

Dr Živorad Rašević*

Dr Danijela Despotović**

Dr Snežana Prelević Plavšić***

JAVNE NABAVKE IZMEĐU UPRAVNOG I OBLIGACIONOG PRAVA: SISTEMSKO POZICIONIRANJE

*Stanovišta pravne teorije, dogmatike i komparativistike o prirodi javnih nabavki nisu saglasna: Ugovori o javnim nabavkama se u literaturi upravnog prava smatraju upravnim ugovorima, dok im građansko pravo pristupa kao tradicionalnim građanskim ili privrednim ugovorima. U cilju cjelovitog sagledavanja prirode odnosa između javnih tijela kao naručilaca javnih nabavki i privatnih subjekata kao ponuđača roba i usluga, u ovom ogledu se ispituju nerazjašnjene sistemske veze Zakona o javnim nabavkama (ZJN) sa upravnim i obligacionim pravom. Rezultati istraživanja pokazuju da norme ZJN, iako uređuju javnopravni režim neravnopravnog odnosa između naručioca i ponuđača, ne daju tom odnosu upravnopravni karakter, jer omogućuju jedino posrednu, ograničenu i izuzetnu primjenu normi upravnog prava. Norme ZJN ne upućuju eksplicitno ni na obligaciono pravo, ali je njegova primjena kao *lex generalis* neizbježna za cjelovito regulisanje predugovornog i ugovornog odnosa naručioca i ponuđača. Sve to ukazuje na pravnosistemsko pozicioniranje prava javnih nabavki kao posebnog obligacionopravnog režima, koji se ipak ne može rigidno svrstati ni u javno ni u privatno pravo. Zato se predlaže razlikovanje upravnog odlučivanja o ugovoru i izvršenja tog ugovora prema pravilima obligacionog prava, kao i ograničavanje nadmoći javnog naručioca radi zaštite osnovnih vrijednosti građanskog prava.*

* Autor je profesor na Visokoj školi za poslovnu ekonomiju i preduzetništvo, zivorad.rasevic@vspep.edu.rs, ORCID: 0000-0002-1424-3041 (Republika Srbija).

** Autorka je vanredni profesor na Pravnom fakultetu za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija, danijela.despotovic@pravni-fakultet.info, ORCID: 0000-0001-5336-1801 (Republika Srbija).

*** Autorka je docent na Visokoj škola za poslovnu ekonomiju i preduzetništvo, snezana-prelevic@yahoo.com, ORCID: 0009-0002-8869-9292 (Republika Srbija).

Ključne riječi: *Upravno pravo. – Ugovorno pravo. – Upravni ugovor. – Culpa in contrahendo.*

1. UVOD

Stupanje državnih organa u odnose sa privrednim subjektima je neizbježno zbog pribavljanja roba i usluga koje omogućuju vršenje njihovih javnih funkcija. U savremenim pravnim porecima regulisanje materije javnih nabavki redovno podrazumijeva ponovno bavljenje nerješivim problemom razgraničenja javnog i privatnog prava. Naime, brojni kriterijumi razgraničenja, od kojih su najprihvaćeniji kriterijum subjekta, odnosa, interesa koji se štiti normiranjem, su bili i ostali koliko neprecizni toliko i sporni.¹ Zato nema univerzalno prihvaćenih teorijskih polazišta za normiranje i tumačenje odnosa između državnog organa kao lica sa javnopravnim ovlaštenjem i naručioca, sa jedne strane, i privatnog (građanskog, preciznije privrednog) subjekta kao ponuđača roba i usluga, sa druge.

To je naročito vidljivo na primjeru nepomirljive različitosti pristupa vodećih pravnih i ekonomskih sila EU: dok se u Francuskoj ugovori o javnim nabavkama smatraju upravnim ugovorima, u Njemačkoj se svrstavaju u privatno, tačnije u privredno pravo.²

Različiti stavovi o javnoj ili privatnoj prirodi odnosa povodom javnih nabavki su prisutni i u pozitivnom pravu Srbije, praksi i nauci upravnog i građanskog prava. Ova dilema nije jasno razriješena ni odredbama važećeg Zakona o javnim nabavkama – ZJN („Službeni glasnik RS“, broj 91/19), kojim su, prema obrazloženju predlagača, implementirane novije direktive Evropske unije (EU) da bi se povećala transparentnost, fleksibilnost, smanjio administrativni teret korišćenjem elektronskih sredstava i olakšavalo dokazivanje kriterijuma za izbor najpovoljnijeg ponuđača.³

1 Vladimir Vodinelić, *Javno i privatno pravo*, Beograd 2016, 67–161.

2 Marko Turudić, *Pravna priroda ugovora o javnoj nabavi u hrvatskom pravnom poretku*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2018, 16.

3 Prema obrazloženju predlagača, to su Direktive 2014/24/EU od 26. 2. 2014, 2014/25/EU od 26. 2. 2014, 2007/66/ EZ od 11. 12 2007. i 2009/81/EZ od 13. 7. 2009. godine. Vid. Vlada Republike Srbije, Program razvoja javnih nabavki u Republici Srbiji za period 2019–2023, <http://www.ujn.gov.rs/wpcontent/uploads/2019/11/1.-UJN-Program-UJN-2019-2023.pdf>, 5. 10. 2023, 5; Narodna

Predmet istraživanja u ovom radu je priroda odnosa javnih naručilaca i ponuđača od prvog poslovnog kontakta do prestanka ugovora u javnoj nabavci, tj. prije i poslije zaključenja ugovora. Sučeljavanjem relevantnih pravnoteorijskih i uporednopravnih saznanja sa domaćim pozitivnim pravom, norme javnih nabavki se preciznije pravnodogmatski kvalifikuju i pravnosistemske situiraju. Potpunije sagledavanje odnosa naručioca kao subjekta sa javnim ovlašćenjima i privatnopravnog ponuđača treba da doprinese razumijevanju uzroka do sada uočених negativnih rezultata primjene novog ZJN. To su: nezadovoljavajući broj ponuda koji je najniži u regionu i duplo manji od prosjeka EU, nedovoljna konkurencija, nedostatak vjere da su postupci javnih nabavki poštени, zbog čega veliki broj potencijalnih ponuđača uopšte ne učestvuje u ovim postupcima.⁴

U prvom dijelu se ispituje pravnodogmatska osnovanost pretpostavke o pripadnosti normi javnih nabavki upravnom pravu, kao to sugeriše literatura upravnog prava koja uzor traži u francuskoj doktrini upravnih ugovora. U drugom dijelu se iznose argumenti u prilog obligacionopravne prirode i ocjenjuje njihova pozitivnopravna utemeljenost. U trećem dijelu se sumiraju rezultati istraživanja o prirodi odnosa povodom javnih nabavki i formulišu prijedlozi za poboljšanje stanja pozitivnog prava.

2. UGOVORI O JAVNIM NABAVKAMA KAO UPRAVNI UGOVORI

Kada se pođe od gore navedених kriterijuma razlikovanja javnog i privatnog prava u pogledu subjekta odnosa ili interesa koji se štiti, za odnos između javnog naručioca i ponuđača se može pretpostaviti da je javnopravne, odnosno upravnopravne prirode. Prema uzornoj francuskoj pravnoj tradiciji taj se odnos reguliše ustanovom upravnih

skupština Republike Srbije, Predlog Zakona o javnim nabavkama, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2019/2478-19.pdf, 1. 10. 2023.

4 NALED, „Analiza stanja javnih nabavki, usluga savetovanja u poslovanju i upravljanju i srodnih usluga“, <https://naled.rs/htdocs/Files/09358/Analiza-stanja-javnih-nabavki-usluga-savetovanja-u-poslovanju-i-upravljanju-i-srodnih-usluga.pdf>, 1. 10. 2023, 8,71–72; Pravni portal, „Manjkavosti novog Zakona o javnim nabavkama“, <https://www.pravniportal.com/manjkavosti-novog-zakona-o-javnim-nabavkama/>, 2. 10. 2023.

ugovora, koji su pozitivnopravno etabrirani i u Srbiji. Da bi se ispitala osnovanost ove pretpostavke, u ovom dijelu se najprije iznose osnovne teorijska i pozitivnopravna obilježja upravnih ugovora, koja se zatim upoređuju sa odredbama ZJN i na kraju kritički ocjenjuju.

