

Mirsad Čizmić*¹

PRAVNA PRIRODA UGOVORA O JAVNIM NABAVKAMA U PRAVNOM PORETKU BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak

Autor u radu razmatra ugovore o javnim nabavkama, postupak njihovog zaključivanja i uspoređuje ih sa upravnim ugovorima, njihovo postojanje i njihovu pravnu prirodu kako u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine tako i u drugim pravnim sistemima. Ističe se da ugovor o javnim nabavkama kao upravni ugovor mora kao takav biti regulisan i ozakonjen da bi funkcionisao i bio legitiman. Akcenat je stavljen na pravnu prirodu ovih ugovora i na sličnostima i razlikama koje postoje između ovog instituta i drugih njemu sličnih i bliskih instituta. Proučavanje ugovora o javnim nabavkama i upravnih ugovora nužno nameće i potrebu izučavanja nekih drugih upravno-pravnih instituta koji su, takođe, vrlo sažeto dati u ovom radu.

Ključne riječi: Ugovor o javnim nabavkama, Upravni postupak, Upravni ugovor, javni interes.

1. UVOD

Pravna priroda ugovora o javnim nabavkama u Bosni i Hercegovini već duži niz godina izaziva sve veću problematiku. To se naročito ogleda u činjenici posebnosti ove materije, odnosno posebnosti postupka koji dovodi do zaključivanja ugovora o javnoj nabavci, što u suštini na indirektan način ima velikog uticaja na pravnu prirodu i posebnosti ugovora o javnim nabavkama u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine. Evidentno je da se ovoj materiji posvećuje malo ili nimalo pažnje, jer većina teoretičara i pravnih praktičara gleda na ugovor o javnoj nabavci kao na klasični građanskopravni ugovor, bez dovoljne analize i svih specifičnosti koje nosi sa sobom predmetni ugovor. Stoga je posebno problematično određivanje pravne prirode ugovora o javnim nabavkama, jer kako u postojećem, tako i u ranijem zakonodavstvu o javnim nabavkama u Bosni i Hercegovini nema dovoljno odredbi koje na poseban način definišu pravnu

¹ Dr. sc., Savjetnik predsjedavajućeg Skupštine Zeničko-dobojskog kantona za društvene djelatnosti.

prorodu ugovora o javnim nabavkama.

Uzimajući u obzir savremenu upravnopravnu teoriju koja definiše oblast javnih nabavki, postupak javnih nabavki se može okarakterisati kao upravni postupak koji se okončava odlukom o dodjeli ugovora određenom ponuđaču ili se završava odlukom o poništenju postupka. I odluka o dodjeli, ali i odluka o poništenju su upravni akti, protiv kojih se može izjaviti žalba Uredu za razmatranje žalbi (dalje URŽ) putem Ugovornog organa kao prvostepenog organa. U slučaju da treća strana nije zadovoljna odlukom URŽ, može tužbom pokrenuti upravni spor pred Sudom Bosne i Hercegovine. Dakle, upravni spor se može pokrenuti samo protiv konačnih upravnih akata, što potvrđuje činjenicu da je postupak javnih nabavki upravni postupak. Bez obzira na činjenicu da se radi o upravnom postupku, koji se završava konačnom odlukom kao upravnim aktom, na temelju koje se zaključuje ugovor o javnim nabavkama, važećim Zakonom o javnim nabavkama je definisano da se ugovor o javnim nabavkama zaključuje prema pravilima ZOO², a temeljem navedenog sporovi povodom predmetnog ugovora vode se pred redovnim sudovima kao građanski sporovi. Shodno navedenom, predmet ovog rada je utvrđivanje pravne prirode ugovora o javnim nabavkama u Bosni i Hercegovini, upoređujući ga sa osnovnim elementima upravnog ugovora i njegovim definisanjem u državama poput Francuske. S obzirom da se u državama EU ugovor o javnim nabavkama definiše kao javni/upravni ugovor i to kao posebna kategorija ugovora, neophodno je napraviti određenu koparacaiju ugovora o javnim nabavkama sa upravnim ugovorom.

2. Ugovor o javnim nabavkama i upravni ugovor

Općenito gledajući, ugovor o javnim nabavkama je dvostrani pravni akt što ga javnopravno tijelo zaključuje sa trećom osobom, a sa ciljem ostvarivanja cilja od značaja za širi društveni interes, pod uslovima koji su propisani posebnim propisom. Sama činjenica da je po definiciji svaki ugovor, pa i ugovor o javnoj nabavci saglasna izjava volja dviju strana, usmjeren na postizanje određenog cilja, definiše ga kao dvostrani pravni akt. S tim u vezi važno je naglasiti, da se volja kod zaključivanja ugovora o javnoj nabavci razlikuje od volje kod građanskopravnog ugovora. Naime, volja ugovornih strana kao jedan od uslova za nastanak ugovora o javnoj nabavci, u različitom je položaju, jer kod ugovora o javnoj nabavci postoji jači položaj ugovornog organa, zbog činjenice da ugovorni organ određuje tzv. "pravila igre", bez mogućnosti izmjena, a ta pravila igre, u konkretnom slučaju su tenderska dokumentacija. Pored navedenog, važno je

² Ugovor o javnoj nabavci zaključuje se u skladu sa zakonima o obligacionim odnosima u Bosni i Hercegovini, član 72. stav (2) Zakona o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“ br. 39/14).

naglasiti da je volja kod ugovornog organa ograničena, s obzirom da ne može birati s kim će zaključiti ugovor, jer se ugovor zaključuje sa onim ponuđačem koji bude najuspješniji u postupku javne nabavke. Ukoliko se pažljivo sagleda način nastanka i stranaka ugovora o javnim nabavkama u pogledu njegove dvostranosti, može se zaključiti da se radi o vrsti upravnog ugovora. Naime, prema Mustafi Kamariću i Ibrahimu Festiću, upravni ugovori su druga vrsta pravnih akata čijim donošenjem, odnosno zaključivanjem se zasnivaju pravni odnosi između države, odnosno drugih tijela javne vlasti sa drugim pravnim subjektima, a posebno privatnog prava.³

Ugovori o javnim nabavkama kao posebna vrsta ugovora danas predstavljaju jednu od najaktuelnijih tema u zemljama bivše Jugoslavije. S obzirom na nespornu činjenicu, da ugovori o javnim nabavkama u EU predstavljaju javne ugovore, a posebno u Francuskoj predstavljaju klasične upravne ugovore i to najpoznatiju vrstu upravnih ugovora, to će se u nastavku detaljnije opisati upravni ugovori, jer se radi o jednoj vrsti ugovora (ugovori o javnim nabavkama/upravni ugovori bar kada je u pitanju Francuska). Iako se Francuska smatra kolijevkom kako upravnog prava tako i upravnih ugovora, često su se spočitavali negativni konteksti u korist upravnog ugovora negirajući njegovu pravnu valjanost.⁴ “Upravni ugovori su se pojavili u francuskom pravu krajem 19. i početkom 20. stoljeća. Zato je francuska pravna praksa najpotpunije razradila ovaj pravni institut istovremeno sa teorijskim raspravama u nauci upravnog prava”.⁵

Pojedini autori su isticali činjenicu da država ni u kom aspektu ne može da bude vezana ugovorom jer država je apsolutni suveren i ako se veže ugovorom bit će u istoj poziciji kao i druga ugovorna strana, gdje nestaje apsolutni suveren i postaje u ravni jednaka sa drugom ugovornom stranom. Poznati pravni teoretičar Leon Digi ističe da “je država po svojoj definiciji suverena ličnost, ona ima taj karakter, tu pravnu ličnost u svim aspektima koje vrši, kako u ugovornim tako i u jednostranim aktima. Prema tome, država ne može biti vezana jednim ugovorom, jer ako je vezana, njena pravna ličnost će biti potčinjena drugoj, a pošto suverenu volju odlikuje baš to da nije potčinjena nijednoj drugoj volji, ona bi na taj način

³ Vidjeti detaljnije u: M. Kamarić/I. Festić, *Upravno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2009, 202-214.

⁴ Pravni režim upravnog ugovora u Francuskoj odlikuje se prije svega izvjesnim odstupanjem od općih pravila o ugovorima, ali ako s jedne strane daje upravi izvjesna šira ovlaštenja koja nema druga strana ugovornica, postoje za upravu i izvjesne veće obaveze odnosno ograničenja u pogledu postupka za zaključivanje ugovora koja nisu predviđena u privatnopravnim ugovorima. I veća ovlaštenja, veća ograničenja i obaveze, odraz su načela da uprava mora štiti opći interes. Navedeno u: D. Đ. Denković, *Dobra uprava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010., 166.

