

др *Владимир* КОЗАР
доцент Правног факултета за привреду и правосуђе Универзитета
Привредна академија у Новом Саду и специјални саветник у НЛБ
банци а.д. Београд

НЕВАЖНОСТ УГОВОРА О ЈАВНИМ НАБАВКАМА И НАКНАДА ШТЕТЕ

Резиме

У раду су анализирани посебни разлози ништивости и рушљивости уговора о јавним набавкама. Указано је на разлику у односу на оштре разлоге неважности уговора из Закона о облигационим односима. Истиакнути је значај Републичке комисије за заштитну права у поскупцима јавних набавки, у чијој је надлежности иоништење рушљивој уговора. Објашњена су специфична правила посебној ујравној поскупки у коме се остварује заштитна права. За разлику од рушљивих уговора, које ионишава Републичка комисија, за уклањање айсолуино ништивих уговора из јравној поретка иишребна је судска пресуда. У раду је указано да ииштење накнаде стварне иштење и измакле користи, ироузроковане ионуђачу незаконитим поскупцањем у поскупку јавне набавке, није уређено новим Законом о јавним набавкама. Заузет је став да се о захтевима за накнаду иштење одлучује по оштим правилима облигационој права.

Кључне речи: јавне набавке, заштитна права, неважност, ништивост, рушљивост, уговор, накнада иштење.

I Увод

Основни циљ новог Закона о јавним набавкама¹ је обезбеђивање услова за ефикасну употребу јавних средстава, прописивањем јасних процедура за доделу јавних уговора и механизма за спречавање корупције и обезбеђивање конкуренције.² Ради остварења наведеног циља успостављен је нови систем ревизије поступака јавних набавки, кроз реорганизацију и промену овлашћења, начина рада и састава Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки (у даљем тексту: Републичка комисија). Поједностављен је поступак заштите права. Републичкој комисији дата су посебна, нова овлашћења међу којима је право да поништи уговор о јавној набавци. Заштита права у поступцима јавних набавки усклађена је са Директивом 2007/66/ЕЗ, која регулише ревизију поступка јавне набавке.

Закон о облигационим односима познаје две категорије неважећих уговора. Прва категорија су апсолутно ништави уговори који су противни принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима (члан 103). Другу категорију представљају рушљиви (релативно ништави) уговори које је закључила страна ограничено пословно способна, кад је при њиховом закључењу било мана у погледу воље страна, као и кад је то овим законом или посебним прописом одређено (члан 111). Правна теорија разликује још и „*нейосџојеће ујоворе*“, као трећу категорију неважећих уговора,³ коју Закон о облигационим односима не помиње изричито, већ је у наш правни систем уводи посредно, прописујући да се у одређеним случајевима „*смайџра да ујовор није ни настџао*“, односно да „*ујовор није ни закључен*“ – нпр. неспоразум: кад стране верују да су сагласне, а у ствари међу њима постоји неспоразум о природи уговора или о основу или о предмету обавезе (члан 63) или закључење уговора од стране неовлашћеног лица (члан 88).

У Закону о облигационим односима садржани су општи разлози апсолутне и релативне ништавости (рушљивости) уговора. Међутим, Закон о јавним набавкама прописује посебне разлоге неважности уговора о јавним набавкама. Битна новина је то што је поништење рушљивог уговора стављено у надлежност Републичке комисије као посебног управног органа, односно управне организације, са својством правног лица.⁴

1 Закон о јавним набавкама (*Службени гласник РС*, бр.124/2012).

2 Владимир Козар, Тијана Жунџић, „Приказ новог закона о јавним набавкама“, *Радно-правни савешњик*, бр. 2/2013, стр. 77.

3 Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, Научна књига, Београд, 1987, стр. 275.