2.1. Upravni ugovori u literaturi i pozitivnom pravu

Na prvi pogled, sam pojam upravnog ugovora za domaćeg pravniku izgleda kao oksimoron, jer spaja dva antonima: izraz „upravni“ ukazuje na odnos potčinjavanja i državne prinude, dok izraz „ugovor“ na konsensualnost i ravnopravnost po paradigmi komutativne pravde. Međutim, narativ o ovakvom spajanju nespojivog je prisutan u domaćoj literaturi upravnog prava onoliko dugo koliko traje uticaj francuske pravne misli – dakle od samih početaka. Zato je i prije pozitivisanja upravnih ugovora u Srbiji, izražen stav da ova ustanova „latentno postoji“ kroz različite oblike javno-privatnog partnerstva i da je poželjna jer obezbjeđuje ustavnost i zakonitost sa jedne strane, a socijalno blagostanje s druge, te da opravdava svoju svrhu kvalitetom zadovoljavanjem javnih potreba.⁵

U posljednje dvije decenije ova ustanova je pozitivnopravno etabrirana u pravne poretke svih država Zapadnog Balkana, sa izuzetkom Bosne i Hercegovine. Sudeći prema dostupnoj literaturi, ova pozitivnopravna novina je složno pozdravljena kao teorijski opravdan doprinos regulisanju odnosa države i građanskih subjekata. Njihova osnovna teorijska obilježja su: javnopravni subjekt kao jedna ugovorna strana; zaštita javnog interesa kao svrha; odstupanje od opštih pravila ugovornog prava; mogućnost da sadrži unaprijed propisane standarde; dužnost izvršenja bez obzira na okolnosti koje se nisu mogle predvidjeti; ovlašćenje ugovorne strane koja je javnopravni subjekt da nadzire izvršenje i da drugoj ugovornoj strani jednostrano izmijeni ugovorne obaveze i da tako nametne odnosneravnopravnosti (tzv. derogativna klauzula).⁶ Još jedna važna indikacija o upravnompravnoj prirodi nekog ugovora je otvorena mogućnost vođenja upravnog spora protiv njega.⁷

5 Milica Vukićević Petković, „Upravni ugovori“, *Ekonomski signali* 2/2015, 94, 97.

6 Dejan Milenković, „Upravni ugovori u zakonima o opštem upravnom postupku zemalja Zapadnog Balkana“ *Strani pravni život* 3/2017, 69–72.

7 Petar Kunić, *Upravno pravo*, Banja Luka 2006, 225.

Ustanova upravnih ugovora je ušla u domaći pozitivnopravni porijeklo prije 6 godina, donošenjem Zakona o opštem upravnom postupku – ZOUP („Sl. glasnik RS“, broj 18/16 i 95/18). Članom 22 ZOUP upravni ugovor je definisan kao „dvostrano obavezan pisani akt koji, kad je to posebnim zakonom određeno [...] zaključuju organ i stranka i kojim se stvara, menja ili ukida pravni odnos u upravnoj stvari“ čija sadržina „ne sme biti protivna javnom interesu niti pravnom interesu trećih lica“.

U odredbama ZOUP koji slijede detaljnije se uređuje ovaj ugovorni odnos između upravnog organa i stranke. Shodna primjena pravila upravnog postupka i supsidijarna primjena zakona kojim se uređuju obligacioni odnosi je određena u članu 26, a odstupanja od ovih pravila u članovima 23 do 25. Tim odredbama se ovlašćuje upravni organ da jednostrano mijenja ili raskine ugovor zbog promijenjenih okolnosti, koje se u velikoj mjeri razlikuju od odredbe *rebus sic stantibus* iz člana 133 Zakona o obligacionim odnosima – ZOO („Sl. list SFRJ“, broj 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, „Sl. list SRJ“, broj 31/93, „Sl. list SCG“, broj 1/2003 i „Sl. glasnik RS“, broj 18/2020). Naime, kao razlog za izmjenu upravnog ugovora jedino se navode okolnosti koje su nisu mogle predvidjeti u vrijeme zaključenja ugovora zbog kojih je ispunjenje obaveze za jednu stranu postalo bitno otežano.⁸ Što se tiče raskida ugovora, upravni organ se ovlašćuje da bez sudske odluke upravnim aktom raskine ugovor u jednoj od slijedeće tri situacije: ako stranka ne pristane da se ugovor izmijeni, ako stranka ne ispunjava ugovorne obaveze i ako je to u javnom interesu u skladu sa načelima neophodnosti i minimalnog posezanja u stečena prava. Pored toga, uskraćuje se pravo stranci da kao ugovorna strana jednostrano raskine ugovor, kako inače određuje član 124 ZOO, i jedino joj priznaje pravo na prigovor organu uprave kao drugoj ugovornoj strani. Ova odstupanja od opšteg režima su očigledno u funkciji pozicioniranja upravnog organa kao nadmoćne ugovorne strane, suprotno načelu ravnopravnosti iz člana 11 ZOO. Zato ih treba shvatiti kao derogacione klauzule koje je pravna nauka označila kao važan kriterijum za kvalifikaciju ugovora kao upravnog.

Međutim, zakonodavac se do sada nije propisao drugi važan teorijski kriterijum za kvalifikaciju upravnog ugovora, a to je mogućnost

8 Nije naveden drugi razlog iz čl. 133 ZOO: nemogućnost ostvarenja svrhe ugovora, kao ni dva kumulativno postavljena uslova: prvo, da ugovor više ne odgovara očekivanjima ugovornih strana i da bi po opštem mišljenju bilo nepravilno održati ga na snazi.

pokretanja upravnog spora za ocjenu njegove zakonitosti. Naime, ni u jednoj odredbi ZOUP nije ostavljena mogućnost vođenja upravnog spora protiv upravnih ugovora. To do danas nije učinjeno ni amandmanima na Zakon o upravnim sporovima (ZUS, „Službeni glasnik RS“, broj 111/09), kao je npr. učinjeno u Hrvatskoj.⁹ Takva mogućnost se ne može utvrditi ni najširim tumačenjem člana 3 ZUS (rubrum „Predmet upravnog spora“), jer se pojam upravnog ugovora ne može podvesti pod pojam upravnog akta iz stava 1. Dalje, nije ispunjen uslov „da nije predviđena drugačija sudska zaštita“ jer je sasvim moguće pokrenuti parnični postupak za poništenje ugovora. Na kraju, nije ispunjen ključni uslov koji nalaže pozitivizam: „kada je to zakonom predviđeno“ iz stava 3.

U zaključku, važenje pozitivnopravne ustanove upravnog ugovora je uslovljeno izričitim zakonskim propisivanjem, a nije ni zaozvučeno zbog nemogućnosti kontrole zakonitosti u upravnom sporu. Ovako nedovršena pozitivnopravna konstrukcija je oštro kritikovana prije donošenja novog ZJN kao obesmišljavanje ove pozitivnopravne novosti.¹⁰ Sa druge strane, njeno lapidarno i nepotpuno definisanje se može posmatrati kao početak čije bi se nedorečenosti u pogledu svrhe i sadržine popunile posebnim zakonima, a među kojima je i ZJN. U nastavku se analizira i ocjenjuje ova pretpostavka.

2.2. Argumenti domaće i uporednopravne nauke i prakse

Ako je odnos između naručioca i ponuđača upravnopravne prirode, to bi podrazumijevalo da je odluka naručioca o izboru ponuđača upravni akt, a sam ugovor kojim se njihov odnos reguliše upravni ugovor. U prilog ovom stanovištu su izneseni brojni teorijski, uporednopravni i pravnodogmatski argumenti koji su izneseni u nastavku.

U domaćoj literaturi, posebno onoj koja uzore nalazi u francuskoj tradiciji, preovlađuje stav da ugovori o javnim nabavkama jesu ili bi ih barem trebalo svrstati među najvažnije upravne ugovore. Iznesen je stav da se postupak javne nabavke prema ranije važećem ZJN treba

9 Vid. čl. 3 st. 1 tač. 4 Zakona o upravnim sporovima („Narodne novine“, br. 210/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17 i 110/21): „Predmet upravnog spora jesu...ocjena zakonitosti sklapanja, raskidanja i izvršavanja upravnog ugovora“.

