

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У КРАГУЈЕВЦУ
Институт за правне и друштвене науке

ПРАВНА РЕГУЛАТИВА УСЛУГА
У НАЦИОНАЛНИМ ЗАКОНОДАВСТВИМА
И ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Уредник
ДРАГАН ВУЈИСИЋ

Крагујевац
2023.

ПРАВНА РЕГУЛАТИВА УСЛУГА У НАЦИОНАЛНИМ ЗАКОНОДАВСТВИМА И ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Зборник реферата по позиву са Међународног научног скупа одржаног 19. и 20. маја 2023. године, на Правном факултету у Крагујевцу у организацији Института за правне и друштвене науке Правног факултета Универзитета у Крагујевцу.

Међународни научни одбор Мајског саветовања:

Проф. др Маркус Фаро де Кастро, Правни факултет Универзитета у Бразилији; Проф. др Данче Манолева-Митровска, Правни факултет "Јустинијан I", Универзитета "Кирил и Методије" Скопље; Проф. др Миха Јухарт, Правни факултет Универзитета у Љубљани; Проф. др Бланка Качер, Правни факултет Свеучилишта у Сплиту; Проф. др Един Ризвановић, Правни факултет Универзитета "Џемал Биједић" у Мостару; Проф. др Снежана Миладиновић Дробнич, Правни факултет Универзитета Црне Горе; Проф. др Миодраг Мићовић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

ИЗДАВАЧ: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Институт за правне и друштвене науке
Јована Цвијића 1, 34000 Крагујевац
телефон: (034) 306 513, 306 504
телефакс: (034) 306 540
е-пошта: faculty@jura.kg.ac.rs
веб: <http://.jura.kg.ac.rs>

РЕЦЕНЗЕНТИ Проф. др Снежана Миладиновић Дробнич
Проф. др Миодраг Мићовић
Проф. др Игор Камбовски

ЗА ИЗДАВАЧА: Проф. др Снежана Соковић

УРЕДНИК: Проф. др Драган Вујисић

ШТАМПА: Графичка радња "кварк", Краљево

ТИРАЖ: 100

ISBN 978-86-7623-121-8

Штампање Зборника подржало Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије

*Др Владимир Козар, редовни професор
Правног факултета за привреду и правосуђе
Универзитета Привредна академија у Новом Саду*

УДК: 658.71

DOI: 10.46793/XIXMajsko.1063K

ОСНОВИ ЗА ИСКЉУЧЕЊЕ ПРИВРЕДНОГ СУБЈЕКТА ИЗ ПОСТУПКА ЈАВНЕ НАБАВКЕ

Резиме

У раду су анализирани прописи Републике Србије, ставови домаће судске праксе, као и мишљења правне науке о основима за искључење привредног субјекта из поступка јавне набавке, у оквиру критеријума за квалитативни избор. Објашњена је разлика између о обавезних и факултативних основа за искључење, уз детаљан приказ сваког од њих. Посебно је анализирана забрана учешћа у поступку јавне набавке као правна последица осуде правног лица за кривично дело, уз поређење са заштитном мером истог садржаја, коју суд изриче у прекршајном поступку. Такође, размотрен је утицај стечаја, неспособности за плаћање, ликвидације, реорганизације, финансијског реструктурирања, поравнања или других аранжмана погодбе са повериоцима у домаћем и упоредном праву, на способност субјекта да изврши уговор о јавној набавци, узимајући у обзир прописе и мере за наставак пословања, укључујући и могућност наручиоца да одустане од искључења. Објашњен је значај неиспуњавања обавеза из раније закључених уговора о јавној набавци, укључујући и питање раскида уговора. На крају, указано је на могућност доказивања поузданости привредног субјекта ради избегавања његовог искључења из поступка јавне набавке.

Кључне речи: *поступак јавне набавке, привредни субјекат, искључење, кривично дело, права последица осуде, забрана учешћа у поступку, прекршај, заштитна мера, порески дуг, нарушавање конкуренције, стечај, неспособност плаћања, неиспуњење уговорне обавезе.*

1. Увод

Позив на понуду у одређеној форми битан је део поступка јавне набавке, односно представља обавезну фазу поступка. Позив на понуду представља, пред понуде за закључење уговора и позива на преговоре, један од облика

уговорне иницијативе.¹ Након подношења понуде, врши се избор учесника и додела уговора, што представља најважнију фазу поступка јавне набавке. У оквиру ове фазе поступка постоји више стадијума. Пре одлуке о додели уговора врши се квалитативни избор привредног субјекта на основу прописаних критеријума. Критеријуми за квалитативни избор привредног субјекта уређени су одредбама чл. 111–117 Закона о јавним набавкама.²

Наручилац прво испитује да ли постоје основи за искључење привредног субјекта из поступка јавне набавке, који могу бити обавезни или факултативни.³ Привредни субјект је свако лице или група лица, које на тржишту нуди добра, услуге или радове.⁴ Појам „*привредни субјекат*“ обухвата не само физичка и правна лица као постојеће правне субјекте, већ и нестатусне облике организовања, односно уговорног удруживања као што су групе лица, које на тржишту нуде добра, услуге или радове. Тако нпр. конзорцијум⁵ као група правних и/или физичких лица, која подносе заједничку понуду као група понуђача, нема правни субјективитет, тј. нема својство правног лица, али му се признаје својство привредног субјекта у смислу ЗЈН, а под одређеним условима и својство парничне странке у парничном поступку, уколико дође до спора чије решавање спада у судску надлежност.⁶ Шта више, закон конзорцијуму и другим

¹ Мићовић, М., *Позив на понуду*, Право и привреда, бр. 3–4/1998, стр. 22–30.

² Сл. гласник РС, бр. 91/2019 (Даље у тексту и фуснотама: ЗЈН)

³ Одредбама из чл. 111–113 ЗЈН прописани су обавезни и факултативни основи за искључење привредног субјекта из поступка јавне набавке, као и могућност доказивања поузданости привредног субјекта ради избегавања његовог искључења.

⁴ ЗЈН, чл. 2 тач. 7.

⁵ „Конзорцијум као облик удруживања више лица ради куповине капитала, односно имовине једног субјекта приватизације, није ни правно ни физичко лице, али му је Законом о приватизацији призната уговорна способност, а на основу чл. 73 ст. 3 ЗПП признаје му се и својство странке у парничном поступку, тако да процесна легитимација припада конзорцијуму, што значи да чланови конзорцијума не могу бити појединачно странка у поступку и не могу појединачно предузимати правне радње током поступка, већ конзорцијум представља једно лице кога чланови конзорцијума уговором именују за свог представника, и који иступа у име и за рачун конзорцијума пред свим државним органима, као и према суду и заступа интересе осталих чланова конзорцијума“ – из решења Вишег трговинског суда Пж. 14353/05 од 13. априла 2006. године (Козар, В., Почуча, М, *Коментар Закона о парничном поступку са новелама из 2014. године, судском праксом и регистром појмова*, Београд, 2014, стр. 74).

⁶ Страначка способност дефинисана је у чл. 74 Закона о парничном поступку, Сл. гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013 (Одлука Уставног суда), 74/2013 (Одлука Уставног суда), 55/2014, 87/2018, 18/2020 (Даље у тексту и фуснотама: ЗПП), на следећи начин: „Странка у поступку може да буде свако физичко и правно лице.

Посебним прописима одређује се ко осим физичких и правних лица може да буде странка у поступку... Изузетно, парнични суд може решењем, које има правно дејство у одређеној парници, да призна својство странке и оним облицима удруживања и организовања који немају страначку способност у смислу ст. 1. и 2. овог члана, ако

нестатусним облицима уговорног удруживања, као што су заједничка улагања, изричито признаје уговорну способност, прописујући да обавештење о додели уговора, које се оглашава за сваки додељени уговор, треба да садржи „назив, адресу са НСТЈ⁷ ознаком, број телефакса, адресу електронске поште и интернет страницу изабраног(их) понуђача, укључујући: податак о томе да ли је уговор додељен групи привредних субјеката (заједничко улагање, конзорцијум или друго).“⁸ Закон у фази подношења понуде нестатусним облицима удруживања пружа заштиту, изричито прописујући да наручилац не може од групе понуђача да захтева да се повезују у одређени правни облик како би могли да поднесу заједничку понуду.⁹

Затим, уколико не постоје основи за искључење, испитује се да ли су испуњени услови – критеријуми за избор привредног субјекта, које наручилац може да дефинише у зависности од предмета и вредности набавке, поштујући законска правила.¹⁰ И основи за искључење и критеријуми за избор систематизовани су у закону под заједничким насловом „Критеријуми за квалитативни избор привредног субјекта“. Наручилац, након прегледа и стручне оцене, одбија понуду као неприхватљиву, ако утврди да постоје основи за искључење привредног субјекта или ако нису испуњени критеријуми за избор привредног субјекта.¹¹

Понуде које нису одбијене као неприхватљиве оцењују се и рангирају према критеријуму за доделу уговора који је одређен у документацији о набавци.¹² У поступку јавне набавке наручилац додељује уговор економски најповољнијој понуди коју одређује на основу једног од следећих критеријума: 1) цене или 2)

утврди да, с обзиром на предмет спора, испуњавају битне услове за стицање страначке способности, а нарочито ако располажу имовином на којој се може спровести извршење.“

⁷ Номенклатура статистичких територијалних јединица – НСТЈ (енгл. *Nomenclature of Territorial Units for Statistics* или *Nomenclature of Units for Territorial Statistics (NUTS)*) је геокодски стандард (*Geospatial Entity Object Code*) Европске уније који се користи у статистичке сврхе и помоћу које је направљена подела Европе на управне регије. Овај стандард везан је за начине добијања средстава помоћи из фондова ЕУ. НСТЈ, 2022, доступно на адреси: <https://sr.wikipedia.org/sr-ec/%D0%9D%D0%A1%D0%A2%D0%88>, 15.03.2023.

⁸ ЗЈН, Прилог 4. – Садржина огласа о јавној набавци, Део Д Обавештење о додели уговора, обустави поступка или поништењу поступка – I. Обавештење о додели уговора, обустави поступка или поништењу поступка (јавни наручиоци), тач. 12.

⁹ ЗЈН, чл. 135 ст. 5.

¹⁰ Прописано је да критеријуми за избор привредног субјекта у поступку јавне набавке могу да се односе само на услове који су систематизовани у следеће три групе: 1) испуњеност услова за обављање професионалне делатности; 2) финансијски и економски капацитет; 3) технички и стручни капацитет (ЗЈН, чл. 114).

¹¹ ЗЈН, чл. 144 ст. 1 тач. 1 и 2.

¹² ЗЈН, чл. 144 ст. 4.

