Република Србија
РЕПУБЛИЧКА КОМИСИЈА ЗА ЗАШТИТУ ПРАВА У ПОСТУПЦИМА ЈАВНИХ НАБАВКИ

БИЛТЕН ПРАВНЕ ПРАКСЕ

РЕПУБЛИЧКЕ КОМИСИЈЕ ЗА ЗАШТИТУ ПРАВА У ПОСТУПЦИМА ЈАВНИХ НАБАВКИ

Бр. 2-3/2015

БИЛТЕН ПРАВНЕ ПРАКСЕ
Бр. 2-3/2015

Билтен правне праксе Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки
Бр. 2-3/2015

Издавач:
Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки
Немањина 22-26
11000 Београд
www.kjn.gov.rs
http://www.kjn.gov.rs/kontakt.html
Телефон: 011/2060-902
Факс: 011/2060-918, 2060-946

За издавача:
Саша Варинац, председник Републичке комисије

Уредник:
Ристивоје Ђокић, заменик председника Републичке комисије

Сарадници:
Александра Литричин, секретар Републичке комисије
Борисав Кнежевић, виши саветник, начелник Одељења за аналитику, односе са јавношћу и сарадњу са државним органима и другим институцијама у Републичкој комисији

Дизајн и припрема за штампу:
comma | communications design

Штампа:
Фидуциа 011 Принт

ISBN 978-86-6383-013-4

Тираж:
600

Бесплатан примерак

Штампање ове књиге подржала је Мисија ОЕБС-а у Србији.
Ставови изражени у овој публикацији припадају искључиво ауторима и не одражавају нужно и ставове ОЕБС-а.

Република Србија
РЕПУБЛИЧКА КОМИСИЈА
ЗА ЗАШТИТУ ПРАВА У ПОСТУПЦИМА
ЈАВНИХ НАБАВКИ

БИЛТЕН ПРАВНЕ ПРАКСЕ
Бр. 2-3/2015

Београд 2015.

Садржај

УВОДНА РЕЧ.....7

АНАЛИЗА ПРАКТИЧНИХ АСПЕКАТА ПОДНОШЕЊА ЗАХТЕВА И ДОСТАВЉАЊА ОДЛУКА У ПОСТУПЦИМА ЗАШТИТЕ ПРАВА У ПОСТУПЦИМА ЈАВНИХ НАБАВКИ
Борут Смрдел.....11

АНАЛИЗА ПРАКТИЧНИХ АСПЕКАТА СПРОВОЂЕЊА НАЦИОНАЛНИХ ПРОПИСА У ОДНОСУ НА ЕУ ДИРЕКТИВЕ И ЊИХОВ УТИЦАЈ НА ЗАШТИТУ ПРАВА У ПОСТУПЦИМА ЈАВНЕ НАБАВКЕ
Др Алексиј Мужина.....43

АНАЛИЗА НАЧИНА ДЕФИНИСАЊА И ТУМАЧЕЊА ИЗУЗЕТКА ОД ПРИМЕНЕ ДИРЕКТИВЕ 2004/18/ЕЗ И ДИРЕКТИВЕ 2014/24/ЕУ И НАЧИНА ПРИМЕНЕ ТИХ ИЗУЗЕТАКА У ДОМАЋОЈ ПРАКСИ СА ПРЕДЛОГОМ ИЗМЕНА ОДРЕЂЕНИХ ОДРЕДБИ ЗАКОНА О ЈАВНИМ НАБАВКАМА
Бојан Терзић.....83

ПОСЕБНА ОВЛАШЋЕЊА ТЕЛА ЗА ЗАШТИТУ ПРАВА У ПОСТУПЦИМА ЈАВНИХ НАБАВКИ – УПОРЕДНА АНАЛИЗА
Бранимир Благојевић.....163

ОСЛАЊАЊЕ ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКАТА НА КАПАЦИТЕТЕ (РЕСУРСЕ) ТРЕЋИХ ЛИЦА У ПОСТУПЦИМА ЈАВНИХ НАБАВКИ
SIGMA.....207

ИЗМЕНА ПОНУДЕ
припремила SIGMA.....277

Уводна реч

Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки је у новембру 2014. године, објавила први број Билтена правне праксе са основним циљем да правну праксу овог државног органа учини доступном што ширем кругу учесника у поступцима јавних набавки и да на тај начин допринесе њиховом стручном усавршавању и бољем информисању стручне и опште јавности у Републици Србији.

У првом броју Билтена правне праксе Републичке комисије, који је објављен уз подршку Мисије ОЕБС-а у Србији, представљени су на једном месту сви начелни правни ставови усвојени на општим седницама, које су одржане током 2013. и 2014. године, као и одабрани делови образложења одлука Републичке комисије.

Републичка комисија изражава своје опредељење да Билтен правне праксе Републичке комисије објављује као стално гласило, како би се омогућило учесницима у поступцима јавних набавки и свим заинтересованим лицима да континуирано прате најзначајнија правна питања која се појављују приликом одлучивања Републичке комисије и да на тај начин унапреде свој рад приликом спровођења поступака јавних набавки.

Протекли период карактерише читав низ активности, које је Републичка комисија предузимала у циљу успостављања нових видова, односно унапређења већ успостављених видова регионалне и међународне сарадње, те размене искустава и праксе у области јавних набавки у најширем смислу. Свесна изузетне важности регионалне сарадње за сагледавање свих стручних аспеката правних питања која се

налазе у фокусу њеног интересовања, Републичка комисија је настојала да са државним органима земаља из региона који имају исту или сличну надлежност, успостави редовне контакте и константну комуникацију. Препознато је да је за рад Републичке комисије од нарочите важности предвиђање могућих карактеристичних проблема у области јавних набавки, што се на најефикаснији начин може постићи сагледавањем искустава земаља чланица Европске уније (ЕУ), имајући у виду да се Република Србија налази у процесу приступања ЕУ. Са разлогом се може очекивати да одређена правна питања која су карактеристична за тржишта земаља ЕУ и примену директива и других релевантних аката ЕУ у наредном периоду буду од значаја и у нашој земљи, те је зато неопходно на систематичан начин организовати праћење правне праксе релевантних институција из региона и ЕУ.

Поред активности у вези са регионалном и међуинституционалном сарадњом, Републичка комисија је реализовала велики број стручних активности кроз спровођење пројекта „Унапређење механизама одговорности у јавним финансијама", који представља пројекат Програма за развој Уједињених нација (UNDP), чија је примена почела 1. јануара. 2014. године, а који се изводи уз подршку шведске агенције за међународни развој и сарадњу (SIDA), као и кроз наставак непосредне сарадње са програмом SIGMA - Програмом подршке за унапређење јавне управе и руковођења.

Резултат ових активности представљају, између осталог, анализе и студије које су израдили стручњаци из области јавних набавки, према темама које је Републичка комисија одабрала са сврхом да се представе практични аспекати спровођења националних прописа Републике Србије у односу на директиве ЕУ о јавним набавкама и њихов утицај на заштиту права у поступцима јавних набавки, при чему је овај орган, приликом њиховог одабира, посебно имао у виду њихов значај за будуће измене и допуне Закона о јавним набавкама.

Пред вама су други и трећи броја Билтена правне праксе, кроз који Републичка комисија представља одабране делове анализа и студија, а које садрже теме у вези са проблематиком утврђивања активне легитимације за подношење захтева за заштиту права, покушаја мирења

пре подношења захтева за заштиту права, таксе у фази када је захтев за заштиту права поднет на конкурсну документацију, достављања одлука комисије, ангажовање вештака у поступку заштите права, адекватне дефиниције предмета јавне набавке, оптималног броја прагова, односно оптималне вредности испод које јавне набавке не би требало да буду регулисане и максималне вредности за спровођење поступка набавке у складу са националним прописима, јавно – приватног партнерства и концесија уз осврт на пресуде Суда правде Европске уније и искуства у контроли и реализацији јавно – приватног партнерства и концесија у региону, дефинисања и тумачења изузетака од примене директива ЕУ и начина примене тих изузетака у домаћој пракси, (посебних) овлашћења тела за заштиту права у поступцима јавних набавки у државама чланицама Европске уније и земљама региона, допуштања ослањања привредних субјеката на капацитете трећих лица у поступку јавне набавке и измене понуде са аспекта релевантног права и праксе Европске уније.

Ставови изражени у стручним радовима објављеним у овој публикацији представљају искључиво личне ставове аутора и не одражавају нужно и ставове Републичке комисије.

Републичка комисија посебну захвалност дугује Мисији ОЕБС-а у Србији, која је подржала израду и штампање Билтена правне праксе, као и Програму за развој Уједињених нација (UNDP) и програму SIGMA, који су одобрили објављивање делова докумената и докумената у целини, у овој публикацији.

Републичка комисија за заштиту права
у поступцима јавних набавки

У Београду, октобар 2015. године

АНАЛИЗА ПРАКТИЧНИХ АСПЕКАТА ПОДНОШЕЊА ЗАХТЕВА И ДОСТАВЉАЊА ОДЛУКА У ПОСТУПЦИМА ЗАШТИТЕ ПРАВА У ПОСТУПЦИМА ЈАВНИХ НАБАВКИ[1]

Анализу припремио:
Борут Смрдел[2]

1 Анализа је спроведена у оквиру пројекта „Унапређење механизама одговорности у јавним финансијама", који представља пројекат Програма за развој Уједињених нација (UNDP), који се изводи уз подршку шведске агенције за међународни развој и сарадњу (SIDA), децембар 2014. године

2 Borut Smrdel, predsednik Državne revizijske komisije za revizijo postopkov oddaje javnih naročil Republike Slovenije

1. АКТИВНА ЛЕГИТИМАЦИЈА

Велики број захтева за заштиту права, који се подносе у поступцима јавних набавки у Републици Србији, указује на потребу за анализом законодавних основа, које уређују приступ до правне заштите и проверавање могућности редефинисања института активне легитимације.

Активна легитимација или тзв. процесна легитимација (legitimatio ad processum) је процесна претпоставка, која се односи на право лица да у сопствено име води конкретан поступак правне заштите.

Из Директиве 2007/66/ЕЗ Европског парламента и Већа о измени директива Већа 89/665/ЕЕЗ и 92/13/ЕЕЗ у вези с побољшањем ефикасности поступака правне заштите који се односе на склапање уговора о јавној набавци (Директива 2007/66/ЕЗ), у члану 1 (став 3) произлази захтев да Државе чланице осигуравају да су, према детаљним правилима која могу утврдити државе чланице, поступци правне заштите доступни барем свакој особи која **има или је имала интерес за добијање одређеног уговора и која је претрпела или би могла претрпети штету због наводног кршења**[3].

Такве су одредбе Директиве резултат пресуда Европског суда правде (ЕСП), нпр. у предметима C-81/98 (Alcatel Austria), C-470/99 (Universale-Bau), C-92/00 (Hospital Ingenieure) и нарочито у пресуди **C-249/01 (Hackermüller)** у којој је суд објаснио да:

- су према члану 1 (3) Директиве 89/665, државе чланице дужне обезбедити да су поступци ревизије, предвиђени директивом, до-

3 Member States shall ensure that the review procedures are available, under detailed rules which the Member States may establish, at least to any person having or having had an interest in obtaining a particular contract and who has been or risks being harmed by an alleged infringement.

ступни барем свакој особи, која има или је имала интерес за доделу одређеног јавног уговора и која је била или би могла бити оштећена наводним кршењем права заједнице о јавним набавкама, односно националним прописима, који спроводе тај закон;

- је у том смислу очигледно да та одредба не обавезује државе чланице да процедуре учине доступним било којој особи која жели да добије јавни уговор, него им омогућава да поред тога захтевају да је субјекат у питању био или би могао бити оштећен наводним повредама;

- да члан 1 (3) Директиве 89/665 тако не спречава да поступци ревизије предвиђени директивом буду доступни особама које желе да добију одређени јавни уговор, само ако су те особе биле или би могле бити оштећене повредом коју наводе.

Сличне су одредбе уграђене и у националне прописе више земља у региону.

Словеначки Закон о правној заштити у поступцима јавних набавки (ЗПВПЈН-СЛО) у члану 14 одређује да се активна легитимација признаје свакој особи **која има или је имала интерес за доделу јавне набавке, склапање оквирног споразума или укључивање у систем динамичне набавке или систем квалификација и која јесте или би могла бити оштећена због наводног кршења**. Претпоставља се да интерес за доделу јавне набавке исказује особа, која је доставила благовремену понуду. Ако рок за достављање понуда није још истекао, интерес исказује било која особа, која може да обавља делатност, потребну за извршење предмета јавне набавке[4]. Захтев за ревизију могу поднети и заговорници јавног интереса (Министарство финансија,

4 The proceedings may be initiated by "each person having or having had interest in being awarded a public contract, concluding a framework contract or being included in the dynamic purchasing system or a system of establishing capability, and who suffer or could suffer damages due to the alleged infringement. It is deemed that interest in being awarded a public contract is demonstrated by a person who submitted their tender in due time, and if the time limit for submitting tenders has not expired yet, any person capable of performing the activity necessary to carry out the object of public procurement.

Ревизорски суд, Комисија за заштиту конкуренције, Комисија за сузбијање корупције).

Хрватски Закон о јавним набавкама (ЗЈН-ХР) у члану 141 одређује да право на жалбу има свака физичка особа, правна особа и заједница физичких и/или правних особа која **има или је имала правни интерес за добијање одређеног уговора о јавној набавци или оквирног споразума или конкурса и која је претрпела или би могла претрпети штету од наводнога кршења субјективних права**.

Мађарски Закон о јавним набавкама (ЗЈН-МА) у члану 137 одређује да захтев за ревизију могу поднети наручиоци, понуђачи, у случају заједничке понуде било који од понуђача, кандидат, у случају заједничког захтева за учешће било који од кандидата, односно друга заинтересована особа, **чија права или легитиман интерес су повређени или би могли бити повређени активношћу или грешком у супротности са законом**[5].

Немачки Закон против ограничења конкуренције (ЗПОК-НЕ) у члану 107 одређује да сваки субјекат, **који је заинтересован за уговор и тврди да су његова права по члану 97 (7)**[6] **била повређена због непоштовања одредаба које регулишу доделу јавних уговора**, има право да поднесе захтев. Везано уз то, мора се исказати да је **субјекат претрпео губитак или би могао претрпети губитак у последици наводне повреде одредаба, које регулишу доделу јавних уговора**[7].

---

5 An application may be submitted by the contracting authority, the tenderer, in the case of a joint tender any of the tenderers, the candidate, in the case of a joint request to participate any of the candidates, or any other interested person whose right or legitimate interest is being harmed or risks being harmed by an activity or default which is in conflict with this Act.

6 Undertakings have a right to the provisions concerning the award procedure being complied with by the contracting entity.

7 Every undertaking which has an interest in the contract and claims that its rights under § 97 (7) were violated by non-compliance with the provisions governing the awarding of public contracts has the right to file an application. In doing so, it must be shown that the undertaking has suffered a loss, or may be about to suffer a loss, in consequence of the alleged violation of provisions governing the awarding of public contracts.

Закон о јавним набавкама («Сл. гласник РС», бр. 124/2012; у даљем тексту ЗЈН) у члану 148 одређује да захтев за заштиту права може да поднесе понуђач, подносилац пријаве, кандидат, односно заинтересовано лице (у њихово име и пословно удружење). Складно са чланом 3 ЗЈН, заинтересовано лице је свако лице, које има **интерес да закључи конкретан уговор о јавној набавци**. Захтев за заштиту права може да поднесе и Управа за јавне набавке, Државна ревизорска институција, јавни правобранилац и грађански надзорник.

Анализа одредби ЗЈН показује, да тај пропис садржи шири концепт активне легитимације у поређењу са концептом, који произлази из Директиве 2007/66/ЕЗ, пресуда ЕСП и представљених законских решења у другим земљама. Могућност сужавања активне легитимације може се идентификовати наочито у везивању активне легитимације на други допуштени и уобичајени услов активне легитимације, тј. могућност настанка „штете". У том смислу треба напоменути да се концепт релевантне „штете", према Директиви 2007/66/ЕЗ (и у супротности са уобичајеним разумевањем), не односи (само) на штету у смислу облигационих односа (умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист)), него тај концепт као релевантну „штету" подразумева сваку повреду права или легитимних интереса особе, која је утицала на њену могућност доделе јавне набавке или њен положај у поступку јавне набавке.

Узимајући у обзир записано, први став члана 148 могао би се допунити, нпр. у смислу:

Захтев за заштиту права може да поднесе понуђач, подносилац пријаве, кандидат, односно заинтересовано лице (у даљем тексту: подносилац захтева), ***који у конкретном поступку има интерес за доделу уговора, признавање квалификације, склапање оквирног споразума или укључење у систем динамичне набавке и који исказује да је у поступку дошло до повреде његових права или легитимних интереса, која је битно утицала на његову могућност доделе јавне набавке или његов положај у том поступку јавне набавке.***

или

Захтев за заштиту права може да поднесе понуђач, подносилац пријаве, кандидат, односно заинтересовано лице (у даљем тексту: подносилац захтева), ***који у конкретном поступку има интерес за доделу уговора, признавање квалификације, склапање оквирног споразума или укључење у систем динамичне набавке и који исказује да је у поступку дошло до повреде прописа о јавним набавкама, која је битно утицала на његову могућност доделе јавне набавке или његов положај у том поступку јавне набавке.***

Наравно, могућа су и другачија решења, нпр. по узору представљених ЗПВПЈН-СЛО, ЗЈН-ХР, ЗЈН-МА, ЗПОК-НЕ и сличних.

На темељу представљене одредбе и члана 152 и 154, наручилац и Републичка комисија могли би одбацити, нпр. захтев за заштиту права подносиоца са непотпуном понудом, који признаје (или не пориче) непотпуност своје понуде, а у захтеву тврди да је и понуда изабраног понуђача (односно свих осталих понуђача) непотпуна – уважењем захтева подносиоца у конкретном поступку дошло би до поништења одлуке и доделе уговора некоме од преосталих понуђача са потпуном понудом (или – у случају, да су све понуде непотпуне – новог поступка јавне набавке), а никако до доделе уговора подносиоцу (са непотпуном понудом), па тако подносилац не исказује да би му у конкретном поступку могла настати „штета“, односно да је наводна повреда закона имала било какав утицај на његову могућност доделе јавне набавке или његов положај у том поступку јавне набавке (само хипотетичка могућност да би подноситељу уговор могао бити додељен у могућем новом поступку или у преговарачком поступку, који нпр. следи неуспешном отвореном поступку, не признаје се као легитиман интерес (односно исказивање „штете“), јер се иста веже само уз конкретан поступак јавне набавке). Наручилац и Републичка комисија такође би могли да одбаце захтев за заштиту права понуђача, чија потпуна понуда се, према критеријумима за избор, уврстила на, нпр. четврто место и који у свом захтеву тврди само да је непотпуна понуда изабраног понуђача, док се не определи према (угоднијим) потпуним понудама осталих понуђача (нпр. на 2. и 3. месту). И у овом случају подносилац не исказује могућности настанка

„штете“ - уважавањем захтева подносиоца дошло би до поништења одлуке и доделе уговора некоме од преосталих понуђача са угоднијом, потпуном понудом, а не подносиоцу. Подносилац исто тако не може наступати у јавном интересу, већ искључиво у свом интересу.

Државна ревизијска комисија у 2007. години на темељу истих одредби на општој седници, заузела је и начелни правни став, према коме понуђачу, чија је понуда у поступку доделе јавне набавке била одбијена као непотпуна, а у ревизијском поступку нису установљена кршења наручилаца у усвајању такве одлуке, више не признаје други елеменат активне легитимације - могућност оштећења. Наиме, ако се због утврђеног чињеничног стања подносиочева понуда не може сматрати потпуном, треба је одбити, што значи да подносилац захтева (чак и ако би се његови наводи у вези са другим повредама у поступку доделе јавне набавке показали основанима) заправо нема могућности да се у конкретном поступку изабере његова понуда, због чега у вези са наводним повредама у поступку, које се не односе на питање законитости одбијања његове понуде, није претрпео нити би могао претрпети икакву штету. На темељу таквог става, Државна ревизијска комисија у ревизијским поступцима, у којима понуђач, чија понуда је била одбијена због непотпуности, жели постићи поништење одлуке о додели јавне набавке, увек прво проверава основаност ревизијских навода, који се односе на потпуност подносиочеве понуде. Ако се ти наводи покажу неоснованима, о осталим наводима Државна ревизијска комисија не одлучује и захтев за ревизију у целини одбија (изузетак је само у случају када подносилац тврди да је због истог разлога непотпуна и изабрана понуда и да би се, кад би се у поступку поштовало начело једнакости понуђача, и подносиочева понуда морала сматрати потпуном).

2. СУСПЕНЗИВНО ДЕЈСТВО ЗАХТЕВА ЗА ЗАШТИТУ ПРАВА

Директива 2007/66/ЕЗ од држава чланица ЕУ не тражи да захтев за заштиту права има суспензивно дејство од тренутка подношења даље. Директива наиме одређује искључиво да у случајевима кад државе чланице захтевају да особа прво затражи правну заштиту код наручиоца, треба осигурати да »***подношење таквог захтева за правну заштиту има за последицу непосредну обуставу могућности склапања уговора***« (члан 1, став 5 измењених директива), односно да у случају када првостепено тело, независно од јавног наручиоца, преиспитује одлуку о избору, треба осигурати да јавни наручилац „***не може склопити уговор пре него што је тело надлежно за правну заштиту донело одлуку о примени привремених мера или о правној заштити. Обустава ће престати најраније по истеку рока мировања...***“. У осталим случајевима „***поступак правне заштите не мора нужно имати аутоматски учинак обуставе на поступке склапања уговора на које се односе***“.

Директива 2007/66/ЕЗ одређује и тзв. „рок мировања“, па тако у члану 2.а измењених директива прописује да се уговор не сме склопити на темељу одлуке о избору (који спада у подручје примене Директиве 2004/17/ЕЗ, односно 2004/18/ЕЗ) пре истека рока од најмање 10 календарских дана од дана након слања одлуке (ако се користи факс или електронска средства), односно пре истека рока од најмање 15 календарских дана од дана након дана слања одлуке или најмање 10 календарских дана од дана после дана примања одлуке о избору (ако се користе друга средства комуникације). Државе чланице могу предвидети да се у одређеним случајевима ови рокови не примењују (објава позива на надметање само на националном нивоу, само један заинтересовани понуђач или уговор на темељу оквирног споразума/система динамичне набавке) – у тим случајевима морају осигурати да је у случају испуњења одређених услова (вредност предмета изнад

вредности европских прагова и непоштовање одредби материјалноправних директива, везаних уз коришћење система динамичне набавке) уговор неважећи.

Државе чланице ЕУ према члану 2.д измењених директива морају осигурати да је уговор неважећи и (а) у случајевима недопуштеног склапања уговора без претходне објаве позива, (б) у случајевима кршења обуставе склапања уговора након подношења захтева за правну заштиту, односно преиспитивања одлуке пред надлежним телом или у случајевима кршења забране склапања уговора пре истека раздобља мировања, али само ако је (1) то кршење повезано с кршењем Директиве и (2) са тим кршењем је понуђачу, који подноси захтев за правну заштиту, ускраћена могућност коришћења предуговорних правних лекова, а то је (3) утицало на могућност подносиоца да добије уговор.

До средине 2007. године тадашњи словеначки Закон о ревизији поступака јавних набавки (ЗРПЈН) одређивао је да захтев за ревизију задржи све даље активности наручилаца у поступку јавне набавке (аутоматско суспензивно дејство). Државна ревизијска комисија на темељу предлога наручилаца могла је дозволити да се, упркос поднетом захтеву за ревизију, активности поступка наставе. Практична последица таквог уређења били су **бројни захтеви за ревизију, поднети у последњим тренуцима пре истека рока за подношење понуда, којима су различити субјекти (неки од њих су највероватније били и основани само у ту сврху) ефикасно блокирали поступке јавних набавки**. Наиме, због аутоматског суспензивног дејства захтева за ревизију, наручиоци након њиховог примања (уобичајено на самом отварању понуда) нису смели извести отварање понуда, па су тако и у случају каснијег одбацивања или одбијања захтева, морали одредити нови рок за отварање понуда, понуђачима омогућити да предложе нове понуде, исти су морали да прибаве нове гаранције за осигурање понуде итд. У више случајева, наручиоци нису успели да изведу отварање понуда ни у три, четири или више покушаја.

Из представљених разлога са изменама ЗРПЈН у 2007. години (које су биле пренете и у ЗПВПЈН) аутоматско суспензивно дејство поднетог

захтева за ревизију било је укинуто, односно мењано на начин да **поднети захтев за ревизију од тада надаље не задржава више даље активности наручилаца у поступку, али је до коначне одлуке о захтеву забрањено склапање уговора** (од усвајања ЗПВПЈН-СЛО даље наручиоцу је забрањено, осим у законско одређеним примерима, и усвајање одлуке, којом би окончао поступак јавне набавке или започео нови поступак). Коректив таквог уређења је могућност да наручилац по својој одлуци сам обустави поступак до пресуде Државне ревизијске комисије, да Државна ревизијска комисија на предлог подносиоца захтева задржи даље активности наручилаца у поступку, односно да на предлог наручилаца, упркос поднетом захтеву, дозволи склапање уговора, обуставу поступка или почетак новог поступка[8].

Индикативан је податак да је у 2007. чак 32 % свих захтева за заштиту права о којим је одлучивала Државна ревизијска комисија, било поднетих у фази пре истека рока за подношење понуда, док је у 2008. години у истој фази поступка било поднетих мање од 15 % свих захтева. Такође је занимљив податак да је Државна ревизијска комисија у последњих 12 месеци законског уређења са аутоматским суспензивним дејством захтева, месечно у просеку одлучила о 49 захтева за ревизију, док је у 12 месеци након измена закона, у просеку месечно одлучила о 19 захтева за ревизију (разлози за смањење броја захтева су вероватно и последица промена неких других законских одредаба).

8 Regardless of the submitted review claim, the contracting authority may continue the public contract award procedure, but it may not conclude the contract, stop the public procurement procedure, reject all tenders or start a new public procurement procedure for the same procurement object... When receiving a review claim, the contracting authority may adopt a decision that the public contract award procedure is withheld until the decision of the National Review Commission.... When submitting a review claim, the claimant may forward its proposal to suspend the public contract award procedure to the contracting authority... After receipt of a review claim or any time during the pre-review or review procedure the contracting authority shall address, to the National Review Commission, a proposal to adopt a decision to allow, despite the submitted review claim: Conclusion of the contract, or Stopping of the public procurement procedure, or Rejection of all tenders, or Initiation of a new public procurement procedure for the same procurement object

Према члану 161 ЗЈН-ХР, жалба изјављена против документације за надметање, односно измене документације **спречава наставак поступка јавне набавке** за све групе предмета набавке. Жалба, изјављена против одлуке о избору, **спречава настанак уговора о јавној набавци, односно оквирног споразума**. Ако је предмет набавке подељен на групе за које је омогућено подношење понуда, жалба, изјављена против одлуке о избору спречава настанак уговора о јавној набавци или оквирног споразума за ону групу предмета набавке, против које је жалба изјављена. Жалба, изјављена против претходног обавештења о намери склапања уговора, спречава настанак уговора о јавној набавци за све групе предмета набавке. У осталим случајевима, изјављена жалба не спречава наставак поступка јавне набавке, спровођење новог поступка јавне набавке, настанак уговора о јавној набавци, односно настанак оквирног споразума, осим у случају, када Државна комисија на темељу предлога жалиоца одреди **привремену меру**. На темељу чланка 162 ЗЈН-ХР, у случају изјављене жалбе која спречава наставак поступка јавне набавке, настанак уговора о јавној набавци, односно настанак оквирног споразума, наручилац може поставити захтев за одобрење наставка поступка јавне набавке, склапање уговора о јавној набавци, односно оквирног споразума за предмет или део предмета набавке. А на темељу чланка 163 ЗЈН-ХР, жалилац може, уз жалбу која не спречава наставак поступка јавне набавке, настанак уговора о јавној набавци, односно настанак оквирног споразума, поднети предлог за одређивање привремене мере с циљем правовременог исправљања наводног кршења закона или спречавања настанка штете.

ЗЈН-МА у члану 142 одређује да у случају кад Арбитражни одбор за јавне набавке започне поступак**, наручилац може привремено зауставити поступак доделе јавне набавке**. Сви рокови у поступку се у том случају продуже за време трајања привременог заустављања поступка. На темељу чланка 144 ЗЈН-МА, **Арбитражни одбор за јавне набавке може и сам током поступка ревизије на захтев или по службеној дужности одредити привремене мере** до закључења уговора у поступку доделе уговора, на који се односи ревизија ако је, узимајући о обзир све околности конкретног случаја, вероватно да је дошло до повреде закона или темељних начела или постоји ризик од

тога. Привремене мере обухватају задржање поступка доделе уговора или позив наручиоцу да укључи подносиоце захтева у поступак доделе уговора. Арбитражни одбор за јавне набавке може у случајевима „изузетно важног интереса“, који не допушта кашњење или због заштите јавног интереса (укључујући разлог националне економије) на предлог наручилаца дозволити склапање уговора[9].

Ако Трибунал за јавне набавке писмено обавести наручиоца о захтеву за ревизију, према члану 115 ЗПОК-НЕ, **наручилац не сме доделити уговор пре одлуке Трибунала и пре истека рока за подношење жалбе** против одлуке трибунала (рок за жалбу је две седмице од достављања одлуке). **Жалба против одлуке Трибунала има суспензивно дејство, које престаје да важи две седмице након истека рока за жалбу**. Ако Трибунал одбије да обави ревизију доделе уговора, **апелациони суд може, на захтев жалиоца, продужити суспензивно дејство** до тренутка одлуке о жалби. Трибунал за јавне набавке под условима из члана 115 ЗПОК-НЕ може **дозволити склапање уговора**, који се може склопити након истека две седмице

9 When a proceeding is launched by the Public Procurement Arbitration Board, the contracting authority may suspend the ongoing contract award procedure and it shall notify the Public Procurement Arbitration Board to this effect. The suspension shall extend any time limits running by the duration of the suspension period... In an ongoing review procedure the Public Procurement Arbitration Board may, on request or ex officio, order interim measures until the conclusion of the contract in the contract award procedure (or purchase) involved in the review procedure, if, taking into account all circumstances in the case in question, it is probable that an infringement of the rules of this Act or principles has been committed or a risk thereof exists. As an interim measure, the Public Procurement Arbitration Board shall (a) order the suspension of the contract award procedure or (b) call upon the contracting authority involved in the contract award procedure to invite the applicant seeking a remedy to take part in the contract award procedure. Due to an extremely important interest allowing no delay or to the protection of public interest (including the reason of national economy) the Public Procurement Arbitration Board may allow the conclusion of the contract in its decree upon the request of the contracting authority if the benefits exceed the drawbacks of the conclusion of the contract. The extremely important interest allowing no delay or the public interest (reason of national economy) shall be stated in the application and the documents proving the grounds for the application shall be submitted together with the application. For the purposes of this paragraph, public interest means in particular the maintenance of the uninterrupted security of conduct of the public utilities activity. For the purposes of qualified contract award procedures and contract award procedures in the field of defence, the public interest is in particular interest related to defence or security.../.

од проглашења такве одлуке. Апелациони суд може, на захтев, у том случају **поново увести забрану склапања уговора**. Ако Трибунал не дозволи склапање уговора, то може, на захтев наручилаца, дозволити апелациони суд[10].

ЗЈН у члану 150 одређује да захтев за заштиту права задржава даље активности наручиоца у поступку јавне набавке до доношења одлуке о поднетом захтеву за заштиту права, осим у случају преговарачког поступка или ако Републичка комисија на предлог наручиоца не одлучи другачије. Ако је захтев за заштиту права поднет након закључења уговора, наручилац не може извршити уговор о јавној набавци до доношења одлуке о поднетом захтеву за заштиту права, осим ако Републичка комисија на предлог наручиоца не одлучи другачије. Републичка комисија дозволи склапање уговора у случају када би задржавање активности наручиоца у поступку јавне набавке, односно у извршењу уговора о јавној набавци, проузроковало велике тешкоће у раду или пословању наручиоца које су несразмерне вредности јавне набавке, односно значајно угрозило интерес Републике Србије.

---

10 If the public procurement tribunal informs the contracting entity in writing about the application for review, the latter must not make the award prior to the decision of the public procurement tribunal and before the expiry of the period for a complaint... An immediate complaint shall be filed in writing with the appellate court within a non-extendable time limit of two weeks beginning upon service of the decision... The immediate complaint shall have a suspensive effect upon the decision of the public procurement tribunal. The suspensive effect shall lapse two weeks after the expiry of the time limit for the complaint. If the public procurement tribunal refuses, upon application, to review the award, the appellate court may, upon application by the complainant, extend the suspensive effect up to the time of the decision on the complaint... The public procurement tribunal may allow the contracting entity to award the contract after the expiry of two weeks after the announcement of this decision if, taking into account all interests which may be impaired as well as the interests of the general public in the quick conclusion of the award procedure, the negative consequences of delaying the award until the end of the review outweigh the advantages involved. In its assessment, the public procurement tribunal shall take account of the interests of the general public that the contracting entity carries out its tasks efficiently. The public procurement tribunal shall also consider the overall prospects of the applicant to win the award in the award procedure. The prospects of success of the application for review need not be taken into account in every case. The appellate court may, upon application, reinstate the prohibition of the award... If the public procurement tribunal does not allow the award, the appellate court may, upon application by the contracting entity, allow the immediate award subject ...

Анализа показује да је од земаља, чија су законодавна уређења била прегледана, пуно аутоматско суспензивно дејство захтева за заштиту права уграђено само у ЗЈН и ЗЈН-ХР. Прописи осталих земаља суспензивно дејство вежу само уз склапање уговора (ЗПВПЈН-СЛО), односно ефикасност правне заштите постижу привременим мерама (ЗЈН-МА, ЗПОК-НЕ).

Да би се постигла већа ефикасност поступака правне заштите у поступцима јавних набавки, као могућност предлаже се измена члана 150 ЗЈН на начин да суспензивно дејство захтева за заштиту права спречава само склапање уговора о додели јавне набавке, док наручилац упркос поднесеном захтеву може наставити са осталим активностима у поступку. Тиме би се у великој мери спречило и спекулативно подношење захтева за заштиту права у последњим тренуцима пре истека рока за подношење понуда, чији циљ је често искључиво блокирати поступак доделе јавне набавке.

Члан 150 тако би се могао мењати нпр. на начин /одредбе би требало и даље разрадити!/:

„Захтев за заштиту права не задржава даље активности наручилаца у поступку. Наручилац до коначности одлуке о захтеву не сме склопити уговор о јавној набавци, усвојити одлуку о обустави поступка јавне набавке или започети нови поступак доделе исте јавне набавке.

...

Наручилац након примања захтева за заштиту права може усвојити решење да се извођење поступка доделе јавне набавке задржи до коначности одлуке о захтеву. О своме решењу наручилац најкасније у року од пет дана након његовог усвајања обавештава све понуђаче који су у конкретном поступку доделе јавне набавке предложили своју понуду.

...

Републичка Комисија на предлог наручиоца може усвојити решење, којим наручиоцу упркос поднесеном захтеву за ревизију дозволи склапање уговора о јавној набавци, усвајање одлуке о обустави поступка јавне набавке или почетак новог поступка доделе исте јавне набавке.

Републичка комисија такво решење усваја ако након разматрања свих релевантних околности случаја и узимајући у обзир однос између штетних утицаја прихватања предлога и користи јавног интереса, сматра да постоје разлози, који се односе на јавни интерес који захтевају да предлог буде прихваћен.

...

Републичка Комисија на предлог подносиоца захтева или по службеној дужности може усвојити решење, којим делимично или у целини задржи извођење поступка доделе јавне набавке. Републичка комисија такво решење усваја ако након разматрања свих релевантних околности случаја, утврди да би наставак поступка доделе јавне набавке могао штетно утицати на ефикасност поступка правне заштите или на права, односно положај учесника у поступку доделе јавне набавке.

Друга могућност је увођење система привремених мера по узору ЗЈН-МА или ЗПОК-НЕ.

3. ПОКУШАЈ МИРЕЊА ПРЕ ПОДНОШЕЊА ЗАХТЕВА ЗА ЗАШТИТУ ПРАВА

Директива 92/13/ЕЕЗ (директива о правној заштити на инфраструктурном сектору) у четвртом поглављу (до усвајања Директива 2007/66/ЕЗ) уређивала је поступак (механизам) мирења. Примену поступка мирења је, складно са чланом 9 споменуте Директиве, могла захтевати свака особа, која је имала интерес за добијање одређеног уговора, који је био предмет те директиве, и која је у односу на поступак склапања тог уговора сматрала да је претрпела или би могла претрпети штету од наводног кршења права заједнице на подручју набавке или националних прописа о спровођењу тог права. Ако је комисија сматрала да се спор односи на исправну примену права заједнице, захтевала је од наручилаца изјаву о томе да ли је спреман да учествује у поступку мирења. Ако је наручилац одбио да учествује, Комисија је обавестила особу, која је поднела захтев да поступак не може започети. Ако је наручилац био сагласан, поступак мирења је могао да започне. У том поступку је Комисија са листе независних особа, које су биле овлашћене у ту сврху, именовала миритеље. Они су омогућили особи, која је тражила примену поступка мирења, наручиоцу и сваком другом учеснику конкурса или понуђачу, који је учествовао у поступку склапања уговора да у том предмету усмено или писмено изнесе мишљење. Миритељи су настојали да што је пре могуће, постигну споразум између странака, који би био у складу с правом Заједнице. Миритељи су подносили Комисији извештај о својим налазима и о постигнутом исходу. Особа, која је поднела захтев за поступак мирења, и наручиоци имали су право у било које време окончати поступак. Осим ако странке нису одлучиле друкчије, особа, која је поднела захтев за поступак мирења, и наручилац сносили су свако своје трошкове. Осим тога, свака странка је сносила половину трошкова поступка, при чему су били искључени трошкови умешаних странака.

Усвајањем Директиве 2007/66/ЕЗ, поступак (механизам) мирења био је укинут. Из преамбуле споменуте Директиве (тачка 30) тако произлази да поступак мирења, предвиђен у Директиви 92/13/ЕЕЗ, није наишао на прави интерес код привредних субјеката. Као разлог за то се наводи то што само њиме нису могле да се покрену обавезујуће привремене мере којима би се правовремено спречило противправно склапање уговора, те друго, што је због своје природе био тешко спојив с поштовањем посебно кратких рокова, који се примењују у правној заштити у сврху доношења привремених мера и укидања одлука које су донесене незаконито. Осим тога, могућа ефикасност поступка мирења додатно је била ослабљена потешкоћама с којима се сусретало код састављања потпуног и довољно опсежног пописа независних миритеља за сваку државу чланицу, који би у свако доба били на располагању да би у врло кратком времену обрадили захтеве за мирење.

У последици горње Директиве 2007/66/ЕЗ нема посебних одредаба, које би се односиле на могућност мирења у поступцима јавних набавки.

Због специфичне природе поступака јавних набавки, могућност мирења (или других техника АДР) у поступцима јавних набавки поприлично је ограничена. Наиме, у поступцима јавних набавки сусрећу се различити интереси, који су са правилом у колизији, нпр.:

- интерес наручилаца да обезбеди предмет јавне набавке, који је намењен (директно или индиректно) обезбеђивању његових функција или надлежности,

- интерес сваког од понуђача да се јавна набавка (уговор) додели баш њему,

- интерес свих, који плаћају порез да се осигура економично (законито, транспарентно...) коришћење јавних (њихових) средстава,

- интерес државе да осигурава (односно одржава) конкурентност у пословном окружењу, подстиче одређене категорије куповине (нпр. ГПП), пружа социјалне стимулације (заштићена предузећа) итд.

Као последица горе наведеног, учесници у поступцима јавних набавки много су више ограничени у могућности располагања захтевима, него што су у нпр. класичном парничном поступку. Наиме, наручилац мора да поштује строге формалне услове ЗЈН, па тако нема могућности признавања, односно договарања о захтевима, који би били нескладни са тим прописом (наручилац нпр. не може алтернативним – „мирним“ путем и договарањем решити спор, који се односи на непотпуност понуде ако исту према ЗЈН у сваком случају мора одбити и везано уз то нема могућности попуштања, што је један од квалификаторних елемената сваког АДР поступка).

Могућност мирења тако се више или мање своди на омогућавање да наручилац на предлог подносиоца може изван формалног ревизијског поступка и по могућности без трошкова уклонити наводне грешке и неправилности у поступку и прилагодити своје радње захтевима ЗЈН.

То се може постићи, нпр. на начин да се поступак пред наручиоцем не третира као поступак правне заштите, него као поступак мирења. Поступак би се и у том случају могао започети захтевом за заштиту права, али се у тој фази не би плаћала такса. Ако би наручилац усвојио захтев, поступак би се завршио, а свака од странака би сносила своје трошкове. Ако би наручилац одбацио или одбио захтев, односно ако не би одлучио о њему у прописаном року, подносилац би могао писмено затражити почетак ревизијског поступка пред Комисијом. У тој фази би требало платити и таксу и предложити потврду о томе. Поступак би се након тога водио према већ постојећим одредбама ЗЈН. Наравно постоји и могућност да се већ код подношења захтева за заштиту права плаћа такса, али да се иста у случају да се поступак заврши већ пред наручиоцем, враћа из рачуна, на који је била уплаћена (на захтев подносиоца и нпр. одредбом Комисије).

ЗЈН-МА у члану 79 предвиђа поступак прелиминарног решавања спорова, који се води независно од поступка заштите права. Тај поступак може да покрене понуђач или кандидат, уколико сматра да је одлука о јавној набавци, било који процедурални акт наручилаца или било који други документ, донет у поступку доделе јавне набавке, делимично или потпуно незаконит, и то у року од три радна дана од кад

је сазнао за повреду закона. Поступак могу покренути и привредни субјекти, комора или интересно удружење, које се бави активношћу, која се односи на предмет набавке ако сматра да је објава, позив на тендер, позив за учешће, документација или модификација истих делимично или потпуно незаконита. Подносилац мора у својој пријави наручиоцу навести делове одлуке или другог документа, односно процесне радње које сматра незаконитим, уз своје препоруке, податке, чињенице и документе, који исте подржавају. Подносилац шаље пријаву наручиоцу факсом или електронским путем, а наручилац мора (истим путем) обавестити подносиоца пријаве о свом ставу најкасније у року од три дана након њеног примања. Наручилац о пријави и своме одговору на њу мора обавестити и остале понуђаче или кандидате. Када је незаконити радњу могуће санирати на такав начин, наручилац може (не више него једанпут) најкасније у року од три радна дана након примања пријаве од понуђача (кандидата) захтевати да у року од наредна три радна дана допуни непотпуну документацију или достави потребне информације или објашњења. Наручилац мора обавестити подносиоца пријаве и остале понуђаче о слању захтева за допуну документације, додатне информације или објашњења на дан слања таквог захтева, а о своме одговору на пријаву исте мора обавестити у року од седам радних дана након примања пријаве. Ако је подносилац поднео своју пријаву у вези са процедуралном радњом или документом, који се односи на фазу поступка након отварања понуда, у прописаним роковима и на прописани начин, наручилац не сме да склопи уговор до истека раздобља од

десет дана од дана примања пријаве односно одговора на исту, и ако би у том периоду рок мировања већ истекао[11].

---

11 Član 79 ZJN-MA:
The following entities may initiate a preliminary dispute settlement:
the tenderer or the candidate, within 3 business days after having knowledge of the illegal event, if it considers that the written summary or any procedural act of the contracting authority or any other document made during the contract award procedure, except for those listed in point (b), is partly or completely illegal;
any interested economic operator or the chamber or the interest representation body with an activity related to the subject-matter of procurement (for the purposes of this Article, hereinafter jointly referred to as applicant') not later than ten days before the expiry of the time limit to submit tenders or to participate, in accelerated procedures or negotiated procedures without prior publication of a contract notice launched for extreme urgency until the expiry of these time limits, if he considers that the contract notice, the invitation to tender, the invitation to participate, the documentation or the modification thereof is partly or completely illegal.
The applicant shall state in his application to the contracting authority (hereinafter referred to as preliminary dispute settlement application') the points of the written summary deemed unlawful, or other document, or procedural action, furthermore his recommendations, remarks, and the data and facts and supporting his opinion and he shall also refer to the documents – if any – supporting such data and facts.
The preliminary dispute settlement application shall be dispatched to the contracting authority by fax or electronic means, and the contracting authority shall inform the applicant for settlement about its standpoint regarding the application not later than three days after the reception of the application by the means identical to that of the submission, furthermore the contracting authority shall inform all tenderers or candidates – known by it – participating in the procedure about the submission of the preliminary dispute settlement application and his answer to it.
Where the infringement of law committed in the procedure is remediable through these procedural acts, the contracting authority may require – on not more than one occasion, not later than three business days after the reception of the preliminary dispute settlement application – the tenderers (candidates) to supply missing information (Article 67), to provide information (Article 67) or an explanation (Articles 69-70), setting a time limit of three business days, even if the procedural rules would not allow to do so. In this case the contracting authority shall inform the applicant for settlement and the tenderers (candidates) about the submission of the application for preliminary dispute settlement on the date of dispatch of the request for the supply of missing information or for the provision of information or for explanation, and he shall inform these entities about his answer to the application not later than seven business days after reception of the application.
If a tenderer has submitted a preliminary dispute settlement application in connection with a procedural act done, document made following the opening of tenders within the time limit pursuant to paragraph 1 and in compliance with paragraph 2, the contracting authority may not conclude the contract – if division into lots was possible, he shall not conclude the contract on the part of procurement concerned – before the end of a period of ten days from the date of submission of the application, following the date of dispatch of its reply, even if the standstill period would otherwise expire until that date.

Други могући начин је да се од сваког лица, које жели да поднесе захтев за заштиту права, захтева да унапред обавести наручиоца о својој намери и тиме наручиоцу омогући да избегне формалан спор. Због релативно кратких рокова у фази након доделе јавне набавке, ова могућност је прикладнија за захтеве, везане уз тендерску документацију.

ЗПВПЈН-СЛО у члану 5 (став 5) тако нпр. одређује да захтев за заштиту права, који се односи на објаву, позив за подношење понуда или конкурсну документацију, није допуштен, ако би подносилац или други потенцијални понуђач преко портала јавних набавки могао упозорити на наводне повреде, а то није учинио. Сматра се да је подносилац или други потенцијални понуђач могао упозорити на наводне повреде преко портала јавних набавки ако је на том порталу био објављен позив за подношење понуда, на темељу кога понуђачи могу доставити понуде.

Неки од практичних проблема, који су се показали у вези са применом ове одредбе и на које је одговоре понудила тек пракса Државне ревизијске комисије, били су нпр.:

- у ком року (до кад) подносилац може преко портала упозорити на наводне повреде?
- да ли допустити захтев у случају кад наручилац промени тендерску документацију последњи дан пре истека рока и подносилац нема могућности да упозори на повреде?
- да ли подносилац наручиоцу треба да омогући време да санира наводне повреде или може да поднесе захтев за заштиту права исти дан (одмах) након упозорења?
- да ли подносилац треба поново да упозори на повреде у случају кад наручилац исте санира само делимично?
- да ли подносилац треба поново да упозори на повреде у случају кад наручилац након упозорења промени тендерску документацију, а не на начин, који је предложио подносилац?

- да ли се захтев за заштиту права у коме се наводи повреде, на које није било унапред упозорено преко портала, одбије или одбаци? Шта ако је на неке повреде било упозорено а на друге не – да ли се захтев делимично одбаци, а делимично одбије? Да ли је у том случају против одбаченог дела захтева могућа (процесна) жалба, а са одбијеним делом наставак ревизијског поступка? Како је у том случају са трошковима?

- да ли упозорење преко портала и наводи у каснијем захтеву за заштиту права треба да буду идентични, односно до које мере?

Ако би законске промене ишле у смеру представљеног решења, било би разумно да се такве дилеме уклоне већ унапред, прикладнијим законским текстом.

На том месту ваља споменути и ЗЈН-МА (наручилац према том пропису нема улогу органа, који одлучује о захтеву за заштиту права), који у члану 137, став 10, одређује да подносилац пре подношења захтева мора о томе (својој намери) обавестити наручиоца и при томе навести наводне повреде на исти начин, као у захтеву[12].

12 Prior to the submission of the application, the applicant shall notify the contracting authority or the procurer of this fact – by designating the infringement assumed by him – in the same way as the the application was submitted by him

4. ТАКСА У ФАЗИ КАДА ЈЕ ЗАХТЕВ ЗА ЗАШТИТУ ПРАВА ПОДНЕТ У ОДНОСУ НА КОНКУРСНУ (ТЕНДЕРСКУ) ДОКУМЕНТАЦИЈУ

Одређивање висине законских обавеза, па тако и висине таксе за подношење захтева за заштиту права по ЗЈН, део је дискреционих права законодавца. По правилу, законодавац мора узети у обзир да између таксе и услуге, за коју је плаћена, постоји директна веза и разуман однос. Без обзира на то, међутим, таксе су толико специфичне и конкретне услуге колико и различите да је поређење између њих могуће само на нивоу утврђивања некаквог просека, који је резултат тога да су у специфичним поступцима могућа висока одступања у оба смера. И због тог разлога, дискрециони је оквир законодавца код одређивања висине таксе релативно широк. Међутим, тај оквир има и границе, које би законодавац прешао, уколико би висину таксе или других надокнада подесио тако високо да би њихова висина субјектима могла ограничити приступ до њихових права (из аргументације Уставног суда Републике Словеније).

У Републици Словенији висина таксе за захтев за ревизију на тендерску документацију често се мењала. У различитим раздобљима и по различитим прописима тако је износила:

- ЗРПЈН 1999 :

  - набавка добара и услуга <u>изнад</u> вредности 20.864 ЕУР: **208 ЕУР**
  - набавка добара и услуга <u>испод</u> вредности 20.864 ЕУР: **104 ЕУР**
  - набавка радова <u>изнад</u> вредности 41.729 ЕУР: **417 ЕУР**
  - набавка радова <u>испод</u> вредности 41.729 ЕУР: **208 ЕУР**

- ЗРПЈН 2001:

  – набавка добара и услуга изнад вредности 33.383 ЕУР: **333 ЕУР**
  – набавка добара и услуга испод вредности 33.383 ЕУР: **167 ЕУР**
  – набавка радова изнад вредности 62.594 ЕУР: **626 ЕУР**
  – набавка радова испод вредности 62.594 ЕУР: **312 ЕУР**

- ЗРПЈН 2002:

  – набавка добара и услуга изнад вредности 41.729 ЕУР: **417 ЕУР**
  – набавка добара и услуга испод вредности 41.729 ЕУР: **209 ЕУР**
  – набавка радова изнад вредности 83.459 ЕУР: **835 ЕУР**
  – набавка радова испод вредности 83.459 ЕУР: **417 ЕУР**

- ЗРПЈН-А (2002):

  – набавка добара и услуга изнад ЕУ прагова: **834 ЕУР**
  – набавка добара и услуга испод ЕУ прагова: **417 ЕУР**
  – набавка радова изнад ЕУ прагова: **1.669 ЕУР**
  – набавка радова испод ЕУ прагова: **835 ЕУР**

- ЗРПЈН-Е (2007)

  – набавка добара и услуга изнад ЕУ прагова: **2.500 ЕУР/5.000 ЕУР***
  – набавка добара и услуга испод ЕУ прагова: **700 ЕУР/1.400 ЕУР***
  – набавка радова изнад ЕУ прагова: **5.000 ЕУР/10.000 ЕУР***
  – набавка радова испод ЕУ прагова: **1.400 ЕУР/2.800 ЕУР***

  * Ако је захтев за ревизију био одбијен (од стране наручилаца и од стране комисије), подносилац је морао да уплати додатну таксу у висини већ уплаћене таксе. Уставни суд Републике Словеније у 2009. години поништио је ту одредбу уз аргумент да је законодавац њоме прешао границе дозвољеног дискреционог оквира.

- ЗПВПЈН (тренутно):

  - набавка добара и услуга по поступку доделе ЈНМВ – **1.500 ЕУР**
  - набавка радова по поступку доделе ЈНМВ – **2.500 ЕУР**
  - набавка добара и услуга по отвореном поступку, квалификационом поступку, преговарачком поступку или конкурентом дијалогу – **3.500 ЕУР**
  - набавка радова по отвореном поступку, квалификационом поступку, преговарачком поступку или конкурентом дијалогу – **7.000 ЕУР**
  - у осталим случајевима такса износи 2 % од процењене вредности јавне набавке, али најмање **500 ЕУР и највише 25.000 ЕУР**.
  - такса износи 1.000 ЕУР код:
    - набавки предмета из „Б“ листе,
    - појединачних набавки на темељу оквирног споразума,
    - појединачних набавки у систему динамичне набавке,
    - конкурса за дизајн.

Према ЗЈН-ХР жалилац је обвезан платити накнаду за покретање жалбеног поступка у износу од:

- 10.000,00 куна (**1.304 ЕУР**) за процењену вредност набавке до 1.500.000,00 куна (195.649 ЕУР),

- 25.000,00 куна (**3.261 ЕУР**) за процењену вредност набавке од 1.500.000,01 до 7.500.000,00 куна (195.649 ЕУР до 978.244 ЕУР),

- 45.000,00 куна (**5.869 ЕУР**) за процењену вредност набавке од 7.500.000,01 до 25.000.000,00 куна (978.244 ЕУР до 3.260.812 ЕУР);

- 70.000,00 куна (**9.130 ЕУР**) за процењену вредност набавке од 25.000.000,01 до 60.000.000,00 куна (до 3.260.812 ЕУР до 7.825.951 ЕУР)

- 100.000,00 куна (**13.043 ЕУР**) за процењену вредност набавке вишу од 60.000.000,00 куна (7.825.951 ЕУР).

Према Владином декрету 288/2011, усвојеном на темељу ЗЈН-МА, у Републици Мађарској за покретање поступка пред Арбитражним одбором за јавне набавке основне таксе износе:

- набавке изнад ЕУ прагова – **1 % од процењене вредности набавке** (односно партије) а највише 25.000.000 ХУФ (**81.396 ЕУР**);

- набавке испод ЕУ прагова - **1 % од процењене вредности набавке** (односно партије) а најмање 200.000 ХУФ (**651 ЕУР**) и највише 6.000.000 ХУФ (**19.537 ЕУР**).

Висина таксе код сваке конкретне жалбе зависи од броја „елемената“, на које се односи. Као елеменат подразумева се сваки део жалбе, који се односи на појединачну наводну повреду наручилаца и укључује информацију о одредбама, које су биле повређене, захтев (предлог) Арбитражном одбору и аргументе за усвајање захтева. Конкретна висина таксе у сваком предмету тако сноси:

- када се жалба односи на 1-3 елемената – **100 % основне таксе,**

- када се жалба односи на 4-6 елемената – **125 % основне таксе,**

- када се жалба односи на 7-10 елемената – **150 % основне таксе,**

- када се жалба односи на 11-15 елемената – **175 % основне таксе**,

- када се жалба односи на 16 или више елемената – **200 % основне таксе.**

Максимална такса, према ЗЈН-МА, нпр. за жалбу којом би подносилац у поступку изнад ЕУ прагова захтевао поништење 16 различитих одредби тендерске документације, тако може износити чак **162.792 ЕУР**. Треба напоменути и, да су таксе у целини приход Арбитражног одбора (члан 174).

Према чланку 128 ЗПОК-НЕ, такса у поступцима јавних набавки одређује се на темељу Закона о управним трошковима. Такса износи најмање **2.500 ЕУР** (из разлога праведности иста се у одређеним случајевима може снизити на најмање **250 ЕУР**) и највише **50.000 ЕУР** (у индивидуалним случајевима може због трошкова или економског значаја предмета износити највише **100.000 ЕУР)**.

ЗЈН у члану 156 одређује, да је подносилац захтева за заштиту права дужан уплати таксу у износу од:

- 15.000 динара (**125 ЕУР**) у поступку по жалби на закључак Управе за јавне набавке из члана 83. овог закона;

- 40.000 динара (**332 ЕУР**) у поступку јавне набавке мале вредности и преговарачком поступку без објављивања позива за подношење понуда;

- 80.000 динара (**664 ЕУР**) ако се захтев за заштиту права подноси пре отварања понуда или ако процењена вредност јавне набавке, односно понуђена цена понуђача коме је додељен уговор није већа од 80.000.000 динара (664.177 ЕУР);

- **0,1 % процењене вредности** јавне набавке, односно понуђене цене понуђача коме је додељен уговор ако је та вредност већа од 80.000.000 динара (664.177 ЕУР).

Анализа показује да су уобичајене таксе у поступцима правне заштите у поступцима јавних набавки у Републици Србији, у поређењу са таксама у сличним поступцима у другим земљама, **релативно ниске** и да свакако постоји могућност њиховог повећања. Са друге стране максимална висина таксе по ЗЈН није ограничена, што би (у неким поступцима) могло довести до несразмерно високих такси, које би онемогућавале приступ до правне заштите. Уз то треба напоменути и да повећање висине таксе нема нужно сигнификантан утицај на број жалби – број истих је нпр. у Републици Словенији упркос константном повећавању висине такси у протеклих пет година био у сталном порасту.

5. ДОСТАВЉАЊЕ ОДЛУКА КОМИСИЈЕ

ЗПВПЈН-СЛО у члану 37 одређује да Државна ревизијска комисија своју одлуку доставља наручиоцу, подносиоцу и министарству финансија. Код захтева за ревизију који се односе на одлуку о додели јавне набавке, одлука комисије доставља се и изабраном понуђачу. ЗПВПЈН-СЛО нема одредби о начину достављању одлука комисије. По пракси Државне ревизијске комисије, исте се достављају препорученом поштом. У појединачним случајевима када на тај начин одлука није успела да се достави, иста се доставља преко поште, складно одредбама словеначког закона о парничном поступку, који се употребљава субсидијарно (одредбе сличне одредбама српског закона о парничном поступку). Након достављања одлуке свим странкама поступка, иста се објављује на службеним страницама Државне ревизијске комисије.

Према члану 171 ЗЈН-ХР, Државна комисија одлуке доставља јавном објавом на интернет страницама Државне комисије. Достава се сматра обављеном истеком осмог дана од дана јавне објаве. Изузетно, ако оцени да постоје оправдани разлози, Државна комисија ће одлуку доставити препорученом поштанском пошиљком или на други доказив начин.

ЗЈН-МА у члану 153 одређује да се одлуке Арбитражног одбора за јавне набавке достављају странкама и објављују на службеним страницама одбора. Посебних одредби о достављању одлука комисије у закону нема, међутим, члан 134 ЗЈН-МА одређује да се у поступку пред Арбитражним одбором примењују одредбе Закона о општим правилима управног поступка и услуга[13]. Закон предвиђа различите начине

13 Act CXL of 2004 on the General Rules of Administrative Proceedings and Services.

комуникације органа са странкама[14]. Међу њима је и јавна објава[15] која је међутим резервисана само за поступке који укључују већи број странака (најмање 50). И у том поступку коначна одлука мора бити достављена индивидуално свакој странки поступка.

У ЗПОК-НЕ нема посебних одредби о достављању одлука комисије. Из трећег става члана 114 међутим произлази да Трибунал за јавне набавке одлучује управним актом, па се стога у вези са достављањем таквог акта (решења) употребљавају одредбе закона који уређује управни поступак (*mutatis mutandi* члан 61[16]). Према члану 69 Закона о управном поступку (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG) достављање

---

14 Section 28/a:
The authority shall maintain communication with clients:
a) in writing;
aa) via the postal service,
ab) by way of electronic means construed as provided in writing, including fax,
ac) through documents delivered in person,
ad) via an agent for service of process,
ae) through the authority's process server,
af) through the administrator for service of process,
ag) by way of public notice; or
b) orally:
ba) in person,
bb) electronically, via an audio link, including telephone connection; or
c) by way of electronic communication by means other than writing.

15 Section 28/d:
a) Where so authorized by an act or government decree, the authority shall be entitled to communicate with clients - in cases that concern a significant number of clients - by way of public notice, excluding the notice for the opening of proceedings and rulings addressed personally to individual clients.
b) At the client's request, the authority shall use other means of written communication to deliver its decisions to the client.
c) Significant number of clients shall mean where at least fifty clients are involved at the time of the opening of the proceedings. The number of clients involved may be increased by an act or government decree as a precondition for communication by way of public notice.

16 Decisions of the cartel authority shall contain a statement of reasons and be served together with advice as to the available legal remedies upon the parties pursuant to the provisions of the Act on Service in Administrative Procedure.

одлука јавном објавом дозвољено је само у случају кад исту треба доставити странкама којих је више од 50[17].

