BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANjE ŽALBI

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ

BOSNIA AND HERZEGOVINA
PROCUREMENT REVIEW BODY

Број: ЈН2-01-07-1-498-9/21
Датум: 15.04.2021. године

Канцеларија за разматрање жалби БиХ, рјешавајући по жалби понуђача **„ANG“ д.о.о. Бања Лука** од 08.02.2021. године, заступаног по пуномоћницима Зорану Бубићу и Дука – Бубић Бојани, адвокатима из Бања Луке, изјављеној против Одлуке о избору најповољнијег понуђача број ЈН-ОП-1238-40/2020 од 22.01.2021. године – ЛОТ 2 – Набавка личне заштитне обуће, у отвореном поступку јавне набавке: „Набавка личне заштитне опреме“, уговорног органа „Електропренос – Електропријенос БиХ“ а.д. Бања Лука, на основу члана 111. ст. (1) тачка д) и ст. (10), а у вези са чланом 103. Став (1) тачка а) Закона о јавним набавкама („Службени гласник БиХ“, број 39/14), на сједници Вијећа III одржаној дана 15.04.2021. године донијела је:

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. Жалба се усваја.
2. Поништава се поступак јавне набавке у односу на ЛОТ 2 - Набавка личне заштитне обуће, у потпуности, те сви акти уговорног органа донесени у поступку јавне набавке у односу на LOT 2.
3. Повратсредстава уплаћених на име накнаде за покретање жалбеног поступка, у износу од 666,67 КМ, извршиће се на основу посебног рјешења овог органа.
4. Усваја се захтјев за накнаду трошкова заступања жалиоца од стране адвоката у износу од 658,12 КМ са ПДВ-ом, док се у преосталом дијелу захтјев одбија као неоснован.
5. Обавезује се уговорни орган да надокнади жалиоцу трошкове заступања од стране адвоката у износу од 658,12 КМ, у року од 15 дана од дана извршности овог рјешења.

Образложење

Дана 09.11.2020. године уговорни орган „Електропренос – Електропријенос БиХ“ а.д. Бања Лука објавио је обавјештење о набавци број 1280-1-1-125-3-172/20 у отвореном поступку јавне набавке: „Набавка личне заштитне опреме“. Поступак јавне набавке је подијељен на три лота.

Након проведеног поступка уговорни орган је донио Одлуку о избору најповољнијег понуђача број ЈН-ОП-1238-40/2020 од 22.01.2021. године, која се односи на ЛОТ 2 – Набавка личне заштитне обуће. Против ове одлуке понуђач „ANG“ д.о.о. Бања Лука, путем пуномоћника, изјављује жалбу овом органу.

Жалилац своју жалбу заснива на следећим жалбеним наводима:

1. Да је уговорни орган оцијенио као неприхватљиву понуду жалиоца из разлога што жалилац није доставио нулте узорке и лабораторијска испитивања за ципеле плитке, дубоке и алпинистичке, што је наметнут квалификациони услов кроз одговоре на питања понуђача, а уговорни орган није извршио измјене тендерске документације, што је био дужан у складу са чланом 56. Закона. Даље, жалилац наводи да је исто тако, за заштитне ципеле високе, тендерском документацијом прописано је да отпорност потплата на контактну топлоту треба да буде 330 степени Целзијуса, а да је уговорни орган у одговору на питања понуђача навео да је прихватљива отпорност и на 300 степени, ради чега је такође морао извршити измјене тендерске документације;
2. Да жалиоцу није омогућен увид у понуде у року од два дана, како је то прописано чланом 11. Закона о јавним набавкама;

Жалилац предлаже да се жалба усвоји, поништи спорна одлука и поступак јавне набавке у цјелости, те да му се надокнаде сви трошкови поступка и трошкови заступања од стране адвоката у износу од 1.579,50 КМ.

Уговорни орган је доставио изјашњење по жалби број ЈН-ОП-1238-70/2020 од 15.02.2021. године у којем предлаже да се жалба одбије као неоснована из следећих разлога:

1. Да заштитне ципеле користе запослени на раду у електроенергетским постројењима и да се ради о послу са великим ризиком, те је услове у погледу карактеристика ципела потребно потврдити лабораторијским испитивањем и нултим узорком, што је наведено у појашњењу тендерске документације;
2. Да је жалиоцу био благовремено омогућен увид 08.02.2021. године у Оперативном подручју Мостар, али да је на инсистирање жалиоца омогућен увид у сједишту уговорног органа у Бања Луци дана 10.02.2021. године, тако да уговорни орган не може бити одговоран што жалилац није искористио своје право на увид док траје рок за жалбу.

