INTERNI UGOVORI U PRAVU EVROPSKE UNIJE**

Sažetak: *Nakon uspešno sprovedenog postupka javne nabavke, naručilac sa izabranim ponuđačem zaključuje javni ugovor. Ukoliko se naručilac i ponuđač smatraju „povezanim“ subjektima, prema pravu Evropske unije, a sada i prema pozitivnom pravu Republike Srbije nisu u obavezi da primenjuju pravila o javnim nabavkama, a ugovor koji u tom slučaju zaključuju naziva se internim (engl. in-house). Kako bi se izbeglo pozivanje na interni ugovorni odnos u situacijama kada bi trebalo primeniti pravila o javnim nabavkama, značajno je prepoznati osobine takvog ugovornog odnosa. U ovom radu prikazani su kriterijumi za određivanje internog ugovora prema pravu Evropske unije. Cilj autora je da domaći naručioci i ponuđači bolje razumeju norme koje su metodom „čiste implementacije“ preuzete iz prava Evropske unije u novi Zakon o javnim nabavkama Republike Srbije, kako bi se mogla očekivati i njihova pravilna primena.*

Ključne reči: *javni ugovor, interni ugovor, korporativni nadzor, javne nabavke*

^{*} Pravni fakultet, Megatrend univerzitet, Beograd, Srbija; djuricic.tomic86@gmail.com

^{**} Ovaj rad je rezultat projekta FPMIRS – Znanjem do integrisanja u društvene i ekonomske tokove. Projekat je pokrenut sporazumom Pravnog fakulteta sa Međunarodnim institutom za romološke studije.

1. Uvod

U osnovi svake sprovedene javne nabavke je ugovor koji se u domaćem pravu naziva javni ugovor (engl. *public contract*). Osim na polju javnih nabavki, ova vrsta ugovora svoju primenu pronasla je i u oblasti javno-privatnog partnerstva i koncesija.¹ Može se reći da je javni ugovor nastao na temeljima javnog i privatnog prava, ali se zbog svojih upravno pravnih karakteristika izučava pre svega kroz prizmu javnog prava, uz nužnu primenu normi privatnog prava, koje je ugovorima matična sfera prava i čija shodna primena, posebno u situacijama u kojima se javljaju pravne praznine, postaje nužna.

Da bi se jedan ugovor smatrao „javnim“, potrebno je da ima određene karakteristike. Neki autori², analizirajući direktive o javnim nabavkama Evropske unije i sudsku praksu, izdvojili su četiri karakteristike koje svaki ugovor o javnoj nabavci (a možemo reći i svaki javni ugovor) treba da ima. Prvo, treba da je reč o ugovornom odnosu, a ne o jednostranom upravnom aktu javnopravnog subjekta, odnosno postupanju koje predstavlja direktno izvršavanje zakonskih obaveza. Drugo, karakteristika svakog ugovora o javnoj nabavci je naplativost, odnosno činjenica da organ vlasti ili telo koje se javlja u vidu naručioca treba da finansira realizaciju ugovora.³ Treće, ugovor o javnoj nabavci mora biti u pisanom obliku. Autor ovog rada smatra da bi trebalo dodati da javni ugovor može biti i u elektronskoj formi s obzirom na to da savremeni uslovi diktiraju zahteve da od podnošenja ponude do plaćanja sve bude sprovedeno preko elektronske platforme. Četvrto, ova vrsta ugovora treba da bude zaključena između dva različita subjekta, odnosno to moraju biti dva posebna, samostalna pravna subjekta. Najčešće su to javni i privatni subjekt, ali ne nužno. Bitno je da subjekti koji zaključuju ovu vrstu ugovora ne budu tzv. „povezani“ subjekti, što bi taj ugovor činilo internim (engl. *in house*) ugovorom.

Kako je potrebno, a često i teško, utvrditi da li neki ugovor ima osobine internog ugovora, a zbog pravilne primene pravila o javnim nabavkama, autor ovog rada opredelio se da prikaže koje karakteristike ima interni ugovor u pravu Evropske unije, odnosno zbog kojih osobina na takav ugovorni odnos ne bi trebalo primeniti pravila o javnim nabavkama (koja se primenjuju i u slučaju dodele ugovora kod javno-privatnog partnerstva i koncesija). S obzirom na to da su u Republici Srbiji metodom „čiste implementacije“ preuzeti iz prava Evropske unije uslovi

¹ Više o tome kod: Đuričić Jovana (2013): „Javni ugovori kod koncesija s posebnim osvrtnom na koncesije za pružanje usluga“, 799-811, u: Miodrag Mićović (ur.): *Uslužni poslovi*, Kragujevac.

