

Марија ВЕЛИЧКОВИЋ, мастер
Агенција за јавне набавке – Град Београд

ИЗУЗЕТНА ХИТНОСТ КАО ОСНОВ ЗА СПРОВОЂЕЊЕ ПРЕГОВАРАЧКОГ ПОСТУПКА ЈАВНЕ НАБАВКЕ

Резиме

Јавне набавке представљају један од кључних инструмената тржишне економије сваке државе. Унапређење система јавних набавки један је од стратешких циљева свакој друштва, обзиром да се на тај начин омогућава остваривање других стратешких циљева као што су: економски развој и привредни раст, запошљавање и социјална заштита, побољшање услова живљења и рада, подстицање страних улагања итд. Стога су у материји јавних набавки од једнаке важности три ствари: „Шта држава кукује“, „Шта држава жели тиме да оствари“ и „Како држава кукује“. Како се ради о прошењу јавних средстава, најприродније је да сама процедура избора најповољније понуђача буде транспарентна и отворена, уз једнак третман свих заинтересоване субјеката, што се најбоље оствари у отвореном поступку као правило. Његов антипод у материји јавних набавки јесте преговарачки поступак као врста поступка у коме је наручилац у позицији да на релативно брз начин изабере понуђача, али који најчешће може ићи на уштрб интереса средстава, обзиром да је овај поступак мање транспарентан од других поступака, те стога остварује велики простор за субјективно и арбитрарно поступање наручиоца. Предности и недостаци које овај поступак са собом носи, представљају прави изазов за оне наручиоце који га спроводе. Његово спровођење захтева преиспитавање стојања и оправдање посебних разлога који су одредили једној наручиоца да

сироведе ову врсту постојка. Ово се нарочито односи на преравачки постојак без објављивања јавног позива, а у оквиру ове врсте постојка најслабију карактеристику представља случај преравачког постојка који се сироводи из разлога изузетне хитности.

Кључне речи: јавне набавке, значај јавних набавки, преравачки постојак, изузетна хитност.

I Увод

Материја јавних набавки представља област која има велику улогу у савременом свету и која изазива велику пажњу јавности. Куповином добара, услуга, набављањем грађевинских радова од стране државе и широког круга других јавноправних субјеката, остварују се циљеви који су од ширег друштвеног значаја.¹ Велико учешће јавних набавки у светском бруто друштвеном производу указује на значај улоге јавних набавки у погледу економског и институционалног развоја сваке државе. Стога и не чуди што је право јавних набавки постало одвојена дисциплина² и што се у управо у овој области права предузимају значајна истраживања.

Као посебна правна дисциплина, право јавних набавки, уско је повезано са основним принципима који су заједнички за све прописе ЕУ. Зачеци регулација области јавних набавки могу се наћи у Споразуму о оснивању Европске заједнице из 1957. године, који иако не помиње јавне набавке које спроводе јавне институције држава чланица, садржи основне принципе попут забране дискриминације на основу држављанства, слободе кретања људи, капитала, роба и услуга.³ У кон-

1 Више о утицају јавних набавки на различите друштвене области и о заштитном објекту прописа о јавним набавкама, као и о економским специфичностима уговора о јавним набавкама види: Arthur Cox, „Government Administrative Measures to support SMEs in Public Procurement: Circular 10/10 Issued by Department of Finance of Ireland“, *Public Procurement Law Review*, Issue 1, 2011, стр. NA5–NA7; Sue Arrowsmith, „An Assessment of the New Legislative Package on Public Procurement“, *Common Market Law Review*, бр. 41/2004, секција 12; Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2 ed., London, Sweet & Maxwell, 2005, поглавље 19; J. M. Fernandez Martin, *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Oxford Clarendon Press, 1996, поглавља 2 и 3; Светислав Табороши, Татјана Јованић, *Економско право*, Правни Факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 379–385.

2 Dijber, Stergiou, „Public Procurement Law and Internal Market“, *C.M.L. Rev.*, бр. 46/2009, стр. 805–806.

3 Кад су у питању јавне набавке највећи значај има слобода кретања роба и слобода давања и примања услуга. Више о томе види: Sue Arrowsmith (ed.), *EU Public Procurement Law: an Introduction*, University of Nottingham, 2011, стр. 25–33.

тексту поступака јавних набавки, ови принципи имају за циљ уклањање граница у трговини, препрека и дискриминаторске праксе према свим компанијама Европске уније које учествују и конкуришу у поступцима за доделу јавних уговора који се спроводе у државама чланицама Европске уније. Један од значајних инструмената за уклањање препрека за слободну трговину и постојање интерног тржишта у ЕУ јесте и усклађивање система јавних набавки држава чланица, али и оних које као Република Србија претендују да то постану.⁴

Циљ прописа о јавним набавкама ЕУ није усклађивање свих државних правила о јавним набавкама.⁵ Циљ је успостављање минималног сета заједничких правила која ће штитити основне принципе из Споразума (недискриминација и четири велике слободе) у сегменту јавних набавки. Наравно, земље чланице могу наметати и оштрије захтеве својим прописима, ако та додатна правила немају дискриминирајући ефекат тако што ограничавају учешће страних компанија (са седиштем у ЕУ) у односу на домаће тржиште.⁶ Унапређење система јавних набавки један је од стратешких циљева сваке државе, јер се на тај начин омогућава остваривање других стратешких циљева као што су: економски развој и привредни раст, запошљавање и социјална заштита, побољшање услова живљења и рада, подстицање страних улагања итд.⁷

4 Од почетка уређивања ове области, законодавство ЕУ је, у зависности од области у питању, прибегло одвојеном регулисању поступка јавних набавки. Сходно томе, данас су набавке радова, добара и услуга у тзв. класичном јавном сектору регулисане посебно у односу на набавке у тзв. комуналном сектору, сектору водопривреде, енергије, транспорта и поштанских услуга, тако да су тренутно јавне набавке на нивоу Европске уније регулисане Директивом 2004/18/ЕЗ Европског парламента и Већа од 31.3.2004. године о координацији поступака за доделу уговора о јавној набавци радова, јавној набавци роба и јавној набавци услуга и Директивом 2004/17/ЕЗ Европског парламента и Већа од 31.3.2004. године која координира поступке набавки органа који послују у сектору вода, енергије, транспорта и поштанских услуга. Поред тога Директива 2009/81/ЕЗ прописује да поступке за доделу одређених уговора о извођењу радова, уговора о прибављању добара и услуга координирају наручиоци или субјекти на подручју одбране и безбедности. Поред њих на снази су и две директиве које регулишу област ревизије уговора закључених у поступку јавне набавке – Директива 89/665/ЕЕЗ о „класичном сектору“ и Директиву 92/13/ЕЕЗ о „комуналном сектору“, измењена Директивом 2007/66/ЕЗ.

5 Европска комисија, Правила за поступке јавних набавки при поступку доделе уговора о јавним набавкама (*The Rules Governing the Procedure in the Award of Public Procurement Contracts*), 1997.

6 Мариан Лемке, *Директиве Европске уније о јавним набавкама*, Ефикасност коришћења јавних средстава, Програм подршке ЕУ систему јавних набавки у Босни и Херцеговини – друга фаза, стр. 13, доступно на адреси: www.javnenabavke.ba.

