

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У КРАГУЈЕВЦУ
Институт за правне и друштвене науке

УСЛУЖНО ПРАВО

Уредник
МИОДРАГ МИЋОВИЋ

Крагујевац
2013.

УСЛУЖНО ПРАВО

Зборник реферата са Међународног научног скупа одржаног 10. маја 2013. 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 Мирослав Миловић, Филозофски факултет Универзитета у Бразилији; 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 Хрвоје Качер, Правни факултет Свеучилишта у Сплиту; Проф. др Един Ризвановић, Правни факултет Универзитета "Џемал Биједић" у Мостару; Проф. др Снежана Миладиновић, 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 Данче Манолева Митровска
Проф. др Миха Јухарт
Проф. др Хрвоје Качер

ЗА ИЗДАВАЧА: Проф. др Предраг Ч. Стојановић

УРЕДНИК: Проф. др Миодраг Мићовић

ШТАМПА: Кварк, Краљево

ТИРАЖ: 200 примерака

ISBN 978-86-7623-042-6

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

*Др Мирослав Врховшек, професор емеритус,
Др Владимир Козар, доцент,
Правног факултета Универзитета
Привредна академија у Новом Саду*

УДК: 658.71:351

УПРАВНА И СУДСКА ЗАШТИТА ПРАВА ПО НОВОМ ЗАКОНУ О ЈАВНИМ НАБАВКАМА

Резиме

*Заштита права и то у свим стадијумима поступка јавне набавке остварује се у посебном (**управном**) поступку. Закон о општем управном поступку¹ у члану 3. дозвољава могућност прописивања **посебних управних поступака**, тако што предвиђа да: "одредбе закона којима се, због специфичне природе управних ствари у појединим управним областима, прописују **неопходна одступања** од правила општег управног поступка, морају бити у сагласности са основним начелима утврђеним овим законом";*

*Овај поступак покреће се посебним **правним средством** - захтевом за заштиту права.*

*Поступак доношења **мериторне** одлуке је **једноступен** - одлучују **наручилац** (државни орган, организација, установа или друго правно лице одређено овим законом (нпр. **јавно предузеће**) и/или **Републичка комисија за заштиту права** као посебан управни орган, односно управна организација, са својством правног лица, а двостепеност је предвиђена за одлучивање по жалбама на процесне закључке наручиоца (којим одбацује захтев као неуредан, неблаговремен, поднет од стране неовлашћеног лица).*

*Рок за доношење одлуке о захтеву је **одређен**, а у случају његовог прекорачења прописана је претпоставка о "ћутању администрације" када се сматра да је захтев за заштиту права одбијен, па је дозвољена тужба у управном спору.*

*Против одлуке Републичке комисије **не може** се изјавити **жалба**, али се може покренути **управни спор**, што значи да је одлука Републичке комисије **коначна**, али **не** и **правноснажна**.*

Рушљиве уговоре о јавним набавкама поништава Републичка комисија по службеној дужности или на захтев заинтересованог лица. За уклањање апсолутно ништавих уговора из правног поретка потребна је судска пресуда.

¹ "Службени лист СРЈ", бр. 33/97, 31/01

Кључне речи: захтев; заштита права; јавне набавке; управни поступак; управни спор; накнада штете; поништај; ништавост; уговор.

1. Увод

Нови Закон о јавним набавкама ступио је на снагу 6. јануара 2013. године, а почиње да се примењује од 1. априла 2013. године.²

Неусклађеност система заштите права био је један од основних недостатака претходног закона, што је довело до неделотворне и неефикасне заштите права. Основни циљ новог Закона о јавним набавкама је обезбеђивање услова за **ефикасну употребу јавних средстава**, прописивањем јасних процедура за доделу јавних уговора, односно механизма за спречавање корупције и обезбеђивање конкуренције.³

Ради остварења наведеног циља успостављен је **нови систем ревизије поступака** јавних набавки, кроз реорганизацију и промену начина рада и састава Републичке комисије за заштиту права и **поједностављење поступка** заштите права. Републичкој комисији за заштиту права дата су посебна, **нова овлашћења** што ће утицати на понашање учесника у поступку: у надлежност овог органа стављена је могућност новчаног кажњавања, **поништење уговора**, као и вођење прекршајног поступка у првом степену. Систем заштите права учињен је **ефикаснијим**, са једне стране, кроз поједностављење самог поступка, а са друге, кроз прописивање нових могућности као што је предлагање и одређивање привремених мера. Заштита права у поступцима јавних набавки усклађена је са **Директивом 2007/66/ЕЗ**, која регулише **ревизију поступка** јавне набавке.

2. Надлежност Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки

Чланом 138. Закона о јавним набавкама одређен је положај Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, као самосталног и независног **органа** Републике Србије, са **статусом правног лица** које се финансира из буџета Републике Србије. У суштини реч је о посебној **управној организацији** са својством правног лица.⁴

² Закон је објављен у "Службеном гласнику РС", број 124/2012 од 29. децембра 2012. године.

³ Козар, В., Жунић Т., *Приказ новог закона о јавним набавкама*, Радно-правни саветник, Београд, број 2/2013, стр. 77.

⁴ Врховшек, М., Козар В., *Заштита права и ништавост уговора о јавној набавци*, Зборник: Либерализам и заштита конкуренције, Крагујевац, 2010, стр. 357.

Понуђачу је у свим фазама поступка обезбеђена правна заштита од стране Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки. Законом је утврђена је **надлежност** Републичке комисије, а то је одлучивање о: **захтеву за заштиту права; жалби** против закључка наручиоца и Управе за јавне набавке; предлогу наручиоца и понуђача да поднети захтев за заштиту права **не задржава**, односно **задржава** активности у поступку јавне набавке; **трошковима поступка** заштите права. Закон предвиђа и да Републичка комисија: **изриче новчане казне** наручиоцу и одговорном лицу наручиоца; **поништава уговор** о јавној набавци; **води прекршајни поступак** у првом степену; покрене поступак за **утврђивање ништавости** уговора о јавној набавци.⁵

Надлежност (капацитети и овлашћења) Републичке комисије за заштиту права из претходног закона, и њен начин рада и организација нису одговарали реалним потребама за успешном и брзом ревизијом поступка. Поред тога овлашћења Републичке комисије **била су мања** од оних која има тело надлежно за ревизију, према **Директиви 2007/66/ЕЗ**, која регулише ревизију поступка јавне набавке.

3. Поступак заштите права

Поступак заштите права (поступак ревизије) претходним законом уређен је на начин који **није** био **усклађен са Директивом 2007/66/ЕЗ** која регулише ревизију поступка јавне набавке, а са друге стране имао је значајне и **непотребне разлике** у односу **општи управни поступак**, што је стварало проблеме у његовој примени понуђачима, наручиоцима и самој Републичкој комисији. Сам поступак трајао јако дуго, често и више од четири месеца од дана подношења захтева за заштиту права до доношења и достављања одлуке Републичке комисије. **Неефикасност** поступка је доводила до његове употребе у сврхе за које није намењен, односно до **злоупотребе поступка**. Одредбама новог закона отклоњени су наведени недостаци поступка заштите права у коме се спроводи ревизија законитости јавне набавке.

3.1. Активна легитимација у поступку

Чланом 148. одређено је ко има **активну легитимацију** за покретање поступка заштите права. Закон као активно легитимисане за покретање овог поступка одређује **понуђача**, подносиоца пријаве, кандидата и свако заинтересовано лице.⁶ У име ових лица захтев за заштиту права може да поднесе **и пословно удружење**, које поступа **као њихов заступник**.

