



Република Србија
УПРАВА ЗА ЈАВНЕ НАБАВКЕ

**АНАЛИЗА ПРОПИСА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ
ОД ЗНАЧАЈА ЗА ЈАВНЕ НАБАВКЕ**

Септембар, 2015. године

Садржај

Стратегија јавних набавки.....	2
Увод.....	4
Кривични законик.....	5
Опште одредбе	5
Посебно кривично дело	6
Закон о прекршајима	10
Закон о буџетском систему.....	13
Закон о јавним предузећима.....	16
Закони у области одбране и безбедности	18
Закон о тајности података.....	18
Закон о одбрани	20
Други закони	20
Закон о Војсци Србије.....	20
Закон о полицији	21
Закон о војнобезбедносној агенцији и војнообавештајној агенцији.....	21
Закон о безбедносно-информативној агенцији.....	21
Закон о општем управном поступку	22
Закон о облигационим односима	23
Закон о комуналним делатностима.....	27
Посебна правила из ЗЈН за поједине области.....	28
Закон о енергетици.....	30
Други закони поменути у Стратегији	30
Закон о рударству и геолошким истраживањима	30
Закон о водама	31
Закон о превозу у друмском саобраћају	31
Закон о поштанским услугама	31
Закон о Агенцији за борбу против корупције	32
Пријављивање учешћа у поступку јавних набавки.....	32
Ништавост аката из сукоба интереса	32
Закон о заштити узбуњивача	34
Закон о јавним набавкама и заштита узбуњивача	34
Закон о заштити узбуњивача и примена норми из ЗЈН.....	35
Закон о управним споровима.....	37

Стратегија јавних набавки

Стратегија Развоја јавних набавки у Републици Србији за период 2014-2018. године, у оквиру поглавља 1. „Унапређење регулаторног оквира“ констатује да су поред Закона о јавним набавкама за систем јавних набавки од значаја и други закони. То су Закони којима се „уређују питања битна за област јавних набавки, и то“:

- закон којим се уређује буџетски систем,
- закон којим се уређује правни положај јавних предузећа,
- закон којим се уређују комуналне делатности и други закони којима се уређују област водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга,
- закони којима се уређују област одбране и безбедности,
- закон којим се уређује општи управни поступак,
- закон којим се уређују облигациони односи,
- закон којим се уређују прекршаји и
- кривични законик.

Стратегија предвиђа усклађивање са правном тековином ЕУ у области јавних набавки, односно преузимање обавеза из нових директива ЕУ које су релевантне за јавне набавке. Наведено ће, између осталог, бити и у вези са отклањањем непотребних административних захтева који се негативно одражавају на ефикасност поступка јавне набавке, и који су у директној супротности са начелом економичности и ефикасности и имају негативан утицај и на наручиоце и на привредне субјекте, односно понуђаче.

Динамиком усклађивања је било предвиђено да се до краја 2015. године измени и допуни Закон о јавним набавкама, на основу претходно спроведених анализа, које су пре свега подразумевале анализу важећег Закона о јавним набавкама са аспекта:

- примене у пракси ради идентификовања даљих могућих побољшања како би се обезбедило што боље спровођење начела јавних набавки;
- усклађености са правном тековином ЕУ, посебно са новим директивама 2014/24/ЕУ и 2014/25/ЕУ;
- оправданости да се набавке у области одбране и безбедности, као и набавке у области водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга (тзв. секторске набавке) и заштита права, уреде посебним законима.

У складу са наведеним, усвојен је Закон о изменама и допунама Закона о јавним набавкама („Сл. гласник РС“, број 68/15), који је у примени од 12.08.2015. године.

Такође, Стратегијом је предвиђена анализа законског оквира којим се уређују концесије и јавно - приватно партнерство и која ће обухватити следећа два корака:

- идентификацију неусаглашености Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама са правном тековином ЕУ, нарочито са новом директивом 2014/23/ЕУ о додели уговора о концесији;

- идентификовање других закона којима се уређују области, као што су: саобраћај, енергетика и други који су од значаја за концесије и јавно-приватно партнерство у смислу директиве 2014/23/ЕУ, као и утврђивање њихове усклађености са одредбама директиве.

Остваривање потпуне усклађености прописа Републике Србије са *acquis communautaire* у области јавних набавки предвиђено је до краја 2017. године, при чему „ће највећи напори бити потребни за потпуно усклађивање у односу на:

- дефинисање поступака јавних набавки у складу са одредбама директива;
- електронске набавке;
- детаљније дефинисање одредби везаних за поступке јавних набавки које спроводе наручиоци у области водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга;
- набавке у области одбране и безбедности;
- измене секторских закона, ако се анализом утврди да су потребне, у односу на одредбе правне тековине везане за концесије“.

У акционом плану за период 2014-2015. године, за реализацију ове стратегије, предвиђена је, између осталог „анализа осталих прописа од значаја за јавне набавке, концесије и јавно – приватно партнерство“, за трећи квартал 2015. године. Као извршиоци су наведени Управа за јавне набавке, дванаест министарстава и Државна ревизорска институција.

Увод¹

Ова анализа има за циљ да укаже на евентуалне неусаглашености прописа од значаја са јавне набавке са одредбама самог Закона о јавним набавкама, те да помогне државним органима у изради евентуалних посебних анализа усаглашености других прописа са Законом о јавним набавкама. Анализа не претендује да обухвати све прописе у којима евентуално постоји неусаглашеност, већ да пружи осврт на оне међу њима који су најважнији. Поред прописа који су изричито наведени у Стратегији, поменути су и други закони, за које постоји могућност неусаглашености са Законом о јавним набавкама, пре свега из области борбе против корупције.

¹ Израду ове анализе подржала је Мисија ОЕБС-а у Србији.

Кривични законик

Опште одредбе

КРИВИЧНИ ЗАКОНИК ("Сл. гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014) Републике Србије садржи више врста норми које могу бити у вези са Законом о јавним набавкама.

То су, пре свега, опште одредбе о важењу кривичног законодавства, о кривичним делима, починиоцима, казнама, мерама безбедности и слично.

Даље, Кривични законик садржи норме о одговорности за поједина кривична дела. Нека од тих кривичних дела могу бити у вези са јавним набавкама.

Најзад, у неким законима ове врсте, па и у Кривичном законнику Републике Србије постоји посебно кривично дело које се односи на јавне набавке.

Опште одредбе Кривичног законика – „службено лице“

Од општих одредаба највећи значај има члан 112, који садржи дефиниције:

...

(3) Службеним лицем сматра се:

- 1) лице које у државном органу врши службене дужности;
- 2) изабрано, именовано или постављено лице у државном органу, органу локалне самоуправе или лице које стално или повремено врши службене дужности или службене функције у тим органима;
- 3) јавни бележник, извршитељ и арбитар, као и лице у установи, предузећу или другом субјекту, којем је поверено вршење јавних овлашћења, које одлучује о правима, обавезама или интересима физичких или правних лица или о јавном интересу;
- 4) службеним лицем сматра се и лице којем је фактички поверено вршење појединих службених дужности или послова;
- 5) војно лице.

(4) Страним службеним лицем сматра се лице које је члан, функционер или службеник законодавног или извршног органа стране државе, лице које је судија, поротник, члан, функционер или службеник суда стране државе или међународног суда, лице које је члан, функционер или службеник међународне организације и њених органа, као и лице које је арбитар у страној или међународној арбитражи.

(5) Одговорним лицем у правном лицу сматра се лице које на основу закона, прописа или овлашћења врши одређене послове управљања, надзора или друге послове из делатности

правног лица, као и лице коме је фактички поверено обављање тих послова. Одговорним лицем сматра се и службено лице кад су у питању кривична дела код којих је као извршилац означено одговорно лице, а у овом законнику нису предвиђена у глави о кривичним делима против службене дужности, односно као кривична дела службеног лица.

....

(7) Кад је као извршилац одређених кривичних дела означено службено лице, одговорно лице или војно лице, лица наведена у ст. 3, 5. и 6. овог члана могу бити извршиоци тих дела, ако из обележја појединог дела или из појединог прописа не произилази да извршилац може бити само неко од тих лица.

...

(21) Субјектом привредног пословања сматра се предузеће, друго правно лице које обавља привредну делатност и предузетник. Правно лице које поред своје основне делатности обавља и привредну делатност сматра се субјектом привредног пословања само када врши ту делатност.

...

(26) Исправом се сматра сваки предмет који је подобан или одређен да служи као доказ какве чињенице која има значај за правне односе, као и рачунарски податак.

...

(32) Послом од јавног значаја сматра се обављање професије или дужности која има повећани ризик за безбедност лица које га обавља, а односи се на занимања која су од значаја за јавно информисање, здравље људи, образовање, јавни превоз, правну и стручну помоћ пред судским и другим државним органима.

...

(36) Имовинска корист је добро сваке врсте, материјално или нематеријално, покретно или непокретно, процењиво или непроцењиво и исправа у било ком облику којим се доказује право или интерес у односу на такво добро. Имовином се сматра и приход или друга корист остварена, непосредно или посредно, из кривичног дела, као и добро у које је она претворена или са којим је помешана.

У погледу ових одредаба, приметно је да постоји несклад између КЗ и ЗЈН, али и већине других антикорупцијских превентивних прописа у погледу појма „службено лице“.

Посебно кривично дело

Већ неколико година, постоји и посебно кривично дело у којем се изричито наводе „јавне набавке“. Реч је о кривичном делу „злоупотреба у вези са јавном набавком“, из члана 234а.

(1) Одговорно лице у предузећу или другом субјекту привредног пословања које има својство правног лица или предузетник, који у вези са јавном набавком поднесе понуду засновану на

лажним подацима, или се на недозвољен начин договара са осталим понуђачима, или предузме друге противправне радње у намери да тиме утиче на доношење одлука наручиоца јавне набавке, казниће се затвором од шест месеци до пет година.

(2) Казном из става 1. овог члана казниће се одговорно или службено лице у наручиоцу јавне набавке које искоришћавањем свог положаја или овлашћења, прекорачењем границе свог овлашћења, или невршењем своје дужности крши закон или друге прописе о јавним набавкама и тиме проузрокује штету јавним средствима.

