BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANJE ŽALBI

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ

BOSNIA AND HERZEGOVINA
PROCUREMENT REVIEW BODY

Број: ЈН2-01-07-1-2980-8/20
Сарајево, 19.11.2020.год

Уред за разматрање жалби, рјешавајући по жалби понуђача Група понуђача „CONING“ доо (овлаштени представник групе) и „EURO-ASFALT“ доо Сарајево, изјављене на Одлуку о поништењу поступка јавне набавке број: 01-9526-1/20 од 05.10.2020 године, у поступку јавне набавке-Извођење радова на изградњи букобрана на дионици Подлугови-Високо“, Уговорног органа ЈП Аутоцесте Федерације БиХ, на основу члана 104. и 111. став 1) тачка д) Закона о јавним набавкама Босне и Херцеговине („Сл.гласник БиХ“, број: 39/14) и 230. Закона о управном поступку („Сл.гласник БиХ“, број: 29/02,12/04, 88/07, 93/09 и 41/13), Уред за разматрање жалби, на сједници Вијећа , одржаној дана 19.11.2020.године, донио је

Р Ј Е Ш Е Њ Е

Жалба се усваја и поништава се:

1. Одлуку о поништењу поступка јавне набавке број: 01-9526-1/20 од 05.10.2020 године,
   Предмет се враћа на поновни поступак
2. Усваја се захтјев за повратак уплаћених средстава на име накнаде за покретање жалбеног поступка у износу од 10.000,00 КМ

О б р а з л о ж е њ е

Понуђач „CONING“ доо (овлаштени представник групе) и „EURO-ASFALT“ доо Сарајево, изјављене на Одлуку о поништењу поступка јавне набавке број: 01-9526-1/20 од 05.10.2020 године, у поступку јавне набавке-Извођење радова на изградњи букобрана на дионици Подлугови-Високо“, Уговорног органа ЈП Аутоцесте Федерације БиХ која је запримљена код овог органа под бројем ЈН2-01-07-1-2980/20.

Жалилац у жалби наводи следеће:

ГРУПА ПОНУЂАЧА: CONING д.о.о. Сарајево и ЕУРО-АСФАЛТ д.о.о. Сарајево је дана 6.10.2020. године у 13:28 путем е-маила запримио Одлуку о поништењу поступка јавне набавке број 01-01.3-3952-73/19 МА од 05.10.2020. године, те након прегледа и

разматрања исте, као и аката који су у прилогу, изјављује жалбу, благовремено, а према слиједећем садржају:

а) ЖАЛИОЦ: CONING д.о.о. са сједиштем у Сарајеву, улица Радничка 70А, и ЕУРО-АСФАЛТ д.о.о. са сједиштем у Сарајеву, улица Рајловац бб, које заступа овлаштено одговорно лице Кенан Бутуровић, директор CONING д.о.о. Сарајево (Овлаштење бр: ЕА-ИС-226/20 од 08.10.2020.),

б) УГОВОРНИ ОРГАН: ЈАВНО ПРЕДУЗЕЋЕ АУТОЦЕСТЕ ФБИХ Д.О.О. МОСТАР

ц) ПОСТУПАК: Отворени поступак за набавку радова „Извођење радова на изградњи букобрана на дионици Подлугови-Високо", број: 01-01.3-3952/19 (број обавјештења са Портала јавних набавки 266-1-3-215-3-156/19 од 17.09.2019. године и исправка обавјештења о набавци број 266-1 -3-215-8-183/19 од 15.10.2019. године)

д) ОДЛУКА: Одлука о поништењу поступка јавне набавке број 01-01.3-3952-73/19 МА од 05.10.2020. године, са прилозима

е) ОПИС ЧИЊЕНИЧНОГ СТАЊА:

1. Одлуком број 01-9526-1/20 од 05.10.2020. године која је саставни дио одлуке о поништењу поступка број 01-01.3-3952-73/19 МА од 05.10.2020. године понуда Жалиоца од стране уговорног органа ПАУШАЛНО је оцијењена као неприхватљива. ЦИТАТ уговорног органа: „УПИТНО је постојање прихватљиве понуде".

Наведени цитат јасно указује на несигурност уговорног органа у своју оцјену, односно одлуку о поништењу што у јавним набавкама не може бити дозвољено. Наиме, образложење неприхватљивости понуде мора бити конкретно са позивањем на одредбе Закона о јавним набавкама, подзаконских аката и одговарајућих тачака тендерске документације, што у конкретном случају није учињено. Таква паушална оцјена је у супротности са оцјеном Комисије за набавке којом је Комисија понуду Жалиоца оцијенила једином прихватљивом и слиједом тога дала препоруку да се Жалиоцу додијели уговор.

2. Уговорни орган у одлуци из претходне тачке наводи „подијељеност мишљења комисије".

Подијељеност Комисије за набавке у поступцима јавне набавке није спорна и иста се дешава, али уговорни орган заборавља чињеницу да Комисија за набавке препоруке доноси простом већином, што је у конкретном случају и учињено те је већином гласова комисије за набавке (3/5 - што је легитимна препорука) препоручена додјела уговора, а не поништење поступка.

