



UNIVERZITET U BANJOJ LUCI

PRAVNI FAKULTET

**PRAVNI ASPEKTI JAVNIH NABAVKI U
EVROPSKOJ UNIJI I BIH**

MAGISTARSKI RAD

Mentor:

Akademik, profesor dr

Radovan Vukadinović

Kandidat:

Bosiljka Predragović

Banja Luka, juli 2020. godine



UNIVERSITY OF BANJA LUKA

FACULTY OF LAW

**LEGAL ASPECTS OF PUBLIC
PROCUREMENT IN THE EUROPEAN UNION
AND B&H**

MAGISTER THESIS

Mentor:

Radovan Vukadinovic, PhD

Professor, Academician

Candidate:

Bosiljka Predragović

Banja Luka, May 2020

INFORMACIJE O MENTORU I MAGISTARSKOM RADU

Mentor	Akademik, profesor dr Radovan Vukadinović, redovni profesor, uža naučna oblast Međunarodno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.
Naslov	„Pravni aspekti javnih nabavki u Evropskoj uniji i BiH“
Rezime	U državama članicama EU svake godine se zaključi preko 250.000 ugovora o javnim nabavkama u vrijednosti od oko dvije hiljade milijardi evra, što čini oko 14% BDP-a Evropske unije. Iz tih razloga EU i svaka država detaljno prati način trošenja sredstava i nastoji da obezbijedi ne samo političku, već prije svega, sudsku kontrolu. Pravno regulisanje javnih nabavki je složeno pitanje jer ima za zadatak da takvo trošenje učini zakonitim i da troškove stavi pod kontrolu i sankcioniše povrede. Predmet istraživanja u užem smislu čini analiza propisa i pravila koja regulišu javne nabavke. Odredbe o javnim nabavkama su sadržane u primarnim i sekundarnim izvorima prava EU, UFEU-u i u nizu direktiva. U širem smislu, predmet istraživanja je stavljen u kontekst širih pravnih instituta kao što je javno-privatno partnerstvo, pravo konkurencije i načelo autonomija volje ugovornih strana kod zaključivanja ugovora. Analiza ovako određenog predmeta u širem smislu ima za cilj da odredi mjesto javnih nabavki i njegov odnos prema navedenim institutima. U radu se polazi od teze da je ugovor o javnim nabavkama ugovor mješovite pravne prirode i da, bez obzira na sve osobenosti, mora zadovoljiti osnovne zahtjeve ugovornog privrednog ili obligacionog prava u pogledu nastanka, pravnog dejstva i prestanka, ali i javnog prava, kao upravni ugovor. Javne nabavke, kao složena pravna i ekonomska pojava, i ugovor o

	javnoj nabavci, kao pravni instrument realizacije, analizirani su sa dva aspekta ili okvira: sa stanovišta ugovornog prava i sa stanovišta prava EU, tj. njegovih osnovnih načela. Kod određivanja pravne prirode i karakteristika ugovora o javnim nabavkama, polazi se od pretpostavke da je ugovor o javnim nabavkama razvijen u okviru upravnih, ili upravnog ili administrativnog ugovora, kao njegova podvrsta, te je tako analiziran u okviru šireg pojma upravnih i administrativnih ugovora. Analizom pravnih propisa koji predstavljaju zakonodavni okvir unutar kojeg postupaju javni organi EU, te analizom sudske prakse kao značajnog izvora prava u ovoj oblasti, identifikovani su bitni elementi ugovora o javnim nabavkama, pravni režim ugovornih odredaba, u smislu primjene građanskog i javnog prava. Za razumijevanje pravne prirode i posla javne nabavke, bitno je bilo razumijeti domašaj primjene direktiva, odnosno njene izuzetke od primjene direktiva o javnim nabavkama. Rad je ukazao da postojanje određenih svojstava subjekata u ovim ugovorima, nekih specifičnosti koje određeni poslovi zahtjevaju, kao što su pravni poslovi zastupanja i arbitraže koji predstavljaju lične obligacije (<i>intuitu personae</i>), hitni rokovi za djelovanje (kreditna zaduženja) ili postojanjem već zaključenih međunarodnih pravila predstavljaju izuzeke od primjene, i zakonodavac ih je jasno precizirao. Međutim, praksa je pokazala da je ipak dato široko diskreciono ovlašćenje javnim organima da ugovore podvedu pod izuzetke i na taj način izbjegnu primjenu zakonodavnog okvira. Kao izuzetke, direktive izdvajaju subvencionisane ugovore, zatim ugovor za javne nabavke za odbranu i bezbjednost, rukovodeći se zaštitom bezbjednosnih interesa svake države članice ponaosob. Rad je obuhvatio i analizu direktiva o pravnim lijekovima za zaštitu ponuđača u postupcima javne nabavke.
--	--

	Pored zakonodavnog okvira, u radu je izvršena analiza propisa BiH kojima se reguliše postupci javne nabavke. Zaključeno je da BiH nije izvršila potpuno usklađivanje propisa iz ove oblasti sa direktivama EU, iako ima obavezu usklađivanja propisa sa pravnom stečevimom EU, a prema zaključenom Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju.
Ključne reči	
Naučna oblast	Međunarodno pravo
Naučno polje	Pravo Evropske unije
Klas. oznaka	S 150, S 155 (Common European Research Information Format)
Tip licence	Autorstvo – nekomercijalno – bez prerade (Creative Commons)

INFORMATION ON MENTOR AND MAGISTER THESIS

Mentor	Academician, Radovan Vukadinovic, PhD, regular professor, specific scientific area of International Law, University of Kragujevac, Faculty of Law.
Heading	„Legal aspects of public procurement in the European Union and B&H“
Summary	In the EU member states, over 250,000 public procurement contracts worth about two thousand billion euros are concluded every year, which makes about 14% of the GDP of the European Union. For these reasons, the EU and each country closely monitors the way funds are spent and seeks to ensure not only political, but above all, judicial control. Legal regulation of public procurement is a complex issue because its task is to make such spending legal and to bring costs under control and sanction violations. The subject of research in the narrower sense is the analysis of regulations and rules governing public procurement. Public procurement provisions are contained in primary and secondary sources of EU law, the TFEU and in a number of directives. In a broader sense, the subject of the research is placed in the context of broader legal institutes such as public-private partnership, competition law and the principle of autonomy of the will of the contracting parties when concluding contracts. The analysis of such a specific case in a broader sense aims to determine the place of public procurement and its relationship to these institutes. The paper starts from the thesis that a public procurement contract is a contract of mixed legal nature and that, regardless of all the features, it must meet the basic requirements of contractual commercial or contract law in terms of origin, legal effect and termination, but also public law, as an administrative contract.

	Public procurement, as a complex legal and economic phenomenon, and the public procurement contract, as a legal instrument of implementation, were analyzed from two aspects or frameworks: from the point of view of contract law and from the point of view of the EU law, i.e. its basic principles. In determining the legal nature and characteristics of public procurement contracts, it is assumed that the public procurement contract was developed within the framework of administrative contract, or management or administrative contracts, as its subtype, and is thus analyzed within the broader concept of management and administrative contracts. The analysis of legal regulations representing the legislative framework within which the EU public bodies act, and the analysis of case law as a significant source of law in this area, identified important elements of public procurement contracts, the legal regime of contractual provisions, in terms of application of civil and public law. To understand the legal nature and work in public procurement, it was important to understand the scope of application of the directives, i.e. its exceptions from the application of the public procurement directives. The paper pointed out that the existence of certain characteristics of subjects in these agreements, some specifics that certain tasks require, such as legal representation and arbitrations that represent personal obligations (<i>intuitu personae</i>), urgent deadlines (credit indebtedness) or the existence of already concluded international rules represent exceptions to the application, and the legislator has clearly specified them. However, practice has shown that public discretion is nevertheless given to public authorities to place contracts under exceptions and thus avoid the application of the legislative framework. As exceptions, the directives single out subsidized contracts, then public procurement contracts for defense and security, guided by
--	---

	the protection of the security interests of each Member State individually. The paper also included an analysis of the directives on legal remedies for the protection of tenderers in public procurement procedures. In addition to the legislative framework, the paper analyzes the regulations of B&H governing public procurement procedures. It was concluded that B&H has not fully harmonized the regulations in this area with the EU directives, although it has the obligation to harmonize the regulations with the Acquis communautaire, according to the concluded Stabilization and Association Agreement.
Key Words	
Scientific Area	International Law
Scientific Sector	European Union Law
Classification	S 150, S 155 (Common European Research Information Format)
License Type	Author – non-commercial – no adaptation (Creative Commons)

SADRŽAJ

GLAVA I	13
OPŠTA (UVODNA) RAZMATRANJA	13
1. Značaj javnih nabavki	13
2. Razlozi za izbor teme	14
3. Predmet istraživanja i ograničenja teme	15
4. Ciljevi istraživanja	16
5. Polazne teze	16
6. Metod	16
GLAVA II	18
ANALITIČKI OKVIR UGOVORA O JAVNIM NABAVKAMA	18
1. Javno i privatno tržište	18
2. Ugovorno pravo i pravo EU	19
3. Posao javne nabavke	21
3.1. Pojam javne nabavke	21
3.2. Subjektivni pristup	22
3.3. Objektivni pristup	23
3.4. Mješoviti pristup	24
4. Načela javne nabavke	24
4.1. Načelo ekonomičnosti i djelotvornosti (efikasnosti)	25
4.2. Načelo obezbjeđivanja konkurencije i zabrane diskriminacije	25
4.3. Načelo transparentnosti postupka javne nabavke	26
4.4. Načelo jednakog postupanja	28
4.5. Načelo proporcionalnosti	28
4.6. Načelo pravičnosti	30

4.7. Načelo međusobnog priznavanja	30
4.8. Načelo <i>de minimis</i>	31
5. Izvori prava	32
5.1. Vrste	32
5.2. Sudska praksa sudova EU kao izvor prava	35
5.3. Domašaj primjene direktiva o javnim nabavkama	36
5.4. Izuzeci od primjene direktiva	37
5.4.1. Nabavka u okviru javnog organa (in house)	37
5.4.2. Ugovorna saradnja	38
5.4.3. Prenos nadležnosti između javnih naručilaca	39
5.5. Ostali izuzeci	39
5.5.1. Ugovori u sektoru vodne privrede, energetskom i saobraćajnom sektoru i sektoru poštanskih usluga	40
5.5.2. Ugovori za nabavku zemljišta	41
5.5.3. Javni ugovori i projektni konkursi organizovani prema međunarodnim pravilima	41
5.5.4. Javni ugovori o nabavci posebnih usluga	42
5.5.5. Ugovori između subjekata u javnom sektoru	46
5.6. Izuzeci od primjene direktive o koncesijama	48
5.7. Posebne situacije primjene Opšte direktive	49
5.7.1. Subvencionisani ugovori za usluge istraživanja i razvoja	49
5.7.2. Nabavke koje uključuju odbrambene i bezbjednosne aspekte	51
5.7.3. Mješoviti ugovori	51
 GLAVA III	 53
 OPŠTE KARAKTERISTIKE UGOVORA O JAVNOJ NABAVCI	 53
1. Pravna priroda	53
1.1. Ugovorne strane	54
1.1.1. Naručioc i u pravu EU	55
1.1.2. Tumačenje Suda pravde i sudska praksa	57

1.1.3. Rješenja u pravu Republike Srbije	58
2. Forma ugovora	61
3. Predmet ugovora o javnoj nabavci	61
3.1. Terminološke dileme	63
3.2. <i>Kauza i consideration</i> ugovora	65
4. Razgraničenje od sličnih poslova	68
4.1. U odnosu na druge mjere	68
4.2. Javno-javna saradnja	69
4.3. Ugovor o javnim nabavkama i izvršavanja ovlašćenja	71
5. Nastanak javnog ugovora	71
 GLAVA IV	 73
 VRSTE I MODALITETI UGOVORA O JAVNIM NABAVKAMA	 73
1. Vrste ugovora	73
1.1. Ugovor o javnoj nabavci dobara	73
1.2. Ugovor o javnim radovima	73
1.3. Ugovor o javnim uslugama	75
2. Modaliteti ugovora o javnoj nabavci	77
2.1. Ugovor o koncesiji	77
2.1.1. Uopšte	77
2.1.2. Ugovor o koncesije u EU	77
2.3. Konkurs za dizajn	86
 GLAVA V	 88
 POSTUPAK ZA DODJELU JAVNIH UGOVORA U PRAVU EVROPSKE UNIJE	 88
1. Vrste postupaka	88
1.1. Otvoreni postupak	88
1.2. Ograničeni postupak	89
1.3. Ubrzani postupak	89

1.4. Konkurentski dijalog	90
1.5. Konkurentski postupak sa pregovorima	92
1.6. Pregovarački postupak bez prethodne objave obavještenja o ugovoru	94
1.7. Inovacijsko partnerstvo	97
1.8. Elektronska aukcija	100
1.9. Konkurs za dizajn	102
2. Rokovi u postupcima javnih nabavki	103
2.1. Otvoreni postupak	103
2.2. Restriktivni postupak	104
2.3. Konkurentski postupak sa pregovaranjem	104
2.4. Postupak konkurentskog dijaloga	104
2.5. Postupak za partnerske inovacije	104
3. Obavijest u Službenom listu Evropske unije	104
4. Isključenja ponuđača iz postupka javne nabavke	106
4.1. Mandatorna isključenja	106
4.1.1. Osuda za krivično djelo	106
4.1.2. Kršenje obaveza u vezi s plaćanjem poreza ili doprinosa za socijalno osiguranje	107
4.2. Odstupanja od mandatornog isključenja	107
4.3. Diskreciona isključenja	107
4.4. Sukobi interesa i prethodno uključivanje	109
4.5. Koncept samočišćenja (<i>self-celaning</i>)	112
5. Kriterijumi za dodjelu ugovora	113
5.1. Kriterijumi izbora	113
5.1.1. Objavljivanje kriterijuma za dodjelu ugovora	114
5.1.2. Nenormalno niske ponude	114
5.1.3. Obaveze naručioca	114
6. Modifikacija ugovora o javnoj nabavci	115

GLAVA VI	121
PRAVNA ZAŠTITA	121
1. Organi nadležni za podnošenje pravnih lijekova u EU	122
1.1 Žalba Evropskoj komisiji	122
1.2. Prigovori na dodjelu ugovora o javnim nabavkama koje provode institucije EU	122
1.3. Žalba evropskom ombudsmanu	123
1.4. Žalba Osnovnom sudu	123
1.5. Evropska kancelarija za borbu protiv prevara (<i>OLAF</i>)	123
2. Vrste pravnih lijekova	123
2.1. Privremene mjere	124
2.2. Mirovanje	125
2.2.1. Odstupanja od perioda mirovanja	128
2.3. Automatska suspenzija	130
2.4. Lijek za neefikasnost	131
2.5. Naknada štete	133
3. Povezanost direktiva i Povelje o osnovnim pravima EU	136
3.1. Obim primjene	136
3.2. Pravo na dobru upravu	136
3.3. Pravo na efikasan lijek	137
GLAVA VII	138
PRAVNI ASPEKTI JAVNIH NABAVKI U BIH	138
1. Uopšte	138
2. Vrste postupaka	139
3. Izuzeci od primjene Zakona o javnim nabavkama	149
4. Vrijednost i karaktera javne nabavke	150
5. Tok postupka	152
6. Rokovi	163

7. Pravna zaštita	163
8. Usklađenost zakona o javnim nabavkama BiH sa pravom EU	174
Rezime	180
LITERATURA	189

GLAVA I

OPŠTA (UVODNA) RAZMATRANJA

1. Značaj javnih nabavki

U državama članicama EU svake godine se zaključi preko 250.000 ugovora o javnim nabavkama u vrijednosti od oko dvije hiljade milijardi evra, što čini oko 14% BDP-a Evropske unije.¹ U tom smislu se sa razlogom ističe da javne nabavke imaju "ključnu ulogu u strategiji za Evropu 2020 za postizanje pametnog, održivog i uključivog rasta,"² kako bi se obezbijedilo najefikasnije korištenje javnih sredstava. Javne nabavke su posebno karakteristične za pojedine sektore privređivanja, kao što su energija, transport, telekomunikacije, ali i socijalna zaštita i zdravstveno osiguranje i obrazovanje, u kojima se javne vlasti javljaju kao veliki naručioci ili kupci.

Već i brožčani podaci dovoljno govore o ekonomskom značaju javnih nabavki, ne samo zbog sume novca koji se troši, već i zbog efekata koji se time postižu na primjer u pogledu zapošljavanja, ali zbog uticaja nabavki na opštu društvenu svijest o državi i državnim organima koji raspolažu novcem poreskih obveznika, ili utiču na zadovoljenje nekih opštih potreba, kao što su obrazovanje ili socijalna zaštita. U ekonomskom smislu, pravno regulisanje javnih nabavki ima za cilj da omogući efikasnije korištenje javnih sredstva i bolji nadzor na njima, te da pomogne ostvarivanju zajedničkih društvenih ciljeva, kao što su bolja zaštita okoline, veći stepen energetske efikasnosti, promovisanje istraživanja i slično.

U političkom smislu, javne nabavke u kojima se državi i njenim organima i vlastima propisuju brojna ograničenja i različita pravila ponašanja, svjedoče o razvlašćivanju države i pokušaju da i država svoj rad učini transparentnim i usmjeri ga na efikasnije zadovoljenje opštih interesa.

¹ Вид. https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en (приступ 21.februar 2020)

² The Europe 2020 strategy for smart, sustainable and inclusive growth, Communication from the Commission of 3 March 2010 - COM(2010) 2020. Вид. Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market, COM(2011) 15 final, стр. 3. Доступно на: <https://ec.europa.eu/eu2020/pdf/COMPLET%20EN%20BARROSO%20%20%20007%20%20Europe%202020%20-%20EN%20version.pdf> (приступ 21.februar 2020)

U pravnom smislu, regulisanje javnih nabavki je aktuelizovano tek u posljednjih nekoliko decenija i to sistemom "odozgo" - od međunarodnih organizacija, kao što je Svjetska država. U unutrašnjim nacionalnim pravnim sistemima, javne nabavke predstavljaju poseban pravni posao koji se realizuje preko odgovarajućih ugovora.

2. Razlozi za izbor teme

Pravno regulisanje javnih nabavki je složeno pitanje koje može biti analizirano kao teorijsko i praktično pitanje u pravnom i ekonomskom smislu. U ekonomskom smislu, nabavke predstavljaju strateški instrument ekonomske politike kojim se utiče na trošenje javnih sredstava. U Evropskoj uniji je to vrlo osjetljivo pitanje jer su u pitanju sredstva državljana država članica. U privredama država članica javne nabavke čine više od 16% BDP-a. Iz tih razloga EU i svaka država detaljno prati način trošenja sredstava i nastoji da obezbijedi ne samo političku, već prije svega, sudsku kontrolu. I pored takvog značaja, pravno regulisanje javnih nabavki je tretirano kao "Pepeljuga" evropskih integracija.³

U tom kontekstu posmatrana, pravna regulativa ima zadatak da takvo trošenje učini zakonitim i da troškove stavi pod kontrolu i sankcioniše povrede. To znači da pravni propisi, prije svega komunitarne direktive i druga pravila (kao što je "dobra praksa") moraju biti takvi da istovremeno omoguće njihovu jednostavnu i brzu primjenu u svim državama članicama, ali i da takva primjena bude djelotvorna, tj. da obezbijedi ostvarivanje zadatih ciljeva.

Pravna regulativa javnih nabavki je osobena i zbog toga što se odgovarajući propisi moraju tumačiti u skladu sa pravilima međunarodnog (javnog) prava, upravnog prava, obligacionog i prava konkurencije.

Da je riječ i o praktičnom problemu svjedoči tendencija stalog smanjenja broja ponuđača, što stvara sumnju da ponuđači imaju problema u pristupu tržištu, što dalje otvara pitanje poštovanja pravila o zaštiti konkurencije. Postoje podaci da se malim i srednjim firmama dodjeljuje samo 45% vrijednosti javnih nabavki čija vrijednost prelazi EU pragove.

Poštovanje i jednoobrazna primjena EU pravila o javnim nabavkama je delikatno i zbog toga što se primjenjuje u državama članicama koje imaju različitu pravnu kulturu i odnos prema ekonomskim zakonitostima. Otuda se na nivou EU vrši samo harmonizacija i koordinacija pravila o javnim nabavkama putem direktiva, ali ne i unifikacija putem komunitarnih uredbi.

³ C. Bovis, *Public Procurement in the European Union*, Palgrave, 2005, стр. 1.

Sa stanovišta prava trećih država, kao što je BiH, od brojnih obaveza koje su pridružene države preuzele SSP-om u pogledu usklađivanja svog prava sa pravom EU, harmonizacija pravnih propisa o javnim nabavkama je određena kao prioritetno pitanje.

3. Predmet istraživanja i ograničenja teme

Predmet istraživanja u užem smislu čini analiza propisa i pravila koja regulišu javne nabavke. Odredbe o javnim nabavkama su sadržane u primarnim i sekundarnim izvorima prava EU: u čl. 26, 34, 53(1), 56, 57, 62, i 114. UFEU-u i u nizu direktiva.

U širem smislu, predmet istraživanja je stavljen u kontekst širih pravnih instituta kao što je javno-privatno partnerstvo (JPP), pravo konkurencije i načelo autonomija volje ugovornih strana kod zaključivanja ugovora. Analiza ovako određenog predmeta u širem smislu ima za cilj da odredi mjesto javnih nabavki i njegov odnos prema navedenim institutima.

Na osnovu rezultata takve analize, kandidat je definisao ugovor o javnim nabavkama, njegove bitne elemente, karakteristike i pravnu prirodu. Kandidat polazi od teze da je ugovor o javnim nabavkama ugovor mješovite pravne prirode i da, bez obzira na sve osobenosti, mora zadovoljiti osnovne zahtjeve ugovornog privrednog ili obligacionog prava u pogledu nastanka, pravnog dejstva i prestanka, ali i javnog prava, kao upravni ugovor. Ovo valja naglasiti jer se iz prakse pojedinih nacionalnih tijela može steći pogrešan utisak da bi njegovo tumačenje trebalo prepustiti ekonomskoj struci i činovničkom uskom shvatanju.

Stoga će u radu biti riječi o onome šta ugovor o javnim nabavkama jeste (*de lege lata*), ali i što bi trebalo da bude (*de lege ferenda*). Istovremeno, predmet rada je ograničen na pravne aspekte javnih nabavki u pravu EU i u unutrašnjim pravima pojedinih država. Pod pravnim aspektima se podrazumijevaju, ne samo karakteristike ugovora o javnim nabavkama, već i njegov odnos prema srodnim ugovorima obligacionog i privrednog prava, tj. građansko-pravnim i privrednopravnim ugovorima. Riječ je o složenom pravnom poslu koji se realizuje kroz tri odvojena ugovora, što će zahtijevati, ne samo njihovu pojedinačnu analizu, već i traženje zajedničkih karakteristika triju ugovora.

4. Ciljevi istraživanja

Cilj ovog istraživanja je da pokaže sadašnje stanje u regulisanju i primjeni propisa o javnim nabavkama i da, eventualno, ponudi nova rješenja. U opštem smislu, rad treba da

obezbjedi sistematičan pregled i adekvatan izvor saznanja o predmetu istraživanja koji treba da imaju naučnu i praktičnu vrijednost.

5. Polazne teze

U radu se polazi od teze da se u postupku dodjele ugovora mješaju elementi upravnog i obligacionog prava. Nabavke se realizuju putem ugovora o javnim nabavkama koji spadaju u kategoriju "javnih ili administrativnih ugovora".

Javni ugovori su definisani kao materijalni ugovori u pisanom obliku koje zaključuju jedan ili više privrednih subjekata sa jednim ili više javnih naručilaca, a čiji je predmet izvođenje radova, isporuka robe ili pružanje usluga. U Evropskoj uniji, oni se moraju realizovati uz poštovanje specifičnih načela, kao što su: načelo slobode kretanja robe i usluga, osnivanja privrednih društava, načelo jednakog postupanja, proporcionalnosti i transparentnosti. Ipak, bez obzira na navedene specifičnosti, u radu se polazi od teze da i njihov nastanak, tumačenje i povredu treba posmatrati u okvirima opšteg načela savjesnosti i poštenja ili dobre vjere.

6. Metod

U radu će biti korištena kombinacija sljedećih metoda istraživanja:

Dogmatički i normativni metod će biti korišteni radi saznavanja prava kao posebne društvene pojave i biće korišteni za analizu izvora prava i proučavanje propisa, međunarodnih ugovora, sudske i arbitražne prakse i autonomnih izvora poslovnog prava.

Komparativni (uporednopravni) metod koristiće se za upoređivanje rješenja iz različitih izvora prava (različitih međunarodnih ugovora).

Metod studije slučaja biće korišten prilikom analize dostupne sudske i arbitražne prakse.

U kombinaciji sa pravnim metodom, metod analize sadržaja će se koristiti radi analize domaće i inostrane naučne i stručne literature.

Pored toga, istorijski metod će biti primijenjen tamo gdje je potrebno da se sagleda istorijski razvoj pravnih instituta koji su bitni za rad.

Sociološki metod će se koristiti tamo gdje se sagledava društveni kontekst teme koja se obrađuje.

Kao pomoćni, biće korišteni metodi analize, sinteze, dedukcije, indukcije, apstrakcije, generalizacije i drugo.

U radu će biti analizirana bogata sudska praksa u EU. Bez obzira što sudska praksa ne

predstavlja izvor prava EU, Sud pravde EU, a kasnije i osnovni sudovi su odigrali značajnu ulogu, ne samo u tumačenju postojećih propisa, nego i u kreiranju novih rješenja. Neiscrpni izvor inspiracije za to pružaju široko formulisna načela prava EU.

GLAVA II

ANALITIČKI OKVIR UGOVORA O JAVNIM NABAVKAMA

1. Javno i privatno tržište

Prema kriterijumima ko određuje preovladavajuće uslove na određenom prostoru u prometu robe i usluga može se govoriti o javnom i privatnom tržištu. Na javnom tržištu su osnovni učesnici država i njena tijela, dok na privatnom tržištu "pravila igre" određuju privatni subjekti. Međutim, podjela je teorijskog karaktera i ova dva tržišta nisu suprotstavljena, niti odvojena ni nezavisna jedno od drugog. Naprotiv, u pitanju je isti prostor na kome se sučeljavaju ponuda i potražnja, po pravilu, sa istim učesnicima (igračima): javnim i privatnim preduzećima i privrednim društvima. Zbog toga je teško, samo na osnovu učesnika, neko tržište kvalifikovati kao javno ili privatno. Pouzdaniji kriterijum je funkcija ili uloga koju ima jedno ili drugo tržište.

Funkcija privatnog tržišta je da, u slobodnom nadmetanju ili utakmici, sistemom eliminacije, obezbijedi da na tržištu ostanu samo najbolji. Iz toga je izveden pojam idealne ili čiste konkurencije. Međutim, kako pojam čiste konkurencije počiva na nizu teorijskih pretpostavki koje u stvarnosti ne postoje, ali i zbog nastojanja države da aktivno učestvuje na tržištu, izveden je pojam radne ili funkcionalne konkurencije. Ipak, bez obzira na ove promjene, privatno tržište je i dalje "strukturisano kao rezultat kompetitivnog pritiska koji potiču iz odnosa ponude i potražnje."⁴ Zadatak pravila o zaštiti konkurencije je da spriječava kartelna i monopolska dogovaranja učesnika na tržištu i da kontroliše spajanja i koncentracije. U tom cilju država može narediti određena ponašanja (mjere ponašanja) ili uticati na postojanje određene strukture (strukturne mjere).

Osnovna funkcija javnog tržišta je da omogući *zadovoljenje javnog interesa*. U ekonomskom smislu, ovo tržište se razlikuje od privatnog jer na njemu preovladava oligopsonski ili monopsonski karakter, jer je tražnja institucionalizovana i djeluje više na osnovu budžetskih mogućnosti nego na osnovu cjenovnog mehanizma.⁵

Ovakvo tržište ne karakteriše antikartelno pravo, već primjena tzv. strukturnih mjera i mjera ponašanja⁶ kao regulatorni okvir.

⁴ C. Bovis, *Public Procurement in the European Union* Bovis, op.cit. str. 18.

⁵ C. Bovis, *Public Procurement in the European Union* Bovis, op.cit., str. 18.

U svakom slučaju, javne nabavke su već u "Beloj knjizi" smatrane jednom od najvažnijih vancarskih prepreka koje stoje na putu uspostavljanju unutrašnjeg tržišta.⁷

2. Ugovorno pravo i pravo EU

Pravni okvir. Javne nabavke, kao složena pravna i ekonomska pojava, i ugovor o javnoj nabavci, kao pravni instrument realizacije, biće analizirani sa dva aspekta ili okvira: sa stanovišta ugovornog prava i sa stanovišta prava EU, tj. njegovih osnovnih načela.

Kod određivanja pravne prirode i karakteristika ugovora o javnim nabavkama, polazimo od pretpostavke da je ugovor o javnim nabavkama razvijen u okviru upravnih, ili upravnog ili administrativnog ugovora, kao njegova podvrsta, pa će biti analiziran u okviru šireg pojma upravnih i administrativnih ugovora. Upravni ugovor je u domaćoj teoriji definisan kao "pravno utemeljena saglasnost jedne javnopravne i jedne privatnopravne volje o postizanju takve javne svrhe, kao i stvoreni pravni odnos između njih sa širim, javnopravnim učincima."⁸

U odnosu na klasične obligacione ugovore, upravne ugovore karakteriše posebno svojstvo stranaka, način zaključivanja, predmet, svrha i *kauza*, tok izvršenja i pravna zaštita.⁹

Stranke (ugovorne strane) kod upravnih ugovora su upravni organ i privatno lice. NJih karakteriše suštinska nejednakost u kojoj državni organ ima položaj jače strane, jer iza njega stoji aparat državne prinude. Sloboda postupanja u pravnom prometu je kod obligacionih građanskih ugovora ograničena jedino granicama autonomije volje, koja je određena javnim poretком. Kod upravnih ugovora, stranke ne uživaju ni slobodu izbora ugovornog partnera, niti mogu slobodno i po međusobnom dogovoru da urede svoje odnose. Otuda građanski ugovori po pravilu deluju *inter partes*, a upravni *erga omnes*. Građanski ugovori imaju relativno dejstvo i

⁶ За мјере понашања и структурне мјере Вид. Закон о заштити конкуренције, "Сл. гласник РС ", бр. 51/2009 и 95/2013, чл. 59

⁷ European Commission, White Paper for the Completion of the Internal Market, COM (85) 310 fin., 1985, доступно на: https://www.cvce.eu/content/publication/2002/1/23/0d72b347-b235-4c9d-bb71-ba38824f5d49/publishable_en.pdf (приступ 23.фебруар 2020)

⁸ Р. Томић, Коментар Закона о општем управном поступку, Београд, 2019. стр. 250.

⁹ Исто. стр. 252.

stvaraju prava i obaveze samo ugovornim stranama, prema pravilu "što dvojica uglave, trećega ne veže."¹⁰

I kod upravnih ugovora su granice pregovaranja i dogovaranja postavljene javnim poretком, ali je uloga ugovornih strana i ugovora bitno drugačija. Kod građanskih ugovora javni poredak stoji kao prepreka (okvir) dokle se može ići u pregovorima i saglasnosti volja. Cilj ili svrha upravnih ugovora je da neposredno realizuju jedan od elemenata javnog poretка, na primjer nediskriminaciju. S obzirom da su u pitanju univerzalne vrijednosti, njihovo poštovanje se zahtijeva od svih i, u tom smislu, upravni ugovori prostiru dejstvo prema svima. O ovom će biti riječi od određivanja *kauze* jednih i drugih ugovora.

Što se tiče načina nastanka/zaključivanja ovdje ćemo samo napomenuti da se za nastanak građanskih i privrednih ugovora, po pravilu, ne traži bilo kakva forma. Kod upravnih ugovora saglasnost stranaka mora biti u pisanoj formi.

U širem smislu posmatran, ugovor o javnim nabavkama spada u tzv. upravne ili administrativne ugovore, koje zaključuje organ javne vlasti i privatnopravno lice radi postizanja javnopravne svrhe.¹¹

Ekonomski okvir. Drugi okvir u kome će biti analiziran predmet ovog rada su načela ili načelo na kojima se temelji Unija i koji su u UFEU navedeni, kao što su: sloboda prometa robe, sloboda vršenja usluga, sloboda osnivanja preduzeća, načelo nediskriminacije, međusobnog priznavanja, jednakog postupanja, proporcionalnosti i transparentnosti.

Treći okvir u kome je potrebno analizirati pravila o javnim nabavkama čine *pravila konkurencije*. Naime, pravila o zaštiti konkurencije su privatnim učesnicima na tržištu propisana pravila ponašanja u prometu robe i prilikom vršenja usluge, sa ciljem da se, ne samo svi učesnici na tržištu stave u isti položaj, nego i da se obezbijedi njihovo racionalno ponašanje u funkciji nesmetanog funkcionisanja unutrašnjeg tržišta. Iako se pravila o konkurenciji primjenjuju načelno na isti način i na javne subjekte (javna preduzeća i preduzeća sa posebnim i isključivim pravima), to nije dovoljno. Potrebno je da se njihovom primjenom ostvare posebni javni ciljevi na tzv. "javnom tržištu", čiju ponudu čine javne vlasti, a tražnju privatna privredna društva.

¹⁰ Вид. Општи имовински законик за Црну Гору 1888, Зборник грађанских закона старе Југославије, Титоград, 1960, стр. 151, члан 1024

¹¹ Исто, стр. 250.

Otuda se od prava javnih nabavki očekuje da izazovu tri dejstva: trgovinsko, kompetitivno i restrukturirajuće.¹²

U pogledu dejstva propisa na trgovinu, očekuje se da se njihovom primjenom ostvare niži troškovi kupovine kao rezultat transparentnosti.

Javne nabavke doprinose i uspostavljanju zdrave konkurencije na određenom tržištu, budući da se kroz poštovanje načela transparentnosti vodi takmičenje za dobijanje nabavke, posla ili usluga. Tako se između učesnika na tržištu (privrednih subjekata) vodi, ne samo cjenovna konkurencija, već i indusstrijska politika forsiranjem onih karakteristika koje relevantno tržište traži. U krajnjoj liniji, dejstvo konkurencije se materijalizuje u formi cjenovne konvergencije robe, usluga i radova koje služe javnom sektoru.¹³ Ovo dovodi i do restrukturirajućeg dejstva javnih nabavki budući da javni naručioci značajno utiču na strukturu i obim tražnje.

3. Posao javne nabavke

3.1. Pojam javne nabavke

U opštem smislu, pod javnim nabavkama se podrazumijeva kupovina na tržištu dobara, rada ili usluga od strane javnih vlasti.¹⁴ Razumijevanje javnih nabavki kao pojave, pretpostavlja odgovor na dva pitanja. Prvo, šta se podrazumijeva pod "*javnom* (nabavkom)", i drugo, šta se podrazumijeva pod "*nabavkom*".

Kod odgovora na prvo pitanje valja poći od činjenice da samo isticanje karaktera nabavke kao *javne*, pretpostavlja da postoje i druge, koje se mogu označiti kao privatne. U takvoj podjeli, javne nabavke se mogu definisati ili na osnovu unutrašnjih karakteristika (pozitivnim pristupom) ili, što je jednostavnije, kao nabavke koje nisu privatne (negativnim pristupom).

U prvom slučaju, potrebno je definisati elemente koji jednu nabavku čine javnom, na primjer ugovorne strane, predmet ili svrha ugovora i tome slično. Problemi, međutim, nastaju zbog toga što nisu prihvaćeni opšti kriterijumi podjele, te nije jasna ni podjela na javno i

¹² C. Bovis, *Public Procurement in the European Union*, op.cit. str. 2.

¹³ Bovis, *n. delo*, str. 3.

¹⁴ S. Arrowsmith and P. Kunzlik, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, New Directives and New Directions, CUP, 2009. str. 9.

privatno pravo. Iako potiče iz Rimskog prava, podjela na javno i privatno pravo nikada nije u potpunosti obrazložena, niti je dosljedno sprovedena u praksi.¹⁵

U pitanju je podjela i pojava čija je upotreba u svakodnevnom pravnom i laičkom govoru toliko prisutna da vlada uvjerenje da svi znaju o čemu je riječ, kao i da poznaju kriterijum podjele. U stvarnosti takav kriterijum ne postoji, što dovodi do relativizacije osnovne podjele na privatno i javno pravo, a iz toga se relativizuju i sve izvedene dalje podjele, kao što je podjela na javne i privatne nabavke.

Doktrinarno posmatrano, kao što je napomenuto, podjela može biti izvedena na osnovu dva kriterijuma ili pristupa: subjektivnog i objektivnog.

3.2. Subjektivni pristup

Prema subjektivnom kriterijumu, pod privatnim poslovima se podrazumijevaju poslovi između lica koja imaju karakter privatnih lica ili građana. Tako se kao poslovi privatnog prava (privatni poslovi) podrazumijevaju klasični ugovori o prodaji robe, potrošački ugovori, ugovori o uslugama, npr. ugovor o korištenju usluga televizije - pretplatnički ugovori, kao i ugovori sa građevinskom firmom o projektovanju i izgradnji ili renoviranju privatne kuće, jer su ih zaključili subjekti građanskog privatnog prava. Djelatnost privatnih subjekata se manifestuje u privatnoj sferi i neposredno pogađa prava i obaveze i interese pojedinaca u konkretnom poslu kao privatna lica. To podjednako mogu biti i fizička lica, i pravna lica, kao što su privredna društva.

Većinu usluga mogu pružati i privatna i javna lica (državna tijela), pa se kao sporno postavlja pitanje da li karakter jedne ugovorne strane opredjeljuje pravnu prirodu tog posla, ili ne. Na prvi pogled se čini da je dovoljno da jedna strana - kupac dobra ili korisnik usluge ili rada, bude javno pravni subjekat koji je osnovan i posluje prema pravilima javnog prava da takve poslove učini poslom javnog prava.

Međutim, u nekim pravnim sistemima, kao što anglosaksonsko, podjela na privatno i javno pravo ne postoji. Ovi i drugi razlozi su svakako uticali da se kod definisanja javnih nabavki u regulativi EU ne pođe od svojstva ugovornih strana, već od namjere ili svrhe

¹⁵ Вид В. Водинлић, *Јавно и приватно право*, објављена теза, Београд, 2016.

zaključenog posla.¹⁶ Tako posmatrane, javne nabavke se mogu *privremeno* odrediti i kao one koje nisu privatne i koje služe zadovoljenju opštih javnih interesa.

3.3. Objektivni pristup

Prema drugom, objektivnom pristupu, pravnu prirodu konkretnog posla kao javnog ili privatnog, opredjeljuje njegova sadržina. Pod sadržinom valja razumjeti efekte ili dejstvo (posljedice) koje proizvodi konkretni posao. Ako se posljedice manifestuju u javnoj sferi, tj. ako pogađaju javne interese, riječ je o javnom poslu. Kad su u pitanju ugovori kao pravni poslovi, oni se označavaju kao upravni, vladini ili administrativni ugovori.

U ovom pristupu se kao ključni elemenat razlikovanja uzima javni i privatni *interes*. Javnim poslovima se štite javni interesi, dok se privatni poslovi zaključuju radi zadovoljavanja privatnih (pojedinačnih ili individualnih) interesa. Problem je, međutim, u tome što ni podjela na javne i privatne interese nije jasna, ni dosljedno sprovedena.

Čini se da je određivanje (definisanje) individualnog interesa samo po sebi jasno i svodi se na to da se cjelokupno ili pretežno dejstvo pravnog posla (prava i obaveze) ispoljava neposredno u sferi pojedinaca kao učesnika u poslu. Npr. dejstvo prodaje/kupovine štampača od fizičkog lica se u potpunosti iscrpljuje u interesima prodavca i kupaca i ne tiče se nijednog trećeg lica. Slična situacija postoji i kad veći broj štampača kupuje privatna firma: dejstvo kupovine (kvalitet kupljene robe) se manifestuje ne samo kod jednog, već više pojedinaca koji rade u firmi. Iako se dejstvo manifestuje kod više pojedinaca koji ih neposredno koriste, u pitanju je zbir pojedinačnih (individualnih) interesa. Otuda se javni interes ne može poistovijetiti sa zbirom pojedinačnih interesa.

3.4. Mješoviti pristup

Moguć je i mješoviti, ili kombinovani pristup. U domaćem Zakonu o javnim nabavkama, se pošlo od kombinovanog kriterijuma: svojstva *naručioca*, *načina* zaključivanja posla i *svrhe* nabavke. U pogledu svojstava naručioca, potrebno je da to bude *javni* ili *sektorski* naručilac, da je posao zaključen na neki od predviđenih načina (način zaključivanja) i da je predmet nabavke namijenjen u svrhe koje su određene zakonom kao javne.

¹⁶ Вид. премабулу Директиве 2014/24 доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=FR> (приступ 2. фебруар 2020)

4. Načela javne nabavke

Kao i brojni drugi pravni poslovi, i ugovori o javnim nabavkama mogu biti regulisani načelima (ili principima) i konkretnim pravilima. Razlika između njih je u stepenu opštosti. Pravna načela sadrže opšta ili apstraktna pravila kojima se, po pravilu, postavljaju granice ponašanja, ali se samo ponašanje ne definiše kroz konkretne obaveze. To je zbog toga što važe za veći ili neograničeni broj ili krug poslova, kao što su načelo savjesnosti i poštenja, zabrana zloupotrebe prava ili autonomija volje kod zaključivanja ugovora i smještena su u zakone ili zakonike. U praktičnom smislu, postojanje posebnih načela, obavezuje organe koji tumače i sprovode propise o javnim nabavkama (regulatorna tijela i sudove) da se u tumačenju rukovode i načelima.

U slučaju javnih nabavki, ova načela se u pravu EU nalaze u primarnim izvorima (Ugovorima o osnivanju), a u nacionalnim propisima u odnosnim zakonima. U domaćem Zakonu o javnim nabavkama (u daljem tekstu Zakon), propisana je obaveza naručilaca da se kod zaključivanja i izvršavanja poslova pridržavaju sljedećih načela: postupanja na ekonomičan i efikasan način, obezbjeđenja konkurencije, jednakog položaja svih privrednih subjekata, bez diskriminacije i postupanja na transparentan i proporcionalan način. Iz ovoga su izvedena načela ekonomičnosti i djelotvornosti, konkurencije, jednakog postupanja, nediskriminacije, transparentnosti i proporcionalnosti. Sva navedena načela potiču iz prava i prakse EU i treba ih u tom kontekstu i tumačiti. U generalnom smislu, ona se u Evropskoj uniji moraju tumačiti u granicama koje određuje nesmetano funkcionisanje unutrašnjeg tržišta.

Navedena načela Zakon stavlja u okvir zabrane zloupotrebe prava obavezujući javne naručioce da javnu nabavku ne smiju oblikovati sa namjerom da izbjegnu primjenu ovog zakona, ili izbjegnu primjenu odgovarajuće vrste postupka sa namjerom da određene privredne subjekte neopravdano dovedu u povoljniji ili u nepovoljniji položaj. Osim toga, domaći privredni subjekti su dužni da, u izvršavanju ugovora o javnoj nabavci, poštuju obaveze u oblasti zaštite životne sredine, socijalnog i radnog prava, kao i obaveze iz kolektivnih ugovora, odnosno odredbe međunarodnog prava vezanog za zaštitu životne sredine, socijalno i radno pravo.

4.1. Načelo ekonomičnosti i djelotvornosti (efikasnosti)

Suština ovog načela se svodi na obavezu naručioca da nabavlja dobra, usluge ili radove odgovarajućeg kvaliteta, imajući u vidu svrhu, namjenu i vrijednost javne nabavke, odnosno da

ekonomično troši javna sredstva. U tom cilju je dužan da obezbijedi da se postupak javne nabavke sprovodi i ugovor dodjeli u rokovima i na način propisan ovim zakonom, sa što manje troškova vezanih za postupak i izvršenje javne nabavke. Načelo ekonomičnosti i djelotvornosti sadrži vremenske, kvalitativne i kvantitativne elemente: blagovremeno sprovođenje postupka i blagovremeno izvršavanje ugovorenog posla u potpunosti (mjereno kvantitavnim pokazateljima).

4.2. Načelo obezbjeđivanja konkurencije i zabrane diskriminacije

Suštinu ovog načela čini obaveza naručioca da u postupku javne nabavke omogući što je moguće veću konkurenciju između ponuđača dobara, odnosno izvođača radova, ili davoaca usluga. Pitanje sprečavanja akutelnog dogovaranja između ponuđača je u pravu EU i u nacionalnim pravima država članica (kao i u domaćem pravu) "dvostruko" regulisano: pravilima o zaštiti konkurencije i pravilima o javnim nabavkama. U pravu EU su to, prije svega, odredbe članova 101. i 102. UFEU, kojima se brani tajno dogovaranje između ponuđača sa namjerom da se iz utakmice "istisnu" ostali učesnici na tržištu.¹⁷ U slučaju javnih nabavki opasnost od narušavanja konkurencije postoji i na drugoj strani: na strani naručioca kao kupca i korisnika usluga. Za razliku od klasičnih oligopolskih i monopolskih stanja na strani ponuđača i prodavaca, čije je ponašanje regulisano pravilima o zaštiti konkurencije, ovdje je riječ o opasnosti od tzv. *monopsonске* situacije. Monopsoni predstavljaju takva tržišna stanja kojima na strani potražnje postoji samo jedan kupac ili nabavljač ili korisnik koji, već po samom položaju koji uživa, ima mogućnost da svoju poziciju zloupotrijebi. U tom smislu se od pravila o javnim nabavkama očekuje da spriječi takve zloupotrebe. Propisivanjem navedenih načela, zakonodavac usmjerava javnog naručioca na određeno dozvoljeno ponašanje (sa jedne strane, na strani naručioca), ali istovremeno usmjerava ili diktira njegovo ponašanje i prema ponuđačima.

Tako zakonodavac propisuje da naručilac ne može da ograniči konkurenciju sa namjerom da određene privredne subjekte neopravdano dovede u povoljniji ili nepovoljniji položaj, a naročito ne može onemogućavati bilo kojeg privrednog subjekta da učestvuje u postupku javne nabavke korištenjem diskriminatorских kriterijuma za kvalitativni izbor privrednog subjekta, tehničkih specifikacija i kriterijuma za dodjelu ugovora.

¹⁷ О томе детаљно у Р. Вукадиновић и Ј. Вукадиновић Марковић, *Увод у институције и право Европске уније*, Београд, 2020, стр. 310. и даље.

Naručilac ne može da određuje uslove koji bi direktno ili indirektno značili nacionalnu, teritorijalnu, ili ličnu diskriminaciju među privrednim subjektima.

4.3. Načelo transparentnosti postupka javne nabavke

Naručilac je dužan da obezbijedi transparentnost postupka javne nabavke poštujući zakonske obaveze.

Direktiva o nabavkama utvrđuje postupne postupke u vezi sa obavještenjem i oglašavanjem tendera, ostavljajući malo izbora kada, gdje i kako oglašavati događaje u vezi sa određenom nabavkom. Načelo transparentnost zahtijeva transparentno odlučivanje kako bi se pokazalo da je naručilac upravo slijedio načelo jednakog tretmana. Iako je ugovorni organ slobodan definisati predmet ugovora na bilo koji način koji zadovoljava potrebe javnosti, uključujući tehničke specifikacije i kriterijume za dodjelu podsticanja horizontalnih politika, to mora učiniti na način da osigura transparentnost u dodjeli ugovora¹⁸.

Kriterijumi za javnu nabavku takođe moraju biti u skladu s opštim načelima prava EU, uključujući EU načelo proporcionalnosti koje zahtijeva ispitivanje u dva koraka:

- prvo: postoji li predmetna mjera pogodna za postizanje zadanog cilja i
- drugo: da li predmetna mjera nadilazi ono što je neophodno za postizanje cilja.

Donošenje odluka u postupcima javnih nabavki zasnovanih na pravilima neophodno je kako bi se osigurala transparentnost samog procesa. Tek kada su ponuđači upoznati sa svim kriterijumima prema kojima će se vršiti dodjela ugovora, ostvarena je transparentnost i omogućena jednakost.

Uz povećanu transparentnost, nadležni organi i civilno društvo mogu efikasnije trošiti javna sredstva, što za krajnji cilj ima i bolju i efikasniju kontrolu budžetskih sredstava. Poštujući načelo transparentnosti smanjuje se mogućnost korupcije. Veliku ulogu igra i uvođenje transparentnosti u IT sisteme, kako bi se omogućila dostupnost podataka o nabavkama.

Podaci o javnoj nabavci treba da se osiguraju u standardizovanom, interoperabilnom i organizovanom čitljivom formatu. Takvi podaci, u mjeri koju dozvoljava sam sistem, trebalo bi

¹⁸ Хоризонтални циљеви набаве могу се користити за подршку социјалних, еколошких и других друштвених циљева који нису нужно повезани с функционалним циљевима набављене ставке.

da budu dostupni na uvid, upotrebu ili objavljivanje. Dostupnost podataka omogućava efikasno praćenje i ocjenu sistema javnih nabavki.

Primjena. Načelo transparentnosti se primjenjuje u svim fazama nabavki: u pripremi strateškog i pravnog okvira, u fazi planiranja postupaka javnih nabavki, u fazi tendera, u fazi dodjele ugovora i u fazi izvršenja. Cilj je da se obezbijedi da sve što rade javni organi bude lako vidljivo očima javnosti. U tom cilju mora postojati poseban revizorski trag, sa svim jasnim i dostupnim informacijama. Informacije, kao što su mogućnost ugovora, dodjela ugovora, cijene i rokovi, obavezno treba da budu uključene u izveštaje koji se prave u redovnim intervalima. Obaveza je organa uprave da omogući jednake prilike svakom ekonomskom subjektu koji želi poslovati sa njima, a koji ispunjava uslove. Otvaranje ponuda su, dakle, javni događaji.

Za razliku od javnog sektora transparentnost privatnog sektora nije tako jasna. Iako privatni subjekti imaju dostavljene kompletne zahtjeve za vidljivost, privatni subjekti ne moraju da pružaju jednake mogućnosti i često će uskratiti informacije koje nisu neophodne dobavljačima ponuda. Oni ne kontaktiraju sa svakim preduzećem i ne moraju da objavljuju svoje nagrade na isti način kao što to rade javni subjekti.

4.4. Načelo jednakog postupanja

Načelo jednakog postupanja ima važno mjesto u istoriji EU i u njega je uloženo puno napora kroz borbu protiv nediskriminacije. Primarno, ovo načelo je razvijeno kao načelo kojim se garantuje jednak tretman muškaraca i žena na tržištu rada, a zatim je evaluiralo u načelo kojim se obezbjeđuje jednakost među građanima EU.

U kontekstu nabavke jedan je od glavnih pokretača programa utvrđenog Direktivom o nabavkama kojim je trebalo ukloniti diskriminaciju prema ponuđačima iz drugih država članica. U suštini, ovo načelo zahtijeva da se uporedive situacije ne tretiraju drugačije, a da se različite situacije ne tretiraju na sličan način, osim ako se takva razlika ili sličnost u postupanju mogu objektivno opravdati. Naručilac mora pošteno postupati tokom javnih nabavki, a svi takmičari moraju imati jednake mogućnosti da konkurišu za ugovor.

4.5. Načelo proporcionalnosti

Prema sudskoj praksi Suda Europske unije (*CJEU*) i direktivama EU, načelo proporcionalnosti i već spomenutog načela jednakog postupanja mora se poštovati pri odabiru izvođača radova u postupku javnih nabavki.

Ugovorna tijela postupace sa ekonomskim subjektima jednako i bez diskriminacije, te će djelovati na transparentan i proporcionalan način. Dizajn nabavke ne smije se napraviti s namjerom da se određeni ekonomski subjekti isključe iz područja primjene direktiva, ili da se tom nabavkom vještački suzi konkurencija. Konkurencija se smatra vještački suženom ako je dizajn nabavke napravljen s namjerom da se neosnovano favorizuju ili da se neosnovano umanju prednost određenih ekonomskih subjekata¹⁹.

Prema stavovima sudske prakse, načelo proporcionalnosti znači da ugovorno tijelo ima obavezu da postigne ravnotežu između potrebe da se osigura odgovarajuće izvršenje ugovora i interesa potencijalnih ekonomskih subjekata koji žele učestvovati na tenderu. Tako je Sud pravde u jednom slučaju²⁰ naveo da se načelo proporcionalnosti mora poštovati kada se utvrđuje koji ekonomski subjekti ne mogu učestvovati u postupku. Ograničenje konkurencije zagarantovano u UFEU-u mora se svesti na minimum i to je dopušteno samo u onoj mjeri koja je potrebna za postizanje ciljeva. Stoga zahtjevi koje je ugovorni organ odredio za prijem u postupak moraju biti razumni s obzirom na vrijednost ugovora o takmičenju, karakteristike, obim i nivo složenosti ili uslova za izvršavanje predmetnog ugovora. Oni ne mogu ograničiti pristup tenderskim ugovorima za ekonomske subjekte koji izdaju odgovarajuću garanciju za izvršenje ugovora. U drugom slučaju,²¹ Sud navodi da pojam „proporcionalnost“ treba razumjeti kao „očuvanje ispravnog udjela“. Naručilac ima obavezu da osigura održavanje potrebne ravnoteže (udjela) između interesa za dobijanje odgovarajuće garancije za izvršenje tenderskog ugovora i interesa potencijalnih ekonomskih subjekata. Ekonomski operateri ne mogu se spriječiti da, od samog početka, učestvuju u postupcima zbog pretjeranih zahtjeva.

¹⁹ Члан 18. Директиве 2014/24/EУ.

²⁰ Вид. пресуду *Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl protiv Comune di Milano* ECLI:EU:C:2009:808 case No. C-376/08 тај. 22

²¹ Вид. пресуду *Commission of the European Communities v Kingdom of Spain* 1999 I-05585, case No. C-414/97 тај. 22

Navedeno pokazuje da se zahtjevi za nadmetanje moraju ocjenjivati prema kriterijumu proporcionalnosti. S jedne strane, nije razumno očekivati od naručioca da pretjerano snizi zahtjeve, tako da se ekonomski subjekti koji nemaju odgovarajuću evidenciju mogu prijaviti na objavljeni ugovor. S druge strane, ugovorni organ ima obavezu da utvrdi standarde koje može ispuniti prosječni ekonomski operater i da ne ograničava fer konkurenciju.

Naravno, ekonomski subjekat može prigovoriti zbog kršenja načela proporcionalnosti i jednakog postupanja u postupcima žalbe na javne nabavke, kao i na ostale pravne lijekove, kao i podnijeti obavještenje predsjedniku UOKiK-a i prigovor na temelju kršenja pravila tržišnog nadmetanja u postupcima nadmetanja ex post.

4.6. Načelo pravičnosti

Ovo načelo je u suštini povezano sa načelom jednakog tretmana. Nabavka javnog sektora treba da se provodi bez favorizovanja ili predrasuda tako što će se svim ponuđačima pružiti iste informacije i osigurati da se svaka ponuda pošteno i ravnopravno uzme u obzir. Javni službenici ne smiju vršiti diskriminaciju ponuđača u pružanju pristupa informacijama. Ovo znači da se svim potencijalnim dobavljačima moraju pružiti iste mogućnosti pristupa podacima koji se odnose na njih.

Da bi postojala pravičnost u postupku javnih nabavki trebalo bi obezbjediti sljedeće:

1. Donošenje odluka i radnje treba da budu nepristrasni i ne bi trebalo da postoji preferencijalni tretman (prema pojedincima ili firmama) s obzirom na to da se aktivnosti javnih nabavki preduzimaju javnim sredstvima.
2. Sve ponude treba razmotriti na osnovu njihove usklađenosti s uslovima iz dokumentacije za prikupljanje ponuda, a ponuda se ne smije odbiti iz razloga koji nisu posebno navedeni u dokumentu za prikupljanje ponuda.
3. Ugovor treba potpisati samo s onim ponuđačem čija je ponuda odgovarajuća i najbolje odgovara ciljevima zahtjeva u pogledu tehničke sposobnosti i cijene.

4. Ponuđači treba da imaju pravo da osporavaju postupak nadmetanja kad god smatraju da su nepravedno tretirani. Takvi postupci moraju se zasnivati na dokumentu o pozivu i/ili pravnom okviru za nabavku²².

4.7. Načelo međusobnog priznavanja

Načelo međusobnog priznavanja osigurava pristup tržištu za robu koja nije, ili je dijelom podložna za usklađivanje sa zakonodavstvom EU. Ovo načelo garantuje da svaki proizvod koji se legalno nalazi u pravnom prometu u jednoj državi EU-u može biti prodavan u ostalim državama članicama²³. To je moguće čak i ako roba nije u potpunosti u skladu s tehničkim pravilima druge zemlje (iako mogu biti izuzeci kada su u pitanju javna sigurnost, zdravlje i zaštita životne sredine)²⁴.

