца</p> <p>2. Лишавање уговора правног дејства (<i>Unwirksamkeit</i>)</p> <p>3. Секундарна правна заштита (накнада штете)</p> <p>Титулари правне заштите:</p> <ul style="list-style-type: none">• неуспешни конкуренти по основу <i>culpa in contrahendo</i>• неуспешни конкуренти који су имали стварну шансу да им уговор буде додељен;• наручиоци у случају злоупотребе права на правну заштиту.

Уговори испод прагова

Правна заштита и решавање спорова нису посебно уређени, иако има помака у законодавству појединих федералних јединица да се механизам решавања спорова изнад и испод прагова приближе.

Дилема о расподели надлежности између грађанских или управних судова за спорове из ових уговора није дефинитивно разрешена, осим у погледу спора за накнаду штете где ће бити надлежни први.

АЛТЕРНАТИВНИ МЕХАНИЗМИ

Отвореност немачког права за примену алтернативних механизма, како у приватном, тако и јавном праву. Посебна правила за поједине механизме у домену управних спорова. Доступни ADR механизми:

1. Арбитража (посебно заступљена у комплексним и дугорочним уговорима, са страним улагачима).
2. Механизми мирног решавања спорова (медијација, концилијација, поравнање)
3. Право на петицију

Извор: Табелу је направила ауторка, на основу анализе стручне литературе и законских извора у немачком правном систему.

3. СРПСКО ПРАВО

Правна заштита од незаконитих аката и (не)активности управе, укључујући ту и управне уговоре, у Србији је у различитим историјским епохама мењала свој облик под утицајем различитих унутрашњих (економских, политичких, социјалних и др.), односно спољних фактора (француских, совјетских, немачких, ЕУ) који би у конкретном тренутку били доминантни. Као и сам институт управног уговора из ЗУП-а, и механизам правне заштите представља амалгам тих различитих утицаја, а пре свега француског, немачког, као и права ЕУ.

Уколико бисмо сумарно покушали да опишемо генезу развоја механизма решавања спорова из управних уговора, рекли бисмо да је одликује *дисконтинуитет* и *хетерогеност*. Дисконтинуитет се огледа у периодичним „резовима“ у односу на претходне доктринарне ставове и законска решења и увођењу потпуно нових решења, која се не ослањају нужно на претходна нормативна и практична искуства. У управној материји која је сама по себи шаренолика и динамична, то је неретко доводило до губљења из вида целине правног система и неусклађених (самим тим и нефункционалних) законских решења. У материји правне заштите и решавања спорова из управних уговора, оваква пракса је резултирала и актуелним крајње хетерогеним и неуједначеним правним режимом – тачније, са неколико режима.

На самом почетку, ради стварања комплетније слике, потребно је – аналогно приступу у поглављу о француском и немачком праву – дати неколико основних напомена о уређењу судске надлежности у Републици Србији. Фокус ће бити на основним питањима уређења судова у Србији према важећем стању законодавства, без осврта на предстојеће измене правосудног система након недавно спроведеног референдума о уставним променама,¹⁹⁹⁷ односно актуелну нормативну и институционалну реформу управног спора и управног судства.¹⁹⁹⁸

Судска власт у Републици Србији обухвата судове опште и посебне надлежности (члан 11, став 2 Закона о уређењу судова – ЗУРС).¹⁹⁹⁹ У судове опште надлежности спадају основни, виши, апелациони судови и, као највиша инстанца – Врховни касациони суд (члан 11, став 3 ЗУРС).²⁰⁰⁰ Судови посебне надлежности су привредни судови, Привредни апелациони суд, прекршајни судови, Прекршајни апелациони суд

¹⁹⁹⁷ Вид. Уставни закон за спровођење Акта о промени Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 115/2021; Одлуку о проглашењу Акта о промени Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 16/2022 и Одлуку о спровођењу Уставног закона за спровођење Акта о промени Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 16/2022. Тежиште уставних реформи су управо биле одредбе посвећене правосудју, а у наредном периоду нам предстоји измена сета правосудних закона којима се нормира оснивање, утврђивање надлежности и поступака пред судовима, у складу са чл. 143, ст. 2 УРС. Ту спадају – у делу који се односи на судове – Закон о уређењу судова, Закон о Високом савету судства, Закон о судијама и Закон о Правосудној академији. Paragraf-Vesti: Predlog za izmenu Ustava RS: Izmene Ustava ocekiju se u drugoj polovini 2019. godine, a zatim i usvajanje seta pravosudnih zakona, 22.01.2019. godine, iz baze Paragraf Lex; Мирослава Дерикоњић, „Измене правосудних закона након избора“, Политика (11.03.2022. године), доступно на: <https://www.politika.rs/scc/elanak/501775/Izmene-pravosudnih-zakona-nakon-izbora>, 8. јул 2022.

¹⁹⁹⁸ Текст радне верзије Стратегије развоја правосудја за период 2019-2024. године, доступан на интернет страници Министарства правде, <https://www.mpravde.gov.rs/tekst/25076/nova-verzija-radnog-teksta-strategije-razvoja-pravosudja-za-period-2019-2024-godine-jul-2019godine.php>, 8. јул 2022.

¹⁹⁹⁹ Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 16/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - др. закон, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 - др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 - одлука УС, 87/2018 и 88/2018 - одлука УС.

²⁰⁰⁰ Који је након спроведеног референдума преименован у Врховни суд.

и Управни суд (члан 11, став 4 ЗУРС). Привредни апелациони суд, Прекршајни апелациони суд и Управни суд су судови републичког ранга са седиштем у Београду, чија надлежност се простире на територији читаве државе (члан 13, став 1 ЗУРС). При томе, Прекршајни апелациони и Управни суд могу имати одељења изван седишта (члан 13, став 2 ЗУРС). У случају Управног суда, одељења ван седишта су формирана у Новом Саду, Крагујевцу и Нишу.

У стварну надлежност судова опште надлежности спадају грађанска и кривична материја, с тим да се разграничење надлежности између основних, виших и апелационих судова врши према врсти и вредности предмета спора (чланови 22–24 ЗУРС).²⁰⁰¹ У првостепеном парничном поступку могу бити надлежни и привредни судови уколико су обе странке привредни субјекти, независно од предмета спора, као и уколико је само једна странка привредни субјект, а друга правно лице које није привредни субјект, „ако је предмет спора настао у обављању делатности привредног субјекта“, као и у законом посебно набројаним областима (члан 25 ЗУРС).²⁰⁰²

У надлежност Управног суда спада решавање у управним споровима, пружање међународне правне помоћи у оквиру његове надлежности, као и други послови одређени законом (члан 29 ЗУРС). Уставом Републике Србије (у даљем тексту: УРС)²⁰⁰³ предвиђено је да „законитост коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу подлеже преиспитивању пред судом у управном спору, ако у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита“ (члан 198, став 2). Ова одредба даље је разрађена ЗУС-ом, којим се предмет управног спора дефинише тако да обухвати:

- 1) испитивање законитости коначних управних аката, осим оних у погледу којих је предвиђена другачија судска заштита (члан 3, став 1 ЗУС);
- 2) испитивање законитости коначних појединачних аката којима се решава о праву, обавези или на закону заснованом интересу, у погледу којих у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита (члан 3, став 2 ЗУС);
- 3) испитивање законитости других коначних појединачних аката када је то законом предвиђено (члан 3, став 3 ЗУС);
- 4) испитивање законитости, односно оправданости тзв. *ћутања управе* – када надлежни орган није у прописаном року донео управни акт по захтеву, односно жалби (члан 15 ЗУС); и
- 5) одлучивање о тзв. *парничним стварима*, односно акцесорним захтевима за накнаду штете и/или повраћај ствари пресудом којом поништава оспорени управни акт, под условом да „утврђено чињенично стање пружа поуздан основ за то“ (члан 45 ЗУС).

Најзад, надлежност највишег републичког суда обухвата одлучивање по ванредним правним лековима изјављеним на одлуке судова опште и посебне надлежности и у другим стварима одређеним законом, укључујући и разрешење сукоба надлежности између судова, као и преношења надлежности судова (члан 30 ЗУРС). У контексту парничног поступка, надлежност Врховног касационог суда, обухвата одлучивање по *ревизији* и *захтеву за преиспитивање правоснажних пресуда* другостепених судова,

²⁰⁰¹ Никола Бодирога, *Парнични поступак*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022, 79.

²⁰⁰² *Ibid.*, 81–82.

²⁰⁰³ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

као и по *предлогу за понављање поступка*, када се разлог за понављање односи на поступак пред тим судом.²⁰⁰⁴ С друге стране, у склопу управног спора, највиши суд одлучује по *захтеву за преиспитивање судске одлуке* (пресуда и решења) Управног суда – члан 49 ЗУС, као и по *тужби за понављање поступка* (члан 56 ЗУС), такође уколико је разлог за понављање настао у поступку пред тим судом, по логици ствари у поступку одлучивања по претходно поменутом захтеву.²⁰⁰⁵

Веома слично ситуацији у немачком праву, механизми које позитивно право Републике Србије ставља на располагање овлашћеним субјектима како би се предупредили, односно решавали спорови из управних уговора, зависе не толико од природе и правног режима конкретног уговора (управних уговора у смислу ЗУП-а, уговора о јавним набавкама, концесијама или ЈПП), већ од предмета спора. Уколико је предмет спора испитивање (не)законитости управног акта донетог у вези са уговором, надлежан је Управни суд, као суд републичког ранга посебне надлежности – у погледу свих посматраних уговора.

Уколико се као предмет спора појављује сам уговор (његова пуноважност), односно ако је у питању неизвршење обавезе из уговора, накнада штете или повраћај ствари, биће надлежан суд опште надлежности у парници, с тим да, како смо управо видели, Управни суд може да досуди и накнаду штете и повраћај ствари у вези са поништеним управним актом. То је у складу са законским одређењем предмета парничног поступка, који обухвата, између осталог решавање спорова из „привредних, имовинскоправних и других грађанскоправних односа, осим спорова за које је посебним законом прописана друга врста поступка“ (члан 1, став 1 ЗПП). Када је уговор о коме је реч истовремено и уговор о страним улагањима, спорови о страним улагањима су стављени у надлежност привредних судова (члан 25, став 1, тачка 4 ЗУРС).

Осим тога, механизми решавања спорова из уговора о јавним набавкама, концесијама и ЈПП су, под великим утицајем права ЕУ, у првом степену у надлежности специјализованог, квазисудског тела са значајним овлашћењима. Најзад, у погледу свих категорија уговора постоји простор за примену алтернативних механизма који је негде више (уговори о концесијама и ЈПП са страним елементом), негде мање, а негде уопште није искоришћен.

Структура овог поглавља наликује структури поглавља о немачком праву, утолико што се први одељак бави решавањем спорова из управних уговора у смислу ЗУП-а, други преосталих уговора, док је трећи посвећен алтернативним механизмима за све категорије анализираних уговора.

3.1 Решавање спорова из управних уговора у смислу ЗУП-а

Већ смо видели да општи правни режим управних уговора који успоставља ЗУП не садржи посебне одредбе о поступку одабира странке нити о специфичностима закључења уговора. На основу пратећих докумената уз Нацрт ЗУП-а (Образложења Нацрта, Анализе ефеката прописа), као и преовлађујућег мишљења домаће управноправне доктрине, произлази да су предлагачи закона приликом креирања управних уговора имали у виду посебне законе као што су ЗЈН и ЗЈППК, који детаљно уређују процедуру и услове избора приватног саговорача и којима су дискрециона овлашћења управе у том погледу умногоме сужена. Ипак, због чињенице да у ЗУП-у нема помена ових или сличних процедура, овакве паралеле остају без значаја. Стога се слажемо са ауторима који непостојање било каквог осврта на поступак закључења

²⁰⁰⁴ Н. Бодирога, 82.

²⁰⁰⁵ Зоран Томић, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, друго допуњено издање, Службени гласник, Београд 2012, 688.

управних уговора из ЗУП-а критикују као велики недостатак правног режима који се овим прописом успоставља, будући да би веће привилегије успостављене у корист органа требало да прати и „појачана одговорност“.²⁰⁰⁶

Надаље, из дефиниције управне ствари какву познаје важећи ЗУП, произлази да управни уговори представљају посебан инструмент управне активности који, као и управни акти, служи заснивању, мењању и гашењу управних односа (в. одељак 2.3.2 (i)(а) о решавању у управним стварима). Дакле, за разлику од уговора о јавним набавкама, концесијама и ЈПП склапању управног уговора у смислу ЗУП-а не мора нужно да претходи управни акт. Овакво решење је веома слично немачком праву у којем је јавноправни уговор алтернатива управном акту.²⁰⁰⁷

С обзиром на претходно речено, у редовима који следе нећемо се бавити механизмима решавања спорова до којих може доћи у фази која претходи закључењу уговора. Штавише, правна заштита коју ЗУП предвиђа везана је за ситуације у којима је уговор већ закључен. Основна питања на која ћемо се осврнути су *однос уговорних страна у управном уговору*, из којег произлазе и овлашћења и механизми које им законодавац ставља на располагање; затим *механизми* који произлазе из *општег уговорног режима* у вези са разлозима и последицама *неважности уговора* и, најзад, положај и правна заштита *трећих лица* у контексту спорова из управних уговора.

3.1.1 Однос уговорних страна у управном уговору и механизми управноправне заштите странке

Највеће одступање од општег уговорног режима какав успоставља ЗОО је управо код односа између уговорних страна. Насупрот прокламованом начелу једнакости страна у облигационом односу (члан 11 ЗОО), законодавац веома очигледно ставља орган у повлашћенији положај у односу на странку, који се огледа како у ширем кругу случајева у којима орган може да одбије захтев странке за прилагођавање уговорних одредаба новонасталим околностима, тако и у овлашћењу једностраног раскида уговора.²⁰⁰⁸ С друге стране, странка као приватноправни субјект такву могућност ни у једном случају нема, иако би је према општим правилима облигационог права имала.

На овом питању се види интенција законодавца да положај уговорних страна у управном уговору креира према „француском рецепту“, а све у циљу боље и потпуније заштите јавних интереса који представљају окосницу института управног уговора из ЗУП-а. Ипак, мишљења смо да је успостављена неравнотежа снага већа чак и у поређењу са француским правом, да је не оправдавају нити подржавају остале одредбе о управним уговорима, као и да прописана правна заштита није довољна да пружи адекватну сатисфакцију и мотивацију приватним субјектима да уђу у овакав уговорни подухват. Све то додатно онемогућава већу заступљеност управних уговора у законодавству и пракси, као и реализацију његовог потенцијала да допринесе привредном развоју и промовисању (страних) улагања.

Како је већ поменуто у одељку 2.3.2 (i)(б) друге главе, члан 23 ЗУП-а регулише питање измене уговора услед промењених околности, на шта обе уговорне стране имају право. Међутим, орган има могућност да захтев странке одбије не само уколико нису испуњени законски услови, већ и ако би „измена уговора изазвала штету по јавни интерес која би била већа од штете коју би претрпела странка“ (став 2). С друге стране,

²⁰⁰⁶ М. Karanikić Mirić, Т. Jevremović Petrović, 23.

²⁰⁰⁷ Насупрот томе, у хрватском праву управни уговор служи извршењу донетог управног акта. Вид. Frane Staničić, „Kontrola nad sklapanjem upravnih ugovora“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 53, 1/2016, 238.

²⁰⁰⁸ М. Karanikić Mirić, Т. Jevremović Petrović, 28.

уколико странка одбије сагласност да се уговор измени у складу са овим чланом, орган може једнострано да раскине уговор (члан 24, став 1, тачка 1). Осим тога, ЗУП прописује две додатне ситуације у којима орган може једнострано да раскине уговор – уколико странка не испуњава уговорне обавезе (члан 24, став 1, тачка 2) или ако је то неопходно да би се отклонила тешка и непосредна опасност по живот и здравље људи и јавну безбедност, јавни мир и јавни поредак или ради отклањања поремећаја у привреди, а то не може успешно да се отклони другим средствима којима се мање дира у стечена права (члан 24, став 1, тачка 3). Радошевић у том контексту указује на сходну примену одредаба члана 187, став 3 ЗУП-а о ванредном укидању решења због истих разлога, закључујући да би странки ту требало признати право на накнаду стварно претрпљене штете.²⁰⁰⁹

Како је истакнуто у Образложењу појединачних решења актуелног ЗУП-а, законодавац свесно и намерно „појачава“ овлашћења органа у односу на другу уговорну страну, ради „остварења јавног интереса“.²⁰¹⁰ Дакле, како је „кауза управног уговора остварење неког јавног интереса“, а циљ његовог закључења стварање „одређене јавне користи за грађане и правна лица“, орган се, као представник и заступник јавних интереса, опрема овлашћењима која друга уговорна страна нема, иако би је имала према општем уговорном режиму грађанског права.²⁰¹¹

С друге стране, начела сразмерности (члан 6 ЗУП) и заштите права странака и остваривања јавних интереса (члан 7 ЗУП), налажу да се приликом вршења управних активности успостави равнотежа између заштите права и правних интереса странака и јавних интереса, односно интереса трећих лица. Ова равнотежа се огледа, пре свега, у претходно поменутих одредбама којима се омогућава органу да одбије захтев странке за изменом уговора услед промењених околности уколико би штета по јавни интерес била већа од штете коју би странка претрпела останком у непромењеном уговорном односу (члан 23, став 2 ЗУП), као и у предвиђању да је једнострано раскид уговора *ultima ratio*, будући да не постоји други, блажи начин да се заштите угрожена јавна добра (члан 24, став 1, тачка 3 ЗУП). Осим тога, поновно успостављање нарушене равнотеже унутар уговорног односа би требало, како се истиче, да се оствари и кроз прописани механизам правне заштите странке.

Наиме, када орган одбија захтев странке за изменом уговора, као и када га једнострано раскида у прописаним ситуацијама, орган је дужан да то учини издавањем управног акта – решења – у којем детаљно наводи и образлаже разлоге одбијања измене уговора, односно његовог раскида.²⁰¹² Пружање адекватне заштите права и интереса странке као слабије уговорне стране уз истовремено минимално задирање у постојећи систем управноправне заштите, била је једна од основних идеја приликом креирања механизма правне заштите.²⁰¹³ Странка издато решење може да побија редовним управноправним средствима – жалбом и/или управносудском тужбом. Да ли ће странки стајати на располагању и управни и управносудски механизам правне заштите, зависи од хијерархијског положаја органа управе.²⁰¹⁴ Наравно, уколико су за то

²⁰⁰⁹ Р. Радошевић, 105.

²⁰¹⁰ Предлог ЗУП-а са Образложењем и АЕП, 5.

²⁰¹¹ У складу са општим правилима уговорног права из ЗОО-а, а на основу чл. 26 ЗУП-а; З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, 47.

²⁰¹² Вид. чл. 23, ст. 2 и 24, ст. 2 ЗУП.

²⁰¹³ З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, 48–50.

²⁰¹⁴ Наиме, уколико је реч о органу против чијег решења је могуће изјавити жалбу, странка ће најпре моћи да изјави жалбу, а затим и тужбу против евентуално неповољног решења по жалби. Насупрот томе, решење другостепеног органа, као и решење првостепеног органа против чијег којег је жалба искључена, одмах је коначно и може се побијати тужбом у управном спору. З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, 48.

испуњени законски услови, такво решење би потенцијално могло да буде и предмет ванредног преиспитивања и евентуалног уклањања, односно измене према одредбама ЗУП-а које уређују посебне случајеве уклањања и мењања решења.²⁰¹⁵

Уколико орган не испуњава своје уговорне обавезе, странки на располагању стоји посебно правно средство – *приговор*.²⁰¹⁶ Приговор је уведен важећим ЗУП-ом, како би се нови облици управног поступања који не подразумевају доношење управног акта – управне радње, управни уговор, пружање јавних услуга – подвели под постојећи режим управноправне заштите. Овом правном леку посвећени су чланови 147–150 ЗУП-а, у оквиру одељка о правним средствима. На облик и садржину приговора сходно се примењују одредбе о облику и садржини жалбе.²⁰¹⁷

Рокови за изјављивање приговора зависе од врсте управне активности против којих је уперен. У контексту управних уговора, уколико орган не испуњава своје уговорне обавезе, странка може да изјави приговор у року од шест месеци од таквог пропуштања органа.²⁰¹⁸ Знатно дужи рок за подношење приговора у овом случају, у поређењу са роковима у случају управних радњи и пружања јавних услуга,²⁰¹⁹ представља компромисно решење како би се надоместило дерогирање рока застарелости потраживања накнаде штете из ЗОО-а, који износи три године.²⁰²⁰ На тај начин се оставља довољно времена за утврђивање одговорности за насталу штету, али и отвара значајан простор за алтернативно решење спорне ситуације јер би уговорне стране у остављеном периоду могле да покушају споразумно да реше настали проблем – преговорима, посредством медијатора и сл. (више о томе у одељку 3.3 у оквиру ове главе).²⁰²¹

За разлику од управне жалбе, о којој одлучује виши орган у односу на доносиоца ожалбеног управног акта, приговор представља ремонстративни правни лек који се изјављује и о коме одлучује руководилац органа на чије се поступање односи.²⁰²² По примљеном приговору, руководилац органа најпре испитује да ли је приговор благовремен, дозвољен, изјављен од овлашћеног лица, као и да ли је уређен у року који је орган одредио. Уколико је одговор на бар једно од постављених питања негативан, орган ће приговор одбацити решењем. У супротном, испуњени су услови за доношење мериторне одлуке. Тачније, за испитивање да ли је пропуштање органа да изврши уговорну обавезу било законито.²⁰²³ Резултат ће бити решење којим се приговор одбија као неоснован, односно којим се усваја као основан.²⁰²⁴ У другом случају, руководилац ће одредити даљи начин испуњења обавеза из управног уговора и одлучиће о евентуалном захтеву за накнаду штете.²⁰²⁵ Руководилац органа је дужан да о приговору одлучи и изда решење у року од 30 дана од пријема уредног приговора.²⁰²⁶

²⁰¹⁵ Вид. део седми (чл. 175–189) ЗУП-а.

²⁰¹⁶ Чл. 25 ЗУП-а: „Ако орган не испуњава уговорне обавезе, странка не може да раскине управни уговор, али може да изјави приговор“.

²⁰¹⁷ Чл. 148, ст. 2 ЗУП-а.

²⁰¹⁸ Чл. 147, ст. 2, тач. 1 ЗУП-а.

²⁰¹⁹ У складу са чл. 147, ст. 2, тач. 2 и 3 ЗУП-а, рок за подношење приговора износи 15 дана од предузимања управне радње или од пропуштања да се управна радња предузме, односно 15 дана од када се јавна услуга не пружа тако да обезбеди уредно и квалитетно, под једнаким условима, остваривање права и задовољавање потреба корисника.

²⁰²⁰ З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, 49–50.

²⁰²¹ *Ibid.*

²⁰²² Чл. 148, ст. 1 ЗУП.

²⁰²³ Чл. 148, ст. 3 ЗУП.

²⁰²⁴ Чл. 149, ст. 1 и 2 ЗУП.

²⁰²⁵ Чл. 149, ст. 3, тач. 1 ЗУП.

²⁰²⁶ Чл. 149, ст. 1 ЗУП.

На описани начин, странка ће посредством приговора успети да издејствује доношење управног акта, на који ће моћи да изјави жалбу, односно да поднесе тужбу – већ у зависности од тога да ли је реч о првостепеном или другостепеном решењу.²⁰²⁷

Видимо, дакле, да из „односа снага“ унутар управног уговора произлази и начин на који је уређена правна заштита уговорних страна. Орган се „штити“ јачим овлашћењима у односу на странку, будући да има право једностраног раскида уговора у законом прописаним случајевима, као и да „већину других (осим накнаде штете, прим. Б.Т.) проблема везаних за закључивање, извршавање и престанак уговора могао сам да реши управним актом“.²⁰²⁸ Прописивањем обавезе органа да донесе образложено решење када одбија захтев странке за изменом уговора, као и када једнострано раскида уговор у два случаја, штити се и странка тако што против тог решења може да изјави редовна управно правна средства – жалбу и/или тужбу у управном спору. У ситуацији када орган не издаје управни акт, странка може да изјави приговор, чиме се поново уводи у претходно описани режим управноправне заштите, будући да орган о приговору одлучује решењем.

Описаним механизмом правне заштите, управни уговори су уведени у нови ЗУП без ремећења постојећег устројства домаћег управног процесног права. Међутим, оправдано се поставља питање да ли се оваквим решењем тас на ваги прекомерно помера у корист органа? Склони смо да на ово питање дамо потврдан одговор. Наиме, описани механизам као да занемарује чињеницу да не може да се повуче знак једнакости између улоге органа код издавања управних аката с једне, и код управних уговора, с друге стране. У првом случају, орган – сасвим разумљиво – наступа са позиције „јачег“. У другом би, макар према формалним разлозима за увођење института управног уговора у домаћи правни систем, требало показати управу као својеврсног партнера грађана и њихових организација. Стога нас актуелни механизам подсећа на изреку *ubi iudicat, qui accusat* у нешто измењеном облику, будући да на примеру управних уговора исти орган и „суди“ и „пактира“. Иако разумемо логику оваквог решења, сматрамо да није примерено циљу који овај институт треба да задовољи те да би требало размислити о увођењу механизма који теже успостављању равнотеже унутар управних уговора са каквима смо се сусрели у претходна два национална поглавља.

3.1.2 Уговорни спорови

Из претходног одељка је јасно да су се редактори ЗУП-а ограничили на прописивање (управно)правне заштите странке против решења која се издају у вези са управним уговорима, као и у случају да орган не извршава своју уговорну обавезу. При томе, заштита органа умногоме је обезбеђена кроз јача и једнострана овлашћења, као што је раскид уговора.

У теорији се поставило питање да ли би широко постављени предмет управног спора могао да се тумачи у прилог подвођењу управних уговора под директну и непосредну контролу домаћег управног судства. Наиме, у предмет управног спора улази, поред законитости коначних управних аката (члан 3, став 1 ЗУС), односно других коначних појединачних правно-решавајућих аката у погледу којих није предвиђена другачија судска заштита (члан 3, став 2 ЗУС) и „законитост других коначних појединачних аката када је то законом предвиђено“ (члан 3, став 3 ЗУС). Тиме је законодавац показао „отвореност ЗУС-а према посебним законима који предвиђају (или ће предвиђати, *pro futuro*) правну заштиту у управном спору против

²⁰²⁷ З. Томић (2017), 249–265, 260.

²⁰²⁸ З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, 48.

одређених категорија појединачних правних аката“.²⁰²⁹ Уз ослонац на ту одредбу и решења упоредног права, изводи се закључак о томе да би и управни уговори (будући појединачни, правни акти) требало да се подведу под окриље управносудске заштите, уколико за то постоји „посебан конкретан законски основ, али и одговарајућа регулатива у ЗУП-у“.²⁰³⁰

Иако је у међувремену управни уговор добио своје место у ЗУП-у, сматрамо да горе поменута одредба члана 3, става 3 ЗУС-а не би, без одговарајућег прилагођавања, могла да пружи непосредни правни основ за оспоравање управних уговора пред Управним судом. Прво, стога што је потребно да тако нешто буде предвиђено посебним законом. Алтернативно, сам ЗУС би тако нешто могао изричито да предвиди. Друго, иако су управни уговори појединачни (двострани) правни акти, не би могло да се говори о њиховој *коначности* јер је то својство које одликује управне акте и неприменљиво је у контексту уговора. Најзад, треће, целокупан управни спор креиран је имајући у виду управне акте, као једностране акте власти органа управе и не одговара у потпуности институту какав је управни уговор.

Последње посебно долази до изражаја у погледу тужилачке легитимације. Премда ЗУС и одређене органе јавне власти означава као потенцијалне тужиоце, уколико у управном поступку могу да буду носиоци права о којима се решавало у управном поступку (члан 11, став 2), став је судске праксе да орган управе који је уједно и доносилац оспореног управног акта, не може да буде тужилац у управном спору.²⁰³¹ С тим у вези се намеће питање да ли би, према актуелном ЗУС-у, орган управе који је уговорна страна у управном уговору могао тужбом да оспори уговор? Сматрамо да за тако нешто не постоји упориште у важећем ЗУС-у, будући да је орган у претходно вођеном управном поступку одлучивао о управној ствари странке, овог пута закључивањем управног уговора којим се, подсетимо се, *стварају, мењају* или *гасе* управни односи. Осим тога, стоји и оно што је претходно истакнуто у погледу физиономије управног спора према актуелном стању законодавства и његове оријентисаности ка управним актима.

Са аспекта равноправне и уравнотежене правне заштите различитих категорија интереса који прожимају управне уговоре (јавних и приватних), занимљиве су и одредбе важећег ЗУС-а о овлашћењу јавног тужиоца да покрене управни спор ако је управним актом повређен закон на штету јавног интереса (члан 11, став 3 ЗУС), односно надлежног јавног правобранилаштва, ако су управним актом повређена имовинска права и интереси Републике Србије, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе (члан 11, став 4 ЗУС). Ипак, обе ове одредбе се везују за управни акт, те би у контексту спорова из управних уговора могле да дођу у обзир само поводом решења која орган-сауговорач издаје у претходно наведеним случајевима. Осим тога, у пракси је покретање управног спора од стране јавног тужилаштва реткост – што је и разумљиво, имајући у виду примарну улогу овог тела у гоњењу учинилаца кривичних и других кажњивих дела.²⁰³²

²⁰²⁹ З. Томић (2012), 198.

²⁰³⁰ *Ibid.*, 201.

²⁰³¹ Решење Врховног суда Србије У. бр. 6748/05 од 01.02.2006. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 1/2006, Intermex, Београд, аутор сентенце: Маријана Тафра-Мирков, саветник Врховног суда Србије, наведено према: Управни суд, *Билтен судске праксе* бр. 1/2010, Intermex, Београд 2010, 77. Решење Врховног суда Србије У. 6139/06 од 04.04.2007. године, Сентенцу саставио: Љубодраг Пљакић, судија Врховног суда Србије, наведено према: Управни суд, *Билтен судске праксе* бр. 1/2010, Intermex, Београд 2010, 100.

²⁰³² Чл. 2, ст. 1 Закона о јавном тужилаштву, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 38/2012 – одлука УС, 121/2012, 101/2013, 111/2014 – одлука УС, 117/2014, 106/2015 и 63/2016 – одлука УС; Dobrosav Milovanović, Marko Davinić, Vuk Cucić, “Free Access to

Имајући у виду изречено, сматрамо да, уколико се домаћи законодавац определи за то да правну заштиту против управних уговора *de lege ferenda* стави под окриље управног судства, треба изричито предвидети могућност органа као уговорне стране да покрене управни спор. Тиме би се унела неопходна равнотежа у поступку остваривања судске заштите и отклониле недоумице. О значају опремања обе уговорне стране активном тужилачком легитимацијом у контексту уговорних спорова, говори и чињеница да је такво решење примењено у упоредном праву (у контексту Француске и Немачке, в. претходна два поглавља ове главе), укључујући и земље у региону.²⁰³³

До сада можемо да закључимо да је правна заштита у управном спору обезбеђена само поводом управних аката органа и то искључиво по тужби странке. Дакле, у евентуално покренутом управном спору, орган не би могао да се појави као тужилац, већ искључиво као тужена страна.²⁰³⁴

Такође, видели смо да управни уговори тек *посредно* потпадају под контролу Управног суда – у поступку испитивања законитости решења донетог како би се управни уговор раскинуо, односно одбио захтев странке за изменом уговора. Примећујемо, међутим, да је изостало јасно навођење правних последица које одлука Управног суда након успешно спроведеног управног спора има по закључени уговор. С тим у вези, поставља се питање да ли би Управни суд могао, по угледу на своје француске „парњаке“, да у спору пуне јурисдикције испитује и пуноважност самог уговора, уколико, примера ради, усвоји тужбу и поништи решење којим се одбија захтев странке за изменом уговора услед промењених околности? Сматрамо да позитивноправни оквир не пружа ослонац за позитиван одговор на то питање.

У описаном контексту, интересантан је Томићев став да је „у наредном периоду у српском праву неопходно проширење надлежности управног суда и на пружање обухватније заштите у погледу управних уговора, али – бар за почетак – не још у пуној судској јурисдикцији због релативно скорог увођења (2016. године, Законом о општем управном поступку) института управних уговора у овдашњи правни систем.“²⁰³⁵

Сагласни смо са тим да је приликом увођења било каквих новина у правни поредак неопходно пажљиво одмерити правнички ентузијазам и амбицију од реалних могућности, а посебно треба бити обазрив када се преузимају решења из других правних система. Заиста, управни уговор је још увек млад институт, и на бројна питања још не постоје јасни одговори. Ипак, мишљења смо да кључни проблем није у чињеници да је управни уговор тек недавно уведен у домаћи правни систем, већ начин на који је то учињено, као и мањкавости правног режима о којима је већ било речи и које чист проток времена не може да коригује. Дакле, потребне су системске измене овог института (о чему више у закључку, у оквиру одељка о *de lege ferenda* смерницама). С друге стране, сматрамо да управо у тако широким законским овлашћењима Управног суда, постоји потенцијал за даље обликовање и развој управних уговора, као и стандарда правне заштите у споровима који из њих (и у вези са њима) произлазе.

(i) Неважност уговора и правне последице

Међу питањима која могу представљати значајан извор уговорних спорова између уговорних страна, важно место заузимају разлози и правне последице неважности

Information in Serbia”, *The Laws of Transparency in Action: A European Perspective* (eds. D. C. Dragos, P. Kovač, A. T. Marseille), Palgrave Macmillan Cham, 2019, 531–533.

²⁰³³ Вид. чл. 28, ст. 2 црногорског ЗУП-а, *Сл. лист ЦГ*, бр. 56/2014, 20/2015, 40/2016 и 37/2017, као и чл. 151, ст. 4 Закона о орсет управном поступку.

²⁰³⁴ У том смислу вид. и: Р. Радошевић, 103–104.

²⁰³⁵ Зоран Томић, „Садржина пуног управног спора – Српско право *de lege lata* и *de lege ferenda*“, *Право и привреда*, бр. 3/2021, 222.

уговора. У недостатку посебних одредаба о неважности управних уговора, потребно је ослонити се на супсидијарну примену правила облигационог права, коју налаже члан 26 ЗУП-а. ЗОО питању неважности уговора посвећује четврти одсек (чланови 103–117). Разликују се разлози и правне последице ништавости и рушљивости уговора. Ништав је уговор противан „принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује што друго“ (члан 103, став 1 ЗОО).²⁰³⁶ Будући да је у питању правна санкција установљена због повреде или угрожавања јавних интереса, томе су прилагођени и поступак утврђивања ништавости, рокови и круг субјеката који имају право истицања ништавости.

Ништавост се утврђује декларативном одлуком надлежног суда, у парници, покренутој тужбом овлашћеног лица. Иницијативу за истицање ништавости имају како уговорне стране²⁰³⁷ (и то независно од њихове савесности),²⁰³⁸ тако и свако заинтересовано лице које докаже да има правни интерес, као и јавни тужилац (члан 109 ЗОО). Суд на ништавост пази по службеној дужности (члан 109, став 1 ЗОО), а право на истицање ништавости није омеђено роком (члан 110 ЗОО). Правне последице ништавости уређене су чланом 104 ЗОО и подразумевају „гашење свих узајамних обавеза страна и обавезу враћања онога што су стране једна од друге примиле по основу уговора“. ²⁰³⁹ Дакле, једна од последица је *реституција*, односно враћање у пређашње стање, која подразумева да једна или обе стране врате оно што су на основу уговора примиле, осим ако повраћај није могућ, односно ако се природа оног што је испуњено противи враћању – у том случају ће дати одговарајућу накнаду у новцу, према ценама у време доношења судске одлуке, уколико нешто друго није законом прописано (члан 104, став 1 ЗОО).

Друге две могуће последице могу наступити уколико је уговор ништав због тога што су му циљ или кауза (основ) противни принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, а једна уговорна страна је несавесна. У том случају, суд може да *забрани реституцију*, односно да одбије (у целини или делимично) захтев несавесне стране за повраћајем датог, а може и да *наложи* савесној страни да оно што је примила по основу уговора од несавесне стране *преда општини* на којој има седиште, односно пребивалиште или боравиште (члан 104, став 2 ЗОО).²⁰⁴⁰ Приликом доношења одлуке о конкретним правним последицама, суд ће водити рачуна о „савесности једне, односно обеју страна, о значају угроженог добра или интереса, као и о моралним схватањима“ (члан 104, став 3 ЗОО).

С друге стране, рушљивост представља правну санкцију која је установљена ради заштите приватних интереса, због чега су и разлози неважности уговора по овом основу, као и правне последице, блаже него у случају ништавости. Рушљив уговор може бити поништен одлуком надлежног суда у парници, поводом тужбе овлашћеног субјекта. У круг овлашћених субјеката спадају уговорна страна у чијем интересу је рушљивост установљена (члан 112, став 1 ЗОО),²⁰⁴¹ укључујући и њеног универзалног

²⁰³⁶ Више о разлозима ништавости и (теоријској) разлици између ништавих уговора „у ужем смислу“ и непостојећих уговора, вид. Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 383–389.

²⁰³⁷ С обзиром на то да је једна страна у управном уговору орган јавне власти, парнични поступак би у име тог органа могло да покрене надлежно правобранилаштво. Вид. чл. 11 Закона о правобранилаштву, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014.

²⁰³⁸ Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 394–395.

²⁰³⁹ *Ibid.*, 391.

²⁰⁴⁰ *Ibid.*, 392–394.

²⁰⁴¹ Пајтић, Радовановић и Дудаш прецизирају да је у питању „уговорна страна која је под дејством мане воље, која је ограничено пословно способна, односно оштећена страна у случају прекомерног оштећења“. Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 402.

сукцесора, као и, у одређеним случајевима, надлежно јавно правобранилаштво када је једна од уговорних страна држава, односно аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе.²⁰⁴² Правне последице поништавања уговора су реституција (члан 113, став 1 ЗОО) и накнада штете савесном сауговарачу (члан 115 ЗОО).

С обзиром на то да поменути члан 26 ЗУП-а ни на који начин не „филтрира“ одредбе ЗОО које се супсидијарно примењују на управне уговоре, као и да још увек нема судске праксе која би пружила одговарајуће смернице за њено тумачење, можемо да закључимо да се одредбе ЗОО о ништавости и рушљивости уговора у свом изворном облику и у целости имају применити и на управне уговоре.²⁰⁴³ Међутим, имајући у виду специфичност управних уговора и њихову нераскидиву везу са јавним интересом, а посебно чињеницу да се њихов предмет неретко простире на широк круг „трећих“ лица, поставља се питање да ли су правила општег уговорног права у овом домену компатибилна са тим инструментом управне делатности.²⁰⁴⁴

Занимљиву тезу у том контексту износи Радошевић, који примењује да „[а]ко се управни уговор закључује у јавном интересу – а то се увек тврди – онда сваки недостатак у уговору вређа јавни интерес и доводи до ништавости. Рушљивост би значила да је повређен појединачни или ужи интерес, а то код управног уговора, изгледа, не може да се деси“.²⁰⁴⁵ Исти аутор, међутим, налази да уколико би неки недостатак управног уговора погађао само (приватни) интерес сауговарача, постојали би валидни разлози за тврдњу да и управни уговори могу да буду рушљиви (самим тим и да конвалидирају), будући да у таквом случају „ништавост више погађа јавни интерес, него што га штити“.²⁰⁴⁶ Другим речима, последице које за собом повлачи санкција ништавости биле би несразмерно оптерећујуће за јавни интерес, у поређењу са тежином повреде и чињеницом да је „локализована“ на приватни интерес сауговарача.

За разлику од важећег ЗУП-а, Предлог ЗУП-а из 2012. године изричито је регулисао питање ништавости управних уговора. Наиме, у члану 31 Предлога, било је прописано да је уговор ништав уколико: 1) није закључен ради остварења јавног интереса; 2) нису испуњени услови за његову пуноважност прописани овим законом, као и 3) у другим случајевима предвиђеним овим законом за ништавост управног акта. При томе, уговор ће бити ништав у целини уколико је само његов део ништав, осим ако је очигледно да би уговор био закључен и без дела који је ништав. Била је прописана и правна последица која произлази и из општег уговорног режима – да ништав управни уговор не производи правне последице. Најзад, утврђивање ништавости било је стављено у искључиву надлежност управног судства.²⁰⁴⁷

Упоредивањем са решењима немачког права о неважности јавноправних уговора, али и одговарајућих одредаба хрватског права,²⁰⁴⁸ долазимо до закључка да су се редактори Предлога приликом креирања правног оквира најтежег облика неважности управних уговора руководили предметним упоредним решењима. Могуће је да су и негативна искуства истих нормативних узора утицала на то да се горепоменуте одредбе не нађу у финалној верзији правног оквира управних уговора из ЗУП-а. Наиме,

²⁰⁴² *Ibid.*

²⁰⁴³ М. Karanić Mirić, Т. Jevremović Petrović, 33–34.

²⁰⁴⁴ Д. Миљих (20176), 536–537; Dario Đerđa, „Upravni ugovor u hrvatskome pravnom sustavu – regulacija i prostor za njeno poboljšanje“, *Fondacija Centar za javno pravo – Analize*, 2012, 6–7, доступно на: <https://fcjp.ba/index.php/-95733>, 19. март 2023.

²⁰⁴⁵ Р. Радошевић, 143.

²⁰⁴⁶ *Ibid.*

²⁰⁴⁷ Предлог ЗУП-а из 2012. године, доступан на: 620. седница Владе Републике Србије, 23. фебруар 2012. године, Влада Републике Србије, <https://www.srbija.gov.rs/prikaz/168120>, 10. октобар 2022.

²⁰⁴⁸ Вид. чл. 151 хрватског Закона о опћем управном поступку.

хрватска доктрина упозоравала је на практичне проблеме до којих може доћи услед недефинисаног односа између органа и странке у контексту ништавости управних уговора, као и на недовољно јасно уређен однос између посебних одредаба о ништавости управних уговора из ЗУП-а и оних из облигационог права.²⁰⁴⁹ Искуство немачког права нам је, такође, показало да комбиновање посебних разлога ништавости управних уговора – макар они били минуциозно регулисани – и оних из облигационог права, без јасног дефинисања њиховог односа, у пракси може да проузрокује озбиљне недоумице о томе који сет правила се има применити (в. одељак 2.1.2 ове главе). Осим тога, тешко је (ако не и немогуће) поистоветити разлоге ништавости управних уговора и управних аката, имајући у виду разлике у дејствима тих аката, а посебно чињеницу да, за разлику од хрватског, у домаћем праву управном уговору не мора нужно да претходи управни акт.

Упркос томе што су одредбе о ништавости које је садржао Предлог ЗУП-а из 2012. године биле очигледно недоречене, сматрамо да ни потпуни изостанак било каквог осврта на ово важно питање није идеално решење. Ослањање на правила облигационог права у том домену, без прилагођавања разлога неважности и правних последица специфичностима управних уговора – а посебно када је реч о последицама по права трећих лица²⁰⁵⁰ – уноси правну несигурност и додатно кочи ширу примену овог института.

(ii) Накнада штете

Када је реч о накнади штете, надлежност и поступак зависе од тога ко је оштећени. Тако, уколико је штету претрпела странка због тога што орган не испуњава своје уговорне обавезе, о накнади штете може да се одлучи у поступку по приговору. Дакле, руководилац органа који је уједно и једна од страна у управном уговору, овлашћен је да утврди и додели накнаду штете коју је тај орган причинио (*sic!*). Реч је о још једном случају веома изражене неравноправности уговорних страна. С обзиром на то да се о приговору одлучује решењем, странка би на такво решење могла да изјави жалбу и, након тога, тужбу Управном суду или би могла непосредно да поведе управни спор. У том случају, Управни суд би могао да буде у позицији да одлучује и о накнади штете (и повраћају ствари) причињене оспореним управним актом. Наиме, у складу са чланом 16 ЗУС-а, у предмет управног спора улази и захтев за накнаду штете, односно повраћај ствари одузетих актом који се тужбом оспорава. Одлучивање Управног суда по таквом захтеву могуће је уколико оспорени акт буде поништен пресудом, односно ако буде оглашен ништавим и „ако чињенично стање пружа поуздан основ за то“. У супротном, Управни суд ће тужиоца упутити на парницу (члан 45 ЗУС).

С друге стране, ако је штету претрпео орган, накнаду штете може да оствари пред судом опште надлежности, у парничном поступку,²⁰⁵¹ по тужби за осуду на чинидбу (*кондемпнаторној тужби*).²⁰⁵² Како, пак, примећују Томић, Миловановић и Цуцић, ово решење је предвиђено као прелазно, док се не увећају капацитети Управног суда.²⁰⁵³

²⁰⁴⁹ Д. Ђерђа, 6–7.

²⁰⁵⁰ Исто и код *Ibid.*, 7.

²⁰⁵¹ У складу са општим правилима уговорног права из ЗОО-а, а на основу чл. 26 ЗУП-а; З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, 48.

²⁰⁵² Више о овој врсти тужбе, вид. Татјана Павловић Недељковић *et al.*, *Приручник за примену Закона о парничном поступку*, Форум судија Србије, Београд 2017, 70; Н. Бодирога, 255–258.

²⁰⁵³ З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, 50.

Предлози ЗУП-а из 2012.²⁰⁵⁴ и 2013.²⁰⁵⁵ године садржали су једноставније решење – и орган и странка су накнаду претрпљене штете услед неиспуњења уговорне обавезе једне, односно друге стране, могли да остваре пред надлежним судом у парничном поступку. Од оваквог решења се одустало јер, стиче се утисак, тежња редактора важећег ЗУП-а била је да се истакне специфичност управних у односу на грађанске уговоре, тиме што ће макар у једном делу одлучивање о накнади штете бити стављено под окриље управног, а не парничног поступка. Упркос овој замисли, правни режим накнаде штете је остао негде на пола пута између управног поступка, управног спора и парничног поступка – с тим да се последњи никако не заобилази; напротив. Тиме се непотребно компликује механизам правне заштите уговорних страна, не остварује нужно циљ растерећења Управног суда и додатно ремети равнотежа између уговорних страна.²⁰⁵⁶

3.1.3 Правна заштита трећих лица

Целокупан управни поступак из ЗУП-а почива не само на дужности обезбеђења правне заштите странке у поступку (или више њих), као и јавног интереса, већ и заштите трећих лица, односно барем забране поступања која би ишла на штету трећих лица. Утемељена у једном од основних начела управног поступка – *начелу заштите права странака и остваривања јавног интереса* – које установљава дужност органа да омогући странки да што лакше оствари своја права и правне интересе, али не на штету јавног интереса – односно *права и правних интереса трећих лица* (члан 7 ЗУП), ова дужност прожима бројне одредбе ЗУП-а.²⁰⁵⁷ Међу њима је и одредба посвећена управним уговорима, која предвиђа да садржина управних уговора не може да буде противна интересима трећих лица (члан 22, став 3 ЗУП). Како из осталих одредаба о управном уговору не произлази круг трећих лица чији интереси представљају спољну брану садржини управних уговора, као ни правне последице повреде ове забране, неопходно је осврнути се на друге одредбе ЗУП-а које уређују правни положај „трећих“ лица.

²⁰⁵⁴ Чл. 35 Предлога ЗУП-а из 2012. године, насловљен *Правне последице неиспуњења уговорних обавеза*, гласио је: „Ако је неиспуњењем обавезе из уговора нанета штета било којој од уговорних страна, свака од њих има право да захтева накнаду штете пред надлежним судом у парничном поступку“.

²⁰⁵⁵ Чл. 25 Предлога ЗУП-а из 2013. године, насловљен *Право на накнаду штете у парничном поступку*, гласио је: „Странка може захтевати накнаду штете коју јој је орган нанео неиспуњавањем уговорних обавеза, неоправданим раскидом уговора или неоправданим одбијањем захтева за измену уговора. Орган може да захтева од странке накнаду штете због неиспуњења уговорних обавеза. О захтеву за накнаду штете решава се у парничном поступку.“

²⁰⁵⁶ Слично и: Р. Радошевић, 106.

²⁰⁵⁷ Реч је о следећим одредбама: чл. 99, ст. 2 који прописује забрану да закључено поравнање између странака са супротстављеним интересима, не сме бити на штету правних интереса трећих лица; Одступање од прописане форме управних аката и доношење решења у виду забелешке на спису могуће је, између осталог, и ако не дира у интерес трећих лица (чл. 142 ЗУП). У контексту другостепеног поступка по жалби, другостепени орган може да измени побијано решење у корист жалиоца и мимо жалбеног захтева, а у оквиру захтева постављеног у првостепеном поступку и ако се тиме не вређа у право трећих лица (чл. 169, ст. 1). Орган не може да поништи или замени своје оспорено решење уколико би се тиме вређало право трећег лица (чл. 175 ЗУП). Обзир према правима и интересима трећих лица наглашен је и код осталих ванредних правних лекова. Тако, чл. 180 ЗУП-а, предвиђено је да захтев за понављање поступка не одлаже извршење решења (ст. 1), али да орган који одлучује о захтеву за понављање ипак може решењем да одложи извршење коначног решења ако би извршење странци нанело штету која би тешко могла да се надокнади, а одлагање извршења није противно јавном интересу, *нити би нанело већу или ненадокнадиву штету противној странци или трећем лицу* (ст. 2). Код укидања решења, правоснажно решење се може укинути на захтев странке у чију корист је донето, уколико укидање није противно јавном интересу, *нити интересу трећих лица* (чл. 184, ст. 1, тач. 2). Најзад, чл. 185 је предвиђен механизам поништавања, мењања или укидања правоснажног решења, ради његовог усклађивања са законом по препоруци Заштитника грађана, с тим што је један од услова да се тиме не вређа интерес трећих лица.

На првом месту, то је одредба о страначкој легитимацији у управном поступку, односно *locus standi* правила из ЗУП-а, која су већ помињана у одговарајућем делу дисертације (в. одељак 2.3.2 (i)(a) друге главе). Подсећања ради, осим физичким и правним лицима чија управна ствар је предмет управног поступка, због чега су њихова права и/или правни интереси веома непосредно инволвирани, ЗУП својство странке признаје и другим категоријама субјеката – (1) *заинтересованом лицу* или *индиректној странки*, „на чија права, обавезе или правне интересе може да утиче исход управног поступка“; (2) *надлежним органима и другим колективитетима без својства правног лица* „под условима под којима правно или физичко лице може да буде странка, или кад је то одређено законом“ и (3) *заступницима колективних интереса*, као и *заступницима ширих интереса јавности*, ако су „организовани сагласно прописима“ и „ако исход поступка може да утиче на интересе које заступају“ (члан 44 ЗУП).

Ширина у начину дефинисања страначке легитимације, последица је настојања да се „уведе ред у омеђивање (прецизирање) круга тзв. трећих лица као могућих странка у поступку (заинтересована лица или узгредне странке), и то како због благовремене заштите њихових интереса, посебно у циљу равноправности с главном странком (уместо да се поступак евентуално понавља ако се ти „други“/„трећи“ накнадно „појаве“ или јаве, односно орган сазна за њихово везу с предметом поступка, по његовом редовном окончању), тако и због успостављања објективне законитости, као и правне сигурности.“²⁰⁵⁸

Кад је реч о могућности надлежних органа (републичких, покрајинских или локалних) да учествују у поступку ради заштите јавног интереса, претходник важећег ЗУП-а садржао је изричит правни основ за то. Тако, претходни ЗУП²⁰⁵⁹ предвиђао је да „јавни тужилац, јавни правобранилац и други државни органи, кад су законом овлашћени да у поступку заступају јавни интерес, имају, у границама тих овлашћења, права и дужности странке“ (члан 42, став 1). Штавише, поменути органи су могли да имају и шира овлашћења у односу на странку, уколико је то било предвиђено (посебним) законом (члан 42, став 2). Овлашћења надлежног јавног тужилаштва, односно јавног правобранилаштва да делају у управном поступку ради заштите јавних интереса, природно су се наслањала на њихово право да тужбом покрену управни спор.²⁰⁶⁰ Актуелни ЗУП више не садржи експлицитну одредбу у том погледу, а евентуална могућност тих органа да учествују у управном поступку (укључујући и могућност коришћења жалбе и активирања ванредних правних лекова) морала би да буде прописана посебним законом.²⁰⁶¹

У контексту правне заштите трећих лица у вези са управним уговором, од посебног значаја је легитимација тзв. заинтересованих лица, као и заступника колективних интереса и ширих интереса јавности. Јеринић указује на то да, за разлику од појединих посебних закона који својство странке признају у одређеним фазама поступка или у погледу тачно одређених аката, ЗУП то чини на најшири могући начин – „од почетка поступка до његовог окончања, што би укључило и легитимацију за покретање управног спора“, а „примењује се на све врсте управних ствари, односно на све области

²⁰⁵⁸ З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, 71.

²⁰⁵⁹ Закон о општем управном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 33 од 11. јула 1997, 31 од 27. јуна 2001, *Службени гласник РС*, број 30 од 7. маја 2010.

²⁰⁶⁰ Чл. 11, ст. 3 ЗУС-а предвиђа да „ако је управним актом повређен закон на штету јавног интереса, управни спор може да покрене надлежни јавни тужилац“, док се тужилачка легитимација јавног правобранилаштва изводи из чл. 11, ст. 4: „ако су управним актом повређена имовинска права и интереси Републике Србије, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе“.

²⁰⁶¹ Вук Цуцић, „Фино подешавање Закона о општем управном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2018, 147–149.

управног деловања“.²⁰⁶² Иста ауторка даље појашњава да као ни заинтересовано лице, ни поменути заступници колективних, односно ширих интереса јавности не могу покренути управни поступак својим захтевом, већ им се својство странке може признати у већ отпочетом управном поступку, што је од даљег значаја за коришћење управноправних средстава, првенствено жалбе у управном поступку, односно тужбе у управном спору.²⁰⁶³

Прва категорија субјеката, која се још назива и *индиректном странком* или *интервенијентом*, обухвата физичка или правна лица „чија се правна ситуација додирује (или чак преплиће) са предметом управног поступка, са управном ствари директне странке“.²⁰⁶⁴ ЗУП изједначава директну и индиректну странку у погледу процесних права и обавеза у току поступка, с тим што на неколико места захтева од заинтересованог лица да „докаже свој правни интерес“,²⁰⁶⁵ како би остварило одређено право.²⁰⁶⁶ При томе, ову категорију лица треба разликовати од заинтересованог лица као потенцијалне странке у управном спору, као лица коме би поништај оспореног управног акта непосредно био на штету (члан 13 ЗУС). Основна разлика је у томе што заинтересовано лице у управном спору не може бити „било које треће лице“, већ само оно „о чијем је праву, обавези или правном интересу решавано оспореним управним актом“.²⁰⁶⁷ Дакле, оно је, као учесник претходно вођеног двостраначког или вишестраначког управног поступка, најчешће непосредно заинтересовано, и то да оспорени управни акт опстане.²⁰⁶⁸

Последња категорија трећих лица уведена је тек актуелним ЗУП-ом у духу тенденција у упоредном праву, али и у секторском законодавству (посебно у области заштите животне средине) „отварања“ управног поступка за субјекте који „на срцу“ имају „неки интерес шири од свог личног интереса – па чак и сам јавни интерес“.²⁰⁶⁹ У литератури се као пример заступника колективних интереса наводе „различите невладине организације, удружења грађана, удружење риболоваца, удружење војних пензионера, удружење за заштиту потрошача итд.“,²⁰⁷⁰ док се примерима заступника колективних интереса јавности сматрају Црвени крст, Центар за права детета, Београдски еколошки центар и др.²⁰⁷¹ Чињеница је, међутим, да ЗУП не одређује ближе ни „колективне интересе“ нити „шире интересе јавности“, као и на који начин се разликују од других категорија интереса који се помињу у ЗУП-у – приватних и јавних интереса.²⁰⁷² Поједини аутори подсећају да је недовољна одређеност категорије колективног интереса у ЗПП-у довела до стављања ван снаге одредаба које су уређивале поступак за заштиту колективних права и интереса у парничном поступку – што није незамислива правна судбина ни у погледу одредаба ЗУП-а.²⁰⁷³ Осим тога, доктрина оправдано указује и на пропуст да се јасно установи да ли је неопходно да се

²⁰⁶² Јелена Јеринић, „У име јавности: Легитимација заступника колективних интереса и ширих интереса јавности у управним стварима“, *Правни записи*, 2/2020, 522.

