BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANJE ŽALBI
PODRUŽNICA/FILIJALA BANJA LUKA

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ
ФИЛИЈАЛА БАЊА ЛУКА

BOSNIA AND HERZEGOVINA
PROCUREMENT REVIEW BODY
BRANCH OFFICE BANJA LUKA

15 -02- 2021

Број: ЈН2-02-07-1-3813-6/20
Бања Лука, 11.02.2021.године

Канцеларија за разматрање жалби БиХ филијала Бања Лука, рјешавајући по жалби потенцијалног понуђача „MAVAS“ d.o.o. Мркоњић Град, број: 110-12/20 од 22.12.2020. године, изјављене на исправку обавјештења број: 320-1-3-304-8-321/20 од 15.12.2020.године и новообјављену Тендерску документацију број: 20-404-282/20, Уговорног органа град Бања Лука-Градоначелник у отвореном поступку *„изградња помоћног стадиона са вјештачком травом код тржног центра Делта планет-друга фаза“*. На основу члана 93. став(8) и члана 111. став (1) тачка д) Закона о јавним набавкама ("Сл. гласник БиХ", број: 39/14), члана 231. став(1) Закона о управном поступку БиХ ("Сл. гласник БиХ", број: 29/02, 12/04, 88/07, 93/09 и 41/13), на сједници вијећа одржаној дана 11.02.2021.године, донијела је

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. Жалба потенцијалног понуђача „MAVAS“ d.o.o. Мркоњић Град, број: 92-09/20 од 29.09.2020. године, изјављене на Тендерску документацију број: 20-404-282/20, Уговорног органа град Бања Лука-Градоначелник у отвореном поступку *„изградња помоћног стадиона са вјештачком травом код тржног центра Делта планет-друга фаза“*. усваја се као **основана.**
2. **Поништава се** Тенедерска документација број: 20-404-282/20 објављена у исправци обавјештења о набавци број: 320-1-3-304-3-248/20 од 18.09.2020.године.
3. **О повратy** средстава уплаћених на име накнаде за покретање жалбеног поступка овај орган ће донијети посебно рјешење.

О Б Р А З Л О Ж Е Њ Е

Уговорни орган град Бања Лука-Градоначелник (у даљем тексту: Уговорни орган) донио је Одлуку о покретању поступка набавке број: 12-Г-9140/20 од 16.09.2020.године, објавио је обавјештење на Порталу јавних набавки број: **320-1-3-304-3-248/20** од 18.09.2020.године.

Уговорни орган донио је Рјешење број: 12-Г-3141/20 од 16.09.2020.године, којим је именована Комисија за јавну набавку.

Незадовољан садржајем Тендерске документације, потенцијални понуђач „MAVAS“ d.o.o. Мркоњић Град, изјавио је жалбу број: 92-09/20 од 29.09.2020. године.

Канцеларија за разматрање жалби, филијала Бања Лука донијела је Рјешење број: ЈН2-02-07-1-2744-6/20 од 12.11.2020.године.

Уговорни орган, објавио је исправку обавјештења о набавци број: 320-1-3-304-8-321/20 од 15.12.2020.године, у којем је објавио нову Тендерску документацију под бројем: 20-404-282/20.

Незадовољан садржајем исправке обавјештења број: 320-1-3-304-8-321/20 од 15.12.2020.године и новообјављене Тендерске документације број: 20-404-282/20, потенцијални понуђач „MAVAS“ d.o.o. Мркоњић Град, (у даљем тексту: Жалилац) изјавио је жалбу број: 110-12/20 од 22.12.2020. године, а која је путем Уговорног органа у складу са чланом 107. Закона о јавним набавкама, прослијеђена овом органу и запримљена код истог дана 31.12.2021.године.

У жалби Жалиоца се наводи:

На основу члана 99. став (1) и члана 101. став (1) тачка б), Закона о јавним набавкама („Службени гласник БИХ", број 39/14), изјављујемо благовремену и допуштену: ЖАЛБУ, на исправку обавјештења о набавци бр. 320-1-3-304-8-321/20 од 15.12.2020. године и новообјављену тендерску документацију бр. 20/404-282/20 у поступку набавке радова „Изградња помоћног стадиона са вјештачком травом код тржног центра Делта планет - друга фаза“, за коју је објављено обавјештење о набавци бр. 320-1-3-304-3-248/20, дана 18.09.2020. године, због повреда одредби Закона о јавним набавкама (у даљем тексту: ЗЈН) и повреду рјешења Канцеларије за разматрање жалби бр. ЈН2-02-07-1-2744-6/20 од 12.11.2020.године, као коначног и извршног акта у поступцима јавних набавки.

У циљу доказивања активне легитимације, односно интереса за изјављивање жалбе, жалилац истиче да је преузео тендерску документацију за предметни поступак набавки са портала набавки и да је регистрован за извођење предметних радова, чиме је исказао интерес за учешће у поступку набавке и додјелу уговора. Као доказ да смо регистровани за извођење предметних радова у прилогу достављамо овјерену копију актуелног извода из судског регистра. Такође, истичемо да смо изјавили жалбу бр. 92-09/20 од 29.09.2020. године, по којој је Канцеларија за разматрање жалби донијела Рјешење бр. ЈН2-02-07-1-2744-6/20 од 12.11.2020. године којим је предметна тендерска документација поништена.

Новообјављену тендерску документацију бр. 20-404-282/20 смо са портала набавки преузели дана 16.12.2020.године, те имајући у виду даје чланом 101. став (1) тачка б) ЗЈН прописано да понуђач има право изјављивања жалбе у року од 10 дана од дана преузимања (новообјављене) тендерске документације, наглашавамо да је жалба изјављена у року, односно да је жалба благовремена.

Поступање уговорног органа, исправка обавјештења о набавци бр. 320-1-3-304-8-321/20 од 15.12.2020.године и објава тендерске документације бр. 20-404-282/20 представљају повреду одредби ЗЈН и рјешења Канцеларије за разматрање жалби бр. ЈН2-02-07-1-2744-6/20 од 12.11.2020.године из сљедећих разлога:

ЖН1 Тачком 2. диспозитива рјешења Канцеларије за разматрање жалби бр. ЈН2-02-07-1-2744-6/20 од 12.11.2020. године поништена је тендерска документација бр. 20-404-282/20.