⁵ Члан 139. Закона о јавним набавкама

⁶ Заинтересовано лице је свако лице које има интерес да закључи конкретан уговор о јавној набавци - члан 3. тачка 5) Закона о јавним набавкама

Захтев за заштиту права може да поднесе и Управа за јавне набавке, Државна ревизорска институција, јавни правобранилац и грађански надзорник, али су ови органи ослобођени обавезе плаћања таксе. Међутим, ови органи нису дужни да подносе захтев за заштиту права на захтев лица, које иначе има активну легитимацију (нпр. понуђач или пословно удружење), а које то право није искористило, што је преузето ис претходног закона. С друге стране, изостављена је **повреда јавног интереса**, која је у претходном закону била прописана као услов за подношење захтева за заштиту права од стране наведених органа.⁷ То значи да је учешће наведених органа у поступку заштите права по новом закону, првенствено усмерено **на заштиту јавног интереса**, без обзира на терминолошке разлике у односу на претходни закон, док се заштита права понуђача остварује на њихов **приватни захтев**. Предвиђена је **сходна примена** правила из **општег управног поступка** на питања поступка заштите права која нису посебно уређена Закона о јавним набавкама.

Активна легитимација је **процесна претпоставка** за допуштеност захтева за заштиту права.⁸ Закон о јавним набавкама активну легитимацију дефинише као **процесну претпоставку**, чији недостатак доводи до одбацивања захтева сагласно члану 152. став 2, а њено постојање везује за **учеснике спорног односа** набројане у члану 148. став 1, и за органе из става 3. којима је такође дато овлашћење да поднесу захтев. За лица из члана 148. став 1. као учеснике спорног односа стварна легитимација, изједначена је са активном процесном легитимацијом, јер недостатак активне легитимације, односно недостатак својства понуђача, подносиоца пријаве, кандидата или заинтересованог лица доводи до одбацивања, а не до одбијања захтева. Активна **процесна легитимација** се у правној теорији дефинише као **овлашћење за вођење поступка**, за разлику од материјалноправне - стварне легитимације, која означава учешће у спорном материјално-правном односу у својству титулара одређеног права.⁹

3.2. Рокови и начин подношења захтева за заштиту права

Члан 149. регулише **рокове и начин** подношења захтева за заштиту права. Прописано је да се захтев подноси Републичкој комисији, **преко наручиоца** (предаје се наручиоцу). У Директиви 2007/66/ЕЗ, прописано је да државе чланице могу предвидети да се понуђач за ревизију најпре обраћа наручиоцу. Законом о јавним набавкама то је поједностављено тако да се захтев одмах подноси

⁷ Козар, В., *Заштита права у поступку јавне набавке*, Право, теорија и пракса, бр. 10-12/2011, Нови Сад, стр. 27-41.

⁸ Козар, В., *Заштита права понуђача и јавног интереса у поступку јавне набавке*, Правни информатор, бр. 3/2010, Београд, стр. 28.

⁹ Познић, Б., *Грађанско процесно право*, Београд, 1987, стр. 130.

Републичкој комисији, али предаје наручиоцу. Ово решење је у складу са поменутом директивом, јер наручилац **може да преиначи** своју одлуку без достављања Републичкој комисији и **усвоји захтев**, а са друге стране поступак заштите је **убрзан** и усклађен са правилима општег управног поступка. Ово је иначе опште правило у нашем правном систему да се жалба против одлуке и у управном и у судском поступку подноси другостепеном органу или суду преко првостепеног органа, односно суда.

Када је у питању **мериторно** одлучивање о захтеву, нови закон у суштини **укинуо је двостепеност** поступка, која је постојала у претходном закону, јер наручилац **не може одбити захтев** за заштиту права као неоснован, већ може решењем само **усвојити захтев** за заштиту права или ако сматра да исти није основан, **доставити** одговор на захтев за заштиту права и комплетну документацију из поступка јавне набавке **Републичкој комисији** ради одлучивања о захтеву за заштиту права. Дакле, за даљи ток поступка није потребан акт подносиоца захтева. У претходном закону било је предвиђено писмено изјашњење подносиоца захтева о наставку поступка пред Републичком комисијом, којим се иницирао поступак пред Републичком комисијом у случају одбијања захтева у првом степену.¹⁰ **Двостепеност** је задржана само за **процесне одлуке**, јер нови закон предвиђа да против закључка о одбацивању неблаговременог захтева или због недостатка активне легитимације, подносилац може поднети **жалбу** Републичкој комисији.¹¹

С обзиром на специфичност материје, подношење захтева за заштиту права **није везано** искључиво за доношење **одлуке наручиоца** о додели уговора, већ се може поднети у **току целог поступка** против **било које радње** наручиоца, за разлику од општег управног поступка или парничног поступка, у којима се жалба или друго правно средство, по правилу, може поднети само против првостепене одлуке којом се окончава поступак.

Захтев којим се оспорава врста поступка, позив за подношење понуда или конкурсна документација сматраће се благовременим ако је примљен од наручиоца најкасније **седам дана** пре истека рока за подношење понуда, односно **три дана** пре истека рока за подношење понуда код поступка јавне набавке мале вредности и квалификационог поступка, осим у случају преговарачког поступка без објављивања позива за подношење понуда, где тај **рок није ограничен** ако подносилац захтева или са њим повезано лице није учествовао у том поступку. На овај начин ограничен је рок за подношење захтева за заштиту права на одређени период пре истека рока за подношење понуда. То значи да ће благовременим захтевом рачунати само онај захтев који се **налази у „рукама“ наручиоца** (примљен **примљен** од стране наручиоца) седам, односно три дана пре истека рока за подношење понуда, а не и они захтеви који су послати поштом

¹⁰ Козар, В., *Коментар Закона о јавним набавкама, Друго допуњено издање*, Београд, 2010, стр. 128.

¹¹ Члан 152. ст. 2. и 3. Закона о јавним набавкама

(обичном, препорученом или другом врстом пошиљке) јер се може десити да су они предати пре истека наведених рокова, који претходе року за подношење понуда али да стигну код наручиоца након што је отварање понуда већ обављено. Поступање по таквим захтевима довело би до велике правне несигурности. Из тих разлога законодавац је прецизирао шта се сматра благовременим захтевом. Према томе, не важи правило из парничног или других судских поступака, да се дан предаје поднеска пошти препорученом пошиљком или упућеног телеграфским путем сматра се као дан подношења суду.¹²

Након **доношења одлуке** о додели уговора, одлуке о закључењу оквирног споразума, одлуке о признавању квалификације и одлуке о обустави поступка, рок за подношење захтева за заштиту права је **десет дана од дана пријема одлуке**, а у случају јавне набавке мале вредности пет дана. У случају преговарачког поступка без објављивања позива за подношење понуда, рок се рачуна **од дана објављивања** одлуке о додели уговора на Порталу јавних набавки. У односу на претходни закон **продужен** је рок из два разлога: ради објективне потребе за дужим роком, имајући у виду да је понуђачу потребно да пре подношења евентуалног захтева за заштиту права изврши увид у документацију (за шта је потребно одређено време) и ради **усклађивања** са Директивом 2007/66/ЕЗ. Рок од десет, односно пет дана за подношење захтева након доношења одлуке о додели уговора, може се одржати и предајом преко поште препорученом пошиљком пре истека, сагласно општем правилу из члана 104. став 2. Закон о парничном поступку.