3. Уговорни орган није прихватио препоруку Комисије за набавке - наведено у акту број 01-01.3-3952-73/19 МА од 05.10.2020. године.

Чланом 8. став (2) тачка д) Правилника о успостављању и раду комисије („Службени гласник БиХ", број 103/14) је одређено да уговорни орган може прихватити препоруку Комисије или је одбити ако је приједлог незаконит. Тачка е) исте одредбе поменутог правилника наводи да у случају да уговоми орган не прихвати препоруку Комисије дужан је дати писмено образложење свог поступања тј. у чему се састоји незаконитост, те тражити да се иста отклони - што у конкретном случају није учињено нити је адекватно образложено у чему се састоји незаконито поступање Комисије за набавке.

4. Уговорни орган ПОНИШТАВА поступак по два основа и то:

Члан 69. став (2) тачка д): ниједна од примљених понуда није прихватљива, и

Члан 69. став (3): због доказаних разлога који су изван контроле уговорног органа и који се нису могли предвидјети у вријеме покретања поступка јавне набавке.

Цлан 69. Закона утврђује престанак поступка јавне набавке на начин да је ставом (1) наведено да исти може бити окончан закључењем уговора о јавној набавци или оквирног споразума или поништењем поступка јавне набавке.

Sarajevo, M. Tita 11a; Tel ++387 33 207 682 Fax: ++387 33 207 756

Када се говори о поништењу поступка јавне набавке, у ставу (2) истог члана је наведено да је уговорни орган обавезан ПОНИШТИТИ поступак јавне набавке у случају да:

а) није достављена ниједна понуда у одређеном крајњем року;

б) није достављен ниједан захтјев за учешће у ограниченом поступку, у преговарачком поступку са или без објаве обавјештења или у такмичарском дијалогу;

ц) није достављен број понуда одређен у члану 32. став (4) овог закона, ако је било предвиђено закључење оквирног споразума;

д) ниједна од примљених понуда није прихватљива;

е) цијене свих прихватљивих понуда знатно су веће од осигураних средстава за предметну набавку.

Став (3) истог члана Закона наводи да уговоми орган може ОТКАЗАТИ поступак јавне набавке само због доказивих разлога који су изван контроле уговорног органа и који се нису могли предвиђети у вријеме покретања поступка јавне набавке.

Закон у члану 69. у ставу (2) говори о поништењу, а у ставу (3) о отказивању поступка јавне набавке. Евидентно је да Закон између термина „поништење" и „отказивање" прави разлику. За такво нешто постоји и оправдан разлог те је исто предмет два различита става у члану 69. Закона.

Наиме, када се говори о поништењу поступка сасвим је јасно из става (2) члана 69. Закона да је исто могуће у ситуацијама које ова одредба предвиђа и то само у тачно одређеној фази поступка. Ово су ситуације које се дешавају када је поступак у фази након истека рока за пријем понуда. Дакле, поступак се не може поништити по основу ове одредбе ако рок за пријем понуда није истекао.

Међутим, неријетко се може десити да је поступак започет, а да се та набавка не може довршити из различитих разлога и ово „покрива" све фазе поступка. И прије и након истека рока за пријем понуда. Може се десити да је, на примјер, данас објављено обавјештење о набавци, а да је већ сутра потребно поступак прекинути. Дакле, поступак се у овим ситуацијама не поништава, већ отказује.

То је управо дефинисано у ставу (3) члана 69. Закона, односно да је поступак додјеле уговора отказан због других доказивих разлога који су изван контроле уговорног органа и који се нису могли предвиђети у вријеме покретања поступка додјеле уговора.

Опћа „клаузула егзонерације" за отказивање налази се у овој одредби, за догађаје који се нису могли предвиђети, који су изван контроле уговорног органа и који нису у вези са провођењем поступка додјеле уговора.

Други доказиви разлози могу присилити уговорни орган да откаже поступак додјеле уговора прије него што се закључи уговор или оквими споразум. Било који разлог за такво отказивање мора бити:

1) Доказив (што значи да се јавности може дати увјерљиво објашњење),

2) Изван контроле уговорног органа, и

3) Да га уговорни орган није могао предвидјети у вријеме покретања поступка додјеле

Према томе, не може се поступак истовремено поништити по два основа. Како је могуће поступак истовремено поништити по основу тога што, на примјер, није достављена ниједна понуда у одређеном крајњем року [члан 69. став (2) тачка а) Закона] и по основу тога што су цијене свих прихватљивих понуда знатно веће од осигураних средстава за предметну набавку [члан 69. став (2) тачка е) Закона. То је немогућа ситуација у пракси. Закон је оставио могућност избора само једног разлога за поништење. Агенција за јавне набавке је Портал јавних набавки развила у складу са Законом и подзаконским актима, те приликом објаве обавјештења о поништењу није могуће одабрати два различита разлога поништења (већ само један). Такођер, није могуће одабрати истовремено и разлог за

Sarajevo, M. Tita 11a; Tel ++387 33 207 682 Fax: ++387 33 207 756

поништење и разлог за отказивање (већ само разлог за поништење или само разлог за отказивање).

У конкретном случају уговорни орган је у образложењу Одлуке о поништењу поступка јавне набавке навео разлоге и за поништење и за отказивање поступка чиме су јасно прекршене претходно образложене законске одредбе за поступање у случајевима потребе поништења или отказивања поступака јавних набавки.