Чланом 53. став (2) ЗЈН прописано је да је обавјештење о набавци припремљено у складу с чланом 35. овог закона саставни дио тендерске документације.

Чланом 111. став (1) тачка д) ЗЈН прописано је да КРЖ у поступку правне заштите може поништити одлуку, поступак или радњу у дијелу у којему је повријеђен закон или подзаконски акти.

Чланом 111. став (13) ЗЈН прописано даје рјешење или закључак КРЖ-а из овога члана коначно и извршно.

Дакле, КРЖ има законско право да поништи одлуку, поступак или радњу у дијелу у којем је повријеђен закон или подзаконски акти, те да је рјешење КРЖ-а коначно и извршно. Такође, поништавајући тендерску документацију, КРЖ је по сили закона (члан 53. став (2) ЗЈН) поништила и предметно обавјештење о набавци, јер је обавјештење о набавци саставни дио тендерске документације.

Даље је чланом 117. ЗЈН прописано да се на поступак пред КРЖ-ом који није уређен одредбама овога Закона примјењују одредбе Закона о управном поступку.

Чланом 230. став (2), (3) и (4) Закона о управном поступку („Службени гласник БиХ“, бр. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13, 53/16) прописано је како слиједи:

(2) Ако другостепени орган нађе да ће недостатке првостепеног поступка брже и економичније отклонити првостепени орган, он ће својим рјешењем поништити првостепено рјешење и вратити предмет првостепеном органу на поновни поступак. У том случају, другостепени орган дужан је својим рјешењем указати првостепеном органу у ком погледу треба употпунити поступак, а првостепени орган дужан је у свему поступити по другостепеном рјешењу и без одгађања, а најкасније у року од 15 дана од дана пријема предмета, донијети ново рјешење. Против новог рјешења странка има право жалбе.

(3) Ако првостепени орган након поништења рјешења од другостепеног органа донесе ново рјешење противно правном схватању другостепеног органа или примједбама другостепеног органа у вези с поступком, па странка изјави нову жалбу, другостепени орган дужан је поништити првостепено рјешење и сам ријешити управну ствар.

(4) Другостепени орган дужан је да о поступању првостепеног органа обавијести управну инспекцију ради покретања прекршајног поступка.

Такође је и чланом 116. став (2) тачка н) ЗЈН прописано да ће уговорни орган бити кажњен новчаном казном у износу од 1.500,00 до 15.000,00 КМ за прекршај, уколико уговорни орган не изврши рјешење КРЖ-а. Новчана казна је чланом 116. ЗЈН прописана и за одговорно лице у уговорном органу, а чланом 116. став (1) ЗЈН је прописано да КРЖ подноси прекршајну пријаву код надлежног суда за прекршаје када утврди да је било повреда поступка јавне набавке које представљају прекршај у смислу одредаба овога Закона.

С обзиром на све наведено, те имајући у виду да је КРЖ поништила предметну тендерску документацију рјешењем бр. ЈН2-02-07-1-2744-6/20 од 12.11.2020. године, и даје у складу са чланом 53. став (2) ЗЈН прописано да је обавјештења о набавци саставни дио тендерске документације, што значи да је КРЖ поништавајући тендерску документацију по сили закона поништила и обавјештење о набавци као њен саставни дио, уговорни орган није смио објавити исправку обавјештења о набавци бр. 320-1-3-304-8-321/20 од 15.12.2020. године и измјењену тендерску документацију, чиме је уговорни орган наставио поступак набавке који је поништен од стране другостепеног органа. Уговорни орган је по предметном рјешењу КРЖ-а могао и морао само објавити обавјештење о поништењу поступка набавке, те евентуално започети нови поступак набавке, објавом новог обавјештења о набавци и нове тендерске документације. Настављањем поступка набавке који поништен од стране КРЖ-а најгрубље су прекршене одредбе ЗЈН, повријеђено предметно рјешење, а законска улога и рад КРЖ-а су потпуно дерогирани.

Како је чланом 116. став (1) ЗЈН прописано да је КРЖ надлежна да покреће прекршајне поступке, молимо да КРЖ покрене прекршајни поступак и у овом случају, јер се ради о директном, свјесном и намјерном прекршају из члана 116. став (2) ЗЈН.

ЖН2 Даље, у новообјављеној тендерској документацији бр. 20-404-282/20 (исти број као и број тендерске документације коју је уговорни орган поништио) уговорни орган предвиђа да је рок за достављање доказа од стране изабраног понуђача 8 дана од дана када понуђач обавијести понуђаче о донесеној одлуци о избору (садржано у тачки Ц) Тендерске документације, у оквиру доказа о испуњавању услова из члана 45. став (1) ЗЈН и доказа о испуњавању услова из члана 47. ЗЈН, те изјави у Анексу 9 тендерске документације, којом понуђач изјављује да ће, уколико буде изабран, доставити лиценцу Министарства за просторно уређење, грађевинарство и екологију РС).

Остављањем рока од 8 дана за достављање документације коју треба да достави изабрани понуђач доводи се у питање примјена члана 101. став (1) тачка д) ЗЈН у односу на члан 11. став (5) ЗЈН, јер се доводи у питање улагање правног лијека по основу увида у документацију коју треба да достави изабрани понуђач.

Наиме, рок за изјављивање жалбе у отвореном поступку набавке је, сходно члану 101. став (1) тачка д) ЗЈН 10 дана од дана пријема одлуке о избору понуђача. Такође, чланом 11. став (5) ЗЈН прописано је: Након пријема одлуке о избору најповољнијег понуђача или одлуке о поништењу поступка набавке, а најкасније до истека рока за жалбу, уговорни орган ће по пријему захтјева понуђача, а најкасније у року од два дана од дана пријема захтјева, омогућити увид у сваку понуду, укључујући документе поднесене у складу с чланом 45. став (2) овог закона, као и појашњења оригиналних докумената у складу с чланом 68. став (3) овог закона, са изузетком информација понуђача означених као повјерљиве у складу с овим чланом.