² Stanković Danijel (2018): „Pojam „Ugovor o javnoj nabavi“ u pravu Evropske unije s posebnim osvrtnom na povezane iznimke od primjenenih zakonodavstva o javnoj nabavi“, *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu* 1/2018, 121-156.

³ Pojam „naplativosti“, odnosno „finansijskog interesa“ preuzimamo iz sudske prakse i to iz presude Suda Evropske unije donete u predmetu C-399/98, *Ordinedegli Architeti and others*, tač. 77.

pod kojima se na ugovore koje naručilac zaključuje sa „povezanim“ subjektom ne primenjuju pravila o javnim nabavkama, značajno je sa aspekta prava Evropske unije, tačnije upućivanjem na odredbe „novih“ direktiva o javnim nabavkama (Direktiva 2014/23/EU Evropskog parlamenta i Saveta o dodeli ugovora o koncesijama (u daljem tekstu: Direktiva 2014/23/EU),⁴ Direktiva 2014/24/EU Evropskog parlamenta i Saveta o javnim nabavkama, kojom se stavlja van snage Direktiva 2004/18/EZ⁵ - tzv. „opšta“ direktiva o javnim nabavkama (u daljem tekstu: Direktiva 2014/24/EU) i Direktiva 2014/25/EU Evropskog parlamenta i Saveta o nabavkama od strane subjekata koji posluju u sektorima vodoprivrede, energetike, saobraćaja i telekomunikacija, kojom se stavlja van snage Direktiva 2004/17/EZ (u daljem tekstu: Direktiva 2014/25/EU),⁶ prikazati te uslove, a radi boljeg razumevanja pravila koja su postala deo pozitivnog prava Republike Srbije.

Trebalo bi se kratko osvrnuti i na pravnu prirodu internog ugovora. Ukoliko bismo posmatrali isključivo karakteristike ovog ugovora, mogli bismo ga nazvati javnim. S druge strane, interni ugovori zbog „povezanosti“ subjekata koji ih zaključuju, ne mogu biti istovremeno i javni ugovori. Mogli bismo zaključiti da je reč o *sui generis* ugovorima, koji se zaključuju sa istim ciljem kao ugovor o javnoj nabavci, ali koji zbog svojih specifičnosti, nisu javni ugovori.

2. Kriterijumi za određivanje internog ugovora

Pravila iz oblasti javnih nabavki u pravu Evropske unije ne primenjuju se ukoliko postoji tzv. „interni“ ugovorni odnos, koji nastaje između subjekata u javnom sektoru, kao učesnika u postupku realizacije „*in-house*“ nabavke. Ugovor koji se zaključuje između ovih lica naziva se interni ugovor. Kako mu nedostaje kriterijum pravne odvojenosti subjekata koji zaključuju ugovor, takav ugovor nema sve karakteristike javnog ugovora i na takvu nabavku ne treba primeniti pravila koja su ustanovljena direktivama o javnim nabavkama.

Kod javnog ugovora jedno lice je uvek organ vlasti ili drugi organ na kog se primenjuju norme javnog prava, a drugo lice mora biti pravno odvojeno od prvog i samostalno u pogledu obavljanja određene delatnosti. Ako se to drugo lice nalazi pod nadzorom organa vlasti, ono sa organom vlasti zaključuje interni ugovor.

To je, dakle, ugovor koji organ vlasti zaključuje sa subjektom nad kojim vrši nadzor sličan onom koji vrši nad svojim organizacionim jedinicama. Takva vrsta nadzora postoji kada javni organ svoje zadatke vezane za ostvarivanje jav-

⁴ Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts, OJ L 94, 28.3.2014, p. 1–64.

⁵ Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC, OJ L 94, 28.3.2014, p. 65–242.

⁶ Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC, OJ L 94, 28.3.2014, p. 243–374.

nog interesa obavlja preko svojih administrativnih, tehničkih i drugih struktura, koje su u njegovom potpunom vlasništvu ili pod njegovom kontrolom.