(3) Уколико је дело из ст. 1. и 2. овог члана учињено у вези са јавном набавком чија вредност прелази износ од сто педесет милиона динара,

учинилац ће се казнити затвором од једне до десет година.

(4) Учиниоца из става 1. овог члана који добровољно открије да се понуда заснива на лажним подацима или на недозвољеном договору са осталим понуђачима, или да је предузео друге противправне радње у намери да утиче на доношење одлука наручиоца пре него што он донесе одлуку о избору понуде, може се ослободити од казне.

Ово кривично дело се у ствари састоји од најмање два кривична дела, која су практично спојена у једно.

У првом ставу се предвиђа кажњавање одговорних лица код понуђача за неколико различитих облика кршења ЗЈН. Први облик који се помиње јесте „подношење понуде засноване на лажним подацима“. Сам ЗЈН не садржи термин „лажни“, већ користи синоним „неистинити“ и то у члану 82, о негативним референцама. У том погледу ово кривично дело има сличности са другим кривичним делима, у зависности од који од наведених података је лажан.

Други вид кривичне одговорности из овог става односи се на ситуације када се понуђачи међусобно договарају. Ово кривично дело је слично „злоупотреби монополског положаја“ из члана 232. КЗ, али се односи и на ситуације у којима ово кривично дело можда не би постојало. Наиме, код кривичног дела из члана 232. потребно је да поступање окривљених „изазове поремећај на тржишту“ или неку другу сличну штетну последицу. Код кривичног дела које се односи на јавне набавке не мора да настане штета последица, довољно је предузимање активности у одређеној намери. Закон о јавним набавкама забрањује договоре између понуђача у члану 26. У том члану сваки понуђач изјавом о независној понуди под пуном материјалном и кривичном одговорношћу потврђује да је понуду поднео независно, без договора са другим понуђачима или заинтересованим лицима. У овом погледу нема неусаглашености.

Трећи вид кривичне одговорности из првог става односи се на ситуације када одговорно лице код понуђача „предузме друге противправне радње“. И овде, као и у претходна два случаја, радња је усмерена ка одређеном циљу – „у намери да тиме утиче на доношење одлука наручиоца јавне набавке“. Ова одредба може да обухвати многе противправне поступке, а нарочито оне који су у вези са чланом 23. ст. 2. Закона о јавним набавкама – давање, нуђење, стављање у изглед користи или покушај да се сазнају поверљиве информације. Ове се пак норме могу ставити у везу са другим, од раније постојећим кривичним делом – давања мита.

Став 4. предвиђа могућност ослобађања од казне починиоца који добровољно открије да се понуда заснива на лажним подацима или на недозвољеном договору са другим понуђачима или да је предузео друге противправне радње. Међутим, све то мора да се догоди пре него што наручилац донесе „одлуку о избору понуде“. Закон о јавним набавкама, у члану 107, не користи овај термин, већ помиње „одлуку о додели уговора“, коју наручилац доноси, ако је прибавио најмање једну прихватљиву понуду. Такође се, мада није термин из ЗЈН, користи и израз „одлука о избору најповољније понуде“.

Норма Кривичног законика се може преиспитати са становишта целисходности решења. Наиме, наручиоцу, па и читавом друштву може бити корисно да се сазна за недопуштене договоре или преварне радње наручиоца и након што је одлука о избору понуде донета, па би у том смислу требало боље стимулирати оне који о томе имају сазнања да их поделе са другима. Упитно је колико тек факултативно ослобађање од казне може бити стимулативно у том смислу. Са становишта усклађености са ЗЈН преиспитивање би пре свега требало да иде у правцу прецизирања одлуке на коју се мисли, везивање за неки други моменат (нпр. „закључивање уговора“ или стављања мање одређеног термина, нпр. „пре него што наручилац донесе одлуку“.

Други став овог кривичног дела, доноси потпуно различиту врсту одговорности. Тако се овде кажњава „одговорно или службено лице“ које почини злоупотребу службеног положаја (или злоупотребу положаја одговорног лица). Разлика од „класичног“ дела злоупотребе службеног положаја лежи, прво у томе што се овде изричито прописује противправност радње и то специфична врста противправности – „кршење закона или других прописа о јавним набавкама“. Код злоупотребе службеног положаја кажњиво је и „искоришћавање“ које се креће у оквирима законских правила. Друга разлика јесте то што се овде тражи само једна последица – „проузроковање штете јавним средствима“. Насупрот томе, код „класичне“ злоупотребе последица се могла огледати и у томе да се прибави корист за себе или другога, да се другоме нанесе штета или да се теже повреде права других. Код кривичног дела злоупотреба одговорног лица из члана 234. КЗ, разлике се огледају у штетним последицама – овде то може бити противправна имовинска корист или наношење имовинске штете.

Код овог кривичног дела је упитно пре свега да ли оно треба уопште да постоји. Иако се разликује од класичне злоупотребе службеног положаја по опису, сви облици извршења се могу подвести под злоупотребу службеног положаја из члана 359 КЗ, а при том су казне за основни облик извршења овог кривичног дела идентичне у распону. Разлика у казни се, међутим, јавља код кривичног дела одговорног лица. То би, дакле, значило да ће одговорно лице у неком локалном јавном предузећу бити лакше кажњено ако прибави противправно 300.000 динара, тако што злоупотреби субвенције, док ће казна у случају да исти тај износ прибави злоупотребом од јавних набавки бити потенцијално већа.

Став 3. преописује већу казну у случају када је неко од горе описаних кривичних дела извршено у вези са набавком чија вредност прелази износ од 150 милиона динара. Ова норма је проблематична зато што одступа од уобичајеног правила да се тежа казна прописује када је већа штета или имовинска корист. Стога и последице могу бити нелогичне – да се за штету од милион динара на набавци која вреди милион динара почилац блаже казни од оног који направи штету од 10 хиљада динара на набавци вредној 150 милиона динара. Поред ове

нелогичности, проблем може да представља и то што се не прописује јасно на коју се вредност набавке мисли (процењена вредност или вредност закљученог уговора), будући да се те вредности могу битно разликовати, а неки се облици овог кривичног дела могу одиграти у време док уговор још није закључен.

Закон о прекршајима

Закон о јавним набавкама из 2012. донео је битне промене у области прекршајног гоњења у систему јавних набавки. Управа за јавне набавке је добила нову надлежност – подношење захтева за покретање прекршајног поступака. У члану 136. ЗЈН каже се да Управа 20) покреће прекршајни поступак када на било који начин сазна да је учињена повреда овог закона која може бити основ прекршајне одговорности. У ранијем периоду овлашћење Управе за покретање прекршајних поступака била је спорна, услед тога што је орган који врши надзор над применом Закона било Министарство финансија, па је и покретање таквих поступака било у надлежности буџетских инспектора. Увођење Управе међу органе који могу да покрећу ове прекршаје није искључило надлежност других органа – јавних тужилаца, буџетских инспектора и других.

Друга крупна промена у Закону односи се на улогу Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки. Комисија, на основу члана 139. „10) води прекршајни поступак у првом степену;“

Због тога је битно сагледати у којој мери су норме о покретању и вођењу прекршајног поступка у складу са системским Законом о прекршајима ("Сл. гласник РС", бр. 65/2013). Други аспект усаглашености јесте питање норми из Закона о јавним набавкама којима су прописани поједини прекршаји због кршења тога закона.

Закон о прекршајима је донет након усвајања актуелног Закона о јавним набавкама. Треба напоменути да су писци Закона о прекршајима имали на уму другачију концепцију прекршајног гоњења у односу на ону која је усвојена у Закону о јавним набавкама (концепт да само прекршајни поступак воде само судови, а не и органи управе како је могло раније). Због тога је, у завршној фази усвајања закона, кроз скупштинске амандмане, дошло до усклађивања, макар у погледу основних норми.

Прекршајном поступку је посвећен само један члан Закона о јавним набавкама – 165.

„Републичка комисија води прекршајни поступак у првом степену за прекршаје прописане овим законом.

Прекршајни поступак води веће Републичке комисије у чијем раду не могу учествовати чланови Републичке комисије који су учествовали у раду већа које је одлучивало у поступку заштите права у вези са истим поступком набавке.

Прекршајни поступак пред Републичком комисијом покреће се на захтев Управе за јавне набавке, Државне ревизорске институције, другог овлашћеног органа или по службеној дужности, одмах по сазнању за прекршај.

Против првостепеног решења о прекршају може се изјавити жалба Вишем прекршајном суду.“

Прекршајни поступак је уређен кроз прва два става. У првом је прописана надлежност Републичке комисије за вођење првостепеног поступка. Ова норма је усклађена са чланом 100. Закона о прекршајима.

Док се у ставу 1. овог члана прописује надлежност суда за вођење поступка, у ставу 2. се допушта да првостепени прекршајни поступак за прекршаје из области јавних набавки води Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки. Када Комисија спроводи поступак примењују се норме Закона о прекршајима, осим када је „законом којим се уређују јавне набавке није другачије прописано“. Даље се каже да поступак по жалбама води другостепени прекршајни суд. У погледу праћења рада првостепених прекршајних органа и прибављања судске праксе, другостепени прекршајни суд има надлежности само у односу на ниже судове, а не и у односу на Републичку комисију за заштиту права („прибавља од судова податке и извештаје потребне за праћење прекршајне праксе, примену закона и других прописа, праћење и проучавање друштвених односа и појава и податке о другим питањима од интереса за остваривање њихове функције“).

Чини се да би ово могла да буде прва неусаглашеност између два закона. Иако је Републичка комисија независан орган, који о свом раду извештава Народну скупштину, било би смислено да се пракса прекршајних поступака прати и кроз овај механизам, јер неће нужно бити жалби на све одлуке Републичке комисије у првостепеном прекршајном поступку.

Проблеми неусаглашености се јављају већ услед недовољне разрађености норми о вођењу прекршајног поступка у ЗЈН. Тако, у члану 112. ЗОП предвиђају се правила о изузећу судије. Републичка комисија нема судије, већ своје чланове, па се норма из ЗОП не може директно применити на рад Комисије.

