

Раско ПАВЛОВИЋ

адвокатски приврвник у адвокатској кацеларији
Самарцић, Орешки, Гецић и Грбовић

ПРАКТИЧНИ ПРОБЛЕМИ И ПОТРЕБА УСКЛАЂИВАЊА ЗАКОНА О ЈАВНИМ НАБАВКАМА СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Резиме

Као део транзиционог процеса који Србија приводи крају јавља се и реулисање поступка јавних набавки, које треба да уведе транспарентности и повећање конкурентности у овим поступцима. Иако је домаће законодавство у великој мери усклађено са правом Европске уније, постоје одређени број инцидентних случајева који су реулисани на начин који може створити проблеме у пракси на ширем како понуђача тако и наручилаца. Проблеми су анализирани уз осврт на право ЕУ, које је законодавац користио као модел при изради закона, те су предложена решења до којих се може доћи применом домаће права. Изложене су и значајније новине које уводи Директива ЕУ о јавним набавкама донеће после усвајања Закона о јавним набавкама, те у погледу којих ће се јавити потреба усклађивања домаће законодавства са правом ЕУ.

Кључне речи: *јавне набавке, оквирни споразум, обавезни услови, директива ЕУ 2014/24/ЕУ.*

I Увод

Званична статистика о обиму јавних набавки у Републици Србији за 2013 годину¹ наводи да је у тој години укупно закључено 83.121 уговора о јавним набавкама, што представља пад у односу на 2012. годину када је закључено укупно 92.710 уговора. Још не постоје званични подаци о броју наручилаца² (неке незваничне процене говоре о броју од око 12.000) који учествују у поступку јавних набавки, док се увидом на сајт Агенције за привредне регистре³ може доћи до броја понуђача који су тренутно регистровани у Регистру понуђача⁴. Међутим, и поред овог смањења, имајући у виду да према званичним цифрама уговори о јавним набавкама чине између 9 и 10%⁵ БДП Републике Србије, важност успостављања адекватног правног оквира у овој области је од значаја за даљи развој привреде у Републици Србији. Поврх тога, јавне набавке у Европској унији чине чак око 16% БДП⁶, те је за очекивати да ће како процес приближавања економским токовима ЕУ буде напредовао упоредно расти и проценат овог облика државне потрошње у БДПу Републике Србије.

Иако су економски фактори сами по себи довољна мотивација за развој и унапређење ове области права, треба имати на уму и да је Споразумом о стабилизацији и придруживању ЕУ (у даљем тексту: ССП)⁷ Србија преузела обавезу усклађивања правила о јавним набавкама са правилима Светске трговинске организације⁸ и поред тога што још увек није њен члан, а не треба заборавити ни да ће Србија у Фази 2 приступања ЕУ имати обавезу усклађивања целокупног законодавства, па и овог његовог сегмента, са законодавством ЕУ.

1 Извештај Управе за јавне набавке за 2014. годину

2 На интернет презентацији Портала јавних набавки у време израде овог текста још увек (21.12.2014) се наводи да су спискови наручилаца у изради. (доступно на: <http://portal.ujn.gov.rs/Izrada.aspx>)

3 (доступно на: <http://www.apr.gov.rs/>)

4 На дан 10.19.2014. овај број је износио 4.745, мада треба имати на уму да за учествовање у поступку јавне набавке није неопходна регистрација, тако да су сви изгледи да је укупан број понуђача који учествују у поступцима јавних набавки значајно већи.

5 Стратегија развоја јавних набавки у Републици Србији, Београд 2011.

6 (доступно на <http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/public-procurement/>) (21.12.2014)

7 Закон о потврђивању споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране (Сл. гласник РС – Међународни уговори, бр. 83/2008); даље у фуснотама ССП.

8 Чл. 76 ст. 1.