ЗЈН у члану 158 одређује да је Републичка комисија дужна одлуку доставити наручиоцу, подносиоцу захтева и изабраном понуђачу, односно Управи за јавне набавке у року од пет дана од дана доношења. Одлука Републичке комисије се одмах након достављања странкама у поступку, објављује на интернет страници Републичке комисије и на Порталу јавних набавки. У вези са достављањем одлука употребљавају се и одредбе ЗУП.

Анализа показује да се у земљама, у којима се у поступцима заштите права у поступцима јавних набавки примењују прописи о управном поступку, по правилу, и решења достављају по тим прописима. У том смислу је специфично уређење у Републици Хрватској, у којој се одлука не доставља директно странкама поступка, него се сматра достављеном у року од 8 дана након објаве исте на интернет страницама комисије. Такав начин доставе темељи на члану 95 хрватског Закона о општем управном поступку, који уређује доставу путем јавне објаве и према којем се та обавља кад је то прописано или су други облици доставе немогући или неприкладни. Достава се у тим случајевима обавља стављањем писмена на огласну плочу јавноправног тела, објавом писмена у дневним новинама, на интернет страници јавноправног тела или на други прикладан начин. За разлику од хрватског ЗУП, српски Закон о општем управном поступку (Сл. лист СРЈ, бр. 33/97 и промене) у

17 Administrative acts which conclude the formal proceedings must be in written form, must contain a statement of grounds and be sent to the participants; in cases referred to in section 39, paragraph 2, nos. 1 and 3, no statement of grounds is required. An electronic administrative act as described in sentence 1 shall be provided with a permanently verifiable qualified electronic signature. Where more than 50 notifications have to be sent, this may be replaced by public announcement. Public announcement shall be effected by publishing the operative part of the decision in the official bulletin of the authority, and also in the local daily newspapers with circulation in the district in which the decision may be expected to have its effect. The administrative act shall be deemed to have been delivered two weeks from the day of publication in the official bulletin, which fact shall be included in the announcement. After public announcement has been made and until the period for appeal has expired, the administrative act may be requested in writing or electronically by the participants, which fact shall also be included in the announcement.

члану 84 достављање јавним саопштењем предвиђа само у случајевима када се ради о већем броју лица, која органу нису позната или која се не могу одредити. У тим случајевима, достављање се може извршити јавним саопштењем на огласној табли органа који је писмено издао, у дневној штампи, односно у другим средствима јавног обавештавања или на други уобичајени начин (шта би подразумевало и интернет странице Комисије).

Ако би тако и у Републици Србији желели да се промени начин достављања одлука Републичке комисије на начин да се исте достављају објавом на интернет страницама, у том смислу би требало најпре прилагодити одредбе ЗУП. Уз то напомињем да су уз такав начин достављања одлуке везани и други проблеми. Тако, нпр. постоји евидентан проблем достављања одлука јавном објавом у случајевима када одлуке садрже личне податке, тајне податке, пословне тајне итд. Све такве одлуке морају да се достављају „класичним“ путем, а на интернет страницама објављује се само адекватно прилагођен текст. По мом личном мишљењу, овакав начин достављања одлука чини се неприкладан и имајући у виду да Републичка комисија функционише као трибунал („судско“ тело) које одлучује о спору између две странке. Такав начин достављања, нпр. пресуда цивилног суда чини се тешко прихватљивим...

АНАЛИЗА ПРАКТИЧНИХ АСПЕКАТА СПРОВОЂЕЊА НАЦИОНАЛНИХ ПРОПИСА У ОДНОСУ НА ЕУ ДИРЕКТИВЕ И ЊИХОВ УТИЦАЈ НА ЗАШТИТУ ПРАВА У ПОСТУПЦИМА ЈАВНЕ НАБАВКЕ[18]

Анализу припремио:
др Алексиј Мужина[19]

18 Анализа је спроведена у оквиру пројекта „Унапређење механизама одговорности у јавним финансијама", који представља пројекат Програма за развој Уједињених нација (UNDP), који се изводи уз подршку шведске агенције за међународни развој и сарадњу (SIDA), децембар 2014. године

19 Aleksij Mužina, Ph.D., assistant professor, Odvetniška pisarna Mužina, Žvipelj in partnerji d.o.o. Ljubljana, Republika Slovenija

1. ПРЕПОРУКЕ О ПРЕДМЕТУ ЈАВНЕ НАБАВКЕ У СЛУЧАЈУ МЕШОВИТИХ УГОВОРА

1.1. Опсег истраживања

Циљ овог поглавља је да се адекватно дефинише предмет јавне набавке у складу са добрим правним праксама у Републици Словенији и у складу са ЕУ директивама у ситуацијама када је неопходно да се доставе радови и роба, а да при том вредност те робе не превазилази вредност радова (тј. када је обезбеђивање повезано са увођењем скупе опреме). Питање адекватне дефиниције предметног уговора се јавља не само у случајевима вредности робе која превазилази вредност радова, већ заправо представља кључно питање које се односи на мешовите уговоре. Како су правила и смернице за добијање одговора на ово питање исти за све врсте мешовитих уговора, ми ћемо даље истраживати и дати одговор на питање адекватне дефиниције предмета уговора у једном општијем светлу, како бисмо обезбедили широку примену закључака.

Питање адекватне дефиниције предмета уговора је важно, јер праг за јавне набавке за радове је много већи од прага за јавне набавке за робу. Имајући у виду разлику у вредностима тих прагова, нетачна дефиниција предмета мешовитих уговора (тј. у случају доставе и постављања робе у околностима посебног случаја који су нетачно дефинисани као уговор о радовима) може да доведе до употребе неодговарајућих процедура за набавку или до изостанка спровођења поступка набавке, што у оба случаја представља евидентно кршење закона.

Након презентације у Београду, 1. децембра, то питање је и даље остало значајно управо због различитих приступа националних преференци за радове и набавке.

1.2. Утврђивање предмета уговора у мешовитим уговорима

Почетна тачка утврђивања предмета јавне набавке код мешовитих уговора би требало да буде принцип да је наручилац осигурао да ће потписивање уговора допринети сврсисходнијој употреби јавних средстава и његовом делотворнијем пословању. Одабир одговарајућег поступка јавних набавки зависи од околности да ли се различити делови предмета уговора односе на идентично релевантно тржиште, да ли предмет уговора треба да се достави или реализује у оквиру одређеног временског периода и да ли различити делови предмета уговора треба да буду достављени у оквиру једне или више географских области. Овај тест се ипак више не примењује од када је Општи суд у ЕУ одбио његову примену (*Case T-358/08 Kingdom of Spain v European Commission, 2013, at 58, 84 and 108*).

Европски Суд правде је неколико пута заузео став да **једнобразан карактер предмета уговора треба да буде утврђен у складу са економским и техничким функцијама тог предмета** (види нпр. *case C-574/10 European Commission v Federal Republic of Germany*, 2012, at 41). Овај став је уврштен у уводне изјаве Директиве 2014/24/ЕУ, у којој се наводи да у случају мешовитих уговора, где се различити делови уговора не могу објективно раздвојити, правила која ће се примењивати у поступку набавке би требало да се утврде према предмету уговора. Уводним изјавама јасно наводи да појашњење које се односи на начин којим би наручиоци требало да одреде да ли су различити делови раздвојиви или не требало би да се заснива на релевантној судској пракси Суда правде ЕУ.

У складу са уводном изјавом 11 Директиве 2014/24/ЕУ, **где различити делови уговора нису раздвојиви, одговарајућа правила поступка за набавке треба да буду утврђена на основу појединачних случајева.** Ово утврђивање не треба само да се заснива на претпостављеним намерама наручиоца како би се посматрали различити аспекти мешовитог уговора као недељиви, али би требало да се заснива и на објективним доказима који успостављају потребу да се закључи један уговор. Потреба да се закључи једна уговор може да настане како услед техничке природе тако и услед економске природе. Стога када инвестициона (и/или остала) документација поткрепљује закључак да предмет уговора у економском и техничком смислу представља целину, различити делови предмета уговора могу бити предмет процедуре набавке, и да се као резултат потпише један уговор. Ова правила за утврђивање предмета уговора се не примењују само у класичном сектору јавних набавки, већ и у комуналном сектору, с обзиром да Директива 2014/25/ЕУ садржи исту уводну изјаву (уводна изјава 13) као и Директива 2014/24/ЕУ.

Као што је утврђено у претходном тексту, правила која се примењују, и која регулишу потписивање уговора за мешовите набавке, морају да буду утврђена у складу са главним предметом уговора. ЕУ Суд правде је такође заузео тај став у спојеном предмету *C-145/08 Club Hotel Loutraki AE et al. v Ethnico Symvoulio Radiotileorasis et al.* и *C-149/08 Aktor ATE v Ethnuco Symvouluo Raduotuleorasus* (2010), где је Суд навео (у 48) да **у случају мешовитог уговора, чији различити аспекти су, у складу са позивом за надметање, нераздвојиво повезани и стога чине недељиву целину, трансакција која је у питању мора, због сврхе своје правне класификације, да буде изузета у потпуности.** Суд је такође навео да **уговор, потписан у поступку набавке, мора бити процењен на основу правила која регулишу све аспекте који чине главни циљ или предоминантну карактеристику уговора.** Суд је донео овај став на основу своје велике судске праксе која се односи на ово питање.[20] Суд правде ЕУ је поновио свој

20 *Case C-3/88 Commission v Italy,* 1989, at 19; *Case C-331/92 Gestión Hotelera Internacional, 1994, at 23-26; Case C-220/05 Auroux and Others, 2007, at 36 and 37; Case C-412/04 Commission v Italy,* 2008, at 47; *Case C-536/07 Commission v Germany, 2009, at 28, 29, 57 and 61.*

став да мешовити уговор мора да се разматра као целина и да мора бити подвргнут правилима која регулишу његов главни циљ или предоминантну карактеристику и у каснијем случају *C-215/09 Mehuläunen Oy et al. v Oulun Kaupunku* (2010, u 36).

У складу са Судом правде ЕУ (спојени случајеви *C-145/08* и *C-149/08*, у 49) главни циљ мешовитог уговора мора да буде процењен у складу са самом сврхом или предоминантним елементом (*caysa*), без обзира да ли тај циљ потпада под опсег директива за јавну набавку (тј. чак и ако би таква процена подразумевала непромењивост директива).

У складу са свим горе поменутим правилима, у случају пружања радова или роба, где је вредност робе већа од вредности радова (тј. када је пружање повезано са постављањем скупе опреме) предмет уговора треба да буде дефинисан у зависности од случаја. Пре свега, треба да буде утврђено да је предмет уговора нераздвојив у складу са његовом економском и техничком функцијом. Само се након овог корака могу утврдити одговарајућа правила поступка. Када се утврђују правила поступка за доделу мешовитог јавног уговора са нераздвојивим предметом уговора, околност која се односи на чињеницу да је вредност робе већа од вредности радова може да служи као индикација да испорука робе представља аспект који чини главни циљ или предоминантну карактеристику уговора. Ова околност би ипак требало да служи само као назнака, а главни циљ или предоминантна карактеристика уговора би требало да се утврди у складу са свим релевантним околностима за сваки појединачан случај.

1.3. Утврђивање вредности сукцесивне доставе робе и услуга

Други важан аспект утврђивања предмета уговора јесте правило утврђивања вредности робе која треба да се достави и услуга постављања те робе. У неким случајевима на први поглед може да изгледа да је вредност робе већа од вредности услуга и да је вредност услуга,

које се односе на робе, занемарена. То пак може да буде тачно у великом броју случајева, с обзиром да конкретна правила за утврђивање целокупне вредности услуга, које се реализују током одређеног временског периода (нпр. услуге одржавања након постављања опреме) треба да се примене при утврђивању вредности предмета уговора.

Директива 2014/24/ЕУ у члану 5 (11) наводи да у случају уговора о јавној набавци робе или јавним услугама који су уобичајене природе или који се планирају обновити у одређеном раздобљу, израчунавање процењене вредности уговора мора да се заснива на укупној стварној вредности узастопних уговора исте врсте који су додељени у претходних 12 месеци (или једне фискалне године),[21] или на укупној процењеној вредности узастопних уговора додељених током 12 месеци након прве испоруке (или током фискалне године). Стога, **при одређивању вредности различитих аспеката уговора, морају се узети у обзир све узастопне услуге (или набавке роба) исте врсте.**

21 Ова вредност треба да се усклади, по потреби, тако да се узму у обзир промене у квантитету или вредности које ће се десити у периоду од 12 месеци након потписивања уговора.

2. ПРЕПОРУКЕ О ОПТИМАЛНОМ ПРАГУ ЗА РЕПУБЛИКУ СРБИЈУ

2.1. Адекватна терминологија

У овом поглављу се говори о питању оптималног броја прагова, оптималне вредности испод које јавне набавке не би требало да буду регулисане и максималне вредности за спровођење поступка набавке у складу са националним прописима, али не и ЕУ прописима и међународним изворима за законе о набавкама (тј. Директива 2014/24/ЕУ, Директива 2014/25/ЕУ, Уредба 1336/2013[22] и Споразум о владиним јавиним набавкама (*GPA*)). Пре свега, треба се напомене терминологија. Најбоља одредба за поступак набавке, у оквиру ЕУ Директива, је „међународни поступак јавне набавке". То је управо из разлога што прагови за поступке јавне набавке који су успостављени у Уредби 1336/2013 нису баш у потпуности прагови ЕУ, већ су усклађени и користе се на једном ширем, међународном нивоу, у складу са GPA, под окриљем Светске трговинске организације. Поступак јавне набавке, који је тренутно назван поступак јавне набавке ниске вредности, требало би да се назове националним поступком за јавне набавке, јер то име боље представља његове главне карактеристике, тј. регулишу га национални прописи. Јавна набавка која није регулисана требало би да се назове „набавка ниске вредности", јер то име наводи да мања вредност набавке представља основ за непостојање прописа. Када је набавка која је предмет националних прописа названа „набавком ниске вредности", долази до конфузије када је реч о природи те набавке.

22 Уредба Комисије (ЕУ) бр. 1336/2013 од 13. децембра 2013. године којом се мењају и допуњују Директиве 2004/17/ЕЗ, 2004/18/ЕЗ и 2009/81/ЕЗ Европског парламента и Савета у вези са праговима примене за поступку доделе уговора.

2.2. Број прагова

Број прагова би требало да буде минималан из два разлога. Први разлог је да велики број прагова собом носи и одређену правну нејасноћу. Може бити тешко јавном предузећу да процени тачну вредност јавног уговора. У таквим случајевима, када је процењена вредност уговора близу прага, може да се деси да наручилац није сигуран коју процедуру треба да спроведе. Када је број прагова већи, вероватноћа случајева који укључују неизвесност је такође већа. Осим тога, уз већи број прагова постоји и већа вероватноћа да ће наручиоци спроводити погрешан поступак јавне набавке. Постојање већег броја прагова од броја који је неопходан доводи до већег броја поступака који ће се обуставити и поновити у складу са одговарајућим правилима, када су најбоља или економски најповољнија понуда неочекивано изнад одређеног прага.

Други разлог због кога би број прагова требало да буде минималан је тај да наручиоци теже да ускладе вредност набавки према прагу како би спровели оне набавке које им више одговарају. Мањи број прагова донекле ограничава ово нарушавање јавних набавки кроз проширивање оквира вредности уговора у којима се примењују иста правила јаве набавке, тиме остављајући наручиоцима мање могућности за прилагођавање вредности уговора оном поступку који њима највише одговара.

Из ова два горе наведена разлога **требало би да постоји не више од једног међународног прага и једног националног. Поступак јавне набавке изнад међународног прага би требало да се врши у складу са међународним правилима за тај поступак. Поступак испод националног прага не би требало да буде уређен** (уз изузетак обавезе да се води евиденција о предмету и вредности сваког потписаног уговора о јавној набавци). Требало би да се успоставе или ревидирају национална правила за јавне набавке које су изнад националног прага, али испод међународног. Та правила би требало да буду јасна и једноставна, јер уколико су превише уређена, само ће собом донети непотребну бирократију, несигурност и довешће до тога

да одговарајуће и транспаренте процедуре постану погрешне због техничких ствари.

Када се уређује национални поступак јавне набавке, законодавац би требало да има у виду да би свака додатна законска одредба требало да унапреди поступак јавне набавке како би се оправдала додатна комплексност коју она собом носи. **Најважније правило националних процедура који увек треба да се поштују јесте обавеза да се објави позив на тендер. Када наручилац поштује ово правило, није чак ни неопходно да се од њега тражи да припреми тендерску документацију.** Припрема те документације се може ограничити на случајеве, у којима наручилац идентификује документацију као неопходну. У другим случајевима се обавезне информације у позиву на тендер могу сматрати као довољне и поступак набавке се може спровести у складу са принципима једнакости, транспарентности и пропорционалности. Ти принципи већ представљају основе јавне набавке – предложена реформа ће само довести до тога да се оне користе на директнији начин. Осим тога, неке законске одредбе могу да буду одговарајуће, као што су одредба којом ће се усвојити директно плаћање подизвођачу.

2.3. Оптималне вредности прагова

Оптимална вредност прага за међународне набавке не треба да буде утврђена, с обзиром да су те вредности већ утврђене у Уредби 1336/2013 и Анексима 1, 2 и 3 Прилога 1 GPA. Ти прагови су одређени на 134.000 ЕУР, 207.000 ЕУР, 414.000 ЕУР и 5.186.000 ЕУР, у зависности од сектора јавних набавки, врсте наручилаца, околности у смислу да се уговор потписује за пружање роба или реализацију услуга или радова, као и врсте роба или радова које треба да се пруже или реализују. Прагови у осталим валутама ЕУ су утврђени у Саопштењу Комисије – Одговарајуће вредности прагова Директива 2004/17/ЕЗ, 2004/18/ЕЗ и 2009/81/ЕЗ Европског парламента и Савета.

Пошто су идентификовани међународни прагови за јавне набавке, требало би приметити да те вредности прагова нису карактеристичне само за ЕУ, већ су оне прихваћене и у Европској економској зони и Светској трговинској организацији. На нивоу СТО ови прагови су утврђени у Споразуму о владиним јавним набавкама (*GPA*). Међународни прагови су пре свега дефинисани у Посебно осмишљеним правима и требало би да се ревидирају на нивоу ЕУ сваке две године у складу са релативном вредношћу валута које се користе у ЕУ (видите члан 6 Директиве 2014/24/ЕУ). Стога, иако су прагови за међународне процедуре утврђени у Уредби 1336/2013, они нису изричито аспект приближавања ЕУ, јер су они део ширег и фундаменталијег оквира СТО. С обзиром да је Република Србија у поступку придруживања СТО, усвајање ових међународних прагова може бити од користи и за тај процес.

Слично међународним праговима, прагови који се користе за националне позиве на тендер би исто тако требало да се разграниче. Праг за набавку роба и за реализацију услуга у класичном сектору јавних набавки може бити исти, без обзира на врсту наручиоца и врсте роба или услуга које треба да се добаве или реализују. Виши праг би требало да се успостави за реализацију радова. У Републици Словенији било је неколико покушаја да се идентификују и утврде одговарајући прагови. Тренутно ти прагови су утврђени на 20.000 ЕУР за набавку роба и услуга и 40.000 ЕУР за набавку радова. Потврдило се да су ти прагови добар критеријум за разликовање између јавних набавки које су биле транспарентне, и наметнуте националним прописима за јавне набавке, и процедура које нису довољно значајне да оправдају додатна оптерећења наметнута наручиоцима. Осим тога, прагови у комуналном сектору би требало да буду виши од прагова у класичном сектору јавних набавки. У Републици Словенији, праг за комунални сектор је дупло виши од прага у класичном сектору (тј. 40.000 ЕУР за набавку добара и услуга и 80.000 ЕУР за набавку радова), што је довело до задовољавајућих резултата.

Вредности прагова у Словенији, изнад којих би требало да се спроводе јавне набавке су се потврдиле као добро-уравнотежене и адекватне. У систему две групе прагова, вредности тих прагова дају одређен износ опште примењивости и могу да пруже добро решење за јавне набавке у Републици Србији такође.

2.4. Тренутни прагови изражени у српским динарима

Доле су дати тренутни национални прагови у Словенији и међународни прагови, изражени у динарима:

Словеначки национални прагови

20.000 ЕУР	2.308.414 РСД
40.000 ЕУР	4.616.828 РСД
80.000 ЕУР	9.233.657 РСД

Међународни прагови

134.000 ЕУР	15.466.375 РСД
207.000 ЕУР	23.892.087 РСД
414.000 ЕУР	47.784.174 РСД
5.186.000 ЕУР	598.571.807 РСД

3. АНАЛИЗА НОВИХ ДИРЕКТИВА ЕУ О КОНЦЕСИЈАМА

3.1. Увод

Након дуге рецесије у Европској унији, у 2010. години Комисија је представила Европа 2020, десетогодишњу стратегију раста за оживљавање европске економије која предвиђа „паметан, одржив, инклузивни" раст кроз већу координацију националних и ЕУ политика[23]. Модернизација јавне набавке Директивом о концесијама је предвиђена да помогне остварење циљева Стратегије Европа 2020. Нова Директива о концесијама је усвојена 26. фебруара 2014. године, а ступила је на снагу 20 дана од дана објављивања 28. марта 2014. године. Земље чланице су у обавези да пренесу нова правила у своје националне законе до 18. априла 2016. године.

Потреба за регулисањем концесија у време рецесије лежи у чињеници да оне представљају важан део економске активности у оквиру ЕУ. Концесије се сматрају важним инструментом у дугорочном структуралном развоју како инфраструктуре тако и стратешких услуга, који доприноси напретку конкурентности на унутрашњем тржишту, тако што омогућава корист од стручности приватног сектора и помаже да се постигне већа ефикасност и иновације[24]. **Стога, концесије које укључују приватне партнере су посебан облик јавно-приватног партнерства (ЈПП). Иако ЈПП никада нису дефинисана у ЕУ законодавству за јавне набавке, обично се сматрају сарадњом изме-**

23 Комисија, 'Европа 2020: Стратегија за паметан, одржив и инклузивни раст' (Обавештење) *COM (2010) 2020.*

24 Уводна изјава 3 Директиве 2014/23/ЕУ Европског парламента и Савета од 26. фебруара 2014. о додели уговора о концесији.

ћу јавне власти и приватног партнера, где другопоменути сноси ризике које традиционално сноси јавни сектор и често доприноси финансирању пројекта. Нека ЈПП су структурирана као јавни уговори, али већина ЈПП има облик концесија. Додела јавних уговора и концесија подлеже правилима ЕУ, међутим, иста правила не важе за различите категорије концесија и јавних уговора[25].

За разлику од уговора о јавним набавкама, који су регулисани Директивама 2004/17/ЕЗ и 2004/18/ЕЗ, и концесија за јавне радове, које су делимично обухваћене Директивом 2004/18/ЕЗ, додела услужних концесија није предмет јасне, недвосмислене одредбе и искључена је из делокруга Директиве о набавкама, која се односи на ова друга два облика набавке[26]. Директива о комуналним услугама је покрила важне секторе као што су водоснабдевање, луке, аеродроме, енергетику и грејање, које карактерише значајан број концесија, али је искључила „радне" концесије из свог делокруга примене. Упркос искључењу, до сада су концесије руковођене искључиво општим принципима уговора ЕУ, као што су једнак третман и транспарентност, а чак и тада само где се сматрало да су од прекограничног интереса. Обим обавеза које произилазе из таквих општих принципа огледа се у одлу-

25 Радни документ Комисије Процена утицаја иницијативе на концесије, *SEC(2011) 1588 final.*

26 Члан 18 Директиве 2004/17/ЕЗ, члан 17 Директиве 2004/18/ЕЗ.

кама Европског суда правде Европске уније[27] (у даљем тексту „Суд”) и Комисије[28].

Према подацима Комисије, ова рупа у закону доводи до потенцијално озбиљних поремећаја на унутрашњем тржишту, као што су директне доделе уговора без надметања (са повезаним ризицима националног фаворизовања, превара и корупције), и генерише значајне неефикасности. Процена утицаја је показала да су правила и праксе држава чланица који се односе на доделу концесија недоследни и да принципи самог Уговора нису протумачени и примењени на исти начин свуда (на пример, Немачка, Белгија, Естонија, Велика Британија, Финска, Грчка, Ирска и Холандија немају посебна правила о концесијама.) Због фрагментације правног оквира, на основу сложене судске праксе и дивергентног националног законодавства, таквим правилима и праксама недостаје основна јасноћа и, као резултат тога, не пружају довољну правну поузданост за привредне субјекте, и стога банке сносе много већи ризик када додељују велике новчане износе дугорочним концесијама.

---

27 *C-324/98- Telaustria i Telefonadress, ЕСП је одлучио: „Без обзира на чињеницу да су, како у овом тренутку заступа право заједнице, такви уговори искључени из делокруга Директиве 93/38, наручиоци који су их закључили су ипак у обавези да се придржавају основних правила Уговора, уопште, и начела забране дискриминације на основу држављанства, посебно. Тај принцип подразумева, посебно, обавезу транспарентности у циљу да омогући наручиоцу да се увери да се принцип поштује. Та обавеза транспарентности која је наметнута наручиоцу састоји се у обезбеђивању, за добробит сваког потенцијалног понуђача, степена оглашавања који је довољан да омогући отвореност тржишта услуга за конкуренцију и непристрасност процедура набавке које треба размотрити.”*

28 Обавештење Комисије о тумачењу концесија према закону Заједнице, Службени лист *C-121, 29/04/2000 P: „Концесије нису дефинисане у Уговору. Једина дефиниција која се може наћи у секундарном праву Заједнице је у Директиви о радовима, која прописује посебне одредбе за концесије за радове. Ипак, други облици концесија не спадају у делокруг Директиве о јавним уговорима. Међутим, то не значи да концесије не подлежу правилима и принципима Уговора. У ствари, уколико су те концесије резултат радњи државе, чија сврха је обезбеђење економске активности или промет производа, оне подлежу одговарајућим одредбама Уговора и принципима који произилазе из судске праксе Суда.”*

3.2. Правна поузданост

Додела концесија од стране јавних органа има дугу историју, датира од доба Римљана. У 19. веку, концесије су често одобраване приватним организацијама да обезбеде и/или управљају инфраструктуром и услугама у вези са „природним монополима" - снабдевање гасом, железничке мреже, итд., и обично их је судска пракса сматрала уговорима јавне управе који регулишу односе између јавне управе и приватних предузећа, што се тиче јавних добара и услуга. **Иако не постоји заједничка основа, правно третирање концепта концесије разликује се од једне до друге државе чланице, а различити термини се примењују у различитим правним областима права ЕУ.**

Упркос разноврсном правном третирању, право ЕУ је ојачало и разјаснило уговорне аспекте услужних концесија и концесија за јавне радове у циљу примене принципа слободног тржишта и конкуренције и да би њихова дисциплина била сличнија оној која уређује уговоре о јавној набавци [29]. Према интерпретативном обавештењу Комисије о концесијама: *„[...]Сваки акт државе који предвиђа услове који регулишу економске активности, било да је уговорни или једнострани, мора да се посматра у светлу правила и принципа Уговора, посебно чланова 43 до 55 (раније чл. 52 до 66).*

Ово се обавештење стога односи на акте који се могу приписати држави, којима јавни орган поверава трећем лицу - путем уговорног акта или једностраног акта уз претходну сагласност трећег лица - потпуно или делимично управљање услугама за које би тај орган био нормално одговоран и за које трећа страна преузима ризик. Такве услуге су покривене овим саопштењем само ако представљају економске активности у смислу чланова 43 до 55 (раније чланови 52 до 66) Уговора.

Ови акти државе ће се убудуће називати „концесије", без обзира на њихово правно име по националном закону."

---

29 *Alfredo Moliterni:* Вишеслојни правни режим концесија за јавне услуге, IUS PUBLICUM NETWORK REVIEW.

Према томе, супротно стогодишњој традицији правног система, оно што карактерише концесије нису правна природа или правни режим „конститутивног акта" - што би могло имати и природу приватног права - већ економски аспекти односа, посебно чињеница да приватна страна преузима економске ризике који произилазе из управљања повереним услугама[30].

Дакле, израз „услужна концесија" у члану 1(2)(4) Директиве 2004/18/ЕЗ и члану 1(3)(б) 2004/17/ЕЗ дефинисан је као уговор истог типа као уговор о јавним услугама осим чињенице да се накнада за услуге састоји или само од права на експлоатацију услуге или тог права заједно са наплатом. Концесија за јавне радове дефинисана је као уговор истог типа као уговор о јавним радовима, осим чињенице да се накнада за извођење радова састоји или само од права на експлоатацију рада или тог права заједно са наплатом (члан 1(2)(3) Директиве 2004/18/ЕЗ и члан 1(3)(а) 2004/17/ЕЗ).

Обе дефиниције искључују концепт трансфера ризика на концесионара, што је обезбеђено судском праксом Суда. Главна карактеристика концесије, право на експлоатацију радова или услуга, увек подразумева пренос на концесионара привредног ризика који укључује могућност да неће надокнадити инвестиције и трошкове настале вршењем радова или додељених услуга[31]. У случају потпуног одсуства преноса ризика повезаних са вршењем услуга, трансакција би се класификовала као

30 *Alfredo Moliterni:* Вишеслојни правни режим концесија за јавне услуге, IUS PUBLICUM NETWORK REVIEW.

31 Када накнада за пружаоца услуга долази од износа која су исплатила трећа лица, тај метод значи да пружалац услуга преузима ризик вршења услуге и то је карактеристика концесије за јавне услуге.(C-206/08 – *Eurawasser*, став 59: *„Јасно је из судске праксе Суда да, када договорени метод накнаде садржи права за пружаоца услуга да експлоатише услуге које пружа, тај метод накнаде значи да пружалац услуга преузима ризик вршења предметне услуге.")*.

уговор о услугама[32]. Због судске праксе Суда, настала је знатна неизвесност у погледу нивоа и врсте оперативног ризика. Суд је првобитно потврдио да концесионар морао да сноси главни или бар значајан оперативни ризик[33] и да преузети ризик не може да се ограничи[34]. **У предмету „Eyrawasser" Суд је оценио да није необично да одређени сектори активности подлежу правилима која могу имати за последицу ограничавање подразумеваних финансијских ризика, а чак и ако је ризик по наручиоца веома ограничен, одлучујући фактор за услужну концесију био би да наручилац пренесе концесионару све или, барем, значајан део ризика са којима се суочава[35]. У предмету Privater Rettyngsdienst ynd Krankentransport Stadler[36] Суд је даље утврдио да се уговор мора сматрати као концесија за услуге где је изабрани привредни субјекат у потпуности исплаћен од стране лица која нису наручилац који је доделио уговор за услуге спасавања, где постоји оперативни ризик, мада веома ограничен, између осталог због чињенице да износ предметне накнаде за коришћење зависи од резултата годишњих преговора са трећим лицима, а где није осигурано потпуно покривање трошкова насталих при управљању активностима у складу са принципима прописаним националним законом**

Одсуство јасних правила за доделу концесија на нивоу Уније довело је до правне несигурности и до препрека слободном пружању услуга; ово такође изазива поремећаје у функционисању унутрашњег

---

32 *C-234/03 – Contse et al.*, став 22: *„Као прелиминарна тачка, треба обратити пажњу да предмет у главном поступку, супротно поднесцима шпанске владе, изгледа да се односи на јавни уговор за услуге, а не уговор о управљању за услугу категорисану као концесија. Као што је Инсалуд изјавио на расправи, шпанска администрација остаје одговорна за све штете претрпљене због пропуста у услузи. Тај фактор, који подразумева да не постоји пренос ризика повезаних са пружањем услуге у питању, као и чињеница да је услугу платила шпанска здравствена управа, подржавају такав закључак. [...]"*

33 *C-451/08 – Helmut Müller*, став 75: *„Требало би, поред тога, истаћи да је суштинска карактеристика концесије да је сам концесионар онај који сноси главни, или бар значајан, оперативни ризик."*

34 *C-300/07 – Hans & Christophorus Oymanns*, став 74: *"Свакако би се могло приметити да је трговац у том случају донекле изложен ризику уколико осигуранци не могу да искористе његове производе и услуге. Међутим, тај ризик је ограничен.[...]"*.

35 *C-206/08 – Eurawasser*, ставови 72 и 77.

36 *C-274/09 - Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler.*

тржишта, тако да је нова Директива о концесији усвојена са циљем утврђивања јасније и прецизније дефиниције концесије посебно позивајући се на концепт оперативног ризика.

3.3. Дефиниција „концесије”

Према новој Директиви 2014/23/ЕУ о додели уговора о концесијама, концесије су дефинисане као уговори за новчани интерес којима један или више наручилаца или уговорних субјеката поверава извођење радова, или обезбеђивање и управљање услугама, једном или више привредних субјеката. Предмет таквих уговора је набавка радова или услуга путем концесије, за шта се накнада састоји у праву експлоатације радова или услуга, или у том праву заједно са наплатом. Такви уговори могу, али не морају да подразумевају пренос власништва наручиоцима или уговорним субјектима, али наручиоци или уговорни субјекти увек добију корист од радова или услуга у питању.

Као што је раније поменуто, термин „уговори за новчани интерес” открива алтернативну наднационалну перспективу уговора о концесијама која изгледа да има предност над оним традиционалним национално заснованим на миту о „јавном интересу”. **Према томе, концесија за услуге је обичан уговор чија сврха постоји у набавци услуга, које карактерише само особена врста накнаде, тако да се не-економске услуге од општег интереса не могу сматрати концесијама[37].**

Што се тиче концесија, иако држава обично дозвољава приватним организацијама знатну количину слободе приликом достављања предметног економског добра, она ипак задржава посебан интерес у исходима приватне активности и степен контроле кроз уговорне одредбе које се односе на те исходе. Тако уговор не може да се третира као концесија ако привредни субјекат не преда никакве конкретне радо-

37 Члан 4(2) Директиве о концесијама.

ве и услуге наручиоцу. Тај стални јавни интерес је битна дефинишућа карактеристика концесије и оно што разликује концесије од лиценцирања, поступака закупа земљишта, система слободног избора и права пролаза.

1. *У случају издавања лиценци, држава иницијално поседује право да контролише одређену врсту економске активности, а затим, обично уз наплату, омогућава приватним организацијама да комерцијално послују у датој области, али, под одређеним мерама заштите, не намеће уговорне обавезе онима који су добили лиценцу у смислу очекиваних исхода лиценциране делатности, за разлику од уговора о концесији, који наводе међусобно обавезујуће обавезе где извођење радова или услуга подлеже посебним условима дефинисаним од стране наручиоца или уговорног субјекта, а који су законом наметнути. Примери обухватају издавање лиценци за нафтна испитивања или управљање мрежом мобилне телефоније.*

2. *Слично томе, у случају давања у закуп, држава дозвољава коришћење јавне имовине, поново обично уз наплату, па споразуми имају за сврху право привредног субјекта да експлоатише неке јавне домене или ресурсе према приватном или јавном праву, као што је земљиште или нека јавна својина, нарочито у поморским или копненим лукама или аеродромима, а држава утврђује само опште услове за њихово коришћење без набавке посебних радова или услуга. Закупац обично наплаћује испоручене услуге или робу, али неће бити контроле над коришћењем имовине осим да би заштитио њено дуготрајно одржавање у добром стању, а неће бити континуираног државног интереса у природи и квалитету испоручене робе или услуга.*

3. *У системима слободног избора сви субјекти који испуњавају одређене услове континуираног приступа пружању посебних услуга, које намећу јавни органи, имају право да врше дат задатак, без икакве селективности, према избору купца и системима услужних ваучера.*

4. *Споразуми који дају право пролаза које покрива коришћење непокретне јавне имовине за пружање или рад фиксних линија или мрежа у циљу обезбедјења услуга за јавност нису концесије ако не намећу никакву обавезу снабдевања нити подразумевају било какву набавку услуга од стране наручиоца за себе или за крајње кориснике.*

Исто важи и само за финансирање, посебно кроз донације[38], неке активности, која је често повезана са обавезом о надокнади примљених износа када нису коришћени за намењене сврхе, не може се сматрати концесијом.

За разлику од директива о набавци, нова Директива о концесији такође дефинише концепт „оперативног ризика", који је био предмет многих одлука Суда.

У складу са чланом (5)(1) Директиве о концесији: *„[...]додела концесије за радове или услуге укључује пренос на концесионара оперативног ризика у експлоатацији тих радова или услуга које обухватају ризик потражње или понуде или обоје. Сматраће се да је концесионар преузео оперативни ризик где, под нормалним условима рада, није гарантована надокнада инвестиција или трошкова који настају приликом вршења радова или услуга које су предмет концесије. Део ризика који се преноси на концесионара обухвата право излагање хировима тржишта, тако да сваки потенцијални процењени губитак који сноси концесионар неће бити само номиналан или занемарљив."*

Уводна изјава 20 Директиве о концесији даље објашњава појам ризика потражње и понуде како би се проценио оперативни ризик. Оперативни ризик треба да потиче од фактора који су ван контроле уговорних страна. Ризици попут оних везаних за лоше управљање, уговорна кашњења привредних субјеката или случајеве више силе нису пресудни за потребе класификације као концесије, јер су ти ризици

38 *„[...]грант је финансијско плаћање које даје орган финансирања примаоцу да подржи примаоца генерално или у вези са специфичним активностима које прималац предузима. Прималац није у законској обавези да уради или да испоручи било шта."*

својствени сваком уговору, било да је уговор о јавној набавци или концесија. Оперативни ризик треба схватити као ризик од изложености хировима тржишта, који се може састојати од ризика потражње или ризика понуде, или како ризика понуде тако и ризика потражње. Ризик потражње треба схватити као ризик по реалну потребу за радовима или услугама које су предмет уговора. Ризик понуде треба схватити као ризик по вршење радова или услуга који су предмет уговора, посебно ризик да се пружање услуга неће подударати са потражњом. У циљу процене оперативног ризика, нето садашњу вредност свих инвестиција, трошкова и прихода концесионара треба узети у обзир на конзистентан и униформан начин.

Према Директиви о концесији, пренос довољно оперативног ризика ће се претпоставити када не постоје гаранције да ће концесионар повратити ову инвестицију или трошкове који настају. Не морају сви оперативни ризици да се пренесу да би се квалификовали као концесија: Директива не садржи терминологију да концесионар мора да преузме „суштински оперативни ризик"[39], али она ипак наводи да њена претпоставка ризика мора укључивати стварну изложеност хировима тржишта, а потенцијал за губитак мора бити виши од номиналног или занемарљивог. То значи да пренети ризик не може једноставно бити ризик не-остваривања профита; мора бити ризик од губитка (чији опсег није јасан)[40]. Ако наручилац или уговорни субјекат ослобађа привредног субјекта свих потенцијалних губитака тако што ће гарантовати неки минимални приход, једнак или већи од улагања и трошкова које привредни субјекат мора да преузме у погледу извршења уговора, такав уговор се не може квалификовати као концесија. Ипак, чињеница да је ризик ограничен од самог почетка не би требало да искључи квалификацију уговора као концесије. Ово може бити случај, на пример,

---

39 Ова формулација се појавила у предлогу Комисије за Директиву Европског парламента и Савета о додели уговора о концесијама у члану 2(2): *„Право на коришћење радова или услуга из тачака 2, 4 и 7 првог става подразумева пренос на концесионара значајног оперативног ризика. Концесионар се сматра да је преузео знатан оперативни ризик када није гарантовано да поврати инвестиције или трошкове који настају приликом вршења радова или услуга које су предмет концесије.[...]"*.

40 *Richard Craven:* 2014 Директива ЕУ бр 4, Закон о јавним набавкама, преглед 2014, *Sweet & Maxwell.*

у секторима са регулисаним тарифама или где је оперативни ризик ограничен путем уговорних аранжмана који предвиђају делимичну надокнаду, укључујући компензацију у случају превременог раскида концесије из разлога који се могу приписати наручиоцу или уговорном субјекту или из разлога више силе[41].

Истовремено, поједини аранжмани који су искључиво плаћени од стране наручиоца или уговорног субјекта могу се квалификовати као концесије где повраћај инвестиција и трошкова од стране субјекта за извршавање радова или пружања услуга зависи од стварне потражње или понуде услуге или средства[42]. То је случај у ситуацији индиректне наплате путарине, где концесионар не прикупља путарину од корисника, за које је инфраструктура бесплатна, већ наручилац компензује концесионару по стопи која је углавном заснована на степену коришћења инфраструктуре.[43]

41 Уводна изјава 19 Директиве о концесији.
42 Уводна изјава 18 Директиве о концесији.
43 Индиректна наплата путарине се примењује у Великој Британији, Финској и Холандији. Путарине се не наплаћују од корисника пута према овом приступу. Уместо тога индиректна наплата путарине се врши од Владе оператеру и заснива се на мерењу протока саобраћаја на путу и договореној стопи по возилу/типу возила. Приступ индиректне наплате путарине не захтева успоравање саобраћаја за наплату путарине (и не захтева додатно земљиште за проширење пута око наплатних рампи).

3.4. Изузећа

Директива о концесији има низ изузећа, који се углавном поклапају са онима у Директиви 2014/24/ЕУ (Члан 7-12) и Директиви 2014/25/ЕУ. Ово укључује:

- шире изузеће за одређене концесије за услуге[44] додељене на основу искључивих права, која се примењују на наручиоце и привредне субјекте (члан 10 (1) Директиве о концесији);

- изузимање концесија за услуге ваздушног превоза на основу давања дозволе за рад или концесија за услуге јавног превоза путника (члан 10(3) Директиве о концесији);

- изузимање концесија додељених у складу са међународним правилима (члан 10(4) Директиве о концесији);

- изузимање концесија које укључују аспекте одбране и безбедности (члан 10(5) и (6) Директиве о концесији);

- изузимање концесије за услуге: за куповину или закуп, било којим финансијским средствима, земљишта, постојећих објеката или друге непокретне имовине или права у вези са њима; стицање, развој, производњу или ко-производњу програмског материјала намењеног аудио-визуелним медијским услугама или радио медијским услугама; за услуге арбитраже и мирења; за правне услуге; финансијске услуге у вези са издавањем, продајом, куповином

44 Члан 10(2) Директиве о концесији: *„Ова Директива се не примењује на концесије за услуге додељене привредном субјекту на основу искључивог права које је одобрено у складу са TFEU и правним актима Уније који утврђују заједничка правила о приступу тржишту која важе за активности из Анекса II (у вези са обимом услуга гаса и топлотне енергије, струје, саобраћаја, услуге везане за експлоатацију географских зона у циљу обезбеђења аеродрома и поморских или копнених лука или других терминала ваздушним, поморским или копненим превозницима, активности које се односе на обављање поштанских и не-поштанских услуга; активности у вези са експлоатацијом географских зона у циљу вађења нафте или гаса, истраживања, или вађења угља или других чврстих горива).”*

или преносом хартија од вредности или других финансијских инструмената; кредите, без обзира да ли су у вези са издавањем, продајом, куповином или преносом хартија од вредности или других финансијских инструмената; услуге цивилне одбране, цивилне заштите и превенције опасности које пружају непрофитне организације или удружења и услуге политичке кампање (члан 10(8) Директиве о концесији);

- изузимање концесија за рад лутрија додељених од стране држава чланица привредном субјекту на основу искључивог права (члан 10(9) Директиве о концесији);

- изузимање концесија које додељују наручиоци за обављање својих активности у трећој земљи (члан 10(10) Директиве о концесији);

- изузимање концесија за главну сврху издавања дозвола наручиоцима да обезбеде или искористе јавне комуникационе мреже, или да обезбеде јавности једну или више услуга електронске комуникације (члан 11) Директиве о концесији;

- изузимање концесија за радове и услуге обезбеђења или рада фиксне мреже у циљу обезбедјења услуга за јавност у вези са производњом, транспортом или дистрибуцијом воде за пиће или снабдевања пијаћом водом таквих мрежа и концесија за одлагање или прочишћавање канализације и за хидрауличне инжењерске пројекте, наводњавање или одводњавање земљишта (члан 12 Директиве о концесији);

- изузимање концесије за активности које су директно изложене конкуренцији (члан 16 Директиве о концесији):

- изузимање концесија додељених повезаном предузећу (члан 13 Директиве о концесији) и концесија додељених заједничком улагању или наручиоцу који је део заједничког улагања (члан 14 Директиве о концесији).

У Директиви о концесији су представљене одредбе о изузимању, које су по први пут садржане у директивама о набавци, односно концесије између субјеката унутар јавног сектора – интерне доделе (члан 17 Директиве о концесији), и сарадња (члан 17 (4) Директиве о концесији)[45].

3.5. Концесије за услуге и радове

Према новој Директиви о концесији, концесије за услуге и радове из класичног и комуналног сектора третирају се на исти начин. Директива о концесији односи се на уговоре о концесији чија је вредност једнака или већа од 5.186.000 евра, што одражава јасан прекогранични интерес за концесије привредних субјеката који се налазе у државама чланицама поред интереса наручилаца или уговорних субјеката. Исти праг је фиксни за све сличне уговоре о концесији, јер, према Комисији, није увек лако утврдити шта је главна сврха уговора, на пример поједине концесије за радове могу бити додељене као концесије за услуге када би различит праг за концесије за услуге и радове могао довести до избегавања примене директиве[46].

3.6. Трајање концесије

Трајање концесије је ограничено како би се избегло затварање тржишта и ограничавање конкуренције, тако да органи власти не могу да набаве један уговор о концесији на неодређено време.

За концесије које трају дуже од пет година, трајање је ограничено на период у коме се разумно може очекивати да концесионар повра-

45 Видети Изузеће од примене ЕУ Директива- Интерне јавне набавке.

46 Радни документ Комисије Процена утицаја на иницијативу о концесијама, *SEC(2011) 1588 final.*

ти своју инвестицију вршећи радове и услуге, заједно са повратом на уложени капитал у нормалним условима пословања, узимајући у обзир специфичне уговорне циљеве преузете од стране концесионара у циљу реализације испоруке потребне робе и услуга корисницима, на пример у вези са квалитетом или ценом (члан 18(2) Директиве о концесији).

Насупрот томе, наручиоци и уговорни субјекти могу доделити концесију на период краћи од времена потребног за поврат инвестиције, под условом да накнада не елиминише оперативни ризик.

3.7. Правила о додели концесија

Члан 3 Директиве о концесији предвиђа обавезу наручилаца и уговорних субјеката да се опоходе према привредним субјектима равноправно и без дискриминације и да делују на транспарентан и пропорционалан начин, што значи да се информације не могу обезбедити на дискриминаторни начин. Због тога, Директива о концесији предвиђа строжу дисциплину у вези обавештења о концесији[47] и указује на одређене битне информације које би требало да садржи. Додела концесија без претходног објављивања може се дозволити само у изузетним околностима. Овај изузетак треба ограничити на случајеве у којима је јасно од самог почетка да објављивање не би изазвало већу конкуренцију, посебно због тога што објективно постоји само један привредни субјект који може да обавља концесију. У циљу транспарентности, Директива о концесији такође намеће обавезу објаве обавештења о додели концесије о резултатима поступка доделе концесије. Како за обавештења тако и за обавештење о додели, Директива предвиђа посебне стандарде публицитета и израде и формално захтева да наручиоци и субјекти поштују минимални рок за пријем пријава и тендера, како би се осигурало шире учешће и отвореност.

---

47 Уводна изјава 50 Директиве о концесији: *„Да би се обезбедило адекватно рекламирање концесија за радове и услуге, које су једнаке или изнад одређеног прага додељеног од стране наручилаца и уговорних субјеката, додели таквих концесија треба да претходи обавезно објављивање Обавештења о концесији у Службеном листу Европске уније."*

Директива о концесији не предвиђа никакве конкретне поступке доделе већ дефинише одређене опште гаранције чији је циљ обезбеђивање транспарентности и једнаког третмана са посебним освртом на преговоре. Што се тиче процедуралне гаранције, Директива се детаљно бави техничким и функционалним захтевима и критеријумима за избор и квалитативну процену кандидата у циљу подстицања већег могућег учешћа привредних субјеката и да се избегне било какво ограничење броја кандидата. Са ове тачке гледишта Директива такође регулише могућности за привредне субјекте да се ослоне на капацитете других субјеката, без обзира на правну природу њихове везе (члан 38(2) Директиве о концесији) и пажљиво прецизира узроке за изузимање кандидата због кршења закона[48].

Коначно, велика пажња се поклања и критеријумима за доделу, јер је њихова примена на привредне субјекте од кључног значаја за делотворан приступ субјеката економским могућностима везаним за концесије. Одређивање унапред јасних критеријума за доделу од суштинског је значаја како би се ограничила слобода избора наручиоца. Посебно, ови критеријуми морају бити пропорционални и недискриминаторни како би се обезбедила делотворна конкуренција[49].

---

48 Уводна изјава 69 Директиве о концесији: *„Концесије не треба доделити привредним субјектима који су били део криминалне организације или су оптужени за корупцију, превару на штету финансијских интереса Уније, кривична дела тероризма, прање новца, финансирање тероризма или трговину људима. [...]" Уводна изјава 70 Директиве о концесији: "Осим тога, наручиоцима и уговорним субјектима треба дати могућност да искључе привредне субјекте који су се показали непоузданим, на пример због озбиљних или поновљених кршења еколошких или друштвених обавеза, укључујући правила о приступачности за хендикепирана лица или других облика озбиљног кршења професионалног понашања, као што су повреда правила конкуренције или права интелектуалне својине. [...]Наручиоци и уговорни субјекти такође треба да буду у стању да искључе кандидате или понуђаче чији је учинак у ранијим концесијама или другим уговорима са наручиоцима или уговорним субјектима показао велике недостатке у погледу материјалних захтева, на пример неуспех у испоруци или вршењу, значајне недостатке у производима или услугама, чиме су били неупотребљиви, или непрописно понашање које је проузроковало озбиљне сумње у поузданост привредног субјекта. Национални закон треба да обезбеди максимално трајање за такве изузетке."*

49 *Alfredo Moliterni:* Вишеслојни правни режим концесија за јавне услуге, *IUS PUBLICUM NETWORK REVIEW.*

3.8. Правилник о испуњености концесије

Директива о концесији се бави дисциплином у активности ангажовања подизвођача, тако да има за циљ да наметне наручиоцима као и подносиоцима захтева обавезе транспарентности и обелодањивања[50] како би се ограничило свако нарушавање конкуренције. Наручилац или уговорни субјект може, након доделе концесије, а најкасније када концесионар почиње рад на испуњавању концесије, захтевати од концесионара да обезбеди име, контакт детаље и правне представнике својих подизвођача укључених у радове или услуге концесије. Наручилац или уговорни субјекат могу такође захтевати од концесионара да га обавесте о свим променама тих информација током концесије, као и о истим траженим информацијама за све нове подизвођаче које накнадно укључи у те радове или услуге[51].

Током извршења тих уговора наручиоци и уговорни субјекти могу се суочити са спољним околностима непредвидивим у време доделе концесије, посебно ако вршење концесије покрива дуг период. У таквим случајевима, потребан је одређени степен флексибилности да би се концесија прилагодила околностима без нове процедуре доделе. У ту сврху члан 43 Директиве о концесији пружа комплетан опис овлашћења наручилаца за интервенције током извршења уговора. Ова правила су еквивалентна члану 72 Директиве 2014/24/ЕУ и члану 2014/25/ЕУ, који одражавају судску праксу Суда правде Европске уније. Одредба регулише овлашћење за модификовање уговора за време његовог трајања, и утврђује да то овлашћење мора да буде у потпуности дато унапред у иницијалним докуменатима о концесији, у јасним, прецизним и недвосмисленим клаузулама о прегледу, које могу укљу-

50 Уводна изјава 72 Директиве о концесији: *„[...] јер то даје наручиоцима и уговорним субјектима информације о томе ко је присутан на градилиштима на којима се врше радови за њих, или о предузећима која пружају услуге у или на зградама, инфраструктурама или областима, као што су градске управе, општинске школе, спортски објекти, луке или аутопутеви, за које су наручиоци одговорни или над којима имају надзор [...].”*

51 Члан 42(3) Директиве о концесији.

чивати клаузуле о провери вредности или опције[52]. Осим тога могуће је и изменити одређене клаузуле уговора о концесијама у случајевима када се чини да је битно доделити додатне услуге или решавати појаву непредвиђених околности, а према тој одредби наручиоци могу да уведу и неке измене ако то није довољно. Дужност да се спроведе нови поступак доделе је потребна када се уводе нови услови који су, да су били познати унапред, могли подстаћи учешће других кандидата или би изменили економску равнотежу концесије у корист концесионара или проширити њен обим.

Осим тога, Директива о концесији[53] регулише овлашћење за раскид уговора. Наручиоци и уговорни субјекти су понекад суочени са околностима које захтевају рани раскид концесије како би се ускладили са обавезама према закону Уније у области концесија. Овлашћење за раскид може се остварити само када је дошло до значајне модификације концесије или када је концесионар искључен из поступка доделе концесије, или, коначно, када Суд правде Европске уније сматра да држава чланица није испунила своје обавезе из Уговора на основу чињенице да је концесија додељена без испуњавања обавеза из Уговора и Директиве о концесији.

---

52 Уводна изјава 78 Директиве о концесији: *„Наручиоци и уговорни субјекти треба да имају могућност да предвиде модификације концесије путем клаузула о провери или опционих клаузула, али такве клаузуле не би требало да им дају неограничено дискреционо право. [...] Треба стога да се разјасни да довољно јасно написана клаузула о провери или опцији може на пример да предвиди индексацију цена или обезбеди да и даље буде погодна, на пример, испорука комуникационе опреме у одређеном периоду, такође у случају измене комуникационих протокола или других технолошких промена. Такође би требало бити могуће под довољно јасним клаузулама обезбедити прилагођавање концесије за које је одлучено да су потребне због техничких потешкоћа које су се појавиле током рада или одржавања. Такође треба подсетити да концесије могу, на пример, да обухвате и редовно одржавање као и да обезбеде ванредне интервенције одржавања које би могле постати неопходне како би се осигурао наставак јавне услуге."*

53 Члан 44 оф Директиве о концесији.

3.9. Примена Директиве о правним лековима

Најважнија промена за наручиоце и предузећа и у погледу усаглашавања српског закона са правним тековинама ЕУ (*aquys)* јесте да директиве о правним лековима[54] сада важе за доделу уговора о концесијама, и они треба да се измене у складу са тим. Стога, мора се поштовати обавезан период мировања који следи саопштење наручиоца о његовој намери да додели уговор најбољем понуђачу. Период мировања има за циљ да пружи неуспешним понуђачима више времена пред доделу уговора да процене да ли да поднесу жалбу. Ако је приговор успешан, од наручиоца се може захтевати да надокнаде штету оштећеним понуђачима, а у неким случајевима уговор ће бити поништен и мораће да се поново врши набавка.

3.10. Разлика између јавно-приватног партнерства (ЈПП) и концесија као облика ЈПП

Термин јавно-приватно партнерство („ЈПП”) односи се на облике сарадње између државних органа и света бизниса који имају за циљ да обезбеде финансирање, изградњу, реновирање, управљање или одржавање инфраструктуре или пружање услуга.

Према Зеленој књизи о јавно-приватним партнерствима и праву Заједнице о јавним уговорима и концесијама[55]**,** разноликост пракси ЈПП у земљама чланицама може се конципирати у два главна модела**:**

54 89/665/ЕЕЗ и 92/13/ЕЕЗ.

55 Зелена књига о јавно-приватним партнерствима и праву Заједнице о јавним уговорима и концесијама/* *COM/2004/0327 final.*

- **ЈПП чисто уговорне природе, у којем се партнерство између јавног и приватног сектора заснива искључиво на уговорним везама, и**

- **ЈПП институционалне природе, које укључује сарадњу између јавног и приватног сектора у оквиру посебног субјекта.**

Термин „чисто уговорно ЈПП" се односи на партнерство засновано искључиво на уговорним везама између различитих актера. Он обухвата низ оквира где су један или више задатака у већој или мањој мери додељени приватном партнеру, а који могу да обухвате пројектовање, финансирање, извршење, реновирање или експлоатацију неког рада или услуге. Правила која важе за избор приватног партнера потичу пре свега из дефиниције уговорног односа у ЈПП у које та страна улази са наручиоцем.

Према секундарном законодавству Заједнице, сваки уговор о новчаном интересу који је закључен у писаној форми између наручиоца и субјекта а који се реализује кроз извођење радова, извршење посла или пружање услуге, означен је као „уговор о јавним радовима или јавним услугама" у оквиру ЈПП. Други концепт унутар ЈПП је „концесија", која се дефинише као уговор истог типа као јавни уговор, осим чињенице да се накнада за извођење радова или пружање услуга састоји само од права на експлоатацију конструкције или услуге, или овог права заједно са наплатом. Што значи да концесију ЈПП карактерише директна веза између приватног партнера и крајњег корисника: приватни партнер пружа услуге јавности „уместо" (мада под контролом) јавног партнера; још једна карактеристика је метод накнаде за заједничког извођача, која се састоји од такси које се намећу корисницима услуга, ако је потребно допуњених субвенцијама јавних органа.

3.11. Разлика између концесије за услуге и концесија за радове

Разлика између концесија за јавне радове и концесија за услуге треба да се утврди инструменталном везом која повезује управљање услугом и реализацију радова.

Прво, мора се утврдити да ли изградња објеката и извођење радова у име даваоца представљају главни предмет уговора, или су рад и изградња само споредни у односу на главни предмет уговора. Ако се уговор углавном односи на изградњу једног објекта у име даваоца, треба га сматрати концесијом за радове. Случајеви у којима треће стране изводе радове или граде објекте не мењају природу основног уговора. Предмет уговора је идентичан.

Међутим, уговор о концесији у којем су грађевински радови споредни или који подразумева само управљање постојећим објектом мора се сматрати концесијом о услузи. Дакле, ако је управљање услугом инструментално у реализацији посла, као што је управљање у циљу обезбеђења средстава неопходних за реализацију посла, у питању је концесија за јавне радове. Насупрот томе, када је реализација радова инструментална, као у погледу одржавања, обнове и имплементације, за управљање јавним услугама, а чије обезбеђење је већ могуће због већ постојећих радова, то је концесија о услузи.

Следећа важна карактеристика која разликује концесију за радове од концесије за услуге је природа такси које плаћају корисници. Ако су таксе намењене за надокнаду радова, у питању је концесија за јавне радове; ако се таксе наплаћују у циљу добијања услуга, невезано са трошковима реализације радова, ово представља значајан критеријум да је у питању концесија за услуге. Стога, неопходно је узети у обзир околности уговора: да ли су таксе које плаћају корисници повезане на синалгматичан и искључив начин са улагањем у циљу реализације ра-

дова, или, насупрот томе, таксе имају за циљ да надокнаде унитарну и сложенију услугу, односно целокупну јавну услугу[56].

Пошто није увек лако утврдити шта је главна сврха уговора, одређене концесије за радове се могу доделити као концесије за услуге. **Словенија је усвојила решење по којем је вредност уговора значајан фактор разликовања између концесије за радове и концесије за услуге. То следи из члана 79 Закона о јавно-приватном партнерству[57]:** „Где је сврха концесије изградња конструкција и објеката или њихових појединих делова, које за време везе концесионар има право да користи, управља или експлоатише, или се право коришћења, управљања или експлоатације конструкције и објекта комбинује са плаћањем за извршење радова и вредности радова, а који се преносе у власништво јавног партнера (први став члана 80 овог закона), процењени у складу са прописима о јавним набавкама, у вредности од најмање 5.278.000 евра (у даљем тексту: концесија за радове), радње при стварању и функционисању јавно-приватних партнерских односа уређују правила овог закона која уређују концесије за радове."

56 Prof. Francesco GOISIS: CONCESSIONI DI COSTRUZIONE E GESTIONE DI LAVORI E CONCESSIONI DI SERVIZI REPORT ANNUALE - 2011 – ITALIA, www.ius-publicum.com.

57 Uradni list RS, št. 127/06.

4. АНАЛИЗА УПРАВНОГ СПОРА ПРОТИВ ОДЛУКА РЕПУБЛИЧКЕ КОМИСИЈЕ КАО НАЧИН СУДСКЕ КОНТРОЛЕ ПОСТУПКА ЗАШТИТЕ ПРАВА У ПОСТУПЦИМА ЈАВНИХ НАБАВКИ

4.1. Могућност да се покрене управни спор

Директива 89/665/ЕЕЗ[58] и Директива 92/13/ЕЕЗ[59] предвиђају да у случајевима, у којима тела одговорна за поступак заштите права у поступцима јавних набавки који се односе надоделу уговора о јавним набавкама нису по природи судски поступци и морају се покренути поступци да се утврде процедуре којима свака наводно нелегална мера предузета од стране тела за заштиту права у поступцима јавних набавки или наводна грешка у вршењу овлашћења њему датих може бити предмет судске заштите права у поступцима јавних набавки или заштите права неког другог органа које је суд или трибунал у смислу члана 267 УФЕУ (раније члан 234 УЕУ). У Републици Србији, одлуке Републичке комисије[60] могу бити предмет управног спора, који је регулисан чланом 159 Закона о јавним набавкама. Могућност да се покрене управни спор против одлуке Републичке комисије у складу је са условима из директива. Неке карактеристике тог спора могу се, ме-

58 Директива 89/665/ЕЕЗ о усклађивању закона, прописа и административних одредби које се односе на примену поступка заштите права у поступцима јавних набавки који се односе на доделе уговора за јавно снабдевање и јавне радове.

