BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANJE ŽALBI
Filijala/Podružnica Mostar

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ
Филијала Мостар

Broj: JN2-03-07-1-2503-7/20

Mostar, 29.10.2020. godine

Ured za razmatranje žalbi BiH, podružnica Mostar, rješavajući žalbu broj 104/20 od 04.09.2020. godine, žalitelja Begprom d.o.o. Kalesija, izjavljenu na Rješenje o poništenju postupka javne nabave broj 13205/20 od 31.08.2020. godine u postupku javne nabave *„Nabava dizel motora za utovarivač Hyundai HL 770-9A (broj nabave C-R 42/20),* ugovornog tijelaa Rudnici mrkog uglja „Banovići" d.d. Banovići, na osnovu članka 93. stavak (7), 104., 111. stavak (1) točka d) Zakona o javnim nabavama ("Službeni glasnik BiH" broj: 39/14) i članka 230. stavak (2) Zakona o upravnom postupku ("Službeni glasnik BiH" br. 29/02; 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 i 53/16), na sjednici Vijeća I održanoj 29.10.2020. godine, donio je

R J E Š E N J E

1. **USVAJA SE** žalba i poništava se Rješenje o poništenju postupka javne nabave broj 13205/20 od 31.08.2020. godine. Predmet se vraća Ugovornom tijelu na ponovno odlučivanje.
2. O povratu sredstava uplaćenih na ime naknade za pokretanje žalbenog postupka ovo tijelo će donijeti posebno rješenje.

O b r a z l o ž e n j e

Rudnici mrkog uglja „Banovići" d.d. Banovići (u daljem tekstu: Ugovorno tijelo) nakon okončanog postupka javne nabave *„Nabava dizel motora za utovarivač Hyundai HL 770-9A (broj nabave C-R 42/20)* donio je Rješenje o poništenju postupka javne nabave broj 13205/20 od 31.08.2020. godine. Obavještenje o nabavi broj 565-1-1-251-3-204/20 objavljeno je 15.07.2020. godine putem portala javnih nabavi.

Begprom d.o.o. Kalesija (u daljem tekstu: Žalitelj) nakon preuzimanja Rješenja o poništenju postupka javne nabave broj 13205/20 od 31.08.2020. godine, izjavio je žalbu 04.09.2020. godine na istu putem Ugovornog tijela. Ugovorno tijelo je u skladu sa člankom 100. stavak (5) Zakona o javnim nabavama žalbu proslijedilo ovom tijelu kao neosnovanu. Žalba je zaprimljena kod ovog tijela 17.09.2020. godine, a naknade za pokretanje žalbenog postupka uplaćena je dana 05.10.2020. godine.

Žalitelj u žalbi navodi kako žalbu ulaže zbog pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja, pogrešne primjene Zakona o javnim nabavama, te kako izjavljuje ovu žalbu u skladu sa odredbom iz stavka 1. članka 97. ZJN-a, jer smatra da mu je odlukom Ugovornog tijela pričinjena šteta.
Činjenice nesporno ukazuju da je Ugovorno tijelo u tenderskoj dokumentaciji tražilo da se između ostalog, tehnička i profesionalna sposobnost dokazuje dostavom dokumenata iz točke 7.4.2. od čega se pod podtočkom d) traži:
Izjava proizvođača kojom potvrđuje da će za ponuditelja proizvesti robu koju ponuditelj nudi RMU „Banovići" po javnoj nabavi broj C-R 42/20.
U ožalbenom Rješenju Ugovorno tijelo daje razloge poništenja postupka javne nabave koji se mogu podvesti pod stav, da niti jedan od primljenih ponuda nije prihvatljiva, a da ponuda Žalitelja nije ispunila uvjet iz točke 7.4.1 tenderske dokumentacije u vezi sa dokazom iz točke 7.4.2 pod d).
Ugovorno tijelo je prihvatilo žalbu ponuditelja Remex d.o.o. Tuzla prihvativši neosnovan navod da ponuda Žalitelja ne sadrži izjavu proizvođača dizel motora nego njegovog ovlaštenog predstavnika, te da izjava ne sadrži navod da će proizvođač proizvesti dizel motora već da će isporučiti.