4 Могућност да управни орган или управна организација поништи правни посао није новина у нашем правном систему. Закон о предузећима (*Службени лист*

II Позив на понуду и форма понуде као битни елементи уговора о јавној набавци

Позив на понуду у одређеној форми битан је део поступка јавне набавке, односно представља обавезну фазу поступка. Позив на понуду представља, поред понуде за закључење уговора и позива на преговоре, један од облика уговорне иницијативе.⁵ Пре 2002. године када је донет први Закон о јавним набавкама⁶ наши позитивни прописи нису одређивали појам позива на понуду, а у судској пракси и делу правне теорије изражен је став према коме се позив на понуду, по свом дејству, у великој мери приближава позиву на преговоре. Истакнуто је да пошљалац позива на понуду није дужан да прихвати понуду заинтересованог лица за закључење уговора, с тим што ће одговорати за штету (обичну штету) ако то учини без основаног разлога.⁷ У циљу ближег одређења позива на понуду и правног дејства, које производи овај облик уговорне иницијативе, у правној теорији наведени су елементи и разлике између појединих облика уговорне иницијативе, случајеви када се уговор закључује на основу позива на понуду и разлике између њих, а анализиран је и правни положаја лица које чини позив на понуду.⁸

Уговор је закључен када су се уговорне стране сагласиле о битним састојцима уговора,⁹ из чега је правна теорија извела закључак да је уговор прихваћена понуда. Понуда је предлог за закључење уговора учињен одређеном лицу, који садржи све битне састојке уговора тако да би се његовим прихватањем могао закључити уговор.¹⁰ Међутим, у одређеним случајевима форма понуде је битан елемент уговора, чије непоштовање може да има за последицу неважност уговора (ништавост или рушљивост). Закључење уговора лицитацијом (јавним надметањем) или прикупљањем писмених понуда је код појединих врста уговора, прописано као обавезна форма понуде и битан елемент уговора.¹¹ Такав

СРЈ, бр. 29/96, 33/96, 29/97, 59/98, 74/99, 9/2001, 36/2002), у члану 398а, који је још увек на снази, прописује да ће Агенција за приватизацију поништити одређене одлуке предузећа које послује већинским друштвеним капиталом, о отуђењу или оптерећењу имовине, донете без њене претходне сагласности.

5 Миодраг Мићовић, „Позив на понуду“, *Право и њивреда*, бр. 3–4/1998.

6 Закон о јавним набавкама (*Службени гласник РС*, бр. 39/2002).

7 Мирослав Врховшек, Владимир Козар, „Давање на коришћење грађевинског земљишта јавним надметањем“, *Судска пракса: југословенски стичручно-информативни часопис*, бр. 9/1997, стр. 8.

8 М. Мићовић, *нав. дело*, стр. 22–30.

9 Закона о облигационим односима, чл. 26.

10 Закон о облигационим односима, чл. 31 ст. 1.

11 Владимир Козар, *Коментар Закона о јавним набавкама*, 2. допуњено издање, Пословни биро, Београд, 2010, стр. 9 и 10.

је случај и са уговором о јавној набавци који је дефинисан као теретни уговор закључен у писаној или електронској форми између наручиоца и понуђача у складу са спроведеним поступком јавне набавке, који за предмет има набавку добара, пружање услуга или извођење радова.¹² Разлика у односу на дефиницију из претходног закона је у томе што нови закон поред писане форме, у одређеним случајевима дозвољава да уговор о јавној набавци буде закључен у електронској форми.

III Управна и судска заштита права у поступку јавне набавке

Питање пуноважности уговора о јавној набавци у блиској је вези за поступком заштите права. Заштита права и то у свим стадијумима поступка јавне набавке остварује се у посебном (управном) поступку.¹³ Овај поступак покреће се посебним правним средством – *захтевом за заштитом права*. Поступак доношења мериторне одлуке је једноступен – одлучују наручилац (државни орган, организација, установа или друго правно лице одређено овим законом (нпр. јавно предузеће) и/или Републичка комисија, а двостепеност је предвиђена за одлучивање по жалбама на процесне закључке наручиоца (којим одбацује захтев као неуредан, неблаговремен, поднет од стране неовлашћеног лица). Против одлуке Републичке комисије не може се изјавити жалба, али се може покренути управни спор, што значи да је одлука Републичке комисије коначна, али не и правноснажна. Дакле, обезбеђена је управна и судска заштита права.

1. Одлучивање Републичке комисије у посебном управном поступку

Чланом 157 прописан је начин одлучивања Републичке комисије и форма одлука које доноси. Републичка комисија одлучује у границама поднетог захтева за заштиту права, али и о повредама за које подносилац захтева није знао, а које су утицале на одлуку наручиоца у поступку јавне набавке. Ово је неопходно, зато што подносилац захтева често нема довољно знања у овој области (нарочито када су у питању преду-

12 Закон о јавним набавкама, чл. 3 тач. 2.