10 Ratko Radošević, *Pravna priroda upravnog ugovora*, Doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu 2018, 234.

smatrati posebnim upravnim postupkom,¹¹ a u prilog tome može da se istakne i novija praksa Vrhovnog kasacionog i Ustavnog suda. Radi se o više odluka u predmetima kojim se usvaja ustavna žalba ponuđača zbog povrede prava na pravno sredstvo iz člana 36 stav 2 Ustava Republike Srbije („Sl. glasnik RS“, broj 98/06 i 115/21), u kojima se obrazlaže da se sve aktivnosti javnog naručioca po pravnom lijeku ponuđača mogu podvesti pod odredbe ZOUP koje uređuju rad prvo-stepenog organa po žalbi, a postupanje nadzornog tijela pod odredbe ZOUP koje uređuju rad drugostepenog organa.¹²

Međutim, iznesena su i suprotna mišljenja, koja izgledaju ubjedljivije. Tako se npr. zaključuje da postupci javnih nabavki toliko odstupaju od opšteg upravnog režima da se uopšte ne mogu smatrati upravnim postupkom, niti ugovori o javnim nabavkama upravnim ugovorima. Po tome, svaki upravni ugovor, pa tako i ugovor o javnim nabavkama je „običan“ ugovor kao pravni akt i činjenica, a da je ustanova kojom se zasniva ugovorni odnos „mešovita, jer je istovremeno uređena i upravnim i građanskim pravom“.¹³

I u susjedstvu dominiraju stavovi o upravnopravnoj prirodi odnosa, uz prateća neslaganja načinu uređenja ove materije i ignorisanja razlike između *lege lata* i *lege ferenda*. Neki od njih su izneseni u nastavku kao primjeri.

U jednoj analizi iz Sjeverne Makedonije ocjenjuje da su ugovori o javnim nabavkama, „specifičan oblik upravnih ugovora“ jer je postupak „detaljno regulisan imperativnim upravnopravnim pravilima, uz stroga pravila nadzora i kontrole“. Autori smatraju da je pozitivno-pravna odredba o rješavanju eventualnih ugovornih sporova pred redovnim osnovnim sudovima pogrešna i predlažu obezbjeđenje zaštite privatnih i javnih interesa u upravnom sporu pred specijalizovanim upravnim sudstvom.¹³

11 Vladimir Kozar, „Nevažnost ugovora o javnim nabavkama i naknada štete“, *Pravo i privreda* 7–9/2013, 488.

12 US, Odluka br. UŽ-1031/2016 od 26. 12. 2019; US, Odluka br. UŽ-10107/2017 od 15. 10. 2020; US, Odluka br. UŽ-3533/2018 od 3. 6. 2021; US, Odluka br. UŽ-12029/2018 od 24.02.2022; US, Odluka br. UŽ-2064/2020 od 7. 4. 2022, st. 3 i 5 Obrazloženja. R. Radošević, *op. cit.*, 110–111, 234, 236.

13 Borče Davitkovski, Elena Davitkovska, Dragan Gocevski, „Odnos između upravnog (javnog) prava i građanskog (privatnog) prava vs. kodifikacije građanskog prava“, *Harmonizacija građanskog prava u regionu* (ur. D. Marković Bajalović), Pale 2013, 197.

Jedan hrvatski autor predlaže tumačenje pozitivnopravne definicije ugovora o javnim nabavkama koje bi omogućilo njihovo podvođenje pod pojam upravnih ugovora, koje je u toj mjeri široko da može da izgleda *contra legem*. Predlaže da se ugovor o javnim nabavkama jasnije pozitivnopravno opredijeli kao upravni ugovor po francuskom modelu, ali za razliku od makedonskih autora smatra efikasnijim kontrolu zaključivanja ugovora u parničnom postupku, bilo pred redovnim građanskim sudovima, bilo pred jednim specijalizovanim sudom za javno-privatne sporove.¹⁴ Drugi hrvatski autor takođe smatra da su ugovori o javnim nabavkama upravni ugovori i predlaže da to zakonodavac izričito i propiše. Dok se to ne desi, insistiranje na nedostatku izričite odredbe o upravnoj prirodi ugovora o javnim nabavkama ocjenjuje kao „nepotreban formalizam“ zbog ispunjenosti teoretskih kriterijuma za ovu kvalifikaciju. Za razliku od prethodnog autora, zalaže se za čist francuski model, tj. primjenu pravila upravnog postupka i sudsku kontrolu upravnog sudstva, jer „nesustavnost uređenja instituta [...] ne utječe na njegovu javnopravnu prirodu“.¹⁵

I u analizama iz Bosne i Hercegovine se javne nabavke svrstavaju u upravno pravo.¹⁶

Predlaže se pozitivisanje upravnih ugovora kao ustanove upravnog prava koja uključuje ugovore o javnim nabavkama, kao i isključenje nadležnosti redovnih sudova iz sporova koji nastaju nakon dodjele ugovora.¹⁷

Dakle, kod nas i u susjedstvu postoji saglasnost velikog broja autora o upravnopravnoj prirodi ugovora, dok su stavovi o putevima njihovog sudskog nadzora nepomirljivo različiti. Međutim, ovaj entuzijazam upravnopravne nauke nije podržan pozitivnopravnim rješenjima. O tome u nastavku.

14 Frane Staničić, „Kontrola nad sklapanjem upravnih ugovora.“ *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 1/2016, 236–237, 248–249.

15 M. Turudić, *op. cit.*, 16–17.

16 Nermin Lapandić, *Postupak ugovaranja javne nabavke*, Fakultet za upravu Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2020, 32–35.

17 Mirsad Čizmić, „Pravna priroda ugovora o javnim nabavkama u pravnom porijeklu BiH“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 27/2021, 182–184.

2.3. Tumačenje pozitivnog prava

Slijedi kratko jezičko, logičko i sistemsko tumačenje relevantnih izvora da bi se ispitalo da li upravna kvalifikacija javnih nabavki može da prođe pravnodogmatsku provjeru.

Prije svega treba istaknuti da argumente za i protiv ne treba tražiti u međunarodnopravnim izvorima, jer su mehanizmi implementacije međunarodnih obaveza država po pitanju javnih nabavki prepušteni državama članicama. Da nema univerzalnih standarda u tom pogledu ukazuje član 9 stav 1 Konvencije UN protiv korupcije („Službeni list SCG-Međunarodni ugovori“, broj 12/05) kojim se obavezuje svaka država da preduzima mjere protiv korupcije u javnim nabavkama „u skladu sa osnovnim načelima svog pravnog sistema“. Ništa konkretnije u tom smislu se ne može pronaći ni u tekstu Sporazuma o vladinim nabavkama¹⁸ koji je donesen pod okriljem Svjetske Trgovinske organizacije, niti u Modelu zakona o javnim nabavkama, sa Vodičem koji je razvila Komisija UN za međunarodno trgovinsko pravo.¹⁹ Ni komunitarno pravo tu nije od pomoći: Direktive EU koje su *ratio* novog ZJN obavezuju na rezultat (eng. *obligation of result*), ostavljajući slobodu državama da uredi primjenu evropskih smjernica u skladu sa specifičnostima svojih pravnih sistema.²⁰

Ni u tekstu ZJN se ne mogu pronaći rezolutni odgovori, pa se u pogledu upravne kvalifikacije odnosa naručioca i ponuđača više može zaključiti čitanjem između redova. Jedino se sa sigurnošću može reći da jezičko i logičko tumačenje odredbi ZJN upućuje na njihovu javnopravnu prirodu, jer se radi o materijalnim i procesnim pravilima koja ovlašćuju i obavezuju javnopravna tijela u svrhu zadovoljavanja

18 WTO, „Agreement on Government Procurement“, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/tokyo_gpr_e.pdf, 15. 10. 2023.

19 UNCITRAL, „Model Law on Public Procurement, UN New York, 2014, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/2011-model-law-on-publicprocurement-e.pdf>; UNCITRAL, Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, New York, 2014, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/guideenactment-model-law-public-procurement-e.pdf>, 5. 10. 2023. Ovaj model je do sada kao vodič do sada koristilo tridesetak država, uglavnom u razvoju. Vid. https://uncitral.un.org/en/texts/procurement/modellaw/public_procurement/status, 20. 10. 2023.

20 Nevenko Misita, *Osnovi prava EU*, Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo 2008, 500.

javnog interesa. Pri tome, ni u jednoj odredbi ZJN i ZOUP odluka javnog naručioca nije okvalifikovana kao upravni akt, a ni odnos između naručioca i ponuđača kao upravni ugovor. Zato preostaje da se odgovori traže istraživanjem pravnosistemskih implikacija, što slijedi u nastavku.