⁵ M. Kamarić/I. Festić, str.202.

prestala da bude suverena“.⁶ Međutim, bez obzira što su pojedini autori isticali da upravni ugovor nije svojevrsan instrument za zadovoljavanje javnog interesa, ipak zahvaljujući upravnosudskoj praksi Francuske, upravni ugovor se itekako razvio u Francuskoj, ali i drugim zemljama na koje je imalo uticaja francusko pravo, prije svega na romansko. U pokušaju uspostavljanja jedinstvene definicije upravnog ugovora u svim državama u kojima je ova vrsta ugovornog odnosa (upravnopравни odnos) gotovo da je nemoguće, iz razloga što svaka država koja inkorporira u svoj sistem upravne ugovore, njegovu definiciju prilagođava svojoj pravnoj tradiciji. Ipak, nesumnjivo je da suština i duh upravnog ugovora uvijek ostaje isti, ali i same osnovne značajke ove vrste posebnih ugovora. Upravni ugovori kao specifični ”ugovori javnog prava, u ovom procesu posebno dolaze do izražaja naročito u oblastima javnih nabavki, javno-privatnog partnerstva, komunanih djelatnosti, djelatnosti javnih službi”.⁷ Naime, “u savremenim evropskim i drugim razvijenim državama, osim upravnog akta kao pojedinačnog pravnog akta uprave, postoje i drugi dvostrani akti koji se nazivaju upravni ugovori”.⁸ U pravnom poretku Bosne i Hercegovine upravni ugovor bi se mogao definisati kao dvostrani pravni akt, kojeg država (i drugi organi i pravna lica) prilikom vršenja svojih osnovnih funkcija zaključuje sa drugim fizičkim i pravnim osobama, na način kako je to propisano nacionalnim zakonima i drugim propisima svake države.⁹ S tim u vezi, jedan od najneodređenijih pojmova glede upravnih ugovora jeste njegovo svrstavanje, s obzirom da se radi o sasvim novom institutu upravnog prava, bar kada je u pitanju novija zakonska regulativa na našim prostorima. U tom smislu, postavlja se pitanje da li ugovori koje država zaključuje sa drugim fizičkim i pravnim osobama pripadaju ugovorima građanskog prava ili je to posebna vrsta javnog ugovora koja treba biti regulisana normama javnog prava, je li to posebna vrsta upravnog akta, ko može biti ugovorna strana i slično. Dakle, to su uobičajena pitanja o kojima sa danas raspravlja, posebno u državama kao što je Srbija i Hrvatska, koje su u neskorijoj prošlosti, ovu vrstu ugovora uvrstile u Zakone o općem upravnom postupku. Prema jednom teorijskom shvatanju, upravni ugovor, je „.....saglasije jedne javnopravne i jedne privatnopravne volje o postizanju kakve javne svrhe, kao i stvoreni pravni odnos između njih, sa širim javnopravnim učincima.“¹⁰ Prema drugom, „...upravni

⁶ L. Digi, *Preobražaji javnog prava (Les transformations du droit public)*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 1998, 122–123.

⁷ D. Milenković, *Upravni ugovori u Zakonima o opštem upravnom postuku zemalja Zapadnog Balkana, u: Strani pravni život*, Univerzitet u Beogradu, Fakultet političkih nauka, Beograd 2017, 68-69.

⁸ S. Lilić, *Upravno pravo*, Službeni glasnik, Beograd 2018, 110.

⁹ Vidjeti detaljnije u: *Ibid.*

¹⁰ Z. Tajić, *Pravna priroda upravnih ugovora, Pravni život 11-12/1993*, 2131, navedeno u: D. Milenković, 69.

ugovor treba razlikovati od upravnih akata i svih njegovih modaliteta, ali i od građanskih ugovora iako on često ima formu tipskog (adhezionog) ugovora. Upravni ugovor jeste ugovor, ali ugovor posebne vrste - javnopravni (upravni) ugovor.¹¹ Stoga "doista se može reći da upravne ugovore obilježavaju određene posebne i veće ovlasti javnopravnih tijela koje su povezane sa svrhom koja se tim ugovorima želi postići, s tim da je uvijek prioritet širi društveni interes. Prilikom sklapanja upravnog ugovora, javnopravno tijelo redovito nastupa kao subjekt javnoga prava, te stoga ima veće ovlasti koje proizlaze iz prvenstva javnog interesa koga zastupa."¹²

Shodno navedenom, a posebno imajući u vidu da je svrha upravnih ugovora zadovoljavanje javnog interesa, upravni ugovori potpadaju pod drugačiji režim za razliku od građanskih ugovora, čiji je glavni cilj ostvarivanje finansijskog interesa ugovorne strane, odnosno ostvarivanje izvjesne dobiti. Ono što je posebno karakteristično za ovu vrstu ugovora jeste sloboda ugovaranja i mijenjanja ugovora, s obzirom da su strane ugovornice kod građanskih ugovora slobodne da mijenjaju ugovor za vrijeme njegovog trajanja i slično, dok su ugovorne strane upravnih ugovora strogo obavezne da poštuju "slovo zakona" jer je u pitanju javni, a ne privatni interes. S tim u vezi, jedan od poznatih teoretičara upravnih ugovora "Singh ovu razliku objašnjava tezom da bi dopuštanjem iste slobode strankama upravnog ugovora kao i kod ugovora privatnog prava spontao moglo doći do komercijalizacije javnih djelatnosti. Pojedina ograničenja upravnih ugovora su nužnost da bi se spriječilo njihovo pretvaranje u obični sporazum zaključen radi ostvarivanja recipročnih koristi ugovornih strana".¹³ Stoga se za upravne ugovore kaže da predstavljaju posebnu vrstu upravnih akata, koja svoje najranije korijene vuče iz podjele na privatno i javno pravo, te da je među najbitnijim značajkama ove vrste ugovornih odnosa kojima se zasniva upravni odnos¹⁴, upravo javni interes, odnosno zadovoljavanje javnog interesa. S tim u vezi, kao najkomatibilnija definicija upravnog ugovora, koja odgovara njegovoj

¹¹ *Ibid.*

¹² B. Ljubanović, Upravni ugovori i upravno sudovanje, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 47 No. 1, Split 2010, 39.

¹³ M. Kamarić/ I. Festić, 203.

¹⁴ Definicija upravniopravnog odnosa usko je povezana sa posebnim ovlaštenjima koja javnopravno tijelo crpi iz zakonskih normi. U takvom odnosu se najčešće radi o nadređenosti javnopravnog tijela naspram druge ugovorne strane. Praktično se može reći da se u javnopravnom odnosu prilikom izvršenja upravnog ugovora, javnopravno tijelo nalazi u subordiniranom položaju odnosno nadređenom položaju naspram druge strane, dok se za privatnopravne odnose obično veže koordiniranost ugovornih strana, odnosno jednakost ugovornih strana. U javnopravnom odnosu država ili drugo javnopravno lice jeste potentior, nosilac imperiuma, subjekt koji ima vlast da naredi i da prinudi, subjekt koji može drugoj strani da nametne svoju volju, i da je prinudno sprovede, i zato je subjekt veće vrijednosti. Navedeno u: V.V. Vodinić, *Javno i privatno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2016, 113-114.

svrsi, jeste da se upravni ugovor “shvata kao dvostrani pravni odnos u čijem stvaranju učestvuje javna administracija i privatni subjekti pri čemu za obje strane proizilaze prava i obaveze usmjerene ka ostvarivanju javnog interesa i postizanju ekonomskog efekta, s tim što je javni interes od dominantnog značaja”.¹⁵ Dakle, jasno je da u ugovorima privatnog prava ugovorne strane traže samo vlastiti interes, kao što se može vidjeti iz prethodnog izlaganja, kod upravnih ugovora javnopravno tijelo nema nikakav vlastiti interes. Javnopravno tijelo kao nosilac vlasti ili određene službe, obavezno je da sprovede upravni ugovor zarad javnog/općeg interesa. Javnopravno tijelo nema šta dobiti ili izgubiti ukoliko zaključi ili ne zaključi ugovor, jer se njegov predmet odnosi na širu društvenu korist, a ne korist ugovornog organa. Ako ne zaključi sa jednim potencijalnim ugovaračem, zaključit će sa drugim. Obično je u interesu druge ugovorne strane (privatno lice) da zaključi ugovor jer će izvršavanjem usluga, radova ili nabavkom određenih roba ostvariti dobit zarad izvršenja ugovora.¹⁶ S tim u vezi, jedno od najčešće postavljanih pitanja u pogledu upravnih ugovora jeste zašto se upravni ugovor mora posmatrati drugačije od ostalih ugovora građanskog prava. U tom kontekstu “sve razlike nastaju iz osnovnog objekta upravnog ugovora. Uprava je čuvar interesa javnosti i u svaki ugovor stupa u ime javnosti/općeg interesa, u kojem se vrše određene usluge, radovi ili nabavke roba u interesu javnosti.”¹⁷ Teoriju o upravnim ugovorima, najpotpunije je razvio „Gaston Jeze, koji ističe da postoje dva osnovna tipa upravnih ugovora i to:

- ugovori kojima se država snabdijeva pokretnim stvarima, tzv. *Marche de fourniture*, i
- ugovori kojima se investira u javne objekte tzv. *Marche de travaux public*“.¹⁸

S obzirom da je francuska kolijevka upravnih ugovora, te da je zapravo upravni ugovor najpotpunije razvijen u francuskoj, u sljedećem izlaganju će se napraviti kratak osvrt na ugovore o javnim nabavkama kao upravne ugovore u Francuskoj.