13 Закон о општем управном поступку (*Службени лист СРЈ*, бр. 33/97, 31/01), у члану 3 дозвољава могућност прописивања посебних управних поступака, тако што предвиђа да: „одредбе закона којима се, због специфичне природе управних ствари у појединим управним областима, прописују неопходна одступања од правила општег управног поступка, морају бити у сагласности са основним начелима утврђеним овим законом.“

зетници и мала предузећа), а са друге стране трошкови правне помоћи могу одвратити понуђаче и друга заинтересована лица од подношења захтева.

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

Поред тога, у наведеним случајевима када је законом дозвољена примена истражног начела, изричито је прописано да Републичка комисија може наставити поступак и ако подносилац захтева за заштиту права повуче захтев. У том случају Републичка комисија неће обуставити поступак, применом члана 153 став 4 Закона о јавним набавкама, већ ће наставити и даље водити поступак без захтева овлашћеног предлагача. На овај начин поступак заштите права од акузаторског поступка прелази у једну врсту инквизиторског поступка, који се покренуо на захтев овлашћеног предлагача, односно подносиоца захтева, а после повлачења захтева за заштиту права, даље се наставља и води по службеној дужности. Инквизиторски поступак у нашем правном систему постојао је у Закону о стечају (чл. 150–155) под називом „*Посебан иосиууак у случају дуоитрајне несјособносѝи за йлаћање*“¹⁴ али су те одредбе оглашене неуставним одлуком Уставног суда од 12. јула 2012. године и престале да важе даном објављивања те одлуке.¹⁵

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

14 Владимир Козар, *Коментар сјечајних закона*, Пословни биро, Београд, 2010, стр. 133 и 134.

15 Одлука Уставног суда од 12. јула 2012. (*Службени гласник РС*, бр. 71/2012).

2. Поништење уговора као посебно овлашћење Републичке комисије

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

Чланом 163 прописана је могућност поништења уговора о јавној набавци, који одговарају појму рушљивих уговора, као посебној категорији неважећих правних послова из члана 111 Закона о облигационим односима. Директива 2007/66/ЕЗ регулише поступак ревизије и предвиђа мере за кршење поступка јавне набавке, пре свега у случају повреда одредаба о заштити права, нпр. закључењем уговора у „*року мировања*“ или након подношења захтева за заштиту права, а пре одлуке Републичке комисије. Као основну санкцију Директива предвиђа неважност предузетих радњи, односно поништење уговора, али тако да ту неважност утврди ревизијско тело. У складу са тим, Закон о јавним набавкама даје овлашћење Републичкој комисији, да у ситуацијама када је наручилац прекршио одредбе закона које се односе на поступак заштите права или у другим прописаним случајевима, поништи уговор о јавној набавци. Ради се о ситуацијама када је уговор сматра рушљивим у смислу члана 111 Закона о облигационим односима, који предвиђа да је уговор рушљив и када је то посебним прописом одређено.

Уским, језичким тумачењем Закона о облигационим односима може се доћи до закључка да уговоре поништава суд, коме би Републичка комисија требало да поднесе преображајну тужбу са захтевом за поништај уговора, али циљним и системским тумачењем наведене одредбе из члана 163 Закона о јавним набавкама, а имајући у виду састав и карактер Републичке комисије, који је сличан положају и улози трибунала – тј. суда, јасно је да рушљиве уговоре може поништити и Републичка комисија. Ово овлашћење је прописано и у складу са Директивом 2007/66/ЕЗ, а у циљу ефикасног спровођења закона, будући да би поништење од стране редовних судова било веома тешко спроводиво, што би онемогућило увођење реда, законитости и правне сигурности у ову област. Чланови комисије су лица која испуњавају услов за избор за судије, а поред тога имају искуство у области јавних набавки, одлучују у самом поступку заштите права, што су додатни разлози у прилог надлежности Републичке комисије за одлучивање о поништењу уговора о

јавној набавци. При томе, узето је у обзир и упоредна пракса земаља у региону које имају сличан правни систем.

