

РЕПУБЛИКА СРПСКА
ОПШТИНА ЛОПАРЕ
Начелник општине

Број: 11/1-404-16-5/23
Датум, 24.03.2023. године

На основу члана 100. став (3) Закона о јавним набавкама („Службени гласник БиХ“, број: 39/14 и 59/22), рјешавајући по жалби потенцијалног понуђача „Нехеп“ д.о.о. Бања Лука, заступаног од стране пуномоћника Бориса Мандића, адвоката из Источног Сарајева, изјављеној на Тендерску документацију у поступку јавне набавке робе - Набавка и монтажа соларне фотонапонске електране снаге 17,28 kWp на згради Општинске управе општине Лопаре, Начелник општине Лопаре *доноси*

ОДЛУКУ

I

Усваја се као дјелимично основана жалба понуђача „Нехеп“ д.о.о. Бања Лука, заступаног од стране пуномоћника Бориса Мандића, адвоката из Источног Сарајева, изјављена на Тендерску документацију, број: 11/1-404-16-2/23 од 07.03.2023. године, а која се односи на јавну набавку робе - Набавка и монтажа соларне фотонапонске електране снаге 17,28 kWp на згради Општинске управе општине Лопаре.

II

Ова Одлука је основ за предузимање радње исправљања од стране Уговорног органа и измјене Тендерске документације, број: 11/1-404-16-2/23 од 07.03.2023. године.

III

Уговорни орган ће након правоснажности ове Одлуке о предузетој радњи и извршеним измјенама обавијестити све потенцијалне учеснике у поступку путем Портала јавних набавки.

IV

Ова Одлука ступа на снагу протеком жалбеног рока, односно по доношењу одлуке по изјављеној жалби и биће објављена у „Службеном гласнику општине Лопаре“ и на web - страници.

V

Усваја се захтјев жалиоца за накнаду трошкова жалбеног поступка у износу од 658,12 KM.

Образложење

Уговорни орган општина Лопаре покренула је отворени поступак јавне набавке робе - Набавка и монтажа соларне фотонапонске електране снаге 17,28 kWp на згради Општинске управе општине Лопаре. Поступак је покренут Одлуком о покретању поступка, број: 11/1-404-16-1/23 од 07.03.2023. године.

Обавјештење о јавној набавци, број: 15-1-1-12-3-9/23 објављено је на Порталу јавних набавки дана 07.03.2023. године.

Сажетак Обавјештења о набавци објављен је у „Службеном гласнику БиХ“, број: 16/23 од 10.03.2023. године.

У предметном поступку набавке потенцијални понуђач „Нехеп“ д.о.о. Бања Лука, заступан од стране пуномоћника Бориса Мандића, адвоката из Источног Сарајева изјавио је жалбу на тендерску документацију. Жалба је запримљена на протокол уговорног органа дана 20.03.2023. године.

Овај орган је прије разматрања жалбе утврдио да је жалба благовремена, допуштена, изјављена од овлаштеног лица и од лица које има активну легитимацију, у складу са чланом 100. став (1) Закона о јавним набавкама.

Жалитељ сматра да тендерска документација за предметни поступак јавне набавке има недостатака, односно да дио није припремљен у складу са Законом о јавним набавкама.

С тим у вези, жалитељ као основ за жалбу наводи сљедеће:

Први жалбени навод:

Тендерска документација у тачки 3.5. Техничка и професионална способност, прописан је услов и захтјев који је у директној супротности како са ЗЈН тако и заузетом праксом УРЖ.

Наиме, Тендерском документацијом тачком 3.5. Техничка и професионална способност је између осталог прописано:

3.5. ТЕХНИЧКА И ПРОФЕСИОНАЛНА СПОСОБНОСТ:

3.5.1. Што се тиче техничке и професионалне способности понуђача у складу са чланом 48. Закона о јавним набавкама, понуђачи морају испунити сљедеће минималне услове:

а) Успјешно искуство у реализацији минимално једног уговора, чији је карактер и сложеност исти или сличан предмету набавке у вриједности не мањој од 25.641,03 КМ без ПДВ, у последње 3 (три) године рачунајући од момента предаје понуде или за период од датума регистрације, односно од почетка пословања, ако је понуђач регистрован, односно почео да ради прије мање од 3 (три) године.

а) Списак извршених уговора чија је сложеност иста или слична предмету набавке, који сачињава сам понуђач на свом пословном меморандуму, потписан и овјерен печатом од стране понуђача, у посљедње три (3) године или од датума регистрације, односно почетка пословања, ако је понуђач регистрован, односно почео са радом прије мање од три (3) године, рачунајући од предаје понуде. Списак се доставља у оригиналу или као овјерена фотокопија. Уз списак извршених уговора понуђач је дужан доставити и потврду издату од стране крајњег корисника.

Изузетно, уколико се таква потврда из објективних разлога не може добити од уговорне стране која није уговорни орган, важи изјава привредног субјекта о уредно извршеним уговорима уз предочавање доказа о учињеним покушајима да се такве потврде осигурају. Потврда мора да садржи (...)"

Уговорни орган захтијева доставу потврда од стране "крајњег корисника", што Закон о јавним набавкама не познаје — познаје само потврду друге уговорне стране", а што је прописано чланом 48. став 2. ЗЈН који гласи:

(2) Ако уговорни орган захтијева доказ о уредно извршеним уговорима, тај доказ подноси се у форми списка извршених уговора уз потврду коју даје друга уговорна страна о њиховој реализацији. У случају да се таква потврда из објективних разлога не може добити од уговорне стране која није уговорни орган, вриједи изјава привредног субјекта о уредно извршеним уговорима, уз предочавање доказа о учињеним покушајима да се такве потврде осигурају. "

Оваквим дефинисањем ТД, прави се апсурдна ситуација, да нпр. у оквиру групе понуђача чланови исте једни другима издају потврде о уредно примљеним робама, а не Уговорни орган који је друга уговорна страна и који је тај који треба да потврди да је уговор уредно извршен.

Иста ситуација је и на релацији крајњи корисник — Уговорни орган, крајњи корисник би издао потврду као прималац робе, а не друга уговорна страна Уговорни орган, који је једини релевантан за издавање Потврде о успјешној реализацији уговора.

Прије свега Жалитељ истиче да Закон о јавним набавкама не познаје термин крајњи корисник (нити друге попут „инвеститори”, примаоци робе/наручиоци радова/услуга), јер се управо „измишљањем” у Закону непостојећих термина ствара правна несигурност, посљедично неједнак третман понуђача, који је у конкретном поступању Уговорног органа — евидентан. О наведеној неправилности поступања уговорних органа, заузео је став и Уред за разматрање жалби у Рјешењу бр. ЈН2-03-07-1-1129-8/18 од 27.09.2018. године:

„С тим у вези овај орган истиче да је чланом 48. став (2) Закона јасно прописано да се докази о уредном извршењу уговора подnose у форми списка извршених уговора уз потврду коју издаје друга уговорна страна, која мора садржавати елементе утврђене у ставу (3) истог члана. Из наведеног произилази да термин „крајњи корисник” Закон не познаје, те овај орган истиче да такав термин односно захтјев уговорног органа уноси недоумице ко може издати потврду и шта је крајњи корисник у постављеном захтјеву, а што није смисао законске одредбе. Навод уговорног органа у изјашњењу да додавање термина „крајњи корисник” није супротно цитираној одредби Закона јер се ради о прецизирању термина „друга уговорна страна” се не може прихватити, јер такав захтјев није у складу

са релевантном одредбом Закона, с обзиром да је Закон сасвим јасан и уговорни орган нема потребе да у тендерској документацији на такав начин прецизира већ јасне одредбе Закона. Додавање термина „крајњи корисник“ оставља могућност различитог тумачења, што уноси правну несигурност у поступак, а може имати и ограничавајући ефекат на конкуренцију, а на што све указује жалитељ, те се навод жалитеља сматра основаним.”

Једина одредница коју Закон познаје јесте „друга уговорна страна“, јер се Тендерском документацијом не може захтијевати да потврду мора издати примаоца робе (!?)! 1

Отпремницу на којој је наведено „робу примио“ — може потписати било које физичко лице, што доводи до апсурдности постављени услов „крајњи корисник“ - који може издати потврду а да уопште није друга уговорна страна.

Такође, Уред за разматрање жалби, разматрајући сличну правну ситуацију, заузео сљедећи став у Рјешењу бр. ЈН2-01-07-1-3522-7/22 од 19.01.2023. године Рјешењу бр. ЈН2-01-07-1-3562-7/22 од 26.01.2023. године:

„Узимајући у обзир цитиране одредбе тендерске документације и одредбе Закона о јавним набавкама у вези са наводом жалитеља, овај орган истиче да је закон јасно прописао ко издаје потврду о уредно извршеним уговорима. Такође је прописао и обавезне елементе потврде. Захтјев уговорног органа да потврду издају примаоци роба/ наручиоци радова или услуга, те да се издаје на меморандуму примаоца робе, овјерена печатом и потписана од стране примаоца робе, није у складу са чланом 48. став (2) ЗЈН, те на наведени начин уговорни орган уводи нови појам „примаоц робе“ што може бити различито тумачено и доводи до одређених нејасноћа ко се сматра примаоцем робе. Поред тога, инсистирањем да потврда мора бити на меморандуму примаоца робе и потписана и овјерена од стране одговорног лица примаоца робе, уговорни орган компликује поступак и одступа од јасно утврђене законске одредбе, што потврда о уредно извршеном уговору мора да садржи. Како се не би дошло у ситуацију да се приликом прегледа и оцјене понуда не може са сигурношћу утврдити ко су примаоци робе, ко је издао робу и је ли на меморандуму или није, овај орган сматра да се уговорни орган треба држати терминологија утврђене одредбом члана 48. ЗЈН приликом прописивања услова техничке и професионалне способности. Имајући у виду наведено, овај орган цијени навод жалитеља основаним.”

Будући да се постављени захтјев у Тендерској документацији од стране Уговорног органа јавља неправилним и у супротности са претходно цитираним законским одредбама и заузетом праксом како Суда Босне и Херцеговине, тако и самог Уреда за разматрање жалби, то предметни жалбени навод ваља усвојити као основан, а како би се предметни поступак јавне набавке провео на законит начин, поштујући опште принципе ЗЈН које прокламује члан 3, те како би се остварила активна и правична конкуренција у пуном капацитету. У противном усљед неусклађености са одредбом члана 48. ЗЈН предметну Тендерску документацију ваља поништити у цијелости сходно одредби члана 103. ЗЈН. “

Жалбени навод је неоснован

Уговорни орган се приликом прописивања квалификационих услова, не само за предметни поступак, него за сваку јавну набавку коју проводи, у потпуности придржава одредби које прописује Закон о јавним набавкама. Циљ уговорног органа је првенствено да избјегне могућност жалби, а такође и да свим понуђачима понуди једнак третман, без било какве дискриминације.