2.1. Ugovor o javnim nabavkama u pravu Francuske

Za pravni režim javne nabavke u Francuskoj, “karakteristično je da primaran uticaj imaju pravila koja je razvila judikatura tj. upravnosudska praksa (tzv. *contract par détermination de la jurisprudence*), u prvom redu

¹⁵ M. Stojanović, Upravni ugovori, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu*, br. 57, Niš, 2011, 301.

¹⁶ Vidjeti detaljnije u: A. W. Mewett, *The Theory of Government Contracts*, *McGILL Law Journal*, 223-224.

¹⁷ A.W. Mewett, 224.

¹⁸ I. Maletić, Upravni ugovori – stanja i perspektive, *Časopis za pravnu teoriju i praksu – Pravo i vreme*, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2009, 348.

Državnog savjeta (*Conseil d'Etat*), upravnih sudova (*Tribunaux Administratifs, Cours Administratives d'Appel*), ali i Tribunal des Conflicts koji rješava sukobe nadležnosti između sudova opće nadležnosti i upravnih sudova. S druge strane, pojedine vrste upravnih ugovora uređene su zakonskim putem. Naime, materijalni i formalni elementi ugovora određeni (determinirani) su zakonskom normom (tzv. *contrat par détermination de la loi*). Temeljem ovakvog pravnog režima dolazimo do pojma upravnog ugovora par nature, tj. ugovora koji je upravni zato što ispunjava kriterije (*les criteres du contrat administratif*) koje je postavila upravnosudska praksa (*La solution jurisprudentielle*) neovisno o tome što ga niti jedan zakon nije proglasio upravnim. Bitno je istaknuti da se prema tim kriterijima odlučuje o tome koji će sud odlučivati o sporu iz ugovora – upravni sud ili sud opće nadležnosti¹⁹. Na tragu rješavanja sporova nadležnosti između sudova, upravnosudska praksa je razvila tri nabitnija elementa koja jedan ugovor karakteriše kao upravni ugovor, a to su kriterij stranke, kriteriji cilja i kriterij posebnih ovlaštenja. Jedno od glavnih obilježja upravnih ugovora u Francuskoj je da jedna od strana ugovornica mora da bude organ javnopravne vlasti. Drugi kriterij ogleda se u tome šta je osnovna svrha i cilj, a to je obavljanje javne službe za potrebe javnog interesa. Treći kriterij koji se veže za posebna ovlaštenja, ogleda se u tome da organ javnopravne vlasti može npr. d jednostrano mijenja ugovornu odredbu u interesu šireg društvenog interesa, pod uslovom da se ne narušava finansijska ravnoteža.²⁰ „Iznesenom treba dodati da Državni savjet (*Conseil d'Etat*) definira *clause exorbitante* kao klauzulu kojoj je cilj da strankama da prava i nametne obveze koje su takve prirode da ne mogu biti ugovorene niti prihvaćene od bilo koga u okviru građanskog i trgovačkog prava.²¹ U većini slučajeva francuski zakonodavac nije izričito propisao da se određeni ugovori smatraju upravnim ugovorima, ali je poznato da se na temelju naprijed pomenutih principa svi ugovori koji ispunjavaju date principe smatraju upravnim ugovorima. Pojedini zakoni izričito definišu da se ugovori koji se zaključuju na temelju datog zakona smatraju upravnim ugovorima. Primjer toga je upravo javna nabavka gdje Zakon o javnim nabavkama precizira predmetne ugovore kao upravne ugovore jer ispunjavaju kriterije koji su uspostavljeni.²² Na taj način se olakšava unaprijed procedura odlučivanja u sporovima koji proizilaze iz predmetnih ugovora, posebno nadležnost sudova. ”Zakon MURCEF-a od 11. decembra 2001. kvalifikuje sve ugovore dodijeljene Kodeksom javnih nabavki

¹⁹ Ljubanović, str. 43.

²⁰ Vidjeti detaljnije u: Ibidem, str 44.

²¹ Ibidem

²² Les Critères Du Contrat Administratif, dostupno na: <http://www.cours-de-droit.net/les-criteres-du-contrat-administratif-a126670384>

kao upravne ugovore.”²³ Ono što je posebno karakteristično za ugovore o javnim nabavkama u francuskom pravu jeste da je to pravo dobro razrađeno, jer postoje podaci o javnim nabavkama koji datiraju još iz 1806. godine,²⁴ gdje su se javne nabavke propisivale dekretom, s obzirom da se radi o potrošnji javnog novca, kojem imaju pravo pristupa svi oni koji ispunjavaju kriterije propisane dekretom. S tim u vezi profesor Boris Ljubanović ističe da je u skladu sa sudskom praksom Državnog vijeća još davne 1806. godine bilo utvrđeno da se, zbog posebnosti materije koja se odnosi na ugovor o javnoj nabavci, izričito propisuje nadležnost upravnih sudova u pogledu rješavanja sporova nastalih u vezi sa javnim nabavkama.²⁵

Zbog činjenice da je među najvažnijim svrhama javnih nabavki, odnosno zaključivanja ugovora o javnim nabavkama, uspostavljanje adekvatnog funkcionisanja ugovornih organa, kroz izvršavanje javnih službi, francuski je zakonodavac previdio mogućnost rješavanja sporova mirnim putem kako bi se ubrzao proces oko usaglašavanja eventualno neusaglašenih ili spornih elementa u postupku javne nabavke. U tom kontekstu strankama stoji na raspoloženju Savjetodavni odbor, sa zadatkom da traži elemente zakona ili činjenica u cilju pronalaska prijateljskog i pravičnog rješenja. S tim u vezi poseban značaj ima Poslovni posrednik (*Le médiateur des entreprises*) u eventualnom neslaganju, koji ima ulogu kao treća strana, bez donošenja odluke, da stranama ugovora pomogne da se na najbolji način usaglase oko spornih elemenata.²⁶ Prilikom izbora najpovoljnijeg ponuđača u konkretnom postupku, ugovorni organ je obavezan da pribavi mišljenje/preporuku komisije za javne nabavke u skladu sa članom 91. Zakona o javnim nabavkama.²⁷ Zbog svoje svrhe i važnosti u pravnom prometu, ugovori o javnim nabavkama u pravu Francuske se mogu potpisati i elektronskim putem što značajno doprinosi ubrzanju realizacije poslova koji su predmet datog

²³ Ibidem

²⁴ Vidjeti detaljnije u: Jurisprudence du Conseil d'état, depuis 1806: dostupno na: https://books.google.ba/books?id=83ZCAAAAcAAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.

²⁵ Takon npr. dekret iz 1806. godine određuje da sporovi iz ugovora o javnim nabavkama spadaju pod jurisdikciju upravnih sudova (B. Ljubanović, Upravni ugovori i upravno sudovanje, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2010, 47., fus nota 24), dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/file/77263>

²⁶ Vidjeti detaljnije u: Član 142. Code des marches publics” 2016 (Decree 2016-360) applicable from 01/04/16.

²⁷ Član 91. Zakona o javnim nabavkama Francuske Republike je izmjenjen dekretom br. 2017-516 od 10. aprila 2017. i od tada se obavezno primjenjuje (član 91. stav (2) tačka 1) alineja 5): Le marché public est attribué au vu de l'avis du jury- Modifié par Décret n° 2017-516 du 10 avril 2017). Dostupno na: <http://www.marche-public.fr/CMP-2016/CMP-2016-Plan-decret.htm>

ugovora.²⁸

Jedna od posebnih specifičnosti javnih nabavki u Francuskoj, odnosi se na eventualne izmjene ugovora, gdje je ugovorni organ obavezan da objavi javno sve naknadne izmjene koje će biti u ugovoru i to najmanje dva mjeseca prije izmjena, te je obavezan da naznači razloge zašto će doći do izmjene ugovora, koje su prednosti za javni interes, koliko će to finansijski uticati na budžetske aspekte i slično.²⁹ Svaki ugovorni organ, nakon provedenog postupka javne nabavke, prema odredbama člana 108. Zakona o javnim nabavkama Francuske, obavezan je da čuva svu dokumentaciju minimalno pet godina, koja se odnosi na ugovore o javnim nabavkama roba ili usluga i deset godina za ugovore o javnim radovima, upravljanje projektom ili tehnički pregled, i to računajući od datuma okončanja, odnosno izvršenja ugovora. U slučaju da se zbog nepredviđenih okolnosti mora mijenjati vrijednost ugovora o javnoj nabavci, ugovorni organ može da ugovor promijeni maksimalno do 50% vrijednosti od početnog stanja, pri tome vodeći računa da ovaj procenat ne smije preći bez obzira da li se vrijednost mijenja na više manjih procenata ili se od jednom izvrši promjena. Svaku promjenu ugovora o javnoj nabavci koju ugovorni organ iz opravdanih razloga nije mogao predvidjeti, obavezan je da, obavještenje o promjeni i razlozima koji su do toga doveli, objavi u Službenom listu EU, kako bi se javnost upoznala o datim promjenama, imajući u vidu da se radi o potrošnji javnog novca.³⁰ Francuski zakonodavac je zbog osjetljivosti javnih nabavki, posebnom Uredbom o javnim nabavkama (*Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics*) koja čini sastavni dio Zakona o javnim nabavkama, definisao svrhu i značaj javnih nabavki, te je istom uredbom naglašeno da je ugovor o javnoj nabavci upravni ugovor, koji je naravno definisan kao takav jer podliježe principima koje je uredila upravnosudska praksa Francuske.³¹

3. Postupak zaključivanja ugovora o javnim nabavkama

Postupak koji prethodi zaključivanju ugovora o javnoj nabavci se može okarakterisati kao poseban upravni postupak, s tim da zakonodavac u ZJN nije to izričito precizirao, nego je istakao da se samo primjenjuje ZUP³² u žalbenom

²⁸ Article 102. Le marché public peut être signé électroniquement, selon les modalités fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

²⁹ Vidjeti detaljnije član 107. Zakona o javnim nabavkama Francuske

³⁰ Vidjeti detaljnije Član 140. Zakona o javnim nabavkama Francuske.