Дакле, уколико изабрани понуђач искористи своје законско право и доказе достави осми дан од дана пријема одлуке о избору најповољнијег понуђача, и чак и уколико тај исти дан и понуђач заинтересован за увид достави захтјев за увид у понуде, уговорни орган има законско право да увид у понуде омогући у року од два дана - то јест десети дана, када истиче рок за жалбу. Чак и да уговорни орган одобри увид у раним јутарњим сатима десетог дана, ниједан понуђач, ма колико стручан био, не може до краја дана стићи да се врати у канцеларију, састави квалитетну жалбу, обезбиједи све доказе које би евентуално требао да приложи уз жалбу, обави потребне конуслтације, обезбиједи потпис законског затупника, итд и све то уз, наравно, друге дневне редовоне пословне обавезе које теку својом динамиком. Овај кратак рок посебно долази до изражаја ако је понуђач ван Бањалуке (као сједишта уговорног органа) и за повратак у канцеларију му треба нпр. сат времена или више.

Уговорни орган нема законску обавезу да увид у понуде омогући одмах исти дан када понуђач поднесе захтјев за увид у понуде или сутрадан, или да омогући увид на термин који захтијева понуђач, већ уговорни орган има законско право, које знамо да се ничим не може нити одузети нити умањити, нити има потребе за тим, да увид у понуде омогући најкасније у року од два дана од дана пријема захтјева.
С обзиром на све наведено, мишљења смо да остављањем рока од 8 дана за достављање доказа од стране изабраног понуђача уговорном органу у ствари остаје законско право да кроз одобравање увида у понуде у законском року од два дана, увид у понуде одобри десети дан, када истиче рок за изјављивање жалбе. Тиме се фактички остали понуђачи, а посебно понуђачи који су ван Бањалуке, онемогућавају да припреме и изјаве евентуалну жалбу по основу извршеног увида у комплетну документацију изабраног понуђача.
Самим тим доводи се у питање да ли ће бити испоштован принцип транспарентности, једнаког третмана и недискриминације, који се у складу са чланом 3. ЗЈН обавезно поштују у свим фазама поступка набавке, тим више што је чланом 3. став (2) ЗЈН експлицитно наглашено да се општи принципи јавних набавки примјењују и поштују и у поступку правне заштите. Чланом 53. став (1) ЗЈН дефинисано је да је уговорни орган обавезан да у тендерској документацији да 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.
Мишљења смо да примјена основних принципа не смије бити ни доведена у питање, нити понуђачи који су заинтересовани за учешће у предметном поступку набавке требају бити у дилеми да ли ће имати времена за прирпрему евентуалне жалбе након извршеног увида у понуде!
Дакле, овдје не оспоравамо ниједну од законских могућности које уговорни орган има, али исто тако, не може се доводити у питање да ли ће понуђачи заиста моћи користити своја законска права за улагање правних лијекова, односно да уговорни орган ово право оставља само декларативно.
Остављањем рока за достављање доказа од стране изабраног понуђача у року од нпр. 5 дана од дана обавјештавања понуђача о избору, сви учесници у поступку, и без обзира са којег су подручја, имају реалан рок и да изврше своје обавезе и да остваре своја законска права права (и изабрани понуђач, и уговорни орган, и остали понуђачи који су учествовали у поступку набавке), односно ничије право се не угрожава.
Напомињемо и даје претходно донесеним рјешењем КРЖ-а у овом поступку набавке (рјешење бр. ЈН2-02-07-1-2744-6/20 од 12.11.2020. године), у оквиру одлучивања по жалбеном наводу 2 КРЖ заузела став : „...чланом 101. став (1) тачка д) ЗЈН прописано је да се жалба може изјавити најкасније 10 дана по пријему одлуке којом се одлучује о појединачним правима, те ако се ова норма стави у везу члана 11. став (5) овог закона, сасвим је јасно да жалилац може доћи у ситуацију да не може извршити увид у документа поднесена у складу са чланом 45. став (2) овог закона.
Према томе, уговорни орган приликом одређивања рока за доставу докумената у вези члана 45. ЗЈН мора водити рачуна о одредбама члана 11. став (5) овог закона. "
Напомињемо још једном да роком од 8 дана за достављање доказа није онемогућено право увида у понуде, већ врло лако може бити онемогућено вријеме за писање жалбе, јер ниједан понуђач не може написати квалитетну жалбу за пар сати у односу на увид у понуде (у истом дану), а посебно не понуђач који је ван Бањалуке. Тиме се фактички онемогућава изјављивање жалбе. Такође напомињемо да је овакво поступање супротно правном схватању другостепеног органа, Канцеларије за разматрање жалби, изнесеном у рјешењу бр. ЈН2-02-07-1-2744-6/20 од 12.11.2020.године, које се односи на овај поступак набавке.
ЖН3 На страни 3 новообјављене тендерске документације прописано је да ће најповољнији понуђач прије закључења уговора морати доставити уговорном органу важећу лиценцу за извођење радова нискоградње, коју издаје Министарство за просторно уређење, грађевинарство и екологију Републике Српске. Анексом 9 тендерске документације дата је изјава коју испуњава понуђач, а која се односи на достављање лиценце Министарства за просторно уређење, грађевинарство и екологију РС, те је текстом изјаве предвиђено да се лиценца доставља у року од 8 дана од дана пријема обавјештења о избору најповољнијег понуђача.
Рок „прије закључења уговора" подразумијева много дужи рок у односу на рок од 8 дана од дана обавјештавања понуђача о избору, јер, ако је у поступку набавке учествовало више понуђача у поступку набавке, уговорни орган, у складу са чланом 98. став (1) ЗЈН, не може потписати уговор о јавној набавци у року 15 дана од дана када су понуђачи обавијештени о избору најповољнијег понуђача.
Чланом 53. став (1) ЗЈН дефинисано је да је уговорни орган обавезан да у тендерској документацији да 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 2. став (1) Упутства за припрему модела тендерске документације и понуда („Службени гласник БиХ“, бр. 90/14, 20/15) прописано је да се тендерска документација израђује на начин да садржи све потребне податке који привредном субјекту омогућавају израду захтјева за учешће и/или понуде. Чланом 3. став (1) Упутства прописано је да тендерска документација садржи све неопходне информације и појашњења који морају бити дефинисани јасно, на основу којих кандидати/понуђачи могу припремити своје захтјеве за учешће/понуде.