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

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

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

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

За разлику од рушљивих уговора, које поништава Републичка комисија, за уклањање апсолутно ништавих уговора из правног поретка потребна је судска пресуда. Прописано је да ће Републичка комисија

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

Закон о јавним набавкама прописује посебне разлоге рушљивости уговора, али се није одредио према општим разлозима рушљивости из члана 111 Закона о облигационим односима, нпр. ако је при његовом закључењу било мана у погледу воље страна (претња, битна заблуда или превара, чл. 60–66 ЗОО). Поставља се питање да ли је поништење уговора о јавној набавци при чијем је закључењу било мана воље, у надлежности Републичке комисије или суда. С обзиром да је овлашћење Републичке комисије да поништи уговор у законом набројаним случајевима изузетак од општег правила да рушљиве уговоре поништава суд, следи закључак да би уговор о јавној набавци због мана воље могао бити поништен само одлуком надлежног суда у парничном поступку, који се иницира преображајном тужбом. Јер, изузетке треба уско тумачити. Поред тога, захтев за поништај због преваре или друге мане воље могао би се истаћи у конексном противтужбом из члана 198 Законом о парничном поступку, нпр. у парници у којој добављач од наручиоца тражи исплату цене или друго право из уговора о јавној набавци.¹⁶

3. Разлози апсолутне ништавости уговора о јавној набавци

Закон о јавним набавкама прописује посебне разлоге апсолутне ништавости уговора о јавној набавци.¹⁷ Реч је о уговорима који су закључени, тешким повредама закона, односно без његове примене. Раз-

16 Закон предвиђа три врсте противтужбе – конексну, компензациону и прејудицијелну. Владимир Козар, *Коментар Закона о парничном поступку са судском праксом и рејсјиром јојмова*, Пословни биро, Београд, 2011, стр. 252.

17 Закон о јавним набавкама, девето поглавље, чл. 168.

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

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

Међутим, нови Закон о јавним набавкама не садржи изричиту одредбу да је ништав уговор који је закључен са понуђачем који није изабран као најповољнији, каква је била садржана у члану 120 тачка 4 претходног закона. Изгледа да је законодавац прихватио став правне теорије да је прикупљање понуда је један од начина закључивања уговора у привреди, а привредни субјекат на основу прикупљених понуда слободно одлучује о прихватању или неприхватању понуде.¹⁸

Такође, изостављен је разлог ништавости из члана 120 тачка 3 претходног закона (закључење уговора да би се измирила права и обавезе, а да није спроведен поступак јавне набавке), који се односио на компензацију, односно тзв. компензационе правне послове.¹⁹ Нпр. привредно друштво дугује одређени износ одређеном јавном предузећу које има својство наручиоца из члана 2, па уместо да му исплати дуг, своју обавезу ће измирити на тај начин што ће јавно предузеће од њега да купи одређену робу (добра), а уместо међусобних исплата, извршиће се компензација. Пребијање потраживања (компензација) представља један од законом предвиђених начина престанка обавеза. Међутим, и по новом закону таква набавка обухваћена је режимом јавних набавки, па је уговор ништав, ако је закључен без претходно спроведеног поступка јавне набавке (члан 168 тачка 1). У суштини наведени разлог ништавости из претходног закона обухваћен је ширим разлогом из члан 168 тачка 1 новог закона. Јер, ништав је сваки уговор који је закључен без претходно спроведеног поступка јавне набавке, а који је наручилац био дужан да спроведе према одредбама овог закона, без обзира у ком циљу

18 Инес Бесаровић, *Пословно право*, 2. измењено и допуњено издање, Intermex, Београд, 2010, стр. 174.

19 Владимир Козар, Здравко Петровић, Милан Почуча, *Заступање правних лица у судским институцијама (Привредно процесно право)*, Пословни биро, Београд, 2010, стр. 319.

је закључен. Пребијање потраживања регулисано је одредбама из чл. 336–343 Закона о облигационим односима. У правној науци истиче се да је компензација, у ствари, врста исплате.²⁰ Реч је, дакле, о грађанско-правној компензацији која наступа дејством *ex tunc*, тек када се саопшти противнику, за разлику од судске компензације, која се врши конститутивном одлуком парничног суда о пребијању потраживања, која производи дејство када одлука о компензацији постане правноснажна.²¹

Разлози ништавост уговора о јавној набавци таксативно су набројани, а не као примери (не *exempli causa*), што значи да се у пракси не би могли креирати нови разлози ништавости уговора због повреде одредаба Закона о јавним набавкама сем оних прописаних у овом члану.²² С тим у вези, требало би уско тумачити и опште разлоге ништавости уговора из члана 103 Закона о облигационим односима, у коме је прописано да је ништав уговор који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује што друго, мада је могуће да се и они остваре у појединим поступцима јавних набавки.