У глави 17. ЗОП-, уређују се питања од значаја за имовинско правни захтев. Већ на почетку, у члану 149. ст. 1. каже се изричито да о имовинскоправном захтеву одлучује суд, а у другом ставу да ће се „имовинскоправни захтев који је настао услед извршења прекршаја распривиће се на захтев оштећеног или другог овлашћеног лица, по правилу, у прекршајном поступку осим ако се тиме значајније не одуговлачи поступак“. Дакле, имовинскоправни захтев који је у вези са прекршајем из ЗЈН не би могао да буде разрешен пред Републичком комисијом (јер она није суд), иако ЗОП налаже да се то по правилу чини током прекршајног поступка.

Слична неусаглашеност, или, боље рећи, непотпуност одредаба, може се наћи и код многих других одредаба. На пример, у члану 166. ЗОП се говори о томе да разматрање и преписивање списка дозвољава судија који води поступак или председник суда.

ЗОП каже, у члану 153. да суд у прекршајном поступку доноси одлуке у облику пресуде, решења и наредбе. С друге стране, ЗЈН уопште не говори о томе које одлуке ће Републичка комисија донети у прекршајном поступку. Те материје се ЗЈН дотиче тек посредно, одредбом према којој се „против првостепеног решења о прекршају може изјавити жалба Вишем прекршајном суду.“

Члан 184. ЗОП говори о томе да се захтев одбацује решењем, а члан 185. да се поступак покреће решењем (и овде се свуда помиње суд). Члан 246. ЗОП предвиђа да се прекршајни поступак завршава доношењем осуђујуће или ослобађајуће пресуде, решења којим се поступак обуставља или решења којим се малолетном учиниоцу прекршаја изриче васпитна мера. У ЗЈН се говори само о решењу и то не само у члану 165, већ и када се наводи садржај извештаја Комисије. Без обзира на члан 246. (не наводи се суд изричито), из свих других

одредаба очигледно је да Републичка комисија није овлашћена да доноси пресуде. Самим тим, она не може да врши своју основну улогу која јој је додељена у прекршајном поступку.

Члан 167. и 179. предвиђају да се прекршајни поступак покрене на основу захтева. У члану 179. се као овлашћени органи наводе: „органи управе, овлашћени инспектори, јавни тужилац и други органи и организације, које врше јавна овлашћења у чију надлежност спада непосредно извршење или надзор над извршењем прописа у којима су прекршаји предвиђени“.

Ове норме нису у потпуности у складу са одредбом ЗЈН према којој се прекршајни поступак покрене на захтев УЈН, ДРИ, другог овлашћеног органа или по службеној дужности. Разлика се јавља код могућности да поступак покрене Комисија „по службеној дужности“ (што суд не може да учини). ЗОП даје могућност и оштећеном да покрене прекршајни поступак (члан 180). ЗЈН не садржи такву одредбу. Пошто се на вођење прекршајног поступка примењује ЗОП, ако ЗЈН-ом није шта друго предвиђено, то искључује могућност да се примени норма члана 180 ЗОП и да оштећени покрене прекршајни поступак. Наиме, законодавац је у ЗЈН навео списак овлашћених покретача прекршајног поступка пред Републичком комисијом и на тај начин исказао намеру да све друге (који би евентуални имали право на основу ЗОП) искључи из круга тих лица. Пошто нема доброг разлога да се оштећенима ускрати ово право, ЗЈН би требало допунити.

Још једна, али мање битна неусаглашеност односи се на време покретања прекршајног поступка. ЗЈН налаже да овлашћени органи покрену такав поступак „одмах по сазнању“ за прекршај, док таква обавеза не постоји када је реч о прекршајима генерално.

ЗЈН садржи прекршајне казне, за наручиоце, понуђаче и њихова одговорна лица у члановима 169. и 170. Рок застарелости прекршаја је три године, чиме је искоришћена могућност дата чланом 84. ст. 5. ЗОП да се у области јавних набавки пропише рок застарелости који је дужи од годину дана, али краћи од пет година.

Закон о буџетском систему

Закон о јавним набавкама и Закон о буџетском систему су уско повезани. Свака крупна неусаглашеност међу њима, каквих је у прошлости било, одражава се штетно, било по наручиоце, било по јавни интерес. Међутим, усаглашеност још увек није потпуна.

Закон о буџетском систему ("Сл. гласник РС", бр. 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013 - испр., 108/2013, 142/2014 и 68/2015 - др. закон), после најновијих измена, садржи појам „корисници јавних средстава“. Тај појам је у члану 2 дефинисан на следећи начин:

„5) Корисници јавних средстава су директни и индиректни корисници буџетских средстава, корисници средстава организација за обавезно социјално осигурање и јавна предузећа основана од стране Републике Србије, односно локалне власти, правна лица основана од стране тих јавних предузећа, правна лица над којима Република Србија, односно локална власт има директну или индиректну контролу над више од 50% капитала или више од 50% гласова у управном одбору, друга правна лица у којима јавна средства чине више од 50% укупних прихода остварених у претходној пословној години, као и јавне агенције и организације на које се примењују прописи о јавним агенцијама;“

Ради бољег разумевања, потребно је навести још неке дефиниције појмова:

„7) Директни корисници буџетских средстава су органи и организације Републике Србије, односно органи и службе локалне власти;

8) Индиректни корисници буџетских средстава јесу: правосудни органи, буџетски фондови; месне заједнице; јавна предузећа, фондови и дирекције основани од стране локалне власти који се финансирају из јавних прихода чија је намена утврђена посебним законом; установе основане од стране Републике Србије, односно локалне власти, над којима оснивач, преко директних корисника буџетских средстава, врши законом утврђена права у погледу управљања и финансирања;

9) Корисници средстава организација за обавезно социјално осигурање су организације за обавезно социјално осигурање и корисници средстава Републичког фонда за здравствено осигурање (здравствене и апотекарске установе чији је оснивач Република Србија, односно локална власт);“

С друге стране, у смислу ЗЈН, наручилац је:

„1) државни орган, орган аутономне покрајине и орган локалне самоуправе;

2) правно лице основано у циљу задовољавања потреба у општем интересу, које немају индустријски или трговински карактер, уколико је испуњен неки од следећих услова:

(1) да се више од 50 % финансира из средстава наручиоца;

(2) да надзор над радом тог правног лица врши наручилац;

(3) да више од половине чланова органа надзора или органа управљања тог правног лица именује наручилац.“

Иако је круг органа који се сматрају „корисницима јавних средстава“, односно „наручиоцима“ веома сличан, изрази који се користе у два закона се разликују, чак и када говоре о истим стварима, на пример, о финансирању или о претежном управљању. И један и други закон предвиђају објављивање списка ових субјеката (у случају ЗБС, списак корисника јавних средстава је заиста и објављен). У сваком случају, требало би размотрити могућност да се термини који се користе у два закона уједначе, да се утврди да ли постоје нека нелогична одступања у погледу круга субјеката који су обухваћени једним или другим законом и како да се те нелогичности отклоне.

Закон о јавним набавкама, у члану 52. се директно позива на ЗБС. То је једина таква ситуација. Реч је о норми која прописује услове за покретање поступка. Наручилац може да покрене поступак јавне набавке ако је набавка предвиђена у годишњем плану јавних набавки. Када набавку није могуће унапред планирати или из разлога хитности, наручилац може да покрене поступак јавне набавке и ако набавка није предвиђена у плану јавних набавки. Обавезе које наручилац преузима уговором о јавној набавци морају бити уговорене у складу са прописима којима се уређује буџетски систем, односно располагање финансијским средствима.

Одговарајућа норма у ЗБС је члан 54. У ставу 1. се наводи опште правило.“Обавезе које преузимају директни, односно индиректни корисници буџетских средстава и организације за обавезно социјално осигурање морају одговорати апропријацији која им је одобрена за ту намену у тој буџетској години.”

Ово основно правило има неколико изузетака:

У ставовима 2.- 4. се наводи следеће: „... могу преузети обавезе по уговору који се односи на капиталне издатке и захтева плаћање у више година, на основу предлога министарства надлежног за послове финансија, односно органа надлежног за послове финансија, уз сагласност Владе, надлежног извршног органа локалне власти, односно управног одбора организације за обавезно социјално осигурање за обавезе које се финансирају из средстава обавезног социјалног осигурања“. „... корисници могу преузети обавезе по уговору само за капиталне пројекте у складу са предвиђеним средствима из прегледа планираних капиталних издатака буџетских корисника за текућу и наредне две буџетске године у општем делу буџета за текућу годину, односно финансијском плану организације за обавезно социјално осигурање, укључујући и потребна средства до завршетка капиталних пројеката, односно након три фискалне године“. „Корисници су обавезни да, пре покретања поступка јавне набавке за преузимање обавеза по уговору за капиталне пројекте ... прибаве сагласност надлежног органа...“.

Други изузетак предвиђен је ставом 5: „Ограничење из става 1. овог члана не примењује се на обавезе повезане са задуживањем државе и са управљањем јавним дугом, као и на обавезе по основу међународних споразума“.

Трећи изузетак предвиђен је ставовима 6-7: „... корисници ... могу преузети обавезе по уговорима који, због природе расхода, захтевају плаћање у више година, под условом да пре

покретања поступка јавне набавке имају обезбеђен део средстава за обавезе које доспевају у тој буџетској години, као и да прибаве писану сагласност Министарства, локалног органа управе надлежног за финансије, односно управног одбора организације за обавезно социјално осигурање за обавезе које ће доспевати и бити укључене у финансијски план за наредне две године“. „Влада ће, на предлог Министарства, ближе уредити критеријуме за утврђивање природе расхода и услове и начин прибављања сагласности...“.

Опште правило третмана преузетих обавеза дато је у ставу 8: „Обавезе преузете у складу са одобреним апропријацијама, а неизвршене у току године, преносе се и имају статус преузетих обавеза и у наредној буџетској години извршавају се на терет одобрених апропријација за ту буџетску годину“. Најзад, став 9. предвиђа да се „преузете обавезе и све финансијске обавезе из ст. 1-8. овог члана морају бити извршене искључиво на принципу готовинске основе са консолидованог рачуна трезора, осим ако је законом, односно актом Владе предвиђен другачији метод“.