7 О стандардима ЕУ у овој области види: Гасми Гордана, „Нови ЕУ стандарди о јавним набавкама радова, роба и услуга и значај за Србију“, *Право и привреда*, вол. 46, бр. 1–4, 2009, стр. 570–582.

Унапређење система јавних набавки није нимало лак задатак за државу. Мудро трошење новца пореских обвезника и одсуство, односно смањење корупције, успостављање одговорности и контроле у овој области јесу приоритетни циљеви којима треба težити. С друге стране, неопходност за правовременим задовољењем потреба крајњих корисника чини да начело ефикасности буде у рангу са осталим начелима која одликују сваки систем јавних набавки, попут начела транспарентности, економичности, конкуренције и једнакости понуђача односно недискриминације.

Начин на који ће држава прибавити добра, услуге или радове од понуђача зависи од више околности. На одређивање методе куповине с једне стране утиче постојећа правна регулатива, расположиве могућности и финансијска средства. С друге стране на одређивање начина свакако утичу и фактори попут потреба једног друштва, капацитета потенцијалних понуђача и конкуренције међу њима. Како се ради о трошењу јавних средстава, најприродније је да сама процедура избора најповољнијег понуђача буде транспарентна и отворена за све заинтересоване субјекте, уз једнак третман свих понуђача. Отвореност поступка је најбољи начин за помирење два циља јавних набавки, економичности и ефикасности у погледу трошења јавних средстава и адекватног задовољења потреба крајњих корисника до које се долази захваљујући адекватној конкуренцији. Свакако да се највећи степен транспарентности и конкуренције постижу у отвореном поступку, који по самом називу указује на могућност учествовања свих заинтересованих субјеката.

Отворени поступак представља поступак који може допринети избору најквалитетнијих услуга, роба или радова по најповољнијој цени. Његов антипод у материји јавних набавки јесте преговарачки поступак као врста поступка у коме је наручилац у позицији да на релативно брз начин изабере понуђача, али који нажалост може ићи на уштрб уштеде средстава, обзиром да је овај поступак мање транспарентан од других поступака, те стога оставља велики простор за субјективно и арбитрерно поступање наручиоца. Истовремено, ова врста поступка са собом носи велики ризик и опасност од појаве и ширења корупцијске праксе, тако да његова неправилна примена може да доведе до озбиљног нарушавања тржишта једне земље.

Како је јасно да ова врста поступка носи са собом пуно слабости и опасности, може се поставити питање: Зашто се онда оваква врста поступка уопште спроводи? Наиме, некада примена других поступака (отвореног или рестриктивног) неће довести до успешног окончања и избора најповољније понуде, односно до закључења уговора. У одређеним случајевима друге врсте поступка су практично непримењиве. Такав је на пример случај набавки које се спровode услед непредвидивих околности.

сти, околности које се не могу довести у везу са наручиоцем. У оваквим ситуацијама фактички би било немогуће набавити добра, услуге или радове на други начин, изузев у преговарачком поступку. Коришћење редовног поступка неће резултирати благовременим задовољењем потреба корисника и упркос транспарентности, неће остварити сврху и циљ. Није искључена ни ситуација да набавку може пружити само један понуђач, када би спровођење редовног поступка јавних набавки било апсолутно неоправдано и нецелисходно са становишта трошења јавних средстава и времена.⁸

Из ових и њима сличних разлога, сваки национални систем јавних набавки предвиђа и уређује преговарачки поступак уз истовремено предвиђање многих ограничења која се морају поштовати. Правна регулатива, основано, отворени и преговарачки поступак ставља у однос правила и изузетка, а у основи овакве регулативе јесте тежња да се преговарачки поступак спроводи у пракси ретко, управо због опасности од његове неправилне примене и евентуалних последица које његова неправилна примена може проузроковати.

С друге стране, ова врста поступка, упркос његовој изузетној примени, има своје предности и, у одређеним случајевима посредством употребе адекватног начина преговарања, може допринети значајним уштедама.⁹

II Преговарачки поступак

1. Појам и обележја преговарачког поступка

Закон о јавним набавкама Републике Србије (у даљем тексту: ЗЈН РС) дефинише преговарачки поступак као поступак у којем наручилац непосредно преговара са једним или са више понуђача о елементима уговора о јавној набавци.¹⁰ Директива ЕУ 2004/18/ЕЗ дефинише преговарачке поступке као поступке у којима се наручилац обраћа понуђачима по властитом избору и договара услове уговора с једним или више њих.¹¹

8 Поступка со преговарање со и без објављивање на оглас, Биро за јавни набавки, Министерство финанси Републике Македоније и USAID, стр. 5.

9 Види више о предностима преговарачког поступка у јавном, али и у приватном сектору: Patric Bajari, Robert McMillan, Steven Tadelis, „Auction versus Negotiation in Procurement – An Empirical Analysis“, Stanford University, Department of Economics, October 18, 2002, доступно на адреси <http://papers.ssrn.com>.

10 Члан 2, став 1 тачка 8 ЗЈН РС.

11 Види члан 1(11) (д) Директиве 2004/18/ЕЗ.

Преговарачки поступак представља врсту поступка јавне набавке у коме наручилац преговара са понуђачем/има како би учинио да понуде буду што повољније, односно како би добио најповољнију понуду. Сам назив овог поступка указује на његову главну карактеристику, а то је преговарање. Код преговарачког поступка акценат је управо на преговарању и могућности да се посредством преговарања измени иницијална понуда. Том приликом предмет преговарања је најчешће понуђена цена, али неретко се дешава да предмет преговарања буду (укључујући понуђену цену или не) и понуђени рок испоруке добра, рок пружања услуге или извођења радова, гарантни рок, неки други елемент критеријума односно елемент будућег уговора.

Независно од тога, око чега се преговара, у преговарачком поступку увек постоји могућност измене понуде, док начело ефикасности и економичности у употреби јавних средстава налаже наручиоцима обавезу да преговарањем створе резултат који се огледа у измени првобитних понуда, али тако да оне буду повољније. Другим речима, наручиоци не би смели да прихвате оне предлоге понуђача који би већ поднету понуду учинили неповољнијом. Основне карактеристике преговарачког поступка јавне набавке најбоље ће се схватити уколико се он упореди са отвореним поступком јавне набавке.¹²

2. Однос преговарачког поступка са отвореним поступком јавне набавке – однос правила и изузетка

ЗЈН РС дефинише отворени поступак као поступак у којем сва заинтересована лица могу поднети понуду.¹³ Употреба отвореног поступка обезбеђује највећи степен транспарентности и конкуренције, који, судећи по називу, указује на могућност и право учествовања свих заинтересованих субјеката и обавезу наручиоца на објављивање јавног позива за прикупљање понуда. Дакле, сва лица која имају правни интерес за закључивање уговора о јавној набавци могу да поднесу понуду, на начин и под условима предвиђеним у јавном позиву и у конкурсној документацији.

12 Више о поступцима јавних набавки у Републици Србији види: Павловић Ђорђе, Надежда Митровић-Житко, *Јавне набавке у Србији*, Институт за економику и финансије, Београд, стр. 145–204, више о поступцима јавних набавки у земљама чланицама ЕУ види: The SIGMA Programme — Support for Improvement in Governance and Management and the European Union, Joint initiative of the OECD and the EU, principally financed by EU, *Public Procurement Brief 10, What are the Public Procurement Procedures and When Can They Be Used?*, Paris, 2011.