Primenu „testa nezavisnosti“ prvi put je ustanovio Sud Evropske unije u Slučaju Tekal,⁷ predviđajući dva uslova koja je potrebno istovremeno da se ispune da bi se odnos sa javnim naručiocem smatrao internim, odnosno da bi se postupak mogao sprovesti bez primene pravila o javnim nabavkama. Sud Evropske unije je zaključio da je za interni ugovorni odnos potrebno da lokalni organ vlasti vrši kontrolu nad trećim licem koja je slična onoj koju vrši nad svojim organizacionim jedinicama (engl. *similarity of control*) i ujedno da to treće lice sprovodi suštinski deo aktivnosti jednog ili više lokalnih organa vlasti koji u njemu imaju udele, odnosno njime upravljaju (engl. *operational dependency*).⁸ Ukoliko bi ova dva uslova bila ispunjena, takvi subjekti smatrali bi se povezanim (engl. „*in-house*“) subjektima, a ugovori koje zaključuju *internim*.

Visina kapitala koju naručilac treba da ima u subjektu nad kojim sprovodi nadzoru sudskoj praksi nije određena. Međutim, ako u kapitalu preduzeća koje se javlja u vidu ponuđača pored naručioca udele ima i privatni subjekt, ne postoji mogućnost da naručilac vrši nadzor nad ponuđačem sličan onom koji može da vrši nad svojim sopstvenim strukturama.⁹ Sud Evropske unije je u Slučaju Štadt Hale¹⁰ zaključio da prisutnost čak i minimalnog privatnog kapitala u svojinskoj strukturi kompanije sa kojom naručilac zaključuje ugovor o javnoj nabavci, čini taj ugovor *javnim ugovorom* jer „bilo kakav privatni kapital uložen u preduzeće prati uzimanje u obzir privatnog interesa i ostvarivanje ciljeva drugačije vrste.“¹¹ Ovaj stav Suda Evropske unije modifikovan je odredbama direktiva o javnim nabavkama, prema kojima privatni kapital mora imati određene karakteristike da bi se načinio izuzetak u pogledu primene pravila o javnim nabavkama.

3. Interni ugovori iz ugla direktiva o javnim nabavkama Evropske unije

Pod uticajem sudske prakse, interni ugovori su u pravu Evropske unije postali predmet regulisanja direktiva o javnim nabavkama, sa ciljem izuzimanja takvih ugovora od primene pravila o javnim nabavkama. Prema Direktivi

⁷ Slučaj C-107/98, *Teckal*, [1999].

⁸ Tačka 50 presude. Isto navedeno i u: Zelenoj knjizi o javno-privatnom partnerstvu i pravu Zajednice o javnim ugovorima i koncesijama (*Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions*), poglavlje 3.1, tačka 63. Više o ovim kriterijumima kod: Bovis Christopher (2014): *Public Private Partnerships in the European Union*, Routledge, London, 59-64.

⁹ Ovaj stav pronalazimo u presudi Suda Evropske unije - Slučaj C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, tač. 49.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid, tač. 50.

2014/24/EU to su „javni ugovori između subjekata u javnom sektoru“, a prema Direktivi 2014/25/EU radi se o „ugovorima između javnih naručioca“. Međutim, to ne znači da je privatni kapital u tom ugovornom odnosu isključen, što je posebno važno u kontekstu primene pravila o ovim ugovorima u oblasti javno-privatnog partnerstva i koncesija. U odredbama i jedne i druge direktive nalazimo da se radi o ugovorima koje organi vlasti zaključuju sa pravnim licima iz javnog ili privatnog sektora, s tim što privatni kapital u nadziranom subjektu ne sme biti takve prirode da ima direktan uticaj na donošenje odluka.