²⁰⁶³ *Ibid.*, 523.

²⁰⁶⁴ З. Томић (2012), 356.

²⁰⁶⁵ При томе, „њихов интерес не може бити било какав (лични, економски и сл.), већ правни, што значи да мора да произлази из закона или да је законом заштићен“, Ружа Урошевић, „Странка у управном поступку“, *Стручни коментар – Правни инструктор*, 142/2017, *Paragraf Lex* – електронска база.

²⁰⁶⁶ Реч је о праву на разгледање списка и обавештавање о току предмета из чл. 64 и 65 ЗУП-а.

²⁰⁶⁷ З. Томић (2012), 386.

²⁰⁶⁸ *Ibid.*, 384–386.

²⁰⁶⁹ Ј. Јеринић, 507–508.

²⁰⁷⁰ З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, 72.

²⁰⁷¹ *Ibid.*

²⁰⁷² Више о томе: Ј. Јеринић, 506–509, 514–518.

²⁰⁷³ *Ibid.*, 515; Mirjana Drenovak-Ivanović, „The Development of the Right to Public Participation in Environmental Matters as a New Concept of Administrative Decision Making in Serbia“, *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, No. 44 E/2015, 85–86.

заштитницима поменутих категорија интереса призна својство странке у управном поступку, у складу са чланом 93 ЗУП-а, као предуслов за њихово остваривање права на жалбу и управносудску тужбу.²⁰⁷⁴

У светлости поменутих отворених питања и неуједначене (иако још увек оскудне) управне и судске праксе,²⁰⁷⁵ потреба прецизирања приватног сауговарача као уговорне стране и јасног разграничења од широко постављеног појма странке из члана 44 ЗУП-а додатно добија на значају.

Можемо да закључимо да, према важећим општим управнопроцесним правилима, појединци који нису уговорна страна у управном уговору, њихови колективитети са или без статуса правног лица – удружења, организације цивилног друштва и сл. – потенцијално би могли да побијају (жалбом и/или тужбом, односно ванредним правним средствима у управном поступку) управне акте издате у вези са закљученим управним уговором уколико би исход поступка могао да утиче на њихова права, обавезе или правне интересе, односно интересе које заступају. С обзиром на то да ЗУП „ћути“ у погледу правила поступка закључења управних уговора и одабира сауговарача, не можемо да се осврнемо и на евентуалну могућност правног утицаја трећих лица на одлуку о одабиру сауговарача. Како ово питање заузима централно место у механизму решавања спорова и правне заштите у поступцима јавних набавки, оно ће у контексту тих уговора бити размотрено у наредном одељку.

С друге стране, када је реч о праву трећих лица у погледу уговорних спорова, чини се неспорним да би, применом члана 26 ЗУП-а, свако заинтересовано лице, (укључујући и јавног тужиоца) могло да тражи утврђивање ништавости уговора тужбом у парници (члан 109 ЗОО).

Осим тога, као и у немачком праву (в. одељак 2.1.4 ове главе), долазе у обзир и одредбе о умешачима у парничном поступку (чланови 215–219 ЗПП).²⁰⁷⁶ Наиме, лице које има правни интерес да у парничном поступку који је у току, једна од странака тог поступка успе, може тој странки да се придружи у својству умешача (члан 215, став 1 ЗПП). Дакле, умешачи нису странка у парничном поступку, већ трећа лица која „својим радњама [...] могу утицати на ток, развој и окончање парничног поступка.“²⁰⁷⁷ Умешач може ступити у поступак током целокупног његовог трајања, „најраније од тренутка достављања тужбе туженом, а најкасније у поступку по ванредним правним лековима“,²⁰⁷⁸ а из парничног поступка може и да иступи у сваком тренутку.²⁰⁷⁹ При томе, умешач у парницу ступа изјавом на записник датом на рочишту или поднеском (члан 215, став 3 ЗПП). Странка може да оспори учешће умешача и предложи његово одбијање, а и сам суд може, независно од изјашњавања странака о томе, да одбије учешће умешача уколико утврди да није испуњен услов за то, односно да умешач нема правни интерес у конкретном случају (члан 216, став 1 ЗПП).

Из судске праксе²⁰⁸⁰ произлази да ће такав правни интерес постојати „када правне последице донете пресуде могу посредно или непосредно да утичу на његов правни

²⁰⁷⁴ Ј. Јеринић, 513.

²⁰⁷⁵ *Ibid.*, 521–526.

²⁰⁷⁶ Закон о парничном поступку (ЗПП), *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020.

²⁰⁷⁷ Т. Павловић Недељковић *et al.*, 57.

²⁰⁷⁸ Н. Бодирога, 125.

²⁰⁷⁹ Т. Павловић Недељковић *et al.*, 60.

²⁰⁸⁰ Бодирога као примере случајева у којима је судска пракса признала постојање правног интереса трећег лица, наводи следеће: „1) када правоснажност пресуде погађа и треће лице јер долази до проширења правоснажности, таква пресуда својом садржином делује и на треће лице а због тога треба омогућити трећем лицу да оно процесном активношћу у туђој парници утиче на њен исход; 2) када

положај“.²⁰⁸¹ Како се даље истиче у литератури, није довољан „економски или неки други интерес“,²⁰⁸² као ни „шири интерес за будућу заштиту неких својих права“.²⁰⁸³

Осим поменуте категорије трећих лица, које се у доктрини грађанског процесног права називају *обичним* умешачима, ЗПП познаје и тзв. *главног* умешача. Наиме, „лице које за себе у целини или делимично тражи ствар или право о коме између других лица већ тече парница, може пред судом пред којим та парница тече да тужи обе странке једном тужбом, до закључења главне расправе пред првостепеним судом“ (члан 207 ЗПП). Неколико је разлика између обичног и главног умешача. Тако, док први нема својство странке у покренутом парничном поступку, други је има. Осим тога, обични умешач се у парници прикључује једној од странака, док главни умешач подноси тужбу против обе. Најзад, предуслов учешћа обичног умешача јесте постојање правног интереса, док се правни интерес главног умешача не мора учинити вероватним, будући да постоји изричит законски основ.²⁰⁸⁴

На основу тога, јасно је да се у контексту спорова из управних уговора, у својству умешача евентуално могу појавити трећа лица уколико садржина управног уговора непосредно дира у њихове правне интересе, а не и субјекти који имају за циљ представљање и заштиту туђих интереса, као што су претходно поменути заступници колективних интереса и ширих интереса јавности. Међутим, важно је нагласити да из судске праксе произлази став о томе да се одредбе о умешачима не могу применити на управни спор. Наиме, према ставу (тадашњег) Врховног суда Србије, „не може (се) извести закључак да је у управном спору могуће придруживање једној од странака у смислу[...] (садашњег члана 207 ЗПП, прим. БТ), а којим је уређено учешће трећег лица у парници која тече између парничних странака, а које има правни интерес да једна од странака успе у тој парници“, с обзиром на то да „лице које се меша на страни тужиоца у управном спору, има процесни положај тужиоца, а не заинтересованог лица из члана 15 ЗУС, које се у поступку увек појављује на страни туженог органа“.²⁰⁸⁵

Изречени став највише судске инстанце у Србији је важан у светлости намераваног подвођења (ако не свих, онда макар спорова о накнади штете коју је орган претрпео) у надлежност Управног суда „када се повећају капацитети“ тог суда.²⁰⁸⁶

3.2 Решавање спорова из уговора о јавним набавкама, концесијама и ЈПП

На самом почетку излагања о домаћем механизму правне заштите и решавања спорова из уговора о јавним набавкама, потребно је извршити једну напомену. Слично ситуацији са немачким правом, ни у домаћем праву правна заштита свих уговора о јавним набавкама, концесијама и ЈПП није подвргнута истоветном правном режиму. Наиме, као што смо видели у другој глави дисертације, ЗЈН прописује случајеве у којима се на набавку добара, радова и услуга неће примењивати његове одредбе, било због тога што је вредност уговора испод прописаних финансијских прагова, због врсте и природе наручилаца, или због предмета конкретне набавке. Последишно, разликује

странка у случају негативног исхода парнице стиче регресно право према трећем лицу, тада треће лице својим учешћем у парници настоји да спречи да касније буде тужено; 3) када треће лице може да стекне право на накнаду штете ако странка изгуби парницу“. Н. Бодирога, 126.

²⁰⁸¹ Наведено према: *Ibid.*

²⁰⁸² Наведено према: *Ibid.*, 126.

²⁰⁸³ Т. Павловић Недељковић *et al.*, 59.

²⁰⁸⁴ Н. Бодирога, 124.

²⁰⁸⁵ Наведено према: Зоја Поповић, „Сходна примена Закона о парничном поступку у управном спору“, *Билтен судске праксе*, 2/05, ВСС, Београд, 2005, 522.

²⁰⁸⁶ З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, 50.

се режим правне заштите уговора који потпадају под правила ЗЈН, од оних који представљају изузетке у односу на та правила.

Тежиште у редовима који следе ће бити на механизму који ЗЈН предвиђа за уговоре који потпадају под његову примену, и то у фази која претходи закључењу уговора. Ту ће бити изложена актуелна законска решења из ЗЈН (поткрепљена одговарајућом праксом и правним ставовима), у погледу положаја и овлашћења надлежних контролних органа, физиономије и специфичности поступка заштите права и решавања спорова у поступцима јавних набавки и уговора о ЈПП и концесијама, као и посебне одредбе ЗЈПК-а посвећене решавању спорова. Методолошки избор је оправдан значајем овог механизма и заступљеношћу уговора на које се ЗЈН примењује. С друге стране, решавање спорова и правна заштита након закључења уговора, као и могућност остваривања правне заштите за уговоре који су из поменутих група разлога изузети од примене ЗЈН, биће дати у основним цртама услед оскудности праксе и других релевантних извора.

3.2.1 Уговори на које се примењује Закон о јавним набавкама

Механизам правне заштите из претходног Закона о јавним набавкама (у даљем тексту: ЗЈН 2012)²⁰⁸⁷ је због своје свеобухватности, доступности правних средстава, повреда одредаба ЗЈН које се њима могу оспоравати, статуса и овлашћења органа који су надлежни да испитују законитост и правилност поступака јавних набавки, као и простора за мирно решавање спорова, у више наврата у извештајима ЕК о напретку Србије био оцењен као начелно (енг. *broadly*) усаглашен са процесним захтевима и стандардима ЕУ.²⁰⁸⁸ Таква констатација не чуди, имајући у виду да је систем правне заштите „кројен“ по угледу на Директиве о правним лековима, као и да су измене ЗЈН из 2015. године, између осталог, имале за циљ да обухвате захтеве из сета европских директива о додели уговора о јавним набавкама из 2014. године.

Важећи ЗЈН који је у примени од 1. јула 2020. године (уз изузетак неколико одредаба које ће се применити када Србија приступи ЕУ), у великој мери задржава процесну архитектуру механизма правне заштите свог претходника. Одељак XVII (чланови 168–235 ЗЈН) посвећен је правној заштити и регулише положај, састав, надлежност, начин рада и посебна овлашћења надлежних органа, као и сам поступак заштите права. Унете измене имају за циљ још веће усклађивање са европским *acquis*-јем у овој области и отклањање нормативних недостатака из претходног закона, што је нагнало ЕК да и у последњем извештају о напретку Србије понови своју ранију (пр)оцену домаћег механизма.²⁰⁸⁹ Међутим, мишљења смо да редактори закона нису у потпуности довели до унапређења нормативног оквира правне заштите; напротив,

²⁰⁸⁷ Закон о јавним набавкама (ЗЈН 2012), *Службени гласник РС*, бр. 124/2012, 14/2015 и 68/2015.

²⁰⁸⁸ Вид. нпр. извештај за 2019. годину: Европска комисија, Радни документ комисије, Република Србија, *Извештај за 2019. годину који прати Саопштење Комисије упућено Европском парламенту, Савету, Европском економском и социјалном комитету и Комитету региона*, Саопштење о политици проширења ЕУ за 2019. годину, COM(2019) 260 коначни, 61 доступно на: Министарство за европске интеграције Републике Србије, Годишњи извештаји ЕК, <https://www.mei.gov.rs/srp/dokumenta/eu-dokumenta/godisnji-izvestaji-ek/>, 8. јул 2022.

²⁰⁸⁹ Европска комисија, Радни документ комисије, Република Србија, *Извештај за 2021. годину који прати Саопштење Комисије упућено Европском парламенту, Савету, Европском економском и социјалном комитету и Комитету региона*, Саопштење о политици проширења ЕУ за 2021. годину, SWD(2021) 288 коначна верзија, 77–78. Стразбур, 19. 10. 2021. године, доступно на: Министарство за европске интеграције Републике Србије, Годишњи извештаји ЕК, <https://www.mei.gov.rs/srp/dokumenta/eu-dokumenta/godisnji-izvestaji-ek/>, 8. јул 2022.

поједине новине непотребно компликују поступак заштите права и могу да проузрокују конфузију у пракси.²⁰⁹⁰

(i) Спорови у фази која претходи закључењу уговора

(a) Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки

Иако је поступак надзора над правилним спровођењем поступака јавних набавки и доделе уговора о ЈПП и концесијама, као и поступак заштите права учесника поступка вишеслојан и укључује неколико фаза и надлежних државних органа, централну улогу свакако има Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки (у даљем тексту: Републичка комисија). Ово тело уведено је у правни систем Републике Србије још Законом о јавним набавкама из 2002. године, да би кроз сваку наредну измену закона, односно усвајање новог законског оквира јавних набавки, добило шира овлашћења и гаранције ефикасности, независности и непристрасности.²⁰⁹¹

Републичка комисија је специјализовано, квазисудско тело, чији је спектар овлашћења изузетно широк и разгранат и према члану 187 ЗЈН обухвата:

- 1) одлучивање о захтеву за заштиту права;
- 2) одлучивање о жалби против решења наручиоца;
- 3) изрицање привремених мера и то:
 - одлуке о предлогу наручиоца да поднети захтев за заштиту права не задржава даље поступање у поступку јавне набавке и
 - одлуке о предлогу подносиоца захтева за заштиту права да се забрани наставак поступка јавне набавке, закључење или извршење уговора о јавној набавци;
- 4) одлучивање о трошковима поступка заштите права и трошковима припреме понуде;
- 5) праћење и контролу спровођења одлука које доноси;
- 6) изрицање новчане казне у складу са овим законом;
- 7) поништавање уговора о јавним набавкама, односно ЈПП и концесија, у законом предвиђеним случајевима;
- 8) подношење захтева за покретање прекршајног поступка када поступајући у оквиру својих надлежности утврди да је учињена повреда овог закона која може да буде основ прекршајне одговорности;
- 9) сарадњу са домаћим и страним институцијама и стручњацима у области јавних набавки, у циљу унапређења система јавних набавки, а нарочито заштите права и других поступака из надлежности Републичке комисије и
- 10) обављање других послова у складу са законом.

Имајући у виду свеобухватност законских овлашћења Републичке комисије, јасно је да она осим контролне или надзорне функције, има и важну улогу у јачању целокупног система јавних набавки кроз промовисање и размену знања и искустава, унапређење институционалне сарадње у овој области и доприносу поштовања начела

²⁰⁹⁰ Како истиче Џуџић, „[у] погледу правне заштите против одлука или ћутања наручиоца поводом захтева за заштиту права, законодавац је направио прав(н)и галиматијас [...] Овако разнородно уређивање правне заштите против одлука наручиоца у поступку заштите права, који је вероватно још једна последица његовог покушаја да спречи супсидијарну примену правила општег управног поступка у поступку јавних набавки, ствара правну несигурност.“ В. Џуџић (2020), 143–144.

²⁰⁹¹ Марко Давинић, *Независна контролна тела у Републици Србији*, Досије студио, Београд 2018, 185; Branimir Blagojević, “Public Procurement Review Mechanism in the Republic of Serbia – Current State of Play and Main Challenges”, Country Reports: Serbia, *EPPPL*, 3/2018, 245.

законитости и правне сигурности – што је у складу са постојећим европским и међународним стандардима и добром праксом.²⁰⁹²

Основна обележја Републичке комисије укључују независност, непристрасност у поступцима које води и у којима одлучује, ауторитет њених одлука, као и стручност у области јавних набавки. Ове гаранције обезбеђене су кроз статус и организацију овог тела, услове и поступак избора и разрешења његових чланова, правила о одговорности за рад, као и механизме заштите од материјалних и персоналних утицаја на рад и одлучивање.

ЗЈН Републичку комисију одређује као самосталан и независан орган Републике Србије, са статусом правног лица и седиштем у Београду (члан 186, став 1–3 ЗЈН). Републичка комисија има укупно девет чланова, од којих је један председник, чија улога је да „представља Републичку комисију, руководи њеним радом и обавља друге послове у складу са законом“ (члан 190, став 1 ЗЈН). Републичку комисију у њеном раду подржава служба, на чијем челу се налази секретар, кога именује и разрешава председник Републичке комисије, и која је задужена за „стручне, опште-правне, финансијско-материјалне и административно-техничке послове који су потребни за рад“ овог тела (члан 195, ставови 1 и 2 ЗЈН). Тренутно Републичка комисија броји 54 запослена, од којих је девет у статусу постављених лица, док су остали запослени у служби, што представља унапређење капацитета овог тела у поређењу са претходним периодом.²⁰⁹³

Избор председника и чланова Републичке комисије ЗЈН ставља у надлежност Народне скупштине, што је и уобичајена пракса када су у питању тзв. независна контролна тела у Републици Србији.²⁰⁹⁴ Поступак избора подразумева упућивање предлога за избор председника и чланова Републичке комисије од стране одбора Народне скупштине надлежног за финансије, након спроведеног јавног конкурса (члан 189, став 2 ЗЈН). При томе, поступак за утврђивање предлога врши се најкасније шест месеци пре истека мандата председнику и члановима Републичке комисије, а сам поступак избора мора да се оконча најкасније месец дана пре истека њиховог мандата (члан 189, став 4 ЗЈН). Мандат председника и чланова Републичке комисије износи пет година (члан 189, став 3 ЗЈН) и, за разлику од претходног закона, ЗЈН не помиње могућност реизбора.

Квалификације за избор председника и чланова Републичке комисије прописане су чланом 191 ЗЈН и, кад је реч о избору председника и најмање пет чланова Републичке комисије, осим општих услова у погледу правничког образовања одговарајућег степена и вишегодишњег практичног искуства у правној струци, тражи се и радно искуство у области јавних набавки од најмање пет година, чиме се тежи обезбеђењу стручности и специјализованог знања у овој сложеној и динамичној области. С друге стране, за секретара Републичке комисије, који руководи службом, може бити именовано лице које осим стеченог одговарајућег степена правничког образовања, треба да задовољи и услов од најмање пет година радног искуства у правној струци, не и у области јавних набавки (члан 195, став 3 ЗЈН). Ипак, у теорији има мишљења да би требало

²⁰⁹² *Ibid.*, 241; М. Давинић (2018), 185.

²⁰⁹³ Европска комисија, Радни документ комисије, Република Србија, *Извештај за 2021. годину који прати Саопштење Комисије упућено Европском парламенту, Савету, Европском економском и социјалном комитету и Комитету региона*, Саопштење о политици проширења ЕУ за 2021. годину, SWD(2021) 288 коначна верзија, Стразбур, 19. 10. 2021. године, 78. Доступно на: Министарство за европске интеграције Републике Србије, Годишњи извештаји ЕК, <https://www.mei.gov.rs/srp/dokumenta/eu-dokumenta/godisnji-izvestaji-ek/>, приступљено: 08.07.2022.

²⁰⁹⁴ Детаљно о одабраним независним контролним телима у Републици Србији, вид. М. Давинић (2018).

преиспитати структуру Републичке комисије, коју тренутно чине искључиво правници. Сложеност поступака јавних набавки и разноликост њихових предмета, изискује сагледавање не само правних, већ и „економско-финансијски(х) и технички(х) аспект(а)т(а)“ како би се омогућило да се дубински сагледа законитост поступања“.²⁰⁹⁵

Мандат председнику и члановима Републичке комисије може престати разрешењем од стране Народне скупштине, из таксативно набројаних разлога (члан 197, став 2 ЗЈН). Занимљиво је да се законодавац определио за то да међу разлоге за разрешење сврста и протек мандата (члан 197, став 2, тачка 7 ЗЈН), као и подношење оставке (члан 197, став 2, тачка 6 ЗЈН) који, за разлику од осталих разлога, нису повезани са незаконитим поступањем, несавесним радом, односно са неподобношћу за вршење функције председника или чланова Републичке комисије. Поступак разрешења наликује поступку избора – надлежни одбор Народне скупштине подноси Народној скупштини образложени предлог за разрешење председника или члана Републичке комисије са доказима за његово разрешење, уколико утврди да су испуњени поменути услови. Председнику, односно члану Републичке комисије мора да се омогући да се у Народној скупштини изјасни о разлозима за његово разрешење (члан 197, ставови 3 и 4 ЗЈН).

Важан предуслов независности неког тела или органа јесте начин финансирања. Материјална независност председника и чланова Републичке комисије, па самим тим и целокупног тела, обезбеђена је кроз одредбе које гарантују да се средства за његов рад обезбеђују у буџету Републике Србије, у оквиру посебног буџетског раздела (члан 186, став 5 ЗЈН). Како истиче Цуцић, на тај начин се „спречава посредан утицај Владе и других државних органа на њен рад“.²⁰⁹⁶ Осим тога, прописано је да се председнику и члановима гарантује плата „у складу са достојанством функције коју врше и њиховом одговорношћу“ (члан 192 ЗЈН). Конкретно, председник има право на основну плату која се одређује у висини основне плате државног службеника на положају који је сврстан у прву групу положаја са највишим платним разредом, увећану за 40% (члан 193, став 1 ЗЈН), док остали чланови имају право на основну плату која се одређује у висини основне плате државног службеника на положају који је сврстан у прву групу положаја са највишим платним разредом, увећану за 20% (члан 193, став 2 ЗЈН).

Осим поменутих, гаранције независности Републичке комисије уткане су и у одредбе којима се прописује да председник и чланови Републичке комисије не могу бити позвани на одговорност за изражено мишљење или гласање приликом доношења одлуке из надлежности Републичке комисије, нити за изражено мишљење или гласање приликом доношења одлуке могу да одговарају за штету, осим ако је реч о извршењу кривичног дела (члан 194 ЗЈН). Такође, ЗЈН предвиђа забрану вршења сваког утицаја, па чак и покушај утицаја на одлучивање Републичке комисије, а као посебан вид тог утицаја наводи се употреба јавних овлашћења и јавно иступање ради утицаја на ток поступка и одлучивање овог органа (члан 188 ЗЈН). Кроз поменуте одредбе је законодавац тежио да заштити Републичку комисију од различитих видова утицаја на њен рад, посебно од стране других носилаца јавних овлашћења. Републичка комисија за свој рад једино одговара Народној скупштини, којој доставља извештај о раду до 31. марта текуће, за претходну годину, с тим да по потреби период извештавања може да буде и краћи (члан 203, ставови 1–3 ЗЈН). Најзад, законска заштита контролора поступака јавних набавки обезбеђена је и кроз прописивање да Република Србија може да захтева надокнаду одштете исплаћене за штету коју је Републичка комисија својим

²⁰⁹⁵ Добросав Миловановић, „Разматрање институционалног оквира заштите права у поступцима јавних набавки“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2019, 756.

²⁰⁹⁶ В. Цуцић (2020), 134.

радом проузроковала физичким и правним лицима, само уколико је штета проузрокована намерно или крајњом непажњом (члан 203, ставови 4 и 5 ЗЈН).

С друге стране, законодавац је предвидео и заштиту интегритета рада Републичке комисије и поступка заштите права, кроз одредбе о спречавању сукоба интереса и изузећа председника и чланова Републичке комисије. Док се потенцијални сукоб интереса жели предупредити прописивањем инкомпатибилности функције председника, односно члана Републичке комисије са другом јавном функцијом, функцијом у политичкој странци или „било кој(ом) друг(ом) функциј(ом), служб(ом), пос(лом), дужност(и) или активност(и) која би могла да утиче на [његову] самосталност у раду и поступању или која би умањивала [његов] углед“ (члан 196, став 1 ЗЈН), институт изузећа доступан је у случају да буде повређена забрана председнику или члановима Републичке комисије да учествују у поступку заштите права уколико постоје законски разлози који доводе у сумњу њихову непристрасност (члан 196, став 2 ЗЈН). Укратко, разлози имају везе са односом председника или члана Републичке комисије са предметом или учесницима поступка набавке (члан 196, ставови 3–5 ЗЈН). Прописивањем поступка изузећа не само чланова, већ и председника Републичке комисије, отклоњен је недостатак претходног закона.²⁰⁹⁷

Прописани начин рада и одлучивања Републичке комисије треба да ослика колегијалну природу овог тела, сложеност поступака јавних набавки и заштиту самосталности и независности у њеном раду. Републичка комисија, по правилу, ради у трочланим већима, али „уколико то захтева сложеност одлучивања у конкретном случају“, може да се одлучује и у већима са већим бројем чланова, с тим што број чланова већа увек мора да буде непаран (члан 198, ставови 1 и 3 ЗЈН). Седнице већа Републичке комисије нису јавне (члан 198, став 6 ЗЈН), а за пуноважно одлучивање на овим седницама потребно је да буду присутни сви чланови већа (члан 198, став 4 ЗЈН). Одлуке се доносе већином гласова чланова већа, а чланови не могу да буду уздржани од гласања (члан 198, став 5 ЗЈН) – чиме се обезбеђује додатна одговорност у раду.

Коначно, обавеза узимања у обзир постојеће праксе приликом одлучивања треба да одговори претходно поменути задацима креирања добре и конзистентне праксе у овој материји и јачању правне сигурности (члан 202, став 1). Томе служи општа седница, коју чине председник и шест чланова и где се одлуке доносе квалификованом, двотрећинском већином гласова председника и свих чланова Републичке комисије (члан 200, ставови 1 и 2 ЗЈН). Поред утврђивања правних схватања у вези са применом прописа из своје надлежности (члан 201, став 1, тачка 4 ЗЈН), која су обавезујућа за сва већа и чланове Републичке комисије (члан 202, став 4 ЗЈН), на општој седници се усвајају и пословник о раду (члан 201, став 1, тачка 1 ЗЈН), обавезујући начелни правни ставови у вези са применом прописа (члан 201, став 1, тачка 2 ЗЈН) и одлучује по одлуци Управног суда којом је у управном спору поништена одлука Републичке комисије (члан 201, став 1, тачка 3 ЗЈН).

Имајући у виду претходно описане елементе положаја и овлашћења Републичке комисије, сматрамо да ово тело испуњава услове које у погледу контролних тела у поступцима јавних набавки намећу како Директиве о правним лековима, тако и члан 47 Повеље ЕУ.

(б) Поступак заштите права

Поступак заштите права активно легитимисаних учесника поступка јавних набавки, односно поступака доделе уговора о ЈПП са или без елемената концесије (члан

²⁰⁹⁷ М. Давинић (2018), 188.

204, став 1 ЗЈН), покреће се подношењем *захтева за заштиту права* (члан 204, став 2 ЗЈН) и обухвата претходни поступак пред наручиоцем и поступак пред Републичком комисијом (члан 204, став 1, тачке 1 и 2 ЗЈН). Како се, међутим, правна заштита против одлука (или ћутања) Републичке комисије остварује у управном спору (члан 228 ЗЈН), можемо да кажемо да целокупан механизам обухвата три етапе или фазе, које се спроводе пред различитим органима – наручиоцем, Републичком комисијом и Управним судом.²⁰⁹⁸ С обзиром на то да ће судској заштити бити посвећен посебан одељак (вид. 3.2.1.1.3), на овом месту ћемо се концентрисати на прве две етапе.

Природа, циљеви и начела поступка заштите права

На самом почетку, неопходно је истаћи да су правна природа и поступка заштите права и захтева за заштиту права, као иницијалног акта којим се тај поступак покреће, у домаћем праву и доктрини (још) увек дискутабилни.

Формулација како претходног,²⁰⁹⁹ тако и важећег ЗЈН упућује на закључак да поступак заштите права није посебан управни поступак, већ својеврстан поступак *sui generis*.²¹⁰⁰ Наиме, сам ЗЈН предвиђа, у недостатку посебних одредаба овог закона, *сходну* примену ЗУП-а на таксативно набројана питања, уз уважавање „начела овог закона и специфичности поступака јавних набавки и заштите права“ (члан 212 ЗЈН). Реч је о следећим питањима: 1) заступање преко пуномоћника; 2) правила о достављању и обавештавању; 3) рачунање рокова; 4) повраћај у пређашње стање; 5) правила о јавним исправама; 6) решење и исправљање грешака у решењу; 7) трошкови поступка; 8) прекид поступка; 9) претходно питање; 10) језик поступка; 11) понављање поступка; 12) разгледање списа и обавештавање о току поступка; 13) записници.

Ограничавање примене ЗУП-а на тачно одређена питања, при чему се употребљава термин „сходно“, дискутабилно је са аспекта логике и циља поступка заштите права, као и целовитости правне заштите.²¹⁰¹ Наиме, контролни механизам у поступцима јавних набавки (и поступцима за доделу уговора о ЈПП и концесијама) непосредно тежи заштити привредних субјеката као учесника тих поступака, од незаконитих одлука и радњи наручилаца, чиме се, посредно, штити објективна законитост и обезбеђује примена темељних начела јавних набавки – слободне конкуренције, транспарентности, забране дискриминације и др. Стога је неопходно да сва релевантна процесна питања буду уређена и прилагођена природи и сврси тог поступка – њиховим изричитим регулисањем или упућивањем на општи процесни закон. На овај начин

²⁰⁹⁸ У теорији и упоредној пракси се овакав механизам или систем квалификује као „двојни“, будући да подразумева најпре поступак пред независним, квазисудским телом (каква је Републичка комисија), а затим и вођење судског поступка против одлуке или ћутања тог тела (у случају домаћег права, вођење управног спора). Вид. Д. Миловановић (2019), 747; В. Благојевић, 242.

²⁰⁹⁹ Вид. чл. 148 ст. 5 ЗЈН 2012.

²¹⁰⁰ Стручни коментар, „Сходна примена одредаба закона којим се уређује управни поступак на питања у поступцима из надлежности Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки: Проширена и прецизирана сходна примена одредаба о општем управном поступку у односу на претходне законе о јавним набавкама“, *Правник у јавном сектору* 265/2021, ПЈ III – Јавне набавке/Поступци јавних набавки, 22.07.2021. године, доступно у бази *Paragraf Lex*.

²¹⁰¹ У погледу примене ЗУП-а у материји јавних набавки, Цуцић је става да би он требало да се примењује *супсидијарно*, а не *сходно*. Наиме, овај аутор критикује приступ законодавца као погрешан и неконзистентан, због неколико разлога. Најпре, кроз текст ЗЈН се не прави јасна разлика између термина „сходно“ и „супсидијарно“ (под сходном применом, мисли се на директну примену); друго, није јасно због чега се законодавац определио за то да упућује само на одређене одредбе ЗУП-а и, треће, због чега је та примена ограничена само на поступак заштите права, а не и на поступак спровођења јавне набавке, који му претходи, будући да у погледу тог поступка питања која набраја чл. 212 ЗЈН нису посебно (дружичије) уређена. Најзад, закључује да је поступак заштите права у поступцима јавних набавки, по својој природи управни поступак (подразумева решавање у управним стварима) – још један аргумент у прилог супсидијарној, а не сходној примени ЗУП-а. Вид. В. Цуцић (2020), 31–36.

постоји велики ризик од тога да поједина питања која нису обухваћена одредбом члана 212 ЗЈН, а нису посебно регулисана ни ЗЈН-ом, остану нерешена – чиме се подрива правна сигурност.²¹⁰² Далеко бољим сматрамо упућивање на ЗУП у својој целовитости, у погледу питања која ЗЈН-ом нису изричито регулисана – решење какво је постојало у претходном ЗЈН,²¹⁰³ као и појединим земљама у региону.²¹⁰⁴ Штавише, сагласни смо с ауторима који указују на то да је поступак заштите права у поступцима јавних набавки по својој природи посебан управни поступак, имајући у виду природу и статус наручилаца и Републичке комисије као вршилаца јавних овлашћења, врсту и дејство одлука које доносе, као и њихов утицај на правни положај адресата.²¹⁰⁵

У погледу питања правне природе захтева за заштиту права, домаћи судови су заузели различите ставове. Став Управног суда је да је у питању „правно средство којим се иницира поступак контроле, односно заштите [наведених] интереса (активно легитимисаних субјеката), и то у свим фазама поступка“.²¹⁰⁶ Ипак, Управни суд наглашава и да захтев за заштиту права поднет наручиоцу не представља правни лек у управном поступку, будући да „правни лек (редовни и ванредни) подразумева постојање формално-правног акта одлучивања о праву и на закону заснованом интересу лица које је легитимисано за његово изјављивање, односно пропуштање органа да о томе одлучи, док је у конкретном случају реч о радњи наручиоца предузетој у циљу спровођења јавне набавке којом се не одлучује непосредно о праву и на закону заснованом интересу одређеног лица, већ о стварању претпоставке за даље вођење поступка јавне набавке“.²¹⁰⁷ Стога, закључује овај суд, захтев за заштиту права се, у прелиминарној фази контролног поступка,²¹⁰⁸ поистовећује са управном жалбом која се изјављује против првостепених решења.²¹⁰⁹

Супротан је био став Врховног касационог суда, изражен у одлуци из 2016. године, да чак и када наручилац по поднетом захтеву не донесе решење, већ проследи захтев са списима Републичкој комисији ради одлучивања, такво одлучивање се може поистоветити са одлучивањем првостепеног органа по жалби, услед чега би

²¹⁰² Стручни коментар, *Правник у јавном сектору* 265/2021, ПЈ III – Јавне набавке/Поступци јавних набавки, 22.07.2021. године, доступно у бази *Paragraf Lex*.

²¹⁰³ Чл. 148, ст. 5 ЗЈН 2012 предвиђао је да ће се не само тачно одређене, већ све одредбе ЗУП-а сходно примењивати на поступак заштите права.

²¹⁰⁴ Чл. 399, став 1 хрватског Закона о јавној набави, *Narodne novine* бр. 120/16, 114/22 изричито каже да се „жалбени поступак [се] води према одредбама овога Закона и Закона о опћем управном поступку“, док се у наредном ставу истиче да се „жалбени поступак темељи на начелима јавне набавке и управног поступка [се]“. Слично томе, црногорски Закон о јавним набавкама у чл. 184 истиче да ће се на питања заштите права у поступцима јавних набавки која нису регулисана тим законом, применити „одредбе закона којим се уређује управни поступак“.

²¹⁰⁵ Цуцић, тако, као основне аргументе у прилог посматрања поступка заштите права као посебног управног поступка, наводи да се 1) наручиоци и Републичка комисија, као субјекти који одлучују о поднетом захтеву, могу подвести под дефиницију „органа“ из ЗУП-а; затим да ови субјекти приликом вршења својих овлашћења у том поступку „примењују законе, друге прописе и опште акте, на првом месту ЗЈН“ и 3) „правно или фактички утичу на положај странке тако што доносе управне акте“, речју, решавају у управним стварима. В. Цуцић (2020), 36. Слично резонују и Владимир Козар, Весна Билбија, „Заштита права у поступцима јавних набавки у Републици Србији и земљама у региону“, *Страни правни живот*, 3/2014, 393.

²¹⁰⁶ Пресуда Управног суда, 12 У. 14372/12 од 09.03.2015. године, *Билтен судске праксе Управног суда*, бр.5, Intermex, Београд 2015, 203.

²¹⁰⁷ *Ibid.*

²¹⁰⁸ У својој пресуди Ув 238/2014 од 19.09.2014. године, Управни суд је истакао како „[н]аручилац има положај првостепеног органа само у случају када решењем усваја захтев за заштиту права, али не и у случају када доставља одговор на захтев за заштиту права и комплетну документацију из поступка јавне набавке Републичкој комисији за заштиту права у поступцима јавних набавки, која ће одлучити о захтеву за заштиту права“. *Билтен судске праксе Управног суда*, бр. 7, Intermex, Београд 2017, 290.

²¹⁰⁹ Пресуда Управног суда, 27У 8273/2011 од 19.2.2014. године, *Билтен судске праксе Управног суда*, бр. 7, Intermex, Београд 2017, 303–304.

Републичка комисија имала улогу другостепеног органа.²¹¹⁰ У поступку по уставној жалби, Уставни суд је стао на дијаметрално супротно становиште – да је

*систем заштите права у Закону о јавним набавкама...заснован...на начелу двостепености, што подразумева да одлуку о поднетом захтеву за заштиту права у првом степену доноси наручилац, док у другом степену одлучује Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки и њене другостепене одлуке подлежу судској контроли у управном спору. Међутим, уколико наручилац не донесе решење којим усваја захтев за заштиту права, већ одговор на захтев са комплетном документацијом достави Републичкој комисији ради одлучивања о захтеву...изостаје одлука наручиоца о захтеву у првом степену а одлуку о захтеву доноси Републичка комисија.*²¹¹¹

Будући да одлука Уставног суда обавезује све домаће судове, укључујући Врховни касациони суд, потоњи је у извршењу предметне одлуке „у потпуности прихватио“ њене ставове.²¹¹² Без улажења у исправност оваквог става,²¹¹³ можемо да закључимо да је поступак заштите права, формално-правно гледано, *sui generis* контролни поступак који се, у одређеној мери, ослања на поједине одредбе и логику ЗУП-а, који се иницира подношењем захтева за заштиту права од стране овлашћених лица наручиоцу. Уколико наручилац донесе управни акт по поднетом захтеву, ова фаза поступка се уподобљава са одлучивањем првостепеног органа по жалби, те Републичка комисија има улогу другостепеног органа. У супротном, одлучивање Републичке комисије по захтеву сматра се првостепеним одлучивањем.

Поступак заштите права, као и сваки правни поступак, почива на неколико темељних начела, која треба да осликају основну сврху и циљеве контролног механизма из ЗЈН. Осим оних која прожимају и сам поступак јавне набавке – начело транспарентности, слободне конкуренције, забране дискриминације једнакости привредних субјеката (чланови 6–10 ЗЈН) – у члану 205 су наведена посебна начела у складу са којима је устројен поступак заштите права. Реч је о следећим начелима:

- 1) начелу *законитости*,²¹¹⁴ које подразумева дужност свих учесника поступка да се придржавају прописаних правила поступка, првенствено ЗЈН (члан 206 ЗЈН);
- 2) начелу *ефикасности*, које налаже експедитивност у поступању и рационално трошење средстава, правилно и потпуно утврђено чињенично стање, као и ефикасност у спровођењу донетих одлука (члан 207 ЗЈН);²¹¹⁵
- 3) начелу *приступачности*, у смислу доступности овог механизма правне заштите свим субјектима заинтересованим за доделу уговора, под једнаким условима, као и правичност у пружању правне заштите (члан 208 ЗЈН);
- 4) начелу *контрадикторности*, предуслову равноправности свих страна у поступку, које гарантује свим учесницима у поступку да се изјасне о чињеницама од значаја за доношење одлуке (члан 209 ЗЈН)²¹¹⁶ и

²¹¹⁰ Решење ВКС Узп. 300/16. од 1. септембра 2016. године, наведено према: В. Цуцић (2020), 151.

²¹¹¹ Одлука Уставног суда Уж – 10131/2016 од 28.01.2020. године, наведено према: Пресуда Врховног касационог суда, Узп1 2/2020 од 29.04.2021. године, 2–3; В. Цуцић (2020), 151.

²¹¹² Пресуда Врховног касационог суда, Узп1 2/2020 од 29.04.2021. године, 3.

²¹¹³ О томе детаљно, вид. В. Цуцић (2020), 151–153.

²¹¹⁴ Упор. са истоименим начелом из чл. 5 ЗУП-а.

²¹¹⁵ Како Цуцић исправно примећује, ово начело у себи обухвата и *начело економичности*, у смислу чл. 9 ЗУП-а, будући да поставља захтев за спровођење поступка уз што мање трошкова, као и *начело истине и слободне оцене доказа* из чл. 10 ЗУП-а, што произлази из обавезе правилног утврђивања чињеничног стања. В. Цуцић (2020), 131.

²¹¹⁶ Упор. са начелом права странке на изјашњавање из чл. 11 ЗУП-а.

5) начелу *писмености*, које подразумева да се поступак води и одлуке доносе на основу писане документације, осим у случајевима које закон предвиђа (члан 210 ЗЈН). Тако, наручилац и подносилац захтева могу да предложe одржавање усмене расправе ако сложеност чињеничне или правне ситуације то захтева, о чему одлучује Републичка комисија (члан 224, став 1 ЗЈН).

Уз начела која су као таква изричито предвиђена, постоје и друга, имплицитна или „латентна“, начела, која провејавају из осталих одредаба ЗЈН-а. Ту спадају, примера ради, начело *предвидивости*, које Републичкој комисији налаже да приликом одлучивања узме у обзир своју ранију праксу „како би се обезбедило уједначено поступање већа Републичке комисије и правна сигурност“ (члан 202, став 1 ЗЈН), а у случају одступања, сазива се општа седница ради усаглашавања праксе (члан 202, став 2 ЗЈН).²¹¹⁷ Исти је случај и са начелом *забране злоупотребе права*, које је уткано у чак неколико одредаба ЗЈН. Између осталог, забрањује се подношење захтева за заштиту права ради остварења неког другог циља а не оног због ког је то право признато,²¹¹⁸ односно да се овим захтевом оспорава одређивање врсте поступка, садржина јавног позива и конкурсна документација, ако су предмет оспоравања евентуални недостаци и неправилности на које није претходно указано наручиоцу.²¹¹⁹ Такође, ово начело произлази и из члана 214, став 5 ЗЈН, којим се прописује да „након истека рока за подношење захтева за заштиту права, подносилац захтева не може да допуни захтев изношењем разлога у вези са радњама које су предмет оспоравања у поднетом захтеву или оспоравањем других радњи наручиоца са којима је био или могао да буде упознат пре истека рока за подношење захтева за заштиту права из ставова 2 – 4 овог члана, а које није истакао у поднетом захтеву“.

Активна легитимација

Већ смо видели да је једно од основних начела поступка заштите права, приступачност овог механизма, односно доступност релевантном кругу субјеката. То је, уједно, и један од показатеља ефикасности система правне заштите. Другим речима, колико ће широк бити круг активно легитимисаних лица, који облици незаконитости/неправилности у активностима наручилаца ће њоме бити обухваћени, као и да ли постоје „баријере“ у приступу тој заштити, у виду такси²¹²⁰ или (прекомерно) рестриктивних рокова за подношење правних лекова.²¹²¹

Када је реч о активној легитимацији, разликујемо две категорије субјеката. Прву чине „стварно легитимисани субјекти“, тј. они чија су права и правни интереси непосредно ангажовани у поступку јавне набавке, односно доделе уговора о ЈПП са или без елемената концесије.²¹²² Њих законодавац назива „подносиоцима захтева“ и обухватају привредне субјекте, кандидате, односно понуђаче који су имали или имају интерес за доделу одређеног уговора о јавној набавци, односно оквирног споразума и који указују на то да су поступањем наручиоца противно одредбама овог закона оштећени или би могла да настане штета услед доделе уговора, односно оквирног споразума (члан 211, став 1 ЗЈН).

²¹¹⁷ Д. Миловановић (2019), 745.

²¹¹⁸ Чл. 204, ст. 4 ЗЈН.

²¹¹⁹ Чл. 204, ст. 5 ЗЈН. Вид. детаљно: В. Цуцић (2020), 131.

²¹²⁰ Цуцић доводи у питање остваривања начела приступачности, имајући у виду високе износе такси. *Ibid.*, 132.

²¹²¹ Partnership for Social Development, Munir Podumljak, Peđa Mitrović, *Public Procurement Systems in the Western Balkans: An Assessment of Integrity, Performance and Vulnerability to Capture, Country Report: Serbia*, (ed. E. David Barrett), Partnership for Social Development, Zagreb 2017, 44.

²¹²² В. Цуцић (2020), 137.

Из предметне одредбе произлази да набројане категорије субјеката своја права и интересе у поступку јавне набавке могу да остваре подношењем захтева за заштиту права уколико испуњавају два кумулативно постављена услова – 1) *да су имали или имају интерес за доделу уговора* и 2) *да су наводно незаконитом активношћу, односно пропуштањем наручиоца противно ЗЈН претрпели штету или би могли да претрпе штету*.²¹²³ Потоњи услов је уведен изменама из 2015. године, ради усклађивања са измењеном Директивом о правним лековима 2007/66/ЕЕЗ и има за циљ да онемогући злоупотребу права и шиканозно коришћење захтева за заштиту права, чиме је круг активно легитимисаних субјеката који би на тај начин могли да заштите своје приватне интересе знатно сужен у поређењу са претходним законом. Такође, из досадашње праксе Републичке комисије, произлази да је постојање интереса за подношење захтева уско тумачено.²¹²⁴ Тако, у више наврата је захтев био одбачен јер је понуда подносиоца захтева оцењена као неприхватљива, тако да не би ни постојала могућност да му се додели уговор и да је наручилац у свему поступао у складу са законом.²¹²⁵ Једино уколико би подносилац оспорио одбацивање његове понуде као недопуштене, могао би да заснује активну легитимацију. Како је у једном предмету истакла, „како подносилац захтева није оспорио оцену своје понуде као неприхватљиве, како и поред поднетог захтева за заштиту права егзистира разлог одбијања његове (подносиоца, прим. БТ) понуде, то исти понуђач никако не би могао да добије конкретан уговор о јавној набавци у предметном поступку јавне набавке, те се не може сматрати да је претрпео или да је могао да претрпи штету због поступања наручиоца евентуално противно одредбама ЗЈН“.²¹²⁶

Праксу Републичке комисије да постојање правног интереса за подношење захтева рестриктивно тумачи, тако да се искључе понуђачи који нису оспорили оцену наручиоца о неприхватљивости њихове понуде, као и ограничавање интереса на конкретну набавку, односно доделу уговора о набавци – потврдио је и Управни суд.²¹²⁷ Осим што (неоправдано) сужава могућност остваривања правне заштите, овакав приступ је у раскораку са праксом Суда правде ЕУ, те би га убудуће требало преиспитати (в. одељак 2.3.2 четврте главе).²¹²⁸

²¹²³ Упореди са начином на који активну легитимацију за иницирање поступка правне заштите регулише ЗЈППК, тако да обухвати „свако лице које је заинтересовано за учешће или које учествује у поступку доделе јавног уговора“ (чл. 58, ст. 2 ЗЈППК). Приликом измене овог прописа, биће неопходно ускладити одредбе о активној страначкој легитимацији са горе наведеном одредбом из ЗЈН-а, како би се у погледу све три категорије уговора (о јавној набавци, ЈПП и концесија), учесницима поступка обезбедио једнообразан стандард правне заштите и једнак приступ истој.

²¹²⁴ В. Цуцић (2020), 137.

²¹²⁵ Вид. нпр. Закључак Републичке комисије, бр. 4-00-439/2016 од 18.08.2016 године, *Билтен правне праксе Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки*, бр. 4-5/2016, 12–18.

²¹²⁶ Решење Републичке комисије, бр. 4-00-3139/2015 од 12.02.2016. године, *Билтен правне праксе Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки*, бр. 4-5/2016, 22.

²¹²⁷ Вид., примера ради, Решење Управног суда, 16У 23015/2010 од 11.07.2011. године, *Билтен судске праксе Управног суда*, бр. 7, Intermex, Београд 2017, 247–248; Пресуда Управног суда 10 У. 11945/2010(2009)(1) од 02.06.2011. године; Пресуда Управног суда 25У 13584/2011 од 25.12.2013. године, *Билтен судске праксе Управног суда*, бр. 7, Intermex, Београд 2017, 341–344.

²¹²⁸ Као корисна смерница у том погледу може послужити недавно објављен став хрватског контролног тела које је еквивалент Републичкој комисији – Државне комисије за контролу поступака јавне набаве – изражен у Закључку од 30. јуна 2022. године. Државна комисија истиче да „[у] околностима у којима је наручилац у поступку прегледа и оцене понуда, понуду понуђача чија цена прелази осигурана новчана средства наручиоца за набавку оценио неприхватљивом те је није рангирао у складу са прописаним критеријима за одабир економски најповољније понуде, већ је исту одбио из наведеног разлога, том се понуђачу не може ускратити право на жалбу на одлуку о одабиру“. Стручни коментар става, доступан на: Marko Turudić, „Važna promjena pravnog shvaćanja DKOM-a o pravnom interesu za podnošenje žalbe“, *Upravno pravo – Blog o svemu upravnompravnom*, <https://upravnopravo.blog/2022/07/12/vazna-promjena-pravnog-shvacanja-dkom-a-o-pravnom-interesu-za-podnosenje-zalbe/>, 12. јул 2022.

Другу категорију чине тзв. „квалификовани“ подносиоци захтева. У круг квалификованих подносилаца улазе Канцеларија за јавне набавке (раније – Управа за јавне набавке), Државна ревизорска институција и надлежно правобранилаштво, који су овлашћени да покрену поступак када у вршењу својих надлежности сазнају за неправилности у поступцима јавних набавки, а ради заштите објективне законитости (јавног, односно економског интереса државе, јединица аутономне покрајине или локалне самоуправе).²¹²⁹ При томе, наведени органи нису дужни да поднесу захтев за заштиту права на основу обавештења привредног субјекта који је у предметном поступку јавне набавке покренуо поступак заштите права или је то пропустио да учини у прописаном року.²¹³⁰ На њих се „сходно“ примењују одредбе ЗЈН које се односе на подносиоце захтева, изузев одредаба о плаћању таксе,²¹³¹ што је и логично имајући у виду да је реч о државним органима.²¹³² У пракси су поменути државни органи ретко користили ово овлашћење.²¹³³

У претходном закону је ова група подносилаца захтева била проширена за још једну категорију субјеката – грађанског надзорника – односно представника цивилног сектора, чија је улога била да врши *ex ante* надзор над спровођењем поступка највреднијих јавних набавки.²¹³⁴ Сматрамо великим пропустом редактора закона што су изоставили овај важан контролни механизам у домаћем систему јавних набавки, без покушаја да га претходно „рехабилитују“ како би заживео у пракси.²¹³⁵

Начин и рокови покретања поступка

Захтев се подноси у електронској форми, преко Портала јавних набавки, истовремено наручиоцу и Републичкој комисији или у писаном облику – непосредном предајом или препорученом поштом – наручиоцу, који у том случају копију захтева прослеђује Републичкој комисији (члан 213 ЗЈН).

Предмет поступка по захтеву за заштиту права је широко постављен, будући да може да се поднесе против сваке радње или пропуштања наручиоца, у току целог поступка јавне набавке (дакле, и пре него што се поступак јавне набавке оконча).²¹³⁶ У члану 214, став 1 ЗЈН стоји да *[з]ахтев за заштиту права може да се поднесе у току целог поступка јавне набавке, осим ако овим законом није другачије одређено, а најкасније у року од десет дана од дана објављивања на Порталу јавних набавки одлуке наручиоца којом се окончава поступак јавне набавке у складу са овим законом*. При томе, рок за подношење захтева зависи управо од тога шта се захтевом оспорава:²¹³⁷

1) ако се захтевом за заштиту права оспоравају *радње наручиоца у вези са одређивањем врсте поступка, садржином јавног позива и конкурсном документацијом*, захтев ће се сматрати благовременим ако је примљен од стране наручиоца најкасније *три дана* пре истека рока за подношење понуда, односно пријава, без обзира на начин достављања;²¹³⁸

²¹²⁹ Чл. 211, ст. 2 ЗЈН. В. Цуцић (2020), 137.

²¹³⁰ Чл. 211, ст. 3 ЗЈН.

²¹³¹ Чл. 211, ст. 4 ЗЈН.

²¹³² Будући да би такво решење „[...] било бесмислено, јер би представљало пребацавање новца са један на други рачун државног буџета“. В. Цуцић (2020), 34.

²¹³³ *Ibid.*, 138.

²¹³⁴ Вид. чл. 28. ЗЈН 2012.

²¹³⁵ За критику избацивања грађанског надзорника из правног система Републике Србије, вид. В. Todorović (2020), 147–175.

²¹³⁶ В. Цуцић (2020), 139.

²¹³⁷ *Ibid.*, 139–141.

²¹³⁸ О томе због чега је ова одредба потенцијално проблематична у пракси, вид. В. Цуцић (2020), 139–140.

2) ако се оспоравају радње наручиоца у вези са одређивањем врсте поступка, садржином обавештења о спровођењу преговарачког поступка, позива за подношење понуда и конкурсном документацијом у случају *преговарачког поступка без објављивања јавног позива*, захтев за заштиту права којим се покреће поступак заштите права сматраће се благовременим ако је примљен од стране наручиоца најкасније *десет дана* од дана објављивања обавештења о спровођењу преговарачког поступка, односно пријема конкурсне документације, измена и допуна конкурсне документације;

3) ако се оспоравају *радње наручиоца предузете након истека рока за подношење понуда или пријава*, захтев се подноси се у року од *десет дана* од дана објављивања одлуке наручиоца на Порталу јавних набавки, односно од дана пријема одлуке у случајевима када објављивање на Порталу јавних набавки није предвиђено овим законом;

4) ако се оспорава *законитост доделе уговора применом одредаба о изузецима од примене ЗЈН* уређених члановима 11 – 21 овог закона, захтев за заштиту права ће се сматрати благовременим ако је поднет у року од *десет дана* од дана објављивања обавештења за добровољну претходну транспарентност из члана 109, став 5 овог закона, уколико је наручилац наведено обавештење објавио (члан 215, став 1 ЗЈН). Међутим, ако је наручилац објавио само обавештење о додели уговора, захтев за заштиту права којим се оспорава законитост закључења таквог уговора сматраће се благовременим ако је поднет најкасније у року од *30 дана* од дана објављивања обавештења о додели уговора;

5) најзад, захтев за заштиту права којим се оспорава *законитост уговора који је закључен без претходно спроведеног поступка јавне набавке* сматраће се благовременим ако је поднет у року од *60 дана* од дана сазнања за такав уговор, а најкасније у року од *шест месеци* од дана закључења уговора.