59 Директива 92/13/ЕЕЗ усклађује законе, прописе и административне одредбе који се односе на примену правила Заједнице о поступцима јавних набавки субјеката који послују у секторима водоснабдевања, енергије, транспорта и телекомуникација.

60 Питање да ли је Републичка комисија суд или трибунал у смислу чл. 267 УФЕУ (као што је нпр. аустријски Савезни орган за јавне набавке) изван је оквира ове анализе.

ћутим, побољшати. Ово поглавље се фокусира на најважнију од ових карактеристика и такође помиње неке од одговарајућих постојећих решења Закона о јавним набавкама.

4.2. Могућа побољшања поступка управног спора

Став 1 члана 159 Закона о јавним набавкама прописује да није дозвољена жалба против одлука Републичке комисије. Став 3 истог члана прописује да се управни спор може покренути у случају када Републичка комисија није донела одлуку у прописаном року. Ове одредбе су одговарајуће и стога нису даље анализиране.

Став 2 члана 159 Закона о јавним набавкама прописује да се управни спор може покренути против одлуке Републичке комисије у року од 30 дана од пријема одлуке. Прво, важно је напоменути да могућност покретања управног поступка против одлуке Републичке комисије треба да остане облик контроле поступка заштите права у поступцима јавних набавки. У Словенији, део теорије сматра да могућност подношења тужбе за накнаду штете на суду представља довољан облик судске заштите од неодговарајућих одлука у поступку јавних набавки. Ово, међутим, није тачно, јер право на захтевање накнаде штете је опште право које може да служи само као облик секундарне правне заштите. Примарни облик правне заштите у таквим случајевима увек мора да буде облик судске заштите права у поступцима јавних набавки. Овај закључак такође следи из неких међународних извора права, који гарантују право тражења правних лекова на суду.

Треба навести још једну ствар у вези са ставом 2 члана 159 Закона о јавним набавкама. Према овом ставу рок за покретање управног спора је 30 дана од дана пријема одлуке Комисије. **Судска контрола поступка заштите права у поступцима јавних набавки треба да се заснива на принципу ефективности, који, између осталог, диктира да се коначна одлука о питању треба издати што пре**,

под условом да су испуњени одговарајући стандарди поступка. У светлу овог принципа, рок од 30 дана за покретање управног спора је неприкладан и треба га стога скратити.

Поред тога, рок, у којем суд мора да донесе одлуку, треба такође дефинисати. Тренутно Закон о јавним набавкама не регулише овај рок, што значи да се примењује општи рок прописан законом који уређује управни спор. Временски период у којем суд мора да донесе одлуку у управном спору није одговарајућ за судску контролу поступка заштите права у поступцима јавних набавки и треба га посебно регулисати, како би се осигурало да се раније донесе одлука.

Став 4 члана 159 Закона о јавним набавкама прописује да покретање управног спора не одлаже извршење одлуке Републичке комисије. Иако је ово прихватљиво решење, то није једино прихватљиво решење. Друга два могућа решења треба размотрити. Према првом решењу, покретање управног спора би имало суспензивно дејство на извршење одлуке Републичке комисије, осим ако суд не одлучи другачије у одређеном случају. Према другом решењу, покретање управног спора би покренуло период мировања у којем ће ефекат и извршење одлуке Републичке комисије бити одложени. Током периода мировања суд ће имати надлежност да продужи овај период, тако одлучујући о суспензивном дејству управног спора. Ова решења би ојачала позицију понуђача и у неким случајевима решила се потребе за увођењем привремених мера, што би обезбедило брже издавање одлука.

Поред измене неких постојећих одредби Закона о јавним набавкама, неке додатне одредбе треба додати том Закону. Неопходне су додатне одредбе које регулишу судску контролу над поступком заштите права у поступцима јавних набавки да би управљале ситуацијом у којој примена општих правила управног поступка није могућа или прикладна.

Прва додатна одредба, потребна за регулисање судске контроле над поступком заштите права у поступцима јавних набавки је је одредба која би ограничила групу особа са правом да покрену административни спор. **Активна легитимација у поступку треба да се ограничи на лица која су била странке или споредни учесници**

у поступку пред Републичком комисијом. Поред тога право да покрену административни спор треба дати представнику јавног интереса (нпр. министарство, надлежно за финансије - види предмет *C-236/95*, Комисија Европске комисије против Грчке), **са друге стране постоје неке систематске сумње о активној легитимацији наручиоца**. Изван ове групе, ниједно друго лице не треба да има право да да покрене административни спор, као што ни једно друго лице нема легитиман интерес да оспори примереност одлуке Републичке комисије.

Треба додати још једну одредбу за регулисање таксе коју тужилац треба да плати пре покретања управног спора против Републичке комисије. **Судска такса би требало да буде знатно већа од таксе која се плаћа за покретање других управних спорова. Поред тога, одсуство плаћања ове таксе треба посматрати као недостатак који не може да се отклони.** Према томе, ако тужилац не поднесе доказ о уплати таксе, спор треба сматрати непотпуним и одбацити га без претходног позива на исправку недостатка. Ове мере би спречиле преоптерећеност судова неоснованим административних споровима за судску контролу над поступком заштите права у јавним набавкама.

Још једна одредба, која би била корисна за судску контролу над поступком заштите права у поступцима јаних набавки је одредба која би дала Републичкој комисији овлашћење да измени своју одлуку о тужби у поступку заштите права у поступцима јавних набавку, након што је покренут управни спор. Таква одредба би омогућила Комисији да одлучи да је правосудни поступак против њене одлуке легитиман, чинећи наставак управног спора непотребним. Ово решење би донекле растеретило судове од обима посла који произилази из судске контроле над поступка заштите права у поступцима јавних набавки и обезбедило брже решавање предмета који укључују такву судску контролу.

Поред тога, **Закону о јавним набавкама треба додати одредбу која би забранила да суд доноси суштинску одлуку о предмету спора (односно забранила да суд одлучује у спору о пуној надлежности**). Сврха судске контроле над поступком заштите права

у поступцима јавних набавки је само да се процени да ли је одлука Комисије у складу са законом. Стога, суштинску одлуку треба да донесе и изда специјализовани и надлежни орган, односно Републичка комисија.

Као што је закључено у току посете Београду, 1. децембра, било би разумно да се наведено питање регулише у поступку који претходи поступку заштите права у поступцима јавних набавки, такође. Ово је заједничка изјава свих учесника на презентацији од 1. децембра.

6.3 Потребан обим судске контроле над поступцима заштите права у поступцима јавних набавки

Коначно, треба истаћи питање обима потребе за судском контролом над поступцима заштите права у поступцима јавних набавки. Ова судска контрола некада је била потребна само за процедуре заштите права у поступцима (редовних) јавних набавки и јавних набавкаи у комуналним секторима. Од реформе закона о јавним набавкама у ЕУ, поступке јавних набавки регулише Директива 2014/24/ЕУ о јавним набавкама и опозвана Директива 2004/18/ЕЗ и Директива 2004/25/ЕУ о набавци субјеката који послују у секторима водоснабдевања, енергије, транспорта и поштанских услуга и опозвана Директива 2004/17/ЕЗ. Поред реформе усклађивања јавних набавки, ЕУ је такође недавно усагласила доделу уговора о концесијама. Ово усклађивање је спроведено са Директивом 2014/23/ЕУ о додели уговора о концесији. Чланови 46 и 47 ове Директиве проширују примењивост Директива које усаглашавају процедуре заштите права у поступцима јавних набавки(тј. Директива 89/665/ЕЕЗ и Директива 92/13/ЕЕЗ) на начин да оне сада важе и за доделу уговора о концесијама. Стога, услов судске контроле се односи не само на поступке заштите права у поступцима јавних набавки, већ и на поступак заштите права у поступцима доделе уговора о концесијама.

АНАЛИЗА НАЧИНА ДЕФИНИСАЊА И ТУМАЧЕЊА ИЗУЗЕТКА ОД ПРИМЕНЕ ДИРЕКТИВЕ 2004/18/ЕЗ И ДИРЕКТИВЕ 2014/24/ЕУ И НАЧИНА ПРИМЕНЕ ТИХ ИЗУЗЕТАКА У ДОМАЋОЈ ПРАКСИ СА ПРЕДЛОГОМ ИЗМЕНА ОДРЕЂЕНИХ ОДРЕДБИ ЗАКОНА О ЈАВНИМ НАБАВКАМА[61]

Анализу припремио:
Бојан Терзић[62]

61 Анализа је спроведена у оквиру пројекта „Унапређење механизама одговорности у јавним финансијама", који представља пројекат Програма за развој Уједињених нација (UNDP), који се изводи уз подршку шведске агенције за међународни развој и сарадњу (SIDA), август 2015. године

62 Бојан Терзић, генерални директор Дирекције за законодавно-правне послове, Народна банка Србије

У анализи се користе следећи скраћени називи и скраћенице:

Директива 2004/18 - Директива 2004/18/ЕЗ Европског парламента и Савета од 31. марта 2004. године о координацији поступака за доделу уговора о јавној набавци радова, добара и услуга;

Директива 2024/24 - Директива 2014/24/ЕУ Европског парламента и Савета од 26. фебруара 2014. године о јавним набавкама, која замењује Директиву 2004/18/ЕЗ;

Директива 2004/17 - Директива 2004/17/ЕЗ Европског парламента и Савета од 31. марта 2004. године о координацији поступака набавки ентитета који обављају делатност у области водопривреде, енергетике саобраћаја и поштанских услуга;

Директива 2014/25 - Директива 2014/25/ЕУ Европског парламента и Савета од 26. фебруара 2014. године о набавкама ентитета који обављају делатност у области водопривреде, енергетике саобраћаја и поштанских услуга и која замењује Директиву 2004/17/ЕЗ;

Директива 1992/50 - Директива Савета 1992/50/ЕЕЗ од 18. јуна 1992. године која се односи на координацију процедура за доделу уговора о јавној набавци услуга;

Директива 1993/36 - Директива Савета 1993/36/ЕЕЗ од 14. јуна 1993. године о координацији процедура за доделу уговора о јавној набавци добара;

Директива 1993/37 - Директива Савета 1993/37/ЕЕЗ од 14. јуна 1993. године која се односи на координацију процедура за доделу уговора о јавној набавци радова;

Директива 1993/38 - Директива Савета 1993/38/ЕЕЗ од 14. јуна 1993. године о координацији поступака набавки ентитета који обављају делатност у области водопривреде, енергетике, саобраћаја и телекомуникација;

Директива 2009/81 - Директива 2009/81/ЕЗ Европског парламента и Савета од 13. јула 2009. године о координацији процедура за доделу одређених уговора о набавци радова, добара и услуга од стране наручилаца у области одбране и безбедности;

Оснивачки уговор - Оснивачки уговори који су важили пре ступања на снагу Споразума из Лисабона;

Уговор о функционисању ЕУ - Уговор о функционисању Европске уније, консолидовану верзију *(Official Journal of the European Union, C 326/47;*

Оснивачки уговори - обухвата Уговор о функционисању ЕУ и Уговор о Европској унији консолидовану верзију (*Official Journal of the European Union, C 326/13*);

ЕУ - Европска унија;

Суд правде - Суд правде Европске уније;

Закон - Закон о јавним набавкама („Сл. гласник РС“ бр. 124/12 и 14/2015);

ЗЈН/2008 - Закон о јавним набавкама („Сл. гласник РС“ бр. 116/08);

ЗЈС - Закон о јавној својини („Сл. гласник РС“ бр. 72/2011, 88/2013 и 105/2014, ЗЈС);

Републичка комисија –Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки;

УЈН - Управа за јавне набавке.

1. Изузетак у вези са доделом уговора у складу са међународним правилима

Одредбе Директиве 2014/24 којима се прописују изузеци од њене примене, а у вези са доделом уговора у складу међународним правилима, имају пре свега основ у одредбама чл. 211 – 213. и чл. 216 – 219. Уговора о функционисању ЕУ којима се уређују односи Европске уније и њених држава чланица с трећим државама и међународним организацијама.

Ова директива има два члана који прописују ову врсту изузетка - чланом 9. прописани су изузеци који се односе се на све уговоре изузев уговора који садрже одбрамбене или безбедносне елементе, док су изузећа у вези са овом другом врстом уговора регулисана чланом 17.

Члан 9. подељен је на три става. Првим ставом прописана су два изузетка која се односе на уговоре и конкурсе за дизајн, **које је наручилац обавезан да додели**, односно да их организује у складу са поступцима набавки који су другачији у односу на оне прописане Директивом 2014/24. При том ти поступци могу бити установљени:

а) правним инструментом који ствара међународну обавезу, као што је међународни споразум, који је закључен у складу са Оснивачким уговорима, између земље чланице и једне или више трећих држава или ужих територијалних јединица, а који се односе на радове, добра или услуге намењене заједничкој примени или искоришћавању пројекта од стране потписница;

б) од стране међународне организације.

На први поглед би се могло закључити да не постоје битније разлике у дефиницији ова два изузетка у односу на одговарајуће изузетке прописане Директивом 2004/18. **Ипак, треба указати на најмање три значајне**

разлике. Најпре, да би се било који од ових изузетака применио, **нова директива, за разлику од претходне, изричито захтева постојање обавезе наручиоца да процедуру набавке организује на другачији начин од оног предвиђеног директивама, а та обавеза мора бити последица или одређеног правног инструмента који ствара међународно правну обавезу**, попут међународног уговора **или проистиче из чланства у одређеној међународној организацији или сарадње с том организацијом. Друга разлика се односи на могућност да се као друга уговорна страна поред једне или више земаља нечланица, могу јавити и њихове уже територијално политичке заједнице попут федералних јединица, покрајина или региона. Трећа разлика је у томе што обавеза примене посебног поступка набавке може настати не само на основу међународног уговора, већ и на основу другог правног инструмента погодног да створи међународноправну обавезу.** Може се уочити и да су две последње новине непосредно повезане јер управо због тога што већина поменутих недржавних ентитета не може закључити међународни уговор (не располаже међународноправним субјективитетом) остављена је могућност да обавеза примене посебне процедуре може настати и на основу другог правног инструмента.

Када се ради о тзв. заједничким пројектима са трећим земљама (тачка а)), неопходно је и да међународни уговор (или други инструмент) буде закључен у складу са Оснивачким уговорима. Због тога је у члану 9., као што је то до сада био случај и с претходним директивама, прописано да ће државе чланице обавестити Европску комисију о свим правним инструментима на основу којих настају одговарајуће међународноправне обавезе да се примењују другачија правила јавних набавки, а Европска комисија може с тим у вези тражити мишљење од Саветодавног комитета.[63] Ова процедура је консултативног карактера и ближе је уређена Уредбом Европског парламента и Савета 182/2011. Овде треба приметити да се ова обавеза обавештавања Европске комисије не односи на тачку б) иако закључивањем међународног уговора којим земља чланица или њен

63 Саветодавни комитет за јавне уговоре успостављен је Одлуком Савета 71/306/ЕЕЗ.

наручилац постаје члан међународне организације настаје обавеза примене другачијих правила набавке. Поред овог механизма, земља чланица може затражити мишљење и од Суда правде у складу са чланом 218. ставом 11. Уговора о функционисању ЕУ, у вези са питањем да ли је предлог уговора (који између осталог предвиђа и примену другачијих процедура набавки) у складу са Оснивачким уговорима.

Укупна вредност набавки изузетих на основу ових одредби на нивоу ЕУ вероватно није значајнија иако вредност појединачних уговора може бити велика.[64]

Када је реч о другом изузетку (тачка б) – обавези примене правила међународне организације те обавезе најчешће настају као последица чланства и/или учешћу у раду међународне организације и проистичу из оснивачких и других аката организације. Овде треба уочити да за разлику од тачке а), обавеза за наручиоца да примењује правила набавки међународне организације не мора настати ни међународним уговором нити било којим другим правним инструментом погодним да створи међународноправну обавезу. **Поред држава ова обавеза може настати и за федералне јединице, јединице територијалне аутономије али и за друге наручиоце попут установа, јавних предузећа, компанија, које су најчешће чланице струковних међународних организација. Обавеза примене правила набавки међународне организације може настати када сама организација (из улога њених чланица) финансира набавку за сопствене потребе, за потребе члана организације или трећих лица, када одређени наручилац (члан међународне организације) финансира одређене набавке у износу преко 50%[65] и када се наручилац финансира из средстава те организације без обзира на природу тог финансирања - донација, зајам или кредит.**

Иако се у тачки б), за разлику од тачке а) изричито не наводи да правила међународних организација морају бити у складу са

64 *Commission Staff Working Paper, Evaluation Report, Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation, Brussels, 27.6.2011, SEC(2011) 853 final, p.32.*

65 Вид. члан 13. Директиве 2004/24

Оснивачким уговорима, тешко је прихватити мишљење да су основни принципи утврђени овим уговорима ирелевантни за међународне организације које делују, односно спроводе набавке на територији ЕУ, односно ако су чланице те организације државе чланице ЕУ. Постоји мишљење да правила набавки тих међународних организација у којима земље чланице чине већину и где су та правила настала након јануара 1958. године, морају бити у складу са принципима Оснивачких уговора.[66]

Европски суд правде је у случају *C - 324/98* заузео став да и у случају када се директиве о набавкама не примењују на конкретан јавни уговор[67], постоји обавеза поштовања фундаменталних правила Оснивачког уговора уопште, а посебно принципа недискриминације на националној основи. Поред тога суд је позивајући се на пресуду у случају *C-275/98* указао да поштовање принципа недискриминације подразумева и обавезу обезбеђивања транспарентности. У још неколико случајева суд је прецизирао групе набавки код којих не постоји обавеза примене директиве али када би требало обезбедити поштовање принципа транспарентности – набавке тзв. неприоритетних услуга из Анекса IIБ Директиве 2004/18 и набавке које су испод европских граничних вредности.[68]

Иначе, у складу са наведеним ставом Европског суда правде Европска комисија је издала *Објашњење у вези са правом заједнице примењивим на доделу уговора који нису у потпуности предмет директива о јавним набавкама.*[69] Савезна Република Немачка је

---

66 Детаљније о односу правила набавки међународних организација и права Европске уније вид. *Baudouin Heuninckx, Applicable Law to the Procurement of International Organisations in Europe, The Uneversitz of Nottingham, Public Procurement Research Group, Fourth Public Procurement Research Students Conference 7 and 8 September.*

67 У питању је био уговор о концесији услуга за штампање и дистрибуцију телефонског именика – „Беле стране", који је додељиван од стране телекомуникационе компаније „Телеком Аустрија" у искључивом власништву Републике Аустрије.

68 *C-532/03, Commission vs. Ireland; C – 412/04, Commission vs. Italy.*

69 *Commission Interpretative Communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives (2006/C 179/02)*

покушала да пред судом оспори ово објашњење Европске комисије али је суд одбацио приговор као недопуштен будући да објашњење Европске комисије одговара принципима Оснивачког уговора и да стога није произвело правно обавезујуће ефекте.[70]

Иако су се све горе поменуте пресуде односиле на набавке које су спроводили наручиоци, а не међународне организације и које су биле изузете од примене директива по другим основима, имајући у виду члан 351. Уговора о функционисању ЕУ, сматрамо да фундаментални принципи Оснивачких уговора треба да буду примењени у процедурама набавки међународних организација које обављају своју функцију на територији ЕУ. То се нарочито односи на саме институције ЕУ, које би морале водити рачуна и о самим одредбама директива, а пре свега с обзиром на могућност директне вертикалне примене директива и права физичких и правних лица према државна чланицама с тим у вези.

Међутим, према мишљењу Европске комисије, неспорно је да међународне организације нису уопште наручиоци, те да су оне самим тим изузете од примене директива када за своје потребе спроводе набавку.[71] Зато изузетак из тачке б) заправо није значајан за саме међународне организације, већ за наручиоце који су чланови међународне организације, када на пример финансирају ту набавку са преко 50%, јер се на тај начин, дерогира обавеза примене члана 13. Директиве 2014/24.

У погледу примене директива о јавним набавкама од стране институција Европске уније, Суд правде - Суд опште надлежности изнео је свој став у случају *T – 411/06*. У овом случају суд је, између осталог, разматрао приговор који се односио на непримењивање Директиве 2004/18 од стране Европске агенције за развој *(European Agency for Reconstruction (EAR))* на конкретну набавку коју је спрово-

70 *Adrian Brown, EU Primary Law Requirements in Practice, Advertising, Procedures and Remedies for Public Contracts Outside the Procurement Directives, преузето са masterpublicprocurement.itcilo.org [21.5.2015].*

71 Вид. *Guide to the Community Rules on Public Supply Contracts, Directive 93/36/EEC, p. 20.*

дила.[72] **Суд је одбио приговор да је потребно примењивати Директиву 2004/18 уз образложење да је сврха те директиве да успостави координацију између националних закона, уредби и других прописа држава чланица који се примењују на доделу уговора о јавним набавкама, те да *EAR* није земља чланица и уз то додаје да је у члану 84. Директиве 2004/18, јасно наведено да се директива односи на државе чланице. Суд при том указује да су набавке институција ЕУ уније предмет посебне финансијске Уредбе.**[73] Добар, практичан пример за примену овог става Суда правде али и члана 9. тачке б) Директиве 2014/24 је Одлука председника Европског универзитета од децембра 2014. године, којом се утврђују посебна правила набавки које овај универзитет примењује.[74]

Значајна новина Директиве 2014/24 је други став члана 9. којим се уводи **примена правила набавки међународних организација и међународних финансијских институција, под условом да те организације, односно институције у потпуности финансирају предметну набавку.** Дакле, у овом случају не постоји обавеза наручиоца да примењује правила набавки међународне финансијске институције на основу чланства у тој организацији и сл. (јер да постоји ова обавеза примењивао би се изузетак из члана 9. став 1. тачка б), већ је разлог за примену посебних процедура међународне (финансијске) организације то што ова организација финансира набавку у целини. **Ако се набавка суфинансира у већем делу од стране међународне организације/ финансијске институције, странама уговорницама је остављена могућност да се договоре која ће правила примењивати** (правила међународне организације, односно финансијске институције или директиве). **Може се прихватити да се финасирање у већем делу може схватити као финансирање у износу преко 50% од укупне вредности набавке, имајући у виду судску праксу у вези са дефиницијом наручиоца која се односи**

72 Предмет набавке је била услуга уклањања убојних неексплодираних средстава у речном транспортном систему Републике Србије.

73 Вид. ст. 115 и 116 пресуде, у случају *T – 411/06, Sogelma vs. EAR.*

74 *President's decision n⁰ 44/2014 of 5 December 2014.*

на тело којим управља јавно право *(body govern by public law)*.[75] ***A contrario*, можемо закључити да када се набавка финансира у мањем делу, дакле са 50% или мање морају се примењивати процедуре јавних набавки предвиђене директивом.**

Са аспекта досадашње примене Закона, значајно је уочити разлику између одредби члана 9. става 1. тачке б) и става 2. Директиве 2014/24 и одредбе члана 15. става 1 тачке ц) Директиве 2004/18. Наиме, Директива 2004/18 у члану 15 ставу 1. тачки ц) предвиђа да се та директива не примењује на јавне уговоре уређене другачијим процедуралним правилима и додељеним у складу са посебним процедурама међународних организација. Дакле, нигде се, за разлику од нове директиве, не помиње постојање обавезе наручиоца (члан 9. став 1.) нити да међународна организација финансира ту набавку (члан 9. став 2). Може се зато закључити да се новом директивом установљавају прецизнија правила код ових изузетака и истовремено прави **јасна разлика између две ситуације у којима се могу примењивати правила међународне организације: 1) када постоји обавеза за наручиоца која заправо најчешће проистиче из чланства државе или уже територијално политичке заједнице у међународној организацији и 2) када међународна организација или међународна финансијска институција у потпуности финансира набавку** – дакле наручилац односно његова држава или ужа политичко територијална заједница не мора уопште бити члан те организације, односно институције.

За разлику од Директиве 2004/18, нова директива у члану 9. не предвиђа изузетак заснован на међународном уговору који се односи на размештај трупа у вези са поступањем било земље чланице или треће земље, већ је овај изузетак премештен у посебан члан 17. где су прописани изузеци у вези са применом међународних правила набавки за доделу уговора који садрже одбрамбене и безбедносне елементе.

75 Вид. тачку 10) преамбуле Директиве 2014/24.

Када је реч о Закону, може се јасно уочити да су одредбе члана 7. став 1. тачка 2) делимично усклађене, како са Директивом 2004/18, тако и са новом директивом, што је и разумљиво у овом тренутку с обзиром на то да Република Србија није чланица ЕУ. Наиме, наведене одредбе директива имају за циљ да се набавке по тим споразумима изузму од примене комунитарног права, али не и сами споразуми који управо морају бити у складу са Оснивачким уговорима. Поставља се питање да ли држава кандидат потпуним прихватањем одредбе члана 9. става 1. тачке а) треба да обавеже себе да међународни уговори који се тичу заједничких пројеката морају бити у складу са Оснивачким уговорима и који су то формално – правни механизми које у поступку закључивања једног таквог међународног уговора треба применити. Јасни и прецизни одговори у вези с овим се не могу наћи – јер се увек ради о принципима који се морају поштовати (који имају за циљ успостављање јединственог тржишта) као што су принцип забране територијалне дискриминације, примена начела транспарентности и доступности и једнакости. Видели смо заправо да ни у оквирима ЕУ није довољно јасно на који начин се ови принципи у пракси поштују од стране држава чланица, већ се томе приступа од случаја до случаја. Поред тога, за разлику од земаља чланица које се увек, а нарочито у случају неслагања са Европском комисијом могу обратити Суду правде, за земљу кандидата таква могућност не постоји.

Постоје ставови да поменуту одредбу директиве треба имплементирати на начин да земља кандидат може закључити ову врсту међународних уговора само са земљом чланицом ЕУ. Овакво схватање је засновано на становишту да ако земља чланица може закључити споразум само са трећом државом или ентитетом, онда би треће земље (земље кандидати) могле закључити међународни уговор само са земљом чланицом. Овакав закључак је погрешан јер нема у виду да је директива писана за земље чланице, и да искључиво успоставља обавезе за те земље, нарочито када је реч о односима са трећим земљама. Оваквим тумачењем би се заправо дошло до тога да земља кандидат има веће обавезе и ограничења у односима са трећим земљама него земље чланице или саме институције ЕУ што никако не може бити случај.

Иако процес придруживања ЕУ све више захтева чисту рецепцију права ЕУ у што ранијим фазама придруживања и иако су модалитети имплементације директива све оскуднији, **закључак који јасно произилази је да Србија као земља кандидат није дужна да у свој Закон о јавним набавкама унесе ову одредбу без прилагођавања и да је примењује на исти начин како то чине земље чланице ЕУ.** Уосталом, члан 351. став 1. Уговора о функционисању ЕУ јасно прописује да *на права и обавезе из споразума закључених пре 1. јануара 1958. године* ***или за придружене земље пре њиховог придруживања****, између једне или више земаља чланица са једне стране и једне или више трећих земаља са друге стране, неће утицати одредбе оснивачких уговора.*

С друге стране, Република Србија као земља кандидат је дужна да усклађује своју политику која се односи на економску, финансијску и техничку сарадњу са трећим земљама из члана 212. Уговора о функционисању ЕУ, те да приликом закључивања међународних уговора који се односе на тзв. заједничке пројекте пружи једнаку шансу за учешће и државама чланицама ЕУ. **У том смислу, Србија треба да обавештава Европску комисију о планираном закључењу оваквих међународних уговора, али уз сагласност друге стране и када такво обавештење не угрожава само закључивање и реализацију таквог уговора**.

У досадашњој примени овог изузетка прописаног у члану 7. став 1. тачки 1) подтачка (1) Закона до сада није било спорних питања када се радило о међународним уговорима који су потврђени у парламенту јер би се заправо и без прописивања овог изузетка на набавке које су везане за тај уговор примењивала правила на која упућује тај уговор, будући да потврђени међународни уговори имају већу правну снагу у односу на домаће законе.[76] Тако је примера ради Републичка комисија донела закључак бр. 4 – 00 – 3014/2014 од 20.3.2015. године у којем је констатовала да се на предметни поступак не примењује ЗЈН, јер се ради о набавци која се на основу међународног уговора (који је законом

76 Вид. Устав Републике Србије члан 16. став 2. и члан 167. став 1. тач. 1) и 2).

потврђен у парламенту)[77] спроводи у складу са Практичним приручником за уговорне процедуре за спољне акције ЕУ. Иако се Републичка комисија није изричито определила за основ искључења примене ЗЈН на ову набавку, може се закључити да се ради о примени принципа супермације међународног права.Зато треба имати у виду да без обзира на који начин се овај изузетак буде у будућности регулисао, са аспеката домаћег правног система одредбе Закона о јавним набавкама се увек могу дерогирати међународним уговором.

Дилеме су се у пракси јављале у вези са међународним споразумима који нису били ратификовани у парламенту и то не због спора у вези са природом тог споразума (да ли је то међународни и међудржавни споразум ако га није закључила Влада) **већ због самог начина и циљева финансирања (донације) одређеног пројекта, затим у вези са уговорима код којих је било спорно да ли постоји заједничко коришћење, у вези са набавкама које су предуслов за спровођење или извршење неке друге набавке из међународног уговора и сл.** Заправо највећи део проблема у примени ове одредбе, проистиче из **спорног закључка појединих државних органа да се донације од страних држава и њихових организација сматрају јавним средствима** те да су набавке које се финансирају из тих средстава заправо јавне набавке на које се примењује Закон.[78] Због тога се долазило у ситуацију да се у појединим мишљењима у вези са међудржавним уговорима наводи да постоји заједничко коришћење иако се заправо ради о помоћи Републици Србији или појединим јавним предузећима и нема никак-

77 Закон о потврђивању Оквирног споразума између Владе Републике Србије и Комисије Европских заједница о правилима за сарадњу која се односе на финансијску помоћ Европске заједнице Републици Србији у оквиру спровођења помоћи према правилима инструмента претприступне помоћи (ИПА) („Службени гласник РС - Међународни уговори" бр. 124/2007).

78 Закон, осим у члану 150. али у другом контексту, нигде не користи појам јавна средства, нити су сви корисници јавних средстава наручиоци, па се никако не може закључити да све што се финансира из јавних средства представља јавну набавку. Такође, дефиниција корисника јавних средстава прилично је неодређена.

вог заједничког пројекта или коришћења са том државом.[79] Када је реч о набавкама које су предуслов за спровођење других набавки из међународног споразума, ако те набавке нису искључене тим споразумом и ако непосредно нису намењене заједничком коришћењу, није спорно да се такве набавке не могу подвести под изузетак из члана 7. став 1. тачка 1) подтачка (1).[80]

Код изузетка у вези са применом правила међународних организација Закон је, за разлику од Директиве 2004/18, овај изузетак сузио на примену само правила оних међународних (финансијских) организација које финансирају набавку путем кредита или зајма и при том је то додатно сузио обавезом доношења посебног исцрпног списка међународних организација чије се процедуре могу примењивати уместо Закона.[81] **Међутим, с друге стране, подзаконским актом је изузетак проширен јер су се на овом списку нашле и развојне банке, које нису међународне организације нити међународне финансијске институције.**[82] Ипак у пракси није било спорно да се на набавке које кредитирају ове банке не примењује закон зато што се налазе на поменутом списку.[83] **Иначе, поред развојних банака**

---

79 Тако се на пример у Мишљењу УЈН бр. 337-00-23/14 од 22.12.2014. констатује да постоји заједничко коришћење набавки између две земље иако се заправо ради о опреми намењеној функцији јачања система за реаговање у ванредним ситуацијама Републике Србије. У мишљењу се наводи да се заједничко коришћење огледа у томе што се овим уговором доприноси успешном спровођењу економских и друштвених развојних настојања Владе Србије док ће друга уговорна страна, услед обавезе набавке производа од њених малих и средњих предузећа, подстицати развој своје привреде. Вредност донације је око 2 милиона долара.

80 Вид. Мишљење УЈН бр. 011-00-135/15 од 27.4.2015.

81 Списак међународних организација и међународних финансијских институција чији се посебни поступци јавних набавки могу примењивати уместо одредба Закона о јавним набавкама (Службени гласник РС" бр. 33/13).

82 Будући да ни директиве ни Закон не дају дефиниције међународне организације, односно међународне финансијске институције мора се прихватити уобичајено значење ових појмова.

83 Републичка комисија је Закључком бр. 4-00-1864/2013 од 30.12.2013. године, одбацила захтев за заштиту права, утврдивши да није надлежна да поступа по поднетом захтеву јер се на предметну набавку не примењује Закон о јавним набавкама у складу са чланом 7. став 1. тачка 1) подтачка (2) тог закона, будући да се набавка финансира из кредита финансијске институције *KfW*, која се налази на Списку међународних организација чији се посебни поступци јавних набавки могу примењивати уместо одредаба Закона о јавним набавкама.

на овом списку се налазе и финансијске институције земаља донатора које такође нису међународне организације, што указује да наведени списак није у складу ни са директивама али ни са самим Законом, па је тако у овом делу изузетак заправо проширен.

У пракси су се јављали проблеми када су набавке биле финасиране од стране међународних организација које нису на том списку, а при том или није закључиван међународни уговор или такав уговор није ратификован у парламенту. Осим тога често се радило о финансирању пројеката наручиоца који је чланица међународне (често струковне) организације где акти те организације захтевају примену њихових или неких других процедура набавки, другим речима не дозвољавају примену локалних прописа о набавкама. Постављало се питање и у вези донација, јер су неке међународне организације финансирале пројекте, али су то условљавале непримењивањем локалног закона, најчешће због постојања преференцијала за домаће понуђаче и добра, па се у оваквим случајевима решење налазило у инверзном тумачењу члана 4. до 6. Закона.[84]

Често се одлука доносила у зависности од тога да ли је оснивачки акт дате међународне организације ратификован у парламенту, па је тако наручилац који је био члан међународне организације, чији је статут ратификован у Народној Скупштини, имао могућност да донирана средства потроши у складу са процедурама те организације, а наручилац који је на пример био члан специјализоване агенције Уједињених нација није, будући да сам оснивачки акт такве агенције није ратифи-

84 Вид. Мишљење УЈН бр. 011-00-529/14 од 25.6.2014.

кован у парламенту, иако се у оба случаја не ради о међународном уговору који се тиче заједничке примене набавке.[85]

Још једно важно питање на које није било јасних одговора у пракси, је и колики удео у финансирању набавке мора бити на страни међународне (финансијске) организације да би се могла искључити примена Закона.[86]

Нова директива јасно прецизира да се набавке могу спроводити по правилима међународних организација: 1) када постоји обавеза наручиоца да набавку спроводи по правилима које је установила међународна организација; или 2) када се набавка у потпуности финансира од стране међународне финансијске институције. Због тога је јасно да ће се дословним усклађивањем Закона са овим одредбама решити постојеће дилеме у вези са свим претходно наведеним питањима. Дакле, **ако наручилац има обавезу да примењује међународна правила набавки без обзира да ли је та обавеза настала због чланства у тој организацији и/или обавезе финансирања неке набавке те организације или неког пројекта у оквиру те организације, због пријема кредита, зајма или донације од те организације којом се финансира предметна набавка, потребно је омогућити право на изузеће од примене домаћих прописа о набавкама. Такође, потребно је укинути посебан списак међународних организација** или тај списак значајно проширити, али имајући у виду досадашња искуства са списком наручилаца није оправдано очекивати да би се тај

85 Институт за молекуларну генетику и генетичко инжењерство (ИМГГИ) је добио Мишљење УЈН бр. 011-001082/14 од 3.4.2015. којим се констатује да постоје услови за примену изузетка из члана 7. став 1. тачка 1) (1), иако се заправо ради о финансирању од стране међународне организације, чији је ИМГГИ придружни центар, а Република Србија члан, а не о међународном уговору између држава у циљу заједничког коришћења набавке. Иако постоји међународни уговор о оснивању ове међународне организације који је Р. Србија ратификовала, тај уговор се не односи на конкретну јавну набавку. Из истог разлога ЈП „Пошта Србије" иако чланица Светског поштанског савеза, специјализоване агенције УН, није могла да примени изузетак из подтачке (2) будући да ова међународна организација није на списку из члана 7. став 4. Закона - Види мишљење УЈН бр. 011-00-1067/15 од 28.01.2015.

86 Вид. Б. Терзић, Ђ. Белензада, Д. Срећков, М. Малетић, С. Варинац, Б. Цветковић, Коментар Закона о јавним набавкама, Службени гласник, Београд, 2013, стр. 49 и 50.

списак могао утврдити у неком краћем року, па је се с тога брисање оваквог списка намеће као целисходније решење. Ипак, треба указати да се брисањем овог списка укида могућност да се под овај изузетак подведу набавке које се финансирају од развојних банака и финансијских институција страних држава.

У сваком случају, као код свих изузетака и овде треба применити правило да се изузеци уско тумаче, и пребацити терет доказивања на страну која се на њега позива нарочито ако се имају у виду подаци УЈН према којима је укупна вредност набавки за 2014. годину изузетих на основу члана 7. став 1. тачка 1) подтачка (1) износи 799 милиона динара, док вредност уговора из подтачке (2) износи 16,2 милијарде динара и има највеће учешће у укупној вредности набавки изузетих на основу члана 7. Закона.

Закључак је да члан 9. став 1. и 2. Директиве 2014/24 треба у целини имплементирати осим подстава 2. става 1. и делова одредби тачке а) које се односе на сагласност са оснивачким актима ЕУ и на субјекте између којих се споразум може закључити (земља чланица – треће земље, односно њихови ужи ентитети).

Предлог нове одредбе:

Одредбе овог закона не примењују се на:

1) **набавке, односно конкурсе за дизајн које су наручиоци обавезани да спроведу у складу са поступцима набавки установљеним:**

   (1) међународним уговором или другим актом на основу којег је настала међународна обавеза, а који је закључен са једном или више држава и/или ужих политичко-територијалних јединица и који се односи на радове, добра или услуге намењене заједничкој примени или заједничком искоришћавању од стране потписница.

   (2) од стране међународних организација;

2) **набавке и конкурсе за дизајн који се спроводе у складу са правилима утврђеним од стране међународних организација или међународних финансијских институција, ако се те набавке, односно конкурси за дизајн у потпуности финансирају од стране тих организација, односно институција.**

На набавке, односно конкурсе за дизајн који се већим делом суфинансирају од стране међународних организација или међународних финансијских институција примењиваће се правила која су уговорена.

2. Специфични изузеци у вези са уговорима о услугама

2.1. Изузетак у вези са непокретностима

Директива 2014/24 у члану 10. тачки а), као и све претходне директиве, изузима из свог оквира стицање (стицање права својине - куповина) и закуп непокретности, тачније земљишта, изграђених објеката и друге непокретне имовине, као и других права која се односе на те непокретности (право коришћења, право службености и сл.). За разлику од претходних директива које су уговоре о финансијским услугама који су закључени, истовремено, пре или после уговора о куповини, односно закупу непокретности, укључивале у оквире директиве, тај део одредбе у новој директиви више не постоји. Заправо ради се о уговорима о кредиту којима се финансира куповина, односно закуп непокретности. Будући и да су чланом 10. тачком ф) Директиве 2014/24 изузети сви уговори о кредиту, јасно је да се ни на поменуте уговоре о финансијским услугама закљученим у вези са стицањем односно закупом непокретности више не примењују правила јавних набавки.[87]

У досадашњој примени овог изузетка који је на потпуно истоветан начин дефинисан у обе претходне директиве[88], била су актуелна питања у вези са раздвајањем јавних уговора о радовима[89] од закупа непокретности.

---

87 Занимљиво је да је први Закон о јавним набавкама („Сл. гласник РС" бр. 39/2002), у члану 98. такође предвиђао изузетак од примене у односу на финансијске услуге (кредит и зајам) везане за куповину и закуп непокретности, али да се примењивао на куповину и закуп непокретности.

88 Члан 16. тачка а) Директиве 2004/18/ЕЗ и члан 1. тачка а) Директива 1992/50/ЕЕЗ.

89 Под јавним уговором о радовима овде подразумевам уговор о јавној набавци радова и уговор о концесији радова.

У случају *C-213/13, Impresa Pizzarotti vs. Comune di Bari*, Италијански суд је пред Суд правде, као претходно питање изнео дилему да ли је уговор који је општина Бари намеравала да додели, уговор о закупу или уговор о набавци радова.[90] Суд је одговарајући на то питање указао да:

- називање конкретног уговора уговором о закупу није од значаја за утврђивање његове природе;

- када уговор садржи и елементе уговора о набавци радова и елементе који се односе на други врсту уговора, потребно је утврдити који је основни предмет тог уговора како би се утврдила његова правна квалификација и прописи ЕУ које је потребно примењивати;

- из списа произилази да у тренутку када је привредно друштво *Pizzarotti* предложило општини Бари склапање уговора још није била започела изградња објеката – те у таквим околностима треба сматрати да је основни предмет тог уговора изградња тих објеката, што нужно подразумева њихово касније давање у закуп;[91]

- је потребно да планирани радови испуњавају услове које је одредио наручилац, а може се сматрати да је овај услов испуњен када је наручилац предузео мере у циљу дефинисања карактеристика радова или барем у циљу вршења одлучујућег утицаја на њихово обликовање;

---

90 Ставови суда су парафразирани, скраћени и објашњени на начин који треба да одговара сврси ове анализе. Тако је урађено и у осталим случајевима где се наводе и објашњавају одлуке Суда правде.

91 Општина Бари је најпре објавила јавни позив (што је ова општина квалификовала као истраживање тржишта), којим је исказала своју потребу за изградњом комплекса зграда у којем би били смештени сви судови у Бариju. У позиву је било наведено да су за изградњу тих објеката на располагању средства од 43,5 милиона евра за финансирање самих радова уз 3 милиона евра годишње колико је на располагању за закуп. Ова средства намењена за финансирање изградње су касније укинута, али то није од пресудног значаја за квалификацију овог уговора. Наиме, чак и кад су ова средства потпуно укинута акционарско друштво *Pizzarotti* је понудило да изгради објекте у складу са захтевима општине Бари, уз плаћање годишње закупнине од 3,5 милиона евра годишње, на период од 18 година.

Суд је даље у конкретном случају утврдио да је у нацрту уговора било предвиђено да наручилац задржава право да пре пријема радова утврди да ли су у складу са захтеваним оквиром,[92] затим да из садржине и обухвата тог оквира произилази да је општина Бари имала одлучујући утицај на пројектовање радова које трба извести, па је закључио да је главни предмет уговора извођење радова који одговарају условима које је утврдио наручилац – те да се у конкретном случају ради о уговору о јавној набавци радова у смислу Директиве 1993/37 и да нису испуњени услови за примену изузетка из члана 1. тачке а) iii) Директиве 1992/50.[93]

Други занимљив случај је *C-451/08, Helmut Müller GmbH vs. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*.[94] У овом случају Суд правде је

---

92 Тим оквиром су биле утврђене одређени функционални захтеви објеката попут посебних потреба сваког од суда појединачно (број канцеларија, судница, конференцијских сала, сала за састанке, архивских просторија, квадратура свих тих просторија, начин интерне комуникације) као и одређене заједничке потребе попут капацитета паркиралишта и сл.

93 Суд се даље у образложењу осврнуо и на аргументе понуђача, да уговор садржи елементе уговора о закупу – годишњој закупнини од 3,5 милиона евра која би се исплаћивала током 18 година. Према наводима понуђача и италијанске владе, та укупна накнада од 63 милиона евра знатно је нижа од предвиђених укупних трошкова радова који износе приближно 330 милиона евра. На то је суд подсетио да је одлучујући елемент за квалификацију предметног уговора његов главни предмет, а не накнада исплаћена извођачу радова или начин плаћања, додајући при том да финансијски прописи италијанске државе не спречавају општину Бари да по истеку планираног уговора закључе нови уговор, који би понуђачу гарантовали плаћање за све изведене радове.

94 Градско веће града *Wildeshausen* одлучило је да се одређено земљиште површине 24 ha, које је било у власништву Савезне управе за непокретности, користи поново за потребе грађана. Савезна управа је 2006. године огласила продају тог земљишта, уз обавезу понуђача да понуде одређена идејна решења за то земљиште. Наредне године Градско веће доноси одлуку којом се констатује да је Град спреман да размотри пројекат понуђача *GSSI*, као и да покрене поступак израде одговарајућег плана изградње за то подручје, с тим да не постоји законско право да понуђач добије тај план у складу са идејним пројектом које је предложио. Другим речима ризик садржине урбанистичког плана за то земљиште сноси понуђач. У одлуци је наведено и да је незаконито да се Град обавеже одређеним условима, односно да ограничи дискрецију понуђача пре него што одговарајући урбанистички план буде донет. Незадовољни понуђач *Helmut Müller*, најпре се жалио телу надлежном за ревизију поступка набавки, а када му је жалба одбачена, поступак је наставио пред Вишим регионалним судом. *Müller* је сматрао да се у овом случају заправо ради о додели концесије за радове, те да је зато требало примењивати поступак јавне набавке.

заправо одговорио на девет постављених питања која су се углавном односила на значење дефиниције уговора о јавној набавци радова из члана 1. става 2 тачке б) Директиве 2004/18 и уговора о концесији радова из члана 1. става 3. те директиве.

Суд је сматрао да:

- продаја неизграђеног или изграђеног земљишта неком предузећу не представља уговор о јавној набавци радова;

- као што се наводи у тачки 2) преамбуле Директиве 2004/18, њена сврха је да се примени право ЕУ о додели уговора на уговоре које додељују органи јавне власти и други наручиоци, па тако њена сврха није да уређује друге активности за које су органи јавне власти одговорни;

- само уговор који укључује економски интерес наручиоца може представљати уговор о јавној набавци;

- материјални карактер уговора (економски интерес) значи да наручилац добија одређену услугу за надокнаду коју даје извођачу;

- та услуга коју наручилац добија мора бити директна економска корист за самог наручиоца;

- та економска корист несумњиво постоји када наручилац постаје власник радова који су предмет уговора, а може се прихватити да таква корист постоји и када наручилац стиче право да користи односно располаже изграђеним у циљу да се изграђено учини доступним јавности;

- спровођење урбанистичког планирања од стране јавне власти (потенцијалног наручиоца) нема за циљ остваривање економске

користи за наручиоца како се захтева чланом 1. ставом 2. тачком б) Директиве 2004/18.[95]

- дефиниција једне од варијанти уговора о радовима захтева постојање захтева наручиоца у погледу радова који се изводе, те да би такав уговор постојао наручилац мора имати право да радове дефинише или да бар има одлучујући утицај приликом њиховог дефинисања;

- не може се прихватити да наручилац дефинише радове тако што, у складу са регулаторним овлашћењима везаним за урбанистичко планирање, испитује поднете грађевинске пројекте;

У вези са питањима да ли се у овом случају ради о уговору о концесији радова суд је цитирајући дефиницију уговора о концесији радова[96] навео да се захтев из те дефиниције који се односи на трансфер права да се искоришћавају ти радови са наручиоца на извођача, не може сматрати испуњеним када се право на искоришћавање (у овом случају земљишта) заснива искључиво на власништву над тим земљиштем, које се користи у складу са прописима. Иако су у спору наведени аргументи да понуђач овде сноси ризик садржине урбанистичког плана за то земљиште који тек накнадно треба да буде донесен, те да је сношење главног оперативног ризика на страни концесионара битан елемент уговора о концесији, суд је указао да се у конкретном случају ради о ризику који произилази из регулаторних овлашћења на-

95 Ово заправо није захтев поменутог члана Директиве 2004/18, већ је та одредба директиве на тај начин имплементирана у немачки закон, који је иначе допуњен 2009. године, где је у последњем делу дефиниције уговора о јавној набавци радова „радови означавају резултат високоградње или нискоградње узет као целина који је по себи довољан да задовољи економску или техничку функцију", додато *„и који је од тренутне економске користи за наручиоца"*. На овај начин је у немачком закону јасно направљена разлика између користи за самог наручиоца и опште јавне користи, што је у овом случају било пресудно.

96 Члан 1. став 3. Директиве 2004/18: *Уговор о концесији радова је уговор истог типа као и уговор о јавној набавци радова, с тим да се против услуга за радове који треба да се изведу, састоји или само у праву да се ти радови искоришћавају или у том праву заједно са плаћањем.*

ручиоца, а не из уговора са понуђачем, те да тај ризик није повезан са искоришћавањем (земљишта).[97]

На крају суд је одговарајући на последња два питања заузео став да се Директива 2004/18 не примењује у случају када један орган јавне власти продаје земљиште, у вези с којим други орган јавне власти намерава да додели уговор о радовима, при чему још увек формално није одлучио да додели тај уговор.

Када је у питању домаћа пракса, ситуација је битно другачија. Закон није из свог оквира изричито изузео набавке непокретности и права у вези са њима, као што је то био случај са претходним законом.[98] Поред тога, Закон је за разлику од ЗЈН/2008 избрисао посебну дефиницију добара која није укључивала непокретности, тако да су предмет уговора о јавној набавци добара постале и непокретности.

Статус непокретности које користе наручиоци регулише ЗЈС. Тим законом је предвиђено да органи, организације, установе, јавна предузећа, привредна друштва, дакле све категорије наручилаца, имају право коришћења на непокретностима у јавној својини.[99] ЗЈС је чланом

97 Тешко је прихватити овај последњи аргумент суда да ризик (начина) искоришћавање земљишта није у вези са доношењем одговарајућег урбанистичког плана, будући да је понуђач понудио цену у складу са идејним решењем које је предложио те да се његова процена економске исплативости заснивала на претпоставци да ће урбанистички план заправо бити у складу са његовим идејним решењем.

98 Тачком 24) преамбуле Директиве 2004/18, предвиђено је да у контексту услуга, уговори о стицању или закупу непокретности или права у вези с тим непокретностима имају посебна својства која примену правила јавних набавки чини неприкладним. Овде треба подсетити да се директива пре свега односи на тзв. прекограничне набавке, те да правила те директиве нису одговарајућа за набавку непокретности пре свега због тога што се ова врста набавки не сматра приоритетном у смислу прекограничних набавки будући да је вероватноћа учешћа на тендеру за куповину непокретности понуђача из других земаља чланица веома мала. У погледу права на непокретностима постоје различити правни режими у вези са правом својине и другим правима на непокретностима (нарочито ту треба имати у виду разлику између Уједињеног краљевства и осталих земаља чланица), затим различита правила у вези са правима на непокретностима која се примењују на наручиоце и сл. Осим тога постојала су у једном периоду ограничења у стицању права својине на пољопривредном земљишту.

99 Јавна предузећа и привредна друштва имају право коришћења на непокретностима које им нису уложене у капитал – вид. чл. 21 ЗЈС.

29. предвидео да се *непокретне ствари* ***прибављају*** *у јавну својину [...] полазећи од тржишне вредности непокретности, [...] у поступку јавног надметања, односно прикупљањем писмених понуда,* ***ако законом није друкчије одређено*****. Кључан дао у цитираној одредби је део који искључује претходно прописано правило о начину прибављања непокретности - ако је то законом (дакле тим или било којим другим, укључујући и Закон) регулисано на другачији начин. Дакле, када се узму у обзир претходно поменуте одредбе ЗЈС, ЗЈН/2008 и Закона, може се неспорно закључити да се Закон примењује на набавку (куповину и закуп непокретности)**.[100]

Ипак, чланом 29. ставом 3. предвиђен је изузетак од правила из става 1., па је изузетно могуће прибавити непокретност и непосредном погодбом и то у складу са посебном Уредбом[101] која је прописала поступак куповине и размене непокретности непосредном погодбом, односно давање у закуп непокретности. **Ми сматрамо да се систематским тумачењем одредби ЗЈС и Закона може закључити да се на куповину и размену непокретности примењују одредбе Закона, осим кад су испуњени услови за прибављање непосредном погодбом, када се примењује поступак предвиђен Уредбом. Када је реч о закупу наручилац је дужан да увек примењује Закон, осим када буде позван од стране другог наручиоца да као понуђач учествује у поступку давања у закуп непокретности непосредном погодбом.**[102] **У пракси се ипак није примењивао овакав закључак** па су се наручиоци нашли у својеврсном зачараном кругу у којем наручилац који издаје у закуп непокретност мора да поштује поступак прописан Уредбом, док други наручилац ако жели да узме у закуп непокретност мора да спроведе поступак јавне набавке. **На основу бројних мишљења УЈН произилази да је у пракси ипак**

---

100 Детаљније о овом питању види: Б. Терзић, Ђ. Белензада, Д. Срећков, М. Малетић, С. Варинац, Б. Цветковић, Коментар Закона о јавним набавкама, Службени гласник, Београд, 2013, стр. 58-61.

101 Уредба о условима прибављања и отуђења непокретности непосредном погодбом, давања у закуп ствари у јавној својини и поступцима јавног надметања и прикупљања писмених понуда („Сл. гласник РС" бр. 24/2012).

102 Б. Терзић, Ђ. Белензада, Д. Срећков, М. Малетић, С. Варинац, Б. Цветковић, Коментар Закона о јавним набавкама, Службени гласник, Београд, 2013, стр. 61.

најчешће „попуштао“ наручилац који је издавао у закуп непокретност када је наручилац који је узимао закуп непокретност најчешће примењивао преговарачки поступак без објављивања јавног позива, тако што се корисник непокретности у јавној својини позивао да поднесе понуду.[103]

Када је реч о прибављању непокретности ни ту се у пракси није примењивао изузетак из члана 29. става 3. ЗЈС који по нама искључује и примену прикупљања писмених понуда, односно јавно надметање али и поступак предвиђен Законом. Тако је и у случају када су били испуњени услови за прибављање непокретности непосредном погодбом примењиван Закон и то преговарачки поступак, а заправо је по нашем мишљењу требало примењивати поступак прибављања непосредном погодбом прописан Уредбом.[104]

Занимљиво је да се пред надлежним органима у примени Закона, за разлику од случајевима пред Судом правде, није јавило питање разлика између закупа, односно куповине непокретности и изградње непокретности, посебно имајући у виду одредбу члана 29. став 2. ЗЈС која под прибављањем непокретних ствари подразумева и изградњу објекта. Наиме, у складу са нашим претходно изнетим закључцима, када су испуњени услови за прибављање – изградњу објекта непосредном погодбом, могла би се јавити дилема да ли у том случају примењивати Уредбу или Закон. Систематским тумачењем могло би се рећи да би се прибављање непокретности непосредном погодбом у складу са Уредбом могло применити једино у случају куповине објекта у изградњи када наручилац није непосредни инвеститор, међутим ако би наручилац кроз куповину објекта у изградњи финансирао више од 50% вредности радова, опет би се морао примењивати Закон.

Закључак је да су се проблеми пре свега јављали када се радило о закупу непокретности, које је један корисник јавних

---

103 Вид. мишљења УЈН бр. 404 – 02-1716/15 од 14.05.2015; бр. 404-02-1544/15, од 30.4.2015; бр. 404-02 -4434/14. од 24.1.22014.

104 Вид. Мишљење УЈН бр. 464-01-1/15 од 24.3.2015.

средстава издавао другом, а не на тржишту непокретности, а извор проблема у којем су се нашли наручиоци није само поступак јавне набавке, већ пре свега неадекватна расподела права коришћења на непокретностима међу наручиоцима. Иако можемо закључити да није адекватно примењивати поступак јавне набавке на стицање права својине и других стварних права на непокретностима, неопходно је посебним законом прописати процедуру за куповину и закуп непокретности која би се заснивала на принципима транспарентности (објављивање позива), једнакости и објективности (право на ревизију поступка доделе уговора).

Предлог одредбе:

Одредбе овог закона не примењују се на куповину и закуп било којим финансијским средствима, земљишта, постојећих грађевинских објеката и других непокретности, као и права у вези са њима.

2.2. Изузетак у вези са аудиовизуелним услугама

Директива 2004/18 је у члану 16. тачки б) предвидела да се не примењује на стицање, развој, продукцију или копродукцију програмског материјала намењеног за емитовање од стране емитера као и уговоре о времену за емитовање. Нова директива је прецизнија у дефинисању овог изузетка, у погледу наручилаца на које се примењује као и у погледу предмета набавки. За разлику од претходних директива, Директива 2014/24 јасно наводи да се изузетак односи на програмски материјал намењен за аудиовизуелне и радијске (медијске) услуге, које додељују пружаоци тих услуга. При том се у погледу дефиниције *аудиовизуелне медијске услуге, пружаоца аудиовизуелних услуга и програмског материјала*

упућује на Директиву о аудиовизуелним медијским услугама.[105] Када се погледају поменуте дефиниције јасно је да се заправо ради о телевизијском и радио програму, укључујући и одложене програмске садржаје које нуде одређени телевизијски програми. Као и претходна директива и ова јасно препознаје и другу врсту изузетака када се емитери (без обзира да ли су наручиоци) јављају као пружаоци услуга емитовања другим наручиоцима – ради се о куповини времена за емитовање, односно времена за приказивање одређеног програмског садржаја.

Разлог за прописивање овог изузетка је, као и у претходној директиви, наведен у преамбули, у тачки 23) где се каже да би приликом доделе одређених уговора о јавној набавци за аудиовизуелне и радијске услуге од стране емитера (који су наручиоци), одређени културни и социјални аспекти требало да буду узети у обзир, што онда примену правила јавних набавки чини неодговарајућим. У преамбули се, примера ради, наводи да се изузимају програми који се редовно производе и припремне услуге, као што су услуге које се односе на сценарио и уметничка извођења нужна за продукцију, копродукцију, односно емитовање тих програма.

Уз то у преамбули се јасно указује да се изузетак не односи на набавку техничке опреме потребне за продукцију и емитовање тих програма.

Пред Европским судом правде, се поставило питање примене овог изузетка из Директиве 1992/50, у случају *C – 337/06*.[106] Наиме, регионални суд у Дизелдорфу је између осталих поставио (претходно) питање да ли одредбу члана 1. тачка а) под iv Директиве 1992/50, треба тумачити тако да су од примене директиве изузети само они уговори

105 Директива 2010/13/ЕУ о координацији одређених одредаба утврђених законима и другим прописима у државама чланицама о пружању аудиовизуелних медијских услуга.

106 У овом случају, као главно, поставило се питање да ли су емитери који се финансирају путем таксе (претплате) наручиоци. Суд је заузео становиште да се и они сматрају наручиоцима. Предмет набавке су биле услуге чишћења, па се поставило и питање да ли су изузети само уговори о услугама које су у директној вези са продукцијом програма или то могу бити и друге услуге.

који су у вези са услугама које су том одредбом изричито наведене. Суд је позивајући се на правило да се изузеци уско тумаче, као и на преамбулу директиве дао потврдан одговор.[107]

У Закону овај изузетак није дословно пренет али је углавном примењиван на исти начин као и у ЕУ. Оно што недостаје у закону у односу на Директиву 2004/18 је навођење да ти програми морају бити произведени односно развијени од стране наручиоца који је емитер. Ипак, тај недостатак је исправљан, исправним, циљним (у овом случају ужим) тумачењем појма *телевизијски програм*.[108] С друге стране Закон је изричито прописао да се на набавке свих добра, услуга и радова потребних за продукцију, копродукцију и емитовање радио и телевизијског програма примењују правила јавних набавки, чиме је озакоњено појашњење из преамбуле Директиве 2004/18. Захваљујући том прецизирању домаћа пракса је била уједначена у вези са одређивањем услуга које су изузете.

У домаћој пракси забележен је један занимљив случај када је Радио телевизија Војводине позивајући се на члан 5. став 1. тач. 5) и 9) Закона о јавним медијским сервисима („Сл. гласник РС“ бр. 83/2014)[109] у захтеву за мишљењем указала како су јавни медијски сервиси изузети од примене Закона, због њихове институционалне аутономије. У горе поменутом случају *С – 337/06* Суд правде је, не доводећи у питање институционалну независност јавних медијских сервиса у смислу апсолутне забране било какве везе или интервенције од стране јавних власти у управљању и оперативном пословању,[110] утврдио да такви сервиси ипак имају статус наручиоца. Дакле, јасно је да институционална независност од јавне власти у погледу набавки пре свега значи вођење независне политике набавки (када, шта и колико набавити). Та независност значи да орган јавне власти не може утицати на креирање саме набавке, али то ника-

---

107 Вид. став 62 – 65 пресуде у случају *С – 337/06*.