Pravila o javnim nabavkama, koja su sadržana u pomenutim direktivama, neće se primenjivati „na javni ugovor, odnosno koncesiju koju javni naručilac dodeli ponuđaču“ ukoliko su ispunjeni sledeći uslovi: 1) ugovorni organ, odnosno subjekt (engl. *contracting authority*; a prema Direktivi 2014/23/EU i *contracting entity*; u daljem tekstu: naručilac)¹² vrši nad ovim subjektom prava kontrolu (nadzor) koja je slična onoj koju sprovodi nad svojim organizacionim jedinicama; 2) subjekt prava nad kojim naručilac vrši nadzor više od 80% svojih aktivnosti sprovodi u cilju izvršenja zadataka koje mu je poverio naručilac koji nad njim vrši nadzor ili druga lica nad kojima taj naručilac vrši nadzor; 3) ne postoji direktno učešće privatnog kapitala u subjektu prava koji se nalazi pod nadzorom, uz izuzetak postojanja učešća privatnog kapitala ako ono nema odlučujući uticaj na donošenje odluka, odnosno sprečavanje donošenja odluka, a koje se zahteva nacionalnim zakonodavnim odredbama, a u skladu sa Ugovorima o osnivanju, i po osnovu kog se ne vrši direktan uticaj na subjekta prava koji se nalazi pod nadzorom.¹³ Ovakav vid nadzora koji se određuje zakonodavstvom, a koji predstavlja uslov za isključenje pravila o javnim nabavkama nazvan je u teoriji „pojedinačnim nadzorom“. ¹⁴ Pomenuta pravila ne primenjuju se i kada nadzirani pravni subjekt u vidu naručioca dodeljuje javni ugovor naručiocu koji vrši nadzor nad njim (svome osnivaču) ili drugom pravnom subjektu nad kojim isti naručilac vrši nadzor (tzv. „horizontalne interne transakcije“¹⁵).¹⁶

¹² U pravu Evropske unije postoji podela subjekata koji se javljaju u vidu naručioca na ugovorne organe ili „javne naručioce“ (engl. *contracting authorities*), koje čine država, javno(pravnotelo) (engl. *body governed by public law*) i pojedina udruženja i ugovorne subjekte (engl. *contracting entities*). Ugovorni subjekt ili „sektorski naručilac“ je uži pojam od ugovornog organa, odnosno predstavlja ugovornog organa kada posluje u određenom sektoru. Pod ugovornim subjektom smatraju se i javna preduzeća i subjekti kojima su data posebna ili isključiva prava.

¹³ Čl. 12, tač. 1, st. 1 Direktive 2014/24/EU i čl. 17, tač. 1, st. 1 Direktive 2014/23/EU i čl. 28, tač. 1, st. 1 Direktive 2014/25/EU.

¹⁴ Clarke Charles M. (2015): „The CJEU’s Evolving Interpretation of In-House Arrangements under the EU Public Procurement Rules: A Functional or Formal Approach?“ *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2/2015, 121-122.

¹⁵ *Ibid*, 122-123.

¹⁶ Pod uslovima iz čl. 12, tač. 1, st. 2 Direktive 2014/24/EU i čl. 17, tač. 1, st. 2 Direktive 2014/23/EU i čl. 28, tač. 1, st. 2 Direktive 2014/25/EU.

Opravdano se nameće pitanje kada će se smatrati da naručilac vrši nadzor nad nadziranom subjektom prava sličan onom koji vrši nad svojim organizacionim jedinicama. Prema stavu Suda Evropske unije, to će biti slučaj kada naručilac sprovodi odlučujući uticaj na strateške ciljeve i značajne odluke ovog pravnog subjekta.¹⁷ Takav nadzor može sprovoditi i drugi subjekt prava, koji se sam nalazi pod istom vrstom nadzora od strane naručioca.

Gore pomenuti vid izuzetka od primene pravila o javnim nabavkama, označen „pojedinačnim nadzorom“, smatra se izuzetkom i ako su pomenuti uslovi ispunjeni od strane dva ili više subjekta koji se istovremeno javljaju na strani naručioca (tzv. „zajednički nadzor“¹⁸), uz ispunjenje dodatnih uslova: 1) organi upravljanja nadziranog pravnog lica čine predstavnici svih naručilaca koji vrše nadzor nad tim pravnim licem, s tim što pojedini predstavnici mogu da predstavljaju neke ili sve naručioce; 2) ti naručioci mogu zajedno da vrše odlučujući uticaj na strateške ciljeve i na važne odluke nadziranog pravnog lica; 3) nadzirano pravno lice nema interese različite od interesa naručilaca koji nad njim vrše nadzor.¹⁹

U teoriji sve pomenute vrste nadzora mogu se obuhvatiti jedinstvenim terminom-korporativni nadzor (engl. *corporate control*), koji treba razlikovati od nadzora koji država sprovodi po osnovu vršenja dominantnog uticaja na drugog subjekta, poput onog koji vrši na javna preduzeća.²⁰ Kod „dominantnog uticaja“ javnog tela na javno preduzeće odnosno privredno društvo, ne postoji mogućnost vršenja tzv. korporativnog nadzora jer država, odnosno lokalna samouprava ne može da utiče na donošenje strateških tržišnih odluka ili odluka u vezi sa nabavkom u javnom preduzeću.²¹ Da bi se ova lica smatrala *povezanim* u smislu izuzimanja od primene pravila o javnim nabavkama, potrebno je godišnje finansijske

¹⁷ Sud Evropske unije je utvrdio da bi veza u ovom odnosu trebalo da bude „potencijalna snaga odlučujućeg uticaja na strateške ciljeve i značajne odluke“ u presudi donetoj u predmetu C-458/03, *Parking Brixen* [2005], tač. 65. C. Bovis, 60.