(Претходни) поступак пред наручиоцем (чланови 218 – 220 ЗЈН)

Како смо већ истакли, у зависности од фазе поступка, наручилац има двојаку улогу у поступцима заштите права. У претходном поступку, њему се подноси захтев за заштиту права и на тај начин омогућава да спроведе својеврсну „самоконтролу“, аналогно улози првостепеног органа у поступку по жалби.²¹³⁹ С друге стране, у поступку који се по захтеву за заштиту права води пред Републичком комисијом, наручиоци имају улогу пасивно легитимисаног субјекта.²¹⁴⁰

Када прими захтев за заштиту права, наручилац копију истог без одлагања доставља изабраном понуђачу, коме је дата прилика да изнесе своје мишљење на поднети захтев и то у року од два дана од његовог пријема.²¹⁴¹ Као и у поступку по жалби, наручилац најпре испитује испуњеност формално-процесних услова да би се уопште одлучивало о захтеву. Тако, наручилац може *решењем да одбаци* захтев ако: 1) није поднет благовремено; 2) уз захтев није приложен доказ о уплати административне таксе (и то без позивања подносиоца да га накнадно достави); 3) подносилац није активно легитимисан; 4) подносилац који има пребивалиште, боравиште, односно седиште у иностранству није именовано пуномоћника за пријем писмена (одмах се одбацује) или 5) не садржи све прописане елементе, услед чега је онемогућено даље

²¹³⁹ *Ibid.*, 136–137.

²¹⁴⁰ *Ibid.*

²¹⁴¹ Новина коју претходни закон не познаје, а у духу је начела контрадикторности поступка.

поступање.²¹⁴² У последњем случају, наручилац ће позвати подносиоца да допуни захтев без одлагања, а најкасније у року од три радна дана, уз указивање на то на који начин је подносилац дужан да поступи како би отклонио уочене недостатке, као и последице пропуштања (осим ако је захтев за заштиту права поднет преко адвоката, у ком случају ће одмах бити одбачен).²¹⁴³

Надаље, наручилац може да донесе *решење о обустави поступка* уколико прими писано изјашњење подносиоца о томе да одустаје од захтева за заштиту права и такву своју одлуку доставља подносиоцу и Републичкој комисији у року од три радна дана од доношења.²¹⁴⁴ Осим поменутих процесних одлука, наручилац може и мериторно да одлучује о поднетом захтеву. Наиме, уколико нађе да је захтев за заштиту права основан, може *решењем да га усвоји и делимично поништи поступак набавке* и то у року од пет радних дана од пријема захтева.²¹⁴⁵ Уколико, пак, нађе да је захтев основан, али да би поступак требало у целости поништити, наручилац не може као у претходном случају о томе да одлучи, већ примљени захтев за заштиту права, са својим одговором на наводе захтева и комплетном документацијом, прослеђује Републичкој комисији ради даљег одлучивања. Исто поступа и уколико захтев сматра неоснованим.²¹⁴⁶

Поступак правне заштите против одлука/ћутања наручиоца поводом поднетог захтева важећи ЗЈН није уредио на једнообразан начин, за разлику од свог претходника. Наиме, ЗЈН из 2012. године је у таквим случајевима увек предвиђао могућност подношења жалбе Републичкој комисији, што се у пракси показало врло ефикасним решењем, будући да су наручиоци много чешће усвајали основане захтеве, што је у пракси довело до мањег броја поступака по жалби пред Републичком комисијом.²¹⁴⁷ Према одредбама актуелног закона, против решења наручиоца о одбацивању захтева, као и о обустави поступка (иако у том другом случају није изричито предвиђена), може се изјавити жалба Републичкој комисији у року од три дана од пријема решења. При томе, жалба се подноси електронским путем преко Портала јавних набавки истовремено Републичкој комисији и наручиоцу, односно у писаном облику, непосредном предајом или препорученом поштом Републичкој комисији, у ком случају је подносилац захтева дужан да копију жалбе истовремено достави наручиоцу.²¹⁴⁸

Насупрот описаним случајевима, против решења о усвајању захтева и делимичном поништају поступка набавке, као и у случају ћутања наручиоца, није предвиђена жалба, већ подносилац захтева може да поднесе писано изјашњење Републичкој комисији о томе да пред њом наставља поступак у року од 20 радних дана.²¹⁴⁹ Најзад, у случају у којем наручилац нађе да је захтев за заштиту права неоснован или да је основан, али да би исход поступка могао да доведе до поништаја целокупног поступка набавке, поступак се аутоматски наставља пред Републичком комисијом.²¹⁵⁰

Поступак пред Републичком комисијом (чланови 221 – 227 ЗЈН)

Републичка комисије одлучује у поступку заштите права у вези са поступком јавне набавке, односно доделе уговора о ЈПП са или без елемената концесије. Одлучује као другостепени орган, по жалби на поједине одлуке наручиоца, као и по захтеву за

²¹⁴² Вид. чл. 219 ЗЈН.

²¹⁴³ Чл. 219, ст. 6 ЗЈН.

²¹⁴⁴ Чл. 220, ст. 7 и 8 ЗЈН.

²¹⁴⁵ Чл. 220, ст. 1, тач. 1 ЗЈН.

²¹⁴⁶ Чл. 220 ст. 1, тач. 2 ЗЈН.

²¹⁴⁷ В. Цуцић (2020), 144.

²¹⁴⁸ Чл. 219, ст. 9 ЗЈН.

²¹⁴⁹ Чл. 220, ст. 2 и 3 ЗЈН. В. Цуцић (2020), 143.

²¹⁵⁰ *Ibid.*

заштиту права када се поступак наставља пред овим органом – аутоматски или на основу писаног изјашњења подносиоца захтева.

Први корак након што прими одговор наручиоца (кад је нашао да је захтев за заштиту права неоснован или да је основан, али да би поступак набавке требало у целини поништити), односно писано изјашњење подносиоца захтева, Републичка комисија испитује да ли постоје формално-процесни недостаци, услед којих би захтев односно писано изјашњење били одбачени. Кад је реч о захтеву за заштиту права, ти разлози су исти као и они које је испитивао наручилац у претходном поступку (по аналогији са овлашћењима другостепеног органа по жалби), а у погледу писаног изјашњења, испитује се благовременост и допуштеност.²¹⁵¹

Уколико не одбаци захтев, односно писано изјашњење, Републичка комисија испитује њихову основаност. У поступку који претходи доношењу одлуке, Републичка комисија може, ради утврђивања чињеничног стања да тражи додатну документацију, податке, објашњења и мишљења од наручиоца, подносиоца захтева, других учесника у поступку или надлежних органа,²¹⁵² да тражи стручно мишљење од било ког правног или физичког лица које има релевантно знање или стручност потребну за утврђивање чињеница²¹⁵³ и да одржи усмену расправу.²¹⁵⁴

Приликом одлучивања мора да се креће у границама постављеног захтева, али није везана разлозима изнетим у захтеву.²¹⁵⁵ Изузетак од овог правила је предвиђен наредним ставом истог члана, који прописује да *Републичка комисија може у целини да поништи поступак јавне набавке и уколико су у поступку заштите права, а у вези са наводима из захтева за заштиту права, утврђене повреде одредаба овог закона услед којих поступак не може да се оконча на законит начин* (чак и ако је тражено само делимично поништење поступка набавке, прим. БТ).²¹⁵⁶

Републичка комисија у поступку заштите права може да донесе различите процесне и мериторне одлуке, при чему је рок за достављање одлуке наручиоцу и подносиоцу захтева десет дана од њиховог доношења (члан 227, став 4 ЗЈН), након чега се одлука објављује на Порталу јавних набавки и интернет страници Републичке комисије (члан 226 ЗЈН).

У питању су следеће одлуке (решења):

1) *поводом изјављене жалбе* (рок за одлучивање износи осам дана од пријема комплетне документације, неопходне за одлучивање – члан 227, став 2 ЗЈН):

- о одбацивању жалбе
- о одбијању жалбе
- о усвајању жалбе и поништавању решења наручиоца
- о обустави поступка, по пријему писаног изјашњења о одустанку од изјављене жалбе.

²¹⁵¹ Чл. 221, ст. 7 ЗЈН.

²¹⁵² Чл. 222 ЗЈН.

²¹⁵³ Чл. 223 ЗЈН.

²¹⁵⁴ Чл. 224 ЗЈН.

²¹⁵⁵ Чл. 226, ст. 1 ЗЈН предвиђа: „Републичка комисија одлучује у границама процесно уредног захтева за заштиту права и дужна је да се изјасни и о повредама одредаба овог закона за које подносилац захтева није могао да зна, а које су утицале на одлуку наручиоца у поступку јавне набавке“. В. Цуцић (2020), 145.

²¹⁵⁶ Чл. 226, ст. 2 ЗЈН. В. Цуцић (2020), 145.

2) *о поднетом захтеву* (у року од 30 дана од пријема комплетне документације неопходне за утврђивање чињеничног стања и одлучивање – члан 227, став 1 ЗЈН; изузетно, рок може да се продужи за још 15 дана – члан 227, став 3 ЗЈН):

- о одбацивању захтева;
- о одбацивању писаног изјашњења о наставку поступка пред Републичком комисијом;
- о усвајању основаног захтева и поништавању поступка набавке у целини или делимично;
- о одбијању неоснованог захтева;
- о обустави поступка, по пријему писаног изјашњења подносиоца захтева да од истог одустаје;

3) *друге одлуке у поступку по захтеву*:

- о поништавању уговора;
- о изрицању новчане казне;
- о изрицању привремене мере;
- којом се одлучује о трошковима поступка.

Републичка комисија је, такође, овлашћена да покрене прекршајни поступак уколико утврди да је учињена повреда у поступку набавке која уједно може да буде и основ за утврђивање прекршајне одговорности (члан 234 ЗЈН).

Још једно њено битно овлашћење је доношење одлуке о привременим мерама (члан 216 ЗЈН), за које смо видели да представљају један од најважнијих инструмената правне заштите неуспешних конкурената из Директива о правним лековима (в. 2.3.3 у оквиру четврте главе).

Конкретно, важећи ЗЈН прописује да поднети захтев за заштиту права задржава наставак поступка јавне набавке од стране наручиоца до окончања поступка заштите права, осим у случају преговарачког поступка без објављивања позива за достављање понуда (члан 216, став 1 ЗЈН). Такође, ако је захтев за заштиту права поднет након доношења одлуке о додели уговора, односно након закључења уговора или оквирног споразума, поднети захтев одлаже извршење уговора/оквирног споразума, док се о њему не одлучи (члан 216, став 5 ЗЈН). То значи да, по правилу, захтев за заштиту права има *одложно дејство*, осим у ситуацијама у којима због изузетне хитности проузроковане догађајима које наручилац није могао да предвиди, није могуће поступити у роковима одређеним за отворени поступак или рестриктивни поступак или конкурентни поступак са преговарањем или преговарачки поступак са објављивањем, с тим да околности којима наручилац оправдава изузетну хитност не смеју да буду проузроковане његовим поступањем (члан 61, став 1, тачка 2 ЗЈН).²¹⁵⁷

Овлашћење Републичке комисије да одреди привремене мере подразумева њену одлуку о томе да *суспендује одложно дејство* поднетог захтева за заштиту права, односно, у ситуацијама у којима захтев (изузетно) не задржава поступак доделе уговора, да га Републичка комисија својом одлуком одреди. Тако, ако захтев има одложно дејство, Републичка комисија на образложени предлог наручиоца

може да дозволи наручиоцу да настави спровођење поступка јавне набавке пре окончања поступка заштите права уколико докаже или учини вероватним постојање разлога који се односе на могућност настанка штете која је несразмерно већа од вредности предмета јавне набавке, заштиту јавног интереса,

²¹⁵⁷ *Ibid.*, 141.

могуће угрожавање живота, здравља људи, животне средине или друге озбиљне опасности. (члан 216, став 2 ЗЈН).

Предлог може да се поднесе најкасније до доношења одлуке Републичке комисије о захтеву за заштиту права. При томе, Републичка комисија о поднетом предлогу одлучује у року од пет радних дана од пријема предлога и комплетне документације.

Обрнуто, у случају да захтев нема одложено дејство, подносилац захтева може

да предложи да Републичка комисија донесе решење којим се забрањује наручиоцу да настави поступак јавне набавке, односно закључи или изврши уговор о јавној набавци. Подносилац захтева образложи предлог истовремено доставља и наручиоцу, који своје изјашњење може да достави Републичкој комисији у року од три дана од дана пријема предлога. (члан 216, став 6 ЗЈН)

Републичка комисија у овом случају доноси одлуку „у року од пет дана од пријема образложеног предлога подносиоца захтева и изјашњења наручиоца решењем да усвоји предлог подносиоца захтева [...] уколико утврди да би закључење, односно извршење уговора о јавној набавци без претходне провере правилности поступка могло да проузрокује знатну штету по јавна средства.“ Уколико Републичка комисија донесе такву одлуку, наручилац не може да закључи/изврши уговор, односно оквирни споразум све до доношења одлуке о основаности захтева за заштиту права (члан 216, ставови 7 – 9 ЗЈН).

(в) Судска заштита у поступцима заштите права (члан 228 ЗЈН)

Одлуке (решења) Републичке комисије поводом жалбе, односно захтева за заштиту права су коначне (члан 228, став 1 ЗЈН) и против њих је могуће поднети тужбу Управном суду у Београду (члан 228, став 3 ЗЈН). Управни спор је могуће покренути и у случају ћутања Републичке комисије, односно када није донела одлуку у роковима прописаним чланом 227 ЗЈН (члан 228, став 4 ЗЈН).

Дакле, судска заштита у поступку заштите права, као трећа етапа правне заштите или својеврсна трећа „инстанца“ остварује се у управном спору, што је и сам Управни суд потврдио у својој пракси.²¹⁵⁸ Прописано је и да покретање управног спора не одлаже извршење решења Републичке комисије (члан 228, став 5 ЗЈН). Ова последња одредба је могла и да буде изостављена, будући да тужба свакако, по правилу, не одлаже извршење решења против кога је поднета (члан 23, став 1 ЗУС).

Предвиђање правне заштите у управном спору против одлука Републичке комисије иако, с једне стране, природно, с друге указује на контрадикторност законодавца или, можда боље речено, његову неодлучност у погледу правне природе поступка за заштиту права. Стиче се утисак да се на овај начин, кроз одредбе о судској заштити, промаља права природа овог контролног поступка.

Редактори закона су увели одређене специфичности у односу на правила из ЗУС-а, али и извесне недоумице. Тако, за разлику од општих правила управног спора, рок за подношење тужбе је скраћен са 30 на 15 дана, рачунајући од дана достављање одлуке која се побија.²¹⁵⁹ Иако је ова нормативна корекција у односу на претходни закон,

²¹⁵⁸ На пример, вид. Пресуду Управног суда У 3344/2011 од 03.04.2013. године или Пресуду 19У 9715/2011 од 24.09.2013. године, *Билтен судске праксе Управног суда*, бр. 7, Intermex, Београд 2017, 354–355 и 360–361.

²¹⁵⁹ Цуцић на овом месту указује на нелогичност таквог решења, које је правдано жељом за већом ефикасношћу и скраћивањем трајања поступка остваривања судске заштите. Имајући у виду сложеност материје јавних набавки, чињеницу да тужба не одлаже извршење решења, као и да је рок за подношење

највероватније учињена како би се поступак заштите права учинио бржим и ефикаснијим, што је било подржано у одређеним научним круговима,²¹⁶⁰ сматрамо да скраћивање рока за подношење тужбе неће нужно убрзати поступак одлучивања по истој, а у већ компликованој материји јавних набавки, може неповољно да утиче на остваривања правне заштите.²¹⁶¹

Нејасноћа има везе са поступањем у случају ћутања Републичке комисије. Наиме, према правилу из члана 19 ЗУС-а, у случају да другостепени орган у поступку по жалби, односно првостепени орган против чије одлуке није допуштено изјављивање жалбе, нису у законом предвиђеним роковима донели решење, странка не може одмах по истеку тих одложних рокова да поднесе тужбу. Пре тога, неопходно је да се органу који „ћути“ обрати накнадним захтевом (тзв. „пожурница“) да се донесе изостали акт. Тек уколико ни седам дана након упућивања пожурнице акт не буде донет странка може тужбом да покрене управни спор. С обзиром на то да ЗЈН предвиђа да рок за покретање управног спора, почиње да тече по истеку одложног рока за доношење одлуке Републичке комисије, поставља се питање да ли се овим одступа од претходно описаног правила о упућивању пожурнице.²¹⁶² Оваква недоумица, у ситуацији у којој је, подсећамо, рок за покретање управног спора сада краћи него раније, додатно подрива правну сигурност.

Имајући у виду домаћу конструкцију управног спора, активно легитимисано лице за подношење тужби би било једино незадовољни понуђач, односно подносилац захтева за заштиту права и/или жалилац, јавни тужилац у случају да је управним актом повређен закон на штету јавног интереса (члан 11, став 3 ЗУС), као и надлежно јавно правобранилаштво, уколико су оспореним актом повређена имовинска права и интереси Републике Србије, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе (члан 11, став 4 ЗУС). С друге стране, наручилац као орган јавне власти и (у одређеним случајевима) доносилац првостепене одлуке, не може да покрене управни спор у овој материји, те би у већ покренутом управном спору могао да се појави једино као заинтересовано лице,²¹⁶³ у смислу члана 13 ЗУС-а.²¹⁶⁴

Недостатак активне тужилачке легитимације наручиоца потврђен је у већ устаљеној пракси Управног суда. Тако је у једном предмету, Управни суд истакао како наручилац није овлашћен за подношење тужбе у управном спору против решења Републичке комисије, с обзиром на то да је, у складу са дефиницијом тужиоца из члана 12 ЗУС-а према којој се као услов поставља да лице сматра да му је оспореним управним актом повређено неко право или на закону заснован интерес, „у конкретном случају [...] очигледно да се оспореним решењем, којим је усвојен захтев за заштиту права [...] не дира у његово субјективно право или правни интерес заснован на

тужбе раскидни, што значи да тужилац не мора да чека истек рока да покрене управни спор, чини се да се на овај начин у ствари умањује правна заштита понуђача/кандидата/привредних субјеката. В. Цуцић (2020), 148.

²¹⁶⁰ Алексиј Мужина, „Анализа практичних аспеката спровођења националних прописа у односу на ЕУ директиве и њихов утицај на заштиту права у поступцима јавне набавке“, *Билтен правне праксе Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки*, 2-3/2015, 77–78.

²¹⁶¹ Како истиче Цуцић, „тужилац који жели брзо добијање одлуке може раније поднети тужбу, не мора да чека 30 дана. С друге стране, тужилац може доћи у ситуацију да му је рок за подношење тужбе од 15 дана од достављања одлуке недовољно дуг“, В. Цуцић (2020), 148 фн. 277.

²¹⁶² Цуцић указује и на недоумицу у погледу рока на који се законодавац позива у другој реченици из чл. 228, ст. 4 ЗЈН, у контексту описаних правила из чл. 19 ЗУС-а. *Ibid.*, 148–149.

²¹⁶³ Вид. чл. 30, ст. 1 ЗУС.

²¹⁶⁴ Предметни члан заинтересовано лице одређује као „лице коме би поништај управног акта непосредно био на штету“. О судској пракси у вези са овим чланом, вид. З. Томић (2012), 383–388.

закону“.²¹⁶⁵ У једном другом предмету, пресудно је било то што наручилац „има правни положај првостепеног органа, па није активно легитимисан за подношење тужбе којом се оспорава законитост акта Републичке комисије за заштиту права у управном спору“.²¹⁶⁶

Иако су, упоредноправно гледано, национална решења различита²¹⁶⁷ и Директиве о правним лековима не намећу обавезу да се наручилац овласти на покретање поступка пред надлежним судом, сврставамо се у круг домаћих аутора који сматрају да би требало омогућити наручиоцима да покрену управни спор против одлука и/или ћутања Републичке комисије. Имајући у виду већ описани статус и положај Републичке комисије, која ни у ком смислу није хијерархијски надређена у односу на наручиоца (штавише, од њега *мора* да буде потпуно независна), није оправдано поистовећивати однос наручиоца и Републичке комисије са односом првостепеног и другостепеног органа у управном поступку.²¹⁶⁸ Давањем наручиоцима права да покрену управни спор, успоставила би се боља и правичнија равнотежа између ангажованих приватних интереса понуђача и заштите објективне законитости, посебно имајући у виду да јавни тужиоци ретко покрећу управне спорове у јавном интересу, посебно због тога што „[...] нису у довољној мери специјализовани за све аспекте поступака јавних набавки“.²¹⁶⁹

У погледу остваривања судске заштите, ЗЈН садржи и одредбу на основу које се право на накнаду штете која је настала због повреде одредаба овог закона може остварити пред надлежним судом (члан 229 ЗЈН). То би могао да буде и месно надлежан суд опште надлежности, пред којим би странке могле да покрену парнични поступак. Међутим, већ смо видели да и Управни суд може да одлучује о накнади штете као о акцесорном захтеву, пресудом којом усваја тужбу и поништава оспорени акт (члан 16 ЗУС). Ипак, будући да Управни суд у пракси у таквим случајевима практикује упућивање странке на парницу, реалнија опција је да се право на накнаду штете оствари на тај начин.²¹⁷⁰

С обзиром на то да је управни спор у домаћем праву једноступен, против одлука Управног суда у поступку остваривања правне заштите, странке (тужилац, Републичка комисија као тужени орган и наручилац као заинтересовано лице) могу да поднесу један од ванредних правних лекова из ЗУС-а – захтев за ванредно преиспитивање судске одлуке (члан 49 ЗУС)²¹⁷¹ о којем одлучује Врховни касациони суд и/или тужбу за понављање поступка, која се подноси Управном суду или Врховном касационом суду, у зависности од тога пред којим судом је настао разлог за понављање судског поступка (члан 56 ЗУС).

Коначно, у контексту актуелне реформе управног судства у Србији,²¹⁷² поставило се питање увођења специјализованих већа за поједине врсте спорова, међу којима су и

²¹⁶⁵ Решење Управног суда, У. 13360/2010 (2009) од 02.07.2010. године, *Билтен судске праксе Управног суда*, бр. 7, Intertex, Београд 2017, 251–252.

²¹⁶⁶ Пресуда Управног суда У 12102/2015 од 24.08.2015. године, *Билтен судске праксе Управног суда*, бр. 7, Intertex, Београд 2017, 355–356.

²¹⁶⁷ А. Мужина, 78–79.

²¹⁶⁸ У том смислу, вид. Д. Миловановић (2019), 756–757; В. Цуцић (2020), 149–150.

²¹⁶⁹ Д. Миловановић (2019), 758.

²¹⁷⁰ Додајући таквој пракси Управног суда и чињеницу да парнични поступци трају дуго и да су скопчани са додатним трошковима, Цуцић сугерише разматрање решење по којем би о накнади штете одлучивала Републичка комисија, В. Цуцић (2020), 150.

²¹⁷¹ З. Томић (2012), 666.

²¹⁷² Више о томе у: Јелена Ивановић, „Историјски развој управног судства Србије“ *Зборник радова 150 година управног судства у Србији: 1869–2019* (ур. В. Цуцић), Управни суд Републике Србије/Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2019, 75–78; В. Todorović (2019), 1502–1505; Vuk Cusić, „Historical and Contemporary Development of Judicial Control of Administration in Serbia“, *Идентитетски*

спорови из јавних набавки.²¹⁷³ Сматрамо да би у овако комплексним споровима специјализација могла да буде фактор унапређења ефикасности судске заштите. Како Управни суд има вишегодишњу праксу у споровима из јавних набавки, а посебно имајући у виду удео таквих спорова у пракси суда,²¹⁷⁴ специјализација у овој материји би могла да допринесе растерећењу и рационализацији рада суда. С тим у вези је и разматрање подстицања за ширу примену овлашћења у спору пуне јурисдикције у домаћем праву.²¹⁷⁵

(ii) Спорови након закључења уговора

Претходно описани механизам који се иницира подношењем захтева за заштиту права, намењен је фази која претходи закључењу додељеног уговора о јавној набавци (или ЈПП, односно концесија). Штавише, има за циљ да онемогући закључење уговора док се не испитају наводи о повреди правила поступка од стране наручиоца, пред Републичком комисијом. С обзиром на то да у погледу правне заштите привредних субјеката ЗЈН прати одредбе Директива о правним лековима, предвиђен је и механизам утицаја на већ закључен уговор, кроз институт посебних овлашћења Републичке комисије.

Поништавање уговора уређено је чланом 233 ЗЈН и спада у посебна овлашћења Републичке комисије. О поништају уговора Републичка комисија одлучује решењем донетим по захтеву за заштиту права или посебним решењем,²¹⁷⁶ из таксативно набројаних разлога.

Тако, Републичка комисија ће поништити уговор о јавној набавци, уколико, поступајући по поднетом захтеву за заштиту права (у ком случају се такав захтев истиче уз захтев за заштиту права) или на (посебан) захтев (у року од 60 дана од сазнања за разлог за поништавање, најкасније у року од шест месеци од закључења уговора – члан 233, став 2 ЗЈН) лица које има активну легитимацију за подношење захтева за заштиту права, уколико нађе да је наручилац поступао противно одредбама ЗЈН, тако што је:

- 1) закључио уговор о јавној набавци применом преговарачког поступка без објављивања јавног позива, а за примену тог поступка нису постојали услови предвиђени овим законом или није објавио обавештење о спровођењу преговарачког поступка без објављивања јавног позива и одлуку о додели уговора;
- 2) закључио уговор о јавној набавци пре истека рока за подношење захтева за заштиту права;
- 3) закључио уговор о јавној набавци након подношења захтева за заштиту права, а пре одлуке Републичке комисије;
- 4) закључио уговор о јавној набавци супротно одлуци Републичке комисије из члана 226 овог закона;

преображај Србије, Прилози пројекту 2018-Колективна монографија (ур. И. Крстић, М. Лукић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 199–201.

²¹⁷³ Д. Миловановић (2019), 760–761.

²¹⁷⁴ У годишњем извештају Канцеларије за јавне набавке за 2019. годину, може се уочити и константан пораст броја уговора који се закључују од 2014. године на овамо, тако да је у 2019. години укупно закључено 122.066 уговора. Извештај о јавним набавкама у Републици Србији за период 1.1.2019 – 31.12.2019. године, Београд 2020. године, стр. 2, доступно на: <https://www.ujn.gov.rs/izvestaji/izvestaji-uprave-za-javne-nabavke/>, 12. јул 2022. Велики број уговора о јавним набавкама и, самим тим, потенцијалних спорова из ових уговора, био је један од разлога којим су се редактори важећег ЗУП-а руководили, приликом креирања механизма правне заштите и решавања спорова из управних уговора, З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, 48.

²¹⁷⁵ О томе детаљно: В. Цуцић (2016), 361–362.

²¹⁷⁶ Чл. 233, ст. 3 ЗЈН.

- 5) закључио уговор о јавној набавци кршећи одредбе и услове оквирног споразума или закључио уговор о јавној набавци користећи систем динамичне набавке, супротно одредбама овог закона; или
- б) закључио уговор без претходно спроведеног поступка јавне набавке, а који је наручилац био дужан да спроведе према одредбама овог закона.²¹⁷⁷

Уговор престаје да важи даном доношења решења о поништају (члан 233, став 5 ЗЈН), а Републичка комисија у решењу о поништају уговора одлучује и о томе какве ће последице поништење уговора имати за уговорне стране, као и за сам поступак набавке (члан 233, став 4 ЗЈН). Такође, одређује и новчану казну наручиоцу, у износу до 30% вредности закљученог уговора а не мање од износа који је прописан чланом 231 овог закона, узимајући у обзир све релевантне чињенице, тежину учињених повреда закона, радње наручиоца, као и преостало време важења уговора (члан 233, став 5 ЗЈН).

Према доступним подацима са њене интернет презентације, Републичка комисија је у периоду од 2017. године до 2020. године, у десет случајева користила ово посебно овлашћење како би раскинула закључене уговоре о јавној набавци добара, радова или услуга.²¹⁷⁸ Од тога, у четири случаја је уговор поништен по службеној дужности,²¹⁷⁹ док је у преосталим то учињено по захтеву овлашћених лица. У свим случајевима у које смо имали увид, наручилац је закључио уговор упркос томе што је био покренут поступак заштите права, али Републичка комисија још увек није донела одлуку по захтеву.

У складу са начелом сразмерности (пропорционалности), законодавац је предвидео две ситуације у којима Републичка комисија не поништава уговор, упркос постојању претходно наведених разлога. До тога долази:

- 1) у вези са повредама из члана 233, став 1 тачке 2) и 3) ЗЈН, уколико повреде прописа о јавним набавкама које су утврђене у поступку заштите права нису битно утицале на могућност да подносиоцу захтева за заштиту права буде додељен одређени уговор о јавној набавци и
- 2) ако, узимајући у обзир све релевантне чињенице, тежину учињених повреда закона, радње наручиоца, као и преостало време важења уговора, утврди да би поништење уговора о јавној набавци имало несразмерне последице по рад или пословање наручиоца или интересе Републике Србије.

У наведеним случајевима, Републичка комисија ће уместо поништења уговора одговорном лицу наручиоца да изрекне новчану казну.²¹⁸⁰ Осим описаног овлашћења да изриче новчане казне у вези са поништајем уговора о јавној набавци, Републичка комисија може да изриче новчану казну наручиоцу и одговорном лицу наручиоца и као вид „одржавања процесне дисциплине“.²¹⁸¹ Томе су посвећени чланови и 231 и 232 ЗЈН. Тако, Републичка комисија изриче новчану казну наручиоцу и одговорном лицу наручиоца уколико наручилац:

- 1) по поднетом захтеву за заштиту права не поступи („ћути“) на начин и у року предвиђеним ЗЈН-ом;
- 2) не достави додатну документацију, податке, објашњења или мишљења, у складу са захтевом Републичке комисије;

²¹⁷⁷ Чл. 233, ст. 1 ЗЈН.

²¹⁷⁸ Доступно на: Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки, Посебна овлашћења, Поништење уговора, <https://kjn.rs/posebna-ovlascenja/ponistenje-ugovora/>, 12. јул 2022.

²¹⁷⁹ Решења бр. 4-00-806/2019 од 26.06.2020. године; бр. 4-00-585/2017 од 22.12.2017; бр. 4-00-749/2017 од 16.11.2017 и бр. 4-00-468/2017 од 15.9.2017.

²¹⁸⁰ Чл. 233, ст. 5–9. ЗЈН.

²¹⁸¹ В. Цуцић (2020), 147.

3) ако не омогући понуђачу или кандидату увид у документацију о спроведеном поступку јавне набавке.

Осим тога, може да изрекне новчану казну и подносиоцу захтева и одговорном лицу подносиоца захтева, уколико подносилац захтева не сарађује са Републичком комисијом, тако што не достави додатну документацију, податке, објашњења или мишљења, у складу са захтевом Републичке комисије (члан 231, став 2 ЗЈН). Новчана казна се изриче решењем најкасније у року од три године од учињене повреде (члан 232, став 6 ЗЈН) решењем које служи као извршна исправа, а приликом одмеравања износа, Републичка комисија узима у обзир „тежину утврђених неправилности, висину процењене вредности јавне набавке, утицај учињене неправилности на исход поступка јавне набавке и права других лица у поступку, трајање и учесталост учињених неправилности, као и спремност да се отклоне последице неправилности“ (члан 232, став 5 ЗЈН).

Осим могућности да траже поништај закљученог уговора уколико су за то испуњени законски услови, као и накнаду штете обема странама, као и евентуално неуспешним понуђачима, стоји на располагању могућност да у парничном поступку поднесу тужбу за утврђивање ништавости уговора. Управни суд је у неколико наврата потврдио ову могућност, истичући да „[у]тврђивање ништавости уговора закљученог са понуђачем након спроведеног поступка јавне набавке не може бити предмет спора захтева за заштиту законитости, већ се може поднети тужба за утврђивање ништавости у парничном поступку“.²¹⁸²

Иако се уговор о јавној набавци, формално-правно гледано, квалификује као грађанскоправни уговор, специфичност тако створеног уговорног односа одражава се и у одредбама ЗЈН о могућности наручиоца да раскине уговор у појединим случајевима. Наиме, наручилац раскида уговор о јавној набавци ако: 1) настану околности које би за последицу имале битну измену уговора,²¹⁸³ што би захтевало спровођење новог поступка јавне набавке; 2) ако је привредни субјект са којим је закључен уговор о јавној набавци у поступку јавне набавке због постојања основа за искључење привредног субјекта требало да буде искључен из поступка или ако 3) уговор није требало да се додели узимајући у обзир озбиљну повреду обавеза из УФЕУ, Директиве 2014/24/ЕУ и Директиве 2014/25/ЕУ, које су утврђене пресудом Суда правде Европске уније, у складу са чланом 258 УФЕУ (члан 164 ЗЈН).²¹⁸⁴

(a) Посебне одредбе Закона о јавно-приватним партнерствима и концесијама о правној заштити и решавању спорова

Како смо видели у одељку 3.2.1 (i) *supra*, у фази која претходи закључењу јавног уговора у смислу ЗЈППК, правна заштита у вези са поступком доделе јавног уговора се

²¹⁸² Пресуда Управног суда, 14У 24195/2010 од 10.02.2012. године, *Билтен судске праксе Управног суда*, бр. 7, Intermex, Београд 2017, 280–281.

²¹⁸³ Чл. 154, ст. 4 ЗЈН ближе одређује када ће се измена уговор сматрати битном. До тога долази „у случају када за последицу има измену карактера уговора у материјалном смислу у односу на уговор који је првобитно закључен, односно ако би се значајно изменила природа првобитно закљученог уговора, при чему битна измена уговора увек постоји када је испуњен један или више од следећих услова:

1) изменом се уведе услови који би, да су били део првобитног поступка јавне набавке, омогућавали укључивање других кандидата у односу на оне који су првобитно изабрани или прихватање друге понуде у односу на првобитно прихваћену или омогућавали већу конкуренцију у поступку јавне набавке који је претходио закључењу уговора; 2) изменом се мења привредна равнотежа уговора у корист привредног субјекта са којим је закључен уговор на начин који није предвиђен првобитним уговором; 3) изменом се значајно повећава обим уговора или 4) промена привредног субјекта са којим је закључен уговор о јавној набавци, осим у случајевима из чл. 159 овог закона.

²¹⁸⁴ С тим што се примена последњег случаја одлаже за моменат уласка Србије у ЕУ.

остварује на основу механизма који се покреће подношењем захтева за заштиту права из ЗЈН-а (члан 58, став 1 ЗЈППК). Дакле, и у погледу ових уговора се заштита остварује најпре пред Републичком комисијом, а затим и пред Управним судом.

Након закључења јавног уговора, пак, уговорним странама стоје на располагању различите опције. Пре свега, уговорне стране имају могућност да уговоре меродавно право и механизам решавања спорова; штавише, то је не само један од законских елемената предмета ових уговора (члан 46, став 2, тачка 26 ЗЈПП), већ и стандардна пракса.²¹⁸⁵

Законодавац изричито нормира поједина питања правне заштите и решавања спорова која ће се применити уколико ништа није уговорено. Тако, уговорне стране су најпре заштићене правом на превремени, једнострани раскид уговора у случају пропуста друге уговорне стране. Опремање оваквим овлашћењем и јавног и приватног партнера, у складу са прокламованим начелом равноправности уговорних страна (члан 6, став 10 ЗЈППК), уједно представља и главну разлику у односу на положај и динамику уговорних страна у управном уговору у смислу ЗУП-а.

Кад је реч о овлашћењу јавног партнера да једнострано раскине јавни уговор, пре истека рока на који је закључен, законодавац нормира следеће случајеве у којима је то допуштено: 1) ако приватни партнер у случају концесије није платио концесиону накнаду више од два пута узастопно или континуирано неуредно плаћа концесиону накнаду; 2) ако приватни партнер не обавља јавне радове или не пружа јавне услуге према стандардима квалитета за такве радове, односно услуге на начин како је договорено јавним уговором; 3) ако приватни партнер не спроводи мере и радње неопходне ради заштите добра у општој употреби, односно јавног добра, ради заштите природе и културних добара; 4) ако је приватни партнер дао неистините и нетачне податке који су били одлучујући за оцену његове квалификованости приликом избора најповољније понуде; 5) ако приватни партнер својом кривицом не започне са извршавањем јавног уговора у уговореном року; 6) ако приватни партнер обавља и друге радње или пропушта да обави неопходне радње које су у супротности са јавним уговором; 7) ако је приватни партнер пренео на треће лице своја права из јавног уговора без претходног одобрења јавног партнера; 8) у другим случајевима у складу са одредбама јавног уговора и општим правилима облигационог права и прихваћеним правним правилима за конкретну врсту уговора (члан 54, став 1 ЗЈППК). При томе, самим уговором ће се уредити ближи критеријуми на основу којих јавни партнер процењује да ли су ови услови испуњени у погледу разлога 2–7 (члан 54, став 2 ЗЈППК).

Простор за мирно решавање спорова проналазимо у одредби која јавном партнеру налаже да пре једностраног раскида, писаним путем приватног партнера обавести о својој намери и пропусту приватног партнера. Разлог томе је давање могућности приватном партнеру да уочене неправилности отклони (члан 54, ст. 3 и 4 ЗЈППК). Заштита јавног партнера (самим тим и јавног интереса) обезбеђена је не само кроз могућност једностраног раскида уговора, већ и кроз гарантовање права на накнаду штете коју му је приватни партнер својим пропустом проузроковао (члан 54, став 5 ЗЈППК). Осим одредаба јавног уговора, закон предвиђа да ће се на последице привременог раскида јавног уговора у описаном случају применити општа правила уговорног права (члан 54, став 6 ЗЈППК) – што је и разумљиво, имајући у виду квалификацију овог уговора као облигационог.

Осим овлашћења на раскид уговора због горе наведених пропуста приватног партнера, закон предвиђа да јавни партнер може једнострано да раскине уговор и због јавног интереса (члан 53, став 1, тачка 2 ЗЈППК). Имајући у виду изражену јавноправну

²¹⁸⁵ Ј. Газивода, 538.

црту инструмента јавног уговора у смислу овог закона, оправдано је увођење могућности раскида уговора због овог разлога. Међутим, сматрамо великим пропустом изостанак услова под којима уговор може да буде раскинут у јавном интересу, будући да се на овај начин уноси прекомерна неизвесност у уговорне односе, а јавном органу дају преширока дискрециона овлашћења.

С друге стране, приватни партнер може једнострано да раскине уговор због пропуста јавног партнера, „ако јавни партнер поступа на начин који доводи до неодрживости уговорног односа или који у потпуности ремети могућности приватног партнера у спровођењу јавног уговора“ (члан 55, став 1 ЗЈПЗК). Законодавац *exempli causa* наводи пропусте јавног партнера који могу довести до таквог исхода, где спадају: 1) експропријација, заплена или одузимање имовине или удела приватног партнера од стране јавног партнера; 2) пропуст јавног партнера у погледу плаћања доспелих исплата приватном партнеру, као и 3) кршење обавеза из јавног уговора од стране јавног партнера које у значајној мери ремети или онемогућује приватног партнера у извршавању уговорних обавеза (члан 55, став 3 ЗЈПЗК). Разлози за раскид се ближе дефинишу јавним уговором (члан 55, став 2 ЗЈПЗК), док се на последице, као и у случају да уговор раскида јавни партнер, поред посебних правила из јавног уговора примењују и општа правила облигационог права (члан 55, став 4 ЗЈПЗК).

Раније поменута оријентисаност овог закона ка стварању повољне климе за улагања и потребе да се приватним партнерима пружи адекватна заштита наспрам јавног партнера који иза себе има читав државни апарат огледа се, између осталог, и у одредбама које предвиђају да „ако надлежни државни орган, применом прописа о експропријацији, донесе акт којим се одузима или ограничава право коришћења изграђених објеката који су предмет ЈПЗ са или без елемената концесије, приватни партнер има право на накнаду која не може бити мања од тржишне, и која се исплаћује без одлагања“ (члан 59, став 3 ЗЈПЗК). Осим тога, „о накнади штете лицима оштећеним незаконитом одлуком јавног тела у поступку доделе јавног уговора у складу са овим законом, решавају надлежни судови Републике Србије на основу општих прописа“ (члан 59, став 1). То ће најчешће бити судови опште надлежности, али потенцијално и привредни судови, већ у зависности од тога ко је приватни партнер и шта је предмет уговора.

Најзад, чланом 60 ЗЈПЗК предвиђено је да јавни и приватни партнер могу да уговоре арбитражно решавање спорова (о чему више у поглављу 3.3). Уколико стране нису уговориле арбитражно решавање спорова, искључиво су надлежни судови Републике Србије (члан 60, став 3 ЗЈПЗК), а меродавно ће бити право Републике Србије (члан 60, став 4 ЗЈПЗК).

3.2.2 Уговори изузети од примене Закона о јавним набавкама

У уводном делу одељка о механизмима решавања спорова из уговора о јавним набавкама, концесијама и ЈПЗ (вид. 3.2), поменуто је да је домаћи механизам правне заштите подељен тј. да не обухвата све уговоре – било због њихове финансијске вредности, врсте наручилаца или предмета набавке.

Кад је реч о уговорима на које се не примењују одредбе ЗЈН, Републичка комисија стоји на становишту да то обухвата и поступак по захтеву за заштиту права, који је неодвојив од поступка доделе уговора о јавној набавци добара, радова или услуга, те је захтеве у таквим случајевима одбацивала. При томе, у појединим одлукама се наводи да је захтев одбачен услед ненадлежности Републичке комисије да поступа у таквим предметима, док из других произлази да је у питању недопуштено захтева, иако то није тако експлицитно назначено.

Примера ради, у једном предмету Републичка комисија је одбацила поднесак, поднет од стране подносилаца заједничке понуде, а који се односио на доделу уговора о набавци добара (радарских система), спроведене у међународном отвореном поступку од стране Контроле летења Србије и Црне Горе. Из дописа наручиоца и достављене документације произлази да је у конкурсној документацији наведено да ће се на поступак применити одредбе ЗЈН 2012, укључујући и одредбе о заштити права, а да је при томе дато „детаљно упутство о правном леку и жалбеној процедури“. Такође је установљено да су се на поступак примењивала правила Европске инвестиционе банке (ЕИБ), као и да је набавка у целости финансирана од стране исте банке, на основу уговора о финансирању који није био ратификован од стране Народне скупштине.

Имајући речено у виду, Републичка комисија је најпре закључила да је у питању изузетак од примене правила о јавним набавкама, који се односи на набавке које се спроводе у складу са правилима утврђеним од стране међународних организација или финансијских институција, ако су у потпуности финансиране од њих (члан 7а, став 1, тачка 2а ЗЈН 2012). Како је у питању набавка која се у целости спроводи према правилима међународне финансијске институције, а не ЗЈН, „Републичка комисија у конкретном случају није надлежна да одлучује о повредама међународног отвореног поступка, односно повредама одредби конкурсне документације припремљене и усклађене са правилима Водича за набавке ЕИБ“.²¹⁸⁶ Штавише, „надлежност за њено поступање (је) [...] законски установљена и не може бити заснована или евентуално проширена ни на један други начин сем законским актом или међународним уговором којим би Народна скупштина Србије, кроз ратификацију уговора, тиме потврдила и оне његове уговорне одредбе којима се на јасан и недвосмислен начин успоставља надлежност Републичке комисије“.²¹⁸⁷ Произлази да би, у случају да је уговор био ратификован, Републичка комисија могла да заснује надлежност, с обзиром на положај ратификованих међународних уговора у односу на домаће законе.²¹⁸⁸

Кад је реч о финансијским изузетцима, у својој новијој одлуци од 27. јануара 2022. године, Републичка комисија је истакла како „на основу процесних одредби ЗЈН не постоји законски основ за покретање поступка заштите права поводом поступања наручиоца у набавкама на које се у смислу члана 27 ЗЈН одредбе овог закона не примењују, нити законски основ за поступање овог органа“.²¹⁸⁹ Овај принцип стоји и у случају да је наручилац – добровољно или из незнања – спровео набавку према ЗЈН иако је реч о набавци изузетој од примене одредаба овог закона. У предметном случају, процењена вредност уговора о набавци услуге анализе отпадних вода износила је 500.000,00 динара без ПДВ, што је испод прописаног финансијског прага од 1.000.000,00 динара (члан 27, став 1, тачка 1 ЗЈН). Упркос томе, наручилац је набавку спровео према правилима отвореног поступка и објавио одлуку о спровођењу поступка и осталу документацију на Порталу јавних набавки. Републичка комисија је, пак, закључила како „[у] ситуацији у којој је изричито искључена примена одредби ЗЈН на основу члана 27 ЗЈН, радње које је наручилац предузимао у вези са спровођењем ове набавке не представљају поступак јавне набавке у складу са одредбама ЗЈН“ те стога „околност да је наручилац набавку предметних услуга спроводио као отворени поступак јавне

²¹⁸⁶ Решење Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, бр. 4-00-434/2019 од 11.06.2019. године, 4.

²¹⁸⁷ *Ibid.*, 5.

²¹⁸⁸ Ипак, дискутабилан је закључак Републичке комисије, да „нису основани наводи подносиоца којима се посредно указује да такво одређивање надлежности Републичке комисије произлази из дела конкурсне документације“, будући да испитивање основаности навода подносиоца захтева или другог поднеска прелази оквири испитивања процесних претпоставки за покретање поступка, међу којима је и надлежност овог органа. Вид. *Ibid.*

²¹⁸⁹ Решење Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, бр. 4-00-8/2022 од 27.01.2022. године, 3.

набавке, према правилима ЗЈН, не може бити основ за поступање Републичке комисије у поступку заштите права у смислу одредбе члана 187, став 1, тачка 1 ЗЈН“, услед чега је поднети захтев за заштиту права одбацила.²¹⁹⁰

Ако у погледу изузетака од примене одредаба ЗЈН, неуспешним понуђачима, кандидатима и другим привредним субјектима није доступан механизам који се иницира подношењем захтева за заштиту права, поставља се питање на који начин ови субјекти могу да заштите своја права и, посредно, обезбеде објективну законитост и, нарочито, поштовање начела из ЗЈН чија се примена не може заобићи.

Најпре, могуће је да начин и услови под којима се може остварити правна заштита и извршити контрола над спровођењем изузетих набавки буду предвиђени интерним актом наручиоца, конкурсном документацијом за потребе конкретне набавке, међународним уговором или другим уговором на основу којег је настала међународна обавеза, интерним актом међународне организације или финансијске институције и сл. При томе, чини се да се може предвидети посебан механизам или упутити на онај који предвиђа ЗЈН. Ипак, како је први наведен пример из праксе показао, ни то није гаранција будући да наручиоци могу да погреше приликом процене да ли се може засновати надлежност Републичке комисије и тиме довести неуспешне претенденте на уговор у заблуду. Осим тога, тиме се не решава проблем недостатка системских правила за ову хетерогену категорију уговора, посебно имајући у виду да њихов удео у укупној уговореној вредности набавки у Србији није занемарљива.²¹⁹¹

Преостаје ослањање на опште одредбе грађанског, односно управног процесног права. Тако, одлуке наручиоца које имају карактер управног акта би могле да се побијају управноправним средствима (жалбом и/или тужбом), док би у случају неправилности самог уговора (његове рушљивости или ништавости), односно (не)извршења уговорне обавезе од стране једне од уговорних страна, обе уговорне стране могле да покрену парнични поступак одговарајућом тужбом, у складу са општим правилима уговорног права. Наравно, уколико самим уговором није предвиђен (алтернативни) механизам решавања спорова. Исто важи и у контексту потраживања накнаде штете.

Сматрамо да овај приступ није добар. Већ смо из поглавља о уговорима испод прагова у праву ЕУ (вид. треће поглавље четврте главе) видели да се и на њих морају применити одговарајући правни принципи произашли из праксе Суда правде ЕУ. Штавише, управо је ова диференцираност правних режима уговора испод и изнад прагова, укључујући и приступ правној заштити неуспешним понуђачима, кандидатима и другим привредним субјектима био „Ахилова пета“ немачког система јавних набавки, због чега је ЕК покретала поступке због повреде права ЕУ. Имајући у виду да је широко формулисање изузетака у српском праву, а поготово оних који се односе на набавке додељене у складу са међународним споразумима, често критиковано како од домаћих стручњака, тако и од ЕК у извештајима о напретку Србије, сматрамо да би потпуно усклађивање са европским *acqui*-јем у овој материји једино било могуће уколико се систем правне заштите прошири на све уговоре, као што је то случај у француском праву.

²¹⁹⁰ *Ibid.*

²¹⁹¹ Како наводе Тодоровић и Илић, у периоду од 2007. до 2016. године, „готово једна трећина укупне уговорене вредности у Србији била је изузета од примене закона којим је уређен поступак јавних набавки“. Б. Тодоровић, Н. Илић, 242; Подаци за 2019. годину говоре о томе да су изузете набавке износиле 25% укупне уговорене вредности набавки, што је пад од 3% у поређењу са 2018. годином. Вид. Управа за јавне набавке, Извештај о јавним набавкама за 2019. годину, 19.

Алтернативно, потребно је испитати и могућност да се постојећи механизам заштите права у контексту изузетих уговора прилагоди њиховим специфичностима у погледу рокова или других питања, како је то учињено у хрватском праву.²¹⁹² Најзад, замислимо је и да се исцртају контуре поступка заштите права за изузете уговоре (ЗЈН-ом или посебним законом). На тај начин би се избегла правна несигурност у којој се наручиоци и привредни субјекти тренутно налазе.

3.3 Алтернативни механизми решавања спорова

За разлику од француског (в. одељак 1.3 ове главе) и немачког права управних уговора (в. одељак 2.3 ове главе), у Србији је простор за алтернативно решавање спорова у овој области још увек неистражен и самим тиме неискоришћен. Неколико је фактора који томе доприносе.

Пре свега, сам институт управног уговора из ЗУП-а и након шестогодишњег „стажа“ у домаћем управнопроцесном законодавству, још увек представља велику непознаницу за домаћу доктрину и не може да се похвали управном и/или судском праксом које би дале одговоре за које смо остали ускраћени због штурог и недореченог законског оквира. Посебно је проблематично што није „пустио корене“ у посебним управним областима, чиме је пропуштена прилика да се успостави формална веза са оним уговорима у вези са којима законодавац изричито омогућава прибегавање алтернативном решавању спорова (о чему више *infra*).

Надаље, управно право као представник јавног права и алтернативни механизми решавања спорова нису „природан спој“, због јавног интереса који знатно сужава могућност располагања предметом спора, као и других фактора који су детаљно приказани и образложени у трећој глави докторске дисертације. Последице, многе државе су морале да пређу дуг пут како би те препреке „премостиле“, у чему је важну улогу одиграла управо доктрина. Нажалост, ова тема још увек није у довољној мери заступљена у делима домаћих теоретичара, а малобројни аутори који су писали о (не)могућности примене алтернативних механизма у управном поступку и/или спору, углавном се задржавају на констатацији да домаћи управнопроцесни оквир не пружа упориште за тако нешто.²¹⁹³

Најзад, будући да су поникли из окриља приватног права и да странама у спору треба да помогну да изграде поверење – како међусобно, тако и у сам поступак решавања спо(ров)а – већина алтернативних механизма почива на начелу тајности или поверљивости, због чега шира јавност неретко остаје ускраћена за детаље у вези са учесницима поступка и његовог исхода. Та чињеница умногоме отежава научно истраживачки подухват на овом пољу.

Упркос томе што у овој сфери има више отворених питања него одговора, сврставамо се у ред аутора који сматрају да је увођењем управних уговора у управно процесно законодавство Републике Србије, предузет кључан корак у правцу шире примене алтернативних механизма решавања спорова у домаћем управном праву.²¹⁹⁴ Осим на основу теоријских увида до којих смо дошли у трећој глави дисертације, законских решења и искустава других држава (о којима је већ било речи како у трећој глави, тако и у одговарајућим деловима ове главе), као и простору за алтернативно

²¹⁹² Вид. чл. 410 хрватског Закона о јавној набави, *Narodne novine*, br. 120/16, 114/22.

²¹⁹³ На пример, вид. Vuk Cucić, “Serbia as a Part of the European Administrative Space: ADR Tools Applied to Administrative Law” in: Dacian C. Dragos, Bogdana Neamtu (Eds.), *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Springer, Berlin/Heidelberg 2014, 482; Stefan Andonović, „Troškovi управног спора у Републици Србији“, *Fondacija Centar za javno pravo*, Analize, 7.

²¹⁹⁴ Ivan Koprić *et al.*, *Comparative Study: Legal Remedies in Administrative Procedures in Western Balkans*, Regional School of Public Administration (ReSPA), 2016, 140.

решавање спорова који су „освојили“ уговори о ЈПП и концесијама – своје становиште темељимо и на разлозима због којих је овај институт уведен у домаће право, начину на који је дефинисан, као и конструкцији механизма правне заштите и решавања спорова.

У наредним редовима ћемо покушати, у светлости актуелних законских решења, да идентификујемо простор за алтернативно решавање спорова из управних уговора, а у циљу пружања *de lege ferenda* смерница у овом домену. При томе, будући да је реч о граничној области која се простире и на терену грађанског и на терену управног права, биће неопходно сагледати и парничне, и управнопроцесне норме позитивног права Србије. Аналогно приступу у претходна два национална поглавља, фокус ће бити на арбитражи (3.3.1) и одабраним методама мирног (пријатељског) решавања спорова (3.3.2).

3.3.1 Арбитража

Кровни домаћи пропис у материји арбитражног решавања спорова је Закон о арбитражи (у даљем тексту: ЗОА)²¹⁹⁵ из 2006. године. Писан по узору на УНЦИТРАЛ Модел закон о међународној трговинској арбитражи²¹⁹⁶ из 1985. године,²¹⁹⁷ ЗОА представља „заокружену целину“ у овој материји, будући да су њиме регулисана најважнија питања у вези са арбитражним решавањем спорова – подобност спорова за арбитражно решавање, област примене закона, правни основ арбитраже (арбитражни споразум), однос са судским поступком и улога суда, састав, именовање и надлежности арбитражног суда, разлози и поступак престанка вршења функције арбит(а)ра, правила арбитражног поступка, основ и начин доношења арбитражне одлуке, могућност њеног побијања и признање и извршење арбитражних одлука.

Обухват овог закона простире се како на *унутрашњу арбитражу* (арбитражно решавање спорова без страног елемента), тако и на *међународну арбитражу* (члан 1 ЗОА). Када је реч о одређењу потоње врсте арбитраже, ЗОА садржи две, како Станивуковић примећује, контрадикторне дефиниције.²¹⁹⁸ Док је прва шира и подразумева *спорове са иностраним елементом* (члан 1 ЗОА), друга се ограничава на *спорове из међународних пословних односа*, а нарочито ако:

- 1) странке у време закључења споразума о арбитражи имају пословна седишта у различитим државама;
- 2) се изван државе у којој странке имају своја пословна седишта налази место *арбитраже*, ако је одређено у споразуму о арбитражи или на основу њега, или место у коме *треба да се изврши битан део обавеза* из пословног односа или место са којим је *предмет спора најуже повезан* или
- 3) су се странке изричито споразумеле да је предмет споразума о арбитражи везан за више држава (члан 3, став 1 ЗОА).²¹⁹⁹

²¹⁹⁵ Закон о арбитражи (ЗОА), *Службени гласник РС*, бр. 46/2006.

²¹⁹⁶ Ипак, Станивуковић истиче да се ЗОА од Модел закона разликује по обиму, односно опсегу примене – не ограничава се на међународну трговинску арбитражу. Маја Станивуковић, *Serbian Arbitration Law, International Commercial Arbitration, IV National Rules and Enactments, IV Serbia 7a, 7. Commentary*, Oceana, New York, 2008, 7.