³¹ Article 3. Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, NOR: EINM1506103R, Version consolidée au 03 décembre 2018.: Public contracts covered by this Ordinance awarded by legal persons governed by public law are administrative contracts (engl). dostupno na: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030920376>

³² Zakon o upravnom postupku ("Službeni glasnik BiH", broj 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13

postupku i to u nedostatku pravnih normi u ZJN. Naime, da bi se uopće došlo u fazu da se zaključi ugovor o javnoj nabavci, neophodno je da se ispune određeni uslovi koji su definisani ZJN, i to:

- da ugovorni organ sačini plan nabavki,³³
- da donese odluku o pokretanju postupka javne nabavke,
- ukoliko se radi o istovrsnoj nabavci za vrijednosti veće od 6.000,00 KM na godišnjem nivo, da je objavljen poziv (tender) za podnošenje ponuda,
- da se izvrši izbor najpovoljnijeg ponuđača, donošenjem odluke o izboru,
- da odluka o izboru postane konačna.

3.1. Plan nabavki

Jedan od primarnih uslova za pokretanje postupka javnih nabavki i eventualno nastanak ugovora o javnoj nabavci jeste da postoji plan nabavki.³⁴ Javnopravna tijela su obavezna da svake godine usvajaju plan nabavki, a u skladu sa zakonom, obavezni su da objave na svojoj zvaničnoj web stranici. Dakle, “plan nabavki je akt u kojem se detaljno planira potrošnja sredstava putem provođenja jednog od postupaka javne nabavke, koji je propisan Zakonom”.³⁵ U planu nabavki, a u skladu sa finansijskim mogućnostima, odnosno nakon što ugovorni organ definiše budžet za tekuću godinu, ugovorni organi planiraju koje će to radove obavljati u toku godine, koju vrstu i u kojim količinama će nabavljati robu, te koje vrste i za koje potrebe će se nabavljati usluge.³⁶ Dakle, iako ZJN nije izričito definisao sadržaj, svaki Plan javnih nabavki bi trebao da sadrži: ”vrstu i popis nabavke (predmet nabavke), procijenjenu vrijednost, budžetska pozicija, kontni okvir, šifru iz JRN, naziv budžetskog korisnika (izvor finansiranja), vrstu postupka i period izvršenja (realizaciju nabavke).³⁷

i 53/16).

³³ Član 17. stav (1) ZJN BiH.

³⁴ Koliko je važan dobro pripremljen plan nabavki, govori i činjenica da se npr. u Holandiji preporučuje angažman stručnih timova za veće ugovorne organe, kako bi se uspostavila održiva nabavka u toku godine., vidjeti detaljnije u: F. Decarolis/M. Frey, [*Public Procurement's Place in the World, The Charge towards Sustainability and Innovation*](#), Palgrave Macmillan UK, New York 2014, 38 – 59.

³⁵ H. Buza/S. Tešanović/S. Petričević, *Javne nabavke-legislativa i praksa*, Fakultet za upravu u Sarajevu pridružena članica Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2015, 87.

³⁶ Osnovna strategija svakog ugovornog organa prilikom pripreme plana nabavki, treba da se zasniva na kvalitetnom istraživanju tržišta, u skladu sa procijenjenim vrijednostima ugovornog organa, detaljnije u: L H. Baldwin, *Air Force Service Procurement: Approaches for Measurement and Management*, RAND Corporation, USA 2005, xii – xv.

³⁷ *Ibid.*,90.

3.2. Odluka o pokretanju postupka

Nakon usvojenog plana nabavki, a u skladu sa svojim potrebama, ugovorni organ pokreće postupak javnih nabavki donošenjem Odluke o pokretanju postupka. U predmetnoj odluci, ugovorni organ treba da navede o kojoj javnoj nabavci se radi (robe, usluge i radovi), opis prema jedinstvenom rječniku, te CPV kod, kolika je procijenjena vrijednost javne nabavke, te na koji će se način po okončanju postupka realizovati predmetna nabavka.

Ako uporedimo postupak donošenja odluke o pokretanju javne nabavke sa postupkom donošenja rješenja u upravnom postupku, da se zaključiti da je postupak donošenja odluke o pokretanju postupka javne nabavke sličan sa donošenjem rješenja po službenoj dužnosti na bazi činjenica sa kojima organ uprave raspolaže, sa izuzetkom što kod odluke o pokretanju nema pravnog lijeka. “Pokretanje postupka po službenoj dužnosti je predvidio zakonodavac u onom slučaju kakav zakon ili drugi propis predviđa. Kada predviđeni slučaj postoji, nadležni organ nije ovlašten da cijeni da li javni interes zahtijeva pokretanje upravnog postupka, ili ne, i da se prema tome odluči, već je dužan da postupak pokrene.”³⁸ S tim uvezi, treba naglasiti da je ugovorni organ obavezan da pokrene postupak nabavke kada mu to zakon nalaže, na primjer nabavka usluga prijevoza učenika. Dakle, ugovorni organ (škola) je obavezan prije početka školske godine da pokrene i okonča postupak javne nabavke usluga prijevoza učenika, posebno imajući u vidu da je to od javnog interesa. Važno je istaknuti da je jedan od razloga zbog čega se pokreće upravni postupak po službenoj dužnosti upravo “javni interes, ali takav koji može biti ugrožen ako se ne pokrene upravni postupak”.³⁹

3.3. Objavljivanje javnog poziva (tender)

Po donošenju odluke o pokretanju postupka javne nabavke, ugovorni organ je, u slučaju da je vrijednost nabavke veća od 6.000,00 KM na godišnjem nivou, obavezan objaviti javni poziv za dostavljanje ponuda (tender), kako bi se obezbijedila transparentnost i konkurentnost u postupku nabavke. U tom kontekstu, ugovorni organ priprema tendersku dokumentaciju, u kojoj navodi sve pojedinosti koje se odnose na nabavku roba, usluga ili radova, pri tome vodeći računa da, prilikom sastavljanja specifikacije za nabavku ne preferira jednog ponuđača.⁴⁰ S tim u vezi, ugovorni organ je obavezan da objavi obavještenje

³⁸ B. Majstorvić, *Komentar zakona o opštem upravnom postupku*, Službeni list, Beograd, 1966, 190.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Član 53. stav (1) ZJN BiH: Ugovorni organ dužan je pripremiti tendersku dokumentaciju u skladu s odredbama ovog zakona i podzakonskim aktima. U tenderskoj dokumentaciji ugovorni organ daje potpune informacije o uslovima ugovora i postupku dodjele ugovora, a koji su

o nabavci. “Ugovorni organ objavljuje obavještenje o nabavci za otvoreni postupak, ograničeni postupak, pregovarački postupak s objavom obavještenja, konkurs za izradu idejnog rješenja, takmičarski dijalog i konkurentski zahtjev za dostavu ponuda. Obavještenje o nabavci svim zainteresiranim privrednim subjektima treba pružiti dovoljno informacija koje će im omogućiti da ocijene da li imaju interes da učestvuju u postupku javne nabavke i dostave zahtjev za učešće, odnosno ponudu. Obavještenje o nabavci sadrži kratke informacije, u skladu sa bitnim elementima iz tenderske dokumentacije.”⁴¹

3.4. Ocjena i izbor najprihvatljivije ponude

Ugovorni organ u tenderskoj dokumentaciji, izričito precizira koje uslove mora da ispunjavaju dolazni ponuđač kojem će se eventualno dodijeliti ugovor, pri tome držeći se procedura koje su propisane ZJN. Nakon isteka roka, koji ugovorni organ ostavi za dostavu ponuda, vrši ocjenu pristiglih ponuda, pri čemu je obavezan da ima jednak tretman prema svim ponuđačima. Dakle, “ugovorni organ provjerava i ocjenjuje da li je kandidat/ponuđač pouzdan i sposoban da izvrši ugovor, u skladu sa uslovima utvrđenim u tenderskoj dokumentaciji”.⁴² Po izvršenoj ocjeni, ugovorni organ obavještava ponuđače čije ponude nisu ispunile kriterije iz tenderske dokumentacije, kao i one čije su ponude prihvatljive, te vrši izbor najpovoljnijeg ponuđača kojem će se dodijeliti ugovor za nabavku roba, usluga ili radova.