Međusobnim priznavanjem garantuje se slobodno kretanje robe i omogućava se državama članicama da svoju robu prodaju legalno u drugoj državi članici, čak i ako postoje izuzeci u pogledu ispunjavanja specifičnih uslova. Komisija naglašava da ovo načelo treba da se ugradi u bilateralnim sporazumima država članica sa državama izvan EU.

4.8. Načelo *de minimis*

Pravilo *de minimis* proizlazi iz rimskog prava i ima dva značenja: proceduralno i materijalno. Proceduralni aspekt je izveden iz '*de minimis non curat praetor*' načela, u skladu s kojim se pretor ne bavi sitnicama. Shodno tome, sudski postupak ne razmišlja o nebitnim ili sitnim stvarima. U takvim slučajevima, sud odbacuje zahtjev ili odlučuje u pojednostavljenom postupku koji je predviđen za takozvane „*bagatelle*“ sporove. Pravilo *de minimis* omogućava sudu da brže završi manje slučajeve i usredsredi se na njegovu ključnu ulogu pružanja pravne zaštite ljudskih prava na evropskom nivou²⁵.

S druge strane, suštinsko značenje pravila pojavljuje se iz maksime '*de minimis non curat lex*' tj. zakon se ne bavi sitnicama. Prema ovoj maksimi samo ona pitanja koja su relevantna za

²² Вид. Jorge Lynch, „*Public Procurement: Principles, Categories and Methods*“, 2013 стр. 14,15, доступно на: [file:///C:/Users/User/Downloads/procurement-principles-categories-and-methods-sample%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/procurement-principles-categories-and-methods-sample%20(5).pdf) (приступ 03. април 2020)

²³ Вид. Р. Вукадиновић и Ј. Вукадиновић Марковић, *н. дело*, стр. 202-205.

²⁴ Доступно на: https://ec.europa.eu/growth/single-market/goods/free-movement-sectors/mutual-recognition_en (приступ 03. април 2020)

²⁵ Доступно на : https://law.academic.ru/11362/de_minimis_non_curat_lex (приступ 03. април 2020)

zajednicu tiču se zakona, a ona pitanja koja nisu relevantna za cijelu zajednicu zakonodavac ne uzima u razmatranje. Na ovaj način osigurava se dosljednost pravnog sistema jer bi intervencija u nebitne detalje mogla da remeti ravnotežu u pravnom sistemu i umanjuje pravnu sigurnost.

U vezi sa primjenom ovog načela u direktivama EU o javnim nabavkama, pravilo *de minimis* zahtijeva da sporazumi između preduzetnika moraju imati znatno restriktivan učinak na slobodnu konkurenciju da bi bili obuhvaćeni članom 101. UFEU-a (ex 81 EZ) koji zabranjuje sporazume između preduzeća, tako da sporazum koji ima zanemariv učinak na konkurenciju nije obuhvaćen ovom zabranom i kao takav je prihvatljiv.²⁶ Pravilo *de minimis* odnosi se na sve sporazume koji ograničavaju konkurenciju na unutrašnjem tržištu; međutim, pretpostavlja se da ne krše Zakon o konkurenciji, jer imaju samo minimalan učinak na konkurenciju i međudržavnu trgovinu²⁷.

Da bi se primjenio princip *de minimis* u području javnih nabavki EU, mora se ispuniti uslov „evropske dimenzije“, što zavisi od vrijednosti javne nabavke. Nabavka koja ne zadovoljava vrijednosti (pragove) nazivaju se "dvodimenzionalna javna nabavka". S tim u vezi *de minimis* omogućava javnom organu da izbjegne skup i dugotrajan postupak nadmetanja i dodjele ugovora za male vrijednosti gdje bi troškovi procedure premašili korist od javnog interesa. S druge strane, razumljivo je da *de minimis* načelo takođe pruža mogućnost da javni organ podijeli ugovore na odvojene partije u svrhu izbjegavanja dugotrajnih postupaka. Iako je to zabranjeno Direktivom takvo izbjegavanje Zakona o nabavkama teško je otkriti i smatra se da je to glavni razlog niskog postotka objavljenih ugovora u Službenom listu EU.²⁸

²⁶ Вид. Р. Вукадиновић и Ј. Вукадиновић Марковић, н. дјело, стр. 321.

²⁷ Вид. *Notice on agreements of minor importance which do not appreciably recmpict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice)*, Official Journal of the European Union 2014/C 291/01, тач. 1 доступно на: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ%3AJOC_2014_291_R_0001 (приступ 03. Април 2020)

²⁸ Вид. Јанја Хојник, *De Minimis Rule within the EU Internal Market Freedoms: Towards a More Mature and Legitimate Market*, European Journal of Legal Studies, Volume 6, Issue 1, 2013, стр. 28-30, доступно: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2834285 (приступ 03. април 2020)

5. Izvori prava

5.1. Vrste

U EU su javne nabavke regulisane u primarnim i u sekundarnim izvorima prava. U primarnim izvorima relevantne odredbe se nalaze u UFEU-u. U UFEU su postavljena osnovna načela koja moraju biti poštovana, kao što su: zabrana diskriminacije između dobavljača po osnovu državljanstva (čl.12), garantovanje slobodnog prometa robe (čl. 28), sloboda preduzetništva (čl. 43), i sloboda vršenja usluga (čl. 49). O navedenim načelima će biti kasnije više riječi.

U sekundarnim izvorima, konkretna pravila su sadržana u direktivama i implementirajućim odlukama. Pravno regulisanje posebnim izvorima u EU je počelo već od 70-tih godina prošlog vijeka. Javne nabavke su prvi put regulisane 1971. godine, posebnom Direktivom broj 71/305/EEZ,²⁹ koja se primjenjivala na ugovore o dodjeli javnih radova, Direktivom 77/62/EEZ³⁰ i 80/767/EEZ³¹ javnim nabavkama. Direktive su kasnije zamijenjene novim i to: Direktivom broj 88/295/EEZ³² (kojom je zamijenjena Direktiva broj 77/62/EEZ i Direktiva broj 80/767/EEZ) i Direktivom 89/440/EEZ³³ (kojom je zamjenjena Direktiva 71/305/EEZ).

Nakon što je sporazumom iz *Mastrihta* postavljen osnov za jedinstveno tržište javnih nabavki, javne nabavke je bilo potrebno regulisati novim izvorima, uglavnom direktivama.

S obzirom na vrijeme donošenja, u teoriji se razlikuju direktive po generacijama.

Prvu generaciju su činile direktive iz 90-ih godina prošlog vijeka kojima je pojedinačno bila regulisana nabavka dobara, nabavka usluga i dodjela radova. U pitanju su Direktiva 92/50/EZ o koordinaciji postupaka kod dodjele ugovora o javnim uslugama,³⁴ Direktiva 93/36/EZ o koordinaciji postupaka kod dodjele ugovora o javnim nabavkama³⁵ i Direktiva broj

²⁹ Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts (OJ No L 185, 16.8.1971, crp. 5).

³⁰ OJ L13, 15.01.77, p. 1.

³¹ OJ L215, 18.08.80, p. 1. This Directive implemented the Community's obligations under the 1979 GATT Agreement on public procurement

³² OJ L127, 20.5.88, p. 1.

³³ OJ L210, 21.7.89, p. 1.

³⁴ OJ L 209, 24.7.1992, p. 1. Directive as last amended by Commission Directive 2001/78/EC (OJ L 285, 29.10.2001, p. 1).

93/37/EZ o koordinaciji postupaka za dodjelu ugovora o javnim radovima.³⁶ Cilj direktiva je bio da se pojednostavi i modernizuje postupak javnih nabavki i razjasne kriterijumi koji su se odnosili na zaštitu životne sredine.³⁷ U premabuli se ističe potreba da se poštuju osnovna načela iz Osnivačkog ugovora, kao što su sloboda prometa robom, vršenje usluga i sloboda nastanjivanja i iz njih izvedenih načela kao što su nedsikriminacija, proporcionalnost i transparentnost, kako bi se otvorila konkurencija i u oblasti javnih nabavki. Posebnom direktivom broj 93/38/EEZ³⁸ regulisano je pitanje koordinacije postupaka zaključivanja javnih ugovora u oblastima vode, energije, transporta i poštanskih usluga.

Njih su 2004. godine zamjenile dvije direktive iz *druge generacije*: Direktiva broj 2004/18/EZ o koordinaciji postupaka za dodjelu javnih radova, nabavku dobara i vršenje usluga, i Direktiva broj 2004/17/EZ o koordinaciji postupaka nabavke tijela koja operišu u sektoru vode, energije, tarsnporta i poštanskih usluga.

Generacija direktiva iz 2004. godine zamijenjena je generacijom iz 2014. godine: Direktiva broj 2004/18/EZ zamijenjena je Direktivom 2014/24/EU (opšta direktiva), a Direktiva broj 2004/17/EZ zamijenjena je Direktivom broj 2014/25/EU (direktiva o komunalnim uslugama), i Direktiva broj 2014/23/EU o dodjeli ugovora o koncesiji.

Navedenim direktivama je uspostavljen dupli režim javnih nabavki: jedan koji važi za javnu nabavku dobara, vršenje usluga i povjeravanje poslova rada (opšti režim javnih nabavki), i drugi, koji važi za *komunalne usluge* u snabdijevanju vodom, energijom, za transportne i za poštanske usluge, koje se pružaju preko tzv. fiksnih mreža. Razloge za uspostavljanje različitih režima trebalo bi tražiti u činjenici da tijela koja rade u komunalnom sektoru posluju na tržištu koje je više ekonomski orijentisano.³⁹ Iako i tijela koja posluju u ovim sektorima moraju da

³⁵ OJ L 199, 9.8.1993, p. 1. Directive as last amended by Commission Directive 2001/78/EC.

³⁶ OJ L 199, 9.8.1993, p. 54. Directive as last amended by Commission Directive 2001/78/EC.

³⁷ Вид. премабулу Директиве број 2004/18/EZ, тач. 1.

³⁸ OJ L 199, 9.8.1993, p. 84. Directive as last amended by Commission Directive 2001/78/EC (OJ L 285, 29.10.2001, p. 1).

³⁹ Вид. SIGMA Brief 16, Public Procurement, Procurement by Utilities, 2016, стр. 3. доступно на: <http://www.sigmaxweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-16-200117.pdf> (приступ 04. април 2020)

poštiju osnovna načela javnih nabavki, uživaju veći stepen fleksibilnosti i mogućnost da uzmu u obzir realno okruženje u kome operišu.⁴⁰

Naime, u mnogim državama članicama vršenje ovih usluga je povjereno javnim ili državnim organizacijama. Postoje, međutim, i države u kojim ove poslove obavljaju i privatna tijela i organizacije koje ne potpadaju pod definiciju "naručioca" iz Direktive br. 2014/24/EU. U pojedinim državama ove usluge pružaju i jedna, i druga preduzeća i organizacije.

Posebnu vrstu izvora predstavljaju interpretativna saopštenja Evropske komisije (eng. *Interpretative Communications*) i drugi izvori mekog prava (eng. *Soft-law measures*). Riječ je o pravno neobavezujućim izvorima, u kojima Komisija pruža praktične vodiče zainteresovanim stranama kako da regulišu svoj odnos.

Na međunarodnom nivou, javne nabavke su regulisane posebnim sporazumom koji obavezuje i EU.

Evropska unija je direktivama za javne nabavke propisala i izuzeća koja se odnose na primjenu posebnih pravila prema međunarodnim sporazumima koje je potpisala EU. Jedan od glavnih međunarodnih sporazuma je sporazum između Svjetske trgovinske organizacije o državnim nabavkama (*GPA*)⁴¹ i on je višestrani sporazum, što znači da se primjenjuje na brojne članice *WTO*-a, ali ne i na sve članice.

GPA se zasniva na opštim načelima poput onih koji se nalaze u sistemu EU: nediskriminacija, transparentnost i pravičnost. Ponovo slično EU, pravila *GPA*-e za neke predstavljaju okvirnu koordinaciju za ključne aspekte javnih nabavki. Oni uključuju osnovna pravila o obavještenjima o ugovorima, tehničke specifikacije, pravila o porijeklu i naknadama, kvalifikacije dobavljača i uži izbor, liste dobavljača, dodjela ugovora, pregovori s ponuđačima, elektronska nabavka i postupci za osporavanje odluka o dodjeli.

Prilozi *GPA*-u su posebno važni jer se istima određuju, za svaku državu potpisnicu, opseg pokrivenost sporazuma u vezi sa finansijskim pragovima, entitetima centralne države, entitetima podržavne uprave, robom, uslugama i građevinama.

⁴⁰ SIGMA, н. djelo, стр. 3.

⁴¹ Текст Споразума доступан на: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm (приступ 04. април 2020)

5.2. Sudska praksa sudova EU kao izvor prava

Sudska praksa sudova koji čine sudsku granu vlasti u EU (Sud pravde EU, osnovni sud i specijalizovani sudovi) u formalnom smislu ne čine izvor prava EU. U EU navedeni sudovi su imaju zadatak da tumače Ugovore o osnivanju, odnosno pravo EU i da odlučuju o punovažnosti pravnih akata koji čine pravo EU. Za ova razmatranja je od značaja samo prvo ovlašćenje.

Ulogu tumača prava EU sudovi vrše u postupku po odlučivanju o prethodnim pitanjima i postupku davanja opštih mišljenja.⁴²

5.3. Domašaj primjene direktiva o javnim nabavkama

U pravu EU direktive (*directives, richtlinien*) predstavljaju sekundarne izvore prava koji su adresirani na države članice koje obavezuju da omoguće ostvarivanje u njima navednih ciljeva. Međutim, kako ne uživaju direktnu primjenu ni direktno dejstvo, da bi obavezivale konkretne subjekte iz država članica, potrebno je da ih države implementiraju (ili transponuju) ili uvedu u unutrašnji pravni sistem. To mogu da učine na različite načine, npr. donošenjem zakonskih ili podzakonskih propisa, ili usvajanjem posebne prakse. Implementacija mora biti izvršena u ostavljenom roku, koji ide od nekoliko mjeseci do nekoliko godina i naznačen je u samoj direktivi. Implementacija mora biti potpuna i blagovremena. U slučaju da država kasni ili da nepotpuno implementira direktivu, nastaju pravne posljedice, kako za državu, tako i za njene subjekte. Država članica koja nije uopšte, ili je kasnila, ili je na neadekvatan način implementirala direktivu čini povredu Ugovora o osnivanju i protiv nje će Komisija pokrenuti postupak čiji ishod za ovu temu nije od značaja. Međutim, takvom povredom mogu biti oštećeni interesi pojedinaca pravnih i fizičkih lica u dotičnoj državi, kao i ostvarivanje makro ciljeva na nivou Unije.

Pojedincima je uskraćena mogućnost da se koriste pravim i pogodnostima iz direktive, npr. da učestvuju u postupku javne nabavke. Posredno su pogođeni i interesi drugih država članica, čiji subjekti nisu dobili šansu da dobiju posao, nabavku ili uslugu i, na kraju, interesi Unije su pogođeni jer Unija svoje ciljeve može na jednoobrazan ili koordinisan način da ostvari samo ako ciljeve iz prava EU ostvare sve države članice.

⁴² Више вид. Р. Вукадиновић и Ј. Вукадиновић Марковић, *Увод у институције и право Европске уније*, Београд, op.cit. стр. 105. и даље.

U generalnom smislu, Opšta direktiva utvrđuje pravila o postupcima nabavke koju sprovode javni naručioci koja se odnose na javne ugovore i projektne konkurse čija procjenjena vrijednost nije manja od Direktivom propisanih pragova.

Direktiva se ne primjenjuje na sporazume, odluke i druge pravne instrumente kojima se uređuje prenos ovlašćenja za izvršavanje javnih zadataka između javnih naručilaca ili udruženja javnih naručilaca i kojima nije predviđeno izvršavanje ugovornih obaveza uz novčanu naknadu.⁴³

5.4. Izuzeci od primjene direktiva

5.4.1. Nabavka u okviru javnog organa (*in house*)

Javni organi mogu obavljati zadatke u javnom interesu na tri načina:⁴⁴

1. koristeći svoje izvore ili sredstva,
2. nastupajući u sardnji sa drugim organima i
3. prenošenjem zadataka na druge privredne subjekte.

Pitanje primjene Direktive se ne postavlja samo u prvom slučaju koji se tretira kao interna ili "nabavka u okviru kuće" (*in house*).

“Nabavka *in house*” (nabavka u kući ili u okviru kuće, ili interna nabavka) predstavlja osnovni izuzetak od primjene pravila o javnim nabavkama koji se objašnjava bojaznošću da bi primjena pravila o javnoj nabavci mogla dovesti u pitanje slobodu javnih vlasti da izvršavaju zadatke u području javnih usluga za koje su odgovorne, korištenjem vlastitih resursa⁴⁵, što takođe uključuje mogućnost saradnje s drugim javnim organima. Odredbe Direktive o izuzećima ukazuju da se i u tim slučajevima mora osigurati da izuzeća od pravila o javnoj nabavci ne

⁴³ Чл. 1(6). Опште директиве.

⁴⁴ Вид. Одабране пресуде Суда правде Европске уније о јавним набавкама, СИГМА, Управа за јавне набавке Црне Горе, 2015, стр. 58. доступно на: <http://www.ujn.gov.me/wp-content/uploads/2015/11/Publikacija.pdf> (приступ 04. април 2020)

⁴⁵ Вид. одлуку Суда у предмету C-26/03, *Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, [2005] ECR I-00001, ECLI:EU:C:2005:, тач 48. у којој наводи да у овом случају не постоји уговор са новчаним интересом (теретни уговор).

narušavaju konkurenciju među licima u javnom sektoru u odnosu na privatne ekonomske subjekte.

U slučaju “nabavke *in house*”, javni naručilac angažuje svoje unutrašnje organizacione oblike, ili poslovne jedinice da nabavi potrebna dobra, ili koristi svoje resurse za obavljanje zadataka u javnom interesu. Tako grad, kao javni naručilac, može na svojoj teritoriji pružati usluge prevoza preko unutrašnje transportne službe ili jedinice. Na ovakav vid nabavke se ne primjenjuju pravila o javnim nabavkama jer se smatra da ne postoji ugovorni odnos između dva *nezavisna* pravna subjekta, čak i kad su u pitanju dva različita pravna lica, ali se njihov odnos može izjednačiti sa "pravom internom ili kućnom nabavkom", pa se takvi poslovi smatraju izuzetim od primjene pravila o javnim nabavkama (*kvazi nabavka in house*). Ovde je u suštini reč o *institucionalnoj ili statusnoj*, a ne o ugovornoj saradnji koja se odvija u skladu sa institucionalnim odnosima između naručioca i privrednog subjekta (javnog), a ne na slobodnom ugovaranju. Takva saradnja se označava i kao *vertikalna* ili saradnja po vertikali, tj. po hijerarhijskom odnosu, a ne po horizontali i na osnovu slobodnog ugovornog odnosa. Hijerarhijski odnos se manifestuje u pravu javnog naručioca da vrši *nadzor i kontrolu nad kontrolisanim subjektom* koji, bitan dio svojih poslova obavlja za jednog ili više javnih naručilaca.

Potrebni nadzor (ili kontrola) se ne ispunjavaju automatski ako klijent osnuje kompaniju koja je u potpunom njegovom vlasništvu. Vlasništvo znači određenu kontrolu, ali nije uvijek dovoljno da je ispunjen uslov za korištenje "internog" izuzeća. Činjenica da ugovorni organ posjeduje 100% preduzeća nije presudan argument koji bi opravdao primjenu internih pravila o izuzeću. Primjena internog izuzeća je moguća ako je veza takva da pravno lice nema pravo izbora i ne može odbiti upute dobivene od naručioca koji je posjeduje. Preduzeće ne ispunjava zahtjev za kontrolom ako ima vlastiti organ koji može obavljati aktivnosti nezavisno o klijentu.

Na osnovu ovog izuzetka razvijena su još dva izuzetka koji se odnose na ugovornu saradnju i prenos nadležnosti.

5.4.2. Ugovorna saradnja

Ugovorna saradnja između javnih naručilaca se, osim institucionalne, može odvijati i na ugovornoj osnovi (ugovorna saradnja). Za realizaciju ugovorne saradnje nije potrebno osnivati

poseban organizacioni ili statusni subjekat (zajedničko kontrolisano preduzeće), kao u prethodnom slučaju. Da bi bila izuzeta od primjene pravila o javnim nabavkama, ugovorna saradnja se mora odnositi na sprovođenje zadataka javne službe, pod uslovom da su ugovori sklopljeni sa jednim ili više javnih naručilaca, bez učešća privatnopravnih subjekata, ako ni jedan privatnopravni davalac usluge nije stavljen u povlašćeni položaj u odnosu na svoje konkurente i ako se saradnja bavi isključivo razmatranjima za ostvarivanje ciljeva u javnom interesu, bez naknade za preuzete obaveze. U teoriji se navodi da u ovom slučaju *nedostaje elemenat naplativosti ili teretnosti*, jer su u pitanju pripremne radnje javnih naručilaca koji zajedno namjeravaju da zajednički organizuju postupak javne nabavke *radi sprovođenja projekta od zajedničkog interesa*. U tom smislu je moguće da se javni naručioci dogovaraju da zajednički snose troškove realizacije projekta i kasnijeg poslovanja.

5.4.3. Prenos nadležnosti između javnih naručilaca

Prema odredbama člana 1. st. 6. Opšte direktive, sporazumi, odluke ili drugi pravni instrumenti kojima se uređuje *prenos ovlašćenja i odgovornosti* za izvršavanje javnih zadataka među javnim naručiocima ili udruženjima javnih naručilaca i kojima nije predviđeno izvršavanje ugovornih obaveza uz novčanu naknadu, smatraju se *pitanjima interne organizacije* i na njih se Direktiva ne primjenjuje. I prema shvatanju suda, pravni akt kojim se osniva novo javnopravno tijelo i organizuje prenos ovlašćenja i odgovornosti za izvršavanje javnih zadataka se ne smatra ugovorom o javnom nabavci.

5.5. Ostali izuzeci

Prema klasifikaciji koja je prihvaćena u Opštoj direktivi, ostali izuzeci na koje se ne primjenjuju EU direktive su: Ugovori u sektoru vodne privrede, energetskom i saobraćajnom sektoru, te sektoru poštanskih usluga (čl. 7), posebni izuzeci u području elektronskih komunikacija (čl. 8), dodijeljeni javni ugovori i projektni konkursi organizovani prema međunarodnim pravilima (čl. 9), posebni izuzeci za ugovore o uslugama (čl. 10), ugovori o uslugama dodijeljeni na osnovu isključivog prava (čl. 11). i ugovori između subjekata u javnom sektoru (čl. 12).

5.5.1. Ugovori u sektoru vodne privrede, energetskom i saobraćajnom sektoru i sektoru poštanskih usluga

Direktiva se ne primjenjuje na javne ugovore i projektne konkurse koje, na osnovu Direktive 2014/25/EU, dodjeljuju ili vrše javni naručioci koji obavljaju jednu ili više djelatnosti navedenih u članovima od 8 do 14 te Direktive i koji su dodijeljeni za obavljanje tih djelatnosti, ili na javne ugovore izuzete iz domašaja Direktive u skladu sa članovima 18, 23 i 34, ili ako ih dodjeljuje naručilac koji pruža poštanske usluge u smislu člana 13 stav 2. tačke (b) te Direktive.

Poštanske usluge su usluge koje se sastoje od prijema, razvrstavanja, usmjeravanja i isporuke poštanskih pošiljaka, a što uključuje usluge koje su obuhvaćene i koje nisu obuhvaćene opštom uslugom koja je regulisana pozitivnim propisima kojima se uređuju poštanske usluge.

Izuzeća u području elektronskih komunikacija se ne primjenjuju na ugovore o javnoj nabavci i na projektne konkurse čija je glavna svrha omogućiti javnom naručiocu pružanje ili iskorištavanje javne komunikacione mreže, ili pružanje javnosti jedne ili više elektronskih komunikacionih usluga, a koje su kao takve određene posebnim propisima.

Javna komunikaciona mreža definisana je još direktivom iz 2002. godine i njena definicija je zadržana u direktivi iz 2014. godine i prema istoj predstavlja mrežu koja se u potpunosti ili većim dijelom upotrebljava za pružanje javno dostupnih elektronskih komunikacionih usluga.

Elektronska komunikaciona usluga je izdvojena od usluga informativnog društva, koja je kao takva propisana članom 1. Direktive 98/34/EZ. Ovo iz razloga što se usluge informativnog društva odnose na one usluge koje se nekim manjim dijelom sastoje od prenosa signala elektronskim komunikacionim mrežama, dok elektronska komunikaciona usluga označava onu uslugu koja se u potpunosti sastoji od prenosa signala u elektronskim mrežama, ili čini telekomunikacione usluge, zatim usluge radiodifuznog prenosa. Ono što karakteriše ove usluge jeste naknada koja se za ove usluge plaća.

5.5.2. Ugovori za nabavku zemljišta

Kada je u pitanju sticanje, najam ili zakup zemljišta, postojećih građevina ili druge nepokretne imovine ili prava koja se njih tiču, isti se izuzimaju iz primjene direktiva.⁴⁶ Ovdje je bitno naglasiti da, prema sudskoj praksi (navesti je), izuzeće će se odnositi na nepokretnu imovinu, dok se na pripadajuću pokretnu imovinu može odnositi samo ako ista, u skladu sa propisom koji reguliše stvarna prava, predstavlja pripadak ili sporednu stvar (*pertinencija*), koja je kao takva određena da trajno služi ekonomskim svrhama te glavne stvari i samo tad dijeli pravnu sudbinu glavne stvari, pa i po pitanju primjene pravila javne nabavke utvrđene direktivama. Opravdanje za ovo isključenje sadržano je u činjenici da ove vrste ugovori imaju ograničavajući dio koji se odnosi na određeni geografski prostor i zasnivaju se na subjektivnim kriterijumima, što otežava primjenu pravila konkurencije. Treba voditi računa da, iako kupovina ili zakup neke nekretnine ne podliježe pravilima javne nabavke, obavljanje radova na toj istoj nekretnini za sopstvene potrebe, predstavlja uslov za primjenu ovih direktiva. Primjer je prodaja nekretnine u izgradnji, odnosno kad javni organ kupuje takvu nedovršenu nekretninu, buduća izgradnja se kvalifikuje kao ugovor o javnim radovima, jer pretpostavka je da za njenu dogradnju nisu potrebna posebna ekskluzivna prava.

5.5.3. Javni ugovori i projektni konkursi organizovani prema međunarodnim pravilima

Direktiva se ne primjenjuje na javne ugovore i projektne konkurse koje javni naručilac dodeljuje, ili organizuje u skladu s pravilima o nabavci koje određuju međunarodna organizacija ili međunarodna finansijska institucija, ako ta organizacija ili institucija u potpunosti finansira javne ugovore i projektne konkurse. U slučaju javnih ugovora i projektnih konkursa koje većim dijelom sufinansira međunarodna organizacija ili međunarodna finansijska institucija strane se usaglašavaju o mjerodavnim postupcima nabavke.

Isto važi i za ugovore i projektne konkurse koji uključuju odbrambene i bezbjednosne aspekte koji se dodjeljuju ili organizuju prema međunarodnim pravilima.

⁴⁶ Вид.: Les exclusions de l'article 14 de l'ordonnance relative aux marchés publics applicables aux pouvoirs adjudicateurs, Le ministère de l'Économie et des Finances FR, *Le portail de l'Économie, des Finances et de la Relance*, стр. 3 i 4 доступно на: <https://www.economie.gouv.fr/daj/exclusions-article-14-2016>, (приступ 11.april 2020)

5.5.4. Javni ugovori o nabavci posebnih usluga

Kada govorimo o ovim izuzecima, njih vežemo za određene okolnosti koje utiču na identitet dobavljača ili na samu prirodu usluga. Tako se mogu izdvojiti sljedeći ugovori o javnoj nabavci usluga za:

- sticanje ili najam zemljišta, postojećih građevinskih objekata ili druge nepokretne imovine ili prava koja se njih tiču
- sticanje, razvoj, produkciju ili koprodukciju programskog materijala za audiovizuelne ili radijske usluge,
- usluge arbitraže i medijacije
- određene pravne usluge
- određene finansijske usluge
- kredite
- usluge razvoja i istraživanja, osim usluga za koje naknadu u potpunosti plaća javni naručilac, kod kojih korist ima isključivo javni naručilac i to za vlastitu upotrebu u toku obavljanja vlastitih aktivnosti
- ugovore o radu
- civilnu odbranu, civilnu zaštitu i usluge sprečavanja nastanka opasnosti
- određene ugovore za istraživanje i razvoj
- ugovore o nabavci usluga političkih kampanja koje političke stranke dodjeljuju u toku predizbornih kampanja
- usluge elektronskih komunikacija
- usluge javnog prevoza putnika u željezničkom saobraćaju ili podzemnom željeznicom

Ugovori o uslugama koji su izuzeti iz primjene direktiva na osnovu postojanja određenog ekskluzivnog prava koje ima dobavljač zasnivaju se na zakonu ili nekom drugom pravnom aktu na osnovu kojeg određeni ekonomski subjekat ima ekskluzivno (isključivo) pravo da pruža određenu vrstu usluga. Zakon ili pravni akt kojim se dodjeljuje ova vrsta ekskluzivnosti mora biti u skladu sa UFEU-om.

Isključivo pravo definiše se kao situacija u kojoj je ugovorni partner javni organ povjerio, na osnovu zakona ili drugog pravnog akta, obavljanje poslova od opšteg interesa⁴⁷. Potrebno je razlikovati posebna prava i isključiva, odnosno ekskluzivna prava. Za razliku od ekskluzivnog prava, kad je akt javnog ovlašćenja namijenjen određenom subjektu da vrši neku djelatnost, posebno pravo dodjeljuje se većem broju ekonomskih subjekata, dobavljača.

Ovaj izuzetak, kao ograničen ugovor o javnim uslugama, obavezuje javni organ da se direktno obrati za nabavku usluge, bez formalnosti oglašavanja ili konkurencije, korisniku ekskluzivnog prava u svrhu izvršenja usluge.

Međutim, treba imati u vidu da je ovaj izuzetak ipak strogo uokviren. Primjer, koji možda i najbolje oslikava ograničenja ovog prava dat je u presudi “Francuska protiv Komisije”, „*Terminaux de Télécommunication*“⁴⁸. Ovaj spor dao je sudu mogućnost da procijeni i riješi pravno pitanje od određenog značaja - između ostalog i s njegovog institucionalnog stanovišta - koje se odnosi na obim obaveza država članica u vezi s postojanjem i načinom rada javnih preduzeća ili nosioca ekskluzivnih ili posebnih prava - u ovom slučaju u sektoru telekomunikacionih terminala – i, prije svega, u nadležnosti Komisije (a podrazumijevajući i ostale institucije) u vezi s javnošću intervencija država članica u ekonomiju. U suštini, sud je pozvan da tumači član 90, posebno stavove (1) i (3), na način da prevlada nejasnoće nastale u ovom sporu. Sud je između ostalog istakao da davanje ekskluzivnih prava uvoza i izvoza u skladu sa čl. 30., 34. i 37. Ugovora, predmetni subjekti uživaju nacionalni uvozni monopol i na taj način Francuska sprečava proizvođače u drugim državama članicama da prodaju svoje proizvode kupcima u Francuskoj, a potencijalni kupci u Francuskoj ne mogu da slobodno biraju svoje izvore snabdijevanja električnom energijom i plinom iz drugih država članica. Stoga, prema njegovom mišljenju, isključiva prava na uvoz tih subjekata mogu ograničiti trgovinu između država članica suprotno članu 30. Ugovora. Oni, dalje, predstavljaju diskriminaciju u smislu član 37. Ugovora, ne samo što se tiče izvoznika sa sjedištem u drugim državama članicama, već i u pogledu korisnika sa sjedištem u toj državi članici. Nosioци takvih prava prirodno imaju tendenciju da nacionalnu proizvodnju raspoređuju na nacionalno tržište, na štetu

⁴⁷ Вид. Исто, стр. 1 i 2

⁴⁸ Вид.: предмет *French Republic v Commission of the European Communities, Competition in the markets in telecommunications terminals equipment*, 1991 I-01223, Case No C-202/88 t. 36-42

zahtjeva drugih država članica, pa ih stoga treba smatrati diskriminirajućim u smislu čl. 34. i 37. Ugovora.

Isključivo pravo nužno mora da proizlazi iz zakonodavnog ili regulatornog akta, kojim se tačno određuje opšti interes koji se treba postići izvršavanjem predmetnih usluga, precizno se navode obaveze, sadržaj, trajanje i ograničenja u pogledu tih djelatnosti. Da bi se isključivo pravo dodijelilo, prvo se mora utvrditi potreba istog na tržištu. Ne može se utvrditi i potreba tržišta u momentu zaključenja samog ugovora.

Po pitanju identiteta javnog organa koji je nadležan za dodjelu ekskluzivnih prava, direktive ne propisuju određene odredbe, bitno je da organ koji ga dodijeli tu nadležnost ima propisanu u nacionalnom zakonu, i nema prepreke da ugovor dodjeljuje upravo organ koji je i nadležan za izdavanje ekskluzivnog prava.

S druge strane, identitet ekonomskog subjekta kome treba dodijeliti ovo pravo može da dobije samo ukoliko prethodno ispunjava uslove u pogledu kvaliteta koji zahtjeva tržište.

Isključivo pravo mora biti u skladu sa UFEU, kako je već rečeno, a da bi bilo u skladu sa istim, treba da ispunjava određene uslove:

- mora biti potrebno i proporcionalno izvršavanju zadatka od opšteg interesa koji su povjereni izvođaču;
- kada su uključene usluge od opšteg ekonomskog interesa (*SGEI*), tj. ekskluzivno pravo je opravdano ako javni organ nije u mogućnosti izvršiti sam uslugu koja je od opšteg interesa i u njegovoj je nadležnosti;
- u skladu sa čl 106 UFEU, ekskluzivno pravo može se dodijeliti samo ako izvršavanje misije opšteg interesa opravdava isključenje ili ograničenje konkurencije na određenim tržištima usluga;
- u drugim slučajevima odstupanje od primjene pravila slobodne konkurencije, sloboda pružanja usluga, slobodu nastanjivanja i slobodno kretanje robe utvrđene UFEU-om mora biti opravdano imperativnom potrebom od opšteg interesa i pod dvostrukim uslovom da ograničenja ovih pravila garantuju ispunjenje cilja i ne prelaze izvan okvira onoga što je neophodno da bi se isti postigao.

- usluge sticanja, razvoja, produkcije ili koprodukcije programskog materijala namijenjenog za audiovizuelne medijske usluge ili radijske medijske usluge koje zaključuju pružaoci audiovizualnih ili radijskih medijskih usluga. Razlozi za izuzimanje ove oblasti sadržani su u nemogućnosti da se prilikom primjene javne nabavke u ovim slučajevima moraju obuhvatiti i oni dijelovi koji bi se odnosili na pisanje scenarija, umjetničke performanse i sl, što je praktično nemoguće. Međutim, važno je naglasiti da, u slučaju kada se radi o nabavci tehničke opreme koja je neophodna za produkciju, koprodukciju i emitovanje takvih programa, obavezna je primjena direktiva o javnim nabavkama. Takođe, treba voditi računa da se prilikom utvrđivanja kriterijuma o primjeni pravila javnih nabavki, mora napraviti razlika između televizijskih i radijskih ustanova i agencija koji zakupljuju medijske prostore pa ih iznajmljuju, jer ovi drugi se ne mogu smatrati pružaocima usluga koji su izuzeti od primjene direktiva. Biti javni RTV servis, kao primjer, nije dovoljno da se izuzme iz primjene direktiva.

5.5.5. Ugovori između subjekata u javnom sektoru

I ugovor koje javni naručilac zaključi sa drugim pravno odvojenim tijelom kao teretni posao uz naknadu, može pod određenim uslovima biti izuzet od primjene pravila o javnim nabavkama. Sud pravde je odluci donijetoj u vodećem slučaju *Teckal*,⁴⁹ funkcionalnim testom definisao dva uslova koja moraju biti ispunjena:

1. naručilac mora vršiti dovoljnu kontrolu nad odvojenim entitetom, sličnu onoj koju ima nad svojim djelovima (uslov kontrole), i
2. odvojeno pravno lice mora da vrši osnovni dio svojih djelatnosti sa javnim organom koji ga kontroliše (test osnovne djelatnosti).

U članu 12.(1) Opšte direktive, ovo pravilo je "kodifikovano" na sljedeći način: Javni ugovor koji javni naručilac dodijeli drugom pravnom licu na temelju privatnog ili javnog prava ne spada u područje primjene ove Direktive ako su ispunjeni svi sljedeći uslovi:

(a) nad tim pravnim licem javni naručilac obavlja *nadzor* sličan onom koji vrši nad svojim poslovnim jedinicama;

⁴⁹ Вид. пресуду: *Teckal Srl v Comune di Viano and Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, 1999 I-08121, ECLI:EU:C:1999:562 Case No C-107/98 тач. 50 i 51

(b) nadzirano pravno lice vrši više od 80 % svojih aktivnosti u izvršavanju zadataka koje mu je povjerio javni naručilac koji nad njim vrši nadzor ili koje su mu povjerila druga pravna lica nad kojima javni naručilac vrši nadzor; i

(c) nema direktnog učešća privatnog kapitala u pravnom licu koje je pod nadzorom, osim učešća privatnog kapitala koji nema značaj kontrolisanja i blokiranja, a koji se zahtijeva nacionalnim zakonodavnim odredbama, u skladu u ugovorima, i koji ne vrši odlučujući uticaj na pravno lice pod nadzorom.

Smatra se da javni naručilac nad pravnim licem vrši nadzor sličan onom koji vrši nad svojim poslovnim jedinicama u smislu prvog podstavka tačke (a) ako ima presudan uticaj na strateške ciljeve i na važne odluke pravne osobe nad kojom se vrši nadzor. Takav nadzor takođe može vršiti i drugi subjekat nad kojim javni naručilac ili naručilac na isti način vrši nadzor.

Isto važi ako pravno lice pod nadzorom koja je javni naručilac dodijeli ugovor svom javnom naručiocu koji nad njim vrši nadzor ili drugom pravnom licu nad kojim isti javni naručilac vrši nadzor, pod uslovom da u pravnom licu kome se dodjeljuje ugovor nema direktnog učešća privatnog kapitala, osim učešća privatnog kapitala koji nema značaj kontrolisanja i blokiranja, a koji se zahtijeva nacionalnim zakonodavnim odredbama, u skladu sa ugovorima, i koji ne vrši odlučujući uticaj na pravno lice pod nadzorom.

Javni naručilac *koji ne vrši kontrolu* nad pravnom osobom na temelju privatnog ili javnog prava ipak može dodijeliti javni ugovor tom pravnom licu bez primjene ove Direktive ako su ispunjeni svi sljedeći uslovi:⁵⁰

(a) nad tom pravnom osobom javni naručilac vrši zajedno s drugim javnim naručiocima nadzor sličan onom koji vrši nad svojim poslovnim jedinicama;

(b) ta pravna lica vrše više od 80 % svojih aktivnosti u izvršavanju zadataka koje im je povjerio javni naručilac koji nad njima vrši nadzor ili koje su im povjerila druga pravna lica nad kojima taj javni naručilac vrši nadzor; i

(c) nema direktnog učešća privatnog kapitala u pravnom licu pod nadzorom osim učešća privatnog kapitala koji nema značaj kontrolisanja i blokiranja, a koji se zahtijeva nacionalnim zakonodavnim odredbama, u skladu sa ugovorima, i koji ne vrši odlučujući uticaj na pravnu osobu pod nadzorom.

⁵⁰ Чл. 12(3) Опште директиве.

Smatra se da javni naručioci vrše zajedničku kontrolu nad pravnim licem ako su ispunjeni sljedeći uslovi:

- tijela pravnog lica pod nadzorom nadležna za odlučivanje sastavljena su od predstavnika svih učestvujućih javnih naručilaca. Pojedinačni predstavnici mogu predstavljati nekoliko učestvujućih javnih naručilaca ili sve njih;
- javni naručioci mogu zajedno imati presudan uticaj nad strateškim ciljevima i važnim odlukama pravnog lica pod nadzorom; i
- pravno lice pod nadzorom nema interese različite od interesa javnih naručilaca koji nad njim vrše nadzor

Na kraju, ugovor koji je zaključen isključivo između dva ili više javnih naručilaca ne pripada pod područje primjene ove Direktive kada su ispunjeni sljedeći uslovi:

- ugovor utvrđuje ili uspostavlja saradnju između uključenih javnih naručilaca s ciljem osiguravanja da se tražene javne usluge pružaju s ciljem ostvarivanja njihovih zajedničkih ciljeva;
- ta saradnja je uspostavljena isključivo na temelju potreba vezanih uz javne interese; i
- sudelujući javni naručioci ostvaruju manje od 20 % aktivnosti na koje se odnosi saradnja.

5.6. Izuzeci od primjene direktive o koncesijama

Direktiva o koncesijama sadrži veliki broj izuzetaka koji se odnose na koncesije dodijeljene:

- na osnovu isključivog prava, u skladu sa UFEU-om;
- za usluge vazdušnog saobraćaja na osnovu izdavanja dozvole za upravljanje;
- od strane međunarodne organizacije ili međunarodne finansijske institucije koje ta organizacija odnosno institucija u potpunosti finansira;
- u oblasti odbrane i bezbjednosti;
- za usluge koje se tiču aktivnosti koje su takođe izuzete iz područja primjene Direktiva o nabavkama u javnom sektoru iz 2014, npr. sticanje ili najam zemljišta, postojećih građevinskih objekata ili druge nepokretne imovine; sticanje, razvoj, produkciju ili koprodukciju programskog materijala namijenjenog za audio-vizuelne usluge ili radijske usluge; usluge arbitraže i mirenja; specifične pravne i finansijske usluge; zajmove,

civilnu odbranu, civilnu zaštitu i usluge zaštite od opasnosti koje pružaju neprofitne organizacije; kao i za usluge političkih kampanja;

- u vezi sa uslugama lutrije koje država članica dodjeljuje privrednom subjektu na osnovu isključivog prava⁵¹.

Pored gore navedenih izuzimanja, Direktiva o koncesijama utvrđuje neka izuzimanja specifična za određeni sektor u oblasti elektronskih komunikacija i u oblasti vodoprivrede. Izuzimanje u oblasti vodoprivrede Direktiva pojašnjava da koncesije dodijeljene u svrhu obezbjeđivanja fiksnih mreža ili upravljanja fiksnim mrežama koje su namijenjene za pružanje usluge javnosti u vezi sa proizvodnjom, prenosom i distribucijom pitke vode i za isporuku pitke vode takvim mrežama, ne spadaju u područje primjene Direktive o koncesijama. U izvjesnim okolnostima, koncesije za odlaganje ili obradu otpadnih voda i za projekte hidrauličnog inženjerstva, navodnjavanje ili isušivanje zemljišta, takođe su izuzeti iz obima primjene Direktive o koncesijama.

Gore navedeni izuzeci u suštini odgovaraju izuzecima koje propisuju i Direktive 204/24 i 2014/25. Pored navedenih izuzetaka primjenjuje se i pravilo in-house kao i kod javno-privatnih partnerstava.

5.7. Posebne situacije primjene Opšte direktive

U Opštoj direktivi su u posebnom odeljku, kao posebne situacije u kojima se može primijeniti Direktiva, predviđeni subvencionisani ugovori za usluge istraživanja i razvoja, nabavke koje uključuju odbrambene bezbjednosne aspekte i mješovite nabavke iz oblasti odbrane.⁵²

5.7.1. Subvencionisani ugovori za usluge istraživanja i razvoja

Pored ugovora o isporukama, uslugama i radovima, te mješovitim ugovorima, Direktive EU poznaju i regulišu i subvencionisane ugovore. Ovi ugovori se odnose na usluge i radove koji su direktno subvencionisani od strane naručioca, kad je njihova vrijednost iznad pragova predviđenih za ugovore o uslugama i radovima. Direktiva taksativno određuje radove koji mogu biti subvencionisani i to su isključivo samo *građevinski radovi* i nalaze se u posebnom prilogu.

⁵¹ Чл. 10-17 Директиве 2014/23/EУ

⁵² Вид. чл. 13-17. Директиве

Prema odredbama člana 13.(1) Direktive, Direktiva se primjenjuje na dodjelu sljedećih ugovora:

- o radovima koje direktno subvencioniraju javni naručioci sa više od 50% i čija je procijenjena vrijednost veća od propisane, ako ugovori uključuju
- radove niskogradnje ili
- visokogradnje za bolnice, objekte namijenjene sportu, rekreaciji i slobodnom vremenu, školske i univerzitetske zgrade i zgrade koje se koriste u administrativne svrhe.

Subvencionisani ugovori se mogu klasifikovati na one u kojima subjekat koji dodjeljuje sredstva osigurava samo finansiranje i osigurava primjenu propisa o javnim nabavkama i one u kojima nabavku ovjerava subjekat koji daje bespovratna sredstva u ime i za račun korisnika ili primaoca radova i usluga. Evropska Unija nije zainteresovana za sve subvencionisane ugovore i njihov način primjene, već kao što je slučaj sa *de minimis* podrškom, samo za one iznad određenih pragova u odnosu na određene vrste ugovora. Međutim, ova klasifikacija subvencionisanih ugovora ne može se povezati s pragovima za usklađivanje, jer ovaj poseban režim djeluje samo u slučaju prekoračenja pragova.

Ova vrsta ugovora može biti zanimljiva za javnu nabavku od strane subjekata kojima nedostaju sredstva da se bave određenim ugovorima zbog njihove složenosti, pod pretpostavkom da će subjekat pružiti ukupno ili djelimično finansiranje.

Doprinos javnih sredstava putem subvencije direktno u više od 50% njegovog iznosa, predstavlja neposrednu prirodu subvencije i ona je različita u odnosu na postupke u kojima se subvencija dobija nakon konkurencije.

Po pitanju nadležnosti u slučaju spora kod ovakvih ugovora, nadležnost je upravnog suda ako je subvenciju dao ugovorni organ, javni naručilac ili sud koji je nadležan u slučaju da je subvenciju dao subjekat koji kada nema karakter javne uprave. U slučaju da se dodjeljuju subvencije od strane različitih subjekata javnog sektora, konkurs će se odrediti na osnovu najviše subvencije i, u skladu s tim, ukoliko apelant ulaže žalbu, istu će uložiti organu koji je proveo konkurs prema najvišoj subvenciji.

Pripremni akti i akti dodjele subvencionisanih ugovora smatraju se upravnim aktima.

5.7.2. Nabavke koje uključuju odbrambene i bezbjednosne aspekte

Prema odredbama člana 15.(1) Opšte direktive, Direktiva se primenjuje na dodjelu javnih ugovora i na projektne konkurse koji se provode u području odbrane i bezbjednosti uz izuzeće sljedećih ugovora:

- ugovora koji spadaju u područje primjene Direktive 2009/81/EZ (o usklađivanju postupaka nabavke za određene ugovore o radovima, ugovore o nabavci robe i ugovore o uslugama koje sklapaju javni naručioci ili naručioci u području odbrane i bezbjednosti);
- ugovore na koje se Direktiva 2009/81/EZ ne primjenjuje na temelju njenih članova 8, 12. i 13.

5.7.3. Mješoviti ugovori

Kada su u pitanju ugovori o javnim nabavkama robe koje ima odbrambene i bezbjednosne aspekte, Opšta direktiva predviđa da se na takve poslove primjenjuju njena pravila o mješovitim ugovorima (čl. 16). Ako se takvi javni ugovori dodjeljuju ili organizuju u skladu sa međunarodnim pravilima, Direktiva se neće primijeniti ako su ispunjeni uslovi iz člana 17.

U praksi može biti jednim ugovorom predviđena istovremena nabavka određenih dobara, pružanje određenih usluga i izvršavanje javnih radova. Takvi se ugovori označavaju kao mješoviti. Budući da se u njima predviđa nabavka različitih predmeta, za čiju nabavku su predviđeni različiti pragovi vrijednosti, potrebno je odrediti koji elementi pretežu i tako kvalifikovati ugovor i, shodno tome, primijeniti odgovarajuća pravila o postupku nabavke.

U slučaju mješovitog ugovora koji sadrži elemente ugovora o dobavljačima, radovima i uslugama i koncesiji, mješoviti ugovor se dodjeljuje u skladu s odredbama Direktive ako je dio mješovitog ugovora koji predstavlja ugovor obuhvaćen Direktivom jednak ili veći od relevantnog praga primjene Direktive. Posebno su predviđene odredbe kojima se regulišu ugovori koji za glavni predmet imaju nabavku komunalnih usluga, a različiti dijelovi ugovora imaju sporedne predmete i čine takav ugovor mješovitim. U tim slučajevima ugovorni subjekat ima mogućnost da dodijeli posebne ugovore prema tim sporednim predmetima, za svaki pojedinačni dio ugovora ili dodijeli jedan pojedinačan ugovor. U slučajevima zasebnih ugovora primjenjuju se pravila Direktiva prema predmetu tih ugovora, a kod pojedinačnog, kad se, u stvari, zaključuje mješoviti ugovor, primjenjuje se Direktiva o komunalnim uslugama.

Za prvu mogućnost, odluku o tome koji se pravni režim primjenjuje na bilo koji od zasebnih ugovora treba donijeti na temelju karakteristika zasebnog dijela. Za drugu opciju, ako ugovorni subjekat odabere dodijeliti pojedinačni ugovor, na isti se kao mješoviti ugovor primjenjuje Direktiva o komunalnim uslugama, bez obzira na vrijednost dijelova koji bi inače bili pod različitim pravnim režimom i bez obzira na to koji su pravni režim koji bi inače bili podložni tim dijelovima.

Direktiva o koncesijama prepoznaje posebno mješovite ugovore, koji uključuju elemente različitog karaktera (radovi, usluge ili isporuke) ili ugovori obuhvaćeni različitim pravilima, koje regulišu procese nabavke u različitim sektorima (komunalije, odbrana) ili određenim vrstama ugovora (koncesije). U ovakvim slučajevima Direktiva je detaljno propisala primjenu odgovarajućih pravila.⁵³

Pema odredbama Direktive, na ugovore koji jednim dijelom imaju elemente koje potpadaju pod posebne usluge, kao što su socijalne usluge, primjenjuju se direktive 2014/24 i 2014/25, a kod ugovora koji jednim dijelom sadrže elemente koji su definisani direktivama o javnim nabavkama i komunalnim uslugama i djelom sadrže elemente koncesije, primjenjuje se direktiva koja odgovara glavnom predmetu koji se određuje na osnovu one procijenjene vrijednosti glavnog predmeta koja je viša.

Međutim, ostavljena je javnim naručiocima mogućnost da, ukoliko su djelovi ugovora odvojivi, podijele ugovor i na svaki dio primijene odgovarajuću direktivu prema predmetu tih djelova.

U slučaju da takvi ugovori uključuju i elemente koncesija usluga i ugovora o javnoj nabavci robe, glavni predmet određuje se shodno tome koja je od procijenjenih vrijednosti tih usluga ili nabavke viša.

⁵³ Члан 20. Директиве 2014/23/ЕУ

GLAVA III

OPŠTE KARAKTERISTIKE UGOVORA O JAVNOJ NABAVCI

1. Pravna priroda

Opšti pojam "ugovora o javnim nabavkama" (*Engl. public contract, fr. marché public, njem. öffentlicher Auftrag*) obuhvata ugovore sa različitim predmetom čijim ispunjavanjem se ostvaruju posebni ciljevi, o kojima je naprijed bilo riječi. U sadržinskom smislu, u pitanju su ugovori koji za predmet imaju nabavku dobara, usluga i javnih radova. Tako posmatran, ugovor o javnim nabavkama predstavlja poseban pravni posao koji reguliše javnopravni odnos između javnog naručioca i privrednog subjekta, u kome javni naručioci povjeravaju privrednim subjektima izvršavanje određenog posla koji se može sastojati u nabavci dobara, izvođenju radova ili pružanju usluga.⁵⁴ U širem smislu, pod nabavkama se može podrazumijevati pružanje nekom licu onoga što mu je potrebno.

Prema pravnoj prirodi, riječ je o javnom ugovoru svoje vrste (*sui generis*) koji ima elementa drugih (poznatih) ugovora obligacionog prava, ali se ne može pod njih podvesti. U pravu Evropske unije je određen kao autonomni pojam čije se značenje ne može određivati prema nacionalnim kriterijumima baziranim na unutrašnjim pravima država članica, već ima svoje karakterisitke ili obilježja.⁵⁵

U pravnoj teoriji se navodi pet obilježja ili karakteristika ugovora o javnim nabavkama: ugovorni odnos, pisana forma, ekonomski ili finansijski interes, posebni subjekti i poseban predmet.⁵⁶ Iako su navedene karakteristike nesumnjive, u daljem radu one neće biti izdvojene i izlagane u posebnoj cjelini (poglavlju), već u okviru i u poređenju sa klasičnim elementima ugovora obligacionog prava.

⁵⁴ Упореди D. Stanković, *Pojam "ugovor o javnoj nabavi" u pravu Europske unije s posebnim osvrtom na povezane iznimke od primjene zakonodavstva o javnoj nabavi*, *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, 68(1):121-155, 2018 стр. 123.

⁵⁵ Вид. *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipuladode Correspondencia*, EU:C:2007:815, Case No. C-220/06, тач. 50

⁵⁶ D. Stanković, *Pojam "ugovor o javnoj nabavi" u pravu Europske unije s posebnim osvrtom na povezane iznimke od primjene zakonodavstva o javnoj nabavi*, op. cit. стр. 123.

U odnosu na ugovore građanskog i privrednog prava, ugovori o javnim nabavkama se razlikuju po subjektima koji ga sklapaju, načinu nastanka, svrsi ili ciljevima zaključivanja, predmetu i *kauzi* i po posebnim pravilima kojima je regulisano zaključivanje i izvršavanje ovih ugovora.

1.1. Ugovorne strane

Posebna svojstva ugovornih strana kao elemenat javnog ugovora. Kod klasičnih ugovora o prodaji karakteristike ugovornih strana nisu od značaja (o čemu je naprijed već bilo riječi). Kupca prvenstveno interesuje roba koju želi da kupi, a ne prodavac. Ni prodavcu nije od važnosti ličnost kupca, već njegova platežna sposobnost, spremnost i sposobnost da plati kupovnu cijenu. Međutim, kod ugovora sa nalogom i ugovora o vršenju usluga, karakteristike izvršioca su važne nalogodavcu. Nalogodavcu nije svejedno u kojoj će zdravstvenoj ustanovi da se liječi (dobiti uslugu od opšteg interesa), ili koji majstori će mu praviti objekte. Samo kod posebnih poslova je od značaja karakter ili ličnost druge strane, te se označavaju kao ugovori *intuitu personae*.

Na prvi pogled se čini i da javni ugovori o povjeravanju rada ili vršenju usluga spadaju u opštu kategoriju ugovora o uslugama, u kojima je važno kome se poslovi povjeravaju. Međutim, kod javnih nabavki je upravo suprotno. Nalogodavcu, tj. javnom naručiocu je zabranjeno da favorizuje bilo kog od ponuđača, da "zaboravi" njihove reference i da posao povjeri onom izvođaču ili davaocu usluge koji zadovolji neke druge uslove. Sa druge strane, i kad dobije posao, izvođač, koji je ugovorna strana, može izvršavanje svojih obaveza prema naručiocu povjeriti nekom drugom licu. Sud pravde je bio decidan u stavu da je "irelevantno da li saugovarač vrši sam posao ili koristi podizvođača za te svrhe."⁵⁷

Ugovorne strane kod ugovora o javnim nabavkama su naručilac posla i "privredni subjekat." Poseban javnopravni karakter ugovornih strana opredjeljuje pravnu prirodu ovog posla kao javnog ugovora.⁵⁸

Naručilac (contracting authority) je strana koja "naručuje" konkretan posao koji definiše kao predmet ugovora. Naručivanje se može realizovati kroz "kupovinu", uzimanje u lizing,

⁵⁷ Вид. пресуду *Ordine degli Architetti and Others, paragraph 90, and Auroux and Others, paragraph 44. Helmut Müller*, тач. 61.

⁵⁸ C. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Elgar European Law, 2007, стр. 157,

zakup, ili kroz kupovinu na rate i instalisanje i ugradnju. Ovako određene ugovorne strane opredjeljuju *ratione personae* primjenu relevantnih direktiva, a samo zaključivanje ugovora ograničavaju na one kod kojih jedna strana (naručilac posla) mora biti javnog karaktera.

