

ZAŠTITA PRAVA U POSTUPKU JAVNE NABAVKE

REZIME: Zaštita prava i to u svim stadijumima postupka javne nabavke ostvaruje se u posebnom (upravnom) postupku, koji se pokreće posebnim pravnim sredstvom – *zahtevom za zaštitu prava*. U prvom stepenu odlučuje naručilac (državni organ, organizacija, ustanova ili drugo pravno lice određeno ovim zakonom (npr. javno preduzeće). Rok za donošenje prvo-stepene odluke je određen, a u slučaju njegovog prekoračenja propisana je pretpostavka o „*ćutanju administracije*” kada se smatra da je zahtev za zaštitu prava odbijen.

U drugom stepenu odlučuje Republička komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki, kao poseban upravni organ, odnosno upravna organizacija, sa svojstvom pravnog lica. Rok za donošenje i dostavljanje drugostepene odluke Republičke komisije takođe je određen, i iznosi 15 dana, a u slučaju njegovog prekoračenja propisana je pretpostavka o „*ćutanju administracije*” jer se upravni spor može pokrenuti i kada Republička komisija nije donela i dostavila odluku u predviđenim rokovima.

Protiv odluke Republičke komisije ne može se izjaviti žalba, ali se može pokrenuti upravni spor, što znači da je odluka Republičke komisije je konačna, ali ne i pravnosnažna.

Odlučivanje o zahtevu za utvrđenje ništavosti ugovora o javnoj nabavci spada u sudsku nadležnost, dok odlučivanje za zaštitu prava, dakle o poništaju postupka javne nabavke, ne spada u sudsku nadležnost, već u nadležnost drugog državnog organa – Republičke komisije za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki.

Ključne reči: javne nabavke, ugovor, predmet ugovora o javnoj nabavci, ništavost, zaštita prava, upravni postupak, upravni spor

* Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad

Uvod

Posle pet godina primene Zakona o javnim nabavkama² ukazala se potreba za donošenjem novog zakona u cilju prevazilaženja nedostataka koji su uočeni u praktičnoj primeni ranijeg zakona, propisivanja novih rešenja, koja će omogućiti naručiocima javnih nabavki brže sprovođenje postupaka javnih nabavki i efikasniju zaštitu prava, otklanjanje kolizije između pojedinih odredaba, kao i prihvatanje pravila iz evropske regulative.

Novi Zakon o javnim nabavkama³ uređuje postupak zaštite prava ponuđača i javnog interesa u postupku javne nabavke, a takođe propisuje razloge za ništavost ugovora o javnoj nabavci.

Ugovor je zaključen kada su se ugovorne strane saglasile o bitnim sastojcima ugovora⁴, iz čega je pravna teorija izvela zaključak da je ugovor prihvaćena ponuda. Ponuda je predlog za zaključenje ugovora učinjen određenom licu, koji sadrži sve bitne sastojke ugovora tako da bi se njegovim prihvatanjem mogao zaključiti ugovor (član 31, stav 1 Zakona o obligacionim odnosima). Međutim, u određenim slučajevima forma ponude je bitan elemenat ugovora, čije nepoštovanje može da ima za posledicu nevažnost ugovora (ništavost ili rušljivost). Zaključenje ugovora licitacijom (javnim nadmetanjem) ili prikupljanjem pismenih ponuda je kod pojedinih vrsta ugovora propisano kao obavezna forma ponude i bitan elemenat ugovora. Takav je slučaj i sa ugovorom o javnoj nabavci koji je definisan kao teretni ugovor zaključen u pisanoj formi između naručioca i ponuđača u skladu sa sprovedenim postupkom javne nabavke, koji za predmet ima nabavku dobara, pružanje usluga ili izvođenje radova.⁵

1. Postupak zaštite prava ponuđača i javnog interesa

Sedmo poglavlje Zakona o javnim nabavkama (čl. 100–118) propisuje postupak zaštite prava ponuđača i javnog interesa.

Ponuđaču je u svim fazama postupka obezbeđena pravna zaštita od strane Republičke komisije za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki, koja je

² *Službeni glasnik RS*, br. 39/02, 43/03, 55/04, 101/05

³ *Službeni glasnik RS*, br. 116/08

⁴ član 26. Zakona o obligacionim odnosima

⁵ član 2. tačka 2. Zakona o javnim nabavkama

samostalan i nezavisan organ Republike Srbije, sa svojstvom pravnog lica, dakle posebna upravna organizacija.⁶

Sastav i izbor Republičke komisije propisan je odredbama iz člana 102 Predsednika i članove Republičke komisije bira Narodna skupština Republike Srbije na predlog Vlade. Republička komisija za svoj rad odgovara Narodnoj skupštini.