5. Друге доказиве разлоге за поништење поступка јавне набавке уговорни орган „правда" појавом коронавируса и проглашења пандемије, те слиједом тога падом прихода.

Основно правило система јавних набавки је обезбјеђење финансијских средстава прије покретања поступка јавне набавке. То је један од основних постулата система јавних набавки, а у циљу најефикаснијег кориштења јавних средстава.

Надаље, у циљу постизања транспарентности поступка јавне набавке приликом објављивања обавјештења о набавци уговорни орган у тачки II 6.а Обавјештења о набавци наводи процијењену укупну вриједност уговора без ПДВ-а у КМ, а у тачки III 3. битне услове финансирања и плаћања или упућује на одговарајуће прописе.

Наиме, на почетку „ланца набавке" налази се идентификовање потреба уговорног органа на основу чега се одобрава буџет за исте, те припрема и усваја план набавки. Кореалација је врло једноставна: планирање набавки —♦ одобрење буџета —► план набавки.

Надаље, законодовац у односу на ранија законска рјешења предвиђа доношења плана набавке, након што се усвоји буџет или финансијски план, те прописује обавезу објаве плана набавке у складу са чланом 17. ств (2) Закона.

Поред тога одлука о покретању поступка јавне набавке из члана 18. Закона, као један од обавезних дементата садржи и „податке о извору - начину финансирања". То значи да без обезбијеђених средстава нема ни набавке. Не могу се поступци јавних набавки проводити тек тако и онда поништавати/отказивати без разлога чиме се понуђачима наноси штета и проузрокују трошкови и понуђачима и уговорном органу.

Дакле, план набавки је у конкретном случају донешен и објављен, што значи да је претходно усвојен буџет, односно финансијски план, те поступак није могуће поништити због недостотка средстава без обзира на појаву коронавируса (јер су средства претходно морала бити обезбијеђена).

Надаље, у периоду од 16.03.2020. године када је Влада ФБиХ донијела Одлуку о проглашењу стања несреће па до 05.10.2020. године када је уговорни орган донио Одлуку о поништењу поступка јавне набавке, на Порталу јавних набавки уговорни орган је објавио 28 обавјештења о додјели уговора и објвио 100 извјештаја за поступке мале вриједности што вриједносно укупно износи више од 14 милиона КМ (без ПДВ-а).

Поставља се питање зашто за једну набавку постоје средства, а за другу не постоје? По ком основу су донесене такве одлуке? Одлуке о додјели уговора у одређеним случајевима, а у одређеним случајевима (као што је овај) Одлуке о поништењу поступка јавне набавке? Да ли је то било објективно? Ди су одлуке доношене у зависности од понуђача који је требао или није требао бити одабран? Зашто је уговор додијељен за поступак од цца 7.800.000,00 КМ без ПДВ-а (податак са Портала јавних нававки), а овај поступак је поништен гдје наша понуда износи 8.107.516,46 КМ без ПДВ-а? Да ли 300.000,00 КМ представља тако значајну разлику узимајући у обзир да уговорни орган у одлуци о поништењу говори о паду прихода од цца 5,5 милиона КМ!?

Агенција за јавне набавке је јасно навела у својим саопштењима да се ситуација у Босни и Херцеговини узрокована пандемијом коронавируса не смије злоупотребљавати како би се заобишле или кршиле одредбе Закона и подзаконских аката, јер је поменуто прекршајно и кривично кажњиво, те је предмет праћења поступака јавних набавки.

Sarajevo, M. Tita 11a; Tel ++387 33 207 682 Fax: ++387 33 207 756

6. Поред свега наведеног, поништење поступка јавне набавке уговорни орган „правда" недостацима у пројекту.

Наведени „недостаци" за уговорни орган очито представљају трећи разлог поништења поступка јавне набавке. Поставља се питање шта је онда прави разлог поништења: непостојање ниједне прихватљиве понуде, недостатак средстава или недостаци у пројекту? Не може све заједно. Ако по уговорном органу не постоји ниједна прихватљива понуда, и ако је то разлог поништења, зашто образлагати недостатак средстава и недостатке у пројекту? Шта да постоји прихватљива понуда (а постоји и то је понуда Жалиоца) и да није било коронавируса а постоје недостаци у пројекту? Онда би средства била достатна. Али како у том случају додијелити уговор када постоје недостаци у пројекту? Шта да није било недостатака у пројекту? Онда се поступак поништава због недостатка средстава због коронавируса? Недостаци у пројекту нису разлози који су ван котроле уговорног органа. Неколико је комбинација поништења поступка са којима уговорни орган, тачније Управа ЈП Аутоцесте ФБИХ доо Мостар. манипулише у овом поступку само да не би додијелила уговор Жалиоцу као понуђачу који је једини доставио прихватљиву понуду, што је потврдила и Комисија за набавке у свом Записнику. Могући мотиви за то се могу пронаћи у самој тендерској документацији гдје се на више дијелова може наслутити намјера погодовања понуђачу Унипромет доо Чачак, као нпр.:

На више мјеста у ТД се могу уочити колизије између нацрта и текстуалног дијела што упућује на накнадне интервенције и преправке Главног пројекта као саставног дијела тендерске документације.