Циљ овог рада је да изложи проблематичне области у тренутно важећем закону, а посебно одредбе које могу створити проблеме у пракси, да покуша да укаже на могућа решења, те да укаже на делове закона које би требало ускладити са прописима ЕУ, којој Србија тежи да приступи.⁹

1. Сврха поступка јавних набавки

Поступак јавних набавки представља поступак којим се осигурава да државни органи и други корисници буџетских средстава при набавци добара и услуга за потребе обављање своје делатности то учине на најефикаснији начин тј. да изаберу добављаче који понуде добра и услуге по најповољнијим условима. Поступак треба да представља својеврсну „симулацију конкуренције“, те да осигура да у поступку учествују сви заинтересовани учесници на тржишту, на основу чега ће наручилац, тј. корисник буџетских средстава, у транспарентном поступку изабрати најповољнију понуду.¹⁰

2. Преглед развоја јавних набавки у Републици Србији

Већ у првим годинама транзиционог процеса (2002. године.) донет је први закон којим је у Србији регулисана ова област.¹¹ Он је уз одређене измене доста дуго био на снази да би га крајем 2008. године заменио нови закон.¹² Иако је овај закон у многоме приближио Србију светским токовима у регулацији јавних набавки, обавезе преузете потписивањем ССП као и указивање стручне јавности на недостатке податаке су рад на даљем усавршавању прописа. Резултат тог процеса

9 У извештају о напретку Србије за 2013. годину саопштено је да је стање у законодавству о јавним набавкама добро, тј. да је тренутни закон у великој мери приближио српско право праву ЕУ (доступно на: http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/sr_rapport_2013.pdf, стр. 23). Међутим, у 2014. години је донета нова директива ЕУ (Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC: даље у фуснотама: Directive 2014/24/EU и Directive 2004/18/EC, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0024&from=EN>), којом се уводе не мале измене у ову област, те је важно да се усаглашавањем са новим одредбама крене на време.

10 У прилог значају концепта конкуренције у области јавних набавки говори и чињеница да се у неким од значајнијих правних система ЕУ као основни извор права јавних набавки појављује закон који представља основну права заштите конкуренције – нпр. у Савезној Републици Немачкој.

11 Закон о јавним набавкама (Сл. гласник РС, бр. 39/2002, 43/2003 – др. закон, 55/2004, 101/2005 – др. закон и 116/2008 – др. закон).

12 Закон о јавним набавкама (Сл. гласник РС, бр. 116/2008).

је било доношење Закона о јавним набавкама из 2012. године (у даљем тексту: ЗЈН).¹³

II Оквирни споразуми

Оквирни споразуми представљају посебан поступак јавних набавки којим се омогућује наручиоцу да са једним или најмање три наручиоца закључи један оквирни споразум, на основу кога ће касније са конкретним понуђачем, након спроведеног отвореног или рестриктивног поступка, закључити уговор о јавној набавци. И ЗЈН предвиђа могућност закључивања оквирних споразума,¹⁴ али не за све области.¹⁵ Као и у правном систему ЕУ, и наше законодавство предвиђа временско ограничавање ових споразума, тако да уколико се закључује са једним понуђачем може трајати до три, а са три или више понуђача може трајати најдуже две године. Основна идеја иза оквирног споразума јесте да омогући наручиоцу да, за периодичне набавке којима се не зна тачан интензитет нити временски тренутак када ће потреба за њима настати, закључе оквирни споразум који ће одредити критеријуме на основу којих ће се касније, када се конкретна потреба јави, закључивати појединачне уговоре о јавним набавкама, без потребе поновног спровођења отвореног или рестриктивног поступка.

1. Правна природа оквирних споразума

У нашем законодавству закључење оквирног споразума не ствара обавезу извршења саме јавне набавке нити обавезу за наручиоца да приступи закључивању конкретних уговора о јавним набавкама.¹⁶ Са

13 Закон о јавним набавкама (Сл. гласник РС, бр. 124/2012; даље у фуснотама ЗЈН).

14 ЗЈН чл. 40.

15 Ова могућност је искључена за уговоре из области осигурања, банкарства и инвестиционих услуга, услуге које су у Прилогу 1 ЗЈН класификоване као „друге услуге“, као и за радове за које се издаје грађевинска дозвола у смислу закона којим се уређује планирање и изградња – ЗЈН чл. 40 ст. 1.

16 Модели и упутство о начину закључивања оквирних споразума – Управа за јавне набавке, јул 2013. године; Формулација овог текста не разјашњава у потпуности питање да ли наручилац нема обавезу да закључи конкретан уговор о јавној набавци само уколико се не појави потреба за робом или услугама које су предмет оквирног споразума, или то пак занчи да наручилац ни у ком случају није обавезан да приступи закључењу конкретног уговора о јавној набавци. Наше је мишљење да би се из разлога правне сигурности ова одредба требало тумачити на први, тј. рестриктивнији начин. У супротном би закључивање оквирних споразума носило знатно виши финансијски ризика за понуђача/добављача.