Propisana je nespojivost funkcije člana Republičke komisije sa drugim poslovima i aktivnostima koje bi mogle uticati na njihovu samostalnost u radu i postupanju.

2. Aktivna legitimacija u postupku zaštite prava

Aktivna legitimacija je procesna pretpostavka za dopuštenost zahteva za zaštitu prava.⁷ Ako ova procesna pretpostavka nije ispunjena, zahtev će biti odbačen zaključkom naručioca, u postupku prethodne provere, primenom člana 110, stav 2, ili od strane Republičke komisije na osnovu ovlašćenja iz člana 117, stav 1. tačka 1.

Zahtev za zaštitu prava u slučaju povrede javnog interesa može podneti Uprava za javne nabavke, javni pravobranilac i državni organ ili organizacija koja je ovlašćena da vrši nadzor nad poslovanjem naručioca. Dajući ovlašćenje Upravi za javne nabavke da podnese zahtev, zakon obezbeđuje, pored zaštite prava ponuđača, i zaštitu javnog interesa.

3. Dvostepenost postupka odlučivanja i suspenzivno dejstvo zahteva za zaštitu prava

Ponuđač, zaštitu prava može ostvariti u prvom stepenu pred naručiocem javne nabavke, a ako je nezadovoljan odlukom naručioca postupak zaštite prava može nastaviti pred Republičkom komisijom za zaštitu prava.

Podnošenje zahteva odlaže dalje aktivnosti naručioca. Dakle, zahtev za zaštitu prava ima suspenzivno dejstvo na odluku naručioca o izboru najpovoljnije ponude, što znači da naručilac ne može punovažno da zaključi ugovor o javnoj nabavci sa najpovoljnijim ponuđačem do konačnosti odluke o zahtevu

⁶ Vrhovšek M., Kozar V., (2010). Zaštita prava i ništavost ugovora o javnoj nabavci, Zbornik radova „Liberalizam i zaštita konkurencije” sa Naučnog skupa održanog 4. maja 2010. godine na Pravnom fakultetu u Kragujevcu u organizaciji Instituta za pravne i društvene nauke Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, str. 357.

⁷ Kozar V., (2010). Zaštita prava ponuđača i javnog interesa u postupku javne nabavke, *Pravni informator* (3), str. 28.

za zaštitu prava, tj. dok Republička komisija za zaštitu prava kao drugostepeni organ ne donese odluku, s tim što zakon dopušta određene izuzetke.

Posledice podnetog zahteva za zaštitu prava bliže su uređene u članu 108. Zakona o javnim nabavkama, u kome je propisano da zahtev za zaštitu prava zadržava dalje aktivnosti naručioca u postupku javne nabavke do donošenja odluke o podnetom zahtevu za zaštitu prava, ako Republička komisija na predlog naručioca ne odluči drugačije. Dakle, moguće je da Republička komisija odluči da zahtev za zaštitu prava nema suspenzivno dejstvo, ali samo u slučaju kada bi zadržavanjem aktivnosti naručioca u postupku javne nabavke značajno bio ugrožen interes Republike Srbije, a o takvoj odluci naručilac je dužan da obavesti sve učesnike u postupku.

Odluka Republičke komisije je konačna, ali ne i pravnosnažna, jer se protiv nje može pokrenuti upravni spor. Konačna odluka je i izvršna jer tužba, po pravilu, ne odlaže izvršenje upravnog akta protiv koga je podneta.⁸ To znači da ako je odlukom Republičke komisije odbijen zahtev za zaštitu prava kao neosnovan, naručilac ima pravo da punovažno da zaključi ugovor o javnoj nabavci sa najpovoljnijim ponuđačem, kao i da preduzima sve druge aktivnosti u postupku javne nabavke, s obzirom da tužba u upravnom sporu ne zadržava dalje aktivnosti naručioca u postupku javne nabavke.

Međutim, Zakon o upravnim sporovima izuzetno dopušta odložno dejstvo tužbe, odnosno odlaganje izvršenja upravnog akta protiv koga je podneta, ako su kumulativno ispunjena tri uslova. Po zahtevu tužioca, sud može odložiti izvršenje konačnog upravnog akta kojim je meritorno odlučeno u upravnoj stvari, do donošenja sudske odluke, ako bi izvršenje nanelo tužiocu štetu koja bi se teško mogla nadoknaditi, a odlaganje nije protivno javnom interesu, niti bi se odlaganjem nanela veća ili nenadoknativa šteta protivnoj stranci, odnosno zainteresovanom licu. Po zahtevu za odlaganje izvršenja sud odlučuje rešenjem, najkasnije u roku od pet dana od dana prijema zahteva.⁹