трошкова применом приступа трошковне ефикасности, као што је трошак животног циклуса или 3) односа цене и квалитета, односно трошка и квалитета који се оцењује на основу критеријума, укључујући квалитативне, еколошке и/или социјалне аспекте, повезане са предметом уговора о јавној набавци.¹³ Наручилац доноси одлуку о додели уговора ако је у стручној оцени понуда коју сачињава комисија за јавну набавку, утврђено да су се стекли услови за доделу уговора.¹⁴ Уговор о јавној набавци дефинисан је као теретни уговор закључен у писаној форми између једног или више понуђача и једног или више наручилаца који за предмет има набавку добара, пружање услуга или извођење радова.¹⁵

2. Основи за обавезно искључење привредног субјекта из поступка јавне набавке

Законом су предвиђени основи за обавезно искључење привредног субјекта из поступка јавне набавке.¹⁶ Прописано је да је наручилац дужан да искључи привредног субјекта у свакој фази поступка јавне набавке, ако постоји било који од основа, који су алтернативно сврстани у пет група.

2.1. Забрана учешћа у поступку јавне набавке као правна последица осуде правног лица за кривично дело

Први основ за обавезно искључење постоји ако привредни субјект не докаже да он и његов законски заступник у периоду од претходних пет година од дана истека рока за подношење понуда, односно пријава није правноснажно осуђен, осим ако правноснажном пресудом није утврђен други период забране учешћа у поступку јавне набавке, за кривично дело које је извршило као члан организоване криминалне групе и кривично дело удруживање ради вршења кривичних дела. Такође, овај основ за искључење постоји због правноснажне осуде за одређене врсте кривични дела у истом петогодишњем периоду, и то: кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица, кривично дело злоупотребе у вези са јавном набавком, кривично дело примања мита у обављању привредне делатности, кривично дело давања мита у обављању привредне делатности, кривично дело злоупотребе службеног положаја, кривично дело трговине утицајем, кривично дело примања мита и кривично дело давања мита, кривично дело преваре, кривично дело неоснованог добијања и коришћења кредита и друге погодности, кривично дело преваре у обављању привредне делатности и кривично дело пореске утаје, кривично дело тероризма, кривично дело јавног

¹³ ЗЈН, чл. 132

¹⁴ ЗЈН, чл. 146 ст. 1.

¹⁵ ЗЈН, чл. 2 тач. 2.

¹⁶ ЗЈН, чл. 111 ст. 1 тач. 1–5.

подстицања на извршење терористичких дела, кривично дело врбовања и обучавања за вршење терористичких дела и кривично дело терористичког удруживања, кривично дело прања новца, кривично дело финансирања тероризма, кривично дело трговине људима и кривично дело заснивања ропског односа и превоза лица у ропском односу.¹⁷

Забрана учешћа у поступку јавне набавке представља правну последицу осуде из чл. 28 ст. 2 тач. 2. Закона о одговорности правних лица за кривична дела,¹⁸ у коме је прописано да су правне последице осуде које се састоје у забрани стицања одређених права, поред осталог, и забрана учешћа у поступку јавних набавки. Правне последице осуде наступају даном правноснажности пресуде којом је изречена новчана казна, и могу се прописати у трајању најдуже до десет година.¹⁹ Међутим, правне последице осуде могу се предвидети само законом и наступају по сили закона којим су предвиђене.²⁰ Следи закључак да је посебним законом предвиђена забрана учешћа у поступку јавних набавки, као правна последица осуде правног лица или физичког лица (нпр. предузетника) за кривична дела одређена у чл. 111 ст. 1 тач. 1 ЗЈН.

Испуњеност овог услова привредни субјект може доказивати достављањем потврде надлежног суда, односно надлежне полицијске управе.

2.1.2. Разлика у односу на заштитне мере у прекршајном поступку

Такође, од 1. јула 2020. године за прекршаје, као заштитна мера, може се прописати забрана учествовања у поступцима јавних набавки.²¹ Забрана учествовања у поступцима јавних набавки састоји се у привременој забрани учиниоцу прекршаја да учествује у поступцима јавних набавки, и може трајати до две године рачунајући од правноснажности пресуде.²²

Дакле, да би постојала забрана учешћа у поступку јавне набавке то мора бити прописано посебним законом, као правна последица осуде за одређено кривично дело, у ком случају наступа по сили закона (*ex lege*) даном правноснажности пресуде којом је изречена новчана казна и представља основ за

¹⁷ ЗЈН, чл. 111 ст. 1 тач. 1.

¹⁸ Сл. гласник РС, бр. 97/2008 (Даље у тексту и фуснотама: ЗОПЈКД)

¹⁹ ЗОПЈКД, чл. 29.

²⁰ Кривични законик, Сл. гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019, чл. 94 ст. 3 (Даље у тексту и фуснотама: КЗ). Слично правило садржи и ЗОПЈКД, који у чл. 27 прописује да осуда правног лица за одређено кривично дело може имати за правну последицу престанак, односно губитак одређених права или забрану стицања одређених права, с тим што се правне последице могу предвидети само законом и наступају по сили закона којим су предвиђене.

²¹ Закон о прекршајима, Сл. гласник РС, бр. 65/2013, 13/2016, 98/2016 (Одлука Уставног суда), 91/2019 (други закон), 91/2019, чл. 52. ст. 1 тач. 13 (Даље у тексту и фуснотама: ЗП).

²² ЗП, ббв.

обавезно искључење,²³ или као заштитна мера, која се изриче пресудом прекршајног суда уз изречену казну, опомену или васпитну меру, или изузетно, самостално ако је таква могућност прописана²⁴, која је основ за факултативно искључење. Тако је за два прекршаја из чл. 237 ст. 1 тач. 2 и 4 ЗЈН прописано изрицање ове врсте заштитне мере. За прекршај због недостављања доказа и изјаве о извршеном плаћању подизвођачу²⁵, као и за прекршај због незаконључења уговора о јавној набавци²⁶, понуђачу или кандидату²⁷ (правно лице, предузетник, физичко лице), односно подизвођачу који је извршио прекршај, изриче се заштитна мера забране учествовања у поступцима јавних набавки, којом се том лицу забрањује да учествује у поступцима јавних набавки у периоду који не може бити дужи од две године. Међутим, заштитна мера изречена за прекршаје није основ за обавезно искључење привредног субјекта из поступка јавне набавке у смислу чл. 111 ст. 1 тач. 1 ЗЈН, већ представља основ за факултативно искључење из чл. 112 ст. 1 тач. 2 ЗЈН.

2.2. Порески дугови, повреде обавеза у области заштите животне средине, социјалног и радног права, неотклоњиви сукоб интереса и недозвољене радње у поступку

Поред забране учешћа у поступку јавне набавке услед наведених казних дела, основ за обавезно искључење представљају и порески дугови, повреде обавеза у области заштите животне средине, социјалног и радног права, неотклоњиви сукоб интереса, као и недозвољене радње у поступку.

Други основ за обавезно искључење постоји ако привредни субјект не докаже да је измирио доспеле порезе и доприносе за обавезно социјално осигурање или да му је обавезујућим споразумом или решењем, одобрено одлагање плаћања дуга, укључујући све настале камате и новчане казне, за резиденте и нерезидентне обвезнике – у складу са чл. 73 ст. 1 Закона о пореском поступку и пореској администрацији, као посебним прописом²⁸ у коме је предвиђено: „Пореска управа

²³ Козар, В., *Коментар Закона о јавним набавкама*, Београд, 2020, стр. 289.

²⁴ ЗП, 53.

²⁵ ЗЈН, чл. 237 ст. 1 тач. 2.

²⁶ ЗЈН, чл. 237 ст. 1 тач. 4.

²⁷ Кандидат је привредни субјект који је поднео пријаву у рестриктивном поступку, конкурентном поступку са преговарањем, преговарачком поступку, конкурентном дијалогу или партнерству за иновације (ЗЈН, чл. 2 тач. 9).

²⁸ Сл. гласник РС, бр. 80/2002, 84/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 (други пропис), 62/2006 (други пропис), 61/2007, 20/2009, 72/2009 (други пропис), 53/2010, 101/2011, 2/2012, 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 (Аутентично тумачење), 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019, 144/2020, 96/2021, 138/2022

може, на образложени захтев пореског обвезника, у целости или делимично, одложити плаћање дугованог пореза, под условом да плаћање дугованог пореза за пореског обвезника представља непримерено велико оптерећење и наноси битну економску штету пореском обвезнику.“ Испуњеност овог услова привредни субјект може доказивати достављањем потврде надлежног пореског органа и организације за обавезно социјално осигурање. Поред резидентног обвезника²⁹ порез у нашој земљи плаћају и нерезидентни обвезници³⁰ под одређеним условима. Нерезидентни обвезник подлеже опорезивању добити коју оствари пословањем преко сталне пословне јединице која се налази на територији Републике Србије на начин прописан законом (нпр. ако обавља делатност преко огранка или ако поседује рудник, каменолом или друго место експлоатације природног богатства), уколико међународним уговором о избегавању двоструког опорезивања није друкчије уређено.³¹ Ако привредни субјекат има седиште у другој држави као доказ да не постоји порески дуг као основ за искључење, наручилац ће прихватити потврду надлежног органа у држави седишта привредног субјекта.³² Следи закључак да и привредни субјекти – нерезиденти имају обавезу доказивања да су измирили пореске дугове како према Републици Србији, ако послују преко сталне пословне јединице која се налази на територији наше државе, тако и у држави њиховог седишта. Национална припадност (држављанство) правног лица, у нашем правном систему, одређена је општим правилом из чл. 17 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља³³ у коме је прописано да се припадност правног лица одређује по праву државе по коме је оно основано. Ако правно лице има стварно седиште у другој држави, а не у оној у којој је основано и по праву те друге државе има њену припадност, сматраће се правним лицем те државе.³⁴ Дакле, национална припадност (држављанство) правног лица поклапа се са резидентним статусом, с тим што основ за опорезивање може да постоји и за нерезидента ако оствари добит пословањем преко сталне пословне јединице која се налази на територији Републике Србије.

Трећи основ за обавезно искључење постоји ако наручилац утврди да је привредни субјект у периоду од претходне две године од дана истека рока за подношење понуда, односно пријава, повредио обавезе у области заштите животне

²⁹ Резидентни обвезник је правно лице које је основано или има место стварне управе и контроле на територији Републике Србије, у смислу Закона о порезу на добит предузећа, Сл. гласник РС, бр. 25/2001, 80/2002, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014 (други закон), 142/2014, 91/2015 (Аутентично тумачење), 112/2015, 113/2017, 95/2018, 86/2019, 153/2020, 118/2021, чл. 2 ст. 2 (Даље у тексту и фуснотама: ЗПДПЈ).

³⁰ Нерезидентни обвезник је правно лице које је основано и има место стварне управе и контроле ван територије Републике Србије (ЗПДПЈ, чл. 3 ст. 2).

³¹ ЗПДПЈ, чл. 3 ст. 1 и чл. 4.

³² ЗЈН, чл. 121 ст. 2 тач. 2.

³³ Сл. лист СФРЈ, бр. 43/82, 72/82, Сл. лист СРЈ, бр. 46/96 и Сл. гласник РС, бр. 46/2006

³⁴ Дукић Мијатовић, М., *Међународно приватно право*, Нови Сад, 2012, стр. 120.

средине, социјалног и радног права, укључујући колективне уговоре, а нарочито обавезу исплате уговорене зараде или других обавезних исплата, укључујући и обавезе у складу с одредбама међународних конвенција које су наведене у Прилогу 8 ЗЈН.

