Број: С 1 З У 033352 19 У
Сарајево, 16.4.2021. године

Суд Босне и Херцеговине, у вијећу за управне спорове састављеном од судија Давора Жилића, као предсједника вијећа, Љиљане Лаловић и Жељке Крмек, као чланова вијећа, уз судјеловање записничара Енисе Имамовић, у управном спору тужиоца Н.Г.О. „Ин Дениниг" из Пала, улица Милана Синовића број 16, којег заступа пуномоћник Александар Мајкаловић из Пала, улица Светосавска број 23, против рјешења број: ЈН2-01-07-1-1347-7/19 од 17.7.2019. године, тужене Канцеларије за разматрање жалби, Сарајево, улица Маршала Тита број 11А, у управној ствари јавне набавке, на нејавној сједници одржаној дана 16.4.2021. године, донио је сљедећу:

П Р Е С У Д У

Тужба се уважава, поништава се оспорено рјешење тужене и предмет враћа туженој на поновно одлучивање.

Обавезује се тужена да тужиоцу надокнади трошкове управног спора у износу од 877,50 КМ, у року од 15 дана од дана пријема пресуде.

О б р а з л о ж е њ е

Оспореним рјешењем одбијена је као неоснована жалба тужиоца изјављена против тендерске документације уговорног органа Владе Брчко Дистрикта БиХ, у поступку јавне набавке услуга деминирања-техничко извиђање минираних површина на подручју Брчко дистрикта БиХ. Одбијен је и захтјев за повраћај накнаде за покретање жалбеног поступка.

Против наведеног рјешења тужилац је покренуо управни спор, због неправилне примјене материјалног права, непотпуно утврђеног чињеничног стања и прекорачење граница овлаштења. Сматра да је рјешење незаконито, јер је засновано на мишљењу Агенције за јавне

набавке БиХ која, у смислу одредбе члана 92. Закона о јавним набавкама БиХ, пружа техничку помоћ, а није надлежна за тумачење Закона о јавним набавкама БиХ. Тужилац је могао, као удружење, да учествује у конкретном поступку јавне набавке, јер испуњава услове из члана 2. став 1. подтачка ц). Закона о јавним набавкама БиХ. Осим тога, тужилац може обављати привредну дјелатност и у складу са Законом о удружењима и фондацијама БиХ и у складу са Законом о удружењима и фондацијама РС, тако да тужени погрешно тумачи одредбе Закона о јавним набавкама БиХ. Указује да је у тендерском документу у тачки 2.1.-опис предмета набавке, прописано да је предмет набавке услуга деминирања-техничког извиђања минираних површина, а у тачки 1.3.уговорни орган је прописао да на основу мишљења Агенције за јавне набавке од 6.9.2018.године, удружења по свом карактеру не могу на тржишту нудити робе, услуге и радове ни закључивати уговоре са финансијским интересом, односно не могу може обављати привредну дјелатност. Тужени је прекорачио границе овлаштења када је тумачио Закон о привредним друштвима и регистрацији пословних субјеката, имајући у виду да се на тужиоца односи Закон о удружењима и фондацијама РС и БиХ, о чему се изјаснио и Суд БиХ у својој пресуди број: С 1 3 У 014693 14 У од 17.11.2014.године, ани је без утицаја чињеница да је тужилац већ учествовао и обављао послове деминирања на подручју општине Травник. Осим тога, нису дати ни разлози због којих је одбијен захтјев за повраћај накнаде за покретање жалбеног поступка. Слиједом наведеног, предлаже да Суд тужбу уважи, поништи оспорено рјешење и предмет врати на поновно одлучивање те обавеже тужену на накнаду опредијељених трошкова управног спора.

У одговору на тужбу, тужена је предложила да се тужба одбије као неоснована, остајући код разлога оспореног акта, док је уговорни орган предложио да Суд донесен одлуку у складу са законом.

Суд је испитао правилност и законитост оспореног рјешења у границама одредбе члана 35. Закона о управним споровима БиХ ("Службени гласник БиХ", број: 19/02 до 74/10), па је одлучио као у диспозитиву ове пресуде из сљедећих разлога:

Из стања списа предметне ствари произлази да је тужена, поступајући по жалби тужиоца изјављеној против тендерске документације, уговорног органа Влада Брчко Дистрикта БиХ, у поступку јавне набавке услуга деминирања-техничко извиђање минираних површина на подручју Брчко дистрикта БиХ, одбила и жалбу и захтјев за повраћај накнаде за покретање жалбеног поступка, јер је тужена утврдила да у поступку јавне набавке не могу учествовати удружења као понуђачи. Тужена је своју одлуку засновала на мишљењу Агенције за јавне набавке од 6.9.2018.године, у којем се указује на ставове Министарства правде БиХ и Министарства локалне управе и локалне самоуправе РС и које се

заснива на налазу да, према члану 2. став 1. тачка а). Закона о јавним набавкама БиХ, тужилац није привредни субјект, нити је профитина организација, него удружење грађана које није основано ради обављања дјелатности и стицања профита, те не може ни учествовати као понуђач у поступцима јавне набавке.