Прије упуштања у разматрање жалбених навода овај орган је утврдио да је жалба допуштена, благовремена и изјављена од стране овлаштеног лица, све у складу са чланом 109. Закона о јавним набавкама (у даљем тексту: ЗЈН).

Овај орган је утврдио да су испуњени и формални услови за рјешавање по жалби у складу са члановима 105. и 108. став (3) ЗЈН.

Жалба је основана

У току жалбеног поступка изведени су докази, увидом у достављену документацију од стране уговорног органа и жалиоца, и то:

- Тендерску документацију број ЈН-ОП-1238/2020;
- Измјене тендерске документације број ЈН-ОП-1238-24/2020 од 24.11.2020. године;
- Одговор уговорног органа на питања понуђача упућена путем портала јавних набавки, број ЈН-ОП-1238-17/2020 од 17.11.2020. године;
- Одговор уговорног органа на питања понуђача упућена путем портала јавних набавки, број ЈН-ОП-1238-26/2020 од 26.11.2020. године;
- Записник о прегледу и оцјени понуда број ЈН-ОП-1238-37/2020 од 20.01.2021. године;

- Одлуку о избору најповољнијег понуђача број ЈН-ОП-1238-40/2020 од 22.01.2021. године;
- Изјашњење уговорног органа по жалби жалиоца, број ЈН-ОП-1238-70/2020 од 15.02.2021. године;
- Обавијест о термину увида у понуде број ЈН-ОП-1238-54/2020 од 05.02.2021. године;
- Захтјев за увид у понуде других понуђача достављен од стране жалиоца;
- Обавијест о термину увида у понуде број ЈН-ОП-1238-59/2020 од 08.02.2021. године и
- Другу документацију достављену од стране уговорног органа и жалиоца.

Увидом у достављене доказе, те анализом сваког доказа појединачно и у њиховој међусобној вези, а у односу на жалбене наводе и прописани законски поступак, овај орган је утврдио да је жалба основана.

Разматрајући први жалбени навод у којем жалилац тврди да је уговорни орган оцијенио као неприхватљиву понуду жалиоца из разлога што жалилац није доставио нулте узорке и лабораторијска испитивања за ципеле плитке, дубоке и алпинистичке, што је наметнут квалификациони услов кроз одговоре на питања понуђача, овај орган је извршио увид у тендерску документацију и одговоре уговорног органа на питања понуђача.

Уговорни орган је актом број ЈН-ОП-1238-17/2020 од 16.11.2021. године одговорио на питања потенцијалних понуђача, између осталог:

Питање бр. 1:

Уговорни орган не тражи достављање узорака за понуђену робу. На који начин ће комисији извршити оцјену понуђене робе?

Одговор бр. 1:

Сукладно чланку 49. Закона о јавним набавкама, Уговорно тијело може, а не мора тражити узорке, описе и/или фотографије робе које су предмет испоруке. **Уговорно тијело је поступило сукладно ЗЈН БИХ и није тражило узорке**.

Начин провјере понуђача и оцјене понуде за предметну набавку ће Повјеренство извршити сукладно својим овластима и Закону о јавним набавкама БиХ.

Питање бр. 2:

Да ли су обавезујући атести у понуди за ципеле плитке, дубоке и алпинистичке, нулти узорак са пломбом од овлаштене лабораторије за испитивање са назнаком на који се тендер односи?

Одговор бр. 2:

Јесу, **обавезујући атести и нулти узорак са пломбом од овлаштене лабораторије** за испитивање са назнаком на који се тендер односи.

Питање бр. 3:

Уговорни орган у опису за заштитну ципелу високу наводи отпорност на контактну топлоту **до 330 С**, Уобичајени захтјев је отпорност до 300 С, што је наведено у опису за заштитну ципелу ниску. Да ли је за уговорни орган прихватљива висока ципела са отпорности **до 300 С**?