- У тачки 7.4.1 а) као доказ предходне техничке и професионалне способности, тражи се „да понуђач има успјешно искуство у реализацији најмање 1 (једног), а највише 3 (три) уговора минималне (у случају два или три уговора, збирне) вриједности 10.800.000,00 КМ чији је предмет испорука и уградња букобрана и/или друге опреме за аутоцесту за побољшање сигурности саобрачаја (као што је заштитна одбојна ограда, ублаживачи удара и сл.) у посљедњих 5 (пет) година". Додавањем дијела „и/или друге опреме за аутоцесту за побољшање сигурности саобраћаја (као што је заштитна одбојна ограда, ублаживачи удара и сл) " уговорни орган је дао могућност да чак и понуђач који нема никакво предходно искуство на извођењу букобрана добије уговор на извођењу истих у вриједности од 10.800.000,00 КМ без ПДВ-а! Ова могућност „проширења" предходних референци на радове заштитне одбојне ограде, сасвим друге технологије и намјене неголи извођење букобрана, такође погодује Унипромет доо Чачак којем је основна дјелатност извођење одбојних ограда, те без истог никако не би могао испунити минималне услове предходне техничке и професионалне способности. То се јасно види из обје Потврде за извршене радове које је доставио у својој понуди, гдје се прва потврда у вриједности 12.732.310,37 КМ односи само на уградњу челичних заштитних ограда док се друга потврда у вриједности 3.033.050,16 € односи на одбојну ограду и зидове за заштиту од буке заједно.

Због свега претходно наведеног изражавамо сумњу да је у предметном поступку јавне набавке уговорни орган, односно Управа ЈП Аутоцесте ФБиХ доо Мостар, злоупотребила свој положај са циљем да се фаворизује њима подобан понуђач чиме је потенцијално почињено казнено дјело.

7. Уговорни орган сумња у вјеродостојност тијела које је потврдило валидност ЦЕ цертификата из наше понуде.

На основу инструкција из Рјешења УРЖ БиХ број ЈН2-01-07-1-599-9/20 ОД 15.04.2020. Комисија за провођење поступка уговорог органа је сама препознала као мериторно тијело и потом контактирала за мишљење Европску федерацију звучних баријера (енгл.ЕНБФ). Европска федерација звучних баријера је потврдила да је хармонизирани стандард ЕН 14388:2005 ЈЕДИНИ ВАЖЕЋИ за област „Уређаји за смањење саобраћајне буке" те је додатно потврдила валидност ЦЕ цертификата из Понуде Жалиоца

Sarajevo, M. Tita 11a; Tel ++387 33 207 682 Fax: ++387 33 207 756

што је меритум ствари - ако је стандард ЕН 14388:2005 једини важећи онда су једино важећи и ЦЕ цертификати који су издати на основу овог стандарда. Као додатни доказ прилажемо и мишљење Института за стандардизацију Босне и Херцеговине број 04-45.11-20-613-2/20 од 06.05.2020. који јасно потврђује валидност хармонизираног стандарда ЕН 14388:2005 те закључује да, ЦИТАТ: „Без обзира на статус стандарда, они стандарди који су наведени у Службеном гласнику Европске Комисије користе се за доказивање испуњености битних захтјева ЕУ легислативе". Једини стандард за Уређаје за смањење саобраћајне буке који се налази у службеном гласнику Европске комисије. на страници 50, је хармонизирани стандар ЕН 14388:2005 те су стога ЦЕ цертификати рађени на основу њега ЈЕДИНИ ВАЖЕЋИ.

Доказ 5: Допис од Института за стандардизацију Босне и Херцеговине број 04-45.11-20-613-2/20 од 06.05.2020

Доказ 6: Званична листа хармонизираних стандарда објављена у Службеном Гласнику Европске комисија, одговарајуће странице са званичним преводом (доказ раније достављен уговорном органу)

Напомињемо да смо у својој првој Жалби број 1-03-02/20 од 10.02.2020. доставили и бројне доказе који потврђују валидност наших ЦЕ цертификата издатих на основу ЈЕДИНОГ ВАЖЕЋЕГ хармонизираног стандарда ЕН 14388:2005, укључујући званичан допис од Акредитованог органа, једног од 35 Акредитованих органа која проводе хармонизирани стандард ЕН 14388:2005.

Дакле. уговорном органу је већ раније достављено тумачење једног од Акредитованих органа чији попис Еуропска комисија, на коју се позива Управа ЈП Аутоцесте у побијаној Одлуци, објављује у свом Информацијском систему НАНДО.

Уговорни орган је доставио овом органу документацију потребну за одлучивање по предметној жалби.

Жалба је благовремена, допуштена и изјављена од овлаштеног лица.

Жалба је основана.

Овај орган је размотрио жалбу и стање у спису, те утврдио следеће неспорне и релевантне чињенице:

Полазећи од жалбеног навода:

Одлуком број 01-9526-1/20 од 05.10.2020. године која је саставни дио одлуке о поништењу поступка број 01-01.3-3952-73/19 МА од 05.10.2020. године понуда Жалиоца од стране уговорног органа ПАУШАЛНО је оцијењена као неприхватљива. ЦИТАТ уговорног органа: „УПИТНО је постојање прихватљиве понуде".