Уговорни орган сматра да је овај жалбени навод у потпуности неоснован, јер је постављени услов у потпуности прилагођен члану 48. став (2) и (3) Закона о јавним набавкама. Наводи жалитеља се уопште не могу примијенити на предметни поступак јавне набавке, јер је Уговорни орган тачком 3.5.2. тендерске документације навео сасвим децидно да су понуђачи дужни уз списак извршених уговора доставити и потврду о уредно извршеном уговору издату од стране крајњег корисника, који је наравно приликом закључења уговора друга уговорна страна ако би се у потпуности држали Законске терминологије. То што жалитељ наводи могућност да чланови у оквиру групе понуђача могу једни другима издати потврде о *уредно примљеним робама*, није нешто што се може довести у везу са постављеним условима. Дакле, Уговорни орган је јасно навео да је неопходно доставити потврду о уредно извршеном уговору коју издаје крајњи корисник (купац, инвеститор, наручилац – зависно од терминологије коју употребљавају уговорни органи). Уговорни орган нигдје није оставио могућност понуђачима да умјесто тражене потврде о уредно извршеном уговору могу доставити потврду о уредно

примљеним робама. Потврда сама по себи представља резултат закљученог уговора. Да би неко издао такву потврду, првенствено мора имати све податке које потврда у складу са чланом 48. став (3) Закона о јавним набавкама мора да садржи. Поред тога, уговорни орган задржава право да у случају сумње у истинитост достављених доказа изврши провјеру истих.

Такође морамо истаћи и то да навод жалитеља који гласи да Закон о јавним набавкама не познаје термин крајњи корисник, нити друге попут инвеститори, примаоци робе/наручиоци радова/услуга) је апсолутно апсурдан. Агенција за јавне набавке је на својој званичној интернет страници објавила моделе стандардне тендерске документације у саставу којих се наравно налазе и нацрти уговора за сваки од поступака. У нацрту уговора су наведене уговорне стране између којих се закључује уговор. Тако је рецимо код уговора за набавку услуга за једну од уговорних страна кориштен појам „Наручилац“, а за другу уговорну страну термин „Пружалац услуга/Извршилац“. На основу овога што жалитељ наводи, могло би се закључити да онда и прописи које доноси Агенција за јавне набавке нису припремљени у складу са Законом о јавним набавкама.

Примјери кориштени у жалби не могу се у потпуности поистовјетити са конкретном ситуацијом. Жалитељ наводи како су поједини уговорни органи захтијевали рецимо да потврде буду издате на меморандуму примаоца робе, овјерене печатом и потписане од стране примаоца робе. Наведени примјер уопште није адекватан, јер општина Лопаре нити у једном дијелу свога захтјева није одступила од онога што прописује и сам Закон о јавним набавкама. Дакле, тендерском документацијом је тачно наведено шта потврда о уредно извршеном **уговору** (а не потврда о уредно примљеним робама) мора да садржи, а то су управо они подаци који су прописани чланом 48. став (2) Закона о јавним набавкама. На крају, поново ћемо истаћи да смо се приликом прописивања услова техничке и професионалне способности у потпуности придржавали одредаба Закона о јавним набавкама и ничим нисмо оставили могућност неједнаког третмана понуђача, нити могућност стварања правне несигурности, те је самим тим наведени жалбени навод у потпуности **неоснован**.

Други жалбени навод

Тендерском документацијом у тачки 3.5. Техничка и професионална способност, Уговорни орган захтијева посједовање ISO сертификата, али незаконито и у супротности са ЗЈН.

Наиме, Тендерском документацијом тачком 3.5. Техничка и професионална способност, прописано је сљедеће:

3.5. ТЕХНИЧКА И ПРОФЕСИОНАЛНА СПОСОБНОСТ:

3.5.1. Што се тиче техничке и професионалне способности понуђача у складу са чланом 48. Закона о јавним набавкама, понуђачи морају испунити сљедеће минималне услове:

(...) б) посједовање важећих сертификата ISO 9001:2015, ISO 14001:2015, ISO 45001:2018 и ISO 50001:2018.

3.5.2. У сврху доказивања техничке и професионалне способности понуђачи су дужни у понуди доставити сљедеће доказе:

(...) б) Од понуђача се тражи да има имплементирани сљедеће сертификоване системе управљања, односно стандарде: ISO 9001:2015, ISO 14001:2015, ISO 45001:2018 и ISO 50001:2018 или еквивалентне сертификате. Наведени сертификати, односно еквивалентни сертификати се достављају у саставу понуде као обичне копије."

Постављени захтјев Уговорног органа за достављањем сертификата ISO 9001:2015, ISO 14001:2015, ISO 45001:2018 и ISO 50001:2018 је несумњиво прекомјеран.

Уговорни орган тендерском документацијом поставља захтјеве које се односе на техничку и професионалну способност и то — списак уредно извршених уговора и минимално једну потврду о извршеном те захтјев за наведеним сертификатима.

Постављени захтјев је прекомјеран, с обзиром да уколико један понуђач путем успјешно извршеног уговора у минималној вриједности од 25.641,03 КМ без ПДВ-а докаже да је способан успјешно пружити услуге у захтијеваном обиму, самим тиме је доказао и квалитет у пружању услуга. Постављање овог захтјева управо има смисао у испитивању способности и квалитета извршеног посла. Дакле, ако је понуђач већ путем потврде о уредно извршеном уговору доказао да је способан квалитетно и у задатом обиму, извршити јавну набавку, није јасно зашто мора исто доказивати путем ISO сертификата и то више њих;

Надаље, неопходно је указати на чињеницу да захтијевани сертификати уопште не могу утицати на квалитет извршеног посла, те није јасно зашто се захтијевају, односно по ком основу се исти захтијевају.

Достављање сертификата ISO 9001:2015, ISO 14001:2015, ISO 45001:2018 и ISO 50001:2018, од стране понуђача није основано јер исте посједује произвођач опреме, а не понуђач те се оваквим захтјевом стварају нове обавезе понуђачима а које нису нужне, па је овако постављен захтјев необразложен и недефинисан услов јер УО ни на који начин исти не доводи у логичку везу са предметом јавне набавке. Имајући у виду захтијевање три (3) сертификата, а да том приликом УО није навео нити засновао конкретне разлоге због чега цијени да су баш три (3) сертификата потребна, у односу на нпр. специфичност предмета надметања, јавни интерес, у односу на законска правила, специфичност услова рада, анализу тржишта, усклађеност са узансама и сл., то се постављени услов јавља прекомјерним, арбитрарним и ничим поткрепљеним.

Није довољно навести на шта се који сертификат односи, напротив нужно је исти довести у везу са предметом јавне набавке — а што је у конкретном изостало.

Дакле, Уговорни орган је насумично и без упуштања у суштину значења сертификата, поставио овако неправилан и прекомјеран услов, што је неприхватљиво и незаконито.

Чланом 121а. Закона о измјенама и допунама Закона о јамим набавкама је прописано Усклађивање са правном течевином Европске уније којим је прописано да се овим законом преузимају одредбе Директиве 2014/24/ЕУ Еуропског парламента и Вијећа од 26. фебруара 2014. о јавним набавкама и о стављању изван снаге Директиве 2004/18/ ЕЗ, Директиве 2014/25/ЕУ Еуропског парламента и Вијећа од 26. фебруара 2014. о набавкама субјеката који дјелују у сектору водопривреде, енергетском и саобраћајном сектору те сектору поштанских услуга и стављању изван снаге Директиве 2004/17/ЕЗ, 2014/25, Директиве 2007/66/ЕЗ Еуропског парламента и Вијећа од 11. децембра 2007. о измјени директива Вијећа 89/665/ЕЕЗ и 92/13/ЕЕЗ у вези с побољшањем учинковитости поступака правне заштите који се односе на склапање уговора о јавним набавкама, и Директиве 2009/81/ЕЗ Еуропског парламента и Вијећа од 13. јула 2009. о усклађивању поступака набавке за одређене уговоре о радовима, уговоре о набавци робе и уговоре о услугама које склапају уговорни органи или уговорни органи у подручју одбране и сигурности те измјени директива 2004/17/ЕЗ и 2004/18/ ЕЗ.

С тим у вези, Жалитељ наглашава да је у априлу 2016. године донесен нови пакет прописа о набавкама, а промовисање учешћа малих и средњих предузећа (у даљем тексту: МСП) наглашено је као један од пет главних аспеката јавних набавки.

Значај МСП-а наглашава се у тачки 124 преамбуле Директиве о јавном сектору из 2014.

„С обзиром на потенцијал малих и средњих предузећа у погледу стварања радних мјеста, раста и иновација, важно је подстицати њихово учествовање у јавним набавкама, путем одговарајућих одредби у овој Директиви и путем иницијатива на националном нивоу. Нове одредбе предвиђене Директивом требале би да допринесу већем степену успјеха, што подразумијева удио малих и средњих предузећа у укупној вриједности додијелиених уговора. Није прикладно наметнути обавезујуће степене успјеха, међутим националне иницијативе усмјерене на подстицање учешћа малих и средњих предузећа требало би помно пратити с обзиром на њихову важност.”

Одређивање исувише захтјевних критерија за одабир веома често представља неоправдану препреку за учешће МСП-а у поступку јавне набавке. За МСП је, дакле, од пресудног значаја задржати сразмјерност критерија за одабир.

Према начелу сразмјерности, свака предузета мјера мора бити како неопходна тако и прикладна у свјетлу циљева који се желе остварити. Примичењени критерији за одабир нарочито морају бити сразмјерни величини, природи и сложености уговора. Поред тога, морају се захтијевати само докази који су строго неопходни да се утврди да ли су испуњени критерији за одабир.

Директивом је изричито наведено да сви услови у вези с критеријима за одабир морају бити ограничени на оне који су прикладни да се осигура да кандидат или понуђач има правни и финансијски капацитет и техничку и стручну способност да изврши уговор. Надаље, ти услови морају бити у вези с предметом уговора и сразмјерни њему (члан 58. став 1).

