БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
УРЕД ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ

БОСНИА АНД ХЕРЗЕГОВИНА
ПРОЦУРЕМЕНТ РЕВИЕW БОДУ

Број: ЈН2-01-07.1-2994-7/20
Сарајево, 04.11.2020.године

Канцеларија за разматрање жалби, рјешавајући по жалби понуђача „ХИФА ПЕТРОЛ" д.о.о. Сарајево, од 14.10.2020. године, изјављену против Одлуке о отказивању поступка јавне набавке уговорног органа ЈП ЕЛЕКТРОПРИВРЕДА БиХ „Зависно друштво рудник мрког угља „Ђурђевик" д.о.о. Ђурђевик број : 03-8128/20 од 09.10.2020. године за набавку роба Дизел горива БАС ЕН 590 у пословне сврхе, на основу члана 111. став (1) тачка д) и ставова (10) и (11) Закона о јавним набавкама („Сл.гласник БиХ",број: 39/14), те чл. 193. ст.(1) и (2) и 230. Закона о управном поступку („Сл.гласник БиХ", број: 29/02,12/04, 88/07, 93/09 и 41/13), Канцеларија за разматрање жалби на сједници одржаној дана 04.11.2020. године, **донијела је**

Р Ј Е Ш Е Њ Е

Жалба се усваја и поништава се :

- Одлука о отказивању поступка јавне набавке уговорног органа ЈП ЕЛЕКТРОПРИВРЕДА БиХ „Зависно друштво рудник мрког угља „Ђурђевик" д.о.о. Ђурђевик број : 03-8128/20 од 09.10.2020. године за набавку роба Дизел горива БАС ЕН 590 у пословне сврхе,
  те предмет враћа првостепеном органу на поновни поступак.
- Усваја се захтјев понуђача „ХИФА ПЕТРОЛ" д.о.о. Сарајево за повратак уплаћених средстава на име покретања жалбеног поступка у износу од 7.500,00 КМ, који ће се извршити на основу посебног решења овог органа.

О Б Р А З Л О Ж Е Њ Е

Одлуком уговорног органа ЈП ЕЛЕКТРОПРИВРЕДА БиХ „Зависно друштво рудник мрког угља „Ђурђевик" д.о.о. Ђурђевик (у даљем тексту:Уговорни орган) број : 03-8128/20 од 09.10.2020. године у поступку набавке роба Дизел горива у БАС ЕН 590 у пословне сврхе извршено је отказивање поступка јавне набаке. Понуђач „ХИФА ПЕТРОЛ" д.о.о. Сарајево (у даљем тексту: Жалилац) дана 14.09.2020. године је против наведене одлуке изјавио жалбу, која је путем уговорног органа у складу са чланом 107. Закона о јавним набавкама, прослијеђена овом органу и запримљена код истог дана 22.10.2020. године.

У жалби понуђача „ХИФА ПЕТРОЛ“ д.о.о. Сарајево се наводи:

- Жалиоц наводи да је дана 09.10.2020. године запримио Одлуку о отказивању поступка за јавну набавку робе Дизет гориво БАС ЕН 590 у пасхвне сврхе (без урачунатих путарина) број: 03-8128/20 од 09.10.2020. године у којој се наводи да се поступак ОТКАЗУЈЕ у складу са чланом 69. став (3) ЗЈН БиХ, односно због других доказивих разлога који су изван контроле уговомог органа и који се нису могле предвиђети у вријеме покретања поступка јавне набавке.

Чланом 69. став (3) Закона о јавним набавкама БиХ, на који се уговорни орган позива у својој одлуци о отказивању поступка, прописано је да „Уговорни орган моше отказан поступак јавне набавке само због доказаних разлога који су изван конироле уговорног органа и који се нису могли предвидети у вријеме покретања поступка јавне набавке."

Према цитираној одредби Закона, уговоми орган може отказати поступак јавне набавке ако су кумулативно испуњени тражени увјети, а то је (1) постојање разлога који су изван контроле уговораог органа, ти разлози морају бити (2) доказани и мора се радити о (3) разлозима који се нису могли предвиђети у вријеме покретања поступка јавне набавке.

У образложењу одлуке којом отказује конкретни поступак јавне набавке, уговорни орган даје сљедеће образложење отказивања поступка:

„У циљу домаћинског понашања и у циљу најефикаснијег кориштења јавних средстава у вези са предметом набавке и његовом сврхо, а обзиром на тренутно стање на тржишту са цијенама нафте и нафтних деривата, уговорни орган не може себи дозволиии ђа плаћа цијену нафте по знатно већој цијени него што је тренутна цијена на тржишту. Додјела уговора понуђачу са цијеном од 4.144.362,00 КМ у великој мјери одштетила Уговорни орган, посебно јер се ради о Уговору напериод 12 мјесеци и за количину од 2.644 160 литара... "