С тим у вези, тражимо да се у тендерској документацији у поновљеном поступку набавке усклади рок за достављање лиценце.

ЖН4 У оквиру провјере способности обављења професионалне дјелатности, од понуђача је тражена овјерена фотокопију (актуелног) извода из судског регистра, не старијег од 6 мјесеци од истека рока за подношење понуда.

Чланом 72. став (3) тачка а) ЗЈН је прописано да уговорни орган доставља приједлог уговора оном понуђачу чија је понуда по ранг- листи одмах након понуде најуспјешнијег понуђача, у случају да најуспјешнији понуђач:

а) пропусти доставити оригинале или овјерене копије документације из чл. 45. и 47. овог закона, не старије од три мјесеца од дана достављања понуде или захтјева за учешће, у року који одреди уговорни орган.

Дакле, видљиво је да одредбама ЗЈН није ограничена старост доказа који се достављају по члану 46. овог закона.

Исти став заузела је и Агенција за јавне набавке БиХ, у Извјештају о праћењу поступака јавних набавки за 2016. годину, на страници 16 Извјештаја, гдје је речено: „...Рјешење о упису у судски регистар, изводи из судског регистра, те рјешења надлежних општинских органа су нпр. неки од доказа способности обављања професионалне дјелатности који се могу утврдити у тендерској документацији. Закон и подзаконски акти не одређују старост докумената из члана 46. Закона. Наиме, „старост документације до три мјесеца “ не односи се на доказе из члана 46. Закона, већ на документацију из чланова 45. и 47. Закона, како је предвиђено ставом (3) тачка а) члана 72. Закона. У конкретној ситуацији, то би значило да уговорни орган не може поставити захтјев да документација којом се доказује испуњавање услова из члана 46. Закона не смије бити старија од три мјесеца. Постављање оваквог услова за члан 46. Закона крши се закон и понуђачи у овој ситуацији могу искористити право жалбе на наведени услов у складу са чланом 101. Закона“

Извјештај о праћењу поступака јавних набавки за 2016. годину доступан је на web страници: https://www.iavnenabavke.gov.ba/bs-Latn-BA/news/172/usvoien-izviestai-o-praceniu-postupaka-iavne-nabavke za-2016-godinu (web stranici pristupljeno 17.12.2020. godine).

С обзиром на све наведено, незаконит је захтјев уговорног органа да докази којим се доказује испуњеност услова из члана 46. ЗЈН не смију бити старији од 6 мјесеци од истека рока за подношење понуда.

ЖН5 Тендерском документацијом је тражено да чланови групе понуђача морају у понуди доставити уговор између свих чланова (који обавезују све чланове), којим ће један члан, између осталог бити овлаштен да сноси одговорност и прима упутства „за и у име“ било којег и свих чланова групе понуђача.

Чланом 62. став (2) и (4) ЗЈН прописано је:

(2) Уговорни орган не може захтијевати да група кандидата/понуђача оснује ново правно лице како би доставила захтјев или понуду, али може након избора од групе понуђача захтијевати одређени правни облик у мјери у којој је то потребно за задовољавајуће извршење уговора. Група кандидата/понуђача дужна је доставити податке које уговорни орган захтијева у тендерској документацији. Кандидат/понуђач који је самостално поднио захтјев за учешће, односно понуду, не може бити члан групе кандидата/понуђача у истом поступку јавне набавке. Члан групе кандидата/понуђача не може бити члан друге групе кандидата/понуђача у истом поступку јавне набавке.

(4) Група кандидата/понуђача солидарно одговара за све обавезе.

Наведени захтјеви у Тендерској документацији су противни цитираним законским одредбама.

Напомињемо и даје претходно донесеним рјешењем КРЖ-а у овом поступку набавке (рјешење бр. ЈН2-02-07-1-2744-6/20 од 12.11.2020. године), у оквиру одлучивања по жалбеном наводу 4 КРЖ заузела став: „...основано Жалилац наводи да услов, да овлашћени представник групе понуђача сноси одговорност и прима упутства „за и у име“ било којег и свих чланова групе понуђача, је у супротности са одредбама члана 62. став (4) ЗЈН којим је јасно прописано да група понуђача солидарно одговара за све обавезе. “

Такође напомињемо да је ова одредба супротна правном схватању другостепеног органа, Канцеларије за разматрање жалби, изнесеном у рјешењу бр. ЈН2-02-07-1-2744-6/20 од 12.11.2020.године, које се односи на овај поступак набавке.

ЖН6 У оквиру критеријума за избор најповољније понуде (страница 8 новообјављене тендерске документације) је прописано да уколико у поступку јавне набавке у којем се додјела уговора заснива на критерију економски најповољније понуде, највећи број бодова истовремено имају два или више понуђача, уговор се додјељује оном понуђачу који је понудио нижу цијену, а уколико су понуђене цијене исте, уговор се додјељује понуђачу који је понуду предао прије на протокол.

Предвиђени начин додјеле уговора у дијелу „уговор се додјељује понуђачу који је понуду предао прије на протокол" је незаконит из више разлога:

Чланом 64. став (1) ЗЈН је прописано да уговорни орган додјељује уговор на основу једног од сљедећих критерија:

а) економски најповољнија понуда или

б) најнижа цијена.

Ово су једина два критерија за додјелу уговора које ЗЈН познаје. Наравно, у оквиру економски најповољније понуде уговорни орган може бодовати подкритерије, који се утврђују у складу са чланом 64. став (2) ЗЈН - али се и овдје ради о објективним критеријима; те у оквиру предвиђених подкритерија није предвиђено да може да се бодује или предност даје понуђачу који раније преда понуду, нити да се понуђачи такмиче ко ће прије предати понуду.