Приговорима из тужбе доведена је у питање законитост оспореног рјешења.

Прије свега, ваља указати да се систем јавних набавки, права, обавезе и дужности учесника у поступку јавних набавки, успоставља Законом о јавним набавкама („Службени гласник БиХ", број 39/14), у циљу да се предузму све потребне мјере, како би се обезбиједила правична и активна конкуренција међу потенцијалним добављачима, уз остварење једнаког третмана, недискриминирања и транспарентности. Ово значи да сваки учесник (добављач) у поступку јавне набавке, мора имати исти положај и могућности да под једнаким условима, не само учествује у поступку јавне набавке, него и да буде изабран као најповољни понуђач. Једнак третман и недискриминација представљају основни темељ читавог система јавних набавки. Принцип једнаког третмана захтијева да се према добављачима у истој ситуацији поступа на исти начин. Забрањена је не само директна дискриминација, него и било какав облик индиректне дискриминације.

На доношење одлуке у овој ствари од утицаја су и одредбе Закона о удружењима и фондацијама РС („Службени гласник РС, број 52/01 и 42/05), с обзиром да се овим законом уређују питања начина и поступка, те услова за настанак и дјеловање удружења грађана. Чланом 2. став 1. тог Закона, прописано је да је удружење сваки облик добровољног повезивања више физичких или правних лица ради унапређења и остваривања неког заједничког или општег интереса или циља, у складу с уставом и законом, а чија основна сврха није стицање добити. Чланом 4. став. 1 истог закона, прописано је да удружење и фондација могу обављати дјелатности којима се стиче добит једино ако стицање добити није основни статутарни циљ удружења или фондације, док је одредбом става 4. истог члана, прописано да, удружења или фондације могу обављати сродне привредне дјелатности, које су непосредно повезане са остваривањем њихових основних статутарних циљева и активности, без обавезе формирања посебног правног лица.

Предметни случај, у суштини, захтијева разматрање питања да ли тужилац, као удружење, регистровано према Закону о удружењима ии фондацијама РС, може учествовати као понуђач у поступцима јавних набавки у Босни и Херцеговини, имајући у виду да у овим поступцима сваки понуђач мора имати исти положај и могућности да под једнаким условима учествује у поступку, али и да буде изабран као најповољнији понуђач.

Спорно питање, према налазу овог вијећа, разријешава одредба члана 2. тачка ц) Закона о јавним набавкама, којом је прописано да је привредни субјекат правно или физичко лице, или група таквих лица, који на тржишту нуде робе, услуге и/или радове, а регистровани су за обављање предметне дјелатности, те могу учествовати у поступку јавне набавке, као:1) понуђач који је доставио понуду; 2) кандидат који је доставио захтјев за учешће у ограниченом, преговарачком поступку или такмичарском дијалогу; 3) група кандидата/понуђача (два или више кандидата/понуђача) који су доставили заједнички захтјев за учешће или заједничку понуду; 4) добављач којем је након поступка јавне набавке додијељен уговор о јавној набавци. У конкретном случају, а како произлази из списа предмета, уговорни орган је у тендерској документацији прописао критеријe за учешће и предвидио потребне доказе. Између осталог, уговорни орган је прописао да понуђачи морају задовољити услов да имају способност обављања професионалне дјелатности, сходно одредби члана 46. Закона о јавним набавкама, да су регистровани за обављање дјелатности која је предмет набавке, а као доказ су понуђачи из БиХ дужни доставити актуелни извод из судског регистра или еквивалентан документ, из којег је видљиво да понуђач има право да се бави дјелатношћу која је предмет набавке.