Влада Србије је донела Уредбу о критеријумима за утврђивање природе расхода и условима и начину прибављања сагласности за закључивање одређених уговора који, због природе расхода, захтевају плаћање у више година, (“Сл. гласнику РС”, бр. 21/2014). Ту се, између осталог, наводи да се обавезе по уговору могу преузимати у оквиру групе 42 – Коришћење роба и услуга, имајући у виду буџетске циљеве и принципе утврђене законом којим се уређује буџетски систем, и то: макроекономску стабилност, ниску инфлацију, економски развој, смањење финансијског ризика, као и принцип ефикасности, економичности и ефективности, да се пре преузимања обавезе упућује захтев чији је образац објављен итд.

Закон о буџетском систему садржи још неке норме које се односе на закључивање уговора и преузимање обавеза. Тако, члан 57. упућује на Закон о јавним набавкама на следећи начин: „Уговори о набавци добара, финансијске имовине, пружању услуга или извођењу грађевинских радова, које закључују директни и индиректни корисници буџетских средстава и корисници средстава организација за обавезно социјално осигурање, морају бити закључени у складу са прописима који регулишу јавне набавке.“

Закон о јавним предузећима

Закон о јавним предузећима ("Сл. гласник РС", бр. 119/2012, 116/2013 - аутентично тумачење и 44/2014 - др. закон) не садржи норме које се директно односе на јавне набавке нити се позива на ЗЈН.

ЗЈН, с друге стране, садржи норме које се односе на јавна предузећа. Наиме, ЗЈН садржи и посебно поглавље којим се уређују набавке у појединим областима рада јавних предузећа. На основу члана 117, наручилац у области водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга је:

„1) наручилац из члана 2. овог закона који обавља делатност у области водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга, када спроводи набавку за потребе обављања тих делатности;

2) лице које обавља делатност у области водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга, на основу искључивих или посебних права, када спроводи набавку за потребе обављања тих делатности;

3) јавно предузеће које обавља делатност у области водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга, када спроводи набавку за потребе обављања тих делатности.

Дефиниција јавног предузећа (за потреба те одредбе ЗЈН) је дата на следећи начин:

„Јавно предузеће у смислу става 1. тачка 3) овог члана, је свако предузеће над којим наручилац може имати, директно или индиректно, преовлађујући утицај на основу власништва над њиме, финансијског учешћа у њему или правила на основу којих је уређено. Преовлађујући утицај од стране наручиоца подразумева се у било којем од следећих случајева у којима наручилац, директно или индиректно:

(1) има већину уписаног капитала предузећа;

(2) контролише већину гласова који се односе на акције тог предузећа;

(3) може именовати више од половине чланова органа надзора, руковођења или органа управљања тог предузећа.“

Посд појмом наручиоца, у члану 2. ЗЈН обухваћена су многа јавна предузећа („правно лице основано у циљу задовољавања потреба у општем интересу, које немају индустријски или трговински карактер, уколико је испуњен неки од следећих услова: (1) да се више од 50 % финансира из средстава наручиоца; (2) да надзор над радом тог правног лица врши наручилац; (3) да више од половине чланова органа надзора или органа управљања тог правног лица именује наручилац.“

У Закону о јавним предузећима (ЗЈП), „јавно предузеће је предузеће које обавља делатност од општег интереса, а које оснива Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе“ (члан 1).

Из овога се може видети да се дефиницијом из члана 117. ЗЈН вероватно покрива шири круг субјеката него што је то учињено кроз појам „јавног предузећа“ у ЗЈП.

Делатности од општег интереса, у смислу ЗЈП, јесу „делатности које су као такве одређене законом у области: производње, преноса и дистрибуције електричне енергије; производње и прераде угља; истраживања, производње, прераде, транспорта и дистрибуције нафте и природног и течног гаса; промета нафте и нафтних деривата; железничког, поштанског и ваздушног саобраћаја; телекомуникација; издавања службеног гласила Републике Србије; издавања уџбеника; управљања нуклеарним објектима, коришћења, управљања, заштите и унапређивања добара од општег интереса (воде, путеви, минералне сировине, шуме, пловне реке, језера, обале, бање, дивљач, заштићена подручја), производња, промет и превоз наоружања и војне опреме, управљања отпадом, као и комуналне делатности.“

Поред тога, ЈП се могу оснивати и за делатности од стратешког значаја за Републику Србију, као и делатности неопходне за рад државних органа и органа јединице локалне самоуправе, утврђене законом или актом Владе.

На основу члана 6 ЗЈП, јавно предузеће оснива се и послује ради:

„1) обезбеђивања трајног обављања делатности од општег интереса и уредног задовољавања потреба корисника производа и услуга;

2) развоја и унапређивања обављања делатности од општег интереса;

3) обезбеђивања техничко-технолошког и економског јединства система и усклађености његовог развоја;

4) стицања добити;

5) остваривања другог законом утврђеног интереса.

Јавна предузећа која немају конкуренцију на тржишту у основној делатности за коју су основана не могу се оглашавати на комерцијалној основи без сагласности оснивача.“

У управљачкој структури ЈП значајну улогу има Надзорни одбор, који на основу члана 18, између осталог:

„2) усваја извештај о степену реализације програма пословања;

3) доноси годишњи програм пословања, уз сагласност оснивача;

4) надзире рад директора;

5) врши унутрашњи надзор над пословањем јавног предузећа;

6) успоставља, одобрава и прати рачуноводство, унутрашњу контролу, финансијске извештаје и политику управљања ризицима;

7) утврђује финансијске извештаје јавног предузећа и доставља их оснивачу ради давања сагласности;

11) даје сагласност директору за предузимање послова или радњи у складу са овим законом, статутом и одлуком оснивача;“

У члану 62. ЗЈП предвиђени су начини обезбеђивања јавности у раду ЈП:

„Јавност у раду јавног предузећа, привредног друштва са већинским учешћем државног капитала које обавља делатност од општег интереса, као и зависног друштва капитала, обезбеђује се редовним извештавањем јавности о програму рада предузећа и реализацији програма, као и о другим чињеницама које могу бити од интереса за јавност, а нарочито: о ревидираним финансијским годишњим извештајима, као и о мишљењу овлашћеног ревизора на тај извештај, извештај о посебним или ванредним ревизијама, о саставу надзорног одбора, о именима директора и извршних директора; о организационој структури предузећа, односно друштва капитала, као и начину комуникације са јавношћу.

Јавна предузећа, привредна друштва са већинским учешћем државног капитала која обављају делатност од општег интереса, као и зависна друштва капитала, дужна су да усвојени годишњи програм пословања из члана 50. овог закона и тромесечне извештаје о реализацији годишњег програма пословања из члана 52. овог закона, ревидиране финансијске годишње извештаје, као и мишљење овлашћеног ревизора на те извештаје, састав и контакте надзорног одбора и директора, као и друга питања значајна за јавност објављују на својој интернет страници.“

ЗЈН прописује и објављивање планова јавних набавки.

Закони у области одбране и безбедности

Закон о тајности података

Закон о тајности података ("Сл. гласник РС", бр. 104/2009) је значајан за јавне набавке јер представља општи оквир за одређивање тајности. Сам овај закон не помиње податке о набавкама.

У ЗЈН се питање тајности података решава уз позивање на одредбе ЗТП. На пример, то је учињено у члану 15, код одређивања поверљивости: „Наручилац у конкурсној документацији може захтевати заштиту поверљивости података које понуђачима ставља на располагање, укључујући и њихове подизвођаче. Наручилац може условити преузимање конкурсне документације потписивањем изјаве или споразума о чувању поверљивих података уколико ти подаци представљају пословну тајну у смислу закона којим се уређује заштита пословне тајне или представљају тајне податке у смислу закона којим се уређује тајност података. Лице које је примило податке одређене као поверљиве дужно је да их чува и штити, без обзира на степен те поверљивости.“

Исто тако, ЗЈН допушта да поједини делови плана јавних набавки буду поверљиви: „Ако поједини подаци из плана јавних набавки представљају пословну тајну у смислу закона којим се уређује заштита пословне тајне или представљају тајне податке у смислу закона којим се уређује тајност података, ти подаци из плана се неће објавити. У случају из става 5. овог члана

план јавних набавки се у изворном облику доставља Управи за јавне набавке и Државној ревизорској институцији“. На сличан начин формулисани су и изузеци од обавезе објављивања поверљивих података у другим документима.

Посебно поглавље ЗЈН обрађује јавне набавке у области одбране и безбедности. У оквиру њега се помињу и поједине набавке које захтевају тајност и где постоји веза са ЗТП. Тако се у члану 127, каже: „Безбедоносно осетљива опрема, услуге и радови су добра, услуге и радови за безбедносне потребе, које укључују, захтевају и садрже тајне податке.“

ЗЈН се уопште не примењује (на основу члана 128), када је реч о набавкама „5) где би примена поступка јавне набавке довела до откривања информација које се сматрају кључним за безбедност, а на основу одлуке Владе“.

У вези са овом последњом нормом постоји неусклађеност. Наиме, ЗТП не садржи појам „информације кључне за безбедност“. Тај закон, у члану 14, користи изразе као што су „спречавање настанка неотклоњиве тешке штете по интересе Републике Србије“.

Закон о одбрани

Закон о одбрани ("Сл. гласник РС", бр. 116/2007, 88/2009, 88/2009 - др. закон, 104/2009 - др. закон и 10/2015) садржи неке норме о набавкама. Тако, овај закон прописује у члану 14. да је Министарство одбране надлежно за „29) опремање и наоружавање Војске Србије и других снага одбране, спровођење поступка набавке у складу са законом којим се уређују јавне набавке и материјално обезбеђивање Војске Србије“.

У члану 46. се ова обавеза прецизира:

„Набавку наоружања и војне опреме за потребе Војске Србије врши Министарство одбране, на основу закона и потврђених међународних конвенција, уговора и споразума о промету наоружања, војне опреме и робе двоструке намене.