²¹⁹⁷ Више о УНЦИТРАЛ Модел закону о међународној трговинској арбитражи на: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration#:~:text=adopted%20in%202006-

[,UNCITRAL%20Model%20Law%20on%20International%20Commercial%20Arbitration%20\(1985\)%2C%20with,needs%20of%20international%20commercial%20arbitration.](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration#:~:text=adopted%20in%202006-), 20. октобар 2022; М. Станивуковић, 6.

²¹⁹⁸ *Ibid.*, 9.

²¹⁹⁹ Станивуковић примећује да се на овај начин отвара простор за правну несигурност, будући да од приступа тумачењу Закона од стране судова зависи која дефиниција ће превагнути. *Ibid.*

Ширина описаног предмета закона, огледа се и у томе што се његове одредбе простиру како на арбитражу и арбитражни поступак када је место арбитраже на територији Републике Србије (у ком случају се не може одступити од одредаба закона) (члан 2, ставови 1 и 3 ЗОА), тако и на међународну арбитражу, с тим што су у том случају странке слободне да се друкчије споразумеју осим у погледу одредаба овог закона чију примену странке не могу искључити (члан 2, став 3 ЗОА).

Правни основ арбитраже је арбитражни споразум (члан 4 ЗОА), који може бити у виду посебног споразума или клаузуле у већ постојећем уговору (члан 9, став 2 ЗОА). Њиме се може предвидети да ће странке све или одређене спорове – будуће или настале – решавати арбитражом (члан 9, став 1 ЗОА). Дакле, намера странака да спор изнесу пред арбитражу, уместо да прибегну неком другом механизму, мора да буде јасно изражена у споразуму.²²⁰⁰ Такође, споразум о арбитражи се може закључити и накнадно, након што је покренут поступак за решавање истог спора пред надлежним државним судом (члан 11 ЗОА).

За нашу тему је од посебног значаја питање подобности спорова да буду решавани арбитражом, односно питање арбитрабилности, које је уређено чланом 5 ЗОА. Првим ставом предметног члана исцртане су границе арбитрабилности у домаћем праву, тако што је предвиђено да се арбитража може уговорити за решавање имовинског спора о правима о којима странке слободно располажу (арбитрабилност *ratione materiae*) осим спорова за које је одређена искључива надлежност суда (арбитрабилност *ratione jurisdictionis*).²²⁰¹ Друга два става истог члана дефинишу арбитрабилност *ratione personae*.²²⁰² Конкретно, арбитражу могу уговорити свако физичко и правно лице, али и држава, њени органи, установе и предузећа у којима она има својинско учешће (члан 5, став 2 ЗОА). Најзад, арбитражу може уговорити свако ко, према одредбама ЗПП-а, може да има својство странке у парничном поступку (члан 5, став 3 ЗОА).

На основу предметних одредаба најпре примећујемо да за разлику од француског права, не постоји ни *материјална* забрана арбитражног решавања спорова из управних уговора, нити *органска* забрана у погледу могућности јавноправних субјеката да прибегавају овом механизму (в. одељак 1.3.1 ове главе). За разлику од немачког, пак, начин одређења арбитрабилности *ratione materiae* ипак намеће одређена ограничења, услед којих јавноправни и приватноправни спорови нису у потпуности изједначени у погледу могућности њиховог арбитражног решавања. Имајући све то у виду, потребно је да испитамо да ли би спорови из управних уговора могли да задовоље критеријуме из члана 5 ЗОА.

Наш задатак умногоме је олакшан кад је реч о уговорима о ЈПП и концесијама, с обзиром на то да већ поменути члан 60, став 1 ЗЛППК предвиђа да „стране у јавном уговору могу, ради решавања спорова који настану на основу тог уговора, уговорити домаћу или страну арбитражу“, из чега се недвосмислено може закључити да су спорови из уговора о ЈПП и концесијама арбитрабилни. При томе, из формулације овог члана се види да се могућност прибегавања арбитражи односи само на спорове до којих дође у фази *након* закључења уговора, односно у вези са његовим извршењем, не и оних у вези са поступком доделе јавних уговора. За ову потоњу категорију спорова је, подсећамо, предвиђена правна заштита из ЗЈН (в. одељак 3.2.1 ове главе). Иако би се у теорији могли наћи аргументи у прилог томе да би арбитража била и допуштена и прикладна за решавање спорова који претходе закључењу уговора, квалификовање

²²⁰⁰ *Ibid.*, 10.

²²⁰¹ Стефан Јовановић, „Меродавно право за арбитрабилност предмета спора: *lex fori*, *lex arbitri* и њихове алтернативе“, *Право и привреда*, 3/2021, 398.

²²⁰² *Ibid.*

поступка доделе уговора као управног може довести у питање право на „слободно располагање предметом спора“ (о чему нешто касније), а упитно је и да ли би се избегавањем механизма правне заштите из ЗЈН обезбедила ефикасна судска заштита према параметрима стандарда из европских директива (в. друго поглавље четврте главу).

Потенцијални проблем, пак, представља горе поменути коректив објективној арбитрабилности, који онемогућава арбитражно решавање спорова за које су искључиво надлежни домаћи судови, посебно када знамо да се уговорни спорови у материји јавних набавки и концесија решавају у парничном поступку пред надлежним грађанским или привредним судовима (в. 3.2.1 ii *a supra*). Међутим, у литератури се наводи да у одређеним случајевима, искључива надлежност домаћих судова нема утицаја на арбитрабилност, уколико се арбитража уговори. У теорији се овај феномен назива *релативном искључивом надлежношћу*, а као пример се наводи област страних улагања и концесија.²²⁰³ Штавише, чланом 60 ЗЈПК је изричито дата предност уговарању арбитражног решавања спорова, те само уколико „стране нису уговориле арбитражно решавање спорова, искључиво су надлежни судови Републике Србије“ (став 3).

Не само да је арбитражно решавање спорова из јавних уговора у материји ЈПП и концесија изричитом законском одредбом допуштено, већ је и веома заступљено у пракси – како домаћој, тако и иностраној²²⁰⁴ – посебно код уговора закљученог са страним правним или физичким лицем.²²⁰⁵ У том контексту, чланом 60, став 2 ЗЈПК је предвиђено да: „[а]рбитража са седиштем у иностранству може се уговорити уколико је приватни партнер или његов непосредни или посредни власник страно правно или физичко лице или у случају конзорцијума уколико је најмање један члан конзорцијума или његов посредни или непосредни власник страно правно или физичко лице“.

При томе, фактор јавног интереса који прожима ове уговоре, као и јавноправни субјект као једна уговорна страна, намећу извесна ограничења потпуној аутономији воље страна у спору, приликом одређивања свих релевантних питања у вези са арбитражним решавањем спорова. Једно од таквих ограничења односи се на меродавно право. Члан 60, став 4 ЗЈПК казује да је за поступке арбитражног решавања спорова из ових уговора, меродавно право Републике Србије. Прописивање искључиве надлежности права државе порекла јавноправног сауговарача је логично и уобичајено решење.²²⁰⁶ Штавише, неретко се предвиђа самим уговором. Газивода као основне разлоге за то наводи чињеницу да је поступак доделе тих уговора (поступак јавних набавки или сл.) уређен правом те државе, као и да потпада под контролу и надзор за то надлежних независних (регулаторних) тела; затим, предмет уговора је у вези са реализацијом делатности од општег интереса, које је у надлежности јавноправног тела, те се критеријуми за њихово адекватно остварење једино и могу ценити према праву државе припадности јавноправног сауговарача. Слично томе, испуњеност евентуалних претходних услова за закључење уговора, као и стандарда у погледу изградње и/или

²²⁰³ Vladimir Pavić, „National Reports: Serbia“, Chapter in: *World Arbitration Reporter (WAR)*, 2nd Edition, L. Mistelis, L. Shore, H. Smit (Eds.), JurisNet LLC, 2010, 3, 13–14.

²²⁰⁴ Могућност арбитражног решавања спорова из уговора о концесијама и ЈПП познаје и регулише и хрватско право. Упореди са чл. 97. хрватског Закона о концесијама (*Narodne novine*, br. 69/17, 107/20) и чл. 31 њиховог Закона о јавно-privatnom partnerstvu (*Narodne novine*, br. 78/12, 152/14, 114/18). А. Maganić, доступно на: <http://zakonitost.s11.novenaaweb.info/hr/izdanja/?izdanje=1&clanak=205>, 23. октобар 2022.

²²⁰⁵ Ј. Газивода, 544.

²²⁰⁶ Упор. са чл. 97, ст. 3 хрватског Закона о концесијама. За праксу, в. А. Maganić, доступно на: <http://zakonitost.s11.novenaaweb.info/hr/izdanja/?izdanje=1&clanak=205>, 23. октобар 2022.

реконструкције објеката на које се уговор односи, такође се цене у светлости унутрашњег права државе на чијој територији се реализују. Од приватног сауговорача се, такође, неретко захтева да прибави одговарајуће домаће сертификате или лиценце као предуслов за отпочињање радова и др.²²⁰⁷

Осим тога, ограничења могу да се односе и на спорове у вези са непокретностима које се налазе на територији државе порекла јавноправног сауговорача. О томе сведочи и пример од једног ретких доступних уговора из ове материје код нас – уговора о концесији за изградњу ауто-пута Хоргош – Пожега, којим је у члану 23.2.2 предвиђено да

све спорове који настану при остваривању концесионих права и обавеза, а чији је предмет непокретна имовина, решаваће надлежни суд у Републици Србији.

*Све друге спорове у вези са остваривањем концесионих права и обавеза, такође ће решавати надлежни суд у Републици Србији, ако уговорне стране одустану од арбитраже.*²²⁰⁸

Када је реч о уговорима о јавним набавкама, ситуација је нешто комплекснија када се има у виду изостанак изричите законске одредбе о томе. Станивуковић као пример неарбитрабилних спорова наводи и оне у области заштите конкуренције, будући да су стављени у надлежност Републичке комисије за заштиту конкуренције.²²⁰⁹ По тој логици, ни спорови до којих може доћи у области јавних набавки не би могли да се решавају путем арбитраже, јер је механизам заштите права веома детаљно уређен – у првом степену одлучује Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки, а против њених одлука се може покренути управни спор. Међутим, сматрамо, као и када је реч о уговорима о концесији и ЈПП, да би то био случај само у погледу спорова у вези са поступком доделе уговора, не и оних у фази његовог извршења. Наравно, ово ограничење би било применљиво искључиво на уговоре који потпадају под оквире ЗЈН, не и уговора који су због своје вредности, предмета или природе наручиоца, изузети од примене ЗЈН. У том случају, држимо, постоји далеко већа слобода приликом оптирања за механизам решавања спорова у свим фазама уговорног циклуса. Искуство са арбитражним решавањем спорова из уговора о јавним набавкама у хрватском праву, упркос непостојању изричите законске одредбе – додатни је аргумент у прилог „отварању“ материје јавних набавки ка арбитражи.²²¹⁰

Ипак, приликом (пр)оцене да ли ће тај простор бити искоришћен, треба бити обазрив, имајући у виду специфичност материје која је прожета јавним интересима услед које су дискрециона овлашћења органа-наручиоца приликом одабира приватног сауговорача знатно сужене, још увек у теорији дискутабилну правну природу уговора о јавној набавци, као и посебна овлашћења Републичке комисије поводом закљученог уговора, односно једнострана овлашћења органа у фази након што је уговор о јавној набавци додељен/закључен. Дакле, поставља се питање фазе уговорног циклуса у којој би се, евентуално, могло прибећи арбитражном решавању спорова, као и да ли, односно у којој мери, стране могу слободно располагати предметом спора.

На дилеме наилазимо и код следеће категорије уговора, односно код управних уговора у смислу члана 22 ЗУП-а, и то како са аспекта (не)могућности располагања

²²⁰⁷ Ј. Газивода, 539–540.

²²⁰⁸ Уговор доступан на: Влада Републике Србије, Документи, Уговор о концесији за аутопут Хоргош-Пожега, <https://www.srbija.gov.rs/prikaz/179481>, 23. октобар 2022.

²²⁰⁹ М. Stanivuković, 12.

²²¹⁰ А. Maganić, М. Dika, 23–27.

предметом спора, тако и због тога што не постоји изричита законска одредба којом се прописује искључива надлежност за спорове из тих уговора.

У погледу првог аспекта, готово је немогуће дати коначне одговоре са овако штурим правним оквиром какав предвиђа ЗУП. Како смо већ видели, реч је о институту који чини саставни део домаћег управнопроцесног законодавства, услед чега приликом процене (не)арбитрабилности спорова из ових уговора треба имати у виду логику управног права. ЗУП, међутим, упућује на одредбе ЗОО-а у погледу питања правног режима управних уговора која првим прописом нису уређена, због чега се једним великим делом овај институт налази на терену грађанског (и грађанског процесног) права. Следствено томе, под лупу је потребно ставити и одредбе/логику парничног поступка.

Као један од главних аргумената против примене алтернативних механизма решавања спорова у управном праву, где би се могла подвести и арбитража, истиче се немогућност слободног располагања предметом поступка.²²¹¹ С обзиром на то да нису успостављени критеријуми на основу којих би се процењивала управна област у коју ће бити уведени управни уговори, као ни начин одређивања предмета уговора тј. права и обавеза уговорних страна, хипотетички је замислива ситуација у којој законодавац овлашћује орган да процени да ли ће закључити уговор или издати управни акт (слично решењу у немачком праву), односно где се утврђивање садржине уговора не прописује унапред, већ препушта договору уговорних страна. Осим тога, основни разлог увођења управних уговора у наше право је допринос „конформности и делотворности уређивања појединих јавноправних односа,²²¹² кроз „активн[у] улог[у] грађана у односима са јавном управом“.²²¹³ Следствено наведеном, самим закључивањем управног уговора, несумњиво би се (слободније) располагало управном ствари која је предмет уговора, те би сасвим логично било и да уговорне стране могу да утичу на начин решавања спора из заједничког уговорног подухвата, чиме пређашњи аргумент губи на снази и у погледу спорова између органа и странке као сауговорача.

С тим у вези, искуство суседне Хрватске која је уговоре о концесији квалификовала као управне уговоре у смислу тамошњег управнопроцесног законодавства, а за које је, како смо видели, законском изреком предвиђено арбитражно решавање спорова из тих уговора, додатно нас уверава о одрживости изнетих аргумената. Штавише, хрватска доктрина пледира за проширење арбитрабилности и на спорове из других управних уговора, као што су они из пореске материје. С обзиром на *ratio* увођења управних уговора у домаћи правни поредак (в. *supra*), у овом контексту је значајно запажање једне ауторке да,

ако је сврха увођења управних уговора (у порески систем Хрватске) била да се успостави посебан управноправни однос између јавне управе и приватних лица који се заснива на њиховој сагласној вољи, а не на ауторитативном и једностраном управном акту те ако се на тај начин тежило остваривању једног од стандарда европске јавне управе, који захтева активну улогу грађана у односима с јавном управом, њихово активно учешће у управним пословима у што већем броју управних области [...] вољни елемент (диспозиција странака) [...] требало би да буде присутан и у уређењу начина решавања њихових међусобних потенцијално спорних односа.²²¹⁴

²²¹¹ V. Сусић (2014), 481–482.

²²¹² З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, 48.

²²¹³ Предлог ЗУП-а са Образложењем и АЕП, 5.

²²¹⁴ А. Маганић, доступно на: <http://zakonitost.s11.novenaweb.info/hr/izdanja/?izdanje=1&clanak=205> 23. октобар 2022.

Кад је о другом аспекту арбитрабилности реч, подсећања ради, судска надлежност за решавање спорова у вези са управним уговорима је, према актуелном стању законодавства, подељена између Управног суда и судова опште надлежности, с тим што је први овлашћен да испитује једино законитост управних аката донетих у вези са уговором, не и самог уговора. О накнади штете коју орган причини странки, одлучује се у парничном поступку. Како је у том случају реч о имовинскоправним захтевима којима странке могу слободно располагати, можемо да закључимо да би арбитражно решавање тих спорова из управних уговора у смислу ЗУП-а било допуштено. Слично би се могло резонovati и у погледу спорова о неважности уговора. Томе додатно иде у прилог и претходно наведена одредба о арбитрабилности *ratione personae* из ЗОА.

На крају овог дела, потребно је осврнути се и на однос између арбитраже и судске заштите, као и на питање улоге државног суда у арбитражном поступку.

Када је реч о односу између арбитраже и права на судску заштиту, као и у претходно анализираним правним системима, и овде се ова два механизма међусобно искључују. Тако, суд пред којим је поступак покренут ће одбацити тужбу и огласити се ненадлежним, уколико једна од страна поднесе приговор пре упуштања у расправљање о предмету спора, осим ако „утврди да је споразум о арбитражи очигледно ништав, да је без дејства или да га није могуће извршити“ (члан 14 ЗОА).²²¹⁵ При томе, арбитражни споразум ће бити ништав уколико 1) врста спорова на који се односи није подобна за арбитражу; 2) није закључен у форми прописаној овим законом;²²¹⁶ 3) странке нису имале потребна својства и способност за његово закључење, или 4) је закључен под утицајем принуде, претње, преваре или заблуде (члан 10, став 1 ЗОА). Уколико се арбитражни споразум односи на више спорова, од којих су неки арбитрабилни, други не, споразум неће бити ништав, већ само неће производити правно дејство у погледу неарбитрабилних спорова.²²¹⁷

Сматрамо да би у споровима који су предмет нашег истраживања требало нарочито водити рачуна о томе да, уколико је уговорено арбитражно решавање спорова, то не буде на уштрб ефикасне правне заштите у смислу члана 47 Повеље ЕУ, као и стандарда из Директива о правним лековима. У првом поглављу четврте главе смо видели да је Суд правде налазио и да арбитражно тело може да се квалификује као суд у смислу права ЕУ, уколико испуњава прописане услове који се односе како на само арбитражно тело, тако и на поступак пред њим. Иако ће ово питање постати релевантно тек са уласком наше земље у ЕУ, било би добро да унапред буду успостављене неопходне процесне гаранције. Осим тога, извор спорова о којима је овде било речи су махом

²²¹⁵ У теорији се истиче да би могао да се појави евентуални проблем око тумачења ове одредбе, тако да се постави питање да ли се односи само на унутрашњу или и међународну арбитражу, будући да се у неким другим члановима (нпр. чл. 15) изричито наводи да ће се примењивати и на арбитражу чије је место у другој држави. М. Stanivuković, 8.

²²¹⁶ Чл. 12, ст. 2 ЗОА: „(1) Споразум о арбитражи мора да се закључи у писаној форми. (2) Споразум о арбитражи је закључен у писменој форми ако је садржан у исправама које су странке потписале. (3) Сматра се да је споразум о арбитражи у писменој форми ако је закључен разменом порука путем средстава комуникације, која омогућавају писмени доказ о споразуму странака, без обзира да ли су те поруке странке потписале. (4) Споразум о арбитражи сматра се закљученим и ако се странке у писменом уговору позову на друго писмено које садржи споразум о арбитражи (општи услови за закључење правног посла, текст другог уговора и сл.) ако је циљ тог позивања да споразум о арбитражи постане саставни део уговора. (5) Сматра се да постоји споразум о арбитражи и ако тужилац писменим путем покрене арбитражни спор, а тужени изричито прихвати арбитражу и с тим се сагласи у писменој форми или у изјави на записнику на рочишту, као и ако узме учешће у арбитражном поступку и до упуштања у расправљање о предмету спора не истакне приговор да не постоји споразум о арбитражи, односно не оспори надлежност арбитражног суда“

²²¹⁷ Уз осврт на чл. 10, ст. 2 ЗОА. вид. М. Stanivuković, 13.

уговори који потпадају под опсег европског *acquis*-ја, са којим смо већ сада дужни да ускладимо домаће законодавство.

У погледу другог питања ситуација је слична као у немачком праву, где је улога суда помоћна и супсидијарна, осим у погледу признања и извршења иностраних арбитражних одлука, где има кључну функцију. Тако, суд предузима само оне радње на које је овим законом овлашћен (члан 7 ЗОА), где спадају помоћ арбитражном суду у извођењу доказа (члан 46 ЗОА), као и низ овлашћења супсидијарног карактера, код именовања арбитра (члан 17 ЗОА) или одлучивања о престанку дужности арбит(а)ра (члан 25 ЗОА) – уколико странке то од суда траже, односно ако се нису споразумеле. Поред тога, државни суд може да изриче привремене мере (пре или током арбитражног поступка) и то чак и када је место арбитраже у другој држави (члан 15 ЗОА).

Надаље, судови имају кључну улогу поводом тужбе за поништај домаћих/унутрашњих арбитражних одлука (члан 57 ЗОА), као и у поступку њиховог извршења, односно признања и извршења страних арбитражних одлука (чланови 64-68 ЗОА). При томе, стварно надлежан ће бити суд одређен законом, док ће месно надлежан бити суд на чијем подручју треба спровести извршење (члан 65, став 1 ЗОА). У зависности од предмета спора, стварна надлежност у овом домену ће припасти привредним или грађанским судовима,²²¹⁸ али би у светлости аргумената у прилог арбитражног решавања спорова из управних уговора, као и упоредноправних искустава, било неопходно размислити и о улози Управног суда у том домену.²²¹⁹ При томе би требало имати у виду изазове са којима се суочава француско право услед недостатка јасних граница између надлежности грађанских и управних судова, како би се такви проблеми благовремено избегли у домаћем праву.

3.3.2 Мирно (пријатељско) решавање спорова

Кад је реч о парничном поступку, начело мирног решавања грађанскоправних спорова представља један од стубова тог поступка.²²²⁰ То није само обележје савремених тенденција у домаћем праву, већ има далеко дужу традицију. Наиме, поједини аутори наводе податак да је још Закон о грађанском судском поступку Краљевине Југославије „отварао (је) могућност да се опонент позове на покушај мирења и поравнања“, чак је и давао предност таквом виду решавања спорова.²²²¹

Поменуто начело се, уз ослонац на релевантне документе СЕ,²²²² пре свега, огледа у одговарајућим одредбама ЗОО-а, ЗПП-а, али и посебних закона који уређују поједине механизме или друга питања од значаја за мирно решавање грађанскоправних спорова.²²²³ Тако, ЗОО садржи одредбу, насловљену *решавање спорова на миран начин*, којим предвиђа да ће стране у облигационом односу настојати „да спорове решавају усаглашавањем, посредовањем или на други миран начин“ (члан 19 ЗОО). ЗПП у члану 11 прописује да ће суд пред којим је покренута парница упутити странке на медијацију или информативно рочиште за медијацију, односно указати им на

²²¹⁸ *Ibid.*, 23.

²²¹⁹ А. Магарић, М. Дика, 32–33.

²²²⁰ Н. Бодирога, 229–231.

²²²¹ Г. Кнежевић, В. Павић, 186 фн. 12.

²²²² Бодирога као пример наводи Препоруку (86) 12 Комитета министара Савета Европе о мерама за спречавање и смањивање преоптерећености судова и Препоруку (2002) 10 Комитета министара Савета Европе о медијацији у грађанским стварима, Н. Бодирога, 229–230.

²²²³ Примера ради, Закон о судским таксама (*Службени гласник РС*, бр. 28/94, 53/95, 16/97, 34/2001 – др. закон, 9/2002, 29/2004, 61/2005, 116/2008 – др. закон, 31/2009, 101/2011, 93/2012, 93/2014, 106/2015 и 95/2018) предвиђа да се странке „ослобађају од плаћања таксе уколико се парнични поступак оконча до дана закључења првог рочишта за главну расправу“, између осталог, посредовањем или судским поравнањем (чл. 9, ст. 6) наведено према: Н. Бодирога, 231.

могућност за вансудско решавање спора медијацијом или на други споразуман начин. Тиме се истиче улога парничног суда у подстицању странака на коришћење алтернативних метода решавања спорова, што је у складу са тенденцијама растерећења домаћих судова и унапређења ефикасности решавања спорова, у склопу реформе правосудног система.²²²⁴

Осим тога, од нарочитог интереса за спорове у којима је једна страна орган јавне власти, је и одредба која уређује могућност споразумног решавања имовинских спорова између приватних субјеката и Републике Србије, јединица локалне самоуправе или аутономних покрајина. Наиме, лице које намерава да поднесе тужбу против Републике Србије, може пре подношења тужбе Републичком јавном правобранилаштву да достави предлог за мирно решавање спора, осим ако је посебним законом предвиђен рок за подношење тужбе²²²⁵ (члан 193, став 1 ЗПП), а сам предлог треба да садржи све податке из члана 192 ЗПП-а који су прописани и за саму тужбу.²²²⁶ Уколико се подноси против аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе, подноси се надлежном правобранилаштву, односно овлашћеном заступнику територијалних јединица (члан 193, став 5 ЗПП). Подношење предлога доводи до застоја рока застарелости у трајању од 60 дана (члан 193, став 2 ЗПП), а ако надлежни правобранилац у том року не пружи никакав одговор, сматраће се да предлог за мирно решавање спора није прихваћен (члан 193, став 3 ЗПП).²²²⁷ С друге стране, уколико предлог буде прихваћен, постигнути споразум има снагу извршне исправе (члан 193, став 4 ЗПП).²²²⁸

У одељцима 3.1 и 3.2 ове главе смо видели да се уговорни спорови (како управни уговори у смислу ЗУП-а, тако и тзв. *латентни* управни уговори из ЗЈН и ЗЈПК), махом решавају у парничном поступку. То је случај са споровима до којих би дошло у вези са повредом уговорне дисциплине, разлога неважности уговора, као и накнаде штете. Имајући у виду претходно речено, можемо да закључимо да уговорни спорови, у делу у којем залазе на терен парничног поступка, према *de lege lata* законском оквиру у Србији пружају могућност – барем начелну – претходног покушаја мирног решења спора. Чини се да је најшири простор за мирно решавање спорова, као и арбитражно решавање спорова и због истих разлога, на пољу спорова из јавних уговора у области ЈПП и концесија.²²²⁹ Цуцић указује на то да арбитражна правила многих арбитражних институција предвиђају могућност (или, пак, обавезу) покушаја мирног решавања спора (са или без посредника) пре отпочињања арбитраже.²²³⁰ Раније поменути уговор о концесији за аутопут Хоргош-Пожега, такође, предвиђа мирно решавање спора као први корак, који претходи арбитражи:

²²²⁴ Стратегија развоја правосудја за период 2020-2025. године, *Службени гласник РС*, бр. 101/2020, мера 6.6.

²²²⁵ Ово ће готово увек бити случај, што у великој мери обесмишљава ову одредбу.

²²²⁶ Н. Бодирога, 231.

²²²⁷ Бодирога указује на пропуст законодавца да регулише правне последице по тужбу, уколико би она била поднета након упућивања предлога надлежном правобранилаштву, а пре истека рока од 60 дана. Конкретно, да ли би тужба у том случају била одбачена као недопуштена. Осим тога, исти аутор истиче да ни питање овлашћења тужиоца да одустане од упућеног предлога за мирно решавање спора. *Ibid.*

²²²⁸ Према ранијој верзији ове одредбе, постојала је дужност претходног покушаја мирног решавања спора са заступником државе, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе, пре отпочињања парнице. С обзиром на то да је имала статус процесне претпоставке, њено кршење је имало за последицу одбацивање тужбе као недозвољене. Ана Лукић-Видојковић, „Обавезна медијација као начин решавања спорова – са Републиком Србијом, јединицама локалне самоуправе, јавним предузећима и организацијама са јавним овлашћењима, поводом масовне повреде права“, *Правни живот*, 11/2018, 717-733; Anđelija Adamović, „Alternative Dispute Resolution in Light of the Civil Procedure Act“, *Facta Universitatis*, Series: Law and Politics, Vol. 10, 2/2012, 157–169.

²²²⁹ I. Koprić *et al.*, 141.

²²³⁰ V. Cucić (2014), 482.

[a]ко спор који је настао као последица и/или у вези са Уговором (укључујући, без ограничења, потраживање, спор или несугласицу у вези са реализацијом, раскидом, или важењем Уговора), не буде решен уз обострану сагласност ни у року од 60 дана од дана када је једна од уговорних страна другој предложила његово решавање, спор ће бити решен путем Међународног арбитражног суда при Међународној трговинској комори са седиштем у Паризу у складу са међународном процедуром везаном за такве спорове.²²³¹

Слично решење познаје и хрватско право, где Закон о концесији чак изричито предвиђа да уговорне стране пре арбитраже морају да покушају да спор реше мирним путем.²²³²

Насупрот томе, дилеме изнете у контексту арбитражног решавања спорова из уговора о јавној набавци и управних уговора преливају се и на мирно решавање спорова. У контексту уговора о јавним набавкама, отежавајућу околност представља став Суда правде ЕУ да су такви претходни кораци често додатна процесна баријера, као и да се не сме онемогућити или прекомерно отежати функционисање механизма правне заштите из Директива о правним лековима (који је имплементиран и у наше право). Ипак, на примеру француског права смо видели да је управно право у материји јавних набавки изнедрило неколико специјализованих механизма који, иако не замењују управни спор, представљају веома корисну допуну правној заштити учесника поступка набавке.

Кад је реч о управним уговорима, за сагледавање потпуне слике неопходно је анализирати и норме управног процесног права Србије – управног поступка и управног спора. Нажалост, и ЗУС и ЗУП „ћуте“ о могућности прибегавања алтернативном решавању спорова између органа и странке. Тако, ЗУП осим редовних и ванредних правних средстава у управном поступку, познаје и регулише *поравнање*, као вид окончања управног поступка (вид. члан 99 ЗУП). Ипак, у том случају је реч о поравнању које може бити склопљено између странака у двостраначким или вишестраначким управним стварима, где орган има улогу посредника између њих. Дакле, према важећим правилима општег управног поступка, није могуће поравнање између *органа и странке*.²²³³

С друге стране, одредбе ЗУС-а „представљају један заокружен систем поступања у управном спору, од покретања поступка до ванредних правних лекова и извршења“²²³⁴ – а нити једна одредба овог закона не предвиђа алтернативне механизме као претходни процесни корак или алтернативу управном спору. Имајући у виду члан 74 ЗУС-а, који предвиђа сходну примену одредаба ЗПП-а на управни спор, остаје отворено питање да ли се на тај начин отварају врата мирном решавању управних спорова.²²³⁵ Другим речима, да ли одредбе потоњег закона о примату над мирним решавањем спора између страна у спору, „одговарају природи управног спора“.²²³⁶

²²³¹ Одредба 23.2.3 Уговора, доступно на: Уговор доступан на: Влада Републике Србије, Документи, Уговор о концесији за аутопут Хоргош-Пожега, <https://www.srbija.gov.rs/prikaz/179481>, 23. октобар 2022.

²²³² Чл. 97, ст. 4 хрватског Закона о концесији. За критику овог решења, в. А. Маганић, доступно на: <http://zakonitost.s11.novenaweb.info/hr/izdanja/?izdanje=1&clanak=205>, 23. октобар 2022.

²²³³ Вид. и: V. Cusić (2014), 482.

²²³⁴ З. Томић (2012), 763.

²²³⁵ I. Korčić *et al.*, 141.

²²³⁶ З. Томић (2012), 764.

У недостатку изричитих законских одредаба и ближих смерница судске праксе у том погледу,²²³⁷ потребно је да се осврнемо и на посебно законодавство којим се успоставља шири правни оквир медијације у Србији.

(i) Медијација

Слично као и у погледу арбитражног решавања спорова, правни оквир медијације у Србији обухвата разноврсне законске и подзаконске акте, уз ослонац на релевантне међународне и европске стандарде у вези са овим механизмом. Кључни пропис у овој материји је Закон о посредовању у решавању спорова (у даљем тексту: ЗоПРС),²²³⁸ који је у примени од 1. јануара 2015. године, изузев појединих одредаба које ће се примењивати од дана приступања Републике Србије ЕУ (члан 51 ЗоПРС).²²³⁹

Главни циљ ЗоПРС је „могућност да у поступку странке добровољно реше спорни однос путем преговарања, чиме се доприноси растерећењу судова и доприноси се остваривању права на правично суђење у разумном року.“²²⁴⁰ Као разлози доношења новог закона наводе се потреба за „побољшањем и унапређењем“ нормативног оквира медијације, што би требало да допринесе већој заступљености овог механизма ради растерећења правосудног система и свеопштег унапређења ефикасности решавања спорова.²²⁴¹ Осим тога, писци предметног закона као непосредан повод за његово доношење наводе потребу да се домаћи нормативни оквир (додатно) усклади са релевантним међународним и европским начелима и стандардима у овој области, а посебно са *Правилима УНЦИТРАЛ о мирењу* од 1980. године, *УНЦИТРАЛ Модел-законом о међународном трговачком мирењу* од 2002. године, као и са решењима садржаним у поменутој Директиви 2008/52/ЕЗ.²²⁴² Најзад, указује се на то да се приликом „кројења“ новог законског оквира водило рачуна о Препоруци СЕ (2002) 10 у погледу посредовања у споровима са страним елементом.²²⁴³

ЗоПРС дефинише појам посредовања, нормира начела, поступак и услове за његово спровођење, правно дејство постигнутог споразума, као и питања избора, овлашћења, квалификације, односно обуке посредника/медијатора (члан 1). За разлику од свог претходника, ЗоПРС у наслову, као ни у својим одредбама не употребљава појам *медијација* иако је несумњиво подразумева. Разлог томе је искључиво практичне или, боље речено, прагматичне природе. Наиме, преовладао је став да појам *посредовања* више одговара духу српског језика, док је „појам медијације изазивао неразумевање просечног грађанина“.²²⁴⁴ Само посредовање је одређено као „поступак, без обзира на назив, у којем стране добровољно настоје да спорни однос реше путем преговарања, уз помоћ једног или више посредника, који странама помаже да постигну споразум“ (члан 2 ЗоПРС).²²⁴⁵

Основна начела на којима почива посредовање су, пре свега, *начело добровољности* (члан 9 ЗоПРС), које прожима целокупан поступак посредовања. Тако, посредовање се спроводи на основу изричите сагласности страна у спору, с тим што је

²²³⁷ I. Korčić *et al.*, 140.

²²³⁸ Закон о посредовању у решавању спорова (ЗоПРС), *Службени гласник РС*, бр. 55/2014.

²²³⁹ Предметни закон је заменио дотадашњи Закон о посредовању – медијацији (*Службени гласник РС*, бр. 18/05) из 2005. године, први пропис који је експлицитно уређивао ову материју у домаћем праву.

²²⁴⁰ Образложење Закона о посредовању у решавању спорова, доступно на: Република Србија, Министарство правде, Радне верзије прописа, <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, 23. октобар 2022, 1.

²²⁴¹ *Ibid.*

²²⁴² *Ibid.*

²²⁴³ *Ibid.*

²²⁴⁴ *Ibid.*

²²⁴⁵ Упор. са чл. 2 Закона о посредовању-медијацији.

посебним прописом могуће предвидети да покушај посредовања представља обавезан предуслов пре отпочињања судског или другог поступка (став 1). У том случају, суд или други надлежни орган имају обавезу да подуче стране у спору о могућности решавања спора посредовањем, као и да им пружи све неопходне информације о томе (став 2), односно да их упуте на посредника (став 3). Осим тога, стране у спору самостално и заједнички одлучују о начину спровођења посредовања, односно о правилима којима ће подвргнути поступак посредовања (став 4), с тим што и сам посредник „спроводи посредовање на начин који сматра одговарајућим, узимајући у обзир предлоге страна, околности случаја и потребу за брзим решењем спорног односа“ (став 5). Најзад, добровољност је и основ за спровођење постигнутог споразума.

Следеће начело је *начело равноправности* (члан 10 ЗоПРС), које подразумева да су стране у поступку медијације равноправне (став 1), о чему се стара и сам посредник (став 2).

Кроз начело *учествовања и присуствовања у поступку посредовања* (члан 11 ЗоПРС), провејава један од основних циљева медијације као механизма решавања спорова, а то је да стране у једној пријатељској атмосфери, личним и непосредним контактом, покушају да изнађу компромисно решење спора и разумеју интересе супротне стране. Стога је разумљиво што физичка лица учествују лично – самостално или са пуномоћником (ст. 1 и 2) – док правна лица учествују преко свог законског заступника, односно овлашћеног представника (став 3). Трећа лица могу учествовати у поступку посредовања ако се стране у спору тако договоре (став 4).

Начела *искључења јавности* (члан 12 ЗоПРС) и *поверљивости* (члан 13 ЗоПРС), такође су неизоставна обележја медијације као алтернативног механизма. Потоње начело подразумева да су „сви подаци, предлози и изјаве из поступка посредовања или у вези са поступком посредовања“ поверљиви, осим ако су се стране друкчије споразумеле – што је још један израз претходно описаног начела добровољности. Последично, сви учесници поступка посредовања, укључујући и евентуална трећа лица и лица која обављају административне послове за потребе посредовања, дужна су да те податке чувају као тајну, а уколико би прекршили ову обавезу, одговарали би за штету која би из тога произашла (став 2). Ипак, законодавац као изузетак предвиђа податке који се „морају саопштити на основу закона, ради заштите јавног поретка, посебно када је то потребно ради осигурања заштите најбољег интереса детета или ради спречавања наносења штете физичком или психичком интегритету лица, као и у случају ако је то потребно ради спровођења споразума страна“ (став 1).

Начело *неутралности* (члан 14 ЗоПРС) односи се на медијатора, односно посредника, док се *начело хитности*, тј. обавеза да се поступак посредовања спроведе „без одлагања, у најкраћем могућем времену“ тиче самог поступка посредовања (члан 15 ЗоПРС).

Законодавац као једно од начела посредовања издваја и *прихватљивост доказа у другим поступцима* (члан 16 ЗоПРС). Сматрамо да је ово „начело“ по својој природи и суштини пре израз и разрада, с једне стране, начела поверљивости²²⁴⁶ и, с друге, односа медијације и судских и других поступака, него што је самостално начело. Реч је о слојевитој одредби којом се жели постићи неколико циљева. Прво, истицањем да се предлози изнети током посредовања, у циљу постизања споразума, не могу користити у судском, арбитражном или другом поступку (став 1), а уколико се истакну, суд или други надлежни орган који води тај други поступак их неће прихватити (став 3) – тежи се охрабрењу страна у спору да „буду отворене, чиме се повећавају изгледи за

²²⁴⁶ Уосталом, то је истакнуто и у *Ibid.*, 5.

споразумно решење спора“.²²⁴⁷ Друго, веома прецизно и таксативно су набројане информације које учесници поступка медијације не могу истицати као доказ у другим поступцима, као што је, на пример, чињеница да је једна страна изразила вољу да учествује у поступку посредовања или мишљења и ставови које је изнела у току посредовања (став 2, тач. 1 – 4). На тај начин се јача поверљивост поступка и поверење страна у исти, тако да се слободно могу предлагати могућа решења, без бојазни да ће бити употребљена против њих у неком каснијем поступку. Осим тога, ова извесност омогућава странама у спору да унапред знају које доказе ће моћи, а које не да искористе у евентуалном накнадном парничном или другом поступку.²²⁴⁸ Најзад, чланом 16, став 4 ЗоПРС је предвиђено да „[а]ко се у поступку посредовања страна позвала на неки доказ који би у другом поступку могла ускратити, коришћење таквог доказа у поступку посредовања не значи пристанак на његово коришћење у другом поступку“ – чиме се додатно штите стране у спору и обезбеђује њихово „активно и отворено учешће у посредовању“.²²⁴⁹

Важан аспект поступка посредовања је однос са судским, арбитражним и другим поступцима, чему је посвећено неколико чланова закона. Поступак посредовања се може покренути пре или током неког другог поступка за решавање предметног спора (члан 30, став 1 ЗоПРС). У потоњем случају, посредовању се може прибећи и у поступку по ванредним правним лековима, као и у току извршног поступка (члан 30, став 2 ЗоПРС). Покретање посредовања доводи до застоја судског поступка који је у току, који може само једном бити одређен и не може трајати дуже од 60 дана (члан 18, став 3 ЗоПРС). Осим тога, покретање посредовања доводи до застоја застарелости потраживања у односу на захтев који је предмет поступка посредовања и који не може трајати дуже од 60 дана (члан 25, став 1 ЗоПРС). Додатно, како би се онемогућило да стране које се одреде за посредовање изгубе право на судску заштиту, законодавац је предвидео да рок за подношење тужбе не тече за време поступка посредовања, али најдуже 60 дана (члан 25, став 3 ЗоПРС).

Ипак, за потребе наше теме, најрелевантнији је члан 3 ЗоПРС, који одређује предмет овог закона, односно прецизира који се спорови, из различитих области друштвеног живота, сматрају медијабилним. Из предметног члана произлазе услови који морају бити испуњени како би одређени спор могао да се решава медијацијом. То ће бити случај у погледу спорова у којима 1) странке могу слободно да располажу захтевима; 2) није предвиђена искључива надлежност судова или других органа за њихово решавање и 3) посредовање одговара природи спорних односа и може да помогне њиховом разрешењу.²²⁵⁰ Надаље се наводи да ће то нарочито бити случај у „имовинскоправним споровима чији је предмет испуњење обавезе на чинидбу, другим имовинскоправним споровима, у породичним, привредним споровима, управним стварима, споровима из области заштите животне средине (и) у потрошачким споровима“ (члан 3, став 2 ЗоПРС). На тај начин, медијација је – макар формално – закорачила у управну материју.

Занимљиво је да се у Образложењу ЗоПРС-а се, као пример спорова у којима је нарочито могуће прибећи овом механизму, наводе управни спорови, а не управне ствари, као у самом тексту закона.²²⁵¹ С тим у вези, отварају се додатна питања. Прво је да ли је медијација допуштена у управном поступку, дакле, у погледу решавања управних ствари. Уколико јесте, поставља се додатно питање да ли је медијација

²²⁴⁷ *Ibid.*

²²⁴⁸ *Ibid.*

²²⁴⁹ *Ibid.*, 5–6.

²²⁵⁰ Чл. 3, ст. 1 и 2 ЗоПРС.

²²⁵¹ Образложење Закона о посредовању у решавању спорова, 2.

доступан механизам у двостраначким или вишестраначким управним стварима, где постоје странке са супротстављеним интересима и/или и у једностраначким управним стварима. У првом случају, учесници медијације би биле „сукобљене“ странке, док би орган или играо улогу посредника или би странке могао да упуту на медијацију. У другом, пак, орган би био равноправан учесник медијације, док би посредовање вршило неко треће, неутрално и непристрасно лице. Друго питање је да ли је медијација доступан (а затим и адекватан) механизам решавања *управних спорова*, као допуна или алтернатива поступку пред Управним судом.

Чини се да је у домаћем праву једино неспорно да орган управе може да игра улогу посредника или својеврсног медијатора када у управном поступку постоје најмање две странке чији су интереси супротстављени – о чему је већ било речи.²²⁵² Међутим, не можемо одредбу из члана 99 ЗУП-а да поистоветимо са медијацијом у смислу ЗоПРС, будући да се улога и овлашћења посредника, као и исход успешно окончане медијације према потоњем закону разликују од ЗУП-а. Наиме, према ЗУП-у, орган који води поступак има кључну улогу у подстицању странака на постизање поравнања, али и одлучује о томе да ли ће поравнање прихватити или не. Уколико га прихвати, решењем ће у целини или делимично окончати управни поступак (члан 99, став 5 ЗУП). С друге стране, може и да га не прихвати, при чему ће у решењу о главној ствари образложити разлог неприхватања (члан 99, став 6 ЗУП). Иако орган мора да се руководи разлозима јавног интереса и правним интересима трећих лица, сматрамо да овде ипак има одређени степен дискреционих овлашћења да и из других разлога одбије да се закључи поравнање, што не одговара природи и духу улоге медијатора, који „контролише процес, али не и решење“.²²⁵³ Најзад, чланом 21 ЗоПРС изричито је предвиђено да „[п]осредник не може бити [...] службено лице које одлучује о захтеву страна у вези са спорним односом у управном или неком другом поступку“.

С друге стране, прибегавање медијацији ради решавања управних ствари, где би учесници медијације били орган и странка (једна или више њих), не само да, колико је нама познато, није заступљено у пракси, већ је дуго било прилично спорно у (управноправној) доктрини. Као аргументи против прибегавања медијацији у управним стварима, навођена је дефиниција управне ствари из члана 5 ЗУС-а, према којој је управна ствар, „појединачна неспорна ситуација од јавног интереса у којој непосредно из правних прописа произлази потреба да се будуће понашање странке ауторитативно правно одреди“. Чињеница да се управна ствар сматра *неспорном* ситуацијом, коју орган решава *ауторитативним* путем, неспојива је са чињеницом да медијација представља механизам решавања спорова, као и да претпоставља равноправност учесника тог поступка. Осим тога, повезаност са јавним интересом онемогућава орган да слободно располаже и преговара о предмету поступка.²²⁵⁴

Међутим, сматрамо да је овај аргумент умногоме изгубио на тежини доношењем актуелног ЗУП-а који управну ствар одређује као „појединачн(у) ситуациј(у) у којој орган, непосредно примењујући законе, друге прописе и опште акте, правно или фактички утиче на положај странке тако што доноси управне акте, доноси гарантне акте, закључује управне уговоре, предузима управне радње и пружа јавне услуге (члан 2, став 1), као и „свак(у) друг(у) ситуациј(у) која је законом одређена као управна

²²⁵² V. Cucić (2014), 482.

²²⁵³ Центар за медијацију, Асоцијација медијатора Србије, „Која је улога медијатора“, <https://www.medijacija.org/o-medijaciji/koja-je-uloga-medijatora/>, 25. април 2022.

²²⁵⁴ V. Cucić (2014), 481–482.

ствар.“ Пре свега, ЗУП не помиње квалификатив „неспорна“ у дефиницији управне ствари.²²⁵⁵

Дакле, имајући у виду претходно речено у погледу нове дефиниције управне ствари из ЗУП-а, а на основу изричите законске одредбе, закључујемо да би прибегавање медијацији у управним стварима било допуштено. Иако *допуштеност* треба разликовати од *подобности*, па тако можемо да разматрамо да ли је потоњи услов испуњен на терену (појединих) управних ствари, сматрамо да су оба услова испуњена кад је реч о споровима из управних уговора.

Наиме, поред разлога увођења овог института о којима је већ било речи у контексту арбитраже (в. 3.3.1 *supra*), простор за преговарање (укључујући и путем посредовања) и покушај постизања компромисног решења видимо и у одредби о измени уговора услед промењених околности (члан 23); затим ситуацијама у којима орган *може* да раскине уговор ако странка не испуњава своју уговорну обавезу (члан 24, став 3), односно када је то неопходно ради заштите једног од набројаних добара, као вид „других средстава којима се мање дира у стечена права“ (члан 24, став 4); као и начин уређења правне заштите у вези са управним уговорима. У вези са потоњом, већ је поменуто да је рок у којем странка из управног уговора може да изјави приговор руководиоцу органа са којим је уговор закључила, шест месеци од пропуштања органа да испуни обавезу из управног уговора (члан 147, став 2, тачка 1 ЗУП). Законодавац је оставио овако дугачак рок, знатно дужи од рокова за изјављивање приговора због управне радње или (не)пружања јавних услуга (који износе 15 дана) управо како би се „оставио простор уговорним странама да покушају да саме реше проблеме који су настали у извршењу уговора“.²²⁵⁶ Штавише, има аутора који сам приговор виде као „ADR инструмент у области пружања јавних услуга“.²²⁵⁷

Ипак, у члану 3, ставу 1 ЗоПРС, законодавац је предвидео да се посредовање „примењује у спорним односима у којима стране могу слободно да располажу својим захтевима, ако другим законом није прописана искључива надлежност суда или другог органа, без обзира да ли се спроводи пре или после покретања судског или другог поступка“ (нагласила ауторка). Проблем би могла да представља искључива надлежност Управног суда за решавање управних спорова.²²⁵⁸ Међутим, већ смо претходно указали на то да управни уговори не потпадају под контролу управног судства, већ само управни акти донети у вези са тим уговорима. Стога држимо да предметна одредба према правном режиму управних уговора *de lege lata*, не би била сметња решавању спорова између органа и странке путем медијације.

У вези са применом медијације на управне спорове, већ је указано на отворено питање сходне примене одредаба ЗПП-а о алтернативним механизмима уопште, и медијацији посебно, посредством члана 74 ЗУС-а. Неколико је таквих одредаба, које помињу медијацију и уређују однос овог механизма са судским, тј. парничним поступком. Тако, чланом 11 ЗПП-а прописано је да ће суд упутити странке на медијацију или на информативно рочиште за медијацију, односно да ће им указати на могућност да спор реше посредством неког вансудског механизма – медијацијом или другим споразумним путем. С тим у вези је и одредба члана 305, став 3 ЗПП-а, која каже да ће суд упознати странке са њиховим правом да спор реше путем медијације. Такође је регулисан однос између медијације и судског поступка. Наиме, из члана 340 ЗПП-а произлази да уколико је тако посебним законом предвиђено, као и када се

²²⁵⁵ О теоријској разлици између *контрадикторних* и *колидирајућих* управних ствари, вид. З. Томић (2012), 80–81.

²²⁵⁶ З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, 160.

²²⁵⁷ I. Коргић *et al.*, 147.

²²⁵⁸ V. Сусић (2014), 481–482.

странке договоре да покушају да реше спор медијацијом, суд ће застати са поступком и упутити странке на медијацију. Уколико овај покушај буде безуспешан, суд ће заказати рочиште за главну расправу, по истеку рока од 30 дана од дана када га странка обавести о томе да је одустала од медијације (члан 341, став 2 ЗПП). При томе, сам поступак медијације се спроводи у складу са посебним законом, односно ЗоПРС (члан 341, став 1 ЗПП).

Надаље, чланом 67, ставом 1, тачком б ЗПП-а, као један од разлога искључења поступајућег судије, наводи се и ситуација у којој је судија у истом предмету учествовао у поступку медијације или у закључењу судског поравнања које се побија у парници. Најзад, ЗПП регулише и питање сношења трошкова медијације, предвиђајући да суд може одредити да странке на једнаке делове положе предујам трошкова поступка медијације, уколико у току судског поступка странке одлуче да покушају да спор реше медијацијом, односно ако их суд упутује на медијацију (члан 152, став 3 ЗПП).

Сматрамо да би се, на темељу оног што је већ речено у контексту института управног уговора, као и актуелних тенденција у развоју управног спора у европским оквирима,²²⁵⁹ приликом реформисања управног спора и актуелног ЗУС-а, требало осврнути и на ово важно питање, а посебно у светлости Препоруке СЕ Р (2001)9. Штавише, Стратегијом развоја правосуђа за период 2019–2024. године,²²⁶⁰ указано је на то да је у наредном периоду неопходно предузети одговарајуће кораке ка унапређењу законског оквира и успостављању функционалног и јединственог система медијације у свим судовима²²⁶¹ (нагласила ауторка). То би, према нашем схватању, требало да обухвати и Управни суд, који је због ширине својих овлашћења, константног прилива предмета и ограничених капацитета, означен као најоптерећенији суд у Републици Србији.²²⁶²

На том нормативном путу би, осим модификовања управнопроцесног законодавства, било простора и да се посебан правни оквир медијације боље прилагоди потребама спорова између органа управе и појединаца. Упркос изричито прописаној медијабилности управних ствари, наш утисак је да примена медијације у односима између органа управе (и других јавноправних ентитета) и појединаца, није била (у довољној мери) у фокусу креатора законског оквира овог механизма. Пре свега, у Образложењу ЗоПРС-а, где се наводе међународни и регионални инструменти на које се законодавац угледао приликом израде овог закона, не помиње се Препорука Р (2001) 9 Комитета министара СЕ.²²⁶³ То је, такође, евидентно уколико се погледају појединачне одредбе ЗоПРС-а. Као пример наводимо одредбу о обавези личног учешћа у поступку медијације – будући да органи управе углавном немају статус правног лица, а ЗоПРС-ом није предвиђено учешће представника ентитета која нису правна лица – као и начело искључења јавности и поверљивости, које би било неопходно прилагодити обавези органа јавне власти да чине доступним резултате свог рада.

²²⁵⁹ Rhita Bousta, "Mediation in administrative justice. A comparison between French and Spanish laws in a nutshell", REALaw Blog (25.10.2022), доступно на: <https://realaw.blog/2022/10/25/mediation-in-administrative-justice-a-comparison-between-french-and-spanish-laws-in-a-nutshell-by-r-bousta/>, 25. октобар 2022.

²²⁶⁰ Радна верзија Стратегије развоја правосуђа – за период 2019-2024. године, 27.

²²⁶¹ *Ibid.*, 26.

²²⁶² *Ibid.*, 27.

²²⁶³ Ипак, до њених начела долази се посредним путем, на основу чл. 4 ЗоПРС, у којем је прописано да ће се „питања која нису изричито уређена овим законом решавати се у складу са начелима посредовања предвиђеним овим законом и стандардима посредовања садржаних у актима Уједињених нација, Европске уније и Савета Европе“.

Табела бр. 4 Механизми решавања спорова из управних уговора у српском праву

РЕШАВАЊЕ СПОРОВА ИЗ УПРАВНИХ УГОВОРА У СРПСКОМ ПРАВУ	
УПРАВНИ УГОВОРИ ИЗ ЗУП-А	
ПРЕ ЗАКЉУЧЕЊА УГОВОРА	
<p>Поступак доделе/закључења уговора није регулисан, тако да није јасно да ли томе претходи издавање управних аката, у ком случају би странка могла да их побија управноправним средствима (жалбом и/или тужбом).</p>	
НАКОН ЗАКЉУЧЕЊА УГОВОРА	
Трећа лица	<p>1. Сва лица која би могла да се подведу под дефиницију заинтересованог лица из ЗУП-а могу да учествују у управном поступку и користе управнопроцесна средства против управних аката издатих у вези са управним уговором.</p> <p>2. Свако заинтересовано лице може тужбом у парничном поступку да тражи утврђивање ништавости уговора.</p>
Орган	<p>1) једнострани раскид уговора</p> <p>2) једнострана измена уговора</p> <p>3) парнични поступак (накнада штете; утврђивање ништавости; поништај уговора – према општим правилима облигационог права)</p>
Странка	<p><i>приговор</i> → управно правна средства против решења по приговору (жалба и/или тужба, у зависности од хијерархијског положаја органа + накнада штете)</p>
УГОВОРИ О ЈАВНИМ НАБАВКАМА	
Уговори који потпадају под примену Закона о јавним набавкама	
<i>Фаза до закључења уговора</i>	<i>Након закључења уговора</i>

<p>1. Специјализовани механизам инициран подношењем <i>захтева за заштиту права</i>:</p> <ul style="list-style-type: none"> • наручилац • Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки <p>2. <i>Управни спор</i> против одлука/ћутања Републичке комисије (Управни суд; ВКС у поступку по ванредном правном леку)</p> <p>3. <i>Тужба за накнаду штете</i> (управни спор или парнични поступак).</p>	<p>1. Посебна овлашћења Републичке комисије (поништавање уговора/новчано кажњавање).</p> <p>2. Овлашћења наручиоца да раскине уговор у посебним случајевима.</p> <p>3. Тужба за утврђивање ништавости уговора (парнични поступак).</p> <p>4. Тужба за накнаду штете (парнични поступак).</p>
Уговори на које се Закон о јавним набавкама не примењује	
<p>Није системски регулисано. Могућност да се интерним актом наручиоца, конкурсном документацијом, међународним споразумом и др. релевантним актима, регулише механизам правне заштите за потребе конкретне набавке. Такође долазе у обзир:</p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>против одлука наручиоца које имају карактер управних аката</i>: управноправна средства; • <i>против самог уговора</i>: одговарајуће тужбе за поништај/утврђење ништавости уговора, као и накнада штете, према општим правилима облигационог права. 	
УГОВОРИ О ЈПП СА ИЛИ БЕЗ ЕЛЕМЕНАТА КОНЦЕСИЈЕ	
<i>Фаза до закључења уговора</i>	<i>Фаза након закључења уговора</i>
<p>Специјализовани механизам заштите права из Закона о јавним набавкама.</p>	<p>1. Овлашћење обе уговорне стране да раскину уговор у случају прописаних пропуста друге стране.</p> <p>2. Овлашћење јавног партнера да раскине уговор због јавног интереса.</p> <p>3. Могућност споразумног раскида уговора.</p> <p>4. Могућност уговарања механизма решавања спорова, укључујући арбитражу.</p> <p>5. Тужба за накнаду штете (парнични поступак).</p> <p>6. Тужба за утврђивање ништавости уговора (парнични поступак – према</p>

општим правилима облигационог права).