Prvo, moglo bi se tvrditi da je zakonodavac implicitno priznao aktu naručioca svojstvo upravnog akta, jer je ponuđačima dodijelio aktivnu procesnu legitimaciju za pokretanje upravnog spora u članu 228 stav 3 ZJN, u vidu, kako stoji u rubrumu, „prava na upravni spor“. Sa druge strane, ovaj argument ne djeluje uvjerljivo jer je pomenuta odredba dvosmislena: Činjenica da se ima subjektivno pravo da se u upravnom sporu pobija zakonitost akta naručioca ne znači nužno da je taj akt upravni. Naime, upravni spor se, prema članu 3 stav 3 Zakona o upravnim sporovima – ZUS („Službeni glasnik RS“, broj 111/09) može da vodi ne samo protiv konačnih upravnih akata, nego i „drugih konačnih pojedinačnih akata kada je to zakonom predviđeno“. Priznavanje aktivne legitimacije ponuđačima u upravnom sporu je svakako promišljeno rješenje, jer se time omogućuje upravnosudska kontrola konačnih akata sektorskih naručilaca iz člana 4 ZJN koji inače nisu obuhvaćeni pozitivnopravnom definicijom upravnog organa. Međutim, to isto tako može da navede na zaključak da odluke javnih naručilaca iz člana 3 ZJN nisu upravni akti, bez obzira na njihovu upravnosudsku kontrolu. Da akti naručioca nisu upravni akti *stricto sensu* ukazuje još jedno odstupajuće rješenje u vidu duplo kraćeg roka za pokretanje tužbe u upravnom sporu od onog određenog članom 18 stav 1 ZUS.

Drugo, primjena pravila upravnog postupka jeste propisana, ali je ograničena na samo određene institute i na drugostepeni postupak, i to samo kao izuzetak za popunjavanje pravnih praznina u ZJN. Da je to tako ukazuje činjenica da se ne može pronaći nijedna odredba ZJN koja obavezuje naručioca da primjenjuje pravila upravnog postupka. To se tek implicira u članu 212 ZJN, kojim se u drugostepenom postupku određuje shodna primjena *numerus clausus* pravila upravnog postupka pred Republičkom komisijom za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki (Republička komisija). Pri tome je primjena ovih pravila uslovljena formulacijom „ako drugačije nije propisano ovim zakonom...uvažavajući načela ovog zakona i specifičnosti postupaka javnih nabavki i zaštite prava“. Ovakvo ograničavanje i uslovljavanje ukazuje

na namjeru zakonodavca da udalji postupke ponuđača od upravnog prava.²¹

Treće, ZJN implicitno propisuje derogacione klauzule i ostavlja posrednu mogućnost upravnosudske kontrole zakonitosti ugovora o javnim nabavkama. Naime, članovima 211 stav 2 i 233 ZJN ovlašćuje se Republička komisija da jednostrano poništi ugovor o javnoj nabavci. Kako je protiv toga akta moguće pokrenuti upravni spor, njegov predmet bi posredno mogao da bude i ispitivanje zakonitosti poništavanja ugovora o javnoj nabavci.

Ipak, ne mogu se smetnuti s uma činjenice da subjektivitet Republičke komisije i naručioca nije isti i da nijedna odredba ZJN ne daje osnova za tvrdnju da su ugovori o javnim nabavkama upravni ugovori.

Dakle, ovaj pravnodogmatski uvid u odredbe ZJN jasno upućuje na namjeru zakonodavca da odnose naručioca i ponuđača svrsta u javno pravo, ali nije rezultirao ubjedljivim razlozima u prilog upravno-pravne prirode tog odnosa. Zato argument pravnog pozitivizma upućuje na slijedeće zaključke. Prvo, pokazalo se da akti javnog naručioca nisu upravni akti, jer naručilac uopšte nije dužan da postupi po pravilima upravnog postupka, dok je organ koji nadzire odluke naručioca obavezan da izuzetno primjenjuje *numerus clausus* tih pravilakoje određuje ZJN. Odredbama ZJN nije ostavljena mogućnost primjene načela i opštih pravila ZOUP, pa se stoga postupak javnih nabavki ne može da smatra posebnim upravnim postupkom. Ni teorijski kriterijum mogućnosti vođenja upravnog spora protiv konačnih akata o izboru ponuđača ne opredjeljuje jasno upravno-pravnu prirodu tih akata, jer je zakonodavac ostavio mogućnost vođenja upravnog spora i protiv onih konačnih akata koji nisu upravni. Drugo, ugovori o javnim nabavkama imaju određena teoretska obilježja upravnih ugovora, ali ni to nije propisao zakonodavac. Zato se može zaključiti da tekst važećeg ZJN implicira da akti naručioca spadaju u javno-pravne akte, a da su ugovori o javnim nabavkama *sui generis* ugovori koji nisu direktno regulisani pravilima upravnog postupka.

21 Prethodno rješenje iz čl. 148 st. 5 prethodnog ZJN (*Sl. glasnik RS*, br. 124/12, 14/15 i 68/15) obavezivalo je drugostepeni organ da „u postupku zaštite prava koja nisu uređena ovim zakonom shodno [...] primenjuje odredbe zakona kojim se uređuje upravni postupak“. Time se davalo više razloga da se postupak javnih nabavki posmatra kao posebni upravni postupak u kome se pravilima ZJN regulišu odstupanja od opšteg režima upravnog postupka.

2.4. Javne nabavke kao javnopravno ugovaranje sui generis

U zaključku, teoretsko stanovište o upravnompravnoj prirodi javnih nabavki se kod nas ne može smatrati pozitivnopravno utemeljenim. Zakonodavac nije izričito propisao da je postupak izbora ponuđača upravni postupak, ni da je odluka o tome upravni akt, niti da je ugovor o javnoj nabavci upravni ugovor. Za ovo oklijevanje zakonodavca da prihvati prijedloge pravne nauke se mogu pronaći dobri razlozi, i to posebno u pogledu izuzimanja naručioca od dužnosti da primjenjuje pravila upravnog postupka. Naime, naručilac nije samo javno tijelo koji autoritativno odlučuje o ponuđačevim pravima i obavezama, nego je isto tako i ugovorna strana koja odlučuje o sopstvenim pravima i obavezama. Prema principu *nemo iudex in causa sua*, ova konfuzija uloga ga kompromituje kao pristrasnu instancu upravnog odlučivanja. Pored toga, moglo bi se tvrditi da je namjera zakonodavca da transplantirana rješenja iz prava EU postavi u ZJN kao jezgro jedne nove posebne javnopravne grane koja ima sopstveni predmet i metode regulisanja, i koja samo „pozajmljuje“ pravila upravnog postupka i ugovornog prava da popuni njene pravne praznine.

Bilo kako bilo, izostanak izričite odredbe u ZJN da su ugovori o javnim nabavkama upravni ugovori dovodi do pravne nesigurnosti u pogledu primjenjivosti opštih pravila ZOUP, a posebno načela ZOUP koja nemaju svoj pandan u načelima ZJN, kao što su predvidivost, istina i slobodna ocjena dokaza.²² Bez primjene načela ZOUP se ne može ni zamisliti procedura efikasnog i racionalnog odlučivanja, jer uslovi forme koje propisuje zakonodavac i naručilac ponekad nisu dovoljni, ma koliko bili detaljni i precizni.²³ Pored toga, nepropisivanjem da su ugovori o javnim nabavkama upravni ugovori isključuje se ovlašćenje naručioca da u svrhu zaštite javnog interesa prema pravilima upravnog postupka iz članova 23–25 ZOUP jednostrano raskine ugovor sa ponuđačem zbog promijenjenih okolnosti.

22 Upor. čl. 5 do 15 ZOUP sa čl. 5–10 i 205–210 ZJN.

23 Tako je npr. autor ovih redova učestvovao u radu komisije za javne nabavke koja je odbila formalnopravno besprekornu ponudu koja nije bila praktično izvodiva, pozivajući se na upravno načelo istine i slobodne ocjene dokaza sa obrazloženjem da je ocijenjeno da ponuda nije ozbiljna u smislu čl. 28 st. 2 ZOO.

