BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANJE ŽALBI

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ

BOSNIA AND HERZEGOVINA
PROCUREMENT REVIEW BODY

Број: ЈН2-01-07-1-1504-8/21
Датум: 16.06.2021. године

Канцеларија за разматрање жалби БиХ, рјешавајући по жалби понуђача „Адвокатски уред Санел Незирић“ из Сарајева, број ЈН-16-123/21 од 25.05.2021. године, изјављеној против Одлуке о избору најповољнијег понуђача: број 1-25-16-4-1071-13/21 од 19.05.2021. године, у поступку јавне набавке одвјетничких услуга, уговорног органа „Агенција за пружање услуга у зрачној пловидби Босне и Херцеговине“, 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 16.06.2021. године донијела је:

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. Жалба се усваја.
2. Поништава се у потпуности поступак јавне набавке одвјетничких услуга, покренут Одлуком о покретању поступка јавне набавке одвјетничких услуга број 1-25-16-4-1071-1/21 од 10.03.2021. године, уговорног органа „Агенција за пружање услуга у зрачној пловидби Босне и Херцеговине“, те сви акти уговорног органа донесени у поступку јавне набавке.
3. Повратак средстава уплаћених на име накнаде за покретање жалбеног поступка, у износу од 800,00 КМ, извршиће се на основу посебног рјешења овог органа.
4. Одбија се захтјев жалиоца за надокнаду трошкова састава жалбе.

Образложење

Дана 10.03.2021. године уговорни орган „Агенција за пружање услуга у зрачној пловидби Босне и Херцеговине“ покренуо је поступак јавне набавке одвјетничких услуга. Поступак јавне набавке се води у складу са Правилником о поступку додјеле уговора о услугама из Анакса II дио Б Закона о јавним набавкама („Службени гласник БиХ“, број 66/16), на основу којег је уговорни орган сачинио и објавио на својој интернет страници Позив за доставу понуда за јавну набаву одвјетничких услуга, број 1-25-16-4-1071-5/21 од 15.04.2021. године.

Након проведеног поступка уговорни орган је донио Одлуку о избору најповољнијег понуђача број 1-25-16-4-1071-13/21 од 19.05.2021. године, којом је уговор додијељен Одвјетничком друштву Мартиновић и партнери. Против ове одлуке понуђач „Адвокатски уред Санел Незирић“ изјављује жалбу овом органу.

Жалилац тврди да је његова понуда незаконито одбачена као неприхватљива, а своју жалбу заснива на следећим жалбеним наводима:

- Да је понуду предао као Адвокатски уред Санел Незирић, те да се понуђачи, без обзира на начин организовања, морају третирати на једнак начин, без обзира да ли понуду доставља правно или физичко лице, позивајући се на члан 44. ЗЈН и Директиве ЕУ;
- Жалилац цитира тачке 5.2.1 – 5.2.5 Позива за доставу понуда, у вези са чланом 45. Став (2) ЗЈН, којим је прописано да само изабрани понуђач доставља документацију прописану овим чланом, а да су понуђачи били у обавези доставити у понуди само изјаву из члана 45. ЗЈН, без обзира да ли се ради о правном или физичком лицу;
- Да је понуду доставио Адвокатски уред Санел Незирић, а не лице Санел Незирић, тако да није јасно на основу чега уговорни орган закључује да је понуду доставило физичко лице;
- Да је уговорни орган повриједио начело једнаког третмана понуђача из члана 3. ЗЈН, те одредбе члана 45. ЗЈН које су императивне природе.

Жалилац предлаже да се поништи спорна одлука, те захтјева повратак накнаде за покретање жалбеног поступка и трошкове састава жалбе у износу од 1.111,50 КМ са ПДВ-ом.