¹⁸ Podela „pojedinačni nadzor“, „horizontalne interne transakcije“, „zajednički nadzor“ i „horizontalna saradnja“ preuzeta od: Clarke Charles M., 121-124.

¹⁹ Čl. 12, tač. 3, st. 2 Direktive 2014/24/EU i čl. 17, tač. 3, st. 2 Direktive 2014/23/EU i čl. 28, tač. 3, st. 2 Direktive 2014/25/EU.

²⁰ Dominantan (preovlađujući) uticaj javnog tela postoji kada javno telo može neposredno ili posredno vršiti dominantan uticaj na neko preduzeće, odnosno privredno društvo na osnovu vlasništva nad njim, na osnovu finansijskog udela u njemu ili na osnovu pravila kojima je uređeno, odnosno kada javno telo, neposredno ili posredno, u odnosu na neko preduzeće, odnosno privredno društvo poseduje većinu upisanog kapitala ili kontroliše većinu glasova po osnovu akcija koje je izdalo to preduzeće, odnosno privredno društvo ili može imenovati više od polovine upravnog, poslovnog ili nadzornog organa tog preduzeća, odnosno privrednog društva. Videti i čl. 4, tač. 2 Direktive 2014/25/EU; čl. 4, st. 8 Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama (u daljem tekstu: Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama), *Službeni glasnik* 88/2011, 15/2016 i 104/2016; i čl. 4, st. 2 Zakona o javnim nabavkama (u daljem tekstu: Zakon o javnim nabavkama (2019)), *Službeni glasnik Republike Srbije*, 91/2019.

²¹ Više o tome kod: C. Bovis, 60.

izveštaje ovih subjekata konsolidovati.²² Ukoliko pravilo o sastavljanju konsolidovanog finansijskog izveštaja ne može da se primeni na određena preduzeća zbog njihove veličine ili pravnog oblika (odnosno, na subjekte se ne primenjuje Direktiva 2013/34/EU), neophodno je ispitati da li na društvo postoji direktan ili indirektan dominantan uticaj od strane naručioca, ili postoji dominantan uticaj usmeren od društva ka naručiocu ili društvo zajedno sa naručiocem podleže dominantnom uticaju drugog društva po osnovu vlasništva, finansijskog udela ili pravila po kojima je uređeno.²³ Takođe, Direktivom 2014/23/EU isključuje se primena pravila o javnim nabavkama ukoliko su koncesije²⁴ dodeljene povezanom društvu od strane naručioca ili društvu koje je povezano sa jednim od naručioca putem *joint venture* koji se sastoji od više naručilaca organizovanih u svrhu obavljanja delatnosti iz aneksa 2 Direktive.

Pomenute direktive se neće primenjivati ni na ugovor koji zaključuju isključivo dva ili više naručilaca ukoliko su ispunjeni sledeći uslovi: 1) ugovorom se utvrđuje ili uspostavlja saradnja između uključenih naručilaca sa ciljem da se obezbedi da javne usluge koje su dužni da izvrše budu pružene uz ostvarivanje njihovih zajedničkih ciljeva; 2) uspostavljanje te saradnje sprovodi se isključivo radi ostvarivanja javnog interesa; 3) uključeni naručioci ostvaruju na otvorenom tržištu manje od 20% aktivnosti na koje se odnosi ova saradnja.²⁵ Ovaj izuzetak u teoriji se označava „horizontalnom saradnjom“.²⁶