Министарство одбране сарађује с другим министарствима и органима државне управе у спровођењу логистичке подршке Војске Србије у оквиру њихових надлежности.

Начин и поступак за опремање и развој Војске Србије наоружањем и војном опремом уређује министар одбране.“

Ако би се гледала само одредба члана 14. у којој се Закон изричито позива на ЗЈН, могло би се закључити да у овом случају није потребно усаглашавање. Међутим, на основу члана 46. се јављају и неке дилеме. Иако је чланом 127. ЗЈН предвиђено да су набавке наоружања и војне опреме набавке на које се у принципу односи ЗЈН (уз неке изузетке из наредних чланова), у члану 46 ЗО се не помиње изричито ЗЈН, већ „закон(и)“.

Закон о одбрани садржи и одредбу (члан 70) према којој „при избору, изградњи и развоју великих техничких система у области телекомуникација, информатике, саобраћаја, електроенергетике, водоснабдевања и другим областима од значаја за одбрану земље, као и при набавкама техничких средстава значајних за њихово функционисање, инвеститори су дужни да их ускладе с потребама одбране земље и да о тим програмима развоја обавесте Министарство одбране. Инвеститор, односно власник је дужан да по захтеву Министарства одбране системе из става 1. овог члана усклади с потребама одбране земље. Влада одређује системе и техничка средства из става 1. овог члана и прописује поступак обавештавања о избору, изградњи и развоју тих система, набавкама техничких средстава и постављању захтева из става 2. овог члана“.

Иако се ове норме могу применити и без уношења одговарајуће референце у ЗЈН, могло би се размотрити да ли би било корисно исте предвидети ЗЈН.

Други закони

Закон о Војсци Србије ("Сл. гласник РС", бр. 116/2007, 88/2009, 101/2010 - др. закон и 10/2015) не уређује спровођење јавних набавки.

Закон о полицији ("Сл. гласник РС", бр. 101/2005, 63/2009 - одлука УС, 92/2011 и 64/2015) садржи норме којима се прописују овлашћења Владе и министарства унутрашњих послова за доношење подзаконских акта. Тако, чланом 7. ЗОП предвиђа се да министарство „4) извршава задатке из оквира инвестиционе делатности и инвестиционог одржавања средстава која употребљава полиција и сачињава планове набавки;“, док се чланом 193. предвиђа да Влада својим актом „3) утврђује начин набавке средстава посебне намене без јавног оглашавања из члана 183. овог закона;“ Тај члан иначе уређује „средства за посебне намене“.

Закон о војнобезбедносној агенцији и војнообавештајној агенцији

Закон о војнобезбедносној агенцији и војнообавештајној агенцији ("Сл. гласник РС", бр. 88/2009, 55/2012 - одлука УС и 17/2013), у члану 59, садржи следећа правила:

„За набавку ствари намењених за извршавање послова и задатака из надлежности ВБА и ВОА примењују се прописи којима се уређују набавке за потребе Министарства одбране.

Приликом набавки из става 1. овог члана, ВБА и ВОА су овлашћене да користе податке, документа и средства која служе за прикривање идентитета агенције и њених припадника“.

Дакле, овај закон упућује на правила из Закона о одбрани, која су већ описана, тако да није потребно вршити усклађивање у ЗВБАВОА са ЗЈН, већ евентуално у ЗО.

Закон о безбедносно-информативној агенцији

Закон о безбедносно-информативној агенцији ("Сл. гласник РС", бр. 42/2002, 111/2009, 65/2014 - одлука УС и 66/2014) не садржи норме које се односе на јавне набавке.

Закон о општем управном поступку

Закон о општем управном поступку ("Сл. лист СРЈ", бр. 33/97 и 31/2001 и "Сл. гласник РС", бр. 30/2010) предвиђа правила за поступање државних органа када у управним стварима, непосредно примењујући прописе, решавају о правима, обавезама или правним интересима физичког лица, правног лица или друге странке, као и кад обављају друге послове утврђене овим законом. По овом закону дужни су да поступају и предузећа и друге организације кад у вршењу јавних овлашћења која су им поверена законом решавају. Одредбе закона којима се, због специфичне природе управних ствари у појединим управним областима, прописују неопходна одступања од правила општег управног поступка, морају бити у сагласности са основним начелима утврђеним овим законом (чланови 1-3).

ЗЈН упућује на ЗУП у члану 148. кроз одредбу према којој се „на питања поступка заштите права која нису уређена овим законом сходно се примењују одредбе закона којим се уређује управни поступак“. У том смислу, потреба за усклађивањем не постоји, јер ЗУП служи овде само за попуњавање евентуалних правних празнина. Уколико ЗУП у нечему није довољан да то учини, или решења из ЗУП нису довољно добра, онда треба прецизирати ЗЈН (нпр. ако би рокови по ЗУП били предуги), тако да та питања неће бити даље предмет ове анализе.

У ствари, норме ЗУП се могу применити и у неким другим ситуацијама које су на неки начин, макар посредно, у вези са јавним набавкама, односно на поступање наручилаца и Управе за јавне набавке али нема потребе да се то наводи у ЗЈН. По својој природи, јавна набавка није решавање о управној ствари, него акт пословања државног органа, јавног предузећа или другог наручиоца.

Имајући у виду општи карактер ЗУП не би било примерено усклађивати овај акт са ЗЈН. С друге стране, није нужно ни да се ЗЈН усклађује са ЗУП, јер ЗЈН уређује другачију врсту поступка.

Иначе, ваља напоменути да је припрема новог Закона о општем управном поступку увелико у току и да је о у вези са тим Министарство за државну управу и локалну самоуправу већ организовало неколико округлих столова на ту тему током претходних година дана.

Закон о облигационим односима

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) уређује облигационе односе који настају из уговора, проузроковања штете, стицања без основа, пословодства без налога, једностране изјаве воље и других законом утврђених чињеница.

ЗЈН помиње примени Закона о облигационим односима за случајеве када није другачије решено кроз ЗЈН. Међутим и без тога, одредбе ЗОО ће важити, кад год није другачије уређено кроз ЗЈН, друге императивне законске норме или слободно израженом вољом уговорних страна (тамо где она није ограничена).

Због тога што је ЗОО општег карактера не би било примерено у њему тражити „неусклађености“ са ЗЈН.

У ЗЈН се ЗОО иначе помиње изричито само једном, у члану 82. о негативним референцама, када се наводе докази за њихово постојање: б) изјава о раскиду уговора због неиспуњења битних елемената уговора дата на начин и под условима предвиђеним законом којим се уређују облигациони односи.

На основу ЗЈН, Управа за јавне набавке (члан 136), покреће поступак за оглашавање ништавости уговора о јавној набавци, а Републичка комисија „поништава уговор о јавној набавци“ и „покреће поступак за утврђивање ништавости уговора о јавној набавци“ (члан 139).

Републичка комисија по службеној дужности испитује и да ли су испуњени законски услови за примену одређеног поступка јавне набавке, да ли су прекршене одредбе закона због којих се уговор може поништити или је уговор ништав, као и да ли постоје разлози због којих поступак јавне набавке не може да се оконча на законит начин (члан 157). Комисија закључоком поништава уговор.

Поништење уговора је уређено ближе чланом 163. Републичка комисија може сама или на захтев подносиоца захтева или заинтересованог лица, поништити уговор о јавној набавци ако утврди да је наручилац:

- 1) закључио уговор о јавној набавци применом преговарачког поступка без објављивања позива за подношење понуда, а за примену тог поступка нису постојали услови предвиђени овим законом и није објавио обавештење о покретању поступка и одлуку о додели уговора;
- 2) закључио уговор о јавној набавци пре истека рока за подношење захтева за заштиту права;
- 3) закључио уговор о јавној набавци након подношења захтева за заштиту права, а пре одлуке Републичке комисије;
- 4) закључио уговор о јавној набавци супротно одлуци Републичке комисије из члана 150. овог закона;
- 5) закључио уговор о јавној набавци кршећи одредбе и услове оквирног споразума.

Захтев за поништење уговора доставља се уз захтев за заштиту права или у року од 30 дана од дана сазнања за разлог поништења, а најкасније у року од годину дана од закључења уговора.

Поништењем уговор о јавној набавци престаје, а уговорне стране су дужне вратити оно што су примиле по основу таквог уговора.

Ако се оно што је примљено по основу поништеног уговора о јавној набавци не може вратити или ако се природа оног што је примљено противи враћању, наручилац је дужан да савесном добављачу плати за испоручена добра, пружене услуге, односно изведене радове.

Уколико би поништење уговора о јавној набавци имало несразмерне последице по рад или пословање наручиоца или интересе Републике Србије, Републичка комисија неће поништити уговор о јавној набавци, али може скратити рок важења уговора или изрећи новчану казну из члана 162. овог закона.

Републичка комисија ће поднети тужбу за утврђивање ништавости уговора о јавној набавци када на било који начин сазна да је закључен уговор о јавној набавци ништав.“

ЗОО уређује ништавост уговора из разних разлога – због предмета, неодредивости предмета, због основа (члан 52 – „Ако основ не постоји или је недопуштен, уговор је ништав.“), недопуштних услова и слично.

Ништавост уговора је ближе уређена члановима 103-110 ЗОО.

Члан 103

(1) Уговор који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима је ништав ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује што друго.

(2) Ако је закључење одређеног уговора забрањено само једној страни, уговор ће остати на снази ако у закону није што друго предвиђено за одређени случај, а страна која је повредила законску забрану сносиће одговарајуће последице.

Код јавних набавки би управо могло бити реч о противности принудним прописима и о уговорима код којих је закључење забрањено само једној страни (наручиоцу).

Последице ништавости

Члан 104

(1) У случају ништавости уговора свака уговорна страна дужна је да врати другој све оно што је примила по основу таквог уговора, а ако то није могуће, или ако се природа оног што је испуњено противи враћању, има се дати одговарајућа накнада у новцу, према ценама у време доношења судске одлуке, уколико закон што друго не одређује.