Све претходно наведено добија посебан значај када је то флагрантно захтијевање „егзотичних” услова попут 3 (три) сертификата.

Став по наведеном питању и неправилности паушалног и арбитарног прописивања услова по питању ISO стандарда, заузет је у пракси Суда Босне и Херцеговине у Пресуди Апелационог вијећа бр. Сл 3 У 035488 22 Увп од 15.04.2022. године који став гласи:

(...) у пресуди нису дати одговори на навод тужбе о стварној потреби достављања доказа о стандардима квалитета ISO 9001, ISO 14001 и ISO 45001 или еквивалента у смислу тачке 13 став 2 тачка 2) Измијењеног тендерског документа, а у смислу одредбе члана 44 став 2 и 3 и члана 49 Закона о јавним набавкама те члана 7 Упутства за припрему модела тендерске документације и понуда. Ово тим више што Уговорни орган у ТД захтијевајући три сертификата од понуђача није образложио околности због којих се захтијевају, а како је то прописано одредбом члана 7 став (7) Упутства:

Изузетно од ст. (2) до (5) овога члана, у оправданим околностима које морају бити везане уз ризике који произилазе из природе радова, услуга или робе који су предмет набавке, уговорни орган може захтијевати и више услова финансијске и/или техничке и професионалне способности, при чему је у тендерској документацији дужан детаљно образложити те околности."

Такође, постављени захтјев је незаконит и сачињен противно члану 44. ЗЈН који гласи:

,Члан 44 (Провјера квалификација кандидата или понуђача)

(1) Уговорни орган провјерава и оцјењује да ли је кандидат/понуђач поуздан и способан да изврши уговор, у складу са условима утврђеним у тендерској документацији.

(2) Уговорни орган у тендерској документацији дефинише услове за квалификацију на начин да утврди минимум захтјева за квалификацију кандидата/понуђача у погледу њихове личне способности, економског и финансијског стања, те техничке и/или професионалне способности.

(3) Минимум квалификационих услова које уговорни орган одреди за кандидате/ понуђаче, као и документи који су потребни за њихово доказивање обавезно треба да буду сразмјерни предмету јавне набавке и у складу с њим. Постављени услови не смију имати ограничавајући карактер на конкуренцију и морају бити јасни и прецизни,

(4) Уговорни орган од кандидата/понуђача захтијева само оне доказе који су неопходни да би се утврдило да ли кандидат/понауђач задовољава квалификационе услове које је поставио уговорни орган. Анализом члана 44. ЗЈН и поређењем са постављеним захтјевима у Тендерској документацији, закључује се да нису успостављени минимални захтјеви нити је захтјев за достављањем ISO сертификата уопште сразмјеран предмету јавне набавке, с обзиром да се достављањем истих неће доказати ништа ново нити другачије што већ претходно није доказиво испуњењем других постављених захтјева из тачке 3.5. Тендерске документације.

Из Тендерске документације и постављених услова, несумњиво, не произилази потреба нити неопходност за посједовањем наведених сертификата.

Колико је неправилно и незаконито прописивање оваквог захтјева јасно указује чињеница да, осим што је паушално наведен, без образложења стварне нужности, Уговорни орган је исти прописао на начин пуког испуњавања законске форме, па је навео „или еквивалентни стандарди“ При томе, ни на који начин није образложио начин доказивања еквивалентности, а што је обавеза прописана чланом 3. став (2) тачка д) алинеја 13) Упутства за припрему модела тендерске документације који прописује да ако је у техничкој спецификацији кориштен израз „или еквивалент“ онда је потребно обавезно описати начин на који ће понуђачи који нуде „еквивалент“ доказивати да се ради о еквиваленту, те из наведеног није јасно на који начин ће уговорни орган цијенити/прихватити еквиваленте што онемогућава припрему понуда на стварно конкурентској основи (сходно члану 53. став 1. ЗЈН-а) односно, није јасно на који начин ће вршити поређење и оцјену понуда уколико неки од понуђача доставе неке друге доказе за које тврде и сматрају да су еквивалентни истима.

Дакле, уговорни орган је у датој ситуацији био дужан, у смислу дозвољене еквивалентности траженом, прво да експлицитно објасни/дефинише шта представља такву еквивалентност.

Наведено поступање само по себи указује на истрајности и упорност Уговорног органа, да кроз покушаје стварања привида законитости проводења поступка (паушалним навођењем законских одредница), покуша поставити неправилне и незаконите услове који за резултат имају ограничавање конкуренције.

На овај начин, поступак јавне набавке непотребно је усложњен, али је истовремено отворен простор за сужавање конкурентности супротно општим принципима из члана 3. ЗЈН.

Како би тендерска документација била припремљена у складу са Законом о јавним набавкама и општим принципима на којима се јавне набавке морају заснивати, Уговорни орган је дужан све претходно усвојити и захтјев за достављање сертификата ISO 9001:2015, ISO 14001:2015, ISO 45001:2018 и ISO 50001:2018 или еквивалентних сертификата у потпуности уклонити из тендерске документације

Жалбени навод је неоснован

Уговорни орган је тачком 3.5. тендерске документације прописао услове техничке и професионалне способности понуђача. Тако је тачком 3.5.1. под б) тражено посједовање важећих сертификата ISO 9001:2015, ISO 14001:2015, ISO 45001:2018 и ISO 50001:2018

У сврху доказивања испуњености наведеног услова од понуђача се тражи да имају имплементирани сљедеће сертифициране системе управљања, односно стандарде: ISO 9001:2015, ISO 14001:2015, ISO 45001:2018 и ISO 50001:2018 или еквивалентне сертификате. Наведени сертификати, односно еквивалентни сертификати се достављају у саставу понуде као обичне копије.

Оваквим жалбеним наводом жалитељ Уговорном органу ставља до знања да је по њему сам предмет набавке небитан и да нема никаквог јавног интереса. Није уопште јасан навод жалитеља како се тражени сертификати уопште не могу довести у везу са предметом јавне набавке и да уопште не могу утицати на квалитет извршеног посла. Уговорни орган је управо кроз појашњење значења сваког од сертификата појединачно хтио да укаже који је њихов значај (заштита животне средине, спречавање повреда на раду, управљање квалитетом). Уговорни орган сматра да предмет набавке управо представља посао за који је посједовање тражених сертификата нужно и оправдано. На овом мјесту ћемо поново навести који је значај тражених сертификата и на шта се они односе, како би на такав начин указали на везу предмета набавке и посједовања тражених сертификата:

ISO 9001 Међународно признати сертификат ISO 9001 који прецизира основне захтјеве за систем управљања квалитетом које организација мора да испуни како би показала своју способност да своје производе и услуге досљедно испоручује, чиме повећавају задовољство корисника и испуњавају важећу законску регулативу. Задња ревизија стандарда ISO 9001:2015 у односу на предходне верзије ISO 9001 обogaћена је контекстним приступом и води рачуна о ризицима. ISO 9001:2015 наводи да о ризицима треба размишљати, што не захтјева документовану процедуру и не подразумијева управљање ризицима, те се исто у оквиру ISO 9001:2015 не може доказати или оповргнути. Према захтјевима ISO 9001:2015 обавезно је за сваки посао и позицију направити матрицу компетенција, контролну табелу ризика, мапирати процесе и процедуре као и направити графике перформанси за добављаче. Током година су учињени напори да се стандарди ISO 9001 и ISO 14000 споје у јединствени стандард квалитета који би постао основа за управљање квалитетом пословања неке организације, али да се од истог одустало, мада и данас постоје захтјеви да се ови стандарди обједине. Такође, наведени стандард представља доказ квалитета свим купцима и корисницима компаније које од пословне организације која посједује наведени стандард могу очекивати стандардизовано понашање у пословном окружењу, те представља мјеру подизања кредибилитета пословне организације.

ISO 14001 Environmental Management System (скраћено, EMS) представља најраспрострањенији међународни стандард квалитета из области управљања и заштите животне околине, па као исти представља гаранцију да организације које су га имплементирале и које га се придржавају воде рачуна о заштити животне средине на начин да изводе своје оперативне пословање на начин да избјегну, односно, минимизују негативне ефекте пословања на животну средину, односно, да активно учествују и предузимају мјере управљања како би се настали негативни ефекти отклонили у смислу управљања отпадом.

OH&S 45001 Occupational Health and Safety - Међународно признати сертификат OH&S 45001:2018, који гарантује да понуђач задовољава стандарде система заштите на раду и осигурава да процеси које реализују и услуге које пружају буду безбједни и без ризика по здравље и радну околину корисника. Овим се гарантује текућа контрола, већа ефикасност и могућност за стално побољшавање радних

услова као и стално побољшање система управљања здравственим и другим ризицима са циљем да се заштите како запослени тако и предузеће од здравствених и других повезаних ризика, те да се смањи вјероватноћа настанка, припреми за реаговање и опорави од реметилачких инцидената уколико до њих дође.

EnMS 50001 Energy Management System - Овај стандард дефинише захтјеве за успостављање, примјену, одржавање и побољшавање система енергетског управљања (EnMS-a). Намјера му је да омогући организацији да прати системски приступ у постизању сталног побољшавања енергетске перформансе и EnMS-a. Систем управљања енергијом (EnMS) је систем који помаже организацијама да на бољи начин управљају потрошњом енергије те побољшају продуктивности свога рада. Такав систем укључује развој и провођење енергетске политике, дефинисање остваривих циљева за кориштење енергије те израду акцијских планова како би се до постављених циљева дошло. То може укључивати имплементацију нове енергетски ефикасне технологије, смањење губитака енергије или побољшање постојећих пословних процеса, који ће довести до смањења трошкове енергије као значајне ставке пословања. ISO 50001 стандард има за циљ помоћи организацијама да континуирано смање потрошњу енергије, а тиме и трошкова енергије, те емисије стакленичких плинова.