Наведени цитат јасно указује на несигурност уговорног органа у своју оцјену, односно одлуку о поништењу што у јавним набавкама не може бити дозвољено. Наиме, образложење неприхватљивости понуде мора бити конкретно са позивањем на одредбе Закона о јавним набавкама, подзаконских аката и одговарајућих тачака тендерске документације, што у конкретном случају није учињено. Таква паушална оцјена је у супротности са оцјеном Комисије за набавке којом је Комисија понуду Жалиоца оцијенила једином прихватљивом и слиједом тога дала препоруку да се Жалиоцу додијели уговор.

Sarajevo, M. Tita 11a; Tel ++387 33 207 682 Fax: ++387 33 207 756

2. Уговорни орган у одлуци из претходне тачке наводи „подијељеност мишљења комисије".

Подијељеност Комисије за набавке у поступцима јавне набавке није спорна и иста се дешава, али уговорни орган заборавља чињеницу да Комисија за набавке препоруке доноси простом већином, што је у конкретном случају и учињено те је већином гласова комисије за набавке (3/5 - што је легитимна препорука) препоручена додјела уговора, а не поништење поступка.

3. Уговорни орган није прихватио препоруку Комисије за набавке - наведено у акту број 01-01.3-3952-73/19 МА од 05.10.2020. године.

Чланом 8. став (2) тачка д) Правилника о успостављању и раду комисије („Службени гласник БиХ", број 103/14) је одређено да уговорни орган може прихватити препоруку Комисије или је одбити ако је приједлог незаконит. Тачка е) исте одредбе поменутог правилника наводи да у случају да уговоми орган не прихвати препоруку Комисије дужан је дати писмено образложење свог поступања тј. у чему се састоји незаконитост, те тражити да се иста отклони - што у конкретном случају није учињено нити је адекватно образложено у чему се састоји незаконито поступање Комисије за набавке.

4. Уговорни орган ПОНИШТАВА поступак по два основа и то:

Члан 69. став (2) тачка д): ниједна од примљених понуда није прихватљива, и

Члан 69. став (3): због доказаних разлога који су изван контроле уговорног органа и који се нису могли предвидјети у вријеме покретања поступка јавне набавке.

Цлан 69. Закона утврђује престанак поступка јавне набавке на начин да је ставом (1) наведено да исти може бити окончан закључењем уговора о јавној набавци или оквирног споразума или поништењем поступка јавне набавке.

Када се говори о поништењу поступка јавне набавке, у ставу (2) истог члана је наведено да је уговорни орган обавезан ПОНИШТИТИ поступак јавне набавке у случају да:

а) није достављена ниједна понуда у одређеном крајњем року;

б) није достављен ниједан захтјев за учешће у ограниченом поступку, у преговарачком поступку са или без објаве обавјештења или у такмичарском дијалогу;

ц) није достављен број понуда одређен у члану 32. став (4) овог закона, ако је било предвиђено закључење оквирног споразума;

д) ниједна од примљених понуда није прихватљива;

е) цијене свих прихватљивих понуда знатно су веће од осигураних средстава за предметну набавку.

Став (3) истог члана Закона наводи да уговоми орган може ОТКАЗАТИ поступак јавне набавке само због доказивих разлога који су изван контроле уговорног органа и који се нису могли предвиђети у вријеме покретања поступка јавне набавке.

Закон у члану 69. у ставу (2) говори о поништењу, а у ставу (3) о отказивању поступка јавне набавке. Евидентно је да Закон између термина „поништење" и „отказивање" прави разлику. За такво нешто постоји и оправдан разлог те је исто предмет два различита става у члану 69. Закона.

Наиме, када се говори о поништењу поступка сасвим је јасно из става (2) члана 69. Закона да је исто могуће у ситуацијама које ова одредба предвиђа и то само у тачно одређеној фази поступка. Ово су ситуације које се дешавају када је поступак у фази након истека рока за пријем понуда. Дакле, поступак се не може поништити по основу ове одредбе ако рок за пријем понуда није истекао.

Међутим, неријетко се може десити да је поступак започет, а да се та набавка не може довршити из различитих разлога и ово „покрива" све фазе поступка. И прије и након истека рока за пријем понуда. Може се десити да је, на примјер, данас објављено обавјештење о набавци, а да је већ сутра потребно поступак прекинути. Дакле, поступак се у овим ситуацијама не поништава, већ отказује.

Sarajevo, M. Tita 11a; Tel ++387 33 207 682 Fax: ++387 33 207 756

То је управо дефинисано у ставу (3) члана 69. Закона, односно да је поступак додјеле уговора отказан због других доказивих разлога који су изван контроле уговорног органа и који се нису могли предвиђети у вријеме покретања поступка додјеле уговора.

Опћа „клаузула егзонерације" за отказивање налази се у овој одредби, за догађаје који се нису могли предвиђети, који су изван контроле уговорног органа и који нису у вези са провођењем поступка додјеле уговора.