Važeći Zakon o upravnim sporovima oduku o odlaganju izvršenja upravnog akta protiv koga je podneta tužba stavlja u nadležnost Upravnog suda koji sudi u upravnom sporu.¹⁰ Reč je o bitnoj novini, jer je u ranijem zakonu o odlaganju izvršenja odlučivao upravni organ čiji se akt izvršava, odnosno organ nadležan za izvršenje, a ne sud.¹¹

⁸ Član 23, stav 1 Zakona o upravnim sporovima – *Službeni glasnik RS*, br. 111/09

⁹ Član 23, st. 2 i 4 Zakona o upravnim sporovima

¹⁰ Član 29 Zakona o uređenju sudova – *Službeni glasnik RS*, br. 116/08, 104/09

¹¹ Član 16, stav 2 Zakona o upravnim sporovima – *Službeni list SRJ*, br. 46/96

4. Prethodna provera zahteva za zaštitu prava

Ako je zahtev podnet neblagovremeno ili od strane lica koje nema aktivnu legitimaciju, naručilac će takav zahtev odbaciti zaključkom.

Dakle, zahtev za zaštitu prava mora da ispunjava određene procesno-pravne uslove, tj. pretpostavke, da bi se pristupilo meritornom odlučivanju. Prva pretpostavka tiče se blagovremenosti zahteva – članom 107, stav 3 Zakona o javnim nabavkama određen je rok osam dana za podnošenje zahteva za zaštitu prava, koji se računa od dana prijema odluke naručioca iz čl. 22, 79 i 81, odnosno od objavljivanja obaveštenja iz člana 24, stav 2 ovog zakona u „Službenom glasniku Republike Srbije” (član 107 stav 4).

Druga procesna pretpostavka za dopuštenost zahteva odnosi se na ovlašćenje podnosioca, odnosno njegovu aktivnu legitimaciju. Aktivna legitimacija u postupku definisana je članom 106 stav 1 Zakona o javnim nabavkama u kome je propisano da zahtev za zaštitu prava može da podnese svako lice koje ima interes da zaključi ugovor o konkretnoj javnoj nabavci (u daljem tekstu: podnosilac zahteva). U stavu 2 istog člana predviđeno je da zahtev za zaštitu prava u slučaju povrede javnog interesa može podneti Uprava za javne nabavke, javni pravobranilac i državni organ ili organizacija koja je ovlašćena da vrši nadzor nad poslovanjem naručioca. Dajući ovlašćenje Upravi za javne nabavke da podnese zahtev, zakon obezbeđuje, pored zaštite prava ponuđača, i zaštitu javnog interesa.

Prema tome, postupak zahteva za zaštitu prava pred naručiocem sastoji se od dve faze – prva predstavlja svojevrсно prethodno ispitivanje zahteva (prethodna provera) gde naručilac ceni formalno-pravu dopuštenost zahteva kroz postojanje dve procesne pretpostavke – blagovremenost zahteva i postojanje ovlašćenja podnosioca (odnosno njegove aktivne legitimacije). Prva faza može se okončati procesnim zaključkom o odbacivanju zahteva.

5. Odluka naručioca o zahtevu za zaštitu prava

Druga faza predstavlja meritorno odlučivanje o zahtevu za zaštitu prava, tj. u toj fazi naručilac donosi suštinsku odluku o zahtevu u formi rešenja. O zahtevu za zaštitu prava naručilac može odlučiti tako što će usvojiti zahtev i u celini ili delimično poništiti postupak javne nabavke ili odbiti zahtev za zaštitu prava.

U suštini, propuštanje naručioca da odluči o zahtevu za zaštitu prava i da naručiocu dostavi rešenje u zakonom propisanom roku od deset dana od dana prijema zahteva (član 111 stav 3) ima istu posledicu kao da je zahtev odbijen, tj. stvara fikciju da je zahtev odbijen, dakle, slično kao kod „ćutanja

administracije” iz opšteg upravnog postupka. U članu 208, stav 2 Zakona o opštem upravnom postupku (*Službeni list SRJ*, br. 33/97, 31/01) propisano je da „ako organ protiv čijeg je rešenja dopuštena žalba ne donese rešenje i ne dostavi ga stranci u propisanom roku, stranka ima pravo na žalbu kao da je njen zahtev odbijen. Ako žalba nije dopuštena, stranka može neposredno pokrenuti upravni spor pred nadležnim sudom u skladu sa zakonom kojim se uređuju upravni sporovi.”

Bitno je uočiti da se rokovi iz člana 111 sabiraju – i to rok za donošenje obrazloženog rešenja naručioca o zahtevu od deset dana iz stava 3 (koji se računa od dana prijema urednog zahteva za zaštitu prava) i rok od naredna tri dana iz stava 4 za pismeno izjašnjenje podnosioca zahteva o nastavku postupka pred Republičkom komisijom. Dakle, u slučaju „ćutanja administracije”, odnosno ćutanja naručioca, podnosilac zahteva ima rok od 13 dana, računajući od podnošenja urednog zahteva za zaštitu prava, da pismenim izjašnjenjem inicira nastavak postupka pred Republičkom komisijom.¹²

Isti rok važi i ako je naručilac meritorno odbio zahtev za zaštitu prava kao neosnovan.