У циљу доказивања регистрације у одговарајућем регистру и способности обављања дјелатности која је предмет набавке, предметни понуђач је рјешење Основног суда у Сокоцу, број: 089-0-РЕГ-06-000 110 од 9.3.2006.године, којим је одобрен упис у јединствени регистар удружењ, затим рјешење број: 089-0-Ф1-17-000 115 од 14.11.2017.године. Из достављеног рјешења Суда у Сокоцу произилази да је тужилац приликом захтјева за упис доставио документацију предвиђену Законом о удружењима и фондацијама РС односно записник са оснивачке скупштине, одлуку о оснивању, програм рада и статут итд. Слиједом наведеног, имајући у виду наведене одредбе Закона о јавним набавкама, а и Закона о удружењима и фондацијама РС, те одредаба члана 3-рјешења о упису, из којег је видљиво да је основни циљ удружења организовање и уклањање минско експлозивних средстава (деминирање),те предузимање мјера и активности на унапређењу професионалног рада и усавршавања, нејасан је став тужене да тужилац, у складу са мишљењем Агенције за јавне набавке, не задовољава услове из тендерске документације, односно да не може обављати дјелатности која је предмет јавне набавке.

По схватању овог вијећа, неодрживо је становиште туженог исказано у оспореном акту, јер на разматрање права на учешће у поступку јавне набавке није од утицаја околност да ли је учесник профитна организација или не. То не произилази, као услов, из одредбе члана 2. тачка ц) ЗЈН, која, код дефинисања привредног

субјекта у поступку јавне набавке, захтијева да се ради о правном или физичком лицу или групи таквих лица, који на тржишту нуди робу, услуге или рафове и који су регистровани за обављање предметне дјелатности. Овај закон не ограничава и не упућује на облик регистрације, не упућује на регистрацију у складу са Законом о привредним друштвима РС или на неки други закон, па овакав закључак нема упориште у важећој законској норми. Поред тога, овај закон проширује питање регистрације одредбом члана 46, па упућује на регистрацију „у одговарајућим професионалним или другим регистрима земље у којој су регистровани", што указује на интенцију законодавца да не ограничава право на учешће у поступку јавне набавке само на привредна друштва.

Дакле, према налазу овог суда, ниједна од наведених одредби Закона о јавним набавкама, не ограничава појам „привредни субјект" на субјекте регистроване према одредбама и условима прописаним Законом о привредним друштвима РС. Закључак тужене не подржава и не може се подвести под цитирану одредбу из члана 2. тачка ц) Закона о јавним набавкама, ни неку другу одредбу овог специјалног закона који уређује систем јавних набавки, јер нигдје није прописано да се као понуђачи могу појавити само привредни субјекти који су регистровани према одредбама Закона о привредним друштвима. Овакво становиште је супротно и општем принципу из члана 3. истог Закона, који прописује обавезу транспарентног поступања, без дискриминације, промовишући основни циљ Закона, а то је најефикасније коришћење јавних средстава, у вези са предметном јавне набавке.

Стога тужилац правилно указује да је у тендерском документу уговорни орган супротно одредбаи члана 3. Закона о јавним набавкама БиХ у којој је одредби прописано да је уговорни орган дужан да поступа транспарентно, да се у поступку јавне набавке према понуђачима понаша једнако и недискриминирајуће, на начин да осигура правичну и активну конкуренцију, с циљем најефикаснијег кориштења јавних средстава у вези с предметом набавке и његовом сврхом. С тим у вези, Канцеларија за разматрање жалби БиХ је дужна током цијелог поступка јавне набавке да води рачуна о апсолутно битним повредама поступка по службеној дужности и које могу довести до поништења поступка у потпуности или дјеломично, и то: а) неусклађеност тендерске документације с овим Законом или подзаконским актима, која је довела до немогућности утврђивања основаности жалбених навода.

Ово виђење у односу на спорно питање да ли удружење може бити учесник у поступку јавне набавке, указује и на легислативу ЕУ, те пресуде Суда правде, попут пресуде ЕУ:Ц:2009:807, т.37 и 42, која даје мишљење да „било које лице или било који орган који сматра да може обезбиједити извршење уговора, с обзиром на услове конкурса,