3.5. Odluka o izboru najpovoljnijeg ponuđača

Nakon provedene procedure kako je to propisano ZJN, ugovorni organ donosi odluku o izboru najpovoljnijeg ponuđača, odnosno ponuđača kojem se dodjeljuje ugovor. Dakle, “u postupku javne nabavke, izvršenje odluke o odabiru je posljednja faza, odnosno postupak javne nabavke završava izvršnošću odluke o odabiru, nakon čega slijedi sklapanje ugovora o javnoj nabavci”.⁴³ Odluka o izboru dostavlja se svim ponuđačima čije su ponude bile uredne i koji nisu odustali od postupka. Nezadovoljni ponuđači imaju pravo podnijeti žalbu URŽ-u u skladu sa članom 101. ZJN putem ugovornog organa. U postupku po žalbi, ugovorni organ može uvažiti navode žalbe i poništiti odluku o izboru te donijeti novu odluku. Ukoliko ugovorni organ ne uvaži žalbene navode, žalbu

kandidatima/ponuđačima dovoljni za pripremu zahtjeva za učešće, odnosno ponuda na stvarno konkurentskoj osnovi.

⁴¹ Član 35. stav (1), (2) i (3) ZJN BiH.

⁴² Član 44. stav (1) ZJN BiH.

⁴³ A. Drmić, Pravna priroda ugovora o javnoj nabavi, *Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave*, Vol. 14 No. 2, Zagreb, 2014, 495.

sa izjašnjenjem prosljeđuje URŽ-u kao drugostepenom organu. Nakon što URŽ kao drugostepeni organ odluči po žalbi, odluka o izboru postaje konačna. Po konačnosti odluke, ugovorni organ zaključuje ugovor sa izabranim ponuđačem, s tim da ugovor koji se zaključuje mora da bude u skladu sa dispozitivom konačne odluke i ne smiju da se razlikuju podaci iz dispozitiva odluke i podaci iz ugovora. Ono što se čini posebno važnim istaknuti, jeste da je postupak sa žalbom prema ZJN identičan postupku prema ZUP-u.

3.6. Ugovorne strane

Ugovorne strane kod ugovora o javnoj nabavci su jedno od obilježja koje ovu vrstu ugovora čini drugačijim od ugovora građanskog prava. Naime, kod ugovora o javnim nabavkama uvijek je poznata jedna od ugovornih strana, dok to kod ugovora građanskopravne naravi nije slučaj. Dakle, kod ugovora o javnoj nabavci “jedna strana je uvijek javnopravna osoba, država, jedinice regionalne ili lokalne samouprave i njihova tijela, ali isto tako i pravne osobe koje se u cijelosti ili u određenom značajnijem dijelu finansiraju iz državnog budžeta ili drugog javnog budžeta (javne ustanove, javna preduzeća i dr.)”.^{44,45} Ovdje treba naglastiti, da je za nastanak ugovora o javnoj nabavci kao vrste upravnog ugovora, nužan uslov, postojanje jedne strane, a to je javnopravno tijelo.⁴⁶ ZJN sličan način definiše da je jedna od ugovornih strana institucija vlasti na državnom nivou, na nivou entiteta, Brčko distrikta, na nivou kantona, lokalne samouprave kao i pravna lica (javne ustanove, javna preduzeća i sl.) koje je osnovala neka od navedenih institucija.⁴⁷ Važno je istaknuti da ugovorni organ, odnosno država ili drugo tijelo javne vlasti, kao jedna od strana ugovora o javnoj nabavci, djeluje kao subjekat javne vlasti. U tom kontekstu, za razliku od ugovora građanskopravne naravi gdje su ugovorne strane u jednakom položaju, kod ugovora o javnoj nabavci ugovorni

⁴⁴ D. Aviani, Posebnosti upravnih ugovora i njihove sudske kontrole u Hrvatskom pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 50 No. 2, Split, 2013, 352.

⁴⁵ Prema članu 10. stav (1) tačka 1. Uredbe o javnim nabavkama u Francuskoj br. 2015-899 od 23. jula 2015. naručioci/ugovorni organi su pravna lica javnog prava. Vidjeti detaljnije Član 10 i 11. navedene Uredbe.

⁴⁶ Prema teoriji nužnog subjekta za postojanje javnopravnog odnosa nužno je postojanje javnopravnog tijela, odnosno javnopravni odnos se može zasnovati samo onda ako je jedna od strana na koji se odnosi javnopravno tijelo, u suprotnom radilo bi se o klasičnom privatnopravnom odnosu između subjekata privatnog prava. U pravnom poretku postoje pozitivnopravni propisi koji se isključivo odnose na javnopravna tijela, i isti su obavezni primjenjivati javnopravni subjekti, a u slučaju ne pridržavanja ovih akata, propisana je sankcija. Norma je javnopravna, ako može da ovlasti ili obaveže jedino, samo nosioca javne vlasti; kako je javnopravna ona norma koja može dati prava i obaveze jedino nosiocu javne vlasti, javno pravo je posebno pravo. Vidjeti detaljnije u: V. Vodinelić, 115.

⁴⁷ Član 4. stav (1) ZJN BiH

organ je u povoljnijem položaju od eventualnog ponuđača kao druge ugovorne strane, jer ugovorni organ sklapanjem ugovora stiče šire ovlasti, koje nastaju kao rezultat javnog interesa o kojem je obavezan da vodi računa ugovorni organ i upravo zbog te činjenice ugovorni organ prema drugoj ugovornoj strani nastupa sa nadređenog položaja. S tim u vezi, kao što je već navedeno, treba istaći da je volja ugovornog organa u postupku zaključivanja ugovora o javnim nabavkama ograničena posebnim propisom, za razliku od ugovora građanskopravne naravi, gdje je volja ugovornih strana jednaka.

Dakle, iz zakonske regulacije člana 4. ZJN jasno i nedvosmisleno proizilazi da jedna od ugovornih strana uvijek treba da bude pravna osoba sa državnim statusom, dok to nije slučaj kod ugovora građanskopravne prirode. S tim u vezi, prema članu 2. Zakona o obligacionim odnosima, “strane u obligacionim odnosima mogu biti fizička i pravna lica”⁴⁸ dok je kod javnih nabavki fizička osoba definisana na drugačiji način. Kada su u pitanju ugovorne strane kod ugovora o javnim nabavkama, nesumnjivo je da je zakonska regulacija ZJN skoro identična francuskom zakonodavstvu, gdje je zakonodavac definisao da je za nastanak upravnih ugovora, neophodno da jedna od ugovornih strana mora da bude javnopravna osoba. Naime, “u Francuskom pravu jedna stranka upravnog ugovora uvijek je osoba javnog prava (franc. *une personne publique*). Francuska pravna teorija ovaj element ocjenjuje kao važan element upravnog ugovora”⁴⁹. Hrvatsko zakonodavstvo je kroz Zakon o općem upravnom postupku, preuzelo istu formulaciju za sve javne ugovore. Prema članu 150. stav (1) Zakona o općem upravnom postupku⁵⁰ ugovorne strane uvijek su određene sa jedne strane, to su javnopravna tijela, dok sa druge strane se ne zna ko će biti ugovorna strana, dok se ne provede zakonom propisana procedura, za izbor druge ugovorne strane. Shodno navedenom, iako to ZJN-om nije izričito propisano, ugovor o javnim nabavkama u pogledu ugovornih strana evidentno je da ispunjava elemente upravnog ugovora, prema kriterijumu koji postavlja francusko zakonodavstvo, pa se na temelju navedenog može okarakterisati kao upravni ugovor.

3.7. Forma ugovora o javnim nabavkama

Ugovor o javnim nabavkama je strogo formalni ugovor, čija obaveza proizilazi iz njegove prirode, s obzirom da se radi o dvostranom ugovoru, gdje i jedna i druga strana imaju prava i obaveze. Obaveznost pisane forme ugovora o javnim nabavkama proističe iz zakonske norme, gdje zakonodavac precizira

⁴⁸ Član 2. Zakona o obligacionim odnosima („*Službeni list RBiH*“ broj: 2/92, 13/93 i 13/94)

⁴⁹ M. Kamarić/I. Festić, 207.

⁵⁰ *Zakon o općem upravnom postupku Republike Hrvatske* („*Narodne novine*“ broj: 47/09)

da je ugovor o javnoj nabavci ugovor koji se zaključuje u pisanoj formi.⁵¹ Forma ugovora o javnim nabavkama je još jedna od karakteristika upravnih ugovora gdje se propisuje da je za nastanak upravnog ugovora neophodno da se zaključi u pisanoj formi. Tako je u Zakonu o općem upravnom postupku Republike Hrvatske propisano da se upravni ugovor zaključuje u pisanoj formi.⁵² Jedini izuzetak prema ZJN gdje se izričito ne zaključuje ugovor u pisanoj formi, jesu situacije gdje se radi o nabavkama manjih vrijednosti. “U usmenom obliku se zaključuje ako je ugovor od malog značaja, tj. ako je ugovor ispod propisane vrijednosti (francusko pravo) ili ako nije propisan drugi oblik zakonom (njemačko pravo).”⁵³ U praksi ugovornih organa u Bosni i Hercegovini ugovori za koje se izričito ne traži forma su nabavke za iznos do 1.000,00 KM. Stoga se može konstatovati da ugovor o javnoj nabavci kao i upravni ugovor imaju zajednički element, koji se ogleda u obaveznosti forme, kao bitnom elementu za nastanak ugovora.