3. UGOVORNA PRIRODA JAVNIH NABAVKI

Ispitivanje sistemskih veza prava javnih nabavki i upravnog prava je možda najvažniji, ali ipak samo prvi korak u razjašnjavanju pravne prirode odnosa naručioca i ponuđača. Da bi se ovaj odnos cjelovito sagledao, potrebno je sistemski tumačiti norme ZJN sa normama koje pripadaju drugoj cjelini pravnog poretka, tj. privatnom pravu. To je neizbježno, jer se odnos koji ZJN reguliše može posmatrati kao predugovorni i ugovorni odnos, na koji se primjenjuju opšta pravila obligacionog prava. U nastavku se najprije iznose teorijske pretpostavke koje se zatim pravnodogmatski ispituju sučeljavanjem sa pozitivnim pravom.

3.1. Ugovor između javnih i privatnih subjekata u civilistici

Odgovore na sva pitanja odnosa javno-privatno je svakako uputnije tražiti u građanskom pravu, jer je upravno pravo kao disciplina znatno nerazvijenije: ono se izdvojilo iz *ius civile* tek u XVII vijeku.²⁴ Od tada se razvija i poimanje države kao pravnog lica da bi se objasnila prava i obaveze pojedinaca koji imaju svojstvo njenih organa,²⁵ kao i uvjerenje da subjektivitet države, kada stupa u odnose privatnopravne prirode, ne treba da se razlikuje od subjektiviteta privatnog lica.²⁷

Posebno u njemačkoj literaturi dominira stav da državna uprava ima slobodu izbora između privatnopravnih i javnopravnih puteva, a da se često opredjeljuje za mehanizme koje pripadaju privatnom pravu jer joj to omogućava veću slobodu kretanja.²⁶ Prema ovom stanovištu, državna uprava „bježi“ u privatno pravo u toj mjeri da se može govoriti upravnom privatnom pravu kome pripadaju privatnopravne norme kada po njima postupa javna uprava.

Ove privatnopravne norme moraju da budu upotpunjene, modifikovane ili ograničene načelima i pravilima javnog prava, jer javno

24 Za više o tome vid. V. Vodinić, „Savremeni pojam građanskog prava.“ *Arhiv za pravne i društvene nauke* 1–2/1989, 82–83.

25 Mišel Troper, *Pravna teorija države*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd 2014, 204.

²⁷ Hans Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010, 296.

26 Živorad Rašević, Danijela Despotović, „Public Procurement in Serbia as the Special Regime of Contract Law“, *Kultura polisa* 1/2023, 129.

pravo kao *lex superior* jače vezuje nosioca javne vlasti od privatnog prava. Neki čak smatraju da u fiskalnim djelatnostima uprava uopšte nije vezana javnopravnim normama, jer bi to omelo njenu mobilnost i efikasnost. Međutim, najmanje je sporno da je na privatnopravne odnose u koje stupa uprava i tada djeluju ustavne norme, bilo to neposrednim obavezivanjem kako države ili privatnopravnih subjekata, bilo posredstvom širokih i neodređenih pojmova privatnog prava koji se tumače u duhu ustavnih vrijednosti. Za razjašnjavanje ove konfuzije javno-privatno predlaže se jedinstvena legislativna kvalifikacija nekog odnosa kao javnog ili privatnog. Međutim, ima i stavova o nužnosti dvostepenog rješenja, koje polazi od razlikovanja upravne odluke o stupanju u privatnopravni odnos prema pravilima upravnog prava i izvršenja te upravne odluke prema pravilima građanskog prava.²⁷

U Njemačkoj je nalaz o privatnopravnoj prirodi javnih nabavki prenesen u pozitivno pravo, jer se ono smatra sastavnim dijelom konkurencijskog i privrednog prava. Do 1993. godine pravo javnih nabavki se svrstavalo u budžetsko pravo a zaštita ponuđača je bila omogućena ustanovom predugovorne odgovornosti naručioca (*culpa in contrahendo*), tj. zahtjevom za naknadu štete pred građanskim sudom. Ova mogućnost zaštite građanskopravnim sredstvima je ostala kao sekundarni mehanizam zaštite, a implementacijom komunitarnih normi o javnim nabavkama uvedena je primarna upravna zaštita prava na nediskriminirajući tretman i valjano upravno postupanje naručioca.²⁸

I u Hrvatskoj su izneseni argumenti u prilog građanskopravne prirode ugovora o javnoj nabavci: na odgovornost ugovornih strana se osim ZJN primjenjuju načela i norme

ZOO, strane su ravnopravne i uživaju slobodu uređivanja tog odnosa, sporovi iz tog odnosa se rješavaju pred redovnim, a ne pred upravnim sudovima, za naknadu štete se primjenjuju opšta pravila odštetnog prava, ugovor o javnoj nabavi prestaje iz razloga određenih ZOO (protek vremena, nemogućnost ispunjenja, raskid) itd.²⁹

27 V. Vodinelic (2016), *op. cit.*, 376–397.

28 Alexander Koch, *German Public Procurement – Between Tradition and Europeanization*, Grin Verlag, Nortstedt 2007, 3.

29 Anica Drmić, „Pravna priroda ugovora o javnoj nabavi“, *Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave* 2/2014, 502.

3.2. Norme ZOO kao *Lex generalis* i povezivanje sa normama ZJN

Na primjenu pravila obligacionog prava implicitno upućuju odredbe domaćeg ZJN u kojima se upotrebljavaju pojmovi i ustanove građanskog prava. Tako član 229 (rubrum Naknada štete) određuje: „Pravo na naknadu štete koje je nastala zbog povrede ovog zakona, može se ostvariti u postupku pred nadležnim sudom“. Prema ovoj odredbi, naručilac materijalno odgovara jedino za povrede odredbi ZJN, bez preciziranja u kakvom postupku, iako sam pojam štete upućuje na primjenu pravila obligacionog odštetnog prava u parničnom postupku pred građanskim sudovima. Ova odgovornost je očigledno uže postavljena u odnosu na upravnu materijalnu odgovornost iz člana 203 stav 4 i 5 ZJN i na opšti režim materijalne odgovornosti uprave iz člana 5 Zakona o državnoj upravi („Sl. glasnik RS“, broj 79/05 i 11/07). Po tim odredbama se odgovara za svaki nezakonit i nepravilan rad, dakle ne samo za kršenje ZJN nego i bilo kog drugog primjenjivog propisa. Iz ovakvog tumačenja člana 229 ZJN proizlazi i uža primjena pravila obligacionog prava od one iz već pominjanog člana 26 ZOUP, koji određuje supsidijarnu primjenu svih pravila obligacionog prava u materiji upravnih ugovora, a ne samo normi odštetnog prava.

Osim navedene upućujuće norme, na primjenjivost obligacionopravnih pravila ukazuju i podudarnosti pojmova iz člana 2 ZJN sa ustanovama ugovornog prava iz ZOO. Naime, iz definicija u članu 2 ZJN je izostavljen sam pojam ugovora, koji gradi pojam ugovora o javnoj nabavci u stavu 2, što ukazuje da značenje ovog pojma treba tražiti u obligacionom pravu. Isto tako, pojmovi „nabavke dobara, pružanja usluga i izvođenja radova“ iz stavova 2 do 6 istog člana ZJN se očigledno odnose na zaključenje ugovora o prodaji iz članova 454 – 451 ZOO, zakupu iz članova 567 – 599, djelu iz članova 600 – 629, građenju iz članova 630 – 647, prevozu iz članova 648 – 685, itd. I pojmovi subjekata javnih nabavki imaju svoj pandan u obligacionom pravu: izraz „naručilac“ iz stava 1. se nalazi i u članovima 600 – 647 ZOO koje regulišu ugovore o djelu i građenju, a izraz „ponuđač“ iz stava 8 u odredbama 26 – 45 ZOO koje se odnose na zaključenje ugovora.