Прописано је да примерак захтева за заштиту права подносилац **истовремено** доставља Републичкој комисији. Ово је **одступање** од правила општег управног поступка је неопходно, имајући у виду да је у овом случају првостепени орган сам наручилац који хијерархијски није подређен другостепеном – Републичкој комисији и да одлучује у поступку у којем и сам има одређени интерес.

У циљу спречавања продужавања рока мировања, предвиђено је да је подносилац захтева дужан да захтев достави на начин да наручилац **захтев прими што је могуће пре**, што је постигнуто позивањем на сходну примену законских одредби из члана 108. ст. 6. до 9. које регулишу достављање одлуке наручиоца.

Захтевом за заштиту права **не могу се оспоравати радње** наручиоца предузете у поступку јавне набавке ако су подносиоцу захтева били или могли бити **познати разлози** за његово подношење пре истека рока за подношење захтева којим се оспорава врста поступка, садржина позива за подношење понуда или конкурсне документације (то је рок од седам дана пре истека рока за подношење понуда), а подносилац захтева га **није поднео** пре истека тог рока.

¹² Члан 104. став 2. Закон о парничном поступку прописује: "Дан подношења поднеска упућеног суду преко поште препорученом пошиљком или упућеног телеграфским путем сматра се као дан подношења суду."

Ако је у истом поступку јавне набавке **поново поднет захтев** за заштиту права од стране истог подносиоца захтева, у том захтеву се не могу оспоравати радње наручиоца за које је подносилац захтева знао или могао знати **приликом подношења претходног захтева**. Прописивањем овог правила закон је увео **преклузију** – немогућност оспоравања појединих радњи наручиоца у каснијим фазама поступка, ако је подносилац знао за разлоге оспоравања, односно спорне радње, а није поднео захтев у прописаном року, односно није их оспоравао у раније поднетом захтеву.

О поднетом захтеву за заштиту права наручилац обавештава све учеснике у поступку јавне набавке, односно објављује обавештење о поднетом захтеву на Порталу јавних набавки, најкасније у року од два дана од дана пријема захтева за заштиту права.

3.3. Последице поднетог захтева за заштиту права и привремене мере

3.3.1. Суспензивно дејство захтева за заштиту права и изузеци

Подношење захтева одлаже даље активности наручиоца. Дакле, захтев за заштиту права има **суспензивно дејство** на одлуку наручиоца о избору најповољније понуде, што значи да наручилац не може пуноважно да закључи уговор о јавној набавци са најповољнијим понуђачем до коначности одлуке о захтеву за заштиту права, тј. док Републичка комисија за заштиту права не донесе одлуку, с тим што закон допушта одређене изузетке.¹³

Последице поднетог захтева за заштиту права ближе су уређене у члану 150. Закона о јавним набавкама. Опште правило је да захтев за заштиту права **задржава даље активности** наручиоца у поступку јавне набавке, што значи да се после доношења одлуке о додели уговора, **не може приступити закључењу уговора** све до одлуке Републичке комисије о поднетом захтеву. Републичка комисија на предлог наручиоца може одлучити да захтев нема суспензивно дејство, тј. да се може приступити даљим активностима, нпр. закључењу уговора. Таква одлука назива се **привремена мера**.

Изузетак, односно **одступање** од општег правила постоји у случају **преговарачког поступка** без објављивања позива за подношење понуда из разлога **изузетне хитности** у коме важи супротно правило о несуспензивности захтева.¹⁴

¹³ Козар, В., *Заштита права у поступку...*, стр. 27-41

¹⁴ У члану 36. став 1. тачка 3) прописано је да наручилац може спроводити преговарачки поступак без објављивања позива за подношење понуда ако због

Ако је захтев за заштиту права поднет **након закључења уговора** о јавној набавци у поступцима у којима није прописан обавезан "*рок мировања поступка*" после доношења одлуке о додели уговора (уговор је закључен **на основу оквирног споразума**, затим у случају **преговарачког поступка** без објављивања позива за подношење понуда из разлога **изузетне хитности**, или у систему **динамичне набавке** или након издавања **наручбенице** у поступку јавне набавке мале вредности ниже од 400.000 динара), поднети захтев **спречава извршење уговора**, осим ако Републичка комисија на предлог наручиоца **не одлучи другачије**.

Дакле, постоје два **изузетка** од правила о суспензивном дејству захтева, и то:

- први у преговарачком поступку из разлога изузетне хитности (у коме важи супротно правило);

- и други, када Републичка комисија **на предлог наручиоца** утврди да би задржавање активности наручиоца у поступку јавне набавке проузроковало **велике тешкоће** у раду или пословању наручиоца, које су **несразмерне вредности јавне набавке**, односно значајно угрозило интерес Републике Србије. У случају да Републичка комисија усвоји предлог наручиоца за **укидање суспензије**, може се приступити закључењу уговора или извршењу већ закљученог уговора, не чекајући исход поступка о поднетом захтеву за заштиту права.

Ако наручилац сматра да постоје услови за укидање суспензивног дејства захтева, дужан је да одмах по пријему, без претходне провере, захтев за заштиту права и комплетну документацију из поступка јавне набавке **достави** Републичкој комисији са **образложеним предлогом** за доношење одлуке да захтев не задржава даље активности, односно да не задржава извршење уговора.

С обзиром да се ради о изузетку треба га веома **рестриктивно**, уско тумачити у примени.

3.3.2. Привремена мера у преговарачком поступку покренутом из разлога изузетне хитности

Са друге стране подносилац захтева може **предложити привремену меру** којом се задржавају даље активности наручиоца и у преговарачком поступку покренутом из разлога изузетне хитности, а Републичка комисија ће у року од пет дана решењем усвојити предлог и забранити наручиоцу да закључи, односно изврши уговор о јавној набавци, ако сматра да би закључење, односно извршење уговора о јавној набавци без

изузетне хитности проузроковане ванредним околностима или непредвиђеним догађајима, чије наступање ни у ком случају не зависи од воље наручиоца, наручилац није могао да поступи у роковима одређеним за отворени или рестриктивни поступак. Околности које оправдавају хитност не могу бити у било каквој вези са наручиоцем.

претходне провере правилности поступка, могло да проузрокује **знатну штету** по јавна средства. Дакле, код примене овог изузетка важи супротно правило - захтев за заштиту права не задржава даље активности наручиоца, али подносилац захтева може предложити да Републичка комисија донесе решење којим се забрањује наручиоцу да закључи, односно изврши уговор о јавној набавци. Након доношења решења о „привременој мери“ поступак се наставља пред Републичком комисијом.

3.4. Поступање наручиоца после претходног испитивања захтева за заштиту права

Друга фаза представља **мериторно одлучивање** о захтеву за заштиту права, тј. у тој фази наручилац доноси суштинску **одлуку** о захтеву у форми решења.

Члан 153. регулише поступање наручиоца **после претходног испитивања** захтева за заштиту права. Ако утврди да је захтев за заштиту права формално-правно исправан (уредан, благовремен и поднет од стране активно легитимисаног лица), наручилац има **две могућности**, да **усвоји захтев** ако утврди да је захтев основан или да **достави** захтев, одговор на захтев и целокупну документацију Републичкој комисији, ради одлучивања о захтеву, **ако сматра да захтев није основан**. Ако усвоји захтев за заштиту права наручилац је дужан да решење достави подносиоцу захтева, понуђачима и Републичкој комисији.

Наручилац је дужан да поступи на један од два прописана начина, у **року од пет дана** од дана пријема уредног захтева.

