

ПРОБЛЕМИ УПРАВНО-СУДСКЕ ПРИМЕНЕ ЗАКОНА О ЈАВНИМ НАБАВКАМА

Резиме

Питања јавних набавки су од изузетног значаја за земљу која претендује да буде демократско друштво. Европска унија је одавно указала да се могући коруптивни елементи највише уочавају у овој материји чак и ситуацији, као што је у нас, када се поступци за заштиту права воде у јавном интересу. Отуда није довољно да се у уставном основу за доношење Закона о јавним набавкама истакну битне претпоставке за његово доношење, већ је битна сама суштина Закона. Стављајући акценат на процесне одредбе у овом Закону, нужно је успоставити њихову праву меру и место у односу на системски закон у овој области, Закон о општем управном поступку. Не мање важна је и ефикасна управно-судска заштита учесника у поступцима јавних набавки, како би била остварена сврха закона. У супротном, сва настојања законодавца из образложења правног основа за доношење Закона неће постићи свој циљ.

Кључне речи: *јавне набавке, јавни интерес, процесно право, ЗУП, судска заштита.*

I (Не)уставност процесних одредби Закона о јавним набавкама

Одавно је речено да су процесни закони и процесне одредбе у материјалним законима демократија читавог вођеног поступка, како код органа власти снабдених јавним овлашћенима, тако и код судова. Заиста, омогућавање странци да учествује у управном поступку, нарочито да расправља, дужност органа да поучи неуку странку да штити своја права и правне интересе, само су нека од питања начела Закона о општем управном поступку.¹ ЗУП је дакле, кровни, системски закон у материји

* судија Врховног касационог суда, у пензији

1 Закон о општем управном поступку - ЗУП, Службени гласник РС, бр. 18/16.

јавног права и све друге процесне одредбе у посебним законима не смеју да буду у супротностима са његовим начелима. Таква одредба је постојала и у ранијем ЗУП-у² (члан 3 ЗУП-а).

Актуелни ЗУП, у члану 3, још потпуније наглашава његову примену:

“Овај закон примењује се на поступање у свим управним ставари-ма. Поједина питања управног поступка могу посебним законом да се уреде само ако је то у појединим управним областима неопходно, ако је то у сагласности са основним начелима одређеним овим законом и не смањује ниво заштите права и правних интереса странака зајемчених овим законом.”

Разлози за доношење Закона о јавним набавкама,³ а нарочито процесне одредбе овог материјалног закона и њихов однос са ЗУП-ом, као системским законом, подстицај су аутору за писање овог реферата.

ЗЈН је у примени од 1.04.2013. године и у прве две године његове примене је наглашен његов допринос јавности поступка јавне набавке у Републици Србији и заштити конкуренције.

Стратегијом развоја јавних набавки у РС за период 2014. - 2018.⁴ и Акционим планом за спровођење Стратегије за период 2014. - 2015. године, предвиђена је измена регулативе јавних набавки у циљу економског располагања јавним средствима и отклањања недостатака уочених приликом спровођења јавних набавки. Посебно је индикативан податак о све мањем учешћу понуђача у поступцима јавних набавки, што утиче на смањење конкуренције.

Аутору се чини да разлози за све мање учешће понуђача нису до краја изучени, а били би изузетно важни за остварење циља и сврхе јавних набавки. Да ли је разлог мањег учешћа понуђача у њиховој неспремности да издрже конкуренцију или недостатак жеље да се учествује у поступку доделе уговора чији је исход мање – више познат?

У свим изменама ЗЈН се говори о усклађивању са Директивама ЕУ.

Поступак заштите права учесника у поступцима јавних набавки је предвиђен одредбама члана 148-159 ЗЈН.

2 Закон о општем управном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 33/97, 31/01, *Службени гласник РС*, бр. 30/10.

3 Закон о јавним набавкама – ЗЈН, *Службени гласник РС*, бр. 124/012, 14/015, 68/015.

4 Стратегија развоја јавних набавки у РС за период 2014-2018, *Службени гласник РС*, бр. 122/14.