друге стране у праву ЕУ решавање овог питања остављено националном законодавству држава чланица,¹⁷ док право СТО не познају споменути модел јавних набавки.¹⁸ Оно што није у потпуности јасно јесте да ли ово значи да је наручилац слободан да независно од оквирног споразума закључује уговоре са тежим лицима, са којима оквирни споразум није ни закључен, тако што ће спроводити нови поступак јавних набавки или пак значи да наручилац није обавезан да закључује уговоре уколико се не јави потреба за набавком предметних добара или услуга, али да уколико се таква потреба ипак јави он мора да закључи уговор неким од понуђача из оквирног споразума. Наше је мишљење да би ову одредбу требало тумачити рестриктивно, односно на други од два споменута начина како би понуђачи имали довољан ниво правне сигурности који би их у опште мотивисао да учествују у поступку јавних набавки.

Оквирни споразуми имају за циљ да олакшају процедуру, тако да није потребно покретати скуп и потенцијално дуготрајан отворен или рестриктиван поступак јавних набавки сваки пут када се јави потреба за неким добром или услугом. Како је у Србији омогућен централизован поступак јавних набавки, тело за централизоване набавке ће закључити оквирни споразум са једним или више понуђача, док ће након тога појединачни наручиоци (или њих више, у ситуацијама када је то дозвољено законом), у складу са својим потребама, закључивати конкретне споразуме о јавним набавкама са понуђачима са којима је претходно закључен оквирни споразум.

Једна од битних разлика између нашег и законодавства ЕУ је управо у томе што је код нас за одређене врсте услуга априорно искључена могућност закључивања оквирних уместо споразума о јавним набавкама. Циљ ове одредбе није у потпуности јасан,¹⁹ управо из разлога што оквирни споразуми могу представљати најефикаснији начин прибављања ових услуга. Услуге из Прилога 1 тачка 27, тј. „друге услуге“, су одличан пример. Међу ове услуге свакако спада и делатност туристичких агенција. Наиме, лица запослена у држави, али и другим организацијама које се појављују као наручиоци, у обављању својих дужности неретко морају путовати на различите, понекад врло удаљене дестинације. Није увек могуће предвидети када ће потреба за путовањем наступити, колико лица ће путовати и у ком конкретном

17 Упутство за тумачење одредби о оквирним споразумима – за директиву ЕУ 2004/18/ЕЦ (Explanatory Note – Framework Agreements – Classic Directive, *Directorate General Internal Market and Services*), стр. 3 и 4.

18 Споразум о јавним набавкама Светске трговинске организације – консолидована верзија до 6. априла 2014. године (WTO Government Procurement Agreement).

19 Иако није искључено да је законодавац то учинио из бојазни од могућих злоупотреба оквирних споразума.

термину. У овим ситуацијама многе европске земље, али и званична тела ЕУ ангажују услуге туристичких агенција, које брзо могу набавити карте и често по ценама приступачнијим од оних на тржишту. Они у тим ситуацијама са одређеном агенцијом или агенцијама закључују оквирни споразум, на основу кога, када се потреба јави, закључују појединачне уговоре о јавним набавкама путем којих набављају карте до конкретних дестинација.

У Србији ова могућност не постоји, те изгледа да је за ове услуге потребно сваки пут спроводити нови отворени или рестриктивни поступак јавних набавки.

а) Динамички систем јавних набавки

Један од начина на који би се овај конкретан проблем могао превазићи је примена динамичког система јавних набавки.²⁰ Овај систем омогућује слање понуда путем посебног софтвера и у упоредној пракси примењује се у случајевима када је предмет набавке широко доступан на тржишту.²¹ То би и даље подразумевало вођење посебног поступка за сваку појединачну јавну набавку, али по олакшаној процедури коју омогућује динамички систем.