Четврти основ постоји ако наручилац закључи да постоји сукоб интереса, који не може да се отклони другим мерама, нпр. изузећем представника наручиоца из поступка јавне набавке у смислу чл. 50 ст. 6. ЗЈН.

Пети основ постоји ако наручилац утврди да је привредни субјект покушао да изврши непримерен утицај на поступак одлучивања наручиоца или да дође до поверљивих података који би могли да му омогуће предност у поступку јавне набавке или је доставио обмањујуће податке који могу да утичу на одлуке које се тичу искључења привредног субјекта, избора привредног субјекта или доделе уговора.

Прописивањем наведених услова, односно основа за обавезно искључење из поступка јавне набавке, захтева се минимум законитог пословања понуђача. Изричито је предвиђено да је наручилац дужан да искључи привредног субјекта из поступка јавне набавке ако у поступку јавне набавке утврди да постоје наведени обавезни основи за искључење. Међутим, наручилац може да одустане од искључења привредног субјекта из поступка јавне набавке из наведених разлога, дакле без обзира што је остварен основ за обавезно искључење, због преовлађујућих разлога који се односе на јавни интерес, као што је јавно здравље или заштита животне средине.³⁵ Нпр. могао би да набави лекове од привредног субјекта који је осуђен за кривично дело давања мита³⁶ или давања мита у обављању привредне делатности³⁷ уколико постоје преовлађујући разлози који се односе на јавно здравље.

3. Основи за факултативно искључење привредног субјекта из поступка јавне набавке

У чл. 112 ЗЈН предвиђени су основи за факултативно искључење привредног субјекта из поступка јавне набавке. Дакле, закон омогућава наручиоцу да искључи привредног субјекта из поступка јавне набавке због постојања одређених чињеница, али га не обавезује да то учини, што значи да је искључење по наведеним основима увек факултативно.³⁸ Слично решење уведено је новелом из 2015. године у чл. 82 претходног закона³⁹ у виду „негативних референци“ чија је примена била предвиђена као могућност за наручиоце, а не као обавеза како је било уређено у основном тексту. На тај начин

³⁵ ЗЈН, чл. 111 ст. 2 и 3.

³⁶ КЗ, чл. 368.

³⁷ КЗ, чл. 231.

³⁸ Козар, В., *Коментар Закона о јавним набавкама...*, стр. 292.

³⁹ Закон о јавним набавкама, Сл. гласник РС, бр. 124/12, 14/15 и 68/15 2018

одредбе које се односе на негативне референце усклађене су са судском праксом Европског суда правде.⁴⁰

С друге стране, могуће је другачије тумачење – да је предвиђање основа за искључење привредног субјекта из поступка јавне набавке из чл. 112 ст. 1 ЗЈН у документацији о набавци факултативно, дакле на аутономној основи, и зависи од слободне воље наручиоца, али да, када се једном предвиде и објаве, и ти основи обавезују наручиоца да искључи понуђача код кога се стекао предвиђени основ, ако није је предузео примерене мере којима би доказао своју поузданост⁴¹, осим у једном случају из ст. 1 тач. 1 када наручилац може да одустане од искључења (стечај, неспособност за плаћање и сл), ако утврди да ће тај привредни субјект бити способан да изврши уговор о јавној набавци, узимајући у обзир прописе и мере за наставак пословања (ст. 2). Мере за наставак пословања, пре свега јесу мере за реализацију плана реорганизације, нпр. „предвиђање отплате у ратама, измена рокова доспелости, каматних стопа или других услова зајма, кредита или другог потраживања или инструмента обезбеђења“⁴², с тим што је подзаконском актом ближе уређена садржина плана.⁴³

На закључак да предвиђени и објављени факултативни основи за искључење обавезују наручиоца да искључи понуђача код кога се стекао такав основ, упућује и правио из чл. 144 ст. 1 тач. 1 ЗЈН, које прописује обавезу наручиоца да након прегледа и стручне оцене, одбије понуду, односно пријаву као неприхватљиву, ако утврди да постоје основи за искључење привредног субјекта, не правећи, дакле, разлику да ли је реч о обавезним (чл. 111) или о факултативним (чл. 112) основима за искључење привредног субјекта из поступка јавне набавке. Смисао изнетог тумачења је у томе да се током поступка не могу једнострано, вољом наручиоца, мењати правила предвиђена у документацији о набавци, одустајањем од примене предвиђених факултативних основа за искључење, без доказивања поузданости понуђача предузимањем примерених мера (чл. 113), јер трошење јавних средстава није у искључивом интересу наручиоца.

Основи за факултативно искључење привредног субјекта из поступка јавне набавке подељени су на оне које се односе сам на поступак јавне набавке и на оне које се односе на извршење јавне набавке, односно на неиспуњавање обавеза

⁴⁰ Образложење Предлога закона о изменама и допунама Закона о јавним набавкама, доступно на: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/1919-15%20lat.pdf, 15.09.2015, стр. 40.

⁴¹ ЗЈН, чл. 113.

⁴² У Закону о стечају, Сл. гласник РС, бр. 104/2009, 99/2011, 71/2012 (Одлука Уставног суда), 83/2014, 113/2017, 44/2018, 95/2018, чл. 157 ст. 1 (Даље у тексту и фуснотама: ЗС), предвиђено је 16 различитих мера за реализацију плана реорганизације, с тим што списак није коначан (набрајање мера није таксативно. примера ради), јер се у плану могу предложити и друге мере од значаја за реализацију плана реорганизације.

⁴³ Козар В., *Нови правилник о начину спровођења реорганизације по унапред припремљеном плану реорганизације*, Радно-правни саветник, бр. 9/2018, стр. 19–28.

понуђача по раније закљученим уговорима о јавним набавкама без обзира да ли су се односили на исти предмет набавке или не, у периоду од претходне три године од дана истека рока за подношење понуда, односно пријава.⁴⁴

Прописано је да наручилац може у документацији о набавци да предвиди да ће да искључи привредног субјекта из поступка јавне набавке у сваком тренутку ако постоји било који од основа, који су алтернативно груписани у шест категорија.

3.1. Стечај, неспособност за плаћање, ликвидација, реорганизација, финансијско реструктурирање, поравнање

Први основ за факултативно искључење постоји ако наручилац утврди да је привредни субјект у стечају, да је неспособан за плаћање или је у поступку ликвидације, да његовом имовином управља стечајни (ликвидациони) управник или суд, да је у аранжману погодбе са повериоцима, да је престао да обавља пословну делатност или је у било каквој истоврсној ситуацији која произлази из сличног поступка према националним законима и прописима.⁴⁵

Стечај се спроводи банкротством или реорганизацијом. Под банкротством се подразумева намирење поверилаца из вредности целокупне имовине стечајног дужника, односно стечајног дужника као правног лица.⁴⁶ Под реорганизацијом се подразумева намирење поверилаца према усвојеном плану реорганизације и то редефинисањем дужничко-поверилачких односа, статусним променама дужника или на други начин који је предвиђен планом реорганизације.⁴⁷ Реорганизација представља начин спровођења стечаја уређен одредбама из чл. 155 – 173 ЗС.⁴⁸ Реорганизација се спроводи ако се тиме обезбеђује повољније намирење поверилаца у односу на банкротство.

Жалба против решења о отварању стечајног поступка не задржава извршење решења, сагласно општем правилу из чл. 46 ст. 3 ЗС. Несуспензивност жалбе као правило, а задржавање извршења ожалбеног решења, као изузетак, специфичност је стечајног поступка. Отуда и правило да правне последице отварања стечаја наступају „даном објављивања огласа о отварању поступка на огласној табли суда“⁴⁹, што значи на основу првостепеног, дакле неправноснажног решења о отварању стечајног поступка. Међутим, правне последице отварања стечајног

⁴⁴ Козар, В., *Коментар Закона о јавним набавкама...*, стр. 293.

⁴⁵ ЗЈН, чл. 112 ст. 1 тач. 1.

⁴⁶ ЗС, чл. 1 ст. 2.

⁴⁷ ЗС, чл. 1 ст. 3.

⁴⁸ Дукић Мијатовић, М. *Предлог плана реорганизације у светлу законских процедура стечајних закона у региону*, Право и привреда, бр. 4–6/2011, стр. 360–372.

⁴⁹ ЗС, чл. 73 ст. 1.

поступка не наступају у случају истовременог отварања и обуставе стечајног поступка према унапред припремљеном плану реорганизације.⁵⁰

Ако је неспособност за плаћање трајнија, тада постоји стечајни разлог. Сматра се да је стечајни дужник трајније неспособан за плаћање ако не може да одговори својим новчаним обавезама у року од 45 дана од дана доспелости обавезе или ако је потпуно обуставио плаћање у периоду од 30 дана непрекидно.⁵¹

С обзиром да се решење о отварању стечајног поступка истог дана када је донето доставља регистру привредних субјеката, односно другом одговарајућем регистру, ради јавног објављивања на интернет страни тог регистра или на други начин којим се омогућава да јавност буде упозната, уколико тај регистар нема своју интернет страну, као и да се оглас о отварању стечајног поступка објављује се на огласној и електронској огласној табли суда, у једном високотиражном дневном листу који се дистрибуира на целој територији Републике Србије, као и у „Службеном гласнику Републике Србије“, а може се објавити и у другим домаћим и страним средствима информисања⁵², наручилац лако може да провери, односно утврди постојање овог основа, јер је реч о податку који је јаван и свакоме доступан.

Одредбама ЗС није уређен поступак ликвидације, из чега произлази да се престанак солвентног привредног субјекта спроводи по одредбама о ликвидацији привредног друштва из чл. 524 – 548 Закона о привредним друштвима⁵³ и то као поступак добровољне ликвидације или као поступак принудне ликвидације, дакле, у оба случаја као вансудски поступак.

Претећа неспособност плаћања постоји уколико стечајни дужник учини вероватним да своје већ постојеће новчане обавезе неће моћи да испуни по доспећу.⁵⁴ У случају када дужник подноси предлог за покретање стечајног поступка, довољно је да учини вероватним да неће моћи да одговори својим доспелим обавезама у скорој будућности (претећа неспособност плаћања), дакле није потребно да у моменту подношења предлога буде неспособан за плаћање, нити да то доказује. Разлог за прописивање ове могућности јесте да се привредном субјекту који је запао у финансијске потешкоће пружи могућност да благовремено покрене стечајни поступак и уђе у преговоре са повериоцима у поступку стечајне реорганизације или и пре отварања стечаја, подношењем унапред припремљеног плана реорганизације. Поред тога, дужник може ући у преговоре са повериоцима и ван стечајног поступка, закључењем вансудског поравнања из чл. 1089–1098

⁵⁰ ЗС, чл. 73 ст. 4.

⁵¹ ЗС, чл. 11 ст. 3.

⁵² ЗС, чл. 10, 70 и 71.

⁵³ Сл. гласник РС, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 (други закон), 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019, 109/2021 (Даље у тексту и фуснотама: ЗПД)

⁵⁴ ЗС, чл. 11 ст. 4.