13 Члан 2 тачка 6 ЗЈН РС.

Имајући у виду речено, однос отвореног поступка са преговарачким може се посматрати из два угла будући да постоје и две врсте преговарачког поступка, са и без објављивања јавног позива.

Пре свега, ЗЈН РС таксативно предвиђа у којим се случајевима може спроводити преговарачки поступак јавне набавке, наводећи посебно правне основе за спровођење преговарачког поступка са објављивањем јавног позива и правне основе за спровођење преговарачког поступка без објављивања јавног позива. Набрајање у ЗЈН РС, позитивном законском енумерацијом, представља последицу изузетности ове врсте поступка јавне набавке, чињенице да је преговарачки поступак ипак само изузетан поступак, чија је примена ограничена на тачно одређене случајеве и који је дозвољен уз испуњење тачно одређених услова, те наручиоци не могу спровести преговарачки поступак јавне набавке уколико своју потребу за набавком добара, услуга или радова не могу подвести под неки од таксативно наведених случајева. Следствено томе, последица оваквог решења јесте и обавеза наручиоца да у одлуци о покретању поступка, а за разлику од отвореног поступка, наведе поред осталих обавезних елемената и разлоге који ће оправдати примену преговарачког поступка,¹⁴ а који се могу подвести под један од прописаних основа за његово спровођење. Такође, битно је напоменути да се услови за његово спровођење не смеју тумачити у ширем смислу, како то наручиоци често чине, већ их треба тумачити у складу са основним правилом да се изузеци уско тумаче (*exceptiones non sunt extendendae*). Сходно наведеном, наручиоци не би смели значење једног изузетног правила, проширивати ни путем аналогије, ни путем екстензивног тумачења како би и неке друге случајеве, фразулозно подвели под одређени правни основ. С друге стране, отворени поступак јавне набавке се може користити увек, без испуњавања неких посебних услова који се захтевају за спровођење преговарачког поступка јавне набавке.

Друга разлика се огледа у специфичности конкурсне документације која, поред елемената који су обавезни за конкурсну документацију у отвореном поступку, мора да садржи и елементе уговора о којима ће се преговарати, као и начин преговарања.¹⁵

Затим, трећа разлика се тиче рокова за подношење понуда који су, код преговарачког поступка, краћи у односу на рокове прописане за спровођење отвореног поступка.¹⁶

14 Члан 28 став 2 ЗЈНРС.

15 Више о техникама преговарања види: Public Procurement Directorate, *Public Procurement best practice Guide*, Republic of Cyprus, 2008, стр. 23–25.

16 Када је у питању преговарачки поступак јавне набавке, ЗЈН РС садржи одредбу о року за подношење понуда у преговарачком поступку са објављивањем јавног

Четврта разлика је процедуралне природе. За разлику од отвореног поступка јавне набавке, преговарачки поступак се у оба случаја, било да се ради о преговарачком поступку са објављивањем јавног позива или без, увек спроводи у две фазе, док је отворени поступак једноступен. У отвореном поступку наручилац објављује јавни позив за прикупљање понуда, поставља услове за учешће у поступку у конкурсној документацији и, након оцене и примене критеријума за оцену понуда, бира најповољнију понуду. Као и код отвореног поступка, у првој фази преговарачког поступка наручилац објављује јавни позив односно упућује позив за подношење понуда, одређује услове за учествовање и критеријум за доделу уговора у јавној набавци, али и елементе уговора о којима ће се преговарати као и технику преговарања. У првој фази, наручилац испитује да ли су понуђачи доказали да испуњавају постављене услове и ако јесу позива их да учествују у другој фази поступка – преговарању. Управо је ова друга фаза поступка оно што је највећа специфичност његовог вођења. За разлику од отвореног поступка, где нема места преговарању са понуђачима, где се након отварања понуда оне прихватају или одбијају без могућности њихових измена и уз једину могућност тражења појашњења и/или исправки рачунских грешака у понуди, код преговарачког поступка акценат је управо на преговарању и могућности да се посредством преговора измени иницијална понуда.¹⁷ На крају, када је у питању преговарачки поступак са објављивањем јавног позива, постоји сличност са отвореним поступком у делу објављивања јавног позива и позивања свих заинтересованих понуђача да поднесу понуде, што значи остварење високог

позива, који не може бити краћи од 25 дана од када је јавни позив објављен у Службеном гласнику Републике Србије. Одребе о дужини рока за подношење понуда у преговарачком поступку без објављивања јавног позива ЗЈН РС не садржи. ЗЈН РС само предвиђа да се рок за подношење понуда рачуна од дана када је позив за подношење понуда послат понуђачима. Одређивање дужине рока у овом случају препуштено је наручиоцима, који с друге стране морају водити рачуна да потенцијалним понуђачима оставе довољно времена како би могли да припреме исправну понуду.

- 17 Код преговарачког поступка, током преговарања, наручилац је дужан да осигура једнак третман свих понуђача, пружајући свима исте информације, које не сме износити на дискриминаторски начин, давајући предност неким у односу на друге. У току конкурентског дијалога, као врсте поступка који предвиђа Директива 2004/18/ЕЗ, поред овога, постоји и обавеза наручиоца да у току процеса не износи податке које се односе на предложена решења и поверљиве информације, а без сагласности учесника. Више о конкурентском дијалогу и сличностима и разликама између конкурентског дијалога и преговарачког поступка види: Mocknton Chamber, *Round-table Procurement Session: Competitive Dialogue & Negotiated Procedure*, May 2006 и *Конкурентни дијалог*, Биро за јавни набавки, Министарство финансија Републике Македоније и USAID.

степенача начела транспарентности и удовољавању начелу обезбеђења конкуренције.¹⁸ Основна разлика између отвореног поступка и преговарачког без обзира на његову врсту, као што је већ поменуто, огледа се у могућности да се у преговарачком поступку поднете понуде измене у делу за који је одређено да ће се преговарати (најчешће о цени).

3. Врсте преговарачког поступка

Разликујемо две врсте преговарачког поступка и то:

- 1) преговарачки поступак са претходним објављивањем јавног позива и
- 2) преговарачки поступак без претходног објављивања јавног позива.

Иако се чини да је разлика између ове две врсте преговарачког поступка очигледна и да се она састоји у томе што у првом случају наручилац објављује јавни позив за прикупљање понуда, а у другом наручиоци имају слободу да одаберу потенцијалне понуђаче (некада и само једног) коме ће упутити позив за подношење понуде, она има много већи суштински значај по природу поступка јавне набавке. Наиме, код преговарачког поступка са објављивањем јавног позива, претпоставља се да конкуренција за доделу уговора међу понуђачима постоји и да у фази преговарања треба тачно одредити будуће елементе уговора. То даље значи висок степен остварења начела транспарентности и конкуренције у току преговарачког поступка. Отуда, пошто је јавни позив објављен, сваки привредни субјект, који има интерес да учествује у поступку може поднети понуду као и у другим транспарентним поступцима. Поједини аутори истичу да преговарачки поступак са објављивањем јавног позива није мање конкурентан поступак у поређењу са отвореним или рестриктивним поступком.¹⁹

У преговарачком поступку без претходног објављивања јавног позива, ситуација је другачија, јер се претпоставља да нема довољно привредних субјеката који би извршили јавну набавку, односно да се конкуренција не може обезбедити или пак наручиоци немају довољно времена за спровођење транспарентније процедуре упркос постојању адекватне конкуренције, а могуће је и да се ради и о додатним услу-

18 О повезаности права конкуренције и права јавних набавки види: Grith Skovgaard Olykke, „How does the Court of Justice of the European Union pursue competition concerns in a public procurement context“, *Public Procurement Law Review*, Issue 6/2011, стр. 179–191.