У суштини, **пропуштање** наручиоца да одлучи о захтеву за заштиту права у законом прописаном року **од пет дана** од дана пријема уредног захтева, тако што ће исти усвојити или доставити "предмет" Републичкој комисији (члан 153. став 1) има исту последицу као да је захтев одбијен, тј. ствара **фикцију** да је **захтев одбијен**, дакле, слично као код "ћутања администрације" из општег управног поступка. У члану 208. став 2. Закона о општем управном поступку¹⁵ прописано је да «ако орган против чијег је решења допуштена жалба **не донесе решење** и **не достави** га странци у прописаном року, странка има право на жалбу **као да је њен захтев одбијен**. Ако жалба није допуштена, странка може непосредно покренути **управни спор** пред надлежним судом у складу са савезним законом којим се уређују управни спорови.»

С друге стране, с обзиром да наручилац нема законско овлашћење да одбије захтев, може се поставити питање да ли је у описаној процесној ситуацији уопште могуће применити правило о "ћутању администрације" из општег управног поступка. Закон о јавним набавкама не даје одговор на ово питање. Међутим, мора се спречити неажурно поступање наручилаца са

¹⁵ "Службени лист СРЈ", бр. 33/97, 31/01 и "Службени гласник РС", бр. 30/2010

поднетим захтевима и одуговлачење поступка, јер се захтев подноси преко наручиоца, а не непосредно Комисији. А један од начина је примена правила о "ћутању администрације".

Ако подносилац **повуче захтев** у форми писменог обавештења, наручилац, односно Републичка комисија ће закључком **обуставити поступак** заштите права

3.5. Поступак пред Републичком комисијом

Члан 154. регулише **поступак пред Републичком комисијом** у вези са поднетим захтевом. Иако наручилац у поступку претходне провере утврђује да ли захтев садржи све обавезне елементе (уредност), као и благовременост и активну легитимацију, и Републичка комисија **може одбаци** захтев ако утврди да не садржи све обавезне елементе, а подносилац не допуни захтев у накнадно остављеном року. Републичка комисија такође мора да одбаци **неблаговремен** захтев или ако подносилац **нема активну легитимацију**.

Закон није прихватио решење да се одређеним подносиоцима може изрећи мера забране подношења захтева за заштиту права, која би представљала процесну сметњу за покретање поступка.

Како би правилно **утврдила чињенично стање** и ценила поднете доказе, Републичка комисија може да тражи **додатну документацију**, податке, објашњења и мишљења од наручиоца, подносиоца захтева или других учесника у поступку, Управе за јавне набавке и других лица и да оствари **увид у остале документе** код странака у поступку јавне набавке. Сва наведена лица дужна су да тражене податке, документацију и мишљења доставе у року који одреди Републичка комисија. Ако то не ураде **наручилац** или **подносилац захтева** као странке у поступку, **сумња** која је последица изостанка наведених доказа, биће узета на штету странке која није поступила по налогу, а члана Републичка комисија ће донети одлуку према стању расположивих доказа у предмету. На овај начин Закон о јавним набавкама је увео **правило о терету доказивања** приликом оцене доказа ради утврђивања чињеничног стања, које у сличном облику постоји и у парничном поступку.¹⁶ И у поступку пред Републичком комисијом требало би да важи правило да се не доказују негативне чињенице. Према мишљењу правне теорије странка **не може доказивати негативну чињеницу**. (*Affirmanti incumbit probatio, non neganti*). Напротив, терет доказивања позитивне спорне чињенице је на противној странци. Јер "свака странка сноси терет доказивања чињенице која њој по материјалном праву **иде у прилог**".¹⁷

¹⁶ Козар, В., *Коментар Закона о парничном поступку са судском праксом и регистром појмова*, Београд, 2011, стр. 312.

¹⁷ Познић, Б, *нав. дело*, стр. 256.

Члан 155. предвиђа **могућност** одржавања усмене јавне **расправе**, када сложеност чињеничне или правне ситуације то захтева. Подносилац захтева може предложити одржавање усмене расправе у захтеву за заштиту права, а наручилац у одговору на захтев. Прописано је да се усмена расправа одржава у просторијама Републичке комисије, а да се **јавност може искључити** ради заштите пословне тајне или тајних података. О усменој расправи сачињава се **записник**.

3.6. Одлука Републичке комисије

Чланом 157. прописан је **начин одлучивања** Републичке комисије и **форма одлука** које доноси. Републичка комисија одлучује у **границама** поднетог захтева за заштиту права, али **и о повредама** за које подносилац захтева **није знао**, а које су утицале на одлуку наручиоца у поступку јавне набавке. Ово је неопходно, зато што подносилац захтева често нема довољно знања у овој области (нарочито када су у питању предузетници и мала предузећа), а са друге стране трошкови правне помоћи могу одвратити понуђаче и друга заинтересована лица од подношења захтева.

Закон изричито одређује да Републичка комисија по службеној дужности **испитује** и да ли су испуњени законски **услови за примену одређеног поступка** јавне набавке. На овај начин без обзира на разлог подношења захтева за заштиту права, Републичка комисија ће проверити оправданост изабраног поступка јавне набавке, што ће допринети стварању добре праксе у овом домену примене закона. Такође, **по службеној дужности** Републичка комисија проверава да ли су прекршене одредбе закона због којих се уговор може **поништити** или се **сматра ништавим**. Према томе, Закон о јавним набавкама поред расправног начела и начела диспозиције, уводи и **ограничено истражно начело**, односно начело официјелности, омогућавајући Републичкој комисији да **одређене чињенице утврђује по службеној дужности**.

Поред тога, у наведеним случајевима када је законом дозвољена примена истражног начела, изричито је прописано да Републичка комисија **може наставити поступак** и ако подносилац захтева за заштиту права **повуче захтев**. У том случају Републичка комисија **неће обуставити поступак**, применом члана 153. став 4, већ ће наставити и даље водити поступак **без захтева овлашћеног предлагача**. На овај начин поступак заштите права од акузаторског поступка прелази у једну врсту **инквизиторског** поступка, који се покренуо на захтев овлашћеног предлагача, односно подносиоца захтева, а после повлачења захтева за заштиту права, даље се наставља и води по службеној дужности. Инквизиторски поступак у нашем правном систему постојао је у Закону о стечају (чл. 150-155) под називом „Посебан поступак у случају дуготрајне неспособности за плаћање“¹⁸ али су те одредбе оглашене

¹⁸ Козар, В., *Коментар стечајних закона*, Београд, 2010, стр. 133. и 134.

неуставним одлуком Уставног суда од 12. јула 2012. године и престале да важе даном објављивања те одлуке.¹⁹

Републичка комисија **изводи доказе** за које оцени да су од утицаја за доношење правилне и законите одлуке о поднетом захтеву за заштиту права. Управо због овога, код вреднијих набавки предвиђено је учешће вештака, који треба да помогну члановима да изведе потребне доказе у примереном року.

Одлука Републичке комисије може бити закључак или решење. **Закључком** се одбацује захтев за заштиту права, одбацује жалба подносиоца захтева, обуставља поступак заштите права и одбацује захтев за покретање прекршајног поступка. То су процесне одлуке, а мериторне одлуке се доносе у форми решења. **Решењем** се **усваја** или **одбија захтев** за заштиту права и **жалба** подносиоца захтева, усваја или одбија предлог наручиоца да захтев нема суспензивно дејство, или привремена мера забране закључења или извршења уговора у преговарачком поступку покренутом из разлога изузетне хитности, изриче **новчана казна**, **поништава уговор** и одлучује у прекршајном поступку.