Smještanje pravila ZJN u obligacionopravni kontekst ne može da se ograniči samo na upućujuće norme i podudarne pojmove. Naime, član 23 ZOO pravnosistemske postavlja ovaj zakon kao *lex generalis*

za sve obligacione odnose koji nisu uređeni drugim zakonima. To se potvrđuje u domaćoj literaturi, u kojoj se navodi odnos *lex generalis* – *lex specialis* između pravila ZOO i ZJN o ništavosti i rušljivosti ugovora: dok su ZOO sadržani su opšti razlozi, ZJN propisuje posebne razloge i posebnu nadležnost drugostepenog organa. Takođe se navodi da pitanje naknade stvarne štete i izmakle koristi nije riješeno prema odredba tada važećeg ZJN, tako da su u ovim stvarima primjenjuju opšta pravila obligacionog prava.³⁰

Ako bi to bilo tako, svrha odredbi ZJN bi bila da dopune i modifikuju opšti režim obligacionog prava, kao što je učinjeno u ZOO za odnose između privrednih subjekata. Radi se o članu 25 ZOO, koji određuje poseban ugovorni režim u privredi u članu 18 stav 2 ZOO, koji pojačava deliktnu odgovornost za privredne subjekte prema standardu pažnje dobrog stručnjaka. Ovo stanovište bi bilo na tragu teorijskog svrstavanja ugovora o javnim nabavkama u privredno pravo. Sličnosti posebnog režima odnosa između privrednih subjekata, sa jedne strane, i režima odnosa između javnog naručioca i privrednih subjekata, sa druge, bi se ogledale u faktičkoj nejednakosti ugovornih strana i pojačanoj ugovornoj odgovornosti. Međutim, postoje dvije bitne razlike između ova dva režima koje ne treba potcijeniti. Prvo, pogrešno bi bilo poistovijetiti naručioca kao javnopravnog subjekta sa privrednim subjektom, jer nadmoć jedne strane u ovom odnosu nije samo faktičke nego i pravne prirode. Drugo, statusi, motivi, način odlučivanja i rizici nisu isti: javni naručilac se ne bavi lukrativnom djelatnošću, odlučuje po strogim prinudnim procesnim pravilima i nije opterećen rizikom od propasti za neuspjeh poslovnog poduhvata, dok je ponuđač kao privredni subjekt usmjeren na sticanje dobiti, uživa autonomiju volje i snosi puni rizik za tu slobodu. Zato ne bi trebalo izjednačavati poseban režim za ugovore o privredi sa ugovorima o javnim nabavkama, nego zaključiti da odredbe ZJN konstituišu još jedan *lex specialis* obligacionih odnosa.

U nastavku su iznesene neke od karakteristika tog posebnog ugovornog režima kroz implikacije primjene pojedinih odredbi ZOO. Prije svega, javni pozivi i obavještenja naručioca iz brojnih odredbi ZJN se mogu smjestiti u kontekst opšte ponude, formularnih ugovora i njihovih opštih uslova iz članova 100, 142 i 143 ZOO. Naime, javni naručilac je, podjednako kao i privredni subjekt koji diktira uslove

30 V. Kozar, *op. cit.*, 488–489.

zaključenja ugovora, nadmoćna strana koja ograničava ugovornu slobodu drugoj strani. Zato bi ponuđačima trebalo priznati olakšice koje ima slabija strana u vidu tumačenja nejasnih odredbi ugovora i drugih akata naručioca u njihovu korist, ili pak mogućnosti poništenja zbog neusklađenosti sa ciljem ugovora ili dobrim poslovnim običajima. Ove odredbe ZOO su korisne i zbog stipulacija da opšti uslovi poslovanja dopunjuju ugovor, jer se mogu analogno primijeniti na dejstvo akata naručioca.

Drugo, u članu 94 ZJN naručilac se postavlja u nadmoćan položaj tako što se jedino on ovlašćuje da od ponuđača zahtijeva posebna, ovim zakonom određena sredstva obezbjeđenja ugovora, koja odstupaju od opštih pravila o kapari, odustanici i ugovornoj kazni iz članova 79–83 i 270–276 ZOO. Treće, nadmoć naručioca se izražava njegovim ovlašćenjima za jednostranu izmjenu i raskid, kao i za poništenje ugovora o javnim nabavkama u članovima 154 do 163, 187 stav 8 i 226 ZJN. Time se derogira ili mijenja opšti režim ravnopravnosti strana u pravilima nevažnosti ugovora, dvostranih ugovora i dejstava ugovora iz članova 103 do 15 ZOO, i to naročito u pogledu pravila ustupanja, izmjene i raskidanja ugovora, uključno i *rebus sic stantibus* iz člana 133 ZOO. Prema ZJN, naručilac može da jednostrano izmijeni ugovor ako je tako bilo ugovoreno, ili ako je to neophodno radi nabavke dodatnih dobara, usluga ili radova, nepredviđenih okolnosti, promjene ugovorne strane, povećanja obima nabavke ili zamjene podizvođača. Naručilac je ovlašćen i da jednostrano raskine ugovor ako nastanu okolnosti koje bi bitno izmijenile ugovor, ako je ugovorna strana trebalo da bude isključena iz postupka nabavke ili zbog povrede komunitarnog prava. Četvrto, ZJN otvara novu mogućnost poništenja ugovora i nadležnost koja dopunjuje relevantna pravila

ZOO. Na osnovu člana 226 stav 2 ZJN, Republička komisija je ovlašćena da poništi ugovor o javnoj nabavci zbog povreda ZJN usljed kojih postupak ne može da se okonča na zakonit način. Ovakvo ovlašćenje organa uprave je uže od ovlašćenja građanskog suda da prema prema opštem pravilu iz člana 103 stav 1 ZOO poništi ugovor koji je protivan prinudnim propisima, javnom poretku i dobrim običajima. Svrha ova tri osnova poništenja ugovora nije samo sankcionisanje kršenja jednog zakona ili nezakovitosti uopšte, nego i svakog odstupanja od načela savjesnosti i poštenja u građansko-pravnim odnosima.

3.3. Postupak javnih nabavki kao poseban režim pregovaranja i culpa in contrahendo

Ako se ZOO kao postavlja kao *lex generalis*, onda je i postupak naručioca u izboru ponuđača koji je regulisan ZJN šire uređen pravilima obligacionog prava koje uređuju pregovaranje radi zaključenja ugovora. Zato se i upravnoprocesna pravila zaključivanja ugovora o javnoj nabavci mogu sistemski tumačiti u vezi sa odredbi ZOO koje uređuju predugovorni odnos i predugovornu odgovornost (*culpa in contrahendo*). Na ovaj način se postupci javnog naručioca u izboru ponuđača izjednačuju sa pregovaranjem između privatnih subjekata, a javnopravna odluka o izboru sa saglasnom izjavom volje koja vodi zaključenju ugovora.

U tom smislu, odredbe ZJN ne izgledaju potpuno bez članova 26 do 45 ZOO koje uređuju opšti režim zaključenja ugovora, a u prilog tome se mogu iznijeti brojni argumenti. Tako npr. posebne tehnike, instrumenti i rokovi u postupku izbora ponuđača iz članova 66–84 i 85–87 ZJN uređuju samo dužnosti i ovlašćenja naručioca u pogledu forme pregovaranja, ali ne i odnos ponuđača i naručioca koji može da se okonča zaključenjem ugovora. Drugo, članom 27 stav 2 ZOO se određuje da su propisi kojima se određuje sadržina ugovora njihov sastavni dio, čime se omogućuje inkorporacija svih primjenjivih pravila ZJN u ugovor o javnim nabavkama. Treće, član 28 stav 2 ZOO određuje da izjave volje o zaključenju ugovora moraju da budu slobodne i ozbiljne, čime ocjena valjanosti određene ponude implicira njenu kritičku diskrecionu ocjenu prema načelu materijalne istine, dakle šire od formalne ocjene dokaza koje propisuje ZJN. Četvrto, član 33 ZOO (rubrum Opšta ponuda) proširuje značenje pojma ponude iz člana 32 na sve prijedloge neodređenom broju lica za zaključenje ugovora ako sadrže njegove bitne sastojke. To implicira da se pojmovi javnih poziva i obavještenja naručioca iz brojnih odredbi ZJN mogu podvesti pod pojam opšte ponude.