Увидом у тачку 15. Тендерске документације – Техничка и професионална способност, овај орган је утврдио да тендерском документацијом није захтјевано достављање узорака, односно квалификационог доказа прописаног чланом 49. Тачка д) ЗЈН. У оквиру техничке и професионалне способности уговорни орган је захтјевао само

услове и доказе који се односе на успјешно искуство понуђача из члана 49. Тачка а) ЗЈН.

Увидом у Прилог 8 ТД – Технички захтјеви и спецификације, у дијелу за ЛОТ 2 – Лична заштитна обућа, у тачки 2.2 – заштитне ципеле високе, прописано је: „Отпорност потплата на контактну топлину **до 330 С.**

Увидом у измјене тендерске документације број ЈН-ОП-1238-24/2020 од 24.11.2020. године, које су учињене у поступку, овај орган је утврдио да се измјене односе само на ЛОТ 1, те да услови из тендерске документације који се односе на ЛОТ 2 нису измјењени током поступка јавне набавке.

Из напријед наведеног чињеничног стања произилази да су одговори на питања, која је уговорни орган дао у поступку јавне набавке, посљедично довела до измјене тендерских услова, како у дијелу квалификационих услова, тако и у дијелу техничких спецификација, а при томе уговорни орган није извршио измјене тендерске документације, која је основ за припрему понуда и која мора садржавати све информације о поступку додјеле уговора, у складу са чланом 2. Став (1) тачка д) и чланом 53. Став (1) ЗЈН. У вези са тим, чланом 57. Став (1) прописано је да се понуђачи у поступку јавне набавке придржавају захтјева и услова из тендерске документације, што јасно и недвосмислено указује на чињеницу да је тендерска документација једини документ који обавезује понуђаче приликом припреме понуда. Смисао правног института *„појашњења тендерске документације“*, дефинисаног чланом 56. ЗЈН, је да се само појасне поједине одредбе тендерске документације, које су већ дефинисане истом, али су из одређених разлога нејасне, те их ваља додатно образложити понуђачима. У конкретном случају, уговорни орган у одговору број 1 прво наводи: ***„Уговорно тијело је поступило сукладно ЗЈН БИХ и није тражило узорке“***, а у одговору број 2 наводи: ***„обавезујући атести и нулти узорак са пломбом од овлаштене лабораторије“***, тако да и у својим одговорима даје контрадикторна упутства понуђачима. Одговором број 3 уговорни орган мијења једну од техничких карактеристика тражене ципеле *„отпорност на контактну топлоту“*, умјесто прописане отпорности ***„до 330 С“***, дозвољава појашњењем ***„до 300 С“***. Уговорни орган је и другим одговорима на питања понуђача, када је у питању заштитна обућа, прихватао приједлоге понуђача у вези са измјеном појединих техничких карактеристика обуће, што овај орган неће детаљно елаборирати јер није предмет жалбеног навода.

Даље, чланом 56. Став (3) ЗЈН јасно је прописано да ако одговор уговорног органа доводи до измјена тендерске документације које захтјевају да понуђачи изврше знатне измјене **и/или да прилагоде своје понуде**, уговорни орган је дужан да продужи рок за достављање понуда **за најмање седам дана**. Дакле, поред обавезе да изврши измјене тендерске документације, које су биле обавезне након датог појашњења, уговорни орган је несумљиво морао и продужити рок за достављање понуда, јер намеће додатни квалификациони услов који посљедично захтјева да понуђачи прилагоде своје понуде. У вези са тим, један од потенцијалних понуђача је затражио продужење рока за достављање понуда, који је уговорни орган запримио дана 27.11.2020. године под бројем ЈН-ОП-1238-28/2020, у којем захтјева да се продужи рок за достављање понуда за седам дана, управо из разлога што је уговорни орган својим појашњењем наметнуо достављање додатног квалификационог услова, односно достављање нултог узорка са пломбом од овлаштене лабораторије за испитивање, те да је потребно додатно вријеме да се ти узорци прибаве. Уговорни орган је одговорио на захтјев понуђача дописом број ЈН-ОП-1238-29/2020 од 27.11.2020. године, у којем наводи да неће продужити рок за достављање понуда јер сматра да није дошло до значајнијих и обимнијих измјена,

занемарујући чињеницу да додатно ствара обавезу понуђачима, која посљедично утиче на то да понуђачи морају прибавити додатне доказе, те на тај начин прилагодити своје понуде, што посљедично ствара обавезу продужења рокова у складу са чланом 56. Став (3) ЗЈН.