(2) Али, ако је уговор ништав због тога што је по својој садржини или циљу противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, суд може одбити, у целини или делимично, захтев несавесне стране за враћање оног што је другој страни дала а може и

одлучити да друга страна оно што је примила по основу забрањеног уговора преда општини на чијој територији она има седиште, односно пребивалиште, или боравиште.

(3) Приликом одлучивања суд ће водити рачуна о савесности једне, односно обеју страна, о значају угроженог добра или интереса, као и о моралним схватањима.

У овој одредби се уређује надлежност суда да одлучује о томе шта која страна има право да задржи, на начин који је сличан ономе из ЗЈН. Међутим, проблем је у томе што ЗОО изричито прописује надлежност суда, што Републичка комисија није. У случају спора око норми о враћању давања уговорних страна, одлучивао би суд, иако би можда било економичније да о тим питањима одлучи Републичка комисија.

Делимична ништавост

Члан 105

(1) Ништавост неке одредбе уговора не повлачи ништавост и самог уговора, ако он може опстати без ништаве одредбе, и ако она није била ни услов уговора ни одлучујућа побуда због које је уговор закључен.

(2) Али ће уговор остати на снази чак и ако је ништава одредба била услов или одлучујућа побуда уговора у случају кад је ништавост установљена управо да би уговор био ослобођен те одредбе и важио без ње.

Конверзија

Члан 106

Кад ништав уговор испуњава услове за пуноважност неког другог уговора, онда ће међу уговарачима важити тај други уговор, ако би то било у сагласности са циљем који су уговарачи имали у виду кад су уговор закључили и ако се може узети да би они закључили тај уговор да су знали за ништавост свог уговора.

Накнадни нестанак узрока ништавости

Члан 107

(1) Ништав уговор не постаје пуноважан кад забрана или који други узрок ништавости накнадно нестане.

(2) Али, ако је забрана била мањег значаја, а уговор је извршен, ништавост се не може истицати.

Одговорност лица кривог за ништавост уговора

Члан 108

Уговарач који је крив за закључење ништавог уговора одговоран је своме сауговарачу за штету коју трпи због ништавости уговора, ако овај није знао или према околностима није морао знати за постојање узрока ништавости.

Ове ситуације ЗЈН не уређује.

Истицање ништавости

Члан 109

(1) На ништавост суд пази по службеној дужности и на њу се може позивати свако заинтересовано лице.

(2) Право да захтева утврђење ништавости има и јавни тужилац.

И ове одредбе могу бити предмет могућих спорова. Наиме, каже се да право да захтева утврђење ништавости може да се позове „свако заинтересовано лице“, а затим да то право има и јавни тужилац. Те норме би се могле тумачити као ограничавање круга државних органа који имају право да истичу овакве захтеве (док је у ЗЈН одређено да такво право имају Управа за јавне набавке и Републичка комисија).

Неограничено истицање ништавости

Члан 110

Право на истицање ништавости не гаси се.

Требало би детаљније размотрити досадашњу праксу судова у упоредној примени ЗОО и ЗЈН како би се увидело да ли постоје неки проблеми код којих би прецизирање ЗЈН водило правичнијим решењима.

Закон о комуналним делатностима

Закон о комуналним делатностима ("Сл. гласник РС", бр. 88/2011, као вршиоце комуналних делатности одређује „јавно предузеће, привредно друштво, предузетник или други привредни субјект“. За поједине комуналне делатности одређено је (члан 5) да их могу обављати искључиво јавна предузећа или привредна друштва у којима је већински власник од најмање 51% Република Србија или јединица локалне самоуправе (одржавање гробаља, снабдевање водом за пиће, јавни превоз тролејбусом). Јединица локалне самоуправе може одлуком о начину обављања комуналне делатности, а у складу са законом, поверити послове уређивања и одржавања гробаља цркви и верским заједницама.

Јединица локалне самоуправе је дужна да се у поступку поверавања обављања комуналних делатности руководи начелима конкуренције, економичности, ефикасности и заштите животне средине.(члан 6).

Члан 9 прописује да се под поверавањем обављања комуналне делатности подразумева се временски орочено уговорно уређивање односа у вези са обављањем комуналне делатности или појединих послова из оквира комуналне делатности између једне или више јединица локалне самоуправе и вршиоца комуналне делатности, које за циљ има пружање комуналних услуга на територији једне или више јединица локалне самоуправе или на делу територије јединице локалне самоуправе. Поверавање обављања комуналне делатности врши се на основу одлуке скупштине јединице локалне самоуправе о начину обављања комуналне делатности и уговора о поверавању, осим када се оснива јавно предузеће.

На поступак поверавања обављања комуналне делатности када вршилац добија право да финансирање обављања комуналне делатности обезбеђује у целости или делимично наплатом накнаде од корисника услуга, примењују се одредбе закона којим се уређују концесије. Уколико је одлуком о начину обављања комуналне делатности предвиђено да ће комуналну делатност обављати јавно предузеће, црква или верска заједница, не постоји обавеза спровођења поступка предвиђеног законом којим се уређују концесије, већ се вршилац комуналне делатности може одредити у одлуци о начину обављања комуналне делатности. На поступак поверавања обављања комуналне делатности чије се финансирање врши из буџета јединице локалне самоуправе, примењују се одредбе закона којим се уређују јавне набавке.

ЗЈН има још једну додирну тачку са ЗКД – то је ситуација када је неке поверено, на основу ЗКД искључиво обављање одређене делатности на одређеној територији. У тим ситуацијама не примењује се Закон о јавним набавкама на набавке које се врше од таквог искључивог носиоца права на обављање делатности.

Посебна правила из ЗЈН за поједине области

ЗЈН прописује посебна правила за јавне набавке у области водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга у члановима 117. до 126.

Наручилац код ових набавки је онај који обавља делатност у некој од назначених области, када спроводи набавку за потребе обављања тих делатности. Наручилац је такође и „лице које обавља делатност у области водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга, **на основу искључивих или посебних права**, када спроводи набавку за потребе обављања тих делатности. Најзад, то је и јавно предузеће које обавља делатност у области водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга, када спроводи набавку за потребе обављања тих делатности.

Искључиво или посебно право које је додељено на основу објективних критеријума, на транспарентан начин у поступку у којем је извршено јавно објављивање, применом прописа о јавним набавкама, јавно приватном партнерству и концесијама или другом поступку у којем су примењени објективни критеријуми и обезбеђена транспарентност и јавно објављивање, **не сматра се искључивим или посебним правом.**

Јавно предузеће је свако предузеће над којим наручилац може имати, директно или индиректно, преовлађујући утицај на основу власништва над њиме, финансијског учешћа у њему или правила на основу којих је уређено. Преовлађујући утицај од стране наручиоца подразумева се у било којем од следећих случајева у којима наручилац, директно или индиректно: (1) има већину уписаног капитала предузећа; (2) контролише већину гласова који се односе на акције тог предузећа; (3) може именовати више од половине чланова органа надзора, руковођења или органа управљања тог предузећа.

Члановима 118. до 121. ближе је одређено шта се сматра делатностима у свакој од овде наведених области.

Члан 122. одређује када се неће примењивати ЗЈН на набавке у овој области – када их наручиоци спровode за обављање делатности у иностранству под условом да то не укључује употребу објеката и мреже унутар Републике Србије; код набавке воде за пиће од стране наручиоца који снабдева потрошаче водом за пиће, када наручилац који експлоатише фосилна горива набавља енергију или гориво за производњу енергије, „када наручилац врши набавке од повезаних лица или када лице које је основано од наручиоца искључиво за обављање делатности водопривреде, енергетике, саобраћаја или поштанских услуга врши набавке од лица које је повезано са једним од наручиоца, под условом да најмање 80% просечног прихода повезаног лица за последње три године, потиче од лица са којима је повезано“, када лице које је основано од стране више наручиоца врши набавке од својих оснивача, за потребе обављања делатности у овим областима, „када група друштва коју чине наручиоци у смислу закона којим се уређују привредна друштва, врши набавку од члана групе друштва искључиво за потребе обављања делатности водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга“, када наручилац врши набавке од групе друштва чији је саставни део, под условом да је група друштва основана у циљу обављања делатности у овим областима, да је основана на период

од најмање три године и да је уговором о оснивању предвиђено да уговорне стране остану у њеном саставу најмање три године.

ЗЈН предвиђа посебна правила за квалификациони поступак. Тако, наручилац у одлуци о признавању квалификације одређује и период за који се признаје квалификација кандидатима, а који не може бити дужи од четири године. Наручилац такође може услове за признавање квалификације по потреби ажурирати и позвати све кандидате да поднесу пријаве у складу са ажурираним условима. У том случају не сме да поставља само одређеним кандидатима додатне услове било које природе и не може тражити доказивање услова другим доказима ако су кандидати постојеће или нове услове већ доказали. Наручилац може да користи и листе кандидата других наручилаца уколико утврди да испуњавају његове захтеве.

Посебна су и правила за набавке мале вредности (већи лимит).

Члан 125 прописује услове узајамности, могућност да се понуда одбије уколико понуђач нуди производи пореклом из државе са којом Република Србија није закључила споразум који би омогућавао домаћим понуђачима равноправан приступ на тржишту те државе. Таква се понуда може одбити ако удео производа пореклом из те државе прелази 50% укупне вредности производа из понуде. У смислу овог члана софтвер који се користи у опреми електронске комуникационе мреже сматра се производом.

Ако су две понуде или већи број понуда једнаке, наручилац даје предност понудама које не могу бити одбијене на основу члана 125. Једнаким понудама у погледу цене, сматрају се понуде у којима разлика у цени није већа од 3%. Међутим, наручилац неће дати предност понуди, ако би избор такве понуде обавезивао наручиоца да набавља производ са техничким својствима другачијим од постојећих производа.

Закон о енергетици

Закон о енергетици ("Сл. гласник РС", бр. 145/2014) на више места уређује питање набавки. У члану 95. се говори о набавкама помоћних услуга које врше електране, па се каже да се те услуге „набављају на тржишним принципима, уз поштовање принципа јавности и недискриминације, на начин утврђен правилима о раду тржишта електричне енергије.“

Оператори преносног система електричне енергије Агенцији за енергетику достављају план набавке електричне енергије за надокнаду губитака за наредну годину. (члан 108) Оператор преносног система, ради оптимизације набавке електричне енергије за надокнаду губитака, може вишкове електричне енергије продати на организованом тржишту електричне енергије, осим када електричну енергију за надокнаду губитака у преносном систему купује по уговору о потпуном снабдевању (члан 110.).