АЛТЕРНАТИВНИ МЕХАНИЗМИ

1. Уговори о ЈПП са или без елемената концесије:

- арбитража и/или механизми мирног (пријатељског) решавања спорова у фази након што је уговор закључен.

2. Уговори о јавним набавкама и управни уговори из ЗУП-а:

- Није експлицитно регулисано нити постоји доступна пракса.

- Простор за примену арбитраже, медијације и других механизма мирног решавања спорова постоји у погледу уговорних спорова који се решавају у парничном поступку;

- Законски оквир медијације међу медијабилним споровима предвиђа и оне у управним стварима, чиме се отвара простор за даље уређење ове материје у управном процесном праву.

- Одредбе о управном уговору, а посебно поступак по приговору, отварају простор за ширу примену механизма мирног решавања спорова ((не)посредног преговарања, поравнања и др.) између органа и странке.

Извор: Табелу је направила ауторка, на основу анализе стручне литературе и законских извора у српском праву.

4. УПОРЕДНА АНАЛИЗА

Уколико бисмо желели да сажето и сликовито опишемо сваки од правних система чији су механизми решавања спорова из управних уговора били приказани у овој глави, рекли бисмо да *француски* карактерише свеобухватност и целовитост правне заштите како јавних, тако и приватних интереса; *немачки* би могао да се опише као фрагментиран и неконзистентан, док бисмо за *српски* могли да кажемо да је фрагментиран и недовршен. Разлике у опредељењу да се разноврсни уговори (по својој природи, предмету или вредности) подвргну истим или различитим механизмима, институционалној поставци тих механизма, кругу субјеката којима се пружа правна заштита, арсеналу овлашћења којима су надлежни органи опремљени, као и друга релевантна процесна и/или материјална питања – последица су бројних фактора о којима је већ било речи у оквиру друге главе дисертације. Међу њима, важно место заузима (не)кохерентност правних режима различитих управних уговора која се „прелива“ и на начин(е) решавања спорова из тих уговора (или у вези са њима). Међутим, у овом домену треба имати у виду и „фактор ЕУ“, који путем Директива о правним лековима „намеће“ одређене стандарде у погледу контролних тела, активне легитимације и правних лекова у материји јавних набавки и концесија – услед чега се упркос поменути разликама, уочавају и бројне сличности између приказаних правних система.

Имајући у виду претходно дефинисана истраживачка питања и научне хипотезе, у овом поглављу ћемо упоредну анализу националних решења ограничити на следећа питања (целине):

1. положај, организацију (управног) судства у систему власти и расподелу надлежности између грађанских и управних судова;
2. институционално уређење механизма решавања спорова (надлежност суд(ов)а и/или специјализованих тела);
3. врста и опсег овлашћења надлежних органа (нпр. поништавање или укидање оспореног акта, раскид уговора, накнаде штете);
4. да ли је (и на који начин) успостављена равнотежа између заштите јавног и приватних интереса (однос уговорних страна унутар уговора и у оквиру система правне заштите);
5. правна заштита трећих лица;
6. простор за алтернативне механизме решавања спорова (и, уколико постоји, однос између различитих механизма).

4.1 Положај, организација и надлежност (управног) судства у систему поделе власти

Све три анализиране државе спадају у тзв. *дуалистичке* системе где су редовно и управно судство одвојени.²²⁶⁴ Међутим, разлике постоје у погледу испољавања тог дуализма. С једне стране се налазе немачко и српско право, где је судска власт јединствена и у оквиру које се разликују судови опште надлежности, (надлежни у грађанској и кривичној материји) и управни судови. Ипак, и међу њима постоје разлике које су последица државног уређења, судских инстанци и (не)постојања екстерне или интерне специјализације у управној материји.

У немачком праву, организација и надлежност судства треба, између осталог, да одрази федерално уређење државе. Наиме, осим судова формираних на нивоу федералних јединица (земаља), постоји и врховна инстанца на савезном нивоу, на челу сваке гране. Као и редовно, и управно судство је тростепено и обухвата и две специјализоване гране судске власти које суде у финансијским, односно социјалним управним споровима. Уз то, у оквиру појединих грађанских судова на подручју земаља, постоје специјализована већа за спорове из јавних набавки (в. *infra* 4.2).

У српском праву, пак, постоји један Управни суд као суд посебне надлежности републичког ранга (са своја три одељења ван седишта), у оквиру којег не постоји специјализација за поједине врсте управних спорова (управне материје). С обзиром на то да је у току реформа домаћег правосуђа, разматрају се модалитети за увођење вишестепеног управног судства, као и могућност специјализације судија за поједине спорове.

На другој страни се налази француско право, које се од горе описаног приступа (модела) значајно разликује. Наиме, француско право карактерише тзв. „бицефално судство“, односно два одвојена система судске власти.²²⁶⁵ Један заокружен систем чини (као и у немачком праву) тростепено редовно судство, други – тростепено управно судство.²²⁶⁶ У оквиру оба система, постоје како судови опште, тако и судови посебне

²²⁶⁴ М. Eliantonio (2019), 64–65.

²²⁶⁵ В. Цуцић (2016), 99.

²²⁶⁶ Детаљно о организацији и надлежности управног судства у француском праву, од своје „праисторије“ до данас, вид. *Ibid.*, 83–104.

надлежности,²²⁶⁷ на челу са врховном судском инстанцом – у првом случају, то је Касациони суд, док у другом ту функцију обавља Државни савет. Поред вишестепеног управног судства, још једна сличност између немачког и француског права је постојање специјализације у управносудској материји, будући да су за поједине управне области као што су: азилна материја, буџет, јавне финансије и социјална помоћ, основани посебни судови. Осим тога, унутрашња организација управних судова такође испољава својеврсну специјализацију (иако она није стриктно постављена), будући да у оквиру управних трибунала, жалбених судова и Државног савета постоје већа специјализована за поједине управне области. Спорове из управних уговора, тако, углавном покрива седмо веће у оквиру Секције за спорове (фр. *La section du contentieux*) Државног савета.

Тиме долазимо до још једног битног елемента, а то је начин на који је надлежност (рас)подељена између грађанских и управних судова. У француском праву, кључну улогу у том процесу је имао Уставни савет, из чије праксе произлази да „осим у стварима које су по својој природи у надлежности редовног судства, управно судство је надлежно да одлучује о поништавању или измени одлука које доносе органи јавне управе при вршењу јавне власти.“²²⁶⁸ Законодавац ту има само корективну улогу, док је судска пракса Државног савета заслужна за константно проширивање надлежности управних судова. То се одразило и на спорове из уговорне делатности управе. Тако, спорови из управних уговора су у надлежности управног судства, док су спорови из грађанских (облигационих) уговора управе у надлежности редовног судства. Како у пракси није увек једноставно утврдити да ли је одређени спор у надлежности управног или редовног судства, спорове о надлежности између система редовног и управног судства решава Трибунал за сукобе.

У немачком праву су улоге законодавца и судске праксе обрнуте. Наиме, из члана 40, став 1 VwGO-а произлази да су *управни судови надлежни за решавање јавноправних спорова који нису уставног карактера*, док судска пракса помаже приликом процене да ли је у конкретном случају у питању јавноправни или приватноправни спор. Став заузет на заједничкој седници савезних судова је да ће се, у недостатку изричите законске одредбе у том погледу, природа спора процењивати на основу *природе правног односа* на којем се темељи захтев којим се покреће механизам правне заштите. Другим речима, према *природи уговора* у конкретном случају. Тако, јавноправни уговори ће бити у надлежности управног судства (изузев спорова из јавноправних уговора у области социјалног осигурања, за које ће бити надлежни социјални судови), док спорове из грађанских уговора, где спадају и уговори о јавним набавкама, решавају редовни судови. Ипак, неконзистентност немачког приступа огледа се у томе што у потоњем случају, надлежност није толико опредељена (приватноправном) природом уговора, колико историјским разлозима, обојеним тежњом за што бржим и ефикаснијим решавањем спорова у овој важној привредној грани.

У српском праву је, слично немачком, надлежност између судова опште и посебне надлежности одређена законом. Упрошћено речено, у надлежност Управног суда спада контрола законитости коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу, испитивање законитости ћутања управе, као и одлучивање у тзв. парничним стварима, док су редовни судови надлежни за

²²⁶⁷ Посебни управни судови образовани су у различитим областима, као што су нпр. азилна, финансијска/буџетска материја или материја социјалног осигурања. *Ibid.*, 103; Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union i.n.p.a., Administrative Justice in Europe, Report for France, 3, доступно на: <https://www.aca-europe.eu/index.php/en/tour-d-europe-en?page=detail&countryid=10>, 15. јул 2022.

²²⁶⁸ В. Цуцић (2016), 102.

решавање спорова из привредних, имовинскоправних и других грађанскоправних односа, осим спорова за које је посебним законом прописана друга врста поступка. Међутим, у односу на француско и немачко право, могу се уочити две важне разлике – прво, не постоји судска пракса у вези са управним уговорима у Србији и, друго, управни уговори нису покривени надлежношћу Управног суда иако су сврстани у облике управног поступања и регулисани управнопроцесним законодавством. Управни суд ће бити надлежан уколико је предмет спора испитивање (не)законитости управног акта донетог у вези са уговором, у погледу свих посматраних уговора. С друге стране, ако се као предмет спора појављује сам уговор, биће надлежан суд опште надлежности.

Поредећи начин на који је уређена правна заштита поводом управних уговора у домаћем праву – где је за решавање спорова постојала подељена надлежност између управног и грађанског судства – и француском праву у којем су управни судови решавали све спорове из ових уговора, Љ. Радовановић је у првој половини 20. века закључио да „[р]азлика ова не потиче због самих уговора, него због разлике општег административно судског система“ (курзив, Б.Т).²²⁶⁹ Иако нас ова Радовановићева констатација подсећа да је сагледавање система судске власти и положаја управног судства унутар истог, неизоставни корак приликом упоредне анализе у овом домену, чини нам се да је исувише упрошћена за савремено право управних уговора и да не може до краја да објасни уочене разлике. Наиме, разлике у начину решавања спорова постоје упркос томе што у сва три правна система постоји издвојено управно судство. Штавише, положај управног судства и однос са судовима опште надлежности у немачком и српском праву (занемарујући разлике у државном уређењу и вишестепености), веома је сличан. Сматрамо да су бројни други фактори – међу којима се посебно издвајају прагматичност и реалност у којима те институције функционишу (капацитет судова, постојање специјализације и др.), као и (друштвени, политички, економски) циљеви који су се желели постићи стављањем одређеног (управног) уговора у надлежност грађанских или управних судова – такође извршили снажан утицај на опредељење законодавца.

Најзад, у описаном контексту се чини занимљивим запажање једног аутора, да је „постојање специјализованог управног судства релевантно у оној мери у којој је могло допринети и ојачати јавноправни карактер уговора у којима је јавна управа страна, док ће давање надлежности редовним судовима подстаћи супротно решење“.²²⁷⁰ У француском праву, између јавноправне природе уговора и надлежности управног судства постоји нераскидива веза, а управно судство је одиграло кључну улогу у обликовању препознатљивих елемената правног режима тих уговора. С друге стране, у немачком праву критеријум правне природе уговора за опредељење судске надлежности није конзистентно примењен, када се имају у виду разлози подвођења уговора о јавним набавкама под окриље редовних судова. Штавише, ни искључива надлежност управних судова за спорове из јавноправних уговора није до краја успела да „отргне“ овај инструмент од снажних грађанскоправних утицаја, нити је значајније допринела његовом сазревању и заступљености у пракси. Стога, сматрамо да је кључна реч у претходно цитираном становишту „могло“ – будући да од сваке државе (и њеног управносудског апарата) зависи да ли ће и на који начин такву могућност искористити.

²²⁶⁹ Љубомир, Радовановић, „Надлежност Државног Савета у споровима, потеклим из уговора, закључених са државом: Одељак Б. Уговори и набавке, зак. о држ. рачуноводству“, *Архив за правне и друштвене науке*, Књига 11 другог кола (двадесетосма), 1925, 319–325, 323.

²²⁷⁰ R. Caranta (2011b), 3.

4.2 Институционално уређење механизма решавања спорова

У француском праву, спорови из свих категорија управних уговора – и то у свим фазама уговорног циклуса – решавају се посредством управног судског механизма, односно у управном спору. Утицај европских Директива о правним лековима подстакао је додатно проширење опсега овог механизма, тако да се обухвате и уговори о јавним набавкама испод европских прагова. Као што је поменуто у уводним редовима овог поглавља, сматрамо да је јединствени и кохерентни механизам који се не разликује од уговора до уговора, у великој мери резултат подједнако кохерентног правног режима којем су подвргнути сви управни уговори у француском праву.

Насупрот томе, хетерогеност и некохерентност правних режима управних уговора у немачком и српском праву, довела је до мултипликовања механизма решавања спорова из различитих категорија уговора.

Вишеслојност и комплексност механиз(а)ма је нарочито изражена у немачком праву. Прва линија раздвајања правних режима управних уговора, па самим тим и система правне заштите и решавања спорова с њима у вези, резултат је федералног државног уређења, које подразумева два сета правне регулативе – на савезном нивоу и на нивоу земаља. Друга је изражена у материји јавних набавки, будући да (за разлику од француског права) уговори испод прописаних финансијских прагова, као и они који због свог предмета нису обухваћени строгим захтевима из европских директива, нису подвргнути посебно дизајнираном механизму који важи за остале уговоре. Трећа вододелница произлази из различитих врста управних уговора, односно правне природе њиховог предмета (у случају јавних набавки, више прагматичних историјских околности).

Наиме, спорови из јавноправних уговора у смислу савезног закона којим су кодификоване норме општег управног поступка (исти је случај и са прописима федералних земаља), стављени су у надлежност управног судства. Ипак, ни у оквиру ове категорије уговора не постоји једнообразност, будући да су јавноправни уговори из области социјалног осигурања у надлежности социјалних судова, као посебних управних судова. Кад је реч о уговорима о јавним набавкама који потпадају под опсег примене европских директива, спорови у фази која претходи додели уговора (будући да се у немачком праву не прави разлика између фазе доделе и закључења уговора), решавају се на основу детаљно нормираног механизма из савезног *GWБ*-а, који обухвата две фазе. У оквиру прве, активно легитимисани субјект се најпре обраћа наручиоцу, како би се овоме пружила прилика да исправи неправилности у току спровођења поступка набавке, након чега се (у случају незадовољства одлуком наручиоца или његовог ћутања) обраћа комори за набавке, независном, специјализованом телу које има квазисудска овлашћења. Друга фаза одиграва се пред судовима опште надлежности – вишим регионалним судовима (*Oberlandsgerichte*) и то већима специјализованим за спорове из јавних набавки (*Vergabesenate*). Занимљиво је да је упркос томе што одлуке коморе за набавке имају карактер управних аката, правна заштита у случају њихове незаконитости обезбеђена у парници, а не у управном спору. С друге стране, за спорове након закључења уговора предвиђени су различити механизми, који обухватају овлашћења наручиоца да, под прописаним и уско постављеним условима, уговор накнадно измени или раскине, као и овлашћења коморе за набавке да уговор поништи. Накнада штете се у свим овим случајевима остварује, по неколико основа, пред судовима опште надлежности (*Landesgerichte*), у парници.

У погледу уговора о јавним набавкама испод прагова, тренутно не постоји јединствени систем правне заштите неуспешних учесника на тендеру, еквивалентан

оном који се примењује на уговоре изнад прагова. Осим историјских чинилаца, који су довели до тога да се спорови у материји јавних набавки ставе у надлежност редовних, а не управних судова, разлоге актуелног стања треба тражити и у политичкој осетљивости овог питања, будући да се њиме задире у (деликатан) однос и расподелу законодавне и извршне надлежности између федерације и федералних јединица. Резултат је „правни галиматијас“ и правна несигурност у погледу доступних механизма. Чини се да су најгласнији заговорници (како из судских, тако и из доктринарних редова) да се већина спорова из ових уговора стави у надлежност парничних судова, уз изузетак случајева у којима постоји законска обавеза давања предности одређеној категорији субјеката, кад ће бити надлежни управни судови. Описану правну несигурност покушали су да надоместе поједини судови, својеврсним нормативним инжењерингом како би се неуспешним учесницима на тендеру омогућило, на основу уставних одредаба, да наручиоцима скрену пажњу на уочене неправилности и на тај начин пружи иницијативу (која не обавезује наручиоце), да активирају одговарајуће механизме унутрашње управне контроле. Осим тога, изграђена је правна конструкција *имплицитног уговора*, који подразумева да се самим учешћем на тендеру ствара однос поверења између наручиоца и учесника, који првог обавезује да поступак спроведе у складу са прописима, а друге овлашћује да у парници остваре право на накнаду штете по основу вануговорне одговорности, у случају кршења ове обавезе. Такође, законодавци на нивоу земаља све чешће се опредељују за то да прописима о набавци уговора испод прагова регулишу и механизам правне заштите по угледу на онај који постоји за уговоре изнад прагова.

Механизам решавања спорова из уговора о ЈПП и концесијама изнад прагова, зависиће од тога како се ови уговори квалификују у конкретном случају. Прва варијанта је да се уподобе јавноправним уговорима, услед чега би надлежни били управни судови. Друга је да се квалификују као уговори о јавним набавкама, у ком случају би се применио механизам креиран за те уговоре. Коначно, спорови из уговора о концесији испод прагова, у надлежности су управних судова.

Физиономија механиз(а)ма у српском праву можда није толико комплексна као у немачком праву, али је, свакако, веома разуђена и разликује се у зависности од тога који се уговор посматра. Када је реч о институту управног уговора из ЗУП-а, механизам правне заштите само је делимично регулисан поменутих прописом и карактеришу га разлике између уговорних страна у погледу доступних инструмената, као и комбиновање управне и (управно) судске заштите. Наиме, заштита органа у великој мери се остварује овлашћењима да једнострано измени или раскине уговор, док право на накнаду штете може да оствари у парничном поступку, пред судом опште надлежности. С друге стране, странка је заштићена, најпре, обавезом органа да, у случајевима када уговор мења услед промењених околности или одбија захтев странке да се уговор прилагоди новонасталим околностима, као и када раскида уговор, донесе образложени управни акт – решење. У зависности од тога да ли је такво решење коначно или није, странка га може побијати најпре жалбом, а затим и тужбом којом се покреће управни спор, или директно тужбом. У случају када орган не испуњава своју уговорну обавезу, странка може да изјави приговор руководиоцу органа са којим је уговор закључен, при чему може да истакне и захтев за накнаду штете. С обзиром на то да се о приговору одлучује решењем, незадовољна странка га може побијати на већ описан начин, управном жалбом и/или тужбом. При томе, и Управни суд може одлучивати о захтеву за накнаду штете (и повраћају одузетих ствари) као акцесорним захтевима, иако то у пракси најчешће није случај. Дакле, у зависности од титулара правне заштите, зависи да ли ће се применити управни, управносудски или парнични механизам.

Међутим, правни режим управних уговора из ЗУП-а, укључујући и решавање спорова, само је једним делом (експлицитно) регулисан. Изостају одредбе о начину одабира странке као приватног саговорача, што може представљати значајан извор спорова, као и одредбе о решавању осталих уговорних спорова. С обзиром на супсидијарну примену ЗОО-а на питања управних уговора која нису регулисана ЗУП-ом, можемо да закључимо да ће се сви остали уговорни спорови решавати према општим правилима облигационог права која важе за уговоре. Последишно, надлежност ће имати парнични судови.

Насупрот томе, механизам решавања спорова из уговора о јавним набавкама, ЈПП и концесијама, чија вредност је изједначена са или виша од прописаних прагова, као и оних који због природе наручиоца или предмета нису изузети од примене ЗЈН, уређен је по веома сличном принципу као и немачки. То не чуди, будући да су оба механизма кројена по узору на захтеве из европских Директива о правним лековима. Дакле, након покушаја да се спор разреши пред наручиоцем подношењем захтева за заштиту права, активно легитимисани субјекти се обраћају Републичкој комисији за заштиту права у поступцима јавних набавки – самосталном и независном органу, специјализованом за материју јавних набавки. Као и коморе за набавке у немачком праву, Републичка комисија испуњава услове за квалификацију као судско тело, према критеријумима из Директива о правним лековима ЕУ. Ипак, за разлику од немачког права, одлуке (које имају карактер управних аката), као и ћутање Републичке комисије, могу се побијати пред Управним судом. Такође, као у немачком праву јавних набавки, а пратећи одредбе Директиве о правним лековима, након закључења уговора постоји могућност његове накнадне измене или раскида од стране наручиоца, у ограниченом броју случајева, као и поништаја од стране Републичке комисије. Остали уговорни спорови (нпр. утврђивање ништавости уговора), укључујући и одлучивање о захтеву за накнаду штете, решавају се пред судовима опште надлежности, према општим правилима облигационог права.

Још једна сличност са немачким правом огледа се у непостојању систематски уређеног механизма решавања спорова из уговора о јавним набавкама који су изузети од примене ЗЈН. Једино је сигурно да није могуће ослонити се на механизам који се иницира подношењем захтева за заштиту права, будући да то произлази из праксе Републичке комисије. Уколико за потребе конкретне набавке ништа не произлази из конкурсне документације или интерних аката наручиоца, односно релевантних (и ратификованих) међународних споразума, преостаје правна заштита у парничном поступку, према општим правилима облигационог права.

У погледу уговора о ЈПП са или без елемената концесије, ЗЈППК предвиђа посебна правила правне заштите и решавања спорова након закључења ових јавних уговора. Тако, обе уговорне стране имају могућност превременог раскида уговора услед пропуста друге стране, након што се остави одређени рок за покушај добровољног отклањања уочених пропуста. Осим тога, а у складу са примарном улогом оваквих уговорних инструмената, а то је да омогуће (страна) улагања у домаћу привреду, предност приликом предвиђања механизма решавања спорова, као и меродавно право које би се у тим случајевима применило, даје се уговорним странама. Тек уколико самим уговором ништа није прописано, надлежност ће имати домаћи судови. При томе, у зависности од тога ко је приватни партнер, као и шта је предмет уговора, надлежни ће бити грађански или привредни судови.

Сматрамо да је оваква констелација система судске заштите у француском и немачком праву последица историјских околности и доктринарних утицаја, док је у српском праву (посебно кад је реч о управним уговорима у смислу ЗУП-а) актуелно

законско решење последица тренутне преоптерећености и недовољних капацитета Управног суда и још увек недовољно јасне улоге управних уговора у домаћем правном поретку, као и односа са уговорима о јавним набавкама, концесијама и ЈПП.

4.3 Опсег овлашћења надлежних органа

Од сва три анализирана правна система, француски обезбеђује најшира и најкреативнија овлашћења надлежног управног суда у покренутом поступку који претходи или следи закључењу уговора. Тако, судови могу да доносе декларативне пресуде којима се утврђује незаконитост самог уговора или начина његовог извршења, затим да изричу привремене мере или налоге органу управе (нпр. да наставе са извршењем уговора), да уклоне управне акте донете у поступку закључења или извршења уговора, као и да својом одлуком утичу на сам уговорни однос. Наиме, овлашћени су да уговор пониште, утврде ништавост уговора, наложе његову измену или га раскину. Најзад, судови су овлашћени и на доделу накнаде штете.²²⁷¹

У српском праву, веома широка овлашћења поседује Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки која, такође, може да поништи уговор о јавној набавци или јавни уговор у смислу ЗЈПК, да модулира дејство поништаја уговора, изриче новчане казне наручиоцу, покреће прекршајни поступак и др. С друге стране, иако формално опремљен овлашћењима да одлучује у спору пуне јурисдикције, домаћи Управни суд готово да не користи ту опцију, већ након поништаја решења Републичке комисије, предмете враћа овом органу на поновно одлучивање – тако да можемо да закључимо да су његова практична овлашћења ограниченог домаћаја. Како у материји управних уговора у смислу ЗУП-а још увек не постоји ни управна, нити судска пракса, нисмо могли да сагледамо да ли Управни суд примењује своја законска овлашћења решавања у „пуном спору“, иако је истим овлашћењима, формално-правно, опремљен.

Коначно, немачко право је по овом питању најрестриктивније, што треба посматрати у светлости значаја принципа *pacta sunt servanda* које „бди“ и над јавним и над приватним уговорним односима јавноправних органа. Тако, када је реч о овлашћењима управних судова у споровима из јавноправних уговора, она се свде на формално констатовање, односно утврђивање ништавости уговора путем деклараторне пресуде, као и доношење кондемпнаторне пресуде којом се једној од уговорних страна налаже да изврши дуговану обавезу, да накнади штету или да се сагласи са изменом уговора.

У погледу уговора о јавним набавкама изнад прагова (укључујући и ЈПП и концесије изнад прагова, квалификоване као јавне набавке) у немачком праву, овлашћења комора за набавке у фази до закључења уговора су широко постављена, али ипак ограничена начелом сразмерности, као и дискреционим овлашћењима наручиоца. Тако, ова тела могу да испитују законитост/правилност предузетих радњи наручиоца и изричу одговарајуће мере за отклањање установљених неправилности у поступку набавке, али не могу да одреде ком кандидату ће наручилац доделити уговор. У погледу овлашћења у случају када је уговор већ закључен, дуго није било могућности да се неуспешним кандидатима/понуђачима пружи било каква правна заштита осим „секундарне“ тј. да им се додели накнада штете. Како се то показало недовољно ефикасном правном заштитом, неусклађеном са стандардима из Директива о правним лековима, изменама Савезног закона о забрани спречавања конкуренције уведена је могућност поништења уговора од стране комора за набавке, у таксативно набројаним

²²⁷¹ В. Цуцић (2016), 139.

случајевима који су преузети из Директива о правним лековима. Поред тога, коморе (као и Републичка комисија у српском праву) имају овлашћења да изричу привремене мере, а надлежни суд који одлучује по жалби на одлуке (или ћутање) комора, осим поништаја незаконитих одлука ових тела, такође може да изриче привремене мере којима се утиче на даљи ток поступка набавке.

4.4 Равнотежа између заштите јавног и приватних интереса

Кад посматрамо правне режиме управних уговора, можемо да закључимо да се на једном полу налази француско право у којем су остварење и заштита јавног интереса инхерентни самом институту управних уговора, чему су уподобљени елементи правног режима. На супротном полу је немачко право, где су начела равноправности уговорних страна и *pacta sunt servanda* не само заступљени, већ и прилично доминантни чак и у погледу јавноправних уговора органа управе, тако да се тас на ваги помера у корист приватног сауговорача као „слабије“ стране. Српско право се налази негде на средини, будући да се у овом домену, у зависности од врсте посматраног управног уговора, приближава француском (управни уговор у смислу ЗУП-а), односно немачком праву (уговор о јавној набавци, односно ЈПП са или без елемената концесије).

Сва три приказана правна система кроз различите механизме у фази која претходи закључењу уговора (нпр. кроз стриктне услове који се примењују на поступак одабира приватног сауговорача) и/или у фази његовог извршења (нпр. кроз гарантовање финансијског обештећења приватним сауговорачима као противтежа једностраним овлашћењима органа), покушавају да одрже, односно поново успоставе равнотежу између ангажованих интереса. Посебан значај у том контексту представљају механизми правне заштите, као и питање (не)могућности обе уговорне стране да их „активирају“.

У француском праву, обе уговорне стране могу да покрену управни спор пуне јурисдикције, као што обе могу да издејствују раскид уговора, под одређеним условима. Тачно је да јавноправни субјект у том погледу има шира овлашћења, будући да једностранни раскид уговора ради заштите јавног интереса потпада под темељне принципе права управних уговора, тако да не само да није неопходно да се посебно уговори, већ га се ни органи не могу одрећи. Ипак, видели смо и да судска пракса веома уско тумачи услове за престанак уговора по том основу, као и да се томе прибегава само *ultima ratio*. С друге стране, приватни сауговорач би могао да тражи од суда да суспендује одлуку о једностраном раскиду уговора, како не би морао да чека исход судског поступка и примора управу да изврши своје уговорне обавезе. Такође, установљени су институти као што је приговор неизвршења или теорија о управној вишој сили, који приватним сауговорачима омогућавају да се ослободе уговорне обавезе у случају пропуста јавноправног субјекта, односно спољних фактора који прекомерно отежавају испуњење уговорне обавезе приватном сауговорачу.

Немачко право, такође, омогућава јавноправном субјекту (органу) да покрене управни спор једном од доступних тужби, у случају да приватни сауговорач не испуњава своју уговорну обавезу, ради утврђења ништавости уговора, накнаде штете и др. Када је реч о правној заштити у контексту уговора о јавним набавкама (и са њима уподобљеним уговорима о ЈПП и концесијама), механизам успостављен у фази спровођења набавке и доделе уговоре осмишљен је ради заштите учесника на тендеру, тако да се њима пружа могућност да најпре пред коморама за набавке, а затим и надлежним судом, оспоре радње наручиоца и одлуку о додели уговора – не и самом наручиоцу. С обзиром на то да се ови уговори сматрају уговорима грађанског права, уговорне стране су, по закључењу уговора, потпуно равноправне у могућностима

измене и/или раскида истог, као и у погледу остваривања правне заштите. Описана равнотежа није (прекомерно) уздрмана ни увођењем једностраних овлашћења наручиоца да, у прописаним случајевима, измени или раскине уговор, будући да се права и интереси неуспешних конкурената (али, истовремено, и објективне законитости) штите и могућношћу поништаја закљученог уговора на темељу одлуке надлежног контролног тела.

Коначно, у српском праву, наручилац ни у једном случају не може да покрене управни спор против одлуке (или ћутања) Републичке комисије. Додатна заштита јавног интереса, формално гледано, произлази из овлашћења јавног тужиоца да покрене управни спор, као и активне легитимације надлежног јавног правобранилаштва, ради заштите имовинских права и интереса Републике Србије, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе. Ипак, до покретања управног спора по тужби ових органа долази у занемарљивом броју случајева (и у материји јавних набавки и иначе). Имајући у виду поменуте планове за реформу управног спора, као и намере за подвођење свих спорова из управних уговора у смислу ЗУП-а под окриље (реформисаног) управног судства, сматрамо да би требало омогућити активну тужилачку легитимацију органа, укључујући наручиоце у споровима из уговора о јавним набавкама, у циљу ублажавања неравноправности уговорних страна. Такво решење, осим немачког и француског права, постоји и у законодавствима земаља у региону.

Поредећи правни режим управних уговора какав успоставља домаћи ЗУП и механизме који стоје на располагању уговорним странама, с једне стране, са решењима француског и немачког права, с друге, можемо да закључимо да је у српском праву неравноправност уговорних страна највише изражена. При томе, то није случај само са правима и обавезама из општег режима управних уговора – која је креирана по узору на француско право – већ превасходно кад је реч о правној заштити. Наиме, једино у српском праву се приватни сауговорач у случају да орган не испуњава своје уговорне обавезе не обраћа директно суду, па чак ни вишој управној инстанци, већ руководиоцу органа са којим је уговор закључен. Штавише, исти орган по приговору одлучује и о захтеву за накнаду штете. Толико повлашћен положај органа управе не постоји чак ни у француском праву, у којем се једностраном раскиду уговора од стране органа веома обазриво приступа и ретко прибегава у пракси. Осим тога, српско право је једино које у том погледу не пружа никакву могућност странки да раскине уговор (нпр. да се обрати надлежном суду са захтевом да се ослободи уговорне обавезе).

4.5 Правна заштита трећих лица

Питање круга трећих лица којем је омогућено активирање механизма правне заштите и решавања спорова из управних уговора, различито је регулисано у три посматрана правна система. Највеће сличности постоје у погледу дефинисања круга активно легитимисаних лица за остваривање правне заштите у поступцима јавних набавки, с обзиром на то да се стандарди из европских Директива о правним лековима односе управо на ту фазу. Србија се позиционира на средини, између француског права које најширем кругу субјеката пружа правну заштиту и немачког права, које страначку легитимацију веома рестриктивно одређује (осим у еколошким стварима и, у извесној мери, у области јавних набавки).

Наиме, француско право предњачи у односу на немачко и српско и то како по ширини категорије „трећих лица“, тако и по томе што се опремају механизмима правне заштите против пропуста јавноправног субјекта у поступку одабира приватног сауговорача и доделе уговора, као и против самог уговора након што буде закључен. У

фази која претходи закључењу уговора, тај круг је, ипак, ограничен и у великој мери уподобљен правилима о активној страначкој легитимацији из Директива о правним лековима. Тако, лица која имају интерес за закључење уговора и која су повредом правила поступка од стране јавноправног субјекта претрпела штету или од тога постоји ризик – где спадају неуспешни понуђачи, као и привредни субјекти који због пропуста наручиоца нису могли да упуте понуду – имају на располагању захтеве за одређивање привремених мера, чији је циљ да спречи закључење уговора, као и тужбу у управном спору, уперену против одвојивих аката донетих у вези са управним уговором.

У фази која следи након закључења уговора, тај круг се додатно проширује. Наиме, не само неуспешни конкуренти (фр. *les candidats évincés*), већ и друге категорије трећих лица (корисници јавних услуга, локални порески обвезници, префект и чланови локалних скупштина и друга институционализована трећа лица), уживају веома екстензивну правну заштиту – готово на истој равни са уговорним странама. Осим могућности да од управног суда траже одређење привремених мера – од којих *le référé contractuel* заузима најважније место – трећа лица могу да нападају и сам уговор у спору пуне јурисдикције, затим могу да покрену спор због прекорачења овлашћења побијајући регулационе клаузуле уговора, као и да остваре право на накнаду штете.

Под утицајем теорије заштитних норми и тежиштем на субјективним јавним правима, немачко право је далеко уздржаније према могућностима пружања правне заштите лицима на чија права и/или правне интересе утиче одређени акт, радња или пропуст јавноправног органа. Кад је реч о материји јавноправних уговора, видели смо да је један од услова пуноважности уговора прибављања писане сагласности трећег лица у чија права „задире“ предмет уговора. Стога је разумљиво што би, према општим правилима управног процесног права, трећа лица могла да нападају управне акте издате у поступку извршења јавноправних уговора и то најпре приговором, а затим и одговарајућом тужбом (*Anfechtungsklage*).²²⁷² У случају да се не издају управни акти, а извршењем уговора се утиче на права трећих лица, на располагању им стоје одговарајућа правна средства у парничном поступку, што је у складу са супсидијарном применом правила облигационог права на материју јавноправних уговора.²²⁷³

Осим тога, готово да не постоји могућност трећих лица чија субјективна јавна права нису директно погођена (нпр. организације цивилног сектора) да нападају акте и/или пропусте јавноправних субјеката, уз изузетак управних области на које је право ЕУ извршило велики утицај, као што су заштита животне средине или јавне набавке. У другом случају, целокупан механизам правне заштите заправо је усмерен ка сваком привредном субјекту који има интерес да му се додели предметни уговор о јавној набавци или концесији, који тврди да су му због наводног непоштовања правила о додели уговора из овог закона, повређена права, и који докаже да је због тога претрпео штету или постоји ризик од наступања штете. Дакле, заштита се обезбеђује неуспешним понуђачима/учесницима поступка доделе конкретног уговора о набавци. Тиме немачки законодавац није ишао ни више ни мање од захтева Директива о правним лековима. Ово никако не чуди, имајући у виду да је Немачка у том аспекту дуго била *mauvaise élève* унутар ЕУ, тако да се тек под снажним притиском права ЕУ привредним субјектима гарантује *право* да се правила поступка набавке поштују. Дакле, обавеза наручилаца да у поступку доделе уговора поступају у складу са процесним правилима, „преведена“ је у субјективно право учесника на тендеру.

²²⁷² P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs, Чл. 61, пар. 31.

²²⁷³ *Ibid.*

Коначно, домаћи ЗУП проширује круг субјеката који се могу појавити као странка у управном поступку, тако да обухвати не само физичка и правна лица на која се конкретна управна ствар односи, већ и надлежне органе и друге колективитете без својства правног лица, као и заступнике колективних интереса, односно ширих интереса јавности уколико исход поступка може да утиче на интересе које заступају. Осим тога, и ЗУС врата управног спора отвара заинтересованим лицима (која су уже одређена у односу на истоимену категорију из ЗУП-а, будући да укључују лица којима би поништај управног акта непосредно био на штету), али и јавном тужиоцу ради заштите јавног интереса, односно надлежном јавном правобранилаштву ради заштите имовинских права и интереса државе, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе.

Последично, потенцијално широк круг субјеката може да се подведе под кишобран појма трећег лица (физичка и правна лица, организације цивилног сектора, удружења грађана, државни органи и др.). У контексту управних уговора, а уз ослонац на актуелно домаће управнопроцесно законодавство, ови субјекти би могли управном жалбом и/или тужбом, односно ванредним правним средствима у управном поступку, да побијају управне акте донете у вези са закљученим управним уговором, уколико би исход поступка могао да утиче на њихова права, обавезе или правне интересе, односно интересе које заступају. Осим тога, свако заинтересовано треће лице би могло да тражи утврђивање ништавости уговора тужбом у парници, према општим правилима облигационог права, а долазе у обзир и одредбе о умешачима у парничном поступку. Ипак, многи закључци поводом правне заштите трећих лица код управних уговора у смислу ЗУП-а, су на нивоу претпоставке, будући да многа питања нису уопште (као што је поступак доделе уговора) или нису адекватно (појам странке је прешироко постављен за одређење приватног сауговорача) регулисана, нити постоји судска пракса у том погледу.

Далеко јаснија ситуација је у материји јавних набавки (укључујући и концесије и ЛПП). Домаћи законодавац је, прописујући активну легитимацију за коришћење специјализованог механизма из ЗЈН, слично као и његов француски парњак, отишао даље од минимума из Директива о правним лековима (самим тим, даље од круга субјеката које предвиђа немачко право). Тако, осим учесницима поступка доделе уговора (привредним субјектима, кандидатима, односно понуђачима) који су имали или имају интерес за доделу одређеног уговора о јавној набавци, односно оквирног споразума и који указују на то да су поступањем наручиоца противно одредбама овог закона оштећени или би могла да настане штета услед доделе уговора, односно оквирног споразума, активирање механизма заштите права омогућено је и тзв. „квалификованим“ подносиоцима захтева. Ту спадају Канцеларија за јавне набавке (раније – Управа за јавне набавке), Државна ревизорска институција и надлежно правобранилаштво, који су овлашћени да покрену поступак кад у вршењу својих надлежности сазнају за неправилности у поступцима јавних набавки, ради заштите објективне законитости. По нашем мишљењу, неоправдано је новим ЗЈН из друге категорије избачен грађански надзорник, будући да би јачање цивилне контроле јавних набавки допринело унапређењу интегритета и система правне заштите у овом важном привредном сектору.

4.6 Простор за примену алтернативних механизма решавања спорова

Чини се да се приступ алтернативним механизмима на терену спорова из управних уговора, у оквиру посматраних правних система, у великој мери ослања на истоветан приступ примењен приликом креирања правних режима управних уговора. Тако, француско право је алтернативне механизме прилагодило специфичном (управно)правном амбијенту управних уговора; немачко – у којем и кроз јавноправне

уговоре органа управе провејавају логика и начела облигационог права – им је широм отворило врата у свом изворном облику, али је претерана компликованост и неусклађеност правних режима различитих управних уговора и у овој области оставила трага; док је простор за алтернативно решавање спорова из управних уговора у српском праву још увек неистражен, као, уосталом, и сами управни уговори.

Занимљиво је да су у француском праву, где је деценијама „владала“ апсолутна доминација управног судства на терену управних спорова, управо спорови из управних уговора представљали „капију“ кроз коју су алтернативни механизми ушли на дуго неприступачан терен спорова са израженим јавноправним елементом. Штавише, поред отворености за методе мирног (пријатељског) решавања спорова из свих управних уговора, као што су медијација или поравнање, у материји јавних набавки су развијени специјализовани механизми, који не замењују судску заштиту, али представљају веома користан и поуздан претходни корак.

Док је француско право развијање алтернативних механизма за решавање управних спорова видело као „мисију јавног интереса“ у надлежности државе, која се спроводила како на нормативном нивоу (посвећивањем посебних одредаба управнопроцесног законодавства различитим механизмима и њиховим прилагођавањем), тако и кроз судску праксу (дефинисањем основних принципа), немачко право је покушало да се ослободи прекомерног уплива државе у начин решавања спорова између уговорних страна, дајући како приватним, тако и јавноправним субјектима широке могућности да прибегну неком од доступних механизма мирног (пријатељског) решавања спорова. Међутим, немачки законодавац није до краја био ни доследан, нити успешан у овој намери. Наиме, уместо да допринесе растерећењу судова уз истовремено пружање странкама избора између различитих механизма, унео је конфузију у ову материју. Не само да растерећење судова није било (до краја) успешно, будући да је кроз институт судског мирења (концилијације) улога судова и у организационом и у функционалном смислу остала и даље значајна у овим поступцима (што је, узгред буди речено, случај и у француском праву у погледу свих алтернативних механизма), већ су и разлике између појединих механизма замагљене – што се види упоређивањем одредаба о медијацији и судском мирењу. Најзад, за разлику од еквивалентних механизма у француском праву, у Немачкој медијација и концилијација као механизми алтернативног решавања спорова из управних уговора, нису претерано заступљени у пракси, осим у погледу спорова који се односе на комплексне и велике пројекте који могу имати значајан утицај на животну средину. С друге стране, уговори о поравнању су заступљенији у материји јавних набавки, и најчешће се закључују између наручиоца и неуспешног понуђача, како би се избегао поступак пред коморама за набавке. Насупрот томе, иако представља законску могућност, поравнање је у француском праву недовољно заступљено у материји управних уговора, бар у поређењу са осталим описаним алтернативним механизмима.

Очекивано и у складу са запажањима из треће главе дисертације, (не)арбитрабилност спорова из управних уговора представља најосетљивије питање у овом контексту. Француско право је дуго пружало отпор било каквој могућности да се спорови у којима је једна страна јавноправни субјект, препусте „приватном правосуђу“ – што је резултовало кодификовањем органске забране арбитражног решавања спорова, касније допуњене материјалном забраном решавања спорова из управних уговора на овај начин, њиховим стављањем у искључиву надлежност управног судства. Ипак, преоптерећеност управног судства и потребе привлачења страних улагања допринели су, постепено и не до краја доследно, увођењу бројних изузетака како у погледу интерних, тако и (још више) када су у питању међународни управни уговори. Дакле, арбитражно решавање спорова је у великом броју случајева могуће, али будући

да разграничење надлежности између управних и редовних судова у погледу бројних важних питања (нпр. признање и извршење страних арбитражних одлука) није до краја и на конзистентан начин извршено, ово се каткад чини ризичним подухватом за приватне субјекте (посебно стране држављане).

С друге стране, у немачком праву не постоје никакве законске препреке за уговарање арбитраже у јавноправним уговорима, с тим што је у пракси то неубичајено за једноставније уговоре, за разлику од комплекснијих, дугорочних уговорних аранжмана, као што су ЈПП, посебно она закључена са страним улагачима, где је арбитражно решавање спорова доминантан механизам. Један од главних разлога за то је претерана компликованост, некохерентност и недореченост правног режима управних уговора и система правне заштите на којем се ти режими заснивају, што подстиче (домаће и стране) улагаче да „беже“ од домаћег правосуђа у (међународну) арбитражу. С тим у вези, занимљиво да се уочава и обрнути тренд, односно тенденција у француском праву, где постоји велика опасност од тога да се приватни субјекти „изгубе у споровима о надлежности“ управних и грађанских судова што уговарање арбитражног решавања спорова чини крајње ризичним подухватом. Оно што је овим системима, пак, заједничко, јесте чињеница да и домаћи и страни улагачи теже правној сигурности и извесности у решавању својих уговорних спорова са органима јавне власти, било да ће им то пружити унутрашње (управно или грађанско) судство (Француска), било арбитража (Немачка).

Упоређивање српског права са француским и немачким правом у овом домену, веома је изазован подухват. Разлог је како непостојање или оскудност нормативног ослонаца и праксе, тако и доктринарних извора. Неспорно је једино да постоји могућност за арбитражно решавање спорова из уговора о ЈПП са или без елемената концесије, будући да то произлази из изричите законске одредбе. Осим тога, чињеница да медијација, концилијација и други методи пријатељског решавања спорова углавном претходе арбитражи, сматрамо да би и ови механизми могли без проблема да се унесу у клаузулу о решавању спорова из предметних уговора.

Насупрот томе, правна заштита и решавање спорова из управних уговора у смислу ЗУП-а, још увек су недоречени и остављају бројна питања нерегулисаним. Осим тога, актуелно управнопроцесно законодавство у нашој земљи није прилагођено ни самим управним уговорима, а камоли алтернативним механизмима решавања спорова. С друге стране, ни посебни закони који регулишу поједине механизме не узимају у обзир специфичност ове врсте спорова, будући да су креирани за потребе спорова на терену приватног права, где стране потпуно слободно могу да располажу својим захтевима и предметом спора. Последишно, изричито предвиђање нпр. медијабилности управних ствари, онемогућава да овај механизам заживи у управнопроцесном амбијенту због осталих одредаба као што су начело тајности/поверљивости и др. Ипак, већ само увођење овог института и промењену дефиницију управне ствари видимо као први корак ка већем отварању српског управног процесног права ка алтернативном решавању спорова, посебно имајући у виду да је и рок за изјављивање приговора довољно дуг да уговорне стране покушају да реше било какве несугласице мирним путем.

Најзад, не постоји законска потпора (као ни, колико је нама познато, пракса) ни за закључак да би уговарање арбитражног решавања спорова у материји јавних набавки, али и медијације, поравнања и других механизма мирног решавања спорова, могло да се примени на спорове у материји јавних набавки, посебно имајући у виду веома детаљно уређен механизам заштите права из ЗЈН. Као и код уговора о концесији и ЈПП, најшири простор за алтернативно решавање спорова у овој материји се, према општим правилима облигационог права, назире у погледу спорова који произлазе из самог

уговора. О томе сведочи и пракса других држава, укључујући и суседну Хрватску. При томе, сматрамо да ограничења постоје само кад је реч о уговорима који потпадају под оквира ЗЈН, не и уговорима који су због своје вредности, предмета или природе наручиоца, изузети од примене ЗЈН, и где постоји далеко већа слобода приликом оптирања за механизам решавања спорова у свим фазама уговорног циклуса.

На крају, можемо да приметимо да, кад у погледу одређених уговора постоји законска могућност да се прибегне алтернативном решавању спорова (било путем арбитраже или различитих механизма мирног решавања спорова), она се у сва три посматрана правна система односи на фазу извршења уговора. Осим тога, још једна заједничка нит повезује француско, немачко и српско право у овом домену, а то је већа заступљеност ових механизма у споровима где је приватни сауговорач страни држављанин, у поређењу са споровима из уговора где су и јавни и приватни сауговорач из исте државе.

5. СИНТЕЗА И ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА: НАЦИОНАЛНИ МЕХАНИЗМИ РЕШАВАЊА СПОРОВА – АМАЛГАМ УНУТРАШЊИХ И СПОЉНИХ УТИЦАЈА

Предмет интересовања ове главе била су позитивноправна решења у домену решавања спорова из управних уговора, у оквиру француског, немачког и српског правног система. С обзиром на разлике које имају дубоке историјске корене и контекст, без чијег приказа ни позитивноправна решења не могу до краја да се разумеју, сваки од та три правна система приказали смо појединачно, да бисмо их на крају подвргли упоредној анализи.

У фокусу истраживања су била следећа питања: (1) *положај и организација судске власти у оквиру система поделе власти*, као и начин *поделе надлежности између грађанских и редовних судова*; (2) *појединости архитектуре националних механизма решавања спорова* (надлежност судова и/или специјализованих тела; иницијални акт којим се покрећу различити поступци и др.); (3) *природа и опсег овлашћења надлежних органа*; (4) *титулари правне заштите* (уговорне стране и различите категорије „трећих лица“); као и (5) *могућност за прибегавање алтернативним механизмима решавања спорова из управних уговора*. При томе, уговорни циклус је сагледан у својој целовитости (где је то било применљиво), те смо у приказ националних решења укључили како спорове до којих може да дође пре него што је уговор закључен, тако и оне који се јављају након што је уговор закључен, у фази његовог извршења. Три су кључна увида која смо остварили, како појединачним сагледавањем посматраних правних система, тако и њиховим упоређивањем, при чему сва три представљају потврду, односно својеврсну надградњу закључака до којих смо дошли у претходне три главе дисертације.

Прво, евидентно је да постоји јака *веза између националних концепција управних уговора* (о чему је било речи у другој глави дисертације) с једне, и *механизма решавања спорова* из тих уговора, с друге стране. Тачније, правна природа конкретног уговора, свеобухватност правног режима уговора, а посебно однос између општег и посебних режима управних уговора тамо где таква разлика постоји, али и веома специфични историјски, правно-политички и економски фактори који су обликовали појединачне правне системе – утичу на *врсту, бројност и међусобну (не)усклађеност* тих механизма. Тако, свеобухватност правног режима управних уговора у француском праву, одразила се и на свеобухватност правне заштите у вези са тим уговорима, будући да су сви спорови из управних уговора – независно од врсте уговора и фазе уговорног циклуса – у надлежности управног судства. Насупрот томе, плуралитет правних режима управних уговора у ужем смислу, уговора о јавним

набавкама, ЈПП и концесија у немачком и српском праву – пресликан је на механизме решавања спорова.

У тој светлости, као највећи проблем система правне заштите и решавања спорова код управних уговора у немачком праву уопште, видимо претерану компликованост тог система и његово непотребно „цепање“ на више делова, који су и даље на одређеним местима повезани. Претерана доктринарна „тврдоглавост“, па и политичка уздржаност да се озбиљније позабави овим проблемом, колебање између надлежности грађанских и управних судова – фактори су који доводе до једног некохерентног система и како је пракса показала, органи најчешће из незнања или због несналажења у том систему крше одредбе релевантних закона. Посебно су проблематични тзв. гранични случајеви – кад један исти уговор може да се квалификује и као јавноправни и као уговор о јавним набавкама – будући да тада долазе у сусрет (да не кажемо *сукоб*) различити механизми од којих су једни јавноправни, а други приватноправни, што подрива правну сигурност и ефикасност судске заштите. Немачки пример нас упозорава да за квалитет и ефикасност правне заштите код управних уговора није од пресудног значаја да ли ће надлежност за решавање спорова имати специјализовано тело, управни или грађански судови (све три варијанте су заступљене у зависности од тога који уговор се посматра), већ првенствено да ли у одређеном правном систему постоји кохерентан и усклађен правни режим управних уговора.

Одредба ЗУП-а којом се управни уговори уводе законом у посебне управне области, онемогућава настанак истоврсног сукоба у домаћем праву. Тиме се, међутим, решавање спорова из различитих категорија управних уговора не уређује на системски начин – већ се проблем само привремено одлаже.

Друго, упркос веома специфичним унутрашњим факторима који су узроковали разлике између националних механизма за решавање спорова (у домену надлежности, овлашћења надлежних органа, титулара правне заштите и др.), постоје и одређени *спољни* фактори који подједнако снажно делују на те механизме. Кључан фактор, о којем је детаљно било речи у четвртој глави, је право јавних набавки ЕУ, односно принципи који извиру како из оснивачких уговора, тако и из Директива о правним лековима. При томе, у закључним разматрањима те главе већ је напоменуто да интензитет овог утицаја варира од једне до друге државе чланице и да је у појединим случајевима усклађивање домаћег правног оквира са европским захтевима ишло теже него у другим.

За разлику од појединих аутора који говоре о „притисцима“ европских принципа, ми бисмо тај утицај у случају француског права пре окарактерисали као *подстицај*, имајући у виду релативну лакоћу с којом су извршене одговарајуће модификације система правне заштите код управних уговора. То је, видели смо, последица чињенице да је право ЕУ у овом домену иницијално инспирисано решењима француског управног права.

Поменути утицај највидљивији је у погледу техника и принципа којима се управни судови служе приликом решавања спорова из управних уговора и посебно су изражени у споровима који се односе на фазу која претходи закључењу уговора. То је довело до најмање три последице. Прво, уведена су нова правна средства (захтеви за одређење привремених мера у фази пре и након закључења уговора) за заштиту неуспешних конкурената. Друго, дошло је до тзв. „субјективизације“ управног спора, односно померања фокуса са заштите објективне законитости, ка заштити индивидуалних права учесника на тендеру, чиме је сужен иницијално широко постављен круг активно легитимисаних лица. Треће, приметно је „преливање“ техника и приступа решавању

спорова у овом сектору са управног ка редовном судству. Другим речима, судови опште надлежности су у поступку контроле над применом прописа приликом доделе уговора о јавним набавкама који се сматрају грађанским уговорима, опремљени инструментима сличним онима којима располажу управни судови. На тај начин је под утицајем права ЕУ обезбеђен јединствени стандард правне заштите и то не само у погледу свих *управних* уговора, него свих уговора који потпадају под дефиницију европских директива – укључујући и грађанске уговоре управе.

Насупрот француском праву, Немачка је приликом преношења Директива о правним лековима и њихових процесних захтева имала далеко више проблема и њени „захвати“ у механизме решавања спорова из уговора о јавним набавкама су били далеко дубљи и драстичнији. Ту је, држимо, заиста реч о *притиску*, коме је дуго пружан озбиљан отпор. Главни „камен спотицања“ и, последично, домен у којем је немачко право претрпело највеће измене, био је повезан са заштитом субјективних права трећих лица у материји јавних набавки – концепт до тада стран немачком праву. Резултат је било креативно прилагођавање захтева из европског *acquis*-ја уз задржавање националног доктринарног наслеђа. Конкретно, трећим лицима (у смислу Директива о правним лековима) омогућено је да из учешћа на тендеру „извуку“ субјективно јавно право на поштовање правила поступка набавке од стране наручилаца, како би им се пружила правна заштита. Осим тога, на тај начин је поштовање процесних правила од маргиналног положаја у немачком праву, стављено у сам центар механизма правне заштите. Иако поједини аутори указују на то да је ово, иницијално револуционарно решење, касније пустило корене у другим управним областима (као што је еколошко право), у материји управних уговора утицај европског *acquis*-ја ипак је ограничен на уговоре о јавним набавкама који потпадају под оквире европских директива.