108 Вид. Мишљење УЈН бр. 404-02-2219/2014. од 30.6.2014.

109 *У обављању основне делатности јавни медијски сервис има институционалну аутономију и уређивачку независност, а нарочито у погледу:*
5) набавке и продаје робе и услуга;
9) избора заступника у правним пословима и у другим правним стварима.

110 Вид. став 13 пресуде у случају *С - 337/06*

ко не значи изузимање од законом прописаних правила јавних набавки. Уосталом, институционална независност уживају многи други самостални и/или независни органи и организације али њихова независност не доводи у питање обавезу примене Закона.[111]

Укупна вредност ових услуга у 2014. години износи 2.980.734.000 динара, што чини 2,05% од укупне вредности изузетих уговора.

Закључак је да иако у примени овог изузетка није било проблема, испуњени су сви услови да се тачка б) члана 10. Директиве 2014/24 у потпуности пренесе у Закон. У погледу дефиниције *аудиовизуелних услуга, програмског садржаја и пружаоца услуга* може се упутити на Закон о електронским медијима који је у том делу усклађен са Директивом о аудиовизуелним медијским услугама.

Предлог одредбе:

Одредбе овог закона не примењују се на уговоре о куповини, развоју, продукцији или копродукцији програмског садржаја намењеног за медијске услуге које додељује наручилац, који је пружалац медијске услуге, све у смислу закона којим се уређују електронски медији, као и на уговоре о куповини времена за телевизијско односно, радијско емитовање, односно времена за емитовање програмских садржаја, које наручилац додељује пружаоцу медијских услуга.

2.3. Изузетак који се односи на услуге арбитраже и мирења

Изузетак у вези са услугама арбитраже и споразумног решавања спорова је у Директиви 2014/24 на потпуно исти начин дефинисан као и у претходним директивама. Разлог за искључење ових услуга из оквира

111 Вид. Мишљење УЈН бр. 011-00-975/14 од 26.12.2014.

директиве наведен је у преамбули нове директиве у тачки 24), где се наводи да услуге арбитраже и посредовања као и друге сличне форме алтернативног решавања спорова обично пружају органи или појединци који се бирају на начин који не може бити регулисан правилима набавки.

Међу законима о јавним набавкама у региону разликује се превод речи *conciliation*. Тако је у Закону то преведено као споразумно (вансудско, мирно) решавање спорова, док је у Хрватској преведено као мирење, у Словенији као поравнање, у Македонији као посредовање, док је у Црној Гори преведен на истоветан начин као и у Закону. Треба рећи да без обзира на разлике у значењу ових појмова пре свега између мирног, споразумног решавања спорова и посредовања у решавању спорова, свакако је за примену изузетка релевантно посредовање, дакле набавка услуге коју пружа треће лице усмерена на мирно решење спора. У Србији је посредовање регулисано Законом о посредовању у решавању спорова („Сл. гласник РС“ бр. 55/2014), где је посредовање дефинисано 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.*[112] Наравно, питање дозвољености арбитраже и/или посредовања регулисано је другим законима.

До сада у пракси (европској и домаћој) није било спорних питања у вези са применом овог изузетка. У 2014. години закључено је укупно 182 уговора укупне вредности 7.297.000 динара, што чини свега 0,01 % од укупне вредности свих изузетих уговора.

Закључак је да одредбу члана 7. тачка 11) Закона није потребно мењати.

112 Члан 2. Закона о посредовању у решавању спорова.

2.4. Изузетак у вези са правним услугама

Третман правних услуга је истоветан у обе претходне директиве. Правне услуге су у овим директивама одређене као тзв. неприоритетне услуге и заједно с другим неприоритетним услугама пописане у Анексу Б ових директива. Термин неприоритетне услуге указује да се ради о услугама код којих је њихов прекогранични промет ограничен због њихових карактеристика, везаности за одређену територију, односно државу чланицу из које је и пружалац тих услуга, односно наручилац, те да постоји (оборива) претпоставка да код тих услуга не постоји прекогранични интерес за доделу уговора.[113] У случају правних услуга, а пре свега услуга везаних за заступање пред судом и државним органима, у великом броју држава чланица постоји ограничење правних радњи које може предузимати адвокат из друге државе чланице, па је то био основни разлог због чега су ове услуге сврстане међу неприоритетне услуге. Иначе, правне услуге су у Анексу Б Директиве 2004/18 пописане по ознакама из Општег речника набавке.[114]

Чланом 7. Директиве 2004/18 одређени су гранични износи процењених вредности уговора на које се директива примењује. У случају услуга из Анекса IIБ, тренутни гранични износ износи 207.000 евра.[115] Међутим, чланом 21. те директиве, предвиђено је да се на поступак набавки услуга из Анекса IIБ примењују само члан 23. који се односи на техничке спецификације и члан 34. став 4. који се односи на слање Европској комисији обавештења о додели уговора, ради њиховог објављивања, али при том наручиоци могу да наведу да се не слажу са објављивањем тог обавештења уз одговарајуће образложење. Дакле, само за уговоре који за предмет имају правне услуге вредности једнаке или веће од 207.000 евра постоји обавеза примене поменута два члана директиве.

---

113 Вид. став 26 пресуде у случају *C - 507/03.*

114 Ознаке из Општег речника набавке и Анекс Б Директиве 2004/18 промењени су Уредбом Комисије бр. 213/2008 од 28.11.2007. године.

115 Чланом 78. Директиве 2004/18, овлашћена је Европска комисија да уредбом врши ревизију граничних вредности, сваке две године. Последња таква уредба донета је 13. децембра 2013. године – Уредба Комисије бр. 1336/2013.

Занимљиво је упоредити различити начин имплементације одредби Директиве 2004/18 у вези са правним услугама. У Мађарској се на набавку неприоритетних услуга (без обзира на њихову вредност) могу примењивати тзв. национална правила која се примењују на све набавке које су испод европских граничних вредности, али се у случају правних услуга не примењују ни националне процедуре, већ само постоји обавеза објављивања обавештења о додели уговора. У Чешкој се у случају набавки неприоритетних услуга може увек примењивати преговарачки поступак са објављивањем јавног позива, без обзира да ли су за примену тог поступка испуњени услови, уз опет обавезу објављивања обавештења о додели уговора. Хрватски закон познаје посебан једноставнији поступак за набавке неприоритетних услуга, с тим да се и код ових услуга у вези са одређеним питањима, попут поступка заштите права, разликују услуге велике вредности (једнаке или изнад европских прагова) и услуге мале вредности (испод европских прагова али изнад националних прагова). ЗЈН/2008 је имао слично решење као и Хрватски закон прописујући да се на набавку неприоритетних услуга увек примењује поступак јавне набавке мале вредности, с тим што је Хрватски закон оставио могућност примене тог једноставнијег поступка, као и примену једноставнијег поступка заштите права, док је ЗЈН/2008 поступак јавне набавке мале вредности предвидео као обавезу.

У пракси Европског суда правде није се постављало питање примене претходних директива које се тиче директно правних услуга, иако је било неколико случајева који су се односили на примену члана 21. Директиве 2004/18.[116] **У овим случајевима суд је заузимао становиште да иако не постоји обавеза примене одредби Директиве 2004/18 на набавку неприоритетних услуга, то не значи да директиву треба тумачити на начин да она спречава, односно искључује примену принципа из члана 49. (слобода настањивања) и члана 56. (слобода пружања услуга) Уговора о функционисању ЕУ, па у случају постојања одређеног прекограничног интереса**

116 *C-336/12, C-95/10, C-226/09.*

принципи транспарентности и једнаког третмана понуђача треба да буду (директно, без обзира на директиву) примењени.[117]

Закон, за разлику од ЗЈН/2008, није направио разлику између приоритетних и неприоритетних услуга, уз образложење да са аспекта националних набавки критеријум за поделу услуга не може бити прекогранични интерес, будући да обавеза објављивања набавке на нивоу Европске уније уопште и не постоји за било које услуге. Ипак, у пракси се показало да примена општих правила јавних набавки на набавку правних услуга није примерена. Примера ради, потреба за заступањем пред судовима и другим органима јавне власти, као једна од најзначајнијих услуга, често је ургентна, будући да наручилац не може знати да

117 Вид. Пресуду у случају *C - 507/03*, став 21 – 29, 31 и 33. У овом случају Европска комисија је покренула поступак против Ирске због повреде одредби оснивачког уговора које су се односиле на повреду слободе настањивања и слободе пружања услуга у поступку набавке услуге из Анекса II Б. Иако по Директиви 1992/50 није постојала обавеза објављивања огласа, Комисија је сматрала да је постојао прекогранични интерес за набавку, те да су, имајући у виду праксу Суда правде, прекршени принципи слободе настањивања и пружања услуга. Суд је одбио захтев Комисије сматрајући да Комисија није доказала постојање прекограничног интереса за конкретну набавку.
Вид. Пресуду у случају *C - 226/09*. У овом случају Комисија је покренула поступак против Ирске због тога што је у поступку набавке услуге из Анекса II Б, наручилац након подношења понуда утврдио релативни значај елемената критеријума. То није дозвољено према члану 53. став 2. Директиве 2004/18. Међутим у складу са чланом 21„ постоји обавеза примене само члана 23. и 35. став 4. Директиве 2014/24. Ипак, Комисија је покушала да докаже да без обзира на непостојање обавезе примене члана 53. став 2, нису поштовани принципи транспарентности и једнаког третмана те да је повређена слобода пружања услуга, а све будући да је постојао прекогранични интерес за конкретним уговором. По мишљењу Комисије, чињенице да је позив за подношење понуда објављен у Службеном гласнику ЕУ и да су у поступку поднете три понуде понуђача који нису били из Ирске, доказивале су постојање прекограничног интереса. Суд је одбио захтев Комисије указујући да таква обавеза не постоји за неприоритетне услуге, те да Ирска није повредила принцип једнаког третмана тиме што није потенцијалне понуђаче обавестила о релативном значају елемента критеријума пре истека рока за подношење понуда, додајући да је наручилац у овом случају у позиву за подношење понуда навео више информација у односу на обавезу из директиве. Суд је навео и да то што није био утврђен релативни значај критеријума не ствара претпоставку да је редослед критеријума како је објављен, редослед од најважнијег према најмање важном критеријуму, како је иначе предвиђено чланом 53. став 2. подстав 3, нити да сви елементи критеријума имају једнак значај. Међутим, **Суд је усвојио други захтев Комисије којим је тражено да се потврди да измена релативног значаја елемента критеријума након отварања/прегледа понуда представља повреду принципа једнаког третмана и транспарентности.**

ли ће и када бити тужен или ће против њега бити покренут неки други поступак. У случају када се ради о поступцима пред страним судовима и другим органима, наручиоци су изложени додатним тешкоћама да ангажују адвокате. Треба рећи да ни ЗЈН/2008 успостављајући поступак јавне набавке мале вредности није тиме решавао овај проблем, већ се заправо у пракси све сводило на симуловање процедуре јавних набавки, често достављањем тзв. условних, односно услужних понуда.

Директива 2014/24 је један део правних услуга потпуно изузела од примене, док је други део задржан у Анкесу XIV, на које се примењују једноставнија правила, прописана чл. 74. до 77. те директиве, уколико је њихова вредност једнака или већа од 750.000 евра.

Чланом 10. став 1. тачка д) изузете су следеће правне услуге:

1) **заступање клијента од стране адвоката, при чему се у погледу значења појма адвокат, односно активности које предузима адвокат упућује на члан 1. Директиве Савета 77/249/ЕЕЗ, где су наведени називи адвоката у државама чланицама. То заступање може бити:**

   – у поступку арбитраже или споразумног решавања спора, у држави чланици, трећој земљи или пред међународном арбитражом или међународним телом за споразумно решавање спорова;

   – у судском поступку пред судовима, трибуналима[118] или органима јавне власти држава чланица или трећих држава или пред међународним судовима, трибуналима или институцијама.

118 Појам трибунал овде треба разумети као квазисудске органе. То би у нашем правном систему била регулаторна тела и независни органи, који одлучују у посебном управном поступку, као што су Републичка комисија, Комисија за заштиту конкуренције, Агенција за борбу против корупције и сл.

2) **правно саветовање које се даје током припреме за заступање у поступцима из тачке 1) или ако постоји конкретна назнака или велика вероватноћа да ће предмет на који се савет односи постати предмет тих поступака под условом да световање пружа адвокат у смислу Директиве Савета 77/249/ЕЕЗ;**

3) **овера и сертификовање докумената које морају пружити јавни бележници;**

4) **правне услуге које пружају законски заступници и постављени заступници или правне услуге других лица постављених од стране суда или трибунала у земљи чланици или лица која су законом одређена да спроводе одређене специфичне задатке под надзором суда или трибунала;**

5) **друге правне услуге које су у држави чланици, повезане, чак и повремено са вршењем јавних овлашћења.**

Први изузетак односи се на заступање клијента од стране адвоката у свим могућим правно регулисаним поступцима – у питању је класична адвокатска услуга. Изузетак из друге подтачке се односи на све врсте савета у току припреме за поступке из прве подтачке, након што је одређени судски или други поступак покренут, али обухвата и правне савете који се дају у тренутку када такав поступак још увек није покренут али је извесно да ће се то десити. Примера ради извесно је да ће наручилац бити тужен.

Трећи изузетак се односи на услуге јавних бележника.

Четврти изузетак се када је у питању наш правни систем може применити на законске заступнике, на стечајне и ликвидационе управнике, поверенике и заступнике капитала. Поред тога овај изузетак се може применити и на извршитеље, будући да су извршитељи законом одређени да под надзором суда спроводе извршење, с тим да у одређеним случајевима сам поверилац – наручилац одређује конкретног извршитеља док у другим случајевима (потраживања јавних комуналних предузећа) Комора извршитеља одређује конкретног изврши-

тељa.[119] Овде је важно нагласити да је став Републичке комисије да се ни важећи Закон не примењује на услуге које пружају извршитељи, иако њихове услуге нису посебно изузете као што је то случај са јавним бележницима. Републичка комисија је овакав став засновала на схватању да услуге извршења, тачније доношења решења о извршењу и спровођења решења о извршењу нису правне услуге из Прилога 1 Закона, већ да представљају јавна овлашћења.[120]

Пети изузетак у вези са правним услугама односи се на правне услуге које су наручиоцима неопходне за извршавање службених, односно јавних овлашћења. То на пример опет могу бити услуге извршитеља, на пример када одређено регулаторно тело изрекне новчану казну, извршење се може спровести преко извршитеља и без суда уколико је та одлука извршна и уколико је законом одређено да одлука тог тела има карактер извршне исправе.

Образложење за изузимање ових правних услуга дато је у рециталу 25) преамбуле Директиве 2014/24 где је наведено да одређене правне услуге најчешће пружају лица изабрана или постављена на начин који није могуће уредити правилима о набавкама.

Директива се при одабиру изузетка није користила ознакама из Општег речника набавки већ је те услуге дефинисала описно, а с друге стране у Анексу XIV су побројане све правне услуге из Општег речника набавке, осим једне, (што је био случај и у претходној директиви) [121], па ће се у пракси дешавати да се на правну услугу са истом ознаком из Општег речника набавке примењују два различита правна режима.

---

119 Вид. Правилник о садржини и начину подношења захтева извршног повериоца Комори извршитеља за одређивање надлежног извршитеља, садржини одговора Коморе извршитеља и начину достављања одговора Коморе извршитеља извршном повериоцу („Сл. гласник РС" бр. 7/2015).

120 Вид. Закључак Републичке комисије бр. 4-00-1166/2014 од 5.6.2014. године.

121 Анексом XIV нису обухваћене пословне услуге у вези са правом које у Општем речнику набавке носе ознаку 79000000 – 4.

Закључак је да нова директива познаје три врсте правних услуга:

1) **правне услуге из Анекса XIV чија је процењена вредност мања од 750.000 евра и на које се директива не примењује;**

2) **правне услуге како су описане у члану 10. тачки д), на које се директива не примењује без обзира на вредност;**

3) **правне услуге из Анекса XIV чија је процењена вредност једнака или већа од 750.000 евра и које се не могу подвести под изузетак из члана 10. тачке д), на које се примењују чл. 74 – 77. директиве.**

Имајући у виду да за наручиоце у Србији не постоји обавеза објављивања поступака јавних набавки на нивоу ЕУ, чак ни за набавке чија је процењена вредност једнака или већа европским праговима, али и да је гранична вредност од 750.000 евра за примену националних процедура јавних набавки, нарочито за правне услуге, изузетно висока, Директиву 2014/24 у вези са правним услугама би требало имплементирати на следећи начин:

- пренети у члан 7. Закона изузетак како је дефинисан у члану 10 тачки д) директиве;

- за правне услуге изнад одређене вредности (националног прага који би био знатно испод европског), а које се не могу подвести под изузетке, предвидети једноставнији поступак, попут поступка јавне набавке мале вредности;

Предлог одредбе:

Одредбе овог закона не примењују се на:

1) **набавку услуга заступања наручиоца од стране адвоката:**

(1) у поступку арбитраже или споразумног решавања спора у земљи и иностранству, као и пред међународном арбитражом или међународним телом за споразумно решавање спорова;

(2) у судском и другом поступку пред судовима и другим органима јавне власти у земљи и иностранству или пред међународним судовима, трибуналима или институцијама.

2) **набавку услуге саветовања од стране адвоката током припреме за заступање у поступцима из тачке 1) или ако постоји конкретна назнака или велика вероватноћа да ће предмет на који се саветовање односи постати предмет тих поступака;**

3) **набавку услуга овере од стране јавних бележника и судова;**

4) **именовање, односно избор:**

(1) стечајних и ликвидационих управника, повереника и заступника капитала, старатеља, законских заступника;

(2) лица која су законом одређена да врше одређене послове, односно лица које именује суд или други орган или лице које врши јавна овлашћења, а која те послове врше под надзором суда, органа односно лица које их је именовало;

5) набавку других правних услуга које су потребне за вршење јавних овлашћења;

2.5. Изузеци у вези са одређеним финансијским услугама и кредитима

Директива 2014/24 у тачки е), прописује, као и претходне директиве, изузетак који се односи на финансијске услуге повезане са издавањем, продајом, куповином или трансфером хартија од вредности или других финансијских инструмената, с тим да нова директива сада у погледу значења ових појмова упућује на Директиву 2004/39/ЕЗ. Поред услуга централне банке које су изузете претходном директивом, нова директива изузима и поступке који се предузимају са новооснованим телима ради решавања кризе у Еврозони – Европским финансијским стабилизационим фондом и Европским стабилизационим механизмом.

За разлику од Директиве 2004/18, нова директива више не наводи да се овај изузетак *посебно, нарочито односи на трансакције наручилаца за прикупљање новца или капитала*. Овај део одредбе био је унет у Директиву 2004/18, као нека врста компромиса због нејасноћа које је овај изузетак изазивао у пракси током примене Директиве 1992/50. Ипак, тај додатак није ни мало помогао да се нејасноће у вези с овим изузетком реше. Осим што **није било дилеме да су из директиве изузете куповина самих хартија од вредности и финансијских инструмената и финансијских услуга које их прате, у погледу свих других финансијских услуга било је много дилема и различитих начина имплементације ове одредбе у националне законе**.

С једне стране Португал је поступно искључио примену правила набавки на кредите, док се у Белгији и Пољској на све кредите изузев кредита којима се финансира буџет, примењује Директива 2004/18. Дебате су вођене и у Шпанији и Немачкој, па је тако Немачка заузела став да локалне власти нису обавезне да примењују правила јавних набавки приликом узимања кредита за финансирање буџета.[122]

---

122 *Tim Vermier and Marc Vermylen, International Financial Law Review,* преузето са *http://www.iflr.com/Article/1979718/Belgium.html, [30.5.2015.].*

Без обзира на веома крут став Европске комисије да су директивом обухваћене све финансијске услуге осим оних које су изричито искључене, пракса је ипак у готово свим земљама чланицама заузела становиште да су инструменти монетарне политике, управљање девизним резервама и остале услуге везане за трансакције хартијама од вредности и другим финансијским инструментима изузете из оквира директива, као и све врсте задуживања државе, укључујући узимање кредита ради финансирања буџета.

С друге стране, сви кредити у вези са финансирањем куповине или закупа непокретности, затим кредити који су везани за финансирање ванредних трошкова, одређених пројеката, посебно изградњу, затим кредити по основу дозвољеног прекорачења на текућем рачуну, кредити за финансирање уобичајених повремених трошкова, као и пласирање и држање депозита наручилаца потпадају под оквир директиве.

Током примене претходних директива у последњих двадесет година већина држава чланица и финансијских институција је указивала да су трошкови које поступак јавне набавке услуге кредита производи много већи од очекиваних уштеда које поступак треба да оствари. Указивано је на тешкоће приликом утврђивања процењене вредности те одређивања да ли је уговор испод европских граничних вредности, нарочиту у ситуацији када је каматна стопа променљива.[123]

У примени овог изузетка из Закона (који је донекле другачије дефинисан) углавном су се постављала питања у вези са различитим пратећим услугама које се тичу издавања хартија од вредности попут услуга правног консалтинга у вези са саветовањем и израдом одређених докумената (проспеката, уговора и сл.) ради издавања, емитовања

123 *Ibid.*

хартија од вредности (обвезница и акција).[124] Када се радило о било којој врсти финансијске услуге која је пратећа услуга уз главни посао – продаја, куповина или пренос финансијског инструмента, УЈН није имала дилему да су те услуге изузете, али је главни посао морао да буде једнократан у смислу појединачне трансакције. У једном случају поставило се питање да ли су изузете финансијске услуге у вези са закључивањем уговора о финансијском деривату (који је сам неспорно изузет) у циљу смањења валутног ризика, по већ издатим обвезницама. УЈН је дала мишљење да су услуге изузете али да се морају односити на појединачну трансакцију.[125] Иако Закон предвиђа да се ради о појединачним трансакцијама у овом случају сам уговор о свопу је појединачан и односи се на тачно одређени дуг (обвезнице из једне емисије) али се по том уговору врши више трансакција, што је и природа тог уговора, па би тумачење *stricto sensu* дела одредбе у *појединачним трансакцијама* довело до неостваривања сврхе овог изузетка. Иначе, УЈН је исправно поступала када је у погледу значења појединих појмова из овог изузетка упућивала на Закон о тржишту капитала („Сл. гласник РС“ бр. 31/2011) који је имплементирао Директиву 2004/39/ЕЗ, а на коју сада упућује нова директива.

Укупна вредност по овом основу изузетих финансијских услуга износила је у 2014. години 6.360.000 динара.

---

124 С тим у вези УЈН је дала два различита мишљења за истоврсне услуге. У мишљењу бр. 011-00-575/2014 од 04.07.2014. године, УЈН је заузела став да се услуге правног саветника (које су неопходне за продају хартија од вредности и које обухватају пружање помоћи у припреми и објави проспекта, пружање потребне помоћи у вези са листирањем хартија од вредности, давање савета у вези услова уговора, преглед, саветовање и преговарање везано за услове хартија од вредности) не могу подвести под финансијске услуге у вези са продајом хартија од вредности, док је у мишљењу бр. 011-00-971/2014 од 12.11.2014. године, под финансијске услуге подвела и следеће услуге саветника: израда правне анализе и пратећег извештаја, информационог меморандума, уговора о поверљивости, упутства понуђачима, критеријума за оцену понуда, нацрта уговора о куповини акција. У наведеном мишљењу УЈН је навела да је узимајући у обзир и „комплексност послова које обухвата услуга финансијског саветника“ мишљења да има основа за изузеће од примене.

125 Мишљење УЈН бр. 011-00-557/14 од 6.8.2014. године

Закључак је да не постоје препреке да се у потпуности имплементира одредба члана 10. став 1. тачка е) Директиве 2014/24, с тим да Закон треба да упути на домаћи Закон о тржишту капитала, и при том треба користити терминологију која је усаглашена с тим законом. Није потребно уносити део одредбе који се тиче фондова, односно механизама ЕУ намењених решавању финансијске кризе.

Очигледно уважавајући све ове аргументе и неспорне тешкоће у примени правила јавних набавки на поступак доделе уговора о кредиту, Директива 2014/24 чланом 10. тачком ф) у потпуности искључује из свог оквира уговоре о кредиту. Искључени су сви уговори о кредиту, укључујући кредите којима се финансира куповина или закуп непокретности, који су раније експлицитно били подведени под директиву. Кад се томе дода да више не постоји анекс који дефинише све финансијске услуге, јасно је да је обим овог изузетка веома широк, али с друге стране оставља се пракси да одговори на могуће дилеме. Једна од таквих је да ли су пратеће услуге у вези са уговором о кредиту, а које су неопходне за закључење, односно реализацију кредита, такође изузете.

Сматрамо да сви аргументи против примене правила набавки на уговоре о кредиту које су износиле државе чланице и финансијске институције важе и у случају Србије. Ипак, поставља се питање, имајући у виду слабу развијеност финансијских тржишта у Србији, али и лоша искуства у вези са управљањем јавним средствима, те велики износ јавних средстава који је изван консолидованог рачуна државе, да ли је време искључити примену Закона на све услуге кредита, посебно кредите којима се финансира куповина или закуп непокретности и кредите којима се финансирају тачно одређене услуге, радови и добра. Опет, и поред претходно изнетих аргумената, неспорно је да правила јавних набавки нису најприкладнија уопште за уговарање кредита, без обзира на намену кредита и вредност уговора, те је могуће и другим прописом уредити начин набавке ове услуге или на други начин контролисати трошење јавних средстава – зато су овде предложене две варијанте одредбе које је могуће унети у Закон, а аргументи који буду изнети током јавне расправе треба да укажу која је од ове две опције

целисходнија. Треба напоменути да се прихватањем опције А никако не доводи у питање усклађеност Закона са новом директивом, будући да је као што смо већ указали, увек могуће прописати правила у корист директиве.

Предлог одредбе:

Опција А

Одредбе овог закона не примењују се на:

1) набавку финансијских услуга у вези са издавањем, продајом, куповином или преносом хартија од вредности или других финансијских инструмената у смислу закона којим се уређује тржиште капитала, као и на услуге Народне банке Србије;

2) доделу уговора о кредиту, осим на доделу уговора о кредиту процењене вредности преко 25.000.000 динара којима се финансира стицање права на непокретностима, наменских уговора о кредиту којима се финансирају одређени пројекти, односно одређене набавке добара, услуга или радова.

Опција Б

Одредбе овог закона не примењују се на:

1) набавку финансијских услуга у вези са издавањем, продајом, куповином или преносом хартија од вредности или других финансијских инструмената у смислу закона којим се уређује тржиште капитала, као и на услуге Народне банке Србије;

2) доделу уговора о кредиту.

2.6. Изузетак у вези са уговорима о раду

Овај изузетка је у Директиви 2014/24 дефинисан на истоветан начин као и у претходним директивама – изузети су уговори о раду како би се дословно могао превести енглески израз *employment contracts*.

Закон је приликом дефинисања овог изузетка имао у виду одредбе Закона о раду („Сл. гласник РС“ бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014, даље у тексту: Закон о раду). Овим законом су прописане две врсте радног ангажовања: 1) радни однос који се заснива уговором о раду на одређено или неодређено време и 2) рад ван радног односа на основу уговора о привременим и повременим пословима, уговора о делу, уговора о стручном оспособљавању и усавршавању и уговора о допунском раду.[126] Тако је Закон чланом 7. тачком 12) од примене изузео поред уговора о раду и уговор о привременим и повременим пословима.

У примени Закона се највише питања постављало управо у вези са уговором о привременим и повременим пословима. Питања у вези са уговором о привременим и повременим пословима најчешће су била у вези са могућношћу закључења уговора са омладинским задругама, преко којих се најчешће ангажују студенти и друга незапослена лица старости до 30 година. **УЈН је у својим мишљењима заузела став да се изузетак може применити на задругу, али само када се она јавља у улози заступника својих чланова (када уговор закључује у име и за рачун задругара), али не и када се јавља у улози посредника или када закључује уговор за свој рачун.**[127] **С друге стране Републичка комисија је имала другачији став, сматрајући да то што омладинска задруга закључује уговор у име и за рачун задругара не значи да се тиме закључује уговор о обављању привремених и повремених послова у смислу Закона о раду, те да се на избор задруге и у тим случајевима**

126 У време доношења Закона, постојао је и уговор о заступању и посредовању али је брисан Законом о изменама и допунама Закона о раду из јула 2014. године.

127 Вид. Мишљење УЈН бр. 011-00-509/13 од 19.6.2014. године

мора примењивати поступак јавне набавке.[128] Сматрамо да је исправан став Републичке комисије те да не може бити од значаја у ком својству задруга закључује уговор, већ је за изузеће од примене Закона неопходно да сам члан задруге закључује уговор са послодавцем. То јасно произлази из члана 7. тачке 12) Закона као и из члана 198. Закона о раду.

Наручиоци су такође указивали на потешкоће у случају уговора о допунском раду и уговора о стручном оспособљавању. Наиме, иако ови уговори по слову закона представљају рад ван радног односа, заправо се ради о односу између послодавца и запосленог који је идентичан радном односу. Посебно у случају уговора о стручном оспособљавању где бројни прописи у појединим областима као услов за стицање одговарајућег знања предвиђају управо практично искуство (услов за полагање правосудног испита, за стицање лиценце у техничким наукама, специјализације у медицини и сл.). Такође, проблема је било и у вези са уговорима о делу, у одређеним областима, попут науке и образовања, када се ангажује одређени предавач. Заправо све ове тешкоће последица су ниског националног прага за примену Закона, а та мала гранична вредност је опет последица потпуне децентрализације набавки и великог броја наручилаца.

С друге стране, поједини експерти који су радили анализу Закона већ су указали да је и овако формулисан изузетак шире постављен него у директиви. Овакав став се не може прихватити јер се ради о уговорима који имају исту сврху и циљ као и уговор о раду (осим у случају уговора о делу), и готово увек се ради о уговорима који на годишњем нивоу не достижу европске граничне вредности.

Закључак је, имајући у виду све претходно наведено, да у постојећу дефиницију треба додати и уговор о допунском раду као и уговор о стручном оспособљавању и усавршавању, док у односу на уговор о делу и даље треба примењивати Закон, с тим

128 Вид. Решење Републичке комисије бр.4-00-848/2014 од 12.8.2014. године

што треба прописати да се у преговарачком поступку, за доделу одређених уговора о делу (ангажовање предавача, извођача и сл.) уместо достављања доказа даје изјава о испуњености услова.

Предлог одредбе:

1) Одредбе овог закона не примењују се на закључење уговора о раду и уговора о радном ангажовању ван радног односа у смислу закона којим се уређују радни односи, осим уговора о делу;

2.7. Изузеци из тачке x), и) и ј) Директиве 2014/24

Ова група изузетака односи се на услуге које су у Директиви 2004/18 биле третиране као неприоритетне услуге и све су биле подведене под тзв. друге услуге, изузев услуга хитне помоћи које су третиране као здравствене услуге.

Први изузетак из тачке x) односи се на услуге цивилне одбране и заштите, услуге цивилне превенције од опасности које се пружају од стране непрофитних организација или удружења, а које су покривене одређеним ознакама из општег речника набавке. То су услуге ватрогасних јединица и јединица за спасавање, противпожарне услуге, услуге превенције од пожара, противпожарне услуге за шуме, спасилачке услуге, као и услуге цивилне одбране, услуге нуклеарне безбедности и услуге хитне помоћи, осим услуга превоза пацијената санитетом које су сврстане у Анекс XIV. Разлог за изузимање ових услуга је наведен у тачки 28) преамбуле нове директиве, где се наводи да директива не треба да се примењује на одређене хитне услуге ако их пружају непрофитне организације или удружења будући да би било тешко задржати посебне карактеристике тих организација ако би се пружаоци тих услуга бирали у поступку јавне набавке, другим речима те организације би у условима опште конкуренције или биле приморане да постану профитне или би биле онемогућене да врше своју функцију у друштву.

Сам изузетак је настао и обликован је праксом Европског суда правде у неколико случајева од којих је један од последњих *C – 113/13, ANPAS vs. San Lorenzo*, у којем је суд изнео став да се не само у конкретном случају не примењује Директива 2004/18, већ и да директно уговарање хитне медицинске помоћи са организацијама које ту делатност не обављају ради стицања добити, не представља кршење слободе пружања услуга односно слободе настањивања, као и да не представља дискриминацију односно повреду принципа једнаког третмана. Све то под условом да се таквим организацијама надокнађују само трошкови које имају у вези са реализацијом тих услуга.[129] Суд је у пресуди истакао да треба водити рачуна да је циљ италијанског закона, којим је дата могућност јавној власти да између осталог и путем директног уговарања са недобитним организацијама организује у овом случају услуге хитне медицинске помоћи, заснован на принципима универзалности, добробити заједнице, економске ефикасности и одрживости, та да су ти циљеви узети у обзир у европском праву, подсећајући да право ЕУ не одузима државама чланицама овлашћење да организују пружање здравствених услуга на одређени начин.

Исти аргументи за изузимање постоје и за остале наведене услуге из тачке х), који су примењиви у зависности о којој држави чланици је реч. Ипак, у поменутој тачки 28) преамбуле директиве наводи се да изузетак из тачке х) не би требало проширивати изван онога што је неопходно, другим речима потребно је тумачити га *stricto sensu,* па се одмах као пример наводе услуге превоза пацијената, на које је потребно примењивати одредбе чл. 74. -76 Директиве 2014/24, будући да су ове услуге сврстане у оквиру амбулантних услуга, односно здравстве-

129 Овај случај се односи на хитну медицинску помоћ и везан је за Италију где је здравствена заштита организована и на начин да одређене услуге амбулантног лечења пружају организације и удружења попут Црвеног крста и организација Католичке цркве. Посебним законом у Италији и регијама уређен је овај начин пружања здравствених услуга, а са становишта основних принципа Оснивачких уговора најзначајнији су критеријуми на основу којих се утврђује накнада за пружене услуге, која мора да буде таква да представља искључиво накнаду трошкова, другим речима те организације не могу на основу директно додељених уговора остваривати било какву добит. У зависности од државе чланице и друге горе наведене (изузете) услуге се такође пружају од стране недобитних организација.

них услуга, а које су пописане у Анексу XIV. Очигледно да се кренуло од претпоставке да у случају ових услуга у неким случајевима може постојати прекогранични интерес, што је ипак додатна флексибилност јер су претходном директивом ове услуге имале статус приоритетне услуге из Анекса IIA.

Када је реч о Србији пружање ових услуга од стране недобитних организација није развијено у Србији.

Закључак је да овај изузетак неће бити од већег значаја за наручиоце у Србији, али да би се његовим уношењем подстакао овај вид организовања цивилне заштите у најширем смислу, а истовремено би се Закон додатно ускладио с директивом.

Када је реч о услугама превоза путника железницом, односно метроом, Уредба Европског парламента и Савета бр. 1370/2007 регулише јавни превоз путника железницом и друмом. Ова уредба предвиђа да се уговори о превозу путника железницом додељују у складу с том уредбом, а да се уговори о превозу путника аутобусом, трамвајем и метроом додељују у складу с директивама о јавним набавкама. Ипак, у рециталу 27) преамбуле нове директиве наводи се да би државе требало да обезбеде да се на доделу уговора о превозу путника железницом и метром примењују њихова општа правила набавки.

Закључак је да је овај изузетак потребно унети у Закон, али не из разлога наведених у преамбули директиве, већ пре свега зато што услуге превоза путника железницом у Србији, тренутно пружа искључиво а.д. „Железнице Србије“, па се поступком јавне набавке не може остварити његова сврха.

Последњи изузетак у овој групи односи се на поједине услуге која набављају политичке странке током изборне кампање. Иако у већини земаља политичке странке нису наручиоци, а финансирање европских политичких странака је регулисано другим прописима ЕУ, постоје земље чланице где се политичке странке могу подвести под дефиницију наручиоца – тело којим управља јавно право, па је због тога овај изузетак унет у нову директиву. Ипак, овај изузетак покрива само три ве-

ома ограничене услуге[130], које су при том врло сродне, па се поставља питање да ли су ови изузеци довољни ако је политичка странка заиста наручилац у некој од држава чланица.

Закључак је да, будући да се у Србији политичке странке не могу подвести под дефиницију наручиоца, овај изузетак није потребно уносити у Закон.

Предлог одредбе:

Одредбе овог закона не примењују се на:

1) набавку услуга цивилне одбране, цивилне заштите и услуга спречавања опасности, које пружају недобитне организације, односно удружења и то ватрогасне, спасилачке, против пожарне услуге, услуге превенције од пожара и шумске противпожарне услуге;

2) набавку услуга превоза путника железницом.

130 Услуге кампање и оглашавања; продукција пропагандног филма; продукција пропагандних видео снимака.

3. Изузетак у вези са уговорима о услугама који се додељују наручиоцима на основу искључивих права

Државе чланице могу доделити искључива права јавним предузећима и другим предузећима на основу члана 106. Уговора о функционисању ЕУ. У вези са применом овог члана оснивачког уговора било је много нејасноћа, а неке су се задржале до данас. Када је реч о секундарном законодавству у области набавки појам искључиво право се везује за неколико других веома важних појмова, као што су наручилац у комуналном сектору, наручилац у директиви која уређује доделу концесија, затим као услов за примену преговарачког поступка и као услов за примену изузетка из члана 11. Директиве 2014/24.

Изузетак је у поменутом члану нове директиве дефинисан на истоветан начин како је дефинисан и Директивом 2004/18 (чланом 18.). Овим изузетком је предвиђено да наручиоци не примењују директиву у случају када додељују уговор о услугама другом наручиоцу (или групи наручилаца) који је ималац искључивог права, а које наручилац има на основу закона, уредбе или прописа који је у складу са Уговором о функционисању ЕУ. Управо овај услов – да додела искључивог права наручиоцу мора бити у складу, пре свега са чланом 106. Уговора о функционисању ЕУ је место где настају дилеме. Другим речима, иако наручилац ужива искључиво право, које му је додељено законом, уредбом или другим прописом, неће бити испуњени услови за примену овог изузетка уколико су ови прописи, тачније уколико је сама додела искључивог права у супротности са Уговором о функционисању ЕУ. Наиме, без овог услова државе чланице би врло лако могле доделити искључиво право великом броју наручилаца али и другим лицима (која би доделом таквог права евентуално постали наручиоци) и тиме укинути конкуренцију у пружању одређених услуга и на националном нивоу

и на нивоу ЕУ. Члан 106. став 1. уговора о функционисању ЕУ предвиђа да *у случају доделе посебних и искључивих права јавним предузећима и другим предузећима*[131] *државе чланице неће донети нити одржавати на снази било које мере супротне правилима из оснивачких уговора, посебно правилима предвиђеним чланом 18. и чл. 101. до 109.* Чланом 18. предвиђена је забрана дискриминације на националној основи, док су чланом 101. до 109. прописана правила о заштити конкуренције и о државној помоћи.

У пракси Европског суда правде постоји неколико случајева који се тичу доделе искључивих права. У случају *C-203/08, Sporting Exchange Ltd vs.Minister van Justitie*, национални суд из Холандије поставио је неколико питања у вези са начином доделе искључивог прва организовања одређених игара на срећу. Прво питање је било да ли члан 49. Оснивачког уговора[132] који забрањује ограничавање слободе пружања услуга, треба тумачити тако да забрањује законодавству државе чланице да додели искључиво право да организује и промовише игре на срећу, уз истовремену забрану за било којег другог пружаоца услуга укључујући и оног из друге државе чланице да нуди те услуге путем интернета.[133] Суд је на ово питање јасно одговорио да члан 49. Оснивачког уговора не значи аутоматски забрану доделе искључивог права као што је право које је додељено у том конкретном случају.

Национални суд је даље поставио питање да ли пракса суда у вези са тумачењем члана 49. Оснивачког уговора и принципа једнаког третмана, те последично обавезе примене начела транспарентности у вези са доделом концесије услуга, примењива и на случај доделе искључивог права за организовање игара на срећу.

Суд је одговарајући на ово питање најпре појаснио праксу суда у вези са доделом концесија и указао:

---

131 Уговор о функционисању ЕУ користи израз *јавна предузећа*, односно предузећа али се свакако могућност доделе искључивих права односи и на установе.

132 Сада члан 56. Уговора о функционисању ЕУ.

133 Вид. став 22 пресуде у случају *C-203/08*.

- да се обавеза транспарентности примењује код концесија услуга које могу бити од прекограничног интереса;

- да обавеза обезбеђивања транспарентности не значи нужно упућивање позива за подношење понуда, али захтева одређени степен објављивања који омогућује да додела концесије буде отворена за конкуренцију и да постоји могућност ревизије поступка доделе;[134]

- да чињеница да издавање једне дозволе није исто што и додела концесије услуга, по себи не оправдава непримењивање захтева који проистичу из члана 49. Оснивачког уговора, посебно принципа једнаког третмана и транспарентности;

- **да се може прихватити да се обавеза транспарентности може схватити као предуслов да државе додели искључиво право неком лицу да обавља економску активност**, без обзира на метод избора тог лица, будући да је потенцијални прекогранични интерес за пружање услуге за коју се додељује (једна) дозвола исти као и у случају концесије услуга;

Суд је даље указао, да се мора узети да унапред **утврђена административна шема, чак иако дерогира фундаменталну слободу, мора бити заснована на објективним, недикриминаторним, унапред познатим критеријумима, а свако лице које је погођено таквим ограничењима мора имати право на правни лек. Суд наводи да треба разграничити штетне последице које би конкуренција у пружању конкретне услуге произвела и које оправдавају доделу искључивог права те даље забрану конкуренције, од конкуренције у поступку саме доделе дозволе за пружање те услуге.**

Међутим суд закључује да се одредбе члана 49. Оснивачког уговора морају тумачити тако да је приликом доделе искључивог права

134 Вид. став 62 пресуде у случају *C-324/98.*

неопходно примењивати принцип једнаког третмана који даље значи обавезу обезбеђивања транспарентности, **али да је ограничење слободе пружања услуга, чак и у фази саме доделе дозволе (искључивог права) може бити сматрано дозвољеним ако држава ту дозволу додељује јавном оператеру чије је пословање под директном контролом и надзором државе или приватном оператеру чије активности су предмет строге контроле јавне власти.**

Занимљиво је да је Суд заузео становиште да се искључиво право може доделити дискрециони чак и у случају када се ради о приватном предузећу ако су његове активности предмет строге контроле јавне власти. У том случају тешко је оправдати доделу искључивог права без примене принципа транспарентности, при чему суд није детаљније образложио овакав став.[135]

Дакле, овај случај нам показује да додела искључивог права мора бити оправдана или изричито наведеним условима из Оснивачких уговора као што је вршење јавне власти у области као што су јавна безбедност или јавно здравље, или како пракса Суда правде показује императивним захтевима јавног интереса, али и тада та ограничења која настају доделом искључивог права морају бити пропорционална интересима који се штите.

Директива 2014/24 уопште не садржи дефиницију искључивог права, док Директива 2004/18 иако такође не дефинише овај појам, чланом 3. предвиђа да су лица којима су додељена искључива или посебна права за вршење јавних услуга (а која нису тиме постали наручиоци) дужна да приликом набавке роба од трећих лица примењују принцип недискриминације. **Овде се пре свега мислило на концесије услуга изван комуналног сектора, које су иначе Директивом 2004/18 (чланом 17.) изузете од примене те директиве.** У складу са чланом 3. концесионар је дужан да омогући прекогранични промет при-

135 Ипак додела искључивог права приватном предузећу није од значаја за примену изузетка из члана 11. јер то предузеће није наручилац, а ако доделом тог прва постаје наручилац онда се примењује комунална директива или директива о концесијама, где овакав изузетак постоји али се опет примењује само на наручиоце из јавног сектора.

ликом спровођења сопствених набавки како се монопол са његовог тржишта не би прелио и на тржиште његових потенцијалних добављача. Ипак, спорно је зашто је та обавеза ограничена само на уговоре о испорукама.

За разлику од комуналне директиве где се под одређеним условима доделом искључивог права постаје наручилац, класична директива је за имаоце искључивих права у јавном сектору који нису наручиоци, предвидела само обавезу поштовања принципа недискриминације, док нова директива изричито не предвиђа ни ту обавезу.

Комуналне директиве и нова директива о концесијама (2004/17, 2014/23 и 2014/25) **дефинишу појам искључивих и посебних права, али пре свега *ratione personae*, у сврху дефиниције самог наручиоца у тим директивама.** Наиме, Директива 2004/17 је у рециталу 25) преамбуле предвидела да се не сматра искључивим или посебним, право које је додељено од стране државе у било којој форми, ограниченом броју субјеката, на бази објективних, пропорционалних и недискриминаторних критеријума који омогућавају сваком заинтересованом лицу које испуни те критеријуме да ужива та права. Последично ентитети којима су на овај начин додељена одређена права у комуналном сектору нису се могли подвести под наручиоце. Међутим нова комунална Директива 2014/25 као и Директива 2014/23 која уређује концесије не прописују да права додељена на овај начин нису искључива, односно посебна већ да додела тих права одређеним лицима на начин да се поштују ти принципи (с тим што су они овим директивама прецизирани и пооштрени), не доводи до претварања тих лица у наручиоце. Треба указати да је двострука сврха овог појма објашњена управо у рециталу 20) преамбулу Директиве 2014/25, где је објашњено да се у сврху дефинисања оквира директиве *ratione personae* не сматра искључивим правом, право које је додељено у поступку у којем је поштован принцип недискриминације и где је обезбеђена адекватна јавност, али да се концепт искључивог права користи и код дефинисања испуњености услова за примену преговарачког поступка, те да треба разликовати ова два контекста у којима се овај појам користи, **наводећи да то што је одређеном ентитету додељено право које**

га не чини наручиоцем, не значи да тај ентитет није једини који пружа одређене услуге на одређеној територији.[136]

Никако не би требало тумачити појам искључивог права у смислу члана 11. Директиве 2014/24 на начин како се користи за потребе дефиниције наручиоца у комуналној директиви, јер би то довело до супротних ефеката од оних који се желе постићи прописивањем овог изузетка. **Наиме, имајући у виду ставове Суда правде у вези са поштовањем принципа недискриминације, једнаког третмана и транспарентности, свако непоштовање ових принципа приликом доделе искључивог прва може довести у питање и могућност примене овог изузетка.** Зато је примена овог изузетка увек мање спорна ако је искључиво право управо додељено у поступку у којем су поштовани ови принципи, док дискрециона додела увек може довести до спора око усклађености акта којим је додељено то право са Оснивачким уговорима. **Дакле, за примену овог изузетка искључивим правом се сматра и оно право које се не сматра искључивим за потребе комуналне директиве, дакле и оно право које је додељено у транспарентном поступку, на основу објективних критеријума.**

Иначе, **ако искључиво право постоји *de facto*, које није засновано на објављеном административном акту јавне власти, онда би могли бити испуњени услови за примену преговарачког поступка без објављивања јавног позива, али не и овог изузетка.**

Када је реч о Закону, овај изузетак је шире одређен у односу на изузетак из Директиве 2004/24 и Директиве 2004/18. Најпре, изузетак из члана 7. тачке 1) Закона се односи на делатности, а не на услуге како је у директивама прописано, па тако може да обухвати било коју делатност, те да се примењује и на набавку роба и извођење радова. Друго, будући да Србија није чланица ЕУ, не постоји обавеза у

136 Треба имати у виду да се приликом дефинисања овог појма за сврхе неких других директива није правила разлика у односу на начин на који је ово право додељено већ је било важно да је то право додељено административним актом и да се односи на одређено географско подручје. Види члан 2. тачку ф) Директиве 2006/111/ЕК.

погледу усаглашености акта којим је додељено искључиво право са Оснивачким уговорима. С друге стране, приликом дефинисања појма искључиво право Закон се није везао искључиво за прописе већ је предвидео да се искључиво право може доделити или чак може посредно произилазити из уговора или споразума.[137] Ипак, овде треба имати у виду да је овај део пре свега везан за дефиницију наручиоца из члана 117. тачке 2), те да циљним тумачењем не би требало прихватити уговор или споразум као основ за изузетак из члана 7. тачка 1), где се иначе искључиво право додељује лицима која у тренутку доделе тог права већ имају статус наручиоца.

Непостојање оваквог ограничења у пракси су пре свега користиле локалне самоуправе да предузећима и установама чији су оснивачи додељују искључива права за обављање различитих делатности, не само у комуналном него и у класичном сектору. **Локалне власти су додељивале искључива права за обављање и оних делатности за које је иначе у тренутку додељивања тог права постојала конкуренција.**[138] Акти којима су додељивана ова права често нису прецизирала које то набавке обухвата делатност, чије обављање је додељено као искључиво право, тј. које се набавке могу изузети на основу члана 7. тачке 1) Закона. Укупна вредност набавки изузетих по овом основу за 2014. годину износи 17,5 милијарди динара, док је додељено 31.995 уговора, што говори о значају овог изузетка и учесталости његове примене.

Иако не постоји обавеза примене Оснивачких уговора, јавне власти треба да приликом одлучивања о додели искључивог права и последично ограничењу конкуренције на одређеном подручју, **воде рачуна о принципима који су утврђени тим уговорима, тако да их тумаче и примењују на националном нивоу**. **Дакле принцип неди-**

137 Додела искључивог права пружања одређених услуга на основу споразума или уговора је заправо додела концесије услуга, под условом да концесионар сноси оперативни ризик искоришћавања концесије. Према пракси Суда правде ако приватни партнер не преузима тај ризик или већи део тог ризика онда је реч о дугорочном уговору о јавној набавци услуга.

138 Вид. Мишљење УЈН бр. 011-00-509/14 од 25.8.2014. године

скриминације, једнакости (прописивање објективних критеријума) и транспарентности, треба да се примењује на националном нивоу. Такође, мора постојати јавни интерес који се штити ограничењем конкуренције у области заштите јавног здравља, безбедности или у оквиру других јавних политика. При том, сам обим искључивог права као и обим транспарентности приликом његове доделе, тачније ниво дискреције јавне власти приликом доделе тог права мора бити у сразмери са интересом који се штити.

На крају треба нагласити да је потребно разликовати доделу искључивог права и последично примену овог изузетка у односу на право наручиоца да сам организује обављање одређених делатности ради испуњавања јавних циљева који су у његовој надлежности или због којих је основан, преко сопствене компаније или у сарадњи са другим наручиоцима, а не избором компаније на тржишту, што је следећи изузетак којим ћемо се бавити у овој анализи.

Закључак је да будући да Србија није чланица ЕУ, није неопходно да акти којима се додељује искључиво право формално буду у сагласности са Оснивачким уговорима, на начин како се то захтева од држава чланица, али је неопходно да наручиоци, односно јавне власти у Србији приликом доделе искључивих права суштински примењују принципе из Оснивачких уговора, на начин како је њихова примена прецизирана у пракси Суда правде. Потреба за тим постоји и због досадашње праксе, пре свега локалних власти да додељују искључива права у различитим областима, често и у оним који су традиционално резервисани за приватан сектор и у којима већ постоји конкуренција на тржишту. **Због тога би требало предвидети да се убудуће искључиво право од стране локалне власти може доделити уз претходну сагласност Владе, која би приликом оцене оправданости доделе тог права управо требало да се руководи наведеним принципима, јавним интересом и јавним политикама. Влада би на исти начин требало да поступа и када сама додељује искључива права.** Осим тога, изузетак је потребно сузити тако да се односи искључиво на услуге.

Предлог одредбе:

Одредбе овог закона не примењују се на набавку услуга које пружа наручилац или група наручилаца на основу искључивог права, које им је додељено на основу закона, уредбе или другог прописа.

Пре доделе искључивог права из става 1. овог члана локалне власти су дужне да добију сагласност Владе.

При давању сагласности из става 2. овог члана Влада нарочито цени јавни интерес који се штити доделом тог права, начин доделе тог права, оправданост доделе у смислу утврђених јавних политика и ефикасности у трошењу јавних средстава, постојање и обим конкуренције на тржишту тих услуга, као и величину географског подручја на којем се то право успоставља.

Приликом доделе искључивих права од стране државе, Влада сходно примењује одредбу става 3. овог члана.

4. Изузетак у вези са вертикалном и хоризонталном сарадњом наручилаца

Суд правде је током више од петнаест година праксе јасно заузео став да наручилац има право да поверене задатке од јавног интереса извршава користећи сопствене административне, техничке и остале ресурсе без обавезе да позива спољне ентитете.[139]

Тако одредбе члана 12. Директиве 2014/24 представљају једну од највећих новина ове директиве којима је озакоњена богата пракса Суда правде у вези са вертикалном (институционалном) и хоризонталном сарадњом наручилаца у спровођењу набавки, а која је настајала од чувеног случаја *Teckal*.[140]

---

139 Вид. став 48 пресуде у случају *C-26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH vs. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna.*

140 *C - 107/98, Teckal Srl vs. Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia.* У овом чувеном случају општина Viano је доделила уговор о испоруци горива, који је у себи обухватао и услуге грејања, специјалном предузећу *AGAC*, који је представљао конзорцијум више општина (укључујући и општину Viano) са својством правног лица, у складу са италијанским законом. Приватна компанија *Teckal* је оспорила пред судом доделу уговора због тога што није спроведен поступак јавне набавке. Општина Вијано је покушала да уговор представи ако уговор о услугама, и да га подведе под изузетак из члана 6. Директиве 1992/50 (кад је пружалац услуге наручилац који је носилац искључивих права). Суд је уговор најпре квалификовао као уговор о испоруци добара, а затим је у ставу 50. пресуде протумачио појам уговора о услугама из члана 1(а) Директиве 1993/36: *У том смислу у складу са чланом 1(а) Директиве 93/36, у принципу је довољно да је уговор закључен између с једне стране локалне власти и с друге стране лица правно одвојеног од те власти.* ***Ситуација може бити другачија само у случају где локална власт врши над тим лицем контролу која је слична контроли коју врши над својим организационим јединицама и истовремено то лице суштински део својих активности спроводи са локалном влашћу или локалним властима.***

Прва три става овог члана, уређују институционалну сарадњу *(in house entity)*, док је ставом 4. прописана хоризонтална сарадња наручилаца без успостављања заједничког, посебног правног лица.

Ставом 1. је предвиђено да се на доделу јавних уговора правном лицу чије пословање уређује јавно или приватно право, не примењује директива ако су кумулативно испуњени следећи услови:

а) да наручилац врши над правним лицем којем се додељује уговор контролу која је слична контроли коју има над сопственим организационим јединицама;

б) да се више од 80% активности, контролисаног правног лица којем се додељује уговор, односи на извршавање задатка поверених од стране контролног наручиоца или од стране других правних лица контролисаних од стране контролног наручиоца;

в) да не постоји директно учешће приватног капитала у контролисаном правном лицу уз изузетак неконтролних и неблокирајућих форми учешћа приватног капитала, а које се захтева на основу одредби националних закона, које су у складу са Оснивачким уговорима, и на основу којег се не врши одлучујући утицај на контролисано правно лице.

Ови критеријуми понављају се и у ставу 3. овог члана, где је прописана и могућност институционалне сарадње више наручилаца преко заједничког *in house* ентитета, па је целисходно анализирати их заједно.

У овим одредбама налазе се прописана два основна критеријума за изузеће од примене директиве у случају доделе уговора *in house* правном лицу – ентитету, која су формулисана у случају *Teckal*. Први критеријум је да наручилац који додељује уговор мора вршити над ентитетом којем додељује уговор контролу, која је слична контроли коју врши над својим (унутрашњим) организационим јединицама. Други критеријум је да је суштински део пословања контролисаног правног лица којем се додељује конкретан уговор, усмерен према контролном наручиоцу или наручиоцима (ако више наручилаца контролише *in house*

ентитет). Оба ова критеријума су прецизирана чланом 12. Директиве 2014/24, при том су нека прецизирања новина и у односу на постојећу праксу Суда правде.

Поред ова два основна, прецизирана *Teckal* критеријума, тачком в) је прописан и трећи критеријум – дозвољени облик учешћа приватног капитала у контролисаном ентитету.

Ставом 1. подставом 2. је прецизирана је тачка а) - шта се сматра контролом сличној контроли коју наручилац има над својим организационим јединицама. Прецизирано је да **таква контрола постоји ако контролни наручилац врши одлучујући утицај над стратешким циљевима и значајним одлукама контролисаног ентитета.** Ово прецизирање је преузето из пресуде у случају *Parking Brixen*.[141] У том конкретном случају Суд правде је утврдио да не постоји такав облик контроле, и поред тога што је контролни наручилац постављао већину чланова управног одбора, зато што је према статуту контролисане компаније (акционарског друштва) управни одбор имао веома широка овлашћења и могао је да доноси све одлуке у вези са остваривањем циљева компаније без претходне сагласности скупштине акционара, што показује да је компанија имала широку независност у односу на акционаре.

Подставом 2. предвиђено је да **наручилац може вршити контролу над *in house* ентитетом и посредно, преко другог правног лица, које је на исти начин контролисано од стране наручиоца.** Дакле, стратешки циљеви и значајне одлуке посредника у контроли морају бити под одлучујућим утицајем наручиоца, а *in house* ентитет мора бити под таквом контролом посредника. Овде је потребно поменути случај *Carbotermo*[142],где је Суд правде нашао да нису испуњени услови за доделу уговора *in house* ентитету зато што посредна контрола која је вршана од стране наручиоца над правним лицем – посредником, као ни контрола која је вршена од стране тог посредника над *in house*

141 *C - 458/03, Parking Brixen GmbH vs. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG.*
142 *C-340/04, Carbotermo SpA, Consorzio Alisei vs. Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA.*

ентитетом не испуњава услове из првог *Teckal* критеријума. **Ти услови нису били испуњени не због постојања посредника у односу између наручиоца и контролисаног ентитета, већ због независности ових компанија (акционарских друштава) и поред тога што је учешће наручиоца у правном лицу – посреднику (холдинг компанија) било 99,98%, а холдинг је над контролисаним ентитетом имао 100% власништво.** Другим речима, у овом случају и да није било холдинг компаније као посредника, не би био испуњен услов у погледу контроле.

Како смо претходно навели, став 3. регулише ситуацију у којој постоји контрола над контролисаним правним лицем од стране више наручилаца. **Суд правде је критеријум контроле проширио на контролу од стране више наручилаца у случају *Coditel***[143], где је додељиван уговор о концесији услуга, који је иначе био изузет од примене Директиве 2004/18 на основу члана 17. те директиве. Ипак, питање примене *in house* изузетка се поставило у односу на Оснивачки уговор – слободу настањивања и слободу пружања услуга, те принцип недискриминације, једнаког третмана и транспарентности. **Суд правде је у овом случају недвосмислено заузео став да је први критеријум могуће испунити и када контролу врши више наручилаца заједно.** Суд је узео у обзир **да у таквој ситуацији појединачна контрола од стране сваког наручиоца не може бити једнака контроли која постоји у ситуацији када само један наручилац контролише *in house* ентитет, па је прецизирао да је први *Teckal* критеријум испуњен и када је та контрола ефективна али није нужно да се спроводи појединачно од стране сваког наручиоца посебно.**[144] Занимљиво је да је у овом случају суд посебно узео у обзир правну форму контролисаног правног лица, тачније указао је да *in house* ентитет (у овом случају концесионар), није акционарско друштво које је способно да остварује циљеве компаније независно од акционара, већ међуопштинско друштво које је основано у складу са законом којим се уређује та форма друштва. Дакле, из овог случаја као и

143 *C-324/07, Coditel Brabant SA vs. Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale.*
144 Став 46 пресуде у случају C-324/07.