1.1.1. Naručioci u pravu EU

U pravu EU su kao naručioci navedeni javni naručioci i javnopravna tijela.⁵⁹ Pod javnim naručiocem se podrazumijeva država, regionalne ili lokalne vlasti, javnopravna tijela, udruženja koja je osnovala jedna ili više takvih vlasti, ili jedno ili nekoliko takvih javnopravnih tijela. Direktiva o komunalnim uslugama kao naručioce priznaje javna preduzeća nad kojima ugovorna vlast može direktno, ili indirektno vršiti dominantni uticaj po osnovu svojine, finansijskog učešća ili pravila kojima su regulisana,⁶⁰ kao i tijela, ili javna preduzeća koja posluju na osnovu posebnih, ili isključivih prava koje su im dodjelile države članice. U suštini, riječ je o javnim organima i tijelima čiji je rad regulisan javnim pravom.

U praksi su postojale određene dileme u vezi sa tumačenjem pojma "tijela kojima se upravlja na osnovu javnog prava". Sud pravde je o pojmu javnog naručioca, a posebno o tijelu koje je regulisano javnim pravom (iz člana 2.(1)(4) Direktive 2014/24), više puta odlučivao i zauzeo vrlo široki i funkcionalni stav.⁶¹ U jednoj od skorijih odluka *UAB „LitSpecMet”*⁶², koja se odnosila na karakter litvanskog javnog preduzeća koje upravlja mrežom željezničkog prevoza, kao odlučujuće je postavljeno pitanje tumačenja pojma preduzeća "osnovanog za određene svrhe radi zadovoljavanja potreba u opštem interesu, koje nemaju industrijski i trgovački karakter." U pitanju je bilo društvo koje je bilo u potpunoj svojini javnog naručioca čija je djelatnost bila zadovoljavanje potreba u opštem interesu i koje obavlja poslove za tog javnog naručioca i na konkurentnom tržištu. Sud je našao da nije sporno da djelatnost litvanskog željezničkog društva (LŽD) uključuje pružanje javnih usluga putničkog prevoza radi zadovoljenja potreba u opštem interesu i da se, kao takvo, smatra "tijelom kojim su upravlja na osnovu javnog prava", te se smatra javnim naručiocem. VLRD je trgovačko društvo koje je

⁵⁹ Вид. тач. 10. Преамбуле Директиве број 2014/24.

⁶⁰ Чл. 4(2) Комуналне директиве (2014/25/EU)

⁶¹ Вид. пресуду *Commission of the European Communities v Kingdom of Spain* EU:C:2003:276 Case No C-214/00, т. 53 и тако наведену судску праксу

⁶² Вид. пресуду *UAB „LitSpecMet” v UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas UAB*, ECLI:EU:C:2017:736 Case No C-567/15

nastalo prestrukturiranjem Litvanskog željezničkog društva, kao društvo kći i jedini član, nad kojim LŽD ima 100% udio i kontrolu. Sporno je bilo da li se i VLRD takođe može smatrati "tijelom kojim su upravlja na osnovu javnog prava". LŽD je u vrijeme nastanka spora bilo glavni klijent VLRD-a. VLRD je 2013. godine sproveo pojednostavljeni otvoreni postupak javne nabavke na koje se javilo društvo *LitSpecMet* (tužilac). Tužilac je smatrao da postupak treba poništiti zbog toga što društvo VLRD treba smatrati javnim naručiocem, čime je otvorio pitanje ko se smatra javnim naručiocem kao "tijelom kojim su upravlja na osnovu javnog prava". Sud ga je, međutim, smatrao "tijelom kojim su upravlja na osnovu javnog prava".⁶³ Na osnovu postojeće sudske prakse ⁶⁴ se može zaključiti da pojam "tijela kojim su upravlja na osnovu javnog prava" predstavlja autonomni pojam prava EU i podrazumijeva da budu ispunjena tri uslova: da je u pitanju pravno lice, da obavlja nekomercijalne zadatke koji su u javnom interesu i da zavisi u najvećem dijelu od javnog organa. Pod nekomercijalnim zadacima u javnom interesu se podrazumijevaju potrebe u opštem ineteresu koje nemaju indsutrijski komercijalni karakter, koje se zadovoljavaju na način koji ne podrazumijeva dostupnost robe i usluga na tržištu i ako ih pruža država, ili podliježu odlučujućem uticaju države zbog razloga u opštem interesu. Kao aktivnosti koje ispunjavaju potrebe u opštem interesu Sud pravde je priznao, na primjer: univerzitetske poslove (djelatnost), organizovanje izložbi i sajмова, štampanje zvaničnih dokumenata i slično.

1.1.2. Tumačenje Suda pravde i sudska praksa

Propise EU kojima je određen pojam naručioca (*contracting authority*), Sud pravde je tumačio široko primjenom više testova, kao što su: test funkcionalnosti, dualni test, test komercijalizacije, test konkurentnosti i test zavisnosti.⁶⁵ Suština testova je da se, u svakom konkretnom slučaju, ispita da li je u pitanju javnopravno tijelo i sa kojom funkcijom ili svrhom je osnovano. Navedena podjela u postojećim direktivama je izvršena prema ovom kriterijumu. U okviru ovog teksta Sud je razvio i dualistički test, za kvalifikaciju učesnika na tržištu koji

⁶³ Тач. 48. Одлуке

⁶⁴ Вид. presude: *Mannesmann Anlagenbau Aucmpia AG and Others v Cmpohal Rotationsdruck GesmbH*, 1998 p. I-00073, Case No C-44/96, *Commission of the European Communities v Ireland*, 1998 I-08565, ECLI:EU:C:1998:611 Case No C-353/96 i *Commission of the European Communities v Republic of Aucmpia*, 1999 I-07479, ECLI:EU:C:1999:526 Case No C-328/96

⁶⁵ Вид. С. Bovis, *Public Procurement in the EU: Jurisprudence and Conceptual Directions*, CML Rev., 2012, стр. 250, *Mannesmann Anlagenbau Aucmpia and Others*, [1998] ECR I-73 Case No C-44/96, paragraphs 20 and 21

nastupaju i kao javna i kao privatna tijela pri pružanju usluga koje nisu industrijskog i trgovačkog karaktera. Stav Suda je da i tijela koja su regulisana privatnim pravom mogu biti naručioci kad pružaju usluge od opšteg interesa koje nisu trgovačkog i industrijskog karaktera. I preduzeća koja nisu osnovana sa tim ciljem, ali kasnije preuzmu odgovornost za snabdijevanje, predstavljaju javne naručioce. Kao "tijelo regulisano javnim pravom" na koje se primjenjuju direktive o javnim nabavkama smatra se i zakonom osnovani zdravstveni fond koji je indirektno finansiran od države, ali istovremeno prima i obavezne priloge od poslodavaca i privatnih individualnih članova, pri čemu fond nije ovlašćen da određuje uslove i visinu priloga.⁶⁶ Test komercijalizacije se vrši da bi se utvrdio uticaj profitabilnosti i komercijalne motivisanosti za pružanje usluge i, zavisno od toga, donijela odluka da li se na to tijelo primjenjuje relevantna direktiva o javnim nabavkama. Test konkurentnosti pokazuje da bilo koji elemenat konkurencije privatnih prduzetnika slabi pretpostavku da se to tijelo smatra tijelom javnog prava, ono mora biti osnovano za posebnu svrhu zadovoljavanja potreba u opštem javnom interesu koji nema industrijski ili komercijalni karakter. U tom smislu dokaz konkurentnosti čini pravila o javnim nabavkama neprimjenjivim.

Na kraju, test zavisnosti bi trebalo da pokaže dvije karakteristike zbog kojih se neće ne primjeniti Direktiva o javnim nabavkama. Prvo, sličnost kontrole preduzeća kontroli koju obavljaju naručioci nad njihovim odjeljenjima, i drugo, operativnu povezanost aktivnosti preduzeća sa nadležnostima naručioca koji vrši sličnu kontrolu nad njima.⁶⁷

1.1.3. Rješenja u pravu Republike Srbije

U Zakonu o javnim nabavkama se izraz "naručilac" koristi kao zbirni, i obuhvata javnog naručioca i sektorskog naručioca.

Javni naručioci su uglavnom definisani na isti način kao i u pravu EU i to su Republika Srbija, organi autonomne pokrajine, organi jedinice lokalne samouprave i pravna lica osnovana u cilju zadovoljavanja potreba u opštem interesu, koje nemaju industrijski ili trgovinski karakter, a koje ispunjavaju predviđene uslove i grupe naručilaca.

Kod definisanja pretposljednje kategorije, koja je označena opštim pojmom "pravna lica osnovana u cilju zadovoljavanja potreba u opštem interesu..." odlučujući kriterijum je svrha ili

⁶⁶ C. Bovis, *н.д.јело*, стр 252.

⁶⁷ Исто, стр.252-253.

cilj njihovog osnivanja, tj. "zadovoljavanje potreba u opštem interesu." Otuda ove potrebe ne mogu imati industrijski ili trgovinski karakter.

Potrebe koje imaju industrijski ili trgovinski karakter su potrebe koje zadovoljava pravno lice koje posluje u redovnim tržišnim uslovima, koje ostvaruje dobit i samo snosi gubitke koji proizlaze iz njegove djelatnosti. To praktično znači da tijelo koje posluje pod uobičajenim tržišnim uslovima, čija je namjera da ostvaruje prihod i dobit i koje snosi gubitke iz obavljanja svoje djelatnosti se smatra javnopravnim tijelom.

Pod sektorskim naručiocima se podrazumijevaju:

1) javni naručioci koji obavljaju sektorsku djelatnost. Za ove subjekte je presudno gdje, ili u kojoj grani ili oblasti privređivanja obavljaju djelatnost.

2) privredna društva koja obavljaju sektorsku djelatnost nad kojima javni naručilac može imati, direktno ili indirektno, preovlađujući uticaj na osnovu svojine, finansijskog udjela ili pravila na osnovu kojih je organizovano. Za ove subjekte je presudno da nad njima prevlađujući uticaj ima javni naručilac.

Podrazumijeva se da preovlađujući uticaj postoji ako javni naručilac, direktno ili indirektno:

a) ima većinu upisanog kapitala društva;

b) kontroliše većinu glasova koji se odnose na akcije koje izdaje društvo;

c) može imenovati više od polovine članova organa nadzora, odnosno organa rukovođenja društva.

3) drugi subjekti koji obavljaju sektorsku djelatnost na osnovu isključivih ili posebnih prava.

Kod ovih subjekata nije dovoljno samo da obavljaju djelatnost u predviđenom sektoru, već i da su im dodjeljena neka posebna ili isključiva prava. U Evropskoj uniji je pitanje postojanja subjekata sa posebnim i isključivim pravima riješeno pravilima o konkurenciji, kojima je regulisano i njihovo poslovanje na unutrašnjem tržištu EU. (čl. 106.(1) UFEU).

Isključiva ili posebna prava su prava koja dodjeljuje nadležni organ na osnovu zakona, podzakonskog akta ili pojedinačnog akta, kojim se ograničava obavljanje sektorske djelatnosti na jednog ili više subjekata i koji značajno utiče na mogućnost drugih subjekata da obavljaju takvu djelatnost. Takvo privilegovanje pojedinih tržišnih subjekata, na račun ostalih subjekata u načelu nije dozvoljeno, osim kao izuzetak.

Pravo dodijeljeno u postupku u kome je izvršeno javno objavljivanje i u kome su bili određeni objektivni kriterijumi za dodjelu tih prava, ne smatra se isključivim ili posebnim pravom u smislu stava 3. ovog člana.

Ovaj postupak obuhvata:

- 1) postupak koji je sproveden primjenom propisa o javnim nabavkama ili propisa o javno - privatnom partnerstvu i koncesijama, ili
- 2) druge postupke u kojima su primijenjeni objektivni kriterijumi i obezbijeđena transparentnost i javno objavljivanje u skladu sa pravnim aktima Evropske unije.

Druga ugovorna strana je "privredni subjekat". Pod ovim pojmom se podrazumijevaju sva lica ili tijela koja nude proizvode, izvođenje radova ili pružanje usluga na tržištu, bez obzira na pravnu formu u kojoj nastupaju i bez obzira da li su "pravna lica u svim okolnostima"⁶⁸. To mogu biti preduzeća, podružnice, podređena društva, partnerstva, zadruge, društva sa ograničenom odgovornošću, javni i privatni univerziteti i ostala tijela koja nisu fizička lica, pa i razne grupe privrednih subjekata bez određenog pravnog oblika. Po pravilu, to su privatna lica ili tijela, ali mogu biti i javnopravna: subjekti javnog ili upravnog prava. U tom smislu Opšta direktiva o javnim nabavkama određuje da to mogu biti fizičko i pravno lice ili "javno tijelo ili skup tih lica ili tijela."⁶⁹ Pri tome se pravi razlika između javnopravno tijelo (engl. body governed by public law, fr. organisme de droit public, njem. öffentliche Einrichtung) i javno tijelo (engl. public entity, fr. entité publique, njem. Einrichtung des öffentlichen Rechts).

Javnopravno tijelo je svako tijelo koje kumulativno ispunjava sljedeće pretpostavke:

- (a) da je uspostavljeno posebno radi zadovoljavanja potreba u opštem interesu koji nisu industrijske ili trgovačke prirode,
- (b) da ima svojstvo pravnog lica i
- (c) da ga većim dijelom finansiraju "država, regionalna ili lokalna tijela, ili druga javnopravna tijela, ili su podložna upravljačkom nadzoru od strane tih tijela, ili imaju upravni ili nadzorni odbor, a više od polovine članova tih odbora imenovala je država, regionalna ili lokalna tijela, ili druga javnopravna tijela". To su, uglavnom, samostalne upravne organizacije,

⁶⁸ Премабула, тач. 14. и чл. 19. Директиве.

⁶⁹ Чл. 281)(10)

kao i druga pravna lica koja ispunjavaju druge dvije navedene pretpostavke u pogledu svog finansiranja i upravljanja.

“*Javno tijelo*” je u sudskoj praksi⁷⁰ definisano tako da obuhvata i javnopravna tijela i državu i teritorijalne jedinice, tj. druge javne naručioce. Pojam “privredni subjekat” ne isključuje izričito “javne naručioce”, pa se i ugovor o nabavci između dva javna naručioca smatra ugovorom o javnoj nabavci, osim ako su ispunjene pretpostavke za tzv. nabavku *in house*. To praktično znači da ugovor o javnoj nabavci mogu zaključiti i dva javna tijela - javna naručioca, pri čemu jedan od njih angažuje podizvođače koji izvršavaju ugovor. I obrnuto, i pravno lice privatnog prava može biti javni naručilac ako ispunjava uslove koji su propisani Opštom direktivom o javnoj nabavci.⁷¹

2. Forma ugovora

Forma i teretnost. U domaćem pravu, ugovor o javnoj nabavci je definisan kao teretni ugovor zaključen u pisanoj formi između jednog ili više ponuđača i jednog ili više naručilaca, koji za predmet ima nabavku dobara, pružanje usluga ili izvođenje radova. Riječ je o dvostrano obavezujućem i teretnom poslu u kome obje ugovorne strane preuzimaju obaveze i stiču određena prava. O konkretnim pravima i obavezama biće više riječi kasnije.

U savremenom ugovornom pravu se uglavnom ne insistira na bilo kakvoj formi, a kao pravno relevantna priznaje se saglasnost volja data na bilo koji način. Ovdje se, međutim, odstupa od načela konsenzualizma i kao obavezna (*ad solemnnitatem*) propisuje pisana forma. Razloge za to bi trebalo tražiti u velikoj vrijednosti i složenosti posla koji čine predmet ovih ugovora. Obavezna pisana forma je uvedena da bi se obezbijedila transparentnost javnih nabavki. Naime, upravljanje budžetskim novcem na transparentan i odgovoran način podrazumijeva objavljivanje svakog ugovora, a to je moguće samo ako je zaključen u pisanoj formi.

⁷⁰ Вид. пресуду: *dolf Truley GmbH v Bestattung Wien GmbH*, EU:C:2003:110 Case No C-373/00, тач. 42 – 45

⁷¹ Вид. пресуду *Commission of the European Communities v Kingdom of Spain* EU:C:2003:276 Case No C-214/00, тач. 52-56.

3. Predmet ugovora o javnoj nabavci

Kao i kod ostalih ugovora, i ugovor o javnoj nabavci mora imati predmet ili "ono o čemu se se strane dogovorile". Generalno posmatrano, predmet ugovora o javnim nabavkama može biti nabavka dobara, usluga, ili radova.

Bez obzira što su im predmeti različiti (u fizičkom smislu), ugovori kojima se nabavka ostvaruje imaju brojne zajedničke elemente i karakteristike, pa su regulisani jednom Opštom direktivom broj 2004/18.

Opštom direktivom su regulisana zajednička pravila, pri čemu su, kao različita, ostala pravila o pragovima vrijednosti. Moguće je da se jednim ugovorom nabavlja i roba i određene usluge, ili se obezbjeđuje vršenje nekih radova. Takvi ugovori će se označavati kao mješoviti. U slučaju mješovite nabavke potrebno je odrediti "glavni predmet nabavke".⁷²

Predmet ugovora o javnoj nabavci radova je:

(1) izvođenje radova ili projektovanje i izvođenje radova u vezi sa jednom ili više naznačenih djelatnosti;

(2) izvođenje radova, ili projektovanje i izvođenje radova na izgradnji objekta;

(3) realizacija izgradnje objekta u skladu sa zahtjevima određenim od strane naručioca koji vrši odlučujući uticaj na vrstu ili projektovanje izgradnje objekta;

Objekat (posao) je rezultat radova visokogradnje ili niskogradnje koji kao cjelina ispunjava ekonomsku ili tehničku funkciju, u smislu zakona kojim se uređuje izgradnja objekata.

Predmet ugovora o javnoj nabavci usluga je nabavka usluga koje su navedene u posebnom aneksu Opšte direktive i koje se razlikuju od dobara i javnih radova.

U širem smislu, predmet ugovora o nabavkama može biti:

- akvizicija, finansijski lizing ili zakup, sa ili bez mogućnosti kupovine, proizvoda ili pokretne imovine,

⁷² D. Stanković. *н. дело*, стр. 146.

- one kod kojih je ekonomski subjekat dužan isporučiti više roba sukcesivno i po jediničnoj cijeni, a da se pri zaključenju ugovora ukupan iznos nije precizno definisao, jer su isporuke podređene potrebama kupca.
- čija je svrha nabavka i davanje u zakup telekomunikacione opreme i sistema, ili za obradu informacija, njihovih uređaja i programa te prenos prava korištenja istih, osim ugovora o nabavci programa računarskih uređaja po mjeri, koji će se smatrati ugovorima o uslugama,
- proizvodnja, pri čemu se stvar ili stvari koje mora dostaviti poslodavac moraju proizvesti u skladu s naročitim karakteristikama koje je prethodno utvrdio ugovorni subjekt, čak i kad je isti dužan u cjelosti ili djelimično dostaviti potrebne materijale,
- čija je svrha akvizicija primarne energije ili transformisane energije,

Ugovori koji se odnose na nematerijalne nekretnine ili prenosive hartije od vrijednosti ne smatraju se ugovorom o nabavci.⁷³

3.1. Terminološke dileme

U pravilima o javnim nabavkama se koristi izraz "nabavka" da bi se označile "kupovne aktivnosti javnih vlasti"⁷⁴. Opšte ugovorno pravo, kao pravni okvir u kome su smještene i javne nabavke, ne poznaje "nabavku" kao pravni izraz. Izraz nabavka je ekonomski i računovodstveni izraz. Uobičajeni pravni promet robe se vrši ispunjenjem ugovora o prodaji robe koji, po prirodi stvari, uključuje i kupovinu. Drugačije rečeno, promet se vrši prodajom, sa stanovišta prodavca, i kupovinom, sa stanovišta kupca, pri čemu se ne pominje nabavka.

Ugovor o prodaji mogu podjednako zaključivati privatni i javni subjekti kao ugovorne strane, pri čemu karakter ugovornih strana, po pravilu, ne utiče na prirodu i pravno dejstvo ugovora. Karakter ugovornih strana može eventualno da utiče na trgovački ili građanski karakter posla, što može biti od značaja kod pitanja odgovornosti zbog povrede ugovora i naknade štete i

⁷³ Вид. *Biens immobiliers existants et marchés publics*, Le bureau virtuel des acheteurs publics, доступно на: <http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/biens-immeubles> (приступ 15 april 2020)

⁷⁴ Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy, *Towards a more efficient European Procurement Market*, COM(2011) 15 final, стр. 6. доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52011DC0015> (приступ 15. april 2020)

zastarjelosti. U novije vrijeme, karakter kupca može opredijeliti ugovor o prodaji kao potrošački, što kod nekih vrsta ugovora podrazumijeva posebna pravila o odustanku od ugovora. Poznata je i podjela ugovora o prodaji, prema predmetu prodaje, na ugovore o prodaji pokretnih stvari i nepokretnosti, ali se ni kod njih ne pominje nabavka.

Samo posredno bi se moglo zaključiti da je pravni pojam "nabavke" rezervisan za tzv. javnu kupovinu, tj. kupovinu koju vrše javne vlasti, kao kupci koji imaju posebno svojstvo. Međutim, to ne znači da svaka takva kupovina znači nabavku. Potrebno je uzeti u obzir i karakter druge strane (prodavca, davaoca usluge izvođača radova), kao i svrhu ili namjenu "kupovine" odnosno "nabavke"⁷⁵. Izgleda da se izrazu "nabavka" može dati laičko značenje u smislu pribavljanja neke koristi, bez obzira o kojoj je stvari riječ i bez obzira na svojinski status stvari. U Direktivi broj 2014/24, pojam "sticanja" je shvaćen u širem smislu kao postizanje koristi iz odnosnih radova, robe ili usluga, što ne podrazumijeva prenos svojine javnim naručiocima⁷⁶. Samo finansiranje djelatnosti, posebno dodjelom sopstvenih sredstava, koje je često povezano sa obavezom vraćanja dodijeljenih sredstava ako sredstva nisu korištena za svrhe kojima su namijenjena, po pravilu ne podliježe pravilama o javnim nabavkama. Iz ovih karakteristika se može izvesti opšti pojam javnih nabavki kao ukupnosti privatnopravnih poslova u kojima organizacije iz javnog sektora angažuju privatne subjekte za sticanje dobara radi zadovoljavanja interesa potrošača.

Ni pojam "dobro" kao predmet ugovora se ne koristi u ugovornom pravu. U ugovornom pravu se za predmet ugovora o prodaji (ili kupoprodaji) koriste paralelno pojmovi "roba" i "stvar", pri čemu je pojam stvari širi od pojma robe. Pojam robe je ograničen na tjelesnu pokretnu stvar i proizvod ljudskog rada⁷⁷. Pojam „stvar“ je korišten u ranijim građanskim zakonima ili zakonima o obligacionim odnosima.

Razloge za korištenje nove terminologije u javnim nabavkama bi trebalo tražiti u bojazni da se ovi poslovi ne poistovijete sa klasičnom kupovinom ili ugovorima o djelu, čije elemente svakako ima. Međutim, bitna razlika između ugovora o prodaji i nabavke je u tome što se prodajom prenosi pravo svojine koja za javnog naručioca ne mora biti od značaja. Za javnog naručioca je od presudne važnosti da može da koristi dobro, ali ne i da njime raspolaže (lizing).

⁷⁵ Вид.: А. Rhode, *Public procurement in the European Union*, Springer Gabler 2019, стр. 17.

⁷⁶ Преамбула, тач. 4(2).

⁷⁷ Вид. Бечку конвенцију о уговорима о међународној продаји робе.

Otada za kvalifikaciju nekog posla kao ugovora o nabavci je svojstvo javnog naručioca i svrha za koju se dobro nabavlja. Kod klasične prodaje, za prodavca u načelu nije od značaja svrha za koju kupac kupuje robu, niti za nju mora da zna.

3.2. *Kauza i consideration ugovora*

U pravnim sistemima koji se zasnivaju na pisanim izvorima, tzv. *civil law* sistemi, ugovori moraju imati pravni osnov ili *kauzu*. Za razliku od predmeta ugovora koji daje odgovor na pitanje (na) šta su se ugovorne strane obavezale (predmet ugovora), *kauza* daje odgovor na pitanje *zbog čega* su to uradile. Kod teretnih ugovora, razlog obavezivanja (sklapanja ugovora) leži u činjenici da se i druga strana na nešto obavezala. U tom smislu, osnov obaveze jedne strane leži u obavezi druge strane. Otuda u dvostrano obavezujućim ugovorima obe strane preuzimaju obaveze i stiču određena prava koja su u korelaciji. U suprotnom, ako *kauze* nema, nema ni razloga zbog kojih bi ugovor postojao, pa se smatra da ugovor nije ni nastao. *Kauza* mora, ne samo postojati, već mora biti i dozvoljena. Određivanjem šta se smatra dozvoljenom *kauzom*, država praktično vodi politiku ugovora. Ako *kauza* nije dozvoljena, pravni posao se smatra ništavim.

U zemljama opšteg prava (*common law*), osnov obaveze jedne ugovorne strane je u naknadi (*consideration*) na koju se obavezuje i koju daje druga strana. Naknada se, po pravilu, sastoji i daje u novcu, ali ne mora da bude. Pri tome, vrijednost obaveza ugovornih strana ne mora biti ekvivalentna ili srazmjerna. Važno je da naknada postoji, makar i kao simbolična. Ona opravdava ugovor i daje mu punovažni karakter.

Obaveza mora biti pravno izvodljiva. U odluci donijetoj u predmetu *Müller*, sud ističe da "obaveze iz ugovora (*javnog*) moraju biti pravno obavezujuće" i moraju biti "pravno izvršive ili izvodive" (*legally enforceable*). S obzirom da u pravu EU nisu još kreirani kao samostalni ovi pojmovi, za njihovo tumačenje i razumijevanje sud upućuje na nacionalna (unutrašnja) prava država članica i načelo "*proceduralne autonomije*."⁷⁸

Upućivanje na načelo proceduralne autonomije je od opšteg značaja, čime sud ugovor o javnim nabavkama stavlja u kontekst opšteg ugovornog prava. U tom smislu može se zaključiti

⁷⁸ Вид. пресуду: *Helmut Müller GmbH v Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, 2010 I-02673, ECLI:EU:C:2009:710 Case No. C-451/08 тач. 62.

da izvore prava javnih nabavki čine i pravila nacionalnih prava država članica, posebno za ona pitanja koja nisu regulisana pravom EU.

Svrha (*ili kauza*) ugovora. Ni svrha za koju se stvar kupuje, ne mijenja pravnu prirodu ugovora o prodaji jer, u načelu, prodavcu nije važno da zna za koju svrhu kupac kupuje robu ili stvar. Kupac i prodavac imaju suprotstavljene interese: interes prodavca je do robu proda što povoljnije (*skuplje*) i nakon što mu cijena bude isplaćena njegovo interesovanje za kupca i za prodatu robu prestaje. Kod nekih od vrsta ugovora o javnim nabavkama, interesi ugovornih strana su istosmjerni, posebno kod koncesionih ugovora kod kojih se naknada javnom naručiocu plaća u procentualnom iznosu od ostvarene dobiti ili prometa.

Svrha javnih ugovora je ostvarivanje određenog javnog interesa. To može biti izgradnja objekta za javne potrebe, kao što su škole, bolnice, putevi, ili pružanje javnih usluga ili javne službe, kao što su usluge javnog gradskog prevoza ili snadbijevanje stanovništva toplotnom energijom, vodom i slično. Svrha može da bude i dodjeljivanje javnog dobra na upravljanje privatnom subjektu, nabavka određene robe za potrebe javnog naručioca i slično.

No, i pored navedenih razlika, smatramo da ugovori o javnim nabavkama spadaju u grupu ugovora o prodaji i ugovora o uslugama. U pravnoj teoriji, međutim, ne postoje detaljnija upoređivanja ovih poslova.

Pozitivni izvori EU prava ne određuju ni *kauzu* ni *consideration* ugovora o javnoj nabavci, ali u definiciji navode da su to ugovori koji se zaključuju zbog "novčanog interesa".

Novčani interes kao osnov ugovora. U odluci donijetoj u navedenom predmetu Helmut Müller, Sud pravde je kod definisanja ugovora o javnim radovima zauzeo stav da "novčana priroda ugovora znači da javni naručilac koji je zaključio ugovor o javnim radovima prima kontra uslugu kao naknadu."⁷⁹ Kontra usluga se sastoji u izvršenju rada koji javni naručilac namjerava da koristi⁸⁰. Čini se da bi, u širem smislu, naknadu trebalo shvatiti kao *ekonomsku korist* javnog naručioca koja mora biti neposredna ili direktna. Kod ugovora o javnim radovima, to može biti sticanje svojine na izgrađenom dobru (objektu) ili pravo krišćenja radova/objekta.

⁷⁹ Иста пресуда тач. 48.

⁸⁰ Вид. пресуду: *Ordine degli Architetti and Others* [2001] ECR I-5409 Case No C-399/98, paragraph 77, and *Auroux and Others* [2007] ECR I-385 Case No C-220/05, paragraph 45

Ekonomska korist može ležati u ekonomskim prednostima koje javni naručilac može izvući iz buduće upotrebe ili prenosa objekta, u činjenici da je finansijski doprinio realizaciji posla.⁸¹

Na kraju, Sud smatra da ugovor o javnim radovima ne zahtijeva da se radovi koji su predmet ugovora materijalno ili fizički izvode za naručioca, pod uslovom da se sprovede radi neposredne ekonomske koristi naručioca. Ovaj uslov nije ispunjen izvršavanjem regulatornog ovlašćenja za urbanizam od strane ugovornog organa.⁸² Naknada se može tretirati i kao "naplatnost" ili teretnost. To praktično znači da se kao ugovori o javnim nabavkama ne mogu smatrati oni kod kojih privedni subjekti obavljaju činidbe ili poslove besplatno. U praksi je ova karakteristika važna jer javni naručioci često pokušavaju da prikažu kako su u pitanju besplatne činidbe da bi izbjegli primjenu pravila o javnim nabavkama.⁸³

U sudskoj praksi su razmatrane različite situacije u kojima se od suda očekivalo da razjasni postojanje finansijskog ili drugog interesa ili teretnosti.⁸⁴

U predmetu *Ordine degli Architetti i dr*⁸⁵ Sud pravde je raspravljao o pitanju da li postoji naplativost u slučaju kada ekonomski subjekat poklanja određenu nekretninu ili novčani iznos u zamjenu za umanjeње javnih davanja, koje taj ekonomski subjekat ima obavezu da plati. Sud je zauzeo jasan stav da je u pitanju naplativi ugovor, s obzirom na činjenicu da se lokalna zajednica odrekla potraživanja u zamjenu za komunalnu infrastrukturu. Sa druge strane, tamo gdje nema novčanog plaćanja od strane javnog organa, kao primjer, koja se daje programeru kao naknada za preduzimanje razvoja, bilo putem stvarne isplate, bilo posredno, preuzimanjem obaveza poput doprinosa finansiranju projekata ili garancija od mogućih gubitaka od strane programere), pravila nabavke se neće primjenjivati.

U drugom slučaju, Sud je u pravnoj situaciji gdje se ekonomski subjektu djelimično ili potpunosti naplaćuje od trećih lica, odnosno gdje naknadu za izvršene usluge ekonomski subjekat prima od korisnika objekta koji će izgraditi, a ne od javnopravnog subjekta. Ovo pitanje

⁸¹ *Auroux and Others* op.cit. paragraphs 13, 17, 18 and 4

⁸² *Helmut Müller*, op.cit. тач. 58.

⁸³ D. Stanković, н. djelo, стр. 128.

⁸⁴ Исто, стр. 123 -127 и тамо наведене случајеве.

⁸⁵ Вид. пресуду: *Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi, Piero De Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti and Leopoldo Freyrie v Comune di Milano, and Pirelli SpA, Milano Centrale Servizi SpA and Fondazione Teatro alla Scala* 2001 I-05409, Case No. C-399/98, тач 71 до 75

Sud je razmotrio u presudi *Auroux i dr*⁸⁶, gdje je odlučio da su povjereni poslovi izgradnje posebnom pravnom licu koja takođe ima svojstvo javnopravnog subjekta, ipak obuhvaćeni javnim nabavkama, jer nisu bili ispunjeni uslovi nabavke *in-house*, a javni naručilac je učestvovao u svim troškovima, utvrđena je naknada za izvršioca koju je primio od krajnjih korisnika.

Treći slučaj odnosi se na pravne situacije u kojima javni naručilac plaća osnovne troškove pružanja usluga, a ekonomski subjekat ne ostvaruje profit, gdje je Sud zauzeo stav da ugovorena ograničena naknada za izvršene poslove ne predstavlja izuzeće od primjene pravila javne nabavke.

4. Razgraničenje od sličnih poslova

4.1. U odnosu na druge mjere

Pod drugim mjerama se podrazumijevaju zakonodavni ili upravni akti i administrativne odluke. Kako se javne nabavke mogu vršiti i na osnovu ovih akata po posebnom režimu, a ne na osnovu pravila o javnim nabavkama, osnovna dilema je kako ih razgraničiti. Sud pravde je u odluci donesenoj u predmetu “Komisija protiv Irske” zauzeo stav da pružanje usluga široj javnosti od strane javnog organa prilikom vršenja sopstvenih ovlašćenja koja proizilaze iz zakona korištenjem sopstvenih sredstava nije regulisano direktivom o javnim nabavkama, iako je doprinos za te svrhe plaćen od druge vlasti, kojima se djelimično pokrivaju ti troškovi⁸⁷.

Posebne karakteristike naručioca, kao javnog tijela i kao jedne ugovorne strane, otvara pitanje pravne prirode odnosa koji uspostavlja sa privrednim subjektom, kao drugom ugovornom stranom. Naime, između njih se uspostavlja poseban javnopravni ugovorni odnos koji je potrebno razlikovati od javnopravnog odnosa na temelju jednostranog ugovornog akta i od izvršavanja ovlašćenja koja direktno proizilaze iz zakona⁸⁸. Ovo je zbog toga što privredni subjekat može steći određena prava i obaveze i na osnovu jednostranog upravnog akta.

⁸⁶ Вид. пресуду: *Jean Auroux and Others v Commune de Roanne* 2007 I-00385 Case No. C-220/05 тач. 45 до 47

⁸⁷ Вид. пресуду: *Commission of the European Communities v Ireland*, ECLI:EU:C:2007:801 Case No. C-532/03, тач. 37.

⁸⁸ Вид. D. Stanković, н. дјело, стр. 124-127.

4.2. Javno-javna saradnja

Riječ je o slučajevima u kojima je država svojim javnim tijelima povjerila obavljanje javnih poslova, pri čemu mogu da koriste svoje administrativne, tehničke i druge izvore, a oni poslove nabavki povjere drugom javnom tijelu ili vlasti. O ovim pitanjima Sud pravde je raspravljao u odlukama donijetim u predmetima *Asemfo* i *Correos*⁸⁹. U ovim slučajevima Sud je raspravljao o pitanju da li država članica može javnom preduzeću povjeriti obavljanje određenih operacija ili zadataka direktno zaobilazeći primjenu Direktive broj 92/50/EEZ, koja propisuje obavezu koordinacije postupaka za dodjeljivanje ugovora o javnim uslugama.

U slučaju *Asemfo* španskom privrednom subjektu (Tragsa) administrativne vlasti su povjerile obavljanje određenih poslova iz oblasti šumarstva direktno, bez sprovođenja postupka javnih nabavki, čime su, po mišljenju tužioca, povrijeđena pravila konkurencije o zabrani zloupotrebe dominantnog položaja i izbjegnuta je primjena pravila o javnim nabavkama. Nacionalni organi za zaštitu konkurencije i javnih nabavki, nacionalni sudovi, a kasnije i Sud pravde su, međutim, smatrali da tuženi nije učinio navedene povrede, jer između tuženog i administrativnih vlasti nije bio uspostavljen ugovorni odnos, već javnopravni odnos na osnovu jednostranog upravnog akta. U takvom administrativnom odnosu tuženi je samo obavljao tehničku službu administrativnih vlasti, jer tuženi nije imao slobodu u pogledu prihvatanja naarudžbina nadležnih tijela, niti je mogao da utiče na njihovu cijenu⁹⁰. Drugačije rečeno, uspostavljeni javnopravni odnos je služio kao sredstvo za ostvarivanje zadatog cilja⁹¹.

Međutim, u sličnom slučaju *Correos*⁹², u kome je raspravljao o položaju španske pošte u obavljanju poštanskih univerzalnih usluga, Sud kao dovoljne razloge za izuzimanje od primjene pravila o javnim nabavkama nije prihvatio činjenicu da pošta kao privredni subjekat nije imala slobodu u pogledu prihvatanja narudžbina javnopravnog tijela, ni u pogledu određivanja cijena za svoje usluge. U pitanju je bio sporazum o saradnji između nacionalnog ministarstva Španije i *Correos*-a u vezi sa pružanjem poštanskih i telegrafskih usluga koji je potpisan bez javnog poziva za ponude na neodređeno vrijeme. U svom mišljenju/presudi Sud pravde ponavlja da je

⁸⁹ Вид. С. Bovis, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing 2016, стр. 604.

⁹⁰ Вид. пресуду: *Asociación Nacional de Empresas Forestales*(Asemfo), EU:C:2007:227, Case No. C-295/05 тач. 51.

⁹¹ Иста пресуда тач. 51, 53. и 54.

⁹² Вид. пресуду: *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v Administración General del Estado*, ECLI:EU:C:2007:815 Case No. C-220/06

pitanje definisanja ugovora o javnim nabavkama u nadležnosti prava EU (a ne nacionalnog prava), te da je irelevantna klasifikacija sporazuma o saradnji koja je u tom pogledu predviđena u pravu Španije⁹³. Osvrćući se na stav koji je zauzeo u slučaju *Asemfo*, Sud pravde navodi da tamo navedene kriterijume treba tumačiti u "specifičnom kontekstu"⁹⁴ koji se u ovom slučaju razlikuje od onog koji je postojao u slučaju *Asemfo*. *Correo* obavlja drugačije poslove, a njegove korisnike (potrošače) čine lica koja žele univerzalne poštanske usluge. "Činjenica da ova kompanija nema slobodu izbora u pogledu prihvatanja zahtjeva od strane Ministarstva, ni u pogledu naknade za takve usluge, ne sprečava automatski mogućnost da između ova dva tijela bude zaključen ugovor"⁹⁵. Međutim, ako je zakonom predviđeno da ovlašćenja vrši privatni subjekat, odnos između javnog tijela i privatnog subjekta može biti kvalifikovan kao ugovor o javnim nabavkama. U prilog ovog stava se navodi odluka Suda pravde u predmetu *Eric Libert* i drugi, u kome je privatni investitor zaključio ugovor o uređenju građevinskog zemljišta sa lokalnom jedinicom samouprave koji je na osnovu nacionalnog zakona bio ovlašćen da izgradi određeni broj tzv. socijalnih stanova⁹⁶. To praktično znači da se, bez obzira što su privatnom investitoru samim zakonom data određena prava da izvede određene radove, mora sprovesti postupak javne nabavke⁹⁷.

4.3. Ugovor o javnim nabavkama i izvršavanja ovlašćenja

Ugovor o javnim nabavkama treba razlikovati i od izvršavanja ovlašćenja koja direktno proizilaze iz zakona. Ovakva situacija postoji u slučaju kad je jedno javnopravno tijelo zakonom ovlašćeno da obavlja određene poslove iz djelokruga drugog javnopravnog tijela i za to dobija određenu naknadu. Tako je Sud pravde u svojoj presudi u već navedenom predmetu "Komsija protiv Irske", zauzeo stav da izvršavanje zakonskih ovlašćenja, bez obzira na sufinansiranje od strane drugog tijela po osnovu ugovora o saradnji, ne znači postojanje "ugovora o javnim nabavkama"⁹⁸.

⁹³ Тач. 50. пресуде

⁹⁴ Тач. 52. пресуде

⁹⁵ Тач.. 53. пресуде

⁹⁶ Вид. Обједињене пресуде: *Eric Libert, Christian Van Eycken, Max Bleeckx, Syndicat national des propriétaires et copropriétaires (ASBL), Olivier de Clippele v Gouvernement flamand* Case No. C-197/11 i *All Projects & Developments NV and Others v Vlaamse Regering* Case No. C-203/11, EU:C:2013:288, тач. 108 – 115

⁹⁷ Вид. D. Stanković, н. дело. стр. 127.

⁹⁸ Вид. пресуду: *Commission of the European Communities v Ireland* C-532/03, op.cit. тач 35. i 37.

5. Nastanak javnog ugovora

Javni ugovori se od običnih ugovora razlikuju i po načinu zaključivanja i izvršavanja.

Primjena opštih pravila obligacionog prava. Pri tome, potrebno je razlikovati pojmove dodjele i sklapanje ugovora. Pojam "dodjele" (*engl. award, franc. attribution, njem. Vergabe, Zuschlag*) se odnosi na odluku o izboru najboljeg ponuđača koja se razlikuje od samog čina potpisivanja (ili zaključivanja, *engl. i franc. conclusion, njem. Vergabe, Abschluss*) dodijeljenog ugovora. To praktično znači da ponuđač čija je ponuda odabrana kao najpovoljnija i kome javni naručilac hoće da dodijeli ugovor, može odustati od sklapanja ugovora. Kao i kod zaključivanja drugih (*obligacionih*) ugovora putem javnog nadmetanja, i kod javnih nabavki ugovor treba smatrati zaključenim tek kad odabrani ponuđač ili ponuđač kome je odlukom dodjeljen javni ugovor i potpišu ugovor⁹⁹. Tek od tog momenta ugovor proizvodi pravno dejstvo, a za kršenje obaveza koje su njime preuzete ugovorne strane odgovaraju po načelima ugovorne odgovornosti. Sve do tog momenta može se govoriti samo o predugovornoj odgovornosti ili odgovornosti za vođenje pregovora (*culpa in contrahendo*). Od zaključivanja ugovora može odustati i naručilac. U slučaju odustanka od zaključivanja ugovora, druga strana može tražiti samo naknadu štete zbog nesavjesno vođenih pregovora.

Primjena posebnih pravila o javnim nabavkama. U pogledu načina zaključivanja (nastanka), za sve ugovore o javnim nabavkama važe zajednička pravila koja se odnose na kriterijume izbora najbolje ponude, oglašavanje i transparentnost, tehničke specifikacije, stvarne sposobnosti ponuđača, borbu protiv korupcije, tradicionalnu i elektronsku komunikaciju i elektronske aukcije¹⁰⁰.

U pogledu oglašavanja i transparentnosti, ova dva kriterijuma su međusobno povezani i uslovljeni u smislu da se oglašavanjem ponuda čini transparentnom, i obrnuto. Samo oglašavanje može biti učinjeno na više načina i u zavisnosti od toga se razlikuju tri vrste oglasa: periodični indikativni oglas, tenderski poziv i oglas o dobitniku tendera. Nepoštovanje ovako propisanog postupka čini ugovor o javnoj nabavci ništavnim.

⁹⁹ Међутим, према одредбама члана 307(2) хрватског Закона о о јавним набавкама (Narodne novine бр 120/16), сматра се да је уговор закључен кад одлука о одабиру понуде постане извршна. Вид. D. Stanković, Državne potpore u kontekstu javne nabavke, *Zagrebačka pravna revija* (ZPR) 6 (3) 2017; 319-336, стр. 323. n. br. 18.

¹⁰⁰ Вид. В. Васиљев, *Јавно-приватна партнерства у Европској унији и Србији - развој модела, тржишта и законског оквира*, докторска дисертација, Факултет политичких наука, Београд, 2015, стр. 67

U pogledu kriterijuma izbora najbolje ponude, već je napomenuto da javni naručilac ne uživa slobodu izbora ugovornog partnera (kao privatni), već mora odabrati onog koji u najvećoj mjeri ispunjava uslove koji su unaprijed određeni. U praksi se oni svode na dva: najnižu cijenu i ekonomski najpovoljniju ponudu. Prvi je jasan sam po sebi, dok drugi obuhvata, ne samo cijenu, već i neke druge elemente, kao što su kvalitet, funkcionalnost, estetski doživljaj, ekološke i druge karakteristike.

Obaveza naručioca se sastoji u novčanoj naknadi koju duguje ekonomskom operatoru za nabavku dobara, usluga ili za izvršeni rad. Samo izvršenje ove obaveze može biti na različite načine.

Zaključak. U odnosu na klasične ugovore obligacionog prava, ugovor o javnoj nabavci u pravu Evropske unije karakterišu posebnosti u pogledu ugovornih strana, predmeta, forme i načina zaključivanja, predmeta i *kauze*.

GLAVA IV

VRSTE I MODALITETI UGOVORA O JAVNIM NABAVKAMA

1. Vrste ugovora

1.1. Ugovor o javnoj nabavci dobara

Snadbijevanje ili nabavka, prema definiciji, predstavlja pružanje nekome nešto što mu treba. Pravni smisao termina nije daleko od ovog opšteg i predstavlja niz aktivnosti koje se smatraju snadbijevanjem ili nabavkom u pravne svrhe.

Ugovori o nabavkama su oni čija je svrha pribavljanje, finansijsko davanje u zakup, ili sam zakup, sa ili bez mogućnosti kupovine proizvoda ili pokretne imovine. Međutim, države članice su pored uopštene odredbe iz same Direktive, definisale vrlo široko pojam ugovora o nabavkama, kako bi obuhvatile sve aktivnosti koje treba da budu uključene u ovu kategoriju ugovora koje bi morale biti pod pravnim režimom ove direktive.

1.2. Ugovor o javnim radovima

Ugovori o javnim radovima su ugovori o javnoj nabavi čiji je predmet izvođenje, ili projektovanje i izvođenje radova vezanih uz jednu od djelatnosti navedenih u Prilogu II Opšte direktive, ili posao ili realizacija bilo kakvim sredstvima posla koji odgovara zahtjevima što ih je naveo naručilac. Pojam “posao” znači rezultat gradnje ili građevinskih radova uzetih u cjelini koji je sam po sebi dovoljan da ispuni ekonomsku ili tehničku funkciju, poput puteva ili postrojenja za pročišćavanje otpadnih voda.

„Ugovor se treba smatrati javnim ugovorom za radove samo ako njegova svrha posebno uključuje izvršavanje bilo koje od djelatnosti detaljno opisanih u Prilogu II. Iako ugovor može podrazumijevati pružanje drugih usluga potrebnih za provođenje navedenih djelatnosti ugovori o pružanju javnih usluga, posebno oni koji se odnose na oblast upravljanja imovinom, mogu uključivati radove u određenim okolnostima, međutim, kada su takvi radovi dodatak glavnom

predmetu ugovora i činjenica da su takvi radovi uključeni u ugovor ne opravdava da se ugovor o javnoj usluzi smatra ugovorom o javnim radovima " ¹⁰¹.

Uvodna izjava 43. Direktive definiše detaljno ovu vrstu ugovora: “ Za ugovore o radovima, ove situacije uključuju radove koji nisu konvencionalne zgrade ili radove koji uključuju dizajnerska ili inovativna rješenja. Za usluge ili potrepštine za koje je potrebna adaptacija ili dizajn, korištenje postupka licitiranja s pregovaranjem ili konkurentnim dijalogom može biti korisno.” Ovo prilagođavanje ili dizajniranje posebno je potrebno u slučajevima složenih akvizicija, na primjer, kada su u pitanju sofisticirani proizvodi, intelektualne usluge, na primjer, neke savjetodavne usluge, arhitektonske usluge ili inženjering, ili veliki projekti vezani za informacione i komunikacione tehnologije (IKT).

Ugovor o javnim radovima u smislu Direktive mora da, između ostalog, sadrži uslov da:

- troškove radova uglavnom snosi naručilac i
- izvođač ne prima svoju naknadu putem prava dobijenih direktno od korisnika djela¹⁰².

Član 2.1.6. Direktive utvrđuje da su javni ugovori za radove javni ugovori čiji je cilj jedno od sljedećeg:

- „izvršenje ili, zajedno, projekat i izvođenje radova vezanih uz jednu od gore navedenih aktivnosti u Prilogu II;
- izvršenje ili zajedno, projekat i izvršenje djela;
- realizaciju na bilo koji način djela koja ispunjava zahtjeve koje je postavio naručilac i koji presudno utiče na vrstu ili projekt djela”.

Prema tome, ugovori o radovima definisani su kao ugovori koji za cilj imaju izvršavanje ili projektovanje i izvođenje radova za poslove koji su takstativno navedni u Aneksu II Direktive, zatim koji imaju za cilj dizajn ili dizajn i izvršenje samog dizajna, odnosno realizaciju djela koji se odnose na vrstu ili dizajn djela prema zahtjevima ugovornog subjekta. Međutim, potrebno je razikovati ugovor koji za cilj ima samo izradu dizajna i tad govorimo o ugovoru koji

¹⁰¹ Вид. Уводна изјава 10 Директиве 2004/18/ЕЗ, која је преузета у Директиву 2014/24/ЕУ

¹⁰² Вид.: Council of the European Union, General Secretariat, *General Conditions of the contract*, June 2016, стр. 5 тач. 4.5.

se odnosi na usluge, a u slučaju kad je predmet ugovora i konstrukcija i dizajnan, zajedno sa projektovanjem i izgradnjom, tad govorimo o ugovorima o radovima.

Pored toga, Direktiva jasno precizira definiciju rada, kao rezultat građevinskih radova koji kao cjelina ispunjavaju ekonomsku i tehničku funkciju. Ovo je vrlo bitno u pogledu konteksta realizacije radova kada se odlučuje da li je pojedinačni zahtjev za radove procijenjen u pogledu graničnih vrijednosti.

Kada javni organ priprema postupak za dodjelu javne nabavke, mora da odluči koju vrstu ugovora treba da dodijeli. Kako bi utvrdio koju vrstu ugovora će za određenu nabavku primijeniti, služi tzv. “test glavnog objekta“, koji će ukazati koji predmet je glavni u pripremljenom ugovoru i na osnovu utvrđenog glavnog predmeta odrediti i samu vrstu ugovora. Ovdje se ne vrši testiranje vrijednosti ugovora, kako bi se utvrdila razlika između dobavljača i predmeta ugovora. U skladu sa direktivama, ugovori o isporuci koji obuhvataju, kao sporednu stvar, lokaciju i postupke instalacije, definišu se kao ugovori o nabavci.

1.3. Ugovor o javnim uslugama

Opšta direktiva ne definiše opšti pojam usluga, već određuje da se ovi ugovori odnose na pružanje usluga, osim radova. U odnosu na raniju direktivu iz 2004. godine, prema važećoj Direktivi iz 2014. godine, ne postoji više podjela na prioritetne i neprioritetne usluge, već se primjena Direktive odnosi na mnogo veći broj usluga, nego što je ranije bio slučaj.

Međutim, kako navodi *OECD*, Sigma u svom Priručniku: “određene kategorije usluga, koje su nazvane "uslugama licu", poput specifičnih socijalnih, zdravstvenih i obrazovnih usluga, pružaju se u određenom kontekstu, koji se razlikuje među državama članicama zbog njihove različite kulturne tradicije i njihova priroda ima ograničenu prekograničnu dimenziju“.

Usluge koje pokriva Direktiva navedene su u Aneksu XIV Direktive i u Prilogu XVII Direktiva o komunalnim uslugama. Kao primjer mogu se navesti neke od njih:

- zdravstvene, socijalne i srodne usluge;
- administrativne, socijalne, obrazovne, zdravstvene i kulturne usluge;
- usluge obaveznog socijalnog osiguranja;
- hotelske i ugostiteljske usluge;

- pravne usluge, u mjeri u kojoj one nisu u potpunosti isključene iz direktiva;
- istražne i bezbjednosne službe;
- međunarodne usluge;
- poštanske usluge.

Ugovor se smatra ugovorom o uslugama kada je vrijednost izvršenih usluga veća od vrijednosti isporučenih proizvoda. Ako je vrijednost jednaka, ugovor se dodjeljuje u skladu s odredbama kojima se odnose na vrstu nabavke prema glavnom predmetu tog ugovora. Ovdje treba da se naglasi da, iako prema direktivama nema razlike između usluga i usluga lakog režima, značaj razlikovanja ogleda se u izboru vrste ugovora koji treba da se zaključi. Tako u slučaju kada je vrijednost usluga koji potpadaju pod laki režim u mješovitom ugovoru veća od vrijednosti nabavke, cijeli ugovor se ima smatrati kao ugovor za usluge lakog režima.

Za ove usluge tzv. lakog režima, koje nisu obuhvaćene direktivama, države članice se u okviru svog diskrecionog prava u postupcima javnih nabavki moraju pridržavati opštih pravila utvrđenih u direktivama, od člana 74. do člana 76. Direktive o javnim nabavkama, odnosno u skladu sa članovima 92. i 93. Direktive o komunalnim uslugama. Ovim članovima regulisano je da se, prije svega, oni ugovori koji su po vrijednosti jednaki ili iznad određenih pragova oglašavaju u Službenom listu EU (*OJEU*), te da ugovorni subjekti u ovim ugovorima uzmu u obzir specifičnosti usluga i za iste zahtijevaju osiguravanje kvaliteta, kontinuiteta, pristupačnosti, dostupnosti i sveobuhvatnosti usluge kao i specifične potrebe različitih kategorija korisnika usluga¹⁰³.

¹⁰³ Вид. The public contract regulations 2015, *Guidance on the new light touch regime for health, social, education and certain other service contracts*, 2016, стр.4-5, доступно на: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/560272/Guidance_on_Light_Touch_Regime_-_Oct_16.pdf (приступ 03. мај 2020)

2. Modaliteti ugovora o javnoj nabavci

2.1. Ugovor o koncesiji

2.1.1. Uopšte

Koncesija (od lat. *concessio* „dozvola, ustupanje“) – predstavlja vrstu ugovora čiji je predmet stvaranje ili rekonstrukcija objekata (najčešće), odnosno nekretnina koje su u svojini države, a o trošku investitora (ili - zajedno s davaocem koncesije), zbog kojih investitor može eksploatirati objekat koji se isplaćuje, prikupljajući prihod u svoju korist. Suprotno široko rasprostranjenoj zabludi, objekti isključivog prava ne mogu biti predmet koncesionog ugovora. Koncesija predstavlja poseban pravni instrument kojim organ javne uprave prenosi ekonomskom subjektu da vrši eksploataciju određene robe, izvršava određene zadatke ili obavlja neku vrstu aktivnosti. Ovaj ugovor ima dvije ugovorne strane, koncedent koji daje koncesiju i koncesionara koji iskorištava predmet ugovora. Predmet ugovora je najčešće eksploatacija prirodnog bogatstva, dobara u opštoj upotrebi, zatim javne usluge koje su u nadležnosti države. Ugovor je formalni pravni posao koji se zaključuje u pisanoj formi.

Koncesija može da bude i oblik javno-privatnog partnerstva, u kojem privatni sektor može da bude uključen u upravljanje državnom imovinom, ili u upravljanju javnih usluga koje su u nadležnosti države.

2.1.2. Ugovor o koncesije u EU

Ugovor o koncesiji je vrsta ugovora o javnim nabavkama¹⁰⁴ koji zaključuju organi i tijela javne vlasti sa tijelima koja nisu javna vlast.

U Evropskoj Uniji dugo je na području dodjele ugovora o koncesiji postojala pravna praznina koja se uglavnom rješavala na evropskim sudovima i gdje je, u stvari, sudska praksa utemeljila određena pravila po pitanju istih. Međutim, desetine presuda nisu mogle da uspostave u potpunosti zadovoljavajući okvir postupanja ugovornih subjekata u oblasti koncesija, te je bilo neophodno da EU donese poseban zakonodavni okvir kojim bi se omogućilo, kako jednoobrazno ponašanje u članicama država, tako i onemogućile brojne zloupotrebe koje su identifikovane u

¹⁰⁴ Вид. S. van Garsse, Concession and public procurement, u: C. Bovis, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, стр. 603, 607.

dodjeli ugovora o koncesijama. EU je pokušala da direktivom iz 2001. reguliše postupke javnih nabavki za dodjelu ugovora o koncesijama i ista je bila zasnovana upravo na praksi evropskih sudova. Jedan od problema koji se javljao sa direktivama o javnim nabavkama iz 2004. jeste i sama definicija koncesija, koja nije jasno precizirala razliku između koncesija i drugih javnih nabavki.

Pozivajući se na sudsku praksu, Direktivom iz 2014/23/EU vrši se konačno razjašnjenje u pogledu šta predstavlja ugovor o koncesiji.

Ugovor o koncesiji prema ovoj direktivi definisan je u Uvodnoj izjavi 11 Direktive prema kojoj koncesije predstavljaju ugovore kojima jedan organ uprave ili više njih kao naručioci povjeravaju izvođenje radova ili pružanje usluga i upravljanje njima jednom ili više ekonomskih subjekata uz ostvarivanje novčanog interesa¹⁰⁵.

Ovi ugovori imaju za cilj nabavku radova ili usluga, a ekonomski subjekat kome su povjereni ovi poslovi ostvaruje pravo na naknadu kroz iskorištavanje, bilo prava na radove ili usluge, bilo kroz samo iskorištavanje predmetnih radova ili usluga.

Takvi ugovori mogu uključivati, ali ne uključuju nužno, prijenos vlasništva na javne naručioce ili naručioce, ali javni naručioci ili naručioci uvijek ostvaruju korist od dotičnih radova ili usluga.