Други доказиви разлози могу присилити уговорни орган да откаже поступак додјеле уговора прије него што се закључи уговор или оквими споразум. Било који разлог за такво отказивање мора бити:

1) Доказив (што значи да се јавности може дати увјерљиво објашњење),

2) Изван контроле уговорног органа, и

3) Да га уговорни орган није могао предвидјети у вријеме покретања поступка додјеле

Према томе, не може се поступак истовремено поништити по два основа. Како је могуће поступак истовремено поништити по основу тога што, на примјер, није достављена ниједна понуда у одређеном крајњем року [члан 69. став (2) тачка а) Закона] и по основу тога што су цијене свих прихватљивих понуда знатно веће од осигураних средстава за предметну набавку [члан 69. став (2) тачка е) Закона. То је немогућа ситуација у пракси. Закон је оставио могућност избора само једног разлога за поништење. Агенција за јавне набавке је Портал јавних набавки развила у складу са Законом и подзаконским актима, те приликом објаве обавјештења о поништењу није могуће одабрати два различита разлога поништења (већ само један). Такођер, није могуће одабрати истовремено и разлог за поништење и разлог за отказивање (већ само разлог за поништење или само разлог за отказивање).

У конкретном случају уговорни орган је у образложењу Одлуке о поништењу поступка јавне набавке навео разлоге и за поништење и за отказивање поступка чиме су јасно прекршене претходно образложене законске одредбе за поступање у случајевима потребе поништења или отказивања поступака јавних набавки.

5. Друге доказиве разлоге за поништење поступка јавне набавке уговорни орган „правда" појавом коронавируса и проглашења пандемије, те слиједом тога падом прихода.

Основно правило система јавних набавки је обезбјеђење финансијских средстава прије покретања поступка јавне набавке. То је један од основних постулата система јавних набавки, а у циљу најефикаснијег кориштења јавних средстава.

Надаље, у циљу постизања транспарентности поступка јавне набавке приликом објављивања обавјештења о набавци уговорни орган у тачки II 6.а Обавјештења о набавци наводи процијењену укупну вриједност уговора без ПДВ-а у КМ, а у тачки III 3. битне услове финансирања и плаћања или упућује на одговарајуће прописе.

Наиме, на почетку „ланца набавке" налази се идентификовање потреба уговорног органа на основу чега се одобрава буџет за исте, те припрема и усваја план набавки. Кореалација је врло једноставна: планирање набавки —♦ одобрење буџета —► план набавки.

Надаље, законодовац у односу на ранија законска рјешења предвиђа доношења плана набавке, након што се усвоји буџет или финансијски план, те прописује обавезу објаве плана набавке у складу са чланом 17. ств (2) Закона.

Поред тога одлука о покретању поступка јавне набавке из члана 18. Закона, као један од обавезних дементата садржи и „податке о извору - начину финансирања". То значи да без обезбијеђених средстава нема ни набавке. Не могу се поступци јавних набавки проводити тек тако и онда поништавати/отказивати без разлога чиме се понуђачима наноси штета и проузрокују трошкови и понуђачима и уговорном органу.

Sarajevo, M. Tita 11a; Tel ++387 33 207 682 Fax: ++387 33 207 756

Дакле, план набавки је у конкретном случају донешен и објављен, што значи да је претходно усвојен буџет, односно финансијски план, те поступак није могуће поништити због недостотка средстава без обзира на појаву коронавируса (јер су средства претходно морала бити обезбијеђена).

Надаље, у периоду од 16.03.2020. године када је Влада ФБиХ донијела Одлуку о проглашењу стања несреће па до 05.10.2020. године када је уговорни орган донио Одлуку о поништењу поступка јавне набавке, на Порталу јавних набавки уговорни орган је објавио 28 обавјештења о додјели уговора и објвио 100 извјештаја за поступке мале вриједности што вриједносно укупно износи више од 14 милиона КМ (без ПДВ-а).

Поставља се питање зашто за једну набавку постоје средства, а за другу не постоје? По ком основу су донесене такве одлуке? Одлуке о додјели уговора у одређеним случајевима, а у одређеним случајевима (као што је овај) Одлуке о поништењу поступка јавне набавке? Да ли је то било објективно? Ди су одлуке доношене у зависности од понуђача који је требао или није требао бити одабран? Зашто је уговор додијељен за поступак од цца 7.800.000,00 КМ без ПДВ-а (податак са Портала јавних нававки), а овај поступак је поништен гдје наша понуда износи 8.107.516,46 КМ без ПДВ-а? Да ли 300.000,00 КМ представља тако значајну разлику узимајући у обзир да уговорни орган у одлуци о поништењу говори о паду прихода од цца 5,5 милиона КМ!?

Агенција за јавне набавке је јасно навела у својим саопштењима да се ситуација у Босни и Херцеговини узрокована пандемијом коронавируса не смије злоупотребљавати како би се заобишле или кршиле одредбе Закона и подзаконских аката, јер је поменуто прекршајно и кривично кажњиво, те је предмет праћења поступака јавних набавки.

Поред свега наведеног, поништење поступка јавне набавке уговорни орган „правда" недостацима у пројекту.