6. Nastavak postupka po donošenju odluke naručioca

Nastavak postupka po donošenju odluke naručioca regulisan je u članu 139 Rešenje naručioca o odbijanju zahteva za zaštitu prava sadrži i poziv podnosiocu zahteva da se, najkasnije u roku od tri dana od dana prijema rešenja, pismeno izjasni naručiocu da li će nastaviti postupak pred Republičkom komisijom, kao i obaveštenje o posledicama propuštanja roka za izjašnjenje.

Propuštanje podnosioca zahteva da se u zakonom propisanom roku od tri dana od dana prijema rešenja naručioca o odbijanju zahteva za zaštitu prava, pismeno izjasni naručiocu da li će nastaviti postupak pred Republičkom komisijom ima za posledicu odbacivanje izjašnjenja zaključkom koji donosi naručilac, a protiv kojega je takođe dozvoljena žalba Republičkoj komisiji. Dakle, propuštanje roka za izjašnjenje o nastavku postupka pred Republičkom komisijom dovodi do prekluzije prava. Reč je o procesno-pravnom prekluzivnom roku, koji se ne može produžiti ni voljom podnosioca zahteva, ni odlukom naručioca ili Republičke komisije.

Ukoliko naručilac nije doneo meritornu odluku o odbijanju zahteva, u formi rešenja, već je u postupku prethodnog ispitivanja zaključkom odbacio

¹² Kozar V., (2010). Komentar Zakona o javnim nabavkama, Drugo dopunjeno izdanje, Poslovni biro, Beograd, str. 128.

zahtev (kao neblagovremen ili podnet od neovlašćenog lica), tada podnosiocem zahteva protiv tog zaključka takođe može podneti žalbu Republičkoj komisiji.

7. Nastavak postupka pred Republičkom komisijom kao drugostepenim organom

Ponuđač, zaštitu prava može ostvariti u prvom stepenu pred naručiocem javne nabavke, a ako je nezadovoljan odlukom naručioca postupak zaštite prava može nastaviti pred Republičkom komisijom za zaštitu prava.

Rok za donošenje drugostepene odluke od strane Republičke komisije, takođe je određen, i iznosi 15 dana, a u slučaju njegovog prekoračenja propisana je pretpostavka o „*ćutanju administracije*” u članu 118, stav 7, u kome je predviđeno da se upravni spor može pokrenuti i kada Republička komisija nije donela i dostavila odluku u rokovima predviđenim članom 114 ovog zakona.

8. Odluka Republičke komisije

Republička komisija može zaključkom odbaciti zahtev za zaštitu prava iz razloga neblagovremenosti, obustaviti postupak u slučaju povlačenja zahteva za zaštitu prava, odbaciti žalbu kao neblagovremenu, izjavljenu od strane neovlašćenog lica ili neurednu.

Republička komisija može rešenjem odbiti zahtev za zaštitu prava kao neosnovan, usvojiti zahtev i u celini ili delimično poništiti postupak javne nabavke, a naručiocu predložiti preduzimanje određenih radnji u svrhu pravilnog i zakonitog okončanja postupka, potvrditi ili poništiti zaključak naručioca i naložiti dalje postupanje naručioca u vezi sa sadržinom zahteva za zaštitu prava.

Postoje četiri vrste odluka koje donosi Republička komisija, a od toga su prva, druga i četvrta vrsta procesne prirode, dok je treća vrsta suštinske prirode i tiče se meritornog rešavanja zahteva:

U prvu grupu odluka spadaju zaključci iz člana 117, stav 1, tačka 1, kojim Republička komisija odbacuje zahtev za zaštitu prava, odnosno izjašnjenje, u slučaju kada je zahtev za zaštitu prava, odnosno izjašnjenje o nastavku postupka pred Republičkom komisijom podnet neblagovremeno, ako ga je podnelo lice koje nema aktivnu legitimaciju ili ako podnosiocem zahteva nije u ostavljenom roku dopunio zahtev, odnosno nije ga dopunio u skladu sa pozivom za dopunu zahteva iz člana 108 ovog zakona. Dakle, ako je naručilac u postupku prethodnog ispitivanja zahteva (prethodne provere) propustio da oceni formalno-pravu dopuštenost zahteva (čl. 110 i 111) kroz postojanje