Razlog odbacivanja ponude ovog Žalitelja iz ožalbenog Rješenja nisu zakonski ni razložno objektivizirani, te je ovo Rješenje Ugovornog tijela posljedično nezakonito.
Naime, prvi dio navoda koji se odnosi na prihvaćeni stav da nije dostavljena izjava proizvođača nego ovlaštenog predstavnika je problematična sa više aspekata.
Proizvođač Hyundai sa sjedištem u Južnoj Koreji sva ovlaštenja za Evropu daje preko svog ovlaštenog evropskog predstavništva koje se naziva Hyundai Construction Equipment Europe NV. Dakle, ovlaštenje Hyundai Europe je jedino moguće ovlaštenje proizvođača Hyundai za Evropu, te ovo predstavništvo predstavlja ustvari "produženu ruku" proizvođača iz Južne Koreje u Evropi, uslijed čega nema govora o tome da je izjavu dao "samo" ovlašteni predstavnik.
Nadalje, tehnička specifikacija predmeta nabave glasi kako slijedi:

R.broj	*Naziv*	*Kataloški broj*	*Količina, kom*
1	*Dizel motor za utovarivač Hyundai HL 770-9A s/n:HHKLK04 TD0000085*	*11LK-00110*	*1*

Iz prednjeg je vidljivo da se tehnička specifikacija odnosi na dizel motor utovarivača Hyundai HL 770-9A kao i da je u specifikaciji dat serijski broj motora upravo od proizvođača Hyundai.
Iz postavljene tehničke specifikacije je jasan zahtjev Ugovornog tijela da se traži isporuka ovog predmeta nabave odnosno upravo dizel motor ove mašine sa gore navedenim serijskim brojem.

Sve ovo podrazumijeva da jedino Hyundai putem ovlaštenog ponuditelja može isporučiti predmet ove nabave, što je u ovom slučaju Žalitelj, pa je nejasan navod iz ožalbenog Rješenja da nije dostavljena izjava od proizvođača.
Ukoliko za Ugovorno tijelo nije prihvatljiva izjava proizvođača Hyundai, onda tehnička specifikacija za ovaj predmet nabave nije ispravno postavljena i kao takva je suprotna odredbama članka 53. ZJN-a.
Iz svih navedenih razloga je obrazloženje ožalbenog Rješenja u svojoj suštini nepravilno i nije osnovano na stvarnim činjenicama, iz razloga što je Ugovorno tijelo po pravilima upravnog postupka dužno ispitati sve relevantne činjenice u postupku, te svoje Rješenje zasnovati na zakonskim odredbama, te činjenicama koje su jasno i objektivno utvrđene. Navodi Ugovornog tijela, kojim prihvaća žalbu ponuditelja Remex d.o.o. Tuzla, u ovom dijelu su sve, samo ne objektivno i jasno utvrđeni.
Navod u ožalbenom Rješenju koje prihvaća stav da izjava ne sadrži navod da će proizvesti, već sadrži navod da će isporučiti suštinski ništa ne mijenja, jer se radi o proizvođaču koji je svojom izjavom potvrdio isporuku što podrazumijeva da će isporučiti proizveden motor, što je sasvim logično, jer drugačije stvarno ne može ni biti.
Stoga gore opisani navod Ugovornog tijela iz ožalbenog Rješenja predstavlja kruti formalizam koji zanemaruje dikciju i duh dostavljenog ovlaštenja kompanije Hyundai, a zanemarujući stvarne činjenice, čime se paušalnim navodima drugog ponuditelja daje neopravdani legitimitet i djelovanje osnovanosti njegove žalbe.
Razmatrajući sve aspekte ožalbenog Rješenja, a imajući u vidu ovdje iznesene činjenične i pravne navode, nesporno ožalbeno Rješenje nije udovoljilo kriterijima osnovnih principa Zakona o javnim nabavama.
Opreza radi, Žalitelj ovdje ističe i nedostatak aktivne legitimacije na strani ponuditelja Remex d.o.o. Tuzla budući da isti nije dao osnovane razloge za svoj pravni interes u ovom postupku javne nabave, budući da njegova ponuda ionako nije ispunila uvjete tenderske dokumentacije, pa nije niti mogla biti odabrana kao najpovoljnija u istom postupku.
Iz svih prednjih razloga, Žalitelj zahtijeva da Ugovorno tijelo u predmetnoj stvari poništi ožalbeno Rješenje, te da ugovor u predmetnoj javnoj nabavi potom dodijeli ponuditelju Begprom d.o.o. Kalesija ili da se predmet proslijedi Uredu za razmatranje žalbi na daljnje rješavanje, a ukoliko predmetna stvar bude proslijeđena na rješavanje Uredu za razmatranje žalbi, traži da mu se dosude troškovi postupka koji se sastoje od iznosa taksi na pokretanje postupka po žalbi te iznosa administrativne takse.