Закон о облигационим односима⁵⁵, као уговора којим се врше узајамна попуштања између дужника и повериоца, или пак закључењем судског поравнања у смислу чл. 336–341 ЗПП, које је такође уговор, али закључен пред судом, па због тога има и снагу извршне исправе. У наш правни систем уведена је и једна посебна могућност благовременог решавања проблема ван суда и пре покретања стечајног поступка, коју представља финансијско реструктурирање као поновно уређивање дужничко-поверилачких односа између привредног друштва, односно предузетника у финансијским тешкоћама, као дужника, и поверилаца⁵⁶ у складу са Законом о споразумном финансијском реструктурирању.⁵⁷ Споразумно финансијско реструктурирање привредних друштава, представља вансудски поступак споразумног реструктурирања корпоративних дугова кроз редифинисање дужничко-поверилачких односа између привредног друштва у финансијским тешкоћама и његових поверилаца, и то првенствено банака, али и других поверилаца (нпр. значајнији добављачи). Дакле, за разлику од сличног правног института реорганизације, као једног од два могућа правца у спровођењу стечајног поступка, споразумно финансијско реструктурирање привредних друштава (а од фебруара 2016. године и предузетника) врши се у вансудском поступку.⁵⁸

Када су у питању страна правна лица, односно привредни субјекти чије је седиште у иностранству, меродавно право за стечај одређује се према њиховом седишту, с обзиром да се према истом критеријуму заснива и надлежност стечајног суда. Стога, на стечајни поступак и његова дејства примењује се право државе у којој је стечајни поступак покренут, ако ЗС није другачије уређено.⁵⁹ Сагласно томе, и ЗЈН упућује на истоврсне ситуације које произлазе из поступка сличног стечају према националним законима и прописима страних држава. Зато се и термин „аранжман погодбе са повериоцима“ из ЗЈН, који не постоји у домаћим законима, може тумачити у складу са националним законодавством државе у којој привредни субјекат има седиште.⁶⁰ Тако нпр. у Републици Хрватској постоји Закон о финансијском пословању и предстечајној нагодби⁶¹ који користи сличну терминологију. Предстечајна нагодба у Републици Хрватској у битноме је

⁵⁵ Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93, (Уредба - за време ратног стања: 22/99, 23/99, 35/99, 44/99), Сл. гласник РС, бр. 18/2020 (Даље у тексту и фуснотама: ЗОО).

⁵⁶ Козар В., *Правне последице споразумног финансијског реструктурирања привредних друштава*, Право и привреда, бр. 4–6/2012, стр. 236–250.

⁵⁷ Сл. гласник РС, бр. 89/2015. Овај институт први пут је уведен у наш правни систем Законом о споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава из 2011. године, Сл. гласник РС, бр. 36/2011.

⁵⁸ Козар В., *Коментар Закона о споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава*, Радно-правни саветник, бр. 7–8/2011, стр. 7.

⁵⁹ ЗС, 175.

⁶⁰ Козар В., *Коментар Закона о јавним набавкама...*, стр. 295.

⁶¹ Прочишћени текст закона, Народне новине, бр 108/12, 144/12, 81/13, 112/13, 71/15, 78/15 (Даље у тексту и фуснотама: ЗФППН).

инспирирана немачким правом, а немачком законодавцу узор за увођење института debt/equity swap било је право Сједињених Америчких Држава.⁶² Унутар целог поступка предстечајне нагодбе, који сагласно дефиницији из чл. 3 тач 10. ЗФППН има за циљ враћање ликвидности и солвентности дужника, кључну улогу имају законске одредбе које уређују већину приликом гласања о предложеном плану финансијског реструктурирања, за чије прихватање је сагласно чл. 63 ст. 2 ЗФППН потребна или сагласност поверилаца који у свакој од три групе⁶³ имају више од половине потраживања те групе, или сагласност поверилаца који држе више од две трећине укупних тражбина према дужнику. У оба случаја мерило чине само утврђене тражбине.⁶⁴ Поменути закон у складу је са Директивом 2011/7/ЕУ Европског парламента и Већа Европске уније о борби против кашњења у плаћању у пословним трансакцијама од 16. фебруара 2011. године.

3.2. Права последица осуде за тежак облик непрофесионалног поступања или заштитна мера забране учешћа у поступку јавне набавке

Други основ за факултативно искључење постоји ако је правноснажном пресудом или одлуком другог надлежног органа, утврђена одговорност привредног субјекта за тежак облик непрофесионалног поступања који доводи у питање његов интегритет, у периоду од претходне три године од дана истека рока за подношење понуда, односно пријава, осим ако правноснажном пресудом или одлуком другог надлежног органа није утврђен други период забране учешћа у поступку јавне набавке.⁶⁵

Забрана учешћа у поступку јавне набавке представља правну последицу осуде правног лица за кривично дело⁶⁶, која наступа даном правноснажности пресуде о изрицању новчане казне, и може се прописати у трајању најдуже до десет година.⁶⁷ Такође, за прекршаје, као заштитна мера, може се прописати забрана учествовања у поступцима јавних набавки, која траје до две године рачунајући од правноснажности пресуде.⁶⁸

Следи закључак да би осуда за неки од прекршаја понуђача из чл. 237 ЗЈН представљала основ за факултативно искључење привредног субјекта. За

⁶² Јозиповић, Ш., Јукић, А., *Реобликовање тражбина вјеровника у удјеле у дужнику – успоредноправна обилежја и уставноправна питања заштите права мањинских чланова друштва и мањинских вјеровника у поступку предстечајне нагодбе*, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 3–4/2015, стр. 507.

⁶³ У чл. 63 ст. 1 ЗФППН прописано је да се сви повериоци сврставају у три групе.

⁶⁴ Ш. Јозиповић, А. Јукић, *нав. чланак.*, стр. 514.

⁶⁵ ЗЈН, чл. 112 ст. 1 тач. 2.

⁶⁶ ЗОПЛКД, чл 28 ст. 2 тач. 2.

⁶⁷ ЗОПЛКД, чл. 29.

⁶⁸ ЗП, чл. 52 ст. 1 тач. 13 и 6ба.

прекршај због недостављања доказа и изјаве о извршеном плаћању подизвођачу⁶⁹ или због незакончења уговора о јавној набавци⁷⁰ понуђачу или кандидату (правно лице, предузетник, физичко лице), односно подизвођачу који је извршио прекршај, изриче се заштитна мера забране учествовања у поступцима јавних набавки, којом се том лицу забрањује да учествује у поступцима јавних набавки у периоду који не може бити дужи од две године. На овај начин, за одређене прекршаје у чл. 237 ст. 5 ЗЈН прописано је обавезно изрицање заштитне мере забране учествовања у поступцима јавних набавки, која траје до две године рачунајући од правноснажности пресуде.⁷¹ О заштитној мери забране учествовања у поступцима јавних у складу са ЗП одлучује прекршајни суд. Суд је дужан да у року од три радна дана од дана правноснажности пресуде о томе обавести Канцеларију за јавне набавке. У овом обавештењу суд наводи пуно име и регистарски број понуђача, кандидата или подизвођача и датум до кога је тај субјект искључен из поступка јавних набавки, а Канцеларија за јавне набавке наведене податке објављује на својој интернет страници.⁷²

Поред тога, овај факултативни основ за искључење постоји и ако је привредни субјект осуђен за неко кривично дело, привредни преступ или прекршај, који се истовремено могу оквалификовати као „тежак облик непрофесионалног поступања који доводи у питање његов интегритет“, а није у питању осуда за кривична дела таксативно набројана у чл. 111 ст. 1 тач. 1 ЗЈН, која представља основ за обавезно искључење, с обзиром да је забрана учешћа у поступку јавне набавке прописана као правна последица осуде правног лица за та кривична дела, или осуда за прекршаје из чл. 237 ст. 1 тач. 2 и 4 ЗЈН за које је прописано обавезно изрицање заштитне мере забране учествовања у поступцима јавних набавки.

3.2.1. Одлука Комисије за заштиту конкуренције о изрицању мере забране учешћа у поступку јавне набавке, као *sui generis* санкција

Меру забране учешћа у поступку јавне набавке, као *sui generis* санкцију у трајању до две године, може изрећи и Комисија за заштиту конкуренције⁷³ ако утврди да је привредни субјект повредио конкуренцију у поступку јавне набавке, у смислу ЗЗК, а на основу посебног овлашћења из чл. 235 ЗЈН. До

⁶⁹ ЗЈН, чл. 237 ст. 1 тач. 2.

⁷⁰ ЗЈН, чл. 237 ст. 1 тач. 4.

⁷¹ ЗП, чл. 52 ст. 1 тач. 13 и 66а.

⁷² ЗЈН, чл. 237 ст. 6.

⁷³ Комисија за заштиту конкуренције није суд, али јесте други надлежни орган овлашћен да изрекне забрану учешћа у поступку јавне набавке у смислу чл. 112 ст. 1 тач. 2 и чл. 235 ЗЈН. Комисија за заштиту конкуренције је самостална и независна организација која врши јавна овлашћења у складу са овим законом и има статус правног лица (Закон о заштити конкуренције, Сл. гласник РС, бр. 51/2009, 95/2013, чл. 20 ст. 1 и 2 – Даље у тексту и фунотата: ЗЗК).

повреде конкуренције у поступку јавне набавке долази закључивањем рестриктивних споразума којима се деле тржишта или извори набавке.⁷⁴

Против одлуке о изрицању мере забране учешћа у поступку јавне набавке може да се покрене управни спор у року од 30 дана од дана пријема. Дакле, рок за подношење тужбе у управном спору против одлуке Комисије за заштиту конкуренције исти је као и општи рок за покретање управног спора из чл. 18 ст. 1 Закона о управним споровима⁷⁵ који износи 30 дана од дана достављања управног акта странци, за разлику од посебног рока за подношење тужбе против коначних решења Републичке комисије у поступку заштите права из чл. 228 ст. 15 ЗЈН, који је скраћен на 15 дана, рачунајући од дана достављања решења подносиоцу захтева.

3.3. Договарање са другим привредним субјектима у циљу нарушавања конкуренције

Трећи основ за факултативно искључење из поступка јавне набавке постоји ако је одлуком Комисије за заштиту конкуренције утврђено да се привредни субјект договарао са другим привредним субјектима у циљу нарушавања конкуренције, у периоду од претходне три године од дана истека рока за подношење понуда.⁷⁶ Повредом конкуренције сматрају се акти или радње учесника на тржишту које за циљ или последицу имају или могу да имају значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције.⁷⁷ Рестриктивни споразуми су споразуми између учесника на тржишту који имају за циљ или последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање, конкуренције на територији Републике Србије. Рестриктивни споразуми могу бити уговори, поједине одредбе уговора, изричитих или прећутних договори, усаглашене праксе, као и одлуке облика удруживања учесника на тржишту, а којима се нарочито: 1) непосредно или посредно утврђују куповне или продајне цене или други услови трговине; 2) ограничава и контролише производња, тржиште, технички развој или инвестиције; 3) примењују неједнаки услови пословања на исте послове у односу на различите учеснике на тржишту, чиме се учесници на тржишту доводе у неповољнији положај у односу на конкуренте; 4) условљава закључивање уговора или споразума прихватањем додатних обавеза које с обзиром на своју природу и трговачке обичаје и праксу нису у вези са предметом споразума; 5) деле тржишта или извори набавки.⁷⁸

Шта више, договарање са осталим понуђачима противно закону, има и обележја кривичног дела злоупотреба у вези са јавном набавком из чл. 228 ст. 1

⁷⁴ ЗЗК, чл. 10.