Комплетан концепт ЗЈН се заснива на фер, објективном и тржишном такмичењу. Понуђач има једнако право да понуду преда током цијелог рока за доставу понуда, без разлике да ли понуду предаје први дан по објави обавјештења о набавци или нпр. 10 минута или 3 минуте прије истека рока за доставу понуда, и не може по основу времена или редослиједа предаје да оствари било какву предност у поступку јавне набавке. Ниједна одредба ЗЈН као ни припадајућих подзаконских аката ни на који начин не даје предност понуђачима који раније предају своје понуде, нити је у духу одредби ЗЈН да се та предност на било који начин рачуна, а камоли да се то користи као крајњи критериј за додјелу уговора. ЗЈН не познаје „што раније достављање понуда", „извлачење из жријеба/шешира", и било који други лутријски систем додјеле уговора, већ се додјела уговора мора заснивати на јасно и прецизно дефинисаним критеријима за додјелу уговора, који се постављају у складу са чланом 64. ЗЈН.

С обзиром на наведено, тражимо да се из тендерске документације која ће бити објављена у новом поступку набавке брише да ће се уговор, ако буде више понуђача са истим бројем бодова, и истом цијеном, додјељивати понуђачу који је понуду предао прије на протокол.

ЖН7 На стани 10. тендерске документације предвиђено је да понуђачи, да би доказали да уживају преференцијални третман домаћег, требају доставити потврду надлежне привредне коморе о томе да ли подлијежу примјени преференцијалног третмана домаћег у овом поступку јавне набавке. У конкретном случају се ради о набавци радова, те је потребно да понуђач, да би уживао преференцијални третман домаћег, докаже да је најмање 50% радне снаге за извршење уговора су резиденти из Босне и Херцеговине.

Из надлежности Спољнотрговинске коморе БиХ и ентитетских привредних комора, а на основу одредби Закона о ванскотрговинској комори Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ", бр. 30/01 и 72/13, 2/16), Закона о привредним/господарским коморама у Федерацији Босне и Херцеговине (Службене новине ФБиХ", бр. 35/98, 35/03), Закона о привредној комори Републике Српске („Службени гласник РС", бр. 65/08), те Статута ових друштава, Ванскотрговинска комора БиХ и Привредне коморе ентитета (Привредна / Господарска комора ФБиХ и Привредна комора РС), видљиво је да привредне коморе нису надлежне да воде евиденције о запосленој радној снази понуђача. У БиХ нпр. надлежна пореска управа води евиденције о запосленим радницима код привредних субјеката.

С тим у вези, захтјев „надлежне привредне коморе" је потребно у тендерској документацији у новом поступку набавке замијенити захтјевом „надлежне пореске управе".

ЖН8 Захтјев садржан у дијелу Ц) Тендерске документације и то дио под Б) који се односи на испуњавање услова из члана 51. ЗЈН у погледу техничке и професионалне способности да понуђач посједује одговарајућу механизацију и опрему неопходну за извршење уговора и то: "Да понуђач посједује најмање једну мултифункционалну самоходну професионалну машину са функцијом усипавања пијеска, гранулата и четкања, специјално намијењен за спортске терене са вјештачком травом. Подесива количина усипавања, ширина усипавања минимално 1,2м, са даљинским управљањем, кружним четкањем и контролом усипавања (власништво или уговор о лизингу или уговор о изнајмљивању)" није у складу са општим принципима из члана 3. став (1) ЗЈН, али ни са

одредбом члана 51. ЗЈН.За разлику од ТД која је поништена рјешењем КРЖ-а број ЈН2- 02-07-1-2744-6/20 од 12.11.2020. године, новообјављеном ТД која носи исти број као и поништена ТД (20-404-282/20), формално је додан еквивалент:

„ Уколико понуђач не посједује претходно описану машину може у понуди доставити доказ за једнаковриједну хидрауличну прикључну сијачицу и погонски трактор са сљедећим својствима:

ХИДРАУЛИЧНА ПРИКЉУЧНА СИЈАЧИЦА, радна машина минимално 1,4 м.

Тежина: максимално 950 кг са гумама за вјештачку траву.

ПОГОНСКИ ТРАКТОР: тежина максимално 1130 кг са гумама за вјештачку траву.„

Овдје је спорaн захтјев за максималном тежином погонског трактора од (1130 кг) јер нпр. и тежи трактор (нпр. 2 тоне) може да вози на овој подлози и да постиже исти ефекат. Одређење максималне тежине може бити од утицаја код употребе намање статичним површинама. Но када се тражена подлога (из Предмјера грађевинских радова - нискоградња и предмјера грађевинско-занатских радова (земљани, бетонски радови и армирачки)) доведе у везу са максималном тежином погонског трактора јасно је да овакав захтјев Уговорног органа није основан те служи само за елиминацију понуђача који имају тракторе теже од 1130 кг. Што опет доводи до фаворизације одређеног понуђача који нуди оригинал машину. Поред тога, неприхватљиво је одређивати максималну тежину погонског трактора, а притом је изостало навођење максималне тежине мултифункционалне самоходне професионалне машине са функцијом усипавања.

Са друге стране, сијачица као еквивалент је превише детаљно описана што је ограничавајући фактор за понуђаче чија машина не испуњава све задане критеријуме. Поред тога наводи у вези одређења максималне тежине које смо дали у односу на трактор односе се и на одређење максималне тежине сијачице.

Дакле, приликом одређивања критеријума за еквивалент, Уговорни орган овако постављеним захтјевом за еквивалентом искључује све понуђаче који немају мултифункционалну самоходну професионалну машину са функцијом усипавања пијеска, гранулата и четкања, специјално намијењен за спортске терене са вјештачком травом какву има само понуђач према којем је рађена и поништена ТД и ова новообјављена ТД.