У цитираним процесним одредбама није се водило довољно рачуна о њиховом односу са ЗУП-ом, као системским законом. Наиме, одредбом члана 148 став 5 ЗЈН предвиђено је да “на питања поступка заштите права која нису уређена овим законом **сходно** се примењују одредбе закона којим се уређује управни поступак”. До очигледности је јасно да је оваква одредба ЗЈН у директној супротности са цитираним одредбама из ранијег и актуелног ЗУП-а које говоре о односу ЗУП-а као системског закона и ЗЈН као посебног закона, какав карактер посебних закона имају и други (царински, ЗППП-а, Закон о полицији...). Наведена одредба је променила редослед важности системског и посебног закона дајући приоритет одредбама посебног закона и, на тај начин, штитећи посебне одредбе ЗЈН од ауторитета начела ЗУП-а.

Познат је правни став Управног одељења ВСС по коме “сходна примена не значи знак једнакости у примени, већ мора да буде у складу са одредбама закона који се примењује.” Овај правни став још више продубљује јаз из цитиране одредбе закона и одредаба системског закона. Не усклађује се ЗУП са ЗЈН, већ обрнуто, на исказани начин у члану 3 ЗУП-а.

Крајње логично после свега изнетог, поставља се питање рефлекса и домашаја овакве одредбе ЗЈН на његове процесне одредбе и њихову уставност? Налазимо да оваква начелна одредба из посебног закона, која ЗУП ставља у други план и условљава његову примену, представља неуставну одредбу која као таква кочи примену свих посебних процесних одредби ЗЈН. Једноставно речено, оваква одредба није смела да се предвиди у посебном закону, који рекосмо, претендује да буде ефикасан, крајње јавног карактера, а све ради остваривања његове сврхе. Читав поступак јавних набавки се води у јавном интересу, у члану 157 речено је да Републичка комисија по службеној дужности испитује испуњеност законских услова за примену одговарајућег поступка јавне набавке и чак (став 2 и 3) може да настави поступак уколико подносилац захтева за заштиту права повуче захтев.

II Судска заштита код Управног суда

Указујући на неуставност цитиране одредбе члана 148 став 5 ЗЈН може се поставити питање да ли Управни суд по тужби у управном спору ради оцене законитости донетих аката од стране Републичке комисије, мора да затражи њену оцену законитости код Уставног суда и да сачека исход таквог поступка ако је у току.

Аутору је познат правни став Уставног суда по коме он није дужан да врши оцену усклађености два прописа (закона) исте правне снаге. Међутим, аутор налази да Уставни суд јесте надлежан да цени усклађеност посебног закона са системским, као што је у овом случају. Такође, Управни суд не мора да чека одлуку Уставног суда о усклађености наведена два закона, већ може и сам, ако оцени да одредбе посебног закона (ЗЈН) нису у складу са начелима ЗУП-а, да те одредбе посебног закона не примени. У нашем примеру, ствар је много озбиљнија. Не ради се о примени поједине одредбе ЗЈН, већ је читав концепт примене процесних одредби ЗЈН наопако постављен до мере неустановности кључне одредбе тог закона.

Једно од важних питања у раду Управног суда од значаја посебно за предмете из материје јавних набавки је питање преоптерећености судија предметима у раду. Подсећања ради, на Међународној Конференцији о оснивању, организацији и раду управног судства,⁵ овај аутор је у писаном реферату изнео предлог да би за почетак рада Управног суда у Србији требало обезбедити 70 судија. У закључцима Управне катедре Копаоничке школе природног права,⁶ уочи почетка рада Управног суда предложено је да се изврши избор 60 судија за почетак рада Управног суда. Као што се зна, Управни суд је почео са радом са 35 судија, плус председник, што је у самом почетку довело до загушења рада Суда. Овај проблем све до данашњег дана није отклоњен.

Везано за материју јавних набавки, ови предмети, иако под ознаком “врло хитни”, услед изнетог проблема, уз све остале, нису тако ефикасно и решавани. Ови предмети су, према својој правној природи, двостраначки, што је разлог за обавезну расправу код Суда. Понуђач, који је као најповољнији добио уговор од наручиоца за закључење, има у управном спору својство заинтересованог лица, па према томе и странке. Његов интерес је да се поступак што више одуговлачи, па често и злоупотребава своја права и избегава пријем позива за заказано рочиште, што додатно успорава читав поступак. Сврха одуговлачења поступка је да понуђач, који је са наручиоцем закључио уговор, жури да што пре и што више изведе радове због којих је поступак јавне набавке и покренут.