⁷⁵ Сл. гласник РС, бр. 111/2009 (Даље у тексту и фуснотама: ЗУС).

⁷⁶ ЗЈН, чл. 112 ст. 1 тач. 3.

⁷⁷ ЗЗК, чл. 9

⁷⁸ ЗЗК, чл. 10.

КЗ у коме је прописано: „Ко у вези са јавном набавком поднесе понуду засновану на лажним подацима, или се противно закону договара са осталим понуђачима, или предузме друге противправне радње у намери да тиме утиче на доношење одлука наручиоца јавне набавке, казниће се затвором од шест месеци до пет година.“ Квалификовани облик постоји уколико је дело учињено у вези са јавном набавком чија вредност прелази износ од сто педесет милиона динара, за које је забрањена казна затвора од једне до десет година.⁷⁹ Међутим, учинилац који добровољно открије да се понуда заснива на лажним подацима или на недозвољеном договору са осталим понуђачима, или да је предузео друге противправне радње у намери да утиче на доношење одлука наручиоца пре него што он донесе одлуку о додели уговора, може се ослободити од казне.⁸⁰ Извршење овог дела представља основ за обавезно искључење његовог учиниоца из поступка јавне набавке, прописан у чл. 111 ст. 1 тач. 1 ЗЈН, ако је договарање са осталим понуђачима предузето у намери да тиме утиче на доношење одлука наручиоца јавне набавке, а ако је договарање са другим привредним субјектима извршено у циљу нарушавања конкуренције тада не постоји кривично дело, али представља разлог да Комисија за заштиту конкуренције донесе одговарајућу одлуку којом ће то утврдити, што је основ за факултативно искључење привредног субјекта из поступка јавне набавке. Дакле, битан је умишљај, с тим што је у питању директни умишљај, када се „воља састоји у одлуци да се дато кривично дело оствари, односно у хтењу учиниоца да својом радњом учини кривично дело у условима постојања свих околности којих је свестан, а које имају значај обележја бића кривичног дела“⁸¹, односно намера – мотив са којом је предузета радња договарања са осталим понуђачима.

3.4. Неотклоњиво нарушавање конкуренције због претходног учешћа привредног субјекта у припреми поступка набавке

Четврти основ постоји ако наручилац утврди да постоји нарушавање конкуренције због претходног учешћа привредног субјекта у припреми поступка набавке, у смислу правила о заштити интегритета поступка⁸², која не

⁷⁹ КЗ, чл. 228 ст. 3

⁸⁰ КЗ, чл. 228 ст. 4

⁸¹ Делић, Н., *Воља и намера у српском кривичном праву*, Зборник радова: Казнена реакција у Србији, VI део, Београд, 2016, стр. 96.

⁸² Ако је понуђач, кандидат или са њим повезано лице у смислу ЗПД и ЗПДПЈ на било који начин био укључен у припрему поступка набавке (нпр. у планирању јавне набавке или припреми конкурсне документације), наручилац предузима одговарајуће мере да би обезбедио да учешће тог понуђача или кандидата не нарушава конкуренцију (ЗЈН, 90 ст. 1).

може да се отклони другим мерама⁸³ које би обезбедиле да учешће тог понуђача или кандидата не нарушава конкуренцију, а које обухватају достављање другим привредним субјектима релевантних информација које су размењене или настале у оквиру учешћа понуђача или кандидата у припреми поступка набавке и утврђивање примерених рокова за подношење понуда.⁸⁴

3.5. Неиспуњавање обавеза из раније закључених уговора о јавној набавци

Поред наведених основа за факултативно искључење привредног субјекта који се односе на сам на поступак јавне набавке, прописан је и основ који се односи на извршење јавне набавке, односно на неиспуњавање обавеза понуђача по раније закљученим уговорима о јавним набавкама, без обзира да ли су се односили на исти предмет набавке или не. Пети основ за искључење из поступка јавне набавке постоји ако привредни субјект у периоду од претходне три године од дана истека рока за подношење понуда није испуњавао обавезе из раније закључених уговора о јавној набавци или раније закљученог концесионог уговора, чија је последица била раскид тог уговора, наплата средства обезбеђења (нпр. наплата менице у поступку принудне наплате, или је активирана банкарска гаранција и сл), накнада штете или др.⁸⁵

Законом о јавно-приватном партнерству и концесијама⁸⁶ уређује се облик и садржина уговора о јавно-приватном партнерству са или без елемената концесије (јавни уговор). Превремени раскид јавног уговора због пропуста приватног партнера регулисан је посебним правилима из чл. 54 ЗЛППК, тако што је прописано да јавни партнер, поред осталог, може једнострано раскинути јавни уговор ако приватни партнер својом кривицом не започне са извршавањем јавног уговора у уговореном року.

Општа правила за раскидање уговора због неиспуњења, уређена су одредбама из чл. 124 – 132 ЗОО. Ова правила примењују се и на раскид уговора о јавној набавци, с обзиром да ЗЈН не садржи посебна правила. У двостраним уговорима, кад једна страна не испуни своју обавезу, друга страна може, ако није што друго одређено, захтевати испуњење обавеза или, под условима предвиђеним у идућим члановима, раскинути уговор простом изјавом, ако раскид уговора не наступа по самом закону, а у сваком случају има право на накнаду штете.⁸⁷ Разлог за раскид претходно закљученог уговора због неиспуњења, а тиме и основ за искључење у новом поступку јавне набавке, постоји и ако је понуђач у претходне три године од дана истека рока за

⁸³ ЗЈН, чл. 112 ст. 1 тач. 4.

⁸⁴ ЗЈН, 90 ст. 2.

⁸⁵ ЗЈН, чл. 112 ст. 1 тач. 5.

⁸⁶ Сл. гласник РС, бр. 88/2011, 15/2016, 104/2016 (Даље у тексту и фуснотама: ЗЛППК)

⁸⁷ ЗОО, чл. 124.

подношење понуда, у неком ранијем поступку јавне набавке није доставо средства обезбеђења за добро испуњење посла, односно за испуњење уговорних обавеза или за отклањање недостатака у гарантном року, на шта се у понуди обавезао.

Дејство раскида уређено је чл. 132 ЗОО, у коме је прописано да се раскидом уговора обе стране су ослобођене својих обавеза, изузев обавезе на накнаду евентуалне штете. Ако је једна страна извршила уговор потпуно или делимично, има право да јој се врати оно што је дала (нпр. повраћај аванса), а ако обе стране имају право захтевати враћање датог, узајамна враћања врше се по правилима за извршење двостраних уговора, с тим што је страна која враћа новац дужна платити затезну камату од дана кад је исплату примила.

Следи закључак да је у нашем правном систему прописан вансудски раскид уговора због неиспуњења обавезе, који настаје простом изјавом воље уговорача, тј. стране верне уговору, а о праву на раскид може се расправљати у спору пред судом у коме се одлучује о последицама раскида, нпр. о тужбеном захтеву за повраћај аванса и за накнаду штете.

Директиве ЕУ предвиђају могућност одбијања понуде понуђача који није испуњавао своје уговорне обавезе по претходно закљученим уговорима о јавним набавкама. При томе понуђачу је омогућено да пружи доказе да је поуздан да изврши уговор, без обзира на постојање неког од разлога за искључење из претходног периода, односно наручилац има могућност да не одбије или да не искључи понуђача ако утврди да му тај понуђач може извршити уговор о јавној набавци.

ЗЈН не прописује списак могућих доказа о постојању основа за искључење због тога што привредни субјект није испуњавао своје уговорне обавезе. Стога би се, примера ради, могли користити докази набројани у чл. 82 ст. 3 претходног закона. Сходно томе, поред правоснажне судске одлуке о последицама раскида, доказ постојања овог основа за искључење може бити и исправа о наплаћеној уговорној казни; рекламације потрошача, односно корисника ако нису отклоњене у уговореном року; извештај надзорног органа о изведеним радовима који нису у складу са пројектом, односно уговором; изјава о раскиду уговора због неиспуњења битних елемената уговора дата на начин и под условима предвиђеним у чл. 124 – 132 ЗОО. Поред тога, могао би се користити и други релевантан доказ који је примерен предмету јавне набавке, који се односи на испуњење обавеза у ранијим поступцима јавне набавке или по раније закљученим уговорима о јавним набавкама.

У примени Закона о јавним набавкама из 2008.⁸⁸ јавила се дилема да ли наручилац може користити као доказ негативне референце другог наручиоца, односно (према терминологији ЗЈН) да ли чињеница да је други наручилац раскинуо уговор због неиспуњења може бити релевантан доказ о постојању основа за искључење у новом поступку јавне набавке. Преовладао је

⁸⁸ Сл. гласник РС, бр. 116/08

мишљење да може. Међутим ипак треба направити разлику између самих доказа. Ако је доказ правоснажна судска одлука (нпр. пресуда којом је усвојен тужбени захтев за накнаду штете, за наплату уговорне казне, или за повраћај аванса и сл), онда је то оправдано. С друге стране, ако је у питању доказ који потиче искључиво од другог наручиоца (једнострана изјава о раскиду уговора због неиспуњења), спорно је колико он може бити коришћен као општи и као једини доказ негативне референце, односно постојања основа за искључење. Стога, претходи закон у чл. 82 ст. 4 прецизирао је да наручилац може користити негативну референцу из спроведене јавне набавке другог наручиоца, само ако је њен доказ правоснажна судска одлука или коначна одлука другог органа и ако је предмет јавне набавке истоврсан.

3.5.1. Одбацивање тужбе за раскид уговора због неиспуњења

У судској пракси заузет је став о одбацивању тужбе за раскид уговора због неиспуњења услед непостојања правног интереса: „...Суд ће дакле одбацити тужбу за раскид уговора, а да ли ће усвојити тужбени захтев за повраћај датог уколико у конкретном случају утврди да је тужилац вансудским путем, простом изјавом основано раскинуо предметни уговор, то зависи од чињеница утврђених у тој парници.“⁸⁹

Сличан став о вансудском раскиду уговора због неиспуњења и разликовању преображајне од тужбе за утврђење, заузет је у судској пракси, приликом решавања конкретних спорова: „Уговор се раскида изјавом воље уговорне стране, а не судском одлуком, што значи да није дозвољена преображајна тужба којом се тражи да суд изрекне раскид уговора, међутим, уколико друга уговорна страна оспорава дејство изјаве о раскиду због неиспуњења, тужбом за утврђење може се тражити да суд утврди да је уговор раскинут.“⁹⁰

Наведени правни ставови судске праксе, као и цитирани прописи, јасно указују да се уговор, па и уговор о јавној набавци, због неиспуњења раскида простом изјавом наручиоца, дакле у питању је вансудски раскид уговора. Зато се тужбом наручиоца, и када су испуњени законски услови за раскид због неиспуњења обавеза привредног субјекта са којим закључен уговор о јавној набавци, не може тражити да суд пресудом изрекне раскид уговора због неиспуњења, јер изрицање раскида уговора због неиспуњења не спада у судску надлежност, већ се уговор раскида вансудски – простом изјавом уговорне стране, дакле наручиоца. Стога ће суд тужбу за раскид уговора о јавној набавци

⁸⁹ Одговор утврђен на седници Одељења за привредне спорове Вишег привредног суда у Београду од 6.10.1999, доступно на адреси: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/4786>, 20.03.2023.