Na kraju, odredba o naknadi štete za kršenje odredbi ZJN iz člana 229 ZJN se može povezati sa građanskopravnom odgovornošću za nezaključenje ugovora,³¹ odnosno sa ustanovom *culpa in contrahendo*. Ona je pozitivnopravno izražena članom 30 stav 1–3 ZOO, koji određuje izuzetak od pravila da vođenje pregovora ne obavezuje na naknadu

31 Upor. čl. 5 do 15 ZOUP sa čl. 5–10 i 205–210 ZJN.

eventualne štete, koji je ispunjen ako nije bilo namjere da se zaključi ugovor ili je ta namjera otpala bez osnovanog razloga. Sličan izuzetak je postavljen i u članu 35 ZOO u odnosu na slanje obavještenja putem medija u vidu neprihvatanja ponude bez osnovanog razloga. Treba imati u vidu da savremena građanskopravna teorija postavlja ovu ustanovu znatno šire, tj. kao svaku povredu načela savjesnosti i poštenja. Naime, odgovara se ne samo za inicijalno ili naknadno odsustvo namjere da se ugovor zaključi, nego za „štetne posledice onih ponašanja već od prvog poslovnog kontakta [...] koja [...] povređuju obavezu prema drugoj strani“. Radi se obavezama da se daju potrebna obavještenja, vodi računa o imovini i dobrima partnera i da se ne izigra osnovano očekivanje, odnosno stvoren pouzdan utisak da će ugovor biti zaključen.³² U prilog širem shvatanju *culpa in contrahendo* se izjašnjava i literatura komunitarnog prava, prema kojoj snabdjevač i klijent imaju predugovornu obavezu da upozoravaju jedan drugog o svim rizicima o u vezi pružanja usluge.³³ Pored toga, ugovorom se ne može isključiti ili ograničiti dužnost savjesnog i poštenog pregovaranja,³⁴ koja obuhvata brigu o očekivanjima, povjerenju i teretu ekonomskog rizika pregovaranja druge strane.³⁵ Ovim saglasnim tumačenjem navedenih odredbi ZJN i ZOO se naziru značenja postupka javnih nabavki kao posebnog režima *culpa in contrahendo*: pored toga što postupci naručioca podliježu i kontroli zakonitosti, ponašanja kako naručioca tako i ponuđača podliježu široj kontroli poštovanja obligacionih načela i pravila. Građanskopravna literatura i praksa su u stanju da razjasne kako i šta može da postigne građanskom sudskom zaštitom, čak i kada nude kontradiktorne odgovore zbog dilema o prirodi ove ustanove. Prema objektivnoj koncepciji, za nesavjesno pregovaranje bi se odgovaralo po uzročnosti, a dominira stav o pretpostavljenoj krivici, kako za namjeru tako i za krajnju nepažnju.³⁶ Za običnu nepažnju se ne odgovara, a kod ugovora u privredi se očekuje viši stepen pažnje nego kod ugovora

32 V. Vodinelić (2012), *op. cit.*, 493.

33 Christian Bar *et al.* (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, Selier, Munich 2009, 102.

34 *Ibid.*, 301.

35 John Cartwright, Martijin Hesselink, *Precontractual Liability in European Private Law: Conclusions*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, 458–462.

36 Jožef Salma, „Odgovornost za štetu prouzrokovanu nesavesnim vođenjem pregovora“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2010, 59.

građanskog prava.³⁷ Kako su ugovori o javnim nabavkama po prirodi najbliži ugovorima u privredi, pitanje krivice u ovoj vrsti pregovora ne bi trebalo da ima važnu ulogu, a možda uopšte ne bi ni trebalo da se postavlja jer javni organi nemaju svijest i volju. Pored toga, sigurno je da građanska zaštita u pregovaranju nema reparacioni karakter. Naime, sud ne može da obaveže naručioca da zaključi ugovor sa određenim ponuđačem. Međutim, nabavljač ili ponuđač koji je pretrpio štetu u vezi sa postupkom javnih nabavki može da traži nematerijalnu i materijalnu kompenzaciju štete, koja obuhvata ne samo troškove i izgublenu dobit,³⁸ nego i sankciju za svaki vid škođenja njegovim pravima ili legitimnim interesima.³⁹ Zato zaštita u postupku ZJN ne obuhvata samo zaštitu od prouzrokovanja štete drugome, nego i zaštitu od svakog ponašanja suprotnog načelu savjesnosti i poštenja.

3.4. Građanskopravna zaštita kao širi okvir pravosudne kontrole javnih nabavki

Sumirajući rezultate istraživanja pravnosistemskih veza ZJN i ZOO, može se zaključiti slijedeće. Iako njihovu primjenu ZJN nije propisao, ustanove obligacionog prava su neizbježno sredstvo regulisanja kako predugovornih, tako i ugovornih odnosa naručioca i ponuđača, i to dvostruko. Prvo, odredbe ZJN sadrže brojne pojmove čije je značenje određeno ustanovama obligacionog prava, i drugo, ZOO uređuje opšti ugovorni režim koji je primjeniv i na javne nabavke. Njihovim upoređivanjem se dolazi do slijedećih saznanja. Pravila ZOO imaju širi materijalnopravni domašaj od pravila javnih nabavki, a njihovim dejstvom omogućuje širi pravosudni nadzor pred građanskim sudom od nadzora koji predviđa ZJN u vidu spora ograničene jurisdikcije kakav je upravni spor. Dalje, pravila obligacionog prava dopunjuju odredbe ZJN koje uređuju naknadu štete. ZOO omogućuje i poništenje ugovora po više osnova, tj. ako su u suprotnosti sa „prinudnim propisima, javnim poretkom i dobrim običajima“, dok se ZJN ograničava samo na

37 Zlatko Stefanović, „Culpa in contrahendo – metodološki ogled“, *Pravni zapisi* 2/2020, 329.

38 Vladimir Kozar, „Zaštita prava u postupku javne nabavke“, *Pravo-teorija i praksa* 10–12/2011, 35; Radoslav Čosić, *Zakon o obligacionim odnosima sa aktuelnom sudskom praksom i registrom pojmova*, Poslovni biro Beograd 1998, 19.

39 V. Vodinelić (2012), *op. cit.*, 494.

nesaglasnost sa odredbama tog zakona. Dalje, ZOO sankcioniše svaku štetnu radnju naručioca, dok se ZJN ograničava samo na štete nastale kršenjem odredbi tog zakona. Na kraju, gore analizirane odredbe ZOO imaju i širi personalni domašaj jer podjednako ovlašćuju i obavezuju i naručioca i ponuđača, dok odredbe ZJN uglavnom ovlašćuju samo naručioca. Ova širina primjene pravila ZOO ne može da bude na štetu javnog interesa, jer odredbe ZJN imaju prednost u primjeni, bilo kao *lex superior*, bilo kao *lex specialis*.

Dejstvom obligacionih pravila uravnotežuje se odnos između ponuđača i pravno nadmoćnog naručioca koji, po prirodi svog javno-pravnog subjektiviteta, nema sopstvenu volju i ne strahuje od posljedica pogrešnog poslovnog poteza. Posljedično, naručilac bi tako pored dužnosti da obezbijedi jednak položaj svim privrednim subjektima iz člana 9 ZJN dobio još jednu: da ne koristi svoj nadmoćan položaj u skladu sa načelima ravnopravnosti subjekata iz člana 11 i savjesnosti i poštenja iz člana 12 ZOO. Pravna nadmoć naručioca je onda samo izuzetak koji ustanovljuju prinudne odredbe ZJN. Takav izuzetak je nužan u javnom interesu, a „građanskopravna norma u takvim slučajevima određuje samo granice u kojima se sme kretati naređivanje i jednostrano sprovođenje volje“.⁴⁰

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA: JAVNE NABAVKE *DE LEGE LATA I DE LEGE FERENDA*

Ovaj ogled rezultira slijedećim saznanjima o tome kakvo pravnih nabavki jeste, a daje osnova i za prijedloge o tome kakvo bi trebalo da bude. Što se tumačenja pozitivnog prava, ona ne potvrđuju teoretsku pretpostavku o upravno-pravnoj prirodi postupka javnih nabavki, iz dva razloga. Prvo, zakonodavac nije propisao da je akt javnog naručioca o izboru ponuđača upravni akt, ni da je ugovor o javnoj nabavci upravni ugovor, niti je propisao pravosudnu kontrolu njegove zakonitosti u upravnom sporu. Međutim, u ZJN se nalaze procesna i materijalna pravila koja uređuju javnopravna ovlašćenja naručilaca, pa je izvjesno da ova materija pripada javnom pravu u kome je neizbježna primjena upravno-pravnih procesnih standarda, a posebno načela upravno postupka. Drugo, pretpostavka o obligacionopravnoj prirodi

40 *Ibid.*, 400.

odnosa naručioca i ponuđača od prvog poslovnog kontakta pa do prestanka ugovora može da bude potvrđena, i to u vidu kvalifikacije ZJN kao izvora pravila posebnog ugovornog režima koji derogira, mijenja ili dopunjava inače uvijek primjenjive odredbe ZOO.

Ovakav zaključak o mješovitoj javnopravnoj i obligacionopravnoj prirodi javnih nabavki odgovara gore opisanoj teoriji dvostepenosti, po kojoj se u fazi odlučivanja primjenjuju upravna pravila, a privatnopravna pravila u fazi izvršenja te odluke. Ovom teorijom se pomiruju različiti pristupi upravno-pravne i građanske literature i preciznije razgraničava kako javno i privatno, tako i procesno i materijalno pravo.