Глобална енергетска политика усмјерена је ка ефективнијем прелазу са фосилних горива на чистије изворе енергије те испуњењу обавеза смањења емисије стакленичких плинова. Очекује се да ће ове промјене донијети значајне користи за крајње потрошаче, како из еколошке перспективе тако и економске. Енергетски пакет Европске Уније посебан значај даје кориштењу енергије из обновљивих извора, а што игра кључну улогу у промовисању сигурности, одрживе енергије по прихватљивим цијенама, технолошког развоја и иновација, истовремено пружајући еколошке, социјалне и здравствене користи. Надаље, настоји се креирати модеран дизајн тржишта електричне енергије са карактеристикама флексибилности, тржишне оријентисаности и већег удјела обновљивих извора енергије. Оквирна енергетска стратегија Босне и Херцеговине до 2035. године даје контекст и смјер развоја енергетике у Босни и Херцеговини базирајући смјернице на политикама одрживог развоја које у балансу имају сигурност снабдијевања, конкурентност цијена, те политику декарбонизације, односно чистије енергије. Ефикасно кориштење ресурса представља путању ка испуњавању преузетих обавеза и политика Европске Уније, те позиционирање енергетике као покретача стабилности и одрживог развоја економије.

Фотонапонске електране представљају системе у којима се, посредством фотонапонског ефекта, врши конверзија енергије сунчевог зрачења у истосмјерну електричну енергију, при чему не долази до емисије штетних гасова те у том сегменту немају штетни утицаја на околину.

Такође морамо напоменути и то да смисао постављања оваквог услова није ограничење конкуренције, нити онемогућавање МСП да учествују у поступку јавне набавке. Крој објашњења сваког од сертификата, јасно је зашто је Уговорни орган поставио управо такав захтјев. Циљ расписивања ове јавне набавке управо и јесте оно што се управо доказује посједовањем тражених сертификата: здравија животна средина, уштеда енергије...

Жалитељ наводи да је Уговорни орган само да би испунио „пуку“ законску форму навео поред сваког од тражених сертификата „или еквивалентни сертификат“, позивајући се на члан 3. став (2) тачка д) алинеја 13) Упутства за припрему модела тендерске документације који прописује да ако је у **техничкој спецификацији** кориштен израз „или еквивалент“ онда је потребно обавезно описати начин на који ће понуђачи који нуде „еквивалент“ доказивати да се ради о еквиваленту, Уговорни орган нигдје у техничкој спецификацији није навео „или еквивалент“, тако да је и овај дио навода потпуно неоснован. Члан 48. став (6) гласи: „Ако се у тендерској документацији захтјева осигурање сертификата које издају независни органи, а којима се потврђује да кандидат/понуђач задовољава одређене стандарде осигурања квалитета, уговорни орган дужан је позвати се на системе осигурања квалитета који се заснивају на одговарајућим европским серијама стандарда које су потврдили органи која су у складу с европским серијама стандарда које се тичу издавања сертификата. Уговорни орган дужан је прихватити и друге доказе о еквивалентним мјерама осигурања квалитета од кандидата/понуђача који немају приступа таквим сертификатима.“

Жалитељ такође наводи да Уговорни орган није требао захтијевати посједовање сертификата, зато што је захтијевао од понуђача да доставе доказе о уредно извршеном уговору. Нигдје у Закону није наведено да Уговорни органи немају право захтијевати од понуђача испуњење више услова, односно да тражење испуњења једног услова, искључује могућност тражења другог. Дакле, могуће је захтијевати услове који се могу довести у везу са конкретним предметом јавне набавке и који могу бити од утицаја на сам поступак јавне набавке и испуњење уговорне обавезе.

Цијенећи све наведено, Уговорни орган сматра да је наведени жалбени навод неоснован.

Трећи жалбени навод

Тендерска документација је припремљена у супротности са Законом о јавним набавкама, и подзаконским актима који уређују предметну област, и директно супротно пракси Уреда за разматрање жалби, будући да Анекс 3 - Образац за цијену понуде није сачињен у складу са Упутством за припрему модела тендерске документације и понуда.

Образац за цијену понуде - Анекс 3 на страницама 29.-31. ТД је сачињен на начин да није предвиђен простор за уписивање цијене словима, што онемогућава понуђаче да припреме понуду на начин како то прописује Закон односно подзаконски акти који уређују предметну област - Упутство за припрему модела тендерске документације и понуда.

Наиме, Упутством за припрему модела тендерске документације и понуда је експлицитно прописан начин уноса цијене, и то чланом 14. став (2) Упутства:

„Члан 14. (Цијена понуде)

(1) (...)

(2) Цијена понуде пише се бројевима и словима. У случају неслагања износа уписаних бројчано и словима, предност се даје износу уписаном словима.

Законодавац је предметну одредбу унио с разлогом у Упутство за припрему модела тендерске документације и понуда („Службени гласник БиХ”, број 90/14).

Разлог оваквог дефинисања уписивања бројчано и словима налази се у чињеници да уколико би понуђач који је цијену уписао само бројевима, па када би након отварања понуда уочио да његова понуда није конкурентна, неприхватљива, постојала би могућност манипулације понудом - у таквој ситуацији, простим уписивањем цијене понуде словима, само би се „констатовала разлика између уписаног бројевима и словима”, предност би се дала „накнадно уписаној цијени понуде словима” — чиме би се изиграо смисао како одредбе Упутства, намјера законодавца, али и поступак у цјелини.

Поред наведеног (Образац за цијену понуде као најважнији образац), у Обрасцу понуде је остављен простор за уписивање цијене словима.

Сумарно:

Образац за цијену понуде - не садржи простор за уписивање словима.

Образац за понуду садржи простор за уписивање цијене словима.

У ситуацији да се испостави да је у другим обрасцима уписана цијена словима, која се разликује од цијене уписане само бројчано у Обрасцу за цијену понуде - ово отвара додатну забуну, а и потенцијално довођење у заблуду - поставља се питање смисла Обрасца за цијену понуде, у коме није остављен простор за уписивање цијене словима. (!?)

Посебна незаконитост Тендерске документације огледа се у услову прописаном тачком 4.4.3, којим је прописано:

У Образац за понуду, поред ставки које се изражавају и у Обрасцу за цијену понуде, уноси се и износ ПДВ-а на цијену понуде са укљученим попустом и на крају укупна цијена понуде са урачунатим ПДВ-ом. У Обрасцу за понуду укупна цијена понуде (са ПДВ-ом) пише се бројевима и словима.”

Дакле, Уговорни орган својевољно искључује законску обавезу уписивања цијене словима, а истовремено одређује у који се Образац цијена пише словима, а у који само бројевима.

Осим што је неправилно и незаконито и без икаквог упоришта уопште искључивати уписивање цијене словима у обрасцима, законодавац је баш посебан акценат ставио значаја и снаге Обрасцу за цијену понуде, па је тако у члану 17. став (4) Упутства прописао:

„(4) Када цијена понуде без пореза на додатну вриједност изражена у обрасцу за цијену понуде не одговара цијени понуде без пореза на додатну вриједност израженој у обрасцу понуде, важи цијена понуде без пореза на додатну вриједност изражена у обрасцу за цијену понуде.”

Како је видљиво, и сам законодавац је направио градацију значаја и „снаге” Образаца за понуду и Образаца за цијену понуде, те у погледу цијене - значај, предност и снага се даје Обрасцу за цијену понуде, па Уговорни орган како себе, тако и понуђаче доводи у парадоксалну ситуацију - да наводи да се „предност даје цијени уписаној словима”, а истовремено искључује уписивање цијене словима у Образац за цијену понуде - нонсенс. (!?)

Поставља се логично питање, чему се онда даје предност - уписивање словима (што тврди ТД) или Образац за цијену понуде (што је услов законодавца), и зашто се остављају овакве одредбе у Тендерској документацији које отварају могућност субјективног тумачења испуњености услова, доводења у заблуду понуђача, и беспотребног усложњавања поступка.

Дакле, када би овакав услов остао на снази, то би се исти јавио неоспораваним — али незаконитим! Наведено, иако дјелује као „безазлен”, „маргиналан”, „небитан” пропуст, заправо представља најгрубље кршење активне и правичне конкуренције јер се на овакав начин отварају неограничене могућности за малверзације и злоупотребе, а како је то претходно описано. Чак и ако није прописано да је цијену нужно уписати и словима, потенцијални понуђач који би накнадно дописао цијену словима - једноставно би се позвао на Упутство и добио би предност у односу на остале понуђаче.

Уговорни орган је у Тендерској документацији морао прописати да се цијена уписује бројевима и словима, а како би се поступак прворедно проводио у складу са законом, као и на транспарентан начин, без доводења у заблуду понуђача, али и ради давања смисла Обрасцу цијене понуде.

На овом мјесту Жалитељ цијени сходним подсјетити на став Суда Босне и Херцеговине заузет у бројним пресудама, тако и у Пресуди бр. Сл 3 У 036180 20 У 03.03.2022. године:

„Поступак јавне набавке је строго формалан поступак и формалитет није успостављен да би био сам себи сврха, него да би обезбиједио једнак третман и недискриминацију свих понуђача. Ова основна начела морају бити водилца при свакој радњи коју учини уговорни орган, а на страни потенцијалних понуђача је обавеза да у цјелости поштују постављене увјете, који су објављени у јавно м позиву. Стога је овај закон мјеродаван и у питању утврђивања правог стања ствари, изјашњавања о свим чињеницама и околностима, оцјене доказа, права на правна средства и судску заштиту.”

Такође, Уред за разматрање жалби, разматрајући сличну правну ситуацију заузео следећи став у Рјешењу бр. ЈН2-01-07-1-3522-7/22 од 19.01.2023. године и Рјешењу бр. ЈН2-01-07-1-3562-7/22 од 26.01.2023. године:

„Имајући у виду да је уговорни орган у тачкама 24.3. и 24.6. тендерског документа навео да се цијена понуде у Обрасцу за цијену понуде и Обрасцу за понуду пише и словима и бројевима, да је навео да је иста могућност предвиђена у обрасцу за понуду, међутим, увидом у сам образац за цијену понуде, неспорно је да уговорни орган није оставио могућност уписивања цијене понуде словима, чиме је сам Образац за цијену понуде сачинио у супротности са тачком 24.3. и 24.6. тендерске документације. Уговорни орган је требао прилагодити Образац захтјеву из тендерске документације и предвидјети могућност уписивања цијене понуде и словима у оба обрасца или јасно навести да се цијена понуде словима не мора наводити у обрасцу за цијену понуде. Имајући у виду наведено, овај орган цијени навод Жалитеља основаним.”

Надаље, рјешавајући у идентичној правној и чињеничној ситуацији, Уред за разматрање жалби је у Рјешењу бр. ЈН2-01-07-1-1274-7/22 од 02.06.2022. године, доносећи одлуку на пленарној сједници, утврдио неправилност наведеног, те заузео следећи став:

„Везано за жалбени навод да је Тендерска документација припремљена у супротности са Законом о јавим набавкама, и подзаконским актима који уређују предметну област, будући да је Образац за цијену понуде Анекс 3 сачињен на начин да није предвиђен простор за уписивање цијене словима, што онемогућава понуђаче да припреме понуду на начин како то прописује Закон односно подзаконски акти који уређују предметну област - Упутство за припрему модела тендерске документације и понуда, овај орган је утврдио даје исти основан.