⁹⁰ Из решења Вишег трговинског суда, Пж. 1933/08 од 03.04.2008, доступно на адреси: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/31500>, 20.03.2023.

због неиспуњења, одбацити применом чл. 294 ст. 1 тач. 1 ЗПП у коме је прописано да „суд по претходном испитивању тужбе доноси решење којим се тужба одбацује ако утврди да: одлучивање о тужбеном захтеву не спада у судску надлежност (чл. 16)“.⁹¹

И у правној теорији истиче се да је у нашем правном систему прихваћен начин вансудског раскида уговора.⁹² За вансудски раскид уговора потребна је само изјава наручиоца као уговорне стране о раскиду.

3.6. Достављање неистинитих података за проверу основа за искључење или критеријума за избор привредног субјекта

Шести основ за факултативно искључење из поступка јавне набавке постоји ако наручилац утврди да је привредни субјект у поступцима јавних набавки у периоду од претходне три године од дана истека рока за подношење понуда доставио неистините податке потребне за проверу основа за искључење или критеријума за избор привредног субјекта или да није био у стању да достави доказе о испуњености критеријума за квалитативни избор привредног субјекта, уколико је као средство доказивања користио изјаву о испуњености критеријума за квалитативни избор привредног субјекта.⁹³

Изјава о испуњености критеријума представља формалну изјаву привредног субјекта да испуњава све тражене критеријуме и да није у некој од ситуација због које се искључује или може да се искључи из поступка јавне набавке. Наведена изјава доставља се у понуди или захтеву за учешће и служи као прелиминарни доказ уместо извода и потврда које издају надлежни органи. Циљ изјаве о испуњености критеријума је смањење административног оптерећења које настаје због захтева за израду знатног броја потврда и других докумената који су повезани са разлозима за искључење и критеријумима за избор привредног субјекта. Дакле, довољно је да привредни субјект, ради доказивања непостојања основа за искључење из поступка јавне набавке и испуњење критеријума за избор, у понуди или у пријави за учешће достави попуњени стандардни образац, као изјаву да испуњава наведене критеријуме, док ће на крају поступка само од понуђача који је поднео економски најповољнију понуду бити захтевано да достави ажурне пропратне документе, односно потврде и другу документацију којом доказује да је испунио прописане критеријуме.

⁹¹ Суд у току целог поступка по службеној дужности пази да ли решавање спора спада у судску надлежност. Суд ће да се огласи ненадлежним, укине спроведене радње у поступку и одбаци тужбу, ако у току поступка утврди да за решавање спора није надлежан суд него неки други орган (ЗПП, чл 16).

⁹² Перовић, С., *Облигационо право*, Београд, 1986, стр. 506

⁹³ ЗЈН, чл 118.

Описане радње које су основ за искључење утврђује наручилац без обзира што истовремено могу представљати и биће прекршаја из чл. 237 ст. 1 тач. 1 ЗЈН у коме је прописано: „Новчаном казном од 100.000 до 1.000.000 динара казниће се за прекршај понуђач, кандидат, односно подизвођач, који има својство правног лица, ако: 1) у пријави или понуди поднесе изјаву о испуњености критеријума за квалитативни избор привредног субјекта која садржи неистините податке⁹⁴ или по позиву наручиоца достави документ – доказ о испуњености критеријума за квалитативни избор привредног субјекта који садржи неистините податке о њему или о другим субјектима чије капацитете користи.“⁹⁵ Наведене казне за прекршаје односе се на правна лица - понуђаче, кандидате, односно подизвођаче, док су за исте прекршаје прописане ниже казне (од 30.000 до 80.000 динара) за предузетнике и физичка лица.⁹⁶

Шта више, прекршај из чл. 237 ст. 1 тач. 1 ЗЈН који се састоји у навођењу неистинитих података у понуди или пратећој документацији о испуњености критеријума за квалитативни избор привредног субјекта, уколико је учињен са умишљајем истовремено има и обележја бића кривичног дела чл. 228 ст. 1 КЗ (злоупотреба у вези са јавном набавком): „Ко у вези са јавном набавком поднесе понуду засновану на лажним подацима, ... у намери да тиме утиче на доношење одлука наручиоца јавне набавке, казниће се затвором од шест месеци до пет година.“ У питању је директни умишљај, када се „воља састоји у одлуци да се дато кривично дело оствари, односно у хтењу учиниоца да својом радњом учини кривично дело у условима постојања свих околности којих је свестан, а које имају значај обележја бића кривичног дела.“⁹⁷ Тежи облик постоји уколико је учињено дело у вези са јавном набавком чија вредност прелази износ од 150.000.000 динара, за које је прописана казна затвора од једне до десет година (ст. 3). Међутим, учинилац из ст. 1 који добровољно открије да се понуда заснива на лажним подацима ... пре него што он донесе одлуку о додели уговора, може се ослободити од казне (ст. 4).

Иако поступак јавне набавке има доста сличности са управним поступком, ЗЈН не упућује на сходну примену правила управног поступка⁹⁸, осим на поједина питања из надлежности Републичке комисије за заштиту права у

⁹⁴ ЗЈН, чл. 118.

⁹⁵ ЗЈН, чл. 119 и 130.

⁹⁶ ЗЈН, чл. 237 ст. 3 и 4.

⁹⁷ Делић, Н., *нав. чланак*, стр. 96.

⁹⁸ „Управни поступак јесте скуп правила која државни органи и организације, органи и организације покрајинске аутономије и органи и организације јединица локалне самоуправе, установе, јавна предузећа, посебни органи преко којих се остварује регулаторна функција и правна и физичка лица којима су поверена јавна овлашћења (у даљем тексту: органи) примењују када поступају у управним стварима“ – Закон о општем управном поступку, Сл. гласник РС, бр. 18/2016, 95/2018 (Аутентично тумачење), 2/2023 (Одлука Уставног суда), чл. 1 (Даље у тексту и фуснотама: ЗУП).

поступцима јавних набавки,⁹⁹ што значи да описане радње, које су основ за искључење утврђује наручилац, без обзира што истовремено могу представљати и биће наведеног прекршаја из чл. 237 ст. 1 тач. 1 ЗЈН или кривичног дела чл. 228 ст. 1 КЗ. Стога, наручилац није дужан да сходно примењује правила о претходном питању из чл. 107 и 108 ЗУП, укључујући и правила о факултативном¹⁰⁰ или обавезном¹⁰¹ прекиду управног поступка док суд или други орган не реше претходно питање. Такође, у поступку јавне набавке који спроводи наручилац не постоји понављање поступка, које је предвиђена правилима општег управног поступка „ако је надлежни орган накнадно и у битним тачкама друкчије правноснажно одлучио о претходном питању на коме је решење засновано“¹⁰² у случају када је орган управе сам решио претходно питање и на томе засновао своје решење, а није прекидао поступак и чекао да то питање реши надлежни орган.¹⁰³ Међутим, како се дејство решеног претходног питања у управном поступку простире само на тај конкретан поступак, постоји увек могућност да орган који је иначе за то питање надлежан касније другачије одлучи.¹⁰⁴

Уколико је привредни субјекат у периоду од претходних пет година од дана истека рока за подношење понуда, односно пријава правноснажно осуђен за кривично дело злоупотребе у вези са јавном набавком због подношења понуде засновану на лажним подацима, ... у намери да тиме утиче на доношење одлука наручиоца, тада постоји основ за обавезно искључење из чл. 111 ст. 1 тач. 1 ЗЈН. Ако је у периоду од претходне три године од истека рока за подношење понуда, привредни субјекат осуђен за наведени прекршај из чл. 237 ст. 1 тач. 1 ЗЈН, који се састоји у навођењу неистинитих података у понуди или пратећој документацији о испуњености критеријума за квалитативни избор, постоји основ за факултативно искључење из чл. 112 ст. 1 тач. 2 ЗЈН уколико се радње из бића прекршаја могу оквалификовати као „тежак облик непрофесионалног поступања који доводи у питање његов интегритет.“

⁹⁹ ЗЈН, чл. 212.

¹⁰⁰ „Ако орган наиђе на питање без чијег решења не може да одлучи о управној ствари, а које чини самосталну правну целину и за чије решавање је надлежан суд или други орган (претходно питање), може сам да расправи претходно питање или да прекине поступак док суд или други орган не реше претходно питање“ (ЗУП, чл. 107 ст. 1).

¹⁰¹ „Орган је дужан да прекине поступак ако се претходно питање тиче постојања кривичног дела или брака, утврђивања родитељства или ако је то законом одређено“ (ЗУП, чл. 107 ст. 3). Поступак се мора прекинути и ако се пред судом или другим органом већ решава претходно питање (ЗУП, чл. 107 ст. 4).

¹⁰² ЗУС, чл. 176 ст. 1 тач 10.

¹⁰³ Јовановић, З., *Ток поступка до доношења решења по новом Закону о општем управном поступку у Републици Србији*, доступно на адреси: <http://www.jura.kg.ac.rs/gp/25/nr/jovanovic.htm>, 6.3.2023.

¹⁰⁴ Милков, Д., *Управно право II, управна делатност*, Нови Сад, 2017, стр. 253.

3.7. Одустапак од искључења ако наручилац утврди да ће привредни субјект бити способан да изврши уговор

Наручилац може да одустане од искључења привредног субјекта у случају стечаја, неспособности за плаћање и сл, или друге истоврсне ситуације која произлази из сличног поступка према националним законодавствима земље у којој је седиште привредног субјекта, ако утврди да ће тај привредни субјект бити способан да изврши уговор о јавној набавци, узимајући у обзир прописе и мере за наставак пословања.¹⁰⁵ Реч је о мерама за реализацију плана реорганизације, које поред намирења поверилаца, истовремено омогућавају и олакшавају наставак пословања привредног субјекта, као што су претварање потраживања у капитал, статусне промене и сл. Обавезе привредног субјекта стечају могу да буду смањене или олакшане и путем других мера за реализацију плана реорганизације које прописује ЗС (нпр. предвиђање отплате у ратама, измена рокова доспелости, каматних стопа или других услова зајма, кредита или другог потраживања или инструмента обезбеђења, односно отпуст дуга, потпун или чешће делимичан, и сл). Такође, наставак пословања привредног субјекта омогућава се мерама као што је закључивање уговора о кредиту, односно зајму, као и извршење, измена или одрицање од заложног права, уз сагласност имаоца заложног права.¹⁰⁶

Дакле, циљ реорганизације јесте наставак пословања или дела пословања, стечајног дужника, односно опстанак стечајног дужника као привредног субјекта, али основни услов и циљ реорганизације јесте обезбеђивање повољнијег намирења поверилаца у односу на банкротство. У суштини, реорганизација омогућава наставак пословања, а „по наступању правних последица усвајања плана реорганизације, стечајни дужник је у обавези да спроведе све реорганизационе мере предвиђене планом“.¹⁰⁷ План мора да садржи податке о свим предусловима за његово спровођење, роковима за спровођење појединачних мера за реализацију плана, роковима за његово извршење и о последицама неиспуњења тих предуслова и непоштовања рокова.¹⁰⁸

С друге стране, неке од мера за реализацију плана реорганизације, као што је „затварање погона или промена делатности“, односно „раскид или измена уговора“, могу бити показатељ да привредни субјект неће бити способан да

¹⁰⁵ ЗЈН, чл. 112 ст. 2.