Ugovorno tijelo u svom izjašnjenju ističe da je ova žalba blagovremena, dopuštena i izjavljena od ovlaštene osobe, ali je neosnovana.
Žalitelj osporava pobijano Rješenje navodima da Ugovorno tijelo nije trebalo usvojiti žalbene navode ponuditelja koji su doveli do poništenja prvobitne Odluke o izboru najpovoljnijeg ponuditelja.
Temeljem žalbenih navoda koje je Ugovorno tijelo razmatralo u pobijanom Rješenju, Ugovorno tijelo je našlo da odabrani ponuditelj (podnositelj ove žalbe) nije dostavio izjavu proizvođača s obzirom na odredbe tenderske dokumentacije kojom je Ugovorno tijelo tražilo izjavu proizvođača a ne "ovlaštenog predstavnika" a sama izjava „ovlaštenog predstavnika" ostala je samo na tvrdnji i ničim nije dokazana u smislu postojanja ugovora ili drugog akta odakle proizlaze takva ovlaštenja. Osim toga, "priroda predstavnika" se u poslovno-pravnom prometu tretira kao pravni subjekt koji kupuju robu od distributera i preprodaje istu, dok su **distributeri oni pravni subjekti koji robu nabavljaju od proizvođača** odnosno imaju određena ekskluzivna prava.

Ugovorno tijelo odbacuje kao neosnovane navedene tvrdnje zato što je traženu izjavu iz točke 7.4.2. d) TD dostavila pravna osoba koja za sebe tvrdi da je "ovlašteni predstavnik" proizvođača dok je odredbama točke 7.4.2. d) TD traženo da istu dostavi proizvođač predmetne robe.
Činjenica da je potvrdu dostavio „ovlašteni predstavnika a ne proizvođač" ukazuje da je Žalitelj postupio suprotno traženim uvjetima Tenderske dokumentacije.
Na kraju, sama izjava ne sadrži odredbu da će predmetna roba biti "proizvedena" već "isporučena" što je suprotno odredbi točke 7.4.2. d) TD.
Imajući u vidu naprijed navedeno, proizlazi da Žalitelj nije postupio po odredbama točke 7.4.2. d) TD i svi njegovi napori kroz "široka tumačenja odredbi TD" ne mogu biti prihvatljiva za Ugovorno tijelo jer stvar je jasna i nesporna - očigledno nije postupljeno po formi i sadržaju odredbe 7.4.2. d) TD što predstavlja veliko odstupanje koje ponudu čini neispravnom. Zatim, prihvaćanje izjave „ovlaštenog predstavnika" dovodi do kršenja odredbi članka 3. ZJN zbog toga što bi Ugovorno tijelo prihvatilo dokumente koje imaju osnovu u odredbama TD i dovelo bi u neravnopravan položaj one ponuditelje koji upravo zbog **"činjenice da ne mogu dostaviti izjavu proizvođača"** nisu htjeli sudjelovati u postupku.
Imajući u vidu sve navedeno, Ugovorno tijelo smatra da je predmetna žalba Žalitelja **neosnovana** te predlaže Uredu za razmatranje žalbi da odbije žalbu kao **neosnovanu**