4. Osvrt na pravo Republike Srbije –ugovori između povezanih subjekata

Radi usklađivanja domaćeg zakonodavstva sa pravom EU, u februaru, a detaljnije u julu 2015. godine izmenjen je i dopunjen Zakon o javnim nabavkama Republike Srbije, između ostalog i u pogledu uvođenja novih izuzetaka, odnosno nabavki na koje se Zakon ne primenjuje, kao i u pogledu preciznijeg definisanja postojećih izuzetaka.²⁷ Time se postiglo da je član 7a Zakona o javnim nabavkama (2015) istovetan članu 12 Direktive 2014/24/EU, odnosno članu 17 Direk-

²² Prema članu 13, tač. 1 Direktive 2014/23/EU, odnosno članu 29, tač. 1 Direktive 2014/25/EU: „povezano društvo znači svako društvo čiji se godišnji izveštaji konsoliduju sa izveštajima naručioca“ ako se na subjekte primenjuje Direktiva 2013/34/EU.

²³ V. predgovor, st. 39 i čl. 13, tač. 2 Direktive 2014/23/EU i predgovor, st. 41 i čl. 29, tač. 2 Direktive 2014/25/EU.

²⁴ Koncesije za usluge i radove, pod uslovima iz čl. 13, st. 4 Direktive 2014/23/EU.

²⁵ Čl. 12, tač. 4 Direktive 2014/24/EU i čl. 17, tač. 4 Direktive 2014/23/EU i čl. 28, tač. 4 Direktive 2014/25/EU.

²⁶ Clarke Charles M., 123.

²⁷ O svim izmenama i dopunama Zakona o javnim nabavkama iz 2015. godine detaljnije kod: Knežević Borisav (2015): „Javne nabavke u Republici Srbiji: najnovije zakonodavne izmene i usklađivanje sa pravilima Evropske unije o javnim nabavkama“, *Ekonomski vidici*, XX, 4/2015, 413-424.

tive 2014/23/EU, odnosno član 6a odgovara članu 3 Direktive 2014/24/EU jer su ova pravila uneta u domaćim pravni sistem metodom „čiste implementacije“, s tom razlikom što se ova pravila u Evropskoj uniji primenjuju i u slučaju dodele koncesija primenom odredbi Direktive 2014/23/EU, a Zakonom o javnim nabavkama (2015) nije načinjeno upućivanje na Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama u pogledu primene ovih pravila i na postupak dodele koncesija. To nije učinjeno ni novim Zakonom o javnim nabavkama koji je donet 2019. godine.

Nov Zakon o javnim nabavkama (2019) među izuzecima na koje se zakon ne primenjuje doslovnim preuzimanjem odredbi iz direktiva o javnim nabavkama ponovo uvodi u domaći pravni sistem interne ugovore, koje je nazvao „Ugovorima između povezanih subjekata“ (član 13). Smatramo da termin „povezani“ subjekti, koji nas u prvi mah asocira na povezana lica²⁸, nije adekvatan jer interni ugovorni odnos može nastati i između lica koja nisu povezana ni po osnovu vlasništva ni po osnovu organa upravljanja. S druge strane, kako su iz prava Evropske unije u potpunosti preuzeti svi izuzeci od primene pravila o javnim nabavkama, koji se tiču internog ugovornog odnosa: 1) pojedinačni nadzor;²⁹ 2) horizontalne interne transakcije;³⁰ 2) zajednički nadzor;³¹ i 3) horizontalna saradnja³², smatramo da je trebalo preuzeti i naziv samog ugovora („Ugovori između subjekata u javnom sektoru“). Autoru ovog rada je blisko verovanje da je prilikom preuzimanja odredbi iz evropskih direktiva radi implementacije u domaće zakonodavstvo, došlo do očigledne omaške kod određivanja rubruma člana 13 te se umesto rubruma člana 12 Direktive 2014/24/EU ispred odredbi člana 13 Zakona o javnim nabavkama (2019), našao rubrum člana 29 Direktive 2014/25/EU. Time se tzv. korporativni nadzor bar u naslovu poistovetio sa tzv. dominantnim uticajem, što nije u duhu pravila koja su deo evropskih direktiva.

S tim u vezi dolazimo do zaključka da ne postoji spor oko naziva internog ugovora, već iza pogrešno naslovljenog člana Zakona o javnim nabavkama stoji nerazumevanje tzv. korporativnog nadzora, koji se krije u pozadini svakog internog ugovora. Da se u slučaju sumnje ne bi pogrešno protumačili i drugi pojmovi koji su preuzeti iz prava Evropske unije, potrebno je ukazati i na problematiku određivanja nadziranog pravnog subjekta, koje se ne može poistovetiti sa „kontrolisanim društvom“ u smislu Zakona o privrednim društvima,³³ što se naizgled čini.