Члан 155. прописује да „оператор затвореног дистрибутивног система електричне енергије који нема лиценцу за снабдевање електричном енергијом, може да набавља електричну енергију само за надокнаду губитака у затвореном дистрибутивном систему и да учествује на организованом тржишту електричне енергије и на њему набавља електричну енергију, како би на најефикаснији начин оптимизовао набавку електричне енергије неопходне за надокнаду губитака у затвореном дистрибутивном систему. Агенција за енергетику Републике Србије може оператора затвореног дистрибутивног система **ослободити обавезе да се електрична енергија за надокнаду губитака у дистрибутивној мрежи, набавља на транспарентан, недискриминаторан начин и под тржишним условима.**

Члан 185. прописује да су „оператор преносног, односно дистрибутивног система, оператор тржишта, снабдевач и снабдевач на велико обавезни су да чувају као пословну тајну податке и документа који садрже информације о продајним ценама, количини и условима снабдевања електричном енергијом, мерне податке о производњи, односно потрошњи крајњих купаца, као и друге податке и документа чије објављивање или чињење доступним трећим лицима може довести до поремећаја на тржишту електричне енергије.“ Ова одредба се односи и на уговоре о снабдевању електричном енергијом у периоду од годину дана од дана престанка тих уговора, **осим уговора који се закључују у поступку јавних набавки**, с тим да се и по истеку тог периода мерни подаци о производњи, односно потрошњи електричне енергије крајњих купаца, могу саопштавати, односно документа давати трећим лицима само по захтеву произвођача, односно крајњег купца електричне енергије“.

Закон о енергетици не уређује детаљно јавне набавке, јер је то већ учињено кроз ЗЈН. На месту где се ЗЈН помиње, то се чини коректно, и одређује се да поједини поверљиви подаци неће имати такво својство ако је био спровођен поступак јавне набавке, где се ти подаци морају учинити доступним понуђачима и јавности.

Други закони поменути у Стратегији

Закон о рударству и геолошким истраживањима

Закон о рударству и геолошким истраживањима ("Сл. гласник РС", бр. 88/2011) не садржи одредбе које су од значаја за примену Закона о јавним набавкама.

Он међутим садржи поједине одредбе које су од значаја за закључење концесија, као облика јавно – приватног партнерства па би требало испитати у којој мери су ове норме усаглашене са Законом о ЈПП и концесијама, који је такође донет 2011. године.

Закон о водама

Србија тренутно има два закона о водама. Новији је објављен у "Сл. гласник РС", бр. 30/2010 и 93/2012. Ранији је објављен у "Сл. гласник РС", бр. 46/91, 53/93, 67/93, 48/94, 54/96, 101/2005 - др. закон и 30/2010 - др. закон. Још увек су на снази чланови тог закона 81-96, који говоре о ЈП „Србијаводе“.

Ни један од ова два закона не садржи одредбе које се односе непосредно на јавне набавке. Слично као и код Закона о рударству, и овде би требало проверити усаглашеност, али не са ЗЈН, већ са Законом о ЈПП и концесијама.

Закон о превозу у друмском саобраћају

Закон о превозу у друмском саобраћају ("Сл. гласник РС", бр. 46/95, 66/2001, 61/2005, 91/2005, 62/2006, 31/2011 и 68/2015 - др. закони)

Овај закон не садржи одредбе које се односе непосредно на јавне набавке, као ни одредбе које се непосредно односе на ЈПП и концесије. Међутим, постоји посредан значај одредаба када је реч о стандардима за обављање појединих делатности (линијски превоз, такси превоз), па самим тим и за набавку тих услуга.

Закон о поштанским услугама

Ни у Закону о поштанским услугама ("Сл. гласник РС", бр. 18/2005, 30/2010 и 62/2014), нису пронађене одредбе којима се непосредно уређује материја Закона о јавним набавкама, па самим тим ни потреба за усаглашавањем. Утицај одредаба је само посредан, као у случају горепоменутог Закона о превозу у друмском саобраћају.

Закон о Агенцији за борбу против корупције

Пријављивање учешћа у поступку јавних набавки

Закон о Агенцији за борбу против корупције ("Сл. гласник РС", бр. 97/2008, 53/2010, 66/2011 - одлука УС, 67/2013 - одлука УС, 112/2013 - аутентично тумачење и 8/2015 - одлука УС) садржи норме које имају додирне тачке и са применом Закона о јавним набавкама. У члану 36. тог закона предвиђена је обавеза правног лица у којем је функционер власник више од 20% удела или акција, ако учествује у поступку приватизације, јавних набавки или другом поступку чији је исход закључивање уговора са органом Републике, територијалне аутономије, локалне самоуправе, другим корисником буџета, односно другим правним лицем чији је оснивач орган Републике, територијалне аутономије или локалне самоуправе или правним лицем у којем је више од 20% капитала у јавној својини, да о томе обавести Агенцију у року од три дана од дана предузимања прве радње у поступку, као и о коначном исходу поступка у року од три дана од дана сазнања о његовом окончању. Агенција води евиденцију оваквих правних лица и поступака, а подаци из ове евиденција су јавни.

Треба напоменути да је другим одредбама овог истог закона прописана обавеза за неке од носилаца јавних функција да пренесу управљачка права која произлазе из власништва у предузећима на неповезана лица. У пракси се неки од њих опредељују за пренос власништва (а не само управљачких права), јер тада пренос може да се изврши и на члана породице.

Ништавост аката из сукоба интереса

Друга битна додирна тачка ЗЈН и ЗАБПК односи се на ништавост аката који су донети у сукобу интереса. ЗАБПК наиме предвиђа обавезу јавног функционера да, приликом ступања на дужност и током вршења јавне функције, у року од осам дана, писмено обавести непосредно претпостављеног и Агенцију о сумњи у постојање сукоба интереса или о сукобу интереса који он или са њим повезано лице има. Агенција може да позове функционера и тражи да достави потребне податке, у циљу прибављања информација о постојању сукоба интереса. Ако Агенција утврди да постоји сукоб интереса, о томе обавештава функционера и орган у коме он врши јавну функцију и предлаже мере за отклањање сукоба интереса. Ове одредбе не искључују примену одредби о изузећу прописане законима којима је уређен судски или управни поступак. Појединачни акт у чијем доношењу је учествовао функционер који се због сукоба интереса морао изузети, ништав је. Изузетно, неће бити ништав акт у чијем је доношењу учествовао функционер који је пријавио сукоб интереса у складу са овим законом, уколико није било могуће да се одреди друго лице које би учествовало у доношењу акта.

ЗЈН има сопствена правила о сукобу интереса, у члану 29. и 30.

Сукоб интереса у смислу овог закона постоји, када однос представника наручиоца и понуђача може утицати на непристрасност наручиоца при доношењу одлуке у поступку јавне набавке, односно: 1) ако представник наручиоца или са њим повезано лице учествује у управљању понуђача; 2) ако представник наручиоца или са њим повезано лице поседује више од 1% удела, односно акција понуђача; 3) ако је представник наручиоца или са њим повезано лице запослено или радно ангажовано код понуђача или са њиме пословно повезано.

ЗАБПК има шире разумевање појма сукоба интереса, јер оно потенцијалне видове повезаности, поред овде наведених. С друге стране, забране из ЗЈН су оштрије јер се односе не само на јавне функционере већ и на друге представнике наручиоца и са њима повезана лица (нпр. запослени службеници).

Последица сукоба интереса из ЗЈН јесте то да „наручилац не може закључити уговор о јавној набавци са понуђачем... уколико је постојање сукоба интереса утицало или могло утицати на одлучивање у поступку јавне набавке“. Такође, „лице у односу са којим постоји сукоб интереса, не може бити подизвођач понуђачу којем је додељен уговор, нити члан групе понуђача којој је додељен уговор“. Међутим, „Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки ће на захтев наручиоца одобрити закључење уговора ... ако наручилац докаже да би забрана закључења уговора проузроковала велике тешкоће у раду или пословању наручиоца које су несразмерне вредности јавне набавке, односно значајно угрозила интерес Републике Србије, да је предузео све мере ради сузбијања штетних последица, да остали понуђачи не испуњавају услове из поступка, односно да је након рангирања њихових понуда разлика у цени већа за 10% или број пондера већи за десет у корист изабраног понуђача“. Ова одлука се објављује на интернет страници наручиоца, Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки и на Порталу јавних набавки.

Како се може видети, правила су слична, али не идентична. У једном случају, по ЗАБПК, функционер треба да пријави сукоб интереса претпостављеном органу и Агенцији и да сачека њихово мишљење о томе како да се сукоб интереса реши и да ли га уопште има. Рок за то је чак осам дана, што је потпуно непримерено ЗЈН, где су рокови за доношење појединих одлука знатно краћи. На основу ЗЈН, унапред је прописана забрана закључивања уговора (нема чекања на мишљење Агенције или другог надлежног органа). Одређене сличности се могу пронаћи у решењима о конвалидацији, мада су она знатно детаљније уређена у ЗЈН и садрже много више услова које би требало испунити.

Очигледна неусаглашеност два закона је у томе што се у ЗАБПК не помињу правила о изузећу из Закона о јавним набавкама, већ само из судског и управног поступка.

Последица кршења правила о сукобу интереса је слична – ништавост. Наиме, чланом 168. ЗЈН је уређено да су ништави уговори о јавној набавци „2) који су закључени супротно одредбама овог закона о спречавању корупције и сукоба интереса“. За разлику од ЗАБПК, који не предвиђа механизам за поништење уговора, такав механизам је прописан у ЗЈН. Међутим, та правила не би могла да се примене када Агенција утврди разлоге за ништавост због сукоба интереса, осим ако нису уједно испуњени услови за ништавост по ЗЈН. Ако би се, на пример таква одлука Агенције заснивала на неком другом облику повезаности која ствара сукоба интереса у односу на оне које помиње ЗЈН, не би постојало овлашћење Републичке комисије да поништи уговор, јер је та радња изричито везана за кршење одредби о сукобу интереса „из овог закона“.