Изложено решење је могуће када је предмет набавке лако доступан на тржишту те када су његове техничке спецификације такве да могу унапред бити прецизно одређене. Проблем остаје када се ради о другим услугама чије су карактеристике такве да није унапред могуће издвојити одређене техничке спецификације на основу којих ће се понуда ценити.²²

Поред горе споменутог решења, и одређени институти Закон о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО)²³ чини се пружају могуће решење овог проблема. Наиме, потенцијално решење би било да се уместо оквирног споразума закључи уговор о јавној набавци услуга комисиона или посредовања. Овим уговором би се могла предвидети

20 ЗЈН чл. 41.

21 Directive 2014/24/EU, чл. 34.

22 У области куповине авионских карата, цена карте (или сличне спецификације) неретко нису једини критеријум на основу којих наручилац бира најповољнију понуду (а сходно најновијим изменама законодавства ЕУ, које ће Србија бити у обавези да усвоји у оквиру процеса придруживања, цена не сме ни у ком случају бити једини критеријум), тако да се често у обзир мора узети време лета, опремљеност ваздухоплова (поготово када се ради о путовањима високих државних званичника) и сл.

23 Закон о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља; даље у фуснотама ЗОО).

обавеза налогопримца да на располагање налогодавцу стави одређени број својих радних сати, који ће бити употребљени на задатке по упутствима налогодавца.²⁴ На тај начин би се предвидела фиксна накнада за закупљени број радних сати што би задовољило услов јавне набавке да вредност набавке мора бити одређена у уговору.²⁵

б) Комисион

Уговор о комисиону предвиђа да комисионар обавља одређене послове у своје име а за рачун комитента (налогодавца).²⁶ Како се на комисион сходно примењују одредбе уговора о налогу²⁷ следи да комитент мора комисионару надокнадити све трошкове које је имао у вези предузимања посла без обзира на успех посла.²⁸ Комисионар би на захтев налогодавца био дужан да утроши одређени број радних сати прибављајући авионске карте што би омогућило флексибилност за налогодавца да може да издаје налоге кад год се јави потреба за авионским картама. Проблем који у овој ситуацији настаје је у дефиницији вредности јавне набавке, коју закон дефинише као вредност која је платива понуђачу.²⁹ То практично значи да би се у процену вредности јавне набавке морала урачунати цена свих карата које наручилац тј. комитент наручи у току трајања уговора, те стога ни ово решење није оптимално као одговор на проблем који се јавља услед немогућности закључења оквирног споразума.³⁰

в) Посредовање

Уговор о посредовању са друге стране пружа мало другачије решење. Овим уговором се посредник обавезује да доведе у везу на-

24 Што би представљало облигацију средства, тј. налогопримац би био обавезан да предузме неопходне кораке како би извршио налог уз обавезу примене дужне пажње, што би било оцењено са стандарда односно правила струке – види Слободан Перовић, *Облигационо право*, књига прва, Београд 1980. стр. 92.

25 ЗЈН Прлог 3, секција I, тач. 5.

26 ЗОО чл. 771 ст. 1.

27 ЗОО чл. 772.

28 ЗОО чл. 759 ст. 1.

29 ЗЈН чл. 64 ст. 2, што одговара дефиницији из права ЕУ – Directive 2014/24/EU чл. 5 ст. 1.

30 Јер би у вредност самог уговора о јавној набавци услуга комисиона било потребно укључити вредност свих карата које ће бити купљене у оквиру извршења истог, што из већ споменутих разлога (тј. тешкоће утврђивања термина и интензитета потреба за путовањем запослених у државном органу) тешко или скоро немогуће унапред одредити.

логодавца са трећим лицем како би налогодавац преговарао са њим у вези закључења уговора.³¹ Накнада се по закону дугује једино ако до закључења уговора заиста и дође, али се може уговорити и супротно у ком случају се примењују одредбе ЗОО којима се регулише уговор о делу.³² Принцип би у овом случају био да се у склопу јавне набавке као вредност набавке одреди фиксна накнада за тачно одређен број радних сати посредника (налогопримца), а да пошто би налогодавац директно закључивао уговоре о куповини карата са трећим лицима са којима га у везу доведе посредник та вредност не би била урачуната у вредност набавке.³³ Ово са друге стране обавезује налогодавца да и са тим трећим лицима закључује уговоре који морају бити закључени у поступку јавне набавке вођен по отвореном или рестриктивном поступку,³⁴ те се поставља питање каква би корист била од посредовања уколико би било неопходно да се наручилац из овог уговора бира у поступку јавне набавке.