Формалноправно, уговорни орган је навео „или еквивалент“ и навео је критерије мјеродавне за оцјену еквивалент. Међутим и то је дискриминаторног карактера, јер критерије (у односу на максималну тежину сијачице/трактора) мјеродавне за оцјену еквивалентности треба брисати.

ЖН9 Даље, у предмјеру радова у дијелу Грађевински радови - нискоградња постављање вјештачке траве у тачци 5., Уговорни орган захтијева да се терен са вјештачком травом поставља на унапријед припремљену подлогу око фудбалског игралишта и лијепи се уз руб. У односу на поништену ТД, Уговорни орган је само обрисао ријечи „дужином оут линије“ док је овај захтјев остао неизмијењен у преосталом и то претежном дијелу. То је у супротности са правним ставом КРЖ-а који је извео закључак да такав захтјев у предмјеру у дијелу грађевинских радова тачка 5. није јасан и прецизан, те самим тим такав захтјев је у супротности са одредбама члана 53. став (1) ЗЈН и члана 3. став (1) Упутства за припрему тендерске документације и понуда.

Како је КРЖ рјешењем бр. ЈН2-02-07-1-2744-6/20 од 12.11.2020. године поништила тендерску документацију бр. 20-404-282/20, и да је у складу са чланом 53. став (2) ЗЈН прописано даје обавјештење о набавци саставни дио тендерске документације, тражимо да се предметни поступак набавке оконча у складу са наведеним рјешењем КРЖ-а, а то је поништење. С тим у вези потребно је поништити исправку обавјештења о набавци бр. 320-1-3-304-8-321/20 од 15.12.2020. године и новообјављену тендерску документацију бр. 20-404-282/20.

Такође, новообјављена тендерска документација није усклађена са одредбама ЗЈН, те тражимо да уговорни орган усвоји жалбу и, уколико покрене нови поступак набавке, нову тендерску документацију припреми у складу са одредбама ЗЈН, припадајућих подзаконских аката и рјешењем КРЖ-а бр. ЈН2-02-07-1-2744-6/20 од 12.11.2020. године које се односи на овај поступак набавке.

Уколико уговорни орган не поступи по наведеном, у законској је обавези, по основу члана 100. став (5) ЗЈН, да жалбу прослиједи Канцеларији за разматрање жалби. У случају вођења поступка пред Канцеларијом за разматрање жалби, жалилац захтијева поврат накнаде за покретање жалбеног поступка и административне таксе које одреди Канцеларија за разматрање жалби. Поврат средстава извршити на број банковног рачуна: 551-710 225 662 1691, отворен у УниЦредит банци а.д. Бања Лука.

Такође, будући да је чланом 116. став (1) ЗЈН прописано да је КРЗ надлежна да покреће прекршајне поступке, молимо да КРЖ покрене прекршајни поступак против Уговорног органа, јер се ради о директном и намјерном прекршају из члана 116. став (2) ЗЈН.

У изјашњењу на жалбу Уговорни орган наводи:

Жалба је благовремена, допуштена и изјављена од овлаштеног лица. али уговорни орган је сматра неоснованом, те у складу с чланом 100. став 5) Закона о јавним набавкама („Службени гласник БиХ" број.39/14), доставља ово изјашњење по жалби.

Жалбени наводи под (ЖН1) у којима жалилац истиче да је уговорни орган наставио поступак јавне набавке који је поништен од стране КРЖ-а те да је тиме повријеђено предметно рјешење и прекршене одредбе ЗЈН-а, нису основани.

Наиме предметним рјешењем Канцеларије за разматрање жалби број: ЈН2-02-07-1-2744- 6/20 од 12.11.2020.године, усвојенаје жалба понуђача „Мавас" д.о.о. Мркоњић Град као дјелимично основана и поништава се тендерска документација број 20-404-282/20. Значи КРЖ донесеним рјешењем није поништила поступак јавне набавке у цијелости, нити је поништила објављено обавјештење о набавци бр.320-1-3-304-3-248/20. од 18.09.2020. године, што је као другостепени орган имала законско право, већ само дио који се односи на тендерску документацију.

Комисија за предметну јавну набавку је након што је КРЖ поништио Тендерску документацију, припремила је нову Тендерску документацију коју је прилагодила свим захтјевима жалитеља.

(ЖН2) Наводи у којима жалиоца истиче да се роком од 8 дана за достављање документације из члана 45. и као и достављање лиценце нискоградње од стране изабраног понуђача, онемогућава увид у документацију коју треба да достави изабрани понуђач као и евентуално улагање правног лијека, те се тиме нарушава принцип транспарентности, нису основани, јер Законом о јавним набавкама („Службени гласник БиХ" број.39/14), није прописано који је то рок за достављање документације из члана 45. као и рок за достављање лиценце. Чланом 72. тачком 3. под а) ЗЈН-а, је прописано да Уговорни орган доставља предлог уговора оном понуђачу чија је понуда по ранг листи одмах након најуспјешнијег понуђача, у случају да најуспјешнији понуђач :

а) пропусти да достави оригинале или овјерене копије документације из члана 45. и 47. овог закона..., у року које одреди овај орган.

Значи уговорни орган, након доношења одлуке о избору, одређује рок за достављање претходно наведене документације, те по службеној дужности прати да ли је иста достављена у предвиђеном року, а ако није достављена додјељује уговор другорангираном понуђачу, а понуђач има могућност да у било ком периоду од доношења одлуке о избору до истека рока за жалбу, изврши увид у понуде и евентуално улагање правног лијека.

Значи чланом 101. став (1) тачка д) ЗЈН БиХ, прописано је да се жалба може изјавити најкасније 10 дана по пријему одлуке којом се одлучује о појединачним правима, те ако се ова норма стави у везу члана 11. став (5) овог закона види се да понуђач може извршити увид у документа у понуди и евентуално изјавити жалбу.