²⁸ Iz člana 62 Zakona o privrednim društvima (u daljem tekstu: Zakon o privrednim društvima), *Službeni glasnik Republike Srbije*, 36/2011, 99/2011, 83/2014 - dr. zakon, 5/2015, 44/2018, 95/2018 i 91/2019.

²⁹ Videti čl. 13, st. 1 Zakona o javnim nabavkama (2019).

³⁰ Ibid, st. 2.

³¹ Ibid, st. 4 i 5.

³² Ibid, st. 6.

³³ Prema Zakonu po privrednim društvima, kontrolisano društvo je pravno lice u kojem je neko drugo pravno lice kontrolni član društva. Smatra se da je određeno lice kontrolni

Doslovnim preuzimanjem odredbi iz evropskih direktiva težilo se harmonizaciji propisa, što je i navedeno kao početni cilj u Strategiji razvoja javnih nabavki u Republici Srbiji za period 2014-2018, *Službeni glasnik Republike Srbije* 122/2014.³⁴ Međutim, harmonizacija domaćih propisa sa pravom Evropske unije ne bi trebalo da bude isključivo formalna harmonizacija, koja podrazumeva prepisivanje komunitarnih propisa, već “obezbeđivanje načina i sredstava za njihovu potpunu i doslednu primenu, kako bi se mogli ostvariti oni ciljevi koji korespondiraju komunitarnim ciljevima”³⁵. Osim toga, nakon harmonizacije propisa ne sme doći do razilaženja pozitivno pravnih normi. Osluškajući iskustva u praksi, ponuđačima još uvek (mada je relativno kratko vreme prošlo od usvajanja novog Zakona o javnim nabavkama) nije sasvim jasno kada ne treba primeniti odredbe Zakona o javnim nabavkama (2019). Smatramo da neadekvatna terminologija može doprineti nastanku nerazumevanja (korišćenje izraza poput “povezani subjekti”, “kontrolisano pravno lice” i sl.), posebno kada se terminima koji imaju svoje mesto u pravu Evropske unije dodeli pogrešno mesto u domaćem zakonodavstvu.

4. Zaključak

Smatrajući da postoji interni odnos, naručioci i ponuđači mogu izbeći primenu pravila o javnim nabavkama. Kako bi se u ovoj oblasti izbegle takve situacije, trebalo bi istražiti da li naručilac dodeljuje ugovor pravnom licu nad kojim vrši neki vid nadzora ili je samo stvoren privid radi slučajnog ili namernog izbegavanja strogih pravila. Posebno je ovo značajno jer je rezultat javne nabavke često direktno povezan sa ostvarivanjem javnog interesa.

S obzirom na to da interni ugovori mogu biti instrument narušavanja konkurencije na tržištu, trebalo bi prilikom zaključivanja ovih ugovora imati u vidu i taj rizik. Dodelom ugovora nadziranom pravnom licu onemogućava se ostalim ponuđačima da podnesu svoju ponudu, koja bi možda bila povoljnija. Stoga ako subjekt koji je vlasnik privatnog kapitala direktno učestvuje u kapitalu nadziranog subjekta, primena pravila o javnim nabavkama je obavezna jer bi dodela ugovora ovakvom subjektu sa mešovitim kapitalom bez obezbeđenja adekvatnog postupka pružila nepoštenu prednost u odnosu na njegove konkurente.

Kada je objavljen Nacrt sada važećeg Zakona o javnim nabavkama 2018. godine, za cilj donošenja zakona zakonodavac je naveo „usaglašavanje zakono-

član društva uvek kada to lice samostalno ili sa povezanim licima poseduje većinsko učešće u osnovnom kapitalu društva (čl. 62, st. 6 Zakona o privrednim društvima).

³⁴ U Strategiji je međustrateškim ciljevima reformi javnih nabavki uvršteno i “(6) potpuno usaglašavanje domaćih propisa sa direktivama i drugim aktima Evropske unije u oblasti javnih nabavki i njihovo puno sprovođenje u praksi”.