19 Peter Trepte, *Public Procurement in the EU – a Practitioners Guide*, second edition, Oxford University Press, USA, 2007, стр. 385.

гама, добрима или радовима, када би се са становишта ефикасности и економичности, објављивање јавног позива и последично већи протек времена, сматрао нецелисходним.

ЗЈН РС предвиђа три случаја у којима се може водити преговарачки поступак са објављивањем јавног позива и једанаест случајева у којима се може спроводити преговарачки поступак без објављивања јавног позива, док Закон о подстицању грађевинске индустрије Републике Србије у условима економске кризе²⁰ предвиђа још један.

У односу на друге врсте поступка, као што је поменуто, обе врсте преговарачког поступка (са и без објављивања јавног позива) сматрају се изузетним поступцима, али се посебно преговарачки поступак без објављивања јавног позива (због одсуства транспарентности и конкуренције међу понуђачима) сматра поступком који наручиоци не би требало да користе, осим ако је ситуација таква да је објективно немогуће доделити уговор о јавној набавци посредством спровођења другог поступка јавне набавке, а постоји испуњеност одређених услова. Дакле, оваква процедура би требало да буде последњи избор за сваког наручиоца. Због тога директиве ЕУ (2004/17/ЕЗ и 2004/18/ЕЗ)²¹ употребу преговарачког поступка без претходног објављивања строго ограничавају на тачно одређене ситуације и то не само за класичан јавни сектор, као што је случај са преговарачким поступком са објављивањем позива, већ и у областима водопривреде, енергетике, рударства, телекомуникација и саобраћаја.²²

II Изузетна хитност као основ за спровођење преговарачког поступка без објављивања јавног позива

Одредба 24 став 1 тачка 4 ЗЈН РС предвиђа да је наручиоцу дозвољено спровођење преговарачког поступка без објављивања јавног позива када не може да поступи у роковима одређеним за отворени или рестриктивни поступак, због изузетне хитности проузроковане ванредним околностима или непредвиђеним догађајима, чије наступање ни у ком случају не зависи од његове воље.

Услови чија се испуњеност у овом случају захтева су:

- 1) постојање ванредних околности односно непредвиђеног догађаја,

20 Службени гласник РС, бр. 45/10.

21 Члан 40 (3) Директива 2004/17/ЕЗ.

22 Р. Трепте, *нав. дело*, стр. 386.

- 2) крајња хитност односно неодложна потреба наручиоца за набавком добра, услуге или радова који стога не може да поступи у роковима одређеним за отворени или рестриктивни поступак, и
- 3) постојање узрочне везе између ванредних околности односно непредвиђених догађаја и крајње, изузетне хитности – није довољна само хитна потреба наручиоца да набави добро, услугу или радове, већ хитност мора бити проузрокована непредвиђеним околностима или ванредним догађајима.

У домаћој, али и међународној пракси има бројних примера неоснованог спровођења преговарачког поступка из разлога хитности. Најчешће наручиоци стављајући у први план само хитну потребу за набавком, занемарују услов постојања узрочне везе између хитне потребе и ванредних околности или непредвиђених догађаја.

Узмимо за пример установу за предшколско образовање која сваке године набавља храну за децу или здравствену установу која набавља лекове. Имајући у виду делатност којом се ови наручиоци баве, исти не могу себи дозволити да остану без наведених добара, те сходно томе имају обавезу да поступке за набавку добара планирају, покрену и спроведу благовремено, узимајући у обзир све евентуалне реметилачке факторе (попут подношења захтева за заштиту права или недостатка добра на тржишту). Обзиром да наведени наручиоци сваке године или више пута годишње спроводе набавке предметних добара, они се не могу позивати на чињеницу недостатка и хитне потребе за лековима или храном, јер та хитност није проузрокована околностима које су ванредне и које наручилац није могао да предвиди, већ управо обрнуто. Није, дакле, довољно да наручилац не може да поступи у роковима одређеним за отворени или рестриктивни поступак због тога што поступак јавне набавке није покренуо на време, а могао је. Потребна је објективна немогућност наручиоца да поступи у наведеним роковима, постојање околности које није могао да предвиди и чије наступање није могао да спречи односно како се у Директиви 2004/18/ЕЗ наводи: „Околности којима се оправдава крајња хитност не смеју ни у ком случају бити доведене у везу са наручиоцем“.²³

С друге стране, ако би се радило о случају здравствене установе која је остала нпр. без апарата који је неопходан за лечење болести – епидемије у погледу које је проглашен највиши степен опасности по живот и здравље људи, постојала би хитност услед ванредне околности која не зависи од воље наручиоца. С тим у вези, интересантан је пример из домаће праксе који је школски пример постојања крајње

23 Члан 30(1)(ц) Директиве 2004/18/ЕЗ.

хитности проузроковане ванредним околностима. Наиме, у поступку јавне набавке добра – рендген апарата, наручилац је покушао да у отвореном поступку јавне набавке, као основном поступку, набави предметно добро. Отворени поступак окончан је усвајањем захтева за заштиту права понуђача. Након тога наручилац је покренуо преговарачки поступка без објављивања јавног позива из разлога хитности, док је као ванредну околност навео пандемију грипа А(Н1Н1). У наведеном случају наручилац је био оперативним планом Завода за јавно здравље одређен за смештај оболелих од грипа. По избору најповољније понуде, незадовољни понуђач уложио је захтев за заштиту права у којем је, између осталог, оспорио и постојање основа за спровођење ове врсте поступка. Одбијајући захтев понуђача, Републичка Комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки, истакла је: „да је наручилац могао и раније да, уместо претходно безуспешно спроведене јавне набавке предметног апарата у отвореном поступку, искористи могућност за покретање преговарачког поступка по хитности, у смислу члана 24 став 1 тачка 4 ЗЈН, и то одмах након што је исти одређен наведеним планом као једна од институција за смештај оболелих од очекиваног грипа А(Н1Н1), јер је несумњиво да предвиђена пандемија грипа А(Н1Н1) представља ванредну околност чије наступање ни у ком случају не зависи од воље наручиоца, и да је било неопходно да наручилац на најбржи начин спроведе поступак набавке рендген апарата неопходног за лечење становништва, у смислу члана 24 став 1 тачка 4 ЗЈН РС“.²⁴

Нису ретки случајеви у пракси наручилаца да захтеве за заштиту права понуђача и немогућности за благовременом набавком која је последица тога, третирају као непредвиђени догађај односно ванредну околност која не зависи од њихове воље и да сходно томе прибегну спровођењу преговарачког поступка из разлога хитности. Захтев за заштиту права није околност на коју наручилац није могао да утиче односно коју није могао да предвиди. Ово стога што је, још у моменту када се одлучио за покретање поступка, наручиоцу била позната околност да понуђачи који буду учествовали у наведеном поступку имају законско право да у било којој фази поступка поднесу захтев за заштиту права, те да поднети захтев за заштиту права задржава све даље активности наручиоца до доношења одлуке о истом, у смислу одредбе члана 108 став 1 ЗЈН РС. Стога је наручилац дужан да ову околност узме у обзир и да благовремено покрене поступак јавне набавке, како би на време спровео исту.²⁵

24 Види Решење број 4–00–749/2009 године од 5.1.2010. године, Републичке комисије за заштиту права понуђача Управе за јавне набавке Републике Србије.