Све напријед наведено довело је до ситуације да неко од понуђача достави спорне нулте узорке, а жалилац не достави, правдајући то чињеницом да уговорни орган није извршио измјене тендерске документације, а посљедично и продужио рок за достављање понуда, што жалилац правилно закључује.

Овакво поступање уговорног органа је довело до неусклађености тендерске документације са напријед наведеним одредбама ЗЈН, у дијелу за ЛОТ 2, а које доводе до нарушавања принципа једнаког третмана понуђача у поступку, односно принципа активне и правичне конкуренције, што представља апсолутно битну повреду прописану чланом 103. Став (1) тачка а) ЗЈН, те овај орган из наведених разлога поништава поступак јавне набавке дјелимично, у односу на ЛОТ 2.

Разматрајући други жалбени навод у којем жалилац тврди да му није омогућен увид у понуде у року од два дана, како је то прописано чланом 11. Закона о јавним набавкама, овај орган је извршио увид у писану кореспонденцију између жалиоца и уговорног органа, у вези са захтјевом за увид у понуде.

Жалилац је дана 05.02.2021. године (петак) доставио акт број 05/02-01/21 уговорном органу којим захтјева увид у понуде других понуђача у поступку. На овај захтјев уговорни орган је одговорио исти дан актом број ЈН-ОП-1238-54/2020 којим одобрава увид у понуде жалиоцу дана 08.02.2021. године (понедељак) у термину од 12:00-14:00 часова **у Оперативном подручју Мостар.**

Незадовољан одлуком уговорног органа да се увид врши у Оперативном подручју Мостар, жалилац исти дан (05.02.2020. године) доставља уговорном органу нови захтјев за увид у понуде број 05/02-02/21 у којем захтјева да се увид у понуде изврши на адреси уговорног органа (Бања Лука), у складу са одредбама тендерске документације. Овај захтјев је уговорни орган запримио исти дан, 05.02.2021. године, што је потврђено пријемним печатом уговорног органа број ЈН-ОП-1238-56/2020 од 05.02.2021. године.

На други захтјев за увид у понуде уговорни орган одговара жалиоцу 08.02.2021. године, те му дозвољава увид у понуде дана 10.02.2021. године у времену од 10:00-12:00 часова.

Увидом у тендерску документацију овај орган је утврдио да су тачком 1. ТД дефинисани подаци о уговорном органу, те да се као адреса уговорног органа, која је наведена и као адреса за кореспонденцију између уговорног органа и понуђача, наводи: „*Ул. Марије Бурсаћ 7а, 78000 Бања Лука*“. Даље, тачкама 20.3 и 21.1 ТД ова адреса је такође наведена као адреса на коју се достављају и отварају понуде.

Тачком 35.7 ТД уговорни орган је прописао да ће се понуђачима омогућити увид у понуде у року од два дана **од дана пријема захтјева за увид**, а најкасније до истека рока за жалбу, како је то прописано и чланом 11. Став (5) ЗЈН.

Као прво, овај орган налази да је увид у понуде морао бити омогућен у сједишту уговорног органа, а при том уговорни орган ни у једном дијелу тендерске документације не наводи другу адресу за увид у понуде или другу адресу за кореспонденцију, тако да не може накнадно условљавати понуђаче да увид изврше у својој пословној јединици, која је при том удаљена и преко 300 км од сједишта уговорног органа. Даље, уговорни орган је захтјев за увид у понуде запримио дана

05.02.2021. године (петак), те је био у обавези да омогући увид у понуде дана 08.02.2021. године – понедељак (задњи дан рока пада у недјељу), дакле, у року од два дана од дана пријема захтјева за увид, како је то прописано чланом 11. Став (5) ЗЈН и тачком 35.7 ТД. На поновно инсистирање жалиоца да изврши увид у сједишту уговорног органа, дозвољава му се увид 10.02.2021. године, а други захтјев за увид је запримљен такође 05.02.2021. године, што је утврђено на основу броја протокола уговорног органа. При том, одлуку о избору најповољнијег понуђача, жалилац је запримио дана 29.01.2021. године, тако да је рок за жалбу истицао 08.02.2021. године, до кад му је морао бити омогућен и увид у понуде.