Постоје **четири врсте** одлука које доноси Републичка комисија у поступку заштите права, а од тога су прва, друга и четврта врста процесне природе, док је трећа врста суштинске природе и тиче се мериторног решавања захтева:

У **прву** групу одлука спадају **закључци** из члана 157. став 5 тачка 1, којим Републичка комисија **одбацује** захтев за заштиту права,

У прву групу одлука спада и закључак из члана 157. став 5. тачка 3, којим Републичка комисија **одбацује жалбу** као недопуштену, неблаговремену или изјављену од стране неовлашћеног лица. Реч је о жалби на закључак из члана 152. којим је наручилац одбацио захтев за заштиту права који је поднет неблаговремено или од стране лица које нема активну легитимацију, у поступку претходне провере захтева.

У **другу** врсту одлука спада закључак којим Комисија **обуставља поступак** на основу пријема писменог обавештења о **повлачењу захтева** за заштиту права пре доношења одлуке (члан 157. став 5. тачка 2).

Трећа група одлука јесу **решења** из члана 157. став 6. Закона о јавним набавкама којим Комисија **мериторно одлучује** о захтеву тако што усваја захтев за заштиту права и, у целини или делимично, поништава поступак јавне набавке, уколико је захтев за заштиту права основан (тачка 1) или одбија захтев за заштиту права као неоснован (тачка 2). У ову групу спада и решење којим Комисија поништава уговор.

Четврта врста одлука представљају **процесна решења** (члан 157. став 6. тачка 3) о **жалбама** на закључке наручиоца којим Комисија може да **потврди закључак** наручиоца или **поништи закључак** наручиоца и наложи даље поступање наручиоца у вези са садржином захтева за заштиту права (када је наручилац одбацио неуредан захтев - члан 151. став 3) или у вези са

¹⁹ "Службени гласник РС", бр. 71/2012 од 25. јула 2012. године

претходним испитивањем захтева за заштиту права (када је наручилац одбацио неблаговремен захтев или захтев поднет од стране неовлашћеног лица, које нема активну легитимацију - члан 152.). У ову групу спада и решење о изрицању новчане казне (члан 157. став 6. тачка 7).

Саставни део одлуке Републичке комисије је **образложење**, као и **налог** наручиоцу да предузме одређене мере у циљу законитог завршетка поступка јавне набавке. Најдужи рок који може одредити комисија је 25 дана од дана пријема одлуке.

4. Право понуђача на накнаду штете

Питање **накнаде** стварне **штете** и измакле користи која је проузрокована понуђачу, због незаконитог поступања наручиоца или других странака у поступку јавне набавке **није решено** новим Законом о јавним набавкама (а ни ранији закон није садржао одредбе о накнади штете понуђачу), што значи да ће се такви захтеви решавати **по општим правилима облигационог права**.

Републичка комисија је дужна да образложи своју одлуку и наручиоцу **наложи предузимање одређених радњи** у року од најдуже 25 дана у сврху правилног и законитог окончања конкретног поступка јавне набавке.²⁰ Тужба за **накнаду штете** може се поднети и после ступања на снагу новог Закона о јавним набавкама, против наручиоца који **није поступио по налозима** Републичке комисије садржаним у одлуци најкасније у року од 25 дана од дана пријема одлуке, и то по општим правилима о накнади штете из Закона о облигационим односима.²¹

Према мишљењу правне теорије, заснованом на тумачењу општих правила уговорног - облигационог права и судске праксе, најповољнији понуђач **не може захтевати** да суд обавезе наручиоца **да са њим закључи уговор**, нити да утврди да је између њих заснован уговорни однос.²² Такво тумачење важи и када је у питању закључење уговора о јавној набавци, јер се и такав уговор закључује сагласношћу воља уговорних страна, а не судском одлуком, или по сили закона.

Међутим, када је у питању неважност уговора (поништај или ништавост), за јавне набавке важе посебна, строжа правила. Изненађујуће да нови Закон о јавним набавкама не садржи изричиту одредбу да је ништав уговор који је **закључен са понуђачем који није изабран као најповољнији**, каква је била садржана у члану 120. тачка 4. претходног Закона о јавним набавкама. Међутим, и по новом закону уговор може бити поништен или оглашен

²⁰ Члан 157. став 7. Закона о јавним набавкама

²¹ Козар, В., Почуча, М., *Јавне набавке роба и услуга и накнада штете*, Зборник: Обавезно осигурање, накнада штете и обезбеђење потраживања, Београд, 2010, стр. 287-319; Козар, В., *Коментар Закона о јавним набавкама, Друго ...*, стр. 135.

²² Мишовић, М., *Привредно право*, Крагујевац, 2010, стр. 191. и 192.

ништавим из других законом прописаних разлога. С друге стране, према ставу судске праксе, заснованом на општим правилима облигационог права, када нису у питању јавне набавке, такав уговор би био пуноважан, а најповољнијем понуђачу припадало би право **на накнаду штете** према члану 35. став 2. Закона о облигационим односима.²³

Према мишљењу правне теорије, **одштетни захтев** најповољнијег понуђача не може се заснивати на повреди уговора, јер уговор није закључен. Због тога најповољнији понуђач не може захтевати накнаду тзв. позитивног уговорног интереса. Он не може захтевати накнаду штете у тој висини да, материјално посматрано, буде доведен у исти положај као да је уговор био закључен и испуњен. Зато би најповољнијем понуђачу у јавном надметању, са којим наручилац (организатор надметања) није желео да закључи уговор, требало признати накнаду штете само у **висини трошкова** које је имао у вези са учествовањем у јавном надметању.²⁴ Насупрот изложеном ставу правне теорије, сматрамо да би најповољнијем понуђачу са којим је наручилац одбио да закључи уговор, припадало право на накнаду штете, и то не само обичне штете у висини трошкова које је имао у вези са учешћем у поступку јавне набавке, већ и право на накнаду штете у висини **изгубљене добити** (измакла корист) у смислу члана 155. Закона о облигационим односима. Тачно је да није реч у уговорној штети, тј. о штети због повреде уговора из члана 262. став 2 Закона о облигационим односима, јер уговор између најповољнијег понуђача и наручиоца није закључен. У питању је **деликтна штета**, проузрокована нечињењем (одбијањем наручиоца да са најповољнијим понуђачем закључи уговор), односно чињењем (закључењем уговора за другим понуђачем чија понуда није изабрана као најповољнија). Проузроковање штете може се извршити и свим другим радњама које Закон о јавним набавкама у 163. предвиђа као разлоге рушљивости, а у члану 168. као разлоге ништавости уговора. А деликтна штета такође даје право оштећеном на измаклу корист у смислу цитираних прописа, а не само на накнаду обичне штете због умањења имовине у висини трошкова учешћа у поступку јавне набавке.²⁵

5. Право на управни спор

Чланом 159. предвиђено је да је одлука Републичке комисије **коначна** (јер се не може се изјавити жалба) и да се против ове одлуке може покренути **управни спор** подношењем тужбе Управном суду, у року од 30 дана од дана пријема одлуке. Рок покретање тужбе из новог Закона о јавним набавкама исти

²³ Из пресуде Вишег привредног суда у Београду, Пж. 420/93 од 10. фебруара 1993. године, Петровић, З., Козар, В., *Мега збирка судске праксе из облигационог права*, Београд, 2009.

²⁴ Мишовић, М., *нав. дело*, стр. 192.

²⁵ Козар, В., Почуча, М., *нав. дело*. 287-319.