(ЖН3) Наводи понуђача у којима истиче да је потребно да се рок за достављање лиценце за извођење радова нискоградње усклади, нису основани јер уговорни орган је јасно на страни три тендерске документације, као и у Анексу 9. прописао да је најповољнији понуђач у року од 8. дана од дана обавјештења о избору најповољнијег понуђача, дужан доставити тражену лиценцу. Према томе није основан жалбени навод којим се жалилац позива на члан 53. став (1) ЗЈН-а, на члан 2. став (1) и члан 3. став (1) Упутства за припрему модела тендерске документације и понуда (Службени гласник БиХ, БР. 90/14, 20/15). Уговорни орган је јасно прописао рок за достављање тражене лиценце и тендерска документација садржи све потребне податке који привредном субјекту омогућавају израду захтјева за учешће и/или понуда, те да не оставља никакву дилему када се иста треба доставити.

(ЖН4) Нису основани навцоди жалиоца у којима истиче да је незаконит захтјев уговорног органа да докази којим се доказује испуњеност услова из члана 46, ЗЈН-а не смију бити старији од 6. мјесеци од истека рока за подношење понуда јер уговорни орган одредио примјерен рок старости рјешења о упису у судски регистар. Имајући у виду процјењену вриједност набавке уговорни орган је тражио овјерену фотокопију извода из судског регистра или актуелни извод из судског регистра не старији од 6. мјесеци, те како би утврдио стварни назив понуђача (исти често користе скраћене називе) затим да се види које је лице овлаштено за заступање те да ли је изјаве из члана 45., 47.,52. потписало овлаштено лице.

(ЖН5) Подносилац жалбе даље истиче да је у тендерској документацији тражено да чланови групе понуђача требају у понуди доставити уговор између свих чланова (који обавезују све чланове), којим ће један члан, између осталог бити овлашћен да сноси одговорност и прима упутства "за и у име" било којег и свих чланова групе понуђача, те да тражено није у складу са чланом 62. став (2) и (4) ЗЈН-а као и да није у складу са претходно донесеним рјешењем КРЖ-а у овом поступку набавке (рјешење број:

JH2-02-07-1-2744- 6/20 од 12.11.2020.године). Наводи жалиоца нису основани и нису у супротности са чланом 62. став (2) и (4) ЗЈН-а, јер уговорни орган није од понуђача тражио да у случају да понуду доставља група понуђача, да група оснује ново правно лице како би доставила захтјев или понуду, јер захтјев уговорног органа да се достави уговор између свих чланова (који обавезују све чланове), којим ће један од чланова бити именован као овлаштени представник групе понуђача, не значи оснивање новог правног лица. Исто тако чланом 62. став (1) ЗЈН-а је прописано да уговорни орган у тендерској документацији прецизира документе које доставља група понуђача, односно сваки члан групе, а што је у говорни орган и урадио. Исто тако наводи жалиоца у којима наводи да тражено у тендерској документацији није у складу са претходно донесеним рјешењем КРЖ-а у овом поступку набавке, нису основани јер се у претходно донесеном рјешењу КРЖ-а разматрао услов у тендерској документацији којим је Уговорни орган тражио да образац за понуду буде потписан од свих чланова групе понуђача, а што у новој тендерској документацији уговорни орган није тражио.

(ЖН6) Жалбени наводи у којима жалилац истиче да је уговорни орган прекршио одредбе, тиме што је у тендерској документацији у оквиру критеријума за избор најповољније понуде прописао да: „Уколико, у поступку јавне набавке, у којем се додјела уговора заснива на критерију економски најповољније понуде, два или више понуђача понуде идентичну најнижу цијену понуде, уговор се додјељује понуђачу који је понуду предао прије на протокол", нису основани јер уговорни орган је предвидио такву могућност уколико се евентуално деси таква ситуација а што је врло ријетка могућност.

(ЖН7)Наводи у којима истичете да је у тендерској документације предвиђено да понуђачи, да би доказали да уживају преференцијални фактор домаћег, требају да доставе потврду надлежне привредне коморе о томе да ли подлијежу примјени преференцијалног третмана домаћег, те да је потребно у тендерској документацији у новом поступку набавке замјенити захтјевом „надлежне пореске управе", нису основани, јер Привредна комора као јавно-правна асоцијација привредника потврду издаје у складу са чланом 11. Закона о Привредној комори РС (Сл.гласник РС, број 65/08) те Упутства о условима, начину и поступку издавања потврде о домаћем порјеклу робе, услуга и радова у поступцима јавних набавки, У-119/20 од 17.06.2020. године.

(ЖН8) Наводи жалиоца у којима наводи да услови за квалификацију у погледу техничке и професионалне способности понуђача члан 51. ЗЈН-а под Б) да понуђач посједује одговарајућу механизацију и опрему неопходну за извршење уговора, и то: Да понуђач посједује најмање једну мултифункционалну самоходну професионалну машину са функцијом усипавања пијеска, гранулата и четкања, специјално намјењен за спортске терене са вјештачком травом, подесива количина усипавања, ширина усипавања минимално 1,2 м, са даљинским управљањем, кружним четкањем и контролом усипавања (власништво или уговор о лизингу или уговор о изнајмљивању), нису у складу са општим принципима из члана 3.став (1) ЗЈН али ни са одредбом члана 51. ЗЈН-а, нису основани јер уговорни орган је у складу са претходно наведеним чланом (члан 51. тачка е) ЗЈН-а) тражио да понуђач посједује најмање једну мултифункционалну самоходну професионалну машину или уколико не посједује претходно описану машину може у понуди доставити доказ за једнаковриједну хидрауличну прикључну сијачицу и погонскии трактор са сљедећим својствима:

ХИДРАУЈ1ИЧНА ПРИКЉУЧНА СИЈАЧИЦА, радна ширина минимално 1,4 м, Тежина : максимално 950 kg са гумама за вјештачку траву.

ПОГОНСКИ ТРАКТОР: Тежина максимално 1130 kg са гумама за вјештачку траву.

Значи уговорни орган је у складу са чланом 54. став (9) ЗЈН-а оставио могућност нуђења еквивалента те да је обавеза уговорног органа да изврши опис еквивалента.