3.8. Pravno dejstvo ugovora o javnim nabavkama

Ugovor o javnim nabavkama, prema sadašnjem zakonskom rješenju, djeluje među strankama ugovornicama, što je sa jednog aspekta i opravdano. Dakle, opravdano je u dijelu koji se odnosi na ispunjavanje obaveza i jedne i druge ugovorne strane. Međutim, ukoliko se uzme u obzir da ugovor o javnim nabavkama mora da bude u skladu sa dispozitivom odluke o izboru ponuđača, onda nastaje dilema. Naime, ugovor o javnim nabavkama zaključuje se po konačnosti upravnog akta, odnosno odluke o izboru, a protiv odluke o izboru treća strana može da podnese tužbu Sudu Bosne i Hercegovine u skladu sa Zakonom o upravnim sporovima BiH (ZUS) i odredbama ZJN. Dakle, osporavanjem upravnog akta istodobno treća strana osporava i zakonitost i dopuštenost zaključenog ugovora o javnim nabavkama, koji naravno, mora biti u skladu sa dispozitivom odluke o izboru. Stoga, veoma neprecizno je određeno da ugovor o javnoj nabavci djeluje samo među ugovornim stranama, a ne i prema trećim osobama koje imaju pravni interes. Posebno je uočljiv nedostatak zakonodavca u dijelu koji se odnosi na sadržaj ugovora, jer nije vidljiv trećim stranama koje su učestvovala u postupku, s obzirom da veći dio ugovornih odredbi mora biti u skladu sa dispozitivom odluke o izboru. Dakle, zakonodavac bi izričito trebao precizirati da ugovor treba da bude vidljiv strankama/učesnicama u postupku jer je to zahtjev načela transparentnosti, te da pored mogućnosti osporavanja odluke o izboru, a u slučaju neusklađenosti ugovora i odluke o izboru, da imaju mogućnost osporavanja ugovora tužbom. Pored navedenog, ukoliko se uzme u obzir da sud

⁵¹ Član 2. stav (1) ZJN BiH:

⁵² Član 150. stav (4) ZUP Republike Hrvatske: Upravni ugovor sklapa se u pisanoj obliku.

⁵³ M. Kamarić/I. Festić, 209.

ocjenjuje zakonitost konačnog upravnog akta,⁵⁴ u predmetnom slučaju odluku o izboru, to automatski znači da ispituje i zakonitost ugovora koji je nastao na bazi odluke o izboru. Dakle, ukoliko Sud BiH utvrdi da je odluka o izboru na nezakonit način donesena, onda je u pravilu i ugovor nezakonit, jer se temeljio na odluci o izboru. Ovdje je važno naglasiti da Odluka o izboru najpovoljnijeg ponuđača ima imperativni karakter prema ugovoru koji se na temelju date odluke zaključuje. Shodno naprijed navedenom, evidentna je činjenica da ugovor o javnim nabavkama, iako to zakonodavac nije izričito precizirao, ima dejstvo pored stranaka potpisnica ugovora i prema trećim osobama koje imaju pravni interes, a posebno imajući u vidu da se ugovori o javnim nabavkama zaključuju radi izvršavanja radova, usluga ili nabavke roba s ciljem zadovoljavanja javnog interesa. S tim u vezi može se konstatovati, da se ugovor o javnim nabavkama razlikuje od građanskopravnog ugovora i u kontekstu dejstva ugovora, jer građanskopravni ugovor, osim u rijetkim slučajevima, djeluje *inter partes*, dok ugovor o javnim nabavkama djeluje *erga omnes*. Shodno navedenom jasno je, da u pogledu dejstva ugovor o javnim nabavkama kao i upravni ugovor, ima drugačije dejstvo od ugovora privatnopravne naravi, što je još jedna zajednička karakteristika i obilježje upravnih ugovora i ugovora o javnim nabavkama.

4. Pravna priroda ugovora o javnim nabavkama

Ugovor o javnim nabavkama ili kako se još definiše javni/upravni ugovor kao pravni institut upravnog prava kojeg država zaključuje sa drugim pravnim licima, obično privatnopravnog karaktera, čijim sklapanjem se uspostavlja upravnopravni odnos, odnosi se na javne službe zbog njegovog posebnog karaktera. U pogledu određenosti, može se reći da se radi o najneodređenijem elementu u postupku javne nabavke.⁵⁵ U njemu se nalaze primjese upravnog prava (upravnog ugovora) i građanskog prava (građanskog ugovora) s tim da je dosta dominantnija uloga upravnog prava. Zbog toga se razlikuje sa jedne strane od građanskopravnih ugovora, a sa druge strane od pojedinačnih upravnih akata, iako po svojoj prirodi često ima sličnosti sa tipskim ugovorom. Na skoro isti način se definiše i priroda ugovora o javnim nabavkama kao javnog ugovora u EU. “Ono što određuje prirodu javnog ugovora u EU nije pravni režim koji uređuje njegove odredbe i uslove i odnose između stranaka. Ključna karakteristika javnog ugovora za svrhu Direktive o javnom sektoru je sastav

⁵⁴ Član 1. Zakona o upravnim sporovima BiH („Službeni glasnik BiH“ broj: 19/02, 88/07, 83/08 i 74/10): Radi ostvarivanja sudske zaštite prava građana, preduzeća, društava, ustanova i drugih pravnih lica u Bosni i Hercegovini, ovim zakonom utvrđuju se pravila upravnog spora u kojem se odlučuje o zakonitosti pojedinačnih i općih konačnih upravnih akata donesenih na osnovu zakona pri vršenju javnih funkcija institucija Bosne i Hercegovine kojim se rješava o pravima i obavezama građana i pravnih lica.

⁵⁵ Vidjeti detaljnije u: M. Turudić, *Pravo javne nabave*, Narodne novine, Zagreb, 2017, str. 8.

stranaka tog ugovora. Javni ugovori su ugovori o javnom interesu s jedne strane i finansijskom interesu s druge strane, zaključeni u pisanom obliku između jednog ili više ekonomskih operatera i jednog ili više ugovornih organa i kao predmet izvršenja imaju radove, nabavku proizvoda ili pružanje usluga.”⁵⁶ S obzirom da je evidentno da ugovor o javnoj nabavci nije klasičan građanskopravni ugovor, a imajući u vidu da Bosna i Hercegovina nije zakonski regulisala oblast upravnih ugovora, pravna priroda ugovora o javnoj nabavci izaziva veliku problematiku kako u teoriskim raspravama tako i u praktičnom smislu, naročito zbog činjenice da je predmet javne nabavke „upravna stvar“⁵⁷ s jedne strane, a sa druge strane zakonodavac je zanemario cjelokupni postupak koji dovodi do nastanka ugovora i zakonskim putem precizirao da se ugovor o javnoj nabavci zaključuje prema pravilima obligacionog prava. ”Francuska doktrina, koja se zasniva na čvrstom statutarnom zakonu, konsolidovanom u rezolucijama Državnog savjeta, predviđa da bi se sporazum kvalifikovao kao administrativni ugovor (upravni), on mora prvenstveno ispuniti dva uslova: postojanje prekomjernih termina u knjizi tendera i uključivanje jedne od stranaka u kategoriji upravnih vlasti.“⁵⁸ Dakle, shodno navedenom moglo bi se reći da ugovori o javnim nabavkama predstavljaju sporazumno formiranje upravno-pravnog odnosa. To prvenstveno znači da za razliku od upravnog akta kojeg nadležni organ jednostrano donosi, ugovor o javnim nabavkama da bi nastao, odnosno da bi se zaključio, treba postojati saglasnost volja ugovornih strana. U tom kontekstu može se reći da je ugovor o javnim nabavkama realizacija interesa ugovornih strana, ali interesa koji su različiti od interesa u ugovorima privatnopravne naravi. Naime, dok je kod privatnopravnih ugovora osnovni cilj zarada i prodaja, bez obzira o čemu da se radilo, kod ugovora o javnim nabavkama je na jednoj strani i to onoj na kojoj je privatnopravna osoba, pozitivan ekonomski efekata, ali na drugoj strani, odnosno strani na kojoj je javnopravno tijelo jeste javni interes. Dakle, javnopravno tijelo, kao što je naprijed navedeno, nema nikakvog privatnog interesa niti dobiti, osim da se ostvari vrijednost za novac i to vrijednost od šireg društvenog interesa. U tom kontekstu Francuska doktrina je uspostavila „niz karakteristika za upravne ugovore (među kojima je najzastupljenija javna nabavka), koje definišu njihovu pravnu prirodu, za razliku od drugih ugovora koji su definisani prema pravilima

⁵⁶ B. Christopher. *EU public procurement law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, 59 – 60, dostupno na: http://library1.org/_ads/129A5C8F0AAB96025094A9080B9EE4B9

⁵⁷ U jednoj od presuda, Apelaciono odjeljenje Suda BiH, svoje obrazloženje je započelo na sljedeći način: Prema stanju spisa **ove upravne stvari**, u ponovnom postupku koji je vođen nakon što je tužena usvojila žalbu ponuđača....., (Presuda vijeća Apelacionog odjeljenja Suda Bosne i Hercegovine, broj: S1 3 U 012509 14 Uvp 2 od 20.01.2015. godine), u: *Bilten sudske prakse Suda Bosne i Hercegovine broj 5/2015*, 123 – 125.