Још једна алтернатива која се појављује као могуће, иако не најпрактичније решење, је да се уговором о јавним набавкама услуга комисиона предвиди да ће цена карата које агенција прибави бити урачуната у накнаду по радном сату. На тај начин би био задовољен услов да вредност набавке буде одређена у уговору о јавној набавци а да с друге стране буде остављена довољна флексибилност за наручиоца да поручује авионске карте када му се за исте укаже потреба. Проблем би у том случају био на страни понуђача, који би морао да направи комерцијалну процену цене свог радног сата у односу на процену броја карата које би наручилац поручио. Решење овог проблема би се могло тражити у лимитирању броја карата које наручилац може поручити користећи један радни сат понуђача.

Иако смо мишљења да би овакав модел могао да функционише и да задовољи и захтев вођења поступка јавних набавки у складу са законом као и да пружи довољну флексибилност наручиоцу, процес преговарања тј. усклађивања вредности сата рада агенције у односу на број авионских карата који би наручилац могао да прибави би очигледно био компликован. Такође, имајући на уму да се ради о облигацији

31 ЗОО, чл. 813.

32 ЗОО, чл. 814.

33 Зато што није директно платива посреднику, већ би ју наручилац платио директно издаваоцу карте (авио-превознику).

34 Јер предвиђају утрошак буџетских средства, чак и уколико би поједине набавке саме по себи биле мале вредности то им не би омогућило примену поступка набавке мале вредности јер се ови поступци могу водити само за добра или услуге набавке чија вредност у целокупној години не прелази одређени износ, без обзира на конкретну вредност појединачне набавке – ЗЈН, чл. 39 ст. 1.

средства, ни државни орган не би био у потпуности сигуран да ће и добити све поручене карте, већ само да је понуђач дужан да приступи прибављању карата са дужном пажњом.

Упркос томе што смо на почетку навели да би закључивање уговор о јавним набавкама за куповину карата било непрактично из разлога што је тешко предвидети тачно када ће се јавити потреба државних органа за авионским картама, можемо покушати са претпоставком да се највећи број путовања ипак може предвидети на почетку године, те да се за те летове закључује један уговор о јавним набавкама, а да се за све накнадне непредвиђене летове карте набављају спровођењем нових поступака јавних набавки. С друге стране, иако би то отворило могућност да се задовоље неочекиване потребе наручилаца, поступак би ипак био компликован и дуготрајан јер не би било могуће спроводити поступак јавних набавки мале вредности за те накнадне набавке.³⁵

2. Досадашња пракса државних органа

Државни органи су до сада, у пракси доступној аутору, примењивали два модалитета. Један начин је да се спроводе поступци набавке мале вредности за државне органе који имају мале потребе за путовањем.³⁶

Други начин, који примењују неки државни органи који имају значајније потребе за путовањем јесте да квалификују посредовање у набавци авионских карата као посредовње у вези услуга превоза путника и робе,³⁷ са мотивом да на тај начин омогуће закључење оквирног споразума који је дозвољен за набавку услуга превоза путника и робе. Јасно је да је потребе државних органа да дођу до услуга ове врсте како би омогућили несметано обављање своје делатности с једне стране и уштеде које настају применом оквирног споразума уместо спровођења већег броја тендера по отвореном или рестриктивном поступку могу у одређеној мери оправдати овако екстензивно тумачење прописа. Међутим, иако разумемо потребу државних органа за овако екстензивним тумачењем, не можемо се ослободити утиска да таква пракса ипак

35 И у овом случају разлог је то што се поступак набавки мале вредности спроводи само за набавке за које потреба на годишњем нивоу износи 3 мил. РСД и мање – чл. 39 ст. 1.

36 Неки од органа који на овај начин прибављају карте су Пореска управа (доступно на: <http://www.poreskauprava.gov.rs/sr/aktuelnosti/tenderi-javne-nabavke/javne-nabavke.html?print=true>, 21.12.2014), Управа за ветерину (доступно на: <http://www.vet.minpolj.gov.rs/sr/javnenabavke/65-javne-nabavke/375-javna-nabavka-avionskih-karata-autobuskih-i-drugih-karata-i-obebedjenje-hotelskog-smestaja>, 21.12.2014).