(ЖН9)Наводи жалиоца који се тичу предмјера радова у дијели Грађевински радови - нискоградња постављање вјештачке траве у тачци 5., гдје уговорни орган захтјева да се терен са вјештачком травом поставља на унапријед припремљену подлогу око фудбалског игралцшта и лијепи уз руб, нису основани јер уговорни орган је након рјешења КРЖ-а број: JH2-02-07-1-2744-6/20 од 12.11.2020.године, извршио исправку тачке 5. предмјера и отклонио нејасноће.

Уговорни орган сматра да је жалба неоснована те предлаже да Канцеларија за разматрање жалби, одбије жалбу понуђача „Мавас" д.о.о. Мркоњић Град.

Овај орган је по службеној дужности, прије разматрања жалбе, утврђивао допуштеност, благовременост, те да ли је жалба изјављена од овлашћене особе, у складу а чланом 227. став(1) Закона о управном поступку БиХ, те је утврдио да је жалба благовремена, допуштена и изјављена од овлашћене особе.

У току жалбеног поступка изведени су докази, увидом у прегледану документацију и акта достављена од стране Уговорног органа, и то:

- Одлуку о покретању поступка набавке број: 12-Г-9140/20 од 16.09.2020.године,
- Обавјештење о набавци број: 320-1-3-304-3-248/20 од 18.09.2020.године,
- Рјешење број: ЈН2-02-07-1-2744-6/20 од 12.11.2020.године,
- Исправку обавјештења о набавци број: 320-1-3-304-8-321/20 од 15.12.2020.године,
- Новообјављену Тендерску документацију број: 20-404-282/20,
- Писмено изјашњење Уговорног органа број: 20-404-282/20 од 28.12.20120.године.
- Докази о уплати таксе за накнаду покретања жалбеног поступка.
- Други докази у предметном спису.

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

Након што су предње претпоставке преиспитане, према стању у спису, овај орган је увидом у достављену документацију, односно у тендерску документацију те анализом сваког доказа појединачно и у њиховој међусобној вези, а у односу на жалбене наводе и прописани законски поступак, утврдио да је жалба **основана.**

У погледу **жалбеног навода** да је Уговорни орган повредио одредбе Закона о јавним набавкама; јер је након поништене тендерске документације од стране КРЖ-а, наставио поступак на начин да је објавио исправку обавјештења о набавци, вијеће овог органа сматра да је овај жалбени навод **основан.**

Наиме, одредба члана 53. став(2) Закона о јавним набавкама БиХ, јасно и прецизно прописује да је обавјештење о набавци припремљено у складу са чланом 35. овог закона саставни дио тендерске документације.
Према томе, имајући у виду да је овај орган тачком 2. диспозитива Рјешења број: ЈН2-02-07-1-2744-6/20 од 12.11.2020.године, поништио тендерску документацију број: 20-404-282/20, Уговорни орган би требао знати да је самим тим поништено и обавјештење о набавци број: 320-1-3-304-3-248/20 од 18.09.2020.године.
Дакле, погрешни су наводи Уговорног органа, да овај орган није поништио обавјештење о набавци број: 320-1-3-304-3-248/20 од 18.09.2020.године, јер овај орган није дјелимично поништио тендерску документацију, односно није поништио појединy тачку тендерске документације, већ је овај орган у цјелости поништио тендерску документацију, а самим тим и обавјештење о набавци које је саставни дио тендерске документације.
Такође, ово вијеће указује на чињеницу да Рјешењем број: ЈН2-02-07-1-2744-6/20 од 12.11.2020.године, овај органа није вратио предмет Уговорном органу на поновно поступање и одлучивање, из чега се јасно може закључити да је Уговорни орган дужан да поново на бази Одлуке о покретању поступка предметне јавне набавке, примијени и проводе одређени поступак јавне набавке.
Вијеће овог органа је сасвим неспорно утврдило да Уговорни орган није у складу са чланом 35. Закона о јавним набавкама БиХ објавио ново обавјештење о набавци, већ је извршио исправку претходно објављеног обавјештења о набавци, чиме је практично наставио поступак јавне набавке, те самим тим Уговорни орган није поступио по Рјешењу овог органа број: ЈН2-02-07-1-2744-6/20 од 12.11.2020.године, те с тим у вези ово вијеће је заузело став да је потребно поништити тендерску документацију која је објављена у исправци обавјештења о набавци број: 320-1-3-304-3-248/20 од 18.09.2020.године.

Имајући у виду да је поништена тендерска документација, као и чињеницу да је овај орган у Рјешењем број: ЈН2-02-07-1-2744-6/20 од 12.11.2020.године, одлучио и заузео став о жалбеним наводима, вијеће овог органа није улазило у меритум осталих жалбених навода, јер је Уговорни орган дужан поступити по наведеном рјешењу КРЖ-а.

На крају, вијеће овог органа указује Уговорном органу на чињеницу да у складу са одредбама члана 116. став(2) Закона о јавним набавкама БиХ, КРЖ подноси прекршајну пријаву код надлежног суда ако Уговорни орган не изврши рјешења КРЖ-а.

На основу утврђеног чињеничног стања, примјеном одредбе члана 93. став(8) и члана 111. став (1), тачка д) Закона о јавним набавкама БиХ („Службени гласник БиХ, број: 39/14); члана 231. став(1) Закона о управном поступку БиХ ("Сл. гласник БиХ", број: 29/02, 12/04, 88/07, 93/09 и 41/13), одлучено је као у диспозитиву Рјешења.

Повратак уплаћени средстава на име накнаде за покретање жалбеног поступка у износу од 5.000,00 КМ извршиће се на основу посебног рјешења овог органа, у складу са чланом 108. став (7) Закона о јавним набавкама БиХ („Службени гласник БиХ, број: 39/14) и чланом 4. Инструкције о начину уплате, контроле и повратка накнада („Службени гласник БиХ“, број:86/14) прописаних чланом 108. Закона о јавним набавкама.

Упутство о правном лијеку

Ово Рјешење је коначни 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.

ПРЕДСЈЕДНИК ВИЈЕЋА
дипл. правник Радомир Нашић

Достављено:

- „MAVAS“ d.o.o. Мркоњић Град,
- град Бања Лука-Градоначелник,
- евиденцији
- а/а