Из цитираног дијела образложења Одлуке о отказивању поступка јавне набавке уопће није јасно који је разлог отказивања, осим да Уговорни орган није задовољан понуђеном цијеном добијеном након е-аукције. Другим ријечима, из кратког образложења одлуке Уговорног органа није јасно који су то „доказани разлози који су изван контроле уговорног органа и који се нису могли предвидјети у вријеме покретања поступка јавне набавке", а због којих се поступак јавне набавке може отказати у складу са чл. 69 став (3) ЗЈН БиХ. Уговорни орган не може доводити у везу прву одржану е-аукцију са другом одржаном е-аукцијом, из разлога што је један број понуда понуђача који су учествовали у првој е-аукцији, проглашене неприхватљивим. Такође, сматрамо да Уговораи орган не може као разлог за отказивање поступка навести да је понуђена цијена већа него што је тренутна цијена на тржишту, односно ко гарантује да би Уговораи орган у поновљеном поступку добио понуду са нижом цијеном обзиром да иста на тржишту тренутно расте.

Понуђач „ХИФА-ПЕТРОЛ" д.о.о. Сарајево је испунио све захтјеве тендерске документације, и у отвореном поступку, након проведене е-аукције, понудио најнижу цијену, шло је био критцриј дођеле уговора. Овдје треба нагласити да најнижа цијена послијц е-аукције износи 4.144.362,00 КМ, а да је процијењена вриједност јавне набавке 4.200.000,00 КМ. Дакле, цијцна понуде понуђача „ХИФА-ПЕТРОЛ" д.о.о. Сарајево (постигнута након е-аукције) је за 55.638,00 КМ испод процијењене вриједности јавне набавке. Наводи Уговорног органа да је цијена након друге е-аукције већа од цијене након прве е-аукције су беспредмеми, јер је цијена након друге е-аукције унутар процјењене вриједности јавне набавке. Дакле, уговорни орган је у свом буџету предвидио износ који у потпуности покрива вриједност добијену након е-аукције.

Уговоми орган је тендерском документацијом тачка 5.20. предвидио могућност промјене цијене, тј. кретање цијена горива на више или ниже. Из тог разлога сматрамо да се уговорни орган не може позвати на разлоге који су изван контроле уговомог органа и који се нису могли предвиђети у вријеме покретања поступка јавне набавке јер је тендерском документацијом предвидио промјену цијене горива и за то је дефинисао формулу на који начин ће се вршити промјена исте.

Понуђач је својом понудом прихватио начин промјене цијене горива у току реализације уговора, тј. промјена цијене из понуде по којој ће се реализирати уговор ће се вршити у складу са промјенама просјечних цијена које објављује Агенција за статистику Босне и Херцеговине, у складу са формулом наведеном у тендерској документацији. Калкулација цијене коју наводи уговорни орган такође није тачна, јер покушава да прикаже да ће плаћати скупље гориво него што је просјечна цијена Агенције за статистику, што апсолутно није тачно.

- Такође напомињемо да је уговорни орган у конкретном поступку јавне набавке већ доносио Одлуку о отказивању поступка за јавну набавку робе Дизел гориво БАС ЕН 590 у пословне сврхе (без урачунатих путарина) број: 03-5668/20 од 21.07.2020. године из истих разлога и 03-7227/20 од 11.09.2020. године, а које је Уред за разматрање жалби својим рјешењем број: ЈН2-01-07.1-1938-7/20 од 12.08.2020. године и ЈН2-01-07.1-2549-6/20 од 01.10.2020. године поништио. Дакле, произилази да уговорни орган занемарује рјешење другостепеног органа, а која је по Закону обавезан проводити.
- Уколико Уговори орган сматра да је жалба основана тражимо да поступи у складу са чланом 100.став 3. ЗЈН БиХ и донесе одлуку или рјешење. Међутим, уколико Уговорни орган сматра да је жалба неоснована тражимо да поступи у складу са чланом 100. став 5. ЗЈН БиХ и исту прослиједи УРЖ-у.

Подносилац жалбе, темељи ову жалбу на повреде одредаба Закона о јавним набавкама БиХ, због чега на крају предлаже да Уред за разматрање жалби, усвоји жалбу и поступи у складу са овлаштењима прописаним ЗЈН БиХ. Уколико УРЖ утврди да је жалба жалиоца основана, подносилац жалбе посебно захтијева повратак накнаде за покретање жалбеног поступка, као и да наложи Уговомом органу намирење проузроковане штете која је настала незаконитим радњама Уговорног органа.

Поступајући у складу са чланом 100. став (5) Закона о јавним набавкама Босне и Херцеговине, уговорни орган је у прилогу акта број: 03-5935/20 од 03.08.2020. године, доставио је спис првостепеног поступка овом органу заједно са Изјашњењем, а који је код овог органа запримљени дана 04.08.2020. године.

Овај орган је по службеној дужности, прије разматрања жалбе, утврђивао допуштеност, благовременост, те да ли је жалба изјављена од овлаштене особе, сходно члану 109. став (1) Закона о јавним набавкама и члану 227. став (1) Закона о управном поступку.

Поред наведеног, овај орган је, прије разматрања жалбе утврђивао испуњеност услова у смислу одредбе члана 105. и члана 108. став (3) Закона о јавним набавкама и утврдио да су испуњени услови за поступање по истој на начин како дефинишу одредбе наведених чланова Закона.