4. Право понуђача на накнаду штете

Питање накнаде штете (стварне штете и измакле користи) која је проузрокована понуђачу незаконитим поступањем наручиоца или других странака у поступку јавне набавке, није решено новим Законом о јавним набавкама, што значи да ће се о таквим захтевима одлучивати по општим правилима облигационог права. Одредбе о накнади штете понуђачу није имао ни ранији Законом о јавним набавкама.

Републичка комисија је дужна да образложи своју одлуку и наручиоцу наложи предузимање одређених радњи у року од најдуже 25 дана у сврху правилног и законитог окончања конкретног поступка јавне набавке.²³ Тужба за накнаду штете може се поднети и после ступања на снагу новог Закона о јавним набавкама, против наручиоца који није поступио у одређеном року по налозима Републичке комисије садржаним у одлуци којом усваја захтев за заштиту права и, у целини или делимично, поништава поступак јавне набавке или поништава уговор о

20 Слободан Перовић, *Облигационо право*, НИУ Службени лист СФРЈ, Београд, 1986, стр. 131.

21 Александар Радованов, *Грађанско процесно право*, 2. измењено и допуњено издање, Привредна академија – Правни факултет, Нови Сад, 2009, стр. 160.

22 Владимир Козар, „Ништавост уговора о јавној набавци“, *Право, теорија и пракса*, бр. 7–8/2010, стр. 16 и 17.

23 Закона о јавним набавкама, чл. 157 ст. 7.

јавној набавци, и то по општим правилима о накнади штете из Закона о облигационим односима.²⁴

Према мишљењу правне теорије, заснованом на тумачењу општих правила уговорног – облигационог права и судске праксе, најповољнији понуђач не може захтевати да суд обавезе наручиоца да са њим закључи уговор, нити да утврди да је између њих заснован уговорни однос.²⁵ Такво тумачење важи и када је у питању закључење уговора о јавној набавци, јер се и такав уговор закључује сагласношћу воља уговорних страна, а не судском одлуком, или по сили закона.

Међутим, када је у питању неважност уговора (поништај или ништавост), за јавне набавке важе посебна, строжа правила. Изненађујуће је да нови Закон о јавним набавкама не садржи изричиту одредбу да је ништав уговор који је закључен са понуђачем који није изабран као најповољнији, каква је била садржана у члану 120 тачка 4 претходног Закона о јавним набавкама. Међутим, и по новом закону уговор може бити поништен или оглашен ништавим из других законом таксативно прописаних разлога. С друге стране, према ставу судске праксе, заснованом на општим правилима облигационог права, када нису у питању јавне набавке, такав уговор би био пуноважан, а најповољнијем понуђачу припадало би право на накнаду штете према члану 35 став 2 Закона о облигационим односима,²⁶ у коме је прописано да ће пошљалац позива да се учини понуда под објављеним условима, одговарати за штету, коју би претрпео понудилац, ако без основаног разлога није прихватио његову понуду.

Према мишљењу правне теорије, одштетни захтев најповољнијег понуђача не може се заснивати на повреди уговора, јер уговор није закључен. Због тога најповољнији понуђач не може захтевати накнаду тзв. позитивног уговорног интереса. Он не може захтевати накнаду штете у тој висини да, материјално посматрано, буде доведен у исти положај као да је уговор био закључен и испуњен. Зато би најповољнијем понуђачу у јавном надметању, са којим наручилац (организатор надметања) није желео да закључи уговор, требало признати накнаду штете само у висини трошкова које је имао у вези са учествовањем у

24 Владимир Козар, Милан Почуча, „Јавне набавке роба и услуга и накнада штете“, *Зборник реферата са XIII Међународној научној скупи „Обавезно осигурање, накнада штете и обезбеђење подјезивања“*, 16–18. септембар 2010, Intermex, Београд, 2010, стр. 287–319; Владимир Козар, *Коментар Закона о јавним набавкама*, стр. 135.

25 Миодраг Мићовић, *Привредно право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2010, стр. 191 и 192.