је као и општи рок за подношење тужбе прописан у члану 18. став 1. Закона о управним споровима, који износи 30 дана од дана достављања управног акта странци.

Управни спор се може покренути и у ситуацији када одлука Републичке комисије **није донета** и достављена у законом предвиђеном **року**, дакле **због „ћутања администрације“**. Међутим, када је у питању тужба због "ћутања администрације", односно "ћутања управе" не примењују се рокови из члана 19. Закона о управним споровима, већ краћи рокови прописани Законом о јавним набавкама - **рок** за доношење и достављање одлуке Републичке комисије износи 20 дана с тим што исти изузетно може бити продужен најдуже за 15 дана у нарочито оправданим случајевима.²⁶

5.1. Недопуштеност одлагања извршења одлуке Републичке комисије

Одлука Републичке комисије је коначна, али не и правноснажна, јер се против ње може покренути управни спор. Коначна одлука је и извршна јер тужба у управном спору, по правилу, не одлаже извршење управног акта против кога је поднета.²⁷ Шта више, новим Законом о јавним набавкама у члану 159. став 4. изричито је одређено да покретање управног спора **не одлаже извршење** одлуке Републичке комисије. На тај начин преузето је опште правило које важи управним споровима, али с друге стране то значи да **није допуштено одлагање извршења** решења или друге одлуке Републичке комисије, против које је покренут управни спор, иако таква могућност, као изузетак, постоји у општем управном поступку и управном спору. Према томе, да ако је одлуком Републичке комисије **одбијен** захтев за заштиту права као неоснован, наручилац има право да пуноважно да закључи уговор о јавној набавци са најповољнијим понуђачем, као и да предузима све друге активности у поступку јавне набавке, с обзиром да тужба у управном спору **не задржава** даље активности наручиоца у поступку јавне набавке.

Међутим, као што је речено, општи пропис - Закон о управним споровима **изузетно** допушта одложно дејство тужбе, односно одлагање извршења управног акта против кога је поднета, ако су кумулативно испуњена три услова. По захтеву тужиоца, суд може одложити извршење коначног управног акта којим је мериторно одлучено у управној ствари, до доношења судске одлуке, ако би извршење нанело тужиоцу **штету** која би се тешко могла надокнадити, а одлагање **није противно јавном интересу**, нити би се одлагањем нанела већа или ненадокнадива штета противној странци, односно заинтересованом лицу. По захтеву за одлагање извршења суд

²⁶ Члан 158. ст. 1. и 4. Закона о јавним набавкама

²⁷ Члан 23. став 1. Закона о управним споровима - "Службени гласник РС", бр. 111/2009

одлучује решењем, најкасније у року од пет дана од дана пријема захтева.²⁸ Важећи Закон о управним споровима одуку о одлагању извршења управног акта против кога је поднета тужба ставља у надлежност Управног суда који суди у управном спору.²⁹ Реч је о битној новини, јер је у ранијем закону о одлагању извршења одлучивао управни орган чији се акт извршава, односно орган надлежан за извршење, а не суд.³⁰

Наведени изузетак из Закона о управним споровима не може се применити у поступку по тужби против одлуке Републичке комисије, па Управни суд који суди у управном спору, није овлашћен да одложи извршење коначне Републичке комисије одлуке о поднетом захтеву за заштиту права, јер је одлагање изричито искључено специјалном одредбом из члана 159. став 4. Закона о јавним набавкама.

6. Посебна овлашћења Републичке комисије

Одредбама из чл. 160 – 166. одређена су **посебна овлашћења** Републичке комисије, како би се њен рад учинио делотворнијим. Поред овлашћења да захтева посебне извештаје, документацију и изјаве о спровођењу поступка и њених одлука, Републичка комисија је закона овлашћена и да: непосредно код наручиоца врши **контролу извршења** њених одлука, изриче **новчане казне**, изриче мере због злоупотребе захтева за заштиту права, **поништава уговор** о јавној набавци и **води прекршајни поступак**.

6.1. Поништење уговора

Чланом 163. прописана је могућност **поништења рушљивих уговора** о јавној набавци, који одговарају појму рушљивих уговора, као посебној категорији неважећи правних послова из члана 111. Закона о облигационим односима. Директива 2007/66/ЕЗ регулише поступак ревизије и предвиђа мере у односу на кршење пре свега одредби које се тичу ревизије поступка јавне набавке. Као **основну санкцију** директива предвиђа **неважност** предузетих радњи, односно поништење уговора, али тако да ту **неважност утврди ревизијско тело**. У складу са тим, закон даје овлашћење Републичкој комисији, да у ситуацијама када је наручилац прекршио одредбе закона које се односе на поступак заштите права, **поништи уговор** о јавној набавци. Ради се о ситуацијама када се уговор сматра рушљивим у смислу Закона о облигационим односима.

²⁸ Члан 23. ст. 2. и 4. Закона о управним споровима

²⁹ Члан 29. Закона о уређењу судова - "Службени гласник РС", бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011, 78/2011, 101/2011

³⁰ Члан 16. став 2. Закона о управним споровима - "Службени лист СРЈ", бр. 46/96

Уским, искључиво језичким тумачењем Закона о облигационим односима може се доћи до закључка да уговоре поништава суд, коме би Републичка комисија требало да поднесе преображајну тужбу са захтевом за поништај уговора, али циљним и системским тумачењем ове одредбе, а имајући у виду састав и карактер Републичке комисије, јасно је да рушљиве уговоре може поништити и Републичка комисија. Ово овлашћење је прописано и у складу са Директивом 2007/66/ЕЗ, а у циљу ефикасног спровођења закона, будући да би поништење од стране редовних судова било веома тешко спроводиво, што би онемогућило увођење реда, законитости и правне сигурности у ову област. Чланови комисије су лица која испуњавају услов за избор за судије, а поред тога имају искуство у области јавних набавки, одлучују у самом поступку заштите права што су додатни разлози да Републичка комисија доноси одлуку о поништењу уговора о јавној набавци. При том узето је у обзир и упоредна пракса земаља у региону које имају сличан правни систем.

Уговор се може поништити **по службеној дужности** од стране комисије или **на захтев** подносиоца захтева, другог понуђача или заинтересованог лица (у случају када је био онемогућен да учествује у поступку). Захтев за поништење подноси се уз захтев за заштиту права, или ако у том тренутку подносилац није знао за разлоге поништења, **у року** од 30 дана од дана сазнања за разлоге за поништење уговора, али најкасније годину дана од закључења уговора. Истеком наведеног **субјективно-објективног рока** рушљиви уговори **конвалидирају**. Рокови за поништење (рушљивих) уговора о јавној набавци дати су због потребе да се у овој области успостави правна сигурност и зато што су уговори о јавној набавци углавном нетрајног карактера или су закључени на период од једне године. Изузетак су оквирни споразуми, али будући да се на основу њих закључује велики број уговора, правна извесност је овде још важнија.

Закон прописује да се уговор о јавној набавци може поништити у следећим случајевима: ако је наручилац **спровео преговарачки поступак** без објављивања позива за подношење понуда, а при том **није објавио одлуку** о покретању поступка и о додели уговора; ако је наручилац закључио уговор о јавној набавци **пре истека рока** за подношење захтева за заштиту права; ако је закључио уговор након подношења захтева за заштиту права, а **пре одлуке Републичке комисије**; ако је закључио уговор о јавној набавци супротно одлуци Републичке комисије **о привременим мерама** – нпр. којом се задржавају даље активности наручиоца и у преговарачком поступку покренутом из разлога изузетне хитности; и ако је закључио уговор о јавној набавци **кршећи одредбе и услове оквирног споразума**.