Уговорни орган је доставио изјашњење по жалби број 1-25-16-4-1071-17/21 од 01.06.2021. године у којем предлаже да се жалба одбије као неоснована из следећих разлога:

- Да је понуда жалиоца неприхватљива јер није одмах уз понуду доставио доказе из члана 45. Став (2) ЗЈН, а што је био дужан у складу са тачкама 5.2.2 - 5.2.5 и 22 ТД, те законитост прописивања постављених услова темељи на одредби члана 45. Став (7) ЗЈН, а у вези са тим се позива и на мишљење Агенције за јавне набавке БиХ;
- Да начин достављања документације није исти за понуђача који понуду доставља као правно лице и понуђача који понуду доставља као физичко лице, све у вези са чланом 45. Став (7) ЗЈН;
- Да је Санел Незирић уписан у адвокатску комору као физичко лице, а не као правно лице, што темељи на увјерењу адвокатске коморе ФБиХ, увјерењу о регистрацији/упису у јединствени регистар обвезника индиректних пореза и подацима из регистрације жалиоца на порталу јавних набавки.

Жалилац је доставио дана 11.06.2021. године Одговор на изјашњење уговорног органа у којем негира све наводе из достављеног изјашњења.

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:

- Одлуку о покретању поступка јавне набавке одвјетничких услуга број 1-25-16-4-1071-1/21 од 10.03.2021. године;
- Позив за доставу понуда за јавну набаву одвјетничких услуга, број 1-25-16-4-1071-5/21 од 15.04.2021. године;
- Копију понуде жалиоца;
- Записник о прегледу и оцјени понуда број 1-25-16-4-1071-10/21 од 06.05.2021. године;
- Извјештај о раду Комисије за провођење јавне набавке одвјетничких услуга број 1-25-16-4-1071-11/21 од 06.05.2021. године
- Одлуку о избору најповољнијег понуђача број 1-25-16-4-1071-13/21 од 19.05.2021. године;
- Изјашњење уговорног органа по жалби, број 1-25-16-4-1071-17/21 од 01.06.2021. године;
- Одговор жалиоца, од 10.06.2021. године, на изјашњење уговорног органа број 1-25-16-4-1071-17/21 од 01.06.2021. 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, овај орган је утврдио да је жалба основана.

Увидом у Записник о прегледу и оцјену понуда број 1-25-16-4-1071-10/21 од 06.05.2021. године и Одлуку о избору најповољнијег понуђача број 1-25-16-4-1071-13/21 од 19.05.2021. године, овај орган је утврдио да је понуда жалиоца одбачена као неприхватљива из разлога што жалилац, као физичко лице/предузетник, није одмах уз понуду доставио доказе из члана 45. Став (2) ЗЈН, како је то прописано тачкама 5.2.3, 5.2.5 и 22 Позива за доставу понуде за јавну набаву одвјетничких услуга.

Увидом у тачку 5.2 Позива за доставу понуде за јавну набаву одвјетничких услуга број 1-25-16-4-1071-5/21 од 15.04.2021. године, којим су прописани услови у вези да личном способношћу понуђача – члан 45. ЗЈН, овај орган је утврдио да је, између осталог прописано следеће:

„5.2. ЛИЧНА СПОСОБНОСТ - ЧЛАН 45. ЗЈН

5.2.1. У складу са Чланом 45. Закона, понуда ће бити одбијена ако је понудитељ:
а) у кривичном поступку осуђен правоснажном пресудом за кривична дјела организираног криминала, корупцију, превару или прање новца.....;
б) под стечајем или је предмет стечајног поступка, ...;
ц) није испунио обвезе у вези с плаћањем пензијског и инвалидског осигурања и здравственог осигурања, ...;
д) није испунио обвезе у вези с плаћањем директних и индиректних пореза .....;
Уговорни орган може одбити понуду и уколико утврди даје понудитељ:

е) био крив за тежак професионални пропуст .....;

5.2.2. У сврху испуњавања увјета из претходне тачке ***понудитељи (правно лице) требају доставити Изјаву попуњену од стране понудитеља у вези члана 45. ЗЈН*** *и овјерену код органа надлежног за овјеру докумената .....*

5.2.3 ***Понудитељ <u>којем буде додијељен уговор</u> обавезан је да достави сљедеће документе којима ће потврдити вјеродостојност дате изјаве из тачке 5.2.2:***