Sama definicija ugovora o koncesijama¹⁰⁶ ukazuje na dva ključna faktora koja razlikuju ugovore o koncesijama od uobičajenih ugovora o djelu ili uslugama i to:

- naknada se mora sastojati isključivo u *pravu na iskorištavanje usluga ili radova* (tj. za zarađivanje novca od trećih strana) ili u tom pravu, zajedno s plaćanjem od strane naručioca i
- ugovor mora prenijeti na dobavljača *operativni rizik* (obuhvatajući rizik potražnje ili ponude ili oboje) uz realnu izloženost hirovima na tržištu

¹⁰⁵ Вид. Уводну изјаву 11 Директиве 2014/23/ЕУ

¹⁰⁶ Вид. *Handbook for the Concession Contracts Regulations 2016*, тач 6.1 и 6.2 (Definition of a Concession Contract), којом је УК транспоновало директиву о концесијама, доступно на: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/528062/2016_0607_Handbook_for_the_Concession_Contracts_Regulations_2016_final.pdf (приступ 03. мај 2020)

Pod "koncesijom radova" se podrazumijeva ugovor kojim se ostvaruje novčani interes, a sklapa se u pisanom obliku posredstvom kojeg jedan javni naručilac ili naručilac ili više njih povjeravaju izvođenje radova jednom privrednom subjektu ili više njih čija se naknada sastoji isključivo od prava na iskorištavanje radova koji su predmet ugovora ili od tog prava i plaćanja.¹⁰⁷

Pod "koncesijom usluga" se podrazumijeva ugovor kojim se ostvaruje novčani interes, a sklapa se u pisanom obliku posredstvom kojeg jedan javni naručilac ili naručilac ili više njih povjeravaju pružanje usluga ili upravljanje uslugama koje nisu izvođenje radova iz tačke (a) jednom privrednom subjektu ili više njih čija se naknada sastoji isključivo od prava na iskorištavanje usluga koje su predmet ugovora ili od tog prava i plaćanja.¹⁰⁸

Kada govorimo o operativnom riziku koji mora, kao bitan element, da sadrži ugovor o koncesijama, govorimo o tzv. prenosu rizika na koncesionara. Uopšte rečeno, rizik u ugovorima o koncesiji odražava nesposobnost strana u ugovoru da unaprijed znaju promjenu varijabli koja određuje vrijednost koncesijskog posla tokom cijelog životnog vijeka ugovora. Ovaj rizik čini da ugovori o koncesiji budu rizični poslovi za privatni sektor, ali i atraktivni. Međutim, ovi ugovori su rizični i za javne organe, naručioce, s obzirom da oni daju određene garancije koncesionarima.

Operativni rizici se mogu klasifikovati na dva različita načina. Prema njihovom relativnom uticaju na ekonomski bilans ugovora, postoji rizik od kapitalnih troškova (otkup zemljišta, izgradnja i odobrenje licence), rizik od prihoda, te rizik održavanja i rada. Prema prirodi rizika, imamo tržišni rizik, nepredvidiv rizik i pravni i politički rizik. U pogledu pravnog rizika isti se odnosi na zakonodavne izmjene i nekoherentnost nacionalnih vlada da zakonodavnim okvirima riješe nastale probleme, što u stvari ukazuje i na rizike političke prirode. Nepredvidivi rizici su više globalni kao što su zemljotresi, teroristički akti i sl. i nemoguće ih je predvidjeti.

U pogledu koncesija radova, vrlo značajni su projektni rizici poput građevinskog rizika, rizika rada ili rizika dostupnosti koji utiču na samo upravljanje projektima. Prema Svjetskoj banci, raspodjela rizika u koncesijskim ugovorima određuje se prema dva kriterijuma:

¹⁰⁷ Чл. 5(1)(1)(а) Директиве 2014/23/EУ

¹⁰⁸ Вид. члан 5 тачка б Директиве 2014/23/EУ

(a) rizik treba dodijeliti strani koja najbolje upravlja ishodom rizika i

(b) rizik bi trebalo da snosi strana koja najbolje može podnijeti rizik po najnižoj cijeni.

Tržišni rizici obično se dodjeljuju koncesionaru, dok vlada često preuzima nepredvidive političke i zakonodavne rizike.¹⁰⁹

Prenos ekonomskog rizika na koncesionara u ugovorima o koncesijama po Direktivi EU podrazumijeva situaciju u kojoj koncesionar, možda, neće nadoknaditi uložena ulaganja, kao ni troškove koje nastaju u vođenju radova ili dodjeli usluga. Direktiva definiše operativni rizik u korištenju radova ili usluga koje pruža koncesionar, a koji uključuje rizik potražnje ili ponude ili oboje.¹¹⁰ Smatra se da operativni rizik postoji u onim slučajevima kada, pod normalnim radnim uslovima, ne postoji garancija da će se uložene investicije ili troškovi nastali u pružanju usluga ili izvođenju radova nadoknaditi, a isti čine osnovni predmet ugovora o koncesiji.¹¹¹

Prilikom određivanja operativnog rizika u ovim ugovorima moramo razlikovati posebno rizik potražnje. Rizik potražnje ukazuje na situaciju u kojoj postoji rizik potražnje za radovima ili uslugama koje su predmet ugovora, odnosno kada postoji rizik da pružanje usluga ili radova neće odgovarati potražnji. Međutim, rizici koji proizilaze iz više sile ne predstavljaju operativne rizike, jer isti rizici su svojstveni svakom ugovoru.

Ipak, bitno je naglasiti da Direktiva ne obavezuje koncesionara da preuzme sav rizik, već njegov relevantan dio. U uvodnoj izjavi 18 Direktive jasno je navedeno da javni naručilac ne može da garantuje koncesionaru zaštitu od svakog mogućeg ekonomskog gubitka i da mu garantuje minimalnu zaradu, jer određeni dio rizika treba da snosi i sam koncesionar.¹¹² Na raznim mjestima Direktive jasno se vidi da je posve moguće da koncesija uključuje prenos samo dijela rizika koji proizlazi iz eksploatacije, a ne nužno i svih rizika. Ovom uvodnom izjavom ukazuje se, prije svega, da potreba koncesionara za sticanjem operativnog rizika nije nespojiva s činjenicom da „dio rizika i dalje preuzima vlast ili subjekat koji je izvođač“. Slično tome, u

¹⁰⁹ Вид. Global Infrastructure Hub Ltd, *Allocated risks in Public-Private partnership contracts*, 2016.

¹¹⁰ Вид. члан 5 Директиве 2014/23/EУ

¹¹¹ Вид. пресуде у предметима, *Commission of the European Communities v Italian Republic* [2008] I-00153 Case No C-437/07, тач. 29 i *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik v AOK Rheinland/Hamburg* [2009] ECRI-4779 Case No C-300/07 тач. 71 до 73.

¹¹² Вид. Уводну изјаву 18 Директиве 2014/23/EУ

članu 5. Direktive navodi se da će "dio rizika koji su preneseni na koncesionara pretpostaviti stvarnu izloženost tržišnim nesigurnostima, što implicira da bilo koji procijenjeni potencijalni gubitak koji je pretrpio koncesionar nije samo nominalni ili zanemariv." Nadalje, uvodna izjava 19 pojašnjava da se „ustupci“ mogu smatrati i onim pravnim poslovima u kojima je rizik od početka ograničen. Što se tiče sudske prakse, postoji bezbroj presuda koje se slažu da je inspirativno načelo administrativnog ugovaranja da će se „izvršavanje ugovora izvršiti na rizik i sreću izvođača“.

Na kraju možemo reći da je praksa pokazala da će koncesionar preuzeti operativni rizik kad se procijeni da će, pod normalnim radnim uslovima, nadoknaditi uložena ulaganja ili pokriti troškove koji bi nastali uslijed eksploatacije radova koji su predmet koncesija. Dio rizika prebačenih na koncesionara mora pretpostaviti i hirove tržišta koji mogu dovesti do gubitaka koji nisu zanemarivi.

Osim operativnog rizika ili rizika privrednog poslovanja, koncesije karakteriše i činjenica da korisnik pruženih usluga mora biti treće lice, a ne ono koje dodjeljuje sam ugovor i da se predmet povjerene usluge mora ticati javnog interesa.¹¹³

Zamišljeno je da se dodjelom koncesija zasnovanih na načelima javnih ugovora omogućiti brže i bolje ostvarivanje zajedničkih (javnih) i individualnih (privatnih) interesa. U tom smislu od uravnoteženog i fleksibilnog pravnog okvira za dodjelu koncesija očekuje da osigura "djelotvoran i nediskriminatorski pristup tržištu svim privrednim subjektima Unije."¹¹⁴ U strategiji "Evropa 2020", koncesije su predviđene kao "važan instrument u dugoročnom strukturnom razvoju infrastrukture i strateških usluga."¹¹⁵

Ugovor o koncesiji se može posmatrati i kao instrument za realizaciju javno-privatnog partnerstva.¹¹⁶ Budući da u pravu EU nije regulisan posebnim izvorima, u praksi se ugovor o javno-privatnom partnerstvu tretira kao mješoviti ugovor i zavisno od pretežnih odredbi, primjenjuju se odgovarajuća pravila.

¹¹³ C. Bovis, *EU Public Procurement Law*, 2008, стр. 159

¹¹⁴ Тач. 1. Преамбуле Директиве о концесијама (Директива број 2014/23/ЕУ).

¹¹⁵ Тач. 3. Преамбуле.

¹¹⁶ Вид.: C. Bovis, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, op.cit. 2016, стр. 593.

2.1.2.1. Vrijednosni prag kao uslov za zaključenje ugovora o koncesiji

Direktiva o koncesijama primjenjuje se samo na one ugovore čija je vrijednost jednaka ili prelazi vrijednosni prag propisan u Direktivi i na taj način omogućava prekogranični interes za koncesije za one subjekte koje se nalaze u državama članicama, a ne samo za subjekat koji je naručio ili ugovorni subjekat. Vrijednosni prag utvrđen je u članu 8. Direktive. U stvari, ovaj element ugovora određuje da će se primjenjivati odredbe Direktive samo ako njihova vrijednost premašuje relevantnu novčanu vrijednost utvrđenu kao finansijski prag EU-a. Ti pragovi odražavaju nivo na kome je zakonodavac EU pretpostavio da je prekogranična trgovina vjerovatna. Kako bi se spriječile zloupotrebe izbjegavanja pravila ove Direktive, korištenjem raznih metoda kojim se utvrđuje vrijednosni prag, Direktiva je utvrdila pravila i metode izračunavanja navedenih pragova i onemogućila da se raznim dijeljenjem, objedinjavanjem ili pakovanjem ugovora isti podvedu nepravilno pod odgovarajuće odredbe.

Vrijednost ugovora izračunava se, prije svega, prema procijenjenom ukupnom prometu koji bi trebalo generisati tokom trajanja koncesionog ugovora za radove i usluge. Ukoliko je moguće, u obzir se uzimaju i plaćanja korisnika radova ili usluga koji nisu prikupljeni u ime javnog organa, isplate ili druge finansijske koristi javnog organa, zatim određene finansijske prednosti trećih strana za izvršavanje ugovora o koncesiji, eventualni prihod od prodaje imovine koja je dio ugovora o koncesiji i sl.

Način na koji će se vršiti procjena vrijednosti ugovora, odnosno koja će se metoda primijeniti, mora biti navedena u dokumentaciji o koncesiji. Javni organ je dužan da procjenu izvrši u momentu kada se šalje obavještenje u Službeni list EU, ili u momentu započinjanja nabavke, ukoliko se radi o postupku u kojem nije potrebno dostaviti obavještenje na objavu. Procjena se obavezno provjerava u trenutku kada se zaključuje ugovor, kako ne bi došlo do zaključenja ugovora ukoliko procjena bude ispod utvrđenog vrijednosnog praga.

2.1.2.2. Trajanje ugovora

Iako Direktiva ne propisuje izričito rok trajanja koncesije, niti predviđa maksimalno trajanje, njeno trajanje mora biti ograničeno. Direktivom se pojašnjava da rok ugovora ne smije biti pretjerano dug, s ciljem sprečavanja zatvaranja tržišta i ograničavanja konkurencije. U suštini, sama procijenjena vrijednost ugovora o koncesiji predstavlja jedan od osnova za trajanje ugovora, odnosno za koji period se može vratiti koncesionaru ono što je uloženo, uz ekonomski

interes. Ovo naročito, ako je trajanje duže od 5 godina; maksimalno trajanje ne smije prelaziti vrijeme koje bi se moglo očekivati od izvođača da nadoknadi izvršena ulaganja.

Ukoliko se primjeni član 8. Direktive, ugovorni organ bi trebalo da odredi trajanje ugovora prvo na osnovu procjenjene vrijednosti, a ako premašuje vrijednosni prag, tad treba da se primjeni član 8. Direktive. Prema navedenom članu 8, javni organ bi morao da smanji trajanje ugovora koji je na početku određen. Takođe, javni organ može, već i u samom obavještenju o dodjeli ugovora o koncesiji, da odredi trajanje koncesije, ukoliko je to moguće. Samo u slučaju kada se kao uslov za dodjelu koristio period trajanja, neophodno je da se objavi period trajanja koncesije ex post u obavještenju o dodjeli ugovora.

Ova Direktiva nema retroaktivnu klauzulu u pogledu koncesija koje su zaključene prije 2014. godine, tako da se ista primjenjuje na buduće ugovore od momenta donošenja iste. Međutim, u pogledu zaključenja produženja već zaključenog ugovora prije 2014. godine, a koji je istekao, primjenjuje se ova Direktiva.

Ugovorni odnos koncedenta i koncesionara ne završava izvršenjem kao prvim dijelom ugovorenih obaveza, već se nastavlja upravo s koncesijom, pod kojom će izvođač imati sljedeća prava:

- Pravo na eksploataciju javnih radova i ostvarivanje ekonomske naknade predviđene ugovorom za vrijeme koncesije.
- pravo na održavanje ekonomske ravnoteže koncesije.
- pravo korištenja sredstava javnog vlasništva uprave koja daje sredstva potrebna za izgradnju, izmjenu, očuvanje i eksploataciju javnih radova. Navedeno pravo uključuje pravo korištenja, isključivo za izgradnju djela, vode koje izvire ili materijala koji se pojave tokom njegovog izvođenja, uz prethodno odobrenje nadležne uprave, u svakom slučaju, za upravljanje odgovarajućim javnim domenom.
- pravo da se od javnog organa zahtijeva postupanje sa postupcima prinudne eksproprijacije, nametanjem služnosti i administrativnim deložacijama koji su potrebni za izgradnju, prepravku i eksploataciju javnih radova, kao i obavljanje bilo kakvih radnji koje su neophodne za održivo ostvarivanje prava koncesionara. Izuzeta imovina i prava koja podliježu koncesiji biće uključena u javno dobro.

- pravo prenosa koncesije i hipoteke pod uslovima utvrđenim zakonom, uz prethodno odobrenje ugovornog tijela u oba slučaja.

2.1.2.3. Djelatnosti u kojima se primjenjuje Direktiva o koncesijama

Ugovorni subjekti su određeni Direktivom i popisani su u Prilogu II. Oni su definisani prema obavljanju određenih djelatnosti koje se odnose na sljedeće:

- gas i grijanje
- električnu energiju
- pružanje ili eksploataciju mreža koje pružaju javne službe u oblasti transporta, željeznica, automatskih sistema, tramvaja, trolejbusa, autobusa ili vodova
- iskorištavanje geografskih oblasti za potrebe obezbjeđivanja aerodroma, morskih i riječnih luka ili drugih terminalnih objekata prevozniciima u vazdušnom, morskom ili riječnom saobraćaju
- pružanje poštanskih usluga
- eksploataciju geografskog područja za vađenje nafte ili gasa, ili za istraživanje ili vađenje uglja i drugih čvrstih goriva.

Aneks II Direktive o koncesijama određuje da će se njene odredbe koje se tiču gasa i grijanja primjenjivati na sljedeće aktivnosti:

- puštanje u rad, raspolaganje ili rad fiksnih mreža namijenjenih za pružanje usluga za javnost u vezi s proizvodnjom, transportom ili distribucijom plina ili grijanja
- snabdijevanje gasom ili grijanjem na navedene mreže.

Gore navedeni Aneks II takođe uključuje interpretativne kriterijume na koji način se određuje sa kojom od navedenih djelatnosti se bavi ugovorni subjekat. Nadalje, Direktiva o koncesijama primjenjuje se na sljedeće djelatnosti koje su povezane s električnom energijom:

- stavljanje na raspolaganje ili rad fiksnih mreža namijenjenih za pružanje usluga javnosti u vezi s proizvodnjom, transportom ili distribucijom električne energije
- snabdijevanje strujom do ovih mreža, kao u slučaju aktivnosti koji se odnose na plin i grijanje.

2.3. Konkurs za dizajn

Poseban vid ugovora predstavljaju konkursi za dizajn. Naime, Direktivom su propisana posebna pravila za postupke kojim ugovorni organ vrši nabavku plana ili dizajna, na osnovu nezavisne komisije. Ti ugovori uglavnom se odnose na ugovore iz oblasti urbanizma, inženjerstva, arhitekture ili informatičke obrade podataka.

Pravila o konkursima za dizajn primjenjuju se na dvije vrste konkursa:

- konkurs za dizajn organizovan u okviru postupka koji vodi do dodjele ugovora o javnim uslugama (tj. konkursi za dizajn koji vode do dodjele ugovora)
- konkursi za dizajn s nagradama ili uplatama učesnika (tj. samostalni konkursi za dizajn ili konkursi za dizajn koji vode pregovorima).

Države članice su dužne da utvrde metode za izračunavanje vrijednosti ovih konkursa za potrebe utvrđivanja obaveze poštovanja pravila EU-a za njihove ponude.

Što se tiče konkursa za dizajn koji dovode do dodjele ugovora o pružanju javnih usluga, prag vrijednosti izračunava se na temelju procijenjene vrijednosti bez PDV-a ugovora o javnim uslugama, uključujući sve moguće nagrade ili isplate učesnicima. U slučaju samostalnih konkursa za dizajn, prag se izračunava na osnovu ukupnog iznosa nagrada i isplata. Međutim, ako se konkurs za dizajn može koristiti za dodjelu naknadnog ugovora o javnim uslugama na osnovu pregovora sklopljenih s pobjednikom konkursa za dizajn, kada je naručilac objavio da namjerava dodijeliti takav ugovor u Obavještenju o konkursu, procijenjena vrijednost izračunava se zajedno s procijenjenom vrijednošću bez PDV-a ugovora o javnim uslugama koji bi se nakon toga mogao zaključiti prema pregovaračkom postupku bez prethodne objave.

Opšti kriterijum jasno utvrđuje da procijenjena vrijednost konkursa za dizajn mora sadržavati i procijenjenu vrijednost bilo kojeg daljnjeg ugovora o javnim uslugama proisteklog iz konkursa. Takođe, bitno je istaći da se konkurs za dizajn ne može koristiti za dodjelu ugovora o javnim radovima, jer su takvi ugovori razvrstani, po definiciji, kao ugovori o javnim radovima, koji pokrivaju i faze dizajna i izvođenja. Stoga, ako je potencijalno praćenje konkursa za projektovanje javnog ugovora za radove, naručilac ga mora ponuditi kao javni ugovor za radove ili raskinuti konkurs za projektovanje s dodjelom javnog ugovora za njegovo izvršavanje i primijeniti odgovarajuća pravila za iste.

GLAVA V

POSTUPAK ZA DODJELU JAVNIH UGOVORA U PRAVU EVROPSKE UNIJE

1. Vrste postupaka

Postoji nekoliko različitih postupaka dostupnih javnim organima. Svaki od tih postupaka postavlja svoja ograničenja u odnosu na organ nabavke, što se mora uzeti u obzir pri odabiru odgovarajućeg postupka. Izbor postupka vrši se u fazi planiranja. Bez obzira koji je postupak izabran, postupak je usko regulisan u smislu vremenskog raspona, komunikacija i dokumentacije.

1.1. Otvoreni postupak

Otvoreni postupak je postupak u jednoj fazi, u kojem se objavljuje mogućnost ugovora i pristup se obično daje elektronskim putem svim zainteresovanim ponuđačima. Od ponuđača se traži da istovremeno dostave i informacije o odabiru (kvalifikaciji) i konačne prijedloge kao odgovor na oglašene zahtjeve. Javni organ, naručilac može da razmatra samo one ponude koje su dostavili odgovarajuće kvalifikovani ekonomski subjekti koji su dostavili tražene dokumente i koji ispunjavaju kriterijume za odabir. U ovoj fazi nisu dozvoljeni pregovori s ponuđačima, iako ugovorni organi mogu razjasniti aspekte tendera sa ponuđačima. Ovaj je postupak najčešći u praksi i omogućava bilo kojoj firmi da podnese ponudu, a često se koristi za ugovore manje vrijednosti, vanserijske proizvode, ili kada potrebne zalihe ili usluge nisu naročito složene. Javni organ jednostavno oglašava svoje posebne zahtjeve i poziva podnosiocima zahtjeva da daju ponude. Ovdje je bitno napomenuti da direktive ne dozvoljavaju da se razlozi za isključenje, kriterijumi za odabir i dodjela ne koriste u pogrešnoj fazi tenderskog postupka. Naručilac ne može uzeti u obzir iskustvo ponuđača, radnu snagu, opremu ili sposobnost da izvrši ugovor do predviđenog roka (koji kriterijumi se koriste za odabir koji se odnose na sposobnost) kao dio kriterijuma za dodjelu. Stoga se u otvorenom postupku kriterijumi odabira ne smiju koristiti kao dio postupka dodjele, oni se moraju uzeti u obzir samo u fazi predkvalifikacije za procjenu

ispunjava li ponuđač minimalne kriterijume prije nego što pređe na ocjenjivanje njihovog tendera.

1.2. Ograničeni postupak

Direktivama se predviđa ograničeni postupak kao dvostepeni postupak, pri čemu se na tendere mogu prijaviti samo unaprijed odabrani ponuđači. Ograničeni postupak se obično koristi tamo gdje na tržištu postoji visok stepen konkurencije (nekoliko potencijalnih ponuđača), poput čišćenja, IT opreme ili namještaja i sklapanja ugovora, a javni organi žele odrediti uži izbor.

U ovom postupku javni naručilac objavljuje obavještenje o ugovoru s početnim dokumentima (npr. dokumentom o pretkvalifikaciji) u kojem su navedeni minimalni tehnički, ekonomski i finansijski kriterijumi. Ponuđači podnose zahtjeve za sudjelovanje i moraju pružiti informacije kao odgovor na dokument o pretkvalifikaciji. Naručilac tada vrši početnu procjenu kako bi utvrdio koji je od ponuđača kvalifikovan za izvođenje ugovora, i oni će biti izabrani da budu pozvani da podnesu ponudu. Odredbe dozvoljavaju naručiocu da ograniči broj ekonomskih subjekata koje poziva na tender, što znači da neće biti pozvani svi ponuđači koji se kvalifikuju. Samo oni prethodno odabrani ponuđači dobiće potpunu pozivnicu za nadmetanje. Nisu dozvoljeni pregovori s ponuđačima tokom ovog postupka, iako ugovorni organi mogu razjasniti aspekte tendera sa ponuđačima.

Prva faza je postupak odabira u kojem se ocjenjuju sposobnost, kapacitet i iskustvo ponuđača za izvršenje ugovora, i koristi se za uži izbor ponuđača. To znači da se broj ponuđača može smanjiti u fazi odabira. Druga faza je kada se uputi poziv za podnošenje ponuda i ponude se procjenjuju kako bi se utvrdila ekonomski najpovoljnija ponuda, osnova dodjele ugovora. Samo ponuđači koji su ušli u uži izbor pozvani da podnesu ponudu. Na taj način se minimiziraju troškovi, kako za ponuđače, tako i za naručioce.

1.3. Ubrzani postupak

U hitnim slučajevima, ugovorni organ može ubrzati ograničeni postupak. Rok za ubrzani postupak može biti kratak, i to 15 dana, dok je rok za podnošenje ponuda u ovim slučajevima najmanje 10 dana. Naručilac mora dokazati zašto je potreban ubrzani postupak i, ako to ne učini, sam postupak može biti oboren.

1.4. Konkurentski dijalog

Postupak konkurentskog dijaloga regulisan je na način da se sam proces odvija u dvije faze. U skladu sa odredbama Direktive, naručilac objavljuje obavještenje o ugovoru s početnim dokumentima u kojem su navedeni minimalni tehnički, ekonomski i finansijski kriterijumi. Slično ograničenom postupku, ponuđači podnose zahtjeve za učestvovanje i moraju dostaviti informacije kao odgovor na dokument o pretkvalifikaciji, koje naručilac koristi da utvrdi jesu li ponuđači kvalifikovani za izvršenje ugovora i za odabir onih koji će biti pozvani da učestvuju u dijalogu. Naručiocu je dopušteno ograničiti broj ekonomskih subjekata koje poziva, što znači da neće biti pozvani svi ponuđači koji se kvalifikuju za učestvovanje u fazi konkurentskog dijaloga.

Naručilac će započeti dijalog s ekonomskim subjektom radi utvrđivanja odgovarajućih specifikacija i najpovoljnijeg ponuđača. Tokom ove faze može se razgovarati o svim aspektima projekta s ponuđačima i broj rješenja može se smanjiti kao dio procesa. Jednom kada je naručilac uvjeren da će primati prijedloge koji će udovoljiti njegovim zahtjevima, faza konkurentskog dijaloga proglašava se zatvorenom i pozivaju se ostali ponuđači da daju konačne ponude.

Iz samih odredaba Direktive o konkurentskom postupku može se reći da je konkurentski dijalog složen postupak dodjele i zahtijeva veliku posvećenost ljudskih resursa. Polazeći od opisnog dokumenta direktiva koji nema preciznost skupa administrativnih klauzula i tehničkih propisa, ugovor u pravnom, finansijskom i tehničkom aspektu konfigurira se tokom dijaloga, ispitivanjem rješenja, prihvatanjem nekih i odbacivanjem drugih u postupku, što zahtijeva veliki angažman zaposlenih ugovornog organa i ponuđača. Ovaj postupak predstavlja prednost jer omogućava naručiocu veliku fleksibilnost u osmišljavanju samog postupka dijaloga.

Ono što je pozitivno u ovom postupku je to što se ugovorni organ može odlučiti za mogućnost artikulacije dijaloga koji se završava izborom nekoliko odgovarajućih rješenja, prema kojima će svaki ponuđač predstaviti svoju konačnu ponudu, a ugovorni organ mora da zaključi ugovor sa rješenjem koje predstavlja najbolju vrijednost za novac ili, naprotiv, da se odluči za dijalog okončan jednim rješenjem s različitim doprinosima, na kojem će svim ponuđačima biti omogućeno da predstave konačnu ponudu.

Ako bi konkurentski dijalog trebalo da bude instrument koji omogućava dodjelu vrlo složenih ugovora, ne samo tehničkih, već i pravnih i finansijskih, potrebno je uvijek poštovati

načelo jednakog postupanja i nediskriminacije, a ne mijenjati bitne aspekte opisnog dokumenta. Ovo će se omogućiti tako da uključuje ona pitanja koja naručilac preispituje s obzirom na dijalog s ponuđačima.

Razvoj samog procesa dijaloga mora se provoditi pojedinačno sa svakim ponuđačem, tako da se čuvaju tajna rješenja koja se predlažu od strane učesnika i ona, bez sumnje, moraju biti dokumentovana kao formalni postupak. Bilo bi odgovarajuće da rješenja budu predstavljena u pisanom obliku i da se dijalog o njima, koji treba voditi lično, uključuje u odgovarajući zapisnik. Direktiva 2014/24 / EU izričito podsjeća na obavezu snimanja čitavog postupka u članu 84.2. Ova faza dijaloga trebalo bi da se predstavi u pisanom dokumentu i da se da procjena koliko maksimalno treba da traje vremenski okvir za razvoj faze dijaloga, tako da ponuđači imaju referencu o ličnim resursima koje će morati staviti na raspolaganje za postupak i o posljedicama koje će to imati u njihovoj unutrašnjoj organizaciji.

Sva složenost faze dijaloga ogleda se u Direktivi koja u svojoj uvodnoj izjavi 42 savjetuje imenovanje vođu projekta koji garantuje ispravan razvoj postupka dodjele, koordinirajući saradnju između naručioca i ponuđača. Jednom, kada je dijalog završen i ugovor dodijeljen, dokument o formalizaciji dobija posebnu važnost u ovom postupku. U postupku u kojem se tehnički, pravni i finansijski uslovi uspostavljaju dijalogom, dokument u kojem je ugovor formalizovan mora u svojoj klauzuli sadržavati sve one aspekte koji su u drugim postupcima već inicijalno utvrđeni u klauzulama o specifičnim tehničkim specifikacijama.

Iz gore navedenog jasno je da se konkurentski postupak odvija u slučaju kada ugovorni organ želi da sarađuje sa ekonomskim subjektima na pronalaženju najboljeg rješenja za sam organ. Slijedom toga, ugovorni organ bi trebalo da unaprijed pripremi dokument u kome je navedeno šta želi postići i kako želi da se proces vodi. Konkurentski dijalog omogućava da ugovorni organ na najbolji način iskoristi znanje i kreativnost strana na tržištu. Dijalogom mogu biti obuhvaćeni svi aspekti ugovora. Određene informacije, poput inovativnih koncepata tržišnih stranaka, mogu se razmjenjivati na osnovu povjerljivosti.

Postupak konkurentskog dijaloga obično se koristi za složene projekte, poput izgradnje infrastrukture i za nabavku partnera iz privatnog sektora na privatnim finansijskim inicijativama (PFI)/javno- privatno partnerstvo (PPP ili JPP). Ugovor se smatra kao posebno složen, što je

obično i situacija kada ugovorni organ treba da postupi po konkurentskom postupku, ako na početku nije u mogućnosti da odredi nijednu od sljedećih stvari:

- Specifikacije ugovora
- Potrebno finansiranje
- Pravni preduslovi

U okviru konkurentskog dijaloga, ugovorni organ može potvrditi finansijske obaveze, ili druge uslove sadržane u tenderu dovršavanjem uslova u ugovoru. To može, npr. omogućiti provođenje takmičenja za finansiranje. Ovi pregovori ne smiju imati učinak „materijalne izmjene bitnih aspekata“ tendera (uključujući potrebe i zahtjeve navedene u obavještenju o ugovoru) i ne smiju rizikovati narušavanje konkurencije, ili prouzrokovati diskriminaciju.

Treba naročito istaći da je u konkurentskom postupku izrada konačnog opisnog dokumenta koji se dostavlja svim ponuđačima kao osnova za pripremu konačne ponude, iako nije neophodna u svim slučajevima, element transparentnosti koji garantuje da su svi tretirani pod jednakim uslovima.

1.5. Konkurentski postupak sa pregovorima

Slično ograničenom postupku ili konkurentskom dijalogu, odredbe direktiva propisuju ga kao dvostepeni postupak, sa kvalifikacionom (selekcijском) fazom kao što je gore već opisano. Naručilac zatim izdaje poziv za pregovaranje samo onim ponuđačima koji su ušli u užu izbor u fazi odabira, a kojih mora biti najmanje tri. Od ponuđača će se tražiti da pripreme početne prijedloge, a naručilac će tada započeti pregovore s ponuđačima koji su ušli u užu izbor na osnovu tih prijedloga. Na kraju, kod odabira i evaluacije, kada je ugovorni organ siguran da će dobiti zadovoljavajuće prijedloge, pozivaju se ekonomski subjekti da dostave svoje ponude koje se ocjenjuju na osnovu ekonomski najpovoljnije ponude.

Prema direktivama ovaj postupak je dozvoljen kada su ispunjeni sljedeći kriterijumi:

- potrebe naručioca ne mogu se zadovoljiti bez prilagođavanja lako dostupnih rješenja;
- uključena su dizajnerska ili inovativna rješenja;

- ugovor se ne može dodijeliti bez prethodnog pregovora zbog specifičnih okolnosti vezanih za prirodu, složenost ili pravni i finansijski sastav, ili zbog rizika povezanog s njima;
- tehničke specifikacije ne mogu utvrditi s dovoljno preciznosti od strane ugovornog organa u odnosu na standard, evropsku tehničku procjenu, zajedničku tehničku specifikaciju ili tehničku referencu.

U ovom postupku, ugovorni organ je dužan definisati minimalne zahtjeve koje moraju ispuniti svi ponuđači. Dokumentacija o nabavci potrebna je za identifikaciju predmeta nabavke pružanjem opisa potreba naručioca i karakteristika isporuka, radova ili usluga koje treba pružiti. Naručilac može pregovarati o početnim i svim narednim ponudama koje su podnijeli ponuđači (osim konačne ponude) kako bi poboljšao svoj sadržaj. Minimalni zahtjevi, možda, ne podliježu pregovorima i vjerovatno to jača poziciju naručioca u pregovorima sa ponuđačima.

Kao što je gore navedeno, ugovorni organ može prihvatiti početne ponude (i odlučiti da ne započinje dalje pregovore s ponuđačima) pod uslovom da je zadržao ovo diskreciono pravo u objavljenom obavještenju o ugovoru. Pregovori se mogu odvijati u daljnim fazama, smanjujući broj ponuđača primjenom objavljenih kriterijuma za dodjelu. U okviru konkurentskog dijaloga, ugovorni organ mora nastaviti dijalog sve dok ne utvrdi rješenje/rješenja koja mogu udovoljiti njegovim potrebama. Dijalog se može odvijati u daljim fazama kako bi se smanjio broj rješenja o kojima će se raspravljati u fazi dijaloga primjenom navedenih kriterijuma za dodjelu.

Ponuđač u okviru navedenog postupka mora odrediti šta je dostupno za pregovore (tj. identifikovati elemente koji nisu minimalni zahtjevi). Ponuđač mora brzo shvatiti predloženi postupak jer možda bude manje mogućnosti za pregovaranje, nego u konkurentskom dijalogu. Takođe će biti manja fleksibilnost u fazi željenog ponuđača. Ponuđač mora pažljivo razmotriti ove tačke kao dio njegove strategije za davanje ponude.

1.6. Pregovarački postupak bez prethodne objave obavještenja o ugovoru

Ovaj postupak se može koristiti samo u vrlo izuzetnim okolnostima, kao što je slučaj kada samo jedan subjekat može dovršiti posao („jedini izvor“), a u tom slučaju ugovorni organ nije dužan objaviti obavještenje o ugovoru.

Upotreba ovog nekonkurentskog postupka ograničena je na slučajeve kada objavljivanje obavještenja o ugovoru nije moguće iz razloga kao što su:

- Kada nijedna ponuda nije zaprimljena nakon prethodnog poziva;
- Nije važno za samo zaključenje ugovora, jer u osnovi ne može se udovoljiti potrebama i zahtjevima ugovornog organa koji su navedeni u tenderu pri čemu isporuke ili usluge može pružiti samo određeni dobavljač iz bilo kojeg od sljedećih razloga:¹¹⁷;
- Cilj nabavke je stvaranje ili kupovina jedinstvenog umjetničkog djela ili umjetničkog performansa;
- Konkurencija je izostala iz tehničkih razloga. Ovo se primjenjuje samo ako je konkurencija vještački smanjena i nema razumne alternative ili supstituta;
- Zaštita ekskluzivnih prava, uključujući prava intelektualnog vlasništva. Ovo se primjenjuje samo ako je konkurencija vještački smanjena i nema razumne alternative ili supstituta;
- Kada konkurencija iz tehničkih razloga nije prisutna, za vanredne situacije (npr. poplava), hitne slučajeve civilne zaštite, kao i u hitnim slučajevima sanacije i sigurnosti kontaminiranih lokacija u skladu sa zakonodavstvom o životnoj sredini, rokovi otvorenih postupaka o za ograničene postupke ili za takmičarske postupke sa pregovaranjem oni se ne mogu poštovati.

U svjetlu ove posljednje tačke, Opšta direktiva efikasno ovlašćuje naručioce da pribjegavaju postojećim rješenjima (takođe u obliku partnerstva) u slučaju intervencija koje karakterišu zahtjevnost za hitnost, pod uslovom da isporuke, usluge ili radovi koje osigurava učesnik odgovaraju nivoima performansi i maksimalnim troškovima utvrđenim između ugovornih organa i samih učesnika.

Postoji nekoliko smjernica koje direktive definišu u vezi pregovaračke procedure, a u kojem pregovaranje ne podliježe formalističkim pravnim zahtjevima. Drugim riječima, provešće se pod uslovima koje je utvrdio ugovorni organ, ali pod uslovom da svi ponuđači dobiju jednak

¹¹⁷ Вид.:The Scottish Government, *When to Use a Negotiated Procedure without Prior Publication*, доступно на:

<https://www.procurementjourney.scot/route-3/develop-crategy/procurement-routes/negotiated-procedure-without-prior-publication> (приступ 14. мај 2020)

tretman i da informacije ne budu pružene na diskriminišući način, što nekim ekonomskim subjektima može dati prednost u odnosu na ostale.

U praksi mogu se desiti tri situacije kada je moguć i dozvoljen pregovarački postupak bez objave obavještenja.¹¹⁸

Prva situacija je ona, u kojoj je ugovorni organ izvršio zanemarljive ili nikakve promjene opisnog zadatka korištenog u ranijem otvorenom postupku, ograničenom postupku ili pojednostavljenom postupku ispod praga. U sva tri slučaja od bitnog je značaja da nije podnesena nijedna ponuda ili zahtjev za učestvovanje, da podnesene ponude nisu udovoljile uslovima naručioca za javni ugovor, ili oni koji žele učestvovati nisu ispunili kvalifikacione uslove.

Druga situacija se odnosi na javni ugovor koji može izvesti samo određeni izvođač iz jednog od sljedećih razloga:

- uključuje jedinstveno umjetničko djelo ili izvedbu,
- ne postoji konkurencija iz tehničkih razloga ili
- ova akcija je potrebna za zaštitu isključivih prava, uključujući prava intelektualnog vlasništva. U posljednja dva slučaja, zahtjevi će biti ispunjeni samo ako nijedna druga opcija nije dostupna i javni organ nije propisao uslove kojim se ukida konkurencija.

U slučaju ugovora o javnim uslugama, dozvoljena je upotreba pregovaračkog postupka bez prethodne objave ako se nabavka zasniva na konkursu za dizajn gdje će naručilac ugovor dodijeliti pobjedniku.

Treća situacija u kojoj se može koristiti ova metoda je, kako je gore već rečeno, ekstremna hitna situacija. U ovom je slučaju presudno da ugovorni organ nije mogao predvidjeti i nije prouzrokovao ekstremnu vanrednu situaciju, te rokovi otvorenog postupka, ograničenog postupka ili postupka pregovora s prethodnom objavom ne mogu biti ispunjeni. Ekstremna vanredna situacija je vanredna situacija koja se može riješiti samo primjenom izuzetnih mjera i na taj način zahtijeva odstupanje od opšteg ili standardnog postupka koji se koristi za dodjelu javnih ugovora. Situacija mora biti hitna, odnosno akutno stanje stvari, nesreća ili kriza koja je

¹¹⁸ Вид. *The Public Contracts Regulations 2015*, the UK Government, Члан 32, доступно на: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2015/102/contents/made> (приступ 14. мај 2020)

objektivno dostigla određeni (ekstremni) nivo intenziteta. Nadalje, mora postojati hitna akcija koja se ne može odgoditi zbog opasnosti po život i zdravlje ljudi ili zbog opasnosti od nesreće, prirodne katastrofe ili velike štete. Komentari stručnjaka gotovo su jednoglasni da ova kategorija uključuje događaje više sile, kao što su prirodne katastrofe.

Slučajevi ekstremne hitnosti ne uključuju incidente koje je naručilac mogao predvidjeti ako bi imao vremena za rješavanje takve situacije kroz standardni postupak javnog ugovora. Pored toga, ako je naručilac sam stvorio ekstremnu vanrednu situaciju, to obično neće opravdati upotrebu pregovaračkog postupka bez prethodnog obavještenja. Ako je, npr. naručilac odgovoran za opasne neispravnosti određene zgrade, tada stanje u toj zgradi neće predstavljati ekstremnu nuždu, čak i ako predstavlja opasnost za njenu okolinu. Razlog za to je što je naručilac doveo do hitne situacije. Konačno, ugovorno tijelo mora pokazati da je bilo nemoguće riješiti se hitnih situacija kroz drugu vrstu postupka nabavke, tj. otvoreni postupak, ograničeni postupak, ili pregovarački postupak uz prethodno obavještenje. Taj se uslov mora objektivno ispuniti. Drugim riječima, nemogućnost ispunjavanja ovih rokova ne smije biti posljedica ponašanja ugovornog organa.

1.7. Inovacijsko partnerstvo

U slučajevima kad na tržištu još nema rješenja, nabavka inovacija omogućava javnim organima da dobiju tehnološki inovativna rješenja razvijena u skladu sa njihovim specifičnim potrebama. Takav pristup doprinosi postizanju najbolje vrijednosti za novac, kao i širim ekonomskim i društvenim koristima u smislu stvaranja novih ideja, pretvaranja u inovativne proizvode i na taj način promovisanje održivog rasta¹¹⁹.

U pogledu specifičnih postupaka usmjerenih na povećanje povlačenja inovativnih rješenja na tržištu, inovacijsko partnerstvo i konkurentski postupak s pregovaranjem izgledaju od posebne važnosti za javne organe koji planiraju kupovinu inovativnih proizvoda.

Definisanje inovacijskog partnerstva kao postupka javne nabavke izvršeno je u Uvodnoj izjavi 49 Direktive 2014/24:

¹¹⁹ Вид. Corvers Procurement Services BV, *Innovation Procurement (PCP & PPI)*: доступно на: <https://www.corvers.com/our-services/innovation-procurement> (приступ 14. мај 2020)

„Ako potreba za razvojem inovativnog proizvoda ili usluge, ili inovativnim radovima i naknadnom kupovinom odgovarajućih zaliha, usluga ili radova ne može se zadovoljiti rješenjima koja su već dostupna na tržištu, ugovorni organi trebaju imati pristup posebnom postupku nabavke u pogledu ugovora koji spadaju u područje primjene ove Direktive. Ovaj specifični postupak trebao bi omogućiti ugovornim organima da uspostave dugoročno inovacijsko partnerstvo za razvoj i naknadnu kupovinu novog, inovativnog proizvoda, usluge ili radova pod uslovom da se takav inovativni proizvod ili usluga ili inovativni radovi isporuče do dogovorenih nivoa i troškova izvođenja, bez potrebe za odvojenim postupkom nabavke za kupovinu. Inovacijsko partnerstvo trebalo bi se zasnivati na proceduralnim pravilima koja se primjenjuju na konkurentski postupak s pregovaranjem, a ugovori se trebaju dodjeljivati samo na osnovu najboljeg omjera cijene i kvaliteta, koji je najprikladniji za usporedbu tendera za inovativna rješenja. Bilo da se radi o vrlo velikim projektima ili manjim inovativnim projektima, inovacijsko partnerstvo treba biti strukturisano na način da može osigurati potrebno „povlačenje tržišta“, podstičući razvoj inovativnog rješenja bez ograničavanja tržišta.

Ugovorni organi zato ne bi trebali koristiti inovacijska partnerstva na način da spriječe, ograniče ili naruše konkurenciju. U određenim slučajevima, uspostavljanje inovacijskog partnerstva s nekoliko partnera moglo bi doprinijeti izbjegavanju takvih učinaka“.

Ovaj postupak nudi još veću fleksibilnost organima za nabavku i postavlja proceduralni okvir unutar kojeg se mogu istražiti, razviti, prototipirati i uvesti inovativna rješenja u okviru jednog postupka nabavke. IP dozvoljava javnom organu da utvrde spisak brojnih potencijalnih "partnera", uključe se u pregovore s tim potencijalnim partnerima kako bi identifikovali organizacije sa najboljim potencijalnim rješenjima i tada upravni organ može ući u pregovore sa jednim ili više partnera. Jednom kada su stranke „u ugovoru“, prva faza obično može biti faza istraživanja, nakon čega slijedi razvoj proizvoda odnosno usluge. Organ može nakon prve faze da raskine partnerstvo s jednim partnerom na temelju transparentnih kriterijuma jer je istraživanje pokazalo da rješenje nije prikladno ili održivo. Zatim organ nastavlja partnerstvo sa ostalim dok se ne pronađe rješenje koje se može izvesti.¹²⁰

¹²⁰Вид.: J. Bennett, *Innovation partnership – does it offer a genuine breakthrough?*, Thomson Reuters, 2020
доступно на: <http://publicsectorblog.practicallaw.com/innovation-partnership-does-it-offer-a-genuine-breakthrough/> (приступ 14. мај 2020)

Dodatna prednost javnom sektoru IP-a je ta što će javni organ biti u mogućnosti da dijeli komercijalne prednosti bilo kojeg novog proizvoda/usluge koji je razvijen. Očigledno je da bi to moglo biti predmet pregovora između partnera, ali proces bi mogao vidjeti veću komercijalizaciju javnog sektora s Vladom koji će dobiti finansijske nagrade ako se rješenje pokaže uspješnim i može se ponuditi drugim kupcima.

Sam postupak je propisan tako da dokumentacija za nabavku mora biti vrlo precizna i treba da sadrži sve kriterijume za dodjelu o kojima se ne može pregovarati. U fazi odabira kandidati se filtriraju primjenom kriterijuma za odabir. Ovaj pristup čini se izvedivim u „običnim“ postupcima, gdje se kupuju postojeći proizvodi i usluge i gdje je važno iskustvo kandidata.

Obavještenje o ugovoru mora sadržavati dovoljno informacija kako bi ponuđači mogli prepoznati prirodu i opseg potrebnog rješenja u cjelini. Takođe, mora biti istaknuta potreba za inovativnim rješenjem koje ne mogu zadovoljiti proizvodi, radovi ili usluge koje su već dostupni na tržištu. Takođe mora utvrditi nivoe performansi i maksimalne troškove na koje se proizvod ili usluga moraju pridržavati.

Postupak je sličan ograničenom postupku. Nakon postupka, u ugovor se unose odredbe koje sadrže proces istraživanja i razvoja i koje predstavljaju stvaranje inovativnog rješenja. Pored tih odredaba, ugovor sadrži i način snabdijevanja tim inovativnim rješenjima, što predstavlja isporuku prema specifikacijama koje je zahtijevao naručilac. Ovo je glavno obilježje postupka inovacijskog partnerstva to što se inovacija događa tokom ugovorne faze, nakon što se izabere inovacijski partner i dodijeli ugovor.

Partnerska struktura uključuje uzastopne faze za razvoj i implementaciju rješenja i postavlja prelazne ciljeve i raspored plaćanja. Dokumentacija o nabavci može postaviti druge parametre za partnerstvo; i na kraju bilo koje faze, npr. ugovorni subjekat može biti slobodan prekinuti partnerstvo. U inovativnim projektima prava intelektualnog vlasništva biće važno pitanje i vjerovatno će se rješavati tenderskom dokumentacijom.¹²¹

¹²¹ Вид. *European Union government procurement guide for Canadian business*, the Trade Commissioner Service, 2020 Chapter 4 - Understanding EU procurement procedures, стр 31, доступно на: https://www.tradecommissioner.gc.ca/guides/eu_procurement-guide-marches_publics_ue.aspx?lang=eng (приступ 14. мај 2020)

Iako minimalni zahtjevi i kriterijumi za dodjelu projekata ne podliježu pregovorima, javni naručioci su dužni pregovarati s ponuđačima o njihovim ponudama u cilju poboljšanja ponuđenog sadržaja, osim za konačni tender. Kriterijumi za dodjelu inovacijskog partnerstva moraju uvijek biti ekonomski najpovoljnija ponuda s najboljim omjerom cijene i kvaliteta.

Ono što je važno u ovom postupku da se ugovorom u pogledu inovativnih proizvoda, radova ili usluga mora osigurati zaštita prava intelektualnog vlasništva ponuđača.¹²² Nadalje, procijenjena vrijednost isporuka, radova ili usluga ne smije biti nesrazmjerna u odnosu na vrijednost ulaganja koja je potrebna za njihov razvoj. Ovim se zahtjevom nastoji izbjeći zloupotreba postupka i ograničiti kvantitet dodjele na iznos koji je neophodan za podsticanje razvoja. Ovdje se mora još naglasiti da se kupovina dobavljača, usluga ili radova razvijenih u okviru partnerstva može izvršiti samo tamo gdje oni odgovaraju dogovorenom nivou performansi i maksimalnim troškovima.

Iako je koncept partnerstva za inovacije široko prihvaćen, neki autori smatraju da ovakav postupak može dovesti do određenih zloupotreba, posebno u vezi s potencijalno antikonkurentskim učinkom postupka. Postupak bi trebalo da bude strukturisan tako da ima potrebu za tzv „povlačenjem na tržište (*market-pull*)“ u cilju podsticaja razvoja, a da pritom ne isključi pravo na tržište.¹²³ Ovo je, očigledno, područje slabih tačaka koje bi mogle dovesti do izazova u postupku ukoliko se ne vodi pravilno.

1.8. Elektronska aukcija

Elektronska aukcija predstavlja, u stvari, metodu koja omogućava elektronsko nadmetanje ugovornom organu u završnoj fazi postupka nabavke za postizanje finansijske uštede na transparentan način. Elektronska aukcija nije zaseban postupak nabavke, i u stvari predstavlja proširenje postupka u okviru standardnih postupaka nabavke. Ugovorni organ ima mogućnost da ovu metodu primijeni u završnoj fazi postupka. U tom slučaju, kada ugovorni organ odluči koristiti elektronsku aukciju, elektronske aukcije postaju alat za ocjenu ponuda i na

¹²² Вид. *Public procurement guidance for practitioners*, European Commission 2018, стр 48, доступно на: https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/public_procurement/2018/guidance_public_procurement_2018_en.pdf (приступ 17. мај 2020)

¹²³ Вид. Уводна изјава 49 Директиве 2014/24/EУ

kraju daju rezultat koji je osnova za odluku ocjenjivačkog odbora. Preduslov za upotrebu elektronske aukcije je objavljivanje ove činjenice na početku postupka nadmetanja dobavljača.

Ugovorni organ ima pravo održati elektronsku aukciju u svim vrstama postupaka, osim samo u pregovaračkom postupku bez prethodnog objavljivanja i u konkurentskom dijalogu. U ova dva slučaja ne može koristiti elektronsku aukciju. Elektronska aukcija se može koristiti i za javne radove ili usluge dizajnirane za transakcije koje uključuju prava intelektualnog vlasništva. Međutim, ovo ograničenje se ne može tumačiti preširoko, recimo i na javne ugovore čiji je predmet se odnosi na prava intelektualnog vlasništva i to cijelu seriju. Takvo ograničenje bi bilo usmjereno, prije svega, na one ugovore koji za predmet imaju upravo autorsko djelo i nabavka autorovog djela je primarni cilj naručioca.

Za ovu metodu bitno je istaći da se kriterijumi moraju izraziti brojčanom vrijednošću, a ugovorni organ mora otkriti identitet učesnika u elektronskoj aukciji u bilo kojoj njegovoj fazi. Tokom elektronske aukcije javni naručioci su dužni objaviti sve potrebne informacije o kandidatima kao i rangiranje najboljih aukcijskih ponuda, ali ne smiju se otkrivati oni podaci iz kojih se može utvrditi identitet podnosioca zahtjeva najbolje aukcijske ponude.

Elektronska aukcija može rezultirati na više mogućih načina. Ugovorni organ je dužan pružiti relevantne podatke o prekidu elektronske aukcije, a mogući načini okončanja e-aukcija su, recimo, istek unaprijed određenog dana i sata, zatim ako ugovorni organ ne dobije nikakve nove aukcijske ponude nakon što se iscrpe sve unaprijed određene runde aukcije.

Za dodjelu ugovora kao dio drugog postupka može se koristiti elektronska aukcija (e-aukcija). Naručilac prethodno bira ponuđače i identifikuje kako će aukcija postupiti određivanjem broja krugova na aukciji, zajedno s rokovima i načinom na koji će se kandidati rangirati. Obavještenje o ugovoru mora da sadrži sve uslove, kao što su granične vrijednosti i minimalne ponude. Nakon svakog kruga ponuđači moraju biti obaviješteni o njihovoj rang listi, dok identiteti ostalih ponuđača moraju ostati skriveni.

Elektronske aukcije mogu se koristiti samo ako su utvrđeni i objavljeni precizni detalji, poput tehničkih specifikacija. Na aukciji su otvoreni samo faktori koji se jasno prepoznaju, poput pokazatelja cijena ili kvaliteta. Svaki necjenovni faktor mora se izmjeriti i izraziti u bodu

ili postotku. Formula koja se koristi za ocjenu kriterijuma mora biti dostupna svim kandidatima; ako, npr. e-aukcija uključuje više od cijene, mora se navesti ponder svakog kriterija.¹²⁴

1.9. Konkurs za dizajn

Konkurs za dizajn je konkurentski postupak koji omogućava ugovornim organima da kupuju plan ili dizajn uglavnom iz područja prostornog planiranja, arhitekture, građevinarstva, ili obrade podataka. Plan ili dizajn bira žiri ili nezavisna komisija, a zatim je pozvani pobjednik pozvan na pregovore prije potpisivanja ugovora. Pregovarački postupak bez prethodne objave obavještenja o ugovoru može se koristiti u tu svrhu. Pored ugovora o dizajnu, ishod postupka može uključivati i dodjelu nagrada. Ne postoje detaljni zahtjevi koji se odnose na broj faza koje se koriste ili na postupak koji treba slijediti, prema direktivi.

Države članice su ove opšte odrede direktive dodatno razradile u nacionalnim zakonodavstvima. Konkurs za dizajn primjenjuje se na dvije vrste konkursa:

- konkursi za dizajn organizovani u okviru postupka koji vodi do dodjele ugovora o javnim uslugama (konkursi za dizajn koji vode do nagrade) i
- konkurs za dizajn s nagradama ili uplatama učesnika (konkursi za dizajn ili konkursi za dizajn koji vode pregovorima].

Što se tiče konkursa za dizajn koji dovode do dodjele ugovora o javnoj usluzi, prag vrijednosti izračunava se na temelju procijenjene vrijednosti bez PDV-a, uključujući sve moguće nagrade ili isplate učesnicima. U slučaju druge vrste za dizajn, prag vrijednosti izračunava se na temelju ukupnog iznosa nagrada i isplata.

Međutim, ako se konkurs za dizajn može koristiti za dodjelu naknadnog ugovora o javnim uslugama na temelju pregovora zaključenih s pobjednikom konkursa, jer je naručilac objavio da namjerava dodijeliti takav ugovor u obavještenju o konkursu u skladu s pravilima, njegova procijenjena vrijednost izračunava se zajedno s procijenjenom vrijednošću bez PDV-a ugovora o javnim uslugama koji bi se nakon toga mogao zaključiti prema pregovaračkom postupku bez prethodne objave.

¹²⁴ Вид.: *OGC -Guidance on Electronic Auctions in the Procurement Regulations*, Office of Government

Commerce 2008, тач 8, 8.1. и слједеће, доступно на:

https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110405233049/http://www.ogc.gov.uk/documents/OGC_Guidance_on_eAuctions.pdf (приступ 17. мај 2020)

Opšti kriterijum je da procijenjena vrijednost konkursa za dizajn mora sadržavati i procijenjenu vrijednost bilo kojeg daljnjeg ugovora o javnim uslugama proisteklog iz tog konkursa. Konkurs za dizajn ne može se koristiti za dodjelu ugovora o javnim radovima, ali to je razvrstano po definiciji ugovora o javnim radovima, koja pokriva i faze javni ugovor za dizajna i izvođenja. Stoga, ako je potencijalno potreban konkurs za projektovanje radova, naručilac ga mora ponuditi kao javni ugovor za radove ili raskinuti konkurs za projektovanje s dodjelom javnog ugovora za njegovo izvršavanje.¹²⁵

2. Rokovi u postupcima javnih nabavki

Kako je već rečeno, nekoliko vrsta postupaka je propisano i svaki postupak propisuje određene rokove. Moglo bi se reći da su u većini postupaka određeni rokovi, kao što je rok objave ugovora, odnosno period u kom tender treba da bude objavljen u Službenom listu EU. Ipak, navešćemo za svaki postupak rokove koji su prekluzivni.

2.1. Otvoreni postupak

Rok za objavu je određen u minimalnom periodu i iznosi 35 dana. Privredni subjekti mogu da podnesu prijave za učešće u roku koj iznosi 30 dana ako se prijavljuju elektronskim putem, ukoliko je postupak sa prethodno objavljenom informacijom ili PIN, a ukoliko je u pitanju postupak po hitnoj proceduri iznosi 15 dana.

2.2. Restriktivni postupak

Objava ugovora u Službenom listu kraća je u odnosu na otvoreni postupak i iznosi 30 dana minimum, dok je u hitnim slučajevima rok 15 dana, kao i kod otvorenog postupka.