Закон о заштити узбуњивача

("Сл. гласник РС", бр. 128/2014)

Закон о јавним набавкама и заштита узбуњивача

Закон о јавним набавкама садржи поглавље о спречавању корупције, у оквиру којег се налазе и неке одредбе о узбуњивању. Закон је увео као правило остављање писаног трага о комуникацији, дужности да се одбије „налог супротан прописима“, правило да лице које „одбије извршење налога не може да буде премештено на друге послове нити да му се откаже уговор о раду у периоду од дванаест месеци од дана одбијања извршења налога под условом да послове обавља у складу са законом“ (члан 21). За разлику од норми из Закона о државним службеницима које говоре о незаконитим налозима, на основу Закона о јавним набавкама не само да службеник не сме да трпи штетне последице због тога што је одбио незаконити налог, већ има и гаранцију да неће добити ни отказ ни премештај у одређеном периоду, осим ако и сам не прекрши закон.

У члану 24. је прописана дужност лица запосленог на пословима јавних набавки и ангажованог лица, као и сваког другог „заинтересованог лица“, „које има податке о постојању корупције у јавним набавкама“ да о томе „одмах обавести Управу за јавне набавке, државни орган надлежан за борбу против корупције и надлежно тужилаштво“. Ко пријави корупцију „не може добити отказ уговора о раду или другог уговора о радном ангажовању, односно не може бити премештен на друго радно место, зато што је, поступајући савесно и у доброј вери, пријавио корупцију у јавним набавкама, а наручилац је дужан да пружи потпуну заштиту том лицу.“ Ова одредба се чини непотребном. Ни да ње нема, нико не би могао да добије отказ или премештај „зато што је пријавио корупцију“, то јест, пријављивање корупције не би могло да буде наведено као разлог за такав акт. Проблем је како утврдити да је одмазда скривена неким другим разлозима и ту одредба не даје одговор и решење (нпр. попут оног из члана 21, или обртања терета доказивања).

Лице које је пријавило корупцију, може се обратити јавности ако: 1) је поднело пријаву овлашћеном лицу наручиоца или надлежном органу, али у примереном року није предузета ниједна активност поводом поднете пријаве; 2) Агенција или тужилац не предузму ниједну активност у року од месец дана од дана подношења његове пријаве; 3) је поднело пријаву грађанском надзорнику, а грађански надзорник га не обавести о предузетим мерама. Чак и ако ови услови нису испуњени, а процењена вредност набавке је већа од „износа из члана 57. Закона“ „или је предмет јавне набавке нарочито значајан за пословање наручиоца или за интересе Републике Србије“ постоји могућност обраћања јавности.

Разлози под 1) и 3) су нарочито значајни код пријављивања неправилности које не представљају кривично дело. Разлог под тачком 2) се чини потпуно оправданим, с тим што би у том случају ствари биле јасније када би се обелодањивање података јавност везало за обавештавање подносиоца пријаве, јер њему не мора бити познато да ли су јавни тужилац или Агенција за борбу против корупције нешто предузели.

У случају повреде радних и других основних права због пријављивања корупције, лице које је пријавило корупцију има право на накнаду штете од наручиоца (без обзира на то ко је нанео штету, што је нелогично). Наручилац чија годишња вредност набавки прелази милијарду

динара има обавезу да у оквиру интерног плана посебно уредити начин пријављивања корупције у поступку јавне набавке и посебно уредити заштиту права лица која пријављују корупцију.

Чланом 27. прописана је дужност обавештавања Комисије за заштиту конкуренције „уколико има било који податак о повреди конкуренције у поступку јавне набавке“. То лице „не може добити отказ уговора о раду или другог уговора о радном ангажовању, односно не може бити премештено на друго радно место зато што је, поступајући савесно и у доброј вери, пријавило повреду конкуренције“. Овде је реч о заштити запослених у фирмама које се договарају о томе како да лажирају конкуренцију у јавним набавкама или достављају нетачне податке о својим понудама. Чини се да ни одредбе овог члана не доносе неки нови вид заштите за узбуњиваче осим оног који је прописан Законом о привредним друштвима, и да се једина новина огледа у успостављању обавезе обавештавања о повреди конкуренције.

(овај део текста је делимично преузет из публикације „Заштита узбуњивача у Републици Србији – правни оквир и препоруке“, http://www.poverenik.rs/images/stories/prezentacije/studije/zastitauzbunjivacai_analizapravnogokvirairapreporuke.pdf)

Закон о заштити узбуњивача и примена норми из ЗЈН

Након доношења Закона о јавним набавкама усвојен је и посебан Закон о заштити узбуњивача. Одбијање налога који је супротан прописима није предмет ЗЗУ. Такође, ЗЗУ не садржи ни одредбу која би забранила премештање на друго радно место у периоду од 12 месеци лица које одбије незаконити налог. Међутим, ЗЗУ садржи заштиту лица која укажу на незаконите радње, а то, по природи ствари могу бити и службеници који укажу нато да је налог незаконит. Такви службеници могу да рачунају и на друге видове заштите (не само од премештаја и отказа), који нису орочени на 12 месеци. Међутим, с друге стране, таква заштита зависи од успостављања узрочно – последичне везе између указивања на неправилност и штетне радње, што у ЗЈН није случај.

Члан 24. проширује заштиту и на друга лица која укажу на корупцију да добију заштиту од (неких) штетних последица. ЗЗУ је у том погледу обухватнији. Заштита се пружа и у случају указивања на другу незакониту радњу, не само за случајеве корупције у јавним набавкама. Упитно је који закон пружа ширу заштиту у погледу круга лица. На основу ЗЈН заштиту уживају запослени, радно ангажовани и заинтересована лица, док у ЗЗУ то могу бити и лица која су у неком односу са наручиоцем или другим лицем које је умешано у корупцију (уговорни, радни, власнички...). Ни правила о обавештавању нису идентична. ЗЗУ позива на обавештавање органа у којем је дошло до неправилности или надлежног овлашћеног органа. Овлашћени орган у овом случају је несумњиво јавно тужилаштво, док ЗЈН предвиђа обавештавање и два друга органа – Агенције за борбу против корупције и Управе за јавне набавке.

Код заштите лица која су пријавила корупцију, заштита из ЗЗУ је шира. Наиме, ЗЈН штити одотказа и премештаја који је последица пријављивања корупције. ЗЗУ пружа заштиту и у неким другим случајевима, када се не наводи изричито овај основ за отказ или премештај.

Такође, ЗЈН захтева да је пријавитељ поступао „савесно и у доброј вери“, а ЗЗУ поставља знатно мање захтеве те врсте.

Правила о обраћању узбуњивача јавности из ЗЈН су такође различита. На основу члана 19. ЗЗУ узбуњивач се може обратити јавности (и при том уживати заштиту) „без претходног обавештавања послодавца или овлашћеног органа у случају непосредне опасности по живот, јавно здравље, безбедност, животну средину, од настанка штете великих размера, односно ако постоји непосредна опасност од уништења доказа“.

Ако се претходно обратио у складу са Законом, овлашћеном органу, ЗЗУ не садржи правило, па се може претпоставити да има право да се обрати јавности. Приликом таквог узбуњивања, „узбуњивач је дужан да поштује претпоставку невиности окривљеног, право на заштиту података о личности, као и да не угрожава вођење судског поступка“.

Додатно ограничење поставља члан 20. Тада се узбуњивач увек мора прво обратити послодавцу, а ако се информација односи на лице које је овлашћено да поступа по информацији, информација се подноси руководиоцу послодавца. У случају да послодавац није у року од 15 дана поступио по информацији у којој су садржани тајни подаци, односно ако није одговорио или није предузео одговарајуће мере из своје надлежности, узбуњивач се може обратити овлашћеном органу. Ако су у информацији садржани тајни подаци, узбуњивач не може узбунити јавност, ако законом није другачије одређено.

ЗЈН даје и шира и ужа права узбуњивачима у погледу обраћања јавности. Под одређеним условима (ако није добио одговор „у примереном року“ и слично), има право да се обрати јавности, без ограничења (у погледу тајних података, заштите података о личности итд.) Постоји могућност обраћања јавности и пре него што су ови услови испуњени, ако је процењена вредност набавке преко одређеног износа.

Закон о управним споровима

ЗАКОН О УПРАВНИМ СПОРОВИМА ("Сл. гласник РС", бр. 111/2009)

ЗЈН предвиђа могућност вођења управног спора против одлука Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки.

Члан 159. тако прописује да се против одлуке Републичке комисије не може се изјавити жалба, али да се може покренути управни спор у року од 30 дана од дана пријема одлуке. Управни спор се може покренути и када Републичка комисија није донела и доставила одлуку у роковима предвиђеним чланом 158. овог закона. Покретање управног спора не одлаже извршење одлуке Републичке комисије.

Не залазећи детаљније у разматрање појединих одредаба Закона о управним споровима, ваља напоменути да тај закон не предвиђа рокове за доношење одлуке суда. Када је реч о јавним набавкама, а у ситуацији када није одложено извршење одлука Републичке комисије, вођење управног спора се не може сматрати ефикасним средством. Наиме, сасвим је могуће, па чак и вероватно, да ће за време док се управни спор реши набавка бити већ реализована у целости или у претежном делу. Евентуални став управног спора да је захтев требало другачије решити, у том тренутку ће довести до велике штете по наручиоца. У случају да Управни суд не поступа у спору пуне јурисдикције, већ предмет врати на решавање Републичкој комисији, решавање се још више отеже, а штета коју наручилац трпи или коју ће морати да надокнади се само увећава.

Овај проблем би се могао решити прописивањем веома кратких рокова за доношење одлуке у оваквој врсти управног спора или обезбеђивањем неког другог вида правне заштите од незаконитих одлука Републичке комисије у ЗЈН или у посебном закону који би уређивао ту материју.