37 Као што је на пример случај са Министарством правде (доступно на: <http://www.mpravde.gov.rs/files/3%20konkursna%20dokumentacija%2018-2014.pdf>, 21.12.2014).

представља *цонџира леџем* тумачење закона из разлога што ангажовање другог за куповину карата представља услугу посредовања а не услугу превоза робе и путника. На законодавцу да практичан начин реши проблем са којим се између осталих сусрећу органи извршне власти, локалне самоуправе и независне јавне агенције.

На крају бисмо могли закључити да је, уколико се стриктно следи слово закона, тешко ефикасно спровести јавну набавку за услуге посредовања у куповини авионских карата, али и било које друге сличне услуге, те да нема много аргументованих разлога због којих би се законодавац одлучио да искључи могућност закључивања оквирних споразума за набавку одређених услуга, посебно имајући у виду да се законодавац у поступку креирања закона очигледно угледао на прописе Европске уније³⁸ те да је и у праву и у пракси органа ЕУ и држава чланица уобичајена пракса да се за потребе набавки ових услуга закључују оквирни споразуми.

III Општи услови за учешће у поступку јавних набавки

ЗЈН прописује одређене обавезне услове које сваки учесник мора испунити како би учествовао у поступку јавних набавки.³⁹ На овом месту бисмо издвојили следећа два услова: 1) да он [учесник] и његов законски заступник није осуђиван за неко од кривичних дела као члан организоване криминалне групе, да није осуђиван за кривична дела против привреде, кривична дела против животне средине, кривично дело примања или давања мита, кривично дело преваре;⁴⁰ 2) да је [учесник] измирио доспеле порезе, доприносе и друге јавне дажбине у складу са прописима Републике Србије или стране државе када има седиште на њеној територији.⁴¹

Постављање оваквих услова свакако није нелегитимно, а слични услови прописани су и правом ЕУ.⁴² Проблем може настати из начина на који је прописан поступак доказивања испуњености услова, али и из описа самих услова. Наиме, као доказ за први горе поменути услов, се наводи потврда надлежног суда,⁴³ а за други потврде надлежног пореског органа и организације за обавезно социјално осигурање или пот-

38 Упореди са важећом директивном ЕУ у време доношења ЗЈН – Directive 2004/18/EC.

39 ЗЈН, чл. 75.

40 ЗЈН, чл. 75 ст. 1 тач. 2.

41 ЗЈН, чл. 75 ст. 1 тач. 4.

42 Directive 2014/24/EU, чл. 57 ст. 1 и 2.

43 ЗЈН, чл. 77 ст. 1 тач. 2.

врде надлежног органа да се понуђач налази у поступку приватизације.⁴⁴ И док је у случају испуњености пореских обавеза начелно лако утврдити орган које државе мора издати предметну дозволу,⁴⁵ из законске формулације је нејасно орган које државе је надлежан за издавање уверења о неосуђиваности. Чињеница да закон тачно набраја кривична дела за која се треба издати потврда, могло би се доћи до закључка да је потребно издати само потврду домаћих органа, међутим, аутору доступна пракса говори да се прихватају и општа уверења о неосуђиваности коју издају органи државе чији је лице држављанин (а у одређеним случајевима и државе у којој има пријављено боравиште).

Када се утврди која држава и који њен орган треба да изда ово уверење потенцијалним проблемима још није крај. С једне стране, уколико се испостави да је потврду неопходно добити од органа стране државе, што је била досадашња пракса наших органа, поступак добијања уверења о неосуђиваности у многим страним државама је компликован а са друге стране може се десити да неке државе у опште не издају такве потврде. Право ЕУ у овим ситуацијама предвиђа могућност полагања заклетве (изјаве под кривичном или материјалном одговорношћу),⁴⁶ што није могућност коју познаје наше право. Штавише, пошто наш закон врши изричиту еnumerацију кривичних дела, осуђиваност за која онемогућује учешће у поступку, могао би се врло лако појавити проблем тумачења норми кривичног права страних сржава, како би се установило која тачно кривична дела одговарају набројаним кривичним делима из нашег закона.