Наведени „недостаци" за уговорни орган очито представљају трећи разлог поништења поступка јавне набавке. Поставља се питање шта је онда прави разлог поништења: непостојање ниједне прихватљиве понуде, недостатак средстава или недостаци у пројекту? Не може све заједно. Ако по уговорном органу не постоји ниједна прихватљива понуда, и ако је то разлог поништења, зашто образлагати недостатак средстава и недостатке у пројекту? Шта да постоји прихватљива понуда (а постоји и то је понуда Жалиоца) и да није било коронавируса а постоје недостаци у пројекту? Онда би средства била достатна. Али како у том случају додијелити уговор када постоје недостаци у пројекту? Шта да није било недостатака у пројекту? Онда се поступак поништава због недостатка средстава због коронавируса? Недостаци у пројекту нису разлози који су ван котроле уговорног органа. Неколико је комбинација поништења поступка са којима уговорни орган, тачније Управа ЈП Аутоцесте ФБИХ доо Мостар. манипулише у овом поступку само да не би додијелила уговор Жалиоцу као понуђачу који је једини доставио прихватљиву понуду, што је потврдила и Комисија за набавке у свом Записнику. Могући мотиви за то се могу пронаћи у самој тендерској документацији гдје се на више дијелова може наслутити намјера погодовања понуђачу Унипромет доо Чачак, као нпр.:

На више мјеста у ТД се могу уочити колизије између нацрта и текстуалног дијела што упућује на накнадне интервенције и преправке Главног пројекта као саставног дијела тендерске документације.

Због свега претходно наведеног изражавамо сумњу да је у предметном поступку јавне набавке уговорни орган, односно Управа ЈП Аутоцесте ФБиХ доо Мостар, злоупотребила свој положај са циљем да се фаворизује њима подобан понуђач чиме је потенцијално почињено казнено дјело.

Уговорни орган сумња у вјеродостојност тијела које је потврдило валидност ЦЕ цертификата из наше понуде.

Sarajevo, M. Tita 11a; Tel ++387 33 207 682 Fax: ++387 33 207 756

На основу инструкција из Рјешења УРЖ БиХ број ЈН2-01-07-1-599-9/20 ОД 15.04.2020. Комисија за провођење поступка уговорог органа је сама препознала као мериторно тијело и потом контактирала за мишљење Европску федерацију звучних баријера (енгл.ЕНБФ). Европска федерација звучних баријера је потврдила да је хармонизирани стандард ЕН 14388:2005 ЈЕДИНИ ВАЖЕЋИ за област „Уређаји за смањење саобраћајне буке" те је додатно потврдила валидност ЦЕ цертификата из Понуде Жалиоца што је меритум ствари - ако је стандард ЕН 14388:2005 једини важећи онда су једино важећи и ЦЕ цертификати који су издати на основу овог стандарда. Као додатни доказ прилажемо и мишљење Института за стандардизацију Босне и Херцеговине број 04-45.11-20-613-2/20 од 06.05.2020. који јасно потврђује валидност хармонизираног стандарда ЕН 14388:2005 те закључује да, ЦИТАТ: „Без обзира на статус стандарда, они стандарди који су наведени у Службеном гласнику Европске Комисије користе се за доказивање испуњености битних захтјева ЕУ легислативе". Једини стандард за Уређаје за смањење саобраћајне буке који се налази у службеном гласнику Европске комисије. на страници 50, је хармонизирани стандар ЕН 14388:2005 те су стога ЦЕ цертификати рађени на основу њега ЈЕДИНИ ВАЖЕЋИ.

Доказ 5: Допис од Института за стандардизацију Босне и Херцеговине број 04-45.11-20-613-2/20 од 06.05.2020

Доказ 6: Званична листа хармонизираних стандарда објављена у Службеном Гласнику Европске комисија, одговарајуће странице са званичним преводом (доказ раније достављен уговорном органу)

Напомињемо да смо у својој првој Жалби број 1-03-02/20 од 10.02.2020. доставили и бројне доказе који потврђују валидност наших ЦЕ цертификата издатих на основу ЈЕДИНОГ ВАЖЕЋЕГ хармонизираног стандарда ЕН 14388:2005, укључујући званичан допис од Акредитованог органа, једног од 35 Акредитованих органа која проводе хармонизирани стандард ЕН 14388:2005.

Дакле. уговорном органу је већ раније достављено тумачење једног од Акредитованих органа чији попис Европска комисија, на коју се позива Управа ЈП Аутоцесте у побијаној Одлуци, објављује у свом Информацијском систему НАНДО.

У Изјашњењу на наведено уговорни орган истиче:

Да је жалба поништена у складу да одредбама члана 69 став 2 тачка д ЗЈН, поништење поступка због неприхватљивих понуда.

Ако пажљиво анализирамо доказе уз жалбу, јасно је да су исти приложили мишљења од органа /удружења , која нису званично тијело.

У спису је поднесак са доказима који доказују да један цертификат жалитеља није важећи.

Надаље уговорни орган само констатује да се изјашњава да је навод неоснован.