Упутством за припрему модела тендерске документације и понуда је прописан начин уноса цијене, и то чланом 14. став (2) Упутства прописано је да се цијена понуде пише бројевима и словима. У случају неслагања износа уписаних бројчано и словима, предност се даје износу уписаном словима.

Уговорни орган је у Обрасцу за цијену понуде - Анекс 3 пропустио прописати да се цијена уписује бројевима и словима, чиме је оставио могућност различитог тумачење самог попуњавања Образаца за цијену понуде који у коначници може бити од утјечања и на само квалификацију понуђача.

Члан 2. став (1) тачка д. Закона о јавним набавкама прописује: Тендерска документација је документација која садржи минимум јасних и одговарајућих информација у односу на изабрани поступак додјеле уговора, а објављује је или кандидатима/понуђачима представља Уговорни орган; ова документација укључује обавјештење о набавци, позив за доставу захтјева за учешће/понууда (почетних и коначних), техничке спецификације, критерије за квалификацију и избор најповољније понуде, нацрт или основне елементе уговора и друге релевантне документе и објашњења.” Све наведено жалбени навод чини основаним.■

У коначном, Тендерска документација није сачињена у складу са Законом о јавним набавкама, односно супротно одредбама чланова 53.-55. ЗЈН, директно супротно одредби члана 14. став (2) Упутства, те иста не испуњава минимум опстојности.

Да би се поступак набавке провео у складу са законом, на стварно конкурентском нивоу уз поштовање Општих принципа из члана 3. ЗЈН, то је нужно измијенити Тендерску документацију и ускладити са ЗЈН и подзаконским актима који уређују предметну област. С тим у вези, предлагемо да се овај жалбени навод усвоји као основан, а што би представљало формално-правни услов за приступ модификацији ТД, у противном испуњени су услови за примјену члана 103. ЗЈН и поништење поступка у цијелости.

Жалбени навод је неоснован

Упутством за припрему модела тендерске документације и понуда („Службени гласник БиХ“, број: 90/14 и 20/15), члан 5. дефинисани су услови под којим Уговорни орган припрема Образац за цијену понуде. Наведени члан гласи:

„(1) Образац за цијену понуде који израђује уговорни орган у тендерској документацији састоји се од једне или више ставки.

(2) Свака ставка у обрасцу за цијену понуде садржи најмање слиједећа поља којима се наводи: а) текстуални опис ставке,

б) јединица мјере по којој се ставка обрачунава, а која може бити изражена у комадима, јединици масе, другим мјерним јединицама или изузетно у паушалу,

ц) количина ставке (тачна количина ставке, оквирна количина ставке, предвиђена количина ставке или процијењени удио ставке),

д) цијена ставке (по јединици мјере),

е) збирна цијена више ставки (збир цијена више ставки на које се односи збирни процијењени удио), ако је примјењиво,

ф) укупна цијена ставке,

г) цијена понуде без пореза на додатну вриједност (збир свих укупних цијена ставки).

(3) У обрасцу за цијену понуде мора бити дата могућност да се посебно исказе понуђени попуст. Попуст може бити исказан по свакој ставци и укупно или само укупно.

(4) Приликом испуњавања обрасца за цијену понуде понуђач укупну цијену ставке израчунава као:

а) производ количине ставке и цијене ставке, или

б) производ збирног процијењеног удјела више обједињених ставки и збирне цијене више ставки на које се тај збирни процијењени удио односи.“

Саставни дио Упутства за припрему модела тендерске документације и понуда („Службени гласник БиХ“, број: 90/14 и 20/15) представљају и Анекси, између осталих и Образац за цијену понуде (Анекс 3). Уговорни орган се приликом припремања форме и садржаја Обрасца за цијену понуде у предметној набавци у потпуности придржавао форме обрасца који представља саставни дио Упутства за припрему модела тендерске документације и понуда и обавезног садржаја прописаног чланом 5. наведеног Упутства.

Такође, могућност биле какве малверзације је искључена и тиме што је прописано да у случају разлика између јединичних цијена и укупног износа, исправка ће се извршити у складу са јединичним цијенама. Уговорни орган није могао нити на један начин довести понуђаче у забуну, јер је тендерском документацијом апсолутно јасно дефинисано на који начин су понуђачи дужни да припреме своје понуде и попуне обрасце. Тако је у тачки 4.4.3. ТД наведено: „Цијена понуде се у Обрасцу за цијену понуде наводи без ПДВ-а, затим се посебно наводи понуђени попуст и на крају цијена понуде са укљученим попустом без ПДВ-а. У Образац за понуду, поред ставки које се изражавају и у Обрасцу за цијену понуде, уноси се и износ ПДВ-а на цијену понуде са укљученим попустом и на крају укупна

цијена понуде са урачунатим ПДВ-ом. У Обрасцу за понуду укупна цијена понуде (са ПДВ-ом) пише се бројевима и словима.“

Оваквом одредбом тендерске документације би и највећем лаику било сасвим јасно шта треба урадити и како припремити своју понуду. Уговорни орган нигдје у тендерској документацији није навео да су понуђачи дужни унутар обрасца за цијену понуде цијену уписати словима, а да притом није оставио простор за уписивање. Горе наведеном тачком ТД понуђачима је у потпуности објашњено у којем дијелу своје понуде су дужни уписати цијену понуде словима.

Жалитељ наводи неке примјере из праксе, не водећи рачуна да употребљени примјери управо доказују супротно од онога што он наводи у жалби. Тако се Жалитељ позива на рјешења Уреда за разматрање жалби у којима је између осталог наведено: „...Уговорни орган је требао прилагодити Образац захтјева из тендерске документације и предвидјети могућност уписивања цијене понуде и словима у оба обрасца или јасно навести да се цијена понуде словима не мора наводити у обрасцу за цијену понуде“.

Из наведеног произилази да је и мишљење самога Уреда да није обавезно предвидјети уписивање цијене словима унутар обрасца за цијену понуде, тако да је овај жалбени навод у потпуности неоснован.

Четврти жалбени навод:

Тендерска документација је неправилно припремљена усљед постављања незаконитих захтјева у Обрасцу за цијену понуде - Анекс 3, са тачно одређеним типовима без могућности достављања еквивалената, што исте чини дискриминаторним и ограничавајућим.

Наиме, у Анексу 3 - Образац за цијену понуде, Уговорни орган је поставио неколицину неправилних захтјева који се односе на обавезу нуђења тачно одређених типова опреме, без остављања могућности да се умјесто захтијеваних доставе еквивалентни типови опреме.

Уговорни орган дефинише сљедеће:

Испорука и постављање на крову алуминијумске конструкције за монтажу фотонапонских панела на постојећем алуминијумском крову објекта:

- Носач sole eco ssc 6200 шина
- „SL/R/SPK спојница за шине
- „SL TRH 7 носач
- SL AEC 35-50 рубни носач
- SL AIC 35-50 средњи носач”

Како је видљиво, постављен је захтјев којим се фаворизује и експлицитно захтјева употреба тачно одређених типова опреме у вези са постављањем фотонапонских панела, што је незаконито. Уговорни орган поставља захтјев за наведеним типом, а притом не наводи ријечи „или еквивалент“, што је законска одредница коју није могуће нити изоставити, нити замјенити другим ријечима.

Уговорни орган, дефинишући захтјеве који се односе на техничке карактеристике производа који су предмет набавке, на овај начин, поступа у супротности са Законом о јавним набавкама БиХ (Службени гласник БиХ 39/14 и 59/22). Наиме, приликом одређивања техничких спецификација, Уговорни орган не смије упућивати на одређеног произвођача и тиме нарушавати поступак који се мора заснивати на стварно конкурентној основи. Конкретно, навођењем „sole eco ssc 6200“, „SL/R/SPK“, „SLTRH 7“, „SL AEC 35-50“ и „SL AIC 35-50“, Уговорни орган је упутио на тачно одређене типове и тиме поставио критериј који је у супротности за Законом.

Уговорни орган је пропустио уопште додати „или еквивалент“ поред „sole eco ssc 6200“, „SL/R/SPK“, „SLTRH 7“, „SL AEC 35-50“ и „SL AIC 35-50“.

Уговорни орган у Тендерској документацији није смио упутити на одређени тип, марку, производ или произвођача, а што је експлицитно забрањено Законом о јавним набавкама. Додатна неправилност огледа се и у ускраћивању могућности нуђења еквивалентних производа што је такође противно одредбама ЗЈН.

Законодавац је био изричит у сљедећем:

„Члан 54. став (9) ЗЈН (Техничке спецификације)

Осим ако није оправдано предметом набавке, у техничкој спецификацији не смије се упутити на одређеног произвођача, на поријекло или на посебан поступак, на марке, патенте, типове или

одређено поријекло, ако би се тиме поговорило или би се искључили одређени привредни субјекти или одређени производи. Такве напомене допуштене су само ако се предмет набавке не може довољно прецизно и разумљиво описати, али се без изузетка морају означити с додатком „или еквивалент“. Непознавање предмета набавке не ослобађа уговорни орган обавезе за дефинирање предмета набавке на стварно конкурентској основи. ”

Дакле, Уговорни орган је морао оправдати свој захтјев за одређеним произвођачем и – без изузетка морао означити с додатком ријечи „или еквивалент“, те у складу са Упутством за припрему тендерске документације појаснити/описати начин на који ће се еквивалент наведеног типа доказивати:

„Члан 3. (Садржај тендерске документације)

(...) (2) б) 2) Уколико је потребно користити термин „еквивалент“, утврдити одговарајуће критерије за оцјењивање еквивалентности код позивања на одређени производ, у складу са чланом 54. став (10) Закона; (...)

13) ако је у техничкој спецификацији кориштен израз „или еквивалент“ обавезно описати начин на који ће понуђачи који понуде „еквивалент“ доказивати да се ради о еквиваленту.

С обзиром да је Уговорни орган пропустио наведено, то је поступио супротно Закону и Упутству, те онемогућио понуђачима једнак и недискриминарајући приступ.