Domaće pozitivno pravo javnih nabavki se može okarakterisati kao parohijalno, a može se kritikovati kao primjer evidentnog nedostatka entuzijazma zakonodavca da jasnije pravnosistemske situira ZJN i zaokruži materiju upravnih ugovora. Sa druge strane, ova nedorečenost zakonodavca se može opravdati kao promišljeno prepuštanje pravnoj nauci i praksi da implementira pravne transplantate iz komunitarnog prava.

Bilo kako bilo, ovakva parohijalnost ZJN uzrokuje opasnost od tumačenja kojima se pozivanjem na javni interes neosnovano pogoduju naručioci ili opravdava njihovo nesavjesno i nepošteno postupanje prema privrednim subjektima. To ukazuje da bi jedan od uzroka uočene slabe motivacije potencijalnih ponuđača mogao da bude nedostatak povjerenja u zakon kojim se favorizuju javnopravni subjekti. Drugim riječima, privredni subjekti imaju dobre razloge za oklijevanje da stupaju u ugovorne odnose sa pravno nadmoćnim javnim tijelima, jer je lako posumnjati u *bona fides* i pouzdanost ovakvih poslovnih partnera u jednom korumpiranom društvu sa dugom istorijom neopravdanog državnog intervencionizma u privredi.

Buduća pozitivnopravna rješenja bi trebalo da uvažavaju doprinose pravne nauke i prakse u preciznijem pravnosistemskom situiranju javnih nabavki u upravno ili obligaciono pravo.

Kako se pokazalo, oba rješenja se podjednako mogu pravno-politički opravdati. Pri tome, ni jedna ni druga pravna grana nemaju potencijal da samostalno uredi ovu materiju, pa je mješovito rješenje nužno, a preciznije razgraničenje pravila jednog i drugog prava moguće. Tako bi uniformno regulisanje odnosa nabavljača i ponuđača

ustanovom upravnog ugovora moralo da uvaži načela i pravila obligacionog prava i da precizno odredi njihov domašaj, kao

i da obezbijedi poseban, širi režim upravnosudske kontrole da bi se zaštitila subjektivna građanska prava strana. Isto tako bi uniformno obligacionopravno regulisanje tog odnosa moralo da uvaži i precizno odredi granice javnopravne intervencije i supremacije u svrhu zaštite javnog interesa, te da posebnim sumarnim parničnim postupkom obezbijedi efikasniji sudski nadzor. Međutim, uniformna rješenja nisu nužna a možda nisu ni korisna. Efikasnost i zakonitost u izboru ponuđača bolje se postiže primjenom upravnih procesnih standarda i nadzire upravnim sudovanjem, dok je za regulisanje subjektivnih prava iz ugovora nužna barem supsidijarna primjena svih pravila obligacionog prava. Pri tome, pravosudna kontrola je svakako cjelovitija u parničnom postupku nego u upravnom sporu.

Kakvo god da bude opredjeljenje zakonodavca, trebalo bi da se pođe od tradicionalnih značenja vladavine prava koja se svode na zaštitu privatnih lica od arbitrarnog djelovanja javnih vlasti. I u pozitivnom pravu, nadmoć javnih vlasti u građanskopravnom prometu je ograničena odredbama o slobodi preduzetništva, jednakom položaju svih na tržištu i o jednakoj pravnoj zaštiti svih oblika svojine iz članova 83, 84 i 86 Ustava. Javna tijela koja poštuju osnovne vrijednosti građanskog prava i pažljivo koriste svoja ovlaštenja bi izgledala kao pouzdaniji poslovni partneri, pa bi na taj način bi više motivisala privredne subjekte na zajedničke poslovne poduhvate.

Živorad Rašević, PhD

Professor at Faculty of Business Economics and Entrepreneurship

Danijela Despotović, PhD

Faculty of Law for Commerce and Judiciary

Snežana Prelević Plavšić, PhD

Assistant Professor at Faculty of Business Economics and Entrepreneurship

PUBLIC PROCUREMENT BETWEEN ADMINISTRATIVE LAW AND LAW OF OBLIGATIONS: A SYSTEMIC POSITIONING

Summary

The stances of the legal theory, comparative law and jurisprudence do not concur on the nature of public procurement: The administrative law literature considers public procurement contracts to be administrative contracts, while civil law treats them as traditional civil or commercial contracts. To understand the nature of the relationship between public procurement entities and private companies that provide them with goods and services, this essay examines the undefined systemic connections of the Serbian Public Procurement Act (PPA) with administrative and obligation law. The research results reveal that the PPA norms, although regulate the public law regime of the unequal relationship between procurement entities and bidders, do not place this relationship in the realm of administrative law because they enable only indirect, limited and exceptional application of the administrative norms. Norms of the PPA do not explicitly refer to obligation law. Still, its application as a *lex generalis* is inevitable for the comprehensive regulation of the precontractual and contractual relationship between the procurement entities and bidders. These findings suggest the PPA positioning as a special regime of obligation law, which cannot be rigidly classified into public or private law. Therefore, it is proposed to distinguish administrative decision-making on the contract from its execution that is subject to the obligation law, and to restrict the superiority of procurement entity for the sake of fundamental values of civil law.

Key words: *Administrative law, – Contract law, – Administrative contract, – Culpa in contrahendo.*

LITERATURA

- Bar C. *et al.* (eds.). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, Selier, Munich 2009.
- Cartwright J., Hesselink M., *Precontractual Liability in European Private Law: Conclusions*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- Čizmić M., „Pravna priroda ugovora o javnim nabavkama u pravnom poretku BiH“, *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*, 27, 2021, 163–185.
- Ćosić R., *Zakon o obligacionim odnosima sa aktuelnom sudskom praksom i registrom pojmova*, Poslovni biro, Beograd 1998.
- Davitkovski B., Davitkovska E., Gocevski, D. „Odnos između upravnog (javnog) prava i građanskog (privatnog) prava vs. kodifikacije građanskog prava“, *Harmonizacija građanskog prava u region* (ur. D. Marković Bajalović), Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Pale 2013.
- Drmić, A., „Pravna priroda ugovora o javnoj nabavi“, *Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave*, 2/2014, 493–504.
- Kelzen H., *Opšta teorija prava i države*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010.
- Koch A., *German Public Procurement – Between Tradition and Europeanization*, Grin Verlag, Nordstedt 2007.
- Kozar V., „Nevažnost ugovora o javnim nabavkama i naknada štete“, *Pravo i privreda* 7–9/2013, 477–490.
- Kozar, V., „Zaštita prava u postupku javne nabavke“, *Pravo – teorija i praksa* 10–12/2011, 27–41.
- Kunić P., *Upravno pravo*, Pravni fakultet u Banjoj Luci i Visoka škola unutrašnjih poslova u Banjoj Luci, Banja Luka 2006.
- Lapandić N., *Postupak ugovaranja javne nabavke*, Fakultet za upravu Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2020.

- Milenković D., „Upravni ugovori u zakonima o opštem upravnom postupku zemalja Zapadnog Balkana“, *Strani pravni život* 3/2017, 67–80.
- Misita, N. *Osnovi prava EU*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2008.
- Radošević R., *Pravna priroda upravnog ugovora*, doktorska disertacija. Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2018.
- Salma J., „Odgovornost za štetu prouzrokovanu nesavesnim vođenjem pregovora“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2010, 53–78.
- Staničić F., „Kontrola nad sklapanjem upravnih ugovora“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 1/2016, 232–252.
- Stefanović Z., „Culpa in contrahendo – metodološki ogled“, *Pravni zapisi* 2/2020, 315–338.
- Troper M., *Pravna teorija države*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd 2014.
- Turudić M., *Pravna priroda ugovora o javnoj nabavi u hrvatskom pravnom poretku*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2018.
- Vodinelić V., *Javno i privatno pravo*, Službeni glasnik, Beograd 2016.
- Vodinelić, V., *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik, Beograd, 2012.
- Vodinelić V., „Savremeni pojam građanskog prava“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 1–2/1989, 71–104.
- Vukićević Petković M., „Upravni ugovori“, *Ekonomski signali* 2/2015, 85–98.

Article history:

Received: 14. 10. 2023.

Accepted: 27. 11. 2023.