Prijava se može podnijeti u roku od 25 dana, ukoliko je prijava elektronska, 10 dana ukoliko je u pitanju PIN postupak ili hitni postupak.

2.3. Konkurentski postupak sa pregovaranjem

Objavljivanje ugovora za konkurentski postupak sa pregovaranjem traje 30 dana, dok u hitnim slučajevima iznosi 15 dana. Kao kod restriktivnog postupka, kada je javni organ objavio

¹²⁵ Вид. *The Public Contracts Regulations*, the UK Government 2015, op. cit. члан 78

prethodnu informaciju PIN, rok za prijavu je 10 dana, kao i u hitnim slučajevima. Kada se radi o elektronskoj prijavi, propisan je rok od 25 dana.

2.4. Postupak konkurentskog dijaloga

Objavljivanje traje 30 dana, međutim nije utvrđen obavezan rok za prijavu, već ga određuje ugovorni organ i isti mora biti razuman.

2.5. Postupak za partnerske inovacije

Za ovaj postupak, direktive propisuju minimum u kojem mora da bude objava u Službenom listu EU i taj rok iznosi 30 dana.

Za sve postupke period mirovanja iznosi 10, odnosno 15 dana.

Iz navedenog je vidljivo da prema direktivama, većina rokova je ista za period u kojem bi trebalo, bar u nekom minimalnom periodu, da bude objavljen ugovor i isti iznosi 30 dana, kao i rok za period mirovanja. Ostali rokovi su manje-više slični, razlika je samo u pogledu postupka u kojem je izvršen PIN.

3. Obavijest u Službenom listu Evropske unije

Obavještenje o ugovoru je oglas za ugovore koji podliježu objavljivanju u Službenom listu Evropske unije (*OJEU*), kako bi svi ekonomski subjekti svih država članica bili obaviješteni o javnim nabavkama i imali pravo da na istim učestvuju. Slanje obavještenja vrši se elektronskim putem u *OJEU*, koji ima oblik internetske baze podataka, *Tenders Electronic Daily* (*TED*). Obavještenje u *OJEU* potencijalnim ponuđačima širom EU pruža informacije o predloženom ugovoru. Obavještenje mora biti u standardnom obliku, koji je dostupan na web stranici EU SIMAP-a. Potrebne informacije uključuju:

- detalje o javnom organu-naručiocu;
- kratak opis predmeta ugovora i vrijednosti ugovora;
- upućivanje na šifre zajedničkog vokabulara (CPV) u odnosu na predmet ugovora;
- kriterijume za dodjelu ugovora koji će se koristiti za ocjenu i dodjelu ugovora (iako se detaljni kriterijumi za dodjelu ugovora i postupak evaluacije mogu naknadno dati u tenderskoj dokumentaciji); i

- kontakt podatke za zainteresovane strane za dobijanje dodatnih informacija.

Obavještenje o prethodnim informacijama (PIN). Svrha Obavještenja o prethodnim informacijama (PIN) je davanje vremena potencijalno zainteresovanim ponuđačima da se eventualno pripreme za naredne tendere. U suštini predstavlja unaprijed davanje informacija tržištu o ugovorima da javni naručilac namjerava izdati obavještenje o ugovorima u narednih 12 mjeseci.

PIN-ovi su obavezni kada se ugovorni organ namjerava osloniti na skraćeni proceduralni raspored za iskazivanje interesa. PIN se može objaviti ili u *OJEU*-u, ili na profilu ugovornog organa (u osnovi na njihovoj internetskoj stranici za nabavku). Međutim, u slučaju kada je objava izvršena na profilu ugovornog organa, a ne direktno u *OJEU*, nadležni organ je dužan da Evropskoj komisiji izda zasebnu obavještenje u kratkom obliku.

U određenim okolnostima, PIN se može koristiti kao vlastiti poziv za nadmetanje čime se umanjuje potreba za obavještenjem o ugovoru *OJEU* za svaki ugovor. Subcentralni ugovorni organi koji koriste ograničenu proceduru ili konkurentski postupak s pregovaranjem mogu koristiti PIN na ovaj način. PIN može koristiti na ovaj način bilo koji ugovorni organ koji provodi postupak za usluge lakog režima. U oba slučaja poziv za potvrđivanje interesa mora biti poslat dobavljačima koji iskažu interes.

4. Isključenja ponuđača iz postupka javne nabavke

Direktivom o javnim nabavkama zakonodavac EU propisao je niz isključenja u postupcima javnih nabavki, određena su mandatorna isključenja koja javni organ, odnosno naručilac mora da primijeni, dok su druga diskreciona, čija primjena zavisi od samog organa. Međutim, potrebno je istaći da, u pogledu mandatornih i diskrecionih isključenja, države članice imaju slobodu provesti sve diskrecione razloge kao obavezne. Nadalje, Direktiva uvodi takozvani mehanizam samočišćenja (*self-cleaning*) za privredne subjekte koji su pogođeni osnovom za isključenje koji nastoji ponovo ući u postupke nabavke.

4.1. Mandatorna isključenja

Obavezna isključenja se temelje ili na pravosnažnoj osudi ekonomskog operatera za neko od navedenih (krivičnih) djela, ili na kršenju obaveza plaćanja poreza ili doprinosa za socijalno osiguranje.

4.1.1. Osuda za krivično djelo

Prvo isključenje preduzeća iz postupka nabavke je obavezno ukoliko je pravosnažno osuđeno za jedno od (krivičnih) djela navedenih u odredbi. Ova krivična djela se ne odnose samo na „zločine sa bijelim okovratnikom“ poput korupcije, prevare i pranja novca, već uključuju i teroristička djela, dječiji rad ili druge oblike trgovine ljudima. U onim državama članicama koje u svojim krivičnim zakonima ne propisuju osuđivanje pravnih lica, a samim tim i samog ekonomskog subjekta, direktivom se ipak omogućava isključenje i u slučaju da je presuda izrečena odgovornim licima u preduzeću kao što su članovi administrativnog, upravljačkog ili nadzornog organa, ili lica koja su ovlašćena da vrše zastupanje, nadzor ili su ovlašćena da donose odluke.¹²⁶

4.1.2. Kršenje obaveza u vezi s plaćanjem poreza ili doprinosa za socijalno osiguranje

Drugo, čl. 57. (2) Direktive, propisuje izuzeće ekonomskog subjekta koji krši svoje obaveze koje se odnose na plaćanje poreza ili doprinosa za socijalno osiguranje. Obaveza isključenja nastaje ukoliko je je ekonomski subjekat pravosnažno presuđen bilo sudskom, bilo upravnom odlukom, i ako je ista izvršna. U slučaju da takva odluka nema klauzulu pravošnažnosti i izvršnosti, čl. 57. (2) predviđa diskreciono pravo ugovornog subjekta da ipak isključi ekonomski subjekat, ukoliko može dokazati postojanje povrede na odgovarajući način. Ovdje je propisan uslov da je isključenje moguće samo ako su u pitanju slučajevi u kojima dugovi još nisu podmireni. Momentom zaključenja sporazuma sa nadležnim organom, ili samom isplatom tog duga, isključenje više nije dopušteno.¹²⁷

4.2. Odstupanja od mandatornog isključenja

Odstupanja od obaveznih izuzeća dozvoljena su kada postoji javni interes, recimo slučajevi zaštite javnog zdravlja ili okoline. U tom kontekstu, Direktiva daje primjer hitno potrebnih vakcina ili potrebne hitne opreme koja se može nabaviti upravo od ekonomskog

¹²⁶ Вид.: К. Зовко, *Razlozi isključenja i »samokorigiranje« – izravan učinak Direktive 2014/24/EU, s osvrtom na Nacrt prijedloga Zakona o javnoj nabavi*, Novi informator 2016, доступно на: <https://informator.hr/сrрucni-clanci/razlozi-isključenja-i-samokorigiranje-izravan-ucinak-direktive-2014-24-eu-s-osvrtom-na-nacrt-prijedloga-zakona-o-javnoj-nabavi> (приступ 22. мај 2020)

¹²⁷ Вид. обједињене пресуде: *La Cascina Soc. coop. arl and Zilch Srl v Ministero della Difesa and Others* Case No C-226/04 and *Consorzio G. f. M. v Ministero della Difesa and La Cascina Soc. coop. Arl* Case No C-228/04, 2006 I-01347, ECLI:EU:C:2006:94 у којима је разматрано питање ове врсте искључења

subjekta kod kojeg postoji osnov za isključenje. Pored navedenog, odstupanja od isključenja su dozvoljena i u onim slučajevima kada ekonomski subjekat ne plaća manje iznose poreza ili doprinosa, ili ekonomski subjekat nije bio u mogućnosti da izvrši plaćanje zbog dospijeca obaveze koja je dospjela pred sam istek roka prijavljivanja za javnu nabavku.

4.3. Diskreciona isključenja

Diskreciono pravo isključenja daje ugovornom organu da u svakom konkretnom slučaju odluči da li neki ekonomski subjekat treba isključiti iz postupka javne nabavke. Međutim, kao što je gore navedeno, države članice slobodne su da provode diskrecione razloge kao obavezne. U tom slučaju diskrecioni razlozi ukoliko se primjene imaju istu pravnu snagu kao obavezni, čime se automatski pokreće isključenje.

Različiti diskrecioni razlozi za isključenje primarno se tiču integriteta ili finansijske sposobnosti preduzeća. Ipak direktivom se propisuje i nekoliko novih osnova, od kojih su neki povezani sa jednakim tretmanom svih ponuđača. To se odnosi naročito na isključenje iz razloga sukoba interesa (čl. 57. (4) (e)) i na prethodnu umješanost (čl. 57. (4) (f)). Navešćemo neke od osnova za diskreciono isključenje. Jedan od najčešćih razloga predstavlja pokrenut stečajni postupak ili postupak nesolventnosti ili likvidacije, iako se ovaj razlog može zanemariti ukoliko subjekat može dokazati sposobnost da ispunji ugovorne obaveze bez obzira na finansijsku situaciju.¹²⁸

Jedan od možda i najznačajnijih razloga za isključenje predstavlja postojanje teškog oblika profesionalne nesavjesnosti ponuđača. Primjer za postojanje ovog razloga je situacija u kojoj ugovorni organ posjeduje neko pismeno svjedočenje ili neki certifikat koji predstavlja takvu profesionalnu nesavjesnost i u ovim slučajevima nije potrebno da postoji neka sudska presuda kao konačna i izvršna. Teška profesionalna nesavjesnost, prema jednoj presudi Suda¹²⁹, odnosi se na kršenje načela koja se odnose na etiku, dostojanstvo i profesionalnu savjest i pokriva svako nezakonito ponašanje koje ima uticaja na profesionalnu vjerodostojnost spornog operatera. Važno je napomenuti da se pogrešno ponašanje nije ograničilo na kršenje etičkih standarda koje

¹²⁸ Вид. К. Зовко, *Razlozi isključenja i »samokorigiranje« – izravan učinak Direktive 2014/24/EU, s osvrtom na Nacrt prijedloga Zakona o javnoj nabavi*, Novi informator 2016, op.cit.

¹²⁹ Вид. odluku u predmetu *Forposta SA and ABC Direct Contact sp. z o.o. v Poczta Polska SA*, ECLI: ECLI:EU:C:2012:801, Case No C-465/11, тач. 30-32

je utvrdio disciplinski organ ili presudu koja ima snagu res judicata, već ima širi opseg koji može, npr. uključivati neetičko poslovno ponašanje, što nije propisano ni u jednom formalnom pravilu ili kodeksu ponašanja, ili smjernicama regulatornog organa.

Ipak o ovom razlogu za isključenje, postoje brojne debate, koje svoje uporište nalaze u nedovoljno jasnom definisanju pojma teške profesionalne nesavjesnosti. Činjenica je da ovaj pojam nije jasno definisan, te nacionalni organi kroz zakone moraju sami da ih definišu. To daje velika diskreciona ovlašćenja javnim organima, jer omogućava vlastima da uživaju veliku fleksibilnost koja može dovesti do pristrasnosti i korupcije. Sudska praksa je pokazala da velika diskreciona ovlašćenja koja imaju ugovorni organi, mogu imati štetne efekte u postupku dodjele tendera ekonomskom operateru.

Pored navedenog, ugovorni organ može da upotrijebi svoje diskreciono pravo i isključi ekonomski subjekat iz daljeg postupka nabavke ukoliko smatra da je jedan od ekonomskih subjekata, učesnika u postupku, u dogovoru sa drugim subjektom kako bi se prikrila konkurencija. U ovom slučaju diskreciono pravo je ipak ograničeno jer ugovorni organ mora da dokaže vjerodostojnim dokazima da postoji takvo antikonkurencijsko ponašanje.

4.4. Sukobi interesa i prethodno uključivanje

Posebno se moraju razmotriti situacije kada postoji sukob interesa i prethodno uključivanje, koji u suštini nisu povezani sa navedenim razlozima za isključenje i kvalifikaciju ekonomskog subjekta u pogledu izvršenja predmetnog ugovora.

Sam pojam konflikta interesa predstavlja nepristrasnost lica koja su uključena u procesu donošenja odluka za naručioca što predstavlja osnov za postojanje integriteta samog procesa donošenja odluka. Ovaj koncept pokriva percipirani i stvarni sukob interesa koji može da utiče na proces nabavke, na izvršenje ugovora ili na oboje.

Prema upravnom pravu sukob interesa predstavlja splet okolnosti koji stvaraju rizik od postupanja profesionalca u postupcima, koji, u vezi s primarnim interesom, mogu da budu nepravedni pod uticajem sekundarnog interesa. Koncept pokriva percipirani i stvarni sukob interesa. Primjeri su brojni, kao recimo situacija u kojoj član komisije za ocjenjivanje posjeduje udjele u kompaniji koja je ponuđač u nabavci, lice koje priprema tender je zaposleno lice u preduzeću koje će biti ponuđač i slično.

Direktiva u svojoj uvodnoj izjavi 16 navodi da bi „Ugovorni organi trebali koristiti sva moguća sredstva predviđena nacionalnim zakonodavstvima kako bi se spriječile distorzije u postupcima javnih nabavki koji proizlaze iz sukoba interesa. Ovo može uključivati postupke prepoznavanja, sprečavanja i otklanjanja sukoba interesa.“

Nepriistrasnost i objektivnost su najvažnija načela javnih nabavki. Ova načela predstavljaju osnovnu povezanost sa načelom poštene konkurencije i jednakog postupanja prema dobavljačima. Načelo nepriistrasnosti od strane ugovornog organa važi jednako za zaposlene u javnom organu kao i treće strane koje pružaju usluge podrške nabavkama ugovornom organu (npr. tehnički, pravni i finansijski savjetnici)¹³⁰.

Sukob interesa može dovesti do isključenja dobavljača. Ukoliko ugovorni organ utvrdi da jedan od ugovarača, izvođač ili jedan od njegovih ovlašćenih predstavnika ima veze s ugovornim organom, njegovim ovlašćenim predstavnicima, članovima komisije za nadmetanje, koja bi mogla ugroziti načelo nepriistrasnosti i objektivnosti može da isključi tog ekonomskog subjekta iz postupka.

Razlozi za isključenje dobavljača zbog sukoba interesa su neobavezni i trebalo bi ih primijeniti samo kao krajnje sredstvo. Kad naručilac ustanovi da postoji odnos između izvođača i naručioca koji bi mogao uticati na rezultat postupka, prvi korak trebalo bi biti uklanjanje sukoba interesa na svojoj strani. Izvođača radova treba isključiti iz postupka samo ako se takve mjere ne mogu preduzeti ili nemaju namjeravani učinak, a objektivnost naručioca ne može se postići na bilo koji drugi način.

U svojoj presudi u predmetu *eVigilo*¹³¹, Sud Evropske unije (CJEU) utvrdio je smjernice za procjenu sukoba interesa u javnim nabavkama. Ova presuda značajna je za primjenu člana 24. Direktive 2014/24 kao i za shodnu primjenu ostalih sličnih odredaba.

U pomenutom predmetu tužilac *eVigilo* je tvrdio da su stručnjaci na koje se pozivaju uspješni ponuđači bili kolege sa Tehničkog univerziteta u Kaunasu (Kauno Technologijos

¹³⁰ Вид. А. Prigan, *Conflict of interest in public procurement*, Wardyński & Partners 2018, доступно на: <http://www.codozasady.pl/en/conflict-of-interest-in-public-procurement/> (приступ 22. мај 2020)

¹³¹ Вид. пресуду: *eVigilo Ltd v Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos* ECLI:EU:C:2015:166 Case No C-538/13, тач. 30

universitetas) i to tri od šest stručnjaka koji su za naručioca izradili tendersku dokumentaciju i ocijenili tendere. Po njihovom mišljenju, to je bilo dovoljno da se promijeni odluka o dodjeli.

Nakon što je ponovio svoju sudsku praksu o načelima ravnopravnosti, nediskriminacije i transparentnosti, te naglasio da je neophodno „[u]spostaviti načelo jednakog postupanja između ponuđača, kojim se promoviše razvoj zdrave i efikasne konkurencije između preduzeća, te svim ponuđačima koji učestvuju u postupku javne nabavke moraju biti pružene jednake mogućnosti“, *CJEU* je to smatrao da „Javni naručilac je u svakom slučaju dužan ispitati eventualno postojanje sukoba interesa i preduzeti odgovarajuće mjere za sprečavanje, otkrivanje i njegovo otklanjanje. U okviru ispitivanja pravnog sredstva za poništenje odluke o dodjeli na osnovu činjenice pristrasnosti stručnjaka ne može se zahtijevati od isključenog ponuđača da dokaže konkretno pristrasno postupanje stručnjaka.“¹³²

Sud smatra da je, s obzirom da ne postoje propisana pravila EU koja upravljaju utvrđivanjem postojanja sukoba interesa, svaka država članica dužna utvrditi detaljna pravila administrativnih i sudskih postupaka za zaštitu prava pojedinaca, a koja proizlaze iz prava EU. Međutim, ta detaljna proceduralna pravila ne moraju biti manje povoljna od pravila koja upravljaju sličnim domaćim radnjama (načelo ekvivalencije) i ne smiju u praksi onemogućavati ili pretjerano otežati ostvarivanje prava dodijeljenih zakonom EU.

Naručilac je prema Sudu, u svakom slučaju, taj koji treba da utvrdi da li postoje sukobi interesa i da preduzme odgovarajuće mjere kako bi se spriječili i otkrili sukobi interesa i uklonili ih. Bilo bi nespojivo s onom aktivnom ulogom da podnosilac prijave snosi teret dokazivanja, u kontekstu žalbenog postupka, da su stručnjaci koje je imenovao javni naručilac ustvari pristrasni. Dakle, na nacionalnom je zakonu potrebno odrediti da li, i ako da, u kojoj mjeri, nadležne upravne i pravosudne vlasti moraju uzeti u obzir činjenicu da moguća pristrasnost stručnjaka nije uticala na odluku o dodjeli ugovora. Suprotno tome, isključenje na osnovu prethodne uključenosti predstavlja situaciju u kojoj prednost pri izboru u odnosu na ostale učesnike ima onaj ekonomski subjekat koji je prethodno učestvovao u pripremi postupka predmetne nabavke. Ove prednosti postoje kada ekonomski subjekat, recimo, dobije određene informacije koje će biti od značaja za ugovor koji se dodjeljuje, kao što su određeni uslovi i tehničke specifikacije, a koje idu u korist tog subjekta. Oni su relevantni samo za određeni postupak nabavke u kojem

¹³² Иста пресуда *C-538/13*, тач. 47

postoji sukob interesa ili u kojem je jedan od subjekata prethodno u nekom drugom postupku učestvovao.

4.5. Koncept samočišćenja (*self-cleaning*)

Ponuđači mogu izbjeći isključivanje usvajanjem takozvanih mjera samočišćenja i, na taj način, obezbijediti tzv. readmisiju u javnoj nabavci iz koje su isključeni. Mjere koje treba preduzeti za dovoljno samočišćenja zavise o samoj vrsti i težini prekršaja koji vode do razloga za isključenje. Uglavnom, one treba da osiguraju da se slična nedolična ponašanja ne ponove u budućnosti. Samočišćenje se obično sastoji od određenog broja različitih pojedinačnih koraka. Na osnovu čl. 57 (6) Opšte direktive, ovi koraci moraju da uključe sljedeće:

- naknadu za bilo kakvu štetu nastalu krivičnim djelom ili nedoličnim ponašanjem;
- sveobuhvatno razjašnjenje činjenica i okolnosti aktivnom saradnjom sa istražnim organima; i
- tehničke, organizacione i kadrovske mjere za sprečavanje daljih krivičnih djela ili nedoličnog ponašanja.

U uvodnoj izjavi 102 nalaze se detalji o preduzimanju mjera, i ove tehničke, organizacione i kadrovske mjere mogu se sastojati od:

- prekida svih veza sa osobama ili organizacijama koje su uključene u loše ponašanje;
- odgovarajuće mjere reorganizacije zaposlenih;
- implementacija sistema izvještavanja i kontrole;
- stvaranje strukture interne revizije za praćenje poštovanja zakona;
- usvajanje pravila o internoj odgovornosti i nadoknadi štete.

5. Kriterijumi za dodjelu ugovora

Ova faza postupka je dio nabavke u kojem javni organ kao naručilac procjenjuje ko od ponuđača ispunjava sve uslove, koje je u tenderu zahtijevao javni organ¹³³. Dva su osnova za dodjeljivanje ugovora najboljem ponuđaču: najekonomičnija ponuda, ili najniža cijena.

¹³³ Вид. С. Bovis, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, op.cit. стр 259

Prema Direktivama, naručilac mora dodijeliti ugovor ekonomski najpovoljnijoj ponudi (*MEAT*). Osnov najpovoljnije ponude više nije i ne može biti sama cijena ili troškovi kao jedini kriterijum. Ovo je metoda u kojoj naručilac treba da odredi ekonomski najpovoljniju ponudu koja je rezultat najboljeg odnosa cijene i kvaliteta. To se mora procijeniti na temelju kriterijuma povezanih s predmetom ugovora i mora uključivati cijenu ili trošak, koristeći pristup ekonomičnosti. Pristup ekonomičnosti može uključivati trošak životnog ciklusa, koji utiče na troškove kao što su troškovi upotrebe (poput potrošnje energije), troškovi održavanja i troškova života (poput sakupljanja) i troškovi recikliranja.

5.1. Kriterijumi izbora

Član 58 pravila EU o javnim nabavkama opisuje glavne kriterijume za odabir ponuda koji su podijeljeni u tri strogo definisana i neproširiva glavna područja:

- kvalitetu, uključujući tehničke karakteristike, estetske i funkcionalne karakteristike, pristupačnost, dizajn za sve korisnike, socijalne, ekološke i inovativne karakteristike i trgovanje i njegovi uslovi;
- organizaciju, kvalifikaciju i iskustvo osoblja dodijeljenog za izvršenje ugovora, gdje kvalitet dodijeljenog osoblja može imati značajan uticaj na nivo performansi ugovora; ili
- nakonprodajna usluga i tehnička pomoć, uslovi isporuke kao što su datum isporuke, isporuka procesa i roka isporuke ili perioda dovršetka.

Kriterijumi za nagradu moraju biti povezani sa predmetom ugovora i moraju ispunjavati sljedeće:

- ne mogu imati za posljedicu da se osigura neograničena sloboda izbora ugovornog organa;
- moraju osigurati mogućnost efikasne konkurencije i
- mora biti popraćena specifikacijama koje omogućavaju da informacije koje dostave ponuđači bude efikasno verifikovane kako bi se procijenilo koliko ponuda ispunjava kriterijume za dodjelu.“

5.1.1. Objavljivanje kriterijuma za dodjelu ugovora

Da bi osigurali poštovanje načela jednakog postupanja i transparentnosti, organ uprave mora da objavi kriterijume u tenderskoj dokumentaciji izdatoj ponuđačima. Jednom objavljeni kriterijumi za dodjelu ne mogu se mijenjati (ili se ne primjenjuju). Ako ponderiranje iz objektivnih razloga nije moguće, naručilac mora navesti kriterijume za smanjenje redoslijeda važnosti.

5.1.2. Nenormalno niske ponude

Kada se čini da je ponuda nenormalno niska, ugovorni organ mora zatražiti od ponuđača da objasni predloženu cijenu ili troškove. Smatra se da je prag nenormalno nizak i zahtijevaće daljnja objašnjenja ako tenderska dokumentacija ne predviđa ekspresni test, ugovorni autoritet ima diskreciono pravo u pogledu kako se procjenjuje da li je ponuda nenormalno niska, podložna opštim načelima pravičnosti, transparentnost i nediskriminacije.

5.1.3. Obaveze naručioca

Nakon što ugovorno tijelo smatra da je tender nenormalno nizak, mora zatražiti detalje dijelova ponude za koje smatra da su relevantni za nenormalno nizak nivo kao što su:

- (a) ekonomičnost proizvodnog procesa, pruženih usluga ili usluga načina gradnje;
- (b) izabrana tehnička rješenja ili bilo koje izuzetno povoljne uslove na raspolaganju ponuđaču za izvođenje radova ili isporuku proizvoda ili usluga;
- (c) originalnost radova, dobavljača ili usluga koje je ponudio ponuđač;
- (d) poštovanje ekoloških, radnih i socijalnih obaveza u skladu sa pozitivnim propisima;
- (e) poštovanje obaveza podugovaranja u skladu sa pozitivnim propisima;
- (f) mogućnost da ponuđač dobije državnu pomoć.

Naručilac može odbiti ponudu samo ako data pojašnjenja dostavljenih dokaza ne 'zadovoljavaju na zadovoljavajući način' zbog niskog nivoa predložene cijene ili troškova, uzimajući u obzir gore navedene elemente. Međutim, ugovorni organ dužan je odbiti ponudu tamo gdje utvrdi da je ponuda nenormalno niska jer krši ekološke, socijalne ili radne obaveze kao takve.

6. Modifikacija ugovora o javnoj nabavci

Jedno od pitanja s kojima se suočavaju stranke u javnom ugovoru, posebno kod dugotrajnih ili složenih ugovora je to što se okolnosti mogu vremenom mijenjati i stranke mogu željeti da mijenjaju ugovorni aranžman. Međutim, u praksi su ovakvi zahtjevi prepoznati kao mogući rizik prema Zakonu o javnim nabavkama.

Prilikom izrade Direktive 2014/24 zakonodavac Evropske unije imao je u vidu praksu Suda EU u pogledu mogućnosti da organ uprave kao naručilac nakon zaključenja izmijeni ugovor. Vjerovatno najznačajnija presuda u oblasti javnih nabavki, prema mišljenju velikog broja pravnika koji se bave nabavkama, predstavlja slučaj *Presstext*¹³⁴, koji je potvrdio da tamo gdje je predloženo produženje, obnavljanje ili izmjena javnog ugovora vlast ne može jednostavno dopustiti da se produži ugovor sa istim ugovornim stranama. Umjesto toga, nadležni organ mora dodijeliti posao u okviru novog postupka nabavke ako su novi uslovi „materijalno različiti“ od prvobitnog ugovora i stoga dati mogućnost strankama da pregovaraju o bitnim uslovima. Prema tome, bitna izmjena ugovora znači dodjelu novog ugovora. Taj novi ugovor trebalo bi da se objavi na tržištu s potpunim obavještenjem u Službenom listu EU (pod pretpostavkom da je i sam iznad praga i da se ne primjenjuje nijedno od izuzeća iz Direktive) i ako to ne učini, izložio bi ugovor riziku proglašenja neefikasnosti.

Presstext je utvrdio tri situacije u kojima bi određeni amandman predstavljao bitnu izmjenu:

- ako bi došlo do promjene ponuđača ili lica koje je dobilo ugovor
- ako se tim amandmanom značajno proširuje područje ugovora obuhvatajući usluge koje inicijalno nisu bile obuhvaćene, ili
- ako se mijenja ekonomski bilans ugovora u korist izvođača na način koji nije predviđen prvobitnim ugovorom.

Ovdje treba obratiti pažnju na izmjene u pogledu ponuđača ili lica koje je dobilo ugovor. U pravilu, zamjena novog ugovornog partnera onim kome je ugovorni organ prvobitno dodijelio

¹³⁴ Вид.: пресуда *presstext Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH and APA Aucmpia Presse Agentur regicmpierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, EU-a 2008 I-04401 Case No C-454/06, тач 40

ugovor mora se smatrati promjenom jednog od bitnih uslova predmetnog javnog ugovora, osim ako ta zamjena nije predviđena u uslovima inicijalnog ugovora, kao kod odredba o podugovaranju. Unutrašnja reorganizacija ugovornog partnera ne mijenja, na bilo koji fundamentalni način, odredbe inicijalnog ugovora. Ako se dionice prenesu trećoj strani tokom trajanja ugovora, to više ne predstavlja unutrašnju reorganizaciju početnog ugovornog partnera, već se u tom slučaju radi o stvarnoj promjeni ugovornog partnera, što bi u pravilu predstavljalo izmjenu i dopunu osnovnog ugovora.

Javni ugovori se redovno dodjeljuju pravnim licima. Ako je pravno lice osnovano kao javno društvo koje kotira na berzi, iz njene same prirode proizlazi da je sastav njenih dioničara podložan promjeni u bilo kojem trenutku. U pravilu takva situacija ne utiče na valjanost dodjele javnog ugovora takvom ekonomskom subjektu. Situacija može biti drugačija u izuzetnim slučajevima, npr. kada se nastoje zaobići pravila direktiva o javnim nabavkama. Slična razmatranja primjenjuju se i u slučaju javnih ugovora dodijeljenih pravnim licima osnovanim, ne kao trgovačka društva koja kotiraju na javnom tržištu, već kao zadruge sa ograničenom odgovornošću, kao u glavnom postupku. Bilo kakve promjene sastava dioničara u takvoj zadrugi u pravilu neće rezultirati značajnom ugovornom izmjenom.

S druge strane, prema Sudu, manje promjene, koje mogu biti objektivno opravdane i ne daju dobavljaču značajne prednosti, ne pokreću ponovo pravila nabavke. Suprotno tome, u okolnostima ovog slučaja, sljedeći amandmani nisu utvrđeni kao amandmani koji bi mogli predstavljati novu dodjelu ugovora:

- drugačiji izraz naknada u ugovoru kao rezultat uvođenja evra kako bi se olakšao predračun što je rezultiralo malim smanjenjem naknada koje su plaćene na štetu izvođača, ili
- klauzula umetnuta u ugovor kojim se ugovorna strana sporazumijeva da neće raskinuti ugovor prije određenog datuma (klauzula o odustajanju), pod uslovom da se takva klauzula više puta ne obnavlja.

U situaciji gdje je u pitanju pretvaranje cijena u evre, ovakva izmjena nije materijalna ugovorna izmjena, već samo prilagođavanje ugovora u skladu s promijenjenim vanjskim okolnostima. Prilagođavanje je minimalno i objektivno opravdano težnjom za lakše izvršenje ugovora, poput pojednostavljenja postupaka naplate. U takvim okolnostima, Sud smatra da

upućivanje na novi indeks cijena ne predstavlja dopunu ugovora, jer je napravljeno u smislu odredbi inicijalnog sporazuma.

Imajući u vidu ovu presudu, kao i druge slučajeve direktiva je propisala uslove za izmjenu ugovora. U članu 72. Direktive navedene su izmjene koje mogu biti uvedene tokom trajanja ugovora:

- izmjene, bez obzira na njihovu novčanu vrijednost, koje su jasno navedene u početnoj dokumentaciji o nabavi,
- dodatni radovi, usluge i nabave,
- izmjene zbog nepredviđenih okolnosti,
- zamjena izvođača,
- modifikacije male vrijednosti i
- druge nebitne izmjene.

Imajući u vidu ove uslove, možemo reći da su izmjene dozvoljene tamo gdje su izmjene ili opcije predviđene u početnom dokumentu o nabavci i postoje nedvosmislene klauzule o izmjenama (uključujući cijenu), pod uslovom da su svi uslovi jasni, a izmjene i opcije ne mijenjaju cjelokupnu prirodu ugovora. Nadalje, izmjene su dozvoljene u pogledu dodatnih radova, usluga ili isporuka, ne mijenjajući izvornog izvođača, jer se promjena izvođača ne može izvršiti iz ekonomskih ili tehničkih razloga, ili bi prouzrokovala značajne neugodnosti ili značajno dupliranje troškova, pod uslovom da svako povećanje cijene ne prelazi 50% prvobitne vrijednosti ugovora.

Takođe, dozvoljena je izmjena ugovora i u onim slučajevima kada je izmjena ugovora neophodna zbog nastalih novih okolnosti koje se nisu mogle predvidjeti. U ovom slučaju neće se pokrenuti novi postupak nabavke ako se predmet ugovora mijenja u cjelini, a cijena može biti uvećana samo do 50% prvobitne cijene.

Nepredviđene okolnosti su definisane u tački 109. preambule Direktive:

„Pojam nepredvidivih okolnosti podrazumijeva okolnosti koje nisu mogle biti predviđene uprkos temeljnoj pripremi prvobitne dodjele ugovora od strane javnog naručioca, uzimajući u obzir sva dostupna sredstva, prirodu i obilježja određenog projekta, dobru praksu u

određenom području i potrebu da se obezbijedi prikladan odnos između sredstava potrošenih na pripremu dodjele ugovora i njenu predviđenu vrijednost.“

Istovremeno, Direktiva objašnjava koje izmjene će se shvatiti kao „znatne“ izmjene - one koje:

- uvode uslove koji bi, da su bili dio početnog postupka nabavke, omogućili prijem drugih kandidata,
- mijenjaju ekonomsku ravnotežu,
- proširuju područje primjene ugovora, ili
- uključuju novog izvođača koji će zamijeniti onog kome je dodijeljen ugovor (u ostalim slučajevima koji nisu dopušteni članom 72. Direktive).

OECD u Informativnom dokumentu o javnim nabavkama br. 38 10 navodi:

„U skladu sa ovim uslovom, predloženu izmjenu bi trebalo ocijeniti kako bi se utvrdilo da li bi se njome dopustilo sljedeće da je ona bila uključena u prvobitni postupak javne nabavke:

- da li bi bili prihvaćeni drugi kandidati od onih koji su prvobitno bili odabrani, poput kandidata koji nisu imali pravo učešća u skladu sa uslovima prvobitnog postupka javne nabavke;
- da li bi bila prihvaćena druga ponuda;
- da li bi drugi učesnici bili privučeni da učestvuju u postupku, poput kandidata koji nisu bili zainteresovani za učešće u prvobitnom postupku javne nabavke.

Ako se na osnovu ove ocjene utvrdi da bi izmjena na bilo koji od gore navedenih načina uticala na prvobitni postupak javne nabavke, ta se izmjena smatra suštinskom i javni naručilac mora da provede novi postupak javne nabavke. Ako, nasuprot tome, ta izmjena ne bi imala nikakav uticaj na prvobitni postupak javne nabavke, ne smatra se suštinskom“

Suštinski, sve tri direktive o javnim nabavkama utvrđuju pravila o materijalnim promjenama, koja su ista u svakoj od tri direktive i one suštinski kodifikuju odluku u *Presstextu*, a takođe i grupišu situacije u kojima je moguće dopustiti izmjenu bez nove nabavke. Tako jednu situaciju čini promjena koja se razmatra unaprijed u početnim dokumentima o nabavci, početnom obavještenju *OJEU*-a i početnoj tenderskoj dokumentaciji na nedvosmislen način, uključujući gdje su utvrđeni uslovi pod kojima se promjena može provesti. Drugo, postoji situacija u kojoj je promjena dopuštena tamo gdje je potrebno unijeti dodatni predmet, a predmet je takav da, kada bi došlo do eventualne promjene izvođača iz različitih razloga, bi se smatrala nezgodnom ili stvarno takva promjena nije moguća. Treća situacija u kojoj se promjena može provesti bez nove nabavke je ona u kojoj je potrebno dovesti dodatnog dobavljača.

Međutim, postoje određena pravila oko toga gdje je dozvoljeno da se unaprijed razmatra, ali isto tako se svaka promjena identiteta dobavljača ne smije provoditi s ciljem da se zaobiđe Direktiva. Takođe je moguće provesti promjenu bez oglasa, ako se pojave nepredviđene okolnosti, koje zapravo ugovarač nije mogao predvidjeti. Sada oko toga postoje određena pravila, od kojih je jedno posebno da svako povećanje cijena ne smije biti veće od 50%. Međutim, prilično iznenađujuće je da se 50% pravilo primjenjuje na svaku uzastopnu promjenu gdje imate niz izmjena ugovora, a ne na kumulativni neto efekat svih unesenih promjena, tako da je moguće na taj način imati niz većih promjena. U svemu tome, ipak, postoji obaveza za transparentnošću, jer u situaciji kada su nepredviđene okolnosti prouzrokovale promjenu, a takođe i u situaciji kada je potrebno u ugovor unijeti dodatni predmet, postoji novi zahtjev za neku vrstu obavještenja o *OJEU*-u koja će biti objavljena nakon događaja koji se može u suštini nazvati obavještenje o izmjeni.

Države članice su nakon donošenja direktiva usvojile i pravilnike na nacionalnim nivoima, kojima su detaljno razrađene odredbe kojima se reguliše pravo naručioca da izmijeni ugovor o javnoj nabavci. Većina tih nacionalnih pravilnika propisuje brojne izmjene koje se mogu unijeti u dodijeljene javne ugovore bez pokretanja zahtjeva za provođenjem novog postupka tendera. Važno je da će promjena koju je predložio naručilac zadovoljiti jedan od testova koje propisuju pravilnici i na osnovu kojih se utvrđuje da li predložena promjena predstavlja značajnu promjenu koja vodi ka novom postupku. Ako promjena ne spada u bilo koji

od dozvoljenih razloga, pravilnici propisuju obavezu provođenja novog postupka nabavke, osim ako se ne primjenjuje neko od propisanih izuzeća u skladu sa direktivama.

GLAVA VI

PRAVNA ZAŠTITA

Pitanja pravne zaštite su u pravu EU regulisana direktivama o pravnim lijekovima i to: Direktiva o pravnim lijekovima za javni sektor (Direktiva 89/665 / EEZ) i Direktiva o pravnim lijekovima za komunalni sektor (Direktiva 92/13 / EEZ), koje su izmijenjene Direktivom broj 2007/66 / EZ. Direktivama je regulisana pravna zaštita za naknadu štete ekonomskim subjektima koji smatraju da je određeni postupak javne nabavke vođen suprotno direktivama EU o javnim nabavkama.

Primjenom direktiva se obezbjeđuje određeni minimalni nivo zaštite, dok je državama članicama dato diskreciono pravo da detaljno regulišu pravnu zaštitu u postupcima javnih nabavki. Uvažava se činjenica da svaka država članica ima različit sudski i upravni sistem, ali on ne može izlaziti iz okvira ovih direktiva EU. Zaštita se sprovodi podnošenjem pravnih lijekova pred nadležnim organima koje svaka država članica određuje u svom pravnom sistemu. Negdje je to redovni sud, a negdje sud za javne nabavke ili upravni sud.

Države članice su obavezne da uspostave i organe za reviziju. Ovo ovlašćenje mogu prenijeti na odvojene organe odgovorne za različite aspekte postupka revizije. Na ovaj način osnovani organi imaju pravo da odobravaju privremene mjere, ukidaju odluke i dodjeljuju odštetu. Države članice mogu zahtijevati da ekonomski subjekat koji smatra da je oštećen pravilima postupka može prvo zatražiti da pregleda tenderske dokumentacije i svih pristiglih ponuda kod ugovornog organa. Ukoliko taj organ nije sud, organ se mora pisanim putem izjasniti o svojoj odluci uz propisivanje obaveznog pravnog lijeka, odnosno mogućnosti žalbe na njegovu odluku, koja se podnosi nadležnom sudu u skladu s članom 234 UFEU-a (član 2. stava 9. Dir 89/655 / EEZ i član 2. stav 9. Dir 92/13 / EEZ).

1. Organi nadležni za podnošenje pravnih lijekova u EU

1.1 Žalba Evropskoj komisiji

Ponuđači se mogu žaliti i Evropskoj komisiji navodeći kršenje pravila o nabavkama i načela Ugovora o EU (npr. jednak tretman, transparentnost itd.). Komisija ima diskreciono

pravo hoće li istražiti žalbu ili ne. Takođe utvrđuje i da li je podnosilac žalbe iscrpio sve nacionalne pravne postupke prije nego što je uključio Europsku komisiju, ali to nije preduslov za uključivanje Komisije.

UFEU-e se ovlašćuje Komisija da pokrene pravne postupke protiv država članica koje nisu u skladu s pravilima EU-a, ali je ovo dug i glomazan postupak.

Ako Komisija odluči da interveniše, može zatražiti od nadležnih država članica u kojima je sjedište ugovornog organa (a ne od ugovornog organa direktno) da obustavi ugovor, a ako to država članica odbije, može je tužiti Sudu pravde. Ne postoji vremensko ograničenje za podnošenje žalbe Komisiji, a čitav postupak mogao bi potrajati tri do četiri godine ili više, iako u nekim slučajevima privremene mjere Evropske komisije mogu biti brže. Konačno, Sud može državi odrediti novčanu kaznu za svaki dan kršenja njene obaveze (državne nabavke).

1.2. Prigovori na dodjelu ugovora o javnim nabavkama koje provode institucije EU

Državne nabavke koje provode evropske institucije (za razliku od postupaka nabavke koje provode ugovorni organi u 27 država članica) podliježu posebnim pravilima i posebnom mehanizmu za reviziju.

Ekonomskim subjektima, koji su prema postupku nabavke tretirani nepravedno, savjetuje se da se prvo obrate odgovarajućoj instituciji EU i pokušaju direktno riješiti problem s njima. Institucije EU su u obavezi da daju odgovore na pitanja i žalbe. Ako je odgovor koji je dobila od institucije EU nezadovoljavajući, postoji nekoliko opcija za oštećene ponuđače.

1.3. Žalba evropskom ombudsmanu

Ponuđači mogu podnijeti žalbu na tendersku proceduru koje su provele institucije EU. Evropski ombudsman istražuje pritužbe na nepravilnosti u institucijama i organima Evropske unije i, ako smatra da je pritužba opravdana, može izdati preporuku nadležnom evropskom organu ili pokušati pomoći u pronalaženju pravednog rješenja problema. Preporuke evropskog ombudsmana nisu obavezujuće i čitav postupak može biti dugotrajan. Iz tih razloga se smatra manje efikasnim od sudskog postupka.

1.4. Žalba Osnovnom sudu

Osnovni sud Evropske unije u Luksemburgu nadležan je za ispitivanje predmeta na osnovu postupaka nabavke koje su pokrenule institucije EU. Žalbe se moraju podnijeti u roku od dva mjeseca od odluke protiv koje se protestuje. Predmeti se mogu pokretati na osnovu vanugovorne odgovornosti, što znači da će sud moći poništiti odluke i dodijeliti odštetu ako utvrdi da je došlo do kršenja važećih pravila.

1.5. Evropska kancelarija za borbu protiv prevara (OLAF)

Evropska kancelarija za borbu protiv prevara (*OLAF*) istražuje prevare protiv budžeta EU, korupciju i ozbiljne neprimjerene radnje u evropskim institucijama. U slučaju sumnji tokom postupka nabavke, koji se tiču nezakonitih aktivnosti ove vrste od strane EU službenika za nabavku ili povezanog osoblja, bilo koja strana, anonimno, bez daljeg zahtjeva za direktno uključ enje, može podneti *OLAF* -u žalbu. Slično evropskom ombdusmanu, *OLAF* nema pravosudna ovlašćenja, ali rezultati njegove istrage mogu dovesti do administrativnih, finansijskih, disciplinskih ili sudskih radnji.

2. Vrste pravnih lijekova

Za pokretanje postupka po pravnim lijekovima potrebno je da podnosilac zahtjeva raspolaže potrebnim znanjem o činjenicama na kojima temelji svoj zahtjev (pravni osnov). Znanje i činjenice treba da budu više od sumnje u kršenje zakona i da se stvori razumno uvjerenje da postoji kršenje zakona.¹³⁵

Nakon pokretanja postupka, ekonomski subjekat mora dostaviti obrazac zahtjeva ugovornom organu u roku od 7 dana od dana izdavanja.

Pravna sredstva koja su na raspolaganju bilo kom ekonomskom subjektu razlikuju se, zavisno od toga odnose li se na pravne lijekove prije ugovora ili na postugovorne pravne lijekove. U odnosu na predugovorne pravne lijekove, pravni lijekovi koji su dostupni podnosiocu zahtjeva su sljedeći:

¹³⁵ Вид. пресуду: *Sita UK Ltd v Greater Manchester Waste Disposal Authority* [2010] EWHC 680 (Ch) гдје је судија одлучио да се временско раздобље за покретање поступка сматра три мјесеца од времена када је економски субјекат који је тврдио знао или је требао знати наводна кршења Правилника, под условом било којег продужења тог раздобља, тач. 19.

(a) Nalog kojim se poništava odluka

(b) Nalog kojim se naručiocu nalaže da izmijeni i dopuni odluku

Oba pravna sredstva mogu biti alternativa zahtjevu za naknadu štete ili biti dodatak istome.

2.1. Privremene mjere

Privremene mjere predstavljaju sredstvo kojim se obezbjeđuje korištenje pravnih lijekova od strane oštećenih ponuđača u postupcima nabavke, na način da se u određenom periodu zaustavlja dalji postupak nabavke, kako ne bi nastala nenadoknadiiva šteta za učesnike postupka koji smatraju da je došlo do kršenja procedura u datom postupku.

Privremene mjere mogu se uvesti ukoliko su ispunjena dva kumulativna uslova.

Prvo, mora postojati hitna situacija povezana s rizikom ozbiljne i nenadoknadiive štete konkurenciji i/ili potrošačima. Drugo, na uvid moraju biti dostavljeni dokazi o kršenju postupka određene nabavke. Za prvi zahtjev, šteta mora biti direktna i takva da se, očigledno, neće moći sanirati sa konačnom odlukom izborne komisije. Za drugi zahtjev, potrebno je dostaviti dokaze koji predstavljaju osnov za sumnju u zakonito proveden postupak i zakonito ponašanje onih koji su nadležni da taj postupak provedu.

Privremene mjere se mogu preduzeti na tačno određene radnje postupka, odnosno mjere u odnosu na obavještenje o ugovoru, kao i na svaku odluku koja je donesena u postupku ugovaranja, pa sve do odluke o dodjeli. Razlog za uvođenje privremenih mjera je sprečavanje daljnjeg postupka kako bi se onemogućilo da postupak i dalje teče, a bez ekonomskog subjekta, koji i zahtijeva ovu mjeru. Na taj način, ukoliko zaustavi postupak i uspije u prigovoru, isti ima mogućnost da nastavi učešće u postupku i, eventualno, i dobije predmetni ugovor. Naravno, mehanizam ove privremene mjere, odnosno njenog uvođenja zavisi od samih odredaba nacionalnog zakonodavstva, naročito u pogledu efikasnosti, brzine i jednostavnosti procedure, a naročito „volje“ ugovornog organa da ne oklijeva primjene ove mjere.

S obzirom na radnje u postupku mogu se zahtijevati sljedeće privremene mjere:

- obustava provođenja bilo koje odluke koju je donio naručilac, odnosno javni organ
- obustava cjelokupnog postupka dodjele ugovora

- privremena ispravka prekršaja (ova mjera je rjeđe propisana u nacionalnim zakonodavstvima i rijetko se koristi)

Ove tri mjere se najčešće odnose na postupak koji se odnosio na obavještanje o ugovoru, na sadržaj tenderske dokumentacije, na postojanje diskriminatorskih kriterijuma koji su eventualno sadržani u tehničkim ili finasijsko-ekonomskim zahtjevima. Čest je slučaj u praksi da se privremenim mjerama zahtijeva poništavanje nezakonite odluke, ukidanje klauzule koja je protivna pozitivnim propisima, ili zahtjev da se u postupak kao učesnik vrati onaj ekonomski subjekat koji je, po mišljenju podnosioca zahtjeva, nezakonito isključen iz postupka.

2.2. Mirovanje

U skladu sa direktivom kao obavezan pravni lijek propisano je uvođenje perioda mirovanja postupka nabavke, koju određuje ugovorni organ. Namjera zakonodavca je da ovim lijekom ugovori koji podliježu direktivama EU o nabavkama omoguće ekonomskim subjektima da razmotre odluku o dodjeli prije zaključenja ugovora. To omogućava sudu da odluku o dodjeli „ostavi sa strane“ ukoliko je oštećeni ponuđač podnio prigovor zbog kršenja pravila postupka. Pravilnom primjenom perioda mirovanja, javni organ se može zaštititi od potencijalnih zahtjeva za utvrđivanje neefikasnosti ugovora kao jednog ozbiljnog post-ugovornog lijeka.

Pravila mirovanja su u načelu ista kao i od decembra 2009. godine kada je primjenjena (tada) nova direktiva o lijekovima. Kako direktiva o pravnim lijekovima nije vršila izmjene i dopune ranijih direktiva, ostale su na snazi odredbe o uvođenju perioda mirovanja. Jedina novina koja je uvedena odnosi se na ugovore podložne novouvedenom *Light Touch* režimu za određenu uslugu i za nabavke koje su započeli javni organi centralnog organa koristeći prethodno obavještenje kao poziv na konkurs.

Naime, prema starim pravilima, kao što su ugovori koji podliježu sektoru B Opšte direktive, organ nema obaveze da objavljuje tenedere za nabavku usluga. Samim tim, nema potrebe za određivanje perioda mirovanja, pa tako nema ni zahtjeva za utvrđivanje neefikasnosti ugovora kao lijeka zbog propuštanja obaveze objavljivanja konkursa. Što se tiče ugovora o uslugama koji podliježu "lakom režimu", period mirovanja možda nije strogo potreban, posebno tamo gdje se obavještenje o prethodnim informacijama (PIN) umjesto obavještenja o ugovoru koristi kao poziv za nadmetanje. Ali u svjetlu neizvjesnosti daljeg postupka, zakonodavac preporučuje da ugovorni organi, ipak, i u tim slučajevima omoguće period mirovanja, jer će se

na taj način izbjeći rizik da ugovor ili okvirni sporazum bude napadan pravnim lijekom utvrđivanja neefikasnosti ugovora i velikim odštetnim zahtjevima ukoliko se u sudskom postupku utvrdi da su to ugovori koji ne potpadaju pod režim lakih usluga. S druge strane, kada je u određenim okolnostima važno dodijeliti ugovor po hitnom postupku, možda će ugovorni organi ipak htjeti odmjeriti hitnost prema riziku postupanja bez zastoja. Ova pitanja se odnose u podjednakoj mjeri i za one nabavke centralnog organa koji mogu započeti nabavku bez objave obavještenja. Treba naglasiti da ugovori ispod propisanog praga ne trebaju period mirovanja.

Ugovorni organ ima obavezu da „obavještenje o mirovanju“ (koja se takođe naziva i „obavještenje o odluci o dodjeli“) pošalje svim ponuđačima (što je bilo koji ponuđač koji nije definitivno isključen) i svim kandidatima (kandidati su svi podnosioci zahtjeva koji još nisu obaviješteni o svom odbacivanju i razlozima za to). Razlozi odluke o dodjeli moraju se navesti uz obavještenje koje je objavljeno u službenom listu kao i datum početka mirovanja, koji ne može biti određen kasnije od datuma podnošenja zahtjeva. Pored ovih podataka, ugovorni organ je u obavezi da, u samom obavještenju, navede i informacije koje se odnose na završetak perioda mirovanja.

Obavještenje o mirovanju koja ide ponuđaču mora sadržavati:

- kriterijume za dodjelu ugovora
- razloge za odluku uključujući: karakteristike i relativne prednosti uspješnog tendera;
- rezultat (ako postoji) dobijen od ekonomskog subjekta koji treba primiti obavještenje i ponuđača kome će se dodijeliti ugovor/postati stranka u okvirnom sporazumu;
- razloge (ako ih ima) zašto ekonomski operater nije ispunio propisane tehničke specifikacije;
- ime ponuđača kojima će ugovor biti dodijeljen u okvirnom sporazumu;
- preciznu izjavu o sljedećem:

- kada se očekuje da se završi razdoblje mirovanja i, ako je relevantno, kako bi završetak mogao uticati na nepredviđene situacije ¹³⁶;
- datum prije koga ugovorni autoritet neće zaključiti ugovor, ili zaključiti okvirni sporazum.

Obavještenje o mirovanju koja se šalje neuspješnom kandidatu mora sadržavati:

- razloge zbog kojih kandidat nije bio uspješan i
- sve iste podatke koji bi bili poslani ponuđačima, osim relativne prednosti uspješnog ponuđača.

Period mirovanja započinje nakon što ugovorno tijelo pošalje obavještenje o dodjeli faksom ili e-mailom svim ekonomskim subjektima koji su bili uključeni u postupak nabavke. Naručioci su dužni obavijestiti ekonomske subjekte o dodjeli odluka u pisanom obliku najbrže izvedivo, što se u većini slučajeva ostvaruje elektronskim prenosom. U ovim okolnostima, minimalni period mirovanja je 10 kalendarskih dana od datuma slanja. To znači da se period završava u ponoć, na kraju 10. dana nakon datuma slanja (tj. računa se dan nakon datuma slanja kao prvi dan).

Pravilo mirovanja proizašlo je iz osnovnih načela utvrđenih u slučaju *Alcatel*¹³⁷ kako bi se na taj način umanjili naponi razočaranih ponuđača da osiguraju reviziju procesa nabavke. Period zastoja zahtijeva da ugovorni organi odgode zaključivanje ugovora do isteka određenog minimalnog roka nakon donošenja odluke o dodjeli ugovora uspješnom ponuđaču i na taj način osiguraju oštećenim ponuđačima zaštićenu priliku u okviru koje se ispituje odluka da li će se pokrenuti postupak revizije. Članom 1. stavom 5. i članom 2a (2) Direktive 89/665 / EEZ 11, izmijenjenom i dopunjenom članom 1. Direktivom 2007/66 / EZ12 predviđa se minimalno razdoblje mirovanja od najmanje deset kalendarskih dana u EU u slučaju kada se radi o upotrebi faksa ili elektronske komunikacije i petnaest kalendarskih dana u ostalim slučajevima.

¹³⁶ На примјер, ако уговорни ауторитет шаље најмање једно обавјештење поштом, и одабере да се период мировања рачуна 10 дана од дана пријема обавијештења, а не 15 дана од дана слања поштом, ова прецизна изјава мора бити јасна колико се може разумно очекивати

¹³⁷ Вид. Пресуду *Alcatel Aupia AG and Others, Siemens AG Österreich and Sag-Schrack Anlagentechnik AG v Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr* [2009] ECR I-7671 Case No C-81/98, тач. 60

2.2.1. Odstupanja od perioda mirovanja

Član 2b izmijenjenih Direktiva o pravnim lijekovima predviđa da države članice mogu odustati od perioda mirovanja ako su ispunjeni sljedeći uslovi:

(1) ako nije bilo prethodne objave ugovora u Službenom listu Evropske unije, jer je u pitanju vrsta ugovora koji ne podliježu obavezi obavještanja (u pitanju su *Light-touch regime*, odnosno usluge lakog režima). Međutim, iako nije propisano obavezno objavljivanje, Komisija preporučuje da se i za te vrste ugovora objavi obavještenje i najavi period mirovanja u cilju izbjegavanja eventualnih sporova sa zahtjevom za visoke naknade štete.

(2) ako je jedini ponuđač onaj kome je dodijeljen ugovor i nema drugih zainteresovanih kandidata i

(3) u slučaju kada su u pitanju ugovori zasnovani na okvirnom sporazumu i u slučaju posebnog ugovora zasnovanog na dinamičkim sistemima nabavke (ovdje nije obavezan period, ali se u praksi često koristi).

U slučaju iz tačke 2, ako je javni organ koristio postupak za pregovore sa samo jednim ponuđačem od samog početka, da neće biti zahtjeva i da ne postoji korisna svrha ako bi se primijenio period mirovanja, jer ga ne bi mogao dobiti niko osim jedinog ponuđača, može se napraviti izuzetak i ne objaviti period mirovanja. Međutim, moguća je situacija u kojoj bi, nakon dodjele ugovora, drugi dobavljač smatrao da je zbog netransparentne i konkurentne nabavke oštećen, tvrdeći da javni organ nije mogao donijeti na legitimnim razlozima odluku o korištenju ovog posebnog postupka, te zbog toga zatražiti utvrđivanje neefikasnosti ugovora. Iz tog razloga, sve se više u praksi preporučuje da javni organi objavljuju dobrovoljno obavještenje o transparentnosti umjesto oglašavanja perioda mirovanja, a kako bi se zaštitili od eventualnog zahtjeva za utvrđivanje neefikasnosti.

Većina država članica je odlučila da u svoje nacionalne zakone prenese sva tri odstupanja, a praksa pokazuje da ovo pravo izvršavaju pogrešno, proizvoljno ili čak namjerno. U

mnogim slučajevima nepoštovanje razdoblja „mirovanja“ ne daje u praksi značajna obeštećenja, i tad je jedina opcija koja preostaje oštećenim ponuđačima zahtjev za naknadu štete.¹³⁸

U Direktivi o komunalnim uslugama relevantno odstupanje od mirovanja je dozvoljeno u onim slučajevima gdje je dopušteno da se ugovor dodjeljuje bez poziva za nadmetanje.