dve procesne pretpostavke – blagovremenost zahteva (član 107, st. 4 i 5) i postojanje ovlašćenja podnosioca (odnosno njegove aktivne legitimacije iz člana 106), to će učiniti Republička komisija, pa ako utvrdi da bilo koja od ove dve procesne pretpostavke nije ispunjena zaključkom će odbaciti zahtev. Pored toga, Republička komisija će zaključkom odbaciti izjašnjenje o nastavku postupka pred Republičkom komisijom, ako je podnosilac zahteva propustio zakonski rok od tri dana za pismeno izjašnjenje o nastavku postupka pred Komisijom (član 112, stav 1), a naručilac takvo propuštanje zakonskog prekluzivnog roka nije sankcionisao donošenjem zaključka o odbacivanju izjašnjenja u smislu člana 112, stav 4 Zakona o javnim nabavkama, već je posle prijema neblagovremenog pismenog izjašnjenja podnosioca zahteva za zaštitu prava o nastavku postupka pred Republičkom komisijom, dostavio svu dokumentaciju Republičkoj komisiji.

Republička komisija će takođe zaključkom odbaciti zahtev ako podnosilac zahteva nije u ostavljenom roku dopunio zahtev, odnosno nije ga dopunio u skladu sa pozivom za dopunu zahteva iz člana 108 ovog zakona. Dakle, u pitanju je neuređan, odnosno nepotpun zahtev.

U prvu grupu odluka spada i zaključak iz člana 117, stav 1, tačka 3, kojim Republička komisija odbacuje žalbu kao nedopuštenu, neblagovremenu ili izjavljenu od strane neovlašćenog lica. Reč je o žalbi na zaključak iz člana 110 kojim je naručilac odbacio zahtev za zaštitu prava koji je podnet neblagovremeno ili od strane lica koje nema aktivnu legitimaciju, u postupku prethodne provere zahteva.

U drugu vrstu odluka spada zaključak kojim Komisija obustavlja postupak na osnovu prijema pismenog obaveštenja o povlačenju zahteva za zaštitu prava pre donošenja odluke (član 117, stav 1, tačka 2).

Treća grupa odluka jesu rešenja iz člana 117, stav 2 *Zakona o javnim nabavkama* kojim Komisija meritorno odlučuje o zahtevu tako što odbija zahtev za zaštitu prava kao neosnovan (tačka 1) ili usvaja zahtev i, u celini ili delimično, poništava postupak za dodelu ugovora o javnoj nabavci (tačka 2).

Četvrta vrsta odluka predstavljaju procesna rešenja (član 117, stav 2, tačka 3) o žalbama na zaključke naručioca kojim Komisija može da potvrdi zaključak naručioca ili poništi zaključak naručioca i naloži dalje postupanje naručioca u vezi sa sadržinom zahteva za zaštitu prava iz člana 109, stav 1 ovog zakona (kada je naručilac odbacio neuređan zahtev) ili u vezi sa prethodnim ispitivanjem zahteva za zaštitu prava iz člana 110 ovog zakona (kada je naručilac odbacio neblagovremen zahtev ili zahtev podnet od strane neovlašćenog lica, koje nema aktivnu legitimaciju) ili u vezi sa nastavkom postupka po donošenju odluke naručioca iz člana 112 ovog zakona (kada je

naručilac odbacio izjašnjenje zbog toga što je podnosilac zahteva za zaštitu prava propustio rok podnošenje pismenog izjašnjenja o nastavku postupka pred Republičkom komisijom).

Protiv odluke Republičke komisije ne može se izjaviti žalba, ali se može pokrenuti upravni spor (član 118, st. 5 i 6). Omogućavanje pokretanja upravnog spora bitna je novina u odnosu na odredbe ranijeg zakona, koji protiv odluke Komisije za zaštitu prava nije dozvoljavao ni izjavljivanje žalbe, ni vođenje upravnog spora, ali je predviđao da podnosilac zahteva može protiv naručioca podneti tužbu pred nadležnim sudom za naknadu štete.¹³

Opšti rok za podnošenje tužbe propisan u članu 18, stav 1 Zakona o upravnim sporovima iznosi 30 dana od dana dostavljanja upravnog akta stranci koja je podnosi, i primenjuje se i na tužbu protiv odluke Republičke komisije, s obzirom da Zakonom o javnim nabavkama nije propisan kraći rok. Međutim, kada je u pitanju tužba zbog „ćutanja administracije”, odnosno „ćutanja uprave” ne primenjuju se rokovi iz člana 19 Zakona o upravnim sporovima, već kraći rokovi propisani Zakonom o javnim nabavkama – rok za donošenje i dostavljanje drugostepene odluke Republičke komisije iznosi 15 dana s tim što isti može biti produžen najduže za 20 dana u naročito opravdanim slučajevima.¹⁴