⁵⁸ L.T. Pascariu, The Distinction of The Administrative Contract From Other Types of Contracts, *The Annals of The “Ștefan cel Mare” University of Suceava*, Fascicle of The Faculty of Economics and Public Administration, Romania 2010, 408.

privatnog prava:

- pravna nejednakost strana, određena potrebom da se brani opći interes putem javne ovlasti i time nadilazi drugu ugovornu stranu;
- autoritet javne uprave ili kvaliteta punomoćnika, barem za jednu od strana;
- ograničenje slobode volje, za javnu vlast, zakonskim odredbama;
- vršenje javnog interesa od strane javne vlasti, čime se ostvaruje posebna namjena;
- opsežno tumačenje ugovora, što se tiče prevalencije javnog interesa uprave, koja se manifestuje kada ugovor raskine javnopravno tijelo i privatnoj strani se isplaćuje šteta;
- pravilno izvršenje ugovornih obaveza od strane privatne strane koja se može teretiti sa kaznom odlaganja;
- poštovanje načela finansijske ravnoteže i materijalne nemogućnosti izvršenja obaveza, zasnovana na dvije teorije zakonskog prava, “fait du prince” (prema kojoj princ = javna vlast, može pooštriti uslove ugovora svojim djelima i tako biti primorane da plate naknadu za prouzrokovane predrasude) i teoriju nepredvidivost (kada se primjenjuju uslovi koji mijenjaju početni bilans ugovora) izuzetnim ekonomskim događajem, za razliku od teorije nepredviđenih ograničenja koja ometaju izvršenje ugovora, ali je moglo biti predviđeno razumnim razmišljanjem);
- jednostrano otkazivanje ugovora kada javni interes to zahtijeva;
- jednostrana izmjena regulatornog dijela ugovora, tj. administracija;
- uključenost obje strane u pružanje iste javne usluge;
- prema načinu izrade ugovora, upravni ugovor se kvalifikuje kao svečani ugovor, sa određenim standardnim obrascem, od jednostavnih pisanih oblika do vrlo složene, kao u *slučaju javnih nabavki*⁵⁹.

S obzirom da su ugovori o javnim nabavkama najpotpunije razvijeni u francuskom pravu, pored naprijed navedenog, upravnosudska praksa Državnog savjeta i upravnih sudova (*franc. contracts administratifs per nature*)⁶⁰ je ustanovila još nekoliko bitnih kriterija, odnosno univerzalnih pravila, prema kojima se neki ugovor ima smatrati upravnim ugovorom, čime se indirektno zna ko je nadležan za rješavanje svih sporova kako u pogledu žalbenog postupka, tako i u pogledu rješavanja sporova nastalih povodom izvršenja ugovora. U tom kontekstu, Državni savjet je ustanovio prvenstveno tri veoma bitna elementa, koji predstavljaju obilježja upravnih ugovora a to su: „prvo, subjekt ugovora, drugo, cilj i svrha radi koje se zaključuje ugovor, i treće, posebna pravila koja

⁵⁹ *Ibid.*, 409

⁶⁰ M. Kamarić/I. Festić, 203.

vrijede pri zaključivanju i izvršavanju ugovora“.⁶¹

Kada je u pitanju prva karakteristika ili prvi element upravnog ugovora, a isto tako i ugovora o javnim nabavkama, a tiče se subjekata ugovora, ogleda se u tome da jedna strana ugovora mora da bude javnopravno tijelo koje je podvrgnuto obaveznoj primjeni normi javnog prava, a tu se prvenstveno misli na državna tijela, jedinice lokalne samouprave i druga pravna lica sa javnim ovlaštenjima u kojima država ili državni organ ima većinu upravljačkih prava i vrši kontrolu poslovanja i imenovanja. S tim u vezi kada je u pitanju subjekt ugovora, treba imati na umu dvije moguće situacije kod zaključivanja ugovora o javnim nabavkama i to:

- ugovor sklopljen između dva organa vlasti, i
- ugovori sklopljeni između pravnih osoba javnog prava i privatnopravnih osoba u cilju projektovanja, finansiranja, izgradnje, sanacije, modernizacije, rada, održavanja, razvoja i transfer roba ili javnih usluga.⁶²

Druga karakteristika koja se tiče cilja odnosno svrhe zaključivanja ugovora o javnim nabavkama ogleda se u tome da se obezbijedi potpuno i nesmetano funkcionisanje javne službe, pri čemu treba da se ostvari širi društveni interes. “Ističe se da postoje tri slučaja kada se smatra da je predmet ugovora obavljanje javne službe: a) izvršenje javne službe je povjereno ugovornoj strani (koncesionirana javna služba) (*L’execution meme du service public est confiee a l’un des contractants*), b) ugovor je jedan od modaliteta obavljanja javne službe, odnosno ugovorom o javnim nabavkama stiče se djelomično pravo obavljanja javne službe (*Le contrat constitue l’une des modalites de l’execution meme du service public*) i c) ugovorom se ugovara da javnu službu obavlja fizička ili pravna osoba u ime javne uprave (*Le contrat fait travailler une personne physique pour le compte d’un service public administratif*).”⁶³ S tim u vezi, „koristeći javnu imovinu, javnopravno tijelo može ugovorom povjeriti izgradnju određene građevine za javne potrebe (*npr. škole, bolnice, javne ceste, zgrade za potrebe sudstva ili vlade*), zatim pružanje javnih usluga, odnosno javne službe (*npr. usluge javnog gradskog prijevoza, snabdijevanje stanovništva električnom energijom, plinom, vodom, gospodarenje otpadom i dr.*), dodijeliti javno dobro na upravljanje privatnom subjektu, ugovoriti nabavku određene robe za potrebe funkcionisanja javnopravnog tijela, javne službe i sl.”⁶⁴ Treća karakteristika

⁶¹ D. Aviani, 352.

⁶² Vidjeti detaljnije u: M. B. Petrișor, Analysis of Public Procurement Contracts in the EU Member States and Their Implications, *Journal of Public Administration, Finance and Law*, 2013, 116.

⁶³ M. Šikić/F. Staničić, Pravna narav ugovora o koncesiji, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 48 No. 2, Split 2011, 425.

⁶⁴ D. Aviani/D. Đerda, Uniformno tumačenje i primjena prava te jedinstvenost sudske prakse u upravnom sudovanju, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 49 No. 2, Split 2012, 477.

ogleda se u tome da je zaključivanje i izvršavanje ugovora uređeno normama javnog prava. U tom smislu prvenstveno se misli prije svega na postupak koji prethodi zaključivanju ugovora, odnosno postupak odabira ponuđača – druge ugovorne strane, zatim pravna zaštita u tom postupku, pravna zaštita lica koja su učestvovala u postupku, te pravna zaštita, odnosno postupak zaštite izvršavanja ugovora. S tim u vezi jedno od popratnih obilježja ugovora o javnim nabavkama, odnosno obilježje koje je neizostavno kod ove vrste ugovora jeste njegova transparentnost. Naime, kod ugovora o javnim nabavkama, ugovorni organi troše javna sredstva, te shodno tome imaju obavezu da postupaju transparentno i da svim dolaznim učesnicima omogućuje jednako učešće u odabiru, uz uslov da su ispunjeni kriteriji javnog nadmetanja. To prvenstveno znači da su javnopravna tijela u svakom slučaju, kada namjeravaju sklopiti upravni ugovor, dužna raspisati javni poziv.⁶⁵

Za razliku od ugovora privatnopravne naravi, gdje postoji jednakost volja ugovornih strana prilikom sklapanja ugovora, kod ugovora o javnim nabavkama postoji element nejednakosti interesa, jer se interesima dolaznog ponuđača/ugovorne strane suprotstavlja javni interes države, odnosno drugih javnopravnih tijela, koja služe za opće potrebe i na taj način reprezentuju javni interes. Shodno navedenom može se konstatovati da pravna priroda ugovora o javnim nabavkama i ugovora građanskopravne naravi ima dvije glavne razlike zbog čega se osnovna bit istih razlikuje, a to su interesi. Ugovori o javnim nabavkama su usmjereni ka zadovoljavanju javnog interesa, a ugovori građanskopravne naravi usmjereni su ka zadovoljavanju privatnog interesa ugovornih strana. Dakle, može se kazati da je pravna priroda ugovora o javnim nabavkama određena posebnim režimom koji dovodi do njegovog sklapanja i izvršavanja, koji se ne susreće kod drugih ugovornih odnosa. Ugovor o javnim nabavkama o izvršavanju prava i obaveza „utvrđenih u odluci“ kojom je riješena upravna stvar sklapa javnopravno tijelo i izabrani ponuđač.