26 Из пресуде Вишег привредног суда у Београду, Пж. 420/93 од 10. фебруара 1993. године. Здравко Петровић, Владимир Козар, *Меја збирка судске праксе из облигационог права*, Intermex, Београд, 2009.

јавном надметању.²⁷ Насупрот изложеном ставу правне теорије, сматрамо да би најповољнијем понуђачу са којим је наручилац одбио да закључи уговор, припадало право на накнаду штете, и то не само обичне штете у висини трошкова које је имао у вези са учешћем у поступку јавне набавке, већ и право на накнаду штете у висини изгубљене добити (измакла корист) у смислу члана 155 Закона о облигационим односима. Тачно је да није реч у уговорној штети, тј. о штети због повреде уговора из члана 262 став 2 Закона о облигационим односима, јер уговор између најповољнијег понуђача и наручиоца није закључен. У питању је деликтна штета, проузрокована нечињењем (недодељивањем уговора, тј. одбијањем наручиоца да са најповољнијим понуђачем закључи уговор), односно чињењем (додељивањем и закључењем уговора за другим понуђачем чија понуда није изабрана, односно није оцењена као најповољнија у извештају о стручној оцени понуда). Проузроковање штете може се извршити и свим другим радњама које Закон о јавним набавкама у члану 163 предвиђа као разлоге рушљивости, а у члану 168 као разлоге ништавости уговора. А деликтна штета такође даје право оштећеном на измаклу корист у смислу цитираних прописа, а не само на накнаду обичне штете због умањења имовине у висини трошкова учешћа у поступку јавне набавке.²⁸

IV Закључак

У Закону о облигационим односима садржани су општи разлози ништавости и рушљивости уговора. Међутим, Закон о јавним набавкама прописује посебне разлоге неважности уговора о јавним набавкама. Битна новина је то што је поништење рушљивог уговора стављено у надлежност Републичке комисије као посебног управног органа, односно управне организације, са својством правног лица

Питање пуноважности уговора о јавној набавци у блиској је вези за поступком заштите права. Заштита права и то у свим стадијумима поступка јавне набавке остварује се у посебном (управном) поступку. Овај поступак покреће се посебним правним средством – *захтјевом за заштитом њихових права*.

Закон о јавним набавкама поред расправног начела и начела диспозиције, уводи и ограничено истражно начело, односно начело официјелности, омогућавајући Републичкој комисији да одређене чињенице које се тичу неважности уговора утврђује по службеној дужности. Републичка комисија може наставити поступак и ако подносилац захтева за заштиту права повуче захтев.

27 М. Мићовић, *Привредно право*, стр. 192.

28 В. Козар, М. Почуча, *нав. чланак*, стр. 287–319.

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

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

Нови Закон о јавним набавкама не садржи изричиту одредбу да је ништав уговор који је закључен са понуђачем који није изабран као најповољнији, каква је била садржана у члану 120 тачка 4 претходног закона, што значи да је законодавац прихватио став правне теорије да је прикупљање понуда један од начина закључивања уговора у привреди, а привредни субјекат на основу прикупљених понуда слободно одлучује о прихватању или неприхватању понуде.

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

Vladimir KOZAR, PhD

**Assistant Professor at Faculty of Law for Economy and Justice,
Business Academy University in Novi Sad and
Special Advisor to the NLB Bank Belgrade**

INVALIDITY OF THE PUBLIC PROCUREMENT AGREEMENT AND COMPENSATION FOR DAMAGES

Summary

This paper analyses specific reasons for nullity and relative voidance of the public procurement agreement. It points to the difference regarding the general reasons for invalidity of the agreement from the Law on Obligations.

The significance of the Republic Commission for Protection of Rights in Public Procurement Procedures, in whose jurisdiction lies annulment of relatively void agreement, has been emphasised. The paper explains specific rules of the special administrative procedure in which the protection of rights is being realised. Unlike the relatively void agreements, which are annulled by the Republic Commission, for removal of absolutely null agreements from legal system one needs court decision. The paper indicates that the Law on Public Procurement does not regulate the issue of compensation for actual damages and lost profit caused to bidder by illegal actions in public procurement procedure. A position is taken that regarding the requests for compensation for damages it is being decided by general rules of the obligatory law.

Key words: *public procurement, protection of rights, invalidity, nullity, relatively void, agreement, compensation for damages.*