25 Види Решење број 4–00–1042/2010 од 28.10.2010. године, Републичке комисије за заштиту права понуђача Управе за јавне набавке Републике Србије.

Наручиоци често као ванредну околност или непредвиђени догађај третирају и неуспели отворени или рестриктивни поступак. Наиме, може се десити да у отвореном поступку наручилац нема ниједну исправну, одговарајућу и прихватљиву понуду. У таквој ситуацији, дужност је наручиоца да отворени поступак јавне набавке обустави.²⁶ Имајући то у виду, поставља се питање да ли онда наручилац, због потребе задовољења потреба крајњих корисника, може оправдано спровести преговарачки поступак из разлога хитности. У оваквој ситуацији такво поступање наручиоца, не би имало свој правни основ и не би било оправдано. Истоветно са поменутиим случајем, третирање захтева за заштиту права као ванредне околности односно непредвиђеног догађаја, случај обуставе поступка јавне набавке из разлога што није приспела ниједна исправна, одговарајућа и прихватљива понуда, не може се оквалификовати као околност чије наступање наручилац није могао да предвиди или спречи.

Недостатак исправних, одговарајућих и прихватљивих понуда није појава коју наручилац не може да предвиди, већ управо обрнуто. Недостатак једне исправне, одговарајуће и прихватљиве понуде, као услова за избор најповољније понуде јесте околност на коју је наручилац дужан да рачуна, те да сходно томе, са планирањем и покретањем поступка, крене знатно раније како себе не би довео у позицију да не може да поступи у роковима предвиђеним за отворени или рестриктивни поступак. С друге стране, и да је такву могућност превидео, односно да на то није рачунао, он је могао то да спречи. Повезивање са тржиштем и анализа свих могућих ризика, као и одговорно и стручно поступање наручиоца без сумње, спречава овакве појаве. Могуће је да наручилац нема ниједну исправну понуду, јер је поставио услове који нису у логичној вези са предметом јавне набавке и/или који су дискриминаторски, а да се на то у току рока за подношење понуде од стране понуђача не реагује. Није искључена ни могућност да је конкурсна документација састављена нејасно и/или противуречно, и да као таква оставља простор за субјективно или арбитрерно поступање наручиоца односно поступајуће комисије у фази стручне оцене понуда и то на начин да оставља простор за одбијање свих понуда као неисправних и/или неодговарајућих. С друге стране, произвољно и нестручно одређена процењена вредност, може исправну и одговарајућу понуду лако учинити неприхватљивом. По слову закона прихватљива понуда је она која је благовремена, исправна и одговарајућа, која не ограничава, нити условљава права наручиоца или обавезе понуђача и која не прелази износ процењење вредности конкретне јавне набавке.²⁷ У пракси се често

26 Члан 79 ЗЈН РС.

27 Члан 2 став 1 тачка 19 ЗЈН РС.

дешава да понуде буду исправне, одговарајуће, да не ограничавају, нити условљавају права наручиоца или обавезе понуђача, али да прелазе износ процењене вредности, што их може учини неприхватљивим, а по дискреционој оцени наручиоца. Али у свакој јавној набавци, питање процењене вредности често може бити дискутабилно и њена одређена вредност доведена у питање, нарочито ако је већина приспелих понуда доста изнад процењене вредности.

Битно је истаћи да преговарачки поступак без објављивања јавног позива, а из разлога хитности није једини случај преговарачког поступка. Према решењима ЗЈН РС,²⁸ наручилац може користити преговарачки поступак, али са објављивањем јавног позива, ако у отвореном или у другој фази рестриктивног поступка добије све неисправне и/или неприхватљиве понуде под условом да се првобитно одређени услови за учешће у поступку, техничке спецификације и критеријуми за избор најповољније понуде не мењају.

Исто тако може спроводити и преговарачки поступак, без објављивања јавног позива ако у отвореном или другој фази рестриктивног поступка није добио ниједну понуду, односно у првој фази рестриктивног поступка ниједну пријаву, или су све понуде неодговарајуће, под условом да се првобитно одређен предмет јавне набавке и услови за учешће у поступку, техничке спецификације и критеријуми за избор најповољније понуде не мењају.²⁹

Чест разлог који наручиоци користе као ванредну околност или као непредвиђени догађај ради спровођења преговарачког поступка из разлога хитности, јесте и раскид уговора као начин његовог престанка. Раскид уговора може бити споразумни и једностранни. До споразумног раскида уговора долази када странке не желе остварење правног дејства због кога су уговор и закључиле.³⁰ У контексту јавних набавки и преговарачког поступка из разлога хитности, споразумни раскид уговора не може се третирати као ванредна околност односно непредвиђени догађај који је проузроковао крајњу хитност услед које наручилац не може да поступи у роковима предвиђеним за отворени или рестриктивни поступак. Ово стога што је један од кључних услова то да крајња хитност никако није доведена у везу са наручиоцем, односно околностима које су у вези са њим, што се не може рећи за случај споразумног раскида уговора, када дакле обе стране, и наручилац поред понуђача, не желе остварење правног дејства због кога су уговор и закључиле. Јер уколико за реализацијом уговора о јавној набавци нема више потребе,

28 Члан 23 став 1 тачка 1–3 ЗЈН РС.

29 Члан 24 став 1 тачка 1 ЗЈН РС.

30 Слободан Перић, *Облигационо право*, Београд, 1980, стр. 487.

не може се говорити ни о изузетно хитној потреби за набавком нечега што је био предмет споразумно раскинутог уговора.

Друга је ситуација уколико се ради о једностраном раскиду уговора. До њега може доћи из узрока који су законом предвиђени или који су предвиђени вољом странака. Најважнији случајеви једностраног раскида уговора јесу раскид уговора због неиспуњења и раскид уговора због промењених околности. У контексту преговарачког поступка из разлога хитности и једностраног раскида уговора значајно је узети у обзир и разликовати следеће ситуације:

- када постоји потпуно неиспуњење уговорне обавезе на страни наручиоца,
- када постоји потпуно неиспуњење уговорне обавезе на страни друге уговорне стране – понуђача,
- када постоји делимично неиспуњење уговорне обавезе на страни наручиоца,
- када постоји делимично неиспуњење уговорне обавезе на страни друге уговорне стране понуђача,
- да ли постоји обавеза остављања накнадног рока за испуњење уговорне обавезе или не,
- да ли постоје промењене околности које отежавају испуњење обавезе уговорне стране или због којих се не може остварити сврха уговора и
- престанак уговора, услед немогућности испуњења.