Овакав поступак Уговорног органа је у супротности и са слједећим:

„Члан 54. (1) (Техничке спецификације)

Техничке спецификације морају свим кандидатима/понудачима омогућити једнак и недискриминарајући приступ надметању. Техничке спецификације укључиват ће, кад год је то могуће, критериј приступачности за људе с инвалидитетом или критериј дизајна за све кориснике.

У прилог претходно наведеном говори и Рјешење Уреда за разматрање жалби број ЈН2-03-07-1-17787/20 од 27.08.2020. године:

„Сходно наведеним чињеницама предметног случаја, овај орган предметни навод жалиоца сматра основаним. Наиме, чињеница је да се уговорни орган у Обрасцу за цијену ТД у односу на ставке 4, 10, 11. и 18. Обрасца, приликом одређивања карактеристика тражених роба, посредно, употребом појма „као“ позвао на (карактеристике) тачно одређене производе/производаче (Хуawei СУН2000- 23КТЛ, Фрониус Датанамагер бор и Фрониус Смарт метер, SUNALYZERVEB SCHRACK EKIP 67 (IG700102)), а да није образложио из којих разлога није могао довољно прецизно и разумљиво описати робе које набавља без позивања на споменуте производе, при чему у Обрасцу није наведене ставке означиле са додатком или еквивалент, те је дакле на наведени начин поступио супротно одредбама члана 54. став (9) ЗЈН, при чему овај орган наглашава да непознавање предмета набавке не ослобађа уговорни орган обавезе за дефинисање предмета набавке на стварно конкурентској основи.

У контексту наведеног напомиње се да члан 54. став (10) ЗЈН прописује да ако се изузетно објави позив за одређени производ са додатком „или еквивалент“; понуђач мора на за то предвиђеним празним мјестима, према одговарајућим ставкама, навести податке о производу и типу одговарајућег производа који нуди те, ако се то тражи, и остале податке који се односе на тај производ, да су критеријуми мјеродавни за оцјењивање еквивалентности наводе се у опису предмета набавке, при чему је понуђач дужан да обезбиједи доказ еквивалентности у смислу испуњења захтјева везано за предмет набавке у складу са захтјевима дефинисаним у тендерској документацији а да производи који су у тендерској документацији наведени као примјери се сматрају понуђенима ако понуђач не наведе никакве друге производе на предвиђеном мјесту.

У прилог претходно наведеном говори и Рјешење Уреда за разматрање жалби број ЈН2-03-07-1-118-9/18 од 28.02.2018. године

„У вези с другим наводом Жалитеља изнесеним у жалби, ово тијело истиче да је увидом у предметну Тендерску документацију утврдило да је Уговорно тијело ставке у Обрасцу за цијену понуде за Лот 1 – Домаћа пива, означило робним називом (као Сарајевско 1., 2., 3., 7., 8., и 11. и као Тузланско 4., 5., 6., 9. и 10.), те ставке у Обрасцу за цијену понуде за Лот 2 - Остала пива означило робним називом; као Хеинекен под 1., и као Туборг под 2., чиме је директно упутио на произвођача наведених производа, чиме је прекршило чланак 54. ставак (10) Закона о јавним набавкама, а на што указује Жалитељ у својој жалби. С обзиром да се ради о напитцима, који се могу описати прецизно и разумљиво без упућивања на робне марке или произвођача, Уговорно тијело у тендерској документацији није смјело упутило на

робну марку, јер то није оправдано предметом набавке и није у складу с чланком 54. ставак (9) Закона о јавним набавкама. Због свега наведеног навод Жалитеља сматра се основаним.“

С обзиром да се ради о производима, који се могу описати прецизно и разумљиво без упућивања на тачно одређени тип производа, Уговорно тијело у Тендерској документацији није смјело упутити на наведени тип, јер то није оправдано предметом набавке и није у складу с чланком 54. ЗЈН.

Имајући у виду да Тендерска документација није сачињена у складу са Законом о јавним набавкама, да су дијелови Тендерске документације дискриминаторни, ограничавајући, то је неспорна чињеница да се ради о незаконитим појединим дијеловима Тендерске документације, с тим у вези исте је нужно модификовати, а како би се овај поступак јавне набавке провео у складу са Општим принципима прокламованим чланом 3. Закона о јавним набавкама:

Чан 3. (Општи принципи)

(1) Уговорни орган дужан је да поступа транспарентно, да се у поступку јавне набавке према кандидатима/понуђачима понаша једнако и недискриминирајуће, на начин да осигура правичну и активну конкуренцију, с циљем најефикаснијег кориштења јавних средстава у вези с предметом набавке и његовом сврхом.”

Овако постављеним захтјевима у Тендерској документацији, логиком Уговорног органа, сваки понуђач би морао да се претходно информише (!) о карактеристикама производа „ sole есо ssc 6200“, „SL/R/SPK“, „SLTRH 7“, „SL AEC 35-50“ и „SL AIC 35-5“, и извучи закључке, па на основу „утврђивања“ тих карактеристика да прилагођава своју понуду - што је недопустиво, и противно како Општим принципима Закона о јавним набавкама прописаним чланом 3, тако и самој дефиницији појма „тендерске документације“ из члана 2. став 1. тачка д) Закона о јавним набавкама:

„д) тендерска документација је документација која садржи минимум јасних и одговарајућих информација у односу на изабрани поступак додјеле уговора, а објављује је или кандидатима/понуђачима представља уговорни орган; ова документација укључује објављештење о набавци, позив за доставу захтјева за учешће/понуда (почетних и коначних), техничке спецификације, критерије за квалификацију и избор најповољније понуде, нацрт или основне елементе уговора и друге релевантне документе и објашњења.(...)”,

али је такође и у супротности са чланом 53. Закона о јавним набавкама:

„Члан 53. (Неопходне информације)

(1) Уговорни орган дужан је припремити тендерску документацију у складу с одредбама овог закона и подзаконским актима. У тендерској документацији уговорни орган даје потпуне информације о условима уговора и поступку додјеле уговора, а који су кандидатима/понуђачима довољни за припрему захтјева за учешће, односно понуда на стварно конкурентској основи.”

Чланом 121а. Закона о измјенама и допунама Закона о јавним набавкама је прописано Усклађивање са правном течвином Европске уније којим је прописано да се вим законом се пре узимају одредбе Директиве 2014/24/ЕУ Еуропског парламента и Вијећа од 26. фебруара 2014. о јавним набавкама и о стављању изван снаге.

У вези са наведеним, Директива 2004/18/ЕЗ говори о забрани упућивања, па тако у члану 23. (2) наводи да „техничке спецификације морају омогућити једнак приступ за понуђаче и не смију имати учинак стварања неоправданих препрека отварању јавне набавке конкуренцији.” Надаље, члан 23. (8) забрањује уговорним органима да примјењују техничке спецификације које „упућују на одређену марку или извор, или одређени процес, жигове, патенте, типове или одређено поријекло или производњу ако би то имало учинак фаворизирања или искључивања одређених предузећа или производа.”

Дерогација од овог правила је дозвољена, али само у изузетним околностима. Дерогација је дозвољена уколико уговорни орган не може дати опис предмета набавке који је довољно прецизан и потпуно разумљив користећи објективне техничке спецификације. У таквом случају, уговорни орган мора навести да ће прихватити производе, услуге или методе које су еквивалентне у смислу својих карактеристика додавајући фразу „или еквивалент”.

Из свега претходно наведеног посве је јасно да Тендерска документација није припремљена у складу са Законом о јавним набавкама БиХ, те захтијевамо да се спорни захтјев уклони/модификује у складу са прописима који регулишу поступак јавних набавки на начин да се уклони наведени тип за ставке 10-18 из Обрасца за цијену понуде и да се поред захтијеваних типова опреме, дода „или еквивалент“.

Жалбени навод је основан

Анализирајући овај жалбени навод и поновном анализом техничке спецификације која је дата у Обрасцу за цијену понуде, Уговорни орган је закључио да је жалбени навод основан. На основу тога, Уговорни орган ће измијенити своју тендерску документацију, односно Анекс 3. (Образац за цијену понуде), те ће ставка под редним бројем 1. колона „опис робе“ бити дефинисана на сљедећи начин: „Испорука и постављање алуминијумске конструкције за монтажу фотонапонских панела на постојећем крову објекта (фотонапонски панели се монтирају на крову израђеном од поцинчаног пластифицираног лима). Ставка обухвата сав потребан монтажни причврсни прибор за стављање ставке у потпуну функционалност (шине, спојнице, носачи...)“

Пети жалбени навод

Тендерска документација је припремљена у супротности са Законом о јавим набавкама у дијелу који се односи на одређивање уговорне казне.

Наиме, члан 4. Нацрта уговора - Анекс 8, (стр. 41-46. ТД), гласи:

„Члан 4.

У случају кашњења у испоруци робе, до којег је дошло кривицом одабраног понуђача, исти ће платити уговорну казну у складу са Законом о облигационим односима у износу од 1 % (један посто) наручене робе за сваки дан кашњења, па све до уредног испуњења, с тим да укупан износ уговорне казне не може прећи 10% (десет посто) укупно уговорене вриједности робе која је предмет наруџбе.

Одабрани понуђач је дужан платити уговорну казну у року од 7 (седам) дана од дана пријема захтјева за плаћање од Уговорног органа.

Уговорни орган неће наплатити уговорну казну уколико је до кашњења дошло усљед више силе. Под вишом силом се подразумијева случај када испуњење обавезе постане немогуће због ванредних вањских догађаја на које изабрани понуђач није могао утицати нити их предвидјети.”

Превасходно, Уговорна казна није одређена у складу са начелом савјесности и поштења из члана 12. ЗОО.

Неспорно се утврђује да свако кашњење, па макар оно било оправдано и не својом кривицом, подлијеже плаћању 1% од укупне вриједности Уговора дневно!

Жалитељ указује да је на наведени начин незаконито дефинисана уговорна казна, будући да је иста превисоко одређена, директно супротно и законској затезној камати.

Чланом 274. Закона о облигационим односима је дефинисано смањење уговорне казне у случају да је она превисока.

Закони који су на снази у Републици Српској, Федерацији Босне и Херцеговине, те на нивоу државе Босне и Херцеговине затезну камату регулишу на начин:

Према Закону о затезној камати („Сл. гласник РС”, број 61/18) - 0,03% дневно.

Према Закону о висини стопе затезне камате („Сл. новине ФБиХ” број 18/20) - 0,03% дневно.