¹⁰⁶ ЗС, чл. 157.

¹⁰⁷ Тодоровић, И., *Правне последице усвајања плана реорганизације*, докторска дисертација, Београд, 2015, стр. 224.

¹⁰⁸ Правилник о начину спровођења реорганизације по унапред припремљеном плану реорганизације и садржини унапред припремљеног плана реорганизације, Сл. гласник РС, бр. 57/2018. чл. 2.

изврши уговор о јавној набавци, што наручиоца лишава могућности да одустане од искључења.

Институт стечајне реорганизације у модерном смислу је у српско право уведен Законом о стечајном поступку из 2004. године. Тај закон је имао за свој узор право Сједињених Америчких Држава.¹⁰⁹

Такође, наставак пословања привредног субјекта, а тиме и извршење уговор о јавној набавци, могуће је и у случају продаје стечајног дужника као правног лица, јер привредно друштво задржава правни субјективитет, односно својство правног лица, с тим што долази до промене чланова или акционара, односно власника капитала друштва.¹¹⁰ По једном мишљењу, „предмет продаје је субјекат права, који након продаје, наставља да постоји као правно лице, односно задржава постојећи правни субјективитет.“¹¹¹ Насупрот томе, и код овог начина уновчења може се закључити да је предмет продаје, такође објекат, дакле исто као и код продаје појединачне имовине стечајног дужника. Јер, у суштини, продаје се удео у привредном друштву – правном лицу, с тим што тај предмет (удео) не припада стечајном дужнику, већ његовим оснивачима, који након продаје губе власничка права на уделу (или акцијама, ако се продаје акционарско друштво). После продаје стечајног дужника као правног лица, стечајни поступак се у односу на стечајног дужника обуставља. Новац добијен продајом стечајног дужника, као и имовина стечајног дужника која није била предмет процене, улази у стечајну масу у односу на коју се стечајни поступак наставља. За потраживања према стечајном дужнику која су настала до обуставе стечајног поступка ни стечајни дужник ни његов купац не одговарају повериоцима, а правна лица која су стечајном дужнику пружала услуге од општег интереса не могу обуставити вршење тих услуга по основу неплаћених рачуна насталих пре отварања стечајног поступка.¹¹² Приликом продаје стечајног дужника као правног лица долази до раздвајања пасиве од активе тако што пасива остаје на терет стечајне масе, према којој се поступак стечаја наставља, а сва актива (облигациона права, покретне и непокретне ствари и друга имовинска права) остаје правном лицу које је као стечајни дужник продато и против кога је стечајни поступак обустављен.¹¹³

¹⁰⁹ Јовановић, Н., *Оцена и ситне грешке Закона о стечају*, Право и привреда, бр. 7–9/2010, стр. 210.

¹¹⁰ Козар В., *Продаја стечајног дужника као посебан модел приватизације*, Зборник радова: Нека актуелна питања у поступку стечаја, Београд, 2010, стр. 187.

¹¹¹ Марјановић, М., *Услови за продају стечајног дужника као правног лица према новим стечајним прописима*, Право и привреда, бр. 10–12/2010, стр. 177.

¹¹² ЗС, чл. 136.

¹¹³ Правни став Вишег трговинског суда утврђен на седници Одељења за привредне спорове од 19. и 20. септембра 2005. године, Судска пракса трговинских судова, бр. 3/2005, стр. 59.

4. Доказивање поузданости привредног субјекта ради избегавања његовог искључења из поступка јавне набавке

Законом је предвиђена је могућност доказивања поузданости привредног субјекта како би се избегло његово искључење из поступка јавне набавке. У одређеним случајевима, привредни субјект може наручиоцу да достави доказе да је предузео мере ради доказивања своје поузданости без обзира на постојање основа за искључење (доказ да је платио накнаду штете, разјаснио чињенице у истражном поступку, предузео конкретне мере ради спречавања даљих кривичних дела или непрофесионалног поступања).¹¹⁴

Привредни субјект код којег постоје основи за обавезно искључење због правноснажне осуде за одређена кривична дела, или због повреде обавезе у области заштите животне средине, социјалног и радног права, односно због постојања сукоба интереса (чл. 111. ст. 1 тач. 1, 3 и 4) или било ког основа за факултативно искључење (чл. 112), може наручиоцу да достави доказе да је предузео мере да би доказао своју поузданост без обзира на постојање основа за искључење, и у том циљу доказује: 1) да је платио или се обавезао да плати накнаду у погледу било које штете изазване кривичним делом или непрофесионалним поступањем и 2) да је у потпуности разјаснио чињенице и околности активно сарађујући са истражним органима и 3) да је предузео конкретне техничке, организационе и кадровске мере које су примерене за спречавање вршења кривичних дела или непрофесионалног поступања.

Прописан је начин оцене предузетих мера. Мере које привредни субјект предузима оцењују се узимајући у обзир тежину и конкретне околности кривичног дела или непрофесионалног поступања, с тим да је наручилац дужан да образложи разлоге за прихватање или неприхватање мера, с тим што неће искључити привредног субјекта из поступка јавне набавке ако је оценио да су предузете мере примерене.¹¹⁵

Међутим, привредни субјект коме је правноснажном пресудом одређена забрана учешћа у поступцима јавних набавки или поступцима доделе концесија нема право да користи наведене могућности доказивања своје поузданости до истека рока забране.¹¹⁶ Закон овде не прави јасну разлику између правне последице осуде правног лица за одређено кривично дело, која наступа *ex lege*, даном правноснажности пресуде о изрицању новчане казне, с једне стране, и заштитне мере, с друге стране, коју суд може изрећи пресудом за два прекршаја из чл. 237 ст. 1 тач. 2 и 4 ЗЈН.¹¹⁷ Јасно је да привредни субјект

¹¹⁴ ЗЈН, чл. 113 ст. 1.

¹¹⁵ ЗЈН, чл. 113 ст. 2 и 3.

¹¹⁶ ЗЈН, чл. 133 ст. 4.

¹¹⁷ За прекршај због недостављања доказа и изјаве о извршеном плаћању подизвођачу (ЗЈН, чл. 237 ст. 1 тач. 2), као и за прекршај због незакључења уговора о јавној набавци

– понуђач или кандидат (правно лице, предузетник, физичко лице) односно подизвођач који је извршио прекршај, коме је правноснажном пресудом изречена заштитна мера забране учествовања у поступцима јавних набавки, нема право да користи наведене могућности доказивања своје поузданости до истека рока забране, који не може бити дужи од две године рачунајући од правноснажности пресуде.¹¹⁸ Међутим, с обзиром да ЗЈН употребљава термин „одређивање“ уместо „изрицање“ забране учешћа у поступцима јавних набавки, поставља се питање да ли се искључење могућности доказивања поузданости односи и на привредне субјекте којима је забрањено учешће у поступку јавне набавке услед правне последице осуде правног лица за кривично дело¹¹⁹, која наступа даном правноснажности пресуде¹²⁰ о изрицању новчане казне за кривична дела таксативно набројаних у чл. 111 ст. 1 тач. 1 ЗЈН, у трајању од пет година рачунајући уназад, од дана истека рока за подношење понуда, односно пријава. Јер, када су у питању правне последице осуде за кривично дело, суд нити изриче, нити „одређује“ забрану учешћа у поступцима јавних набавки, већ иста наступа по сили закона. С обзиром да су кривична дела тежи облик противправног понашања од прекршаја, може се извести закључак да и постојање забране учешћа у поступку јавне набавке, као правне последице осуде правног лица за кривично дело, искључује могућност доказивања поузданости у периоду њеног трајања, односно до истека рока ове забране од пет година.

5. Закључак

Основи за искључење привредног субјекта из поступка јавне набавке могу бити обавезни или факултативни. Наручилац, након прегледа и стручне оцене, одбија понуду као неприхватљиву, ако утврди да постоје основи за искључење привредног субјекта или ако нису испуњени критеријуми за избор привредног субјекта. Понуде које нису одбијене као неприхватљиве оцењују се и рангирају према критеријуму за доделу уговора који је одређен у документацији о набавци.

Наручилац је дужан да искључи привредног субјекта у свакој фази поступка јавне набавке, ако постоји било који од обавезних основа, који су дефинисани у пет група. Забрана учешћа у поступку јавних набавки предвиђена је као правна последица осуде за кривична дела у и наступа даном

(ЗЈН, чл. 237 ст. 1 тач 4.), понуђачу или кандидату (правно лице, предузетник, физичко лице), односно подизвођачу који је извршио прекршај, изриче се заштитна мера забране учествовања у поступцима јавних набавки, којом се том лицу забрањује да учествује у поступцима јавних набавки у периоду који не може бити дужи од две године.

¹¹⁸ ЗП, чл. 52 ст. 1 тач. 13 и 6ба.

¹¹⁹ ЗОПЛКД, чл 28 ст. 2 тач. 2

¹²⁰ ЗОПЛКД, чл. 29.

правноснажности пресуде, а траје најдуже пет година, рачунајући уназад – од дана истека рока за подношење понуда, односно пријава. Поред забране учешћа у поступку јавне набавке као правне последице осуде за одређена кривична дела, основ за обавезно искључење представљају и порески дугови, повреде обавеза у области заштите животне средине, социјалног и радног права, неотклоњиви сукоб интереса, као и недозвољене радње у поступку.

Наручилац може да одустане од искључења привредног субјекта из поступка јавне набавке без обзира што је остварен основ за обавезно искључење, због преовлађујућих разлога који се односе на јавни интерес, као што је јавно здравље или заштита животне средине.

Законом су предвиђени и основи за факултативно из поступка јавне набавке. Наручиоцу је омогућено да искључи привредног субјекта из поступка јавне набавке због постојања одређених чињеница, набројаних у чл. 112 ст. 1 ЗЈН, али га не обавезује да то учини, што значи да је искључење по овим основима увек факултативно. Међутим, иако је предвиђање основа за искључење из чл. 112 ст. 1 ЗЈН у документацији о набавци факултативно, дакле на аутономној основи, и зависи од слободне воље наручиоца, када се једном предвиде и објаве, и ти основи обавезују наручиоца да искључи понуђача код кога се стекао предвиђени основ, ако није је предузео примерене мере којима би доказао своју поузданост, осим у случају стечаја или инсолвентности, када наручилац може да одустане од искључења ако утврди да ће тај привредни субјект бити способан да изврши уговор о јавној набавци, узимајући у обзир прописе и мере за наставак пословања.