Уколико се уговор поништи закона предвиђа да уговор о јавној набавци престаје, а уговорне стране су дужне **вратити** оно што су примиле по основу таквог уговора, а ако се не може вратити, наручилац ће **савесном** добављачу платити за испоручена добра, пружене услуге, односно изведене радове.

Закон даје могућност Републичкој комисији да не поништи уговор о јавној набавци, под условом да би поништење уговора о јавној набавци имало **несразмерне последице** по рад или пословање наручиоца или интересе Републике Србије, али у том случају може **скратити рок важења уговора** или изрећи наручиоцу **новчану казну**.

За разлику од рушљивих уговора, које поништава Републичка комисија, за уклањање апсолутно ништавих уговора из правног поретка потребна је **судска пресуда**. Прописано је да ће Републичка комисија поднети **тужбу за утврђивање ништавости** уговора о јавној набавци када на било који начин **сазна** да је закључен уговор о јавној набавци ништав. Није јасан став законодаваца зашто је поништење рушљивих уговора, дакле код постоји мањи степен повреде права, стављено у надлежност Републичке комисије, као парламентарног управног органа, док је оглашавање ништавим уговора са највећим повредама правног поретка у судској надлежности. Јер ништави уговори имају мању правну снагу, односно правно дејство, због већег степена повреде права, од рушљивих уговора, па би суд требало да одлучује о престанку рушљивих уговора са већом правном снагом и значајем, а управна организација да оглашава ништавим уговоре са мањом правном снагом и дејством. Одлука о ништавости има декларативан карактер, јер ништав уговор не постоји у правном поретку, и не може да буд оснажен протеклом времена, док се поништај рушљивог уговора врши конститутивном одлуком, с обзиром да рушљив уговор производи правно дејство све док се не поништи, а истеком рока за поништај конвалидира.

7. Разлози и судски поступак за утврђивање апсолутне ништавости уговора о јавној набавци

Закон прописује разлоге **апсолутне ништавости уговора** о јавној набавци. Прописано је који су уговори ништави. Ради се о уговорима који су закључени, тешким повредама закона, односно без његове примене.³¹

Разлози **апсолутне ништавости уговора** односе се на **поступање наручиоца** у поступку јавне набавке супротно одредбама овог закона.

Ништави су уговори о јавној набавци: који су закључени без претходно спроведеног поступка јавне набавке, а који је наручилац био дужан да спроведе према одредбама овог закона; који су закључени супротно одредбама овог закона о спречавању корупције и сукоба интереса; код којих наручилац овласти треће лице, које није наручилац, да закључи уговор да би се на тај начин избегла примена овог закона; који представљају измене и допуне првобитног уговора закључене у супротности са одредбама овог закона; који су закључени противно одлуци Републичке комисије.

³¹ Девето поглавље (члан 168) Закона о јавним набавкама

Нови закон садржи **мањи број разлога** ништавости него претходни, а уводи један нови - закључење уговора супротно одредбама о **спречавању корупције и сукоба интереса**.

Нови Закон о јавним набавкама **не садржи** изричиту одредбу да је ништав уговор који је **закључен са понуђачем који није изабран као најповољнији**, каква је била садржана у члану 120. тачка 4. претходног Закона о јавним набавкама.

Такође, изостављен је разлог ништавости из члана 120. тачка 3. претходног Закона о јавним набавкама (закључење уговора да би се измирила права и обавезе, а да није спроведен поступак јавне набавке), који се односио на компензацију, односно тзв. компензационе правне послове.³²

Разлози **ништавост уговора** о јавној набавци таксативно су набројани, а не као примери (не *exempli causa*), што значи да се у пракси не би могли креирати нови разлози ништавости уговора због повреде одредаба Закона о јавним набавкама сем оних прописаних у овом члану.³³ С тим у вези, требало би уско тумачити и **опште разлоге ништавости** уговора из члана 103. Закона о облигационим односима, у коме је прописано да је ништав уговор који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује што друго, мада је могуће да се и они остваре у појединим поступцима јавних набавки.

Одлучивање о захтеву за утврђење **ништавости уговора** о јавној набавци спада у **судску надлежност** – реч је о тужби за утврђење из члана 194. Закона о парничном поступку,³⁴ док одлучивање за заштиту права, дакле о **поништају поступка** јавне набавке или **поништај рушљивог уговора** о јавној набавци, не спада у судску надлежност, већ у надлежност другог државног органа - Републичке комисије за заштиту права, у смислу чл. 139. и 163. Закона о јавним набавкама.³⁵

8. Уставна жалба у поступку јавне набавке

Ако је подносилац захтева правноснажно **изгубио управни спор** или парницу по тужби за утврђење ништавости уговора, тиме су **исцрпљена сва правна средства** за заштиту права у поступку јавне набавке предвиђена Закона о јавним набавкама. Међутим, ако су појединачним актима у

³² Козар, В., Петровић, З., Почуча, М., *Заступање правних лица у судским поступцима (Привредно процесно право)*, Београд, 2010, стр. 319.

³³ Козар, В., *Ништавост уговора о јавној набавци*, Право, теорија и пракса, бр. 7 - 8, вол. 27, Нови Сад, 2010, стр. 16 и 17.

³⁴ Козар, В., Петровић, З., Почуча М., *нав. дело*, стр. 317.

³⁵ Козар, В., Почуча, М., *Коментар Закона о јавним набавкама, Прво издање*, Београд, 2013, стр. 277.

поступку заштите права повређена или ускраћена људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, нпр. **право на правично суђење**, подносилац захтева има могућност да поднесе уставну жалбу.

Иако Уставни суд **не може да поништи судску одлуку**, одлука којом је уставни суд **утврдио** да је оспореном пресудом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајамчена Уставом, може битно утицати на даљи ток поступка заштите права, јер представља **разлог за понављање парничног поступка**. Наиме, тај разлог постоји ако је Уставни суд, у поступку по уставној жалби, утврдио повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом у парничном поступку, а то је могло да буде од утицаја на доношење повољније одлуке.³⁶

Закон о парничном поступку усклађен је са Законом о Уставном суду, али то се не може рећи за Закон о управним споровима, који у члану 56. одлуку Уставног суда **не предвиђа као разлог за понављање**, већ само одлуку Европског суда за људска права. Међутим, иако не може да поништи одлуку Управног суда донету у управном спору по тужби против одлуке Комисије за заштиту права, сматрамо да Уставни суд може да **поништи правноснажну одлуку Комисије за заштиту права**, која представља **појединачни акт** организације којој је поверено јавно овлашћење, у смислу члана 82. став 1. и члана 89. став 2. Закона о Уставном суду, јер постојање неусклађености између два закона, не може довести до ускраћивања уставно-правне заштите. Овде се мисли на правноснажну одлуку Комисије, дакле када је пресудом Уставног суда у управном спору **одбијена тужба као неоснована** у смислу члана 40. Закона о управним споровима, и на тај начин исцрпљена правна средства.

Поред тога, у надлежност Уставног суда стављено и одлучивање о **накнади штете** због повреде права зајемчених Уставом.