из случаја *Parking Brixen* и *Carbotermo*, **произилази да правна форма контролисаног правног лица може да створи значајну претпоставку у погледу степена контроле који постоји над тим лицем.**

У случају *Tragsa*[145] 99% основног капитала истоимене државне компаније је било у власништву шпанске државе (директно и преко холдинг компаније и гарантног фонда), док је преосталих 1% било у власништву четири аутономне заједнице. **Суд правде је ипак нашао да је први критеријум испуњен и у односу на аутономне заједнице које су контролисале само 1% удела компаније,** иако је једна од страна у спору управо тврдила да је *Tragsa* треће лице у односу на аутономне заједнице, те да је први критеријум испуњен само у односу на шпанску државу. Суд је свој став засновао на националним прописима где је предвиђено да *Tragsa* обавезна да извршава налоге државе и аутономних заједница, да *Tragsa* као њихов технички сервис није овлашћена да одређује тарифу за своје услуге, те да њен однос са овим властима није уговорни однос.[146]

Иако, је у случају *Coditel* суд прихватио да у случају заједничке контроле није могуће захтевати да сви контролни наручиоци појединачно врше контролу на начин како предвиђа први *Teckal* критеријум, суд је то схватање прецизирао и сузио у случају *Econord*.[147] У овом случају суд је указао да се заједничка контрола ипак не може заснивати само на контроли од стране наручиоца са већинским учешћем, док при том остали наручиоци немају ни најмању могућност учешћа у контроли *in house* ентитета, уочивши да би у супротном чисто формално учешће у таквом ентитету или заједничким органима управљања довело до искључења примене европских правила, иако не постоји *слична контрола* из првог *Teckal* критеријума.[148] **Тако је суд закључио да је критеријум (заједничке) контроле**

145 *C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) vs. Transformación Agraria SA (Tragsa), Administración del Estado.*
146 Ст. 60. и 61. пресуде у случају *C-295/05.*
147 *Econord SpA vs. Comune di Cagno (C 182/11), Comune di Varese, Comune di Solbiate (C 183/11), Comune di Varese.*
148 Вид. ст. 30 и 31 пресуде *C-182/11, C-183/11.*

испуњен ако наручиоци нису само власници одређеног капитала контролисаног ентитета већ имају и одређени утицај у његовим органима управљања.[149]

Директива 2014/24 је у ставу 3, подставу 2. прецизирала услове под којима се сматра да постоји заједничка контрола. Најпре, **у органима управљања контролисаног правног лица морају бити представници свих наручилаца, с тим да једно лице може бити представник неколико или свих наручилаца. Други услов је да су наручиоци способни да врше одлучујући утицај над стратешким циљевима и значајним одлукама контролисаног правног лица. Трећи услов је да контролисани ентитет не остварује било који интерес који је супротан интересима контролних наручилаца.** Први услов највише подсећа на закључак из случаја *Econord*, док је други услов став суда заузет у случају *Parking Brixen.* Трећи услов је веома сличан ставу Суда правде у случају *Coditel.*[150]

Други *Teckal* критеријум предвиђа да кључни део активности контролисаног ентитета мора бити усмерен према контролном наручиоцу. Овај појам *кључни део активности* је даље прецизиран кроз претходно поменуте случајеве у пресудама Суда правде. **У случају *Carbotermo*, суд је најпре навео да је други *Teckal* критеријум испуњен ако су активности контролисаног ентитета посвећене првенствено контролном наручиоцу, а остале активности су од маргиналног значаја**, а да би се то утврдило потребно је узети у обзир квалитативне и квантитативне показатеље. У том смислу суд сматра да је потребно узети у обзир приход који се остварује на основу одлуке о додели уговора од стране контролног наручиоца укључујући и приход који се остварује од крајњих корисника, а који је последица примене те одлуке, односно тог уговора. Активности које се морају узети у обзир су све активности у вези са додељеним уговором без обзира да ли су усмерене на наручиоца или крајње кориснике, као и без обзира на територију. Такође, без значаја за ову процену је, ко плаћа те услуге наручилац или

149 *Ibid*, став 33.
150 Вид. став 38 пресуде у случају *C-324/07*

крајњи корисници. **У случају заједничке контроле услов у погледу *кључног дела активности* може бити испуњен и ако кључни део својих активности контролисани ентитет врши у односу на све контролне наручиоце заједно, укупно.**[151]

У случају *Tragsa*, више од 55% активности овог ентитета је било усмерено према четири аутономне заједнице, док је скоро 35% било везано за државу. Суд је зато закључио да постоји кључни део активности (око 90%) које су усмерене према контролним наручиоцима.[152]

Услов у погледу другог критеријума је прописан ставом 1. тачком б), на начин да је потребно да више од 80% активности *in house* ентитета одлази на извршавање задатка поверених од стране контролног наручиоца или од стране других правних лица контролисаних од стране контролног наручиоца. Исто важи и у случају заједничке контроле што је дефинисано ставом 3. тачком б) – потребно је да су активности усмерене на извршавање задатака поверених од стране контролних наручилаца или правних лица контролисаних од тих наручилаца. Дакле, најпре се уочава да **је *кључни део активности* квантитативно прецизиран на више од 80%.** Иако је Суд правде у случају *Carbotermo* одбио да прихвати да више од 80% активности значи кључни део активности[153], очигледно да је овај проценат ипак преовладао што је значајно ниже у односу на проценат из случаја *Tragsa*, као и у односу на првобитни нацрт директиве.

Ставом 5. је одређено шта се узима у обзир приликом утврђивања процента активности контролисаног ентитета. **Поред просечног укупног прихода за период од последње три године, алтернативно се може користити, примера ради, трошкови које је релевантни наручилац или правно лице имало у вези са уговором о набавци.** Поставља се питање да ли се мисли на приход, односно

151 Вид. ст. 63 до 68 и 70 пресуде у случају *C-340/04*.
152 Вид. став 63 пресуде у случају *C-295/05*.
153 Суд је одбио да аналогијом примени одредбу члана 13. Директиве 93/38 која се односила на *in house* изузећа наручилаца из комуналног сектора - вид. став 55 пресуде у случају *C-340/04*.

трошкове контролисаног ентитета или контролног наручиоца/наручилаца. Ако се мислило на трошкове контролисаног ентитета, вероватно би био употребљен тај израз будући да се у другим одредбама члана 12. такав израз користи. Такође у делу става 5. где се регулише ситуација у случају да такви подаци нису познати за период од три године, помињу се искључиво *релевантни наручилац* и *релевантно правно лице*. Претпостављамо да је европски законодавац хтео да овим појмом обухвати сва лица која могу бити у различитом односу вертикалне или хоризонталне сарадње како би државе чланице могле применити одговарајућа правила својих рачуноводствених и других релевантних прописа.

Ставом 5. прецизирано је и да ће се у случају отпочињања активности или реорганизације, када релевантни подаци у вези са приходима или трошковима за последње три године не постоје, узети у обзир пословне пројекције.[154]

У вези са тачком б) из става 1. и става 3. поставља се и питање облика контроле наручиоца над правним лицем - посредником у односу на кога контролисани ентитет може вршити део укупних *кључних активности*. Да ли та контрола мора испуњавати услов из првог *Teckal* критеријума? Ставом 1. подставом 2. у последњој реченици, одређено је да у случају посредне контроле, над посредником мора постојати контрола која испуњава услов из првог *Teckal* критеријума. Ако то правило важи у односу на контролу, онда би се могло прихватити и у односу на *кључни део активности*, па би одговор био да правно лице – посредник у односу на које контролисани ентитет врши део активности мора бити под одговарајућом контролом од стране контролног наручиоца која испуњава први *Teckal* критеријум.[155]

Трећи критеријум за институционалну сарадњу наручилаца, прописан тачком ц) у ставу 1. и 3., је дозвољена форма учешћа приватног капитала у капиталу контролисаног правног лица. **Суд правде је, на-**

154 Вид. став 5. члана 12. Директиве 2014/24.

155 Овде се може поставити питање шта је са осталим критеријумима, *кључни део активности и учешће приватног капитала.*

против, искључивао било коју форму учешће приватног капитала у контролисаном ентитету, јер је сматрао да било који облик учешћа приватног капитала доводи до тога да се први *Teckal* критеријум не може сматрати испуњеним. То је био случај чак и када је наручилац способан да доноси све одлуке, без обзира на приватног власника.[156]

У случају *Stadt Halle* Суд је сматрао да је однос између наручиоца и његових организационих јединица руковођен обзирима и захтевима који одговарају остваривању циљева у јавном интересу. Супротно, било која инвестиција приватног капитала у једно предузеће прати разлоге који су одговарајући приватном интересу и остваривању циљева другачије врсте.[157]

У случају *Sea*[158] суд је позивајући се на пресуду у случају *Stadt Halle* констатовао да се као опште правило приликом одлучивања да ли постоји учешће приватног капитала у *in house* компанији мора узети у обзир тренутак доделе уговора. Суд је ипак додао да треба узети у обзир чињеницу да ли у тренутку доделе уговора компанији која је у потпуном власништву наручиоца постоји национални пропис који предвиђа обавезно отварање те компаније у кратком року у односу на остале изворе капитала. Суд је даље подсетио, позивајући се на пресуду у случају *C -29/04*, да изузетно посебне околности могу захтевати да се узму у обзир догађаји након доделе уговора. То је случај када се акције компаније којој је додељен уговор које су све биле у власништву наручиоца пренете приватном предузећу, ускоро након доделе уговора, а све у циљу изигравања правила заједнице. Суд закључује у вези овог критеријума, да проста чињеница да приватна лица могу стећи капитал у компанији није довољна да подржи закључак да критеријум у вези контроле није испуњен.[159]

---

156 *Commission Staff Working Paper concerning the application of EU public procurement lawto relations between contracting authorities (public – public cooperation), Brussels, 2011, 3.2.1, p.7.*

157 Став 50 пресуде у случају *C-26/03.*

158 *C 573/07, Sea Srl vs Comune di Ponte Nossa.*

159 Ст. 47, 48 и 51 пресуде у случају *C - 573/07.*

Чиста теоријска могућност приватног учешћа у капиталу једног *in house* ентитета по себи не подрива постојање *in house* односа између наручиоца и његове компаније.[160]

У сваком случају иако Суд правде ни у једном случају није дозволио учешће приватног капитала у *in house* ентитету у време доделе јавног уговора[161], **директива је јасна да је учешће приватног капитала могуће када је такво учешће предвиђено националним прописима који су у складу са Оснивачким уговорима, под условом да је то учешће ниже од контролног, без права вета у доношењу одлука и да не врши одлучујући утицај на контролисано правно лице**.[162]

Додела уговора у супротном правцу – додела контролном наручиоцу од стране контролисаног наручиоца, иако није разматрана у судској пракси, изричито је дозвољена ставом 2. члана 12.[163] Европска комисија је заузела исти став у Радном документу који се односи на примену права о јавним набавкама ЕУ на односе између наручилаца из 2011. године (даље у тексту: Радни документ).[164] Ипак, сама формулација овог изузетка у директиви је непрецизна, јер доводи у сумњу да ли однос између контролног наручиоца којем се додељује уговор и контролисаног наручиоца који додељује уговор треба да буде исти као у ставу 1. у смислу испуњености сва три критеријума из тог

---

160 *Commission Staff Working Paper concerning the application of EU public procurement lawto relations between contracting authorities (public – public cooperation), Brussels, 2011, 3.2.1, p.8.*

161 Треба поменути да је у случају C-196/08 Суд правде заузео становиште да је могуће спровести једну процедуру за избор приватног партнера код институционалног јавно – приватног партнерства и за доделу уговора о концесији том партнеру. Међутим таква додела уговора о концесији компанији са приватним учешћем не заснива се на *in house* изузетку нити на разлозима који су везани за тај изузетак.

162 Вид. члан 12. став 1. тачку ц) Директиве 2014/24.

163 Члан 12. став 2. Директиве 2014/24: *Став 1. се такође примењује када контролисано правно лице које је наручилац додељује уговор свом контролном наручиоцу или другом правном лицу контролисаном од стране тог наручиоца, уз услов да нема директног учешћа приватног капитала у капиталу правног лица којем се додељује уговор, осим када је законом предвиђена обавеза учешћа приватног капитала, који нема функцију блокирања или контроле и којим се не врши одлучујући утицај на контролисано правно лице.*

164 *Commission Staff Working Paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities (public – public cooperation), Brussels, 2011, 3.2.4, p.12.*

става (контрола, проценат активности и учешће приватног капитала). Када је реч о контроли свакако да се мора узети да исти облик контроле мора постојати имајући у виду сврху овог изузетка. У погледу активности ако се и узме да и овај критеријум мора бити испуњен да ли то значи да се испуњеност овог критеријума цени у истом смеру – 80% активности контролисаног субјекта мора бити усмерено према контролном наручиоцу или је потребно ценити испуњеност овог услова у супротном смеру. Најзад, ако је потребно да буду испуњени сви услови због чега је издвојен трећи критеријум посебно, с тим да се он односи на правно лице (које може, али не мора бити наручилац) којем се додељује уговор. **Наш закључак у овом случају је да контролисани наручилац који додељује уговор мора бити *in house* ентитет који испуњава сва три критеријума из става 1, с тим да наручилац којем се додељује уговор или његово правно лице морају испуњавати услов у погледу ограничења учешћа приватног капитала.**

У случају доделе уговора другом правном лицу које је контролисано од стране наручиоца поставља се питање облика контроле, да ли је то исти облик контроле који постоји у односу на *in house* ентитет. **Сматрамо да оба лица и оно које додељује уговор и лице којем се додељује уговор морају бити контролисана на исти начин с тим да између њих директно не мора постојати било који облик контроле.** Наиме, овај изузетак би могао формално бити у складу и са постојећом *in house* судском праксом, на пример ако наручилац који има два *in house* ентитета чији је власник и које контролише наручује одређена добра од једне *in house* компаније и директно испоручује другој.[165] Ово су само неке од нејасноћа које ће се сигурно јавити као спорне у пракси.

Поред *in house* изузетка Суд правде је, у пресуди у случају *Hamburg* прихватио јавно – јавну сарадњу и изван концепта коришћења заједнички контролисаног *in house* ентитета.[166] У том

165 *Ibid, p.12.*
166 *Ibid, 3.3.1, p.12.*

случају[167] четири општине у Доњој саксонији закључиле су уговор са Одељењем за чишћење Града Хамбурга ради спаљивања њиховог отпада у новом постројењу којим управља оператор - компанија са јавно - приватним капиталом. Уговором је било предвиђено да четири округа спаљују одређене количине отпада у постројењу, а да заузврат омогуће Граду Хамбургу коришћење њихових депонија. Уговор је закључен директно, на период од двадесет година. Европска комисија је сматрала да је Немачка занемарила одређене одредбе Директиве 1992/50 па је покренула поступак пред Судом правде, тврдећи да у овом случају нису испуњени услови за примену изузетка који се односи на сарадњу наручилаца преко трећег правног лица које заједнички контролишу. Суд је ипак одбио аргументе Европске комисије и проширио изузетак и на неинституционалну сарадњу наручилаца. **Суд је сматрао, имајући у виду да су општине делегирале пружање јавних услуга заједници општина чији је искључиви циљ да пружа наведене услуге тим општинама, да би правно било могуће да се такав споразум закључи без спровођења поступка јавне набавке, будући да упркос аутономним аспектима управљања у тој заједници, може се сматрати да чланице заједнице врше заједничку контролу над њом.**[168] Мора се узети у обзир да се у случају конкретног уговора успоставља сарадња између локалних власти чији је циљ да се осигура да се јавни задатак, које оне морају да изврше, конкретно одлагање отпада, и спроводи.[169] Тај уговор је закључен искључиво између јавних власти без учешћа било које приватне стране и не предвиђа доделу било ког уговора који би био неопходан у смислу конструкције и рада постројења за третирање отпада.[170]

Суд је такође у пресуди указао да не постоје финансијске трансакције између уговорних страна, иако постоје узајамна права и обавезе. Такође, суд се позивао и на дотадашњу праксу у случају *Coditel,* подсећајући да наручилац има могућност да извршава обавезе које су му додељене у вези са јавним интересом, користећи

167 *C 480/06, Commission of the European Communities vc. Federal Republic of Germany.*
168 Став 35 пресуде у случају C 480/06.
169 *Ibid*, став 37.
170 *Ibid*, став 44.

сопствене административне, техничке и друге ресурсе без обавезе да позива спољне ентитете који нису део његове организационе структуре, те да то може радити и у сарадњи с другим наручиоцима. **Суд је такође указао да право Заједнице не захтева од јавних власти да користе било коју одређену правну форму у намери да заједнички извршавају обавезе у вези са јавним услугама.**

Ипак, може се закључити да је ово заиста случај за себе, чак много више од случаја *Teckal.* Оно што се најпре може уочити и на шта је сам суд указао, је да се Европска комисија није бавила уговором између Одељења за чишћење Града Хамбурга и оператора (полуприватне компаније). Друго, не може се прихватити да нема финансијских трансакција између уговорних страна, будући да се део накнаде који су добијале четири општине плаћао оператору постројења, преко дуге уговорне стране. Осим тога пресуда у ставу 40. помиње и годишњу таксу која се плаћа Граду Хамбургу, као другој уговорној страни. Такође, конструкција о заједничкој контроли заједнице која и није формирана неким посебним споразумом, је веома инвентивна. Свеукупно намеће се закључак да је у овом случају Суд правде показао изразиту спремност да прихвати овакав начин сарадње као дозвољен и у складу са правом Заједнице.

На основу овог случаја Европска комисија је у свом Радном документу закључила да се овај вид хоризонталне сарадње може сматрати изузетим од правила набавки ако су испуњени следећи услови:

- да споразум укључује само наручиоце и да нема учешћа приватног капитала;
- да је карактер споразума такав да је у питању сарадња у циљу заједничког спровођења заједничког задатка, као супротност уобичајеном јавном уговору; и
- да је њихова сарадња регулисана само разлозима јавног интереса.[171]

171 *Commission Staff Working Paper concerning the application of EU public procurement lawto relations between contracting authorities (public – public cooperation), Brussels, 2011, 3.3.1, p.12.*

У односу на наведени став Европске комисије Директива 2014/24 у члану 12. став 4. не наводи да не може бити приватног капитала у капиталу наручилаца који учествују у хоризонталној сарадњи.[172]

Неки аутори сматрају да члан 12. директиве ипак дозвољава учешће приватног капитала код неинституционалне сарадње и предвиђа исте услове као и у случају институционалне сарадње. С тим у вези преамбула Директиве 2014/24 наводи: *Требало би појаснити да наручиоци као што су тела којима управља јавно право, која могу имати учешће приватног капитала, треба да буду у позицији да користе изузетак за хоризонталну сарадњу.*[173]

Такође, **директива оставља простора и да се део активности заједнице наручилаца врши и на отвореном тржишту – мање од 20%, што представља веома значајно проширење овог изузетка у односу на праксу суда и у односу на став Европске комисије из Радног документа.**

У домаћој пракси се пред надлежним органима јавио само један случај у вези са институционалном сарадњом наручилаца. Ипак, УЈН као надлежна за тумачење Закона и поред разноврсне праксе Суда правде није била спремна да без изричитог законског основа, изузме уговор о пружању услуга контролног наручиоца и његовог *in house*

172 Овде треба рећи да се у случају *Hamburg* радило о сарадњи између јавних власти, док је Европска комисија у Радном документу то проширила на све наручиоце.

173 *Willem A. Janssen, The Institutionalised and Non – Institutionalised Exemptions from EU Public Procurement Law : Towards a More Cocherent Approach?, Utrecht Law Review, 2014, p.179.*

ентитета.[174] Иако се у пракси није често постављало питање примене овог изузетка, може се претпоставити да у Србији постоји велики број наручилаца између којих постоји *in house* облик сарадње, нарочито кад је реч о јавним предузећима и привредним друштвима у јавном власништву.

Закључујемо да је имајући у виду праксу и схватања домаћих институција, као и потребу за што прецизнијим усаглашавањем домаћег законодавства са правом ЕУ, најцелисходније у потпуности пренети члан 12. Директиве 2014/14 у Закон. Због обимности описа изузетка, потребно је прописати нови члан 7а. У примени овог изузетка надлежни органи треба да прате ставове Суда правде и да их примењују приликом давања мишљења, односно доношења одлука.

Предлог новог члана 7а дат је у Прилогу 1.

174 Вид. Мишљење УЈН бр.011-00-950/2013 од 20.11.2013. године. Техничко – економски центар (ТЕЦ) је установа коју је основао Медицински факултет, а управљачка права је касније преузео Клинички Центар Србије (КЦС). Три члана Управног одбора именује КЦС, а два су представници ТЕЦ-а. Надзорни одбор именује КЦС. ТЕЦ пружа услуге припреме хране, услуге прања веша, чишћења и редовног одржавања објеката КЦС. Поред услуга које пружа КЦС, ТЕЦ продаје храну запосленима у КЦС, Медицинском факултету, Стоматолошком факултету. На основу података из мишљења УЈН, могло би се закључити да су оба *Teckal* критеријума испуњена, јер КЦС неспорно врши контролу над ТЕЦ која је слична контроли коју има над својим клиникама или одељењима и кључни део активности ТЕЦ-а је усмерен за потребе КЦС, односно његових пацијената, док је маргинални део активности био усмерен ка другим установама – наручиоцима.

5. Изузеци из Закона који нису прописани директивама

Закон у члану 7. прописује три изузетка од његове примене који нису (бар не као такви) прописани директивама у области јавних набавки. То су изузеци у вези са елементарним непогодама, односно техничко – технолошким несрећама; набавком роба од Републичке дирекције за робне резерве; и набавком одређених материјала, који садрже сигурносне елементе, за израду новчаница и личних докумената.

Изузетак у вези са природним непогодама иако није изричито предвиђен директивама показао се као неопходан, нарочито током 2014. године када су Србију задесиле катастрофалне поплаве. И поред штета огромних размера, податак да укупна вредност свих уговора закључених на основу овог изузетка износи 3.968.607.000 динара, те да чини 3,29% вредности свих изузетих уговора показује да је одредба члана 7. тачка 4) Закона коришћена у складу са њеним сврхом. Обнова поплављених подручја вршена је у складу са Законом о отклањању последица поплава у Републици Србији („Сл. гласник РС“, бр. 75/2014), којим је била прописана примена отвореног поступка јавне набавке уз поједностављивање процедуре у смислу скраћивања рокова, доказивања обавезних услова изјавом и незадржавањем даљих активности наручиоца у случају подношења захтева за заштиту права. Овде треба указати на рецитал 41) преамбуле Директиве 2014/24 где се наводи да *ништа у овој директиви не треба да спречи прописивање или спровођење мера неопходних да заштите јавну политику, јавни морал, јавну сигурност, здравље, људски живот и живот животиња, заштиту биља и околине, а нарочито у циљу постизања одрживог развоја, под условом да су те мере у складу са Уговором о функционисању ЕУ.*

Закључак је да је потребно задржати овај изузетак, имајући у виду цитирану одредбу преамбуле директиве, чињеницу да није било злоупотреба у примени овог изузетка, те да се и у наредном периоду могу

очекивати временске непогоде. Ипак, с обзиром на потребу усклађивања Закона са Директивом 2014/24, а имајући у виду да је просечна вредност уговора изузетих по овом основу у 2014. години износила свега 3,5 милиона динара, што је далеко испод европских прагова, предлажемо да се примена овог изузетка ограничи на набавке процењене вредности испод европских прагова чиме ће овај изузетак бити у складу са Директивом 2014/24.

Када је реч о набавкама од Републичке дирекције за робне резерве ова материја је детаљније уређена Законом о робним резервама („Сл. гласник РС“, бр. 104/2013) где је предвиђено да се робне резерве користе у случају: 1) ванредних ситуација – елементарних непогода, техничко-технолошких несрећа, катастрофа и других већих несрећа [...]; 2) у случају наступања или непосредне опасности наступања озбиљних поремећаја на тржишту; и 3) у случају ванредног или ратног стања. Чланом 13. наведеног закона прописано је да се *продаја робе из робних резерви врши се путем јавног огласа и јавним надметањем* [...], *осим ако Влада другачије не одлучи у случајевима из члана 3. став 1. тачка 2) овог закона* [...]. Дакле, осим у случајевима наступања озбиљних поремећаја на тржишту, наручиоци би уз претходну сагласност Владе, приликом набавке робе из робних резерви учествовали на јавном надметању уместо да сами спроводе поступак јавне набавке. С друге стране набавка робе за робне резерве се врши у складу са Законом[175], што значи да се јавна средства за набавку роба које чине робне резерве ипак троше у складу са Законом, те да се Закон једино не примењује, нити га има смисла примењивати у ситуацији када се добра, набављена у поступку јавне набавке, даље расподељују наручиоцима унутар јавног сектора. Узгред, треба указати да је први случај коришћења робних резерви већ обухваћен и изузетком из тачке 3) члана 7. Закона.

Имајући у виду:

175 Члан 12. Закона о робним резервама: Набавка робе за робне резерве се врши у складу са прописима којима се уређују јавне набавке и рад са тајним подацима, осим у случајевима када се врши откуп пољопривредних производа од пољопривредних произвођача или када би примена поступка јавне набавке довела до откривања тајних података, о чему Влада доноси посебну одлуку.

- претходно цитиран рецитал 41) преамбуле Директиве 2014/24;

- чињеницу да и сама Европска унија намеће обавезу државама чланицама да обезбеде одговарајуће резерве и снабдевање (укључујући и снабдевање јавног сектора) одређеном робом попут сирове нафте и нафтних деривата, а што је неспојиво са применом правила набавки приликом снабдевања наручилаца;[176]

- да је чланом 107. ставом 2. тачком б) Уговора о функционисању ЕУ предвиђено да је дозвољена државна помоћ која се додељује ради отклањања штете проузроковане природним непогодама или ванредним догађајима;

- да се не може остварити сврха Закона у случају снабдевања робом из робних резерви, те да је Законом о робним резервама прописан начин продаје робе из робних резерви путем јавног надметања и да би обавезивање наручилаца да примењују Закон значило да они не би могли да учествују на таквом јавном надметању;

закључујемо да је овај изузетак потребно задржати у Закону.

Када су у питању набавке добара и услуга за потребе израде новчаница и идентификационих документа из члана 7. тачка 7) Закона, ту се заправо ради о набавкама које садрже елементе чије би објављивање било у супротности са интересима безбедности државе. Будући да се овде ради о материјалима који служе за производњу новчаница и идентификационих докумената попут личне карте, пасоша, возачких дозвола и сл, откривање информација о тим, пре свега заштитним материјалима створило би озбиљан ризик фалсификовања новчаница, односно тих докумената што свакако представља угрожавање и повреду суштинских интереса безбедности државе. Чланом 346. ставом 1. тачком а) Уговора о функционисању ЕУ пред-

176 Директивом 119/2009/ЕЗ прописане су обавезе државе чланице у вези са одржавањем одређених минималних резерви сирове нафте и нафтних деривата

виђено је да *ниједна држава чланица неће бити обавезана да обезбеди информације чије објављивање та држава сматра супротним суштинским интересима њене безбедности.* Чланом 15. ставом 2. Директиве 2014/24 предвиђено је да се *ова директива неће примењивати на јавне уговоре и конкурсе за дизајн који нису већ изузети ставом 1, када заштиту суштинских интереса безбедности државе чланица није могуће обезбедити мање ограничавајућим мерама* [...], док је ставом 3. одређено да *када је набавка или спровођење конкурса за дизајн одређено као поверљиво или мора бити праћено специјалним сигурносним мерама у складу са законом, уредбом или другим прописом који је на снази у држави чланици ова директива се неће примењивати* [...].На сличан начин је овај изузетак дефинисан у члану 14. Директиве 2004/18.[177]

Управо одредба члана 7. тачка 7) Закона представља одредбу којом је држава исцрпно побројала набавке, које нису набавке у области одбране и безбедности у смислу Директиве 2009/81, код којих би примена поступка јавне набавке довела до откривања информација које су у супротности са суштинским интересима безбедности. Закон је тачним набрајањем ових набавки сузио изузетак из члана 7. тачке 4) ЗЈН/2008 који је био дефинисан у складу са чланом 14. Директиве 2004/18, а који се у пракси често злоупотребљавао. Ипак, у извештајима експерата се ово третира као неусклађеност са Директивом, наводећи да овог изузетка нема у директивама, а заправо се ради о знатно суженом изузетку из члана 14. Директиве 2004/18.

Имајући у виду потребу да ова одредба ипак буде флексибилнија, те да се злоупотребе морају спречити одговарајућим мерама контролних органа и одговорнијим понашањем самих наручилаца, као и ради постизања што већег нивоа сагласности са самим текстом Директиве

177 Ова директива се неће примењивати на уговоре о јавној набавци када су они одређени као поверљиви, када њихово извршавање мора бити праћено специјалним сигурносним мерама у складу са законом, уредбом или другим прописом који је на снази у држави чланици или када заштита суштинских интереса безбедности државе чланице то захтева.

2014/24 **закључујемо да је потребно овај изузетак формулисати у складу са чланом 15. Директиве 2024/14.**

На крају треба напоменути да остале изузетке у вези са набавкама у области одбране и безбедности из члана 17. Директиве 2014/24, тачније **једино изузетак из тачке б) тог члана треба унети у члан 128. Закона, чиме ће се на адекватан начин обезбедити усклађеност са Директивом 2014/24 и Директивом 2009/81.**

Предлог одредбе

Одредбе овог закона не примењују се на

1) набавке процењене вредности до 15.000.000 динара, ради обезбеђивања основних животних услова у случајевима елементарних непогода или технично – технолошких несрећа чије последице угрожавају животе или здравље људи или животну средину, у складу са прописима којима се уређује заштита од таквих непогода;

2) доделу уговора и спровођење конкурса за дизајн који нису обухваћени чл. 127. и 128. овог закона, када би откривање информација у вези с тим уговором, односно конкурсом, било супротно суштинским интересима безбедности државе и грађана, а када заштиту тих интереса није могуће постићи мање ограничавајућим мерама, као што је наметање захтева у циљу заштите поверљивих информација који се чине доступним у поступку јавне набавке.

ПОСЕБНА ОВЛАШЋЕЊА ТЕЛА ЗА ЗАШТИТУ ПРАВА У ПОСТУПЦИМА ЈАВНИХ НАБАВКИ – УПОРЕДНА АНАЛИЗА –[178]

Анализу припремио:
Бранимир Благојевић[179]

178 Анализа је спроведена у оквиру пројекта „Унапређење механизама одговорности у јавним финансијама", који представља пројекат Програма за развој Уједињених нација (UNDP), који се изводи уз подршку шведске агенције за међународни развој и сарадњу (SIDA), август 2015. године

179 Бранимир Благојевић, виши саветник за јавне набавке, Народна банка Србије

1. УВОД

За ефикасан и одржив систем јавних набавки од изузетног је значаја постојање функционалног система заштите права, који је успостављен на начин који омогућава брзу и доследну заштиту права свих учесника у поступку јавне набавке. Уколико ефикасна заштита права изостане, логична последица јесте превага у поступању несавесних учесника над савесним, што доводи и до следећег корака, а то је да рационални савесни учесници у поступку јавне набавке почињу да поступају несавесно у циљу остварења својих интереса. Ефикасна заштита права осигурава примену основних начела јавних набавки, као и прописа који су из тих начела проистекли.

Имајући у виду значај система заштите права, ова анализа израђена је у оквиру пројекта „Унапређење механизама одговорности у јавним финансијама“, са идејом и смислом да помогне запосленима у Републичкој комисији за заштиту права у поступцима јавних набавки (у даљем тексту: Републичка комисија) и допринесе унапређењу система заштите права у Републици Србији, и то кроз:

- упоредну анализу (посебних) овлашћења тела за заштиту права у поступцима јавних набавки у државама чланицама Европске уније и земљама региона (тзв. земље Западног Балкана), која може дати јаснију слику за оптимално одређивање посебних овлашћења Републичке комисије и

- анализу и предлог ефикасног законског решења који се односи на заштиту права у току поступка за закључење појединачних уговора о јавној набавци на основу већ закљученог оквирног споразума.

Имајући то у виду, анализа се састоји из два дела, и то: упоредне анализе (посебних) овлашћења тела за заштиту права у поступцима јавних набавки и анализе заштите права у току поступка за закључење појединачних уговора о јавној набавци на основу закљученог оквирног споразума.

2. ПОСЕБНА ОВЛАШЋЕЊА ТЕЛА ЗА ЗАШТИТУ ПРАВА У ПОСТУПЦИМА ЈАВНИХ НАБАВКИ – УПОРЕДНА АНАЛИЗА

2.1. Циљ анализе

Поредећи са Законом о јавним набавкама из 2008. године, важећи Закон о јавним набавкама из 2012. године (у даљем тексту: Закон) дао је Републичкој комисији неупоредиво већа овлашћења, као што су вођење прекршајног поступка у првом степену, изрицање новчане казне наручиоцу и одговорном лицу наручиоца, поништавање уговора о јавној набавци и др.

У примена одредаба Закона поставило се питање могућности Републичке комисије да са постојећим бројем чланова и постојећим капацитетима обезбеди ефикасан систем заштите права, с једне стране, и да истовремено испуњава све посебне надлежности које су јој додељене, с друге стране.

Имајући то у виду, циљ упоредне анализе јесте да прикаже праксу у државама чланицама Европске уније (праксу у системима којима тежимо) и земљама региона (праксу у системима који се такође налазе на путу ка Европској унији), те да предложи оптимална решења у погледу посебних овлашћења Републичке комисије.

2.2. Положај и овлашћења Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки[180]

Републичка комисија је самосталан и независан орган, која за свој рад одговара Народној скупштини Републике Србије. Републичку комисију чине председник и шест чланова, а укупно има 67 запослених лица (60 запослених и 7 именованих лица)[181].

Основно овлашћење Републичке комисије јесте одлучивање по поднетим захтевима за заштиту права, што је и сврха њеног постојања. У вези са својим основним овлашћењем, Републичка комисија у складу са Законом:

1. одлучује о жалби против закључка наручиоца (наручилац може закључком одбацити захтев за заштиту права у случајевима прописаним Законом);

2. одлучује о предлогу наручиоца да поднети захтев за заштиту права не спречава доношење одлуке, односно закључење уговора или оквирног споразума (у складу са чланом 150. Закона, наручилац може доставити Републичкој комисији образложени предлог за доношење одлуке да захтев за заштиту права не спречава доношење одлуке, односно закључење уговора или оквирног споразума, уколико сматра да су испуњени услови из члана 150. став 3. Закона);

3. одлучује о предлогу подносиоца захтева за заштиту права да се забрани закључење или извршење уговора о јавној набавци (у складу са чланом 150. Закона, подносилац захтева може предложити Републичкој комисији да донесе одлуку да се наручиоцу забрани да закључи, односно изврши уговор о јавној набавци, ако је захтев поднет у преговарачком поступку из члана 36. став 1. тачка 3) Закона);

---

180 Измене и допуне видети у одељку 2.7.
181 Информатор о раду Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки

4. одлучује о трошковима поступка заштите права у складу са чланом 156. Закона и трошковима припреме понуде.

Поред тога, Републичка комисија у складу са Законом има и посебна овлашћења.

1. *Републичка комисија одлучује о закључењу уговора у случају из члана 30. став 3. Закона.*

Ово је једно од посебних овлашћења (надлежности) које је Републичка комисија добила овим Законом и које није имала по закону из 2008. године. У складу са њим, Републичка комисија одлучује о могућности закључења уговора од стране наручиоца уколико постоји сукоб интереса у односу између наручиоца и понуђача, односно о испуњености услова из члана 30. став 3. Закона. Наиме, Републичка комисија на захтев наручиоца одобрава закључење уговора и поред постојања сукоба интереса у смислу одредаба Закона, уколико:

- наручилац докаже да би забрана закључења уговора проузроковала велике тешкоће у раду или пословању наручиоца које су несразмерне вредности јавне набавке или да би значајно угрозила интерес Републике Србије;

- је наручилац предузео све мере ради сузбијања штетних последица проузрокованих сукобом интереса;

- остали понуђачи не испуњавају услове из поступка јавне набавке или је након рангирања њихових понуда разлика у цени већа за 10% или број пондера већи за десет у корист изабраног понуђача.

2. *Републичка комисија одлучује о жалби против закључка Управе за јавне набавке.*

Чланом 83. Закона прописано је овлашћење Управе за јавне набавке да утврђује постојање негативне референце, и то доношењем закључка, уколико су испуњени услови прописани Законом.

Имајући у виду да се тиме дира у права понуђача која се односе на подношење понуда у поступцима јавних набавки, Законом је прописано да понуђач против закључка Управе може поднети жалбу Републичкој комисији.

3. *Републичка комисија прати и контролише спровођење одлука које доноси.*

Чланом 160. и 161. Закона прописана су овлашћења Републичке комисије у вези са праћењем и контролом спровођења својих одлука.

Републичка комисија може од наручиоца захтевати да поднесе извештај о начину поступања након доношења одлуке у поступку заштите права, односно начину на који је спровео налоге дате у одлуци. Заједно са извештајем, наручиоцу може бити наложено да достави и потребну документацију (доказе), као и изјаве представника наручиоца у вези са спровођењем одлуке.

Друго овлашћење у вези са контролом спровођења донетих одлука односи се на контролу код наручиоца од стране чланова већа Републичке комисије које је донело одлуку у вези са којом се контрола спроводи.

4. *Републичка комисија изриче новчане казне наручиоцу и одговорном лицу наручиоца.*

Изрицање новчане казне наручиоцу и одговорном лицу наручиоца је још једно од нових овлашћења Републичке комисије од 1. априла 2013. године. Наиме, Републичкој комисији (већу које одлучује о поднетом захтеву за заштиту права) је дато овлашћење да изрицањем новчане казне кажњава процесну недисциплину у поступку заштите права и недисциплину у вези са поступањем по донетој одлуци Републичке комисије.

5. *Републичка комисија поништава уговор о јавној набавци.*

Законом је дато у надлежност Републичкој комисији да може поништити уговор о јавној набавци уколико су испуњени таксативно наведени услови из члана 163. став 1. Закона. Овим овлашћењем из Закона, које препознаје и Директива 2007/66/ЕЗ, практично се Републичка комисија овлашћује да поништава рушљиве уговоре о јавној набавци.

Поред тога, Републичка комисија је овлашћена да, поред Управе за јавне набавке, поднесе тужбу суду за утврђивање ништавости уговора о јавној набавци уколико сазна да постоји неки од разлога прописаних чланом 168. Закона.

6. *Републичка комисија пази по службеној дужности на постојање злоупотребе захтева за заштиту права.*

Законом из 2012. године прописана је санкција за злоупотребу подношења захтева за заштиту права, као и овлашћење Републике комисије да по службеној дужности пази на постојање ове злоупотребе, те да изрекне новчану казну подносиоцу захтева за којег утврди да је злоупотребио захтев за заштиту права.

7. *Републичка комисија води прекршајни поступак у првом степену.*

Вероватно најзахтевније посебно овлашћење Републичке комисије јесте вођење прекршајног поступка у првом степену за прекршаје у вези са јавним набавкама, који су прописани чл. 169. и 170. Закона, а по захтеву Управе за јавне набавке, Државне ревизорске институције или другог овлашћеног органа.

Пре доношења Закона из 2012. године, прекршајни поступак за учињене прекршаје у вези са јавним набавкама био је у надлежности прекршајних судова.

8. *Републичка комисија подноси предлог за разрешење одговорног лица.*

Републичка комисија, у складу са чланом 166. Закона, може поднети предлог за разрешење руководиоца или одговорног лица наручиоца уколико утврди да не поступа у склада са њеним одлукама или наставља да грубо крши одредбе Закона, и поред изречених новчаних казни у поступку заштите права или прекршајном поступку.

2.3. Статистички подаци о раду Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки

Републичка комисија је у току 2013. године примила укупно 1.596 захтева за заштиту права, док је тај број у 2014. години повећан на 2.162.

Тренд повећања броја захтева за заштиту права може се видети када се упореде подаци које је објавила Републичка комисија, у периоду од 2013. до 2015. године, за првих шест месеци у току године:

Табела 1 *Преглед броја примљених захтева у периоду од 2013. до 2015. године, за првих шест месеци у току године*

Период	Број примљених захтева	Проценат увећања у односу на 2013. годину	Проценат увећања у односу на 2014. годину
Јануар-јун 2013.	693	/	/
Јануар-јун 2014.	1.061	53 %	/
Јануар-јун 2015.	1.147	65 %	8 %

Уколико се овакав тренд настави, може се очекивати да Републичка комисија у току 2015. године прими и 2335 захтева за заштиту права[182].

Табела 2 *Преглед броја примљених захтева у периоду од 2013. до 2015. године*

Период	Број примљених захтева	Проценат увећања у односу на 2013. годину	Проценат увећања у односу на 2014. годину
Јануар-децембар 2013.	1.596	/	/
Јануар- децембар 2014.	2.162	35 %	/
Јануар- децембар 2015. (очекивано)	2.355	48 %	8 %

Графикон 1 *Преглед пораста у броју примљених захтева у периоду од 2013. до 2015. године*

182 Узета је претпоставка да ће се тренд повећања из првих шест месеци од 8% у односу на 2014. годину, задржати до краја 2015. године.

У вези са својим основним овлашћењем да одлучује по поднетим захтевима за заштиту права, у Републичку комисију у току 2014. године примљено је:

- 185 жалби на закључак наручиоца,
- 192 захтева за накнаду трошкова и
- 86 предлога за наставак активности.

У вези са посебним овлашћењима, у Републичку комисију у току 2014. године примљено је:

- 16 захтева за поништење уговора о јавној набавци,
- 77 захтева за покретање прекршајног поступка,
- 16 аката који се односе на новчано кажњавање и
- 8 аката у вези са забраном злоупотребе захтева за заштиту права.

2.4. Посебна овлашћења тела за заштиту права у државама чланицама Европске уније

Основе поступка заштите права у поступцима јавних набавки, као и овлашћења тела за заштиту права у Европској унији, уређени су Директивом 2007/66/ЕЗ[183].

Ова директива није покушај Европске уније да хармонизује заштиту права у свим земљама чланицама, већ покушај и начин да се осигура минимални ниво заштите у вези са поступцима јавних набавки[184]. Имајући то у виду, свака држава чланица има слободу да уреди заштиту права у поступцима јавних набавки, поштујући наравно обавезе прописане Директивом.

183 Треба имати у виду да се одредбе ове директиве односе на уговоре изнад граничних вредности за примену директива о јавним набавкама.

184 *Peter Trepte (2007), Public Procurement in the EU, a Practitioner's Guide, Second Edition*

Основна овлашћења тела за заштиту права у складу са Директивом су:

1. одлучивање по поднетим жалбама (захтевима за заштиту права);

2. изрицање привремених мера у поступку заштите права (забрана закључења или извршења уговора и сл);

3. поништење (неважење) уговора о јавној набавци у случајевима прописаним Директивом (нпр. ако је уговор супротно прописима закључен без претходне објаве позива за подношење понуда у службеном гласилу);

4. изрицање алтернативних казни (новчана казна наручиоцу или скраћење периода важења уговора).

Такође, у складу са одредбама Директиве, државе чланице морају обезбедити могућност за накнаду учињене штете.

Директива оставља и слободу државама чланицама да саме одреде која тела ће бити задужена за поједина овлашћења, као и да ли ће овлашћења бити поверена посебном телу за заштиту права у јавним набавкама или редовним судовима.

Како државе чланице имају слободу да телима за заштиту права доделе и друга овлашћења, у даљем тексту дат је преглед основних информација о телима за јавне набавке у државама чланицама, као и преглед њима додељених овлашћења.

Након тога, дат је и преглед који се односи на државе окружења, имајући у виду да се ради о државама које су, као и Република Србија, у поступку европских интеграција.

У анализи нису разматрани системи који значајно одступају од система заштите права у Републици Србији, као што су системи у Литванији, Великој Британији, Холандији, Белгији, Француској, Португалу, Ирској, у којима је заштита права у поступцима јавних

набавки поверена редовним (административним или парничним) судовима. Наиме, преглед система у овим државама не би могао да утиче на закључке у вези са посебним овлашћењима у систему заштите права Републике Србије.

2.4.1. Хрватска

Тело за заштиту права у поступцима јавних набавки у Републици Хрватској је Државна комисија за контролу поступака јавних набавки (http://www.dkom.hr/). Државна комисија је образована посебним законом и самостално је и независно тело које је надлежно за решавање о жалбама у поступцима јавних набавки, додели концесија и одабира приватног партнера у поступку за закључење јавно-приватног партнерства.

Државну комисију чини девет чланова (председник, два заменика председника и шест чланова), а комисија је на дан 31. децембар 2014. године имала укупно 29 запослених.

У надлежности Државне комисије је и одлучивање о другим захтевима странака у поступцима јавних набавки, и то:

- одлучивање о захтевима за наставак поступка јавне набавке/закључење уговора;
- одлучивање о предлозима за одређивање привремене мере;
- одлучивање о захтевима за накнаду трошкова поступка.

У погледу посебних овлашћења, Државна комисија може:

- поништити уговор о јавној набавци/оквирни споразум, уколико су испуњени услови прописани законом;
- изрећи новчану казну, као алтернативну казну;
- поднети захтев за покретање прекршајног поступка (оптужни предлог) за прекршаје из области јавних набавки.

Државна комисија је у току 2014. године примила укупно:

- 1.315 жалби (захтева за заштиту права);
- 27 предлога за одређивање привремене мере;
- 61 захтев за наставак поступка/закључење уговора.

У погледу посебних овлашћења, Државна комисија је у току 2014. године поништила један уговор о јавној набавци и није изрекла ниједну новчану казну, а поднела је два захтева за покретање прекршајног поступка.

2.4.2. Словенија

Тело за заштиту права у поступцима јавних набавки у Словенији је Државна комисија за ревизију поступака јавних набавки (http://www.dkom.si). Државна комисија је образована посебним законом и самостално је и независно тело које је надлежно за решавање о жалбама у поступцима јавних набавки у складу са тим посебним законом.

Државну комисију чини пет чланова (председник и четири члана). Поред њих, стручну подршку пружа 15 саветника (консултаната) и друго особље (укупно 25 запослених).

У надлежности Државне комисије је и одлучивање о другим захтевима странака у поступцима јавних набавки, и то:

- одлучивање о захтевима за заустављање поступка јавне набавке;
- одлучивање о захтевима за закључење уговора и сличним захтевима;
- одлучивање о захтевима за накнаду трошкова поступка.

У погледу посебних овлашћења, Државна комисија:

- прати и контролише спровођење одлука које доноси;
- може поништити (опозвати) уговор о јавној набавци, уколико су испуњени услови прописани законом;
- може изрећи новчану казну, у случају злоупотребе права на правну заштиту;
- утврђује постојање прекршаја у случајевима прописаним законом.

Државна комисија је у току 2014. године:

- примила 354 жалбе (захтева за заштиту права);
- поништила 12 уговора о јавној набавци;
- бавила се са укупно 159 прекршаја.

2.4.3. Мађарска

Тело за заштиту права у поступцима јавних набавки у Мађарској је Арбитражни савет за јавне набавке (http://www.kozbeszerzes.hu).

Број чланова Арбитражног савета утврђује Савет Агенције за јавне набавке, који и именује председника и чланове Арбитражног савета.

У надлежности Арбитражног савета је и одлучивање о другим захтевима странака у поступцима јавних набавки, као што је одлучивање о заустављању поступка јавне набавке, односно укључивању подносиоца жалбе у предметни поступак јавне набавке.

У погледу посебних овлашћења, Арбитражни савет:

- подноси предлоге за поништење уговора о јавној набавци;
- може изрећи новчану казну у вези са поступком заштите права, као и када се утврди кршење одредбама закона којим се уређују јавне набавке;
- може забранити економском оператеру да учествује у поступцима јавних набавки, у складу са другим прописима.

2.4.4. Румунија

Тело за заштиту права у поступцима јавних набавки у Румунији је Национални савет за решавање по жалбама (http://www.cnsc.ro). Национални савет је самосталан и независтан административни орган са судским атрибутима, који је надлежан пре свега за решавање о жалбама у поступцима јавних набавки, доделе концесија и у поступцима за закључење јавно-приватног партнерства.

Национални савет чини 33 члана (11 већа за одлучивање). Савет има укупно 97 запослених.

У надлежности Националног савета је и одлучивање о другим захтевима странака у поступцима јавних набавки, и то:

- одлучивање о захтевима за заустављање поступка јавне набавке, односно укључивању подносиоца жалбе у предметни поступак јавне набавке;
- одлучивање о захтевима за накнаду трошкова поступка.

У погледу посебних овлашћења, Национални савет може изрећи новчану казну у вези са поступком заштите права.

Новчане казне у вези са кршењем одредбама прописа о јавним набавкама изриче Национална агенција за уређивање и контролу јавних набавки.

Национални савет је у току 2014. године примио 3.753 жалбе (захтева за заштиту права).

2.4.5. Аустрија

Имајући у виду да је Аустрија федерална држава, њен систем заштите права чине десет различитих тела за заштиту права, са унифицираним правилима поступања.

Основно овлашћење тела за заштиту права у поступцима јавних набавки је одлучивање о захтевима за заштиту права, а у оквиру тог овлашћења и одлучивање о привременим мерама, захтевима за накнаду трошкова и сл. Тела за заштиту права одлучују у фази пре закључења уговора о јавној набавци, али уговор о јавној набавци се може и поништити у складу са овлашћењем из Директиве 2007/66/ЕЗ, док редовни судови одлучују о евентуалној накнади штете након закључења уговора.

2.4.6. Пољска

Тело за заштиту права у поступцима јавних набавки у Пољској је Национална жалбена комора (http://www.uzp.gov.pl). Председник Управе за јавне набавке, у складу са законом, обезбеђује функционисање система правне заштите, а предлаже и кандидате за председника и потпредседника Националне жалбене коморе.

Националну жалбену комору, у складу са законом, чини не више од 100 чланова. Чланове коморе поставља председник владе. Организационо-техничку подршку Комори пружа Управа за јавне набавке, која има посебну организациону јединицу која је за то задужена.

У надлежности Националне жалбене коморе је и одлучивање о другим захтевима странака у поступцима јавних набавки, и то:

- одлучивање о захтевима за забрану закључења уговор о јавној набавци;
- одлучивање о могућности приступања других економских оператера жалби;
- одлучивање о трошковима поступка.

У погледу посебних овлашћења, Национална жалбена комора:

- даје обавезујућа мишљења председнику Управе за јавне набавке у вези са контролом примене закона којим се уређују јавне набавке;
- може поништити (опозвати) уговор о јавној набавци;
- може изрећи новчану казну, као алтернативну казну.

Национална жалбена комора је у току 2011. године[185] испитивала 2.789 жалби (захтева за заштиту права).

2.4.7. Словачка

Тело за заштиту права у поступцима јавних набавки у Словачкој је Управа за јавне набавке[186] (www.uvo.gov.sk). Наиме, Управа за јавне набавке, поред надлежности уобичајених за регулаторно тело, обавља и функцију тела за заштиту права у поступцима јавних набавки.

У надлежности Управе за јавне набавке у вези са поступком заштите права је и:

- одлучивање о суспензивном дејству захтева за заштиту права;
- одлучује о трошковима поступка.
- У погледу посебних овлашћења, Управа за јавне набавке:
- врши контролу спроведених поступака јавних набавки, која обухвата и контролу одлука донетих у поступку заштите права;
- може изрећи новчану казну, као казну за административни преступ.

185 Последњи доступан извештај на званичној интернет презентацији Управе за јавне набавке.

186 Имајући у виду све надлежности Управе за јавне набавке, за потребе анализе узете су у обзир надлежности Управе из дела IV Закона о јавним набавкама, који се односи на заштиту права.

Управа за јавне набавке је у току 2014. године примила 403 жалбе (захтева за заштиту права).

2.4.8. Бугарска

Тело за заштиту права у поступцима јавних набавки у Бугарској је Комисија за заштиту конкуренције (http://www.cpc.bg). Комисија, поред других надлежности, решава по поднетим захтевима за заштиту права (жалбама) у поступцима јавних набавки и доделе концесија. Комисија има седам чланова (председника и шест чланова). У Комисији постоји посебна организациона јединица за јавне набавке и концесије.

Комисија одлучује по поднетим захтевима за заштиту права пре закључења уговора о јавној набавци, док је фаза након закључења уговора резервисана за редовне судове. Имајући то у виду, о поништењу уговора и накнади штете решавају редовни судови.

У надлежности Комисије је и одлучивање о другим захтевима странака у поступцима јавних набавки, и то:

- одлучивање о захтевима за заустављање поступка јавне набавке;
- одлучивање о захтевима за закључење уговора и сличним захтевима;
- одлучивање о захтевима за накнаду трошкова поступка.

У погледу посебних овлашћења, Комисија може изрећи новчану казну као алтернативну казну. Административне казне у вези са поступцима јавних набавки изриче министар надлежан за послове финансија.

Комисија је у току 2013. године примила 1.394 захтева за заштиту права (2012. године – 1155 захтева).

2.4.9. Кипар

Тело за заштиту права у поступцима јавних набавки на Кипру је Агенција за преиспитивање тендера (http://www.tra.gov.cy). Агенција има пет чланова (председника и четири члана).

У надлежности Агенције је и одлучивање о другим захтевима странака у поступцима јавних набавки, и то:

- одлучивање о захтевима за заустављање поступка јавне набавке;
- одлучивање о захтевима за накнаду трошкова поступка.

Агенција одлучује по поднетим захтевима за заштиту права пре закључења уговора о јавној набавци, док је фаза након закључења уговора резервисана за редовне судове. Изузетак постоји у два случаја прописана законом, када Агенција може поништити уговор о јавној набавци.

Агенција је у току 2013. године примила 58 захтева за заштиту права, а одлучивала је и о 58 привремених мера.

2.4.10. Данска

Тело за заштиту права у поступцима јавних набавки у Данској је Жалбени одбор за јавне набавке (https://erhvervsstyrelsen.dk). Жалбени одбор има четири члана (председника и три члана), као и одређени број стручњака које именује министар надлежан за послове привреде.

У надлежности Жалбеног одбора је и одлучивање о другим захтевима странака у поступцима јавних набавки, као што су одлучивање о захтевима за заустављање поступка јавне набавке и одлучивање о захтевима за накнаду трошкова поступка.

У погледу посебних овлашћења, Жалбени одбор може изрицати новчане казне у складу са законом, одлучивати о поништењу уговора (основи прописани законом), али и о накнади штете.

Комисија је у току 2014. године примила 120 жалби, око 50 захтева за одлучивање о заустављању поступка јавне набавке и 7 тужби за накнаду штете.

2.5. Посебна овлашћења тела за заштиту права у државама региона (тзв. земље Западног Балкана)

2.5.1. Босна и Херцеговина

Тело за заштиту права у поступцима јавних набавки у Босни и Херцеговини је Канцеларија за разматрање жалби БиХ (http://www.javnenabavke.ba). Канцеларија је самостално је и независно тело које је надлежно за решавање о жалбама у поступцима јавних набавки.

Канцеларија има седам чланова (17 запослених у 2014. години). Такође, има две филијале, у Бања Луци и Мостару, које решавају по жалбама у поступцима до одређене вредности јавне набавке.

У надлежности Канцеларије је и одлучивање о другим захтевима странака у поступцима јавних набавки, и то:

- одлучивање о захтевима за наставак поступка јавне набавке/закључење уговора;
- одлучивање о спајању поступака;
- одлучивање о захтевима за накнаду трошкова поступка.

У погледу посебних овлашћења, Канцеларија може:

- поништити уговор о јавној набавци/оквирни споразум, уколико су испуњени услови прописани законом;
- изрећи новчану казну, као алтернативну казну;
- поднети захтев за покретање прекршајног поступка у складу са законом.

У складу са претходним законским решењем, које је важило до 2014. године, Комисија је била овлашћена и да одлучује о захтевима за накнаду штете коју је подносилац захтева претрпео због неправилности у спровођењу поступка јавне набавке.

Канцеларија је у току 2014. године примила 1.132 жалбе и 77 захтева за накнаду трошкова поступка. У току 2014. године, Канцеларија је у 19 предмета обавезала наручиоце да надокнаде учињену штету подносиоцима жалбе.

2.5.2. Црна Гора

Тело за заштиту права у поступцима јавних набавки у Црној Гори је Државна комисија за контролу поступака јавних набавки (http://www.kontrola-nabavki.me), која је самостални и независни орган надлежан за решавање о жалбама у поступцима јавних набавки.

Државна комисија има пет чланова (председника и четири члана), које именује Влада након спроведеног јавног конкурса. Државна комисија има 12 запослених.

У надлежности Државне комисије је и одлучивање о другим захтевима странака у поступцима јавних набавки, и то:

- одлучивање о захтевима за наставак поступка јавне набавке;
- одлучивање о захтевима за накнаду трошкова поступка;
- праћење спровођења донетих одлука (обавештавањем од стране наручиоца).

Државна комисија нема посебна овлашћења у складу са законом. Пре последњих измена и допуна Закона о јавним набавкама, Државна комисија је вршила обавезну контролу поступака јавних вредности чија је вредност већа од 500.000,00 евра.

Државна комисија је у току 2013. године примила 831 жалбу и три захтева за наставак поступка јавне набавке. У току 2013. године Државна комисија је спровела 73 обавезне контроле поступака јавних вредности чија је вредност већа од 500.000,00 евра.

2.5.3. Македонија

Тело за заштиту права у поступцима јавних набавки у Македонији је Државна комисија за жалбе у јавним набавкама (http://dkzjn.mk). Државна комисија је самостално тело које је надлежно за решавање о жалбама у поступцима јавних набавки и поступцима доделе концесија и јавно-приватног партнерства.

Државна комисија има пет чланова (председника и четири члана), а укупно има 14 запослених.

У надлежности Државне комисије је и одлучивање о другим захтевима странака у поступцима јавних набавки, односно одлучивање о захтевима за наставак поступка јавне набавке/закључење уговора и одлучивање о захтевима за накнаду трошкова поступка.

Државна комисија има једно посебно овлашћење у складу са законом, а то је решавање по жалбама наручилаца против одлука Савета за јавне набавке (у саставу Бироа за јавне набавке), које се односе на могућност коришћења одређених услова, критеријума за доделу уговора и др.

Државна комисија је у току 2014. године решавала у поступцима по 465 жалбе и по 110 жалби на одлуке Савета за јавне набавке.

2.5.4. Албанија

Тело за заштиту права у поступцима јавних набавки у Албанији је Комисија за јавне набавке (http://www.kpp.gov.al). Комисија је независно тело које је надлежно за решавање о жалбама у поступцима јавних набавки и поступцима за доделу концесије.

Комисија има пет чланова, односно председника и четири члана (око 20 запослених).

У надлежности Комисије је и одлучивање о другим захтевима странака у поступцима јавних набавки, и то одлучивање о захтевима за наставак поступка јавне набавке/закључење уговора и одлучивање о захтевима за накнаду трошкова поступка.

Комисија нема посебна овлашћења у складу са законом.

Комисија је у току 2013. године примила 561 жалбу.

Упоредни прегледи

Табела 3 Упоредни преглед посебних овлашћења тела за заштиту права у поступцима јавних набавки[187]

Р. бр.	Држава	Заштита права и повезана овлашћења	Одлучивање о закључењу уговора у случају постојања сукоба интереса	Одлучивање о жалби против закључка Управе за јавне набавке (негативне референце)	Праћење и контрола спровођења одлука (као посебно овлашћење)	Новчане казне	Поништење уговора	Постојање злоупотребе захтева за заштиту права	Вођење прекршајног поступка	Предлог за разрешење одговорног лица
1	Србија	+	+	+	+	+	+	+	+	+
2	Хрватска	+	-	-	-	+	+	-	покреће прекршајни поступак)	-
3	Словенија	+	-	-	+	+	+	-	+	-
4	Мађарска*	+	-	-	-	+	(предлог за поништење)	-	-	-
5	Румунија	+	-	-	-	+	-	-	-	-
6	Аустрија (у принципу)	+	-	-	-	-	+	-	-	-
7	Пољска*	+	-	-	-	+	+	-	-	-
8	Словачка	+	-	-	+	+	-	-	-	-
9	Бугарска	+	-	-	-	+	-	-	-	-
10	Кипар	+	-	-	-	-	+	-	-	-
11	Данска*	+	-	-	-	+	+	-	-	-
12	БиХ	+	-	-	-	+	+	-	покреће прекршајни поступак)	-
13	Црна Гора	+	-	-	-	-	-	-	-	-
14	Македонија*	+	-	-	-	-	-	-	-	-
15	Албанија	+	-	-	-	-	-	-	-	-

187 Посебна овлашћења у складу са прописима о јавним набавкама и заштити права у поступцима јавних набавки.

Посебна овлашћења, која Републичкој комисији нису дата у надлежност:

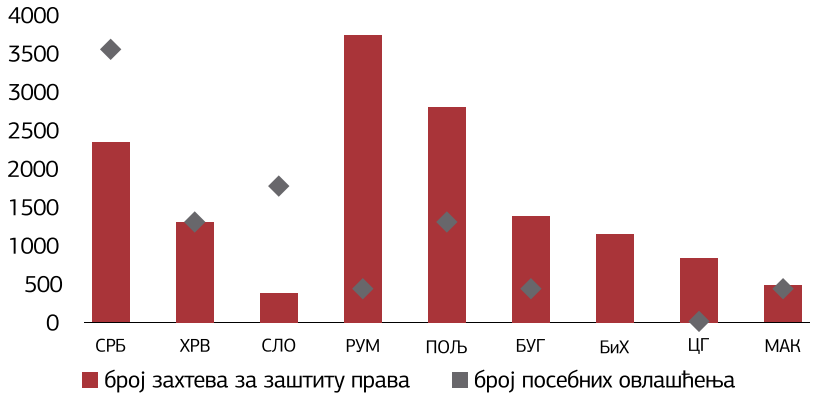
* *Мађарска* – тело за заштиту права може забранити економском оператеру да учествује у поступцима јавних набавки, у складу са другим прописима.