За прекршај због недостављања доказа и изјаве о извршеном плаћању подизвођачу или због незакључења уговора о јавној набавци понуђачу, односно подизвођачу који је извршио прекршај, изриче се заштитна мера забране учествовања у поступцима јавних набавки, у периоду који не може бити дужи од две године, што представља основ за факултативно искључење. Такође, меру забране учешћа у поступку јавне набавке, као *sui generis* санкцију у трајању до две године, може изрећи и Комисија за заштиту конкуренције ако утврди да је привредни субјект повредио конкуренцију у поступку јавне набавке, у смислу Закона о заштити конкуренције.

Поред основа за факултативно искључење привредног субјекта који се односе на сам на поступак јавне набавке, предвиђен је и основ који се односи на извршење јавне набавке, односно на неиспуњавање обавеза понуђача по раније закљученим уговорима о јавним набавкама без обзира да ли су се односили на исти предмет набавке или не. Овај основ постоји ако привредни субјект у периоду од претходне три године од дана истека рока за подношење понуда није испуњавао обавезе из раније закључених уговора о јавној набавци или раније закљученог концесионог уговора, чија је последица била раскид тог уговора, наплата средства обезбеђења (нпр. наплата менице у поступку принудне наплате, или је активирана банкарска гаранција и сл), накнада штете или др.

Наручилац може да одустане од искључења привредног субјекта у случају стечаја, неспособности за плаћање и сл, ако утврди да ће тај привредни субјект упркос томе бити способан да изврши уговор о јавној набавци, узимајући у обзир прописе и мере за наставак пословања, у које, пре свега, спадају мере за реализацију плана реорганизације, које поред намирења поверилаца, истовремено омогућавају и олакшавају наставак пословања привредног субјекта, као што су претварање потраживања у капитал, статусне промене и сл. С друге стране, неке од мера за реализацију плана реорганизације, као што су „затварање погона или промена делатности“, односно „раскид или измена уговора“, могу бити показатељ да привредни субјект неће бити способан да изврши уговор о јавној набавци, што онемогућава наручиоца да одустане од искључења.

Привредни субјект може да доказује поузданост како би се избегло његово искључење из поступка јавне набавке, без обзира на постојање основа за искључење, достављањем доказа да је платио накнаду штете изазване кривичним делом или непрофесионалним поступањем, односно да је разјаснио чињенице у истражном поступку, или предузео конкретне мере ради спречавања даљих кривичних дела или непрофесионалног поступања, осим уколико му је правноснажном пресудом одређена забрана учешћа у поступцима јавних набавки или поступцима доделе концесија.

*Vladimir Kozar, Ph.D., Full-time Professor
Faculty of Law for Commerce and Judiciary,
University of Business Academy in Novi Sad*

GROUNDS FOR EXCLUSION OF AN ECONOMIC OPERATOR FROM THE PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURE

Summary

This paper analyses the regulations of the Republic of Serbia, the positions of domestic judicial practice, as well as the opinions of jurisprudence on the grounds for the exclusion of an economic operator from the public procurement procedure, within the criteria for qualitative selection. The difference between mandatory and optional grounds for exclusion is explained, with a detailed presentation of each. The exclusion of legal entities from participating in public procurement procedures as a legal consequence of criminal convictions was specifically analysed, with a comparison to the safeguard measure of the same content, which the court imposes in the misdemeanor procedure. Furthermore, the potential legal consequences in

domestic and comparative law of certain events on the entity's capacity to fulfill a public procurement contract were assessed, such as bankruptcy, insolvency, liquidation, reorganization, financial restructuring, settlement, or other bargaining arrangements with creditors, taking into account regulations and measures that enable an economic operator to continue its business, as well as the ability of the contracting authority to withdraw from the exclusion. The subject of special attention is the importance of failing to meet the obligations outlined in prior public procurement contracts, including the issue of contract termination. Lastly, it was emphasized that demonstrating the trustworthiness of the economic operator is a viable way to prevent its exclusion from the public procurement process.

Key words: *public procurement procedure, economic operator, exclusion, criminal offense, legal consequences of conviction, prohibition of participation in the procedure, misdemeanor, safeguard measure, tax debt, distortion of competition, bankruptcy, inability to pay, non-fulfillment of contractual obligations.*

Литература

- Делић, Н., *Воља и намера у српском кривичном праву*, Зборник радова: Казнена реакција у Србији, VI део, Београд, 2016.
- Дукић Мијатовић, М., *Међународно приватно право*, Нови Сад, 2012.
- Дукић Мијатовић, М. *Предлог плана реорганизације у светлу законских процедура стечајних закона у региону*, Право и привреда, бр. 4–6/2011.
- Јозиповић, Ш., Јукић, А., *Реобликовање тражбина вјеровника у удјеле у дужнику – успоредноправна обилежја и уставноправна питања заштите права мањинских чланова друштва и мањинских вјеровника у поступку предстечајне нагодбе*, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 3–4/2015.
- Јовановић, Н., *Оцена и ситне грешке Закона о стечају*, Право и привреда, бр. 7–9/2010.
- Јовановић, З., *Ток поступка до доношења решења по новом Закону о општем управном поступку у Републици Србији*, доступно на адреси: <http://www.jura.kg.ac.rs/gp/25/nr/jovanovic.htm>, 6.3.2023.
- Козар, В., Почуча, М., *Коментар Закона о парничном поступку са новелама из 2014. године, судском праксом и регистром појмова*, Београд, 2014.
- Козар, В., *Коментар Закона о јавним набавкама*, Београд, 2020.
- Козар В., *Нови правилник о начину спровођења реорганизације по унапред припремљеном плану реорганизације*, Радно-правни саветник, бр. 9/2018
- Козар В., *Правне последице споразумног финансијског реструктурирања привредних друштава*, Право и привреда, бр. 4–6/2012.
- Козар В., *Коментар Закона о споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава*, Радно-правни саветник, бр. 7–8/2011.

- Козар В., *Продаја стечајног дужника као посебан модел приватизације*, Зборник радова: Нека актуелна питања у поступку стечаја, Београд, 2010.
- Мићовић, М., *Позив на понуду*, Право и привреда, бр. 3–4/1998.
- Милков, Д., *Управно право II, управна делатност*, Нови Сад, 2017.
- Перовић, С., *Облигационо право*, Београд, 1986.
- Тодоровић, И., *Правне последице усвајања плана реорганизације*, докторска дисертација, Београд, 2015, стр. 224.
- Закон о јавним набавкама, Сл. гласник РС, бр. 91/2019
- Закон о парничном поступку, Сл. гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013 (Одлука Уставног суда), 74/2013 (Одлука Уставног суда), 55/2014, 87/2018, 18/2020
- Закон о одговорности правних лица за кривична дела, Сл. гласник РС, бр. 97/2008
- Кривични законик, Сл. гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019
- Закон о прекршајима, Сл. гласник РС, бр. 65/2013, 13/2016, 98/2016 (Одлука Уставног суда), 91/2019 (други закон), 91/2019
- Закон о пореском поступку и пореској администрацији, Сл. гласник РС, бр. 80/2002, 84/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 (други пропис), 62/2006 (други пропис), 61/2007, 20/2009, 72/2009 (други пропис), 53/2010, 101/2011, 2/2012, 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 (Аутентично тумачење), 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019, 144/2020, 96/2021, 138/2022
- Закон о порезу на добит предузећа, Сл. гласник РС, бр. 25/2001, 80/2002, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014 (други закон), 142/2014, 91/2015 (Аутентично тумачење), 112/2015, 113/2017, 95/2018, 86/2019, 153/2020, 118/2020
- Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, Сл. лист СФРЈ, бр. 43/82, 72/82, Сл. лист СРЈ, бр. 46/96 и Сл. гласник РС, бр. 46/2006)
- Закон о јавним набавкама, Сл. гласник РС, бр. 124/12, 14/15 и 68/15 2018
- Образложење Предлога закона о изменама и допунама Закона о јавним набавкама, доступно на: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/1919-15%20lat.pdf, 15.09.2015
- Закон о стечају, Сл. гласник РС, бр. 104/2009, 99/2011, 71/2012 (Одлука Уставног суда), 83/2014, 113/2017, 44/2018, 95/2018
- Закон о привредним друштвима, Сл. гласник РС, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 (други закон), 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019, 109/2021
- Закона о облигационим односима, Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93, (Уредба - за време ратног стања: 22/99, 23/99, 35/99, 44/99), Сл. гласник РС, бр. 18/2020
- Закон о споразумном финансијском реструктурирању, Сл. гласник РС, бр. 89/2015.
- Закон о споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава, Сл. гласник РС, бр. 36/2011
- Закон о заштити конкуренције, Сл. гласник РС, бр. 51/2009, 95/2013
- Закон о управним споровима, Сл. гласник РС, бр. 111/2009
- Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, Сл. гласник РС, бр. 88/2011, 15/2016, 104/2016
- Закона о јавним набавкама, Сл. гласник РС, бр. 116/08
- Закон о општем управном поступку, Сл. гласник РС, бр. 18/2016, 95/2018 (Аутентично тумачење), 2/2023 (Одлука Уставног суда)

- Правилник о начину спровођења реорганизације по унапред припремљеном плану реорганизације и садржини унапред припремљеног плана реорганизације, Сл. гласник РС, бр. 57/2018
- Хрватски Закон о финансијском пословању и предстечајној нагодби Републике, прочишћени текст закона, Народне новине, бр 108/12, 144/12, 81/13, 112/13, 71/15, 78/15
- Одговор утврђен на седници Одељења за привредне спорове Вишег привредног суда у Београду од 6.10.1999, доступно на адреси: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/4786>, 20.03.2023.
- Решење Вишег трговинског суда, Пж. 1933/08 од 03.04.2008, доступно на адреси: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/31500>, 20.03.2023.
- Правни став Вишег трговинског суда утврђен на седници Одељења за привредне спорове од 19. и 20. септембра 2005. године*, Судска пракса трговинских судова, бр. 3/2005.
- НСТЈ, 2022, доступно на адреси: приступ страници 15.03.2023. године <https://sr.wikipedia.org/sr-ec/%D0%9D%D0%A1%D0%A2%D0%88>, 15.03.2023.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

338.46:34(082)

**МЕЂУНАРОДНИ научни скуп Правна регулатива услуга у
националним законодавствима и праву Европске Уније (19 ; 2023 ;
Крагујевац)**

Правна регулатива услуга у националним законодавствима и праву
Европске Уније : [зборник реферата по позиву са Међународног научног
скупа одржаног 19. и 20. маја 2023. године, на Правном факултету у
Крагујевцу у организацији Института за правне и друштвене науке
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу] / уредник Драган Вујисић.
- Крагујевац : Правни факултет Универзитета, Институт за правне и
друштвене науке, 2023 (Краљево : Kvark). - XIV, 1164 стр. ; 25 cm

На кор.: XIX мајско саветовање. - Тираж 100. - Напомене и библиографске
референце уз текст. - Библиографија уз сваки рад. - Summaries.

ISBN 978-86-7623-121-8

1. Вујисић, Драган, 1962- [уредник]

а) Услужне делатности -- Правни аспект -- Зборници

COBISS.SR-ID 115762185