*а) Ако понуду доставља понудитељ у **својству правног лица** дужан је доставити Увјерење надлежног суда којим доказује да у кривичном поступку није изречена правоснажна пресуда којом је осуђен за кривично дјело учешћа у криминалној организацији, за корупцију, превару или прање новца;*

*а) Ако понуду доставља **физичко лице као предузетник,** дужан је уз понуду доставити увјерење које гласи на име власника - предузетника;*

*б) Ако понуду доставља понуђач у **својству правног лица** дужан је доставити Увјерење надлежног суда или органа управе код којег је регистрован понудитељ, којим се потврђује да није под стечајем, нити је предмет стечајног поступка, да није предмет поступка ликвидације, односно да није у поступку обустављања пословне дјелатности;*

*б) Ако понуду доставља **физичко лице као предузетник,** дужан је уз понуду доставити само увјерење од надлежног органа управе да није у поступку обустављања пословне дјелатности;*

*ц) Ако понуду доставља **понудитељ у својству правног лица** дужан је доставити Увјерење издато од стране надлежних институција којим се потврђује да је понудитељ измирио доспјеле обавезе, а које се односе на доприносе за пензијско-инвалидско и здравствено осигурање;*

*ц) Ако понуду доставља **физичко лице као предузетник,** дужан је уз понуду доставити потврду надлежне пореске управе да измирује доприносе за пензионо - инвалидско осигурање и здравствено осигурање за себе и запослене (уколико има запослених);*

*д) Ако понуду доставља понудитељ у **својству правног лица** дужан је доставити Увјерење издало од стране надлежних институција којим се потврђује даје понудитељ измирио доспјеле обавезе у вези са плаћањем директних и индиректних пореза.*

*д) Ако понуду доставља **физичко лице као предузетник** дужан је уз понуду доставити потврду надлежне пореске управе да измирује све пореске обавезе као физичко лице регистрирано за самосталну дјелатност;*

Као доказ о испуњавању увјета из точке ц) и д) уговорни орган прихвата и споразум понудитеља са надлежним пореским институцијама о репрограмираном, односно одложеном плаћању обвеза .....

5.2.4. НАПОМЕНА ЗА ПОНУДИТЕЉЕ (ПРАВНО ЛИЦЕ) ИЗ БИХ:

*Према чланку 45. став (1) точка а), у вези са ставом (2) точка а) истог чланка Закона, неопходно је да **изабрани понудитељ (правно лице)** кумулативно достави потврду Суда БиХ и потврду суда према сједишту правног лица, ...*

*Документи или увјерења наведена у точки 5.2.3 не смију бити старији од 3 мјесеца рачунајући од тренутка достављања понуде, **а доставља их изабрани понудитељ у року не дужем од 5 дана од дана пријема одлуке о избору најповољнијег понудитеља.** Докази морају бити достављени на протокол уговорног органа најкасније пети дан по пријему одлуке о избору, у радном времену уговорног органа (до 16:00 сати), ...*

<u>НАПОМЕНА:</u>

*Понудитељ **(правно лице)** може уз Изјаву тј. уз своју понуду, одмах доставити и тражене доказе који су наведени у изјави (у вези члана 45). Овим се понудитељ*

ослобађа обвезе накнадног достављања доказа ако буде изабран. Достављени докази морају бити оригинали или овјерене копије и не могу бити старији од три мјесеца, рачунајући од дана предаје понуде.