Коначно, због оптерећености рада Суда, због одуговлачења поступка у коме је расправа обавезна, тужилац (понуђач који није добио уговор од наручиоца на закључење) уколико и успе у управном спору и

5 Београд, Хотел Метропол, септембар 2005. године.

6 Децембар 2009. године.

одлука о додели уговора другом лицу буде поништена, никада неће добити уговор на закључење из једноставног разлога: други учесник, чија је додела уговора поништена, већ је објекат изградио. Нашем тужиоцу остаје једино захтев за накнаду штете у одговарајућем поступку, дугог трајања и неизвесног исхода. Надамо се да законодавац, доносећи ЗЈН, то није желео.

Треба рећи да и решење Суда, засновано на превазиђеном правном ставу Суда у примени члана 23 ЗУС-а – одлагање извршења одлуке о додели уговора,⁷ отежава улогу тужиоца који успе у управном спору да добије уговор на закључење (погрешан правни став се заснива на чињеници да се може тражити одлагање извршења само решења која гласе на чинидбу, а не и на одлуку о избору најповољније понуде).

“Полазећи од наведене законске одредбе и садржине одлуке чије је одлагање извршења захтевано, Управни суд је оценио да одлука не представља акт подобан за извршење – извршни наслов, јер њиме није утврђена било каква обавеза тужиоцу као подносиоцу захтева за одлагање чије извршење би му нанело штету. Ово стога што се, по схватању суда, одредба чл. 23 ЗУС-а односи на одлагање извршења решења која су извршна у управном поступку, у смислу одредбе чл. 261 ст. 1 ЗУП-а⁸, а то су само решења којима се странци налаже нека новчана или неновчана обавеза. Како акт чије се одлагање извршења тражи представља појединачни правни акт којим је у вези са јавном набавком наручилац на основу ЗЈН извршио избор најповољније понуде, то суд налази да не представља акт чијим би се извршењем тужиоцу могла нанети штета.” Супротан правни став је заступљен у коментарима Закона о управним споровима.⁹

Аутор жели да изјави неслагање са правним ставом из образложења пресуде Управног суда¹⁰ у односу на активну легитимацију учесника за заштиту права. “Оспореним закључком одбачен је, због недостатка активне легитимације захтев за заштиту права подносиоца захтева “П” д.о.о. К, овде тужиоца, поднет у отвореном поступку јавне набавке добара-лабораторијски потрошни материјал и закуп апарата, партија 2-реагенци за хематолошке анализе, ЈН број 28/16, за који је позив за подноше-

7 16 У. 927/17.

8 Закон о општем управном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/01 и *Службени гласник РС*, бр. 30/10.

9 Љубодраг Пљакић, *Практикум за управни спор са Коментаром*, Београд, 2011., 250, 251; Зоран Д. Томић, *Коментар Закона о управним споровима*, Београд, 2012, 455.

10 III-4 У. 9849/17.

ње понуда објављен на Порталу јавних набавки дана 31.10.2016. године, наручиоца.

Тужбом, поднетом Управном суду дана 23.06.2017. године, тужилац оспорава законитост закључка туженог органа због неправилно и непотпуно утврђеног чињеничног стања и неправилне примене Закона о јавним набавкама. Наводи да је тужени довео у неравноправан положај понуђаче и да својим тумачењем одредбе која се тиче активне легитимације подносиоца захтева, отвара простор за злоупотребе. Сматра да је тужени, иако је захтев за заштиту права одбацио, фактички мериторно одлучио, јер се бавио чињеничним стањем.

Одредбом члана 148 став 1 Закона о јавним набавкама прописано је да захтев за заштиту права може да поднесе понуђач, подносилац пријаве, кандидат, односно заинтересовано лице које има интерес за доделу уговора, односно оквирног споразума у конкретном поступку јавне набавке и који је претрпео или би могао да претрпи штету због поступања наручиоца противно одредбама овог закона (у даљем тексту: подносилац захтева).

По схватању суда, сагласно одредби члана 148 став 1 Закона о јавним набавкама захтев за заштиту права након окончања стручне оцене понуда и доношења одлуке о додели уговора може поднети понуђач чија је понуда оцењена као прихватљива. Дакле, активна легитимација за подношење захтева за заштиту права може се заснивати само на постојању реалног интереса лица које подноси захтев за заштиту права да добије уговор о јавној набавци у конкретном поступку јавне набавке, који интерес се конкретизује кроз постојање законског основа (да је понуда тог лица оцењена као прихватљива) да му уговор буде додељен, под условом да је то лице могло или је непосредно претрпело штету због поступања наручиоца противно одредбама Закона о јавним набавкама.