Положај Србије се не може у потпуности уподобити положају држава чланица ЕУ, што треба имати у виду приликом испитивања утицаја европског *acquis*-ја на домаће право управних уговора. Ипак, статус кандидата за чланство нас је обавезао на усклађивање домаћег правног оквира са стандардима из европских директива. Слично као и у немачком праву, тај утицај је прилично „локализован“, будући да није обухватио (бар не у целости) механизам решавања спорова из управних уговора из ЗУП-а, већ искључиво заштиту права у поступцима јавних набавки. Сматрамо да је у том домену, некритичко и дословно преузимање појединих одредаба европских директива у последњим изменама ЗЈН, нанело „више штете него користи“ механизму који је до тада већ био у великој мери усклађен са Директивама о правним лековима и релативно добро функционисао. Како нас у наредном периоду очекују измена ЗППК ради усклађивања са Директивом о концесијама, као и измене ЗУС-а и архитектуре управног спора, остаје да се види у ком правцу ће се даље развијати обликовање домаћих механизма под утицајем „фактора ЕУ“.

Најзад, трећи увид се односи на алтернативно решавање спорова из управних уговора. Оно што је у том погледу заједничко француском, немачком и српском праву, јесте ограничавање могућности алтернативног решавања спорова (било путем арбитраже или различитих механизма мирног решавања спорова), на фазу извршења уговора, као и заступљеност ових механизма код комплекснијих и дугорочних уговора, закључених са страним приватним партнером. Насупрот томе, националне разлике се односе на врсту спорова које је могуће решавати применом неког од алтернативних механизма (спорови из свих или само одређених категорија уговора); врсте доступних механизма (арбитража, медијација, поравнање и др), као и приступа њиховом увођењу у материју управних уговора (са или без њиховог прилагођавања управнопроцесном амбијенту; уз евентуалне забране или ограничења у поређењу са алтернативним решавањем грађанских спорова и др).

VI ЗАКЉУЧАК

Кристофер Јукинс (*Christopher Yukins*), професор на Правном факултету „Џорџ Вашингтон“ (*George Washington Law School*) је у уводним излагањима на летњој школи организованој на тему правне заштите у поступцима јавних набавки у САД-у (*Introduction to U.S. Bid Protests*) испричао анегдоту о колегиници, адвокату из Јужне Каролине, која се бави јавним набавкама широм САД-а. На његово питање како успева да овлада толиким законима о јавним набавкама, она му је одговорила да је то врло једноставно јер је логика свих тих закона иста. Оно што се разликује је локална политика која прожима прописе и њихову примену, речју, специфични *контекст* у којем се примењују.²²⁷⁴

Иако је наше истраживање *европоцентрично*, односно усмерено на законска решења и праксу одабраних правних система европских држава, као и релевантна правила ЕУ, односно *шире* од поља јавних набавки, сличан закључак би могао да се изведе и у контексту наше теме.

Наиме, сврха различитих механизма којима се спречавају будући или решавају настали спорови из управних уговора је у свим државама у мањој или већој мери иста. Тежња да се адекватно одмери између *јавних* и *приватних* интереса, *транспарентности* (која ће омогућити одговорност носилаца јавне власти и контролу шире јавности) и *приватности/поверљивости* (која треба да омогући здраву конкуренцију), *санкционисања незаконитих радњи* и *успостављања и одржавања повољне пословне климе и сарадње* – прожима све анализиране правне системе. У крајњој линији, ефикасно и рационално трошење средстава, интегритет поступака доделе управних уговора и квалитет и континуитет јавних послова (услуга, радова и др.) универзалне су вредности од којих корист има читаво друштво.

Разлике које у архитектури и начину функционисања тих механизма постоје, последица су различитих националних политика, специфичности правних система и њихове тзв. „правнозаштитне културе“,²²⁷⁵ правне традиције и доктринарног наслеђа у оквиру којих су обликоване националне концепције управних уговора. Имајући у виду „интернационализацију“ уговора које закључују органи јавне власти, односно процес глобализације и европеизације (у ширем смислу) који доводе до стварања регионалних, али и светског тржишта, као нужност савременог доба се намеће успостављање стандарда које би појединачни механизми требало да задовоље независно од конкретног националног контекста. На тај начин се омогућава већа мобилност људи и капитала, што је од посебног значаја за државе у развоју.

Имајући у виду претходно речено, а на темељу резултата до којих смо дошли у оквиру појединачних глава, у редовима који следе испитаћемо утемељеност наших полазних хипотеза. На самом крају ћемо, у складу са једним од основних циљева овог истраживачког подухвата, дати неколико идеја које могу послужити као смернице за *de lege ferenda* законска решења у овој материји у Републици Србији.

²²⁷⁴ Више информација о овом курсу и уводна излагања проф. Јукинса доступна су на: <https://publicprocurementinternational.com/introduction-to-us-bid-protests-summer-series/>, 14. октобар 2022.

²²⁷⁵ Израз који употребљавају: Г. Кнежевић, В. Павић, 184.

1. ИСПИТИВАЊЕ УТЕМЕЉЕНОСТИ ПОЛАЗНИХ ХИПОТЕЗА

I *Прва и централна хипотеза* је гласила да одабир механизма решавања спорова у великој мери зависи од правног режима управних уговора у одређеном правном систему, односно од његовог сврставања у окриље јавног (управног) или приватног (грађанског) права, као и од специфичног националног контекста, односно историјских, економских, политичких, правних и других фактора. Постављена хипотеза била је заснована на разликама у погледу начина решавања спорова из исте категорије управних уговора у упоредном праву.

У постојање нераскидиве везе између националне концепције управних уговора – подразумевајући под тим, како доктринарне поставке о овом институту, тако и елементе правног режима којем је подвргнут – уверили смо се на основу резултата истраживања у оквиру друге и пете главе дисертације. Током истраживања смо, међутим, уочили нове аспекте овог питања, који боље и потпуније објашњавају факторе који обликују националне механизме решавања спорова у овом домену.

Први аспект се односи на потребу да се прецизира *ко* и *на који начин* врши одабир механизма. Овај одабир се, најпре, може посматрати из визуре законодавца и креатора јавних политика и казује нам који механизми ће бити доступни да се предупреду и/или решавају спорови из појединих врста (управних) уговора. На ту одлуку утичу различити фактори – циљеви који се појединим механизмом желе постићи; предмет и циљ конкретног уговора и/или специфичност сектора у којем се закључује; вредност уговора и рок на који се закључује; интензитет утицаја на права трећих лица и/или животну средину; да ли се у конкретном случају примењују одређени регионални или међународни стандарди које треба уградити у нормативни и институционални оквир правне заштите и др.

С друге стране, уколико им је законским оквиром пружено више различитих механизма, одабир може да буде препуштен и странама у спору, па чак и, у одређеним случајевима, субјектима чија права и/или интереси су погођени предметом уговора и, потенцијално, исходом спора. У том потоњем случају, правни режим управних уговора је значајан утолико што може да буде извор правне (не)сигурности. На овај аспект ћемо се вратити у оквиру испитивања пете хипотезе.

Други аспект се односи на факторе који нису инхерентни сваком појединачном правном систему, већ долазе споља. Током истраживања, идентификовали смо два таква фактора. Први је тзв. *европеизација*, која подразумева утицај права ЕУ на материјалне и процесне норме националног права у домену управних уговора. Како је овај фактор био обухваћен предметом истраживања, биће детаљније сагледан у оквиру друге хипотезе. Други спољни фактор је тзв. *интернационализација* управних уговора, односно уплив норми и принципа међународног права (страних улагања) у право државе пријемнице улагања, у материји која је традиционално „резервисана“ за норму унутрашњег управног права једне државе – а то су правни режим управних уговора и начин решавања спорова из тих уговора. Тај други спољни фактор је релевантан са аспекта ове дисертације утолико што је допринео увођењу арбитражног решавања спорова у управноправне воде (о томе у оквиру испитивања четврте хипотезе), али се њиме нисмо детаљније бавили, те његово дубље истраживање преостаје за неки други истраживачки подухват.

Видимо, дакле, да је наша полазна хипотеза само делимично потврђена. Наиме, архитектура механизма решавања спорова из управних уговора у једном правном систему, резултат је деловања како *интерних*, тако и *екстерних* фактора. Као први фигурирају национална концепција управних уговора, али и специфична правна

традиција одређеног правног система, историјски, политички, правни, економски и културолошки контекст у којем је овај институт обликован. Док су интерни фактори узрок диверзитета националних механизма решавања спорова, горе поменути екстерни фактори, помало парадоксално, ублажавају националне разлике и доприносе стандардизацији националних решења у овом домену.

II Управо нас потоње доводи до *друге хипотезе*, коју ћемо овде поделити на два дела. Први је заснован на претпоставци да хетерогеност правних режима управних уговора у државама чланицама ЕУ онемогућава изградњу својеврсног европског модела решавања спорова који из њих произлазе, као и да је због истих разлога умањен утицај европског права на хармонизацију националних законских решења. Други се, пак, темељи на претпоставци да право ЕУ има кључну улогу у успостављању минималних стандарда заштите како уговорних страна, тако и трећих лица, које би државе чланице требало да инкорпоришу у националне правне системе.

Имајући у виду резултате до којих смо дошли на основу друге и четврте главе дисертације, можемо да закључимо да је и ова хипотеза само делимично потврђена. Тачно је да услед хетерогености правних режима држава чланица није могуће изградити јединствени европски модел решавања спорова из управних уговора. У прилог томе говоре како већ поменуте разлике у националним правним системима, тако и велике разлике у приступу и резултатима имплементације Директива о правним лековима. Такође, тачно је да је право ЕУ одиграло кључну улогу у изградњи минималних процесних стандарда у материји јавних набавки које национални механизми решавања спорова треба да задовоље како би се обезбедила ефикасна примена европског права.

Међутим, не само да изградња *европског модела* не би била могућа, већ то није ни била намера европског законодавца. О томе сведочи чињеница да су минимални процесни стандарди уведени директивом, а не уредбом. Осим тога, и саме одредбе Директива о правним лековима пружају државама чланицама могућност да их прилагоде потребама и специфичностима сопственог правног система. Имајући то у виду, у теорији се овај вид утицаја квалификује као „мека“ или делимична хармонизација. Креатори политика ЕУ исувише су свесни тога да је задирање на управнопроцесни терен унутрашњег права држава чланица не само правно, већ и политички осетљиво питање. Било каква „наметнута“ решења која се односе на механизме решавања спорова изискују шире „захвате“ у готово сваком правном систему, како би се обезбедило да систем функционише кохерентно, а избегло да нова решења буду само формалност. С друге стране, досадашње искуство је показало да (поједине) државе чланице пружају „отпор“ приликом покушаја да им се, како оне виде, додатно ограничи ионако окрњена процесна аутономија у домену правне заштите код јавних набавки.

Ипак (или баш захваљујући претходно реченом), државама чланицама остављен је широк простор за спонтано приближавање националних решења у овој материји. Сама Директива о правним лековима и стандарди које предвиђа, различити интерпретативни акти Европске комисије, као и мрежа првостепених контролних органа у јавним набавкама која омогућава сарадњу и размену добре праксе између надлежних националних институција – различити су инструменти који показују, по нашем мишљењу, велики потенцијал да подстакну додатну хармонизацију у овој области.

Поред претходно описаног простора за суптилно и спонтано приближавање националних механизма, идентификовали смо још један вид утицаја материјалних и процесних принципа ЕУ на национално право у области управних уговора. Наиме, кроз праксу Суда правде ЕУ, утемељено је становиште по којем се и на уговоре који због

свог предмета или процењене вредности излазе ван оквира директива о јавним набавкама и концесијама (самим тим и Директива о правним лековима), имају применити принципи транспарентности и забране дискриминације односно ефикасне судске заштите, уколико је реч о уговорима са прекограничним дејством. Другим речима, уколико је процењено да су ти уговори од значаја за функционисање јединственог тржишта ЕУ. С обзиром на то да у већини држава чланица ЕУ ови уговори представљају доминантан проценат свих јавних уговора у смислу европских директива, овакав тренд је веома значајан и доприноси ефикасној и кохерентној примени европског права, док с друге стране умањује иницијалне разлике, па и (позитивну) дискриминацију између понуђача у погледу уговора исте врсте и природе, а различитих износа. Следствено томе, долази до „преливања“ европских стандарда правне заштите и на уговоре који су, формално гледано, искључиво у домену националног права (и законодавца). Томе посебно доприноси индиферентност права ЕУ према подели на јавно и приватно право, услед чега одредбе директива о јавним набавкама и концесијама под своје окриље подводе уговоре који су у појединим државама чланицама квалификовани као јавни, а у другим као приватни (грађански) уговори. На тај начин се додатно ублажавају и разлике у националним концепцијама управних уговора.

Конкретни ефекти европеизације националног права варирају од једног до другог правног система, у зависности од технике преношења директива, административне традиције и националне концепције управних уговора. Она је негде довела до промене у систематизацији управних уговора, другде до подвођења под правни оквир уговорних облика који до тада нису били правно препознати и регулисани, а у сваком случају је допринела стандардизацији правне заштите у овом домену. При томе, приметили смо да ће одговор националног права на описану европеизацију – односно питање да ли ће у конкретном случају бити речи о *подстицају* или *притиску* – примарно зависити од тога да ли у одређеном правном систему под њен утицај потпадају уговори подређени општем режиму уговорног права (који важи за остале грађанскоправне уговоре) или, пак, посебном, јавноправном режиму. У првом случају, „отпор“ је већи (Немачка), док је у потоњем усклађивање са захтевима из Директива о правним лековима ишло знатно лакше и природније, будући да су у већини случајева истоветни или слични механизми већ постојали (Француска).

Можемо да закључимо да не само да утицај права ЕУ није умањен, он је *интензивира*н будући да, посредно, покрива и уговоре који излазе ван оквира европских директива. Штавише, након измена Директива о правним лековима из 2007. године и прописивања могућности задирања у већ закључени уговор услед најтежих повреда правила набавки, европеизација у овом домену се проширује на целокупан уговорни циклус, чиме се тежи свеобухватнијој заштити неуспешних понуђача, кандидата и других учесника јавних набавки, а, коначно, и законитости целокупног тог поступка. На тај начин се као један од централних елемената европских стандарда правне заштите у материји јавних набавки, а посредно и осталих управних уговора, појављује заштита субјективних права трећих лица – што нас уводи у наредну хипотезу.

III Трећа хипотеза је гласила да би проширење круга трећих лица којима се омогућава да побијају одлуку органа о закључењу управног уговора у одређеној области, односно о одабиру приватног саговорача, допринело бољој *ex ante* заштити ангажованог јавног интереса, што би као последицу имало и повећање правне сигурности будући да би се предупредило да до спорова након закључења уговора уопште и дође.

Одговор на питање којој категорији лица ће бити омогућено да оствари правну заштиту у вези са управним уговором, значајно варира од једне до друге државе, односно самих темеља њиховог правног система. Наиме, од тога да ли целокупан „правнозаштитни“ систем (како у управном, тако и у грађанском процесном праву) почива на заштити објективне законитости или субјективних права, зависи и којој категорији субјеката ће бити омогућен приступ правној заштити – што се посебно јасно види на примеру немачког права. Осим тога, ширина тог круга и категорије лица које обухвата се неретко разликују не само од једне до друге државе, већ и од уговора до уговора, па чак и од једне до друге фазе уговорног циклуса. Имајући то у виду, јасно је да је веома тешко (ако не и немогуће) изводити универзалне закључке.

Сасвим очекивано, највеће сличности постоје у погледу дефинисања круга активно легитимисаних лица за остваривање правне заштите у поступцима јавних набавки, с обзиром на минималне процесне критеријуме из европских Директива о правним лековима. Тако, државе чланице (али и кандидати за чланство) ЕУ, дужне су да приступ специјализованом механизму и прописаним стандардима правне заштите у материји јавних набавки, омогуће најмање оним лицима која имају или су имала интерес за доделу уговора и која су претрпела штету услед повреде правила јавних набавки од стране наручиоца, или од такве штете постоји ризик – с тим да су слободне да активну легитимацију додатно прошире, али не и да је умање. Видели смо да Суд правде екстензивно тумачи тако дефинисану активну легитимацију из Директива о правним лековима, а поједине државе (укључујући Француску и Србију), отишле су даље од захтева из тих директива, омогућавајући и појединим тзв. институционализованим трећим лицима (надлежним државним органима) да, у циљу заштите објективне законитости и јачања интегритета националног система јавних набавки, покрену механизам контроле над доделом уговора у том сектору.

Ширина у формулацији и тумачењу одредаба Директива о правним лековима у погледу активне легитимације, последица су основне идеје на којој се темеље те директиве, а то је да је терет ефикасне примене директива о јавним набавкама на понуђачима и другим учесницима на тржишту јавних набавки, а не на органима управе држава чланица. Дакле, видимо да *циљ* конкретног механизма опредељује колико ће бити широк круг активно легитимисаних лица. Проширењем круга лица којима се омогућава да поднесу одговарајуће правно средство (да покрену неки од механизма правне заштите) доприноси се транспарентности читавог поступка и јача одговорност свих актера. С друге стране, могуће је да се тиме опструише поступак доделе уговора, односно његово извршење. Дакле, потребно је одмерити, с једне стране, потребу за брзим и ефикасним спровођењем поступка доделе уговора и, с друге, заштиту објективне законитости и интегритета тог процеса.

Осим тога, приликом разматрања проширења круга лица којима се пружа правна заштита у различитим фазама уговорног циклуса, односно против различитих аката и/или радњи органа, треба имати у виду да су „трећи“ заправо једна крајње хетерогена група субјеката, у којој се могу наћи како привредни субјекти који претендују на доделу уговора, тзв. институционализована трећа лица, представници цивилног сектора, корисници услуга које су предмет уговора или, пак, (локални) порески обвезници. Јасно је, дакле, да њихови интереси – па самим тим ни мотивација за активирање одговарајућих механизма – никако не могу бити истоветни. Примера ради, неуспешним понуђачима је накнада трошкова у вези са припремом понуде тек секундарна сатисфакција, будући да они желе сам уговор и пословну прилику која с тим уговором долази. Насупрот томе, интерес корисника услуге која је предмет уговора је да она буде квалитетна и да се пружа континуирано и једнако у односу на све. Због тога је неопходно руководити се и специфичним *потребама*, односно

интересима сваке појединачне категорије „трећих лица“, како би пружена правна заштита заиста била ефикасна.

Најзад, искуство појединих држава је показало да се укључивањем трећих лица на која ће предмет уговора највише утицати још у раној фази реализације уговора, може да повећа поверење у креаторе јавних политика, омогући разумевање свих ангажованих интереса, спусти евентуалне тензије и, напослетку, предупреди (или барем умањи) потребу за вођењем скупих и дуготрајних судских поступака. То је посебно случај са позивањем да, примера ради, корисници јавних услуга или становници одређене општине у којој ће се пројекат заснован на управном уговору реализовати узму учешће у медијацији, концилијацији или другом механизму мирног решавања спора у вези са тим пројектом. Следствено томе, можемо да закључимо да је наша претходно постављена хипотеза – у овом делу – потврђена. Осим тога, ова тема нас уводи и у наредну, четврту научну хипотезу.

IV *Наша четврта хипотеза* је гласила да због широке лепезе области у којима се управни уговори закључују и које неретко изискују техничка и уско специјализована знања, као и чињенице да је потребно правовремено и ажурно контролисати њихово правилно извршење у дужем временском периоду, предност треба дати алтернативним механизмима који би требало да обезбеде брже и економичније решавања спорова у поређењу са судовима. С тим у вези је била и претпоставка да од целокупне материје управног права, област управних уговора отвара најшири простор за примену алтернативних механизма решавања спорова, а посебно арбитраже, чему у прилог говори и афирмација ових инструмената на терену права страних директних улагања.

На овом месту ћемо обрнути редослед изнетих претпоставки и најпре се осврнути на другу. Наиме, досадашње истраживање, наслоњено на искуства из упоредног права, показало је да је ова претпоставка утемељена. Не само да су спорови из управних уговора подобни за решавање посредством различитих алтернативних механизма, већ је у многим случајевима само увођење управних уговора у позитивно законодавство – института који се налази „на пола пута“ између јавног и приватног права – допринело потреби за отварањем управних спорова према ADR. Дакле, управни уговори представљају поље сусретања управног права и алтернативних механизма – својеврсни „мост“ који их спаја. У том погледу, можемо да кажемо да је ова хипотеза потврђена.

О разлозима овог феномена, који се односе како на природу и обележје спорова из управних уговора, затим на саме уговоре, али и на нужно узајамно прилагођавање како управнопроцесног амбијента, тако и ADR механизма – већ је детаљно било речи у трећој и петој глави дисертације. Како бисмо избегли непотребно понављање, на овом месту ћемо указати још на то да сматрамо да највећи потенцијал да предупреду да несугласице уговорних страна прерасту у спор, па самим тим и да смање потребу за судским и арбитражним поступцима, имају они алтернативни механизми који уговорним странама стоје на располагању већ на самом почетку уговорног циклуса и прате ток његове реализације, као што су различити одбори за спорове или ангажовани стручњаци – које осим неутралности и непристрасности, карактерише и поседовање неопходног специјализованог знања из области у којој се уговор закључује.

Осим тога, анализа је показала да посебно значајно место заузимају ADR механизми који се сврставају у категорију механизма мирног или пријатељског решавања спорова. Њима се омогућава брже, јефтиније и стручније решавање понекад веома комплексних спорова у којима се поред правних, преплићу и друга, техничка питања. Осим тога, и по нашем мишљењу најважније, ови механизми имају потенцијал да омогуће боље разумевање друге уговорне стране и континуитет сарадње између

јавног и приватног сауговорача, што је од значаја за реализацију предмета уговора који може да буде од утицаја на ефикасно функционисање кључних привредних сектора (јавна инфраструктура, јавне услуге и др.).

Међутим, треба имати у виду да упркос бројним предностима алтернативних механизма, једино је арбитража *права* алтернатива судској заштити, док су други механизми, посебно они који се сврставају у тзв. мирно решавање спорова, само корисна допуна постојећој судској заштити – било као обавезан или, чешће, опциони претходни корак. Сви ти разнородни механизми су комплементарни механизму судског решавања спорова и имају велики потенцијал да предупреду настанак спора (па самим тим и смање број судских поступака), као и да растерете судове када представљају *филтер* или претходни корак пре отпочињања судских поступака. Ипак, карактер донетих одлука који углавном подразумева саветовање и усмеравање страна у спору, с једне стране, и европски стандарди ефикасне судске заштите од којих право на приступ суду представља једну од најважнијих тековина савременог демократског друштва, с друге стране, онемогућавају им да у потпуности замене судско решавање спорова. Дакле, у овом делу, наша хипотеза је само условно потврђена – уколико се „предност“ схвати као први процесни корак, покушај мирног разрешења спора, које ни у ком случају неће угрозити приступ судској заштити.

V Претходно речено нас доводи и до последње, *нете хипотезе* која је гласила да стављање свих спорова у вези са управним уговорима у надлежност специјализованих управних судова доприноси већој правној сигурности, уједначењу судске и управне праксе, и даљем развоју овог правног института – што све утиче на квалитет правне заштите.

Као један од главних аргумената у прилог тој хипотези, наведен је пример француског права у којем је то несумњиво случај. Управни уговор је заиста креација француског управног судства, а посебно преторске улоге Државног савета. Међутим, не бисмо били до краја у праву када бисмо толики терет „ставили на плећа“ управног судства и закључили да је модел какав постоји у нпр. немачком праву мање ефикасан због тога што нису сви спорови из управних уговора у надлежности управног судства, већ надлежност за решавање спорова зависи од природе уговора о којем је реч, односно од области у којој се закључују. Штавише, и у немачком праву су спорови из јавноправних уговора у надлежности управног судства, па оно до данас није значајније допринело томе да овај правни институт заживи. Осим тога, није могуће ставити знак једнакости између система управног судства у француском и немачком праву. У првом, реч је о потпуно издвојеној и аутономној грани власти, док је у другом управно судство само једна од неколико грана судске власти. Разлог због којег немачки модел управних уговора „каска“ за француским није у чињеници да је судска надлежност подељена између управног и редовног судства, у зависности од тога који уговор посматрамо, већ у мањкавостима и великој комплексности правних режима управних уговора.

Управо нам немачки пример указује на то да за квалитет и ефикасност правне заштите код управних уговора није од пресудног значаја да ли ће надлежност за решавање спорова имати специјализовано тело, управни или грађански судови, већ првенствено да ли у одређеном правном систему постоји кохерентан и усклађен правни режим управних уговора. Резултати досадашњег истраживања су нам показали да нема јединственог „рецепта“ и да приватни субјекти теже правној сигурности и извесности у решавању својих уговорних спорова са органима јавне власти те ће се, када им је дат избор, определити за то да правну заштиту остваре пред оним телима која ће им то пружити, било да је у питању унутрашње (управно или грађанско) судство, било арбитража и други алтернативни механизми.

Иако и ауторка докторске дисертације сматра да је управно судство боље „опремљено“ да узме у обзир заштиту јавних интереса, ефикасност судске заштите код управних уговора у великој мери зависи од једног претходног питања, које се односи на правни режим управних уговора. Другим речима, од тога да ли из меродавних прописа јасно произлази шта је управни уговор, у којим областима се закључује и какав је однос општих и посебних правила која уређују управне уговоре. Такође, потребно је усагласити законодавство и праксу – уколико у пракси најважнији и најзаступљенији управни уговори нису као такви препознати и на нормативном плану, поставља се питање чему служи такав правни институт. Штавише, неопходно је реално одмерити ангазоване интересе и на том плану размотрити и однос уговорних страна који ће представљати саставни део правног режима управних уговора. Следећи фактор који утиче на избор надлежног судског апарата јесу реални судијски капацитети. Најзад, могућност обезбеђења специјализације у овој врсти спорова (посебно на основу претходног искуства) такође доприноси квалитету судске заштите у овој материји. На основу изложеног, констатујемо да ова хипотеза није потврђена, али ће нам претходно изнети аргументи и увиди бити драгоцени у контексту домаћег права, којем је посвећен наредни одељак.

2. ЛЕКЦИЈЕ ЗА БУДУЋНОСТ: *DE LEGE FERENDA* СМЕРНИЦЕ ЗА ПРАВО УПРАВНИХ УГОВОРА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Подсетимо се речи некадашњег председника Државног савета, Стевана Сагадина, датих као одговор на гласове у домаћој (управно)правној теорији који су се залагали за увођење института управног уговора по угледу на француско право:

*[о]вакви преноси имају увек на себи нешто проблематичног. Није свака биљка за сваку земљу и за сваку климу. При пресађивању на друштвеном подручју, а овамо спадају и појаве свих облика права, потребна је толико већа опрезност пошто су оне продукт једног великог броја чинилаца и једног дуготрајног развоја, те се не даду никад пренети без извесне опасности, било по саме себе, било по друге.*²²⁷⁶

Иако изјављене у првој половини XX века, његове речи су релевантне и данас, шест година од увођења института управног уговора у позитивноправни оквир модерне српске државе. Чини се, међутим, да нису одјекнуле довољно гласно, како би се на време предупредили ризици од преузимања хибридне „биљке“ која носи елементе и француског и немачког права, а са њом и бројне проблеме услед којих на домаћем „земљишту“ још увек није пустила корене.

Управни уговор из ЗУП-а недореченошћу свог правног режима, чињеницом да је „сличан, а различит“ од уговора који у домаћем праву имају далеко дужу историју (уговора о јавним набавкама, ЈПП и концесијама), као и још увек недовољно јасном размером управних, односно грађанских „састојака“ – *иритира* правни систем (енг. *legal irritant*)²²⁷⁷ и још увек није заживео у посебним управним областима, те до данас не постоји управна, односно судска пракса која би нам пружила одговоре на отворена питања са којима нас је законодавац оставио.

Једини изузетак представља ЗоЖ, којим су управни уговори уведени као инструменти за регулисање финансирања управљања јавном инфраструктуром, односно за пружање услуге јавног превоза у том сектору. Међутим, приликом доношења овог прописа изостало је објашњење због чега је процењено да ће баш

²²⁷⁶ С. Сагадин, 612.

²²⁷⁷ Термин који у контексту британског права употребљава Гинтер Тојбнер у: Gunther Teubner, “Legal irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences”, *The Modern Law Review*, Vol. 61, 1/1998, 11–32.

институт управног уговора „омогућити контролисање утрошка средстава“, односно обезбедити „ефикасан, ефективан рад и подизање квалитета услуга управљача инфраструктуре и железничких превозника.“²²⁷⁸ Осим тога, ЗоЖ предвиђа да поменути уговори могу да буду додељени и као ЈПП и концесије, у ком случају се примењује и режим из ЗЈППК. Тиме се поново враћамо на вечиту дилему односа између управног уговора из ЗУП-а и ове потоње категорије уговора. Најзад, колико је нама познато, управни уговори ни у тој области још увек нису добили своју практичну примену.

На темељу изложеног, сматрамо да би у наредном периоду требало озбиљно преиспитати актуелни правни режим управних уговора, како би се уочени проблеми на системски начин решавали. Увиди у доктринарна, нормативна и практична искуства држава које су послужиле као модел за домаћи институт управног уговора, као и закључака до којих смо дошли претходним испитивањем полазних хипотеза, омогућили си нам да формулишемо неколико смерница на том путу.

Сматрамо кључним (пре)испитивање *смисла и циљева* института управног уговора какав нормира ЗУП. Другим речима, неопходно је поново поставити питање због чега нам је важно да овај институт постоји у домаћем (управно)правном поретку као посебан правни институт и шта њиме желимо да постигнемо? Одговори на та питања су неизоставна фаза која претходи креирању правног режима, будући да његови елементи треба потпуно и доследно да буду уподобљени опредељеном смислу и циљу тог института – што, држимо, тренутно није случај.

Тако, уколико останемо при томе да је главни циљ указивање на промењену улогу државне управе у Републици Србији, у складу са модерним тенденцијама у свету, а посебно у Европи, онда актуелни „однос снага“ између уговорних страна није на адекватан начин уређен. Означавањем управних уговора као инструмента *сарадње* са грађанима и њиховим организацијама по узору на немачко право, уз истовремено успостављање изразите неравнотеже унутар самог уговора, а у корист органа – по моделу француског права – добијамо један контрадикторан институт. Чак и само означавање приватног сауговарача управе као *странке* у управном поступку, указује на то да законодавац није много одмакао од класичног схватања управе као „власти“, од чега се увођењем промењене дефиниције управне ствари и нових инструмената управног поступања желело побећи. Означавање приватног сауговарача као странке би имало смисла да управном уговору увек претходи управни акт (као у хрватском праву) или да представља само алтернативу управним актима (као у немачком), али то према актуелном решењу није случај. Осим тога, наш утисак је да је неравноправност уговорних страна још израженија него у француском праву где, како смо видели, постоје бројни механизми успостављања и одржавања финансијске равнотеже унутар уговора, којих у нашем праву нема.

Дакле, већа демократичност јавне управе и бољи и значајнији положај грађана, треба да извиру не само из прокламације садржане у образложењу закона, већ и из његових одредаба. То се односи како на могућност уговорних страна да утичу на садржину уговора, тако и на његов ток, па и могућност ослобађања од уговорне обавезе у тачно одређеним случајевима, уподобљеним специфичностима таквог једног института. Најзад, равнотежа између ангажованих (јавних и приватних интереса) посебно је важна у погледу решавања спорова и приступа правној заштити. Подсећамо да се ни у француском, ни у немачком праву, јавноправни орган – сауговарач, не

²²⁷⁸ Отворена Влада, Предлог Закона о железници (са табелама), <http://otvorenavlada.rs/obrazlozenje-doc-52/>, 20. септембар 2022.

појављује као инстанца пред којом приватни саговорач остварује правну заштиту, а камоли потражује накнаду штете.

Насупрот томе, ако је *ratio* увођења управних уговора потреба да се боље заштите јавни интереси него што је то случај са уговорима грађанског права, то би требало и на одговарајући начин нагласити. Између осталог, прилагођавањем дефиниције управних уговора тако да обухвати и тај важан елемент, као и регулисањем важних питања која су тренутно препуштена – парадоксално – облигационом праву. Посебну пажњу треба посветити поступку одабира приватног саговорача и доделе/закључења уговора, као и разлозима и правним последицама неважности уговора – будући да је реч о питањима која могу бити извор значајних спорова. На примеру немачког права смо видели да је управо изостанак јасних граница у односу на разлоге ништавости из облигационог права, извор недоумица у пракси и, самим тим, велике правне несигурности.

У контексту преиспитивања равнотеже унутар управног уговора, потребно је прецизирати ко могу бити уговорне стране, тачније ко може бити приватни саговорач. Иако се истиче да управни уговор могу да закључе само јавноправни и приватноправни субјект, из дефиниције странке коју предвиђа ЗУП произлази да то могу бити и друге категорије субјеката, укључујући и државне органе – што редактори закона свакако нису имали у виду.

Прецизирање приватног саговорача важно је и са аспекта дефинисања круга трећих лица којима се обезбеђује правна заштита у вези са управним уговором – како у фази његове доделе, тако и у фази након закључења уговора. С тим у вези, посебно је важно регулисати правне последице уношења у уговор садржине која је противна интересу трећих лица, будући да су у супротном трећа лица заштићена само декларативно.

Смисао и циљ института управног уговора треба да послуже као идеја водила и приликом њиховог увођења у посебне управне области, а посебно приликом дефинисања односа између управних уговора из ЗУП-а и осталих уговора који су били предмет анализе ове дисертације. На тај начин ћемо добити јаснији одговор на питање *шта* су управни уговори у домаћем праву.

Због чега ово сматрамо круцијалним? У оквиру другог поглавља друге главе дисертације, где је било речи о немачком јавноправном уговору, видели смо да је он уведен у савезни закон којим су кодификована правила управног поступка због готово идентичних разлога којима се и домаћи законодавац руководио. Тамо је, подсетимо се, јавноправни уговор уведен као *Lebensgefühl* – без јасне визије шта се жели постићи тим институтом и како га уклопити у правни систем. Такво непланско и само начелно увођење јавноправних уговора у тамошње законодавство, без пружања смерница у којим случајевима органи могу да прибегну овом уговорном инструменту, као и осврта на сличне уговоре који већ постоје у пракси, изазвало је не само доктринарне главобоље, него и озбиљне практичне дилеме.

Посебно су у том погледу проблематичне тзв. „граничне ситуације“ – у којима један исти уговор може да се квалификује и као јавноправни, и као уговор о јавној набавци. Осим концептуалних разлика и других појединости правних режима који, тиме, потенцијално долазе у „сукоб“, посебан и врло практичан проблем представљају различити механизми решавања спорова из тих уговора. Наиме, спорови из прве категорије уговора решавају се у управном спору, док је за друге предвиђен специјализовани механизам кројен по мери Директива о правним лековима. Уколико се тој једначини дода још пар „непознатих“ – уговори о јавним набавкама „испод прагова“, у погледу којих решавање спорова није уређено на системски начин, као и концесије и ЈПП чија правна природа (а самим тим и механизам решавања спорова)

варира у зависности од једног до другог уговора – резултат је један компликован и конфузан систем у којем титулари правне заштите неретко не знају којим правним путем да крену.

Због чињенице да ЗУП увођење управних уговора у појединачне области препушта посебним прописима, привремено је избегнут описани сценарио. Међутим, он убрзо може постати реалност уколико законодавац одлучи да уведе управни уговор у посебне управне области, као што је учињено ЗоЖ-ом. Улазак у ЕУ би тај проблем додатно интензивирао. Наиме, не само да би се – услед индиферентности права ЕУ према подели на јавно и приватно право, односно јавне и приватне уговоре управе – стандарди из Директиве о правним лековима потенцијално „прелили“ и на управне уговоре из ЗУП-а (и посебних закона ако у међувремену у њих буде уведен), већ би и принципи из оснивачких уговора додатно подстакли приближавање различитих категорија уговора, па самим тим и механизма решавања спорова којима су подвргнути.

Разграничење између „новоуведеног“ управног уговора и већ постојећих уговора, односно његово увођење у посебне управне области, сложен је задатак који изискује промишљен и веома пажљив приступ, како би се истакла посебност ове категорије уговора, али и оправдала њена неопходност. Због тога смо мишљења да би било не само пожељно, већ и императивно да се самим ЗУП-ом предвиде одговарајуће смернице (које нипошто не би биле лимитативног, већ искључиво егземпларног карактера), које би биле ослоњене на претходно дефинисани циљ уговора и којима би се законодавац руководио приликом његовог прописивања посебним законима. Те смернице би се могле тицати специфичности *сектора* у који се управни уговори уводе (нпр. да ли је у питању природни монопол или је потребно обезбедити слободну конкуренцију), *предмета уговора* (нпр. да ли се њиме утиче на живот и здравље људи и животну средину; да ли је у питању витална привредна грана од чијег функционисања зависи свакодневни живот у некој локалној заједници), односно *претежног интереса* [нпр. јавни интерес *v.* привлачење (страних) улагања].

На основу тих смерница би се у сваком појединачном случају процењивало да ли је неопходно и пожељно да се поменути именовани уговори квалификују као управни или не – посебно уколико се остане при јачим овлашћењима органа у односу на „странку“. Дакле, уколико би се сваки именовани уговор о јавним набавкама, ЛПП са или без елемената концесије, односно уговори у другим секторима (нпр. о пружању јавних услуга) провукао кроз „филтер“ тако дефинисаних смерница или критеријума, избегло би се произвољно увођење управних уговора у поједине области, док би се, с друге стране, избегли проблеми које би њихово подвођење под режим из ЗУП-а *en bloc* изазвали, а којих су се прибојавали и редактори актуелног ЗУП-а. Ризик од овог приступа је усложњавање режима управних уговора и потреба усклађивања општег и посебних режима тих уговора, али би макар „проблем“ био локализован на уговоре у тачно одређеној области и било би јасно због чега и на основу којих критеријума се то чини.

Најзад, и сам механизам решавања спора треба у потпуности уподобити опредељеном циљу управних уговора. Тако, уколико циљ управних уговора треба да задовољи неке друге важне интересе, и ако се њиме тежи (већој, ако не потпуној) равноправности уговорних страна, онда има смисла да се уговорни спорови решавају у парници, као што је сада случај.

Насупрот томе, уколико је циљ боља заштита ангажованих јавних интереса, односно ако се управни уговор и даље буде везивао за управну ствар, онда нам се чини прикладнијим да се и у погледу уговорних спорова предвиди надлежност Управног

суда – као што је то случај у француском праву, па и немачком када су у питању јавноправни уговори. Међутим, у таквом случају би требало размислити о томе да се приступ суду омогући обема уговорним странама (као што је то случај у поменутиим државама) јер ће тек на тај начин бити у потпуности обезбеђена заштита јавних, али и других ангажованих интереса. Потенцијал креативне улоге суда у споровима из управних уговора лежи у овлашћењу на решавање у спору пуне јурисдикције, а од самог суда, али и других околности везаних за функционисање правног система, зависи да ли ће она бити искоришћена (као у француском праву) или неће (као у немачком). При томе, сагласни смо са ауторима који упозоравају да би требало водити рачуна о капацитету домаћег управног судства и сачекати резултат актуелне реформе пре проширења његове надлежности и на спорове из управних уговора. Прописивање надлежности Управног суда да спорове из тих уговора решава у спору пуне јурисдикције, имајући у виду тренутну преоптерећеност тог суда и његове ограничење капацитете²²⁷⁹ – у најбољем случају би довело до проналажења начина да се избегне решавање „у пуном спору“,²²⁸⁰ а у најгорем до неефикасне правне заштите.

На самом крају, а у вези са претходно написаним, осврнимо се на цитат са почетка ове дисертације, који тамо није у целости наведен. Пуна мисао Љ. Радовановића гласи:

[у]правни уговор престаје да се посматра као једна институција, која остаје цела у области приватноправној, сукоби који из њих проистичу престају бити посматрани као парнице које се тичу државне касе и џепа другог уговарача. Има нешто што ти сукоби могу довести у опасност и што није приватна ствар ни државе ни њеног сауговарача. То је интерес јавне службе и о томе интересу морају водити рачуна оне институције, којима је чување јавног интереса и иначе поверено (нагласила ауторка).²²⁸¹

Не споримо значај управних судова у заштити и очувању не само јавних, већ и приватних интереса кроз контролу управе и њених аката и активности, напротив. Ипак, имајући у виду претходно описани простор за примену алтернативних механизма који су донели управни уговори, као и савремене тенденције у развоју управног (процесног) права, сматрамо да би у наредном периоду домаћи законодавац и креатори јавних политика требало тај простор и да искористе – и то како у погледу управних уговора из ЗУП-а, тако и уговора о јавним набавкама. Адекватан законски оквир којим се на изричит начин допушта прибегивање појединим алтернативним механизмима у домену уговорне делатности органа управе, отклонио би недоумице о њиховој допуштености какве тренутно постоје и унео правну сигурност, која је нужни предуслов и за заштиту јавних интереса. Који ће алтернативни механизми бити доступни од читаве палете коју познају теорија, упоредно право и пракса, као и у каквом ће односу стајати са судском заштитом, умногоме ће зависити од фактора који су већ раније наведени и тичу се, примера ради, управне области у којој се уговор закључује, његовог предмета, веће или мање ангажованости јавних интереса и сл.

Актуелна реформа правосудног система и планиране измене ЗУС-а представљају прилику да се овом питању посвети више пажње у управној материји, а на основу препорука СЕ, као и претходно наведених иностраних искустава – како позитивних, тако и негативних. Имајући у виду недостатак искуства са алтернативним механизмима у домаћем управном поступку и управном спору, француски пример постепеног увођења медијације у оквиру управног спора, путем пилот пројекта, како

²²⁷⁹ Радна верзија Стратегије развоја правосуђа – за период 2019–2024. године, 27.

²²⁸⁰ Више о слабој заступљености спора пуне јурисдикције у пракси Управног суда Србије: В. Цуцић (2016), 260–265.

²²⁸¹ Љ. Радовановић (1926), 282.

би се законски оквир прилагодио потребама праксе – чини нам се посебно занимљивим и корисним.

VII СПИСАК КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ

ЛИТЕРАТУРА НА СРПСКОМ ЈЕЗИКУ И НА ЈЕЗИЦИМА БИВШЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ (азбучним редом)

АНДОНОВИЋ, Стефан, *Заштита података у електронској јавној управи у Републици Србији – правни аспекти*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2019.

БЈЕЛИЦА, Рената, *Уговор о јавној набавци као управни уговор*, приступни рад одбрањен на Правном факултету Универзитета у Београду (необјављено), Београд 2018.

БОДИРОГА, Никола, *Парнични поступак*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022.

ВАРАДИ, Тибор, *et. al.*, *Међународно приватно право*, четрнаесто издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012.

ВЛАДЕТИЋ, Срђан, „Основи траста англосаксонског права“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, LVIII/2011, 113–126.

ВОДИНЕЛИЋ, Владимир, *Јавно и приватно право*, Службени гласник, Београд 2016.

ВОДИНЕЛИЋ, Владимир, „Управни уговор – између прихватања и одбијања“, *Правни живот*, 11-12/1993, 2113–2128.

ВУЈИЧИЋ, Новак, „Медијација као облик алтернативног решавања спорова из области интелектуалне својине: (Не)реална очекивања“, *Право и привреда*, 7-9/2018, Удружење правника у привреди, Београд, 103–124.

ГАЗИВОДА, Јелена, *Уговори о дугорочној сарадњи државе, јавних предузећа, односно јединица локалне самоуправе и приватних инвеститора у домену обављања делатности од општег интереса*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015.

GARDAŠ, Miro, HAMAN, Daniel, „Regalno pravo lova i lovno zakonodavstvo u Hrvatskoj kroz povijest“, *Historija države i prava BiH - Izazovi i perspektive* (ur. Edin Mutapčić), *JU Zavod za zaštitu i korištenje kulturno-historijsko i prirodnog naslijeđa tuzlanskog kantona*, Tuzla 2017, 283–298.

ГЛИШОВИЋ, Лазар, „Немачки грађански законик – од правног партикуларизма до кодификације грађанског права“, *Страни правни живот*, 1/2015, 223–241.

ДАВИНИЋ, Марко, *Независна контролна тела у Републици Србији*, Досије студио, Београд 2018.

ДАВИНИЋ, Марко, *Европски омбудсман и лоша управа (maladministration)*, Заштитник грађана, Београд 2013.

ДАНИЋ Данило, „О административном уговору“, прештампано из *Споменица Мауровићу о његовој шесетогодишњици*, Београд 1934, 101–115.

ДЕНКОВИЋ, Драгаш, „Управни уговори и облигациони односи радних организација које врше јавна овлашћења“, Драгаш Денковић, *Добра управа* (избор текстова, редакција и предговор Ратко Марковић), Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за издаваштво и информисање, Београд 2010, 164–195.

ИВАНОВИЋ, Јелена, „Историјски развој управног судства Србије“ *Зборник радова 150 година управног судства у Србији: 1869-2019* (ур. В. Цуцић), Управни суд Републике Србије/Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2019, 27–78.

ЈЕРИНИЋ, Јелена, „У име јавности: Легитимација заступника колективних интереса и ширих интереса јавности у управним стварима“, *Правни записи*, 2/2020, 504–531.

ЈОВАНИЋ, Татјана, *Увод у економско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2019.

ЈОВАНОВИЋ, Марко, „Сингапурска конвенција као нови елемент правног оквира за међународну трговинску медијацију“, *Право и привреда*, Удружење правника у привреди, Београд, 3/2020, 177–200.

ЈОВАНОВИЋ, Марко, *Материјалноправни стандарди третмана страних директних улагања*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2019.

ЈОВАНОВИЋ, Стефан, „Меродавно право за арбитрабилност предмета спора: *lex fori*, *lex arbitri* и њихове алтернативе“, *Право и привреда*, 3/2021, Удружење правника у привреди, Београд, 397–422.

ЈОВИЋ, Његослав, „Арбитрабилност међународних спорова из области права интелектуалне својине – упоредноправна анализа“, *Право и привреда*, 7-9/2018, 88–102.

КАВРАН, Драгољуб, „Управни уговори, обележја, врсте и развој“, *Правни живот*, 11-12/1993, 2103–2112.

КАРАНИКИЋ МИРИЋ, Марија, „Рестриктивност законског одређења појма управног уговора у српском праву“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије – Књига 7* (ур. С. Лилић), Зборник радова, Универзитета у Београду, Правни факултет, Београд 2017, 187–198.

КНЕЖЕВИЋ, Гашо, ПАВИЋ, Владимир, *Арбитража и ADR*, Правни факултет Универзитета у Београду, треће издање, Београд 2013.

КНЕЖЕВИЋ, Марко, „О појму и значају арбитрабилности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, vol. 42, 1-2/2008, 873–892.

КОЗАР, Владимир, БИЛБИЈА, Весна, „Заштита права у поступцима јавних набавки у Републици Србији и земљама у региону“, *Страни правни живот*, 3/2014, 377–394.

ЛИЛИЋ, Стеван, „Административни уговори и јавне службе“, *Правни живот*, 11-12/1993, 2141–2152.

ЛУКИЋ, Радомир, КОШУТИЋ, Будимир, *Увод у право*, Научна књига, Београд 1977.

ЛУКИЋ-ВИДОЈКОВИЋ, Ана, „Обавезна медијација као начин решавања спорова – са Републиком Србијом, јединицама локалне самоуправе, јавним предузећима и

- организацијама са јавним овлашћењима, поводом масовне повреде права“, *Правни живот*, 11/2018, 717–733.
- MAGANIĆ, Aleksandra, DIKA, Mihajlo, “Mogućnost rješavanja upravnih stvari arbitražom“, *Novosti u upravnoj i upravnosudskoj praksi* (ur. Ante Galić), Vrhovni upravni sud Hrvatske, Zbornik radova 6. savjetovanja, Organizator, Zagreb 2018.
- МИЛЕНКОВИЋ, Дејан, „Управни уговори у законима о општем управном поступку земаља Западног Балкана“, *Страни правни живот*, год. 61, 3/2017, 67–80.
- МИЛЕНКОВИЋ, Дејан, *Управни уговори – теорија, законодавство, пракса*, Центар за јавну управу, локалну самоуправу и јавне политике Факултета политичких наука у Београду, Београд 2014.
- МИЛКОВ, Драган, РАДОШЕВИЋ, Ратко, „Неке новине Закона о општем управном поступку: „Управно поступање“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2016, 733–752.
- МИЛОВАНОВИЋ, Добросав, „Разматрање институционалног оквира заштите права у поступцима јавних набавки“, *Право и привреда*, 4-6/2019, Удружење правника у привреди, Београд, 744–762.
- МИЛОВАНОВИЋ, Добросав, „Визионарска мисао Славољуба Поповића о управним уговорима“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Тематски број посвећен Славољубу Поповићу, LVII, 57/2011, 113–135.
- МИЛОВАНОВИЋ, Добросав, „Развој управних уговора у праву Србије и Југославије“, *Правни живот*, 11-12/1993, 2153–2159.
- МИЛОШЕВИЋ, Моника, *Алтернативно решавање спорова с посебним освртом на медијацију*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и ЈП „Службени гласник“, Београд 2014.
- МИЉИЋ, Дражен, „Проблем идентификовања управних уговора у француском праву“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*, 39/2017, 179–197.
- МИЉИЋ, Дражен, „Управни уговори према Закону о општем управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2017, 521–539.
- МИЉИЋ, Дражен, *Управни уговори и области његове примјене*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду, Београд, 2016.
- МОЈАШЕВИЋ, Александар, *Економска анализа алтернативног решавања грађанскоправних спорова*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012.
- МУЖИНА, Алексиј, „Анализа практичних аспеката спровођења националних прописа у односу на ЕУ директива и њихов утицај на заштиту права у поступцима јавне набавке“, *Билтен правне праксе Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки*, 2-3/2015, 43–83.
- НИКОЛИЋ, Андреа, „Медијација у инвестиционим споровима – Предлози реформе међународног инвестиционог права и могуће лекције за Србију“, *Зборник радова 33. сусрета Копаоничке школе природног права*, Том III, Београд, 2020, 65–80.

ПАВЛОВИЋ НЕДЕЉКОВИЋ, Татјана *et al.*, *Приручник за примену Закона о парничном поступку*, Форум судија Србије, Београд 2017.

ПАВЛОВИЋ, Димитрије, *Правни речник немачко-српски/Rechtswörterbuch, deutsch-serbisch*, ЈП Службени гласник, Београд 2008.

ПАЈТИЋ, Бојан, РАДОВАНОВИЋ, Сања, ДУДАШ, Атила, *Облигационо право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2018.

ПЕТРОВИЋ, Милена, „Одбор за разматрање/решавање спорова: Још једна алтернатива државним судовима“, *Ревизија Копаоничке школе природног права*, 2/2020, 99–114.

РЕТРОВИЋ ТОМИЋ, Nataša, „Медијација у осигурању“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1/2010, 475–494.

ПЕТРУШИЋ, Невена, „Спорови у правним односима и медијација“, *Зборник Правног факултета Универзитета у Нишу*, 38/39/1998-1999, 115–130.

ПОПОВИЋ, Зоја, „Сходна примена Закона о парничном поступку у управном спору“, *Билтен судске праксе*, 2/05, ВСС, Београд, 2005, 506–527.

РАДОВАНОВИЋ, Љубомир, „Управни уговор (Одељак Б. – Уговори и набавке – Зак. о држ. рачуноводству)“, *Архив за правне и друштвене науке*, књига XXX, 1-6/1926, 181–192, 281–298.

РАДОВАНОВИЋ, Љубомир: „Надлежност Државног Савета у споровима, потеклим из уговора, закључених са државом: Одељак Б. Уговори и набавке, зак. о држ. рачуноводству.“, *Архив за правне и друштвене науке*, Књига 11 другог кола (двадесетосма), 1925, 319–325.

РАДОШЕВИЋ, Ратко, *Правна природа управног уговора*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2018.

САГАДИН, Стеван, „Уговори и набавке према Закону о државном рачуноводству“, прештампано из *Споменице Мауровићу о његовој шестогодишњици*, Штампарија Глобус, Београд 1934, 601–624.

СТАНИВУКОВИЋ, Маја *Међународна арбитража*, Службени гласник РС, Београд 2013.

СТАНИВУКОВИЋ, Маја, „Решавање спорова који проистичу из страних улагања“, *Правни живот*, 12/1997, 229–245.

STANIČIĆ, Frane, „Kontrola nad sklapanjem upravnih ugovora“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 53, 1/2016, 232–252.

СТРУЧНИ КОМЕНТАР, „Сходна примена одредаба закона којим се уређује управни поступак на питања у поступцима из надлежности Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки: Проширена и прецизирана сходна примена одредаба о општем управном поступку у односу на претходне законе о јавним набавкама“, *Правник у јавном сектору* 265/2021, ПЈ III – Јавне набавке/Поступци јавних набавки, 22.07.2021. године, *Paragraf Lex* – електронска база.

ТОДОРОВИЋ, Бојана, „Вагање између заштите јавног интереса и права на заштиту података о личности – Примена европских стандарда у праву Републике Србије“,

Идентитетски преображај Србије – Прилози пројекту 2017 – Колективна монографија (ур. Р. Васић, Б. Чучковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 89–118.

ТОДОРОВИЋ, Бојана, ИЛИЋ, Никола, „Правно-економска анализа корупције у јавним набавкама: Случај Србије у процесу европских интеграција“, *Право и привреда*, 7 – 9/2018, 234–250.

ТОМИЋ, Зоран, „Садржина пуног управног спора – Српско право *de lege lata* и *de lege ferenda*“, *Право и привреда*, бр. 3/2021, 207–226.

ТОМИЋ, Зоран, „Управни уговори – Елементи правног режима у Србији“, *Правни живот*, 10/2017, 249–265.

ТОМИЋ, Зоран, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, друго допуњено издање, Службени гласник, Београд 2012.

ТОМИЋ, Зоран, „Правна природа управних уговора“, *Правни живот*, 11-12/1993, 2129–2140.

ТОМИЋ, Зоран, МИЛОВАНОВИЋ, Добросав, ЦУЦИЋ, Вук, *Практикум за примену Закона о општем управном поступку*, Министарство државне управе и локалне самоуправе, Београд 2017.

УРОШЕВИЋ, Ружа, „Странка у управном поступку“, *Стручни коментар – Правни инструктор*, бр. 142/2017, *Paragraf Lex* – електронска база.

ФИЛИПОВИЋ, Зоран, *Управни уговор као институт јавне управе*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2017.

ЦУЦИЋ, Вук, *Спровођење и контрола поступка јавних набавки*, Службени гласник, Београд, 2020.

ЦУЦИЋ, Вук, „Фино подешавање Закона о општем управном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2018, 139–163.

ЦУЦИЋ, Вук, *Управни спор пуне јурисдикције: Модели и врсте*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016.

ЦУЦИЋ, Вук, „Француско управно судство – Величанствено дело француске историје“, *Правни живот*, 10/2013, 283–302.

ЏИМАС, Srđan, „Mirenje – alternativni način rješavanja sporova“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 27, 1/2006, 611–632.

ЛИТЕРАТУРА НА СТРАНИМ ЈЕЗИЦИМА (абecedним редом)

AALTO, Pekka *et al.*, “Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial”, *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary* (eds. S. Peers *et. al*), Hart Publishing, London 2014, 1197–1276.

ADAMOVIĆ Anđelija, „Alternative Dispute Resolution in Light of the Civil Procedure Act“, *Facta Universitatis, Series: Law and Politics*, Vol. 10, 2/2012, 157–169.

AMILHAT, Mathias, “Classification of public contracts in the context of national laws”, *Les principes des contrats publics en Europe/Principles of public contracts in Europe* (dir./eds. S. de la Rosa, P. Valcárcel Fernandez), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2022, 57–75.

ARROWSMITH, Sue, “Government Contracts and Public Law”, *Legal Studies*, Vol. 10, 3/1990, 231–244.