10. Pravo na naknadu štete

Tužba za naknadu štete može se podneti i posle stupanja na snagu novog Zakona o javnim nabavkama, protiv naručioca koji nije postupio po nalogu Republičke komisije sadržanim u odluci najkasnije u roku od 30 dana od dana prijema odluke, po opštim pravilima o naknadi štete iz Zakona o obligacionim odnosima.¹⁵

Prema mišljenju pravne teorije, zasnovanom na tumačenju opštih pravila ugovornog – obligacionog prava i sudske prakse, najpovoljniji ponuđač ne može zahtevati da sud obaveže naručioca da sa njim zaključi ugovor, niti da utvrdi da je između njih zasnovan ugovorni odnos.¹⁶ Takvo tumačenje važi i kada je u pitanju zaključenje ugovora o javnoj nabavci, jer se i takav ugovor zaključuje saglasnošću volja ugovornih strana, a ne sudskom odlukom, ili po sili zakona.

¹³ Član 144. Zakona o javnim nabavkama – *Službeni glasnik RS*, br. 39/02, 43/03, 55/04, 101/05

¹⁴ Član 114, st. 1 i 4. Zakona o javnim nabavkama

¹⁵ Kozar V., Komentar Zakona o javnim nabavkama, str. 135.

¹⁶ Mićović M., (2010). Privredno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac, str. 191. i 192.

Međutim, kada je u pitanju nevažnost ugovora (poništaj ili ništavost), za javne nabavke važe posebna, stroža pravila – ugovor o javnoj nabavci koji je zaključen sa ponuđačem koji nije izabran kao najpovoljniji, ništav je po izričitoj odredbi iz člana 120, tačka 4 Zakona o javnim nabavkama. S druge strane, prema stavu sudske prakse, zasnovanom na opštim pravilima obligacionog prava, kada nisu u pitanju javne nabavke, takav ugovor bi bio punovažan, a najpovoljnijem ponuđaču pripadalo bi pravo na naknadu štete prema članu 35, stav 2 Zakona o obligacionim odnosima.¹⁷

Prema mišljenju pravne teorije, odštetni zahtev najpovoljnijeg ponuđača ne može se zasnivati na povredi ugovora, jer ugovor nije zaključen. Zbog toga najpovoljniji ponuđač ne može zahtevati naknadu tzv. pozitivnog ugovornog interesa. On ne može zahtevati naknadu štete u toj visini da, materijalno posmatrano, bude doveden u isti položaj kao da je ugovor bio zaključen i ispunjen. Zato bi najpovoljnijem ponuđaču u javnom nadmetanju, sa kojim naručilac (organizator nadmetanja) nije želeo da zaključi ugovor, trebalo priznati naknadu štete samo u visini troškova koje je imao u vezi sa učestvovanjem u javnom nadmetanju.¹⁸ Nasuprot izloženom stavu pravne teorije, smatramo da bi najpovoljnijem ponuđaču sa kojim je naručilac odbio da zaključi ugovor, pripadalo pravo na naknadu štete, i to ne samo obične štete u visini troškova koje je imao u vezi sa učešćem u postupku javne nabavke, već i pravo na naknadu štete u visini izgubljene dobiti (izmakla korist) u smislu člana 155. Zakona o obligacionim odnosima. Tačno je da nije reč u ugovornoj šteti, tj. o šteti zbog povrede ugovora iz člana 262, stav 2 Zakona o obligacionim odnosima, jer ugovor između najpovoljnijeg ponuđača i naručioca nije zaključen. U pitanju je deliktna šteta, prouzrokovana nečinjenjem (odbijanjem naručioca da sa najpovoljnijim ponuđačem zaključi ugovor), odnosno činjenjem (zaključenjem ugovora za drugim ponuđačem čija ponuda nije izabrana kao najpovoljnija). Prouzrokovanje štete može se izvršiti i svim drugim radnjama koje Zakon o javnim nabavkama u članu 120 predviđa kao razloge ništavosti ugovora. A deliktna šteta takođe daje pravo oštećenom na izmaklu korist u smislu citiranih propisa, a ne samo na naknadu obične štete zbog umanjenja imovine u visini troškova učešća u postupku javne nabavke.

¹⁷ Iz presude Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 420/93 od 10. februara 1993. godine, Petrović Z., Kozar V., (2009). Mega zbirka sudske prakse iz obligacionog prava, Intermex, Beograd

¹⁸ Mićović M., op. cit., str. 192.