Тужилац оспорава оцену наручиоца, да је његова понуда неприхватљива, што је тужени орган имао у виду и дао јасне и образложене разлоге због којих сматра да је оцена понуђача исправна. Тужени орган је, на основу података садржаних у Записнику о отварању понуде од 22.02.2017. године, Извештаја о стручној оцени понуда број 08-1/200 од 27.02.2017. године и Одлуке о додели уговора борј 09-1/276 од 06.03.2017. године, нашао да је тужилац понудио апарат који не испуњава захтеване техничке карактеристике, јер понуђени модел апарата ВС6800 произвођача "Mindray" не поседује ауто семплер са могућношћу постављања више од 140 узорака истовремено, већ има могућност

постављања 100 узорака истовремено, са десне стране апарата, док је додатних 100 места, са леве стране, предвиђено за епрувете које излазе из апарата након завршене анализе и не могу се користити за истовремену анализу 200 епрувета. Сходно наведеном, како и поред поднетог захтева за заштиту права постоје разлози неприхватљивости понуде, тужилац никако не би могао да добије конкретан Уговор о јавној набавци, па се не може сматрати ни да је претрпео или да је могао претрпети штету због поступања наручиоца евентуално противно одредбама Закона о јавним набавкама. Стога се из утврђеног чињеничног стања, по оцени суда, у конкретном случају не може утврдити постојање интереса за доделу уговора у предметном поступку јавне набавке на страни подносиоца захтева, сходно исходу стручне оцене понуда који је такав да му уговор не може бити додељен.”

Аутор сматра да је у праву тужилац када каже да је тужени одбацио захтев због недостатка (активне) легитимације, дајући разлоге о неоснованости поднетог захтева. Наиме, да би се сматрало да тужилац нема активну легитимацију у поступку заштите права, о томе би морала да постоји коначна (извршна) одлука у моменту подношења захтева. Посебна одлука у том правцу не постоји, а оспорена са разлозима о недостатку активне легитимације није извршна доношењем, већ пријемом од стране странака. Зато би разлози туженог пре могли да буду у праву одбијања захтева, а не одбацивања.

III Закључна разматрања

У погледу закључних разматрања аутор сматра да је своје примедбе управно-правне заштите у поступцима јавних набавки врло прецизно изнео, те да их не треба понављати. Изречене примедбе могу да буду од значаја приликом доношења новог ЗЈН, а такође и у односу на организацију и рад управног судства, надамо се, двостепеног.

Завршићемо са познатим правним ставом Уставног суда према коме образложења одлука судова и органа јавне власти морају да буду дата на уставно-правни прихватљив начин. То значи, на правилно примењеним правилима процесног закона, према коме су одлучне чињенице правилно утврђене и на њих правилно примењено материјално право. Супротно образложење чини повреду права на правично суђење из члана 6 Европске конвенције, као његов елемент. Очигледно је, дакле, да ако је наопака процесна одредба из материјалног закона, не може се очекивати ни правилно утврђивање чињеница, па тако ни правилна примена права.

Ljubodrag PLJAKIĆ
a retired judge of the Supreme Court of Cassation

**PROBLEMS REGARDING THE ADMINISTRATIVE COURT
APPLICATION OF THE PUBLIC PROCUREMENT LAW**

Summary

The issues of public procurements are extremely important to any country aspiring to become a democratic society. The European Union has long ago pointed to the fact that it is in this matter that possible corruptive elements can be most easily perceived, even if proceedings aimed at the protection of rights are conducted in public interest.

Hence, it is not enough just to emphasize, in the constitutional basis for the enactment of a Public procurement law, the important prerequisites for the enactment of such a law, but it is the very essence of the law that matters. When putting emphasis on the procedural provisions in this law, it is necessary to establish their true measure and place in relation to the system law in this field – the Law on the General Administrative Procedure. What is equally important is efficient administrative court protection of participants in public procurement procedures in order to achieve the purpose of the law– otherwise, no efforts of a legislator from the reasoning of the legal basis for the enactment of the law will achieve their goal.

Keywords: *public procurements, public interest, procedural law, Law on the Administrative Procedure, court protection.*