Ovo tijelo je u skladu sa člankom 94. stavak (3) Zakona o javnim nabavama dopisom broj JN2-03-07-1-1445-4/20 od 23.06.2020. godine dostavio Žalitelju izjašnjenje Ugovornog tijela radi eventualnog očitovanja na isto. Žalitelj je 29.06.2020. godine dostavio odgovor na izjašnjenje Ugovornog tijela u kojem navodi da ostaje kod navoda žalbe kako vezano za činjenične tako i vezano za pravne razloge žalbe.

Ovo tijelo je po službenoj dužnosti, prije razmatranja žalbe, utvrđivao dopuštenost, blagovremenost, te je li žalba izjavljena od ovlaštene osobe, shodno članku 109. Zakona o javnim nabavama. Pored navedenog, ovo tijelo je, prije razmatranja žalbe utvrđivalo ispunjenost uvjeta u smislu odredbe članka 105. i članka 108. stavak (3) Zakona o javnim nabavama i utvrdilo da su ispunjeni uvjeti za postupanje po istoj na način kako definiraju odredbe navedenih članaka Zakona. Nakon što su prednje pretpostavke preispitane, prema stanju u spisu, ovo tijelo je uvidom u dostavljenu dokumentaciju, te analizom svakog dokaza pojedinačno i u njihovoj međusobnoj vezi, a u odnosu na žalbene navode i propisani zakonski postupak, utvrdilo da je potrebno žalbu usvojiti kao osnovanu.

Naime, ovo tijelo je izvršilo uvid u tendersku dokumentaciju i utvrdilo kako je Ugovorno tijelo u tenderskoj dokumentaciji propisalo da se između ostalog, tehnička i profesionalna sposobnost dokazuje dostavom dokumenata iz točke 7.4.2. te je u podtočki d) (stranica 6. TD) propisano:
Izjava proizvođača kojom potvrđuje da će za ponuditelja proizvesti robu koju ponuditelj nudi RMU „Banovići" po javnoj nabavi broj C-R 42/20.
Ovo tijelo je uvidom u istu točku 7.4.2. tenderske dokumentacije utvrdilo kako je Ugovorno tijelo također propisalo da su u svrhu ocjene tehničke i profesionalne sposobnosti, ponuditelji dužni dostaviti i izjavu da će isporučiti originalni, nov i nekorišten motor, izjavu da će prilikom isporuke dostaviti atestnu i tvorničku dokumentaciju proizvođača, te izjavu ponuditelja da će isporučiti motor sa pripadajućim elementima.

Uvidom u ponudu Žalitelja ovo tijelo je utvrdilo kako je isti na stranicama ponude 37., 38. i 39. dostavio navedene izjave, a na stranici 40. je dostavio Pismo ovlaštenja kojim predstavnik proizvođača Hyundai za Europu, kojim daje ovlaštenje Žalitelju da može isporučiti motor koji je predmet ove javne nabave - *Dizel motor za utovarivač Hyundai HL 770-9A s/n:HHKLK04 TD0000085.*