Чак и када се утврди који су надлежни органи за издавање релевантних потврда, те их учесник благовремено прибави, остаје као проблематична чињеница да, уколико учесник жели да учествује у више потупака јавних набавки у дужем временском периоду, он ова уверења мора периодично обнављати тј. набављати нова. Јасно је да ово представља значајну тешкоћу, могло би се рећи баријеру уласку страних правних и физичких лица на тржиште јавних набавки Републике Србије, што се може тумачити као противно обавезама преузетим међународним уговорима.⁴⁷

44 ЗН, чл. 77 ст. 1 тач. 4.

45 То би били органи Републике Србије сем уколико се ради о учеснику са седиштем у другој држави, у ком случају би то били органи те стране државе. То још увек не решава проблем установљавања који је тачно орган у иностраној јурисдикцији надлежан да уверење и изда, тј. постоје ли у опште органи који воде евиденције за социјална и друга слична давања.

46 Directive 2014/24/EU, чл. 60 ст. 2 тач. 2.

47 Чл. 76 ст. 1 ССП прописује као пожељно начело недискриминације и узајамности у поступцима јавних набавки. Иако и право ЕУ прописује као обавезно подношење

Наш законодавац је међутим понудио институт који потенцијално може решити неке од нејасноћа у вези споменутих потврда као и проблема који могу настати за страног инвеститора услед потребе периодичног прибављања истих. Наиме, ЗЈН предвиђа могућност регистрације учесника у Регистар понуђача који води Агенција за привредне регистре.⁴⁸ Услов за упис у регистар је испуњење обавезних услова из чл. 75 ЗЈН,⁴⁹ а уписом у дати регистар понуђач се ослобађа обавезе доказивања испуњености обавезних услова приликом подношења понуде односно пријаве.⁵⁰ Упутство за регистрацију наводи да је потребно приложити уверења домаћих органа⁵¹ те није јасно да ли то искључује могућност да страни држављани и привредна друштва у којима страни држављани обављају функцију законских заступника буду регистровани или и за њих олакшава поступак.

IV Новине које доноси последња директива ЕУ у области јавних набавки

Иако је ЗЈН био у великој мери усклађен са досадашњим законодавством ЕУ у области јавних набавки,⁵² у априлу ове године је у ЕУ на снагу ступила нова директива (Directive 201/24/EU). Новитети које нова директива носи су превасходно у области критеријума за оцену понуде као и стварања додатних повољности за мала и средња предузећа (у даљем тексту: МСП). У наредним редовима ћемо укратко изложити значајније нове правне институте које директива уводи, које ће сходно обавезама преузетим ССП-ом, Србија (у Фази 2 преговора о приступању) бити обавезна да уведе у своје законодавство.

ових доказа, треба скренути пажњу да тај правни систем садржи и правила која олакшавају поступак тј. дозвољавају давање заклетве (изјаве под кривичном или материјалном одговорношћу) пред судом или нотаром у случају немогућности прибављања одговарајућих уверења.

48 ЗЈН, чл. 78 ст. 1.

49 Осим услова из ст. 1 тач. 5 – да [учесник] има важећу дозволу надлежног органа за обављање делатности која је предмет јавне набавке, ако је таква дозвола предвиђена посебним прописом.

50 ЗЈН, чл. 78 ст. 5.

51 За казнену и евиденцију о неосуђиваности се наводе потврде домаћих судова (основног суда и посебног одељења Виших судова, ако се ради о правним лицима) и извод из казнене евиденције Министарства унутрашњих послова, а за уверење о намирењу пореза и доприноса уверење се наводе потврде надлежног републичког пореског органа као и пореског органа локалне самоуправе.

52 Вид. фн. 9.

1. Критеријуми за оцену понуде

Нова директива као једини критеријум за оцену понуде наводи економски најповољнију понуду (енгл. *the most economically advantageous tender*).⁵³ Претходна директива је предвиђала и могућност да се најнижа цена одреди као једини критеријум за оцену понуде, што предвиђа и ЗЈН.⁵⁴ Како је са становишта утрошка буџетских средстава јасно да је цена добра или услуге врло битан критеријум за одабир понуђача нова директива свакако оставља могућност да се и овај критеријум узме у обзир при оцени понуде, али је сада увек потребно да наручилац у обзир узме и квалитет самог добра или услуге коју набавља, као и стручну оспособљеност понуђачевих запослених тј. лица која ће пружати услугу, а као могућност се оставља и одабир понуде на основу најповољније пропорције између цене и квалитета.⁵⁵ Овај потез европског законодавца је одраз потпуно оправданог схватања да цена саме услуге не одржава све потенцијалне трошкове, те да добра и услуге прибављене по ниској цени могу касније створити значајне трошкове за наручиоца у погледу трошкова одржавања, поправке па и краћег рока трајања.