Поступак по уставној жалби детаљно је уређен одредбама чл. 82 - 92. Закона о Уставном суду.³⁷

Битно је уочити да је новелом из 2011. године предвиђено да **захтев за накнаду штете** може бити постављен **само истовремено** са подношењем уставне жалбе, као и да се уз уставну жалбу подносе докази о висини материјалне штете, чиме је у надлежност Уставног суда стављено и одлучивање о накнади штете. Пре измене закона о штети је одлучивао суд опште надлежности или специјализовани привредни суд, а одлука Уставног суда којом се усваја уставна жалба представљала је правни основ за подношење захтева за накнаду штете.

Уставна жалба, по правилу, **не спречава примену** појединачног акта или радње против кога је изјављена. Дакле ово правно средство **нема**

³⁶ Члан 426. тачка 12. Закона о парничном поступку

³⁷ "Службени гласник РС", бр. 109/2007, 99/2011

суспензивно дејство, али на предлог подносиоца уставне жалбе, Уставни суд може **одложити извршење** појединачног акта или радње, ако би извршење проузроковало ненадокнадиву штету подносиоцу, а одлагање није супротно јавном интересу, нити би се одлагањем нанела већа штета трећем лицу.³⁸

Одлука Уставног суда којом је уважена уставна жалба има правно дејство од дана достављања учесницима у поступку.

9. Закључак

Заштита права и то у свим стадијумима поступка јавне набавке остварује се у посебном (**управном**) поступку. Закон о општем управном поступку³⁹ у члану 3. дозвољава могућност прописивања **посебних управних поступака**, тако што предвиђа да: "одредбе закона којима се, због специфичне природе управних ствари у појединим управним областима, прописују **неопходна одступања** од правила општег управног поступка, морају бити у сагласности са основним начелима утврђеним овим законом".

Овај поступак покреће се посебним **правним средством - захтевом за заштиту права**.

Закон као активно легитимисане за покретање поступка за заштиту права одређује понуђача, подносиоца пријаве, кандидата и свако заинтересовано лице. У име ових лица захтев за заштиту права може да поднесе и пословно удружење, које поступа као њихов заступник. Захтев за заштиту права може да поднесе и Управа за јавне набавке, Државна ревизорска институција, јавни правобранилац и грађански надзорник

Подношење захтева одлаже даље активности наручиоца. Дакле, захтев за заштиту права има **суспензивно дејство** на одлуку наручиоца о избору најповољније понуде, што значи да наручилац не може пуноважно да закључи уговор о јавној набавци са најповољнијим понуђачем до коначности одлуке о захтеву за заштиту права, тј. док Републичка комисија за заштиту права не донесе одлуку, с тим што закон допушта одређене **изузетке**.

Поступак доношења **мериторне одлуке** је **једноступен** - одлучују **наручилац** (државни орган, организација, установа или друго правно лице одређено овим законом (нпр. **јавно предузеће**) и/или **Републичка комисија за заштиту права** као посебан управни орган, односно управна организација, са својством правног лица, а двостепеност је предвиђена за

³⁸ Козар, В., *Приказ новог Закона о уставном суду*, Радно-правни саветник, бр. 12/07, Београд, 2007, стр. 25-30.

³⁹ "Службени лист СРЈ", бр. 33/97, 31/01

одлучивање по жалбама на процесне закључке наручиоца (којим одбацује захтев као неуредан, неблагоприятан, поднет од стране неовлашћеног лица);

Закон о јавним набавкама поред расправног начела и начела диспозиције, уводи и **ограничено истражно начело**, односно начело официјелности, омогућавајући Републичкој комисији да **одређене чињенице** које се тичу неважности уговора **утврђује по службеној дужности**.

Рок за доношење одлуке о захтеву је **одређен** (члан 158), а у случају његовог прекорачења прописана је претпоставка о "*ћутању администрације*" када се сматра да је захтев за заштиту права одбијен, па је дозвољена тужба у управном спору (члан 159. став 3)

Питање **накнаде** стварне **штете** и измакле користи која је проузрокована понуђачу, због незаконитог поступања наручиоца или других странака у поступку јавне набавке **није решено** новим Законом о јавним набавкама (а ни ранији закон није садржао одредбе о накнади штете понуђачу), што значи да ће се такви захтеви решавати **по општим правилима облигационог права**.

Против одлуке Републичке комисије **не може** се изјавити **жалба**, али се може покренути **управни спор**. (члан 159. ст. 1. и 2), што значи да је одлука Републичке комисије **коначна**, али **не** и **правноснажна**. Управни суд који суди у управном спору, није овлашћен да одложи извршење коначне Републичке комисије одлуке о поднетом захтеву за заштиту права, јер је одлагање изричито искључено специјалном одредбом из члана 159. став 4. Закона о јавним набавкама.

У оквиру посебних овлашћења Републичке комисије спада и право да **поништити рушљив** уговор о јавној набавци **по службеној дужности** или **на захтев** подносиоца захтева, другог понуђача или заинтересованог лица, у законом предвиђеним случајевима.

За разлику од рушљивих уговора, које поништава Републичка комисија, за уклањање **апсолутно ништавих уговора** из правног поретка потребна је **судска пресуда**. Прописано је да ће Републичка комисија поднети **тужбу за утврђивање ништавости** уговора о јавној набавци када на било који начин **сазна** да је закључен уговор о јавној набавци ништав. Ништави су уговори о јавној набавци који су закључени **без претходно спроведеног поступка** јавне набавке, као и у другим законом прописаним случајевима.

Ако су појединачним актима у поступку заштите права повређена или ускраћена људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, нпр. **право на правично суђење**, подносилац захтева има могућност да поднесе **уставну жалбу**, уз коју може поставити и захтев за накнаду штете, о чему одлучује Уставни суд у посебном поступку уставно-правне заштите.

*Miroslav Vrhovšek, Ph.D., Profesor Emeritus
Vladimir Kozar, Ph.D., Assistant Professor,
Law Faculty, University of "Business Academy" Novi Sad*

ADMINISTRATIVE AND JUDICIAL PROTECTION OF RIGHTS ACCORDING TO A NEW LAW ON PUBLIC PROCUREMENT

Summary

*Protection of rights in all phases of public procurement process is carried out in a separate (**administrative**) proceeding. The Law on Administrative Procedure⁴⁰ in Article 3 allows for the possibility of prescribing **specific administrative procedures**, and stipulates that "the provisions of the law, due to specific nature of administrative matters in certain administrative areas, provide for **necessary exceptions** to the general rules of administrative proceedings and must be in accordance with the basic principles laid down by this law". This procedure is initiated by a **special remedy** - request for the protection of rights.*

*Procedure for **ruling in merits** is one instance procedure - decision made by **Purchaser** (state agency, organization, institution, or other legal entity, as defined by this law (eg, a **public company**) and / or the **Republic Commission for the Protection of Rights** as a special administrative organ or governing organization, with the status of legal entity and two instances are provided for deciding upon appeals on procedural conclusions of a purchaser (rejects the request as incomplete, untimely, submitted by an unauthorized person).*

*The deadline for ruling a decision on the request is **determined**, and in case of exceeding prescribed deadline there is an assumption of "silence of the administration" when it is considered that the request for the protection of rights is denied and the complaint is allowed in administrative proceedings. The decision of the National Commission **cannot be appealed**, but an **administrative dispute** can be initiated, which means that the decision of the National Commission is **final**, but **not enforceable**.*

*Voidable public contracts will be revoked by the Republic Commission **ex officio** or at the request of an interested party. To remove absolutely null and void contracts from the legal system requires a court judgment.*

Key words: *request, protection of rights; public procurement; administrative proceedings; compensation of damages; revocation, nullity; contract.*

⁴⁰ "Official Gazette RS", Nos. 33/97, 31/01