2.3. Automatska suspenzija

Svako pravno osporavanje odluke o dodjeli ugovora prije ulaska u ugovor (što će najvjerojatnije biti u periodu mirovanja) aktivira automatsku obustavu dodjele ugovora. Ako ugovor još nije dodjeljen, nakon što ugovorni organ dobije saznanje da je obrazac zahtjeva za podnošenje pravnog lijeka izdat, ne smije zaključivati ugovor. Ovo je automatski obustava dodjele ugovora, odnosno suspenzija.

Nadležni organ može podnijeti zahtjev sudu da se obustava ukine, a sud će tada razmotriti da li je prikladno odrediti privremenu zabranu kojom se sprečava stupanje na snagu ugovora. U odgovoru na ovo pitanje sudovi polaze od toga:¹³⁹

- da postoji ozbiljno pitanje koje treba pokrenuti,
- da li je obeštećenje adekvatno pravno sredstvo i
- gdje leži ravnoteža pogodnosti.

Bilo je sugestija da se naprave izvjesna odstupanja,¹⁴⁰ ali se čini da se navedeni test pokazao kao ispravno mjerilo. Test se u sudskoj praksi primjenjuje kako bi se utvrdilo da li:

- je u javnom interesu da se javne vlasti pridržavaju pravila o nabavkama;
- bi odšteta bila adekvatan lijek za podnosioca zahtjeva;

¹³⁸ Вид. А. Reich and O. Shabat, *The Remedy of Damages in Public Procurement in Israel and the EU: A Proposal for Reform*, Thomson Reuters 2014, стр. 65 доступно на: https://law.biu.ac.il/sites/law/files/shared/pplr_issue2_reichrevisedfeb2014_3.pdf (приступ 27. мај 2020)

¹³⁹ Вид. А. Ramlugon, *A review of the American cyanamid principles - the meaning of „adequate remedy“*, Bargate Murray 2014, у ком анализира пресуду American Cyanamid Co v Ethicon Ltd [1975] AC 396, доступно на: <https://bargatemurray.com/a-review-of-the-american-cyanamid-principles-the-meaning-of-adequate-remedy/> (приступ 02. јуни 2020)

¹⁴⁰ Вид. Р. Lee and others, *New procuremet directives-consultation and proposed transposition*, Philip Lee 2014, у ком се анализира пресуда OCS One Complete Solution Ltd v Dublin Airport Authority PLC [2014] IEHC 306 у којој је разматрано питање аутоматске суспензије, доступно на: <http://www.philiplee.ie/wp-content/uploads/2015/03/Procurement-Newsletter-Nov-2014.pdf> (приступ 02. јуни 2020)

- bi se podnosiocu zahtjeva, u slučaju da se odobri zabrana, uskratio propisani pravni lijek (tj. automatska suspenzija);
- bi finansijski zahtjev bio mnogo veći nego što tuženi može da ispuni, ako podnosiocu tužbe ne bi bila data sudska zabrana,
- bi u takvom scenariju bilo u javnom interesu da poreski obveznici plaćaju dva puta - prvo pružaocu usluga koje je odabrala vlast, a drugo uspješnom podnosiocu zahtjeva na suđenju i
- bi finansijski uticaj na stranke i javnost proizišao iz kašnjenja u zaključenju ugovora bio skroman u poređenju sa uticajem na podnosioca zahtjeva i na javnost od dopuštanja ugovora do suđenja

2.4. Lijek za neefikasnost

Druga inovacija je izjava o neefikasnosti. Direktiva 2007/66 je članom 2d kodifikovala u suštini presudu donijetu u predmetu *Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH protiv Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall-und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*.¹⁴¹ Ovim odredbama je predviđeno da države članice moraju osigurati da ugovorni organ može donijeti izjavu o neefikasnosti ugovora u određenim okolnostima kada je došlo do ozbiljnog kršenja pravila postupka, tako da se ponuđaču uskratila mogućnost da ospori odluku o dodjeli ugovora. Nametanjem neefikasnosti nezakonito dodijeljenog ugovora cilj je da se odvrate naručioci da dodjeljuju takve ugovore uprkos nevažećim radnjama izvršenim u očitim povredama postupka nabavke. (član 2d (1)).

Neefikasnost u suštini predstavlja *raskid* ugovornih obaveza. Konkretnije, ugovor u načelu treba proglasiti nevažećim ako se dodjeljuje bez prethodne objave obavještenja o ugovoru u Službenom listu EU, a da to nije dozvoljeno kao izuzetak u direktivama EU.¹⁴² To su, recimo, situacije u kojima je došlo do kršenja pravila mirovanja i automatske obustave kada je povreda lišila ponuđača (koji je podnio zahtjev za reviziju) mogućnosti da preduzme pravna sredstva protiv ugovora¹⁴³, kao i u slučaju kršenja pravila o prekidima u okvirnim sporazumima i

¹⁴¹ Вид. пресуду C-26/03 Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna EU-a 2005 I-00001

¹⁴² Вид. и Уводну изјаву 14 фф.

dinamičkim sistemima nabavke.¹⁴⁴ Države članice slobodne su odlučiti hoće li i u kojoj mjeri riješiti neefikasnost u situacijama koje nadilaze tri gore navedena slučaja.

Neefikasnost se ne podrazumijeva, odnosno nije automatska, već je u nadležnosti suda ili drugog organa kome je dato u nadležnost razmatranje pravnih lijekova od strane nacionalnih zakona. Države članice mogu nacionalnim zakonima utvrditi da će se provoditi retroaktivno otkazivanje svih obaveza predviđenih ugovorom, ili mogu da propišu da će, bez obzira na otkazivanje predviđenih obaveza, na snazi ostati one obaveze koje moraju da budu izvršene. U drugom slučaju, države članice moraju propisati obavezu izricanja alternativnih kazni. Uglavnom je u pitanju opšti ineteres da se takav ugovor održi na snazi.

Navedeni izuzetak, u smislu održavanja ugovora na snazi zbog postojanja opšteg interesa, propisan je članom 2d Direktive o pravnim lijekovima. Činjenica je da države članice koriste ovu odredbu i u nacionalnim zakonodavstvima stvaraju pravne osnove za primjenu ovog izuzetka što češće. Međutim, evropski zakonodavac je ograničio ovu mogućnost time što se moraju u svakom slučaju uzeti u obzir i ekonomski razlozi koji se odnose na opšti interes, tj. da se utvrdi da bi donošenje odluke o neefikasnosti ugovora dovela do nesrazmjernih ekonomskih posljedica. U tom smislu, kao ekonomski preovlađujući razlozi neće se smatrati oni koji uključuju, između ostalog, trošak proizašao iz kašnjenja u izvršavanju ugovora, troškovi koji proizlaze iz pokretanja novog postupka nabavke, troškovi proizašli iz promjene ekonomskog operatera koji izvršava ugovor i troškovi pravnih obaveza koji proizlaze iz neefikasnosti. Zapravo, kada se uzmu ova ograničenja, prilično je teško smisliti razloge koji se mogu podvesti pod nesrazmjerne ekonomske posljedice.

Uvodna izjava 23 propisuje da se ugovor koji je otkazan ne može konvalidirati. Međutim, odmah se dodaje da, ako iz tehničkih ili drugih opravdanih razloga dio ugovornih obaveza koje još nisu izvršene, a može ih izvršiti samo ugovorni subjekat kojem je i dodijeljen ugovor putem pregovaračkog postupka, tada bi se ugovor mogao vratiti u pravni život i ostati na snazi. U praksi se rijetko proglašava neefikasnost, odnosno rijetko dolazi do otkazivanja

¹⁴³ Вид. и Уводну изјаву¹⁸ којом се каже да једино кршење тих заштитних мјера неће довести до неефикасности ако се не прекрши ни важно материјално правило јавне набавке

¹⁴⁴ Вид. чл. 2 (б) и (ц).

ugovora, ali njegova jačina leži u odvrćajućem učinku, kako na javni organ, tako i na potencijalne ponuđače, u slučajevima kada su u iskušenju da se odreknu postupaka dodjele.⁴²

Prema članu 2 (d) (4) Direktive, neefikasnost se isključuje i u slučaju kada je u pitanju situacija u kojoj je moguće dobrovoljno *ex ante* obavještenje o transparentnosti (odnosno, obavještenje u kome se navodi namjera zaljučenja ugovora) objavljeno u Službenom listu i kada je određen period mirovanja.

Prema shvatanju suda u postupku pred organom za reviziju, tada organ mora da utvrdi da li su ispunjeni potrebni uslovi propisani zakonom i da li je javni organ postupao u skladu sa istima, a sve u skladu sa navedenim razlozima koje je dostavio javni organ. Na kraju, dobrovoljno prethodno obavještenje o transparentnosti nije apsolutna prepreka za utvrđivanje neefikasnosti i otkazivanje ugovora. Ipak je omogućeno da sud ili drugi nadležni organ utvrde opravdanost isključivanja konkurencije.

Treba, ipak, istaći da ovaj institut predstavlja oblik borbe protiv ilegalne neposredne dodjele ugovora putem kojeg nacionalni organi za reviziju mogu odlučiti da je potpisani ugovor dodijeljen kršenjem pravila o nabavci neefikasan nakon njegovog zaključenja.

Procedura za podnošenje prijava za utvrđivanje neefikasnosti je propisana i striktna. Svaka prijava za neefikasnost mora se podnijeti u roku od 30 dana od obavještenja o dodjeli ugovora (ili u roku od šest mjeseci od zaključenja ugovora, ako nije objavljeno nikakvo obavještenje).

U slučaju nezakonite neposredne dodjele, kada nije objavljeno obavještenje o ugovoru ili „dobrovoljno *ex ante* transparentno obavještenje“, ponuđači imaju rok od šest mjeseci od datuma dodjele ugovora da podnesu zahtjev za donošenje odluke o neefikasnosti. Član 2d (1) omogućava državama članicama da mogu uvesti svoje vremenske rokove, ali je ono ipak ograničeno do 30 kalendarskih dana.

2.5. Naknada štete

Neuspješni ponuđač koji razmišlja kako bi osporio dodjelu javnog ugovora ima utvrđen vremenski okvir unutar koga ponuđač mora odlučiti hoće li podnijeti prigovor i kao što je vidljivo, rok je vrlo kratak, pa se odluka često mora donijeti na osnovu nepotpunih informacija. Ako ponuđač želi da obustavi nabavku i osigura mogućnost da mu se dodijeli

ugovor, morati pokrenuti postupak za vrijeme mirovanja, prije zaključenja ugovora u roku od 10 dana od obavještenja o dodjeli ugovora. Obavješćavanje ima za posljedicu sprečavanje zaključenja ugovora. Međutim, nakon isteka razdoblja mirovanja i zaključenja ugovora, jedini dostupni lijek vjerojatno će biti zahtjev za naknadu štete.

Podnosioci zahtjeva mogu se nadoknaditi troškovima pripreme i podnošenja ponuda. Sud može dodijeliti i dio izgubljene dobiti, posebno ako je neuspješna ponuda podnosioca zahtjeva bila izrazito visoka.

Rokovi za pokretanje postupka za naknadu štete variraju zavisno o državi članici. U većini slučajeva ponuđači će imati najmanje 30 dana za podnošenje zahtjeva za naknadu štete. Na primjer, u Velikoj Britaniji je vremenski rok 30 dana od dana kada je ponuđač prvi put znao, ili je trebalo da zna za kršenje zakona, ali sud može diskreciono da to produži tamo gdje postoji dobar razlog za to, ali samo najviše do tri mjeseca od datuma saznanja.

Da bi se utvrdilo postojanje štete, ponuđač mora da dokaže da su ispunjeni određeni uslovi, koje je razvio Evropski sud pravde. Prije svega, mora biti ispoštovano načelo odgovornosti države¹⁴⁵ koje je utvrđeno sudskom praksom, u odluci donijetoj u predmetu *Andrea Francovich i drugi protiv Republike Italije*.¹⁴⁶

Prema stavu suda, države će biti odgovorne ukoliko su ispunjeni sljedeći uslovi:

- da je povrijeđena norma prava EU koja dodeljuje neko pravo pojedincu,
- povreda mora biti dovoljno ozbiljna i
- mora postojati direktna uzročno-posljedična veza između kršenja obaveze i štete koju pretrpi oštećena strana.

Definisanje zahtjeva da postoji uzročno-posljedična veza predstavljaju veliku poteškoću i na različite načine je riješeno u nacionalnim pravima.

Prema pravu Engleske i Velsa traži se da neuspješni ponuđač dokaže veliku vjerojatnoću, gotovo sigurnost da bi on bio uspješan u postupku da nije došlo do kršenja zakona. Prema

¹⁴⁵ Више вид. Р. Вукадиновић и Ј. Вукадиновић Марковић, *Увод у институције и право Европске уније*, op.cit. стр. 163.

¹⁴⁶ Вид. Обједињене пресуде *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic* EU-a 1991 I-05357 ECLI:EU:C:1991:428 Case No C-6/90, C-9/90 C-6/90 and C-9/90, тач. 40

njemačkom pravu, ne može se tražiti izgubljena dobit zbog neuspjeha u izboru, jer kao posljedica načela ugovorne slobode, pod normalnim okolnostima, nijedna zakonska odredba ne propisuje obavezu da naručilac dodijeli ugovor ponuđaču, čak i ako nema valjanog razloga da mu ne želi dodijeliti ugovor. Šteta zbog gubitka dobiti može biti dodijeljena tamo gdje neuspješni ponuđač može dokazati da je podnio najpovoljniji prijedlog ponude, ali je ugovor dodijeljen drugom ponuđaču. Dakle, odštete zbog gubitka dobiti možda nisu dostupne gdje je tender poništen. Ponuđač dalje mora dokazati da bi ugovor bio dodijeljen njemu da nije bilo povrede postupka. Prema francuskom pravu, kako bi dobio odštetu za izgubljenu dobit oštećeni ponuđač mora uvjeriti sud da je imao vrlo ozbiljnu šansu za dodjelu ugovora. Prema švedskom pravu, oštećeni ponuđač mora dokazati da postoji odgovarajuća uzročno-posljedična veza između povrede i gubitka dobiti. Takođe mora dokazati da se uložio razuman napor da se minimiziraju njegovi gubici. Kao što se vidi, pravila su vrlo teška za provođenje i često onemogućavaju dodjelu nakanade štete.

Slične teškoće postoje i kod određivanja visine štete. U većini država članica obično je naknada relativno niska. Samo u vrlo rijetkim slučajevima tužioci su bili uspješni u dobijanju odštete za izgubljenu dobit. Iako se obično dodjeljuje povrat troškova u većini država članica, pitanje odštete za izgubljenu dobit je manje sigurna. S obzirom na neizvjestan finansijski ishod akcije za dobijanje šteta, nastaju i ozbiljne posljedice na djelotvornost pravnog sredstva za naknadu štete, budući da oštećeni ponuđači mogu oklijevati da započnu takav postupak.

Budući da se odgovornost države provodi pred nacionalnim sudovima, postupci za naknadu štete moraju biti u skladu s načelima ekvivalentnosti (onim postupcima koji su dostupni za slične zahtjeve za naknadu štete) i djelotvornosti (kako bi se osiguralo da se poštuje zakon EZ). Sve dok poštuje ova dva načela, država članica može propisati vlastite postupke za zahtjeve koji se tiču, npr. dokaza i vremenskih ograničenja.

3. Povezanost direktiva i Povelje o osnovnim pravima EU

Povelja o osnovnim ljudskim pravima EU (*CFR*) je primjenjiva na nacionalne upravne nadzore i na sudsku zaštitu javnih ugovora. Primjena je neophodna zbog potrebe ojačanja proceduralnih prava poput prava na pristup spisu i na saslušanje prije nego što se negativna odluka donese u nekoliko područja aktivnosti javnih nabavki EU. To u konačnici dovodi do

proceduralnih zahtjeva primjenjivih na reviziju odluka koje uključuju upravno diskreciono pravo, posebno u slučaju primjene nepovoljnih opštih upravnih pravila, ili u pogledu odluka o isključenju ekonomskih subjekata ili odbijanja njihovih ponuda.

3.1. Obim primjene

Članom 51 Povelje o osnovnim pravima EU (*CFR*) određuje se opšti obim primjene osnovnih prava u *CFR* -u. Prema članu 51. (1), ove odredbe primjenjuju se na sve institucije i organe Unije i država članica, samo kad provode pravo Unije. Prema ovom članu, sudska praksa je utvrdila da za procjenu da li se provodi pravo EU kroz nacionalna prava, sud mora ispitati prirodu zakonodavstva i da li se isto, eventualno, zasniva na drugim ciljevima suprotno onim koji su obuhvaćeni pravom EU, čak i ako indirektno mogu uticati na EU zakone.

U dva slična slučaja (*Venturini i Enterprise Focused Solutions*¹⁴⁷), sud je zauzeo stav da se, bez obzira što ugovori o javnim nabavkama kad su ispod odgovarajućeg praga izlaze izvan okvira značajnih pravila o javnim nabavkama u EU, i na njih primjenjuju načela kao što su načelo zabrane diskriminacije i transparentnosti.

3.2. Pravo na dobru upravu

Prema članu 4.1 (1) *CFR*, svaka osoba ima pravo da obavlja poslove pred institucijama i organima EU na nepristrastan, pravedan način i u razumnom roku. U članu 41. stav 2. navedeno je da pravo na dobru upravu uključuje pravo svake osobe da bude saslušana prije bilo kakvog preduzimanja pojedinačnih mjera koja bi negativno uticala na njega ili nju. Svaka osoba, takođe, ima pravo na pristup upravnim spisima, poštujući legitimne interese povjerljivosti i profesionalnosti i zaštite poslovne tajne. Nadalje, pravo na dobru upravu nameće i obaveza uprave da obrazloži odluke.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Вид. Обједињене пресуде: *Alessandra Venturini and others v ASL Varese and others*, Case No. C-159/12 and *Anna Muzzio v ASL Pavia, Ministero della Salute, Regione Lombardia, Comune di Bereguardo, Agenzia Italiana del Farmaco*, Case No. C-161/12SC EU:C:2013:791, тач. 38 i пресуду: *Enterprise Focused Solutions SRL v Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia*, ECLI:EU:C:2015:228 Case No. C-278/14, тач. 25

¹⁴⁸ Вид. Одлуку у предмету: *M. M. v Minister for Justice, Equality and Law Reform and others*, EU:C:2012:744 Case No C-277/11, тач. 83

3.3. Pravo na efikasan lijek

Pravo na efikasan pravni lijek i pravično suđenje sadržano je u članu 47. *CFR*. Prema ovom članu, „svi, čija su prava i slobode zagarantovane zakonom Unije, prekršena imaju pravo na efikasan lijek”. Dakle, da bi se član 47. primijenio, prava ili slobode koja su navodno prekršena, moraju biti zagarantovana prava ili slobode u pravu EU. Pravo na efikasan pravni lijek podrazumijeva pravo na pružanje dovoljno informacija na osnovu kojih je osoba u stanju pripremiti efikasnu odbranu od sankcija o kojima je odlučila javna vlast. U slučaju *Orizzonte Salute*¹⁴⁹, sud je utvrdio da se odredbe u Direktivi o pravnim lijekovima moraju tumačiti u svjetlu osnovnog prava zagarantovanog *CFR*-om, posebno prava na efikasan pravni lijek pred sudom ili sudom predviđenim članom 47.

Efikasnosti doprinose i pravilno odmjereni rokovi za pokretanje odgovarajućeg postupka zaštite (prigovori, žalbe i tužbe). Rokovi se mogu razlikovati u državama članicama, ali u nekim slučajevima mogu zahtijevati pravni postupak u roku od 10 dana od trenutka kada je podnosilac zahtjeva bio ili je trebalo da bude svjestan kršenja.

Rok za osporavanje dodjele ugovora u nekim državama članicama može biti ograničen na 30 dana, a u nekim slučajevima pravna radnja je najefikasnija ako se izvrši u roku od 10 dana od slanja odluke o dodjeli ugovora ekonomskim subjektima koji učestvuju.

Iako su direktivom EU propisani minimalni standardi, pravni postupak će se voditi u državi članici u kojoj je objavljen ugovor. U nekim državama članicama (npr. Danska) regulatorni organ rješava prigovore, dok će u drugim (npr. U Švedskoj, Francuskoj ili Velikoj Britaniji) sporovi proizašli iz ugovora o javnoj nabavci biti saslušani pred sudom.

¹⁴⁹ ВИД. *Orizzonte Salute v Azienda Pubblica di Servizi alla persona San Valentino and others*, EU:C:2015:655 Case C-61/14, тач. 48 i 49

GLAVA VII

PRAVNI ASPEKTI JAVNIH NABAVKI U BIH

1. Uopšte

Javne nabavke su institut koji privlači mnogo pažnje u analizama pravnika, ekonomista i politikologa širom svijeta. I dok se kod nas ovo pitanje uglavnom predstavlja kao „područje pravne struke“, jer je oblast definisana zakonskim i podzakonskim aktima, pitanje javnih nabavki se čini mnogo značajnije za ekonomiste, politikologe, ali i sve nosioce javnih funkcija u jednoj zemlji.¹⁵⁰

Nakon višegodišnjeg procesa zagovaranja, izrade i konsultacija, novi Zakon o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine (ZJN) usvojen je 2014. godine.¹⁵¹ Slično kao i prilikom izrade direktiva Evropske unije koje se odnose na oblast javnih nabavki, i inicijativu za izradu novog jedinstvenog okvira javnih nabavki u BiH pokrenule su zajedno i institucije vlasti i organizacije civilnog društva, uz podršku Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj (*OECD*).

Reformom oblasti javnih nabavki u Bosni i Hercegovini nastojali su se ukloniti brojni problemi koji su pratili provođenje ranijeg zakona. Nedostatak transparentnosti, neadekvatna prevencija zloupotreba, birokratske prepreke, nedovoljno definisanje odgovornosti naručioca, samo su neki od nedostataka koji je trebalo da budu otklonjeni novim zakonom. Novi zakon, iako donesen sa namjerom unapređenja postupaka javnih nabavki, ostavio je prostor za sporno djelovanje.

Do danas je ustanovljeno da loš sistem javnih nabavki, kako u razvijenim zemljama, tako i u onim u razvoju, negativno utiče na održivi razvoj i ekonomski rast. Istovremeno, javne nabavke su vrlo osjetljiv segment regulisanja javnog sektora, gdje propusti u njihovom regulisanju snažno podstiču korupciju i koruptivne prakse, a ujedno jako utiču na demokratske procese u jednoj zemlji. Kodifikacije normi u okviru sistema javnih nabavki zahtijevaju jasno razumijevanje i čvrstu posvećenost svih aktera – vlasti, poslovnog sektora i društva. Stoga je

¹⁵⁰ A. Draganić, B. Kovačević, *Integritet ugovornih organa u javnim nabavkama, Dometi Expost monitoringa*, Agencija za razvoj preduzeća Eda, Banja Luka, 2018, стр. 8.

¹⁵¹ Zakon је усвојен у Парламентарној скупштини БиХ и то на 64. сједници Представничког дома, одржаној 13. марта 2014. године, и на 37. сједници Дома народа, одржаној 29. априла 2014. године. Нови ЗЈН је објављен у „Службеном гласнику БиХ“ број 39/14, дана 19. маја 2014. године, и ступио је на снагу 27. маја 2014, док је његова примјена почела шест мјесеци од дана ступања на снагу, тј. 27. новембра 2014

veoma značajno da se u razvoj sistema javnih nabavki uključe svi relevantni akteri, s ciljem definisanja konkretnih mjera – preventivnih, ali i kaznenih – koje su usmjerene na pitanja odgovornosti, transparentnosti i integriteta na svim nivoima društvenog, političkog i ekonomskog sistema.¹⁵²

Skoro deset godina primjene ranijeg Zakona o javnim nabavkama BiH ukazivalo je na mnogobrojne slabosti uspostavljenog sistema javnih nabavki i potrebu za njegovim konkretnijim normiranjem, harmonizacijom sa načelima i procedurama sistema javnih nabavki Evropske unije, te za uvođenjem efikasnijih mehanizama kontrole cjelokupnog sistema. Dosadašnja primjena ZJN-a i dalje ukazuje na brojne propuste i narušavanje integriteta u okviru sistema javnih nabavki.¹⁵³

2. Vrste postupaka

Zakon o javnim nabavkama omogućava ugovornim organima da, u zavisnosti od vrste nabavke i uslova u kojima se nabavka provodi, primjenjuju različite vrste postupaka:

1. Otvoreni postupak, u kome svi zainteresovani ponuđači na osnovu javnog poziva mogu podnijeti ponudu, predstavlja osnovnu vrstu postupka.
2. Kada su u pitanju kompleksniji projekti, ugovorni organi mogu provesti ograničeni postupak, gdje u pretkvalifikacionoj fazi zainteresovani ponuđači dostavljaju zahtjev za učešće, nakon čega ugovorni organ poziva samo kvalifikovane kandidate da dostave ponude.
3. Konkurs za izradu idejnog rješenja raspisuje se prilikom nabavki iz specifičnih oblasti, poput arhitekture, građevinarstva ili prostornog uređenja.
4. U izuzetnim situacijama, kao što su, npr. slučajevi krajnje hitnosti, ili u uslovima gdje se zbog tehničkih ograničenja ili ekskluzivnih prava ugovor može dodijeliti samo jednom ponuđaču, ugovorni organ može primijeniti pregovarački postupak sa ili bez objavljivanja obavještenja o nabavci. Bitno je napomenuti da se radi o dvije vrste postupaka javnih nabavki: pregovarački postupak sa objavom obavještenja i pregovarački postupak bez objave obavještenja o nabavci, te se npr. kod primjene

¹⁵² A. Draganić, B. Kovačević, *Integritet ugovornih organa u javnim nabavkama, Dometi Expost monitoringa*, op.cit. стр. 8.

¹⁵³ Исто дјело, стр. 9.

pregovaračkog postupka sa objavom obavještenja ne mogu koristiti razlozi “ekskluzivnih prava, krajnje hitnosti” i sl. već samo uslovi propisani čl.20. Zakona o javnim nabavkama. Ova vrsta postupka omogućava ugovornim organima da sa ponuđačem pregovaraju o finansijskom, tehničkom, administrativnom ili bilo kojem drugom aspektu ponude.

5. Ugovori manje vrijednosti mogu se sklapati putem konkurentskih zahtjeva, gdje se od najmanje tri ponuđača zahtijeva da dostave svoju ponudu, od kojih se potom bira najpovoljnija, te putem direktnog sporazuma, u kome ugovorni organ prikuplja prijedlog cijene ili ponudu od pojedinačnog dobavljača.
6. Konačno, novi zakon predvidio je novu vrstu postupka, takmičarski dijalog, koji daje mogućnost ugovornim organima da sa zainteresovanim ponuđačima vode dijalog o razvijanju jednog ili više odgovarajućih rješenja koja mogu ispuniti njihove zahtjeve i na osnovu kojih su izabrani ponuđači pozvani da podnesu ponude.

Postupak za dodjelu ugovora o uslugama iz Aneksa II dio B ZJN-a je regulisan posebnim Pravilnikom.¹⁵⁴

Stoga, vrste ugovora po javnim nabavkama možemo podijeliti po nekoliko kriterijuma. Prema Zakonu o javnim nabavkama, najrelevantniji su svakako kriterijum (pretežne) rezistentnosti i kriterijum vijednosti ugovora.

U okviru domaćih vrijednosnih razreda, postoji nekoliko vrsta postupaka:

1. Otvoreni postupak: primarni postupak dodjele ugovora za radove, robe i usluge, osim ako su ispunjeni uslovi za ograničeni postupak sa pretkvalifikacijom (konsultantske usluge).
2. Ograničeni postupak sa pretkvalifikacijom - primjenjuje se u slučaju obimnih i složenih nabavki, koje zahtijevaju pretkvalifikaciju. Ovim postupkom dodjeljuju se ugovori o pružanju konsultantskih usluga.

U otvorenom i ograničenom postupku, pregovori između ugovornog organa i ponuđača nisu dopušteni. Ako ugovorni organ ocijeni da je ponuđena cijena neprirodno niska, pismeno će od ponuđača zahtijevati da obrazloži ponuđenu cijenu. Ako ponuđač ugovornom organu ne ponudi osnovano obrazloženje koje može, između ostalog, sadržavati i poređenje s cijenama na tržištu, ugovorni organ će odbaciti ponudu. Ponuđač je dužan pismeno dostaviti detaljne

¹⁵⁴ Правилник о јавним набавкама (“СГ БиХ”, бр. 66/16)

informacije o relevantnim sastavnim elementima ponude, uključujući elemente cijene, odnosno razloge ponuđene cijene. Ugovorni organ razmatra objašnjenja koja se na primjeren način mogu odnositi na:

- ekonomičnost proizvodnog procesa, pruženih usluga ili građevinske metode;
- izabrana tehnička rješenja i/ili izuzetno pogodne uslove koje ponuđač ima za dostavu robe ili usluga, ili za izvođenje radova;
- originalnost robe, usluga ili radova koje je ponuđač ponudio;
- usklađenost s važećim odredbama koje se odnose na radnu zaštitu i uslove rada na mjestu gdje se isporučuje roba, pruža usluga ili izvodi rad;
- mogućnost da ponuđač prima državnu pomoć.

Ako ugovorni organ utvrdi da je ponuda neprirodno niska zato što ponuđač prima državnu pomoć, ponuda može biti odbačena samo ako ponuđač nije u mogućnosti da, u razumnom roku koji je odredio ugovorni organ, dokaže da je državna pomoć dodijeljena u skladu s važećim zakonom. Ugovorni organ odbacuje zahtjev za učešće ili ponudu ako kandidat/ponuđač nije dostavio tražene dokaze, ili je dostavio nepotpune dokaze, ili je lažno predstavio informacije koje su dokaz.¹⁵⁵

3. Pregovarački postupak sa objavljivanjem obavještenja o nabavci primjenjuje se u slučajevima:

- u otvorenom ili ograničenom postupku nije bilo ponuda koje ispunjavaju tražene uslove i kada je UO ponovio postupak sa odgovarajućim izmjenama uslova,
- u izuzetnim, posebnim slučajevima ugovora za radove ili usluge, kada priroda radova/usluga ili rizici vezani uz radove/usluge, ne dozvoljavaju utvrđivanje ukupne cijene,
- kada se radi o radovima isključivo sa ciljem istraživanja, testiranja ili razvoja,

4. Pregovarački postupak bez objavljivanja obavještenja o nabavci:

Za radove/robe/usluge:

¹⁵⁵ A. Tulić, M. Porobić, S. Golubović, *Priručnik za sudije i tužioce: Korupcijski rizici u postupcima javnih nabavki*, Udruženje "Centar za razvoj medija i analize", u okviru projekta Antikorupcijska mreža u Bosni i Hercegovini (ACCOUNT), Sarajevo, 2019, strp. 32.

- Kada nijedna ili nijedna odgovarajuća ponuda nije dostavljena u otvorenom ili ograničenom, pa ni ponovljenom postupku sa promijenjenim uslovima, a da su svi kvalifikovani ponuđači pozvani na pregovaranje.

- Kada nijedan zahtjev za učešće u ograničenom postupku nije dostavljen ili ni jedan kvalifikovani kandidat nije zatražio učešće u ograničenom postupku, pa ni ponovljenom postupku sa promjenjenim uslovima. U ovom kontekstu treba pomenuti da je manjak konkurencije rizik javne nabavke koji zapravo ukazuje da sa samim tenderom „nešto nije u redu“. Nezainteresovanost ponuđača da dostave ponude u, često vrlo izdašnim, državnim poslovima svakako je podatak koji govori o veoma niskom nivou povjerenja ponuđača u sistem javnih nabavki. U takvim uslovima, ponude malog broja zainteresovanih ponuđača, pogoduju povećanju cijena ili smanjenju kvaliteta isporučenog predmeta nabavke. Prema ranijim zakonskim rješenjima i tumačenjima, pri većini postupaka je bilo neophodno prikupiti barem tri ispravne ponude, kako bi se postupak mogao okončati. Ovo je doводilo do velikog broja poništenih postupaka nabavki iz prostog razloga što nije prikupljen dovoljan broj ispravnih ponuda. Novo zakonsko rješenje dopušta ugovornim organima da okončaju postupak, odnosno dodijele ugovor čak i kada je primljena samo jedna ispravna ponuda.¹⁵⁶ Nadalje, takođe u ovom kontekstu, uočeno je u većem broju slučajeva, zbog činjenice da ne predstavlja kršenje zakona, ovaj rizik institucije za reviziju nisu posebno apostrofirale u posljednjim periodima revizije.

Privid konkurencije je u uskoj vezi sa manjkom konkurencije, s tim da se kod ovog rizika, tobože, pojavljuje odgovarajući broj kandidata, ali se pažljivijim uvidom u odnose između tih kandidata može utvrditi njihova povezanost, najčešće kroz vlasničke udjele, tako da prave konkurencije, zapravo, i nema. Takođe, privid konkurencije je uočen i u većem broju slučajeva gdje se ispostavilo da su svi ponuđači zapravo dileri istog proizvođača, uvoznika i sl. Iako ovaj rizik nije uočen u većem broju obrađenih slučajeva, svakako se ne smije zanemariti. Najčešći uočeni slučajevi privida konkurencije se odnose na vlasništvo izabranog ponuđača nad ostalim ponuđačima koji

¹⁵⁶ Поразан је податак да је у БиХ у 2017. години у поступцима набавке роба (гдје постоји највећи број понуђача), просјечан број понуда био 2,28. *OECD (2017) Monitoring Report: The Principles of Public Administration*.

su učestvovali u postupku, zatim slučajeve gdje je izabrani ponuđač davalac licenci za obavljanje traženog posla za druge ponuđače učesnike, pa do toga da su lica ovlašćena za zastupanje ista kod svih ponuđača.

Izigravanje konkurencije je rizik koji kod nas nije primijećen ni u jednom slučaju. Ovaj podatak ne iznenađuje, jer institucije za reviziju ove obrasce ponašanja veoma teško uočavaju primjenom postojećih uzoraka i metoda, iako su sasvim sigurno prisutni. Izigravanje konkurencije podrazumijeva aktivnost saradnje samih ponuđača, s ciljem eliminisanja konkurencije iz postupka i nametanja visokih cijena ili drugih nepovoljnih uslova. Najčešće se radi o podnošenju dosta visokih ponuda od više ponuđača, tako da i najniža ponuda biva nerealno visoka, zatim o podjeli tržišta prema geografskim i drugim načelima, „odustajanju“ pojedinih ponuđača u kritičnim fazama postupka i sl. Očigledno je da je za ovakva narušavanja konkurencije, neophodno da na tržištu postoji manji broj ponuđača (npr., veći građevinski poduhvati). Kao što je navedeno, privid konkurencije i izigravanje konkurencije su rizici koji su prisutni na tržištu, ali ih je veoma teško uočiti standardnim metodama monitoringa kojima raspolažu institucije za reviziju javnog sektora. Slobodno možemo tvrditi da bi veća transparentnost javnih registara poslovnih subjekata, kao i posmatranje obrazaca kako pojedini dobavljači „dobijaju“ ugovore u dužem vremenskom periodu, znatno umanjila mogućnost pojave ovih rizika.¹⁵⁷

- Kada zbog suštinskih, tehnički dokazivih ili umjetničkih razloga ili zaštite ekskluzivnih prava, samo određeni dobavljači mogu izvršiti nabavku.

- Kada se iz razloga krajnje hitnosti, ne može provesti ni ubrzani ograničeni postupak.

Za robe:

- namijenjene istraživanju, eksperimentisanju, proučavanju ili razvoju,
- za dodatne isporuke koje vrši prvobitni dobavljač (djelimična zamjena ili ugradnja, proširenje postojećih isporuka, a prethodni ugovori na snazi),
- robe i nuđene i kupljene na berzovnom tržištu,
- robe pod izuzetno povoljnim uslovima ili od dobavljača u postupcima likvidacije, stečaja ili sl.

¹⁵⁷ A. Draganić, B. Kovačević, *Integritet ugovornih organa u javnim nabavkama, Dometi Expost monitoringa*, op.cit. str. 36.

Za usluge:

- kada ugovor slijedi nakon konkursa za izradu idejnog rješenja, a ugovor se dodjeljuje pobjedniku ili jednom od pobjednika.

Posebni slučajevi usluge/ radovi:

- za dodatne usluge ili radove koji nisu uključeni u prvobitno razmatrani projekat ili ugovor, koji usljed nepredviđenih okolnosti postanu neophodni za izvršenje ili izvođenje, a ne mogu se odvojiti od glavnog ugovora. Ugovor se dodjeljuje dobavljaču po glavnom ugovoru, maksimalno do 50% vrijednost glavnog ugovora,

- za nove usluge ili radove, koji su ponavljanje sličnih usluga ili radova povjerenih dobavljaču ranijim ugovorom u otvorenom ili ograničenom postupku. Ova opcija se može koristiti u roku od 3 godine od potpisa glavnog ugovora, a mora biti najavljena kod raspisivanja tendera.

5. Konkurs za izradu idejnog rješenja najčešće se koristi u oblasti prostornog uređenja, urbanizma, arhitekture, građevinarstva ili kod rješenja za sisteme obrade podataka. Može se koristiti u svim slučajevima kada se želi dobiti plan ili idejni prijedlog.

U vezi s primjenom odgovarajućeg postupka, ugovornim organima zabranjeno je da dijele predmet nabavke kako bi se izbjegao otvoreni, a primijenio manje transparentan postupak.

Odabir neadekvatne procedure za sprovođenje postupka kao rizik po integritet se prvenstveno odnosi na nezakonit odabir netransparentnih procedura, kao što su direktni sporazum ili pregovarački postupak bez objave obavještenja. Zakon ukazuje da je osnovni postupak koji se preferira otvoreni postupak, te da u opravdanim slučajevima može doći do odstupanja od tog pravila. Međutim, monitoring ukazuje da brojni ugovorni organi idu ka postupcima koji su manje transparentni, bez zadovoljavanja zakonskih uslova za sprovođenje ovih postupaka. Posebno zabrinjava ogroman broj slučajeva nezakonitog korištenja pregovaračkog postupka bez objave obavještenja kao, zapravo, najmanje transparentnog postupka nabavke.¹⁵⁸ Prisutne su i brojne druge nepravilnosti koje teško narušavaju zakonitost postupaka nabavki. Tako, ugovorni organi primjenjuju praksu prostog nastavka isporuke po

¹⁵⁸ A. Draganić, B. Kovačević, *Integritet ugovornih organa u javnim nabavkama, Dometi Expost monitoringa*, op.cit. str. 30.

isteklim ugovorima, bez sprovođenja novog postupka; sprovode fiktivne postupke nabavki, na šta ukazuje nepostojanje koverti dostavljenih ponuda u arhivi i protokolu ugovornih organa; naknadno mijenjaju i dopunjavaju ponude; prihvataju ponude dostavljene telefaksom pri nabavkama milionske vrijednosti; odbijaju dostaviti zapisnike sa otvaranja ponuda ponuđačima ili ne potpisuju/ovjeravaju te zapisnike; ne obrazlažu usvojene odluke o dodjeli ugovora; te, na bezbroj drugih načina, teško narušavaju zakonitost postupaka. Zabrinjavajuće je i to što odgovorna lica u ugovornima organima vrše ozbiljna kršenja ZJN-a čak i u slučajevima kada su direktno obaviještena o nepravilnosti postupanja.¹⁵⁹

Posebno je bitno navesti da kriterijumi za dodjelu ugovora služe ocjenjivanju tehnički prihvatljivih ponuda, odnosno izboru najpovoljnije ponude. ZJN poznaje dva osnovna kriterijuma dodjele ugovora i to:

1. ekonomski najpovoljnija ponuda i
2. najniža cijena.

Prvi kriterijum nužno podrazumijeva dalju razradu koja se najčešće sastoji iz, pored naravno cijene, odgovarajućeg vrednovanja drugih parametara kao što su kvalitet, rok isporuke, uslovi plaćanja, ekološke karakteristike i sl. Upravo se kroz ekonomski najpovoljniju ponudu kao kriterijum često sakrije diskriminatorni, odnosno favorizujući pristup u javnim nabavkama.¹⁶⁰

Ugovori bi trebalo da budu dodijeljeni na osnovu objektivnih kriterijuma kojima se osigurava usklađenost s načelima transparentnosti, zabrane diskriminacije i jednakog postupanja, s ciljem osiguravanja objektivnog upoređivanja relativne vrijednosti ponuda kako bi se odredilo, uz poštovanje uslova efikasnog nadmetanja, koja ponuda je ekonomski najpovoljnija. Trebalo bi izričito navesti da ekonomski najpovoljniju ponudu treba procjenjivati na osnovu najbolje

¹⁵⁹ Исто дјело, стр. 31.

¹⁶⁰ Сљедећи примјер то свакако потврђује Казнено-поправном заводу Бања Лука, отворени поступак јавне набавке мрког угља није спроведен у складу са „Законом“ и „Упутством о примјени Закона“, због тога што је уговорни орган као елемент за бодовање прихватио рок испоруке од 0,083 дана који је упитан са становишта могућности испоруке у наведеном периоду. Према члану 13. став 3. „Закона о јавним набавкама Босне и Херцеговине“: „Тендерска документација треба да садржи јасне и одговарајуће информације за одабрани поступак додјеле уговора“, а под тачком г) истог члана: „Рокове за извршење/испоруку предмета уговора или трајање уговора“, што тендерска документација у овом поступку набавке не садржи. Тендерска документација треба да садржи одређене напомене и то: минимално и максимално прихватљив рок испоруке, рокови исказани испод заданих распона и изнад њих сматраће се неприхватљивим, навести да исказивање треба бити у данима или мјесецима, да изражавање нулом или ријечима није дозвољено. Извор: *Извјештај о ревизији збирних финансијских извјештаја Министарства правде Републике Српске*, 2014.

razmjere između cijene i kvaliteta, što bi uvijek trebalo da uključuje element cijene ili troška. Isto tako, trebalo bi pojasniti da bi se takva procjena ekonomski najpovoljnije ponude mogla sprovoditi i samo na osnovu ili cijene, ili isplativosti. Stoga je primjereno podsjetiti da javni naručioci mogu da odrede određene standarde kvaliteta uz korištenje tehničkih specifikacija ili uslove izvršenja ugovora.

Kako bi se u javnoj nabavci podstakla veća usmjerenost na kvalitet, države članice trebalo bi da budu ovlašćene da zabrane ili ograniče procjenjivanje „ekonomski najpovoljnije ponude” samo na osnovu cijene ili troška, ako to smatraju potrebnim.¹⁶¹

Pri procjenjivanju najbolje razmjere između cijene i kvaliteta, javni naručioci bi trebalo da odrede ekonomske i kvalitativne kriterijume u vezi sa predmetom ugovora koje će koristiti za tu namjenu. Primjenom tih kriterijuma trebalo bi da se omogući uporedna procjena nivoa uspješnosti svake ponude s obzirom na predmet ugovora, kako je utvrđeno u tehničkim specifikacijama. U kontekstu najbolje razmjere cijene i kvaliteta, ova Direktiva obuhvata nepotpun spisak mogućih kriterijuma za dodjelu koji uključuju ekološke i socijalne aspekte. Javne naručioce trebalo bi podsticati da odaberu kriterijume za dodjelu putem kojih će osigurati visokokvalitetne radove, robu ili usluge koje su najbolje prilagođene njihovim potrebama.

Odabranim kriterijumima za dodjelu na javne naručioce se ne prenosi neograničena sloboda izbora. Tim kriterijumima bi trebalo da bude zagarantovana mogućnost efikasnog i poštenog nadmetanja te bi trebalo da budu praćeni postupcima kojima se omogućava efikasna provjera informacija koje su pružili ponuđači.

U provođenju postupka javne nabavke ugovorni organ treba, između ostalog, da izvrši pregled i ocjenu ponuda, te njihovo rangiranje prema kriterijumima za dodjelu ugovora.

Prema Zakonu o javnim nabavkama, ugovorni organ dodjeljuje ugovor na osnovu jednog od sljedećih kriterijuma: ekonomski najpovoljnija ponuda, ili najniža cijena. Ugovorni organ dužan je da u tenderskoj dokumentaciji razradi kriterijum ekonomski najpovoljnije ponude na način da definiše i detaljno razradi potkriterijume za ocjenu, u skladu sa prirodom i svrhom konkretnog predmeta nabavke. Potkriterijumi mogu biti: kvalitet predmeta nabavke, cijena, tehnička sposobnost predmeta nabavke, funkcionalne i ekološke karakteristike, operativni troškovi, ekonomičnost, postprodajni servis i tehnička pomoć, rok isporuke ili rok za izvršenje i

¹⁶¹ Препоруке за израду приједога политика за повећње учешћа малих и средњих предузећа у процесу јавних набавки у БиХ, Сарајево, 2018. године, стр. 20.

sl., uz obavezu da se u tenderskoj dokumentaciji utvrdi precizna metodologija vrednovanja svakog potkriterijuma.

Uslovi za kvalifikaciju kandidata, odnosno ponuđača ne mogu biti potkriterijumi za ocjenu ponuda. Ugovorni organ ocjenjuje ponude koje su podnijeli kvalifikovani ponuđači, primjenjujući kriterijum za dodjelu ugovora utvrđen u tenderskoj dokumentaciji. Nakon ocjene ponuda, ugovorni organ dužan je da sačini zapisnik o ocjeni ponuda koji sadrži najmanje sljedeće podatke: naziv ugovornog organa, predmet javne nabavke, naziv ponuđača čije su ponude odbijene i razloge za njihovo odbijanje, dodjelu bodova po potkriterijumima za ocjenu ponuda, ako je kriterijum ekonomski najpovoljnija ponuda, (prema metodologiji utvrđenoj u tenderskoj dokumentaciji), rang-listu ocijenjenih ponuda, od najuspješnije ka najmanje uspješnoj, naziv ponuđača čija je ponuda ocijenjena najpovoljnijom, vrijednost ugovora ili okvirnog sporazuma.¹⁶²

Kako bi se osigurala ekonomski najpovoljnija ponuda, odluka o dodjeli ugovora ne bi trebalo da se zasniva isključivo na kriterijumima koji nisu povezani sa troškovima. Kriterijumi kvaliteta trebalo bi, stoga, da budu praćeni kriterijumom troška koji bi, u zavisnosti od izbora javnog naručioca, mogao biti cijena ili mogao biti zasnovan na pristupu isplativosti, poput troškova životnog vijeka. Međutim, kriterijumi za dodjelu ne bi trebalo da utiču na primjenu nacionalnih odredaba kojima se utvrđuje naknada za određene usluge ili u kojima su određene fiksne cijene za određenu robu.¹⁶³

U ovom kontekstu je bitno istaći da je transparentnost svakako nužna tokom cjelokupnog procesa javnih nabavki. Kako bi se osigurala usklađenost s načelom jednakog postupanja pri dodjeli ugovora, javni naručioci trebalo bi da budu obavezni da osiguraju potrebnu transparentnost, kako bi omogućili da su svi ponuđači na odgovarajući način obavješteni o kriterijumima i postupcima koji će se primjenjivati pri donošenju odluke o dodjeli ugovora. Javni naručioci, stoga, bi trebalo da budu u obavezi da navedu kriterijume za dodjelu ugovora i relativni ponder pripisan svakom od tih kriterijuma. Javnim naručiocima trebalo bi, međutim, da bude dozvoljeno odstupanje od te obaveze navođenja pondera koji se pripisuje tim kriterijumima u opravdanim slučajevima, za koje moraju da budu u mogućnosti da navedu razloge, ako

¹⁶² A. Tulić, M. Porobić, S. Golubović, *Priručnik za sudije i tužioce: Korupcijski rizici u postupcima javnih nabavki, Udruženje "Centar za razvoj medija i analize*, op.cit. стр. 31.

¹⁶³ *Препоруке за израду приједога политика за повећање учешћа малих и средњих предузећа у процесу јавних набавки у БУХ*, op.cit. стр. 21.

pripisivanje važnosti ne može biti utvrđeno unaprijed, posebno zbog složenosti ugovora. U takvim slučajevima, javni naručioci trebalo bi da navedu kriterijume prema njihovoj važnosti, od najvažnijeg prema manje važnom.

Netransparentnost je jedan od osnovnih rizika koji pogoduju pojavi korupcije jer od stepena transparentnosti zavisi i mogućnost da se otkriju određene nepravilnosti, ili zloupotrebe u okviru pojedinih ugovornih organa.

Vjerovatnoća otkrivanja je jedan od ključnih segmenata koji zavisi od broja aktera, jer se sa većim brojem učesnika smanjuje mogućnost tajnih dogovora uključenih aktera. Na ovu vjerovatnoću takođe utiče i način postupka s obzirom na količinu njegove transparentnosti. Na aspekt vjerovatnoće otkrivanja potencijalnih koruptivnih djela utiče i način na koji se vrši monitoring tenderske dokumentacije (njene usklađenosti sa pravilima definisanim zakonom) i monitoring sprovođenja ugovora.

S obzirom na štetne efekte na tržišnu konkurenciju, pregovarački postupci bez prethodne objave obavještenja o nadmetanju trebalo bi da se koriste samo u vrlo izuzetnim okolnostima. Ti izuzeci trebalo bi da budu ograničeni na slučajeve u kojima objava nije moguća, zbog izuzetne hitnosti usljed nepredvidivih događaja koji se ne mogu pripisati javnom naručiocu, ili na slučajeve u kojima je odmah jasno da objava ne bi dalje podstakla tržišnu konkurenciju, ili dovela do boljih rezultata nabavke i zato što objektivno postoji samo jedan ekonomski subjekat koji može da izvrši ugovor. To može biti slučaj umjetničkih djela jer identitet umjetnika suštinski određuje jedinstvenu prirodu i vrijednost samog umjetničkog predmeta. Isključivost se takođe može utvrditi iz drugih razloga, no samo slučajevi objektivne isključivosti mogu opravdati upotrebu pregovaračkog postupka bez objave, ako slučaj isključivosti nije prouzrokovao javni naručilac u svrhu budućeg postupka nabavke.¹⁶⁴

3. Izuzeci od primjene Zakona o javnim nabavkama

Zakonom o javnim nabavkama BiH propisano je da se od Zakona izuzimaju javne nabavke:

- a) ugovor o javnoj nabavci koji je zakonima u Bosni i Hercegovini proglašen državnom tajnom;

¹⁶⁴ *Препоруке за израду приједога политика за повећање учешћа малих и средњих предузећа у процесу јавних набавки у БиХ, op.cit, стр. 17.*

- b) ugovor o javnoj nabavci čije izvršenje zahtijeva posebne mjere bezbjednosti u skladu sa zakonima u Bosni i Hercegovini;
- c) ugovor koji se dodjeljuje u skladu sa međunarodnim sporazumom prema kojem se primjenjuje posebna procedura međunarodnih, kreditnih ili donatorskih aranžmana, ili ugovor o javnoj nabavci koji je zaključen u skladu sa posebnim pravilima definisanim međunarodnim ugovorom između Bosne i Hercegovine i jedne ili više država za projekte koje će ugovorne strane zajednički izvoditi ili koristiti, ili na osnovu međunarodnih sporazuma o stacioniranju trupa koje zaključuje Bosna i Hercegovina;
- d) ugovor o javnoj nabavci prirodnih i zakonskih monopola, a koji mogu uključiti nabavku vode, električne energije, gasa, toplotne energije i drugih usluga, do otvaranja relevantnog tržišta za konkurenciju;
- e) ugovor o kupovini ili zakupu postojećih zgrada, druge nepokretne imovine, zemljišta ili prava koja iz njih proističu, bilo kojim finansijskim sredstvima, uz obavezu ugovornog organa da obezbijedi transparentnost te procedure, s tim što nabavka finansijskih usluga za kupovinu ili zakup postojećih zgrada, druge nepokretne imovine, zemljišta ili prava koja iz njih proističu, istovremeno, prije ili nakon ugovora o kupovini ili zakupu, u bilo kojem obliku, podliježe sprovođenju jednog od postupaka definisanih ovim zakonom;

4. Vrijednost i karaktera javne nabavke

Vrste postupka zavise od vrijednosti i karaktera javne nabavke.

Vrijednost ugovora procijenjuje ugovorni organ (UO) uz poštovanje osnovnih zakonskih načela:

- procjenjuje se ukupna vrijednost ugovora, bez uključenog iznosa pripadajućih indirektnih poreza, koji plaća UO za predmet ugovora,
- kod okvirnih sporazuma procjenjuje se maksimalna vrijednost, bez indirektnih poreza, svih pojedinačnih ugovora,
- procjene moraju biti važeće u vrijeme objavljivanja obavještenja o nabavci, kod postupka bez objave u vrijeme pokretanja postupka dodjele ugovora,

UO nije dopušteno dijeliti predmet ugovora sa namjerom izbjegavanja primjene zakonskih postupaka (dijeliti se može, samo ako su predmet istog postupka). Početna procijenjena vrijednost ugovora, osnova je za određivanje koje poglavlje ZJN se primjenjuje.

Tako se razlikuju primarni tj. domaći vrijednosni razredi¹⁶⁵ i međunarodni vrijednosni razredi.¹⁶⁶ Zavisno od ovoga, sprovode se postupak konkurentskog zahtjeva i postupak idealne pogodbe.

Radi dodjeljivanja ugovora, upućuje se zahtjev za dostavljanje ponuda dobavljačima roba/usluga/radova, određenom broju ponuđača, ne manjem od tri.

Zahtjev za dostavljanje ponuda zahtijeva nadmetanje, ali ne postoji zakonska obaveza javnog oglašavanja. Ako se UO odlučio da obavještenje o nabavci javno objavi u Službenom glasniku, postupak u kojem nije primljeno minimalno 3 ponude, ne mora obustavljati niti ponavljati.

Kriterijum za dodjelu ugovora po ovom postupku uvijek je najniža cijena.

Kada se radi o ugovoru niskih vrijednosti tj. kada je procijenjena vrijednost manja ili jednaka od 6.000 KM, UO može dodijeliti ugovor putem direktnog sporazuma.

U ovom kontekstu je posebno bitno dati osvrt i na postojeće rješenje o mješovitim nabavkama kako je regulisano Zakonom o javnim nabavkama Republike Srbije. Naime, Zakonom je propisano da, ukoliko predmet ugovora o javnoj nabavci čini više predmeta, predmet se određuje prema osnovnom predmetu ugovora. Ukoliko predmet ugovora čine dobra i usluge, osnovni predmet ugovora jeste onaj koji čini veći dio procijenjene vrijednosti javne nabavke. Na taj način je precizirano kako se određuje glavni predmet ugovora o javnoj nabavci. Budući da je definisano da nabavka dobara može obuhvatiti i pružanje usluga koje su nužno vezane za dobra, a da je predviđeno da se nabavkom usluga smatra i nabavka pratećih dobara, pod uslovom da je njihova procijenjena vrijednost manja od procijenjene vrijednosti usluga, kao i nabavka pratećih radova neophodnih za izvršenje ugovora koji se odnosi na nabavku usluga, jasno je kako će se primjenjivati, odnosno određivati osnovni predmet ugovora.

¹⁶⁵ Kada je vrijednost ugovora koji se odnose na robe i usluge jednaka ili veća od 50.000 KM, a za radove jednaka ili veća od 80.000 KM, UO primjenjuje Pravila utvrđena u Glavi II ZJN (1. otvoreni; 2. ograničeni sa pretkvalifikacijom; 3. pregovarački sa objavljivanjem obavještenja; 4. pregovarački bez objavljivanja obavještenja o nabavci i 5. konkurs za izradu idejnog rješenja). Kada je vrijednost ugovora koji se odnose na robe i usluge niža od 50.000 KM, a za radove niža od 80.000 KM, UO primjenjuje Pravila Glave III ZJN - Konkurentski zahtjev za dostavljanje ponuda (чл.46 ZJN). Za ugovore čija je procijenjena vrijednost jednaka ili manja od 6.000 KM primjenjuje se pravilo direktnog sporazuma).

¹⁶⁶ Kada je vrijednost ugovora koji se odnose na robe i usluge jednaka ili veća od 500.000 KM za državne organe ili 700.000 KM za lokalne organe ili javne subjekte из чл. 3 ст. 2 ZJN, а за радове једнака или већа од 2.000.000 KM, примјењују се поступци Главе II са специфичностима међународне конкуренције дефинисаним ZJN (изузете услуге из Анекса 2, т. Б)

Međutim, pojam objektivne djeljivosti, odnosno nedjeljivosti predmeta javne nabavke je ostao nedefinisan, odnosno nije razjašnjeno na koji način će naručilac određivati da li je predmet javne nabavke objektivno djeljiv ili ne i po kojim parametrima, što ostavlja prostor za izvjesnu subjektivnost naručioca u procjeni „objektivne djeljivosti“ odnosno „nedjeljivosti“ predmeta javne nabavke.