Не улазећи овде у питање других последица које би овакво поступање могло проузроковати и дејства раскида уговора (повраћаја у пређашње стање, накнада штете), уколико наручилац не предузима ништа да би своју уговорну обавезу испунио, дакле уколико се понаша као да уговор није закључио (потпуно неиспуњење уговорне обавезе на страни наручиоца) са аспекта права јавних набавки и крајње хитности, ситуација је јасна – она је дефинитивно доведена у везу са наручиоцем. Исто је и када се ради о делимичном испуњењу уговорне обавезе на страни наручиоца. Другачија је међутим ситуација када наручилац не може да испуни уговорну обавезу или касни са тим, због присуства више силе или околности које није могао спречити, отклонити или избећи, а друга уговорна страна једнострано раскине уговор.

Када се, пак, ради о потпуном или делимичном неиспуњењу уговорне обавезе на другој уговорној страни – понуђач, може се радити о крајњој хитности и ванредним околностима које се не могу довести у везу са наручиоцем. Али и у том случају, наручилац има могућност из-

бора између два права, а као странка према којој обавеза није испуњења. То су, право да захтева испуњење уговора и право да раскине уговор. У оба случаја има право на накнаду штете, уколико је проузрокована. Његово примарно право, али у контексту јавних набавки и дужност, је да захтева испуњење уговора. Уколико би захтевао испуњење, али до тога не дође, раскид уговора и последично потреба за реализацијом онога што је било уговорено, карактерисала би се као хитна и не би била доведена у везу са наручиоцем.

Исто тако, код неиспуњења уговорне обавезе на страни понуђача, а у вези са поступањем наручиоца, значајно је питање остављања накнадног рока. Закон о облигационим односима предвиђа да је поверилац дужан оставити накнади, разуман рок за испуњење уговорне обавезе, па тек када дужник и у том накнадном року не испуни обавезу, наступа раскид уговора.³¹ Смисао овакве одредбе је у томе да се уговор одржи на снази. Међутим, до раскида може доћи и без обавезе остављања накнадног рока,³² али независно од облигационоправне дужности и облигационе последице непоштовања ове одредбе, иако нешто слично није прописано ЗЈН РС, околност која би могла бити непредвиђена и ванредна, дакле раскид уговора, би се услед наручиоцевог непоштовања обавезе остављања накнадног рока, претворила у ону која се доводи у везу са наручиоцем.

Раскид уговора због промењених околности регулисан је чланом 133 Закона о облигационим односима, који предвиђа да ако после закључења уговора наступе околности које отежавају испуњење обавезе једне стране или ако се због њих не може остварити сврха уговора, а у једном и у другом случају у тој мери да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би по општем мипљењу било неправично одржати га на снази такав какав је, страна којој је отежано испуњење обавезе, односно страна која због промењених околности не може остварити сврху уговора може захтевати да се уговор раскине. Раскид уговора, не може се захтевати ако је страна која се позива напромењене околности била дужна да у време закључења уговора узме у обзир те околности или их је могла избећи или савладати. Поред осталих претпоставки чије се испуњење захтева у кумулативном смислу, битна је дакле и чињеница изванредност догађаја, постојање одступања од редовног тога ствари, јављање околности које се приликом закључивања уговора нису могле предвидети или узети у обзир, односно које странка није могла избећи или савладати попут на при-

31 Закона о облигационим односима (Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и Сл. лист СРЈ, бр. 31/93), чл. 125, 128.

32 Више о раскиду без остављања накнадног рока види: С. Перић, *нав. дело*, стр. 511.

мер: природних догађаја, управних мера или економских појава – нпр. флукуација цена. Овакве околности, односно догађаји представљају основ за раскид уговора, уколико се због тога не може остварити сврха уговора или уколико то доводи до отежаног испуњења обавезе једне стране. Промењене околности не морају нужно довести до раскида уговора, обзиром да ЗОО предвиђа да се уговор неће раскинути ако друга страна понуди или пристане да се одговарајући услови уговора правично измене.³³ Уколико би се, на пример у условима економске кризе, радило о неочекиваном порасту цена производа чија је испорука предмет уговора о јавној набавци, може се десити да понуђач као уговорна страна буде у позицији да, због промењених околности, захтева раскид уговора, али пре његову измену ради прилагођавања новонасталој ситуацији. Када се, као у овом случају ради о питању промена цена, када се она мења тако да буде већа него што је првобитно уговорена, наручиоци могу бити скептични код измена уговора о јавној набавци у делу цене, а ово нарочито што је најнижа понуђена цена критеријум за избор најповољније понуде или је пак узета као елемент критеријума.³⁴ Али како је у основи код оваквих случајева еквивалентни однос узајамних престација поремећен до те мере да је извршење обавезе, услед присуства непредвиђеног и изванредног догађаја, за једну страну постало претерано тешко, онда је правилно да се такав уговор ревидира и прилагоди новонасталим околностима,³⁵ а нарочито са становишта принципа еквивалентности које полази од начела једнаке вредности узајамних давања код двострано обавезних уговора, какви су уговори о јавним набавкама и које је у нашем уговорном праву прихваћено. Уколико би се десило да до раскида уговора дође због тога што понуђач као уговорна страна не жели да се уговор ревидира, а постојала је воља наручиоца за тим, такав раскид био би нешто што се може оквалификовати као ванредна околност или непредвиђени догађај који се не може довести у везу са наручиоцем, а услед којих он не може поступити у роковима за отворени или рестриктивни поступак.

Спровођење преговарачког поступка из разлога хитности, на страни наручиоца, апсолутно је оправдано ако је у вези са престанком

33 Члан 133 став 4 ЗОО.

34 У пракси се дешава да наручиоци пондеришу и услове плаћања као елемент критеријума, што се опет везује за цену, њену исплату. Тако се, на пример може предвидети да ће највећи број пондера добити онај понуђач који понуди више рата у систему отплате на рате. Уколико би понуда одређеног понуђача, захваљујући највећем броју рата за отплату које је понудио, била изабрана као најповољнија управо из тог разлога, а након одређеног времена у току реализације уговора, дође до промена цена, њиховог наглог скока, на страни понуђача као уговорне стране постојаће промењене околности које му отежавају испуњење уговора.

35 С. Перић, *нав. дело*, стр. 492.

уговора услед немогућност испуњења, а због околности које се не везују за одговорност уговорника, као што је на пример случај више силе.

Поред наведених разлога, наручиоци наводе и управне мере попут инспекцијског налога, неусвајање финансијског плана или кашњење у усвајању Програма пословања, квар на опреми или хаварије као непредвиђени догађај односно ванредну околност која правда спровођење преговарачког поступка из разлога хитности. Не улазећи у образлагање оправданости разлога, на наручиоцу је увек обавеза и одговорност обезбеђивања адекватног доказног средстава којим ће правдати своје поступање. Случајеви више силе, елементарне непогоде и природни догађаји, суша, град, снег, земљотрес, поплаве, олује јесу нешто што се дефинитивно сматра ванредним догађајем или непредвиђеном околношћу. Али чак и у тим случајевима, може се десити неправилно поступање наручиоца, у смислу злоупотребе тих околности, ради набавке нечега у условима смањене транспарентности и конкуренције. Ово из разлога што није битна само провера и доказивање постојања ванредних околности или непредвиђених догађаја, већ је неопходно доказати да је постојала крајња хитност односно неодложна потреба наручиоца за набавком одређеног добра, услуге или радова, да између потребе и наведених околности, постоји узрочна веза, те да стога он није могао да поступи у роковима одређеним за отворени или рестриктивни поступак. Сама потреба и постојање ванредних околности односно непредвиђеног догађаја, није довољна ако се не ради о крајњој, изузетној хитности.