* *Пољска* - тело за заштиту права даје обавезујућа мишљења председнику Управе за јавне набавке у вези са контролом примене закона којим се уређују јавне набавке.

* *Данска* - тело за заштиту права може одлучивати о захтеву за накнаду штете.

* *Македонија* - тело за заштиту права решава по жалбама наручилаца против одлука Савета за јавне набавке.

Графикон 2 *Преглед годишњег броја примљених захтева за заштиту права и броја посебних овлашћења*[188]



188 Потребно је имати у виду да дати преглед није узео у обзир друге значајне параметре, као што је број запослених и друго, као да није улазио у оправданост тих овлашћења, као ни њихов обим.

Табела 4 *Упоредни преглед броја примљених жалби (захтева за заштиту права) у периоду од једне године*

Р. бр.	Држава	Број жалби - 12 месеци (захтева за заштиту права)
1	Румунија	3.753
2	Пољска	2.789
3	Србија	2.162
4	Бугарска	1.394
5	Хрватска	1.315
6	БиХ	1.132
7	Црна Гора	831
8	Албанија	561
9	Македонија	465
10	Словачка	403
11	Словенија	354
12	Данска	120
13	Кипар	58

Увидом у преглед овлашћења тела за заштиту права у поступцима јавних набавки у државама чланицама Европске уније и земљама региона, као и у преглед броја примљених захтева за заштиту права у току календарске године (основно овлашћење ових тела), може се закључити да Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки Републике Србије има највећи број посебних овлашћења, као и да, после Румуније и Пољске, има највећи број примљених захтева за заштиту права у току календарске године[189] са напред приказаним трендом раста, што свакако показује и раст поверења учесника у поступку јавне набавке у рад Републичке комисије.

Имајући то у виду, потребно је анализирати да ли су сва посебна овлашћења Републичке комисије неопходна и да ли је неопходно да буду у надлежности Републичке комисије, тј. на који начин се могу

189 Као илустрација, можемо споменути да Румунија има око 20 млн становника, Пољска око 38,5 млн, а Србија око 7,2 млн.

одредити посебна овлашћења у складу са приоритетима и расположивости капацитета.

Сама Републичка комисија је истицала проблеме у свом раду, који се односе пре свега на потребу реалног сагледавања њених капацитета и успостављања решења који би допринели ефикаснијој заштити права у поступцима јавних набавки.

Тако, у Извештају о раду за другу половину 2014. године Републичка комисија истиче изразити тренд пораста броја примљених предмета и чињеницу да је потребно обезбедити што ефикаснији систем заштите права, те да је у том циљу приликом измена и допуна Закона о јавним набавкама потребно размотрити питање активне легитимације подносиоца захтева за заштиту права, износа таксе за подношење захтева за заштиту права, као и питање увођења института обавезног претходног разјашњења спорних питања између наручиоца и понуђача пре подношења захтева за заштиту права пред Републичком комисијом.

Такође, истицано је да је неопходно реално сагледати да ли је могуће да један државни орган врши толико различитих (посебних) овлашћења на начин како је то прописано, посебно имајући у виду да се нека од тих овлашћења традиционално у упоредном праву везују искључиво за судове (нпр. вођење прекршајног поступка), као и да велики број посебних овлашћења утиче на ефикасно поступање по захтевима за заштиту права.

2.6. Закон о изменама и допунама Закона о јавним набавкама – 2015. година

Измене и допуне Закона о јавним набавкама, које је Народна скупштина усвојила 31. августа 2015. године (објављене у „Службеном гласнику РС“, бр. 68/2015), дакле у току израде ове анализе, донеле су одређени број решења која би могла имати утицај на мање оптерећење рада Републичке комисије.

Повећан је капацитет Републичке комисије изменом члана 140. Закона, тако што је број чланова Републичке комисије (укључујући и председника) повећан са седам на девет. Такође, прописана је могућност да одбор Народне скупштине РС надлежан за финансије, у случају дуже спречености за рад или одсуства са рада председника или члана Републичке комисија, може предложити Народној скупштини да именује друго лице за вршиоца дужности до његовог повратка.

Мањем броју поднетих захтева за заштиту права требало би да допринесе:

- ближе уређење активне легитимације за подношење захтева за заштиту права;

- прописивање да је предуслов за подношење захтева за заштиту права у фази израде конкурсне документације - да је подносилац захтева претходно указао наручиоцу на евентуалне недостатке и неправилности, а да наручилац исте није отклонио;

- повећање таксе за подношење захтева за заштиту права[190].

У погледу посебних овлашћења, Закон о изменама и допунама Закона није донео значајне новине. Наиме, једина значајнија новина јесте укидање овлашћења Републичке комисије да одлучује о жалби против закључка Управе за јавне набавке, којим се којим се утврђује постојање негативне референце, што је последица брисања могућности утврђивања негативне референце од стране Управе.[191]

190 Такса за подношење захтева за заштиту права је, у складу са изменама члана 156. Закона, повећана за 50%, а учињене су и друге измене у погледу таксе.

191 У образложењу Закона о изменама и допунама Закона је наведено да су одредбе у вези са негативним референцама измењене ради усклађивања са судском праксом Европског суда правде.

2.7. Матрица значаја овлашћења Републичке комисије

И поред описаних измена и допуна Закона о јавним набавкама у делу заштите права, потребно је анализом посебних овлашћења доћи до најоптималнијих решења, која ће омогућити Републичкој комисији да, пре свега, ефикасно извршава своје основно овлашћење.

Као полазна основа може се, поред анализе упоредних решења, узети у обзир значај сваког посебног овлашћења за функционисање система јавних набавки у Републици Србији, али свакако и заинтересованост државе, јавности и учесника у поступку јавне набавке за ова овлашћења.

Заинтересованост државе, јавности, учесника у поступку јавне набавке		Низак	Висок
	Висок	✓ Одлучивање о закључењу уговора у случају постојања сукоба интереса ✓ Предлог за разрешење одговорног лица ✓ Постојање злоупотребе захтева за заштиту права	✓ **Заштита права и повезана овлашћења** ✓ Вођење прекршајног поступка
	Низак	✓ Одлучивање о жалби против закључка УЈН (негативне референце)[192] ✓ Праћење и контрола спровођења одлука	✓ Новчане казне ✓ Поништење уговора
		Низак	**Висок**
		Значај за систем јавних набавки	

192 Овлашћење брисано Законом о изменама и допунама Закона о јавним набавкама („Службени гласник РС", бр. 68/2015).

2.8. Анализа предлога за прописивање посебних овлашћења

2.8.1. Вођење прекршајног поступка

Имајући у виду да је напред закључено да вођење прекршајног поступка, након поступка заштите права као основног овлашћења тела за заштиту права у поступцима јавних набавки, има највећи значај (како у погледу система јавних набавки, тако и у погледу заинтересованости учесника у поступку и трећих лица), ово је прво посебно овлашћење чија су могућа решења предмет анализе.

Постоје три основна начина на који ово посебно овлашћење може бити организовано, што је показала и анализа решења у државама чланицама Европске уније и државама региона, а то су:

1. да Републичка комисија покреће прекршајне поступке из области јавних набавки;

2. да Републичка комисија води прекршајни поступак у првом степену и

3. да се, уместо прекршајног поступка, у случају непоступања у складу са одредбама прописа о јавним набавкама, изричу административне (новчане) казне.

Опција 1 – покретање прекршајног поступка

Ова опција би подразумевала да се вођење прекршајног поступка повери прекршајним судовима, док би Републичка комисија била овлашћена да, када дође до сазнања да је учињен прекршај прописан Законом, поднесе захтев за покретање прекршајног поступка прекршајном суду, са образложењем и релевантним доказима, као и да пред прекршајним судом заступа поднети захтев.

У складу са извршеном упоредном анализом, може се утврдити да је овакво решење заступљено у Хрватској и Босни и Херцеговини. Ово је уједно решење које је постојало у систему Републике Србије, у складу са Законом о јавним набавкама из 2008. године.

Очекиване предности (*benefit*) ове опције су:

1. растерећивање овлашћења Републичке комисије, чиме се оставља већи простор за ефикасније поступање у складу са основним овлашћењем;

2. спровођење поступка од стране судија прекршајног суда, који имају више знања и искуства у вези са прекршајним поступком;

3. одсуство трошкова Републичке комисије за вођење прекршајног поступка, као и за обуку чланова Републичке комисије и сарадника који би учествовали у спровођењу поступка.

Очекивани недостаци (трошкови, *cost*) ове опције су:

1. квалитет донетих пресуда, имајући у виду да би у прекршајном поступку одлучивале судије прекршајног суда које имају далеко мање знања о поступцима јавних набавки у односу на чланове Републичке комисије;

2. веће оптерећење прекршајних судова и неопходна обука судија прекршајног суда;

3. очекивано дуже трајање прекршајног поступка.

Опција 2 – вођење прекршајног поступка

Ово је опција која постоји у важећем Закону и подразумева вођење прекршајног поступка од стране Републичке комисије по поднетим захтевима за покретање прекршајног поступка.

У складу са извршеном упоредном анализом, може се утврдити да је слично решење заступљено у Словенији.

Очекиване предности (*benefit*) ове опције су:

1. квалитет донетих пресуда, имајући у виду да би у прекршајном поступку одлучивали чланови Републичке комисије, који су стручњаци у области јавних набавки;

2. очекивано краће трајање прекршајног поступка.

Очекивани недостаци (трошкови, *cost*) ове опције су:

1. већа оптерећеност рада Републичке комисије;

2. трошак обуке чланова Републичке комисије и сарадника, који би учествовали у спровођењу поступка;

3. недостатак знања и искуства чланова Републичке комисије у спровођењу прекршајног поступка.

Законом о изменама и допунама Закона из 2015. године задржано је решење у складу са којим је Републичка комисија овлашћења да одлучује у прекршајном поступку у складу са Законом, али нису учињене измене које је Републичка комисија истицала као неопходне за ефикасно поступање у прекршајном поступку, као што је брисање могућности да Републичка комисија покреће прекршајни поступак по службеној дужности.

Имајући у виду да из упоредне анализе произилази већа оптерећеност рада Републичке комисије у односу на друга тела за заштиту права у јавним набавкама, потребно је, у случају задржавања овог посебног овлашћења за који смо утврдили да има изузетан значај за систем јавних набавки, обезбедити одговарајуће капацитете Републичке комисије за његово ефикасно спровођење.

Опција 3 – изрицање административних (новчаних) казни

Ова опција би подразумевала да се уместо прописивања прекршаја за наручиоце и понуђаче, као и одговорна лица наручиоца и понуђача, Законом као казне за непоштовање одредаба Закона уведу административне (новчане) казне.

У складу са извршеном упоредном анализом, може се утврдити да је овакво решење заступљено нпр. у Румунији, Пољској и Словачкој (где административне (новчане) казне изриче Агенција/Управа за јавне набавке). Ово је уједно решење које постоји у другим областима у правном систему Републике Србије, а изрицање новчаних казни већ постоји и као посебно овлашћење Републичке комисије да изрицањем новчане казне кажњава процесну недисциплину у поступку заштите права и недисциплину у вези са поступањем по донетој одлуци Републичке комисије.

Очекиване предности (*benefit*) ове опције су:

1. лакше санкционисање кршења одредаба прописа о јавним набавкама;

2. изрицање казне у управном поступку, који Републичка комисија примењује у вршењу свог основног овлашћења;

3. мања оптерећеност рада Републичке комисије;

4. смањени трошкови и краће и ефикасније поступање у односу на прекршајни поступак.

Очекивани трошак ове опције јесте успостављање одговарајућег новог оквира за ефикасно изрицање новчаних казни.

2.9.2. Новчане казне

Као што смо раније навели, ово овлашћење подразумева изрицање новчане казне наручиоцу и одговорном лицу наручиоца од стране већа Републичке комисије које одлучује о поднетом захтеву за заштиту права, као санкције којом се кажњава процесна недисциплина у поступку заштите права и недисциплина у вези са поступањем по донетој одлуци Републичке комисије.

У складу са извршеном упоредном анализом, може се утврдити да је овакво решење заступљено нпр. у Мађарској и Румунији. Овакво овлашћење постоји и у другим областима у нашем правном систему, па тако нпр. Закон о парничном поступку садржи посебно поглавље у вези са непоштовањем процесне недисциплине. Такође, одредбе у вези са кажњавањем процесне недисциплине садржане су у Закону о управном поступку, али и другим врстама поступака пред судом.

Ако сагледамо сврху овог овлашћења, а то је одржавање процесне дисциплине у вези са вршењем основног овлашћења Републичке комисије, можемо закључити да је оно уско повезано са основним овлашћењем и свакако неопходно, имајући у виду да прописивање казни утиче на савесно поступање наручиоца и његовог одговорног лица у вези са поступком заштите права.

2.9.3. Постојање злоупотребе захтева за заштиту права

Законом је забрањено подношење захтева за заштиту права ради остварења неког другог циља, а не оног због којег је то право признато. У складу са овим овлашћењем, Републичка комисија подносиоцу захтева изриче новчану казну ако утврди да је злоупотребио захтев за заштиту права.

Анализом је утврђено да овакво овлашћење тела за заштиту права постоји у Словенији.

Ово овлашћење практично представља, као и претходно наведено, могућност изрицања санкције којом се кажњава процесна недисциплина у поступку заштите права, али у овом случају санкције која се изриче подносиоцу захтева. Имајући у виду да је и ово овлашћење уско повезано са основним овлашћењем и да је механизам који би требао да одврати од подношења захтева за заштиту права ако се не подноси да би се заштитио сопствени интерес и отклонила неправилност у поступку јавне набавке, може се рећи да је потребно Републичкој комисији.

У претходно поменутом Закону о парничном поступку такође је прописано да је суд дужан да санкционише сваку повреду или злоупотребу процесних права.

2.9.4. Предлог за разрешење одговорног лица

Предлог за разрешење одговорног лица је посебно овлашћење Републичке комисије чији је смисао да утиче на одговорна лица наручиоца да поштују одлуке Републичке комисије, односно да додатно казни тзв. „повратнике“ у кршењу одредаба Закона.

Имајући у виду да је ово овлашћење Републичке комисије такође повезано са њеним основним овлашћењем, као и да је интерес Републичке комисије да оваквим утицајем смањи број неправилности у систему јавних набавки, чиме утиче на смањење броја поднетих захтева за заштиту права, ово посебно овлашћење може се сматрати потребним и корисним. Ово овлашћење додатно не оптерећује рад Републичке комисије, односно вршење овог овлашћења не ствара значајне трошкове.

2.9.5. Поништење уговора

Поништење уговора је посебно овлашћење Републичке комисије, које је до 2012. године било резервисано за редовне судове. Овим овлашћењем дато је право Републичкој комисији да у пет случајева који су прописани чланом 163. Закона, сама или на захтев подносиоца захтева за заштиту права или заинтересованог лица, поништи закључени (рушљив) уговор о јавној набавки. У другим случајевима, када Републичка комисија сматра да постоје разлози који закључени уговор о јавној набавци чине ништавим, она може поднети тужбу суду за утврђивање ништавости уговора.

Наведено овлашћење прописано је и Директивом 2007/66ЕЗ, а анализом је утврђено да овакво овлашћење тела за заштиту права постоји у многим државама, као што су Хрватска, Словенија, Пољска, Данка, Кипар и др, док у Мађарској тело за заштиту права подноси предлог за поништење уговора.

Дакле, можемо констатовати да постоје два основна начина на који ово посебно овлашћење може бити уређено, односно да Републичка комисија поништава уговоре о јавној набавци или да и за рушљиве уговоре подноси тужбу суду.

Опција 1 – Републичка комисија поништава уговоре о јавној набавци

Ова опција јесте решење прописано Законом. Анализом је утврђено да овакво решење постоји у многим државама, као што су Хрватска, Пољска или Бугарска.

Очекиване предности ове опције су брзина одлучивања и благовремено реаговање у циљу спречавања и отклањања штетних последица, које су наступиле или би могле наступити услед закључења рушљивог уговора. Такође, предност се свакако може тражити и у стручности Републичке комисије да оцењује испуњеност Законом прописаних услова за поништење уговора.

Опција 2 – Републичка комисија и за рушљиве уговоре подноси тужбу суду

Ова опција би подразумевала овлашћење Републичке комисије да, као и у случају сазнања за разлоге ништавости уговора о јавној набавци, подноси тужбу редовном суду, који би утврђивао постојање основа (разлога) за поништење уговора.

Очекивана предност ове опције била би смањење трошкова Републичке комисије, као и одлучивање од стране суда, који је иначе надлежан за поништење уговора.

2.9.6. Одлучивање о закључењу уговора у случају постојања сукоба интереса

Републичкој комисији дато је у надлежност посебно овлашћење које анализом није уочено у другим системима јавних набавки.

Наиме, као што је раније речено, Републичка комисија одлучује о евентуалној испуњености услова за закључење уговора од стране наручиоца и поред постојања сукоба интереса у односу између наручиоца и понуђача.

Ово овлашћење може бити поверено како Републичкој комисији, тако и Управи за јавне набавке, која врши надзор над применом Закона. Међутим, можда је чињеница да Републичка комисија и у поступку заштите права одлучује о услову „значајног угрожавања интереса Републике Србије“, допринела да законодавац одлучи да ово овлашћење њој повери.

Предност стављања оваквог овлашћења у надлежност Републичке комисије може бити чињеница да је Републичка комисија тело које има сасвим сигурно највише капацитета и знања да о овом питању одлучује, а имајући у виду да о сличном захтеву са делимично подударним

условима одлучује и у поступку заштите права (одлучивање о предлогу наручиоца да се дозволи доношење одлуке, односно закључење уговора). Такође, предност може бити и то што би се тиме спречило подношење захтева за заштиту права у вези са овим осетљивим питањем, с обзиром да је Републичка комисија већ заузела свој став.

Међутим, постоје још два начина поступања у циљу утврђивања да ли су испуњени услови за закључење уговора.

Први је давање мишљења о томе Управе за јавне набавке, као што се Управи ради давања мишљења доставља и захтев за мишљење о испуњености услова за спровођење преговарачког поступка без објављивања позива за подношење понуда, постојању основа оправданости за спровођење конкурентног дијалога и др. Овакво решење може бити логично, ако имамо у виду да би Републичка комисија требала да поступа пре свега у случају настанка спора у поступку јавне набавке, као и у случају кршења одредаба Закона, док је Управа орган који врши надзор над применом Закона и иначе је надлежна за поступање по сличним захтевима.

Још један начин поступања јесте остављање наручиоцима да одлуче о испуњености услова прописаних Законом, док би Републичка комисија поступала само у случају када други учесници у поступку (или друга лица која имају активну легитимацију) оспоре одлуку коју је наручилац донео.

Имајући у виду све напред изнето, мишљење аутора ове анализе јесте да би оптимално решење било да се у наредном периоду пропише обавеза наручиоцима да од Управе за јавне набавке затраже мишљење о испуњености Законом прописаних услова, те да се након тога самим наручиоцима остави обавеза оцене испуњености услова (уз обавезу обавештавања надлежних органа), док би Републичка комисија одлучивала у случају спора, односно по поднетом захтеву за заштиту права.

2.9.7. Праћење и контрола спровођења одлука

Праћење и контрола спровођења одлука које је донела јесте логично овлашћење Републичке комисије, које је уствари повезано са њеним основним овлашћењем. Ово овлашћење свакако сусрећемо у многим системима јавних набавки, с тим што оно није увек директно прописано.

Ово посебно овлашћење се у нашем систему састоји из два овлашћења. Прво је право Републичке комисије да од наручиоца захтева достављање извештаја, документације и изјава представника наручиоца о спровођењу одлуке коју је донела Републичка комисија. Друго овлашћење састоји се из права чланова Републичке комисије да спроведу контролу извршења донете одлуке непосредно у просторијама наручиоца.

Анализом упоредне праксе може се утврдити да је први део овог овлашћења уобичајен, што није случај са другим делом овог овлашћења, који уобичајено припада органима који врше контролу рада наручилаца или пак органима надлежним за вршење надзора над применом закона.

Дакле, можемо закључити да постоје два начина на који се може уредити део посебног овлашћења који се односи на непоредну контролу извршења донете одлуке Републичке комисије, док део који се односи на захтевање и достављање докумената у вези са извршењем одлука неспорно треба да буде у надлежности Републичке комисије. Први начин јесте постојеће решење, док би друго решење било да Републичка комисија, на основу достављених докумената у вези са извршењем одлука, а у случају сумње да наручилац није доставио истините податке или када наручилац не достави све потребне податке, о томе обавести орган у чијој је надлежности контрола рада наручиоца, који би Републичкој комисији доставио извештај о спроведеној контроли.

Предност другог решења могла би бити у ефикаснијој контроли од стране органа у чијој је надлежности контрола рада наручиоца, с једне стране, као и растерећењу рада Републичке комисије, с друге стране.

2.9.8. Закључак

Овом анализом дат је преглед овлашћења Републичке комисије, као и преглед овлашћења тела за заштиту права у поступцима јавних набавки у одређеном броју држава чланица Европске уније у којима су образована посебна квазисудска тела, чијом би се анализом могло доћи до одговарајућих закључака у погледу даљег развоја Републичке комисије. Такође, узета су у обзир и овлашћења тела у државама региона.

Ради одређивања оптималног решења, потребно је имати у виду да су ова тела основана пре свега у циљу ефикасне заштите права у поступцима јавних набавки, односно ради ефикасног вршења свог основног овлашћења, па је приликом одређивања посебних овлашћења неопходно сагледати оптерећеност рада ових тела поднетим захтевима за заштиту права (њихово основно овлашћење), али и сагледати који су одговарајући капацитети потребни за ефикасно извршавање свих постављених задатака.

У том погледу, треба прво поменути новине које је донео Закон о изменама и допунама Закона из 2015. године, а које су прописане са циљем ефикаснијег и лакшег поступања Републичке комисије. Најважније су свакако: повећање броја чланова Републичке комисије, повећање таксе за подношење захтева за заштиту права, ближе уређење активне легитимације за подношење захтева за заштиту права и прописивање предуслова за подношење захтева за заштиту права у фази израде конкурсне документације.

У погледу посебних овлашћења, а као резултат ове анализе, може се закључити да је целисходно и за систем јавних набавки значајно стављање у надлежност Републичкој комисији активности које су про-

писане Законом и повезане са вршењем њеног основног овлашћења, и то:

- изрицање новчане казне у случајевима прописаним Законом;
- утврђивање постојања злоупотребе захтева за заштиту права;
- подношење предлога за разрешење одговорног лица.

Значајно је имати у виду и да вршење наведених овлашћења не може значајно оптеретити рад Републичке комисије.

Као и у већини других система јавних набавки, али и других области живота, Републичка комисија, у складу са Законом, прати и контролише спровођење донетих одлука. Међутим, у овој анализи је наведено да је потребно додатно сагледати да ли је најцелисходније решење да Републичка комисија спроводи непосредну контролу извршења својих одлука код наручиоца, или би ову дужност требао да врши орган у чијој је надлежности контрола рада наручилаца, уколико га Републичка комисија обавести да је то потребно након анализе претходно достављених извештаја наручилаца.

Анализа одлучивања по жалби на донети закључак Управе за јавне набавке којим се утврђује постојање негативне референце више није потребна, имајући у виду да је ово овлашћење Управе брисано Законом о изменама и допунама Закона, док би овлашћење Републичке комисије да одлучује о закључењу уговора у случају постојања сукоба интереса могло бити дато у надлежност Управи за јавне набавке, која даје мишљење наручиоцима и о испуњености других услова прописаних Законом.

У погледу Законом прописаног овлашћења Републичке комисије да одлучује о поништењу уговора о јавној набавци у случајевима прописаним Законом, може се утврдити да ово овлашћење јесте у надлежности већине тела за заштиту права у поступцима јавних набавки, као и да је прописано Директивом 2007/66/ЕЗ. И поред тога што је ово овлашћење иначе у надлежности редовних судова, оправдано је, пре

свега из разлога ефикасности, ово овлашћење задржати у надлежности Републичке комисије.

Посебно овлашћење које је најзначајније за систем јавних набавки, а које свакако и највише оптерећује рад Републичке комисије и показало је одређене тешкоће у пракси Републичке комисије, јесте вођење прекршајног поступка у првом степену за прекршаје прописане Законом. Оно што додатно може да забрине јесте очекивање да тренд повећања захтева за покретање прекршајног поступка може бити значајан.

Имајући то у виду, као и да је пракса показала да до сада кажњавање у прекршајном поступку, без обзира на надлежност за вођење прекршајног поступка, није дало очекиване резултате, овом анализом предвиђена је и могућност увођења административних (новчаних) казни као санкције за непоштовање прописа о јавним набавкама. Може се очекивати да би изрицање ових санкција у за то прописаном поступку, који је значајно бржи и мање оптерећује рад органа надлежног за његово спровођење, а који постоји и у другим системима јавних набавки, могло довести до ефикаснијег санкционисања кршења одредаба Закона, с једне стране, и оптимизације поступања Републичке комисије, с друге стране.

ОСЛАЊАЊЕ ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКАТА НА КАПАЦИТЕТЕ (РЕСУРСЕ) ТРЕЋИХ ЛИЦА У ПОСТУПЦИМА ЈАВНИХ НАБАВКИ[193]

Анализу припремила:
SIGMA[194]

193 Анализа спроведена у оквиру сарадње са програмом SIGMA - Програмом подршке за унапређење јавне управе и руковођења, јун 2015. године

194 Програм Sigma - представља заједничку иницијативу Организације за економску сарадњу и развој (OECD) и Европске уније који се углавном финансира средствима Европске уније

Преглед

- Правила везана за проверу способности привредних субјеката да изврше уговор, што се назива квалификацијом (селекцијом) привредних субјеката, тичу се процене да ли је дати привредни субјект, у случају да је његова понуда оцењена као најбоља и да му је додељен уговор за набавку добара, пружање услуга или извођење радова, у стању да изврши уговор ваљано, у складу са свим условима наручиоца.

- Један од аспеката квалификационог поступка и селекције привредних субјеката који ствара несугласице у пракси је питање ослањања привредних субјеката који учествују у поступку јавне набавке („кандидат“) или подносе понуде („понуђач“) на капацитете других лица (предузећа).

Право Европске уније у области јавних набавки

Директива о координацији поступака за доделу уговора о јавним радовима, добрима и услугама – Директива о јавним набавкама (2004/18)

- У члановима 47 (став 2) и 48 (став 3) изричито се наводи да се привредни субјекти могу ослонити на капацитете других лица ради успостављања сопственог привредног, финансијског, техничког и професионалног капацитета за извршење одређеног уговора о јавној набавци.

- У члану 52 се пружа иста могућност у погледу уношења на званичне листе одобрених привредних субјеката или давања потврда за учешће у тендерским поступцима.

- Одредбама у члановима 47 (став 2), 48 (став 3) и 52 се кодификује установљена судска пракса Суда правде Европске уније везана за раније директиве о јавним набавкама.

Нове директиве Европске уније о јавним набавкама (2014)

Директива о јавним набавкама (2014/24) и Директива о набавци субјеката који делују у сектору водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга – Директива о комуналним делатностима (2014/25)

- Понављају се одредбе из Директиве 2004/18 које се тичу ослањања на економску и финансијску способност, и техничку и стручну способност (ослањање на ресурсе других субјеката није предвиђено у погледу способности за обављање професионалне делатности).

- уводи се известан број измена:

  – у случају образовних и стручних квалификација, и релевантног професионалног искуства, ослањање је условно – изискује укључивање субјеката за капацитете на које се привредни субјекат ослања – они би требало да изврше радове или пруже услуге за које су ти капацитети нужни;

  – наручиоци могу захтевати да извесне специфичне (критичне) послове понуђач мора извршити непосредно (искључујући на овај начин могућност прибегавања подуговарању и/или ослањању на капацитете трећих страна); то се односи, међутим, само на извршење радова, пружање услуга и набавке извесних добара;

  – остали субјекти који пружају подршку понуђачу (кандидату) у испуњавању релевантних критеријума су такође подложни верификацији њихове личне ситуације (одредбе о искључењу) и квалификацији или селекционим критеријумима.

Судска пракса Суда правде Европске уније

- „Ballast Nedam“ – Суд је закључио да холдинг предузеће које само не извршава радове **не може** – због тога што њена зависна предузећа извршавају радове у својству посебних правних лица – **бити спречено** по том основу да учествује у поступцима јавних набавки за уговоре о јавним радовима ако може установити да уистину поседује приступ расположивим ресурсима зависних предузећа неопходних за извршење уговора;

- „Ballast Nedam II“ – Суд је прецизирао свој став закључујући да су наручиоци **у обавези**, при процени техничких капацитета матичног предузећа, да узму у обзир технички капацитет предузећа која припадају истој групацији;

- „Holst Italia“ – Суд је применио ово правило на ситуацију у којој предузеће које је желело да учествује у поступку јавне набавке није било доминантно правно лице у групацији предузећа, и потврдио је да се такво предузеће може ослонити на капацитете других предузећа у групацији, без обзира на правну природу веза између њих;

- „Siemens“ – Суд је закључио да директиве Европске уније о јавним набавкама не спречавају, међутим, забрану или ограничење коришћења подуговарања за извршење суштинских делова уговора управо у случају где наручилац није био у позицији да верификује техничке и економске капацитете подуговарача при процењивању понуда;

- „SVM Construzioni“ – Суд је уствpдио да општа одредба, којом се ограничава број других субјеката на које се дати привредни субјекат може ослонити да би доказао сопствену финансијску и економску способност, није у складу са одредбама у Директиви јавног сектора према којој се допушта привредним субјектима да се ослоне на ресурсе других како би доказали своју финансијску и економску способност; Суд је такође утврдио да се исто правило примењује у контексту доказивања техничке и професионалне

способности; такође је закључио да могу постојати радови с посебним условима који се могу задовољити комбиновањем капацитета више од једног привредног субјекта, а чији би капацитети појединачно могли бити недовољни; у таквим околностима, наручилац може захтевати да ниво минималног капацитета у датом случају испуњава један привредни субјекат или, где је то прикладно, да се ослони на ограничени број привредних субјеката;

- тренутно су пред Судом три нерешена предмета која се тичу питања ослањања на стручно знање и искуство других субјеката и ограничења удела у извршењу уговора који се може поверити подуговарачима; ове поступке пред Судом је покренула пољска комисија за заштиту права у поступку јавних набавки и суд.

Земље Европске уније

- одредбе, праксе и судска пракса земаља Европске уније варира. – постоје заједнички елементи.

- уопште узев, ослањање на капацитете других привредних субјеката је допуштено у погледу финансијске и економске способности и техничког и професионалног капацитета.

- постоје опипљиве разлике у погледу таквих фактора евалуираних у склопу техничке и професионалне способности попут стручног знања и искуства.

I. Увод

Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки је затражила од СИГМА-е да изради анализу на следећу тему „Ослањање привредних субјеката на капацитете трећих лица у поступку јавних набавки“. Сходно томе, SIGMA је израдила овај документ који је у форми студије релевантног права и праксе Европске уније.

Сврха ове студије је:

- да пружи информације о релевантним одредбама прописа Европске уније (директиве ЕУ о јавним набавкама и судска пракса Суда правде Европске уније (СПЕУ)), и

- да расветли право и праксу неких земаља чланица Европске уније.

Студија започиње информацијама о релевантним правилима из директива ЕУ о јавним набавкама, како директивама усвојеним 2004. године, тако и новим директивама усвојеним 2014. године. Како је то објашњено доле, има значајних промена које су уведене реформом правила ЕУ о јавним набавкама у 2014. години које одредбе покривене овом студијом чине прецизнијима. У исто време те нове одредбе би се могле тумачити као ограничавајуће у погледу могућности ослањања на трећа лица у погледу професионалних способности и искуства.

Потоњи део анализе је посвећен представљању судске праксе Суда правде Европске уније, укључујући неке занимљиве предмете који се тренутно разматрају („нерешени предмети“).

У последњем делу студије се расправља о неким законским правилима и пракси одабраних земаља Европске уније, укључујући примере националне јуриспруденције везане за тему студије. Као што то

овај део студије показује, законодавство и јуриспруденција земаља Европске уније имају неке заједничке карактеристике, али се и разликују у неким аспектима (у погледу, на пример, односа према капацитетима као што су стручно знање или искуство). Одељци посвећени националним решењима се закључују кратким опаскама у којима се износи сажетак најзначајнијих одлика националних система.

II. Одредбе директива Европске уније о јавним набавкама везане за ослањање на капацитете трећих лица

1. Директива 2004/18

У уводној напомени 39 преамбуле Директиве 2004/18 Европског парламента и Савета од 31. марта 2004. године о координацији поступака јавних набавки за доделу уговора о јавним радовима, уговора о јавној набавци добара и уговора о јавном пружању услуга („Директива јавног сектора“) стоји следеће:

> *„Проверу квалификованости понуђача, у отвореним поступцима, и кандидата, у рестриктивним и преговарачким поступцима са објављивањем позива за подношење понуда и у конкурентном дијалогу, и њихов потоњи одабир, би требало спровести у транспарентним условима. У ту сврху, треба назначити недискриминаторне критеријуме које наручиоци могу користити при одабиру конкурената и средства која привредни субјекти могу користити ради доказивања да су задовољили те критеријуме. У истом духу транспарентности, од наручилаца треба захтевати, чим се огласи поступак о јавној набавци, да назначе селекционе критеријуме које ће користити и ниво конкретних компетенција које могу или не морају захтевати од привредних субјеката пре прихватања њиховог учешћа у поступку јавне набавке.“*

Процена привредних субјеката се у тексту Директиве јавног сектора назива квалитативном селекцијом. Детаљне одредбе у погледу квалитативне селекције су дате у поглављу VII директиве. Њима се дефини-

шу, понајпре, општи услови у погледу провере привредних субјеката и одабира учесника у поступцима јавних набавки. Потом, у одељку 2 тог поглавља се расправља о критеријумима за квалитативну селекцију, личној ситуацији кандидата или понуђача (члан 45), квалификованости за вршење професионалне активности (члан 46), економској и финансијској способности (члан 47), техничкој и/или професионалној способности, стандардима за обезбеђење квалитета (члан 49) и стандардима за управљање заштитом животне средине (члан 50). Коначно, ту су одредбе које се тичу могућности допуне или разјашњавања докумената које су понуђачи поднели у погледу њихове квалификованости. Члан 52 се бави званичном листом одобрених привредних субјеката и сертификацијом од стране тела установљених у складу са јавним или приватним правом.

У погледу примене критеријума квалитативне селекције, наручиоци могу захтевати од кандидата и понуђача да задовоље нивое минималног капацитета у складу са члановима 47 (финансијска и економска способност) и 48 (техничка и професионална способност). Опсег информација које захтевају наручиоци као и минимални нивои способности потребни за одређени уговор морају бити повезани и сразмерни предмету уговора. Ове минималне нивое треба назначити у огласу о јавној набавци.

Право учешћа у поступцима јавних набавки имају не само правна или физичка лица, већ и групе таквих лица. Привредни субјекти могу желети да заједно поднесу понуду јер засебно нису у стању да испуне услове наручиоца у погледу финансијске и економске способности или професионалне/техничке способности. Ако таква група одлучи да поднесе заједничку понуду, наручилац не може захтевати од чланова такве групе да поприме одређену правну форму. Ако уговор добије таква група, наручилац може, међутим, захтевати од ње да поприми одређену правну форму као предуслов за потписивање уговора уколико је, пак, то неопходно ради задовољавајућег извршења уговора.

Коначно, директива допушта привредним субјектима да се ослоне на капацитете других лица како би задовољили услове које је прописао наручилац. Стога, у погледу економске и финансијске способности у члану 47 (став 2) стоји следеће:

„Привредни субјекат се може, тамо где је то прикладно и у сврху одређеног уговора, ослонити на капацитете других субјеката, без обзира на правну природу веза које има са њима. У том случају привредни субјекат мора доказати наручиоцу да ће на располагању имати потребне ресурсе, на пример, путем стварања предузећа од тих субјеката, а у том циљу.“

Став 3 истог члана каже:

„Под истим условима, група привредних субјеката поменута у члану 4 може се ослонити на капацитете чланова групе или других субјеката.“

Сличне одредбе се налазе у члану 48 (став 3) и (став 4) – „Техничка и/или професионална способност“. Не постоји еквивалентна одредба, додуше, у члану 46 („Квалификованост за вршење професионалне делатности“). Исход је да привредни субјекат који се пријављује за извршење уговора мора бити уписан у професионални или комерцијални регистар, ако се то захтева, и/или поседовати одређено овлашћење или бити члан одређене организације уколико је такво овлашћење или чланство услов за пружање услуге или извршење радова. Другим речима, кандидат или понуђач се не може ослонити на овлашћење или чланство другог субјекта ако не испуњава тражене услове. Коначно, ослањање на капацитете других субјеката није примењиво у погледу индивидуалне ситуације кандидата или понуђача (члан 45 – основ за искључење).

Да резимирамо: *Одредбе о ослањању на капацитете других лица мимо ресурса самог привредног субјеката примењује се у односу на:*

- *економску и финансијску способност*
- *професионалну и техничку способност*

али не у погледу квалификованости за вршење професионалне делатности.

---

2. Директиве 2014/24 и 2014/25

Као што је то већ речено, реформа система јавних набавки Европске уније у 2014. години – усвајањем три нове директиве – донела је неке промене у погледу питања којима се бави ова студија. Прво, одредбе *Директиве 2014/24/ЕУ Европског парламента и Савета од 26. фебруара 2014. године о јавним набавкама и укидању Директиве 2004/18/ЕЗ* („нова Директива јавног сектора“) имају унеколико другачију структуру – правила која се тичу ослањања на капацитете других лица су сада обједињена у једном члану – члану 63 (под насловом који свакако није изненађујући – „Ослањање на капацитете других субјеката“). Друго, знатно су прецизније и детаљније. Заслужују стога да буду цитиране овде *in extenso*:

– “1. У погледу критеријума у вези са економском и финансијском способношћу дефинисаном сходно члану 58 (став 3) и критеријума у вези са техничком и професионалном способношћу дефинисаном сходно члану 58 (став 4), привредни субјекат се може, ако је то прикладно и у сврху одређеног уговора, ослонити на капацитете других субјеката, без обзира на правну природу веза које има са њима. У погледу критеријума у вези са образовним и професионалним квалификацијама дефинисаним у тачки (ф) анекса XII део II, или са релевантним професионалним искуством, привредни субјекти се могу, међутим, ослонити само на капацитете других субјеката ако ће ти субјекти извршити радове или пружити услуге за које су ти капацитети услов. Ако привредни субјекат жели да се ослони на капацитете других субјеката, мора доказати наручиоцу да ће му ти ресурси бити на располагању, на пример, достављањем документа о преузимању обавезе тих субјеката у ту сврху.

– Наручилац ће, у складу са члановима 59, 60 и 61, проверити да ли субјекти на чије се капацитете привредни субјекат ослања испуњавају релевантне критеријуме за одабир и да ли постоји основ за искључење сходно члану 57. Наручилац

ће захтевати од привредног субјекта да замени субјекат који не испуњава релевантне критеријуме за одабир односно да ли постоји обавезујући основ за искључење. Наручилац може захтевати или то може захтевати држава чланица да привредни субјекат замени субјекат за који постоји необавезујућа основа за искључење.

– Ако се привредни субјекат ослања на капацитете других субјеката у погледу критеријума у вези са економском и финансијском способношћу, наручилац може захтевати да тај привредни субјекат и ти субјекти буду заједнички одговорни за извршење уговора.

– Под истим условима, група привредних субјеката из члана 19 (став 2) може се ослонити на способност чланова групе или других субјеката.

– 2. У случају уговора о радовима, уговора о услугама и пословима постављања или уградње у контексту уговора о набавци добара, наручиоци могу захтевати да одређене критичне послове обавља непосредно сâм понуђач, или ако ту понуду доставља група привредних субјеката из члана 19 (став 2), члан те групе.“

- Еквивалентна одредба се налази у члану 79 Директиве 2014/25/ЕУ *Европског парламента и Савета од 26. фебруара 2014. године о јавним набавкама од стране субјеката који делују у сектору водопривреде, енергетике, транспорта и поштанских услуга и укидању Директиве 2004/17/ЕЗ* („нова Директива о комуналним услугама“).

- Нове одредбе у основи понављају правила из директиве од 2004. године, али уз извесне модификације и допуне.

- Прво, у новој директиви се јасно указује да се одредбе о ослањању на треће стране примењују на *економску и финансијску способност, и техничку и професионалну способност.* Како ствари стоје,

таква могућност се не нуди у погледу квалификованости за вршење професионалне делатности. То, међутим, није ништа ново у поређењу са правилима из 2004. године.

- Друго, и при томе знатно релевантније, занимљивије и корисније узимајући у обзир праксу додељивања уговора (види доле нерешене предмете пред Судом правде Европске уније и предности и мане неких националних законодавстава), постоји ограничење у погледу ослањања привредних субјеката на треће стране у вези са *образовним и професионалним квалификацијама, и релевантним професионалним искуством.* У таквом случају, понуђач (кандидат) се може једино ослонити на капацитете других субјеката ако ће они извршити радове или пружити услуге за које су ти капацитети потребни. То је веома корисно разјашњење пошто је било, као што ћемо то видети доле, недоумица и контроверзи у вези са могућношћу „преноса“ искуства или стручног знања од предузећа која нису укључена у извршење уговора понуђачима (кандидатима) којима су потребни ти атрибути.

- Треће, новом директивом се непосредно допушта наручиоцу да захтева да неке делове уговора изврши сâм понуђач или, у случају да је понуду поднела група привредних субјеката, члан такве групе. Постоје неки услови које треба задовољити да би се то могло применити:

  – такав захтев је могућ у случају:

    а) уговора о радовима;

    б) уговора о услугама, и

    в) *„постављања или уградње у контексту уговора о набавци добара“*; *а цонтрарио* не постоји таква могућност у случају: уговора о набавци добара који не изискују постављање или уградњу, нити, у склопу уговора о набавци добара, у погледу других послова мимо постављања и уградње.

– захтев да понуђач или члан конзорцијума ако је понуду поднео конзорцијум „непосредно изврши послове“ тиче се „извесних критичних послова“, што подразумева да те послови наручилац мора претходно идентификовати. То мора бити тако јер би понуђачи требало да буду свесни свих критеријума и услова које примењује наручилац како би проверио да ли их понуђачи испуњавању. Придев који се користи у директиви – „критични“ – подразумева такође да су послови које понуђач мора обавити кључни за успешно извршење целокупног уговора (извршење радова, пружање услуга).

- Које су практичне последице горепоменуте одредбе?

- Прво, када наручилац захтева да извесне послове изврши понуђач (ради концизности изоставићемо овде случај конзорцијума), то подразумева да такве послове не може обавити нико други сем понуђача. *Ergo*, подуговарање (тј. препуштање дела уговора подуговарачу од стране успешног понуђача) је искључено. Занимљиво је да ова одредба није дата у члану који се конкретно бави подуговарањем (члан 71), али не чини се да то мења наш закључак у погледу искључења подуговарања у овом случају.

- Друго, а ово је још релевантније за тему наше студије, пошто је захтев у погледу „непосредног извршења“ од стране понуђача укључен у члан који се бави ослањањем на капацитете других субјеката, то подразумева такође, уколико се такав услов примењује, да је логично да понуђач од кога се захтева да непосредно обави извесне послове не може да се ослони на капацитете трећих страна. То је зато што ако те треће стране не могу бити укључене у извршење уговора, онда понуђач не може ни користити њихове капацитете. Другим речима, у ставу 2 се наводи изузетак од општег правила о ослањању на треће стране. Исход је да понуђач који мора непосредно обавити извесне послове мора сâм испунити све услове (критеријуме, услове) које је прописао наручилац, а чија је сврха била да се провери да ли је понуђач способан да обави посао. Ако није у стању да докаже на задовољство наручиоца да испуњава постављене критеријуме, онда

се том субјекту не може доделити тај део уговора, а пошто говоримо о критичним пословима у уговору, не може се му доделити ни цео уговор.

- Коначно, према директиви, наручилац мора проверити:

  – да ли субјекти на чије капацитете привредни субјекат намерава да се ослони испуњава релевантан критеријум за одабир, и

  – да ли постоје основе за искључење сходно члану 57 (било да су обавезујуће или факултативне).

Први услов значи да субјекат на чије се капацитете понуђач ослања не мора да испуни све критеријуме за одабир примењене у поступку него само тај критеријум или критеријуме за које ће се дати капацитет користити. На пример, ако се понуђач ослања на економску способност другог предузећа јер сâм не испуњава услов, услов треба да испуни предузеће на које се понуђач ослања. С друге стране, није неопходно да то предузеће задовољава све друге услове где ресурси тог предузећа нису потребни. Ако је случај да трећа страна коју „користи“ привредни субјекат не испуњава критеријуме за одабир, наручилац треба да захтева да привредни субјекат замени таквог субјекта. Није јасно из начина на који је срочена директива да ли понуђач има само једну прилику да „замени“ предузеће које не задовољава релевантан критеријум за одабир или то може понављати све до тренутка када је наручилац у потпуности задовољен. То је вероватно остављено националним законодавцима да реше. Из практичних разлога (ефикасност поступка јавне набавке) и због чињенице да је терет доказивања поузданости на понуђачу, он би вероватно требало да има једну прилику да предложи друго предузеће.

У погледу другог горепоменутог услова, треба уочити да би наручилац требало да процени предузеће у вези са ресурсима на које се понуђач ослања, а у односу на критеријуме искључења (дефинисане у члану 57 нове директиве). Очито, пошто ти субјекти не учествују (непосредно) у поступку јавне набавке, они се не искључују чак и ако су у било којој од ситуација наведених у члану 57. Израз *„ако постоје основе за искључење“* би требало разумети у значењу да укључене треће стране

не могу бити у било којој од ситуација које би за последицу имале њихово искључење да су они сами понуђачи или кандидати. Треба овде приметити да постоје две врсте критеријума за искључење у члану 57 – обавезујући и факултативни. Појединачне земље Европске уније могу учинити факултативне (све или неке од њих) критеријуме – обавезујућим критеријумима за сопствене наручиоце. Ако се предузеће на чије се ресурсе понуђач ослања налази у било којој од ситуација наведених у директиви као обавезујућа основа за искључење, наручилац би требало да захтева од понуђача да замени то предузеће другим предузећем за које не постоји основ за обавезујуће искључење. У погледу необавезујућих основа за искључење, наручилац није у обавези да то учини, али може захтевати, или то може захтевати држава чланица, да привредни субјекат замени субјекат за кога постоји необавезујућа основа за искључење. Питање о томе колико често се то може десити, које је већ поменуто горе, је валидно овде такође.

Преглед нових правила Европске уније

Ослањање на капацитете трећих страна се тиче:

- економске и финансијске способности
- професионалне и техничке способности, али

то није допуштено у случају *квалификованости за обављање професионалне делатности*.

1. У случају образовних и професионалних квалификација и релевантног професионалног искуства, ослањање је условно – захтева се да субјекти на чије се капацитете привредни субјекат ослања изврше радове или пруже услуге за које су ти капацитети нужни.
2. Наручилац може захтевати да одређене специфичне (критичне) послове непосредно обави понуђач (искључујући на тај начин могућност прибегавања подуговарању и/или ослањања на капацитете трећих страна); то се односи, међутим, само на радове, услуге и извесне набавке добара.
3. Други субјекти који подржавају понуђача (кандидата) у погледу испуњавања релевантних критеријума су подложни провери сопствене личне ситуације (одредбе о искључењу) и квалификационим или селекционим критеријумима.

III Судска пракса Суда правде Европске уније

1. Одлуке Суда правде Европске уније

1.1. Предмети „Ballast Nedam“

Питање ослањања привредних субјеката на капацитете других субјеката је такође била тема у предметима којима се бавио Суд правде Европске уније („Суд“ или „СПЕУ“). Први случај везан за ово питање био је предмет Ц-389/92, (*Ballast Nedam Groep NB против државе – „Ballast Nedam“)*[195]. У овом предмету се радило о захтеву који је поднео белгијски суд за прелиминарном одлуком. Белгијски наручилац је одлучио да Ballast Nedam није био квалификован да изврши уговоре о јавним радовима у Белгији пошто је само холдинг предузеће без ресурса да câмо изврши радове. Ballast Nedam је тражио поништење те одлуке пред белгијским судовима, тврдећи да су наручиоци, према Директиви 71/305 о јавним радовима[196], у обавези да узму у обзир ресурсе зависних предузећа које холдинг компанија контролише и које би заправо извршиле радове сходно уговорима.

Суд је одлучио да холдинг предузеће које câмо не извршава радове него се ослања на своје подружнице које контролише не може по том основу бити искључено из учешћа у уговорима о јавним радовима.

---

195 Европски суд правде, пресуда од 14. априла 1994; [1994] ECR I-1289.
196 Једна од претходница актуелним директивама јавног сектора - 2004/18 и 2014/24.

Даље, Суд је одлучио да се при процени економске и финансијске способности, те техничког капацитета таквог предузећа, морају узети у обзир предузећа која припадају истој групацији ако фирма о којој се ради *„заправо има на располагању ресурсе тих предузећа за извршење радова“*. Да ли је фирма показала да заправо има те ресурсе на располагању је ствар коју решавају национални судови. Ова пресуда није заснована на експлицитним исказима у одредбама Директиве 71/305 него је правило изведено из опште сврхе правила и споредних одредби директиве којима се предвиђа да радови могу бити подуговорени.

Тумачење дато у овој пресуди је касније потврђено у другом предмету *Ballast Nedam* 1997. године (Ц-5/97, *Ballast Nedam Groep NB против државе, “Ballast Nedam II”)*[197]. Овај предмет се тицао захтева за прелиминарном одлуком Европског суда правде, а захтев је опет упутио белгијски суд који је тражио разјашњење претходног решења Суда правде у предмету С-389/92. Дешава се, ретко, али се ипак дешава да национални судови нису сигурни како да протумаче одлуке које је донео Суд правде у погледу питања која се тичу тумачења права Европске уније. Управо је то био случај овде. Белгијски суд је сматрао да постоји двосмисленост у начину на који је претходна пресуда Суда правде срочена. Веровао је да пресуда није разјаснила да ли су наручиоци у обавези да размотре ресурсе подружница у околностима изнетим горе, или им је само допуштено да то учине.

Суд је разјаснио у својој одлуци по овом предмету како је став да се од наручилаца заправо захтева да размотре ресурсе подружница у таквим околностима.

197 Европски суд правде, пресуда од 18. децембра 1997; [1997] ECR I-7549.

1.2. Предмет „Holst Italia“

У предмету **C-176/98**, (*Holst Italia против Ruhrwasser AG International Water Management, „Holst Italia“)*[198], Суд се бавио поступком јавне набавке коју је водио италијански орган државне управе по основу Директиве о услугама 92/50[199] за доделу уговора за управљање пречишћавањем воде и постројењима за прераду отпадних вода. Наручилац је поставио, између осталог, два услова:

- понуђач треба да испуни услов одређеног нивоа пословног промета, и

- понуђач би требало да има искуства у управљању макар једним постројењем за пречишћавање воде током претходне три године.

Успешни понуђач, Ruhrverband, није испунио ове услове сâм. Међутим, немачко јавно предузеће, Ruhrverband, које је (100%) у власништву једног од шест деоничара предузећа Ruhrwasser, је испуњавало услове изнете горе. Наручилац је закључио да су односи између Ruhrwasser-а и Ruhrverband-а такви да је понуђач у могућности да користи ресурсе и организацију Ruhrverband-а. Стога је наручилац закључио да би ресурсе и искуство Ruhrverband-а требало узети у обзир при одлучивању о томе да ли Ruhrwasser испуњава горепоменуте услове. Међутим, други понуђач, Holst Italia, је оспорио доделу уговора пред италијанским судом, тврдећи да понуду Ruhrwasser-а није требало прихватити јер то предузеће не испуњава услове. Да би се решио спор, италијански суд је упутио Европском суду правде питање о томе да ли Директива 92/50 допушта понуђачу да докаже своју квалификацију ослањањем на квалификације другог предузећа које је у целости у власништву једног од деоничара понуђача.

198 Европски суд правде, пресуда од 2. децембра 1999; [1999] ECR I-8607.
199 Претходница Директиве о јавном сектору 2004/18 и Директиве 2014/24.

У претходним предметима „*Ballast Nedam*“ и „*Ballast Nedam II*“, Суд је одлучио да се при процени економске и финансијске способности и техничког капацитета предузећа у групи морају узети у обзир предузећа која припадају истој групи, ако дато предузеће *„заправо има расположиве ресурсе тих предузећа за извршење радова“*. Суд је такође утврдио да национални судови одлучују о томе да ли је предузеће показало како заправо има те расположиве ресурсе.

Тврдило се да раније одлуке Суда нису нужно примењиве у овом предмету:

- пошто се тичу уговора о радовима, а не уговора о услугама, као што је то случај са актуелним предметом, и

- у претходним случајевима је понуђач који је тврдио како је у стању да се ослони на квалификације других у истој групи уживао доминантну позицију у групи (док је у овом предмету предузеће на које се понуђач ослањао заправо било само једно од шест деоничара самог понуђача).

Суд је, свеједно, утврдио како је основно начело да се предузеће може ослонити на квалификације других субјеката у свакој ситуацији где може показати да *„заправо има ресурсе тих других субјеката на свом располагању“*. Суд је такође нагласио да је правна природа везе између понуђача и субјеката на које се ослања ирелевантна. Суд је даље поновио да су национални судови надлежни да оцене да ли су пружени довољни докази о расположивости релевантних ресурса.

Резимирајмо судску праксу о којој смо расправљали горе:

Привредни субјекат који сâм не испуњава минималне услове за учешће у поступку јавне набавке – под извесним околностима – може се ослонити на способности трећих страна.

У том случају морају, међутим, бити испуњена два услова:

1. Наручилац мора проверити квалификованост привредног субјекта у складу са критеријумима које је сам прописао; та провера има сврху, поготово, да наручилац обезбеди да ће успешни понуђач уистину бити у стању да користи све оне ресурсе на које се ослања током периода важења уговора;
2. Предузеће које се ослања на те ресурсе, ради доказивања своје финансијске, економске и техничке способности, мора установити да заправо има на располагању ресурсе субјеката или предузећа чији није власник, а које сматра неопходним за извршење уговора.

1.3. Предмет „Siemens“ – ограничења у погледу подуговарања

Према судској пракси Суда правде Европске уније, привредни субјекти се такође могу ослонити, у сврху доказивања своје способности, на ресурсе својих вероватних подуговарача. Одредба тендерске документације којом се забрањује прибегавање подуговарању за материјалне делове уговора би била супротна одредбама директива о јавним набавкама. Тиме се, међутим, не спречава забрана или ограничавање коришћења подуговарања за извршење суштинских делова уговора управо у случају где наручилац није био у могућности да провери техничке и економске капацитете подуговарача при процењивању понуда. До таквог закључка је дошао Суд у предмету C – 314/01 („Siemens“)[200]. Суд је потцртао да се понуђач који тврди да на располагању има техничке и економске капацитете трећих страна на које намерава да се

200 Пресуда од 18. марта 2004, [2004] ECR стр. I-02549.

ослони ако му се додели уговор може искључити једино ако не успе да покаже да су му ти капацитети уистину на располагању.

Треба приметити да пресудом у предмету „Siemens“ нису разјашњене све недоумице о томе да ли наручилац има могућност да ограничи подуговарање, на пример, наметањем лимита за вредност услуга или радова које би понуђач могао да подуговори. Надајмо се да ће ово питање коначно бити разјашњено у пресуди која ће се донети у предмету C-406/14 (види доле нерешене предмете).

1.4. „Strong Segurança“ (C- 95/10) – примена правила о ослањању на ресурсе трећих страна у погледу неприоритетних услуга

У вези са предметом C- 95/10 („Strong Segurança“)[201], Суду су упућена питања о томе да ли је члан 47 (став 2) Директиве 2004/18 такође примењив на уговоре за услуге наведене у Анексу II B уз ту директиву (такозване неприоритетне услуге), упркос чињеници да то није очигледно на основу других релевантних одредби те директиве, поготово члана 21. Суд правде Европске уније је закључио да се директивом не успоставља непосредну обавезу за државе чланице да примене члан 47 (став 2) такође на неприоритетне услуге. Таква обавеза не проистиче ни из начела из уговора ЕУ попут конкуренције, транспарентности и једнакости. С друге стране, директива не спречава државе чланице и, вероватно, наручиоце да то примене у својим националним законодавствима и документима везаним за уговор. Другим речима, могуће је допустити понуђачима или кандидатима ослањање на ресурсе других субјеката и у случају уговора који су само делимично покривени директивама Европске уније.

201 Пресуда од 17. марта 2011, [2011] ECR стр. I-01865.

1.5. Предмет „SWM Construzioni“

Нешто скорије је Суд правде Европске уније расправљао о питању ослањања на ресурсе треће стране у предмету C-94/12, *SWM Construzioni 2 SpA, Manocchi Luigino DI protiv Provincia di Fermo*[202].

У овом предмету је италијанска комисија за заштиту права у поступку јавних набавки затражила прелиминарну одлуку од Суда у вези са усклађеношћу италијанских одредби са Директивом јавног сектора 2004/18. Према италијанским прописима, ако привредни субјекат жели да се ослони на ресурсе других субјеката да би доказао своју економску и финансијску способност за одређену категорију уговора о радовима, онда им је допуштено (уз веома ограничене изузетке) да се ослоне само на један субјекат.

Суд правде Европске уније је утврдио да таква општа одредба, којом се ограничава број других субјеката на које се дати привредни субјекат може ослонити да би показао своју финансијску и економску способност, није у складу са одредбама Директиве јавног сектора којом се захтева да се привредним субјектима допусти ослањање на ресурсе других субјеката ради доказивања овакве способности. Суд је такође уствpдио да се исто правило примењује у контексту доказа о техничкој/професионалној способности.

Суд је одлучио да таква одредба у италијанским прописима није у складу са горепоменутим одредбама директиве, које не предвиђају опште ограничење броја субјеката на које се дати привредни субјекат може ослонити. Суд јесте, међутим, назначио да могу постојати специфични случајеви где је допуштено ограничити број субјеката на чије се капацитете дати привредни субјекат ослања. Посебно је нашао да *„могу постојати радови с посебним условима који изискују известан*

---

202 СПЕУ пресуда од 10. октобра 2013.

капацитет који се не може остварити комбиновањем капацитета више од једног субјекта, а који би појединачно били неадекватни. Под таквим околностима, наручилац има оправдање да захтева минималан ниво капацитета који мора имати један привредни субјекат или, где је то прикладно, путем ослањања на ограничени број привредних субјеката“.[203] Суд је нагласио да такав захтев мора бити *„повезан и сразмеран предмету уговора о коме се ради“*.[204] Чини се да је такво ограничење допуштено једино када се примењује од случаја до случаја за специфичне уговоре.

Такође је занимљиво да је у овом предмету Суд експлицитно поменуо политику промовисања приступа средњих и малих предузећа (СМП) уговорима за јавне набавке. Суд је утврдио да *„такво тумачење такође олакшава укључивање малих и средњих предузећа на тржиште јавних набавки, што је циљ који је постављен у Директиви 2004/18, наведен у уводној напомени 32 преамбуле*”.[205] Може се приметити да се уводна напомена 32 односи само на промовисање малих и средњих предузећа у погледу одређених одредби о подуговарању у директиви, али је Суд тај циљ проширио како би се примењивао при тумачењу других одредби директиве.

203 Став 35 пресуде.
204 Ibidem.
205 Став 34 пресуде.

2. Нерешени предмети пред Судом правде Европске уније

2.1. Предмет „Apelski“ - специфичан случај ослањања на искуство

Тренутно се најмање два, три занимљива предмета налазе пред Судом правде Европске уније која се тичу питања о коме расправљамо у овој студији, а у тренутку писања ове студије Суд правде није донео своје пресуде по тим предметима. Први предмет C-324/14 („Apelski“), је у јулу 2014. године упутила пољска комисија за заштиту права у поступцима јавних набави[206], а у вези са уговором за одржавање улица у Варшави током лета и зиме у периоду од 2014. до 2017. године. Пошто ће се одговор од Суда правде вероватно добити крајем 2015. године, или почетком 2016. године, он ће бити користан за поменути поступак јавне набавке као „лањски снег“.[207] Несумњиво је, међутим, да ће бити од великог значаја за практичну примену одредби у вези са ослањањем на ресурсе трећих страна у предстојећим поступцима јавних набавки.

Према кратком опису чињеничног стања, јавна набавка за горепоменуте услуге је спроведена путем отвореног поступка уз коришћење електронске аукције. Предмет уговора је подељен у 8 делова за различите квартове Варшаве. Према тендерској документацији, од понуђача се захтевало да испуне следећи услов у вези са стручним знањем и искуством: током три године пре подношења понуда, понуђачи су морали

206 Национална комисија за жалбе је првостепено тело у Пољској задужено за разматрање жалби које подносе привредни субјекти; комисија за жалбе је препозната од стране Суда правде Европске уније као „суд“ у значењу Уговора о функционисању Европске уније; као таква комисија за жалбе је овлашћена да упути Суду правде Европске уније прелиминарна питања у вези са тумачењем права Европске уније.