5. ZAKLJUČAK

S obzirom na važnost ugovora o javnim nabavkama u ukupnom sistemu funkcionisanja tržišta Bosne i Hercegovine, a uporedo i ugovornih organa kao javnopravnih tijela, pitanje pravne prirode ugovora o javnim nabavkama postaje sve aktuelnije. Najveći problem proizilazi iz činjenice da, bez obzira na sve posebnosti koje sa sobom nosi predmetni ugovor, zakonodavac ga je okarakterisao kao klasični građanskopravni ugovor koji se zaključuje prema pravilima ZOO. S druge strane, nešto manje u Bosni i Hercegovini, ali je više u terijskim raspravama ova problematika zastupljena u Hrvatskoj i Srbiji. Neki autori iz navedenih država ovaj ugovor karakterišu kao upravni, neki kao mješoviti, ili

⁶⁵ Vidjeti detaljnije u: M. Stojanović, 301.

kao jedinstvena kategorija ugovora.

Na temelju provedene analize, može se konstatovati da ugovor o javnim nabavkama u Bosni i Hercegovini ima u velikom dijelu karakteristike upravnog ugovora. Svi aspekti uključeni u njegov nastanak govore u prilog navedenoj konstataciji, naročito ako se uzme u bzir da je zapravo predmet javne nabavke „upravna stvar“, što je i logično, ukoliko se uzme u obzir da Sud BiH rješavajući po tužbi protiv konačne odluke o dodjeli ugovora, rješava „upravnu stvar“ po pravilima Zakona o upravnim sporovima. Stim u vezi treba istaknuti i činjenicu da se postupak izbora ugovorne strane završava odlukom o dodjeli ili odlukom o poništenju koje su nesumnjivo upravni akti, jer se nakon konačnosti istih može voditi upravni spor, a upravni spor se vodi samo protiv konačnih upravnih akata. Shodno navedenom, u sadašnjem pozitivnom zakonodavstvu, evidentni problemi bi se mogli prevazići na jedan od sljedećih načina. Naime, po uzoru na francuski sistem, za koji smatram da je najkompatibilniji i najefikasniji u pogledu upravnog prava, neophodno bi bilo da se sačini i kroz pozitivne propise utvrdi set pravila kojima bi se na izvjestan način proklamovala pravila za sve javne ugovore, odnosno sve one ugovore koji ispunjavaju kriterije utvrđenih pravila. Tu se u prvom redu misli na izvjesnu intervenciju u sadašnjem ZUP-u, na način da se po uzoru na zemlje u okruženju, jasno i nedvosmisleno precizira postupak sklapanja upravnih ugovora (javna nabavka, koncesije, javnoprivatno prartnerstvo i dr.), čime se indirektno određuje njihova pravna priroda. S tim u vezi jasno i precizno definisati šta su upravni ugovori, kako nastaju, koja je im svrha, te naznaku da svaki budući ugovor koji ispunjava navedene kriterije, bez obzira kako se u posebnom zakonu definirao, ima se smatrati upravnim ili javnim ugovorom i da se na istog primjenjuju pravila propisana ZUP-om, a koja se tiču upravnih ugovora. Na navedeni način bi se otklonile nesuglasice prvenstveno oko pravne prirode prevashodno ugovora o javnim nabavkama, ali i drugih javnih ugovora. Naime, evidentno je da ugovor o javnoj nabavci nije klasični ugovor, jer ne vrijede ista pravila prvenstveno za zaključivanje ugovora, posebno zbog činjenice da ugovorni organ ne može birati s kim će zaključiti ugovor. Čak šta više u pojedinim slučajevima je prisiljen da zaključi ugovor nakon odluke URŽ-a, jer će u suprotnom platiti kaznu, ali i eventualnu štetu. Intervencijom na navedeni način korisno bi bilo da se iz posebnog zakonodavstva (ZJN) isključi nadležnost redovnih sudova za sporove koji nastaju nakon dodjele ugovora, a tu se prvenstveno misli na zaključivanje, izvršavanje i raskid ugovora.⁶⁶ U cilju

⁶⁶ Slično kao i u Francuskoj, sporovi u vezi sa ugovorima o javnim nabavkama u Finskoj se rješavaju pred Vrhovnim „upravnim“ sudom. Dakle, sporove u vezi sa javnom nabavkom ne rješavaju redovni sudovi, nego Vrhovni upravni sud, upravo zbog činjenice da se radi o posebnoj materiji upravnog prava. Treba napomenuti da je, za rješavanje sporova proizišlih iz ugovora o javnim nabavkama, nadležnost Vrhovnog upravnog suda u Finskoj propisana Zakonom o upravnom sudskom postupku. Vidjeti detaljnije u: Section 12, Public Procurement Act (1505/1992; amendments up to 1530/2001 included): dostupno na:

prevazilaženja sadašnje problematike, naročito u pogledu pravne zaštite koja definitivno predstavlja, na neki način pravnu nesigurnost, naročito zbog činjenice da se sporovi povodom tužbi na odluke URŽ-a rješavaju u pojedinim slučajevima tri do četiri godine, a ako uzmemo u obzir apelaciju u pojedinim slučajevima onda to može trajati mnogo duže, neophodno je da se izvrše izvjesne intervencije u pogledu ovog pitanja, naročito u pogledu roka za rješavanje po tužbi koja se podnosi protiv konačnog upravnog akta (javne nabavke). U cilju iznalaženja mogućeg rješenja, uz odobrenje Suda BiH za potrebe ovog rada, pored javno dostupnih predmeta, analizirano je 18 predmeta, koji se tiču javnih nabavki. Od ukupno 16 riješenih predmeta Upravnog odjeljenja Suda BiH, koliko je ustupio Sud BiH za potrebe ovog istraživanja, čak 15 predmeta je riješavano preko 12 mjeseci,⁶⁷ a samo jedan predmet je riješavan u periodu manjem od jedne godine.⁶⁸ Ne treba zanemariti činjenicu da se neki predmeti rješavaju preko tri godine.⁶⁹ Kada je u pitanju Apelaciono odjeljenje Suda BiH, situacija je mnogo pozitivnija, ako se uzmu u obzir dva predmeta koja je ustupio Sud BiH, gdje se predmet rješavao u roku manjem od dva mjeseca.⁷⁰ Navedeno upućuje na ozbiljan problem u pogledu pravne zaštite. Navedene intervencije u pozitivnom zakonodavstvu su potrebne zbog činjenice, da se ne može ostvariti svrha javne nabavke u potpunosti prema važećim rješenjima, jer se ugovor zaključuje po konačnom upravnom aktu. Zanemaruje se činjenica da je konačan upravni akt, kao pravni osnov za zaključenje ugovora, podložan sudskom ispitivanju, te kao što se vidi iz naprijed navedenog, Sud BiH često poništava takav akt, te se zbog toga isplaćuju odštetni zahtjevi. Činjenica da pravni osnov (konačan akt) sud poništi jer je nezakonit, prema sadašnjem rješenju nema uticaja na konvalidiranje ugovora, iako se dati ugovor temeljio na nezakonitom aktu pa je i sam na nezakonit način zaključen.

<https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1992/en19921505.pdf>

⁶⁷ Predmeti broj: S1 3 U 014320 14 U od 21.07.2015., S1 3 U 009845 12 U od 24.02.2014., S1 3 U 026324 17 U od 05.02.2019., S1 3 U 012129 13 U od 14.02.2014., S1 3 U 011579 13 U od 22.05.2014., S1 3 U 015262 14 U od 20.01.2016., S1 3 U 017731 15 U od 06.05.2016., S1 3 U 23742 16 U od 14.06.2018., S1 3 U 024311 17 U od 26.12.2018., S1 3 U 018046 15 U od 01.09.2016., S1 3 U 004905 11 U od 24.04.2013., S1 3 U 003826 11 U od 16.10.2012., S1 3 U 008367 12 U od 06.03.2014., S1 3 U 004098 11 U od 03.01.2015., S1 3 U 003563 10 U od 22.03.2012. godine.

⁶⁸ Predmet broj: S1 3 U 028689 18 U od 16.07.2018. godine.

⁶⁹ Predmet broj: S1 3 U 019396 15 U od 06.10.2016. godine.

⁷⁰ Predmeti broj: S1 3 U 028689 18 Uvp2 od 19.10.2018., S1 3 U 028689 18 Uvp od 20.06.2018. godine.

LEGAL NATURE OF PUBLIC PROCUREMENT CONTRACTS IN THE LEGAL ORDER OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

The author discusses public procurement contracts, the procedure for their conclusion and compares them with administrative contracts, their existence and their legal nature both in the legal system of Bosnia and Herzegovina and in other legal systems. It is emphasized that the public procurement contract as an administrative contract must as such be regulated and legalized in order to function and be legitimate. Emphasis is placed on the legal nature of these agreements and on the similarities and differences that exist between this institute and other similar and close institutes. The study of public procurement contracts and administrative contracts necessarily imposes the need to study some other administrative-legal institutes, which are also very briefly given in this paper.

Keywords: Public procurement contract, Administrative procedure, Administrative contract, public interest.