U ovom kontekstu treba navesti da je i Direktivom broj 24/2014, za mješovite ugovore preporučeno da važeća pravila treba utvrditi s obzirom na glavni predmet ugovora u slučaju kada objektivno nije moguće razdvojiti dijelove koji čine ugovor, te da je potrebno pojasniti način na koji naručioci treba da utvrde da li se različiti dijelovi mogu razdvojiti ili ne, odnosno da li je predmet objektivno djeljiv. Takvo pojašnjenje, po Direktivi, treba da se zasniva na relevantnoj sudskoj praksi Suda pravde Evropske unije i to utvrđivanje treba vršiti za svaki pojedinačni slučaj, pri čemu iskazane ili pretpostavljene namjere naručioca da različite aspekte koji sačinjavaju mješoviti ugovor smatra nedjeljivim, ne treba da budu dovoljne, već treba da budu potkrijepljene objektivnim dokazima kojima se mogu opravdati i kojima se dokazuje potreba zaključivanja jednog ugovora. Treba pojasniti da razlozi za potrebu zaključivanja jednog ugovora (nedjeljiv predmet) mogu biti i tehničke i ekonomske prirode.¹⁶⁷

5. Tok postupka

Ciklus javnih nabavki je definisan kao slijed povezanih aktivnosti, od procjene potreba, preko faze dodjele ugovora, do upravljanja ugovorom i konačnog plaćanja.

Proces javnih nabavki možemo podijeliti na četiri faze:

1. faza planiranja javnih nabavki;
2. faza pripreme tenderske dokumentacije i javno oglašavanje;
3. faza dostavljanja i evaluacije ponuda;
4. faza ugovaranja i implementacije ugovora.

¹⁶⁷ Проблеми у примени Закона о јавним набавкама и предлози грађанског друштва за измене и унапређење постојећих решења, Топлички центар за демократију и људска права, Коалиција за надзор јавних финансија, Прокупље, 2017. године, стр. 9, доступно на: <http://www.nadzor.org.rs/pdf/Analiza%20ZJN%20sa%20predlozima%20za%20izmene.pdf> (приступ 07. јуни 2020)

Planiranje i priprema javnih nabavki podrazumijevaju više radnji koje ugovorni organ preduzima radi pripreme sprovođenja postupka javne nabavke i kasnijeg zaključenja i realizacije ugovora. Te radnje uključuju: utvrđivanje potreba za nabavkom i istraživanje tržišta, predviđanje sredstava usvajanjem budžeta ili finansijskog plana, usvajanje i objavljivanje plana nabavki sa neophodnim elementima i informacijama, definisanje zahtjeva i uslova u pogledu dobavljača i predmeta nabavke, te druge radnje. Veoma je važno da tom prilikom ugovorni organ, realno i objektivno, utvrdi potrebe sa stanovišta poslova koji su mu dati u nadležnost, ali i sa stanovišta raspoloživih kadrovskih i tehničkih kapaciteta. Što se tiče poslova koje obavlja ugovorni organ, trebalo bi uzeti u obzir ne samo ono što je navedeno u propisima i odlukama nadležnih organa kojima su određeni ti poslovi, već i godišnje i srednjoročne planove poslovanja.¹⁶⁸

Planiranje javnih nabavki je prva faza u procesu javnih nabavki, u kojoj se postavljaju ciljevi nabavke, ali i definišu načini provođenja iste. U ovoj, osjetljivoj fazi planiranja, ugovorni organ odlučuje koju robu, usluge i/ili radove treba nabaviti, definiše budžet za planirane nabavke, vremenski okvir nabavke, te priprema sve potrebne tenderske dokumente i definicije tehničkih specifikacija koje će se primjenjivati u procesu nabavke. Ova faza daje priliku ugovornom organu, zaposlenicima istog da ocijene da li su očekivanja realistična, kao i da rasprave o eventualnim specifičnim zahtjevima organa u pogledu nabavki. Blagovremeno i adekvatno planiranje nabavke osigurava ugovornom organu mogućnost za dobrim upravljanjem imovinom.

Sam proces planiranja sastoji se od tri važne faze:

1. identifikacija potreba – podrazumijeva identifikovanje proizvoda ili usluga koje će biti potrebne ugovornom organu i koje će nabaviti;
2. plan nabavke – organizacija samog procesa nabavke i izrada budžeta;
3. plan učestvovanja – izrada dokumentacije sa tehničkim specifikacijama roba, radova i usluga koji će biti nabavljeni, kao i postavljanju vremenskih okvira za nabavku istih.

Provođenje procjene potreba je u mnogim slučajevima prvi korak nabavke i treba biti proveden nakon što se ugovorni organ odluči da nabavi određene robe, radove, usluge. Međutim, u mnogim zemljama, provođenje procjene potreba nije obavezan proces zahtijevan zakonom.

¹⁶⁸ A. Draganić, B. Kovačević, *Integritet ugovornih organa u javnim nabavkama, Dometi Expost monitoringa*, op.cit. str. 20.

Zakonom o javnim nabavkama definisano je da je ugovorni organ u obavezi da donese plan javnih nabavki i da ga objavi na web-stranici.

Kada je u pitanju Bosna i Hercegovina, to svakako nije slučaj, uzimajući u obzir da je revizija Ureda za reviziju institucija Bosne i Hercegovine pokazala da institucije BiH ne preduzimaju uvijek adekvatne i blagovremene aktivnosti kako bi osigurale da se javne nabavke provedu blagovremeno, zbog čega je prisutno kašnjenje kod određenih javnih nabavki, što ima društvene i ekonomske posljedice koje, gotovo uvijek, direktno ili indirektno, osjećaju građani BiH.¹⁶⁹

Loša analiza potreba/priprema javnih nabavki je takođe jedan od rizika koji kasnije dovodi do brojnih problema u vezi sa sprovođenjem postupaka javnih nabavki, kašnjenja, a veoma često i do poništavanja postupaka i nemogućnosti da ugovorni organ uopšte ostvaruje svoju ulogu. Na ovaj rizik ukazuje praksa brojnih izmjena planova javnih nabavki u pojedinim ugovornim organima, broj poništenih i ponovljenih postupaka javnih nabavki, ali i brojnost netransparentnih postupaka (npr, pregovarački postupci sa objavom obavještenja ili bez ove objave), za čiju je upotrebu opravdanje bilo upravo u poništenju ranijih postupaka.¹⁷⁰

Prema Zakonu o javnim nabavkama BiH kao uslov za pokretanje postupka navodi se izrada plana nabavki, što podrazumijeva da ugovorni organ ne bi mogao ni započeti postupak dodjele ugovora ukoliko ta konkretna nabavka nije predviđena planom.

Uprkos zakonskoj obavezi donošenja i objavljivanja planova nabavki, što predstavlja značajan iskorak s obzirom da u prethodnom zakonu nije postojala ova obaveza, podaci pokazuju da se ova faza nabavke provodi neadekvatno i netransparentno. Ukoliko ugovorni organ ne osigura adekvatan nivo transparentnosti dolazimo do situacije gdje je vrlo teško provjeriti da li je postupak javne nabavke proveden nepristrasno i u skladu sa zakonskim procedurama.¹⁷¹ Nedovoljna definisanost i normiranje plana javnih nabavki u zakonu se ogleda u činjenici da Zakon o javnim nabavkama nije predvidio objavu planova javnih nabavki ugovornih

¹⁶⁹ *Izveštaj revizije ucinaka: Blagovremenost postupaka javnih nabavki u institucijama BiH*; Број: 01-02-03-10-16-1-1106/17, 2017, стр. 2, доступно на: <http://www.revizija.gov.ba/Post/Read/izvjestaj-revizije-u%C4%8Dinka-blagovremenost-postupaka-javnih-nabavki-u-institucijama-bih> (приступ 08. јуни 2020)

¹⁷⁰ А. Draganić, В. Kovačević, *Integritet ugovornih organa u javnim nabavkama, Dometi Expost monitoringa*, op.cit. стр. 22.

¹⁷¹ Д. Шабанић, *Анализа рјешених жалбених поступака од стране Уреда за разматрање жалби БиХ и идентификација фазе поступака у јавним набавкама на коју су понуђачи уложили жалбу*; 2018. године.

organa koji nemaju svoju web-stranicu, a takođe nije zakonski predviđeno da takvi organi moraju svoje planove javnih nabavki objaviti na centralnom portalu za javne nabavke BiH.

Navedeno umanjuje transparentnost, ali i onemogućava uvid zainteresovanih i potencijalnih ponuđača u planove javnih nabavki ugovornih organa. Potencijalnim ponuđačima je znatno otežano pretraživanje planova nabavki koje se objavljuju na web stranicama, uzevši u obzir da je registrovano oko 2.400 ugovornih organa u BiH. Planovi nabavki koji se objavljuju na *web*-stranici, prema Zakonu o javnim nabavkama ne moraju obuhvatati nabavke manje vrijednosti koje se provode konkurentskim zahtjevima i direktnim sporazumima.¹⁷²

Tenderska dokumentacija je dokumentacija koja sadrži minimum jasnih i odgovarajućih informacija u odnosu na izabrani postupak dodjele ugovora, a objavljuje je ili kandidatima/ponuđačima predstavlja ugovorni organ.

Za izradu tenderske dokumentacije potrebno je posjedovanje stručnih znanja od strane ugovornih organa, kako bi tenderska dokumentacija bila pripremljena adekvatno i uz omogućavanje transparentosti postupka. Prilikom pripreme tenderske dokumentacije, ugovorni organ dužan je poštovati načela jednakog tretmana i nediskriminacije kandidata/ponuđača. Tenderska dokumentacija treba da bude izrađena jasno i detaljno, te mora sadržavati sve informacije i podatke kako bi učesnici u nabavci/ponuđači mogli adekvatno pripremiti ponudu. Sam Zakon o javnim nabavkama propisuje da je ugovorni organ dužan da pripremi tendersku dokumentaciju u skladu s odredbama ovog Zakona i podzakonskim aktima. U tenderskoj dokumentaciji ugovorni organ daje potpune informacije o uslovima ugovora i postupku dodjele ugovora, a koji su kandidatima/ponuđačima dovoljni za pripremu zahtjeva za učešće, odnosno ponuda na stvarno konkurentskoj osnovi.

Ugovorni organ je odgovoran za tačnost tenderske dokumentacije. Tenderska dokumentacija, kao zbir podataka i informacija koji su potrebni za izradu, ali i izvršenje ugovora, mora sadržavati minimalno propisane informacije.¹⁷³

Tenderska dokumentacija se izrađuje u jednom dijelu ukoliko se radi o otvorenom postupku. U slučaju provođenja ograničenog postupka javne nabavke, pregovaračkog postupka

¹⁷² N. Voloder, *Transparentnost javnih nabavki u Bosni i Hercegovini: Između teorije i prakse*; Centar za društvena istraživanja – Analitika; 2015, стр. 30, доступно на: http://analitika.ba/sites/default/files/transparentnost_javnih_nabavki_-_web.pdf (приступ 11. јуни 2020)

¹⁷³ T. Rahić, F. Kozadra, M. Hadžimusić, *Priručnik za praktičnu primjenu Zakona o javnim nabavkama BiH*; Privredna štampa d.o.o.; Sarajevo 2016; стр. 243

sa ili bez objave obavještenja, ili takmičarskog dijaloga, tenderska dokumentacija se izrađuje u dva dijela.

Tenderska dokumentacija se sastoji od sljedećih osnovnih dijelova:

- opšti podaci;
- podaci o predmetu nabavke;
- uslovi za kvalifikaciju ponuđača;
- podaci o ponudi; i
- ostali podaci.¹⁷⁴

Svaka od navedenih cjelina ima svoje sastavne dijelove koje je potrebno definisati u okviru tenderske dokumentacije. Ugovorni organ može napraviti izmjene i dopune tenderske dokumentacije pod uslovom da se one dostave zainteresovanim kandidatima/ponuđačima istog dana, a najkasnije pet dana prije isteka utvrđenog roka za prijem zahtjeva za učešće ili ponuda. U slučaju da takve izmjene podrazumijevaju suštinsku promjenu predmeta nabavke, ugovorni organ produžiće rok za prijem zahtjeva za učešće ili ponuda u zavisnosti od složenosti predmeta nabavke. Rok za produženje ne može biti kraći od sedam dana.

Tehničke specifikacije predstavljaju sastavni, obavezni dio tenderske dokumentacije koji omogućava da se dobra, usluge ili radovi opišu na objektivan način koji je u skladu sa stvarnim potrebama ugovornog organa. Tehničke specifikacije, u pravilu, moraju svim kandidatima/ponuđačima omogućiti jednak i nediskriminišući pristup nadmetanju.

Tehničke specifikacije, uz poštovanje obaveznih bosansko-hercegovačkih tehničkih pravila, određuju se:

- a) pozivanjem na tehničke specifikacije i, uz uvažavanje sljedećeg redoslijeda, na bosanskohercegovačke standarde kojima se preuzimaju evropski standardi, evropska tehnička odobrenja, zajedničke tehničke specifikacije, međunarodni standardi, druge tehničke referentne sisteme koje su utemeljila evropska tijela za standardizaciju ili, ako oni ne postoje, na bosanskohercegovačke standarde,
- b) bosanskohercegovačka tehnička odobrenja ili bosanskohercegovačke tehničke specifikacije koje se odnose na projektovanje, predračun i izvođenje radova, te upotrebu proizvoda, pri čemu se svaka uputa mora označiti riječima “ili ekvivalent”; ili u formi

¹⁷⁴ Исто дјело, стр. 244.

izvedbenih ili funkcionalnih zahtjeva koji mogu uključivati ekološke elemente i elemente energetske efikasnosti; ili u formi izvedbenih ili funkcionalnih zahtjeva iz stava 2. tačka b) ovog člana, uz poziv na tehničke specifikacije iz stava 2. tačka a) ovog člana kao sredstvo za pretpostavku usklađenosti sa izvedbenim ili funkcionalnim zahtjevima; ili pozivanjem na tehničke specifikacije iz stava 2. tačka a) ovog člana u pogledu određenih obilježja i pozivanjem na izvedbene ili funkcionalne zahtjeve iz stava tačka b) ovog člana u pogledu drugih obilježja.

U praksi se često dešava da tehničke specifikacije budu izrađene na način da u njima sadržane uslove može ispuniti samo određeni privredni subjekt, što samo doprinosi jačanju monopolske pozicije i onemogućava konkurenciju na tržištu. U slučaju da se predmet nabavke ne može dovoljno precizno i razumljivo opisati, potrebno je označiti isti sa dodatkom “ili ekvivalent”. U praksi se često dešava da je nedovoljno opisan predmet nabavke u tehničkoj specifikaciji pa se koristi termin ekvivalent i kada nije primjereno.

U praksi, tehnički opisi i predmet nabavke se često vrše copy-paste metodom i samo se formalno prilažu. Materijali se najčešće opisuju tako što su slični nekom od konkretnih proizvoda konkretnog proizvođača.¹⁷⁵

U fazi pripreme tehničke specifikacije najčešće nema kontrole načina njene pripreme. U zavisnosti od složenosti nabavke određene tehničke specifikacije su često toliko obimne i pune (500 stranica) teksta koji nema primjenu u praksi. Ponuđač mora dobro da prouči iste prije podnošenja ponude, a za to mu je potrebno puno vremena. Ukoliko ne učini navedeno snosi veliki rizik da ponudi materijal slabijeg kvaliteta, ili da ne uključi određene radove i usluge koji su opisani u tehničkoj specifikaciji.¹⁷⁶

Tenderisanje i donošenje odluke o izboru jeste dio koji bi trebalo da predstavlja, najuređeniji dio ciklusa javne nabavke. Sprovođenje postupka počinje dostavljanjem ili objavom poziva i tenderske dokumentacije od ugovornog organa. Nakon toga, ugovorni organ, u skladu sa strogim proceduralnim zahtjevima, prikuplja i pohranjuje ponude, te ih na kraju otvara i ocjenjuje, a o rezultatima obavještava ponuđače. U ovom dijelu procedure moguće su i odluke ugovornih organa po prigovorima i žalbama ponuđača. Od kritične je važnosti ovdje obezbijediti

¹⁷⁵ A. Tulić, M. Porobić, S. Golubović, *Priručnik za sudije i tužioce: Korupcijski rizici u postupcima javnih nabavki*, op.cit. str. 28.

¹⁷⁶ Исто djelo, str. 28.

odgovarajuće nivoie transparentnosti i jednakog tretmana ponuđača, blagovremeno informisanje svih ponuđača, te posebno, strogo pridržavanje propisanih formalnih koraka i procedura. Ugovorni organi su dužni voditi računa o integritetu postupka, zaštiti informacija koje bi favorizovale pojedine ponuđače, te o pravilnoj primjeni izabranih pravila postupka i kriterijuma.¹⁷⁷

Tenderski postupak uz pregovore trebalo bi da bude praćen odgovarajućim zaštitnim mjerama kojima se osigurava poštovanje načela jednakog postupanja i transparentnosti. Javni naručioci posebno bi trebalo unaprijed da odrede minimalne zahtjeve koji su u skladu s prirodom nabavke, te koji ne bi trebalo da se mijenjaju tokom pregovora. Kriterijumi za dodjelu i njihov ponder trebalo bi da ostanu nepromjenljivi tokom cijelog postupka, te ne bi trebalo da budu podložni pregovorima kako bi se osiguralo jednako postupanje prema svim ekonomskim subjektima. Cilj pregovora trebalo bi da bude poboljšanje ponuda kako bi javni naručioci bili u mogućnosti da kupe radove, robu i usluge koje su savršeno prilagođene njihovim određenim potrebama. Pregovori mogu da se odnose na sve karakteristike kupljenih radova, robe i usluga, uključujući, npr. kvalitet, količine, komercijalne klauzule, te društvene, ekološke i inovativne aspekte, ako te karakteristike nisu dio minimalnih zahtjeva.¹⁷⁸

Praksa je pokazala da se najveći propusti u javnim nabavkama čine u ovoj fazi postupka.¹⁷⁹ Postupak dostavljanja i evaluacije ponuda uređen je članovima 63., 64., 65., 66. i 68. Zakona o javnim nabavkama. Ponuda u javnim nabavkama je dokument koji ponuđač dostavlja ugovornom organu, pri čemu nudi isporuku robe, pružanje usluge ili isporuku radova, pod uslovima koje određuje ugovorni organ u tenderskoj dokumentaciji. Ponuda može biti prihvatljiva ako ispunjava sve uslove koji se traže tenderskom dokumentacijom i neprihvatljiva ako ne ispunjava sve uslove koji se traže tenderskom dokumentacijom. Zakon o javnim nabavkama uredio je da se ponude otvaraju na javnom otvaranju ponuda, neposredno nakon

¹⁷⁷ A. Draganić, B. Kovačević, *Integritet ugovornih organa u javnim nabavkama, Dometi Expost monitoringa*, op.cit. str. 29.

¹⁷⁸ Препоруке за израду приједога политика за повећање учешћа малих и средњих предузећа у процесу јавних набавки у БиХ, Сарајево, 2018. године, стр. 16, доступно на: <http://unijauprs.org/wp-content/uploads/2019/05/Preporuke-za-izradu-prijedloga-politika-za-pove%C4%87anje-u%C4%8De%C5%A1%C4%87a-SMEs-u-procesu-javnih-nabavki-u-BiH-.pdf> (приступ 05. јуни 2020)

¹⁷⁹ A. Selić, A. Bogavac, *Procjena rizika korupcije u zdravstvenom sistemu Crne Gore*; Centar za monitoring i izvještavanje; Podgorica 2016.; стр. 20, доступно на: <http://cemi.org.me/wp-content/uploads/2017/01/Procjena-rizika-od-korupcije-u-zdravstvenom-sistemu-Crne-Gore.pdf> (приступ 06. јуни 2020)

isteka roka za primanje ponuda. Ponude zaprimljene nakon isteka roka određenog za primanje ponuda vraćaju se neotvorene ponuđačima. Ponude se otvaraju na sjednici Komisije za nabavke na dan i u vrijeme koji su navedeni u tenderskoj dokumentaciji. Svi ponuđači koji su na vrijeme dostavili ponude ili njihovi ovlašćeni predstavnici, kao i sve druge zainteresovane osobe, imaju pravo prisustvivati postupku otvaranja ponuda. Izmjena krajnjeg roka za primanje ponuda utiče na promjenu datuma otvaranja ponuda. Kovertu otvara predsjednik Komisije za nabavke na otvorenoj sjednici ili drugi član komisije, bez obzira na to jesu li sastanku prisutni ponuđači ili njihovi ovlašćeni predstavnici. Prilikom otvaranja ponuda prisutnim ponuđačima saopštava se: naziv ponuđača, ukupna cijena navedena u ponudi, popust naveden u ponudi koji mora biti posebno iskazan (ako popust nije posebno iskazan, smatra se da nije ni ponuđen), potkriterijumi koji se vrednuju u okviru kriterijuma ekonomski najpovoljnije ponude. Rezultati postupka javnog otvaranja ponuda unose se u zapisnik. Kopija Zapisnika o otvaranju ponuda dostavlja se svim ponuđačima odmah ili najkasnije u roku od tri dana od dana otvaranja ponuda. Postupak provjere kvalifikacije kandidata, odnosno ponuđača i ocjena ponuda provode se na zatvorenim sjednicama Komisije za nabavke. Kada je u pitanju prijem ponuda u postupku javne nabavke, važan institut je Zapisnik o zaprimanju ponuda, kao dokument, u skladu sa uputstvom za pripremu modela tenderske dokumentacije i ponuda. Zapisnik o zaprimanju ponuda je sastavni dio Zapisnika o javnom otvaranju ponuda. Do trenutka javnog otvaranja ponuda nije dopušteno davanje informacija o zaprimljenim ponudama. Zapisnik o zaprimanju ponuda i ponude ne smiju biti dostupne neovlašćenim osobama.¹⁸⁰

Sprovođenje ugovora je posljednja faza u ciklusu javne nabavke. Kako bi se obezbijedilo poštovanje načela efikasnosti i ekonomičnosti u fazi izvršenja ugovora, veoma je važno da ugovorni organ sistematski i organizovano prati njegovu realizaciju, te da preduzima mjere kako bi se obezbijedila realizacija ugovora na način i pod uslovima koji su ponuđeni u ponudi koja je izabrana kao najpovoljnija. Prilikom praćenja realizacije ugovora, ugovorni organ bi trebalo da utvrdi da li ponuđač svoje ugovorne obaveze ispunjava u roku i na način koji je određen samim ugovorom. Ugovorni organ je dužan, pri tome, da postupa sa tzv. „pažnjom dobrog domaćina“, što znači da bi trebalo da preduzima sve mjere koje su mu na raspolaganju kako bi obezbijedio pravovremenu i adekvatnu realizaciju ugovora. Od mjera koje su na raspolaganju svakako se

¹⁸⁰ T. Rahić, Kozadra, F. Hadžimusić, *Priručnik za praktičnu primjenu Zakona o javnim nabavkama BiH*; op.cit. str. 277

izdvajaju ugovorne kazne koje su predviđene samim ugovorom, sredstva finansijskog obezbjeđenja ugovornih obaveza (bankarske garancije, polise osiguranja i sl.), kao i mogućnost raskida ugovora ukoliko je očigledno da izabrani ponuđač neće da ispuni svoje ugovorne obaveze, ili to ne može.¹⁸¹

Postupak ugovaranja je uređen članovima od 69. do 76. Zakona o javnim nabavkama. Postupak javne nabavke može se okončati na dva načina, i to: zaključenjem ugovora o javnoj nabavci ili okvirnog sporazuma, ili poništenjem postupka javne nabavke. Ugovorni organ obavezan je poništiti postupak javne nabavke u slučaju da:

- a) nije dostavljena nijedna ponuda u određenom krajnjem roku;
- b) nije dostavljen nijedan zahtjev za učešće u ograničenom postupku, u pregovaračkom postupku sa ili bez objave obavještenja, ili u takmičarskom dijalogu;
- c) nije dostavljen broj ponuda određen u članu 32. stav 4. ovog Zakona, ako je bilo predviđeno zaključenje okvirnog sporazuma;
- d) nijedna od primljenih ponuda nije prihvatljiva;
- e) cijene svih prihvatljivih ponuda znatno su veće od osiguranih sredstava za predmetnu nabavku.

Ugovorni organ može *otkazati* postupak javne nabavke samo zbog dokazanih razloga koji su izvan kontrole ugovornog organa i koji se nisu mogli predvidjeti u vrijeme pokretanja postupka javne nabavke. Ugovorni organ donosi odluku o izboru najpovoljnijeg ponuđača, ili odluku o poništenju postupka nabavke u roku koji je određen u tenderskoj dokumentaciji kao rok važenja ponude, a najkasnije u roku od sedam dana od dana isteka važenja ponude, odnosno u produženom periodu roka važenja ponuda, u skladu s članom 60. stav 2. Zakona o javnim nabavkama. Odluke iz ovog člana dostavljaju se kandidatima/ponuđačima u roku od tri dana, a najkasnije u roku od sedam dana od dana donošenja odluke, i to: elektronskim sredstvom, ili putem pošte, ili neposredno. Odluka o izboru sadrži: podatke o ugovornom organu, broj i datum donošenja odluke, podatke o javnom oglašavanju, vrstu postupka nabavke, broj zaprimljenih ponuda, naziv i podatke o izabranom ponuđaču, detaljno obrazloženje razloga za izbor, pouka o pravnom lijeku, potpis ovlaštene osobe i pečat ugovornog organa. Odluka o poništenju postupka nabavke sadrži: podatke o ugovornom organu, broj i datum donošenja odluke, podatke o javnom

¹⁸¹ A. Draganić, B. Kovačević, *Integritet ugovornih organa u javnim nabavkama, Dometi Expost monitoringa*, op.cit. str. 37.

oglašavanju, vrstu postupka nabavke, zakonski osnov za poništenje postupka nabavke, detaljno obrazloženje poništenja, pouku o pravnom lijeku, potpis ovlaštene osobe i pečat ugovornog organa. Odluku o rezultatu pretkvalifikacije kandidata u postupku koji se sastoji od dvije ili više faza ugovorni organ donosi nakon okončanja faze pretkvalifikacije. Ova odluka sadrži: podatke o ugovornom organu, broj i datum donošenja odluke, podatke o javnom oglašavanju, vrstu postupka nabavke, broj zaprimljenih zahtjeva za učešće, naziv i podatke o kvalifikovanim kandidatima, podatke i obrazloženje o nekvalifikovanim kandidatima, pouku o pravnom lijeku, potpis ovlaštene osobe i pečat ugovornog organa. Odluke iz st. 3. i 4. ovog člana ugovorni organ objavljuje na svojoj internet stranici, ako je ima, i to istovremeno s upućivanjem odluka ponuđačima koji su učestvovali u postupku javne nabavke.

Ugovorni organ dužan je istovremeno, a najkasnije u roku od sedam dana od dana donošenja odluke, pismeno obavijestiti kandidate/ponuđače koji su blagovremeno podnijeli zahtjeve ili ponude o odlukama koje su donesene u pogledu pretkvalifikacije, ocjene ponuda ili poništenja postupka. Ugovorni organ dužan je, uz obavještenje o rezultatima postupka, dostaviti i odgovarajuću odluku iz člana 70. Zakona o javnim nabavkama i zapisnik o ocjeni ponuda iz člana 65. stav 2. istog zakona.

U ovom kontekstu treba navesti da izmjena ili dopuna ugovora u toku trajanja ponude, prema evropskim standardima, bez objavljivanja nove tenderske procedure, takođe često dovodi do kršenja pravila o javnim nabavkama. Nova pravila zato uvode pojašnjenja i pojednostavljenja, s ciljem otklanjanja svih mogućih sumnji u tom pogledu. Novi poziv za prikupljanje ponuda nije potreban za modifikacije koje su navedne u Zakonu.¹⁸²

Sistem nadzora je od ključnog značaja za identifikaciju problema i predlaganje unapređenja sistema javnih nabavki. Još je na početku primjene ZJN-a, ukazivano na pojedine njegove elemente koji pogoduju mogućim zloupotrebama i na mogućnosti pojave korupcije. I dok su mnogi ovi problemi vremenom umanjeni ili otklonjeni kroz poslovničke, pravilničke, odluke, uputstva, te modele standardne tenderske dokumentacije, i dalje se pojavljuje veliki broj

¹⁸² Нису суштинске, односно не мијењају природу или економску равнотежу уговора, чија вриједност не прелази вриједносне разредe за примјену директива и која је мања од 10% вриједности оригиналног уговора за робе и услуге и 15% за радове, су специфициране у уговору, без обзира на њихову вриједност, или Произилазе из непредвидљивих догађаја или се односе на неопходне допунске радове, производе и услуге које, из техничких разлога или због трошкова, може обезбједити само компанија које тренутно има уговор. У оба случаја посљедични пораст цијена не може бити већи од 50% вриједности иницијалног уговора.

nepravilnosti uslijed neodgovornosti tijela koja su zadužena za sistem javnih nabavki – Agencije, Kancelarije i Suda BiH. U sprovođenju javnih nabavki i eliminisanju moguće korupcije i zloupotrebe trošenja javnih sredstava, značajna je uloga i Savjeta ministara BiH kao tijela koje je zaduženo za rad i rezultate Agencije, te Parlamentarne skupštine BiH kao tijela kome odgovaraju članovi Kancelarije. Nadležne institucije koje su zadužene za rad Agencije i Kancelarije ne pokazuju odgovarajući stepen zainteresovanosti za kadrovsko jačanje i dalji razvoj sistema javnih nabavki, što za posljedicu ima jačanje korupcije u javnim nabavkama.

Institucije kontrole i revizije su veoma značajne za utvrđivanje slučajeva koruptivnih aktivnosti i jačanje integriteta sistema javnih nabavki. Međutim, ove institucije su često, a posebno u posljednje vrijeme, pod velikim pritiskom ukoliko su u korupciju umiješani politički akteri. Takođe je značajna i devalvacija rezultata sprovedenih kontrola i revizija, te njihovog neprocesuiranja pred nadležnim pravosudnim institucijama.

6. Rokovi

Rokovi propisani zakonom za učešće u postupcima su sljedeći:

- U otvorenom postupku - najmanje 28 dana – rok za prijem ponude (rok se računa od dana objave obavještenja u Službenom glasniku BiH.
- U ograničenom postupku sa pretkvalifikacijom – najmanje 18 dana - rok za prijem zahtjeva za učešće, a ne kraći od 28 dana, rok za dostavljanje ponuda pretkvalifikovanih ponuđača (od datuma otpreme poziva);
- U ubrzanom ograničenom postupku –rokovi su kraći (minimalno 8 dana za prijem zahtjeva, a 5 dana za ponudu);

Ponuđač, koji u žalbenim postupcima dokaže da mu je povrijeđeno pravo u postupku dodjele ugovora, ima pravo potraživati od UO odštetu u visini 10% troškova pripreme ponude ili vrijednosti ponuđene cijene (šta je povoljnije), kao i naknadu troškova postupka (takse, advokatske usluge i sl).

7. Pravna zaštita

Kontrola izvršenja ugovora je jedna od najvažnijih funkcija javnih nabavki, a sa organizacionog stanovišta, predstavlja dio opšteg sistema internih kontrola i kontrolnih postupaka. Ostvarena funkcija kontrole obezbjeđuje najmanje to da se dodijeljeni ugovori

sprovode na način kako su ugovoreni (npr. u pogledu cijene, količine, rokova, kvaliteta i dr.), zatim da se konstantno prati stanje snabdjevenosti ugovorenim robama, uslugama i radovima (kako vršenje javne funkcije ne bi bilo ugroženo), te da se obezbijedi pravovremeno planiranje, odnosno započinjanje novih postupaka javnih nabavki.

Zakon definiše da je odgovornost za sve preuzete radnje i odluke u postupku javnih nabavki na strani ugovornih organa. Agencija za javne nabavke obavezna je da pruža tehničku i savjetodavnu pomoć svim učesnicima u postupku javnih nabavki, ali mišljenja Agencije nisu obavezujuća. Službe revizije institucija iz javnog sektora na svim nivoima ukazuju na stalna kršenja zakonskih i podzakonskih akata prilikom realizacije javnih nabavki.

Zloupotrebe pri izvršenju ugovora predstavljaju takve obrasce ponašanja pri kojima se, usljed načina na koji se sprovode dodijeljeni ugovori, praktično obezvređuje čitav prethodno sprovedeni postupak javne nabavke u kojem je izabran najpovoljniji ponuđač. Upravo ova osobina razdvaja zloupotrebe od nedostatka kontrole, jer se kod prvih radi o svjesnom mijenjanju bitnih elemenata ugovora (cijena, rok isporuke, uslovi u pogledu kvaliteta, količine i sl.), a ne o posljedici loše postavljenog sistema kontrole. Najopasniji primjer takve zloupotrebe jesu (formalne ili neformalne) izmjene i dopune ugovora koje toliko mijenjaju dodijeljeni ugovor o nabavci da dovode do situacija da izabrani ponuđač ne bi ni bio izabran da su predviđene izmjene ugovora bile dio ponude tog ponuđača (npr. cijena utvrđena izmjenama ugovora je viša od cijene drugog najpovoljnijeg ponuđača).

Domaći ugovorni organi u velikom procentu vrše razne vrste zloupotreba prilikom sprovođenja dodijeljenih ugovora. Analiza revizorskih izvještaja je pokazala da ugovorni organi zanemaruju ili mijenjaju uslove/zahtjeve definisane tenderskom dokumentacijom; ne primjenjuju ugovorene modele zaštite javnog interesa uprkos ponašanju dobavljača (ugovorne kazne, garancije, penali i sl.); plaćaju ugovorenu cijenu uprkos tome što dobavljači nisu izvršili svoj dio obaveze; zatim „priznaju“ i plaćaju znatne neugovorene radove (npr. građevinske); vrše avansne isplate neopravdano visokih iznosa; ugovaraju štetne klauzule po domaće budžete (npr. obavezuju se na kupovinu paušalno izraženih količina, bez obzira na stvarne potrebe); ne obračunavaju u ponudama navedene popuste ponuđača i mnoge druge. Koliko je situacija

ozbiljna pokazuju i primjeri gdje je, u jednom slučaju, moguće pronaći nekoliko ostvarenih ovakvih rizika.¹⁸³

Analiza godišnjih izvještaja službi za reviziju javnog sektora ukazuje da se u oblasti javnih nabavki dešavaju nepravilnosti u određenom broju institucija, u većem ili manjem obimu. Najčešća zamjerka je nepostojanje detaljno razrađenih planova javnih nabavki, te njihova dostupnost za javni uvid. Takođe, jedna od najčešćih zamjerki se odnosi na izvršenje ugovora o javnim nabavkama (neefikasan sistem interne kontrole i izostavljanje zaštitnih klauzula u sadržaju ugovora).

Nevladin sektor je u dosadašnjem monitoringu sprovođenja javnih nabavki identifikovao sljedeće obrasce ponašanja:

Planiranje značajno viših ili nižih iznosa za javne nabavke, što ima za posljedicu da se: ili prevelika sredstva angažuju i ostaju neiskorištena, ili se naknadno uoče potrebe koje nisu bile predviđene u vrijeme planiranja, što nameće sprovođenje manje transparentnih pregovaračkih postupaka; pojedine institucije nemaju javno objavljen plan nabavke; diskriminacija kroz tehničke specifikacije i nastojanje ugovornog organa da u tehničkim specifikacijama „prepiše“ tehničke karakteristike i dimenzije predmeta koji nudi određeni ponuđač; odsustvo sistematskog i kontinuiranog praćenja izvršenja ugovora o javnoj nabavci i nepreduzimanje mjera za kažnjavanje zbog neusklađenosti sa onim što je izabrani ponuđač ponudio, itd.¹⁸⁴

Posebno je značajno apostrofirati problem netransparentnosti. Netransparentnost u javnim nabavkama je jedan od osnovnih rizika koji pogoduju pojavi korupcije jer od stepena transparentnosti zavisi i mogućnost da se otkriju određene nepravilnosti ili zloupotrebe u okviru pojedinih ugovornih organa. Vjerovatnoća otkrivanja je jedan od ključnih segmenata koji zavisi od broja aktera, jer se sa većim brojem učesnika smanjuje mogućnost tajnih dogovora uključenih aktera. Na ovu vjerovatnoću takođe utiče i način postupka s obzirom na količinu njegove transparentnosti. Na aspekt vjerovatnoće otkrivanja potencijalnih koruptivnih djela utiče i način na koji se vrši monitoring tenderske dokumentacije (njene usklađenosti sa pravilima definisanim zakonom) i monitoring sprovođenja ugovora.¹⁸⁵

¹⁸³ A. Draganić, B. Kovačević, *Integritet ugovornih organa u javnim nabavkama, Dometi Expost monitoringa*, op.cit. str. 38.

¹⁸⁴ A. Draganić, B. Kovačević, *и.дјело*, стр. 9.

¹⁸⁵ Исто дјело, стр. 21.

U ovom kontekstu treba navesti da je Kancelarija za reviziju institucija Bosne i Hercegovine sprovedla reviziju učinka postupaka javnih nabavki u institucijama BiH. Revizija je izvršena s ciljem da se utvrdi kašnjenje postupaka javnih nabavki u institucijama BiH u odnosu na propisane i utvrđene rokove, te da se ukaže na glavne uzroke koji dovode do neblagovremenog sprovođenja postupaka javnih nabavki u institucijama BiH i na posljedice takvog stanja.

Revizija je pokazala da institucije BiH ne preduzimaju uvijek adekvatne i blagovremene aktivnosti kako bi osigurale da se javne nabavke sprovode blagovremeno, zbog čega je u svim institucijama iz uzorka prisutno kašnjenje pri određenim javnim nabavkama, što ima društvene i ekonomske posljedice, koje gotovo uvijek, direktno ili indirektno, osjećaju građani BiH.

Planovi javnih nabavki u institucijama BiH nisu u funkciji blagovremenog sprovođenja javnih nabavki. Revizija je pokazala da institucije BiH ni u fazi sprovođenja postupaka javnih nabavki ne preduzimaju uvijek adekvatne aktivnosti kako bi osigurale primjenu načela blagovremenosti. Kašnjenja postupaka javne nabavke se odražavaju na mogućnost institucija da ostvaruju ciljeve zbog kojih su osnovane, dovode do neopravdanog produženja ugovora sa postojećim dobavljačima, te u nekim slučajevima do gubitka odobrenih sredstava za nabavku potrebne robe, usluge ili radova što ujedno znači i neefikasno upravljanje budžetskim sredstvima. Postojeći sistem u kojem nisu osigurani mehanizmi kontrole i utvrđivanja odgovornosti za neblagovremenost omogućuje da institucije budu inertne u pogledu dostizanja propisanih i utvrđenih rokova za završetak javnih nabavki. Ni sistem evidentiranja koji institucije iz uzorka primjenjuju ne omogućava kvalitetno praćenje blagovremenosti sprovedenih postupaka javnih nabavki.¹⁸⁶ Treba naglasiti činjenicu da sprovođenje ugovora o javnim nabavkama nije predmet uređenja ZJN-a, već, prije svega, propisa o obligacionim odnosima, tehničkih propisa i dr.

Poseban aspekt pravne zaštite jeste krivičnopravna zaštita integriteta javnih nabavki. Zakonodavac Republike Srpske je definisao zloupotrebu u postupku javne nabavke kao posebno krivično djelo. Isto je učinio i zakonodavac Brčko distrikta u čl. 236a Krivičnog zakona Brčko distrikta. Ova posebna djela koja su identična u oba krivična zakona (osim u stavu II koji se odnosi na kvalifikovani oblik), zakonodavci RS-a i BD-a su svrstali u glavu protiv privrede i

¹⁸⁶ Извјештај ревизије учинка - Благовременост поступака јавних набавки у институцијама БиХ, op.cit.

platnog prometa u kojima su inkriminirali radnje odgovornih osoba u ponuđačima koji učestvuju u javnoj nabavci. Kada su u pitanju krivična djela protiv službene dužnosti (koja se odnose na radnje službenih ili odgovornih osoba ugovornih organa u postupcima javnih nabavki), zakonodavci RS-a i BD-a su učinili i korak dalje u legislativnim rješenjima, pa je tako u čl. 325. KZ RS-a određeno krivično djelo “Nezakonito davanje pogodnosti privrednim subjektima” a u čl. 377a KZ BD-a krivično djelo “Nezakonito pogodovanje”, kojima su inkriminirane radnje pogodovanja službenih ili odgovornih osoba prema ponuđačima i to radnje prilagođavanja uslova javne nabavke ponuđaču i radnje zaključenja ugovora suprotno uslovima tenderske dokumentacije. Na kraju, kada je riječ o KZ-u RS-a i KZ-u BDa, koji su u ovom pravcu otišli korak dalje, treba naglasiti da je zakonodavac RS-a jedini u stavu 4 krivičnog djela Zloupotreba službenog položaja ili ovlašćenja iz čl. 315. KZ-a RS-a definisao kvalifikovani oblik (najteži oblik) istog, kada je zloupotreba izvršenja pri vršenju javnih nabavki ili na štetu sredstava budžeta RS-a.

S druge strane, zakonodavci BiH i FBiH nemaju posebna krivična djela koja tretiraju zloupotrebe u postupcima javnih nabavki, niti iste kao kvalifikovani oblik krivičnog djela zloupotrebe položaja ili ovlašćenja. I krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlašćenja je opšte djelo usmjereno protiv službene dužnosti ili javne funkcije, i kao takvog, poznaju ga gotova sva kontinentalna evropska zakonodavstva, no isto tako, u anglosaksonskom sistemu, kao drugom velikom pravnom sistemu ili školi, ono je poznato pod nazivom *Misuse of public office* ili *Misconduct of public office*, što u doslovnom prevodu znači zloupotreba javnog ureda ili funkcije. Suština je ista. Zloupotrebljava se dato javno ovlašćenje s ciljem zadovoljavanja nekih drugih interesa – svih onih samo ne interesa službe.

Ova pojava ili djelo ima dosta dugu istoriju ili tradiciju po ugledu na delikte protiv imovine ili tijela, pa se slobodno može reći da spada u red već klasičnih krivičnih djela. Jedno od krivičnih djela korupcije i krivičnih djela protiv službene i druge odgovorne dužnosti je i krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlašćenja. To je pravo službeno krivično djelo, jer počinitelj može biti isključivo službena ili odgovorna osoba i to svojstvo počinitelja je posebno konstitutivno obilježje zakonskog bića ovog krivičnog djela. Iz navedenog proizlazi da se ovo djelo može ostvariti jedino u vršenju službene dužnosti, a izvan toga ovo djelo ne postoji.¹⁸⁷

¹⁸⁷ A. Ferhatović, *Zloupotreba položaja ili ovlašćenja; Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu; LV -2012; ctp. 148.*

Ovim krivičnim djelom inkriminisano je neovlašćeno i nezakonito korištenje službene pozicije i datih ovlašćenja; izvršilac postupa suprotno interesima službe koristeći protivpravno mogućnosti koje su mu date u službi, ne radi interesa ili ciljeva službe, već radi ostvarenja vlastite koristi ili koristi za drugoga. Dakle, odgovornost javne funkcije ili službe se povija prema, najčešće egoističkim i nezakonitim, interesima individue kojoj je ta odgovornost data, što, polazeći od širine spektra funkcija u kojima je ovo moguće, čini fenomenologiju ovog kriminaliteta veoma raznolikom i nadasve veoma opasnom po normalno funkcionisanje društva.

Krivično djelo zloupotrebe položaja ili ovlašćenja ima karakter opšteg krivičnog djela protiv službene dužnosti, iz razloga što većina drugih djela protiv istog objekta predstavlja, u stvari, poseban oblik tog djela. Stoga se djelo zloupotrebe položaja ili ovlašćenja kvalifikuje kao djelo supsidijarnog karaktera i primjenjuje kada se inkriminisana radnja službene ili odgovorne osobe ne može kvalifikovati kao neko od specijalnih ili posebnih djela.

U pogledu pojava oblika korupcije u javnim nabavkama, pored ovog krivičnog djela, najčešći oblici korupcije se manifestuju kao krivična djela primanje dara ili drugih oblika koristi, protivzakonito posredovanje (primanje dara ili drugog oblika koristi radi trgovine uticajem i dr.), ali ipak u najvećem procentu predmeta preovladava zloupotreba položaja ili ovlašćenja kao kvalifikacija, upravo zbog svog generalnog opisa i karaktera, radi čega je potrebno ovo krivično djelo posebno analizirati.

Radnja izvršenja, kao *genus proximus* svakog, pa tako i ovog krivičnog djela, postavljena je alternativno, s obzirom na kompleksnost i širinu ovog djela, i javlja se kao:

1. iskorištavanje položaja ili ovlašćenja;
2. prekoračenje granica položaja ili ovlašćenja;
3. nevršenje službene dužnosti.

Posljedicu, pored povrede pravilnog i zakonitog vršenja službene dužnosti, predstavlja:

1. ostvarivanje ili pribavljanje imovinske koristi;
2. ostvarivanje ili pribavljanje neimovinske koristi;
3. nanošenje štete drugome;
4. teži ili kvalifikovani oblici prethodnih modaliteta.¹⁸⁸

¹⁸⁸ A. Tulić, M. Porobić, S. Golubović, *Priručnik za sudije i tužioce: Korupcijski rizici u postupcima javnih nabavki*, op.cit., стр. 44.

Krivičnim zakonom je ovo krivično djelo propisano kao:

Službena ili odgovorna osoba (u BiH, FBiH, RS i BD) koja iskorištavanjem svog službenog položaja ili ovlašćenja, prekoračivši granice svojih službenih ovlašćenja, ili ne obavivši svoje službene dužnosti, pribavi sebi ili drugom kakvu korist, drugome nanese kakvu štetu ili teže povrijedi prava drugog, kazniće se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.

Ako je krivičnim djelom iz stava 1 ovog člana pribavljena imovinska korist koja prelazi 10.000 KM, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od jedne do deset godina.

Pribavljena korist bit će oduzeta.

Kod predmetnog krivičnog djela, svojstvo službene ili odgovorne osobe je konstitutivno obilježje ovog djela, što znači da istog nema bez tog svojstva počinitelja. Dakle, ovo svojstvo predstavlja bitan element krivičnog djela, te ako se utvrdi u krivičnom postupku da počinitelj nema traženo zakonsko svojstvo, donijet će se oslobađajuća presuda jer djelo iz optužnice nije krivično djelo. Počinitelj krivičnog djela u krivičnim zakonima u BiH može biti:

1. službena osoba;¹⁸⁹

2. odgovorna osoba.¹⁹⁰

Prema odredbama krivičnih zakona u BiH, počinitelj je određen kao službena osoba koja vrši javna ovlašćenja i dužnost u organima uprave u BiH, FBiH, RS-u i BD, od državnog, entitetskog nivoa pa sve do opštinskog; takođe, i kao osoba koja vrši službenu dužnost u samostalnim upravnim organizacijama ili pravnim licima kojima su data ovlašćenja da vrše poslove od javnog interesa.

¹⁸⁹ Službena osoba je izabrani ili imenovani službenik ili druga službena osoba u organima zakonodavne, izvršne i sudske vlasti i u drugim organima uprave i službama za upravu Federacije, kantona, gradova i opština koje obavljaju određene upravne, stručne i druge poslove u okviru prava i dužnosti vlasti koja ih je osnovala; osoba koja stalno ili povremeno vrši službenu dužnost u navedenim organima i tijelima; ovlašćena osoba u privrednom društvu ili u drugoj pravnoj osobi kojoj je zakonom ili drugim propisom donesenim na osnovu zakona povjereno obavljanje javnih ovlaštenja, a koja u okviru tih ovlasti obavlja određenu funkciju; te druga osoba koja obavlja određenu službenu funkciju na osnovu ovlaštenja iz zakona ili drugog propisa donesenog na osnovu zakona.

¹⁹⁰ Odgovorna osoba je osoba u privrednom društvu ili u drugoj pravnoj osobi kojoj je s obzirom na njenu dužnost ili na osnovu posebne ovlasti povjeren određeni krug poslova koji se odnose na primjenu zakona ili propisa donesenih na osnovu zakona, ili opšteg akta privrednog društva ili druge pravne osobe u upravljanju i rukovanju imovinom, ili se odnose na rukovođenje proizvodnjom ili nekom drugom privrednom djelatnošću ili na nadzor nad njima. Odgovornom osobom smatra se i službena osoba kad su u pitanju radnje čijim je učiniocem označena odgovorna osoba, a nisu propisane kao krivično djelo odredbama glave o krivičnim djelima protiv službene i druge odgovorne funkcije ili odredbama o krivičnim djelima čiji je učinilac službena osoba propisanim u nekoj drugoj glavi ovog zakona ili drugim zakonom Federacije ili kantona.

Jasno se vidi namjera zakonodavca da pojmom službena osoba ne obuhvati samo državne službenike ili činovnike, tj. samo osobe zaposlene u administrativnom aparatu, već i osobe koje obavljaju službena ili javna ovlašćenja i u drugim, može se reći vandržavnim ili vanupravnim tijelima (pravnim licima) kojima su povjereni poslovi od javnog značaja. Kao što je poznato, obaveza provođenja javne nabavke odnosi se i na javna preduzeća i javne ustanove u smislu čl. 4. stav 1. tačka b) Zakona o javnim nabavkama BiH. Zakonodavac je definisao, kako je to citirano, i pojam odgovorne osobe. Ovo je veoma bitno s obzirom da se mnogi poslovi javnopravnog karaktera obavljaju van klasičnih državnih organa, i što skupa ukazuje na širok dijapazon potencijalnih izvršilaca ovog krivičnog djela koji su involvirani u proces javnih nabavki.

Polazeći od osnovnih pojmova u KZ u kojima je definisan i pojam odgovorne osobe, ukratko govoreći, radi se o osobama koje vrše data ovlašćenja u privrednom licu i drugom pravnom licu kojima su na osnovu zakona povjereni poslovi od javnog interesa, te koji takođe, poput službenih osoba iz stava 3. istog člana odlučuju o pravima i obavezama drugih osoba (npr. ponuđača). Riječ je o poslovima iz domena zdravstvenog osiguranja, socijalnog osiguranja i raznih oblika fondova gdje najčešće odgovorna osoba upravlja imovinom i ima obavezu da upravlja tom imovinom, donosi odluke i vrši radnje u skladu sa zakonskim i podzakonskim aktima, što predstavlja njenu službenu dužnost.

Pravilno poimanje i razlikovanje pojmova službena osoba i odgovorna osoba predstavljaju veoma bitne prve korake u postupku dokazivanja tog svojstva, o čemu će u narednom dijelu biti detaljnije raspravljano. No, polazeći od zakonskih odrednica ovih pojmova, uviđa se da isti imaju više kohezivnih ili vezivnih elemenata, zbog čega su u praksi česte greške da se počinitelj okarakterise u predmetu kao službena osoba tamo gdje je on odgovorna osoba i vice versa. Iako oba pojma imaju zajednički cilj, a to je određivanje svojstva počinioca kao konstitutivnog elementa djela, pri njihovom praktičnom razlikovanju treba polaziti od navedenih stavova i datih definicija u krivičnim zakonima, pri čemu sudska praksa u pogledu ovog elementa daje praktična pojašnjenja i tumačenja.

Dobra smjernica u tom procesu jeste analiza pravnog subjekta ili organizacione jedinice u kojoj počinitelj djeluje ili radi/vrši dužnost ili ovlašćenja.¹⁹¹ Veoma je zanimljiva pravna figura

¹⁹¹ A. Tulić, M. Porobić, S. Golubović, *Priručnik za sudije i tužioce: Korupcijski rizici u postupcima javnih nabavki*, op.cit. ctp. 47.

faktičkog organa društva, koja se u praksi pojavljuje veoma često kada pojedinci formalne pozicije ili ovlašćenja (direktora, člana uprave, punomoćnika) prepuštaju drugima, dok oni “iz sjenke” figuriraju i preduzimaju sve faktičke radnje, otkud je i sam naziv ove figure. Nerijetko u takvim slučajevima formalno postavljeni organ figurira kao tzv. “slamnati čovjek” (*strobmann, homme de paille*), dok faktički organ “vuče sve konce”, pri čemu je nejasno iz kojih motiva nije i formalno postavljen (može biti da mu je zabranjena djelatnost, da unaprijed hoće da izbjegne odgovornost i sl.); npr. odlučujući uticaj na odabir ponuđača vrši “osoba iz sjenke”, koja najčešće u okvirima istog interesnog udruživanja, iako nema formalno nikakvu konekciju sa ugovornim organom, ipak posjeduje odlučujući uticaj na izbor ponuđača u javnoj nabavci robe ili usluge.¹⁹²

Zakonskim opisima ovog krivičnog djela u našim krivičnim zakonima proizlazi da se radnja ovog krivičnog djela manifestuje u tri modaliteta:

1. iskorištavanje službenog položaja ili ovlašćenja;
2. prekoračenje granica službenog ovlašćenja;
3. nevršenje službene dužnosti.

Iskorištavanje službenog položaja ili ovlašćenja postoji kada službena osoba preduzima radnje koje su formalno u granicama njenog ovlašćenja, ali su one protivpravne u materijalnom smislu, jer su suprotne interesima i zadacima službe. U svom postupanju učinilac interese i ciljeve službe zanemaruje i zamjenjuje ih svojim, ili interesima neke druge osobe.¹⁹³

U ovakvoj situaciji, iako osoba djeluje u okviru svoje službene dužnosti, ona istu zloupotrebljava. Službena osoba ugovornog organa ne vodi se interesom institucije, preduzeća ili organa kojeg predstavlja (da za isto učini uštede, ili pribavi robu ili uslugu u interesu organa ili javnog posla), već se vodi interesom da određena pravna osoba s kojom je obično interesno povezana, dobije određeni ugovor javne nabavke, i to, u pravilu, one prirode i elemenata tog ugovora koje toj osobi pribavljaju veću korist od uobičajene (tržišne) na štetu ugovornog organa.

Prekoračenje granica službenog položaja ili ovlašćenja jeste drugi oblik radnje predmetnog krivičnog djela. Ono postoji kada službena ili odgovorna osoba prekorači granice svog stvarnog ovlašćenja, odnosno svoje stvarne nadležnosti. Počinilac djela u ovoj situaciji

¹⁹² C. Muller, Gugenberg/K. Bieneck; *Wirtschaftsmpafrecht*; Aufl age; Koln 2006, стр. 835.

¹⁹³ N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije, Opšti deo*; Savremena administracija; Beograd, стр. 141

prelazi granice svojih službenih ovlaštenja, s obzirom da preduzima službenu radnju koja pripada nadležnosti druge službene osobe, ili pripada potpuno drugoj službi. Djelo će postojati i kada službena osoba postupi bez prethodnog odobrenja ili saglasnosti druge službene osobe, a koja je u datom slučaju bila neophodna. Za postojanje ovog vida zloupotrebe potrebno je utvrditi granice ovlaštenja službene osobe, za što su mjerodavni propisi koji se odnose na tu službu. Moraju se dovesti u vezu odredbe Zakona u pogledu ovlaštenja komisije i drugih organa u provođenju javne nabavke sa odredbama internih propisa ugovornog organa kako bi se utvrdio okvir i podjela stvarnih i funkcionalnih nadležnosti u provođenju javne nabavke.¹⁹⁴

Nevršenje službene dužnosti postoji onda kada službena osoba propusti da vrši svoju službenu dužnost, odnosno kada propušta ono činjenje na koje je obavezano svojim službenim položajem ili ovlaštenjem. Radi se o manjkavom izvršenju obaveza, propuštanju preduzimanja onih radnji koje su u interesu same službe i na čije izvršavanje je službena osoba obavezana zakonom, podzakonskim aktima, datim ovlaštenjem, pa i samim interesom službe, što znači da u određenim situacijama ne mora postojati formalna obaveza na činjenje da bi se radilo o propuštanju određene obaveze. Dakle, počinilac djela propušta učiniti nešto što je inače dužan učiniti, što spada u njegovu kompetenciju, odbija uraditi nešto što je dužan uraditi, ne uređuje gdje bi trebalo očigledno odmah da interveniše, odugovlači s preduzimanjem ili izvršenjem neke svoje službene obaveze. Međutim, bitno je istaći da se ovaj modus radnje krivičnog djela može izvršiti i formalnim činjenjem. To je slučaj onda kada službena osoba vrši određenu dužnost, ali na takav način i s takvim motivom da se tom radnjom ne može postići željeni službeni cilj, što izjednačava taj efekt s efektom klasičnog nečinjenja, pasivnog držanja.¹⁹⁵

Posljedica ovog krivičnog djela se pojavljuje u slijedećim alternativno postavljenim oblicima:

1. pribavljanje sebi ili drugom kakve koristi;
2. nanošenje drugom kakve štete;
3. teža povreda prava drugog.

Kao što se vidi u samim tekstovima naših krivičnih zakona, posljedica ovog krivičnog djela je postavljena alternativno, što znači da se može ostvariti svaka od navedenih radnji

¹⁹⁴ Op.cit.