207 Франсоа Вијон „Где ли је лањски снег?“ (François Villon *“Mais où sont les neiges d’anten?”*) у збирци „Тестамент“.

да пруже макар једну услугу у вези са зимским одржавањем путева у укупној вредности од најмање 1 милиона злота (око 250.000 евра).

У сврху процене овог услова, узете су у обзир само оне услуге за које је била потребна специјална техника, укључујући одлеђивање улица коришћењем натријум хлорида или мешавине натријум хлорида и калцијум хлорида.

Ако је понуђач подносио понуду за више од једне партије, морао је да испуни услов према коме се 1 милион злота (250.000 евра) множи са бројем партија за које је подносио понуду. Из објашњења наручиоца проистиче да је испуњење овог услова проверавано тако што је наручилац сабрао вредности различитих услуга које су навели понуђачи и потом поделио збир са 250.000 евра. На тај начин је наручилац утврдио за колико је партија понуђач задовољио прописани услов. Један од понуђача је приложио у понуди 14 различитих услуга где је у случају 12 таквих услуга навео како је заправо сâм пружио те услуге, док се у преостала два случаја ослонио на искуство другог предузећа. Такође је приложио изјаву према којој је предузеће које је пружило те две услуге ставило своје неопходне ресурсе на располагање понуђачу. Конкретно, то предузеће се обавезало да ће понуђачу обезбедити следеће услуге: *„саветодавне услуге које се састоје од обуке особља понуђача, давање савета понуђачу, укључујући подршку у решавању проблема до којих може доћи при извршењу датог уговора“*. Наручилац је захтевао детаљније информације о томе како ће се те услуге пружити у пракси. На тај захтев је понуђач одговорио да ће се оне састојати од давања савета и сугестија, кад год то ситуација буде изискивала. Наручиоца није уверило такво објашњење, те га није сматрао задовољавајућим (закључио је да ресурси треће стране заправо нису били на располагању понуђачу), и обавестио је понуђача како не испуњава поменути услов. Према мишљењу наручиоца, ресурси другог предузећа попут стручног знања и искуства, с обзиром на њихову природу, не могу се ставити на располагање без истинског ангажовања тог предузећа које поседује то стручно знање и искуство. Наручилац није прихватио ни делимично испуњење услова од стране понуђача (што би му омогућило да добије макар неке партије) и искључио га је из целокупног поступка. Није изненађујуће да је ову одлуку оспорио понуђач пред комисијом за

заштиту права у поступцима јавних набавки – Национална комисија за жалбе која је, са своје стране, одлучила да упути Суду правде Европске уније неколико питања у вези са тумачењем директива Европске уније о јавним набавкама.

Питања о којима треба да одлучује Национална комисија за жалбе (уз подршку Суда) тичу се могућности ослањања у поступку јавних набавки на капацитете трећих страна по основу члана 26 (став 2б) пољског Закона о јавним набавкама ради доказивања релевантне квалификације (селекција). У том члану стоји:

> *„Привредни субјекат се може ослонити на стручно знање и искуство, технички потенцијал, особље способно да изврши уговор, финансијску или економску способност других субјеката, без обзира на правну природу његових односа са таквим субјектима. У таквом случају, од привредног субјекта се захтева да докаже наручиоцу како ће имати на располагању неопходне ресурсе за извршење уговора, посебно прилажући у ову сврху обавезујућу изјаву тих субјеката да ће ставити неопходне ресурсе на располагање привредном субјекту у сврху извршења уговора.“*

У датом члану, који је требало да имплементира горепоменуту одредбу из Директиве 2004/18, експлицитно се помињу знање и искуство као услови ако се привредни субјекат жели ослонити на капацитете трећих страна. То је, додуше, подложно испуњавању извесних услова.

Пољска комисија за жалбе је упутила Суду правде Европске уније укупно 10 питања:

> *„1. Да ли се члан 48 (став 3) Директиве 2004/18 Европског парламента и Савета од 31. марта 2004. године о координацији поступака за доделу уговора за јавне радове, уговора за набавку добара и уговора за пружање услуга, заједно са чланом 2 исте директиве, може протумачити, у делу где стоји – „где је прикладно“ привредни*

субјекат се може ослонити на капацитете других субјеката, тако да покрива сваку ситуацију у којој одређени привредни субјекат нема вештине које захтева наручилац, а жели да се ослони на капацитете других субјеката? Или се назнака да се привредни субјекат може ослонити на ресурсе других субјеката „где је прикладно“ може посматрати као ограничење према коме се такво ослањање допушта само изузетно, а не као по правилу при достављању доказа о вештинама привредних субјеката у поступцима доделе јавних уговора?“

„2. Да ли се члан 48 (став 3) директиве, заједно са чланом 2 исте директиве, може протумачити тако да ослањање привредног субјекта на капацитете других субјеката у смислу њиховог знања и искуства „без обзира на правну природу веза које привредни субјекат има са њима“ и „имајући на располагању ресурсе“ тих субјеката значи да током извршења уговора привредни субјекат не мора имати везе са тим субјектима или може имати веома лабаве и нејасне везе, то јест, да може извршити уговор независно (без ангажовања другог субјекта) или се такво учешће може састојати од „давања савета“, „консултација“, обезбеђивања „обуке“ и слично? Или се члан 48 (став 3) мора тумачити тако да значи како субјекат на чије се капацитете привредни субјекат ослања мора заправо лично извршити уговор у мери у којој то одговара пријављеним капацитетима?“

„3. Да ли се члан 48 (став 3) директиве, заједно са чланом 2 исте директиве, може протумачити тако да значи како се привредни субјекат који поседује сопствено искуство, али у мањој мери него што би то желео да назначи наручиоцу (на пример, недовољно искуство за подношење понуде за цео уговор) може додатно ослонити на капацитете других субјеката ради побољшања своје ситуације у поступку јавне набавке?“

„4. Да ли се члан 48 (став 3) директиве, заједно са чланом 2 исте директиве, може протумачити тако да значи како у огласу јавне набавке или тендерским спецификацијама наручилац може (или чак мора) прописати правила по основу којих се привредни субјекат може ослонити на капацитете других субјеката, на пример на који начин привредни субјекти могу учествовати у извршењу уговора, на који начин се капацитет привредног субјекта и другог субјекта може комбиновати, и да ли ће други субјекат сносити заједничку одговорност са привредним субјектом за одговарајуће извршење уговора у мери у којој се привредни субјекат ослонио на његове капацитете?“

„5. Да ли начело једнакости и недискриминације привредних субјеката из члана 2 допушта ослањање на капацитете другог субјекта према члану 48 (став 3) где се комбинују капацитети два или више субјекта који појединачно немају капацитете у смислу знања и искуства које захтева наручилац?“

„6. Дакле, да ли начело једнакости и недискриминације привредних субјеката из члана 2 допушта тумачење чланова 44 и 48 (став 3) према коме се услови за учешће у поступку јавне набавке које је прописао наручилац могу само формално испунити у сврху учешћа у поступку набавке, а без обзира на праве вештине привредног субјекта?“

„7. Ако је допуштено поднети понуду за партије уговора, да ли начело једнакости и недискриминације привредних субјеката из члана 2 допушта привредном субјекту да, након подношења понуда, изјави – на пример у контексту допуне или образложења документације – за коју партију ће се користити ресурси наведени ради доказивања испуњености услова за учешће у поступку?“

„8. Да ли начело једнакости и недискриминације привредних субјеката и начело транспарентности из члана 2 допушта да се аукцијски поступак који је спроведен поништи и да се електронска аукција понови ако претходно није ваљано спроведена у погледу њеног суштинског аспекта, на пример, ако ако нису сви привредни субјекти који су поднели понуде били позвани да учествују?“

„9. Да ли начело једнакости и недискриминације привредних субјеката и начело транспарентности из члана 2 допушта да се уговор додели привредном субјекту чија је понуда одабрана на таквој аукцији, а да аукција није поновљена, ако није могуће утврдити да ли би учешће привредног субјекта који није узет у обзир изменио резултат аукције или не?“

„10. При тумачењу одредаба директиве, да ли је дозвољено користити садржај одредби Директиве 2014/24/ЕУ Европског парламента и Савета од 26. фебруара 2014. године о јавним набавкама и укидању претходне директиве, укључујући њену преамбулу, као водич за тумачење иако њен имплементациони период није истекао, а у мери у којој се њом појашњавају извесне претпоставке и намере законодавства Европске уније, уколико нису међусобно супротстављене?“

У суштини, питања упућена Суду правде Европске уније се тичу шест различитих тема.

Прво, општи принципи ослањања привредног субјекта, који не испуњава све услове наручиоца, на капацитете других субјеката ради испуњавања тих услова.

Друго, могућност ослањања на те капацитете у погледу услова који се тичу способности и искуства који се захтевају у одређеним поступцима набавки.

Треће, да ли наручиоци могу да установе специфична правила у вези са ослањањем.

Четврто, да ли је могуће, у случају да је набавка подељена у партије, да понуђач сугерише како би наручилац требало да процени искуство понуђача ако то искуство на које се позива понуђач није задовољавајуће за сврху извршења целокупног уговора.

Пето, поништавање електронске аукције ако су се десиле неправилности у поступку набавке пре саме електронске аукције. Шесто, и коначно, да ли је могуће ослонити се на одредбе нових директива о јавним набавкама пре истека периода за њихово транспоновање.[208]

У тренутку писања ове студије, овај предмет је још увек нерешен. До сада су представљена мишљења пољске и летонске владе, Европске комисије и предузећа које је поднело жалбу пољској комисији за заштиту права у поступцима јавних набавки. Усмено рочиште се већ десило, а државни правобранилац ће своје мишљење доставити у септембру 2015. године. Налаз Суда правде Европске уније се очекује касније ове године.

2.2. „Esaprojekt“ – даља разјашњења

Постоји други, сличан предмет у вези са прелиминарним питањима која је упутило пољско тело за жалбе у поступку јавних набавки (C-387/14 „Esaprojekt“).

Овога пута је пољска комисија за заштиту права у поступку јавних набавки упутила Суду правде Европске уније седам питања у вези са тумачењем права Европске уније у предмету који се тиче набавке за модернизацију и имплементацију новог ИТ система у болницама реги-

208 Земље Европске уније би требало да спроведу нове директиве најкасније до 18. априла 2016. године.

она Лоћ. Набавка је била подељена у три партије (три посла). Питање које Суд треба да размотри се тиче треће партије: куповина и набавка интегрисаног ИТ система за такозвани административни део болнице („сиви“ део) и медицински део („бели“ део). Један од услова које су понуђачи требало да задовоље јесте искуство у извршењу макар два уговора којима су се покривале набавке, постављање, конфигурисање и имплементација интегрисаног ИТ система за болницу с најмање 200 кревета, у вредности не мањој од 450.000 злота (бруто цена). Како би показали да је овај услов испуњен, од понуђача је затражено да доставе листу услуга које су пружили током претходне три године. Спор је настао између предузећа чија понуда није изабрана (Esaprojekt) и понуђача чија је понуда одабрана као најбоља (Komputer Konsultant). Током поступка Komputer Konsultant је поднео доказе о пружању две услуге (које су пружене у конзорцијуму с другим предузећем). Esaprojekt је оспорио поузданост ове информације назначавајући да је услуга пружена по основу два засебна уговора (посебно за „бели“ и „сиви“ део). Након што је наручилац затражио разјашњење, понуђач је поднео нову листу услуга, овога пута се ослањајући на ресурсе другог предузећа (уговори предузећа Medinet Systemy Informatyczne са две различите болнице). Опет је ова понуда изабрана као најбоља. Наручилац је закључио да је услов у вези са искуством задовољен захваљујући уговору наведеном у првој листи у оквиру кога је услуга пружена унутар конзорцијума са предузећем Konsultant IT и уговору извршеном у конзорцијуму са *Medinet Systemy Informatyczne* наведеном на другој листи.

Није представљало изненађење чињеница да је одлуку о додели уговора оспорило предузеће Esaprojekt пред пољском комисијом за заштиту права у поступцима јавних набавки, захтевајући да се, најпре, Komputer Konsultant искључи из поступка због лажног представљања чињеница. Друго, услов везан за искуство није био задовољен, према овом понуђачу, пошто се успешни понуђач ослонио на ресурсе треће стране где је треће предузеће ставило на располагање понуђачу своје ресурсе у смислу подршке извршењу уговора у својству „саветника“ и „консултанта“.

При разматрању жалбе, пољска комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки је имала извесне недоумице у погледу следећа три питања:

1. испуњеност услова везаног за искуство,

2. могућност ослањања на искуство другог предузећа ради доказивања да је тај услов задовољен,

3. искључивање понуђача из поступка по основу лажног представљања у поднетим документима.

Пољско тело за жалбе је упутило Суду правде Европске уније следећа питања:

> *„1. Да ли члан 51 Директиве 2004/18 Европског парламента и Савета од 31. марта 2004. године о координацији поступака за доделу уговора за јавне радове, уговора за набавку добара и уговора за пружање услуга, заједно са начелом једнакости и недискриминације привредних субјеката и начелом транспарентности из члана 2 исте директиве, допушта привредним субјектима, при разјашњавању или допуни докумената, да се позову на извршење уговора (тј. пружених услуга) који су другачији у односу на оне на које се позвао на листи набавке добара приложеној у тендерској документацији, и конкретно, да ли се може позвати на извршење уговора другог субјекта чије ресурсе није навео да ће користити у поступку јавне набавке?“*
>
> *„2. У светлу пресуде Суда правде у предмету Манова [2013] ЕЦР, према којој се „принцип једнакости мора тумачити тако да не спречава наручиоца да затражи од кандидата, након истека рока за подношење понуда, да достави документе који описују ситуацију тог кандидата – попут копије објављеног биланса стања – а за који се може објективно показати да потиче из периода пре истека рока, све док није изричито прописано у уговорној*

документацији да ће се таква понуда одбацити уколико такви документи нису приложени", мора ли се члан 51 директиве тумачити тако да значи да је допуна докумената могућа само ако се то тиче докумената за које се може објективно показати да потичу из периода пре истека рока за подношење понуда или захтева за учешћем у поступку, или да је Суд правде утврдио само једну могућност, те да је допуна докумената могућа такође и у другим случајевима, на пример, прилагањем докумената који не потичу из периода пре истека рока, али који објективно потврђују испуњење услова?"

„3. Ако је одговор на питање бр. 2 да је допуна докумената у том погледу, поред оне наведене у пресуди у предмету Манова, могућа, да ли је могуће допунити документацију путем додавања докумената које су саставили привредни субјекат, подуговарач или други субјекти на чије се капацитете привредни субјекат ослања, ако нису поднети заједно с понудом?"

„4. Да ли члан 44 директиве, заједно са чланом 48 (став 2) (а) исте директиве и начелом једнакости привредних субјеката из члана 2, допушта ослањање на ресурсе другог субјекта, како је то наведено у члану 48 (став 3), комбиновањем знања и искуства два субјекта која, појединачно, не поседују знање и искуство које захтева наручилац, ако се то искуство не може делити (то јест, услов за учешће у поступку привредни субјекат мора испунити у целости) и ако се извршење уговора не може делити (чини једну целину)?"

„5. Да ли члан 44 директиве, заједно са чланом 48 (став 2) (а) исте директиве и начелом једнакости привредних субјеката из члана 2, допушта ослањање на искуство групе привредних субјеката на начин где се привредни субјекат који је извршио уговор као један у групи привредних субјеката може ослонити на извршење уговора од стране те

групе, без обзира на то какво је учешће датог привредног субјекта у извршењу тог уговора било, или се може ослонити само на искуство које је сâм заправо стекао при извршењу дела уговора за који је био задужен унутар те групе?“

„6. Да ли се члан 45 (став 2) (г) Директиве 2004/18/ЕЗ, у коме стоји да се сваки привредни субјекат који је одговоран за озбиљно лажно представљање података при достављању или недостављању информација може искључити из поступка, може протумачити тако да се искључује из поступка привредни субјекат који је доставио нетачну информацију која је утицала, или је могла утицати, на исход поступка, при чему се одговорност за лажно представљање података састоји у самом достављању наручиоцу чињенично нетачних информација који утичу на одлуку наручиоца у погледу искључења привредног субјекта (и одбацивања његове понуде), без обзира да ли је то привредни субјекат учинио с намером и познавањем чињеничног стања или није имао то сазнање него је до тога дошло због несмотреност, немара или неуспеха у вршењу дужних провера? Могуће је сматрати „одговорним за озбиљно лажно представљање података при достављању тражених информација... или недостављање таквих информација“ једино оног привредног субјекта који је поднео нетачну (чињенично нетачну) информацију, или такође и оног привредног субјекта који је доставио тачне информације, али је то учинио ради задовољавања наручиоца да испуњава услов који је наручилац прописао, иако га не испуњава?“

„7. Да ли члан 44 директиве, заједно са чланом 48 (став 2) (а) исте директиве и начелом једнакости привредних субјеката из члана 2, допушта ослањање привредног субјекта на искуство тако што се ослања заједнички на два или више уговора као да је то јединствен уговор о јавној набавци, упркос чињеници да наручилац није навео такву могућност у огласу о јавној набавци или у спецификацијама?“

Формално има седам питања, али се она своде на три главне теме:

1. Питања бр. 1, 2 и 3 имају за циљ разјашњење да ли директиве Европске уније допуштају, или супротно – забрањују, ситуацију у којој понуђач, када наручилац захтева од њега разјашњење и допуну докумената, достави, ради доказивања испуњења услова везаног за искуство, нови скуп докумената, укључујући ново предузеће које ће ставити на располагање понуђачу капацитете и ресурсе неопходне за извршење датог уговора.

Подсетимо се да члан 51 директиве 2004/18 каже како наручиоци *„могу позвати привредне субјекте да допуне или разјасне сертификате и документе поднете сходно члановима 45 до 50“.*[209] О томе се расправља у другој студији коју је припремила SIGMA, но Суд је свакако расправљао раније о питању допуњавања и разјашњења у контексту понуде, али не у погледу докумената којима се потврђује испуњеност услова за учешће у поступку јавних набавки (поготово у предметима C-599/10 – *„SAG ELV Slovensko” и* C-42/13 *„Cartiera dell'Adda SpA”)*. Штавише, у предмету C-336/12 (*„Manova”*), Суд је утврдио да наручилац може захтевати од понуђача да разјасни или допуни тачну информацију приложену у понуди, уколико се то тиче информација или података који су објављени у вези са ситуацијама које су се објективно десиле пре рока за подношење понуда или позива за учешће у поступку. Чини се да ће у овом случају Суд правде Европске уније одговорити да директива не забрањује подношење од стране понуђача, у процесу допуне и разјашњавања, нових докумената који се тичу услова за учешће, укључујући нову потврду треће стране да ће ставити на располагање понуђачу своје ресурсе, уколико, међутим, таква могућност неће за последицу имати неоправдано фаворизовање било ког учесника у поступку јавне набавке.

---

209 Тј. у вези са личном ситуацијом кандидата или понуђача, економском и финансијском способношћу, техничком и/или професионалном способношћу, стандардима обезбеђивања квалитета и стандардима управљања заштитом животне средине.

2. У питањима број 4, 5 и 7, пољска комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки тражи мишљење Суда правде Европске уније о томе како проценити да ли је услов везан за искуство испуњен у случају да се понуђач ослања на искуство другог предузећа. Конкретно, пољска комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки жели да се разјасне различита питања о којима је Суд већ расправљао у предмету C-94/12 (*„SWM Construzioni 2”*). У поменутој пресуди, Суд правде Европске уније је утврдио да директива допушта комбиновање ресурса два или више предузећа ако се задовољи захтев наручиоца да ће понуђач који се ослања ресурсе других предузећа имати стваран приступ тим ресурсима који су неопходни за извршење датог уговора. Суд правде Европске уније је засновао своје тумачење на сврси директиве, а то је да се додатно отвори тржиште јавних набавки у смислу конкуренције (тј. према малим и средњим предузећима). Суд правде Европске уније је такође додао како постоје врсте радова које изискују посебне квалификације, а које се не могу прибавити путем простог комбиновања квалификација нижег нивоа већег броја предузећа. У таквом случају, наручилац може захтевати да минимални ниво компетенција задовољи један понуђач или ограничени број понуђача који подносе заједничку понуду. Међутим, такав услов би требало да буде везан за предмет дате набавке и требало да буде сразмеран. У сваком случају, такав услов представља изузетак у односу на опште правило.

Питање број 5 се односи на искуство у случају где уговор извршава група привредних субјеката (конзорцијум). У суштини, пољска комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки пита да ли је могуће да се, рецимо, предузеће А, које подноси понуду за које је нужно извесно искуство, ослања на уговор који је извршен у прошлости заједно са предузећем Б. Ако то јесте могуће, да ли постоје услови који би овакво ослањање учинили делотворним? То је повезано са практичним проблемима о којима је пољска комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки расправљала (види доле). У већини случајева, према пољској судској пракси, тумачење је (вероватно погрешно) да предузеће које је извршило одређени уговор заједно са другим предузећем може тврдити да је извршило целокупан уговор, без обзира на то колики је био њен удео у извршењу тог уговора. Постоје издвојена мишљења, додуше, према којима предузеће које је одређени уговор извршило

заједно са другим предузећем може тврдити да поседује искуство једино у односу на радове или услуге које је само извршило или пружило.

3. Коначно, питањем број 7 се жели установити да ли је могуће посматрати два засебна уговора који се међусобно допуњавају и који су били закључени са истим наручиоцем као један уговор. У датом предмету, оба дела су била свеобухватна, међусобно су се допуњавала и извршена су истовремено. Штавише, наручилац је изда потврду о ваљаном извршењу уговора. Према мишљењу пољске комисије која је упутила питања Суду правде Европске уније, понуђач који је пружио релевантну услугу, али по основу два засебна уговора, стекао је релевантно искуство. У супротном случају, то би представљало претерани формализам ако би се сматрало да понуђач не поседује тражено искуство само због чињенице да су потписана два уместо једног уговора.

У веома занимљивом питању број 6 (иако њега не покрива тема наше студије), пољска комисија за заштиту права у поступку јавних набавки тражи тумачење члана 45 (став 2) г) Директиве 2004/18 према коме се сваки привредни субјекат може искључити из учешћа у извршењу уговора ако је *„одговоран за озбиљно лажно представљање тражених података (...) или ако није поднео те информације“*. Чини се да би искључење требало применити не само ако је понуђач доставио лажне документе него и у оним случајевима где је понуђач поднео неистините информације како би уверио наручиоца да би требало управо том понуђачу доделити уговор. Другим речима, одредба може покривати било какву ситуацију где понуђач подноси информације које не одговарају чињеничном стању.

Пресуду у овом предмету ће Суд правде Европске уније вероватно донети крајем 2015. или у 2016. години.

2.3. C-406/14 – поновно разматрање подуговарања

Коначно, постоји трећи предмет пред Судом правде Европске уније који је упутио пољски суд. Овога пута се ради о регионалном управном суду. Предмет је заведен под ознаком C-406/14 и тиче се два питања. Прво је делимично релевантно за тему ове студије и односи се на ограничења подуговарања. Ако би то строго посматрали, ово није питање које би требало да покрива наша студија, али као што је то објашњено горе, понуђачи могу доказати своју квалификованост тако што ће прибећи подуговарању. Ако је то тако, било каква ограничења у вези са подуговарањем дотичу се питања ослањања на ресурсе трећих страна.

Јавна набавка у том предмету се тицала изградње обилазнице око града Вроцлава. Уговор је суфинансиран из фондова Европске уније. У тендерској документацији наручилац је навео да би најмање 25% уговора требало да непосредно изврши успешни понуђач. Другим речима, до 75% уговорених радова на изградњи обилазнице око Вроцлава може бити предмет подуговарања, али би преосталу четвртину радова требало да изврши са̂м уговарач. Занимљиво је да су такав услов прихватиле грађевинска предузећа (наизглед као нешто природно) – није било жалби; ниједно предузеће није било искључено због неиспуњавања овог услова. Коначно, конкуренција је била прилично јака (7 понуда је поднесено, а то је у пољским условима пуно). Међутим, пошто се уговор финансирао из фондова Европске уније, био је предмет надзора у смислу релевантног мониторинга путем кога је требало обезбедити да се правила Европске уније поштују. Орган за мониторинг је дошао до закључка да такво ограничење у погледу подуговарања није допуштено према прописима Европске уније и наметнуо је наручиоцу финансијске корекције (лимитирајући на тај начин доступна средства). Ову одлуку је оспорио наручилац пред судом који је са своје стране затражио тумачење прописа Европске уније од Суда правде.

Суд је затражио одговоре од Суда правде Европске уније на два прелиминарна питања:

"1. У светлу члана 25 Директиве 2004/18 Европског парламента и Савета од 31. марта 2004. године о координацији поступака за доделу уговора за јавне радове, набавку добара и пружање услуга, да ли је наручиоцу допуштено да пропише у тендерским спецификацијама како се од привредног субјекта захтева да изврши најмање 25% радова из уговора користећи сопствене ресурсе?

2. Ако је одговор на прво питање негативан, да ли примена услова описаног у горњем питању у поступку доделе уговора за последицу има кршење одредби из прописа Европске уније која оправдава наметање финансијских корекција сходно члану 98 Уредбе Савета (ЕЗ) бр. 1083/2006 од 11. јула 2006. године којом се утврђују опште одредбе о Европском регионалном развојном фонду, Европском социјалном фонду и Кохезионом фонду и укида Уредба (ЕЗ) бр. 1260/1999?"

У свом поднеску Суду правде Европске уније, пољски управни суд се позвао на горепоменути предмет *„Siemens"*, тврдећи да се пресудом која је тада донета у овом предмету није разјаснило да ли је могуће увести ограничење попут максималне вредности из уговора за коју се могу ангажовати трећа лица.

Одговор Суда правде Европске уније ће бити веома користан јер би требало да разјасни било какве преостале недоумице у погледу ове врсте ограничења. Несумњиво ће такође имати утицаја на законе и праксу значајног броја земаља Европске уније где се ограничења у погледу максималне вредности (изражене кроз процентуални удео у укупној вредности уговора) примењују (Шпанија, Португалија, Италија).

IV. Закони и пракса одабраних земаља Европске уније

1. Пољска

1.1. Законске одредбе везане за питање ослањања на треће стране

Питање квалификације и одабира привредних субјеката је међу темама о којима се води најживља дебата у Пољској, поред вероватно примене само критеријума најниже цене. Погрешна примена ових правила се наводи као разлог за многе недаће пољских јавних набавки (низак квалитет услуга и радова, подношење абнормално ниских понуда, стечај предузећа која извршавају уговоре, кашњења у извршењу уговора, итд.). Конкретно се сматра да су примењиве одредбе о ослањању на ресурсе трећих лица исувише либералне (у већини случајева) или да су превише строге. Одредбе које се тичу тема које покрива ова студија припадају најчешће мењаним одредбама пољског Закона о јавним набавкама (ЗЈН).[210]

210 Закон о јавним набавкама који је усвојен 2004. године, непосредно након уласка Пољске у Европску унију, је мењан, у просеку, 4 до 5 пута годишње; има одредби које су мењане 3 и више пута током протеклих 10 година; Закон о јавним набавкама би требало да буде замењен у априлу 2016. године новим законом којим се транспонују директиве из 2014. године, али не треба искључити доношење амандмана на постојећи закон уместо усвајања новог.

Релевантна одредба (члан 26 (став 26)[211] Закона о јавним набавкама гласи (из августа 2014. године):

> *„Привредни субјекти се могу ослонити на знање и искуство, технички потенцијал, особље способно да изврши уговор, финансијске или економске способности других субјеката, без обзира на правну природу њихових односа са тим субјектима. У том случају, од привредног субјекта се захтева да докаже наручиоцу како ће имати на располагању ресурсе неопходне за извршење уговора, поготово подносећи у ову сврху писмену изјаву тих субјеката којом се обавезују да ће ставити на располагање привредном субјекту неопходне ресурсе ради извршења уговора."*

Раније, у овој одредби, која је усвојена 2009. године (и која је заменила одредбе претходно измењене 2008. године) нису се наводили економске капацитети (за разлику од Директиве ЕУ 2004/18). У то време се закон тумачио тако да је привредни субјекат требало да сâм докаже како испуњава услове у погледу економске способности без могућности да се ослони на ресурсе других предузећа. Као таква, ова одредба критикована због неусклађености са правом Европске уније. Пољска комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки је усвојила у својим решењима додуше проевропско тумачење поменутих правила тврдећи да је ослањање на економске ресурсе трећих лица могуће непосредно по основу директива ЕУ. Такво тумачење је такође усвојено у случају уговора који су суфинансирани фондовима ЕУ када је постојао ризик од финансијских корекција ако се правила не буду примењивала у складу с директивама ЕУ. У сваком случају, ова празнина је попуњена амандманом на закон у 2014. години.

---

211 Пошто је Закон о јавним набавкама мењан на десетине пута, укључујући транспоновање различитих директива Европске уније почевши од директива из 2004. године, преко директива о правним лековима, директива о јавним набавкама у сектору одбране и безбедности, и тако даље, многи чланови и делови чланова су означени словима абецеде – а, б, ц (....); када је Директива 2009/81 транспонована у Закон о јавним набавкама, скоро је целокупна пољска абецеда „искоришћена" у ту сврху (види чланове 131a-131w).

Стога се ослањање на ресурсе трећих страна у Пољској примењује у погледу:

- *знања и искуства,*
- *техничког потенцијала,*
- *особља способног да изврши уговор,*
- *финансијских и*
- *економских способности других субјеката.*

Једини случај када се ослањање на трећу страну имплицитно искључује је у погледу овлашћења за вршење специфичне активности. Та овлашћења се додуше издају специфичним субјектима (те се стога не могу пренети без преноса целокупног субјекта). Привредни субјекат може или не мора бити овлашћен да врши специфичну активност, али у овом другом случају не може „позајмити" овлашћење од треће стране. Чини се да је такво решење савршен у складу са Директивом 2004/18[212] и Директивом 2014/24[213].

Ослањање је подложно, додуше, одређеним условима. Од привредног субјекта који жели да се ослони на ресурсе који му не припадају се захтева да докаже наручиоцу да ће имати на располагању ресурсе неопходне за извршење уговора. Закон не прецизира како се доказује да су ти ресурси расположиви. Ипак се могу пронаћи неке назнаке. Конкретно се каже да би привредни субјекат требало да докаже *„поготово достављајући у ову сврху писмену изјаву тих субјеката којом се обавезују да ће ставити на располагање ресурсе привредно субјекту*

212 Члан 46 који се бави „квалификованошћу да се обавља професионална делатност", а коме ова овлашћења припадају, нема еквивалент одредбама о ослањању које се могу пронаћи у члану 47 (економска и финансијска способност) и члану 48 (техничка и/или професионална способност).

213 У члану 63, који се конкретно бави питањем ослањања на ресурсе трећих лица, не помиње се квалификација у погледу професионалне способности као потребан услов тамо где би такво ослањање требало допустити.

у сврху извршења уговора". Коришћењем речи „поготово" се у закону имплицира да је то само пример, те да су други методи доказивања таквог ослањања стварни и допуштени. Често се дешава да се доказивање овог ослањања остварује у виду писмене обавезе која се ограничава навођењем да би требало да буде јасно како се неопходни ресурси стављају на располагање привредном субјекту *„у сврху извршења уговора"*.

Те одредбе су допуњене имплементирајућим правилима усвојеним на темељу Закона о јавним набавкама којима се прописују врсте докумената које наручиоци могу захтевати од кандидата или понуђача.[214]

У ставу 1, ставка 6, поменутог правилника стоји следеће:

> *„Ако привредни субјекат, при потврђивању испуњености услова наведених у члану 22, став 1, акта [услови учешћа], зависи од ресурса других субјеката [додата емфаза] према правилима наведеним у члану 26, став 2б, акта [тј. горепоменутог правилника о ослањању на треће стране], наручилац, да би проценио који ће привредни субјекат користити ресурсе других субјеката на начин неопходан за ваљано извршење уговора и утврдио да ли однос између привредног субјекта и тих субјеката гарантује стваран приступ тим ресурсима, може захтевати:*
>
> *1) у случају услова наведених у члану 22, став 1, тачка 4, акта – документе поменуте у ставу 1, тачке 9-11, као и други документе који се односе на финансијску и економску способност, прописану у огласу о јавној набавци или спецификацији суштинских услова уговора*

214 Уредба председника владе од 19. фебруара 2013. године о врстама докумената које наручилац може захтевати од привредног субјекта и формама у којима се ти документи могу поднети (Правосудни гласник за 2013. годину, ставка 231).

2) документе који се поготово односе на:

а) обим ресурса другог субјекта који су на располагању привредном субјекту,

б) начин коришћења тих ресурса другог субјекта при извршењу уговора од стране привредног субјекта,

ц) природу односа између привредног субјекта и другог субјекта,

д) обим и трајање учешћа у извршењу уговора другог субјекта.“

Према горепоменутим правилима, наручилац може оценити да ли ће привредни субјекат, који жели да се ослони на ресурсе (капацитете) других субјеката, *„уистину располагати ресурсима других субјеката на начин неопходан за ваљан извршење уговора и да ли однос између привредног субјекта и тих субјеката гарантује стваран приступ њиховим ресурсима“*. Као што је то већ поменуто, према Закону о јавним набавкама, заснованом у овом случају на директивама, природа правних веза које повезују привредни субјекат и друге субјекте није релевантна. То значи да наручилац не може инсистирати унапред на одређеној врсти везе, остављајући то дискреционом праву (или домишљатости понуђача). Те везе могу попримити следеће видове:

- уговорне обавезе (нпр. изнајмљивање опреме),
- стављање на располагање понуђачу одређеног особља треће стране, или
- укључивање треће стране као подуговарача.

Наручиоцу је дозвољено, међутим, узимајући у обзир конкретан случај, да процени да ли ће везе са другим субјектом понуђачу допустити да има истински приступ тим ресурсима. Другим речима, може

се десити да у датом случају наручилац остане скептичан у погледу тога да ли информација о тим везама коју је поднео понуђач доказује стваран приступ тим ресурсима. То се може односити на услов у вези са знањем и/или искуством где би наручилац могао да лоше оцени информацију коју му је пружио понуђач у погледу „консултација и савета“ који су му на располагању. Тако је због тога што је искуство неодвојиво везано за лице (субјекат) које га је стекло, те не може бити предмет комерцијалне трансакције на исти начин на који то може бити, рецимо, техничка опрема.

Да би проценио да ли су уистину ресурси на располагању понуђачу, наручилац може захтевати информацију (документе) који се тичу:

а) обима ресурса другог субјекта који су доступни привредном субјекту (тј. да ли се ради о финансијским ресурсима, особљу, опреми или нечему другом),

б) начина коришћења ресурса другог субјекта од стране привредног субјекта при извршењу уговора,

ц) природе односа између привредног субјекта и другог субјекта (уговор, споразум о сарадњи),

д) обима и трајања учешћа другог субјекта у извршењу уговора (како би се проверило да ли су ти ресурси на располагању онолико дуго колико је то потребно).

Терет доказивања да су услови које је прописао наручилац испуњени путем ослањања на капацитете треће стране (способности, ресурси) је на понуђачу.

У погледу конкретних случајева ослањања на искуство и знање у пракси, такво ослањање би требало да попримі форму ангажовања треће стране на извршењу уговора или једног његовог дела (не нужно путем подуговарања). Мада треба уочити да је судска пракса (решења

органа за жалбени поступак) овде подељена. У неким случајевима је пољска комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки заузела либералнији приступ оваквом ослањању и, разматрајући конкретан предмет, би оценила да би приступ саветима искуснијег предузећа у виду консултација требало да буде довољан.

1.2. Ослањање на подуговарање

Непосредно укључивање треће стране у извршење уговора нас доводи до питања подуговарања. Према актуелном пољском закону, правило је да би подуговарање увек требало да буде допуштено, а да ограничења подуговарања буду изузетак од правила.

Према члану 36а Закона о јавним набавкама:

> *„1. Привредни субјекат може поверити извршење дела уговора подуговарачу.*
>
> *2. Наручилац може прописати обавезу непосредног извршења од стране привредног субјекта:*
>
> *1) суштинских (кључних) делова уговора о радовима или услугама;*
>
> *2) постављања и уградње по основу уговора о набавци добара.*
>
> *3. Резерва, наведена у ставу 2, се не примењује у оној мери у којој се привредни субјекат ослања на ресурсе другог субјекта, према правилима наведеним у члану 26, став 2б, а како би се доказала испуњеност услова, наведена у члану 22.”*

Ограничења која се тичу подуговарања односе се на два случаја:

a) извршење суштинских (кључних) делова уговора (у свим врстама уговора) и

b) постављање и уградња у случају уговора о набавци добара.

Ова одредба усвојена 2014. године представљала је покушај (чини се да није баш била сасвим успешна)[215] да се транспонује горепоменути члан 63 (став 2) Директиве 2014/24. С друге стране, ова одредба не допушта ограничавање подуговарања у случају где привредни субјекти користе подуговараче управо да би доказали да су у стању да изврше дати уговор. Другим речима, ако наручилац инсистира на непосредном извршењу уговора (јер може имати ваљане разлога за то), понуђачу је и даље дозвољено да не уважи овај услов у оним случајевима где није у стању да изврши уговор без подршке потенцијалних подуговарача.

1.3. Пољска судска пракса

Као што је то већ назначено на почетку овог одељка, то питање има истакнуту улогу у судској пракси пољског тела за жалбени поступак. Постоје десетине решења која се доносе сваке године у вези са успешним[216] или неуспешним ослањањем на ресурсе трећих страна. Уочавају се у суштини два тренда у јуриспруденцији, поготово у погледу ослањања на искуство и знање.

---

215 Благо речено. Будимо отворени, ова одредба просто није у складу са новом директивом јер допушта ограничења подуговарања ако је повезано са кључним пословима у склопу делатности постављања и уградње. Види члан 63 (став 2) директиве.

216 Чак и ако би наручилац прихватио информацију понуђача који је изнео тврдње у погледу ослањања на ресурсе другог предузећа за које други учесници у поступку могу тврдити да су лажне или тело за мониторинг поступка (на пример, Управа за јавне набавке) може доћи до закључка да је наручилац био попустљив када је прихватио објашњења понуђача.

Уобичајено је да постоји консензус према коме је на понуђачу (кандидату) да докаже како уистину испуњава услове наручиоца путем ослањања на капацитете треће стране. Није довољно ако понуђач тек понови дефиниције које се у закону користе, а цитиране су горе. Ако понуђач не одговори на све захтеве неувереног наручиоца за разјашњењем или ако достави само неодређену информацију, наручилац не би требало да има било каквих проблема да одбаци његову понуду. Евалуација квалификација није пуки формализам него би требало да тежи процени да ли је привредни субјекат дорастао задатку. Пољска комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки остаје подељена, додуше, у смислу да ли ослањање на искуство или знање изискује да страна на коју се ослањање врши мора бити укључена у извршење уговора или то није (увек) случај.

Један, стриктнији, став је да је такво учешће у извршењу уговора неопходно, али да не мора нужно имати форму подуговарања. Други, либералнији, став је да то зависи од случаја до случаја, те да постоје ситуације где такво учешће није неопходно и где су други видови обезбеђивања знања и искуства довољни (на пример, консултације, савети, пренос стручног знања, итд.), без директног учешћа у извршењу уговора. Чак и у том случају, подршка другог предузећа у форми знања и искуства треба да буде стварна, иначе је ослањање на ресурсе тог предузећа само *на папиру*. Како то треба доказати зависи од случаја до случаја.

1.4. Ослањање на капацитете трећих страна при изради „ужег списка кандидата“

Још једно занимљиво питање је ослањање на ресурсе трећих страна када наручилац спроведе такозвану израду *ужег списка кандидата.* У поступцима попут рестриктивног поступка, конкурентног дијалога или преговарачког поступка са објављивањем позива за подношење понуда, наручиоци, поред постављања минималних услова које сви кандидати треба да задовоље ако желе да прођу прву фазу поступка (или

преговора) могу одлучити, унапред, да ће само један ограничени број привредних субјеката бити позван (х, где х није мање од 5).[217] У случају да је број квалификованих кандидата већи од тог броја, наручилац не позива све њих него један ограничени број једнак броју назначеном у огласу о јавној набавци. Овај процес се обично назива израдом „ужег списка кандидата“. Ако се примењује израда „ужег списка кандидата“, мора се одлучити унапред које ће критеријуме наручилац користити да би одабрао (ужи списак) оне који ће бити позвани. І то је тренутак када питање ослањање на капацитете трећих страна поновно постаје релевантно. Било је случајева у Пољској где су се привредни субјекти (успешно) ослањали на капацитете трећих предузећа (понекад на ресурсе истих предузећа као и њихови конкуренти) ради стицања више поена у погледу техничке и професионалне способности или економске и финансијске способности и обезбедили на овај начин своје место у другој фази поступка. Таква пракса је за последицу имала „трговину референцама“ где су се предузећа надметала користећи на десетине референци трећих лица.

Ситуација се променила 2013. године када је усвојен амандман на Закон о јавним набавкама према коме:

> *„ако број привредних субјеката који испуњавају критеријуме за учешће у поступку надмашује број назначен у огласу о јавној набавци, наручилац ће позвати привредне субјекте одабране на објективан и недискриминаторни начин да поднесу своје тендере“.*

Ова се одредба тумачи кроз судску праксу тако да се наручиоцу допушта да узме у обзир, у сврху израде „ужег списка“, само „сопствене“ ресурсе кандидата.

217 Требало би да их је макар три у конкурентном дијалогу и преговарачком поступку.

Став пољске комисије за заштиту права у поступку јавних набавки је следећи:

Да би се испунили минимални услови наручиоца, привредним субјектима је допуштено да се ослоне на треће стране, односно не може им се ускратити то право јер би то било противно пољском закону и прописима Европске уније. Међутим, након што наручилац изради ужи списак и позове у другу фазу поступка само ограничени број кандидата, он може применити различите критеријуме који би се користили као минимални услови. Ти критеријуми нису прописани законом него их наручилац користећи своје дискреционо право може прописати, али би свакако морали бити транспарентни и недискриминаторни. Сходно поменутој судској пракси, наручиоцу је допуштено да не узме у обзир (у сврху израде ужег списка) оне капацитете које су ставила на располагање трећа лица него само сопствене ресурсе кандидата.

Логика која се примењује је следећа: ослањање на капацитете трећих страна би требало да омогући привредним субјектима да докажу како су у стању да изврше уговор. Након што су ти минимални услови испуњени, ресурси које су трећа лица ставила на располагање понуђачу/кандидату нису релевантна и наручиоцима је допуштено да не процењују капацитете трећих страна него да „промовишу“, на пример, она предузећа која имају више сопственог искуства, а не захваљујући трећим лицима. Ранија судска пракса којом су се утврђивали критеријуми и услови који се могу применити у ту сврху није правила разлику у односу на ефекте ослањања на ресурсе трећих страна. Другим речима, привредни субјекти који желе да добију позив за учешће у поступку који се састоји од две фазе могу затражити да се ово позивање на капацитете других предузећа узима у обзир не само при провери испуњености минималних услова него и у сврху одлучивања о „ужем списку“.

1.5. *Конкретан случај искуства стеченог унутар групе привредних субјеката*

Има више предмета у којима се пољска комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки бавила дилемом предоченом горе из предмета C-387/14 "Esaprojekt". Проблем о коме се расправљало у тим предметима је како се односити према искуству на које се понуђач позива, а који га је стекао пружајући извесне услуге или извршавајући радове заједно са другим предузећима (као група, „конзорцијум"), те се потом пријављује за други уговор само овога пута сâм или заједно с другим предузећима, али различитим у односу на раније прилике. У различитим предметима је пољска комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки одлучила да члан конзорцијума може користити (све) документе (потврде, референце) које је издао наручилац потврђујући да је уговор ваљано извршен. Сходно судској пракси пољске комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, предузеће може користити без икаквих ограничења све референце које је добило за извршење тих радова, чак и ако се пријави за нови уговор самостално, без обзира на то који је био његов стваран допринос успешном извршењу уговора. До таквог закључка је пољска комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки дошла у једном броју предмета[218] на темељу следећих премиса – закон допушта стварање конзорцијума управо да би се омогућило члановима такве групе да удруже своје капацитете како би доказали да су у стању да изврше дати уговор. Ако је то тако, *било би противно правилима и формирање конзорцијума би се учинило бесмисленим* ако наручилац не би дозволио члану конзорцијума да се позива на искуство које је стекао целокупан конзорцијум као своје сопствено искуство.

Према оваквој судској пракси, било који члан групе се може ослонити на искуство групе без обзира на стварну улогу коју је одиграо у

218 На пример, у решењу усвојеном 22. фебруара 2008. године, KIO/UZP 99/08), 08.09. 2008 (KIO/UZP 886/08), 22.03.2010 (KIO 176/10) или нешто скорије 23.05.2014 (KIO 913/14, KIO 2015/14, KIO 217/14).

извршењу уговора. Други аргумент који је употребила пољска комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки је заједничка и појединачна одговорност групе за успешно извршење уговора (сви и свако понаособ су одговорни у односу на наручиоца за ваљано извршење уговора). Одредбе о групама привредних субјеката функционишу на такав начин да, према пољској комисији за заштиту права у поступцима јавних набавки, ако група као целина испуњава одређени услов, онда и сваки члан те групе испуњава дати услов.[219] Коначно, такав закључак је поткпрепљен начелом једнакости привредних субјеката (изгледа да би се са члановима конзорцијума поступало лошије, према мишљењу пољске комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, у односу на привредне субјекте који наступају самостално ако чланови конзорцијума не би могли да се у целости ослоне на искуство стечено у својству чланова групе).

По мишљењу аутора ове студије, становиште предочено горе је логички мањкаво. Или јесте логично, али је то логика типа – *запрега пре коња*. Размотримо следећи случај. Рецимо да се предузеће А, које је извршило уговор о радовима са предузећима Б, В и Г, пријавило за још један уговор, али овог пута самостално. Предузеће А тврди да је извршило уговор и ослања се на тај уговор како би доказало свој капацитет. Следећи логику предочену горе, предузеће може стећи искуство чак и ако није извршило, према споразуму којим су подељени послови унутар групе, ниједну активност, али је само обезбедило средства или опрему. Такође се може десити да сва предузећа учествују у истом поступку, али се овога пута надмећу једни с другима за доделу истог уговора и свако од тих предузећа се ослања исти уговор из прошлости. Дакле, четири различита предузећа која у прошлости нису била у стању да изврше уговор самостално, те им је било потребно да удруже своје ресурсе, сада су савршено у стању да се обавежу на извршење новог уговора без обзира на њихово стварно искуство. Процена квалификација постаје обичан формализам. Не жели се рећи како је искуство које је група стекла ирелевантно, штавише. То искуство јесте релевантно

219 Што се може исказати на следећи начин – ако A + B + C + D = Z онда A = Z, B = Z, C = Z и D = Z или, да то прикажемо овако – пошто је целина сума свих делова, сваки део је једнак целини, а што још јасније указује на апсурдност таквог расуђивања.

сваки пут када се члан те групе ослони на конкретно искуство везано за активности управо тог члана групе (ако су послови били јасно подељени) или ако се група састављена од истих предузећа пријави за нови уговор. У овом другом случају, јасно је да се група може ослонити на искуство из прошлости јер су релевантни уговор извршили исти субјекти. Размотрићемо још апсурднији пример. Рецимо да је један стручњак детаљније обрадио, као члан тима експерата, неколико одредница у енциклопедији. Да ли би било правично ако би он или она тврдио/тврдила да је аутор целе енциклопедије? Чини се да аргумент у погледу начела једнакости на који се позива пољска комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки делује и у супротном смеру. Прецизније, ово начело изискује да се сличне ситуације третирају слично, а да се предмети који нису слични третирају различито (осим, наравно, ако постоје добри разлози за одсуство диференцијације). Ако наручилац поступа са понуђачем који је извршио уговор самостално као са чланом групе привредних субјеката који наводи то искуство групе као сопствено, онда би то представљало неједнак третман. Међутим, о овом питању се још увек расправља у смислу колико се далеко може ићи са ослањањем на ресурсе треће стране.

1.6. Закључци у погледу пољских решења и јуриспруденције

- Важеће пољске одредбе о квалификацији и одабиру привредних субјеката утемељени су на директивама ЕУ (2004), укључујући питање ослањања на ресурсе других, поред сопствених ресурса кандидата/понуђача.

- Ово ослањање је могуће у погледу економске и финансијске способности као и техничке и професионалне способности, укључујући знање и искуство.

- Ослањање на ресурсе трећих лица није допуштено у случају квалификованости за обављање професионалне делатности (укључујући овлашћења).

- Ослањање је предмет извесног условљавања – потребна је обавеза треће стране.

- Терет доказивања да је ослањање стварно и да су ресурси заправо расположиви је на привредном субјекту који користи ово решење.

- Није довољно да привредни субјекат приложи општу изјаву треће стране да ће она *„ставити неопходне ресурсе на располагање привредном субјекту у сврху извршења уговора“* – треба објаснити како ће ти ресурси бити доступни, колико дуго и у ком облику.

- Постоје извесне резерве у судској пракси у погледу ослањања на искуство и знање – они се сматрају неодвојиво повезаним са привредним субјектима – ослањање обично подразумева стварно ангажовање стране на коју се понуђач/кандидат ослања.

- Делотворност ослањања се процењује од случаја до случаја.

- Укључивање треће стране не мора бити у виду подуговарања, јер су друге форме такође могуће узимајући у обзир конкретне околности.

- Ослањање не функционише у случају израде „уже листе кандидата“.

- Привредни субјекти се могу ослонити на искуство стечено пружањем услуга или извршењем радова у склопу групе привредних субјеката (конзорцијум) – види, међутим, коментаре доле.

- Пракса и судска пракса се могу опет променити након што Суд правде Европске уније донесе пресуде у још нерешеним предметима.

2. Француска

2.1. Правне одредбе и судска пракса у ослањању на ресурсе трећих лица

Основни законски акт којим се уређује питање доделе уговора за јавне набавке је Закон о јавним набавкама (*Code des marchés publics* (верзија 2006), пречишћени текст од 1. октобра 2014), који ћемо даље у тексту помињати као француски ЗЈН. Према члановима 45 – I француског ЗЈН-а, наручилац може затражити од кандидата[220] само оне информације и документа чији је циљ да се процени искуство, технички, професионални и финансијски капацитети.[221] Списак докумената који се могу затражити је утврђен правилима која се темеље на француском ЗЈН-у.[222]

Према члану 45 – III, кандидат или члан групе за јавну набавку може захтевати да наручилац узме у обзир техничке, професионалне и финансијске капацитете других привредних субјеката без обзир на природу правних веза између кандидата и тих привредних субјеката. У таквом предмету, кандидати би требало да објасне како су задовољени услови у погледу капацитета и да докажу да ће имати на располагању те капацитете у сврху извршења уговора.

- Према „Водичу за добру праксу у јавним набавкама“,[223] узимање у обзир капацитета треће стране просто значи ослањање на ресур-

220 У француском Закону о јавним набавкама се користи реч „кандидат“, али се то очигледно односи на било који субјекат/лице заинтересовано за добијање датог уговора.

221 Наручилац је у обавези да увек процени капацитет привредног субјекта у погледу три елемента: професионални, технички и финансијски капацитет – CE, 26. март 2008. године, Communauté urbaine de Lyon N° 303779.

222 Решење од 28. августа 2006. године којим се утврђује листа података и докумената које наручиоци могу тражити од понуђача у јавним набавкама (Arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs), NOR: ECOM0620008A.

223 Водич за добру праксу *у јавним набавкама (Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics)*, 26. сепембар 2014.

се других предузећа. Свако предузеће, било средње величине или мало, може тврдити како има приступ ресурсима предузећа која припадају истој групи или стећи приступ тим ресурсима путем подуговарања дела уговора у односу на треће лице. Правне везе било какве природе би требало да се узму у обзир и могу попримити форму подуговарања, „заједничког уговарања“ („cotraitance“) или стварања привремених група привредних субјеката („*groupement momentané d'entreprises*“). У сваком случају, привредни субјекат би требало да објасни у својој понуди да ће делотворно располагати ресурсима треће стране на које се ослања или да затражи учешће тог другог субјекта. Поднети докази би требало да поприме форму правно обавезујућег документа како би се уверио наручилац да ће ресурси и компетенције треће стране бити на располагању датом привредном субјекту. На пример, ако предузеће затражи да се узму у обзир ресурси потенцијалних подуговарача, требало би да поднесе информације у својој понуди о потенцијалном подуговарачу и потврду да се он слаже да изврши део уговора. Потом би наручилац требало да провери да ли подуговарач поседује квалитете који ће се користити да се допуне недостајуће квалификације (ресурси) кандидата и да ли постоје било какве околности које би могле довести до његовог искључења из поступка јавне набавке.

- Занимљиво је да се у претходном Закону о јавним набавкама, који је био на снази од 2001. до 2006. године, ограничавао приступ ослањању на ресурсе трећих страна на, конкретно, на подуговарање („sous – traitance“) и на оне уговоре где је подуговарање допуштено (што је довело до искључења уговора о набавци добара). У актуелној верзији Закона о јавним набавкама, усвојеној 2006. године, не помињу се уопште подуговарачи у одредбама које се тичу ослањања, али се користе речи „привредни субјекти“. Остале одредбе члана 45 имају за циљ имплементацију у француском правном систему судске праксе Суда правде Европске уније о којој се расправљало горе (претежно предмета C- 176/98 „Holst Italia“).[224]

224 Види одговор министра привреде на скупштинско питање о ослањању на ресурсе трећих страна које је објављено у ЈО, 06.03.2007, стр. 2421.

2.2. *Конкретан случај искуства*

На основу поређења ставова 1 и 3 члана 45 може се закључити да ослањање на капацитете трећих лица није допуштено у Француској у смислу искуства. То је зато што се искуство помиње у члану 45 (став 1) експлицитно (чини се да професионални или технички капацитет ту припада другој категорији), али се у ставу 3 истог члана који се бави конкретно питањем ослањања не помиње искуство као капацитет других субјеката на које б се привредни субјекат могао ослонити. Треба приметити, међутим, да недостатак искуства у погледу извршења уговора сличних оном који је предмет јавне набавке не може бити, према француској судској пракси и уобичајеној пракси, једини разлог за искључење привредног субјекта. Другим речима, наручилац је у обавези да провери професионални и технички капацитет привредних субјеката не само у погледу искуства него и по основу информација поднетих о њиховом особљу, ресурсима, расположивој опреми, итд. Такво решење се примењује да би се избегла ситуација где се мала и средња као и нова предузећа лишавају прилике да учествују у јавној набавци.[225] Чини се да се искуство, према француском закону, посматра као нешто што је неодвојиво повезано са привредним субјектом (он га има или га нема, и не може га „позајмити“ од других), и као такво није покривено правилима која се тичу ослањања на капацитете других субјеката. Чини се да тако избегавају доста проблема поменутих горе који се дешавају у пољској судској пракси. С друге стране, пошто искуство или недостатак искуства не може бити одлучујуће за добијање уговора, недостатак могућности за ослањање на искуство других није проблем за привредне субјекте. Чак и ако немају довољно искуства и не могу, како се чини да сада ствари стоје, да се ослоне на капацитете других привредних субјеката, они могу да докажу своје капацитете другим средствима (особље, опрема, ресурси, итд.).

---

225 „Водич за добру праксу... Да не би због тога трпела новооснована и мала и средња предузећа, у закону се прецизира да одсуство референци релевантних за извршење истоврсне јавне набавке не може бити основ сâм по себи за елиминацију кандидата“ (*„Guide de bonnes pratiques... "Afin de ne pas pénaliser les entreprises nouvellement créées et les PME, le code précise que l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat."*) стр. 57.

2.3. Закључци у вези са француским прописима о јавним набавкама и пракси

- Важећи француски прописи о квалификацији и одабиру привредних субјеката су засновани директивама Европске уније (2004), укључујући питање ослањања на ресурсе других лица мимо ресурса понуђача/кандидата.

- Ослањање на ресурсе трећих лица је могуће у погледу економске и финансијске способности као и техничке и професионалне способности, али се не чини да се тиме покрива знање и искуство.

- Ослањање на ресурсе трећих лица није допуштено у случају квалификованости за обављање професионалне делатности (укључујући овлашћења).

- Ослањање на ресурсе трећих лица је подложно извесним условима – неопходно је преузимање обавезе на страни трећих лица.

- Терет доказивања да је ослањање стварно и да су ресурси уистину на располагању привредним субјектима.

- Није довољно да привредни субјекат поднесе општу изјаву треће стране да ће *„ставити на располагање неопходне ресурсе привредном субјекту у сврху извршења уговора“* – треба објаснити на који начин ће се ти ресурси ставити на располагање, колико дуго и у ком облику.

- Делотворност ослањања на ресурсе трећих лица се процењује од случаја до случаја.

3. Шпанија

3.1. Важеће правне одредбе

Важећи основни правни акт којим се уређује област уговора о јавним набавкама у Шпанији је *Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Краљевска уредба од 14. новембра 2011. године којом се одобрава измењени текст Закона о јавном сектору,* даље у тексту: TRLSCP). Овим правним актом се обједињују у једном документу све измене ранијег закона усвојеног 2007. године (постоји једна ствар која повезује пољски и шпански закон о јавним набавкама – учесталост измена). TRLSCP посвећује неколико чланова питању квалификације и одабира привредних субјеката, укључујући питање о коме се расправља у овој студији. Прецизније, у члану 62 се прописује да би привредни субјекти, ради закључивања уговора са органима државне управе, требало да покажу како задовољавају минималне услове везане за њихову економску и финансијску способност као и технички и професионални капацитет које је утврдио наручилац. Обавеза доказивања испуњености минималних услова се може заменити доказом о томе да се привредни субјекат налази у одговарајућем регистру признатих предузећа ако такав услов проистиче из закона.[226]

Услови који се тичу капацитета понуђача/кандидата би требало да буду прописани у огласу о јавној набавци или у тендерској документацији, те да буди повезани са предметом уговора и сразмерни. Према члану 63 Закона о јавним набавкама, привредни субјекат може доказати своју поузданост и постојање расположивих ресурса путем ослањања на капацитете и ресурсе трећих страна без обзира на прав-

226 Уистину, у шпанском Закону о јавним набавкама се од предузећа, која се пријављују за уговоре о извођењу радова или пружање услуга значајне вредности, захтева да су прошла кроз проверу надлежних институција које утврђују њихову поузданост и да ли су уписана у регистру признатих привредних субјеката.

ну природу веза које има с тим предузећима уколико је у стању да покаже како има ефективан приступ тим капацитетима и ресурсима.

Није изненађујуће што се о питању ослањања на ресурсе и капацитете трећих страна такође расправљало у склопу судске праксе тела за жалбени поступак, на пример *Централног управног суда за жалбе по основу уговорних обавеза (Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales* - TACRECO).[227] У погледу ослањања на ресурсе трећих страна, TACRECO је искључио такву могућност у погледу оних капацитета који су неодвојиво везани за предузеће које их поседује (попут искуства). TACRECO је јасно ставио до знања како је такво ослањање могуће једино у погледу материјалних и личних ресурса (види, на пример, донета решења у предметима 254/2011 и 117/2012). Друга тела за жалбене поступке су либералнија. На пример, тело надлежно за жалбени поступак у поступцима јавних набавки у Арагону је у својим решењима (на пример оном усвојеном 25. фебруара 2015. године) прихватило ослањање на капацитете трећих страна у свим аспектима везаним за поузданост привредних субјеката. У горепоменутој одлуци *Управног суда за уговоре о јавним набавкама Арагона (Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón)* се закључује да ослањање на капацитете трећих страна које се помиње у TRLSCP-у покрива како финансијску и економску способност, тако и професионални и технички капацитет, укључујући такође искуство.

У једном веома занимљивом предмету, TACRECO није прихватио жалбу коју је поднела група понуђача због тога што наручилац није узео у обзир комбиновани промет свих предузећа која чине конзорцијум. Наручилац је тврдио како ниједан члан конзорцијума не задовољава услов о минималном годишњем промету од 350.000 евра, те је одбацио понуду коју је поднео конзорцијум. TACRECO се позвао на горепоменуту пресуду Суда правде Европске уније – C- 94/12. Конкретно, TACRECO је цитирао став 35 пресуде:

227 Систем жалбеног поступка у Шпанији је децентрализован. Постоји орган за жалбе на државном нивоу (TACRECO) као и на нивоу аутономних региона као што су Град Мадрид (Comunidad de Madrid), Паис Васко (Pais Vasco), Андалузија (Andalucia), Кастиља и Леон (Castilla y Leon), Арагон, итд.