11. Pravna priroda postupka za zaštitu prava

Iz odredaba Zakona o javnim nabavkama proizilazi sledeći zaključak o pravnoj prirodi postupka za zaštitu prava u postupku javne nabavke:

1 – zaštita prava i to u svim stadijumima postupka javne nabavke ostvaruje se u posebnom (upravnom) postupku, jer Zakon o opštem upravnom postupku¹⁹ u članu 3 dozvoljava mogućnost propisivanja posebnih upravnih postupaka, tako što predviđa da: „odredbe zakona kojima se, zbog specifične prirode upravnih stvari u pojedinim upravnim oblastima, propisuju neophodna odstupanja od pravila opšteg upravnog postupka, moraju biti u saglasnosti sa osnovnim načelima utvrđenim ovim zakonom”;

2 – ovaj postupak pokreće se posebnim pravnim sredstvom – *zahtevom za zaštitu prava*;

3 – u prvom stepenu odlučuje naručilac (državni organ, organizacija, ustanova ili drugo pravno lice određeno ovim zakonom (npr. javno preduzeće) – čl. 110 i 111;

4 – rok za donošenje prvostepene odluke je određen, a u slučaju njegovog prekoračenja propisana je pretpostavka o „*ćutanju administracije*” kada se smatra da je zahtev za zaštitu prava odbijen (član 111, stav 4);

5 – u drugom stepenu odlučuje Republička komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki, kao poseban upravni organ, odnosno upravna organizacija, sa svojstvom pravnog lica (član 117);

6 – rok za donošenje i dostavljanje drugostepene odluke Republičke komisije takođe je određen, i iznosi 15 dana (član 114), a u slučaju njegovog prekoračenja propisana je pretpostavka o „*ćutanju administracije*” u članu 118, stav 7, u kome je predviđeno da se upravni spor može pokrenuti i kada Republička komisija nije donela i dostavila odluku u rokovima predviđenim članom 114 ovog zakona;

7 – protiv odluke Republičke komisije ne može se izjaviti žalba, ali se može pokrenuti upravni spor. (član 118, st. 5 i 6).

Dakle, odluka Republičke komisije je konačna, ali ne i pravnosnažna u smislu člana 13 Zakona o opštem upravnom postupku u kome je propisano da pravnosnažno rešenje ono protiv koga se ne može izjaviti žalba niti pokrenuti upravni spor.²⁰

¹⁹ *Službeni list SRJ*, br. 33/97, 31/01

²⁰ Kozar V., (2010). Komentar Zakona o javnim nabavkama, str. 136.

Zaključak

U određenim slučajevima forma ponude je bitan elemenat ugovora, čije nepoštovanje može da ima za posledicu nevažnost ugovora (ništavost ili rušljivost). Zaključenje ugovora licitacijom (javnim nadmetanjem) ili prikupljanjem pismenih ponuda je kod pojedinih vrsta ugovora propisano kao obavezna forma ponude i bitan elemenat ugovora. Takav je slučaj i sa ugovorom o javnoj nabavci koji je definisan kao teretni ugovor zaključen u pisanoj formi između naručioca i ponuđača u skladu sa sprovedenim postupkom javne nabavke, koji za predmet ima nabavku dobara, pružanje usluga ili izvođenje radova.

Ponuđaču je u svim fazama postupka obezbeđena pravna zaštita od strane Republičke komisije za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki, koja je samostalan i nezavisan organ Republike Srbije, sa svojstvom pravnog lica, dakle posebna upravna organizacija.

Zahtev za zaštitu prava u slučaju povrede javnog interesa može podneti Uprava za javne nabavke, javni pravobranilac i državni organ ili organizacija koja je ovlašćena da vrši nadzor nad poslovanjem naručioca. Dajući ovlašćenje Upravi za javne nabavke da podnese zahtev, zakon obezbeđuje, pored zaštite prava ponuđača, i zaštitu javnog interesa.

Podnošenje zahteva odlaže dalje aktivnosti naručioca. Dakle, zahtev za zaštitu prava ima suspenzivno dejstvo na odluku naručioca o izboru najpovoljnije ponude, što znači da naručilac ne može punovažno da zaključi ugovor o javnoj nabavci sa najpovoljnijim ponuđačem do konačnosti odluke o zahtevu za zaštitu prava, tj. dok Republička komisija za zaštitu prava kao drugostepeni organ ne donese odluku, s tim što zakon dopušta određene izuzetke.

Po zahtevu tužioca, sud može odložiti izvršenje konačnog upravnog akta kojim je meritorno odlučeno u upravnoj stvari, do donošenja sudske odluke, ako bi izvršenje nanelo tužiocu štetu koja bi se teško mogla nadoknaditi, a odlaganje nije protivno javnom interesu, niti bi se odlaganjem nanela veća ili nenadoknadiva šteta protivnoj stranci, odnosno zainteresovanom licu.

Postupak zahtevu za zaštitu prava pred naručiocem sastoji se od dve faze – prva predstavlja svojevrsno prethodno ispitivanje zahteva (prethodna provera) gde naručilac ceni formalno-pravu dopuštenost zahteva kroz postojanje dve procesne pretpostavke – blagovremenost zahteva i postojanje ovlašćenja podnosioca (odnosno njegove aktivne legitimacije). Prva faza može se okončati procesnim zaključkom o odbacivanju zahteva.