ATHANASIADOU, Natasa, *Der Verwaltungsvertrag im EU-Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2017.

AUBY, Jean-Bernard, “Avant-propos/Foreword”, *Droit compare des contrats publics* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, xv–xvii.

AUBY, Jean-Bernard, MORABITO, Marcel, “Evolution and *Gestalt* of the French State”, *The Max Planck Handbooks in European Public Law, Volume 1 : The Administrative State* (eds. A. von Bogdandy, P. M. Huber, S. Cassese), Oxford University Press, Oxford 2017, 165–195.

AUBY, Jean-Bernard, CLUZEL-MÉTAYER, Lucie, “Administrative Law in France”, *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States – A Comparative Analysis* (ed. R. Seerden), Intersertia, Third edition, Cambridge – Antwerp – Portland 2012, 5–37.

AUBY, Jean-Marie, FROMONT, Michel, *Les recours juridictionnels contre les actes administratifs spécialement économiques dans le droit des États membres de la Communauté économique européenne*, Rapport final, Série concurrence - rapprochement des législations, 12/1971, Bruxelles.

AUDIT, Mathias, *La notion de contrat administratif: L’influence du droit de l’Union européenne*, Bruylant, Bruxelles 2014.

AUDIT, Mathias, “Arbitrage International et contrats publics en France”, *Contrats publics et arbitrage international* (dir. M. Audit), Bruylant, Bruxelles 2011, 115–132.

BACKES, Chris, “Access to Court”, *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action* (eds. C. Backes, M. Eliantonio), Hart Publishing, Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Oxford 2019, 191–323.

BALTHASAR, Alexander, “Alternative Dispute Resolution in Administrative Law: A Major Step Forward to Enhance Citizens’ Satisfaction or Rather a Trojan Horse for the Rule of Law?”, *ELTE Law Journal*, 1/2018, 9–17.

BARRETT, Jerome T., BARRETT, Joseph P., *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural, and Social Movement*, Jossey-Bass, San Francisco 2004.

BLAGOJEVIĆ, Branimir, “Public Procurement Review Mechanism in the Republic of Serbia – Current State of Play and Main Challenges” Country Reports: Serbia, *EPPPL*, 3/2018, 241–247.

BOGART, Dan, “The Turnpike Roads of England and Wales”, *The Online Historical Atlas of Transport, Urbanization and Economic Development in England and Wales c.1680-1911* (eds. L. Shaw-Taylor, D. Bogart, M. Satchell), 2017, 1–32, доступно на: <https://www.campop.geog.cam.ac.uk/research/projects/transport/onlineatlas/s>, 10. септембар 2022.

BOGDANOWICZ, Piotr, “Article 72: Modification of Contracts During their Term”, *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU* (eds. R. Caranta, A. Sanchez-Graells), Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2021, 776–797.

BOGDANOWICZ, Piotr, “Regulation of PPP and concessions in European Union law – different but equal?”, *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU: An Unfinished Legislative Framework* (eds. P. Bogdanowicz, R. Caranta, P. Telles), European Procurement Law Series, Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2020, 1–16.

BONK, Hans Joachim, „Teil IV: Öffentlich-rechtlicher Vertrag“, *Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar* (Hrsg. P. Stelkens, J.H. Bonk, K. Leonhardt), 2. neuarbeitete Auflage, Beck, München 1983, 669–783.

BOUSTA, Rhita, SAGAR, Arun, “Alternative Dispute Resolution in French Administrative Proceedings”, *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law* (eds. D. C. Dragos, B. Neamtu), Springer, Berlin – Heidelberg 2014, 57–83.

BOVIS, Christopher H., “Legal Redress in Public Procurement Contracts”, *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond* (eds. M. Trybus, R. Caranta, G. Edelstam), Bruylant, Brussels 2014, 363–292.

BOYRON, Sophie, “Mediation in French administrative courts: what lessons for administrative justice?”, *Northern Ireland Legal Quarterly*, Vol. 71, 3/2020, 457–479.

BOYRON, Sophie, “Mediation in Administrative Law: The Identification of Conflicting Paradigms”, *European Public Law*, Vol. 13, 2/2007, 263–288.

BURGI, Martin, *Vergaberecht, Systematische Erläuterung für Praxis und Ausbildung*, 3. Auflage, Beck, München, 2021.

BURGI, Martin, “EU Procurement Rules – A Report about the German Remedies System”, *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* (eds. S. Treumer, F. Lichère), European Procurement Law Series, First Edition, vol. 3, DJØF Publishing Copenhagen 2011, 105–153.

BURGI, Martin, “Damages and EC Procurement Law: German Perspectives”, *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy* (eds. D. Fairgrieve, F. Lichère), Hart publishing, London 2011, 19–40.

CADIET, Loïc, CLAY, Thomas, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Dalloz, 3^e édition, Paris 2019.

CARANTA, Roberto, “Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in the field of public procurement”, *Article 47 of the EU Charter and Effective Judicial Protection - Volume 1: The Court of Justice's Perspective* (eds. M. Bonelli, M. Eliantonio, G. Gentile), Bloomsbury Publishing, London 2022, 213–230.

CARANTA, Roberto, “Article 1: Subject-matter and scope”, *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU* (eds. R. Caranta, A. Sanchez-Graells), Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2021, 1–16.

CARANTA, Roberto, PATRITO, Paolo, “An intellectual history of concessions and PPP law”, *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU: An Unfinished Legislative Framework* (eds. P. Bogdanowicz, R. Caranta, P. Telles), European Procurement Law Series, Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2020, 17–36.

CARANTA, Roberto, “The interplay between EU legislation and effectiveness, effective judicial protection and the right to an effective remedy in EU public procurement law”, *Review of European Administrative Law*, Vol. 12, 2/2019, 63–93.

CARANTA, Roberto, “Remedies in EU Public Contract Law: The Proceduralisation of EU Procurement Legislation”, *Review of European Administrative Law*, Vol. 8, 1/2015, 75–98.

CARANTA, Roberto, “General Report”, *Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes* (eds. U. Neergaard, C. Jackson, G.S. Ølykke), The XXVI FIDE Congress in Copenhagen, 2014 Congress Publications, Vol. 3, DJØF Forlag, Copenhagen 2014, 79–175.

CARANTA, Roberto, “The Borders of EU Public Procurement Law”, *Outside the EU Procurement Directives – Inside the Treaties?* (eds. R. Caranta, D. C. Dragos), European Procurement Law Series, Vol. 4, DJØF Publishing, Copenhagen 2012, 25–60.

CARANTA, Roberto, “Many Different Paths, but Are They All Leading to Effectiveness?”, *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* (eds. S. Treumer, F. Lichère), European Procurement Law Series, First Edition, vol. 3, DJØF Publishing, Copenhagen 2011, 52–93.

CARANTA, Roberto, “Damages for Breaches of EU Public Procurement Law: Issues of Causation and Recoverable Losses”, *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy* (eds. D. Fairgrieve, F. Lichère), Hart publishing, London 2011, 167–184.

CARANTA, Roberto, “The Comparatist’s Lens on Remedies in Public Procurement”, *Working Papers Series, European and Comparative Law Issues*, Istituto Universitario di Studi Europei, 2011-1/2-ECLI, 1–15.

CARANTA, Roberto, “Transparence et concurrence”, *Droit compare des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, 145–172.

CARAUSAN, Mihaela V., “Alternative Dispute Resolution in Public Procurement Contracts – Administrative Law Boundaries”, *Valahia University Law Study*, Vol. XXXI, 1/2018, 19–36.

CASAVOLA, Caroli, Hilde, “Global Rules for Public Procurement”, *Droit compare des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, 27–61.

CERQUEIRA GOMES, Pedro, “PPPs and Concessions in Portugal”, *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU: An Unfinished Legislative Framework* (eds. P. Bogdanowicz, R. Caranta, P. Telles), European Procurement Law Series, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton 2020, 129–145.

CHEVALIER, Emilie, “Remedies and Consequences of Court Decisions”, *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action* (eds. C. Backes, M. Eliantonio), Hart Publishing, Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Oxford 2019, 555–690.

CIBNIC, John Jr., NASH, Ralph C. Jr., *Formation of Government Contracts*, The George Washington University, Government Contracts Program, Third Edition, Washington D.C. 1998.

COLAVITTI, Romélien, “Principes régissant le recours à l’arbitrage en matière des contrats publics”, *Les principes des contrats publics en Europe/Principles of public contracts in Europe* (dir./eds. S. de la Rosa, P. Valcárcel Fernandez), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2022, 579–611.

COMBA, Mario, “Enforcement of EU Procurement Rules. The Italian System of Remedies”, *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* (eds. S. Treumer, F. Lichère), European Procurement Law Series, First Edition, vol. 3, DJØF Publishing Copenhagen 2011, 235–254.

COUNCIL OF EUROPE/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Right to a fair trial (civil limb), 2022, доступно на: <http://www.echr.coe.int>, 12. фебруар 2022.

CRAIG, Paul *et al.* (eds.), *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, Oxford University Press, Oxford 2017.

CRAIG, Paul, *EU Administrative Law*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford 2012.

CRAIG, Paul, “Specific Powers of Public Contractors”, *Droit comparé des contrats publics/Comparative law on public contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, 173–198.

CRAIG Paul, TRYBUS, Martin, “Angleterre et Pays de Galles/England and Wales”, *Droit compare des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, 339–366.

CRAIG, Paul P., DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law – Text, Cases and Materials*, Fifth Edition, Oxford University Press, Oxford 2011.

CRAIG, Paul, “The Legal Effect of Directives: Policy, Rules and Exceptions”, *European Law Review*, 3/2009, 349–377.

CRIVELLARO, Antonio, “Balancing the Contract Terms and Governing Law in the Decision-Making Process by Dispute Boards”, *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (eds. F. J.M. De Ly, P. A. Gélinas), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International/International Chamber of Commerce (ICC), Volume 15, 2017, 106–113.

CUCIĆ, Vuk, „Historical and Contemporary Development of Judicial Control of Administration in Serbia“, *Идентитетски преображај Србије, Прилози пројекту 2018-Колективна монографија* (ур. И. Крстић, М. Лукић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 181–202.

CUCIĆ, Vuk, “Serbia as a Part of the European Administrative Space: ADR Tools Applied to Administrative Law”, *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law* (eds. D. C. Dragos, B. Neamtu), Springer, Berlin – Heidelberg 2014, 461–485.

DACOSTA, Bertrand, “De Martin à Bonhomme, le nouveau recours des tiers contre le contrat administratif, Conclusions sur Conseil d’État, Assemblée, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne”, *Revue française de droit administratif* (RFDA), 3/2014, 425–436.

DE GRAAF K.J., MARSEILLE, A.T., TOLSMA, H.D., “Mediation in Administrative Proceedings: A Comparative Perspective”, *Alternative Dispute Resolution in European*

Administrative Law (eds. D. C. Dragos, B. Neamtu), Springer, Berlin – Heidelberg 2014, 589–605.

DECKER, Andreas, “Teil IV. Öffentlich-rechtlicher Vertrag“, Andreas Decker, “Teil IV. Öffentlich-rechtlicher Vertrag“, *Studienkommentar VwGO/VwVfG* (Hrsg. H. Amadeus Wolff, A. Decker) 4. Auflage, München 2021, 856–896.

DELVOLVE, Pierre, “Des nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats“, *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?: mélanges en l'honneur de Roger Perrot* (dir. R. Perrot), Dalloz, Paris 1996, 83–98.

DOLZER, Rudolf, SCHREUER, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2012.

DOLZER, Rudolf, “The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law”, *New York University Journal of International Law and Policy*, 37/2005, 953–972.

DRAGOS, Dacian C., SPARIOS, Demis M., “Roumanie/Romania: Oversight and Litigation of Public Contracts in Romanian Administrative Law”, *Contrôles et Contentieux des Contrats Publics/Oversight and Challenges of Public Contracts* (dir./eds. L. Folliot-Lalliot, S. Toricelli), Bruxelles/Brussels 2018, 199–222.

DRAGOS, Dacian C., NEAMTU, Bogdana, SUCIU, Raluca, “The Dynamic of Administrative Appeals and Other ADR Tools in Romania”, *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law* (eds. D. C. Dragos, B. Neamtu), Springer, Berlin – Heidelberg 2014, 421–459.

DRAGOS, Dacian C., NEAMTU, Bogdana, VELISCU, Raluca, “Remedies available for Procurement outside the Directives – a Comparative Assessment”, *Outside the EU Procurement Directives – Inside the Treaties?* (eds. R. Caranta, D. C. Dragos), European Procurement Law Series, Vol. 4, DJØF Publishing, Copenhagen 2012, 397–420.

DRECEA, Nadina, DRAGOS, Dacian C. “The Legitimacy of Investor to State Arbitration arising from Public Contracts in the Romanian Law”, *The Law of Crisis. Crises in Law*, International Conference of PhD Students in Law 13th edition, Faculty of Law, West University of Timisoara, The European Centre for Legal Studies and Research, Timisoara 2021, 42–55.

DRENOVAK-IVANOVIĆ, Mirjana, “The Development of the Right to Public Participation in Environmental Matters as a New Concept of Administrative Decision Making in Serbia”, *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, No. 44 E/2015, 74–90.

ELIANTONIO, Mariolina, “Organisation of Judicial Review in Administrative Matters and Intra-Administrative Objection Procedure”, *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action* (eds. C. Backes, M. Eliantonio), Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Hart Publishing, Oxford 2019, 53–113.

ELIANTONIO, Mariolina, GRASHOF, Franziska, “Types of Administrative Action and Corresponding Review”, *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action* (eds. C. Backes, M. Eliantonio), Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Hart Publishing, Oxford 2019, 115–189.

ELIANTONIO, Mariolina, *Europeanisation of Administrative Justice? The Influence of ECJ's Case Law in Italy, Germany and England*, Europa Law Publishing, Zutphen 2009.

FAIRGRIEVE, Duncan, LICHÈRE, François, “Procedures and Access to Justice in Damages Claims for Public Procurement Breaches“, *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy* (eds. D. Fairgrieve, F. Lichère), Hart publishing, London 2011, 185–196.

FAN, Kun, “Mediation of Investor–State Disputes: A Treaty Survey”, *Journal of Dispute Resolution*, 2/2020, 327–342.

FERK, Boštjan, FERK, Petra, HODOŠČEK, Katja, “Slovenia”, *Les principes des contrats publics en Europe/Principles of public contracts in Europe* (dir./eds. S. de la Rosa, P. Valcárcel Fernandez), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2022, 397–413.

FERREIRA, Mafalda, DINIZ DE AYALA, Bernardo, “Portugal”, *Droit comparé des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels, 2010, 779–834.

FOLLIOT-LALLIOT, Laurence, HOUTCIEFF, Dimitri Laurence Folliot Lalliot, Dimitri Houtcieff, “Tiers et effet relatif du contrat”, *Contrats de droit privé et contrats de droit administratif – Droit comparé interne* (dir. V. Bouhier, D. Houtcieff), LGDJ, Paris 2019, 195–229.

FOLLIOT-LALLIOT, Laurence, TORRICELLI, Simone, “Propos Introductifs/Introduction”, *Contrôle et contentieux des contrats publics/Oversight and Challenges of Public Contracts* (dir./eds. L. Folliot-Lalliot, S. Torricelli), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2018, 1–19.

FREEDMAN, Clive, “Chapter 2: Expert Determination”, *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (eds. F.J.M. De Ly, P.-A. Gélinas), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 15, Kluwer Law International/International Chamber of Commerce (ICC) 2017, 27–38.

FROMONT, Michel, “L’évolution du droit des contrats de l’administration – Différences théoriques et convergences de fait”, *Droit compare des contrats publics* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, 263–278.

GABAYET, Nicolas, “France”, *Les principes des contrats publics en Europe/Principles of public contracts in Europe* (dir./eds. S. de la Rosa, P. Valcárcel Fernandez), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2022, 239–260.

GABAYET, Nicolas “Public-private partnerships and concessions in France”, *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU: An Unfinished Legislative Framework* (eds. P. Bogdanowicz, R. Caranta, P. Telles), European Procurement Law Series, Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2020, 52–70.

GABAYET, Nicolas, “Damages for Breach of Public Procurement Law: A French Perspective”, *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy* (eds. D. Fairgrieve, F. Lichère), Hart Publishing, London 2011, 7–18.

GALETTA, Diana-Urania, *The Jurisprudence of the European Court of Justice on the Procedural Autonomy of EU Member States*, Annual Report – 2011 – Italy, Ius Publicum, доступно на: http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/22_02_2012_12_08_Galetta_UK.pdf, 15. январь 2020.

GALETTA, Diana-Urania, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? A Study on the “Functionalized Procedural Competence” of EU Member States*, Springer Verlag, Berlin – Heidelberg 2010.

GARNER, Bryan A. (ed.) *Black’s Law Dictionary*, 9th edition, Thomson West, 2009.

GAZSÓ, André, BREZANSKY, Alfred, “The Vienna airport mediation: point of view of the Vienna Ombuds-Office for Environmental Protection”, *Int. J. Risk Assessment and Management*, Vol. 12, 1/2009, 103–117.

GÉLINAS, Paul-A., “Introductory Remarks”, Paul-A. Gélinas, “Introductory Remarks”, *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (eds. F.J.M. De Ly, P.-A. Gélinas), *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, Volume 15, Kluwer Law International/ International Chamber of Commerce (ICC), 2017, 7–9.

GENTON, Pierre, “Dispute Boards in Practice as Prevention of Dispute and Complement to Arbitration”, *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (eds. F. J.M. De Ly and P. A. Gélinas), *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, Kluwer Law International/International Chamber of Commerce (ICC), Volume 15, 2017, 79–86.

GILBERG, Karine, *Reforms in the French Administrative Justice System and Alternative Dispute Resolution (ADR) Methods*, Joint Project on Improving the Effectiveness of the Administrative Judiciary and Strengthening the Institutional Capacity of the Council of State, Council of Europe, Ankara 2020.

GINTER Carri, SIMMOVART, Mari Ann, “Part V The Remedies Directives 89/665/EEC etc.”, *Brussels Commentary on EU Public Procurement Law* (eds. M. Steinicke, P. Vesterdorf), Nomos/Beck/Hart Publishing, Munich 2018, 1377–1434.

GINTER, Carri, PARREST, Nele, “Estonie/Estonia”, *Droit comparé des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels, 2010, 597–611.

GOLDING, Jane, HENTY, Paul, “The New Remedies Directive of the EC: Standstill and Ineffectiveness”, *Public Procurement Law Review*, 3/2008, 146–154.

GREENBERG, Simon, “ICC Arbitration and Public Contracts: The ICC Court’s Experience of Arbitrations involving States and State Entities”, *Contrats publics et arbitrage international* (dir. M. Audit), Bruylant, Bruxelles 2011, 3–23.

GÜNTHER, Carsten, *Administrative Justice in Europe: Report for Germany*, 2017, доступно на: www.aca-europe.eu/en/eurtour/i/countries/germany/germany_en.pdf, 10. октобар 2021.

GURLIT, Elke, “§31 Zustandekommen von Verwaltungsverträgen“, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Hrsg. H.-U. Erichsen, D. Ehlers), De Gruyter, Berlin – New York 2010, 776–781.

GURLIT, Elke, “§32 Wirksamkeit von Verwaltungsverträgen“, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Hrsg. H.-U. Erichsen, D. Ehlers), De Gruyter, Berlin – New York 2010, 781–800.

HAEMERS, Jelle, RYCKBOSCH, Wouter, “A targeted public: public services in fifteenth century Ghent and Bruges”, *Urban History*, 37/2010, 203–225.

HALLONEN Kirsi-Maria, “Article 73: Termination of Contracts”, *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU* (eds. R. Caranta, A. Sanchez-Graells), Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2021, 798–809.

HEUKELS, Ton, TIB, Jamila, “Towards Homogeneity in the Field of Legal Remedies: Convergence and Divergence” *Convergence and Divergence in European Public Law* (eds. P. Beaumont, C. Lyons, N. Walker), Hart Publishing, Oxford 2002, 111–128.

HORN, Lutz, HOFFMAN, Jens, „Nachprüfungsverfahren“, *Beck'scher Vergaberechtskommentar* (Hrsg. M. Burgi, M. Dreher), Band 1, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB – 4. Teil, 3. Auflage Beck, 2017, 1290–1460.

HUNT, Robert, “Dispute Resolution Boards”, NADRAC Conference September 2003, *The Arbitrator & Mediator*, vol. 23, 2/2004.

JEROSIMIĆ, Ana, *Alternative Dispute Resolution Mechanisms Cost/Benefit Analysis* (ed. J. Brooks), United Nations Development Programme (UNDP) Serbia, Belgrade 2013.

KARANIKIĆ MIRIĆ, Marija, JEVREMOVIĆ PETROVIĆ, Tatjana, “Administrative Contracts in Serbian Law – Specificities of the New Statutory Regime”, *Review of Central and East European Law*, 45/2020, 1–35.

KEYES, W. Noel, *Government Contracts in a Nutshell*, Nutshell series, West Publishing Co., 3rd edition, St. Paul, Minnesota, 2000.

KOPRIĆ, Ivan *et al.*, *Comparative Study: Legal Remedies in Administrative Procedures in Western Balkans*, Regional School of Public Administration (ReSPA), 2016.

KOUTOUPA-RENGAKOU, Evangèlia, “Grèce/Greece: Le règlement des litiges liés aux contrats publics en Grèce”, *Contrôle et contentieux des contrats publics/Oversight and Challenges of Public Contracts* (dir./eds. L. Folliot-Lalliot, S. Torricelli), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2018, 131–150.

KOVACH, Kimberlee K., “Mediation”, *The Handbook of Dispute Resolution* (eds. M. L. Moffitt, R. C. Bordone), A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School, Jossey-Bass, San Francisco, 2005, 304–317.

KRÖNKE, Christoph, “PPP and concessions in Germany”, *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU: An Unfinished Legal Framework* (eds. P. Bogdanowicz, R. Caranta, P. Telles), European Procurement Law Series, Edward Elgar, 2020, 71–88.

LAMARI, Maria R. “The Role of Alternative Dispute Resolution in Government Construction Contract Disputes”, *Hofstra Law Review*, Vol. 23, 1/1994, 205–224.

LANGROD, Georges, “Administrative Contracts: A Comparative Study”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 4, 3/1955, 325–364.

LE BOT, Olivier, “La sécurisation des MARL par Le juge administratif. Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif”, *Faculté de Droit et des Sciences sociales – Poitiers*, Poitiers 2017, 9–22.

LEAUA, Crenguta, “Chapter 5: Independence and Impartiality of Experts in Expert Determination Proceedings”, *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (eds. F.J.M. De Ly, P.-A. Gélinas), Dossiers of the ICC

Institute of World Business Law, Volume 15, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC) 2017, 54–62.

LICHERE, François, GABAYET, Nicolas, “Enforcement of the EU Public Procurement Rules in France”, *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* (eds. S. Treumer, F. Lichère), European Procurement Law Series, First Edition, vol. 3, DJØF Publishing Copenhagen 2011, 299–330.

LONG, Marceau *et al.*, “Compétence de la juridiction administrative - Régime exorbitant – Contrats: Observations”, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16e édition, 26/2007, No. 155, 1–5.

MÄENPÄÄ, Olli, “Finlande/Finland”, *Droit comparé des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels, 2010, 657–673.

MARCHETTI, Barbara, “Italie/Italy: Spécialité du contentieux et recherche des remèdes alternatifs dans le secteur des contrats publics en Italie”, *Contrôles et Contentieux des Contrats Publics/Oversight and Challenges of Public Contracts* (dir./eds. L. Folliot-Lalliot, S. Toricelli), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2018, 151–172.

MARIQUE, Yseult, “United Kingdom”, *Les principes des contrats publics en Europe/Principles of public contracts in Europe* (dir./eds. S. de la Rosa, P. Valcárcel Fernandez), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2022, 433–456.

MARIQUE, Yseult, *Public-Private Partnerships and the Law: Regulation, Institutions and Community*, Edward Elgar, Cheltenham – Southampton 2014.

MASSER, Kai *et al.*, *Evaluierung des Mediationsgesetzes, Rechtstatsächliche Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz*, Speyer 2017.

MAURER, Harmut, „Der Verwaltungsvertrag – Probleme und Möglichkeiten“, *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen* (Hrsg. H. Hill), Schriftenreihe der Deutschen Sektion des Internationalen Instituts für Verwaltungswissenschaften, Band 16, Nomos, Baden-Baden 1990, 15–38.

MILES, Kate, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, Cambridge 2013.

MILOVANOVIĆ, Dobrosav, DAVINIĆ, Marko, CUCIĆ, Vuk, “Free Access to Information in Serbia”, *The Laws of Transparency in Action: A European Perspective* (eds. D. C. Dragos, P. Kovač, A.T. Marseille), Palgrave Macmillan Cham, 2019, 501-541.

NESLUND, Nancy, “Dispute Resolution: A Matrix of Mechanisms”, *Journal of Dispute Resolution*, 2/1990, Article 1, 217–265.

NOËL, Mathieu, PEROIS, Emmanuel, “Béziers II : le juge restreint le référé suspension”, *Contrats Publics* – n° 123 – juillet-août 2012, 1–3.

NOGUELLOU, Rozen, “Le contentieux contractuel en droit français”, *Contrôle et contentieux des contrats publics/Oversight and Challenges of Public Contracts* (dir./eds. L. Folliot-Lalliot, S. Torricelli), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2018, 93–108.

NOGUELLOU, Rozen, “France“, *Droit comparé des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels, 2010, 675–669.

NOGUELLOU, Rozen, STELKENS, “Propos introductifs/Introduction”, *Droit compare des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, 1–20.

NOLTE Jakob, “Das neue Mediationsgesetz und die Verweisungssystematik der VwGO”, *Humboldt Forum Recht*, 3/2012, 23–32.

NOWICKI, Paweł, “Article 4: Threshold Amounts”, *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU* (eds. R. Caranta, A. Sanchez-Graells), Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2021, 42–47.

PATRIKIOS, Apostolos, *L’arbitrage en matière administratif* (Préface de Yves Gaudemet), L.G.D.J, Paris 1997.

PAVIĆ, Vladimir, „National Reports: Serbia“, L. Mistelis, L. Shore, H. Smit (Eds.) *World Arbitration Reporter (WAR)*, 2nd Edition, JurisNet LLC, 2010, 1–41.

PEAT, Daniel, “International Investment Law and the Public Law Analogy: The Fallacies of the General Principles Method”, *Journal of International Dispute Settlement* Vol. 9, 4/2018, 654–678.

PECH, Laurent, “Article 47(2)”, *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary* (eds. Steve Peers *et. al*), Hart Publishing, London 2014, 1197–1276.

PERRY, James, “Dispute Boards”, *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (eds. F. J.M. De Ly and P. A. Gélinas), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International/International Chamber of Commerce (ICC), Volume 15, 2017, 97 – 105.

PETKUTE-GURIENE, Jurgita, “Access to Arbitral Justice in Construction Disputes (Dispute Board-Related Issues, Time Bar and Emergency Arbitration)”, *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues* (eds. C. Baltag, C. Vasile), Kluwer Law International 2019, 1–20.

PODUMLJAK, Munir, MITROVIĆ, Peđa, *Public Procurement Systems in the Western Balkans: An Assessment of Integrity, Performance and Vulnerability to Capture, Country Report: Serbia*, (ed. E. David Barrett), Partnership for Social Development, Zagreb 2017.

PÜNDER, Herman, KLAFKI, Anika, “Grounds for Review and Standards of Review”, *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action* (eds. C. Backes, M. Eliantonio), *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Hart publishing, Oxford 2019, 441–553.

REIMER, Ekkerhart, „§40 VwGO (Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges)“ *Beck'scher Online-Kommentar VwGO (BeckOK VwGO)* (Hrsg. H. Posser, H. A. Wolff), 60. Auflage, 2022.

RICHER, Laurent, LICHÈRE, François, *Droit des contrats administratifs*, 11^e édition, LGDJ, Paris 2019.

- RICHER, Laurent, LICHÈRE, FRANÇOIS, *Droit des contrats administratifs*, 10^e édition, LGDJ, Paris 2016.
- RISVIG HAMER, Carina, “The concept of a ‘public contract’ within the meaning of the Public Procurement Directive”, *Upphandlingsrættslig Tidsskrift*, 3/2016, 179–200.
- RISVIG HANSEN, Carina, *Contracts not covered, or not fully covered, by the Public Sector Directive*, DJØF Publishing, Copenhagen 2012.
- ROLIN, Frédéric, “Le rôle de la pratique dans la construction du droit des contrats administratifs”, *À propos des contrats des personnes publiques – Mélanges en l’honneur de Laurent Richer*, LGDJ, Paris 2013, 9–23.
- SANCHEZ-GRAELLS, Albert, “The Continuing Relevance of the General Principles of EU Public Procurement Law after the Adoption of the 2014 Concessions Directive”, *University of Leicester School of Law Research Paper No. 15-12*, (March 20, 2015), доступно на: <https://ssrn.com/abstract=2581683>, 10. септембар 2022.
- SANCHEZ-GRAELLS, Albert, “What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance”, Forthcoming in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, (July 6, 2012), доступно на: <https://ssrn.com/abstract=2101712>, 5. септембар 2022.
- SANCHEZ-GRAELLS, Albert, “Article 2: Definitions”, *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU* (eds. R. Caranta, A. Sanchez-Graells), Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2021, 17–30.
- SANCHEZ-GRAELLS, Albert, “Article 1 of Directive 2014/23/EU: Subject-matter and scope”, *Brussels Commentary on EU Public Procurement Law* (eds. M. Steinicke, P. Vesterdorf), Nomos/Beck/Hart Publishing, 2018 Munich, 1108–1111.
- SANCHEZ-GRAELLS, Albert, “‘If it ain't broke, don't fix it'? EU requirements of administrative oversight and judicial protection for public contracts”, *Contrôle et contentieux des contrats publics/Oversight and Challenges of Public Contracts* (dir./eds. L. Folliot-Lalliot, S. Torricelli), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2018, 495–534.
- SANCHEZ-GRAELLS, Albert, DE KONINCK, Constant, *Shaping EU Public Procurement Law – A Critical Analysis of the CJEU Case Law 2015-2017*, Wolters Kluwer, 2018.
- SCHILL, Stephan, ĐANIĆ, Vladislav, “Wherefore Art Thou? Towards a Public Interest-Based Justification of International Investment Law”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 33, 1/2018, 29–55.
- SCHILL, Stephan, “The Impact of International Investment Law on Public Contracts”, *Transnational Law of Public Contracts* (eds. M. Audit, S.W. Schill), Bruylant, Brussels 2016, 231–258.
- SCHILL, Stephan W., AUDIT, Mathias, “Transnational Law of Public Contracts: An Introduction”, *Transnational Law of Public Contracts* (eds. M. Audit, S. W. Schill), Bruylant, Brussels 2016, 3–20.
- SCHILL, Stephan, W., “Contracting with Foreigners: International Investment Law Implications”, *Droit comparé des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Nogueuou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, 63–79.

- SCHILL, Stephan, „Öffentlich-rechtliche Schiedsverfahren zwischen Risikobewältigung und Rechtsrisiko“, *Die Öffentliche Verwaltung*, Heft 24, 2010, 989–1032.
- SCHLOSSER, Peter, „Buch 10. Schiedsrichterliches Verfahren“, *Kommentar zur Zivilprozessordnung* (Hrsg. R. Bork, H. Roth), 23. Auflage, Band 10 §§ 1025 bis 1066, Mohr Siebeck, Tübingen 2014, 1–81.
- SCHOCH, Friedrich, „§50: Gerichtliche Verwaltungskontrollen“, *Grundlagen des Verwaltungsrechts* (Hrsg. W. Hoffman-Riem, E. Schmidt-Abmann, A. Voßkuhle), Band III, Beck, München 2009, 687–941.
- SCHRÖDER, Meinhard, “Administrative Law in Germany”, *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States: A Comparative Analysis* (ed. R. Serden), Fourth edition, Intersertia, Cambridge – Antwerp – Portland 2018, 39–100.
- SCHWARTZ, Joshua “États Unis/United States of America”, *Droit comparé des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, 613–655.
- SCHNEIDER, Jens-Peter, “The Public-Private Law Divide in Germany”, *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?* (ed. Mathias Ruffert), British Institute of International and Comparative Law, London 2009, 85–98.
- SCHOENI, Daniel E., YUKINS, Christopher R., “Principles of Public Contracts in the United States of America”, *Les principes des contrats publics en Europe/Principles of Public Contracts in Europe* (dir./eds. S. de la Rosa, P. Valcárcel Fernandez), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2022, 97–119.
- SCHUBERT, Felix, “Germany“, *Les principes des contrats publics en Europe/Principles of public contracts in Europe* (dir./eds. S. de la Rosa, P. Valcárcel Fernandez), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2022, 261–283.
- SILVA ROMERO, Eduardo, SIMÕES E SILVA, Ana Carolina, “L’arbitrage CIRDI et les contrats de nature publique passés avec un état ou une entité étatique”, *Contrats publics et arbitrage internationale* (dir. M. Audit), Bruylant, Bruxelles 2011, 25–44.
- SINGH, Mahendra P., *German Administrative Law: In Common Law Perspective*, Springer, Berlin – Heidelberg 1985.
- SORACE, Domenico, TORRICELLI, Andrea, “Monitoring and Guidance in the Administration of Public Contracts”, *Droit compare des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, 199–208.
- STANIVUKOVIĆ, Maja, “Serbian Arbitration Law”, *International Commercial Arbitration, IV National Rules and Enactments, IV Serbia 7a, 7. Commentary*, Oceana, New York 2008, 1–31.
- STEFFEK, Felix, “Principled Regulation of Dispute Resolution: Taxonomy, Policy, Topics”, *Regulating Dispute Resolution: ADR and Access to Justice at Crossroads* (eds. F. Steffek, H. Unberath), Hart Publishing, Oxford – Portland 2013, 33–61.

STEFFEK, Felix *et al.*, “Guide for Regulating Dispute Resolution (GRDR): Principles and Comments” *Regulating Dispute Resolution: ADR and Access to Justice at Crossroads* (eds. F. Steffek, H. Unberath), Hart Publishing, Oxford – Portland 2013, 13–33.

STEINICKE, Michael, VESTERDORF Peter, „Preface“, *Brussels Commentary on EU Public Procurement Law* (eds. M. Steinicke, P. Vesterdorf), Nomos/Beck/Hart Publishing, Munich 2018, v – vii.

STELKENS, Ulrich, „Abschnitte zum Europarecht zu §54“, *Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar* (Hrsg. P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs), C.H. Beck, 10. Auflage, München 2023, 2114–2133.

STELKENS, Ulrich, “Judicial Protection and Competitive Award Procedures in Germany”, *Review of European Administrative Law*, Vol. 14, 1/2021, 141–165.

STELKENS, Ulrich, “Le droit allemand des contrats administratifs : aspects choisis“, *La contractualisation en droit public* (dir. Véronique Boillet *et al.*), collection “Pratique du droit administratif”, Schulthess Éditions Romandes, Genève – Zurich 2021, 67–88.

STELKENS, Ulrich, “Allemagne/Germany: Le contrôle et le contentieux des contrats publics en Allemagne”, *Contrôle et contentieux des contrats publics/Oversight and Challenges of Public Contracts* (dir./eds. Laurence Folliot-Lalliot, Simone Torricelli), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2018, 33–66.

STELKENS, Paul, BONK, Heinz Joachim, SACHS, Michael, *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG): Kommentar*, C.H. Beck, 9. Auflage, München 2018.

STELKENS, Ulrich, „Administrative Appeals in Germany”, *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law* (eds. D. C. Dragos, B. Neamtu), Springer, Berlin – Heidelberg 2014, 3-55.

STELKENS, Ulrich, “Besprechung zu Glaser, Andreas: Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre”, *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2014, 1059 – 1060.

STELKENS, Ulrich, SCHRÖDER, Hanna, “EU Public Contract Litigation”, *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond* (eds. M. Trybus, R. Caranta, G. Edelstam), Bruylant, Brussels 2014, 443–459.

STELKENS, Ulrich, SCHRÖDER, Hanna, “Substantive Law applicable to EU Public Contracts”, *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond* (eds. Martin Trybus, R. Caranta, G. Edelstam), Bruylant, Brussels 2014, 395–416.

STELKENS, Ulrich, “The Public-Private Law Divide, Annual Report - 2010 – Germany”, *Ius Publicum Network Review*, No. 1/2012, 1 – 18.

STELKENS Ulrich, “Kodifikationssinn, Kodifikationseignung und Kodifikationsgefahren im Verwaltungsverfahrenrecht“, *35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – Bilanz und Perspektiven* (Hrsg. H. Hill, K.P Sommermann, J. Ziekow), Duncker & Humblot, Berlin 2011, 271–295.

STELKENS, Ulrich, SCHRÖDER, Hanna, “Le contentieux des contrats publics en Europe – Allemagne”, *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 2011, 16–24.

STELKENS, Ulrich, SCHRÖDER, Hanna, “Droit des Contrats Publics en Allemagne/Public Contract Law in Germany”, *Droit comparé des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, 307–338.

STRUMPF, Christoph, *Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht*, Ius Publicum: Beiträge zum Öffentlichen Recht, Band 149, Mohr Siebeck, Tübingen 2006.

SZENTE, Zoltán, “Conceptualising the principle of effective legal protection in administrative law”, *The Principle of Effective Legal Protection in Administrative Law: A European Comparison* (eds. Z. Sente, K. Lachmayer), Routledge, New York 2017, 5–22.

TALAPINA, Elvira, “Russie/Russia”, *Droit comparé des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels, 2010, 835–857.

TELLES, Pedro, “Challenges with concessions and public-private partnerships within the EU and national legal regimes”, *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU: An Unfinished Legislative Framework* (eds. P. Bogdanowicz, R. Caranta, P. Telles), European Procurement Law Series, Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2020, 207–213.

TELLES, Pedro, “Public Procurement Financial Thresholds in the EU and Their Relationship with the GPA”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, Vol. 11, 3/2016, 205–219.

TELLES, Pedro, “The Good, the Bad and the Ugly: EU’s Internal Market, Public Procurement Thresholds and Cross-Border Interest (with Editor’s Note)”, *Public Contract Law Journal*, Vol. 43, 1/2013, 3–27.

TEUBNER, Gunther, “Legal irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences”, *The Modern Law Review*, Vol. 61, 1/1998, 11–32.

TODOROVIĆ, Bojana, “The Story of the Civil Supervisor: A Missed Opportunity to Strengthen Civil Control of Public Procurement in the Republic of Serbia”, *Balkan Yearbook of European and International Law* (eds. Z. Meškić *et al.*), Springer, 2020, 147–175.

TODOROVIĆ, Bojana, “Article 90: Transposition and Transitional Measures”, *Commentary to Directive 2014/24/EU* (eds. R. Caranta, A. Sanchez-Graells), Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2021, 905–911.

TODOROVIĆ, Bojana, “Article 92: Review”, *Commentary to Directive 2014/24/EU* (eds. R. Caranta, A. Sanchez-Graells), Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2021, 916–921.

TODOROVIĆ, Bojana, “Article 93: Entry into force”, *Commentary to Directive 2014/24/EU* (eds. R. Caranta, A. Sanchez-Graells), Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2021, 922–926.

TODOROVIĆ, Bojana, “Chronicle on Serbian Administrative Law for 2019”, *European Review of Public Law (ERPL/REDP)*, Vol. 31, No. 4, winter/hiver 2019, 1491–1520.

TREPTE, Peter, *Public Procurement in the EU: A Practitioner’s Guide*, second edition, Oxford University Press, Oxford – New York 2007.

TREUMER, Steen, “Enforcement of the EU Public Procurement Rules: The State of Law and Current Issues”, *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* (eds. S. Treumer, F.

Lichère), *European Procurement Law Series*, First Edition, vol. 3, DJØF Publishing Copenhagen 2011, 17–51.

TREUMER, Steen, “Basis and Conditions for a Damages Claim for Breach of the EU Public Procurement Rules“, *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy* (eds. D. Fairgrieve, F. Lichère), Hart publishing, London 2011, 149–166.

TRYBUS, Martin, “Public Contracts in EU Internal Market Law: Foundations and Requirements“, *Droit compare des contrats publics/Comparative Law on Public Contracts* (dir./eds. R. Noguellou, U. Stelkens), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2010, 81–121.

TURPIN, Colin C., “Chapter 4: Public Contracts“, *International Encyclopedia of Comparative Law* (ed. A. von Mehren), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), the Hague – Boston – London 1982, 1–48.

TURUDIĆ, Marko, “Croatia“, *Les principes des contrats publics en Europe/Principles of public contracts in Europe* (dir./eds. S. de la Rosa, P. Valcárcel Fernandez), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2022, 197–208.

TURUDIĆ, Marko, “*Locus Standi* and the Interpretation of ‘Interest to Obtain a Particular Contract’ in Public Procurement Remedies“, *European Procurement and Public Private Partnership Law Review* (EPPPL), 1/2022, 14–22.

UNCITRAL, *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*, UN, New York 2001.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, “The Control of Public Procurement in Spain – In particular the role of independent administrative authorities created to transpose Directive 89/665/CEE“, *Contrôle et contentieux des contrats publics/Oversight and Challenges of Public Contracts* (dir./eds. L. Folliot-Lalliot, S. Torricelli), Bruylant, Bruxelles/Brussels 2018, 67–91.

VANDEBURIE, Aurélien, DE VALKENEER, Delphine, WAUTERS, Kris, “La modification unilatérale d’un contrat public“, *La modification unilatérale du contrat* (coord. K. Wauters), Anthemis, Limal 2018, 91–141.

VAN HARTEN, Gus, LOUGHLIN, Martin, “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law“, *The European Journal of International Law*, Vol. 17, 1/2006, 121–150.

VAN LANG, Agathe, GONDOUIN, Geneviève, INSERGUET-BRISSET, Véronique, *Dictionnaire de droit administratif*, 7e édition, Éditions Dalloz, Sirey, Paris 2015.

VARNEY, Mike, “Conduct of Court Proceedings“, *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action* (eds. C. Backes, M. Eliantonio), Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Hart Publishing, Oxford 2019, 325–440.

VARNEY, Mike, “Non-Judicial Redress Mechanisms“, *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action* (eds. C. Backes, M. Eliantonio), Hart Publishing, Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Oxford 2019, 791–878.

VON BARGEN, Joachim, „Außergerichtliche Streitschlichtungsverfahren (Mediation) auf verwaltungsrechtlichem Gebiet in rechtsvergleichender Perspektive“, *L’Etat actuel et les*

perspectives du droit administratif européen (dir. J. Schwarze), Bruylant, Bruxelles 2010, 337–364.

VON BOGDANDY Armin, HUBER, Peter M, “Evolution and *Gestalt* of the German State”, *The Max Planck Handbooks in European Public Law, Vol. 1: The Administrative State* (eds. A. von Bogdandy, P. M. Huber, S. Cassese), Oxford University Press, Oxford 2017, 196–236.

VORNICU, Roxana, DRAGOS, Dacian C. “Concessions and PPP in Romania”, *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU: An Unfinished Legislative Framework* (eds. P. Bogdanowicz, R. Caranta, P. Telles), European Procurement Law Series, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton 2020, 146–167.

VUČETIĆ, Dejan, “Is Mediation Viable in Administrative Matters?“, *Facta Universitatis, Series: Law and Politics*, Vol. 14, 4/2016, 495–504.

WEHLAND, Hanno, “Domestic Courts and Investment Treaty Tribunals: The Effect of Local Recourse Against Administrative Measures on the Breach of Investment Protection Standards”, *Journal of International Arbitration*, Volume 36, 2/2019, 207–230.

WIDDERSHOVEN, Rob, “National Procedural Autonomy and General EU Law Limits”, *Review of European Administrative Law*, Vol. 12, 2/2019, 5 – 34.

WIDDERSHOVEN, Rob “Appellate Proceedings”, *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action* (eds. C. Backes, M. Eliantonio), Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Hart Publishing, Oxford 2019, 691–742.

WOLSWINKEL, Johan, “Article 7: Contracts in the Water, Energy, Transport and Postal Services Sectors”, *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU* (eds. R. Caranta, A. Sanchez-Graells), Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2021, 69–79.

WORLD BANK GROUP, *Mediation Essentials*, Mediation Series, Washington D.C. 2017, доступно на: <http://documents.worldbank.org/curated/en/153761503566770915/Mediation-essentials>, 3. март 2022.

ZU HOHENLOHE-OEHRINGEN, Diana, “The principle of effective legal protection in German administrative law”, *The Principle of Effective Legal Protection in Administrative Law: A European Comparison* (eds. Z. Szente, K. Lachmayer), Routledge, New York 2017, 122–157.

ИЗВЕШТАЈИ И АНАЛИЗЕ ДОМАЋИХ И МЕЂУНАРОДНИХ ТЕЛА

Европска комисија, Радни документ комисије, Република Србија, *Извештај за 2019. годину који прати Саопштење Комисије упућено Европском парламенту, Савету, Европском економском и социјалном комитету и Комитету региона*, Саопштење о политици проширења ЕУ за 2019. годину, COM(2019) 260 коначни, 61 доступно на: Министарство за европске интеграције Републике Србије, Годишњи извештаји ЕК, <https://www.mei.gov.rs/srp/dokumenta/eu-dokumenta/godisnji-izvestaji-ek/>, 8. јул 2022.

Европска комисија, Радни документ комисије, Република Србија, *Извештај за 2021. годину који прати Саопштење Комисије упућено Европском парламенту, Савету, Европском економском и социјалном комитету и Комитету региона*, Саопштење о

политици проширења ЕУ за 2021. годину, SWD(2021) 288 коначна верзија, 77-78. Стразбур, 19. 10. 2021. године, доступно на: Министарство за европске интеграције Републике Србије, Годишњи извештаји ЕК, <https://www.mei.gov.rs/srp/dokumenta/eu-dokumenta/godisnji-izvestaji-ek/>, 8. јул 2022.

European Commission, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the Effectiveness of Directive 89/665/EEC and Directive 92/13/EEC, as Modified by Directive 2007/66/EC, Concerning Review Procedures in the Area of Public Procurement*, Brussels, 24.1.2017 COM(2017) 28 final.

European Commission, *Commission Staff Working Document, Serbia 2022 Report Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2022 Communication on EU Enlargement policy*, SWD(2022) 338 final, Brussels, 12.10.2022.

European Commission, Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Remedies Directives, Public Consultations, https://ec.europa.eu/growth/content/remedies-directives-eyes-enterprises-contract-authorities-and-legal-practitioners-0_en, 14. октобар 2019.

European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions COM(2019) 198/2, The 2019 EU Justice Scoreboard*, Luxembourg 2019.

European Commission, *Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions*, COM/2004/0327 final, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52004DC0327>, 12. јануар 2022.

European Commission, *Commission interpretative communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to institutionalised PPP (IPPP) (Text with EEA relevance)*, *Official Journal of the European Union*, 2008/C 91/02.

Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, *Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte: Zur Abgrenzung der Rechtswegzuständigkeiten*, Ausarbeitung WD 7 – 3000 – 063/15, 13. April 2015.

Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, *'Rebooting' the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU*, Brussels, 2014.

Marco Camboni *et al*, DG Grow - Public Procurement Remedies, *Study to explore data availability at national level in order to develop indicators for evaluating the performance of the 'Remedies Directives' – Final Report*, Risk & Policy Analysts Limited, London, August 2018.

Управа за јавне набавке, *Извештај о јавним набавкама у Републици Србији за период 1.1.2019 – 31.12.2019. године*, Београд 2020. године, доступно на: <https://www.ujn.gov.rs/izvestaji/izvestaji-uprave-za-javne-nabavke/>, доступно на: 12. јул 2022.

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

Блогови и текстови из онлајн часописа и других извора

Albert Sanchez-Graells, “Public procurement”, *Doing things differently? – policy after Brexit* (eds. A. Menon, J. Reland, J. Rutter), (31 January 2022), доступно на: <https://ukandeu.ac.uk/researchpapers/doing-things-differently-policy-after-brexit/>, 13. март 2023.

Aleksandra Maganić, „Granice arbitrabilnosti u rješavanju upravnih stvari“, *Zakornost*, 1/2019, доступно на: <http://zakornost.s11.novenaaweb.info/hr/izdanja/?izdanje=1&clanak=205>, 23. октобар 2022.

Alexis Mourre, “The INSERM decision of the Tribunal des Conflits: a storm in a teacup?”, *Kluwer Arbitration Blog*, June 7 2010, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/06/07/the-inserm-decision-of-the-tribunal-des-conflits-a-storm-in-a-teacup/>, 2. јул 2022.

Alexandre Ciaudo, “Le Nouveau Recours en Contestation de la Validité des Contrats : Portée et Conséquences”, (29.11.2007), <http://blogdroitadministratif.net/2007/11/29/le-nouveau-recours-en-contestation-de-la-validite-des-contrats-portee-et-consequences/>, 1. септембар 2021.

Benedikt Windau, „Der Güterichter im prozessualen Kontext – sinnvolle Ergänzung oder Fremdkörper?“, *Anwalts Blatt* (25.02.2019), <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/zpoblog/gueterichter-verweisung-entscheidung-vertraulichkeit-anwaltszwang-streitwertfestsetzung>, 3. фебруар 2022.

Christian W. Konrad (Konrad & Justich), “Buried in Oblivion? The Significance and Limitations of the European Convention on International Commercial Arbitration”, *Kluwer Arbitration Blog*, November 2, 2010, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/11/02/buried-in-oblivion-the-significance-and-limitations-of-the-european-convention-on-international-commercial-arbitration/>, 18. јун 2022.

Christopher R. Seppälä, *Fidic and Dispute Adjudication Boards (DAB(s)), International Federation of Consulting Engineers*, 2015, <https://fidic.org/sites/default/files/webinar/PresentationCSeppFIDICandDisputeAdjudicationBoards.pdf>, 25. август 2022.

Центар за медијацију, Асоцијација медијатора Србије, „Која је улога медијатора“, <https://www.medijacija.org/o-medijaciji/koja-je-uloga-medijatora/>, 25. април 2022.

Dacian C. Dragos, Daniela Cimpan, “Public – Private Arbitration in the Romanian Law” (December 19, 2017), доступно на: <https://ssrn.com/abstract=3143446> или <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3143446>, 18. јун 2021.

Daniel Weinstein, Mushegh Manukyan, “Making Mediation More Attractive for Investor-State Disputes”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2019, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/03/26/making-mediation-more-attractive-for-investor-state-disputes/>, 11. април 2022.

Dario Đerđa, „Upravni ugovor u hrvatskome pravnom sustavu – regulacija i prostor za njeno poboljšanje“, *Fondacija Centar za javno pravo – Analize*, 2012, 6-7, доступно на: <https://fcjp.ba/index.php/-95733>, 19. март 2023.

Doc du Juriste, CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele - La distinction entre le contrat administratif et l'AAU et l'identification des vrais contrats administratifs, <https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-administratif/commentaire-d-arret/ce-ass-10-juillet-1996-cayzeele-distinction-contrat-administratif-aau-483027.html>, 1. септембар 2022.

Foreign Investors Council – FIC, *The White Book 2019: Proposals for improvement of the business environment in Serbia*, Chapter 20: Public-Private Partnerships (Eds. Prof. Dr. Miroljub Labus, FIC), 102-103, доступно на: <http://www.fic.org.rs/projects/white-book/white-book-publication.html>, 18. новембар 2019.

Guillaume Delarue, “Demande Indemnitaire Préalable et Décret Jade: le Conseil D’Etat Continue d’être Pédagogue”, <https://www.village-justice.com/articles/demande-indemnitaire-préalable-décret-jade-conseil-état-continue-pédagogie,31218.html>, 3. септембар 2022.

Gustav Flecke-Giammarco, Gebhard Bücheler, “Arbitration Procedures and Practice in Germany: Overview”, *Thomson Reuters Practical Law*, (01.06.2021), [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-385-8191?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#:~:text=German%20law%20requires%20that%20all,\(1\)%2C%20CCP.](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-385-8191?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#:~:text=German%20law%20requires%20that%20all,(1)%2C%20CCP.), 10. јул 2022.

Jan Bonhage, Marc Roberts, *The Public-Private Partnership Law Review: Germany* (7 April 2021), доступно на: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/germany#footnote-059-backlink>, 17. јануар 2022.

Jean-Marc Sauvé, “L’arbitrage et les personnes morales de droit public”, Colloque du 30 septembre 2009 organisé par la Chambre Nationale pour l’Arbitrage Privé et Public (13. octobre 2009), https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/l-arbitrage-et-les-personnes-morales-de-droit-public#_ftn4, 2. јул 2022.

Jean Romieu, “Conclusions Romieu sur l’arrêt Terrier, Conclusions sur CE, 6 février 1903, Terrier, n° 07496, rec.”, *Revue générale du droit online*, 2018, numéro 29383, <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2018/02/19/conclusions-romieu-sur-larret-terrier/>, 9. септембар 2021.

Marko Turudić, „Važna promjena pravnog shvaćanja DKOM-a o pravnom interesu za podnošenje žalbe“, *Upravno pravo – Blog o svemu upravnompravnom* (12.07.2022), <https://upravnopravo.blog/2022/07/12/vazna-promjena-pravnog-shvacanja-dkom-a-o-pravnom-interesu-za-podnosenje-zalbe/>, 12. јул 2022.

Mathias Amilhat, “La notion de contrat administratif face au nouveau droit de la commande publique: réflexions sur quelques évolutions récentes”, *Journal du Droit Administratif* (JDA), Chronique contrats publics 01, Art. 105, 2016, доступно на: <http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=1157>, 16. јануар 2022.

Mathias Amilhat, “La notion de contrat administratif et son régime: quelques évolutions”, *JDA*, Art. 237, 2019, доступно на: <http://www.journal-du-droit-administratif.fr/la-notion-de-contrat-administratif-et-son-regime-quelques-evolutions-2/>, 20. септембар 2022.

Mathias Nunes, Laure Mena, Mathilde Lemaire, “Il était une fois Béziers – Retour sur la trilogie jurisprudentielle” (11.06.2015), <https://www.lepetitjuriste.fr/il-etait-une-fois-beziers-retour-sur-la-trilogie-jurisprudentielle/>, 16. септембар 2022.

Maurice Hauriou, “Le caractère administratif de la concession d’un service public communal, Note sous Conseil d’Etat, 4 mars 1910, Thérond, S. 1911.3.17”, *Revue générale du droit on*

line, 2015, numéro 15567, <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/06/10/le-caractere-administratif-de-la-concession-dun-service-public-communal/>, 10. септембар 2021.

Michael Schaefer, Thomas Volland, Germany: “Public Private Partnerships In Germany - An Overview”, Freshfields Bruckhaus Deringer, 26 November 2009, <https://www.mondaq.com/germany/government-contracts-procurement-ppp/87762/public-private-partnerships-in-germany--an-overview>, 18. јануар 2022.

Michael Schaefer, Thomas Volland, Freshfields Bruckhaus Deringer, “Germany: Public Private Partnerships In Germany - An Overview” (26.11.2009), <https://www.mondaq.com/germany/government-contracts-procurement-ppp/87762/public-private-partnerships-in-germany--an-overview>.

Мирослава Дерикоњић, „Измене правосудних закона након избора“, Политика (11.03.2022. године), <https://www.politika.rs/scc/clanak/501775/Izmene-pravosudnih-zakona-nakon-izbora>, 8. јул 2022.