Što se tiče isticanja Ugovornog tijela da ovlašteni predstavnik proizvođača ima ograničena ovlaštenja treba naglasiti da Ugovorno tijelo navedeno nije ničim zasnovalo, naročito uzevši u obzir da Žalitelj sadržajem svoje ponude i ponuđenih dokaza nesporno upućuje na povezanost proizvođača Hyundai sa sjedištem u Južnoj Koreji i „ovlaštenog evropskog predstavništva proizvođača" koji je naimenovan kao Hyundai Construction Equipment Europe NV.
Iz sadržaja dokaza, na koje upućuje Žalitelj proizlazi da isti ima zasnovane okolnosti s tim u svezi, na bazi pruženih dokaza koji su uz navedeno jamstvo nesporno i dostavljeni dokument Pismo ovlaštenja, u smislu zasnovanih ovlaštenja svog nalogodavca-proizvođača, u koja, između ostalog obuhvaćaju najprije povezanost proizvođača i „evropskog predstavnika" a potom i sve ovlasti koje navedenu povezanost uključuju, ovo tijelo zaključuje kako je Žalitelj dostavljajući priložene izjave i dokument - Pismo ovlaštenja, dokazao svoju tehničku i profesionalnu sposobnost u pogledu zahtjeva iz točke 7.4.2. TD, jer Pismo ovlaštenja sadrži navod da će isporučiti predmet nabave, što suštinski ništa ne mijenja, jer se radi o proizvođaču koji jedini proizvodi taj predmet nabave, te je svojom izjavom potvrdio isporuku što podrazumijeva da taj predmet nabave najprije mora proizvesti, kako bi ga mogao isporučiti. Ovo tijelo smatra neprihvatljivim stav Ugovornog tijela da u konkretnom slučaju, zbog činjenice da izjava ne sadrži odredbu da će predmetna roba biti "proizvedena" već "isporučena" te da je to suprotno odredbi točke 7.4.2. d) TD, te da zbog toga smatra ponudu ponuditelja neprihvatljivom.
Stavom da će prihvatiti samo proizvode koje će proizvođač proizvesti u budućnosti, a da svaki ponuditelj mora dostaviti ***Izjavu proizvođača kojom potvrđuje da će za ponuditelja proizvesti robu,*** tj. da u obzir dolaze samo proizvedi koji bi bili proizvedeni u budućnosti, Ugovorno tijelo ograničava slobodu tržišta, te sprečava sudjelovanje svim ponuditeljima koji imaju pravo i mogućnost nuditi nov nekorišten predmet nabave.
Ovaka stav Ugovornog tijela je nepravilan i nezakonit, jer narušava temeljna načela javnih nabava propisanih u članku 3. ZJN-a, jer prema mišljenju ovog tijela, na ovaj način Ugovorno tijelo krši pravičnu i aktivnu konkurenciju, s ciljem najefikasnijeg korištenja javnih sredstava u vezi s predmetom nabave i njegovom svrhom.

Zbog ove činjenice ovo tijelo smatra Rješenje o poništenju postupka javne nabave broj 13205/20 od 31.08.2020. godine, nezakonitim, suprotno temeljnim načelima Zakona o javnim nabavama, a žalbeni navod Žalitelja **osnovanim.**

Povrat uplaćenih sredstava na ime naknade žalbenog postupka u iznosu od 2.000,00 KM izvršit će se posebnim aktom, a u skladu sa člankom 108. stavak (7) Zakona o javnim nabavama i člankom 4. Instrukcije o načinu uplate, kontrole i povrata naknada propisanih člankom 108. Zakona o javnim nabavama ("Službeni glasnik BiH" broj: 86/14).

Na osnovu činjenica utvrđenih u postupku i provedenih dokaza, shodno članku 104. i 111. stavak (1) točka d) Zakona o javnim nabavama i članka 230. stavak (2) Zakona o upravnom postupku ovo tijelo riješilo je žalbu, kao u dispozitivu ovog rješenja.

Pouka o pravnom lijeku:

Ovo Rješenje je konačno i izvršno. Protiv ovog Rješenja može se podnijeti tužba u upravnom sporu pred Sudom Bosne i Hercegovine u roku od 30 dana od dana prijema Rješenja. Taksa na tužbu iznosi 100,00 KM.

PREDSJEDNIK VIJEĆA
dr.Slaviša Bjelogrlić

Dostaviti:

- Begprom d.o.o. Kalesija
- Rudnici mrkog uglja „Banovići" d.d. Banovići
- Evidencija
- a/a.