„Истина је да могу постојати радови са специјалним условима за које је потребан известан капацитет који се не може стећи удруживањем капацитета више од једног привредног субјекта, а чији би капацитети појединачно били неадекватни. Под таквим околностима, наручилац оправдано може захтевати задовољавање услова од једног привредног субјекта о минималном нивоу капацитета или, где је то прикладно, ослањањем на ограничени број привредних субјеката, у складу са другим подставом члана 44(2) Директиве 2004/18, уколико је тај услов повезан са и сразмеран предмету датог уговора.“

Треба приметити, додуше, да се ту не ради само о томе како ниједан члан конзорцијума није појединачно испунио услов који је поставио наручилац. Изгледа да чак ни комбиновани промет свих чланова конзорцијума у овом предмету није досегао минимални ниво који је утврдио наручилац.

3.2. Предлози који се тичу транспоновања нових директива

Нацрт новог закона којим се у Шпанији имплементирају нове директиве омогућава примену одредбе (члан 75), што није изненађујуће, која се бави питањем доказивања капацитета привредних субјеката путем ослањања на „спољне ресурсе“. Сходно томе, да би испунио услове постављене у погледу конкретног поступка јавних набавки, привредни субјекат се може ослонити на поузданост („*solvencia*“) и средства („*medios*“) других субјеката, без обзира на правну природу веза са тим предузећима. Привредни субјекат који прибегава коришћењу таквих ресурса би требало да покаже како ће се за време целокупног трајања извршења уговора делотворно ослањати на ову „поузданост“ и ресурсе трећих лица. Предузеће на које привредни субјекат жели да се ослони не би требало да се налази у било каквим околностима које би га искључиле из учешћа у поступку.

Овим чланом се очигледно циља на имплементацију горепоменутог члана 63 нове Директиве јавног сектора. У време писања ове студије, још увек се ради на изради нацрта овог закона тако да коначна верзија закона може бити другачија, али се може уочити да нацрт није у целости усклађен са директивом. Иде се превише далеко у погледу захтева да ресурси треће стране буду на располагању док се уговор у целости не изврши. Не чини се коректним захтевати да ресурси треће стране буду на располагању до окончања пружања услуга и извођења радова по уговору ако су они потребни да би се извршио само један део уговора. Чини се да овај услов далеко премашује оно што је потребно (допуштено) чланом 63 директиве.

- У погледу критеријума везаних за образовни и професионални контекст или искуство, привредни субјекти се могу ослонити на капацитете трећих страна једино у оним случајевима где та трећа лица треба да изврше радове или пруже услуге за које су потребни ти капацитети. Опет се ова одредба заснива на члану 63 нове Директиве јавног сектора.

3.3. Закључци у вези са шпанским законским одредбама и судском праксом

- Важеће шпанске законске одредбе о квалификацији и одабиру привредних субјеката се темеље на директивама Европске уније (2004), укључујући питање ослањања на ресурсе других субјеката мимо ресурса самог кандидата/понуђача.

- Ослањање је могуће у погледу економске и финансијске способности као и техничке и професионалне способности.

- Нацрт новог закона (2015) садржи модификације које доносе директиве из 2014. године, укључујући услов да специфичне, кључне послове мора обавити непосредно сâм привредни субјекат.

- Према нацрту новог закона којом се имплементирају нове директиве о јавним набавкама, лице на који се ослања привредни субјекат у погледу знања и искуства би требало да изврши радове или пружи услуге за које је потребно то знање и/или искуство.

- Ставови у погледу могућности ослањања на искуство и знање трећих страна су различити у судској пракси – централно тело надлежно за жалбени поступак искључује ову могућност, али се чини да су регионална тела за заштиту права у поступцима јавних набавки нешто либералнија.

- Ослањање на ресурсе трећих страна зависи од извесних услова – неопходно је преузимање обавезе на страни треће стране о стављању на располагање ресурса привредном субјекту.

- Терет доказивања да је ослањање стварно и да су ресурси уистину на располагању је на привредним субјектима.

- Делотворност ослањања на ресурсе трећих страна се процењује од случаја до случаја.

4. Остали примери из држава чланица Европске уније

1. *Белгија*

У Белгији, према Краљевској уредби којом се имплементира Закон о јавним набавкама из 2006. године, кандидати и понуђачи се могу ослонити, у контексту датог поступка јавне набавке, на капацитете других субјеката, без обзира на правну природу веза са тим субјектима (члан 74 уредбе). У таквом случају понуђач или кандидат треба да докаже наручиоцу, подношењем изјаве о преузимању обавезе субјекта који му позајмљује неопходне ресурсе, да ће имати на располагању неопходне ресурсе. Предузеће на чије ресурсе привредни субјекат намерава да се ослони не сме бити осуђиван за било какво кривично дело које би за последицу имало његово искључење из учешћа у јавној набавци (обавезујући основ за искључење).

Под истим условима група понуђача или кандидата се може ослонити на капацитете других чланова групе или других субјеката. Међутим, наручилац може ограничити у тендерској документацији могућност ослањања на ресурсе трећих страна. То је могуће у случај када субјекти који позајмљују своје ресурсе потичу из земаља за које није омогућен приступ тржишту јавних набавки у Белгији (важећа белгијска правила ограничавају приступ јавним набавкама по основу реципроцитета – члан 21 белгијског Закона о јавним набавкама).[228]

228 Омогућава се приступ предузећима из земаља Европске уније које су потписнице Споразума о јавним набавкама и других међународних споразума о отварању тржишта јавних набавки.

2. *Хрватска*

Хрватска правила о јавним набавкама која се тичу питања ослањања на ресурсе трећих лица темеље се на одредбама горепоменуте Директиве Европске уније 2004/18 (члан 72 (став 6) хрватског Закона о јавним набавкама). Вреди нагласити да је судска пракса (решења тела за жалбене поступке у јавним набавкама) у погледу ослањања на техничке и професионалне способности других субјеката еволуирала. Државна комисија за контролу поступака јавне набаве („Комисија", хрватско тело за заштиту права у поступцима јавних набавки) је најпре била мишљења како се понуђач не може ослонити, ради доказивања свог техничког капацитета, на уговоре које је извршило друго предузеће (чак и када је то предузеће предложено за подуговарача у понуди). Комисија је заснивала своје закључке на следећим премисама – пошто се потврде о ваљаном извршењу уговора издају само предузећу које је извршило уговор, те потврде не може користити други субјекат тако да ослањање на капацитете других субјеката није могуће у таквом случају.[229] Потом је у септембру 2014. године[230] Комисија усвојила дијаметрално супротну одлуку, прихватајући овога пута, без ограничења, могућност ослањања на капацитете других субјеката ради доказивања испуњености услова у вези са техничким капацитетом, укључујући ослањање на листу услуга које пружа неко други. Промену става је Комисија образложила чињеницом да је Хрватска, у међувремену, постала држава чланица Европске уније тако да је сада судска пракса Суда правде Европске уније постала обавезујућа.

229 30.04/2013, решење бр. 354-01/13-8.
230 Решење бр. 354-01/14-07.

3. *Португалија*

И коначно неколико речи у овој студији о једној држави чланици која *није ваљано транспоновала правила Европске уније* – Португалија.[231] Основни правни акт којим се уређује додела уговора о јавним набавкама у Португалији је, у тренутку писања ове студије, усвојен 2008. године – Закон о јавним набавкама (на португалском – *Codigo dos Contratos Públicos*, „ССР"). Релевантне одредбе о ослањању на ресурсе трећих страна су дате у члановима 168 (став 4), 179 (став 2) и 246 (став 7). Такође постоји посебна одредба везана за подуговарање – члан 318 (став 5) који *допушта наручиоцима да ограниче вредност потенцијалног подуговарања*. Прецизније, наручиоци могу поставити у тендерској документацији лимит (исказан у процентуалном уделу у вредности уговора) изнад кога уговарачу није дозвољено да повери пружање услуга или извођење радова подуговарачима.[232] Ово ограничење не може, међутим, лишити привредне субјекте могућности да користе ресурсе подуговарача ради испуњавања услова наручиоца. Чини се да ова одредба има исти практични утицај као и горепоменуте пољске одредбе према којима се понуђачи увек могу ослонити на капацитете потенцијалних подуговарача ради доказивања способности за извршење датог уговора. Занимљиво је да португалски Закон о јавним набавкама непосредно нуди могућност ослањања на ресурсе трећих страна *једино у погледу техничког капацитета*, али не и у случају финансијске и економске способности. Финансијске ресурсе других субјеката могу користити привредни субјекти у контексту уговора о комуналним услугама, а чак и тада се најпре пријављују за упис у систем провере квалификација. Чини се да су португалске власти свесне чињенице да прописи у овој области Европске уније нису ваљано транспоновани због тог ограничења, макар у погледу ослањања на финансијске

231 Débora Melo Fernandes „О ослањању на финансијске капацитете трећих лица у сврху учешћа у поступцима јавних набавки" (*„O aproveitamento da capacidade financeira de terceiros para efeitos de participação num concurso"*), *Гласник јавних набавки (Revista de Contratos Públicos)*, бр. 7, 2013.

232 За овакав случај је релевантна пресуда Суда правде Европске уније у горепоменутом предмету C-406/14.

(економске) капацитете. Врховни управни суд („STA“), када се бавио питањем ослањања на трећа лица у случају неприоритетних услуга,[233] дошао је до закључка да су горепоменута правила Европске уније, без обзира на чињеницу да их нема у португалском Закону о јавним набавкама, *непосредно примењиве у Португалији*. То је макар случај са чланом 47 (став 2) и првом реченицом из Директиве 2004/18 према којој се привредни субјекти могу ослонити на економску и финансијску способност других субјеката.[234] Према мишљењу Врховног управног суда Португалије, та одредба је *„јасна, прецизна, безусловна и довољна, те не оставља држави чланици било каквог простора за тумачења, и самим тим је непосредно примењива“*. Другачија је ситуација у случају члана 47 (став 2), друга реченица, где дефиниција није тако прецизна и оставља простора за тумачење.[235]

233 Управо је то исти суд који је упутио Суду правде Европске уније питања у предмету C-95/10.

234 Ради се о одредби у којој се каже да се привредни субјекти могу ослонити на ресурсе других лица.

235 Према овој одредби, привредни субјекат који се ослања на ресурсе треће стране би требало да докаже како су ти ресурси заиста на располагању, али се не разрађују детаљније начини за доказивање тога.

ИЗМЕНА ПОНУДА[236]

Анализу припремила:
СИГМА[237]

236 Анализа спроведена у оквиру сарадње са програмом SIGMA - Програмом подршке за унапређење јавне управе и руковођења, јун 2015. године

237 Програм Sigma - представља заједничку иницијативу Организације за економску сарадњу и развој (OECD) и Европске уније који се углавном финансира средствима Европске уније

ПРЕГЛЕД

- **Директива 2014/18** се не бави експлицитно питањем понуда које не испуњавају услове.

- Судећи по пресуди **Европског суда правде** у предмету Slovensko и приступа који је применио Општи суд у предмету Adia Interim, јасно је како по основу Директиве 2004/18 не постоји општа дужност да се допусти понуђачима исправљање грешака у достављеним понудама.

- Међутим, предмет Tideland показује да под одређеним околностима Општи суд претпоставља да наручилац има такву дужност. Чини се да је то макар случај

  (1) ако је начињена грешка која је јасна у самој понуди;

  (2) ако је та грешка позната наручиоцу;

  (3) ако се из саме понуде може установити шта је заправо намеравани садржај достављене понуде, и

  (4) ако исправљање грешке не утиче на стварну вредност понуде.

- **Директива 2014/24** изричито допушта исправку понуда „у случајевима где информације или документација коју подносе привредни субјекти јесте или се чини да је непотпуна или погрешна или где недостају одређени документи“.

- Опште правило према **немачком закону о јавним набавкама** је да су модификације понуда недопустиве након што је истекао рок за подношење понуда.

- Међутим, немачки закон о јавним набавкама пружа могућност наручиоцима да затраже од понуђача допуњавање њихових понуда сертификатима и изјавама које су недостајале. Поред тога, понуђачима је допуштено исправљање аритметичких грешака унутар извесних граница.

- **Наручиоци у Пољској ће затражити** од привредних субјеката да допуне своје понуде у случајевима када недостају изјаве. Исто тако, наручиоци у Пољској ће исправити *очигледне* грешке у понуди.

I Увод

Наручиоци се често суочавају с изражавањем интереса и понудама које не испуњавају у целости њихове услове. У теорији, постоје четири могућности за њихово поступање у том случају. Прво, наручиоци би могли прихватити понуду која не испуњава све услове. Друго, наручиоци би могли одбацити такву понуду. Треће, наручилац би могао да допусти измене понуде како би се испунили сви тражени услови. У случајевима где ниједна понуда не испуњава све услове, наручилац може бити у искушењу да обустави поступак доделе уговора и да поново огласи позив за достављање понуда.

У овом документу се усредсређујемо на трећу могућност. У контексту питања да ли понуђачима треба дати шансу да исправе грешку, треба правити разлику између два различита питања:

1. Да ли постоје ситуације у којима су наручиоци у обавези да дају шансу понуђачима да исправе грешку?

2. Ако нема такве обавезе, да ли држава чланица може по основу европске директиве допустити својим наручиоцима да омогуће понуђачима исправљање грешке?[238]

Има неколико аргумената за допуштање исправљања понуда које не испуњавају услове. Понуда о којој се ради можда једноставно пружа „најбољу вредност за новац“. Имајући у виду сложеност поступка и колико често се недостаци и одступања могу уочити у пракси, последица одбацивања понуде се такође може сматрати несразмерном и можда чак може имати обесхрабрујући ефекат на потенцијалне понуђаче

238 Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement (2nd edition) – Erousmith, Прописи о јавним набавкама и комуналним услугама (друго издање), 7-277.

који би можда нерадо у будућности били спремни да сносе трошкове учешћа у поступцима јавних набавки.

С друге стране, постоје јаки аргументи против допуштања измена понуда. Правила поступка имају поготово за циљ обезбеђивање транспарентности и равноправног третмана понуђача. Допуштање исправљања понуде која не испуњава услове након истека рока за подношење понуда може се сматрати неједнаким и неправичним у односу на остале понуђаче који су у целости испунили услове. Штавише, тиме се може поткопати поверење потенцијалних понуђача у ефикасност поступка јавних набавки и може их подстаћи да питање испуњености постављених услова сматрају мање важнима. Макар у теорији постоји такође и не тако безначајан ризик од злоупотребе. Понуђач може намерно „заборавити“ да унесе одређену цену и потом, након што сазна које су друге понуђене цене, унети при исправци понуде највишу могућу цену која ће му донети уговор. Још један значајан изазов јесте то што одлука наручилаца о томе да ли да допусте или не понуђачу у датом случају да исправи понуду подразумева неке елементе дискреције. Коришћење дискреционих овлашћења се може злоупотребити да би се фаворизовала домаћа у односу на иностранa предузећа.[239]

Како наручиоци реагују на понуде које не испуњавају услове различито је од једне до друге државе чланице Европске уније. У овом тренутку вреди подсетити се односа директива Европске уније и националних закона о јавним набавкама. У спојеним предметима 27-29/86 (*„CEI и Белини“*), Суд правде је указао на следеће:

> *„Директивом 71/305 се не поставља једнообразни и исцрпни корпус правила Заједнице. Унутар оквира заједничких правила које директива садржи, државе чланице имају слободу да одржавају или усвајају материјална и процесна правила у погледу уговора за јавне радове под условом да је то у складу са свим релевантним одредбама права Европске заједнице и, поготово, забрана које проистичу*

239 Arrowsmith, 7-154.

из начела предочених у Уговору о Европској економској заједници у погледу права установљавања и слободе да се пруже услуге".[240]

Европске директиве само постављају оквир унутар кога су државе чланице слободне да осмисле сопствена правила. На оквирни карактер директива се такође указује у уводним напоменама 3 преамбуле Директиве 2004/18/ЕЗ (*„Такве координирајуће одредбе треба да буду у складу колико год је то могуће са постојећим процедурама и праксама у свакој од држава чланица."*) и члану 26 (став 1) Директиве 2014/24/ЕУ (*„При додељивању уговора за јавне набавке, наручиоци ће применити националне процедуре које су прилагођене како би биле у складу са овом Директивом [...]"*).

С обзиром на оквирни карактер директива, државе чланице су такође слободне да уређују ту област детаљније него што се то тражи директивама или да уреде питања која нису у делокругу директиве уопште пошто директива „поставља само минималне стандарде".[241]

Начин на који држава чланица формулише сопствени скуп правила и – стога – како држава чланица поступа у случају понуда које не испуњавају тендерске услове зависи од чињеничног стања у датој држави чланици и њеног балансирања између различитих циљева које треба постићи кроз поступак набавки.[242]

У поглављу II ће се анализирати Директива 2004/18/ЕЗ у смислу да ли она садржи било каква правила о питању понуда које не испуњавају услове. У поглављу III се бавимо постојећом судском праксом Суда правде по том питању, док се поглавље IV бави новом Директивом 2014/24/ЕУ. У последњем поглављу студије се тежиште ставља на праксу у Немачкој.

---

240 Спојени предмети 27-29/86, *S.A. Construction et Enterprises Industrielles* и остали против *Societe Co-operative "Association Intercommunales pour les Autoroutes des Ardennes"* и осталих („CEI и Белини"), став 15.

241 Arrowsmith, 3-22.

242 Arrowsmith, 7-277.

II Директива 2004/18/ЕЗ

Директива 2004/18/ЕЗ се не бави експлицитно овим питањем. Не садржи ниједну одредбу којом би се прописао поступак који се има спровести у случају да поднета понуда садржи било какве грешке или не испуњава све прописане услове. Међутим, у члану 2 се каже:

„Наручиоци ће поступати према привредним субјектима једнако и недискриминаторно, и поступаће транспарентно."

Ова општа начела нису релевантна само за тумачење експлицитних услова из директиве. Према Суду правде, та начела представљају додатне обавезе такође које се морају посматрати као допунске у односу на експлицитне услове.[243] При покушају да се дефинише поље деловања у односу на измене понуда, ова општа начела играју важну улогу. Европски судови су их користили да дефинишу границе дискреционих права држава чланица у погледу могућности да се допусте измене.[244] Тим одлукама Суда правде Европске уније, којима се разјашњава како се примењују општа начела у овој области, позабавићемо се детаљније у следећем поглављу – III.

243 Arrowsmith, 7-10.
244 Arrowsmith, 7-271.

III Судска пракса европских судова

Као што је то поменуто горе, треба правити разлику између два различита питања. Прво, у којим случајевима постоји дужност да се допусте исправке грешака, и друго, у случајевима где таква дужност не постоји, да ли државе чланице имају дискреционо право да допусте такве исправке. Доле ће се расправљати о судској пракси релевантној за ова питања.

1. Предмет Slovensko: Не постоји општа дужност да се допусте исправке

У скорашњем предмету *Slovensko*[245], две групе привредних субјеката су биле искључене из рестриктивног поступка јавне набавке у вези са уговором за услуге наплате путарина због, између осталог, неиспуњавања извесних услова наведених у тендерским спецификацијама. Једна од тих спецификација је изискивала утврђивање параметара који омогућавају прорачун путарина у функцији деоница за наплату по сезонама, данима у седмици, сатима по дану, и друга спецификација је прописивала обезбеђивање дизел генератора електричне струје за ванредне ситуације.

Експлицитан налаз суда је да Директива 2004/18/ЕЗ не садржи ниједну одредбу којом се изричито установљава поступак који треба спровести у случају да наручилац утврди како је понуда коју је поднео понуђач непрецизна или не испуњава техничке услове из тендерских

245 Пресуда Суда правде ЕУ, 29. март 2012, C-599/10 - SAG ELV Slovensko и остали.

спецификација. Суд је сматрао да поступак јавне набавке[246] по својој природи значи да, након што су понуђачи одабрани и након што су њихове понуде поднете, у начелу те понуде се не могу више мењати било на захтев наручиоца или на захтев понуђача. Начело једнакости понуђача и обавеза транспарентности која из тога проистиче предупређује, у отвореном и рестриктивном поступку, било какве преговоре између наручиоца и једног или другог понуђача.

Омогућавање наручиоцу да затражи од понуђача, чију понуду сматра непрецизном или за чију понуду сматра да не испуњава техничке услове из тендерских спецификација, да достави разјашњење у том погледу би представљало, према становишту Суда, ризик јер би се могао стећи утисак да је наручилац преговарао са понуђачем у поверењу, а на штету других понуђача и супротно начелу једнакости у случају да је том понуђачу додељен уговор на крају.

Штавише, Суд је устврдио да не проистиче из члана 2 или било које друге одредбе Директиве 2004/18, нити из општих начела једнакости или транспарентности, како је наручилац у таквој ситуацији у обавези да контактира дате понуђаче ради разјашњења, тамо где понуде не испуњавају услове, те да наручилац може одбацити такве понуде.[247]

Раније, Општи суд је заузео исти приступ у својој одлуци T-19/95, *Adia Interim SA против Комисије*[248], која се тицала отвореног позива за подношење понуда за обезбеђивање агенцијског особља.

Цена је била међу критеријумима за додељивање уговора и имала се обрачунати у складу са упутствима предоченим у спецификацијама. На темељу референтног распона плата који је утврдила Комисија, понуђачи су морали да установе за сваку врсту услуге нето плате по сату и обрачунску цену по сату. Ово друго је представљало цену у понуди. Утврђено је да је понуда садржала систематску грешку у прорачуну.

---

246 Мада је Суд поменуо рестриктиван поступак, налази Суда једнако важе за отворени поступак.

247 Slovensko, ставови 35-39.

248 Пресуда првостепеног суда, 8. маја 1996, предмет T-19/95 - Adia Interim SA.

Одбор за селекцију понуда је успео да припише грешку „прорачуну обрачунских цена по основу бруто плата по сату“. Међутим, није био у стању да утврди само на основу достављене понуде да ли је грешка у прорачуну начињена при примени формуле коју је предочио понуђач, или је грешка начињена при утврђивању коефицијента за конверзију бруто плата по сату у обрачунску цену по сату, или се просто радило о грешки у писању. Мада је одбор за селекцију понуда открио присуство систематске грешке у прорачуну, није био у стању да утврди прецизно њену природу или узрок.

Суд је био мишљења да понуђач није могао да инсистира да му се допусти исправљање грешке. Под тим околностима, према Суду, било какав контакт који би успоставила Комисија са понуђачем ради заједничког утврђивања праве природе и узрока систематске грешке у прорачуну би подразумевао ризик да су прилагођени и остали фактори узети у обзир при установљавању цене у понуди, а то би довело до нарушавања начела једнакости на штету осталих понуђача, који редом имају исту дужност да воде рачуна при изради својих понуда.

На основу одлуке Суда правде у предмету *Slovensko* и приступа који је заузео Општи суд у предмету *Adia Interim,* јасно је да према Директиви 2004/18/ЕЗ нема опште дужности да се допусти понуђачима исправљање грешака у њиховим понудама.

2. Предмет Tideland: Изузеци у односу на опште начело

Постоје, међутим, изузеци у односу на опште начело да не постоји општа дужност да се допусти исправљање грешке. Један изузетак се темељи на начелу сразмерности, ако недопуштање исправке не би промовисало суштински циљ политике набавки који се не би могао остварити другим средствима, али би исто тако имао неповољне ефекте на конкуренцију.[249]

Један предмет Општег суда T-211/02, Tideland Signal против Комисије, тицао се позива за подношење понуда који је огласила Европска комисија ради набавке навигационе опреме за неколико лука. Понуда понуђача из овог предмета је одбачена по основу чињенице да није садржала споразум према коме понуђачи остају у обавези да се држе својих понуда током 90 дана након истека рока за подношење понуда. У складу са Упутствима за понуђаче, у пропратном писму овог понуђача је стајало да ова „понуда важи током периода од 90 дана након истека коначног рока за подношење понуда, тј. до 28. јула 2002. године“.

Међутим, тај рок од 90 дана није истицао 28. јула 2002. године него касније. Разлог за то је што је исти пројекат био оглашен 2001. године, али је првобитни тендерски поступак касније отказан, а понуђач је поновно поднео исте документе у својој понуди, укључујући поготово писмо које је садржало реченицу са периодом важења понуде, али је понуђач заборавио да измени датум. Суд је установио следеће:

> *„[...] када је тендерска документација двосмислено срочена, [евалуациони одбори Комисије] имају дужност да у извесној мери искажу пажњу при разматрању садржаја сваке понуде. У случајевима где услови самог тендера*

249 Arrowsmith, 7-279.

и пропратне околности познате Комисији указују да је двосмисленост вероватно просто објашњење и да се то може лако разрешити, онда је, у начелу, супротно узусима добре управе да евалуациони одбор одбаци понуду без коришћења свог овлашћења да затражи разјашњење. Решење којим се одбацује понуда у таквим околностима је подложна поништавању због очите грешке у процени на страни институције при коришћењу тог овлашћења.“

У својој пресуди суд се такође експлицитно позива на начело сразмерности ради подупирања сопствених налаза.

Предмет *Tideland* показује да у извесним случајевима Општи суд претпоставља како наручилац има дужност да допусти понуђачу исправљање понуде.

Ероусмит (Arrowsmith) је идентификовао четири услова, који су сви испуњени у предмету *Tideland*, и који се стога могу користити као предуслови по основу којих, макар кад су кумулативно испуњени, постоји дужност да се допусти исправљање грешака:

1) начињена је грешка која је очигледна у самој понуди;

2) та грешка је позната наручиоцу;

3) из самог тендера се може установити – или се макар може формирати јасан спољни доказ – шта је намеравани садржај понуде (у предмету *Tideland* се може установити намеравани садржај из саме понуде без потребе да се разматра било какав спољни доказ. Да ли и у којој мери се спољни доказ може разматрати ради установљавања намераваног садржаја понуде није, међутим, јасно. Допуштање спољног доказа носи са собом ризик од злоупотребе пошто је доказ установљен на такав начин мање јасан. Још један негативни аспект је да се тиме ремети поступак набавке);

4) исправљање грешке не утиче на суштинску вредност понуде, на пример у смислу утицаја на критеријуме који се користе у поређењу понуда.

Штавише, чини се да приступ који је заузео Суд правде у предмету *Slovensko* потврђује валидност ових услова. То постаје очигледно ако се погледа следећи налаз Суда:

> *„Ипак, чланом 2 директиве се не спречава изричито исправка или допуњавање детаљима понуде тамо где је то прикладно, у смислу изузетка, када је јасно да је потребно само разјашњење, или исправка очитих материјалних грешака, ако такве измене у реалности не воде ка подношењу нове понуде“.*

У овом исказу суд препознаје услове изузетка у односу на опште правило (према коме измене понуда нису дозвољене) које треба задовољити ако су, најпре, материјалне грешке „очите“, што, како се чини, потврђује валидност услова 1) и 2) описаних горе, и друго, ако „таква измена у реалности не води ка подношењу нове понуде“, што, како се чини, одговара условима 3) и 4).[250]

Поставља се питање како би судови одлучили у случајевима када нису испуњена сва четири услова. Чини се да свакако нема дужности да се допусте исправке ако грешка има утицаја на суштину понуде (што значи да услов 4) није испуњен) и ако намеравани садржај понуде није јасан (како је то наведено под условом 3) горе), што проистиче из пресуде у предмету T-19/95, *Adia Interim SA против Комисије* (види горе). У том предмету је било јасно евалуационом одбору да је понуда садржала неке систематске грешке у рачуну у погледу прорачуна обрачунских цена по сату иако одбор није био у могућности да утврди тачну природу грешке само на основу поднете понуде.[251]

250 Arrowsmith, 7-280.
251 Arrowsmith, 7-282.

Постоји аргумент за претпоставку да постоји дужност да се допусти исправка грешке у другим околностима. У предметима у којима – као у *Adia Interim* – грешка има утицаја на суштинску вредност понуде, али – супротно предмету *Adia Interim* – намеравани садржај се не може установити из саме понуде, чини се да Општи суд по основу предмета Т -195/08, *Antwerpse Bouwwerken*[252] претпоставља дужност да се допусти исправка. Одлука се тицала уговора о изградњи производне хале који је додељивала Европска комисија. Првобитно је понуђач обавештен од стране Комисије да је изабран за доделу уговора пошто су друге две понуде одбачене по основу неиспуњености тендерских услова. Наиме, то је била једина понуда која је испуњавала услове. Касније је Комисија одлучила да размотри понуду другог понуђача на темељу чињенице да је понуда успешног понуђача била најскупља. Успешни понуђач је, пак, пропустио да наведе цену за одређену ставку што се захтевало у оглашеном позиву за достављање понуда.

Међутим, суд је утврдио да

> *„понуда није непотпуна и да је не треба одбацити ако се недостајућа цена за одређену ставку може са извесношћу одредити на основу цене за другу ставку у рекапитулацији процене трошкова или, у најмању руку, након добијања разјашњења услова понуде од понуђача који ју је поднео. [...] Не ради се ту о уношењу нове понуђене цене за дату ставку у рекапитулацију процене трошкове; уместо тога ту се једноставно ради о разјашњавању услова понуде како би се појаснило да понуђена цена за дату ставку такође важи као понуђена цена за сваку другу идентичну или сличну ставку.“*

252 Пресуда Општег суда, 10. децембар 2009, T-195/08, Antwerpse Bouwwerken.

3. Предмет Manova

У скорашњем предмету Manova, Суд правде Европске уније је одлучио да би понуђачима требало пружити могућност исправке грешака када то не води ка подношењу нове понуде.[253]

Предмет се тицао аналогног случаја исправке понуде поднете у тендерском поступку. У том предмету је Суд назначио да наручилац може затражити недостајућу документацију попут биланса стања ако је садржај таквог документа утврђен пре истека рока за подношење понуда. Тај сценарио је сличан предмету са понудом која не испуњава услове у томе да је био потребан документ за установљавање квалификације уместо за поређење понуђача у сврху одређивања ограниченог броја понуђача за подношење понуда.

Овај предмет је од помоћи ради додатног разјашњења могућности наручилаца да затраже разјашњење од привредних субјеката и у претквалификационој и у тендерској фази.

4. Да ли држава чланица може допустити својим наручиоцима да омогуће понуђачима исправке?

Горе смо расправљали о случајевима у којима наручиоци имају дужност да допусте понуђачима исправке својих понуда. Другачије питање се тиче ситуације у којој дужност да се допусте исправке не постоји: У којој мери држава чланица може онда омогућити својим наручиоцима да допусте исправке?

---

253 Предмет C 336/12 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser против Manova-е A/S.

Одговор на то питање зависи од тога да ли би држава чланица требало да сама размотри аргументе за и против исправки понуда или би то дискрециоиоо овлашћење требало да буде ограничено.[254] Важан аргумент против дискреционог овлашћења држава чланица по овом питању је да се може десити да државе чланице користе ово дискреционо овлашћење на начин који би само домаћим предузећима допустио да исправљају своје понуде, а на штету иностраних предузећа.[255] Штавише, допуштање исправки се може сматрати нарушавањем начела једнакости пошто би дати понуђач могао да стекне предност над конкурентима захваљујући могућности измене своје понуде као и због тога што би имао више времена да приведе крају прописану процедуру. Позитивни аргументи подразумевају да би допуштање исправки имало позитиван утицај на конкуренцију, те да би помогло органима државне управе у примени начела буџетске ригорозности на административне трошкове. Штавише, начело једнакости се не нарушава докле год се дискреционо овлашћење користи на правичан начин.[256]

Суд правде Европске уније је у предмету *Slovensko* устврдио да исправке очигледних грешака нису забрањене ако исправка *„у реалности не води ка подношењу нове понуде“*.

Према овом начелу, чини се да је давање државама чланицама дискреционог овлашћења у погледу овакве одлуке о томе да ли треба допустити њиховим наручиоцима исправљање грешака или не прилично непроблематично у ситуацијама у којима

1. исправка не утиче на суштинску вредност понуде; и

2. понуђач не стиче никакву предност по основу такве исправке.

Овакви услови такође обезбеђују да одређени понуђачи не могу изменити услове својих понуда како би стекли предност над конкурентима. Такође је релативно јасно да не може доћи до „подношења нове

254 Arrowsmith, 7-285.
255 Arrowsmith, 7-285.
256 Arrowsmith, 7-285.

понуде“ и, стога, сходно принципима из предмета *Slovensko*, чини се да је могуће допустити исправку тамо где грешка има утицаја на суштинску вредност понуде под условом да је намеравани садржај очигледан из саме понуде.[257]

Проблематичнији је случај где грешка има утицаја на суштинску вредност понуде, али намеравани садржај није јасан из саме понуде. У том случају постоје добри аргументи против давања државама чланицама дискреционог овлашћења да допусте својим наручиоцима исправљање грешака јер понуђач може искористити ту могућност да стекне конкурентску предност тако што би практично поставио своју цену накнадно. Пошто би се такво прилагођавање понуде у описаној ситуацији могло, с разлогом, сматрати подношењем нове понуде, чини се да би допуштање исправки грешака у оваквим случајевима било супротстављено горепоменутим принципима из предмета *Slovensko*.[258]

257 Arrowsmith, 7-286.
258 Arrowsmith, 7-287.

IV Директива 2014/24/ЕУ

Као што је то речено горе, правила о пољу деловања за исправке понуде се темеље на општим начелима једнакости, транспарентности и сразмерности. Прва два се експлицитно помињу у члану 2 Директиве 2004/18/ЕЗ, док се начело сразмерности, које се не помиње у старој директиви, сада експлицитно помиње у члану 18.

Могућност да наручиоци контактирају понуђаче у случају да поднета понуда садржи недостатке или одступања се сада изричито наводи у члану 56 (став 3):

> *„Тамо где су информације или документација коју подносе привредни субјекти или се чини да јесу непотпуне или погрешне или где недостају одређена документа, наручиоци могу, осим уколико није другачије прописано националним законом којим се спроводи ова Директива, затражити од датих привредних субјеката да поднесу, допуне, разјасне или употпуне релевантне информације или документацију у прикладном року, под условом да се такви захтеви наручилаца према понуђачима врше уз пуно поштовање начела једнакости и транспарентности“.*

У члану 56 (став 3) се експлицитно помињу општа начела једнакости и транспарентности чиме се потврђује њихова примена у том конкретном контексту. Штавише, правило експлицитно прописује да државе чланице могу одлучити да ограниче овлашћење својих наручилаца да допуштају исправке.[259]

259 Arrowsmith, 7-293.

V Исправљање понуда према немачком закону након истека рока за подношење понуда

1. Кратак увод у немачки закон о јавним набавкама

Немачки прописи о јавним набавкама се руководе правилима утврђеним на три нивоа уређивања ове области: прво, на буџетском нивоу (буџетски прописи на федералном нивоу и нивоу савезних држава „BHO“ и „LHO“) и нивоу закона о конкуренцији (немачки закон против ограничења конкуренције – „GWB“); друго, на нивоу делегираног законодавства (закон о јавним набавкама, *Vergabeverordnung* – „VgV“); и треће, на нивоу подзаконских прописа о јавним набавкама (немачки правилник о јавним набавкама за радове – „VOB/A“, немачки правилник о јавним набавкама за обезбеђивање добара и пружање услуга – „VOL/A“, немачки правилник о јавнима набавкама за хонорарне уговоре – „VOF“). Одредбе садржане у GWB-у су разрађене у VgV-у и у VOB/A, VOL/A и VOF-у.

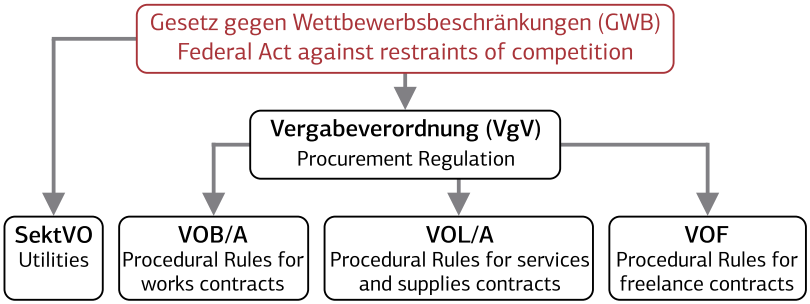
Посебна секторска уредба (*Sektorenverordnung*) (SektVO) уређује уговоре за јавне набавке које закључују наручиоци у области водопривреде, енергетике и услуга транспорта.

Закон о јавним набавкама према GWB-у и VgV-у се примењује само ако су изједначене или премашене граничне вредности прописане у европским директивама.

Прописи о јавним набавкама (VOB/A, VOL/A и VOF) садрже додатне управне одредбе. Састоје се од четири различита дела који се приме-

њују на различите врсте набавки попут доделе уговора које су испод (први део 1 сваке уредбе) и изнад граничних вредности Европске уније (други део сваке уредбе) и доделе уговора у сектору комуналних услуга (трећи и четврти део сваке уредбе).

Public Procurement Law in Germany
Regulatory system above value thresholds



Легенда: Законски прописи о јавним набавкама у Немачкој / Регулаторни систем за вредности уговора изнад граничних вредности

GWB – Савезни закон против ограничења конкуренције; VgV – прописи о јавним набавкама; SektVO – комуналне услуге; VOB/A – Правилник за уговоре о радовима; VOL/A – Правилник за уговоре о добрима и услугама; VOF – Правилник о хонорарним уговорима

Поред тога, Уредба о јавној набавци у сектору одбране и безбедности (*Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit*) (VSVgV) уређује питање уговора о јавним набавкама у области одбране и безбедности. VSVgV допуњава својим одредбама GWB где се дефинишу такви уговори (*члан 99, став 7, GWB*) и наводе изузеци од примене прописа о јавним набавкама (*члан 100, ставови 3 до 6, и члан 100ц, GWB*). У погледу јавних радова у области одбране и безбедности, VSVgV допуњавају одредбе из одељка 3 VOB/A.

Испод граничних вредности Европске уније, GWB и VgV се не примењују. Уместо тога, релевантни буџетски прописи на нивоу савезне владе, влада немачких држава и локалних власти се морају поштовати. Поред тога, управне одредбе прописа појединачних немачких савезних држава (*Bundesländer*) се морају поштовати. У већини немачких савезних држава, одговарајући управни прописи омогућавају примену првих поглавља VOB/A и VOL/A за уговоре о јавним набавкама које закључују наручиоци. Такође је важно имати на уму примењивост примарног законодавства Европске уније (на пример, начела недискриминације, транспарентности и конкурентности) ако дати уговор има релевантност за јединствено унутрашње тржиште.

Скоро су све немачке савезне државе недавно донеле сопствене законе о јавним набавкама, што одлуку о додељивању уговора за јавне набавке чини зависним од секундарних критеријума. Ови закони о јавним набавкама немачких савезних држава се примењују на поступке набавки изнад и испод граничних вредности Европске уније.

2. Опште правило: забрана преговора у формалним поступцима доделе уговора након подношења понуда

Према немачком закону о јавним набавкама, опште правило је да модификације понуда нису допуштене након истека рока за подношење понуда. Ово опште правило је, на пример, садржано у члану 18 (став 2) EG VOL/A где се изричито одбацује могућност „поновних преговора“ у фази након подношења понуда.

У немачкој судској пракси израз „преговори“ обухвата све потоње промене понуде.[260] По том основу, немачки судови одбацују исправке понуде након истицања рока за подношење понуда ради обезбеђива-

260 2. VK Bund, B. od 10.10.2002 - Az.: VK 2 - 76/02; VK Münster, B. od 25.2.2003 - Az.: VK 01/03.

ња једнаког поступања према свим понуђачима. Допуштање једном понуђачу да измени своју понуду неизбежно води ка нарушавању начела једнакости, које је прописано у члану 97 (став 2) GWB, и правичног конкурентског надметања између понуђача, што је прописано у члану 97 (став 1) GWB, под једнаким условима за све понуђаче.[261]

У немачкој судској пракси је у прошлости важило да чак и ако понуђач предложи *суа спонте* да измени понуду или да понуди попусте, наручиоци не могу прихватити такве промене у званичном поступку јавне набавке. Начело лојалне конкуренције би било нарушено ако би се појединачним понуђачима давала прилика да модификују своје понуде.[262]

Примери из немачке судске праксе обухватају следеће:

- у званичним поступцима јавних набавки законом се забрањују преговори јер би се иначе подрила транспарентност поступка јавне набавке; супротно је овом основном концепту да се понуђачу одобри право да накнадно повећа своје цене;[263]

- „пријатељско“ повећање цене није допустиво „разјашњење“ понуде него недопустиво „поновно преговарање“;[264]

- накнадно исказана спремност понуђача да пружи услуге у складу са спецификацијама се мора занемарити; тиме се иде даље од „експланаторног састанка“ и мора се сматрати недопустивим „поновним преговарањем“;[265]

- промена негативних у позитивне цене је незаконито;[266]

---

261 VK Nordbayern, B. od 27.01.2011 - Az .: 21.VK - 3194 - 46/10; 1. VK . Sachsen, B. od 21.07.2004 - Az: 1 / SVK / 050-04.
262 VK Südbayern, B. v 25.7.2002 -. Ref .: 26-06/02.
263 OLG Naumburg, пресуда од 23.12.2004 - Az .: 4 U 162/04.
264 BGH, пресуда од 6.2.2002. - Az .: X ZR 185/99;. VGH Baden-Württemberg, пресуда од 5.8.2002 - Az .: 1 S 379/01.
265 2.VK Bund, B. v 5.3.2003 -. Ref .: VK 2 - 04/03.
266 1 VK Lower Saxony, B. od 3.7.2003 - 67/03.

- незаконити „поновни преговори“ могу имати форму давања једном понуђачу прилике да преко телефона потврди сумњив рабат;[267]

- наручиоци нису овлашћени да затраже од понуђача измене садржаја његове понуде, а поготово цене; стране у поступку поготово не смеју да заједнички отклоне грешке у прорачуну или друге погрешне прорачуне понуђача у склопу „преговора“; то би представљало посебно тешко нарушавање начела конкурентности;[268]

- наручилац не сме начинити измену у квантитативном прорачуну спецификација након истека рока за подношење понуда; то би представљало забрањену ревизију понуде;[269]

- наручилац прима у поступку јавне набавке понуду са разумним ценама по варијантама; та понуда са варијантама се дели са осталим понуђачима како би им се омогућило да измене сопствене понуде, и о варијанти се такође преговара са понуђачем док се, према становишту наручиоца, не постигне економски повољан однос између цене и учинка; за такав случај се такође у немачкој судској пракси утврдило да представља недопустиво „поновно преговарање“ о понуди.[270]

Које су законске последице забрањеног „поновног преговарања“ ако то обично подразумева одређене модификације понуде, према немачком закону о јавним набавкама?

Као што је то назначено горе, немачки закон о јавним набавкама изискује да се начело лојалне конкуренције мора примењивати на све понуђаче у сваком тренутку. Овај циљ се постиже давањем другим понуђачима субјективног права да оспоре потенцијално нарушавање

---

267 VK Lüneburg, B. od 10.9.2002 – 15/02.
268 OLG Dusseldorf, B. od 30.4.2002 - Verg 3/02; 1. VK Saxony, B. od 21.07.2004 - Az .: 1 /SVK /050-04.
269 VK Nordbayern, B. од 11.10.2006 – VK 31/06. B. od 27.6.2001 - VK-16/01.
270 VK Baden-Württemberg, B. од 11.10.2000 -. Az .: 1 VK 24/00.

прописа о јавним набавкама у склопу поступка по жалби или, ако је уговор већ додељен, путем покретања парничног поступка за одштету на темељу *culpa in contrahendo*.

Треба приметити да су судови устврдили како се чини да било какве додатне санкције, попут изрицања новчаних казни наручиоцима, нису неопходне. Немачко савезно веће за жалбе је чак стало на становиште да првобитна понуда и даље може остати у надметању.[271] Исто тако, Савезни врховни суд – а то је највиша судска инстанца у Немачкој – је донео одлуку да искључење понуде о којој се „поновно преговарало“ није неопходно, али да се понуда која је измењена по основу „поновних преговора“ мора искључити.[272]

3. Ситуација у конкурентном дијалогу и преговарачким поступцима

У погледу преговарачког поступка, потоње измене понуде се, уопште узев, могу допустити јер начело недопуштености „поновног преговарања“ није примењиво на ову врсту поступка јавне набавке. Међутим, чак и код преговарачког поступка, такве промене могу бити забрањене након подношења коначне обавезујуће понуде.

О томе се одлучивало у предмету *Nordecon* у Суду правде Европске уније[273] где је немачки суд затражио мишљење Суда правде ЕУ о томе

271 VK Bund, B. од 22.7.2002 -. Ref .: VK 1-59 / 02.

272 BGH, пресуда од 6.2.2002 - Az .: X ZR 185/99; OLG München, B. од 15.11.2007 - Az .: Verg 10/07; B. од 17.09.2007 - Az .: Verg 10/07;. B. од 09.08.2005 - Az .: Verg 011/05;.. BayObLG, B. од 15.7.2002 - Az .: Verg 15/02; Saarländisches OLG, пресуда од 24.06.2008 - Az .: 4 U 478/07;. VK Baden-Württemberg, B. od 16.03.2006 - Az .: 1 VK 8/06;. 1 . VK Bund, B. од 25.11.2011 - Az .: VK 1 - 138/11;. VK Hesse, B. од 23/05/2013 - Az .: 69 d - VK - 05/20132 VK Mecklenburg-Vorpommern,.. B. од 27.11.2001 - Az .: 2 L 15/01;.. 1. VK Saxony, B. од 16.12.2003 - Az .: 1 / SVK / 146-03; B. од 7.5.2002 - Az. ..: 1 / SVK / 035-02, B. од 12.4.2002 - Az .: 1 / SVK / 024-02,1 / SVK / 024-02g).

273 Пресуда Суда правде ЕУ од 5.12.2013, C - 561 / 12.

да ли члан 30 (став 2) Директиве 2004/18 допушта наручиоцу да преговара са понуђачима о понудама које не испуњавају обавезне услове предочене техничкој спецификацији уговора. Суд правде ЕУ је утврдио да се наручилац, иако има овлашћење да преговара у контексту преговарачког поступка, мора постарати да се услови из уговора које је означио као обавезне морају испунити. Иначе би начело према коме наручиоци морају поступати транспарентно било прекршено, а циљ да се предупреди било какав ризик од фаворизовања на страни наручиоца се не би могао остварити.

У погледу конкурентног дијалога, постоји извесна ограничена могућност потоњих измена понуде. Међутим, то не сме за последицу имати било какве промене суштинских аспеката понуде или позива за подношење понуда, и не сме бити подривати конкурентност или довести до дискриминације других предузећа која узимају учешћа у поступку конкурентног дијалога.

4. Да ли је према немачком закону допуштено да понуђачи повуку своје понуде након подношења?

О питању да ли је допуштено понуђачу да повуче своју понуду у случају значајних аритметичких грешака се тренутно води академска расправа и предмет је једног скорашњег случаја у Немачкој.

Осим у случајевима који се уређују члановима 120, 123 BGB-а (немачки грађански законик), изјава се може повући према члану 119 BGB-а у следећим ситуацијама:

(1) лице које је при давању исказа о намери имало погрешну представу о њеном садржају или није имало никакву намеру да дâ исказ с таквим садржајем може повући свој исказ ако се претпоставља да га не би дао да је познавао чињенично стање и разумео у значајној мери дати предмет;

(2) грешка у погледу карактеристика лица или ствари за које се уобичајено сматра да су суштинске се такође може сматрати грешком у вези са садржајем исказа.

На темељу горепоменутог одељка грађанског законика, Савезни врховни суд је уствpдио да (једнострана) грешка понуђача у прорачуну није покривена било каквим правно ваљаним разлозима да се повуче изјава. Оваква грешка, каже Суд у свом решењу, се већ догодила у фази одлучивања (грешка у вези са мотивом)[274], те је стога недовољна у смислу правно ваљане основе за повлачење понуде.

Једино ако се грешка догодила при преношењу цена из прорачуна у образац који је прописао наручилац, привредни субјекти могу правно ваљано повући своје понуде.[275]

Дакле, грешку у прорачуну, у начелу, не може оспорити понуђач.[276] Оваква расподела ризика од грешке у прорачуну у односу на понуђача остаје непромењена чак и ако је наручилац требало да је препозна, а да је није дефинитивно уочио.[277] То се примењује чак и ако је наручилац имао сазнања о грешци у прорачуну.[278] Разлог за то је, између осталог, што би условљавање наручиоца да има сазнања о грешци у прорачуну створило значајну правну неизвесност.[279]

Ако понуђач одлучи – упркос јасној правној ситуацији – да повуче своју понуду након истека рока за подношење понуда, а унутар рока важења понуде, наручилац може свеједно доделити уговор том понуђачу. Ако успешни понуђач не испуни уговорне обавезе, наручилац може тужити успешног понуђача и тражити накнаду штете.[280]

---

274 BGH, пресуда од 7.7.1998 -. Ref .: X ZR 17 / 97
275 Brandenburg OLG, пресуда од 23.03.2005 - Az .: 4 U 158/04.
276 OLG Naumburg, пресуда од 22.11.2004 -. Az .: 1 U 56/04.
277 BGH, пресуда од 13.7.1995 -. Ref .: VII ZR 142 / 94
278 BGH, пресуда од 7.7.1998 -. Ref .: X ZR 17/97
279 OLG Koblenz, пресуда од 5.12.2001 - Ref.: 1 U 2046/98
280 OLG Naumburg, пресуда од 22.11.2004 -..... Az. : 1 U 56/04

Сасвим недавно је Савезни врховни суд унеколико кориговао горепоменуту јуриспруденцију која је била посебно оштра према привредним субјектима.[281] Утврдио је да се има сматрати како наручилац има дужност да обавести понуђача о грешци у прорачуну, ако је наручилац имао позитивна сазнања о грешци у прорачуну и ако је наручилац такође знао да би извршење уговора било *неразумно* за датог привредног субјекта. Релевантан тренутак за утврђивање да ли је наручилац имао сазнања или не је тренутак додељивања уговора. Иста начела се примењују ако је наручилац требало да има сазнања о грешци у прорачуну. Једино у таквом изузетном случају, може бити оправдано, по основу начела поступања у доброј вери, да се од наручиоца затражи да поступи против сопствених економских интереса и обавести понуђача о грешци у прорачуну тако што би од понуђача затражио разјашњења.

У скорашњем случају, где је понуђач направио грешку у вези са производом који је саставни део његове понуде, апелациони суд у Кобленцу је стао на становиште да таква грешка не може за последицу имати повлачење целокупне понуде јер би се тиме понуђачу омогућило да суштински измени своју понуду након истека рока за подношење понуда.[282]

У закључку се може устврдити да понуђачи, према немачком закону, нису у могућности да повуку своје понуде након истека рока за подношење понуда. Наручиоци су у обавези једино у изузетним околностима да обавесте понуђаче о грешкама у њиховим понудама, при чему, уопште узев, могу доделити уговор привредном субјекту који је направио грешку у понуди.

281 BGH, пресуда од 11/11/2014 -. Ref .: X ZR 32 / 14
282 OLG Koblenz, B. од 30.03.2012 -. Az .: 1 Verg 1/12.

5. Исправљање формалних недостатака након подношења понуда

Велики број формалних грешака у исказивању интереса и у понудама је навео немачког законодавца у 2009. години на закључак да би наручиоцима требало дати прилику да **затраже од понуђача допуну њихових понуда** до тада недостајућим сертификатима и изјавама чиме би се допустило понуђачима да своје понуде усагласе са формалним условима.

Поред тога, немачки законодавац је 2009. године одлучио да би понуђачима требало допустити исправке **аритметичких грешака**.

Нема посебног разлога зашто се ова правила којима се уређују ове области разликују у сектору набавке добара и пружања услуга, с једне стране, и уговора о извршењу радова, с друге стране.

1. Уговори о пружању услуга и набавци добара

У члану 19 EG, став 2, у првој реченици, 1 VOL/A се даје наручиоцима дискрециono овлашћење да затраже од понуђача сертификате и изјаве које претходно нису доставили при исказивању интереса или подношењу понуде.[283] Из тог разлога наручиоци могу поставити известан рок, обично око 5 радних дана, за понуђаче да доставе било какав недостајући документ. Ако понуђач поднесе документе на време, сматраће се да његова понуда у целости испуњава прописане услове. Ако понуђач пропусти да достави недостајућа документа у року, његова понуда се аутоматски искључује из разматрања из разлога неиспуњавања прописаних услова.

283 VK Hesse, B. од 27.09.2011 -. Ref .: 69 d VK - 30/11.

Треба најпре уочити да наручилац може упутити захтев понуђачу за додатним информацијама по основу свог дискреционог овлашћења. Јасно је на основу начина на који је срочена одредба да наручилац – за разлику од уговора за извршење радова који су покривени са VOB/A – није у обавези да затражи недостајуће сертификате/потврде и изјаве.[284] Наручиоци могу, у начелу, одбацити непотпуне понуде не прибегавајући могућности да затраже недостајуће информације. Сами понуђачи немају право да подносе недостајућа документа.

У академској литератури и у вези са судском праксом се водила жива дебата о томе да ли се могу само затражити недостајућа документа или се непотпуни сертификати/потврде и изјаве могу такође и допунити.[285] На темељу одредбе, сумњиво је да ли, на пример, понуђачима треба дозволити да поновно подношење непотпуних референци или сертификата. Страховало се да би понуђач злоупотребио такву прилику и поднео документе којима би се суштински побољшала понуда. Таква пракса уношења квалитативних измена у понуди није у складу са чланом 19 EG став 2, први ред 1 VOL/A, који се искључиво бави формалним условима у погледу употпуњености тражених докумената. Намера ове одредбе није да успостави „општи корекциони механизам“ за непотпуне понуде.[286]

Према члану 19 EG, став 2, други ред 2 VOL/A, дискреционо право наручилаца да затраже од понуђача додатне информације се не односи на понуђене цене, уз изузетак појединачних ценовних елемената који не утичу на укупну понуђену цену, рангирање понуда и конкуренцију уопште узев. Стога, у случајевима где је недостајући ценовним елеменат суштински битан, наручиоци су у обавези да одбаце такву понуду без могућности коришћења свог дискреционог права да затраже недостајуће информације. Једино ако недостајући ценовни елементи у понуди нису суштински важни, наручиоци могу упражњавати своје дискреционо право да затраже додатне информације.[287]

---

284 OLG Dusseldorf, B. od 28.11.2012 - Az .: VII-Verg 8/12; VK Hesse, B. од 27.09.2011 -. Ref .: 69 d VK - 30/11.

285 2. VK Bund, B. од 06.03.2014 - Az .: VK 2 - 37/14; OLG Celle, B. од 24/04/2014 -. Ref .: 13 Verg 2/14.

286 3. VK Bund, B. од 25.01.2013 -. Ref .: VK 3 - 2/13.

287 VK Lower Saxony, B. од 08.07.2011 – Ref.: VgK-23/2011.

2. *Уговори о радовима*

За разлику од уговора о пружању услуга и набавци добара, наручиоци немају дискрециono овлашћење да упуте захтев наручиоцима за додатним информацијама. Према члану 16 EG, став 1, ставка 3 VOB/A, наручилац је у обавези да затражи недостајуће сертификате и изјаве.[288] Сходно томе, понуђачи имају право да поднесу документе које су првобитно пропустили да доставе.

Немачки законодавац је потом одлучио у погледу недостајућих ценовних елемената у понудама за извршење радова да следи другачији приступ него што је то случај са уговорима о пружању услуга и набавци добара. Према члану 16 EG, став 1, ставка 1 лит. ц), 13 EG, став 1, ставка 3 VOB/A, наручиоци су – слично приступу код уговора о пружању услуга и набавци добара – у обавези да одбаце понуду у случају када недостају ценовни елементи.[289] Међутим, ограниченија је могућност установљавања изузетка у односу на правило: недостајући ценовни елемент (једнина!) није само од мањег значаја и само један ценовни елемент може недостајати у понуди. Штавише, необазирање на ценовни елемент не сме утицати на конкуренцију и рангирање понуда, чак и ако је дата позиција евалуирана као највиша конкурентна цена.

6. Промене у идентитету понуђача након подношења понуда

Промене комерцијалног идентитета конзорцијума након подношења понуда може значајно утицати на интересе органа који додељује уговор у поступку јавних набавки. Промене могу обухватити промену или повлачење једног или више чланова конзорцијума и промену вла-

288 OLG Dusseldorf, B. од 10.08.2011 – Ref.: Verg 66/11.
289 BGH, пресуда од 20.01.2009 - Ref.: X ZR 113/07.

сништва. На пример, члан конзорцијума са изузетним референцама и изванредним финансијским капацитетом може одлучити да се повуче из конзорцијума. Овакво повлачење ће вероватно утицати на процену техничког и финансијског капацитета конзорцијума.

Главно питање које се поставља након промене састава конзорцијума јесте да ли је наручиоцу допуштено или да ли мора искључити такав конзорцијум из поступка јавних набавки. У одсуству било каквих изричитих правила у Директиви 2004/18, начело једнакости налаже да се према свим понуђачима мора поступати једнако осим уколико постоје објективни разлози за дискриминацију. Основни је услов да се сви понуђачи морају оцењивати у односу на исте минималне квалификационе критеријуме ради састављања уже листе кандидата. То подразумева да измењени конзорцијум мора задовољити минималне услове у погледу квалификације, састављања уже листе кандидата и додељивања уговора.

У случајевима где нови члан конзорцијума не мења или мења незнатно квалитет понуде конзорцијума и статус конзорцијума у смислу квалификационих критеријума и састављања уже листе кандидата, требало би допустити наручиоцу и, штавише, треба наложити наручиоцу да задржи таквог понуђача у поступку доделе уговора. У случају материјалних промена састава конзорцијума које утичу на техничку или финансијску способност, те промене могу на крају имати за последицу да конзорцијум не испуњава квалификационе критеријуме, као ни критеријуме за састављање уже листе кандидата и доделе уговора. Под таквим околностима, конзорцијум се мора избацити из поступка јавне набавке. Задржати понуђаче на широј или ужој листи кандидата по основу другачијем у односу на онај који је претходно примењен на друге понуђаче је супротно начелима једнакости и транспарентности. У пракси ће бити тешко доказати да би се понуђач који се разматра био изабран у свом новом саставу.

Према претежној немачкој судској пракси, промене састава конзорцијума понуђача након подношења понуде (или подношења захтева за учешћем у поступку јавне набавке који се састоји из две фазе)

воде ка искључивању тих понуда / захтева за учешћем у поступку из даљег поступка јавне набавке.[290]

Међутим, имајте у виду да ова немачка судска пракса није доследна, то јест да постоји супротна судска пракса према којој такве промене само за последицу имају нову проверу подобности модификованог конзорцијума-понуђача, а поготово у случају преговарачког поступка.[291] Стога је неопходно ово питање разматрати од случаја до случаја.

290 1. VK Bund, B. од 10.04.2008 - Az.: VK 1 - 33/08.
291 1. VK Hessen, B. од 25.08.2006 - Az.: 69 d VK 37/2006.

VI. Пољска

Према члану 26 пољског закона о јавним набавкама, наручиоци ће затражити од привредних субјеката да допуне своје понуде у следећим случајевима:

- ако недостају изјаве или документа којима се доказује испуњеност услова за учешће у поступку; и
- ако изјаве или документа садрже грешке

пре истека унапред дефинисаног рока.

Током разматрања и евалуације понуда, тело које додељује уговор може затражити објашњења у погледу садржаја понуда које су поднели привредни субјекти. Преговори између тела које додељује уговор и привредног субјекта у погледу поднете понуде и било каквих измена у садржају понуде нису допуштени (члан 87 (став 1)).

Даље, наручилац ће исправити у тексту понуде:

1) очигледне грешке у писању;
2) очигледне рачунске грешке узимајући у обзир рачунске последице извршених модификација;
3) друге грешке које за последицу имају недоследност у односу на спецификацију суштински важних услова уговора, али које не узрокују суштинске модификације понуде;

и потом ће обавестити оног привредног субјекта чија је понуда исправљена.

Према члану 89 пољског закона о јавним набавкама, наручилац ће, између осталог, одбацити понуду ако та понуда

- садржи рачунске грешке при обрачуну цена;
- у року од 3 дана од достављања обавештења, привредни субјекат се није сложио са исправком горепоменуте грешке.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34(497.11)

БИЛТЕН правне праксе / Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки ; главни и одговорни уредник Ристивоје Ђокић. - 2014, бр. 1- . - Београд : Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки, 2014- (Београд : Фидуциа 011 принт). - 21 cm

ISSN 2406-1522 = Билтен правне праксе (Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки)
COBISS.SR-ID 211399948

ISBN 978-86-6383-013-4