Druga faza predstavlja meritorno odlučivanje o zahtevu za zaštitu prava, tj. u toj fazi naručilac donosi suštinsku odluku o zahtevu u formi rešenja. O

zahtevu za zaštitu prava naručilac može odlučiti tako što će usvojiti zahtev i u celini ili delimično poništiti postupak javne nabavke ili odbiti zahtev za zaštitu prava.

Prema tome, ponuđač, zaštitu prava može ostvariti u prvom stepenu pred naručiocem javne nabavke, a ako je nezadovoljan odlukom naručioca postupak zaštite prava može nastaviti pred Republičkom komisijom za zaštitu prava.

Republička komisija može zaključkom odbaciti zahtev za zaštitu prava iz razloga neblagovremenosti, obustaviti postupak u slučaju povlačenja zahteva za zaštitu prava, odbaciti žalbu kao neblagovremenu, izjavljenu od strane neovlašćenog lica ili neurednu.

Republička komisija može rešenjem odbiti zahtev za zaštitu prava kao neosnovan, usvojiti zahtev i u celini ili delimično poništiti postupak javne nabavke, a naručiocu predložiti preduzimanje određenih radnji u svrhu pravilnog i zakonitog okončanja postupka, potvrditi ili poništiti zaključak naručioca i naložiti dalje postupanje naručioca u vezi sa sadržinom zahteva za zaštitu prava.

Najpovoljnijem ponuđaču sa kojim je naručilac odbio da zaključi ugovor, pripada pravo na naknadu štete, i to ne samo obične štete u visini troškova koje je imao u vezi sa učešćem u postupku javne nabavke, već i pravo na naknadu štete u visini izgubljene dobiti (izmakla korist).

Vladimir Kozar

Faculty of Law, University of Business Academy, Novi Sad

Protection of rights in public procurement procedure

A b s t r a c t

Protection of rights in all stage of public procurement procedure is realized in a separate (administrative) procedure, – which is initiated with a special legal remedy — request for protection of rights. In the first instance the customer decides (state organ, organization, institution or other legal entity stipulated by the Law on Public Procurement (i. e. public enterprise). Deadline for making the first instance decision is determined, and if the term is exceeded, an assumption of “administration’s silence” is prescribed and it is considered that the request has been denied.

Republic Commission for the Protection of Rights in Public Procurement Procedure acts as the second instance, as separate administrative organ, with

the status of legal entity. The Commission should decide and expedite its decision in 15 days and in case that the deadline is exceeded, an assumption of “administration’s silence” is prescribed, since an administrative dispute can be initiated if the Commission fails to make and deliver the decision within the limits specified in the law.

The decision of the Commission is not final, it can not be subjected to an appeal, but it can be challenged in court through special administrative dispute procedure.

Making decision upon the request on the annulment of public procurement contract falls within judicial jurisdiction and making decision upon the request for the protection of rights that for the annulment of public procurement procedure, falls within the competence of the Republic Commission for the Protection of Rights in Public Procurement Procedure.

Key words: public procurement, contract, subject to public procurement contract, annulment, protection of rights, bidder, administrative procedure, administrative dispute,

Literatura

1. Kozar, V., (2010). Zaštita prava ponuđača i javnog interesa u postupku javne nabavke, *Pravni informator* (3), str. 28-32,
2. Kozar, V., (2010). Komentar Zakona o javnim nabavkama, Drugo dopunjeno izdanje, Beograd, Poslovni biro
3. Mićović, M., (2010). Privredno pravo, Kragujevac, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke
4. Petrović, Z., Kozar, V. (2009). Mega zbirka sudske prakse iz obligacionog prava, Beograd, Intermex
5. Sudska praksa, softverski paket za pravnike, (2010). Intermex, Beograd
6. Vrhovšek, M., Kozar, V. (2010). Zaštita prava i ništavost ugovora o javnoj nabavci u: Liberalizam i zaštita konkurencije: zbornik radova sa Naučnog skupa održanog 4. maja 2010. godine na Pravnom fakultetu u Kragujevcu u organizaciji Instituta za pravne i društvene nauke Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, str. 347-370
7. Zakon o javnim nabavkama, *Službeni glasnik RS*, br. 116/08
8. Zakon o javnim nabavkama, *Službeni glasnik RS*, br. 39/02, 43/03, 55/04, 101/05

9. Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, i *Službeni list SRJ*, br. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99
10. Zakon o upravnim sporovima, *Službeni glasnik RS*, br. 111/09
11. Zakon o upravnim sporovima, *Službeni list SRJ*, br. 46/96
12. Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni list SRJ*, br. 33/97, 31/01
13. Zakon o uređenju sudova, *Službeni glasnik RS*, br. 116/08, 104/09