Mushegh Manukyan, “Singapore Convention Series: A Call For A Broad Interpretation Of The Singapore Mediation Convention In The Context Of Investor-State Disputes”, *Kluwer Arbitration Blog* 2019, <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/10/singapore-convention-series-a-call-for-a-broad-interpretation-of-the-singapore-mediation-convention-in-the-context-of-investor-state-disputes/>, 11. април 2022.

Nicholas Gould, “Enforcing a Dispute Board’s decision: issues and considerations”, Introduction to International Adjudication, FIDIC Middle East Conference, доступно на: <https://www.fenwickelliott.com/research-insight/articles-papers/enforcing-dispute-board%E2%80%99s-decision-issues-and-considerations-0>, 4. јул 2022.

Rachel Tan, “Investor-State Arbitration Meets Mediation: The Singapore Convention on Mediation as Game-Changer”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2020, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/09/29/investor-state-arbitration-meets-mediation-the-singapore-convention-on-mediation-as-game-changer/#:~:text=The%20Singapore%20Convention%20on%20Mediation%20entered%20into%20force%20on%2012,mediation%20for%20two%20main%20reasons.>, 11. април 2022.

Rhita Bousta, “Mediation in administrative justice. A comparison between French and Spanish laws in a nutshell”, *REALaw Blog* (25.10.2022), доступно на: <https://realaw.blog/2022/10/25/mediation-in-administrative-justice-a-comparison-between-french-and-spanish-laws-in-a-nutshell-by-r-bousta/>, 25. октобар 2022.

Seban Avocats, “Annulation d’un avenant à un contrat de concession : modification substantielle et clause réglementaire”, <https://www.seban-associes.avocat.fr/annulation-dun-avenant-a-un-contrat-de-concession-modification-substantielle-et-clause-reglementaire/> (15.03.2018), 2. септембар 2022.

Seban Avocats, “Recours « Béziers I » – Les parties à un contrat administratif sont en droit d’en contester la validité pendant toute sa durée d’exécution”, <https://www.seban-associes.avocat.fr/recours-beziers-i-les-parties-a-un-contrat-administratif-sont-en-droit-den-contester-la-validite-pendant-toute-sa-duree-dexecution/> (11.07.2019), 14. септембар 2022.

Sophie Boyron, “Experimenting with compulsory mediation: assessment and continuation”, *REALaw.blog* (27.05.2022), <https://realaw.blog/?p=1225>, 25. јун 2022.

Stavros Brekoulakis, “The Protection of the Public Interest in Public Private Arbitrations”, *Kluwer Arbitration Blog* (08.05.2017), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/05/08/the-protection-of-the-public-interest-in-public-private-arbitrations/>, 27. јун 2021.

Stefan Andonović, “Troškovi upravnog spora u Republici Srbiji“, *Fondacija Centar za javno pravo – Analize, Fondacija Centar za javno pravo*, 2019, http://fcjp.ba/analize/Stefan_AndonovicITroskovi_upravnog_spora_u_Republici_Srbiji.pdf.

Stephan Schill, “Comparative Public Law Methodology in International Investment Law”, *EJIL:Talk!, Blog of the European Journal of International Law* (3 January 2014), <https://www.ejiltalk.org/comparative-public-law-methodology-in-international-investment-law/>, 28. фебруар 2021.

Stephan Schill, “The Public Law Approach in the Practice of Investment Treaty Arbitration”, *EJIL:Talk!, Blog of the European Journal of International Law* (22 January 2014), <https://www.ejiltalk.org/the-public-law-approach-in-the-practice-of-investment-treaty-arbitration/>, 28. фебруар 2021.

Stephan Schill, “The Public Law Paradigm in International Investment Law”, *EJIL:Talk!, Blog of the European Journal of International Law* (3 December 2013), <https://www.ejiltalk.org/the-public-law-paradigm-in-international-investment-law/>, 28. фебруар 2021.

Vie publique, “Parole d'expert: Le préfet : quel nouveau rôle dans l'organisation administrative française?”, <https://www.vie-publique.fr/parole-dexpert/277854-le-prefet-quel-nouveau-role-dans-lorganisation-administrative> (23.12.2020), 2. септембар 2022.

Vie publique, Fiche thématique: “Quel est le contrôle exercé sur les collectivités territoriales?”, <https://www.vie-publique.fr/fiches/20194-le-controle-de-legalite-des-actes-des-collectivites-territoriales> (26.01.2021), 2. септембар 2022.

Остало

Aceris Law LLC, *Dispute Boards and International Construction Arbitration*, (07.06.2020) https://www.acerislaw.com/dispute-boards-and-international-construction-arbitration/#_ftnref31, 6. јул 2021.

Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union i.n.p.a., *Administrative Justice in Europe, Report for France*, доступно на: <https://www.aca-europe.eu/index.php/en/tour-d-europe-en?page=detail&countryid=10>, 15. јул 2022.

Conseil d'Etat, *Tribunaux et Cours, Organisation*, <https://www.conseil-etat.fr/qui-sommes-nous/tribunaux-et-cours/organisation>, 29. август 2022

Conseil d'Etat, *Organigramme détaillé des sections et services du Conseil d'Etat*, <https://www.conseil-etat.fr/qui-sommes-nous/le-conseil-d-etat/organisation/organigramme-general#anchor4>, 29. август 2022.

Deutsches Ausschreibungsblatt, *Das Auftragsportal Vergabeverordnung (VgV)*, <https://www.deutsches-ausschreibungsblatt.de/informationen/glossar/vergabeverordnung-vgv/>, 12. октобар 2021.

Deutsches Ausschreibungsblatt, *Das Auftragsportal, Vergaberechtsreform und neue Vergabeverordnung*, <https://www.deutsches-ausschreibungsblatt.de/informationen/vergaberecht/vergaberechtsreform-und-neue-vergabeverordnung/>, 12. октобар 2021.

Deutsches Ausschreibungsblatt, Das Auftragsportal, VOB <https://www.deutsches-ausschreibungsblatt.de/informationen/glossar/vob/>, 12. октобар 2021.

Deutsches Ausschreibungsblatt, Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) veröffentlicht, <https://www.deutsches-ausschreibungsblatt.de/2/standard-titel-1/standard-titel-2/>, 12. октобар 2021.

Europa, Међуинституцијски стилски приручник, <https://publications.europa.eu/code/hr/hr-120200.htm>, 20. јануар 2020.

European Commission, Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, The European Single Market, Public Procurement, https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en, 22. јануар 2020.

European Commission, Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Remedies Directives, https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement/legal-rules-and-implementation/remedies-directives_en, 12. октобар 2022.

European Commission, E-library of public procurement good practices, https://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/how/improving-investment/public-procurement/e-library, 22. август 2022.

George Washington Law, Government Procurement Law Series, Introduction to U.S. Bid Protests, <https://publicprocurementinternational.com/introduction-to-us-bid-protests-summer-series/>, 14. октобар 2022.

International Centre for Settlement of Investment Disputes, Database of ICSID Member States, <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>, 18. јун 2021.

International Chamber of Commerce, Model Dispute Board Member Agreement, <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/model-dispute-board-member-agreement-english-version/>, 6. јул 2021.

Juri' Predis, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, <https://www.juripredis.com/fr/la-jurisprudence-dossier/les-grands-arrets-de-la-jurisprudence-constitutionnelle/les-grands-arrets-de-la-jurisprudence-administrative>, 10. септембар 2021.

Kunz Rechtsanwälte, Rheinland-Pfalz: Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte kommt! (15.04.2022), <https://www.kunzrechtsanwaelte.de/aktuelles/news/rheinland-pfalz-vergaberechtsschutz-unterhalb-der-schwellenwerte-kommt>, 17. октобар 2021.

Le Conseil constitutionnel, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-conseil-constitutionnel>, 29. август 2022.

Merriam Webster Dictionary, доступно на: <https://www.merriam-webster.com/legal/dispute%20resolution>, 12. фебруар 2022.

Ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, Le Médiateur des entreprises, Renforcer la confiance entre les acteurs économiques, <https://www.economie.gouv.fr/mediateur-des-entreprises>, 30. јун 2022.

Ministère de L'économie, des Finances et de la Souveraineté Industrielle et Numérique, Direction des Affaires Juridiques, Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, <https://www.economie.gouv.fr/daj/pouvoirs-adjudicateurs-et-entites-adjudicatrices>

Закон о концесијама, *Службени гласник РС*, бр. 20 и 25/97.

Закон о општем управном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 33 од 11. јула 1997, 31 од 27. јуна 2001, *Службени гласник РС*, број 30 од 7. маја 2010.

Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016 и 95/2018 - аутентично тумачење.

Закон о управним споровима, *Службени гласник РС*, бр. 111/2009.

Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ* бр. 31/93, *Службени лист СЦГ* бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020.

Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, *Службени гласник РС*, бр. 88/2011 и 15/2016.

Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020.

Закон о ратификацији Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, број 11/81.

Закон о железници, *Службени гласник РС*, бр. 41/2018.

Закон о јавним набавкама, *Службени гласник РС*, бр. 91/2019.

Закон о јавним набавкама, *Службени гласник РС*, бр. 124/2012, 14/2015 и 68/2015.

Закон о посредовању у решавању спорова, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014.

Закон о арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006.

Закон о правобранилаштву, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014.

Закон о судским таксама, *Службени гласник РС*, бр. 28/94, 53/95, 16/97, 34/2001 – др. закон, 9/2002, 29/2004, 61/2005, 116/2008 – др. закон, 31/2009, 101/2011, 93/2012, 93/2014, 106/2015 и 95/2018.

Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 16/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - др. закон, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 - др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 - одлука УС, 87/2018 и 88/2018 - одлука УС.

Закон о јавном тужилаштву, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 38/2012 – одлука УС, 121/2012, 101/2013, 111/2014 – одлука УС, 117/2014, 106/2015 и 63/2016 – одлука УС.

Одлука о проглашењу Акта о промени Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 16/2022.

Одлука о спровођењу Уставног закона за спровођење Акта о промени Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 16/2022.

Предлог Закона о општем управном поступку, са Образложењем и Анализом ефеката, усвојен на 195. седници Владе Републике Србије 2. фебруара 2016. године, за време

мандата Владе Републике Србије изабране 27. априла 2014, <https://www.srbija.gov.rs/prikaz/257741>, 10. октобар 2022.

Предлог Закона о општем управном поступку из 2012. године, усвојен на 620. седници Владе Републике Србије, 23. фебруар 2012. године, доступно на: <https://www.srbija.gov.rs/prikaz/168120>, 10. октобар 2022.

Образложење Закона о посредовању у решавању спорова, доступно на: Република Србија, Министарство правде, Радне верзије прописа, <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>., 23. октобар 2022.

Правилник за извршење одредаба из одељка „Б.“ Уговори и набавке Закона о државном рачуноводству, од 18. новембра 1921 у 22 маја 1922, *Службене новине* бр. 265 од 25. новембра 1921 дод. Х. и бр. 117 од 30 маја 1922 дод. ХИХ, са изменама и допунама.

Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (Вашингтонска конвенција), *Службени лист СЦГ – Међународни уговори* бр. 2/2006.

Стратегија развоја јавних набавки у Србији за период 2014–2018. године, *Службени гласник РС*, бр. 55/05, 71/05 – исправка, 101/07, 65/08, 16/11, 68/12–УС, 72/12, 7–14–УС и 44/14.

Радна верзија Стратегије развоја правосуђа за период 2019-2024. године, доступан на интернет страници Министарства правде, <https://www.mpravde.gov.rs/tekst/25076/nova-verzija-radnog-teksta-strategije-razvoja-pravosudja-za-period-2019-2024-godine-jul-2019godine.php>, 8. јул 2022.

Стратегија развоја правосуђа за период 2020-2025. године, *Службени гласник РС*, бр. 101/2020.

Страни прописи

Француска

Code de la commande publique, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000037701019/>, 15. септембар 2022. године.

Code de procédure civile, доступно на: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716, 2. јул 2022.

Code civil, доступно на: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/2022-08-06/, 2. јул 2019.

Code des relations entre le public et l'administration, доступно на: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000031366350/2022-08-06, 15. септембар 2021.

Code de justice administrative, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070933/>, 15. септембар 2021.

Code général des collectivités territoriales, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070633/>, 28. август 2022.

Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGISCTA000006167269>, 3. септембар 2022.

LOI n° 2018-202 du 26 mars 2018 relative à l'organisation des jeux Olympiques et Paralympiques de 2024, NOR : SPOV1729269L, *JORF* n°0072 du 27 mars 2018, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000036742943/>, 2. јул 2022.

LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *JORF* n°0269 du 19 novembre 2016, NOR: JUSX1515639L, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000038311192/2019-03-25#LEGIARTI000038311192>, 25. јун 2022.

Loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics, *JORF* du 3 janvier 1969, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000878035/>, 2. септембар 2022.

Décret n° 2022-433 du 25 mars 2022 relatif à la procédure de médiation préalable obligatoire applicable à certains litiges de la fonction publique et à certains litiges sociaux, *JORF* n°0073 du 27 mars 2022, Texte n° 25, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045412363>, 25. јун 2022.

Arrêté du 30 mars 2021 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux, NOR : ECOM2106871A, *JORF* n°0078 du 1 avril 2021, Texte n° 19, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000043310421>, 30. јун 2022.

Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000020591766/>, 2. септембар 2022.

Charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs, доступно на: <http://lille.tribunal-administratif.fr/Actualites/Communiqués/Charte-ethique-des-mediateurs-dans-les-litiges-administratifs>, 5. јул 2022.

Немачка

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2478) geändert worden ist, доступно на: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>, 17. јануар 2022.

Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 24 Absatz 3 des Gesetzes vom 25. Juni 2021 (BGBl. I S. 2154) geändert worden ist, доступно на: <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/>, 10. октобар 2021.

Sozialgesetzbuch (SGB), доступно на: <https://www.sozialgesetzbuch-sgb.de/>, 10. октобар 2021.

Sozialgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 1975 (BGBl. I S. 2535 (SGG), das zuletzt durch Artikel 25 des Gesetzes vom 20. August 2021 (BGBl. I S. 3932) geändert worden ist.

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 10 Absatz 2 des

Gesetzes vom 27. Juli 2021 (BGBl. I S. 3274) geändert worden ist, доступно на: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/BJNR252110998.html#BJNR252110998BJNG000104118>, 12. октобар 2021.

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 15. Juli 2022 (BGBl. I S. 1146) geändert worden ist.

Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2005 Teil I Nr. 56, ausgegeben am 07.09.2005, Seite 2676, доступно на: https://dejure.org/BGBl/2005/BGBl._I_S._2676, 17. январь 2022.

Gesetz über die Zusammenarbeit zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten Vom 19. Juni 2007, доступно на: <https://www.gesetzesrechtsprechung.sh.juris.de/jportal/?quelle=jlink&query=%C3%96ffPrivZusG+SH+%C2%A7+I&psml=bssshoprod.psml&max=true>, 17. январь 2022

Mediationsgesetz vom 21. Juli 2012 (BGBl. I S. 1577), das durch Artikel 135 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist, доступно на: <https://www.gesetze-im-internet.de/mediationsg/BJNR157710012.html>, 1. февруар 2022.

Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, Bundesgesetzblatt Teil I, 2012, Nr. 35 vom 25.07.2012, доступно на: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//*/%5b@attr_id=%27bgbl112s1577.pdf%27%5d#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl112s1577.pdf%27%5D__1643718619049., 1. февруар 2022.

Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 9. Juni 2021 (BGBl. I S. 1691) geändert worden ist. Текст доступен на: https://www.gesetze-im-internet.de/vgv_2016/BJNR062410016.html#BJNR062410016BJNG000100000, 12. октобар 2021.

Konzessionsvergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624, 683), die zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 10. Juli 2018 (BGBl. I S. 1117) geändert worden ist, доступно на: <https://www.gesetze-im-internet.de/konzvgv/BJNR068300016.html>, 17. январь 2022.

Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung - Sektorenverordnung (SektVO)), доступно на: <https://www.deutsches-ausschreibungsblatt.de/informationen/vergaberecht/vergaberechtsreform-und-neue-vergabeverordnung/>.

Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 8. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4650) geändert worden ist, доступно на: <https://www.gesetze-im-internet.de/vwgo/>, 19. январь 2022.

Zivilprozessordnung (ZPO), in der Fassung der Bekanntmachung vom 05.12.2005 (BGBl. I S. 3202, ber. 2006 I S. 431, 2007 S. 1781), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.02.2023 (BGBl. I S. 51) m.W.v. 01.03.2023, доступно на: <https://dejure.org/gesetze/ZPO>, 3. февруар 2022.

Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Drucksache 17/5335 Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung.

Deutscher Bundestag, 13. Wahlperiode, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts (Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz - SchiedsVfG), Drucksache 13/5274, 12.07.1996.

Европска унија

Charter of Fundamental Rights of the European Union, *Official Journal of the European Union*, C 326, 26.10.2012, доступно на: https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/char_2012/oj, 21. фебруар 2022.

“Explanation on Article 47 — Right to an effective remedy and to a fair trial”, Explanations (*) Relating to the Charter of Fundamental Rights, *Official Journal of the European Union*, 2007/C 303/02.

Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (у даљем тексту цитирано као: TFEU), *Official Journal*, C 326, 26.10.2012, p. 47–390, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>, 15. децембар, 2021.

Consolidated version of the Treaty on European Union (TEU), *Official Journal of the European Union*, C 326, 26.10.2012, p. 13–390, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT>, 15. децембар, 2021.

Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, *Official Journal of the European Union*, L 134, 30.4.2004, p. 114–240.

Council Directive 93/37/EEC of 14 June 1993 concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts, *Official Journal of the European Union*, L 199, 9.8.1993, p. 54–83.

Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, *Official Journal of the European Union*, L 136, 24.5.2008, p. 3–8, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32008L0052>, 1. фебруар 2022.

Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union*, L 335, 20.12.2007, p. 31–46.

Council Directive 92/13/EEC of 25 February 1992 coordinating the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of Community rules on the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors, *Official Journal of the European Union*, L 76, 23.3.1992, p. 14–20, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1992/13/oj>, 16. јануар 2020.

Directive 2009/81/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on the coordination of procedures for the award of certain works contracts, supply contracts and

service contracts by contracting authorities or entities in the fields of defence and security, and amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union*, L 216, 20.8.2009, p. 76–136, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32009L0081>, 16. децембар 2021.

Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union*, L 94, 28.3.2014, p. 65–242, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2014/24/2018-01-01>, 16. децембар 2021.

Верзија Директиве 2014/24/EУ на хрватском језику, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0024&from=FR>, 28. август 2022.

Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union*, L 94, 28.3.2014, p. 243–374. 16, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2014/25/2018-01-01>, 16. децембар 2021.

Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts (Text with EEA relevance), *Official Journal of the European Union*, L 94, 28.3.2014, p. 1–64, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014L0023>, 16. децембар 2021.

European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts*, Brussels, 20.12.2011 COM(2011) 897 final, 2011/0437.

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, *Official Journal of the European Union*, L 395, 30/12/1989 P. 0033 – 0035, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31989L0665>, 16. јануар 2020.

Regulation (EU) No 1303/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013 laying down common provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund, the Cohesion Fund, the European Agricultural Fund for Rural Development and the European Maritime and Fisheries Fund and laying down general provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund, the Cohesion Fund and the European Maritime and Fisheries Fund and repealing Council Regulation (EC) No 1083/2006, *Official Journal of the European Union*, L 347, 20.12.2013, 320–46.

European Commission, Commission Interpretative Communication on the Community law applicable to contracts not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives, 1 August 2006, *Official Journal of the European Union*, [2006] C-179/02.

European Commission, *Commission interpretative communication on concessions under Community law*, *Official Journal of the European Union*, C 121, 29.4.2000, 2–13, Commission interpretative communication on concessions under Community law, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32000Y0429%2801%29>, 12. јануар 2022.

Остало

Закон за управни спорови, *Службен Весник на Р.М.*, бр: 96/2019 од 17.05.2019, доступно на: <https://dejure.mk/zakon/zakon-za-upravni-sporovi>, 5. јануар 2022.

Закон за установите, *Службен Весник на Р.М.*, бр: 32/2005 од 11.05.2005, доступно на: <https://dejure.mk/zakon/zakon-za-ustanovite>, 5. јануар 2022.

Закон о управном поступку, *Службени лист ЦГ*, бр. 56/2014, 20/2015, 40/2016 и 37/2017, доступно на: https://www.paragraf.me/propisi-crnegore/zakon_o_opstem_upravnom_postupku.html, 5. јануар 2022.

Zakon о опћем управном поступку (HR), *Narodne novine*, бр. 47/09, 110/21, доступно на: <https://www.zakon.hr/z/65/Zakon-o-op%C4%87em-upravnom-postupku>, 5. јануар 2022.

Zakon о koncesijama (HR) *Narodne novine*, br. 69/17, 107/20.

Zakon о javnoj nabavi (HR), *Narodne novine* br. 120/16, 114/22.

Zakon о javno-privatnom partnerstvu (HR), *Narodne novine*, br. 78/12, 152/14, 114/18.

Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*, 4 November 1950, ETS 5, доступно на: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c>, 23. фебруар 2022.

Правила о одборима за спорове Међународне трговинске организације (*ICC Dispute Board Rules*), доступна су на: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/rules/>, 6. јул 2021.

European Convention on International Commercial Arbitration of 1961, Done at Geneva, April 21, 1961 United Nations, Treaty Series, vol. 484, p. 364 No. 7041 (1963-1964), доступно на: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&clang=_en#:~:text=The%20Convention%20was%20prepared%20and,the%20Economic%20Commission%20for%20Europe%2C, 18. јун 2022.

United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (New York, 2018) (the "Singapore Convention on Mediation"), Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2018 [on the report of the Sixth Committee (A/73/496)] 73/198, доступно на: *Singapore Convention on Mediation*, <https://www.singaporeconvention.org/convention/text>, 1. јул 2021.

International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (Washington Convention), done at Washington, 18 March 1965, entered into force, 14 October 1966, доступно на: <https://icsid.worldbank.org/>, 25. јун 2021.

United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules (*UNCITRAL Arbitration Rules*), доступно на: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf>.

УНЦИТРАЛ Модел закон о међународној трговинској арбитражи: United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985: with amendments as adopted in 2006* (Vienna: United Nations, 2008), доступно на: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration#:~:text=adopted%20in%202006-, *UNCITRAL%20Model%20Law%20on%20International%20Commercial%20Arbitration%20(1985)%2C%20with,needs%20of%20international%20commercial%20arbitration.*, 20. октобар 2022.

United Nations Commission On International Trade Law (UNCITRAL), International Commercial Mediation, *UNCITRAL Mediation Rules*, доступно на: <https://uncitral.un.org/en/texts/mediation>, 19. август 2022.

Правила о медијацији донета под окриљем Међународне трговинске коморе у Паризу (*ICC Mediation Rules*): доступно на: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/>, 1. јул 2021.

Recommendation Rec(2001)9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Adopted by the Committee of Ministers on 5 September 2001 at the 762nd meeting of the Ministers' Deputies, доступно на: <https://rm.coe.int/16805e2b59>, 16. фебруар 2022.

ПРАКСА СУДОВА ДРУГИХ НАДЛЕЖНИХ ОРГАНА

Домаћа

Пресуда Управног суда, 14У 24195/2010 од 10.02.2012. године, *Билтен судске праксе Управног суда*, бр. 7, Intermex, Београд 2017.

Пресуда Управног суда У 3344/2011 од 03.04.2013. године, *Билтен судске праксе Управног суда*, бр. 7, Intermex, Београд 2017.

Пресуда Управног суда 19У 9715/2011 од 24.09.2013. године, *Билтен судске праксе Управног суда*, бр. 7, Intermex, Београд 2017.

Пресуда Управног суда 25У 13584/2011 од 25.12.2013. године, *Билтен судске праксе Управног суда*, бр. 7, Intermex, Београд 2017.

Пресуда Управног суда У 12102/2015 од 24.08.2015. године, *Билтен судске праксе Управног суда*, бр. 7, Intermex, Београд 2017.

Пресуда Управног суда Ув 238/2014 од 19.09.2014. године, *Билтен судске праксе Управног суда*, бр. 7, Intermex, Београд 2017.

Пресуда Управног суда, 27У 8273/2011 од 19.2.2014. године, *Билтен судске праксе Управног суда*, бр. 7, Intermex, Београд 2017.

Пресуда Управног суда, 12 У. 14372/12 од 09.03.2015. године, *Билтен судске праксе Управног суда*, бр.5, Intermex, Београд 2015.

Пресуда Управног суда 10 У. 11945/2010(2009)(1) од 02.06.2011. године.

Решење Управног суда, У. 13360/2010 (2009) од 02.07.2010. године, *Билтен судске праксе Управног суда*, бр. 7, Intermex, Београд 2017.

Решење Управног суда, 16У 23015/2010 од 11.07.2011. године, *Билтен судске праксе Управног суда*, бр. 7, Intermex, Београд 2017.

Пресуда Врховног касационог суда, Узп1 2/2020 од 29.04.2021. године.

Решење Врховног касационог суда, Узп. 300/16. од 1. септембра 2016. године.

Решење Врховног суда Србије У. бр. 6748/05 од 01.02.2006. године, аутор сентенце: Маријана Тафра-Мирков, саветник Врховног суда Србије, Управни суд, *Билтен судске праксе* бр. 1/2010, Intermex, Београд 2010.

Решење Врховног суда Србије У. 6139/06 од 04.04.2007. године, Сентенцу саставио: Љубодраг Пљакић, судија Врховног суда Србије, Управни суд, *Билтен судске праксе* бр. 1/2010, Intermex, Београд 2010.

Закључак Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, бр. 4-00-439/2016 од 18.08.2016 године, *Билтен правне праксе Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки*, бр. 4-5/2016.

Решење Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, бр. 4-00-3139/2015 од 12.02.2016. године, *Билтен правне праксе Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки*, бр. 4-5/2016.

Решење Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, бр. 4-00-468/2017 од 15.9.2017.

Решење Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, бр. 4-00-749/2017 од 16.11.2017.

Решење Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, бр. 4-00-585/2017 од 22.12.2017.

Решење Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, бр. 4-00-434/2019 од 11.06.2019. године.

Решење Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, бр. 4-00-806/2019 од 26.06.2020. године.

Решење Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, бр. 4-00-8/2022 од 27.01.2022. године.

Инострана

Француска

Tribunal des Conflits (TC)

Пресуда Трибунала за сукобе од 2. новембра 2020. године у предмету *Institut national de recherches archéologiques preventives (TC, 02 novembre 2020, N° C4196, Publié au recueil Lebon)*, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000042490963>, 10. септембар 2021.

Пресуда Трибунала за сукобе од 13. октобра 2014. године у предмету *S.A. Axa France Itard (TC, 13 octobre 2014, N° C3963, Publié au recueil Lebon)*, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000029778703/>, 10. септембар 2021.

Пресуда Трибунала за сукобе од 6. јуна 2016. године у предмету *Commune d'Aragnouet c. Commune de Vignec (TC, 06 juin 2016, N° C4051, Mentionné dans les tables du recueil Lebon)*, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000032659042/>, 10. септембар 2021.

Пресуда Трибунала за сукобе од 8. фебруара 1973. године у предмету *Blanco* (ТС, 8 février 1873, N° 00012, *Publié au recueil Lebon, concl. M. David*), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007605886/>, 15. јул 2019.

Пресуда Трибунала за сукобе од 21. марта 1983. године у предмету *Union des Assurances de Paris* (ТС, 21 mars 1983, N° 02256, *publié au recueil Lebon*), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007606873/>, 10. септембар 2021.

Пресуда Трибунала за сукобе од 17. маја 2010. године у предмету *Inserm* (ТС, 17 mai 2010, N° C3754, *Publié au recueil Lebon*), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000022931557/>, 4. јул 2022.

Пресуда Трибунала за сукобе од 24. априла 2017. године у предмету *Syndicat mixte des aéroports de Charente c/ sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited* (ТС, 24 avril 2017, N° C4075, *Publié au recueil Lebon*), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000034478477/>, 4. јул 2022.

Пресуда Трибунала за сукобе од 11. априла 2016. године у предмету *Société Fosmax LNG* (ТС, 11 avril 2016, N° C4043, *Publié au recueil Lebon*), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000032617356/>, 4. јул 2022.

Conseil d'État (CE)

Пресуда Државног савета од 2. фебруара 1983. године у предмету *Union des transports publics* (CE, 2/6 SSR, 2 février 1983, N° 34027, *Publié au recueil Lebon*), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007660386/>, 28. август 2022.

Пресуда Државног савета од 31. јула 1912. године у предмету *Société des granits porphyroïdes des Vosges c/ Ville de Lille* (CE, 31 juillet 1912, N° 30701, *Publié au recueil Lebon 909, concl. L. Blum*), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007634187/>, 5. септембар 2021.

Пресуда Државног савета у предмету *Stein*, од 20. октобра 1950. године (CE, Section, 20 octobre 1950, *Publié au recueil Lebon, p. 505*).

Пресуда Државног савета од 6. фебруара 1903. године у предмету *Terrier* (CE, 6 février 1903, N° 07496, *publié au recueil Lebon*), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007634922/>, 09. септембар 2021.

Пресуда Државног савета од 4. марта 1910. године у предмету *Therond* (CE, 4 mars 1910, N° 29373, *Publié au recueil Lebon*), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007631419/>, 09. септембар 2021.

Пресуда Државног савета од 20. априла 1956. године у предмету *Époux Bertin* (CE, Section, 20 avril 1956, N° 98637, *publié au recueil Lebon*), доступно на: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-20-avril-1956-epoux-bertin-et-ministre-de-l-agriculture-c-consorts-grimouard-et-autres>, 10. септембар 2021.

Пресуда Државног савета од 2. фебруара 1987. године у предмету *Société TV6* (CE, Assemblée, 2 février 1987, N°81131 82432 82437 82443, *publié au recueil Lebon*), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007723450/>, 21. септембар 2022.

Пресуда Државног савета од 2. фебруара 1983. године у предмету *2/6 SSR* (CE, 2 février 1983, 2/6 SSR, N°34027, *publié au recueil Lebon*), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007660386/>, 28. август 2022.

Пресуда Државног савета од 8. октобра 2014. године у предмету *Société Grenke location* (CE, 7ème / 2ème SSR8, 8. oct. 2014. N° 370644), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000029559800/>, 28. август 2022.

Пресуда Државног савета од 9. децембра 1932. године у предмету *Compagnie des tramways de Cherbourg* (CE, 9 décembre 1932, N° 89655 01000 01001, publié au recueil Lebon), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007636689/>, 28. август 2022.

Пресуда Државног савета од 3. октобра 2008. године у предмету *SMIRGEOMES* (CE, 3 octobre 2008, Syndicat Mixte Intercommunal de Réalisation et de Gestion pour l'Élimination des Ordures Ménagères du secteur Est de la Sarthe, N°305420, Publié au recueil Lebon), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000019590160/>, 15. септембар 2021.

Пресуда Државног савета од 10. јула 1996. године у предмету *Cayzele* (CE, Assemblée, 10 juillet 1996, N° 138536, Publié au recueil Lebon), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007935465/>, 1. септембар 2021.

Пресуда Државног савета од 11. децембра 1903. године у предмету *Commune de Gorre* (CE, 11 décembre 1903, N° 10211, Publié au recueil Lebon), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007635337/>, 1. септембар 2021.

Пресуда Државног савета од 4. августа 1905. године у предмету *Martin* (CE, 4 août 1905, N° 14220, publié au recueil Lebon, concl. Romieu), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007634199/>, 1. септембар 2021.

Закључци владиног комесара Ромијуа у предмету *Martin* (Jean Romieu, “Conclusions Romieu sur l’arrêt Martin” Conclusions Jean Romieu sur CE, 4 août 1905, Martin, n° 14220, *Revue générale du droit on line*, 2018, numéro 29454), доступно на: <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2018/03/11/conclusions-romieu-sur-larret-martin/>, 1. септембар 2021.

Пресуда Државног савета од 30. октобра 2009. године у предмету *Mme Pereux* (Conseil d'État, Assemblée, 30 octobre 2009, N° 298348, ECLI:FR:CEASS:2009:298348.20091030, Publié au recueil Lebon), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000021219388/>, 1. септембар 2022.

Пресуда Државног савета од 30. октобра 1998. године у предмету *Ville de Lisieux* (CE, Section, 30 octobre 1998, N° 149662, Publié au recueil Lebon), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008010373/>, 2. септембар 2022.

Пресуда Државног савета од 16. јула 2007. године у предмету *Tropic Travaux* (CE, Assemblée, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*, N° 291545, Publié au recueil Lebon), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000018744539/>, 2. септембар 2022.

Пресуда Државног савета од 4. априла 2014. године у предмету *Département de Tarn-et-Garonne* (CE, Assemblée, 4 avril 2014, N°358994, ECLI:FR:CEASS:2014:358994.20140404), доступно на: <https://www.marche-public.info/ce-358994-tarn-garonne/>, 3. септембар 2022.

Пресуда Државног савета од 9. марта 2018. године у предмету *Commune du Mont St Michel* (CE, 9 mars 2018, N° 409972, ECLI:FR:CECHR:2018:409972.20180309, Publié au recueil Lebon), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000036694120/>, 2. септембар 2022.

Пресуда Државног савета од 30. јула 2003. године у предмету *Assistance publique-Hôpitaux de Paris* (CE 30 juillet 2003, N° 244618: mentionné dans les Tables du Rec. Lebon), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008203465>, 3. септембар 2022.

Пресуда Државног савета од 21. марта 2011. године у предмету *Béziers II* (CE, Section, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, N°304806, ECLI:FR:CESEC:2011:304806.20110321, Publié au recueil Lebon), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000023762803/>, 3. септембар 2022.

Пресуда Државног савета од 28. децембра 2009. године у предмету *Béziers I* (CE, Assemblée, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, N° 304802, ECLI:FR:CEASS:2009:304802.20091228, Publié au recueil Lebon), <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000022203485/>, 3. септембар 2022.

Пресуда Државног савета од 1. јула 2019. године у предмету *Association pour le musée des Iles Saint-Pierre et Miquelon* (CE, 1er juillet 2019, N° 412243, ECLI:FR:CESEC:2019:412243.20190701, Publié au recueil Lebon), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000038713926>, 16. септембар 2022.

Пресуда Државног савета од 17. марта 2017. године у предмету *M. Perez, Ordre des Avocats de Paris* (CE, 7ème - 2ème chambres réunies, 17 mars 2017, N°403768, 403817, Publié au recueil Lebon), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000034272782/>, 16. септембар 2022.

Пресуда Државног савета од 21.октобра 2019. године у предмету *Conseil national des Barreau* (CE, 7ème - 2ème chambres réunies, 21 octobre 2019, N° 430062, Inédit au recueil Lebon), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000039293354>, 16. септембар 2022.

Пресуда Државног савета од 9. новембра 2016. године у предмету *Société Fosmax LNG* (CE, Assemblée, 9 novembre 2016, N° 388806, Publié au recueil Lebon, ECLI:FR:CEASS:2016:388806.20161109), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000033364623/>, 4. јул 2022.

Пресуда Државног савета од 5. јуна 2019. године у предмету *Centre hospitalier de Sedan* (CE, 5ème - 6ème chambres réunies, 5 juin 2019, N° 412732, Mentionné dans les tables du recueil Lebon), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000038561188/>, 01. јул 2022.

Мишљење Државног савета од 6. марта 1986. године у предмету *Eurodisney* (CE avis n°339710 du 6 mars 1986, EDCE 1987, n°38, p. 178).

Cour de Cassation, Chambre civil (Cass. Civ.)

Пресуда Касационог суда од 2. маја 1966. године у предмету *Galakis* (Cass. Civ. 1 du 2 mai 1966, Publié au bulletin), доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006972368/>, 2. јул 2022.

Немачка

Став заузет на заједничкој седници савезних судова од 10. априла 1986. године, о правној природи спор(ов)а (*Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss vom 10. April 1986 – GmS-OGB 1/85-ju-ris*), доступно на: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/bc665022-84ed-4ff8-bab0-687135c7d19c>, 19. октобар 2021.

Одлука Другостепеног управног суда Баварске од 2. маја 2007. године (Bayerischer VGH, Beschluss vom 15.12.2021 - 22 C 21.951), доступно на: <https://rewis.io/urteile/urteil/rpo-15-12-2021-22-c-21951/>, 25. јануар 2022.

Одлука Савезног управног суда од 2. маја 2007. године (BVerwG, Beschluss vom 2. Mai 2007 – 6 B 10/07 –, BVerwGE 129, 9-20-juris), доступно на: <https://www.bverwg.de/020507B6B10.07.0>, 15. новембар 2021.

Суд правде Европске уније

Мишљење Генералног правобраниоца²²⁸² Коломера у предмету *Acoset SpA v Conferenza Sindaci* (Opinion of AG Ruiz-Jarabo Colomer, 2 June 2009, Case C-196/08, *Acoset SpA v Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa and Others*), ECLI:EU:C:2009:332, доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-196/08>, 10. септембар 2022.

Мишљење Генералног правобраниоца Трстењака од 22. септембра 2011. године у спојеним предметима *NS v Secretary of State for the Home Department* и *M. E. and Others v Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform* (Opinion of Advocate General Trstenjak delivered on 22 September 2011, Joined cases C-411/10 and C-493/10, ECLI:EU:C:2011:610), доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62010CC0411>, 23. фебруар 2020.

Мишљење Генералног правобраниоца Албера од 8. новембра 2001. године, у предмету *Universale-Bau and Others* (Opinion of Advocate General Alber, delivered on 8 November 2001, Case C-470/99, ECLI:EU:C:2001:600), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-470/99>, 25. јануар 2020.

Пресуда Суда правде ЕУ од 28. маја 2020. године, у предмету *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* (Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 28 May 2020, C-796/18, ECLI: EU: C: 2020: 395), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-796/18>, 28. август 2022.

Пресуда Суда правде ЕУ од 15. јула 2010. године, у предмету *Commission v Germany* (Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15 July 2010, C-271/08, ECLI: EU:C:2010:426), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-271/08>, 28. август 2022.

Пресуда Суда правде ЕУ од 21. децембра 2016. године у предмету *Remondis* (Judgment of the Court (Third Chamber) of 21 December 2016, C-51/15, ECLI:EU:C:2016:985), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-51/15>, 28. август 2022.

Пресуда Суда правде ЕУ од 25. марта 2010. године у предмету *Helmut Müller* (Judgment of the Court (Third Chamber) of 25 March 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-451/08>, 28. август 2022.

Пресуда Суда правде ЕУ од 20. маја 2010. године у предмету *Federal Republic of Germany v European Commission* (Judgment of the General Court (Fifth Chamber) of 20 May 2010, Case T-258/06, *Germany v Commission*, ECLI:EU:T:2010:214) <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-258/06>, 5. септембар 2022.

²²⁸² За потребе превођења функције *advocate general*, у нашем језику и литератури наилазимо још и на термине „независни адвокат“ и „судија известилац“.

Пресуда Суда правде од 16. децембра 1976. године у предмету *Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG v Landwirtschaftskammer für das Saarland* (Judgement of 16 December 1976, Reference for a preliminary ruling, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-33/76>, 15. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 11. октобра 1973. године у предмету *Rewe-Zentralfinanz eGmbH v Direktor der Landwirtschaftskammer Westfalen-Lippe* (Judgment of the Court of 11 October 1973, Reference for a preliminary ruling, Case 39/73, ECLI:EU:C:1973:105) доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=39/73&td=ALL>, 15. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 13. марта 2007. године у предмету *Unibet (London) Ltd and Unibet (International) Ltd v Justitiekanslern* (Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 March 2007, Reference for a preliminary ruling, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-432/05>, 16. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 10. априла 1984. године у предмету *Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* (Judgment of the Court of 10 April 1984, Case 14/83, ECLI:EU:C:1984:153), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-14/83>, 16. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 9. новембра 1983. године у предмету *Amministrazione delle Finanze dello Stato v San Giorgio* (Judgment of the Court of 9 November 1983, Reference for a preliminary ruling: Tribunale di Trento – Italy, Case 199/82 ECLI:EU:C:1983:318) доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=ecli:ECLI:EU:C:1983:318>, 16. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 19. јуна 1990. године у предмету *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others* (Judgment of the Court of 19 June 1990, Reference for a preliminary ruling, Case C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-213/89>, 16. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 2. августа 1993. године у предмету *Marshall v Southampton and South West Area Health Authority II* (Judgment of the Court of 2 August 1993, Reference for a preliminary ruling: House of Lords - United Kingdom, Case C-271/91, ECLI:EU:C:1993:335), доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61991CJ0271>, 16. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 15. маја 1986. године у предмету *Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* (Judgment of the Court of 15 May 1986, , Reference for a preliminary ruling: Industrial Tribunal, Belfast (Northern Ireland) - United Kingdom, C-222/84, Judgment of the Court of 15 May 1986, ECLI:EU:C:1986:206), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=c-222/84&td=ALL>, 23. фебруар 2022.

Пресуда Суда правде од 24. јануара 1995. године у предмету *Commission v. the Netherlands* (Judgment of the Court of 24 January 1995, C-359/93, ECLI:EU:C:1995:14), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-359/93>, 20. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 21. октобра 2010. године у предмету *Lefkosias* (Judgment of the Court (Third Chamber) of 21 October 2010, C-570/08, Reference for a preliminary ruling:

Anotato Dikastirio tis Kypriakis Dimokratias – Cyprus, ECLI:EU:C:2010:621), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-570/08>, 25. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 28. октобра 1999. године у предмету *Alcatel* (Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 28 October 1999, C-81/98, Reference for a preliminary ruling: Bundesvergabeamt – Austria, ECLI:EU:C:1999:534), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-81/98>, 25. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 11. јануара 2005. године у предмету *Stadt Halle* (Judgement of 11 January 2005, C-26/03, Reference for a preliminary ruling: Oberlandesgericht Naumburg – Germany, ECLI:EU:C:2005:5), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-26/03>, 25. јануар 2020

Пресуда Суда правде од 12. децембра 2002. године у предмету *Universale-Bau and Others* (Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 12 December 2002, C-470/99, Reference for a preliminary ruling: Vergabekontrollsenat des Landes Wien – Austria, ECLI:EU:C:2002:746), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-470/99>, 25. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 27. фебруара 2003. године у предмету *Santex* (Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 27 February 2003, C-327/00, Reference for a preliminary ruling: Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia – Italy, ECLI:EU:C:2003:109), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-327/00&td=ALL>, 25. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 12. фебруара 2004. године у предмету *Grossmann Air Service* (Judgment of the Court (Sixth Chamber), 12 February 2004, C-230/02, Reference for a preliminary ruling: Bundesvergabeamt – Austria, ECLI:EU:C:2004:93), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en,T,F&num=c-230/02>, 27. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 19. јуна 2003. године у предмету *Fritsch Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH and Others*, (Judgment of the Court (Sixth Chamber), 19 June 2003, C-410/01, Reference for a preliminary ruling: Bundesvergabeamt – Austria, ECLI:EU:C:2003:362), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-410/01&td=ALL>, 27. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 24. јуна 2004. године у предмету *Commission v Austria* (Judgment of the Court (Second Chamber) 24 June 2004, C-212/02, ECLI:EU:C:2004:386), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=49310&doclang=en>, 27. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 18. јуна 2002. године у предмету *Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik Planungs-GmbH* (Judgment of the Court (Sixth Chamber), 18 June 2002, C-92/00, ECLI:EU:C:2002:379), доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:62000CJ0092>, 26. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 11. децембра 2014. године у предмету *Croce Amica One Italia Srl* (Judgment of the Court (Fifth Chamber), 11 December 2014, Request for a preliminary ruling from the Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?&num=C-440/13>, 26. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 9. децембра 2010. године у предмету *Spijker* (Judgment of the Court (Second Chamber) of 9 December 2010, C-568/08, Reference for a preliminary ruling:

Rechtbank Assen – Netherlands, ECLI:EU:C:2010:751), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-568/08>, 28. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 19. новембра 1991. године у спојеним предметима *Francovich and Others* (Judgment of the Court of 19 November 1991, Joined Cases C-6/90 and C-9/90, References for a preliminary ruling: Pretura di Vicenza and Pretura di Bassano del Grappa – Italy, ECLI:EU:C:1991:428), доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61990CJ0006>, 28. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 5. марта 1996. године у спојеним предметима *Brasserie du Pêcheur and Factortame* (Judgment of the Court of 5 March 1996, Joined Cases C-46/93 and C-48/93, References for a preliminary ruling: Bundesgerichtshof - Germany and High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court - United Kingdom, ECLI:EU:C:1996:79), доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0046>, 28. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 24. марта 2009. године у предмету *Danske Slagterier* (Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 March 2009, Reference for a preliminary ruling: Bundesgerichtshof – Germany, C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-445/06>, 28. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 30. септембра 2010. године у предмету *Stadt Graz* (Judgment of the Court (Third Chamber) of 30 September 2010, C-314/09, Reference for a preliminary ruling: Oberster Gerichtshof - Austria., ECLI:EU:C:2010:567), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-314/09>, 29. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 14. октобра 2010. године у предмету *Commission v Portugal* (Judgment of the Court of 14 October 2010, C-275/03, ECLI:EU:C:2004:632), необјављено.

Пресуда Суда правде од 18. јула 2007. године у предмету *Commission v. Germany* (Judgment of the Court (Second Chamber) of 18 July 2007, C-503/4, Failure of a Member State to fulfil obligations, ECLI:EU:C:2007:432), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-503/04>, 29. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 7. децембра 2000. године у предмету *Teleaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH* (Judgment of the Court (Sixth Chamber) 7 December 2000, C-324/98, Reference for a preliminary ruling: Bundesvergabeamt – Austria, ECLI:EU:C:2000:669), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-324/98&td=ALL>, 29. јануар 2020.

Пресуда Суда правде од 18. новембра 2000. године у предмету *Unitron Scandinavia*, (Judgment of the Court (First Chamber) 18 November 1999, C-275/98, Reference for a preliminary ruling: Klagenævnet for Udbud - Denmark, ECLI:EU:C:1999:567), <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-275/98&td=ALL>, 1. фебруар 2020.

Пресуда Суда правде од 21. јула 2005. године у предмету *Consorzio Aziende Metano v. Comune di Cingia de' Botti* (Judgment of the Court (Grand Chamber) of 21 July 2005, C-231/03, Reference for a preliminary ruling: Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia - Italy, ECLI:EU:C:2005:48), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-231/03>, 1. фебруар 2020.

Пресуда Суда правде од 13. априла 2010. године у предмету *Wall AG* (Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 April 2010, C-91/08, Reference for a preliminary ruling:

Landgericht Frankfurt am Main – Germany, ECLI:EU:C:2010:182), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-91/08>, 2. фебруар 2020.

Пресуда Суда правде од 10. априла 2003. године у спојеним предметима *Commission v Germany* (Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 10 April 2003, Joined Cases C-20/01 and C-28/01, Failure by a Member State to fulfil its obligations, ECLI:EU:C:2003:220), доступно на: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-20/01&language=en>, 2. фебруар 2020.

Пресуда Суда правде од 28. јануара 2010. године у предмету *Uniplex* (Judgment of the Court (Third Chamber) of 28 January 2010, ECJ, C-406/08, ECLI:EU:C:2010:45), 1. новембар 2021.

Пресуда Суда правде од 18. септембра 2014. године у предмету *Bundesdrueckerei GmbH/Stadt Dortmund* (Judgment of the Court (Ninth Chamber), C-549/13, 18 September 2014, Request for a preliminary ruling from the Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg, ECLI:EU:C:2014:2235), <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-549/13>, 1. новембар 2021.

БИОГРАФИЈА

Бојана Годоровић је рођена 24. октобра 1989. године у Београду. Основну школу и гимназију завршила је у Београду са одличним успехом. Школске 2008/09. године уписала је Правни факултет Универзитета у Београду, на коме је дипломирала 7. септембра 2012. године, са просечном оценом 9,82. За постигнути академски успех током све четири године основних академских студија, добијала је похвалнице од Правног факултета и била стипендиста Града Београда.

Школске 2012/13. године уписала је мастер академске студије, студијски програм на енглеском језику: Мастер европских интеграција (*Master in European Integration*) на Правном факултету Универзитета у Београду и завршила их 12. фебруара 2014. године са укупном просечном оценом 10,00, одбраном мастер рада под називом *Turkey's EU Integration Path: (Non)compliance with the Copenhagen Political Criteria*, под менторством проф. др Марка Давинића. На истом факултету је школске 2013/14. године уписала мастер академске студије, Јавноправни модул, Управноправни подмодул, које је завршила 30. септембра 2015. године, са укупном просечном оценом 9,50, одбраном мастер рада под називом *Начела добре управе – примена у домаћем управно-процесном праву*, под менторством проф. др Зорана Томића. Током трајања мастер академских студија, била је стипендиста Фонда за младе таленте Министарства омладине и спорта Републике Србије, Немачке службе за академску размену (*Deutscher Akademischer Austauschdienst – DAAD*) и Фондације Конрад Аденауер, а учествовала је и на два *Moot Court* такмичења – *International Commercial Mediation Moot* и *Foreign Direct Investment Moot*, на којем је освојила награду за једног од десет најбољих правних заступника (*Honorable Mention Advocate*).

Докторске академске студије на Правном факултету Универзитета у Београду, студијски програм: Право, Управноправна ужа научна област, уписала је школске 2015/16. године. У досадашњем току докторских студија положила је: 1) испит из предмета Методи научноистраживачког рада и вештине и одбранила приступни рад под називом *Специјализација судија Управног суда у материји азила – увођење специјализованих већа као фактор унапређења ефикасности?* пред комисијом у саставу: проф. др Зоран Томић и проф. др Саша Бован; 2) први усмени докторски испит (Управно право, Управно процесно право и Јавна управа) пред комисијом у саставу: проф. др Зоран Томић, проф. др Добросав Миловановић и проф. др Марко Давинић; 3) други усмени докторски испит (Управа и регулаторна реформа и Европски омбудсман и лоша управа) пред комисијом у саставу: проф. др Добросав Миловановић и проф. др Марко Давинић; 4) одбранила је семинарски рад под називом *Европски принцип одмеравања интереса кроз теоријске премисе и судску праксу у контексту права на заштиту података о личности*; 5) објавила научни чланак; и 6) израдила и одбранила пројекат докторске дисертације. У току докторских студија је остварила општу просечну оцену 10,00.

За потребе израде докторске дисертације, у више наврата је била на истраживачким боравцима у иностранству. Као стипендиста програма *SEE/EU Cluster of Excellence in European and International Law*, 2018. године је провела месец дана на *Europa-Institut* Универзитета у Сарланду у Немачкој. Затим је као стипендиста Немачке службе за академску размену намењене студентима докторских студија (*DAAD Research Grant for Doctoral Students*), у јануару 2020. године боравила на Немачком истраживачком институту за јавну управу (*German Research Institute for Public Administration*) у Шпајеру (Немачка), под менторством проф. др Улриха Штелкенса (*Ulrich Stelkens*). Као *Leonhard Euler* стипендиста за 2020/2021. годину, поново борави на *Europa-Institut*-у Сарланд Универзитета, где обавља истраживање за израду

докторске дисертације од јуна до августа 2021. године. Најзад, 2021. године проводи два месеца на Правном факултету Универзитета у Торину у Италији, где обавља истраживање за израду докторске дисертације и похађа бројне семинаре и конференције у организацији *SAPIENS (Sustainability and Procurement in International, European, and National Systems)* мреже, под менторством проф. др Роберта Каранте (*Roberto Caranta*). Такође, као гостујући истраживач држи предавање на семинару намењеном студентима докторских студија, као и курс *Comparative procurement remedies* за докторанде *SAPIENS* програма.

Радно искуство стиче, најпре, кроз стручне праксе у иностранству – у немачком Бундестагу (2014) и Европској комисији (2016/2017). Академску каријеру на Правном факултету Универзитета у Београду започиње 2016. године, као демонстратор на предмету Управно право, на Катедри за јавно право. На истом предмету је 2017. године изабрана у звање сарадника у настави, 2018. године у звање асистента, а 2021. године је реизабрана за асистента на истом предмету. Осим вежби из предмета Управно право, од 2016. године изводи наставу и помаже у спровођењу испита из предмета Номотехника – Писање правних аката, а од 2022. године ангажована је и на предмету Пракса у правосуђу и управи. Такође, од септембра 2019. године до септембра 2022. године, била је ангажована као руководилац курса „Управни уговори и јавно-приватна партнерства“, у оквиру предмета Промене у управном праву и еколошки *acquis* на мастер академским студијама, Еколошко-правни под-модул, као и на извођењу наставе на Правној клиници из Еколошког права у оквиру Жан Моне Катедре за европско еколошко право (*Jean Monnet Chair for European Environmental Law*).

Ангажована је на научним пројектима Правног факултета Универзитета у Београду од 2017. године (тренутно на пројекту „Савремени проблеми правног система Србије“), а у периоду од 2019. до 2022. године и на пројекту „Жан Моне Катедра за европско еколошко право“ (*Jean Monnet Chair for European Environmental Law*), финансираном од Европске комисије у оквиру ЕРАЗМУС+ програма. У периоду од 1. септембра до 30. новембра 2021. године, била је ангажована на пројекту *Convenzione SCR – Contratti pubblici ed etichettatura*, на Правном факултету Универзитета у Торину (*Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino*). На истом универзитету је, као добитница истраживачког гранта (*assegno di ricerca*), тренутно ангажована на пројекту „Environmental Democracy in the Balkans“ (*La democrazia ambientale nei paesi balcanici*), под руководством проф. др Роберта Каранте.

Бојана Годоровић је учествовала је на већем броју научних конференција, летњих школа и семинара, укључујући и оне намењене студентима докторских студија и младим истраживачима, а објавила је и више научних радова на српском и енглеском језику из различитих области управног права. Од 2018. године је члан Европске групе за јавно право (*European Group of Public Law*), чијем часопису сваке године доприноси пишући о актуелностима у управном праву у Србији. Говори енглески, немачки, француски и шпански језик.

ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ

Име и презиме аутора: Бојана Тодоровић

Број индекса: ДС 9/2015

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом „Механизми решавања спорова из управних уговора“

- резултат сопственог истраживачког рада;
- да дисертација у целини ни у деловима није била предложена за стицање друге дипломе према студијским програмима других високошколских установа;
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио/ла интелектуалну својину других лица.

Потпис аутора

У Београду, _____ 2023. године

Бојана Тодоровић

ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ ШТАМПАНЕ И ЕЛЕКТРОНСКЕ ВЕРЗИЈЕ ДОКТОРСКОГ РАДА

Име и презиме аутора: Бојана Годоровић

Број индекса: ДС 9/2015

Студијски програм: Право

Наслов рада: „Механизми решавања спорова из управних уговора“

Ментор: проф. др Зоран Томић

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла ради похрањена у **Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског назива доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис аутора

У Београду, _____ 2023. године

Бојана Годоровић

ИЗЈАВА О КОРИШЋЕЊУ

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

„Механизми решавања спорова из управних уговора“

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду и доступну у отвореном приступу могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство (CC BY)
2. Ауторство – некомерцијално (CC BY-NC)
3. Ауторство – некомерцијално – без прерада (CC BY-NC-ND)
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима (CC BY-NC-SA)
5. Ауторство – без прерада (CC BY-ND)
6. Ауторство – делити под истим условима (CC BY-SA)

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци.

Кратак опис лиценци је саставни део ове изјаве).

Потпис аутора

У Београду, _____ 2023. године

Бојана Годоровић

1. **Ауторство.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.
2. **Ауторство – некомерцијално.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.
3. **Ауторство – некомерцијално – без прерада.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.
4. **Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.
5. **Ауторство – без прерада.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.
6. **Ауторство – делити под истим условима.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.