На све наведено овај орган констатује:

Увидом у Одлуку о поништењу поступка набавке у предмету „Извођење радова на изградњи букобрана на дионици Подлугови- Високо“, број: 01-9526-1/20 од 05.10.2020 године наведено:

„Како се ради о поступку гдје је врло упитно постојање прихватљиве понуде, а узимајући у обзир подјељеност мишљења чланова Комисије за предметну набавку као и предходно наведене околности које се нису могле предвидјети у вријеме покретања предметне набавке, а темељем одредби члана 69 став (2) тачка д) и став 3. Закона о јавним набавкама, одлучено је као у диспозитиву ове Одлуке“

Sarajevo, M. Tita 11a; Tel ++387 33 207 682 Fax: ++387 33 207 756

Чланом 69 став (2) тачка д) прописано је

д): ниједна од примљених понуда није прихватљива, и

Члан 69. став (3): због доказаних разлога који су изван контроле уговорног органа и који се нису могли предвидјети у вријеме покретања поступка јавне набавке.

Цлан 69. Закона утврђује престанак поступка јавне набавке на начин да је ставом (1) наведено да исти може бити окончан закључењем уговора о јавној набавци или оквирног споразума или поништењем поступка јавне набавке.

Став (3) истог члана Закона наводи да уговорни орган може ОТКАЗАТИ поступак јавне набавке само због доказивих разлога који су изван контроле уговорног органа и који се нису могли предвиђети у вријеме покретања поступка јавне набавке.

Закон у члану 69. у ставу (2) говори о поништењу, а у ставу (3) о отказивању поступка јавне набавке.

Наиме, када се говори о поништењу поступка сасвим је јасно из става (2) члана 69. Закона да је исто могуће у ситуацијама које ова одредба предвиђа и то само у тачно одређеној фази поступка.

Међутим, неријетко се може десити да је поступак започет, а да се та набавка не може довршити из различитих разлога и ово „покрива" све фазе поступка.

То је управо дефинисано у ставу (3) члана 69. Закона, односно да је поступак додјеле уговора отказан због других доказивих разлога који су изван контроле уговорног органа и који се нису могли предвиђети у вријеме покретања поступка додјеле уговора.

Било који разлог за такво отказивање мора бити:

1) Доказив (што значи да се јавности може дати увјерљиво објашњење),

2) Изван контроле уговорног органа, и

3) Да га уговорни орган није могао предвидјети у вријеме покретања поступка додјеле.

Према томе, нејасно је шта је уговорни орган сматрао разлозима за доношење спорне одлуке.

У конкретном случају уговорни орган је у образложењу Одлуке о поништењу поступка јавне набавке навео разлоге и за поништење и за отказивање поступка.

Друге доказиве разлоге за поништење поступка јавне набавке уговорни орган „правда" појавом коронавируса и проглашења пандемије, те слиједом тога падом прихода, међутим основно правило система јавних набавки је обезбјеђење финансијских средстава прије покретања поступка јавне набавке.

То је један од основних постулата система јавних набавки, а у циљу најефикаснијег кориштења јавних средстава, те се на основу идентификовања потреба уговорног органа одобрава буџет за исте, припрема и усваја план набавки.

То значи да без обезбијеђених средстава нема ни набавке.

Надаље, када је ријеч о прихватљивости понуде жалитеља, а везано за валидност ЦЕ цертификата издатих на основу, хармонизираног стандарда ЕН 14388:2005, у смислу важења истог, овај орган истиче да је и предходно навео да је остало неразрјешено, по питању давања потпуне информације, с обзиром да жалитељ и уговорни орган прилажу различите саджаје, те да је уговорни орган дужан преиспитати све наведене доказе.

У допису жалитеља на Изјашњење уговорног органа наводи се да је тек у Изјашњењу достављена документација, а која је наводно добијена, путем е-маила, од стране „Унипромет" доо Чачак, који понуђач је у току поступка дисквалификован.

Жалитељ оспорава наведено тумачење, те прилаже доказе једне од контактних тачки које се помињу као тумачи Уредбе за грађевинске производе, те истиче да су неистине тврдње добијене од „Унипромета" доо Чачак, за који наводи да покушава да спори ваљаност ЦЕ цертификата за производ „KOHLHAUER SCORSA FRAME" истог производа којег заступа на тржишту Србије и за који прилаже цертификат који оспорава у Босни.

Sarajevo, M. Tita 11a; Tel ++387 33 207 682 Fax: ++387 33 207 756

Из свега наведеног овај орган констатује да је остало неразрјешено спорно питање наведеног стандарда, који се у поновном поступку морају расправити, те приложити непобитане докази разрјешења истог.

Из наведених разлога овај орган усваја предметну жалбу и враћа је на поновни поступак у коме је уговорни орган дужан донијети исправну одлуку, у односу на чињенице које је овај орган утврдио.

На основу утврђеног чињеничног стања, примјеном одредаба чл. 104, затим чл. 111. став (1) тачка д) Закона о јавним набавкама БиХ, у вези са чланом 230. став 2. Закона о управном поступку, одлучено је као у диспозитиву.

Такође, повратак уплаћених средстава на име накнаде жалбеног поступка у износу од 10000,00 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)

Поука о правном лијеку

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

ПРЕДСЈЕДНИК ВИЈЕЋА

Жељка Клобучар

Доставити:
- Група понуђача „CONING" доо и „EURO-ASFALT" доо Сарајево
- ЈП Аутоцесте Федерације Мостар
- евиденцији
- а/а

Sarajevo, M. Tita 11a; Tel ++387 33 207 682 Fax: ++387 33 207 756