Према Закону о измјенама Закона о поступку индиректног опорезивања (Сл. гл. БиХ; број 100/13) 0,04 % дневно.

Према Закону о измјенама и допунама Закона о пореском поступку Републике Српске („Сл. гласник РС”, број; 67/13) - 0,03 % дневно

Наиме, Уговорни орган је унапријед прописао одредбу уговора која другу уговорну страну понуђача, ставља у наравноправан положај, јер је принуђен прихватити обавезу која је у супротности са интересима, али и добрим обичајима, а то је да кашњење у извршењу уговора за собом повлачи и уговорну казну која је одређена у износу од 1% дневно и у случају оправданог кашњења, а што је у потпуности незаконито.

Није спорно да Уговорни орган има дискреционо право поставити услов којим може заштити себе у смислу неизвршавања обавеза од стране понуђача, те да може поставити и одређену уговорну казну за нереализовани посао, али то може чинити само у складу са одређеним законским прописима који регулишу предметну област.

Сама висина од 1% од вриједности уговора за сваки дан кашњења - па и оправданог, што се може обрачунати све до 10% од укупне вриједности уговора, такође је у супротности са позитивно-правним прописима и добрим обичајима, јер не представља једнаку вриједност давања, што је као обавеза прописано одредбом члана 15. Закона о облигационим односима.

Уговорна казна, као и законска затезна камата у случају кашњења у плаћању од стране Уговорног органа, у овом случају представљају акцесорне обавезе из уговора. Међутим, и акцесорне обавезе морају бити у складу са основним, примарним обавезама, а које у конкретном случају представљају испоруку роба и исплату уговорене цијене. Како мора постојати једнака вриједност примарних давања, а то је плаћање реалне, тржишне вриједности испоручених роба, тако мора постојати једнака вриједност и акцесорних давања, а то је с једне стране уговорна казна за кашњење у испоруку роба, а с друге стране законска затезна камата за кашњење у плаћању роба.

Евидентно је да је уговором предвиђена казна знатно већа од било које законске затезне камате.

У Рјешењу Канцеларије за разматрање жалби број: ЈН2-02-07-1-928-6/20 од 27.05.2020. године заузет је став:

„Према томе Уговорни орган мора водити рачуна да дефинише уговорну казну у висини у којој је прописана законска затезна камата, те мора постојати одређени реципроцитет ова два давања, односно приближна вриједност истих, што је у складу са добрим пословним обичајима и начелом савјесности и поштења...”

О неправилности оваквог прописивања Тендерске документације, говори и новија пракса Уреда за разматрање жалби је у Рјешењу бр. ЈН2-02-07-1-522-6/22 од 24.03.2022. године, у коме је заузет сљедећи став:

„Дефинишући уговорну казну у износу од 1% за сваки дан кашњења излази изван оквира постављаних у Закону о затезној камати РС те поступа у супротности са добрим пословним обичајима и начелом савјесности и једнакости страна у поступку. Висина уговорне казна коју би понуђач платио уколико дође до кашњења у испоруци мора да буде сразмјерна са висином затезне камате коју би УО био дужан да плати уколико касни са плаћањем робе, услуга или радова, чиме се изједначавају и права и обавезе са једне стране понуђача а са друге стране уговорног органа.”

Став по наведеном питању, у идентичној правној и чињеничној ситуацији заузет је и у Рјешењу Уреда за разматрање жалби бр. ЈН2-02-07-1-1191-6/22 од 02.06.2022. године, а који гласи:

„Дефинишући уговорну казну у износу од 0,5% за сваки дан кашњења излази изван оквира постављаних у Закону о затезној камати РС те поступа у супротности са добрим пословним обичајима и начелом савјесности и једнакости страна у поступку. Висина уговорне казна коју би понуђач платио уколико дође до кашњења у испоруци мора да буде сразмјерна са висином затезне камате коју би УО био дужан да плати уколико касни са плаћањем робе, услуга или радова, чиме се изједначавају и права и обавезе са једне стране понуђача а са друге стране уговорног органа.

Дакле, мора да постоји реципроцитет давања. Ово питање је КРЖ образложио и заузет став по овом питању, Рјешењем број: ЈН2-02-07-1-928-6/20 од 27.05.2020.

„Према томе, Уговорни орган мора водити рачуна да дефинише уговорну казну у висини у којој је прописана законска затезна камата, те мора постојати одређени реципроцитет ова два давања, односно приближна вриједност истих, што је у складу са добрим пословним обичајима и начелом савјесности и поштења.

Неопходно је, на овом мјесту а у прилог жалбеном наводу, указати и на најновији став Уреда за разматрање жалби заузет у Рјешењу бр. ЈН2-01-07-1-3562-7/22 од 26.01.2023. године:

„Предње наведено изјашњење уговорног органа није у потпуности садржајно одговарајуће из разлога што уговорни орган није у довољној и задовољавајућој мјери расправио питања које Жалитељ истиче, спорна у конкретном случају, нити је у посљедици понудио конкретан одговор у односу на суштину примједби и жалбених разлога које Жалитељ истиче истакнутим жалбеним наводима. Жалитељ износи разлоге чији је фокус питање незаконит начин дефинисања уговорне казне, а уговорни орган своје изјашњење заснива искључиво на томе да Жалитељ није доказао своје тврдње а да при томе нити сам уговорни орган не даје никакве доказе којим би потврдио своју аргументацију.

Стога, у вези са предметним спорним питањем требало је понудити конкретан одговор, као контра аргументацију изношењу разлога Жалитеља, тако да буде у потпуности јасно због чега средства обезбијеђења која су регулисана Законом о јавним набавкама нису довољна, већ је потребно поставити овакав начин казне за сваки дан кашњења, и то је за овај орган апсолутно нерасправљено и неуверљиво уколико узмемо у обзир да се ради о предмету набавке код које до кашњења може доћи усљед других околности а не само искључивом кривицом извођача радова.

С тим у вези, уговорни орган пропушта најприје ближе одредити и појаснити значај, сврху и смисао предмета набавке, разлоге усред којих је потребно да се додатно осигурава путем уговорне казне те разлоге због чега нису довољна уобичајена средства осигурања понуде и осигурање доброг извршења уговора изричито прописана Законом о јавним набавкама свеузевши да се управо по тим правилима поступак одабира најповољнијег понуђача и води. Упоредно, уговорни орган пропушта начинити процјену и анализу да ли тиме - додатно уводећи клаузулу уговорне казне, посредно доводи или може довести у питање несметан приступ поступку јавне набавке, односно, да ли се нарушавају основни принципи постављени чл.3 Закона о јавним набавкама, као основни постулати поступка.

Према томе, такав приступ припреми захтјева поступка, те појашњења и заснивања околности с тим у вези, оцјењује се поједностављеним, јер су од стране уговорног органа пропуштена објашњења, заснована на бази извршених анализа и искустава, која би категорички требала упућивати на нужност таквог одређења, а истодобно усклађеност са референтним правилима.”

Како се у конкретном ради о евидентној неусклађености постављених услова су дефинисани супротно Законима који уређују предметну област у погледу висине камате, последица је усвајање жалбеног навода и измјена Тендерске документације а како би се иста ускладила и била једнообразна и усклађена са релевантним материјалним прописима, или у противном поништење Тендерске документације у цијелости сходно одредби члана 103. ЗЈН.

Жалбени навод је основан

Уговорна казна је регулисана Законом о облигационим односима, члан 270-276. и иста се уговара за случај када дужним задоцни са испуњењем уговорне обавезе. Уговорне стране могу одредити висину уговорне казне по свом нахођењу, у једном укупном износу, у проценту, у проценту или за сваки дан задоцњења, или на други начин.

Анализирајући прописе који регулишу затезну камату, а такође и неке од ставова које је заузео Уред за разматрање жалби у сличним ситуацијама, Уговорни орган је дошао до закључка да је у конкретном случају висина каматне стопе превисоко одређена, те да иста није реципрочна висини каматне стопе, Уговорни орган ће извршити измјене тендерске документације у дијелу који се односи на висину уговорне казне (члан 4. Нацрта уговора и тачка 2.6. рок испоруке робе). Уговорни орган ће предвидјети износ уговорне казне у висини од 0,03% за сваки дан кашњења све до уредног испуњења, с тим да укупан износ уговорне казне не може прећи 5% укупно уговорене вриједности робе која је предмет наруцбе.

Оно што морамо истаћи јесте да Уговорни орган није предвидио да ће понуђачи бити дужни платити уговорну казну за сваки дан кашњења, па и оправданог. Обавеза плаћања уговорне казне настаје када је до кашњења дошло кривицом одабраног понуђача. Уговорни орган неће наплатити уговорну казну уколико је до кашњења дошло усљед више силе, односно усљед догађаја на које понуђач није могао утицати, нити их предвидјети.

Шести жалбени навод:

Тендерском документацијом постављени су услови који међусобно нису усаглашени, што је у супротности са Законом о јавним набавкама, те је исте неопходно усагласити и Тендерску документацију измијенити, у противном исту ваља поништити у цијелости јер су испуњени услови из члана 103. ЗЈН.

Наиме, у тачки 4.8. Период важења понуде наведено је сљедеће:

„Понуде понуђача које буду достављене за додјелу предметног уговора за јавну набавку морају да важе минимално 90 (деведесет) дана рачунајући од истека рока за достављање понуде. Понуђачи могу понудити овај или дужи период важења својих понуда и исти ће назначити у Изјави која је саставни дио Обрасца за понуду - Анекс 2

Уколико понуђач у својој понуди назначи краћи период од периода који захтијева уговорни орган, таква понуда се неће разматрати у даљем поступку набавке.

У периоду важења понуде уговорни орган може захтијевати од понуђача, у писаној форми, да продуже период важења њихових понуда до одређеног рока. Сваки понуђач има право одбити такав захтјев и у том случају не губи право на поврат гаранције за озбиљност понуде.

Ако понуђач не одговори на писмени захтјев уговорног органа у погледу продужења периода важења понуде или не пристане продужити рок важења понуде или не осигура продужење гаранције за озбиљност понуде, сматра се даје понуђач одбио захтјев уговорног органа, те се његова понуда не разматра у даљем току поступка.

Понуђач који пристане продужити период важења понуде, и о томе у писаној форми обавијести уговорни орган, продужава период важења понуде и дужан је осигурати продужење гаранције за озбиљност понуде. У периоду продужења важења понуде понуда се не може мијењати. ”

Међутим, надаље, нигдје у Тендерској документацији се нити захтијева нити наводи било каква информација о гаранцији за озбиљност понуде. (!?) Чак шта више, тачком 5.1 је експлицитно прописано „5.1. Гаранција за озбиљност понуде:

Не захтијева се.”