5.2.5 НАПОМЕНА ЗА ПОНУДИТЕЉЕ КОЈИ ПОНУДУ ДОСТАВЉАЈУ У СВОЈСТВУ ФИЗИЧКОГ ЛИЦА РЕГИСТРОВАНОГ ЗА ОБАВЉАЊЕ ПРЕДМЕТНЕ ДЈЕЛАТНОСТИ:

*Физичка лица регистрирана за обављање предметне дјелатности **не достављају Изјаву у вези члана 45. ЗЈН, него одмах у својој понуди достављају документацију у вези чланка 45. ЗЈН, а све у складу са чланком 45. став (7) ЗЈН.***
*Физичка лица регистрирана за обављање предметне дјелатности **одмах у понуди достављају документацију (оригинал или овјерена копија) у вези чланка 45. ЗЈН,** који не смију бити старији од 3 мјесеца рачунајући од тренутка достављања понуде.....“*

Из напријед наведених одредби Позива за доставу понуде може се недвосмислено утврдити да је уговорни орган прописао да сви понуђачи морају испуњавати услове из члана 45. Став (1) ЗЈН, а начин достављања документације из члана 45. Став (2) ЗЈН прописао је посебно за понуђаче који су регистровани као правна лица, а посебно за понуђаче који су регистровани као предузетници, односно физичка лица регистрована за обављање предметне дјелатности. У вези са тим, уговорни орган прописује да понуђачи који су регистровани као правна лица достављају у понуди Изјаву из члана 45. ЗЈН (тачка 5.2.2 Позива), док тачком 5.2.5 Позива прописује да понуђачи који достављају понуду у својству физичког лица регистрованог за обављање предметне дјелатности, не достављају Изјаву у вези са чланом 45. ЗЈН, него одмах у својој понуди достављају документацију из члана 45. ЗЈН. При томе, тачком 5.2.3 Позива прописује да **понуђач којем буде додијељен уговор** доставља документацију којом потврђује вјеродостојност дате изјаве, а чију обавезу достављања прописује само за правна лица која достављају понуду.

Овај орган налази да уговорни орган погрешно тумачи и примјењује одредбу члана 45. Став (7) ЗЈН којом је прописано: „*Уговорни орган је дужан да у тендерској документацији дефинише документе које захтјева од кандидата/понуђача који, као физичко лице регистровано за обављање предметне дјелатности, доставља уз понуду, а који су докази о испуњавању услова из овог члана.*“. Наиме, смисао цитиране законске одредбе је да се тендерском документацијом прецизирају и дефинишу докази које доставља понуђач као предузетник, из разлога што физичко лице које обавља предузетничку дјелатност, због специфичности регистрације и услова за обављање дјелатности, не може доставити одређене доказе из члана 45. Став (2) ЗЈН који се односе директно на предузетничку радњу или је садржај потврда другачији због специфичности обављања предузетничке дјелатности. Тако нпр. предузетник не може доставити увјерење надлежног суда у вези са кривичним дјелима из члана 45. став (2) тачка а) ЗЈН којим се потврђује да предузетничка радња није осуђена за одређено кривично дјело, јер за исту није прописана кривична одговорност, односно, кривично може одговарати само власник предузетничке радње. Исто тако, а у вези са чланом 45. став (2) тачка б) ЗЈН, предузетник не може бити предмет проглашења стечаја и сл. Дакле, у складу са одредбама члана 45. став (7) ЗЈН, уговорни орган је био дужан дефинисати доказе које доставља физичко лице као предузетник, а које ће доставити накнадно, ако му буде додјељен уговор, када достављена документација постаје саставни дио понуде изабраног понуђача. Такође, наведена одредба не прописује да се

документација доставља „**у** понуди“, него „**уз** понуду“, али са одложним роком њеног достављања након пријема одлуке о избору, а све у складу са чланом 45. став (2) ЗЈН.

Чланом 45. став (4) ЗЈН прописана је обавеза достављања Изјаве о испуњавању услова из члана 45. ЗЈН, **за све понуђаче**, без обзира на начин њиховог организовања. Чланом 2. став (1) тачка ц) ЗЈН дефинисан је појам понуђача, и то: „*привредни субјекат је **правно или физичко лице или група таквих лица**, који на тржишту нуде робу, 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 .....*“. Чланом 44. став (5) ЗЈН прописано је да уговорни орган не може одбити понуду искључиво на основу тога што је поднесена или од правног или од физичког лица.