2. Преговарачки поступак без објављивања позива за подношење понуда

Нова, као и претходна директива предвиђају да се преговарачки поступак без подношења понуда може спроводити за набавку добара која се набављају само за потребе истраживања, спровођења експерименталне или других академских и научних активности.⁵⁶ Наш закон у члану који регулише преговарачки поступак без подношења позива на понуду не предвиђа ову могућност.⁵⁷ Мотив за увођење ове одредбе у домаће законодавство не треба видети само у обавези хармонизације домаћег са законодавством ЕУ, већ и као отварање нових могућности за научне институције да наручују производе на овај начин. Иако је сама процедура релативно неконкурентна, због честе ситуације да постоји релативно мали број понуђача (или понекад само један) који могу понудити производ одговарајућег квалитета,⁵⁸ често је неефикасно спроводити отворени или рестриктивни већ је исплативије одмах приступити прего-

53 Directive 2014/24/EU, чл. 67 ст. 1.

54 Чл. 85 ст. 1 тач. 2.

55 Directive 2014/24/EU, чл. 67 ст. 2.

56 Directive 2014/24/EU, чл. 32 ст. 3(a) и Directive 2004/18/EU, чл. 32 ст. 3(a).

57 ЗЈН, чл. 36.

58 И на европском, а поготово на нашем тржишту.

ворима са добављачем који према наручиочевим сазнањима и искуству има могућности производње одговарајућих производа.

3. Подела уговора на пакете

Нова директива предвиђа могућност поделе уговора на пакете (енгл. *lots*).⁵⁹ На тај начин се извођење целокупног пројекта дели по фазама тј. пакетима, тако да је могуће ангажовати различите добављаче за извршења сваког од њих. Ово има за циљ да омогући лакше учешће МСП у поступцима набавки, управо из разлога што она често немају потребне капацитете за испуњење целог уговора. Иако, сем у одређеним ситуацијама, није обавезно делити уговоре у пакете, директива предвиђа обавезу наручиоца који се одлучи да не изврши поделу, да тај свој поступак образложи,⁶⁰ те омогућује да се ограничи број пакета који се могу доделити једном понуђачу. Имајући на уму да су држава и друга јавна тела која се јављају у улози наручиоца, једни од највећих купаца на сваком тржишту, олакшавање такмичења у поступцима за доделу јавних уговора МСП представља значајну подстицајну меру за развој предузетништва. Такође, као још једна подстицајна мера се јавља и забрана наручиоцима да као један од предуслова за учешће у поступку поставе да је годишњи приход понуђача виши од двоструке вредности уговора.⁶¹

Rastko PAVLOVIĆ

Intern at the Law Office Samardžić, Oreški, Gecić i Grbović

PRACTICAL ISSUES AND A NEED TO HARMONIZE THE LAW ON PUBLIC PROCUREMENT WITH THE EUROPEAN UNION LAW

Summary

The issue of regulating public procurement comes as an integral part of the transition process that Serbia is trying to bringing to a conclusion, and that should result in introduction of transparency and an increase in the level of

59 Directive 2014/24/EU, чл. 46.

60 Directive 2014/24/EU, чл. 46 ст. 1.

61 Directive 2014/24/EU, чл. 58 ст. 3.

competition in this type of procurement. Although Serbian legislation is already to a great extent harmonized with that of the European Union, there remain a number of institutes that are regulated in a manner that could result in jeopardizing legitimate interests of both contracting authorities and economic operators. These issues are analyzed in view of the EU legislation on which the Serbian legislation was predominantly modeled and possible solutions to such issues, based on domestic legislation are proposed. Moreover, an account of the new institutes introduced by the latest EU Directive adopted after the Serbian Public Procurement Act has entered into force has been given, and with which the Serbian legislation will have to be harmonized.

Key words: *public procurement, framework agreements, exclusion grounds, Directive 2014/24/EU.*