Такође, у Обавјештењу о набавци број 106-7-3-332-3-116/22, објављеном на Порталу јавних набавки дана 06.06.2022. године, у одјељку III тачки 1. јасно се наводи:

„Да ли се захтијева гаранција за понуду: Не”

Сходно горе наведеном, очигледно је да наведени дијелови Тендерске документације који се односе на гаранцију за озбиљност понуде, нису усаглашени, те понуђачима остаје нејасно да ли је Уговорни орган захтијевао достављање гаранције за озбиљност понуде или не, па се доводе у заблуду да ли ће бити изопштени из даљег поступка уколико им се затражи продужење понуде и уз исту гаранција за озбиљност понуде, а исту не доставе. (!?)

Постављени захтјеви су постављени у супротности са Законом о јавним набавкама у сљедећем:

„Члан 53. (Неопходне информације)

(1) Уговорни орган дужан је припремити тендерску документацију у складу с одредбама овог закона и подзаконским актима. У тендерској документацији уговорни орган даје потпуне информације о условима уговора и поступку додјеле уговора, а који су кандидатима/понуђачима довољни за припрему захтјева за учешће, односно понуда на стварно конкурентској основи. ”

Дакле, овако неправилно и противречно постављеним захтјевима, Уговорни орган директно нарушава конкурентну основу поступка што је у супротности са Општим принципима из члана 3. Закона о јавним набавкама:

„Члан 3. (Општи принципи)

(1) Уговорни орган дужан је да поступа транспарентно, да се у поступку јавне набавке према кандидатима/понуђачима понаша једнако и недискриминирајуће, на начин да осигура правичну и активну конкуренцију, с циљем најефикаснијег кориштења јавних средстава у вези с предметом набавке и његовом сврхом. ”

Постављени услови су неусаглашени и незаконити, те је предметни жалбени навод нужно усвојити као основан, измијенити Тендерску документацију како би се ускладила са Законом, у противном ваља исту поништити у цјелости у складу са чланом 103. ЗЈН, јер садржи незаконите одредбе.

Жалитељ на овом мјесту подсећа на став заузет у Рјешењу Уреда за разматрање жалби бр. ЈН2-03-071-1844-9/22 од 04.08.2022. године, који је рјешавао о идентичној правној и чињеничној ситуацији, а који став гласи:

„(...), жалитељ наглашава да се нигдје даље у ТД не наводи било каква информација о гаранцији за озбиљност понуде, а гдје се у предметној Обавијести о набави број: 106-7-3-332-3-116/22, од 06.06.2022. године, у одјељку III. тачки 1. јасно наводи: Да ли се захтијева јамство за понуду: Не. Слиједом наведеног жалитељ истиче да наведени дијелови ТД који се односе на гаранцију за озбиљност понуде, нису усуглашени, те понудитељима остаје нејасно да ли је уговорно тијело захтијевало достављање гаранције за озбиљност понуде или не, па се доводе у заблуду да ли ће бити изопћени из даљег поступка уколико им се затражи продужење понуде и уз исту гаранција за озбиљност понуде, а исту не доставе. Жалитељ оспорава законитост наведеног дијела ТД будући је иста непотпуна, недовољно јасна и конфузна, а тиме и незаконито дефинирана супротно члану 2. ставак (1) тачка д) и чланку 53. ставак (1) ЗЈН-а, јер спорним дијеловима ТД уговорно тијело оставља могућност накнадног селективног изопћавања учесника, уколико се овакав захтјев не би уклонио из ТД. Предметни навод жалитеља ово тијело сматра утемељеним, јер уговорно тијело у односу на спорно питање тражења гаранције за озбиљност понуде у предметној ТД даје неусклађене односно контрадикторне информације на начин супротан одредбама чланка 53. ставак (1) ЗЈН-а. Наиме, из

садржаја тачке 4.8. предметне ТД евидентно је да иста садржи захтјеве уговорног тијела у односу на гаранцију за озбиљност понуде, гдје се у предметном контексту напомиње да наведени дио ТД садржи децидан навод уговорног тијела у којем, ако понудитељ не одговори на писмени захтјев уговорног тијела у погледу продужења периода важења понуде или не пристане продужити рок или не осигура продужење гаранције за озбиљност понуде, сматрат ће се да је понудитељ одбио захтјев уговорног тијела, те да се таква понуда не разматра у даљем току поступка, док уговорно тијело у осталом дијелу ТД (обавијест о набави) не предвиђа достављање наведене врсте гаранције. С обзиром да је ријеч о међусобно неусклађеним дијеловима ТД везаним за гаранцију, констатира се да су спорни дијелови ТД недовољно јасни и непотпуни, односно пропсиани супротно чланку 53. ставак (1) ЗЈН-а, те је ово тијело одлучило на напријед наведени начин.”

Члан 2. став (1) тачка д) Закона о јавним набавкама је прописано:

Тендерска документација је документација која садржи минимум јасних и одговарајућих информација у односу на изабрани поступак додјеле уговора, а објављује је или кандидатима/понудађима представља уговорни орган; ова документација укључује обавјештење о набавци, позив за доставу захтјева за учешће/понуда (почетних и коначних), техничке спецификације, критерије за квалификацију и избор најповољније понуде, нацрт или основне елементе уговора и друге релевантне документе и објашњења.”

Жалитељ на овом мјесту истиче двоструку неправилност овако постављеног захтјева и услова.

Уговорни орган не може захтијевати „гаранцију за озбиљност понуде”, с обзиром да је вриједност јавне набавке мања од 100.000,00 КМ, што је изричито наведено чланом 61. став (2) Закона о јавним набавкама БиХ („Службени гласник БиХ”, број 39/2014), који гласи: „(2) Уговорни орган може захтијевати да се понуда гарантира одговарајућом гаранцијом за озбиљност понуде. Гаранција за озбиљност понуде не може се захтијевати ако је вриједност набавке мања од 100.000.00 КМ.” Међутим, у Тендерској документацији Уговорни орган експлицитно у тачки 4.8 наводи да ће се понуда понуђача одбацити у случају недостављања гаранције. (!?)

Жалитељ оспорава законитост наведеног дијела ТД будући је иста непотпуна, недовољно јасна и конфузна, а тиме и незаконито дефинисана супротно члану 53. став (1) ЗЈН-а, који прописује да у тендерској документацији уговорни орган даје потпуне информације о условима уговора и поступку додјеле уговора.

На овакав начин, евидентно незаконитим прописивањем услова, Уговорни орган оставља могућност накнадног селективног изопштавања учесника, уколико се овакав захтјев не би уклонио из ТД.

Евидентно, Тендерска документација не даје довољно јасних и прецизних информација, насупрот томе – иста је конфузна и збуњујућа, што је директно супротно одредби члана 53., али и члана 2. став (1) тачка д) ЗЈН.

Како се у конкретном ради о евидентној неусклађености и нејасноћама Тендерске документације у наведеном дијелу, будући да иста садржи контрадикторне податке, последица је усвајање жалбеног навода и измјена Тендерске документације а како би се иста ускладила и била једнообразна, или у противном поништење Тендерске документације у цијелости сходно одредби члана 103. ЗЈН.

Жалбени навод је неоснован

Жалитељ наводи како се у тендерској документацији нигдје не наводи било каква информација о гаранцији за озбиљност понуде, а затим даље наводи „Чак шта више, тачком 5.1. је експлицитно прописано: 5.1. Гаранција за озбиљност понуде: не захтијева се“. Ова два навода су контрадикторна. Дакле, Уговорни орган је у тачки 5.1. тендерске документације јасно навео информације које се односе на гаранцију за озбиљност понуде, односно да се иста не захтијева и то је и сам жалитељ навео у својој жалби. Поред тендерске документације, исто је изричито наведено и у обавјештењу о набавци, што такође наводи и сам жалитељ, па самим тим не постоји нити једна могућност да понуђачи буду доведени у заблуду или да буду изопштени из даљег поступка уколико не доставе гаранцију за озбиљност понуде.

Уговорни орган проводи процедуру јавних набавки у складу са Законом о јавним набавкама и апсолутно зна да се гаранција за озбиљност понуде не може захтијевати ако је вриједност набавке мања од 100.000,00 КМ, те не би дозволио такав пропуст и незнање у свом раду.

Поред свега овога, тачка 4.1. тендерске документације односи се на садржај понуде, и сасвим јасно је наведено шта су понуђачи дужни доставити у саставу својих понуда. Дакле, јасно је да Уговорни орган ни у овом дијелу не наводи обавезу достављања гаранције за озбиљност понуде, те самим тим не постоји никава могућност да неки од понуђача буду изопштени због недостављања гаранције, а на шта жалитељ упућује у својој жалби. Такође, форма гаранције за озбиљност понуде није дата ни као прилог тендерске документације, односно као анекс, што би могло довести понуђаче у заблуду. Дакле, тендерска документација за предметну набавку даје јасне информације понуђачима да не постоји обавеза достављања гаранције за озбиљност понуде и да у погледу тога не може бити никаквих недоумица.

Тачка 4.8. тендерске документација, односно дио који жалитељ наводи као споран је у потпуности идентичан и у складу са чланом 60. Закона о јавним набавкама. Тендерска документација за конкретну набавку састоји се од 50. страница. Како би своје понуде припремили у складу са истом, није довољно да понуђачи прочитају неколико страница насумично, него је неопходно исту прочитати и анализирати у цјелини, да би се добиле потпуне информације, а које ова тендерска документација несумњиво пружа.

Цијенећи све наведено сматрамо да је овај жалбени навод у потпуности неоснован.

Уговорни орган ће по правоснажности ове Одлуке извршити измјене тендерске документације у односу на усвојене жалбене наводе, док ће у преосталом дијелу тендерска документација остати непромијењена.

Слиједом свега изложеног, донесена је одлука као у диспозитиву.

Поука о правном лијеку:

Против ове Одлуке може се изјавити жалба Уреду за разматрање жалби, путем Уговорног органа, у року од 10 (десет) дана од дана пријема, у складу са чланом 100. став (4) Закона о јавним набавкама.

НАЧЕЛНИК

Радо Савић

Доставити:

1. Адвокат Борис Мандић, пуномоћник „Nexen“ д.о.о. Бања Лука,
2. евиденцији и
3. архиви.