Имајући у виду да уговорни орган није омогућио жалиоцу увид у понуде других понуђача у року од два дана од дана пријема захтјева за увид, те жалилац није извршио увид док траје рок за жалбу, **овај жалбени навод је основан.**

Чланом 104. Став (1) ЗЈН прописано је да КРЖ у поступку правне заштите поступа у границама захтјева из жалбе, а по службеној дужности у односу на повреде из члана 103. Став (1) ЗЈН.

Поступајући по службеној дужности, а у вези са првим жалбеним наводом, овај орган налази да је **поступање уговорног органа довело до неусклађености тендерске документације са одредбама ЗЈН, у дијелу за ЛОТ 2, а које доводе до нарушавања принципа једнаког третмана понуђача у поступку, односно принципа активне и правичне конкуренције, што представља апсолутно битну повреду прописану чланом 103. Став (1) тачка а) ЗЈН, те овај орган из наведених разлога поништава поступак јавне набавке дјелимично, у односу на ЛОТ 2.**

Овај орган налази и да је чланом 103. Став (1) ЗЈН, између осталог, прописано да апсолутно битне повреде могу довести до поништења поступка у потпуности **или дјелимично**, те се поништење може односити само на један лот, као дио поступка јавне набавке, тако да није оправдан захтјев жалиоца да се у цијелости поништи тендер.

На основу напријед наведеног, одлучено је као у диспозитиву, у складу са чланом 111. став (1) тачка д) и чланом 103. Став (1) тачка а) ЗЈН, те чланом 230. Закона о управном поступку („Службени гласник БиХ", број 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16).

Повратак уплаћених средстава по основу накнаде за покретање жалбеног поступка, у износу од 666,67 КМ, извршиће се посебним актом, у складу са чланом 108. став (7) Закона о јавним набавкама и чланом 4. Инструкције о начину уплате, контроле и повратка накнада прописаних чланом 108. Закона о јавним набавкама.

Жалилац захтијева накнаду трошкова састава жалбе у укупном износу од 1.579,50 КМ. С обзиром на утврђену основаност жалбе, овај орган усваја захтјев жалиоца за накнаду трошкова састава исте, у укупном износу од 658,12 КМ са ПДВ-ом.

Обрачун трошкова састава жалбе по пуномоћнику је извршен у складу са Тарифом о наградама и накнади трошкова за рад адвоката („Службени гласник РС" број 68/05), и то примјеном Тар.бр.3. - састав жалбе у управном поступку у износу од 450,00 КМ + паушал у износу од 112,50 КМ сходно Тар.бр.12. Тарифе, што износи 562,50 КМ + износ ПДВ-а 17%: 95,62 КМ, што укупно износи 658,12 КМ, док се захтјев у преосталом дијелу одбија као неоснован. У поступцима јавне набавке примјењује се тарифа за предмете у непроцијењивим вриједностима, како је то образложено пресудом Суда БиХ број С1 ЗУ 023495 16 У од 16.03.2018. године.

Захтјев за накнаду трошкова поступка је усвојен у складу са чланом 105. став (2) Закона о управном поступку којим је прописано да кад у поступку учествују двије или више странака са супротним интересима, странка која је изазвала поступак, а на чију штету је поступак окончан, дужна је противној странци надокнадити оправдане трошкове који су тој странци настали учествовањем у поступку.

Упутство о правном средству

Ово рјешење је коначан управни акт. Против овог рјешења може се поднијети тужба у управном спору пред Судом Босне и Херцеговине у року од 30 дана од дана пријема рјешења.

Такса на тужбу износи 100,00 КМ.

ПРЕДСЈЕДНИК ВИЈЕЋА
Марко Колобарић, дипл. правник

Доставити:

1. Заједничка адвокатска канцеларија Зоран Бубић и Бојана Дука - Бубић, Милана Ракића 36, 78000 Бања Лука
2. „DACA COMMERCE“ д.о.о. Мостар, Пут за Алуминијски комбинат бб, 88000 Мостар
3. „Електропренос – Електропријенос БиХ“ а.д. Бања Лука, Марије Бурсаћ 7а, 78000 Бања Лука
4. Евиденцији
5. а/а