Дакле, наручиоци могу на различите начине лако довести себе у позицију да нису у могућности да поступе у роковима који су предвиђени за отворени или рестриктивни поступак и да спроведу преговарачки поступак из разлога хитности која је проузрокована ванредним околностима или непредвиђеним догађајима. Међутим, оно што често забораве јесте да свака хитност није крајња хитност и да свака околност односно догађај који их спречава да спроведу отворени или рестриктивни поступак није ванредни односно непредвиђени. Тако је на пример у 2010. години Управа за јавне набавке примила 925 извештаја наручилаца о спроведеним преговарачким поступцима из разлога хитности, а у складу са чланом 24 став 1 тачка 4 ЗЈН РС. Неправилности су уочене у 39 поступака, укупне вредности 2.101.637.466 динара (20.000.000 евра), док се 60% неправилности односи управо на непостојање законског основа (разлога хитности) за спровођење преговарачког поступка без објављивања јавног позива – наручилац је себе својим поступањем довео у немогућност спровођења редовног (отвореног) поступка.³⁶

36 Извештај о јавним набавкама у Републици Србији за 2010 годину, Управа за јавне набавке, Београд, 2011.

III Контрола наручиоца и заштита права понуђача у „хитним набавкама“

Ефикасност и економичност у трошењу новца пореских обвезника, зависе од нивоа транспарентности, конкуренције у поступцима јавних набавки, равноправности понуђача и њиховог једнаког третмана у току читавог поступка јавне набавке, од једнакости у фази припремања конкурсне документације до једнакости у погледу пружања одговарајуће правне заштите. Остварење начела на којима се заснива сваки систем јавних набавки зависи од понашања наручиоца (још у фази планирања поступка јавне набавке када се, између осталог, одређује и врста поступка).

За разлику од преговарачког поступка са објављивањем јавног позива, преговарачки поступак без објављивања јавног позива је поступак који се карактерише одсуством транспарентности, одсуством конкуренције (потпуно одсуство или је конкуренција минимална) и могућности за субјективним понашањем главних учесника у поступку. Уједно се овај поступак карактерише и недостатком ефикасних механизма за контролу поступања његових учесника и представља погодан амбијент за настанак и ширење корупцијског понашања и корупцијске праксе.³⁷

Специфичност у погледу ове врсте поступка јесте и вид *ex post* мониторинга од стране надлежног органа, обзиром да наручиоцу налаже обавезу да Управи за јавне набавке,³⁸ достави Извештај о тако спроведеном преговарачком поступку, и то у року од три дана од дана доношења одлуке о избору најповољније понуде, у којем посебно морају бити садржани подаци о околностима које оправдавају примену преговарачког поступка. Уколико уочи неправилности, Управа обавештава надлежне органе да изврше провере закључених уговора.

У вези са наведеним, незаобилазно напомињемо да се одредбе ЗЈН РС не разликују од одредаба Директиве 2004/18/ЕЗ којом се уређује

37 Више о корупцију у јавним набавкама и борби против тога види: Радојевић Миодраг, „Антикорупцијске реформе у Србији“, *Српска јолиничка мисао*, бр. 1–2/2005, стр. 79–94; Небојша Ловрић, *Корупција у јавним набавкама*, специјалистички рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008; Marco Celentani, *Corruption and competition in procurement*, Universidad Carlos III de Madrid, 2001.

38 Управа за јавне набавке је посебна организација која обавља стручне послове у области јавних набавки, обезбеђује услове за економичну, ефикасну и транспарентну употребу јавних финансијских средстава за јавне набавке и подстицање конкурентности и равноправности понуђача у поступцима јавних набавки. Види: члан 98 ЗЈН РС, а више о пословима Управе за јавне набавке види у члану 99 ЗЈН РС.

преговарачки поступак из разлога хитности.³⁹ Дакле, у случају преговарачког поступка јавне набавке без објављивања јавног позива, а који се спроводи из разлога хитности, реч је о адекватној имплементацији директиве ЕУ, али када је у питању примена имплементираних одредбе, статистика показује да постоје бројни примери у којима су наручиоци неосновано спроводили преговарачки поступак из разлога хитности.

Ипак, иако се ова врста поступка и то баш по овом правном основу сматра најмање конкурентним и најризичнијим у смислу опасности појаве и ширења корупцијске праске, у којем је транспарентност⁴⁰ угрожена, ако се он упореди са другим врстама поступака јавних набавки, не би се могло рећи да је у питању апсолутно нетранспарентан поступак. Ово стога што је на наручиоцу обавеза да након спроведеног поступка, а у року од три дана од доношења одлуке о избору најповољнијег понуђача, достави ради објаве у Службеном гласнику Републике Србије и на Порталу Управе за јавне набавке, обавештење о избору најповољније понуде, а које мора да садржи податке о предмету јавне набавке, о изабраној понуди и о основу за спровођење поступка.⁴¹ Обавеза објављивања ових података на страни наручиоца има контролну функцију, обзиром да је то начин да се понуђачи, али и шира јавност упозна са спроведеним поступком.

У вези са овим јесте и питање рачунања рока за подношење захтева за заштиту права оних привредних субјеката који су имали интереса да закључе уговор о конкретној јавној набавци, али и других активно легитимисаних лица, попут Управе за јавне набавке, јавног правобраниоца, и државног органа или организације која је овлашћена да врши надзор над пословањем наручиоца у случају повреде јавног интереса.⁴²

У осталим врстама поступка и у случајевима преговарачког поступка са објављивањем јавног позива, незадовољни понуђачи, могу поднети захтев за заштиту права у року од осам дана од дана пријема

39 Више о системима јавних набавки у земљама чланицама ЕУ види: Љубиша Дабић, Боса Ненадић, Владимир Бурић, *Јавне набавке у ујоредном законодавству*, Институт за упоредно право, Београд.

40 Више о остварењу начела транспарентности у току поступка види: Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), The SIGMA Programme — Support for Improvement in Governance and Management and the European Union, *Public Procurement Training for IPA Beneficiaries, the Student's Pack, Modul E, Conducting the Procurement Proces, part 6, Transparency, Reporting, informing tenderers*, Paris, 2010, стр. 348–376.

41 Члан 24, став 2 ЗЈН РС.

42 Више о заштити права понуђача види у: Стеван Лилић, Драган Прија, Александар Лукић, *Заштитна права понуђача у поступку јавне набавке*, Београд, 2004; Тупанчески Никола, Драгана Кипријановска, „Правната заштита на јавните набавки“, *Zbornik PFZ*, бр. 61(2)/2011, стр. 417–440.