може предати понуду и кандидовати се, без обзира на свој приватноправни или јавноправни статус и без обзира да ли је на тржишту повремено или стално активан". Овај став заузет је и у пресуди тог суда број Ц 305/08 од 23.12.2009. године, у односу на ситуацију у којој се као понуђач, у Италији, појављује Национални универзитетски конзорциј за истраживање мора (састављен од универзитета и три министарства и дјеломично финансиран од стране министарстава) – према статуту непрофитна „група" са циљем промоције истраживања и научних активности у области мора. Суд правде је испитивао да ли одредбе талијанског Закона о јавним набавкама које кажу да је „извођач/добављач/пружалац услуга свако физичко, или правно лице, или тијело без правне личности, које на тржишту нуди извођење радова, услуге снадбијевања, или пружање услуга" крше Директиву 2004/18/ЕЦ, уколико се тумаче на начин да ограничавају могуће понуђаче у јавним набавкама, на начин да понуђачи могу бити само професионални пружаоци услуга и да у то не потпадају непрофитна тијела, која се баве нпр. истраживањем. Члан 1(8) Директиве 2004/18/ЕЦ прописује да се под извођачима подразумијевају „сва правна, или физичка лица, јавни органи, или групе таквих лица, или органа која нуде услуге, снадбијевање, или извођење радова", али и да израз „привредни (господарски) субјекти" обухваћа у једнакој мјери појмове изводиоца радова, добављача и пружаоца услуга, те појашњава да се израз „привредни субјект" користи „само због поједностављења". Суд је у параграфу 52. коначно утврдио да се "изнад наведена одредба Директиве има тумачити широко, тако да обухвати и непрофитна тијела, као и она која нису организована у форми привредног друштва, или која немају редовно присуство на тржишту – као универзитети, или истраживачки институти".

Ваља напоменути да је наведена Директива према којој је суд одлучио, стављена ван снаге Директивом 2014/24/ЕУ, која у рециталу 14, одређује да „би се појам „привредни субјекти" требао тумачити у ширем смислу како би обухваћао сва лица и/или тијела која нуде извођење радова, набавку производа или пружање услуга на тржишту, без обзира на правни облик у којем дјелују. Стога би предузећа, подружнице, подређена друштва, партнерства, задруге, трговачка друштва с ограниченом одговорношћу, универзитети, јавна или приватна, те остали облици тијела који нису физичка лица, требали бити обухваћени појмом привредног субјекта, без обзира на то јесу или „правне особе" у свим околностима." (хттпс://еур-лех.европа.еу/легал-цонтент/ХР/ТХТ/?ури=ЦЕЛЕХ:32014Л0024).

Дакле, према наведеном, питање да ли се ради о профитним или непрофитним тијелима, није и не може бити од утицаја на оцјену да ли се неко може појавити као понуђач у поступку јавне набавке. Коначно, ако се и то питање интензивира, онда треба имати у виду да је, а то произилази из списа, тужилац регистрован као порески

обвезник и обвезник ПДВ-а (Увјерење број:04/1-17-1-УПЈР/17570-2/17 од 14.12.2017.године). Начин регистрације, процедура и испуњеност услова, то није питање за тужену, али ни за овај суд, јер није од утицаја на право на учешће у поступку јавне набавке. Код чињенице да је тендерском документацијом захтијевано да понуђач буде регистрован за обављање дјелатности, при чему ни посебни закон ни тендерска документација не ограничавају учешће на регистрацију према одредбама Закона о привредним друштвима РС, нити садржи ограничавајуће норме у односу на питање да ли се ради о профитним или непрофитним организацијама, остаје нејасан закључак и правни основ тужене за закључак да тужилац не испуњава услове за учешће у предметном поступку јавне набавке.

Стога, налазећи да схватање тужене нема ваљане разлоге и није засновано на правилној примјени материјаланих прописа, овај суд је оспорено рјешење поништио примјеном члана 37.став 1. и 2. у вези са чланом 34. став 2. Закона о управним споровима БиХ.

У поновном поступку, тужени ће поступити по примједбама датим у овој пресуди, те ће након правилно утврђеног чињеничног стања и након правилне примијене материјалних прописа, донијети правилну и закониту одлуку, којом ће, на основу резултата расправљања одлучити и о захтјеву за исплату на име повратa накнаде за покретање жалбнеог поступка.

Одлуку о трошковима спора Суд је донио примјеном члана 61. Закона о управним споровима БиХ, уважавајући захтјев тужиоца за накнаду трошкова у износу од 977,50 КМ, које је исказао у тужби, обзиром да су трошкови изазвани поступањем тужене, те трошкове досудио примјеном Тарифе о наградама и накнади трошкова за рад адвоката Републике Српске („Службени гласник РС", број: 68/05). Досуђени трошкови се односе на састав тужбе у износу од 600,00 КМ, трошкове паушала у износу од 150,00 КМ и накнаде на име ПДВ-а од 17%, у износу од 127,50, узимајући у обзир да је пуномоћник доставио доказ да је обавезник ПДВ-а. Накнада за таксу на тужбу у износу од 100,00 КМ одређена је у складу са чланом 6. у вези са чланом 22. Тарифа број 3. тачка 1. Закона о судским таксама у поступку пред Судом БиХ („Службени гласник БиХ", број: 39/03).

Записничар
Ениса Имамовић

ПРЕДСЈЕДНИК ВИЈЕЋА
С У Д И Ј А
Давор Жилић