Жалба је основана

Увидом у прибављене доказе те анализом сваког доказа појединачно и у њиховој међусобној вези, а у односу на жалбене наводе и прописани законски поступак, утврђено је да Уговорни орган није правилно провео поступак предметне набавке, те да није правилно и потпуно утврдио чињенично стање, те је починио повреде при провођењу поступка предметне набавке и окончања истог.

Поводом навода жалиоца да понуђач „ХИФА ПЕТРОЛ“ д.о.о. Сарајево да уговорни орган није могао отказати предметни поступак јавне набавке позивајући се на члан 69.став (3) ЗЈН БиХ који предвиђа посебне услове који су ван контроле уговорног органа и нису се могли предвидити у моменту покретања поступка јавне набавке, јер за такво нешто нема нити један аргумент нити доказ, нити постоји нити један услов за отказивање поступкада, те да је уговорни орган у конкретном поступку јавне набавке већ доносио двије Одлуке о отказивању поступка за јавну набавку робе Дизел гориво БАС ЕН 590 у пословне сврхе (без урачунатих путарина) број: из истих разлога, а које је Уред за разматрање жалби својим рјешењима поништио , овај орган је утврдио следеће :

Сагледавајући оспорену одлуку, овај орган утврђује да разлоге за отказивање уговорни орган темељи на проведене двије е-аукције и различитим цијенама на истим, што никако не може имати повезниуцу са чланом 69. став (3) ЗЈН БиХ, те да наводно не може дозволити да плаћа цијену нафте већу од тржишне.

Прије свега е-аукција је техника надметања конкуренције/понуђача чије је циљ сам по себи такмичење квалификованих и исправних понуђача у поступку јавне набавке. У конкретном поступку су се надметала два понуђача која су по оцјени уговорног органа квалификована

односно исправна, чије је резултат био да је жалиоц остварио најнижу цијену понуде која се уклапа у процјењену вриједност уговорног органа, чиме је и остварена сврха е-аукције, што уговорни орган апсолутно не спори.
Број проведених е-аукција у поступку јавне набавке зависи од низа фактора, а превасходно од исправности утврђивања квалификованости од стране уговорног органа, што је и у конкретном предмету и био случај. Дакле, у предходним е-аукцијама које се не могу никако доводити у везу са тренутном су учествовали и понуђачи за које је утврђена неисправност односно не квалификованост понуда, а такође временски дијапазон је различит, па обзиром на специфичност саме робе која је предмет набавке, тако чак и кад би се овај параметар узео као објективан и релевантан, исти неби имао улогу у отказивању поступка јавне набавке.
Такође, обзиром да је тачком 5.20 предметне тендерске документациије као обавеза, јасно прописана и дефинисана формула промјене промјене цијена, на више и на ниже, а која је везана за параметре/пондере просјечне цијене коју објављује Агенција за статистику БиХ, онда самим тим образложење уговорног органа о различитим висинама цијене и разликом са тржишном цијеном, није засновано на материјалним чињеницама, односно иста нема аргументован основ.
С тога овај орган закључује да у конкретном поступку и на бази постојећих чињеница, уговорни орган није могао нити је имао услове за отказивање поступка, а позивајући се на члан 69. став (3) ЗЈН БиХ, који захтјева разлоге или услове који су ван контроле уговорног органа и нису се могли предвидити у моменту покретања поступка јавне набавке, што се у конкретном случају није десило нити се по мишљењу овог органа може као такво идентификовати, те су с тога изнесени наводи и жалба **основана.**

Имајући у виду наведено у поновном поступку уговорни орган ће сагледати све чињенице и горе наведене аргументе, те у међусобном односу и у вези извршити анализу и донијети исправне законом дефинисане одлуке.

Обзиром да је жалба основана, повратак уплаћених средстава на име накнаде жалбеног поступка у износу од 7.500,00 КМ извршит ће се посебним актом, по коначности овог Рјешења, а у складу са чланом 108. став (7) Закона о јавним набавкама и чланом 4. Инструкије о начину уплате, контроле, повратa накнада прописаних чланом 108. Закона о јавним набавкама („Службени гласник БиХ" број: 86/14).

На основу свега напријед наведеног, примјеном одредби члана 111. став (1) тачка д) Закона о јавним набавкама и члана 230. став (2) Закона о управном поступку одлучено као у диспозитву Рјешења.

Упутство о правном лијеку

Ово Рјешење је коначан управни акт. Против овог Рјешења може се поднијети тужба у управном спору пред Судом Босне и Херцеговине у року од 30 дана од дана пријема рјешења. Такса на тужбу износи 100,00 КМ.

ПРЕСЈЕДАВАЈУЋА КАНЦЕЛАРИЈЕ
ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ

Жељка Клобучар

Достављено:
- „ХИФА ПЕТРОЛ" д.о.о. Вогошћа, Хотоњ бб
- ЈП ЕЛЕКТРОПРИВРЕДА БиХ „Зависно друштво рудник мрког угља „Ђурђевик" д.о.о. Ђурђевик
- а/а и евиденција