одлуке наручиоца.⁴³ Међутим, када је у питању преговарачки поступак који се води из разлога хитности, рок за подношење захтева за заштиту права износи осам дана, али се почетак његовог тока рачуна од дана објављивања обавештења о избору најповољније понуде у Службеном гласнику Републике Србије.

С друге стране, разлози хитности, определили су законодавца да ради убрзаног закључења уговора предвиди и два значајна изузетка од општих правила о закључењу уговора и то непостојање обавезе за наручиоца да чека протек рока за подношење захтева за заштиту права понуђача и непостојање суспензивног дејства поднетог захтева за заштиту права понуђача.⁴⁴

За разлику од других врста поступака где принцип транспарентности омогућава понуђачима који су учествовали у поступку јавне набавке, да изврше увид у податке о спроведеном поступку јавне набавке, чини се да је таква могућност ускраћена привредним субјектима који нису поднели понуду у преговарачком поступку „по хитности“, не зато што нису хтели, него зато што нису били позвани, односно нису знали за његово спровођење. На овакав закључак наводи члан 10 став 3 ЗЈН РС, према коме право на увид у податке о спроведеном поступку јавне набавке, а после доношења одлуке о избору најповољније понуде, одлуке о обустави поступка и одлуке којом се формира листа кандидата у првој фази рестриктивног поступка, има само оно лице које је учествовало у поступку јавне набавке, а уколико поднесе писмени захтев за то у року од два дана од дана достављања одлуке наручиоца. Очигледно се у моменту доношења закона превидело да и лице које није учествовало у преговарачком поступку без објављивања јавног позива, између осталог и преговарачког поступка по хитности и те како може имати интерес да закључи уговор о конкретној јавној набавци и изврши увид у податке о спроведеном поступку јавне набавке. Али како је одређено да се то право омогућава само у случају када је лице које је учествовало у поступку јавне набавке поднело наручиоцу писани захтев у преклузивном року од два дана од дана достављања одлуке наручиоца, јасно је да лицу које није учествовало у њему, није дато право на увид у податке о спроведеном поступку, обзиром да се таквом лицу одлука наручиоца и не доставља. У прилог оваквом закључку иде и већ поменута одредба по којој рок за подношење захтева за заштиту права износи осам дана, али се почетак његовог тока рачуна од дана објављивања обавештења о избору најповољније понуде у Службеном гласнику Републике Србије.

Онемогућавање увида у податке о спроведеном поступку, лицу које није било учесник истог, смањује ионако недовољну транспарент-

43 Члан 107 став 4 ЗЈН РС.

44 Члан 24 став 7 ЗЈН РС у вези са чланом 82 став 5 и чланом 108 став 1 ЗЈН РС.

ност и чини случајеве преговарачког поступка без објављивања јавног позива још мрачнијим. Овакво поступање, несумњиво спречава превентивно деловање на последице евентуалне незаконитости и ништавости уговора који би био закључен противно прописима о јавним набавкама.

У светлу српских евроинтеграција и будућих измена и допуна закона о јавним набавкама, можемо се надати да ће се овакав недостатак, попут многих других, уклонити. До тада, понуђачи се могу користити правима које су им загарантована Законом о слободном приступу информацијама од јавног значаја.⁴⁵

IV Закључак

Одсуство транспарентности и последично, мањи ниво конкуренције у преговарачком поступку (нарочито без објаве јавног позива) редовно ће смањити ионако танку линију између недозвољене директне доделе уговора и дозвољене доделе уговора у преговарачком поступку, па се тако може десити да наизглед незнатна неправилност учини да се преговарачки поступак оквалификује као директна додела уговора, а поступање наручиоца као незаконито и кажњиво. Стога, његово спровођење захтева добро познавање правила која га уређују и ситуација односно разлога који оправдавају његову примену. Подизање свести о поштовању Закона о јавним набавкама, информисаност о правима привредних субјеката који се јављају на страни понуђача и обавезама оних који су на страни наручилаца, од кључне је важности за развој српског система јавних набавки.

Наручиоци често заборављају да се основ адекватног задовољења потреба крајњих корисника налази у благовременом и тачном идентификовању потреба, истраживању тржишта, али и у благовременом планирању јавних набавки. Намерно или нехатно, наручиоци често занемарују ово последње и долазе у ситуацију да услед неопходности за правовременим задовољењем потреба крајњих корисника спроводе преговарачки поступак из разлога хитности. Данашња ситуација у

45 Више о откривању информација у вези са поступком јавне набавке и реализацијом закљученог уговора по његовом спровођењу, а на нивоу ЕУ види: Claire Booth, „Disclosure of Information in Public Procurement Procedures and Issue of Commercial Confidentiality: A note on decision in Veolia ES Nottinghamshire Ltd v Nottinghamshire CC, Concerning Disclosure under the Audit Commission Act 1998“, *Public Procurement Law Review*, бр. 4/2010, стр. NA146-NA148; Elaine Oonan, „Use of Freedom of Information Act 2000 to Obtain Information in Relation to tender Proces and Contracts Awarded by the Public Procurement Sector in England, Wales and Nothern Ireland“, *Public Procurement Law Review*, бр. 4/2010, стр. NA148-NA152.

Србији показује да наручиоци не заборављају само потребу односно обавезу за благовременим планирањем, већ да уједно заборављају и то да преговарачки поступак могу да користе у изузетним, законом прописаним случајевима.

Оно што никако не смеју да забораве, јесте да се њиме могу угрозити основни принципи транспарентности, једнаког третмана и стварне конкуренције, као и да јавни уговори не значе само куповину добра, услуга или радова новцем пореских обавезника, већ да на дужи рок могу имати и, по правилу, имају далекосежне последице, а имајући у виду значај и улогу јавних набавки на економски развој и привредни раст, запошљавање и социјалну заштиту, побољшање услова живљења и рада, подстицање страних улагања и других од општег интереса релевантних области.

Marija VELIČKOVIĆ, MA
Agency for Public Procurement, Belgrade

NEGOTIATED PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURE – CASE OF EXTREME URGENCY AS LEGAL BASE FOR ITS CONDUCTING

Summary

Public Procurements are one of the basic instruments of the market economy. Developing public procurement system is one of the strategic objective of each state, as that is the way for realizing other strategic aims such as economy development and growth, employment and social protection, better life and work standards, encouraging foreign investments, etc. Therefore, in public procurement area, three things are equally important: “What do public authorities buy”, “What do they want to achieve with it” and “What is the way of their buying”. Given the fact it is tax payers money, it is natural that award procedure is transparent and open, providing equal treatment of all interested sides. The best way to achieve it is to use open competition, which is rule in public procurement area. Its opposite is negotiated procedure as a kind of the process which provides time saving awarding public contract. Unfortunately, lack of transparency and space for subjective and public authorities arbitrary when they use negotiated procedure can increase unjustified public expenditures. The advantages and disadvantages of negotiated procedure are a challenge for those who are conduct-

ing it. There will always be a need for recognizing legal base and reasons which can justify the use of negotiated procedure in each case. The importance of justifying is at the top level in terms of negotiated procedure without publication of contract notice, especially in the case of extreme urgency.

Key words: *public procurements, means of public procurement, negotiated procedure, case of extreme urgency.*