Форма достављања Изјаве из члана 45. ЗЈН прописана је Упутством за припрему модела тендерске документације и понуда („Службени гласник БиХ“, број 90/14 и 20/15), те се такође увидом у садржај ове изјаве недвосмислено може утврдити да изјаву дају под једнаким условима и правна и физичка лица као предузетници. Наиме, изјавом је прописано: „*Ја, нижепотписани ..... у својству представника привредног друштва **или обрта** или сродне дјелатности .....*“. Даље, у тексту саме изјаве стоји: „*У наведеном смислу сам упознат са обавезом кандидата/понуђача да у случају додјеле уговора достави документе из члана 45. став (2) тачке а) до д) .....*“. Дакле, из наведеног се јасно може закључити да изјаву из члана 45. ЗЈН даје под једнаким условима представник привредног друшзва или обрта/предузетништва, те да се документација доставља накнадно, у случају додјеле уговора. На исти начин је изјаву припремио и уговорни орган у Позиву за доставу понуда, **што је контрадикторно условима и начину достављања доказа из тачке 5.2.5 Позива за доставу понуда.**

Све напријед наведене законске одредбе јасно упућују на чињеницу да сви понуђачи морају имати једнак третман у поступку, без обзира да ли се ради о правном лицу или физичком лицу регистрованим за обављање предметне дјелатности.

Овај орган налази да је уговорни орган одредбама тачке 5.2 Позива за доставу понуде, поред тога што неједнако третира понуђаче у поступку, потенцијално утицао и на сужавање конкуренције у поступку због наметања обавезе да потенцијални понуђачи доставе документацију из члана 45. став (2) одмах уз понуду, због релативно кратког рока за доставу понуде.

Чланом 3. став (1) ЗЈН прописана су основна начела Закона о јавним набавкама, односно обавеза уговорног органа да поступа транспарентно, да се према понуђачима понаша **једнако, недискриминирајуће, на начин да обезбједи праведну и активну конкуренцију**, с циљем најефикаснијег трошења јавних средстава. Ставом (2) истог члана прописано је да се општи принципи **обавезно примјењују** у поступку правне заштите.

Из свега напријед наведеног недвосмислено се може утврдити да је уговорни орган грубо прекршио основне принципе ЗЈН, из разлога неједнаког поступања према понуђачима у поступку, које се огледа у незаконитом прописивању начина достављања доказа из члана 45. став (2) ЗЈН за правна лица и предузетнике (који имају једнак статус понуђача), што је у посљедици довело до спора у вези са достављањем понуде жалиоца, који је на страни 7 своје понуде доставио изјаву из члана 45. ЗЈН, али не и доказе како је то прописао уговорни орган.

Чланом 103. став (1) ЗЈН прописано је да овај орган пази по службеној дужности на апсолутно битне повреде закона, које могу довести до поништења поступка у потпуности или дјелимично.

Напријед наведене незаконитости приликом припреме тендерске документације, довеле су несумљиво до нарушавања основних принципа ЗЈН, односно принципа једнаког третмана понуђача, те 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 у потпуности.

Остали жалбени наводи и докази нису релевантни за исход овог поступка, те се не разматрају.

Захтјев жалиоца за надокнаду трошкова састава жалбе је одбијен као неоснован у складу са чланом 105. став (3) Закона о управном поступку („Службени гласник БиХ", број 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16) којим је прописано да се трошкови правног заступања надокнађују само ако су били нужни и оправдани. Како се ради о жалиоцу који је регистрован као „адвокатска канцеларија", правно заступање није нужно, нити оправдано, имајући у виду професионални статус жалиоца.

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.

Повратуплаћених средстава по основу накнаде за покретање жалбеног поступка, у износу од 800,00 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 повратанакнада прописаних чланом 108. Закона о јавним набавкама.

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. „Адвокатски уред Санел Незирић" Ла Беневоленција 2, 71000 Сарајево
2. „Одвјетничко друштво Мартиновић и партнери", Дубровачка бб, 88000 Мостар
3. „Агенција за пружање услуга у зрачној пловидби БиХ" Ортијеш бб, 88000 Мостар
4. Евиденцији
5. а/а