³⁵ Vukadinović Radovan (2009): „Upotreba i zloupotreba harmonizacije domaćeg prava sa pravom EU“, 14, u: Nataša Stojanović, Srđan Golubović (ur.): *Pravo Republike Srbije i pravo Evropske unije – stanje i perspektive*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.

davnog okvira u oblasti javnih nabavki u Republici Srbiji sa pravnom tekovinom Evropske unije; povećanje transparentnosti i fleksibilnosti postupka javne nabavke; sprovođenje što efikasnijih i transparentnih postupaka javne nabavke, kao i povećanje konkurentnosti u postupcima javnih nabavki.³⁶ Interni ugovori su svakako u službi ranije istaknutog cilja. Međutim, da bi se ovaj cilj u punoj meri ostvario, potrebno je institute pre svega na pravi način definisati, a potom i obezbediti uslove za njihovu doslednu primenu.

Literatura

- Arrowsmith Sue (ed) (2010): *EU Public Procurement Law: an introduction*, University of Nottingham.
- Bovis Christopher (2014): *Public Private Partnerships in the European Union*, Routledge, London
- Clarke Charles M. (2015): „The CJEU’s Evolving Interpretation of In-House Arrangements under the EU Public Procurement Rules: A Functional or Formal Approach?“ *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2/2015, 111 - 125.
- Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts, OJ L 94, 28.3.2014, p. 1–64.
- Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC, OJ L 94, 28.3.2014, p. 65–242.
- Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC, OJ L 94, 28.3.2014, p. 243–374.
- Đuričić Jovana (2013): „Javni ugovori kod koncesijas posebnim osvrtoom na koncesije za pružanje usluga“, 799-811, u: Miodrag Mićović (ur.): *Uslužni poslovi*, Kragujevac.
- Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions [COM(2004) 327 final]
- Knežević Borisav (2015): „Javne nabavke u Republici Srbiji: najnovije zakonodavne izmene i usklađivanje sa pravilima Evropske unije o javnim nabavkama“, *Ekonomski vidici*, XX, 4/2015, 413-424.
- Stanković Danijel (2018): „Pojam „Ugovor o javnoj nabavi“ u pravu Evropske unije s posebnim osvrtoom na povezane iznimke od primjene zakonodavstva o javnoj nabavi“, *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu* 1/2018, 121-156.
- Strategija razvoja javnih nabavki u Republici Srbiji za period 2014-2018, *Službeni glasnik Republike Srbije* 122/2014.

³⁶ Kancelarija za javne nabavke, *Vesti*, <http://www.ujn.gov.rs/ci/news/story/391> (28.10.2018.)

- Sudska praksa Suda Evropske unije (C-399/98, *Ordinedegli Architetti and others* [2001]; C-107/98, *Teckal*, [1999]; C-458/03, *Parking Brixen* [2005]; C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau Gmb Hv Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna* [2005]), The Court of Justice of the European Union, <https://curia.europa.eu/>
- Vukadinović Radovan (2009): „Upotreba i zloupotreba harmonizacije domaćeg prava sa pravom EU“, 1-19, u: Nataša Stojanović, Srđan Golubović (ur.): *Pravo Republike Srbije i pravo Evropske unije – stanje i perspektive*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.
- Zakon o javnim nabavkama, *Službeni glasnik Republike Srbije*, 124/2012, 14/2015 и 68/2015.
- Zakon o javnim nabavkama, *Službeni glasnik Republike Srbije*, 91/2019.
- Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama, *Službeni glasnik Republike Srbije*, 88/2011, 15/2016 i 104/2016.
- Zakon o privrednim društvima, *Službeni glasnik Republike Srbije*, 36/2011, 99/2011, 83/2014 - dr. zakon, 5/2015, 44/2018, 95/2018 i 91/2019.

IN-HOUSE CONTRACTS IN THE EUROPEAN UNION LAW

Summary: *After successful implementation of public procurement procedure, a purchaser concludes public contract with a selected bidder. If, according to the European union law and Republic of Serbia domestic law, the purchaser and the bidder are considered as „affiliated“ subjects, they are not obliged to apply public procurement rules and the contract they are concluding in that case is being called in-house. In order to avoid invoking an in-house contractual relation in such a situations where public procurement rules should be applied, it is important to recognize characteristics of such a contractual relation. This work presents criteria for determining in-house contract according to the European union law. The aim of the author is for domestic purchasers and bidders to better understand norms that have been taken from European union law to new Law on Public Procurement of the Republic of Serbia, so that their proper implementation can be expected.*

Keywords: *Public contract, In-house contract, Corporate control, Public procurement*