¹⁹⁵ F. Bačić Z. Šeparović, *Krivično pravo, posebni dio*; peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje; Informator; Zagreb; 1997, стр. 369

ponaosob, ali isto tako mogu biti kombinovana dva ili čak sva tri oblika zajedno, prema istom ili različitim aktivnim ili pasivnim subjektima. Posljedica u navedenim oblicima predstavlja bitan element ovog krivičnog djela, što znači da je zloupotreba položaja ili ovlašćenja materijalno krivično djelo koje je dovršeno ostvarenjem jednog od navedenih oblika posljedice.

8. Uskladenost zakona o javnim nabavkama BiH sa pravom EU

Dodjela javnih ugovora od strane, ili u ime nadležnih organa država članica mora da bude u skladu s načelima UFEU-e, pogotovo s načelom slobodnog kretanja robe, slobode poslovnog nastana i slobode pružanja usluga, kao i s načelima koja iz toga proizlaze, poput načela jednakog postupanja, zabrane diskriminacije, međusobnog priznavanja, proporcionalnosti i transparentnosti. Međutim, u slučaju javnih ugovora iznad određene vrijednosti, trebalo bi sastaviti odredbe za koordinaciju postupaka nacionalne nabavke kako bi se osiguralo da ta načela ostvaruju praktični efekat, te da se pri javnoj nabavci podstiče tržišna konkurencija.

Globalno, procjene obima javnih nabavki se kreću u iznosu od 12 do 20 procenata sveukupnih javnih izdataka prema podacima *OECD*-a. U zemljama kao što je Bosna i Hercegovina, gdje je javna potrošnja viša od polovine bruto društvenog proizvoda, a obim javnih nabavki je na nivou od 25 do 30 procenata sveukupnih javnih izdataka, javne nabavke predstavljaju veoma bitan segment koji se treba regulisati. Međutim, prethodne analize ukazuju da sistem javnih nabavki BiH nije unaprijeđen ZJN-om i da još uvijek postoji potreba za njegovim konkretnijim normiranjem, posebno sa stanovišta praktičnih problema primjene Zakona, na koje ukazuju poslodavci, mala i srednja preduzeća, te nevladine organizacije. Takođe, potrebna je i stalna harmonizacija sa načelima i procedurama sistema javnih nabavki Evropske unije, te uvođenje efikasnijih mehanizama kontrole cjelokupnog sistema javnih nabavki.¹⁹⁶

Direktive i evropski standardi nalažu revidiranje i unapređenje aktuelnog organizacionog i i legislativnog okvira kako bi se povećala djelotvornost javne potrošnje, a pogotovo kako bi se olakšalo učešće malih i srednjih preduzeća u javnoj nabavci, te kako bi se dobavljačima omogućilo da bolje iskoriste javnu nabavku pri postizanju zajedničkih društvenih ciljeva. Takođe postoji potreba za pojašnjenjem osnovnih pojmova i koncepata kako bi se osigurala

¹⁹⁶ A. Draganić, B. Kovačević, *Integritet ugovornih organa u javnim nabavkama, Dometi Expost monitoringa*, op.cit. str. 9.

pravna bezbjednost i uzeli u obzir određeni aspekti povezane, dobro utvrđene sudske prakse Suda EU.

Javni naručioci trebalo bi da koriste sva sredstva koja su im na raspolaganju u okviru nacionalnog prava kako bi se spriječilo narušavanje postupaka javne nabavke koje proizlazi iz sukoba interesa. To bi moglo uključivati postupke za utvrđivanje, sprečavanje i uklanjanje sukoba interesa.

Prema Direktivi 2014/24/EU, ponude koje nisu u skladu s tenderskom dokumentacijom, koje su primljene nakon roka za predaju, kada postoji dokaz za tajni sporazum ili korupciju, ili za koje su javni naručitelji ustanovili da su izuzetno niske vrijednosti, smatraju se nepravilnim ponudama.

Pojam kriterijuma za dodjelu ima centralno mjesto u ovoj Direktivi. Stoga je važno da se relevantne odredbe predstave na što je moguće jednostavniji način. To se može postići korištenjem terminologije „ekonomski najpovoljnija ponuda” kao glavni koncept, budući da bi sve pobjedničke ponude u konačnom trebalo da budu odabrane u skladu s onim što pojedini javni naručilac smatra da je ekonomski najpovoljnije rješenje između ponuđenih. Kako bi se izbjegla zamjena s kriterijumom dodjele koji je trenutno poznat kao „ekonomski najpovoljnija ponuda” u Direktivama 2004/17/EZ i 2004/18/EZ, za taj bi koncept trebalo koristiti različitu terminologiju, „najbolja razmjera između cijene i kvaliteta”. Stoga bi ga trebalo tumačiti u skladu sa sudskom praksom u vezi s tim direktivama, osim kada ova Direktiva navodi jasno značajno različito rješenje.

Direktive EU o javnim nabavkama iz 2014. godine, upravo pitanjima sukoba interesa (integriteta) i korupcije daju poseban značaj. Zbog obaveze BiH da novim zakonom uskladi regulativu sa standardima EU-a, ugovorni organi su podijeljeni u dvije grupe koje čine takozvani klasični javni organi, u koje spadaju organi uprave na svim nivoima vlasti, te sektorski organi, koji djeluju u oblasti energetike, prometa, poštanskih usluga, vodosnabdijevanja, te privredna društva koja na osnovu ekskluzivnih prava obavljaju jednu ili više djelatnosti od javnog interesa. Institucije nadležne za praćenje primjene zakona o javnim nabavkama i podzakonskih akata su Agencija za javne nabavke BiH i Ured za razmatranje žalbi. Agencija za javne nabavke zadužena je za izradu nacrtu zakona i zakonskih amandmana, kao i nacrtu podzakonskih akata i modela dokumentacije, izradu godišnjih izvještaja o provođenju postupaka javnih nabavki, pružanje savjetodavne i tehničke podrške akterima u procesu javnih nabavki, te za organizovanje

obuka. Ured za razmatranje žalbi je samostalna, nezavisna institucija, čije članove imenuje Parlament BiH, a čiji je zadatak rješavanje žalbi ponuđača u postupcima javnih nabavki.

Direktiva definiše sukob interesa kao situaciju u kojoj osobe koje su uključene, ili mogu da utiču na postupak dodjele ugovora od strane ugovornog organa, imaju direktan ili indirektan finansijski, ekonomski ili drugi lični interes koji može ugroziti nepristrasnost i nezavisnost postupka, te nalaže državama članicama da preuzmu korake da spriječe, identifikuju i riješe sukobe interesa.

Direktiva dalje prepoznaje proces prethodnih (tehničkih) konsultacija kao posebno rizičan za pojavu korupcije. Naime, u okviru priprema poziva za tendere, ugovorni organi mogu biti u situaciji da moraju prethodno da konsultuju kompanije koje imaju relevantne informacije i ekspertizu. Takve konsultacije mogu dovesti do situacija koje favorizuju konsultovane kompanije u odnosu na ostale potencijalne učesnike u postupcima, čime se narušava konkurencija. Stoga Direktiva određuje sljedeće mjere vezane za prethodne konsultacije:

1. Ugovorni organi moraju preuzeti neophodne korake kako bi obezbijedili da učešće kompanija koje su prethodno konsultovane ne utiče na konkurenciju u okviru tenderske procedure, te da ne dovede postupak u pitanje;
2. Svaka informacija u čijem je kreiranju određena kompanija učestvovala kao rezultat prethodnih konsultacija, mora biti poslata ostalim kompanijama, učesnicama na tenderu;
3. Međutim, ova kompanija može biti isključena iz takmičenja samo u krajnjem slučaju i to ako se ni na koji drugi način ne može garantovati jednak tretman svih kompanija učesnica na tenderu.

S obzirom na to da Zakon o javnim nabavkama Srbije nije na adekvatan način usklađen sa odredbom o preciziranju mješovitih narudžbi, pogotovo o određivanju osnovnog dijela ugovora, a s obzirom na to da Direktiva daje jasne smjernice o tome na koji način je potrebno tretirati mješovite ugovore, neophodno je da postojeća odredba Zakona koja se odnosi na mješovite nabavke bude dopunjena u skladu sa Direktivom, i to sa posebnom odredbom koja će određivati način na koji naručioci treba da utvrde da li je predmet ugovora objektivno djeljiv ili ne, a koji način mora da bude zasnovan na relevantnoj sudskoj praksi Suda pravde Evropske unije i to za svaki pojedinačni slučaj. Takođe, taj način utvrđivanja da li je predmet ugovora

deljiv ili ne mora da bude zasnovan na objektivnim dokazima, koji mogu biti tehničke i ekonomske prirode, kojima se opravdava potreba zaključivanja jednog ugovora.¹⁹⁷

Jedno od načela *OECD* jeste i transparentnost koja se posmatra kroz dva segmenta:

1. Obezbijediti adekvatan stepen transparentnosti tokom cijelog postupka javne nabavke u cilju promocije jednakog tretmana i nediskriminacije potencijalnih ponuđača.
2. Maksimalizovati transparentnost u okviru otvorenog postupka i preduzeti preventivne mjere s ciljem unapređenja integriteta u slučajevima koji ne potpadaju pod otvoreni postupak.

Kao što je već navedeno, netransparentnost u javnim nabavkama je jedan od osnovnih rizika koji pogoduju pojavi korupcije jer od stepena transparentnosti zavisi i mogućnost da se otkriju određene nepravilnosti ili zloupotrebe u okviru pojedinih ugovornih organa. Vjerovatnoća otkrivanja je jedan od ključnih segmenata koji zavisi od broja aktera, jer se sa većim brojem učesnika smanjuje mogućnost tajnih dogovora uključenih aktera. Na ovu vjerovatnoću takođe utiče i način postupka s obzirom na količinu njegove transparentnosti. Na aspekt vjerovatnoće otkrivanja potencijalnih koruptivnih djela utiče i način na koji se vrši monitoring tenderske dokumentacije (njene usklađenosti sa pravilima definisanim zakonom) i monitoring sprovođenja ugovora.

Kada je u pitanju sukob interesa koji se može pojaviti tokom javnih nabavki, čini se da on nije usklađen normativno sa direktivom. Direktiva definiše sukob interesa kao situaciju u kojoj osobe koje su uključene, ili mogu da utiču na postupak dodjele ugovora od strane ugovornog organa, imaju direktan ili indirektan finansijski, ekonomski ili drugi lični interes koji može ugroziti nepristrasnost i nezavisnost postupka, te nalaže državama članicama da preuzmu korake da spriječe, identifikuju i riješe sukobe interesa. Iako sukob interesa nije na ovakav način predstavljen u Zakonu, činjenica je da na ovaj postupak javnih nabavki treba primjenjivati i druge odredbe, pa i sam zakon o sukobu interesa.¹⁹⁸ Naredni problem je taj što je sukob interesa

¹⁹⁷ *Проблеми у примени Закона о јавним набавкама и предлози грађанског друштва за измене и унапређење постојећих решења*, op.cit. стр. 10.

¹⁹⁸ Тако се запажа да актуелни Закон о јавним набавкама БиХ, као што је помињано у извјештајима *Transparency International* у БиХ, не третира адекватно питања сукоба интереса, обзиром да се у великој мјери позива на остале важеће прописе о сукобу интереса у Босни и Херцеговини. Међутим, ова је регулатива бројна, компликована, неусаглашена и неучинковита, а постоје и даље поједине јавне функције које или нису обухваћене прописима, или су пак неадекватно третиране у смислу превенције и регулисања сукоба интереса. У таквим околностима, формулација ЗЈН којом се евентуалне ситуације сукоба интереса учесника у јавним набавкама рјешавају у складу са постојећим прописима у БиХ, је

eksplicitno definisan samo za rukovodioce, te članove upravnih i nadzornih odbora ugovornih organa i to prilično fleksibilno, s obzirom da im je dopušteno vlasništvo u kapitalu određenog privrednog subjekta do 20%, a da se to ne smatra sukobom interesa. Zakon i podzakonski akt, u dijelu koji se tiče uspostave i rada Komisije za nabavke, malo preciznije definišu sukob interesa i zabrane za lica koja učestvuju u radu komisije, ali prethodne manjkavosti i dalje stoje.

Direktiva dalje prepoznaje proces prethodnih (tehničkih) konsultacija kao posebno rizičan za pojavu korupcije. Naime, u okviru priprema poziva za tendere, ugovorni organi mogu biti u situaciji da moraju prethodno da konsultuju kompanije koje imaju relevantne informacije i ekspertizu. Takve konsultacije mogu dovesti do situacija koje favorizuju konsultovane kompanije u odnosu na ostale potencijalne učesnike u postupcima, čime se narušava konkurencija. Stoga Direktiva određuje sljedeće mjere vezane za prethodne konsultacije:

- Ugovorni organi moraju preuzeti neophodne korake kako bi obezbijedili da učesnici kompanija koje su prethodno konsultovane ne utiče na konkurenciju u okviru tenderske procedure, te da ne dovede postupak u pitanje;
- Svaka informacija u čijem je kreiranju određena kompanija učestvovala, kao rezultat prethodnih konsultacija mora biti poslata ostalim kompanijama, učesnicama na tenderu;

Međutim, ova kompanija može biti isključena iz takmičenja samo u krajnjem slučaju i to ako se ni na koji drugi način ne može garantovati jednak tretman svih kompanija učesnica na tenderu.

Sukob interesa, ako ga nije moguće ukloniti drugim, manje drastičnim mjerama, predstavlja i osnov za isključenje privrednih subjekata iz postupaka javnih nabavki. Generalno, osnove za isključenje iz postupka javnih nabavki su osnažene i proširene. Pored osude za prevare i korupciju, razlozi za isključenje uključuju:

1. Situacije u kojima kompanije neopravdano utiču na proces donošenja odluka koji vodi do sklapanja ugovora;
2. Lažne izjave u vezi sa procedurom za dodjelu javnog ugovora, bilo da se one odnose na odsustvo osnova za isključenje, posjedovanje profesionalnih, tehničkih i finansijskih kapaciteta ili izostanak slanja neophodnih sertifikata;
3. Sporazumno narušavanje konkurencije, itd.

неадекватна и недостатна. *Sukob interesa i korupcija u javnim nabavkama, TI BiH, Fond otvoreno društvo, Sarajevo, 2019, стр. 4.*

U ovom kontekstu je bitno pomenuti i nužnost reguliranja tzv pantoflaže, odnosno restrikcije prelaska na određene funkcije u javnom i privatnom sektoru, po prestanku javne funkcije, s ciljem sprečavanja zloupotrebe korištenja prethodno stečenih kontakata, znanja i povlašćenih informacija u privatne svrhe. Ove restrikcije, u zavisnosti od funkcije, obično traju od 6 mjeseci do 5 godina (tzv. „*cooling off*“ period) i pominju se u nizu međunarodnih dokumenata koji regulišu ovu oblast, uključujući i one koje je BiH obavezna inkorporirati u svoje zakonodavstvo.

Rezime

Javna sredstva se u svakoj državi, pa i u državama članicama Evropske unije, troše za ostvarivanje zajedničkog opšteg interesa. Jedna od najvećih stavki utroška javnih sredstava jeste utrošak kupovine robe, usluga i radova kojima organi vlasti putem javnih nabavki ostvaruju javni interes iz svoje nadležnosti. Prema podacima Generalne direkcije za unutrašnje tržište, industriju, preduzetništvo i mala i srednja preduzeća, Evropske komisije u državama članicama EU svake godine se zaključi preko 250.000 ugovora o javnim nabavkama u vrijednosti od oko dvije hiljade milijardi evra, što čini oko 14% BDP Evropske unije.

Uzimajući u obzir ovoliku potrošnju javnih sredstava očigledan je uticaj javnih nabavki na evropsku ekonomiju, čime se u središte interesa država članica stavlja odgovornost javne uprave da pažljivo planiraju i izvršavaju politiku vlada svojih država na svim nivoima. Polazeći od ciljeva svake vlade da ispuni svoj politički program, omogućiti ekonomski i privredni rast i životni standard građana, sve kroz vladavinu prava, izvršavanje zadatih ciljeva zavisi i od načina na koji se troše raspoloživi resursi.

Utrošak javnih sredstava ne smije da ima za cilj samo obezbjeđenje određenih zadatih ciljeva u ekonomskoj politici vlade, već da se istim omogućiti i dugoročni održivi rast privrede, prihoda, te stvori i očuva socijalna kohezija.

Imajući sve ovo u vidu, a naročito nakon ekonomske krize 2009. godine, Evropska komisija pokrenula je novu desetogodišnju ekonomsku strategiju, zvanu „Evropa 2020“, koja je donesena 3. marta 2010. godine. Strategijom je kao cilj utvrđeno jačanje evropske ekonomije i promovisanje pametnog, održivog i uključivog rasta, koji bi počivali na zajedničkoj većoj saradnji i koordinaciji između nacionalnih i evropskih institucija. Ovo iz razloga što je kao slabost dotadašnje ekonomske politike EU identifikovana "Lisabonska strategija", te se novom nastojalo prevazići sve slabosti prethodne strategije.

Javna nabavka jedan je od tržišnih instrumenata koji se koristio i još se koristi za postizanje pune implementacije Strategije Evropa 2020 za pametan, održiv i uključiv rast, sa ciljem da se poboljšaju uslovi za inovaciju poslovanja, osigura najefikasnije korištenje javnih sredstava, a sve kroz konstantno održavanje otvorenih tržišta javnih nabavki širom EU.

Pravno regulisanje javnih nabavki je složeno pitanje koje može biti analizirano kao teorijsko i praktično pitanje u pravnom i ekonomskom smislu. U ekonomskom smislu, nabavke predstavljaju strateški instrument ekonomske politike kojim se utiče na trošenje javnih sredstava. U Evropskoj uniji je to vrlo osjetljivo pitanje jer su u pitanju sredstva državljana država članica.

Pravnom regulativom omogućava se trošenje javnih sredstava na zakonit i kontrolisan način, kao i mogućnost da se sankcionišu povrede. Pravni propisi o javnim nabavkama moraju biti djelotvorni i njihova primjena u praksi treba da omogući jednostavnu, brzu i ekonomičnu provedbu javnih nabavki kojima se ostvaruje zajednički opšti interes.

U radu je izvršena analiza propisa i pravila primarnih i sekundarnih izvora evropskog prava koja regulišu javne nabavke, analiza pravnih instituta kao što je javno-privatno partnerstvo (JPP), pravo konkurencije i načelo autonomija volje ugovornih strana kod zaključivanja ugovora. Na osnovu analize elemenata, karakteristika i pravne prirode ovog ugovora ugovor o javnim nabavkama je definisan kao ugovor mješovite pravne prirode, koji kao takav mora da zadovolji osnovne zahtjeve ugovornog privrednog ili obligacionog prava u pogledu nastanka, pravnog dejstva i prestanka, ali i zahtjeve javnog prava.

Kako se kao osnovni bitni element ovih ugovora javlja organ vlasti kao jedna ugovorna strana, te postojanje ograničene autonomije volje obje strane, bilo je bitno razjasniti sam pojam javnog ugovora i identifikovati karakteristike javnog ugovora u ugovoru o javnim nabavkama. U odnosu na klasične obligacione ugovore, upravne ugovore karakteriše posebno svojstvo stranaka, način zaključivanja, predmet, svrha i *kauza*, tok izvršenja i pravna zaštita.

Stranke (ugovorne strane) kod upravnih ugovora su upravni organ i privatno lice. Upravni ugovori djeluju *erga omnes*, za razliku od građanskih ugovora koji djeluju *inter partes*. Cilj upravnih ugovora je postizanje javne svrhe. Upravni organ ima obavezu da osigura ostvarivanje nadležnosti prenesenih na određene javne subjekte, uz ovlašćenje za vršenje javne službe. Upravo iz ovih nadležnosti proizilazi nejednakost strana u ugovoru, a ta nejednakost ogleda se i u obimu autonomije volje ugovornih strana.

Pored pravnog aspekta, u radu su analizirana načela na kojima počivaju javne nabavke i to osnovna načela koji su sadržani u UFEU-u i u direktivama o javnim nabavkama. Pored navedenog, analizirana je i primjena pravila konkurencije.

U drugom poglavlju rada izvršena je analiza uticaja javnih nabavki na ekonomiju države, njihov uticaj na tržište, kao i osvrt na razliku javnog i privatnog tržišta. Analizom načela javnih nabavki i izvora prava pojašnjen je način djelovanja javnih nabavki na jedinstvenom tržištu EU kao i njihova primjena unutra država članica.

Određivanje ugovora kao građanskopravnog ili javnopravnog odnosa, te sam pojam javnog posla nabavke, razjašnjeni su u ovim poglavljima kroz subjektivni, objektivni i mješoviti pristup. Polazeći od subjekata u ovom ugovornom odnosu (subjektivni metod), vidljivo je da evropski zakonodavac kod definisanja javnih nabavki polazi od mjere ili svrhe zaključenog posla, a ne od svojstva koja imaju ugovorne strane. Tako posmatrane, javne nabavke se mogu privremeno odrediti i kao one koje nisu privatne i koje služe zadovoljenju opštih javnih interesa. Kod objektivnog pristupa, osnov za određivanje pravne prirode ovih ugovora, uzima se sam interes za zaključenje ugovora. Ovdje postoji očigledno zadovoljenje javnog interesa, ne privatnog kao u građanskopravnim ugovornim odnosima. Praksa je pokazala da je moguć i kombinovani pristup, gdje se polazi od svojstva naručioca, javnog organa i zadovoljenja javnog interesa.

Postojeći propisi uređuju postupak javne nabavke, kombinujući garanciju odbrane javnog interesa, slobodnu konkurenciju, javnost, transparentnost, jednakost i nediskriminaciju i omogućavajući javnim vlastima da nabavku koriste kao podršku društvenim ciljevima. Iz tog razloga, bitno je bilo izdvojiti i osnovna načela i njihov značaj za provođenje javnih nabavki na način na koji je zakonodavac predvidio u direktivama.

Načela javnih nabavki EU nalaze se u primarnim izvorima (Ugovorima o osnivanju EU), a u nacionalnim propisima u odnosnim zakonima. U skladu sa navedenim, postoje načela postupanja na ekonomičan i efikasan način, obezbjeđenja konkurencije, jednakog položaja svih privrednih subjekata, bez diskriminacije i postupanja na transparentan i proporcionalan način. Iz ovoga su izvedena načela ekonomičnosti i djelotvornosti, konkurencije, jednakog postupanja, nediskriminacije, transparentnosti i proporcionalnosti. Vrlo bitno je naglasiti da su ova načela kao takva definisana kroz sudsku praksu, te se tako i tumače.

Načelo ekonomičnosti i djelotvornosti (efikasnosti) čijom primjenom se obezbjeđuje racionalno i ekonomično trošenje sredstava koja su namijenjena za javne nabavke i načelo

obezbjediavanja konkurencije i zabrane diskriminacije kojim se obezbeđuje što veća konkurencija ponuđača dobara i usluga odnosno kupaca istih, su dva načela koja su suštinska za način ostvarivanja cilja javnih nabavki, kako u užem smislu ostvarenja određenog opšteg interesa, tako i u širem kojim se razvija tržišna ekonomija na javnom tržištu.

Načelo transparentnosti postupka javne nabavke je jedno od najznačajnijih načela u postupanju javnog sektora, jer putem transparentnih javnih nabavki građanima se omogućava praćenje izvršenja javnih interesa zadatih u političkim programima i način trošenja sredstava određenih za izvršavanje tih zadataka. Javno (transparentno) trošenje javnih sredstava obezbediće i veću konkurenciju i omogućiti bolje ponude, kao i zaštitu nezadovoljnih ponuđača. Pravila javnih nabavki nalažu poštovanje ovog načela kroz sve faze postupka javne nabavke.

Načela jednakog postupanja, proporcionalnosti i pravičnosti su načela koja se prožimaju međusobno i prije svega utiču na javne organe da u postupcima javnih nabavki prema ekonomskim subjektima jednako i bez diskriminacije postupaju i djeluju na transparentan i proporcionalan način.

Sudska praksa je i prije donošenja direktiva iz 2004. i trenutno važećih iz 2014. godine u brojnim presudama zauzela stanovište da se načela iz Ugovora (UFEU) moraju poštovati u postupcima javnih nabavki i da zbog kršenja istih od strane javnih organa oštećeni ekonomski subjekti u ovim postupcima imaju pravo na zaštitu i naknadu štete.

Pored navedenog, u drugom poglavlju su analizirani izvori prava, primarni i sekundarni, u EU u ovoj oblasti. Pored samog Ugovora kojim su postavljena osnovna načela koja moraju biti poštovana, kao što su zabrana diskriminacije između dobavljača po osnovu državljanstva, garantovanje slobodnog prometa robe, sloboda preduzetništva i sloboda vršenja usluga, EU je još 70-tih donijela direktive kojim je regulisala jednim djelom javne nabavke, te tokom vremena iste mjenjala i donosila nove. Prva manje-više obuhvatnija regulativa donesena je 2004. godine i to 2004/18/EZ za postupake za dodjelu javnih radova, nabavku dobara i vršenje usluga, i Direktiva broj 2004/17/EZ o koordinaciji postupaka nabavke tijela koja operišu u sektoru vode, energije, transporta i poštanskih usluga. Ove direktive su zamjenjene direktivama iz 2014. godine, i to Direktivom 2014/24/EU (opšta direktiva), Direktivom broj 2014/25/EU (direktiva o komunalnim uslugama), i Direktivom broj 2014/23/EU o dodjeli ugovora o koncesiji. Značaj

donošenja ovih direktiva iz 2014. godine je nastanak obaveza država članica da iste transponuju u nacionalna zakonodavstva, jer slabost ranijih direktiva upravo je bilo nedovoljna primjena od strane država članica na nacionalnom nivou.

Regulativa iz 2014. godine je značajna i u pogledu inkorporiranja sudske prakse u njene odredbe, je je sudska praksa do donošenja ovih direktiva u stvari predstavljala okvir na koji su postupali javni organi. Iz tog razloga bilo je potrebno i osvrnuti se posebno na sudsku praksu kao izvor prava.

Za razumijevanje pravne prirode i posla javne nabavke, bitno je razumijeti domašaj primjene direktiva, odnosno njene izuzetke od primjene. Zakonodavac se očigledno rukovodio postojanjem određenih svojstava subjekata u ovim ugovorima, nekim specifičnostima koje određeni poslovi zahtijevaju, kao što su pravni poslovi zastupanja i arbitraže koji predstavljaju lične obligacije (*intuitu personae*), hitni rokovi za djelovanje (kreditna zaduženja) ili postojanjem već zaključenih međunarodnih pravila.

Kao izuzetke, direktive izdvajaju subvencionisane ugovore, zatim ugovor za javne nabavke za odbranu i bezbjednost, rukovodeći se zaštitom bezbjednosnih interesa svake države članice ponaosob, mada je bitno naglasiti da nabavka svih onih dobara i usluga kao osnovnih potrepština za svakodnevno funkcionisanje vojske ili policije ne može da se isključi iz primjene ovih direktiva. Sudska praksa je pokazala da je na strani javnih organa da dokazuju da konkretna nabavka može da se isključi iz primjene ovih pravila. Posebno izuzeće odnosi se i na javne nabavke unutar kuće (*in house*), gdje se u stvari kao ugovorne strane javljaju javni organi ili javni organi i pravna lica koja kontrolišu javni organi.

U trećem i četvrtom poglavlju izvršena je analiza predmetnih ugovora, u smislu njegovih karakteristika, bitnih elemenata, strana u ugovoru, forme ugovora, te cause i consideration, kao i analiza vrsta ugovora koji se dijele na osnovu glavnog predmeta. Ono što je jasno i precizno u ovim ugovorima jeste svojstvo obaveznog subjekta, odnosno uslov da se na ugovor primjenjuju pravila javnih nabavki jeste javni organ kao jedna od strana u ugovoru. Obavezna je i pisana forma ugovora. Međutim, sama causa i consideration ovih ugovora je nedefinisana u pravnoj regulativi EU, i nju je više definisao Sud kroz praksu, kao novčani interes.

Prema rješenjima iz direktiva izdvajaju se više vrsta ugovora o javnim nabavkama i to ugovor o javnoj nabavci dobara, ugovor o javnim radovima i ugovor o javnim uslugama. Kao modalitet ovih ugovora, javljaju se ugovori o koncesiji i konkurs za dizajn. Sem nekih manjih izmjena prva tri ugovora su i u direktivama iz 2014. godine regulisana na isti način kao u direktivama iz 2004. godine. Ali, bitna novina jeste ugovor o koncesiji, koji se prvi put stavlja u okvir pravila o javnim nabavkama. Za potpuno razumijevanje ovih ugovora, u smislu određivanja predmeta i primjene direktiva, bitno je razumijevanje postojanja operativnog rizika kao bitnog elementa ovih ugovora, odnosno tzv. prenos rizika na koncesionara. Bez ovog elementa ne može se govoriti o ugovoru o koncesijama.

U glavi petoj analizirani su postupci koje javni organ može da provede u zavisnosti od specifičnosti koje nameće bilo vrsta nabavke, određene specifičnosti predmeta nabavke ili svojstva koje ima ekonomski subjekat kao izvođač radova. Glava peta sadrži i analizu rokova, kriterijuma za odlučivanje, pravila za isključenje iz postupka, te mogućnost modifikacije ugovora u toku trajanja istog.

Direktive propisuju nekoliko postupaka i to otvoreni postupak, ograničeni postupak, konkurentski dijalog, konkurentski postupak sa pregovorima, inovacijsko partnerstvo, elektronska aukcija i konkurs za dizajn. Uzevši u obzir Strategiju 2020, zakonodavac je kao novinu u odnosu na direktive iz 2004. godine, uveo nekoliko novih postupaka, kao što su inovacijsko partnerstvo, konkurentski postupak sa pregovorima, elektronska aukcija i konkurs za dizajn, a sve u cilju da se na javnom tržištu razvijaju inovacije koje će omogućiti ne samo ekonomski rast, već i brigu o ekologiji, zaštiti životne sredine, razvoj preduzeća koji zapošljavaju socijalne kategorije građana i sl.

Bitna je mogućnost modifikacije ugovora tokom trajanja istih, jer upravo se tu vide prerogative moći jedne ugovorne strane, koja za sebe zadržava postojanje klauzule *ex orbitante*. Ali javni organ upravo i nije ugovorna strana poput ostalih, jer ima na raspolaganju pretjerane prerogative, odnosno klauzulu *ex orbitante* koja mu omogućava da, osim bilo kojeg ugovornog uslova, kontroliše ili utiče na život ugovora usmjeravanjem izvršenja ili modifikovanjem njegovih uslova. Ova klauzula nalazi svoju osnovu u zadovoljavanju opšteg interesa. Međutim, praksa, tačnije sudska praksa, pokazuje da se njihova primjena može pokazati problematičnom.

To je prije svega slučaj kada javni organ nasilno priziva opšti interes ili ne poštuje potrebne formalne i proceduralne zahtjeve (formalno upozorenje, motivacija, kontradiktornost...).

U glavi šestoj, koja je naslovljena kao pravna zaštita, analizirani su svi dostupni pravni lijekovi koje stoje na raspolaganju ekonomskom subjektu koji smatra da je oštećen u postupcima javnih nabavki. Pravna zaštita regulisana je Direktivom o pravnim lijekovima za javni sektor (Direktiva 89/665 / EEZ) i Direktivom o pravnim lijekovima za komunalni sektor (Direktiva 92/13 / EEZ), koje su izmjenjene Direktivom broj 2007/66 / EZ. Određen nivo zaštite regulisan je pred organima EU, dok je drugi nivo zaštite obezbjeđen pred nacionalnim organima koji su nadležni za reviziju postupaka javnih nabavki.

Organi koji su nadležni da rješavaju po žalbama oštećenih ponuđača su Evropska komisija, kojoj se ponuđači mogu žaliti zbog kršenja pravila o nabavkama i načela Ugovora o EU i uložiti prigovor za dodjelu ugovora (prigovor u prvom stepenu za javne nabavke koje provode institucije EU), Evropski ombudsman (kome se mogu žaliti zbog nepravilnosti u postupcima javnih nabavki koje provode institucije i organi EU, Osnovni (Opšti) sud Suda EU (kome se mogu žaliti na postupak nabavke koje su provele institucije EU) i Evropska kancelarija za borbu protiv prevara (*OLAF*), koja istražuje prevare protiv budžeta EU-a, korupciju i ozbiljne neprimjerene radnje u evropskim institucijama.

Analiza pravnih lijekova koji su dostupni oštećenim ponuđačima zbog određenih nepravilnosti u postupcima javnih nabavki ukazuje da je evropski zakonodavac naročitu pažnju posvetio predugovornim lijekovima, jer u suštini postugovorni lijekovi sem eventualne naknade štete rijetko mogu omogućiti drugi vid obeštećenja. Privremena mjera, period mirovanja te automatska suspenzija, kao predugovorni lijekovi omogućavaju prekid postupka dok se ne ispituju navodi prigovora da je došlo do kršenja pravila javnih nabavki, i oni su predviđeni da kao krajnji rezultat omoguće oštećenom ponuđaču da se ili vrata u postupak ili budu izabrani kao najpovoljniji ponuđači.

Odluka o neefikasnosti kao pravni lijek kojim se raskida ugovor zbog kršenja pravila javnih nabavki je inovacija pravne regulative iz 2014. godine, u odnosu na direktive iz 2004. godine. Iako je uvedena kao postugovorni lijek, praksa je pokazala da se ugovorni organ teško odlučuje da donese ovakvu odluku, pravdajući se opštim interesom. Na kraju, oštećenim

ponuđačima ostaje samo naknada štete. Ovdje se može postaviti pitanje opravdanosti naknade štete koju na kraju plaćaju građani putem javnih sredstava, a za kršenje pravila zaposlenih u nekom javnom organu.

Iako je EU obezbjedila pravnu zaštitu donošenjem posebnih direktiva, sudska praksa je zauzela stav da i sama Povelja o osnovnim pravima EU omogućava zaštitu učesnicima postupaka javnih nabavki, i to kroz pravo na dobru upravu i pravo na efikasan pravni lijek.

U glavi sedmoj izvršena je analiza pravnih aspekata zakona o javnim nabavkama BiH i njegova usklađenost sa direktivama EU. Iako je obaveza BiH da u skladu sa Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju usaglasi pravila javnih nabavki sa direktivama EU, BiH nije u potpunosti izvršila usklađivanje. Prije svega, nisu propisani svi postupci koje propisuje EU, manjakavost se vidi i u pogledu kriterijuma, gdje je i dalje cijena ona koja utiče na izbor najpovoljnijeg ponuđača. U ovoj glavi izvršena je analiza postupaka, izuzeci od primjene, te pravna zaštita. Na kraju osvrt je dat na samu usklađenost sa direktivama EU.

Na kraju, može se zaključiti da se pravo o nabavkama u EU smatra dijelom prava o unutrašnjem tržištu Evropske unije, i svoje temelje crpi u članovima o slobodnom kretanju robe, o slobodi poslovnog nastanjanja i slobodnom kretanju usluga u UFEU-u. Sam Ugovor ne propisuje posebne odredbe o javnim nabavkama.

Stvaranje jedinstvenog tržišta, kao osnovnog cilja EU, uticalo je i na potrebu da se javne nabavke kao veliko javno tržište reguliše na jedinstven način sa obavezom da se EU regulativa u potpunosti transponuje u nacionalna zakonodavstva i da se u praksi primjenjuje. Analizom predmetnih direktiva, vidljivo je da je namjera zakonodavca bila regulisanje ugovaranja u javnom sektoru, koje bi počivalo na načelima slobode pristupa tenderima, javnosti i transparentnosti postupaka i nediskriminacije i jednakog postupanja između ponuđača. Poštujući ovakva pravila javni sektor bi osigurao efikasno korištenje sredstava namijenjenih za izvođenje radova, nabavku dobara i ugovaranje usluga, zaštitu slobodne konkurencije i izbor ekonomski najpovoljnije ponude. Problem u primjeni je moguć zbog brojnih izuzetaka, i previše diskrecionih mogućnosti organa da određene ugovore izuzmu iz primjene kako bi zaštitili nacionalne ponuđače, što je upravo ono što je evropski zakonodavac htio onemogućiti. Iako su koncesije regulisane posebnom direktivom, brojni izuzeci najčešće omogućavaju da države

članice veliki broj nabavki ne podvedu pod primjenu Direktive. BiH nije izvršila u potpunosti usklađivanje zakonskih rješenja sa direktivama EU.

LITERATURA

LITERATURA, IZVORI

Knjige i zbornici

1. A. Draganić, B. Kovačević, *Integritet ugovornih organa u javnim nabavkama, Dometi Expost monitoringa*, Agencija za razvoj preduzeća Eda, Banja Luka, 2018
2. A. Rhode, *Public procurement in the European Union*, Springer Gabler 2019
3. A. Selić, A. Bogavac, *Procjena rizika korupcije u zdravstvenom sistemu Crne Gore*; Centar za monitoring i izvještavanje; Podgorica 2016
4. A. Tulić, M. Porobić, S. Golubović, *Priručnik za sudije i tužioce: Korupcijski rizici u postupcima javnih nabavki*, Udruženje "Centar za razvoj medija i analize", u okviru projekta Antikorupcijska mreža u Bosni i Hercegovini (ACCOUNT), Sarajevo
5. V. Vasiljev, *Javno-privatna partnerstva u Evropskoj uniji i Srbiji - razvoj modela, tržišta i zakonskog okvira, doktorska disertacija*, Fakultet političkih nauka, Beograd, 2015
6. V. Vodinelić, *Javno i privatno pravo*, objavljena teza, Beograd, 2016
7. D. Stanković, Državne potpore u kontekstu javne nabavke, *Zagrebačka pravna revija (ZPR)* 6 (3) 2017
8. D. Stanković, Pojam "ugovor o javnoj nabavi" u pravu Europske unije s posebnim osvrtom na povezane iznimke od primjene zakonodavstva o javnoj nabavi, *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, 68(1):121-155,
9. Müller, Gugenberg/K. Bieneck; *Wirtschaftsstrafrecht*; Auflage; Köln 2006, str 835
10. N. Voloder, *Transparentnost javnih nabavki u Bosni i Hercegovini: Između teorije i prakse*; Centar za društvena istraživanja – Analitika; 2015
11. N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije, Opšti deo*; Savremena administracija; Beograd; 1998
12. R. Vukadinović i J. Vukadinović Marković, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*
13. R. Tomić, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Beograd 2019
14. S. Arrowsmith and P. Kunzlik, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, New Directives and New Directions*, CUP, 2009
15. S. van Garssen, Concession and public procurement, u: C. Bovis, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2016
16. T. Rahić, F. Kozadra, M. Hadžimusić, *Priručnik za praktičnu primjenu Zakona o javnim nabavkama BiH*; Privredna štampa doo; Sarajevo 2016

17. F. Bačić, Z. Šeparović, *Krivično pravo, posebni dio*; peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje; Informator; Zagreb 1997
18. Ferhatović, *Zloupotreba položaja ili ovlašćenja* ; Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu; LV-2012
19. Bovis, *Public Procurement in the EU: Jurisprudence and Conceptual Directions*, CML Rev, 2012
20. Bovis, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2016

IZVORI PRAVA I SUDSKA PRAKSA

Konvencije, međunarodni sporazumi, zakonska regulativa

1. Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts OJ L 185, 1971, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A31971L0305>
2. Direktiva Evropskog parlamenta i Savjeta 2004/18/EZ o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavci robe te ugovora o javnim uslugama, SL L 134, 2004, <http://www.ujn.gov.me/wp-content/uploads/2016/10/Direktiva24.pdf>
3. Direktiva Evropskog parlamenta i Savjeta 2004/17/EZ o usklađivanju postupaka nabavke subjekata koji djeluju u sektoru vodne privrede, energetsom i saobraćajnom sektoru te sektoru poštanskih usluga, SL L 134, 2004, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0017&from=EN>
4. Direktiva 2014/23/EU Evropskog parlamenta i Savjeta o dodjeli ugovorâ o koncesiji, SL L 94, 2014, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0023&from=EN>
5. Direktiva 2014/24/EU Evropskog parlamenta i Savjeta o javnoj nabavci i o stavljanju van snage Direktive 2004/18/EZ, SL L 94, 2014, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=FR>
6. Direktiva 2014/25/EU Evropskog parlamenta i Savjeta o nabavci subjekata koji djeluju u sektoru vodne privrede, energetsom i saobraćajnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju van snage Direktive 2004/17/EZ SL L 94, 2014, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/hr/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0025>
7. Direktiva Savjeta 89/665/EEZ o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na primjenu postupaka kontrole na sklapanje ugovora o javnoj nabavci robe i javnim radovima, SL 395,1989, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:31989L0665>
8. Direktiva Savjeta 92/13/EEZ o usklađivanju zakona i drugih propisa o primjeni pravila Zajednice u postupcima nabavke subjekata koji djeluju u sektoru vodne privrede, energetsom, saobraćajnom i telekomunikacijskom sektoru, SL 076, 1992, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A31992L0013>
9. Direktiva 2007/66/EZ Evropskog parlamenta i Savjeta o izmjeni direktiva Savjeta 89/665/EEZ i 92/13/EEZ u vezi s poboljšanjem efikasnosti postupaka pravne zaštite koji se odnose na sklapanje ugovora o javnoj nabavci, SL 335, 2007, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=celex%3A32007L0066>

10. Direktiva 2009/81/EZ Evropskog parlamenta i Savjeta o usklađivanju postupaka nabavke za određene ugovore o radovima, ugovore o nabavkama robe i ugovore o uslugama koje sklapaju javni naručioci ili naručioci u području odbrane i bezbjednosti, te izmjeni direktiva 2004/17/EZ i 2004/18/EZ, SL 216, 2009, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A32009L0081>
11. Zakon o javnim nabavkama („Službeni glasnik BiH“ broj 39/14)
12. Zakon o zaštiti konkurencije, ("Sl glasnik RS ", br 51/2009 i 95/2013, čl 59)
13. Konvencija Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe, 1980 (Bečka konvencija)
14. Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru 1888, Zbornik građanskih zakonika stare Jugoslavije, Titograd, 1960
15. Povelja o osnovnim ljudskim pravima EU (CFR), SL C 364/01, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=EN>
16. Pravilnik o javnim nabavkama ("Službeni glasnik", br 66/16)
17. Prečišćene verzije Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, SL C 326, 26/10/2012, P.0001–0390, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A12016ME%2FTXT>
18. Revised Agreement on Government Procurement 2014, The World Trade Organization (WTO), https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gpa_1994_e.htm
19. <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/materijali/yormil/BECKA%20KONVENCIJA%20dvojezicno.pdf>

Sudska praksa

1. *Alcatel Austria AG and Others, Siemens AG Österreich and Sag-Schrack Anlagentechnik AG v Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr* [2009] ECR I-7671 Case No. C-81/98
2. *Alessandra Venturini and others v ASL Varese and others, Case No. C-159/12 and Anna Muzzio v ASL Pavia, Ministero della Salute, Regione Lombardia, Comune di Bereguardo, Agenzia Italiana del Farmaco, Case No. C-161/12* SC EU:C:2013:791
3. *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic* EU-a 1991 I-05357 ECLI:EU:C:1991:428 Case No. C-6/90, C-9/90 C-6/90 and C-9/90,
4. *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), EU:C:2007:227, Case No. C-295/05*
5. *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), EU:C:2007:227, Case No. C-295/05*
6. *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v Administración General del Estado, ECLI:EU:C:2007:815 Case No. C-220/06*
7. *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v Administración General del Estado, ECLI:EU:C:2007:815 Case No. C-220/06*
8. *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, EU:C:2007:815 Case No. C-220/06,*
9. *Dolf Truley GmbH v Bestattung Wien GmbH, EU:C:2003:110 Case No. C-373/00*
10. *Enterprise Focused Solutions SRL v Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia, ECLI:EU:C:2015:228 Case No. C-278/14*

11. *Eric Libert, Christian Van Eycken, Max Bleeckx, Syndicat national des propriétaires et copropriétaires (ASBL), Olivier de Clippele v Gouvernement flamand* Case No. C-197/11 i *All Projects & Developments NV and Others v Vlaamse Regering* Case No. C-203/11, EU:C:2013:288, tač 108 – 115
12. *eVigilo Ltd v Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie aus reikalų ministerijos* ECLI:EU:C:2015:166 Case No. C-538/13
13. *Forposta SA and ABC Direct Contact sp z oo v Poczta Polska SA*, ECLI: ECLI:EU:C:2012:801, Case No. C-465/11
14. *French Republic v Commission of the European Communities, Competition in the markets in telecommunications terminals equipment*, 1991 I-01223, Case No. C-202/88
15. *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik v AOK Rheinland/Hamburg* ECRI-4779 Case No. C-300/07
16. *Helmut Müller GmbH v Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, 2010 I-02673, ECLI:EU:C:2009:710 Case No. C-451/08
17. *Jean Auroux and Others v Commune de Roanne* 2007 I-00385 Case No. C-220/05
18. *La Cascina Soc coop arl and Zilch Srl v Ministero della Difesa and Others* Case No. C-226/04
19. *M M v Minister for Justice, Equality and Law Reform and others*, EU:C:2012:744 Case No. C-277/11
20. *Mannesmann Anlagenbau Austria AG and Others v Strohal Rotationsdruck GesmbH*, 1998 p I-00073, Case No. C-44/96,
21. *Ordine degli Architetti and Others* [2001] ECR I-5409 Case No. C-399/98, and *Auroux and Others* [2007] ECR I-385 Case No. C-220/05
22. *Ordine degli Architetti delle province di MilaNo. e Lodi, Piero De Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti and Leopoldo Freyrie v Comune di MilaNo., and Pirelli SpA, MilaNo. Centrale Servizi SpA and Fondazione Teatro alla Scala* 2001 I-05409, Case No. C-399/98
23. *Orizzonte Salute v Azienda Pubblica di Servizi alla persona San ValentiNo. and others*, EU:C:2015:655 Case C-61/14
24. *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH and APA Austria Presse Agentur registrierte GeNo.ssenschaft mit beschränkter Haftung*, EU-a 2008 I-04401 Case No. C-454/06
25. *Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl protiv Comune di MilaNo.* ECLI:EU:C:2009:808 case No. C-376/08
26. *Sita UK Ltd v Greater Manchester Waste Disposal Authority* [2010] EWHC 680 (Ch)
27. *Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna* EU-a 2005 I-00001 Case No. C-26/03
28. *Teckal Srl v Comune di ViaNo. and Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, 1999 I-08121, ECLI:EU:C:1999:562 Case No. C-107/98
29. *UAB „LitSpecMet“ v UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas UAB*, ECLI:EU:C:2017:736 Case No. C-567/15
30. *UAB „LitSpecMet“ v UAB Vilniaus lokomotyvų remonto depas UAB*, ECLI:EU:C:2017:736 Case No. C-567/15

31. *Commission of the European Communities v Ireland*, 1998 I-08565, ECLI:EU:C:1998:611 Case No. C-353/96
32. *Commission of the European Communities v Ireland*, ECLI:EU:C:2007:801 Case No. C-532/03
33. *Commission of the European Communities v Italian Republic* I-00153 Case No. C-437/07
34. *Commission of the European Communities v Kingdom of Spain* 1999 I-05585, Case No. C-414/97
35. *Commission of the European Communities v Kingdom of Spain* EU:C:2003:276 Case No. C-214/00
36. *Commission of the European Communities v Kingdom of Spain* EU:C:2003:276 Case No. C-214/00, t. 53 i tako navedenu sudsku praksu
37. *Commission of the European Communities v Republic of Austria*, 1999 I-07479, ECLI:EU:C:1999:526 Case No. C-328/96
38. *Conorzio G f M v Ministero della Difesa and La Cascina Soc coop Arl* Case No. C-228/04, 2006 I-01347, ECLI:EU:C:2006:94

Autorski radovi, članci, blogovi, objave

1. A. Prigan, *Conflict of interest in public procurement*, Wardyński & Partners 2018, <http://www.codozasady.pl/en/conflict-of-interest-in-public-procurement/>
2. A. Reich and O. Shabat, *The Remedy of Damages in Public Procurement in Israel and the EU: A Proposal for Reform*, Thomson Reuters 2014, str. 65 dostupno na: https://law.biu.ac.il/sites/law/files/shared/pplr_issue2_reichrevisedfeb2014_3.pdf
3. A. Selić, A. Bogavac, *Procjena rizika korupcije u zdravstvenom sistemu Crne Gore*; Centar za monitoring i izvještavanje; Podgorica 2016.; str. 20, dostupno na: <http://cemi.org.me/wp-content/uploads/2017/01/Procjena-rizika-od-korupcije-u-zdravstvenom-sistemu-Crne-Gore.pdf>
4. *Allocated risks in Public-Private partnership contracts*, Global Infrastructure Hub Ltd, 2016, https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/GIHub_Allocating_Risks_PPP_Contracts_EN_2016.pdf Les exclusions de l'article 14 de l'ordonnance relative aux marchés publics applicables aux pouvoirs adjudicateurs, Le ministère de l'Économie et des Finances FR, <https://www.economie.gouv.fr/daj/exclusions-article-14-2016>
5. B. Ramlugon, *A review of the American cyanamid principles - the meaning of „adequate remedy“*, Bargate Murray 2014, <https://bargatemurray.com/a-review-of-the-american-cyanamid-principles-the-meaning-of-adequate-remedy/>
6. *Biens immobiliers existants et marchés publics*, Le bureau virtuel des acheteurs publics, <http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/biens-immeubles>
7. *General Conditions of the contract*, Council of the European Union, General Secretariat, 2016, <https://www.consilium.europa.eu/media/29529/general-conditions-june-2016-en.pdf>
8. *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy, Towards a more efficient European Procurement Market*, COM(2011) 15 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52011DC0015>
9. D. Šabanić, *Analiza rješених žalbenih postupaka od strane Ureda za razmatranje žalbi BiH i identifikacija faze postupaka u javnim nabavkama na koju su ponuđači uložili žalbu*, 2018, <http://www.account.ba/upload/documents/Prirucnik%20za%20sudije%20i%20tuzioce%20WEB.pdf>

10. *European Union government procurement guide for Canadian business*, the Trade Commissioner Service, 2020 Chapter 4, Understanding EU procurement procedures, https://www.tradecommissioner.gc.ca/guides/eu_procurement-guide-marches_publics_ue.aspx?lang=eng
11. *Izveštaj revizije učinka: Blagovremenost postupaka javnih nabavki u institucijama BiH*; Kancelarija za reviziju institucija BiH, broj: 01-02-03-10-16-1-1106/17, 2017, <http://www.revizija.gov.ba/Post/Read/izvjestaj-revizije-u%C4%8Dinka-blagovremenost-postupaka-javnih-nabavki-u-institucijama-bih>
12. J. Bennett, *Innovation partnership – does it offer a genuine breakthrough?*, Thomson Reuters, 2020, <http://publicsectorblog.practicallaw.com/innovation-partnership-does-it-offer-a-genuine-breakthrough/>
13. J. Hojnik, *De Minimis Rule within the EU Internal Market Freedoms: Towards a More Mature and Legitimate Market*, European Journal of Legal Studies, Volume 6, Issue 1, 2013, str. 28-30, dostupno na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2834285
14. J. Lynch, *Public Procurement: Principles, Categories and Methods*, 2013, <http://samples.leanpub.com/procurement-principles-categories-and-methods-sample.pdf>
15. K. Zovko, Razlozi isključenja i »samokorigiranje« – izravan učinak Direktive 2014/24/EU, s osvrtom na Nacrt prijedloga Zakona o javnoj nabavi, *Novi informator* 2016, <https://informator.hr/strucni-clanci/razlozi-iskljucenja-i-samokorigiranje-izravan-ucinak-direktive-2014-24-eu-s-osvrtom-na-nacrt-prijedloga-zakona-o-javnoj-nabavi>
16. *Les exclusions de l'article 14 de l'ordonnance relative aux marches publics applicables aux pouvoirs adjudicateurs*, Le ministère de l'Économie et des Finances FR, <https://www.economie.gouv.fr/daj/exclusions-article-14-2016>
17. N. Voloder, *Transparentnost javnih nabavki u Bosni i Hercegovini: Između teorije i prakse*; Centar za društvena istraživanja – Analitika; 2015. godina; str. 30, http://analitika.ba/sites/default/files/transparentnost_javnih_nabavki_-_web.pdf
18. *Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice)*, Official Journal of the European Union 2014/C 291/01, tač. 1 dostupno na: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ%3AJOC_2014_291_R_0001
19. Odabrane presude Suda pravde Evropske unije o javnim nabavkama, SIGMA, Uprava za javne nabavke Crne Gore, 2015, <http://www.ujn.gov.me/wp-content/uploads/2015/11/Publikacija.pdf>
20. *OGC -Guidance on Electronic Auctions in the Procurement Regulations*, Office of Government Commerce 2008, tač 8, 8.1. i sljedeće, dostupno na: https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110405233049/http://www.ogc.gov.uk/documents/OGC_Guidance_on_eAuctions.pdf
21. P. Lee and others, *New procuremet directives-consultation and proposed transposition*, Philip Lee 2014 u kom OCS One Complete Solution Ltd v Dublin Airport Authority PLC [2014] IEHC 306, <https://www.philiplee.ie/wp-content/uploads/2015/03/Procurement-Newsletter-Nov-2014.pdf>
22. *Preporuke za izradu prijedloga politika za povećanje učešća malih i srednjih preduzeća u procesu javnih nabavki u BiH*, Sarajevo, 2018, <http://unijauprs.org/wp-content/uploads/2019/05/Preporuke-za-izradu-prijedloga-politika-za-pove%C4%87anje-u%C4%8De%C5%A1%C4%87a-SMEs-u-procesu-javnih-nabavki-u-BiH-.pdf>
23. *Preporuke za izradu prijedloga politika za povećanje učešća malih i srednjih preduzeća u procesu javnih nabavki u BiH*, Podrška reformama u BiH Sarajevo, 2018, <http://unijauprs.org/wp-content/uploads/2019/05/Preporuke-za-izradu-prijedloga-politika-za-pove%C4%87anje-u%C4%8De%C5%A1%C4%87a-SMEs-u-procesu-javnih-nabavki-u-BiH-.pdf>

- <content/uploads/2019/05/Preporuke-za-izradu-prijedloga-politika-za-pove%C4%87anje-u%C4%8De%C5%A1%C4%87a-SMEs-u-procesu-javnih-nabavki-u-BiH-.pdf>
24. *Problemi u primeni Zakona o javnim nabavkama i predlozi građanskog društva za izmene i unapređenje postojećih rešenja*, Toplički centar za demokratiju i ljudska prava, Koalicija za nadzor javnih finansija, Prokuplje, 2017, <http://www.nadzor.org.rs/pdf/Analiza%20ZJN%20sa%20predlozima%20za%20izmene.pdf>
 25. *Public procurement guidance for practitioners*, European Commission 2018, https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/public_procurement/2018/guidance_public_procurement_2018_en.pdf
 26. *Public Procurement, Procurement by Utilities*, SIGMA Brief 16, 2016, <http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-16-200117.pdf>
 27. *Sukob interesa i korupcija u javnim nabavkama*, TI BiH, Fond otvoreno društvo, Sarajevo, 2019 godina, https://ti-bih.org/wp-content/uploads/2019/07/Policy-2_Sukob-interesa-i-korupcija-u-javnim-nabavkama.pdf
 28. *The Europe 2020 strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, Communication from the Commission of 3 March 2010 – COM (2010) 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52010DC2020>
 29. *The Principles of Public Administration*, OECD Monitoring Report, 2017, <http://www.sigmaweb.org/publications/Monitoring-Report-2017-Bosnia-and-Herzegovina.pdf>
 30. *The public contract regulations 2015, Guidance on the new light touch regime for health, social, education and certain other service contracts*, 2016, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/560272/Guidance_on_Light_Touch_Regime_-_Oct_16.pdf
 31. *The Public Contracts Regulations 2015*, the UK Government, <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2015/102/contents/made>
 32. *Handbook for the Concession Contracts Regulations 2016*, tač 6.1 i 6.2 (Definition of a Concession Contract), kojom je UK transponovalo direktivu o koncesijama, dostupno na: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/528062/20160607_Handbook_for_the_Concession_Contracts_Regulations_2016_final.pdf
 33. *Corvers Procurement Services BV, Innovation Procurement (PCP & PPI)*, <https://www.corvers.com/our-services/innovation-procurement>
 34. *When to Use a Negotiated Procedure without Prior Publication*, The Scottish Government, <https://www.procurementjourney.scot/route-3/develop-strategy/procurement-routes/negotiated-procedure-without-prior-publication>
 35. *White Paper for the Completion of the Internal Market*, European Commission, COM (85) 310 fin, 1985, https://www.cvce.eu/content/publication/2002/1/23/0d72b347-b235-4c9d-bb71-a38824f5d49/publishable_en.pdf

BIOGRAFIJA AUTORA



Obrazovanje:

Bosiljka je član:

Radno iskustvo: