BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANJE ŽALBI
Filijala/Podružnica Mostar

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ
Филијала Мостар

Broj: JN2-03-07-1-1244-7/21
Mostar, 15. 07. 2021. godine

Ured za razmatranje žalbi BiH, Podružnica Mostar, rješavajući po žalbi CAZING d.o.o. Cazin od 28. 04. 2021. godine, zastupan po punomoćniku Kenan Hadžalić, odvjetniku iz Cazina, izjavljenoj na Tendersku dokumentaciju, br. OP 15-EDB/2021 za predmet nabave: *Usluga nadzora nad gradnjom EEO, za potrebe Podružnice Elektrodistribucija Bihać na području Unsko-sanskog kantona*, ugovornog tijela JP Elektroprivreda BiH d.d. Sarajevo, Podružnica Elektrodistribucija Bihać na temelju članka 93. stavak (7), 104. i članka 111. stavak (1) točka d) Zakona o javnim nabavama ("Službeni glasnik BiH" broj: 39/14) na sjednici vijeća I održanoj 15. 07. 2021. godine, donosi

R J E Š E N J E

1. **Usvaja se** žalba kao djelomično osnovana.

2. **Poništava se** Tenderska dokumentacija ugovornog tijela JP Elektroprivreda BiH d.d. Sarajevo, Podružnica Elektrodistribucija Bihać za nabavu: *Usluga nadzora nad gradnjom EEO, za potrebe Podružnice Elektrodistribucija Bihać na području Unsko-sanskog kantona* zajedno sa Obavještenjem o nabavci broj: 1421-1-2-30-3-81/21 objavljeno na portalu javnih nabava dana 20. 04. 2021. godine.

3. **Usvaja se** zahtjev CAZING d.o.o. Cazin zastupan po punomoćniku Kenan Hadžalić, odvjetniku iz Cazina za naknadu troškova sastava predmetne žalbe u ukupnom iznosu od 240,00 KM, dok se u preostalom dijelu odbija kao neosnovan.

4. **Nalaže se** Ugovornom tijelu JP Elektroprivreda BiH d.d. Sarajevo, Podružnica Elektrodistribucija Bihać da žalitelju CAZING d.o.o. Cazin zastupan po punomoćniku Kenan Hadžalić, odvjetniku iz Cazina isplati iznos od 240,00 KM u roku od 15 dana od dana prijema ovog Rješenja.

5. O povratu sredstava uplaćenih na ime naknade za pokretanje žalbenog postupka ovo tijelo donijet će posebno rješenje.

O b r a z l o ž e n j e

JP Elektroprivreda BiH d.d. Sarajevo, Podružnica Elektrodistribucija Bihać (u daljem

tekstu: **Ugovorno tijelo**) je pokrenula otvoreni postupak javne nabave: *Usluga nadzora nad gradnjom EEO, za potrebe Podružnice Elektrodistribucija Bihać na području Unsko-sanskog kantona* za koju je Obavještenje o nabavci 1421-1-2-30-3-81/21 objavljeno na portalu javnih nabava dana 20. 04. 2021. godine.

CAZING d.o.o. Cazin je dana 28. 04. 2021. godine po punomoćniku Kenan Hadžalić, odvjetniku iz Cazina izjavio žalbu na Tendersku dokumentaciju, br. OP 15-EDB/2021 za predmetnu nabavu.

Ugovorno tijelo žalbu uz izjašnjenje prosljeđuje ovome tijelu, kod koga je zaprimljena dana 07. 05. 2021. godine, a ista je kompletirana uplatom naknade za pokretanje žalbenog postupka dana 24. 05. 2021. godine.

CAZING d.o.o. Cazin zastupan po punomoćniku Kenan Hadžalić, odvjetniku iz Cazina (u daljem tekstu; **Žalitelj**) navodi kako izjavljuje žalbu na tendersku dokumentacije zbog povrede odredbi Zakona o javnim nabavkama BiH (SI. Glasnik BiH br. 39/14) i to iz sljedećih razloga:

I *Povrede Pravilnika o uslovima i načinu korištenja e-aukcije (SI. Glasnik BiH br. 66/16)*

Tenderskom dokumentacijom br. OP 15-EDB/2021 na strani 3/36 određena je namjera provođenja E-aukcije po kriteriju „najniža cijena" a koja aukcija će se provesti putem portala www.ejn.gov.ba u skladu sa Pravilnikom o uslovima i načinu korištenja e-aukcije (SI. Glasnik BiH br. 66/16) na način da, nakon preispitivanja pristiglih ponuda, oni ponuđači koji su podnijeli prihvatljive ponude budu obavješteni o datumu i vremenu početka e-aukcije.

Navedeno pravilo tenderske dokumentacije je u suprotnosti sa čl. 2. st. 3. Pravilnika o uslovima i načinu korištenja e-aukcije (SI. Glasnik BiH br. 66/16) kojim je propisano da „e-aukcija nije moguća ukoliko su predmet nabavke ugovori o uslugama i ugovori o radovima čiji je predmet intelektualni rad, kao što je projektovanje radova, jer se takve ponude ne mogu rangirati primjenom metoda automatskog elektronskog ocjenjivanja", pa kako je u konkretnom predmet nabavke „Usluga nadzora nad gradnjom EEO, za potrebe Podružnice „Elektrodistribucija" Bihać na području Unsko-Sanskog kantona", sasvim je jasan zaključak da je predmet ove nabavke usluga intelektualnog rada - nadzora nad gradnjom, te da je navedeno pravilo u suprotnosti s čl. 2. st. 3. Pravilnika o uslovima i načinu korištenja e-aukcije (SI. Glasnik BiH br. 66/16) a u vezi s čl. 123. Zakona o javnim nabavkama BiH (SI. Glasnik BiH br. 39/14).

II *Povrede Zakona o javnim nabavkama BiH (SI. Glasnik BiH br. 39/14)*

Tenderskom dokumentacijom br. OP 15-EDB/2021 na strani 10/36 u tački 6.6. propisan je uslov da će se kvalifikacija „ocjene tehničke i profesionalne sposobnosti ponuđača izvršiti na osnovu sljedećih izjava i dokumenata koje dostavi ponuđač: a) ***spisak izvršenih najmanje 3 ugovora*** za period ne duži od tri godine od dana objave obavještenja o nabavci ili od datuma registracije, a koji su u vezi s predmetnom nabavkom, tj. nadzor nad izvođenjem radova na izgradnji/rekonstrukciji objekata (dalekovod 10(20) kV, trafostanica 10(20)/04 kV, niskonaponska mreža), uz ***Potvrdu*** koju izdaje druga ugovorna strana odnosno naručilac usluga. Potvrda o uredno

izvršenim ugovorima obavezno mora sadržavati sljedeće podatke *naziv i sjedište ugovornih organa ili privrednih subjekata; predmet ugovora; vrijednost ugovora; vrijeme i mjesto izvršenja ugovora; navode o uredno izvršenim ugovorima* a u slučaju da se takva potvrda iz objektivnih razloga ne može dobiti od ugovorne strane koja nije ugovorni organ, vrijedi izjava privrednog subjekta o uredno izvršenim ugovorima uz predočavanje dokaza o učinjenim pokušajima da se takve potvrde osiguraju. *Napomena:* na spisku izvršenih ugovora se moraju nalaziti i ugovori za koje se dostavljaju potvrde. B) u cilju ispunjenja ovog uslova dostaviti dokaze o stručnoj kvalifikaciji za svako lice koje će raditi na uslugama pružanja usluga koje su predmet ove nabavke (svjedočanstva, uvjerenja nadležnih organa i si.) i ugovor ili predugovor za angažovana lica".

Žalitelj je mišljenja da je ovakav uslov ocjene tehničke i profesionalne sposobnosti ponuđača protivan odredbama čl. 50. a u vezi s čl. 48. Zakona o javnim nabavkama BiH (SI. Glasnik BiH br. 39/14) iz razloga što je isti nejasan, jer iz tačke 6.6. tenderske dokumentacije se ne može izvesti jasan zaključak da li ugovorni organ potražuje zasebne Potvrde za svaki individualno određen izvršeni ugovor (od traženih 3 ugovora) ili pak traži jednu potvrdu kojom se dokazuje činjenica da su izvršena 3 ugovora sa spiska izvršenih ugovora, pa kao takav ovaj uslov tenderske dokumentacije je zbunjujući.

Također, žalitelj je mišljenja daje tačka 6.6. a) tenderske dokumentacije u suprotnosti sa odredbama čl. 3. st. 1. Zakona o javnim nabavkama BiH (SI. Glasnik BiH br. 39/14) jer ne tretira sve kandidate/ponuđače na jednak način i nediskriminirajuće, budući da ovako postavljenim uslovom ne osigurava pravičnu i aktivnu konkurenciju s ciljem najefikasnijeg korištenja javnih sredstava u vezi s predmetom nabavke i njegovom svrhom. Naime, ugovorni organ, prema mišljenju žalitelja, uslov iz tč. 6.6.a) tenderske dokumentacije nije postavio srazmjerno predmetu nabavke, jer nigdje ne ostavlja mogućnost, niti se iz navedenog uslova može izvesti zaključak o postojanju mogućnosti, da ponuđač dostavi jednu potvrdu o realizaciji jednog ugovora iste ili veće vrijednosti a čiji je predmet nabavke isti ili sličan onom predmetu iz tenderske dokumentacije, niti se ostavlja mogućnost dostavljanja više potvrda koji u zbiru mogu biti manje, veće ili iste vrijednosti a čiji predmet nabavke također isti ili sličan.

Ovako konfuzno postavljenim uslovom iz tč. 6.6.a) tenderske dokumentacije zasigurno ne osigurava pravičnu konkurenciju potencijalnih ponuđača, a istovremeno isključuje svakog potencijalnog ponuđača, koji ispunjava uslove u pogledu tehničke i profesionalne sposobnosti (posjeduje relevantnu naobrazbu, dozvole za vršenje poslova nadzora i si.), iz ovog javnog poziva samo zato što ne posjeduje *a)* **spisak izvršenih najmanje 3 ugovora** *za period ne duži* **od tri godine** *od dana objave obavještenja o nabavci ili od datuma registracije* Na ovaj način žalitelj se diskriminira i ne omogućava se pravična i aktivna konkurencija jer poslove izgradnje EEO može vršiti samo Ugovorni organ budući da je on, što je opće poznata činjenica, jedino ovlašten za proizvodnju, distribuciju, snadbjevanje, trgovinu i druge djelatnosti u vezi s električnom energijom, pa s tim u vezi, žalitelj kao potencijalni ponuđač na tendersku dokumentaciju do sada nije ni imao prilike da radi iste ili slične poslove. Naime, postavlja se pitanje „da li će, u konkretnom žalitelj, ikad steći ovakav uslov ukoliko mu se nikad ne pruži prilika za sticanje istog", jer se žalitelj *de facto već* u postupku preuzimanja tenderske dokumentacije „isključuje" iz postupka, budući da ne može ispuniti uslov iz čl. 6.6.a) tenderske dokumentacije, a da bi ispunio taj uslov mora vršiti poslove za koje je ugovorni organ isključivo ovlašten *(opće poznata činjenica, ovlašten za proizvodnju, distribuciju, snadbjevanje, trgovinu i druge djelatnosti u vezi s električnom energijom),* pa ovako postavljen javni poziv po tenderskoj dokumentaciji je, prema mišljenju

žalitelja, diskriminirajući na spram njega i ne osigurava mu pravičnu i aktivnu konkurenciju propisanu čl. 3. st. 1. Zakona o javnim nabavkama BiH (SI. Glasnik BiH br. 39/14), što pobijanu dokumentaciju čini neusklađenu s pomenutim zakonom.

Dalje, Tenderskom dokumentacijom br. OP 15-EDB/2021 na strani 11/36 u tački 6.8. propisano je, između ostalog, da „u slučaju da ponude dostavlja grupa ponuđača uz ponudu je obavezno dostaviti ugovor o zajedničkom nastupanju (ugovor o konzorciju)".

Žalitelj je mišljenja daje tačka 6.8. tenderske dokumentacije u suprotnosti s čl. 62. st. 2. Zakona o javnim nabavkama BiH (SI. Glasnik BiH br. 39/14) koji je propisao da *„ugovorni organ* **ne može** *zahtjevati da grupa kandidata/ponuđača osnuje novo pravno lice kako bi dostavila zahtjev ili ponudu, ali može nakon izbora od grupe ponuđača zahtjevati određeni pravni oblik u mjeri u kojoj je to potrebno za zadovoljavajuće izvršenje ugovora* pa zahtjevanje ugovora o konzorciju tokom objave tenderske dokumentacije zasigurno predstavlja kršenje navedene zakonske odredbe, jer ovakav ugovor ugovorni organ može tražiti tek ukoliko grupa ponuđača bude izabrana kao najpovoljnija ponuda, a ne prilikom dostavljanja ponude.

Također, žalitelj ukazuje da je u tački 6.8. tenderske dokumentacije u posljednjem pasosu navedeno da će ponuda biti odbijena u slučaju da ponuđač propusti dostaviti sve materijalne dokaze i dokumentaciju zahtjevanu tenderskom dokumentacijom ili dostavi pogrešne informacije, pa kako tačka 6.8. u prvom pasosu nije u skladu za Zakonom o javnim nabavkama BiH (Sl. Glasnik BiH br. 39/14), žalitelj je mišljenja, da su ova dva uvjeta iz tačke 6.8. tenderske dokumentacije kontradiktorna jedan drugom i da nisu u skladu sa Zakonom o javnim nabavkama BiH (SI. Glasnik BiH br. 39/14), što uslove iz tenderske dokumentacije čini nezakonitom.

Pored navedenog, tačka 6.8. tenderske dokumentacije je u suprotnosti sa tč. 6.9. dokumentacije kojom se ne traži Ugovor o konzorciju, već samo izjava, pa su ovako postavljeni uslovi zbunjujući, jer ponuđači sada ne znaju da li treba ili ne treba dostaviti ugovor o konzorciju ili treba dostaviti samo izjavu?!

S tim u vezi, ove tačke tenderske dokumentacije su u suprotnosti s čl. 48. st. 7. Zakona o javnim nabavkama BiH (SI. Glasnik BiH br. 39/14), pa ih ovako formulisani uslovi čine neusklađenom.

Slijedom svega navedenog, žalitelj predlaže da ugovorni organ, sukladno čl. 100. st. 3. Zakona o javnim nabavkama BiH (SI. Glasnik BiH br. 39/14), usvoji predmetnu žalbu kao osnovanu i Tendersku dokumentaciju br. OP 15-EDB/2021 od april 2021. godine, preuzeta dana 21.04.2021. godine, uskladi sa pravilima iz Zakona o javnim nabavkama BiH (SI. Glasnik BiH br. 39/14).

Ukoliko ugovorni organ ne usvoji ovu žalbu, podnosila žalbe zahtjeva da istu u roku od 5 dana proslijedi drugostepenom organu - Uredu za razmatranje žalbi Filijala Mostar, te podnosilac žalbe predlaže da Ured za razmatranje žalbi Filijala Mostar istu usvoji i poništi Tendersku dokumentaciju br. OP 15- EDB/2021 od april 2021. godine, iz razloga što ista nije usklađena s pravilima iz Zakona o javnim nabavkama BiH (SI. Glasnik BiH br. 39/14).

Žalitelj potražuje troškove žalbenog postupka u iznosu od 1.080,00 KM na ime sastava žalbe, prema troškovniku izraženom u ovoj žalbi, i istovremeno, sukladno čl. 108. st. 6. Zakona o javnim nabavkama BiH (SI. Glasnik BiH br. 39/14) potražuje povrat naknade za pokretanje žalbenog postupka, u iznosu kojem odredi drugostepeni organ.

Ugovorno tijelo u svom izjašnjenju, broj: 03-2-63-14748/2021 od 05. 05. 2021. godine navodi kako je žalba dopuštena, blagovremena i izjavljena od ovlaštene osobe, ali je neosnovana, te ističe:

1. Žalbeni navod da Ugovorni organ nije mogao u konkretnom postupku predvidjeti provođenje e-aukcije, odbija se kao **neosnovan.**

Članom 2. stav (3). Pravilnika o uslovima i načinu korištenja e-aukcije (Službeni glasnik BiH" br. 66/16) propisano je da „e-aukcija nije moguća ukoliko su predmet nabavke ugovori o uslugama i ugovori o radovima čiji je predmet intelektualni rad, kao što je projektovanje radova, jer se takve ponude ne mogu rangirati primjenom metoda automatskog elektronskog ocjenjivanja". Dakle, radi se o onim uslugama ili radovima koji podrazumijevaju intelektualni rad, ali se ocjenjivanje tog rada ne može iskazati objektivno, kvantitativno, kroz matematičku formulu, pa s tim u vezi izvodi se zaključak daje kriterij za utvrđivanje da li se na određenu uslugu ili rad može primijeniti e-aukcija upravo autorski rad. Pravilnikom nije propisano za koje usluge se može provoditi e-aukcija, jer većina usluga ima standardizovane modele realizacije i unaprijed utvrđena pravila, gdje je prostor za „kreativni dio" dosta sužen. S tim u vezi, za usluge nadzora može se primijeniti e-aukcija, jer za razliku od usluga projektovanja, gdje je zastupljeniji dio kreativnog/autorskog rada, u uslugama nadzora se najvećim dijelom prati usklađenost radova sa projektnom dokumentacijom, i u slučaju potreba za izmjenama, iste se vrše u skladu sa građevinskim normama, a prije izmjena potrebno je dobiti i saglasnost projektanta na izmjenu projektne dokumentacije.

2. Žalbeni navod žalitelja koji se odnosi na tačku 6.6 podtačka (a) Tenderske dokumentacije, odbija se **kao neosnovan**.

Tačkom 6.6 podtačka (a) Tenderske dokumentacije propisano je da su ponuđači obavezni dostaviti: „Spisak izvršenih najmanje 3 ugovora za period ne duži od tri godine od dana objave obavještenja o nabavci ili od datuma registracije, a koji su u vezi s predmetnom nabavkom, tj. nadzor nad izvođenjem radova na izgradnji/rekonstrukciji elektrodistributivnih objekata (dalekovod 10(20) kV, trafostanica 10(20)/04 kV, niskonaponska mreža), uz **Potvrdu** koju izdaje druga ugovorna strana odnosno naručilac usluga. Potvrda o uredno izvršenim ugovorima obavezno mora sadržavati sljedeće podatke: naziv i sjedište ugovornih organa ili privrednih subjekata; predmet ugovora; vrijednost ugovora; vrijeme i mjesto izvršenja ugovora, navode o uredno izvršenim ugovorima. U slučaju da se takva potvrda iz objektivnih razloga ne može dobiti od ugovorne strane koja nije ugovorni organ, vrijedi izjava privrednog subjekta o uredno izvršenim ugovorima uz predočavanje dokaza o učinjenim pokušajima da se takve potvrde osiguraju. **Napomena:** na spisku izvršenih ugovora se moraju nalaziti i ugovori za koje se dostavljaju potvrde.
Članom 3. stav (1) Zakona propisano je: „Ugovorni organ dužan je da postupa transparentno, da se u postupku javne nabavke prema kandidatima/ponuđačima ponaša jednako i nediskriminirajuće, na način da osigura pravičnu i aktivnu konkurenciju, s ciljem najefikasnijeg korištenja javnih sredstava **u vezi s predmetom nabavke i njegovom svrhom.**
Članom 48. stav (2) i (3) propisano je: „Ako ugovorni organ zahtijeva dokaz o uredno izvršenim ugovorima, taj dokaz podnosi se u formi spiska izvršenih ugovora uz potvrdu koju daje druga ugovorna strana o njihovoj realizaciji. U slučaju da se takva potvrda iz objektivnih razloga ne može

dobiti od ugovorne strane koja nije ugovorni organ, vrijedi izjava privrednog subjekta o uredno izvršenim ugovorima, uz predočavanje dokaza o učinjenim pokušajima da se takve potvrde osiguraju.

Potvrda o uredno izvršenim ugovorima mora sadržavati sljedeće podatke:
a) naziv i sjedište ugovornih strana ili privrednih subjekata;
b) predmet ugovora;
c) vrijednost ugovora;
d) vrijeme i mjesto izvršenja ugovora;
e) navode o uredno izvršenim ugovorima.[11]

Članom 50. stav (1) tačka a) Zakona o javnim nabavkama propisano je: „U postupku javne nabavke usluga ugovorni organ može zahtijevati jedan ili više dokaza o tehničkoj i profesionalnoj sposobnosti kandidata/ponuđača, i to: a) spisak izvršenih ugovora u skladu s članom 48. stav (2) ovog zakona, **a koji su u vezi s predmetnom nabavkom,** za period ne duži od tri godine ili od datuma registracije, odnosno početka poslovanja, ako je kandidat/ponuđač registriran, odnosno počeo s radom prije manje od tri godine.

Žalitelj navodi: *„Žalitelj je mišljenja da je ovakav uslov ocjene tehničke i profesionalne sposobnosti ponuđača protivan odredbama čl. 50. auvezisčl. 48. Zakona o javnim nabavkama BiH (SI. Glasnik BiH br. 39/14) iz razloga što je isti nejasan, jer iz tačke 6.6. tenderske dokumentacije se ne može izvesti jasan zaključak da li ugovorni organ potražuje zasebne Potvrde za svaki individualno određen izvršeni ugovor (od traženih 3 ugovora) ili pak traži jednu potvrdu kojom se dokazuje činjenica da su izvršena 3 ugovora sa spiska izvršenih ugovora, pa kao takav ovaj uslov tenderske dokumentacije je zbunjujući.*"

Ugovorni organ smatra da je uslov ocjene tehničke i profesionalne sposobnosti propisan u skladu sa naprijed navedenim zakonskim odredbama, te je apsolutno nebitno na koji način će ponuđači dostaviti potvrde o uredno izvršenim ugovorima dokle god one ispunjavaju sve uslove, odnosno sadrže sve Zakonom propisane elemente. Dakle ponuđači imaju mogućnost da dostave potvrde "za svaki individualno određen izvršeni ugovor (od traženih 3 ugovora)" ili "jednu potvrdu kojom se dokazuje činjenica da su izvršena 3 ugovora sa spiska izvršenih ugovora." Sasvim je moguća i prihvatljiva situacija da određeni ponuđač u ponudi priloži jednu potvrdu na kojoj se nalaze 3 izvršena ugovora, ukoliko je imao zaključena 3 ugovora sa jednim ugovornim organom, a s druge strane moguće je da ponuđač dostavi više potvrda od više različitih ugovornih organa na kojima će se nalaziti po jedan realiziran ugovor. Svaka situacija je očigledno prihvatljiva. S tim u vezi ne stoje navodi žalitelja da je propisani uslov u tenderskoj dokumentaciji zbunjujuć, s obzirom daje isti u potpunosti propisan u skladu sa zakonskim odredbama.

Žalitelj dalje navodi: *„Također, žalitelj je mišljenja da je tačka 6.6.a) tenderske dokumentacije u suprotnosti sa odredbama čl. 3. st. 1. Zakona o javnim nabavkama BiH (SI. Glasnik BiH br. 39/14) jer ne tretira sve kandidate/ponuđače na jednak način i nediskriminirajuće, budući da ovako postavljenim uslovom ne osigurava pravičnu i aktivnu konkurenciju s ciljem najefikasnijeg korištenja javnih sredstava u vezi s predmetom nabavke i njegovom svrhom. Naime, ugovorni organ, prema mišljenju žalitelja, uslov iz tč. 6.6.a) tenderske dokumentacije nije postavio srazmjerno predmetu nabavke, jer nigdje ne ostavlja mogućnost, niti se iz navedenog uslova može izvesti zaključak o postojanju mogućnosti, da ponuđač dostavi jednu potvrdu o realizaciji jednog ugovora iste ili veće vrijednosti a čiji je predmet nabavke isti ili sličan onom predmetu iz tenderske*

dokumentacije, niti se ostavlja mogućnost dostavljanja više potvrda koji u zbiru mogu biti manje, veće ili iste vrijednosti, a čiji predmet nabavke također isti ili sličan."

Ugovorni organ tenderskom dokumentacijom traži dostavljanje spisaka izvršenih najmanje 3 ugovora neovisno do njihove vrijednosti. Mogućnost traženja dokaza o izvršenju više ugovora je propisana Uputstvom za pripremu modela tenderske dokumentacije i ponuda. Ugovorni organ smatra da upravo nepropisivanjem određene vrijednosti ugovora tretira sve kandidate/ponuđače na jednak način i nediskriminirajuće, jer je istom samo bitno da ponuđači imaju iskustvo u vršenju usluga koje su u vezi sa predmetnom nabavkom, tako daje postavljeni uslov u svakom slučaju srazmjeran predmetnu nabavke, s obzirom da je navedenim Uputstvom postavljeno ograničenje srazmjenosti samo u pogledu činjenice da **Ugovorni organ ne smije zahtjevati** da zbirni iznos ugovora bude viši od procijenjene vrijednosti nabavke.

U daljem teskstu žalitelj navodi: „*Ovako konfuzno postavljenim uslovom iz tč. 6.6.a) tenderske dokumentacije zasigurno ne osigurava pravičnu konkurenciju potencijalnih ponuđača, a istovremeno isključuje svakog potencijalnog ponuđača, koji ispunjava uslove u pogledu tehničke i profesionalne sposobnosti (posjeduje relevantnu naobrazbu, dozvole za vršenje poslova nadzora i si.), iz ovog javnog poziva samo zato što ne posjeduje „(...) a) spisak izvršenih najmanje 3 ugovora za period ne duži od tri godine od dana objave obavještenja o nabavci ili od datuma registracije (..)". Na ovaj način žalitelj se diskriminira i ne omogućava se pravična i aktivna konkurencija jer poslove izgradnje EEO može vršiti samo Ugovorni organ budući da je on, što je opće poznata činjenica, jedino ovlašten za proizvodnju, distribuciju, snadbjevanje, trgovinu i druge djelatnosti u vezi s električnom energijom, pa s tim u vezi, žalitelj kao potencijalni ponuđač na tendersku dokumentaciju do sada nije ni imao prilike da radi iste ili slične poslove. Naime, postavlja se pitanje „ da li će, u konkretnom žalitelj, ikad steći ovakav uslov ukoliko mu se nikad ne pruži prilika za sticanje istog", jer se žalitelj de facto već u postupku preuzimanja tenderske dokumentacije „ isključuje " iz postupka, budući da ne može ispuniti uslov iz čl. 6.6.a) tenderske dokumentacije, a da bi ispunio taj uslov mora vršiti poslove za koje je ugovorni organ isključivo ovlašten (opće poznata činjenica, ovlašten za proizvodnju, distribuciju, snadbjevanje, trgovinu i druge djelatnosti u vezi s električnom energijom), pa ovako postavljen javni poziv po tenderskoj dokumentaciji je, prema mišljenju žalitelja, diskriminirajući na spram njega i ne osigurava mu pravičnu i aktivnu konkurenciju propisanu čl. 3. st. 1. Zakona o javnim nabavkama BiH (SI. Glasnik BiH br. 39/14), što pobijanu dokumentaciju čini neusklađenu s pomenutim zakonom.*"

Svi uslovi koje jedan ugovorni organ propisuje, treba da budu **u vezi sa predmetnom nabavkom.** Predmetna nabavka u konkretnom slučaju podrazumijeva nadzor nad izvođenjem radova na izgradnji/rekonstrukciji elektrodistributivnih objekata (dalekovod 10(20) kV, trafostanica 10(20)/04 kV, niskonaponska mreža). S tim u vezi Ugovorni organ smatra daje navedeni uslov u potpunosti propisan u skladu sa naprijed navedenim članom 50. stav (1) tačka a) Zakona.

Žalitelj navodi da je ugovorni organ "isključivo ovlašten (opće poznata činjenica) za proizvodnju, distribuciju, snabdjevanje, trgovinu i druge djelatnosti u vezi s električnom energijom", što nije tačno, s obzirom da na tržištu električne energije postoji više privrednih subjekata koji su ovlašteni za proizvodnju, distribuciju, snabdjevanje, trgovinu i druge djelatnosti u vezi s električnom energijom, a podatke u vezi sa istim, u skladu sa članom 21. Pravilnika o snabdijevanju kvalifikovanih kupaca električnom energijom i postupku promjene snabdjevača, FERK na svojoj internetskoj stranici objavljuje popis važećih dozvola za snabdijevanje električnom energijom izdatih od FERK-a i dozvola za obavljanje djelatnosti trgovine i snabdijevanja električnom

energijom na teritoriju Bosne i Hercegovine izdatih od DERK-a i RERS-a.

Uzimajući u obzir specifičnost elektrodistributivnih objekata (dalekovod 10(20) kV, trafostanica 10(20)/04 kV, niskonaponska mreža), to je u cjelosti opravdan način na koji je Ugovorni organ postavio uslove koje ponuđači moraju ispuniti.

3. Žalbeni navod koji se odnosi na dokumentaciju koju treba dostaviti grupa ponuđača odbija se kao **neosnovan**.

Tačno je da je u tački 6.8. tenderske dokumentacije navedeno: „U slučaju da ponude dostavlja grupa ponuđača uz ponudu je obavezan dostaviti ugovor o zajedničkom nastupanju (ugovor o konzorciju)", a u tački 6.9. se ne zahtjeva ugovor o konzorciju nego samo **Izjava** da će u slučaju da budu izabrani kao najpovoljniji ponuđač, u roku od 5 dana od dana prijema Odluke o izboru najpovoljnijeg ponuđača, dostaviti originalni primjerak pravnog akta o formiranju (JV) ili konzorcija radi izvršenja predmetnog ugovora. Iz navedenog proizilazi da su ponuđači dužni dostaviti Izjavu o dostavljanju ugovora o konzorciju **(uslov propisan u skladu sa odredbom člana 62. stav (2) Zakona),** ali također je ostavljena mogućnost da ponuđači ugovor mogu dostaviti u sklopu ponude.

Također ugovorni organ ističe da je žalitelj pogrešno izvršio obračun advokatskih troškova, s obzirom da se u postupcima javnih nabavki prilikom obračuna troškova koji pripadaju advokatu za sastav žalbe primjenjuje član 18. stav (2) Tarife o nagradama i naknadi troškova za rad advokata u FBiH, koji propisuje naknadu u neprocjenjivim predmetima u iznosu od 80 bodova. Pa s tim u vezi advokat je mogao u ovom predmetu potraživati troškove samo u iznosu od 240,00 KM (bez PDV-a). (stav Suda BiH, iznesen u Presudi, broj: SI 3 U 032947 19 U od 21.01.2020. godine).

Zbog svega naprijed navedenog svi žalbeni navodi žalitelja d.o.o. „CAZING" Cazin odbijaju kao **neosnovani.**

U skladu s člankom 94. stavak (3) Zakona o javnim nabavama Žalitelj je aktom ovog tijela, broj JN2-03-07-1-1244-4/21 od 10. 05. 2021. godine obaviješten o izjašnjenju Ugovornog tijela, te mu je omogućeno da se očituje o istom.

Uvidom u spis predmeta konstatira se da je žalitelj dostavio odgovor na izjašnjenje ugovornog tijela od 24. 05. 2021. godine u kojem osporava sve navode iz izjašnjenja ugovornog tijela, te ostaje kod prijedloga da se žalba usvoji i poništi tenderska dokumentacija, te dodijele troškovi na ime sastava žalbe po punomoćniku i naknade za pokretanje žalbenog postupka.

Prije nego li se upustilo u meritorno odlučivanje, ovo tijelo je pristupilo provjeri formalnih pretpostavki za ulaganje žalbe koje moraju biti ispunjene na strani žalitelja, kako bi se uopće pristupilo njenom rješavanju, a odnose se na uvjetovane pretpostavke u skladu sa člankom 109., 105. i 108. stavak (3) Zakona o javnim nabavama („Službeni glasnik BiH", br. 39/14; u daljnjem tekstu: ZJN) i utvrdio da su ispunjeni uvjeti za postupanje po istoj na način kako definiraju odredbe navedenih članaka.

Nakon što su prednje pretpostavke preispitane, postupajući po žalbi u žalbenom postupku pred ovim tijelom, izvedeni su dokazi temeljem pregleda dostavljenog materijala, odnosno tenderske dokumentacije, te je izvršena analiza svakog dokaza pojedinačno i u njihovoj međusobnoj vezi, a u odnosu na žalbene navode i propisani zakonski postupak, ovo tijelo je utvrdilo da je potrebno riješiti kao u dispozitivu odluke iz sljedećih razloga:

Žalba je djelomično osnovana.

Razmatrajući prvi žalbeni navod kojim žalitelj osporava tendersku dokumentaciju zbog toga što se na stranici 3/36 navodi namjera provođenja e-aukcije po kriteriju najniža cijena jer se u konkretnom postupku nabave po stavu žalitelja radi o intelektualnom radu, ovo tijelo je izvršilo uvid u osporavanu tendersku dokumentaciju te je utvrdilo da je na stranici 3/36 navedena namjera provođenja e-aukcije, dok je u Obavještenju o nabavci u Odjeljku IV. Postupak pod točkom IV 5. naznačeno da se namjerava koristiti e-aukcija. Daljnjim uvidom u tendersku dokumentaciju, ovo tijelo je utvrdilo su u Obrascu za cijenu ponude – usluge Aneks 3 u opisu usluga prema tehničkim specifikacijama navedena vršenje usluga (8 stavki).

S tim u vezi, ovo tijelo ističe da je postupak i način korištenja e-aukcije propisan Pravilnikom o uvjetima i načinu korištenja e-aukcije („Službeni glasnik BiH", br. 66/16) pa je tako člankom 2. stavak (2) istog propisano da *U slučaju primjene e-aukcije, tenderska dokumentacija mora sadržavati odgovarajuće informacije o procesu e-aukcije i podkriterije koji će biti predmet e-aukcije, pod uvjetom da se ti podkriteriji mogu kvantitativno odrediti i izraziti u brojevima ili procentima, odnosno kroz matematičku formulu, u slučaju primjene kriterija ekonomski najpovoljnija ponuda. U slučaju kriterija ekonomski najpovoljnija ponuda, ocjena ponuda se vrši samo po podkriterijima definiranim u sustavu e-Nabave.* Dalje je stavkom (3) istog članka propisano da *E-aukcija nije moguća ukoliko su predmet nabave ugovori o uslugama i ugovori o radovima čiji je predmet intelektualni rad, kao što je projektiranje radova, jer se takve ponude ne mogu rangirati primjenom metoda automatskog elektronskog ocjenjivanja.*

Iz prednje citiranih odredbi nesporno se dolazi do zaključka da predmet e-aukcije nije moguć u predmetu nabave usluga i ugovora o radovima čiji je predmet intelektualni rad, kao što je projektiranje radova, jer se takve ponude ne mogu rangirati primjenom metoda automatskog elektronskog ocjenjivanja. Prema tome, predmet e-aukcije ne mogu biti one usluge ili radovi koji podrazumijevaju intelektualni rad, ukoliko se ocjenjivanje tog rada može iskazati objektivno, kvantativno, kroz matematičku formulu.

U konkretnom postupku nabave, predmet su usluge nadzora, ne projektiranja, nad gradnjom elektroenergetskih objekata za potrebe ugovornog tijela, što po stavu ovog tijela ne predstavlja intelektualni rad jer se za navedene usluge cijena može odrediti kvantitativno i rangirati primjenom metode automatskog elektronskog ocjenjivanja, pa se pravilnim tumačenjem gore citiranih odredbi dolazi do zaključka da u konkretnom postupku nabave usluga je dozvoljena i moguća e-aukcija na način kako je to ugovorno tijelo propisalo u tenderskoj dokumentaciji, uslijed čega se utvrđuje da je ugovorno tijelo postupilo u skladu sa člankom 53. stavak (1) ZJN na način da je pripremilo tendersku dokumentaciju u ovom dijelu sukladno odredbama ZJN i podzakonskog akta odnosno

Pravilnika o uvjetima i načinu korištenja e-aukcije („Službeni glasnik BiH", br. 66/16) gdje je u tenderskoj dokumentaciji dalo potpune informacije o uvjetima ugovora i postupku dodjele ugovora, a koji su kandidatima/ponuditeljima dovoljni za pripremu zahtjeva za sudjelovanje odnosno ponuda na stvarno konkurentskoj osnovi uz primjenu općih načela iz članka 3. stavak (1) ZJN.

Imajući u vidu navedeno, ovo tijelo utvrđuje da je ovaj žalbeni navod **neosnovan**.

Razmatrajući drugi žalbeni navod kojim žalitelj osporava točku 6.6 tenderske dokumentacije, ovo tijelo je izvršilo uvid u osporavanu tendersku dokumentaciju te je utvrdilo da je točkom 6.6. propisano:

Ocjena tehničke i profesionalne sposobnosti ponuđača će se izvršiti na osnovu sljedećih izjava i dokumenata koje dostavi ponuđači:

a) Spisak izvršenih najmanje 3 ugovora za period ne duži od tri godine od dana objave obavještenja o nabavci ili od datuma registracije, a koji su u vezi s predmetnom nabavkom, tj. nadzor nad izvođenjem radova na izgradnji/rekonstrukciji elektrodistributivnih objekata (dalekovod 10(20) kV, trafostanica 10 (20)/04 kV, niskonaponska mreža), uz Potvrdu koju izdaje druga ugovorna strana odnosno naručitelj usluga. Potvrda o uredno izvršenim ugovorima obavezno mora sadržavati sljedeće podatke: naziv i sjedište ugovornih organa ili privrednih subjekata; predmet ugovora; vrijednost ugovora; vrijeme i mjesto izvršenja ugovora, navode o uredno izvršenim ugovorima. U slučaju da se takva potvrda iz objektivnih razloga ne može dobiti od ugovorne strane koja nije ugovorni organ, vrijedi izjava privrednog subjekta o uredno izvršenim ugovorima uz predočavanje dokaza o učinjenim pokušajima da se takve potvrde osiguraju. Napomena: na spisku izvršenih ugovora se moraju nalaziti i ugovori za koje se dostavljaju potvrde.

b) U cilju ispunjenja ovog uvjeta dostaviti dokaze o stručnoj kvalifikaciji za svaku osobu koja će raditi na pružanju usluga koje su predmet ove nabave (svjedočanstva, uvjerenja nadležnih organa i sl.) i ugovor ili predugovor za angažirane osobe.

Prema tome, ugovorno tijelo je navedenom točkom 6.6. a) tenderske dokumentacije propisalo da ponuđač mora ispunjavati uvjet da ima najmanje tri realizirana ugovora u vezi nadzora nad izvođenjem radova na izgradnji/rekonstrukciji elektrodistributivnih objekata (dalekovod 10(20) kV, trafostanica 10 (20)/04 kV, niskonaponska mreža).

Po stavu ovog vijeća ovakvo postupanje ugovornog tijela nije u skladu sa ZJN, odnosno tenderska dokumentacija u ovom dijelu nije u skladu sa ZJN, obzirom da ovako postavljeni zahtjev ograničava stvarnu konkurenciju na što opravdano ukazuje žalitelj.

Naime, odredbom članka 44. stavak (2) ZJN propisano je da ugovorni tijelo u tenderskoj dokumentaciji definira uvjete za kvalifikaciju na način da utvrdi minimum zahtjeva za kvalifikaciju kandidata/ponuđača u pogledu njihove osobne sposobnosti, ekonomskog i financijskog stanja, te njihove tehničke i/ili profesionalne sposobnosti, dok je stavkom (3) istog članka propisano da minimum kvalifikacionih uvjeta koje ugovorno tijelo odredi za kandidate/ponuđače, kao i dokumenti koji su potrebni za njihovo dokazivanje obavezno treba da budu razmjerni predmetu

javne nabavke i u skladu s njim. Postavljeni uvjeti ne smiju imati ograničavajući karakter na konkurenciju i moraju biti jasni i precizni. Odredbom članka 53. ZJN propisano je da je ugovorno tijelo dužno pripremiti tendersku dokumentaciju u skladu sa odredbama ovog zakona i podzakonskim aktima i da u tenderskoj dokumentaciji daju potpune informacije o uvjetima ugovora i postupku dodjele ugovora, koji su kandidatima/ponuđačima dovoljni za pripremu zahtjeva za sudjelovanje, odnosno ponuda na stvarno konkurentskoj osnovi. U skladu sa navedenim, zahtjevi ugovornog tijela iz tenderske dokumentacije nisu usklađeni sa zakonom, što ugrožava temeljna načela postupka i zbog čega je ovo vijeće u potpunosti prihvatilo žalbeni navod žalitelja.

Imajući u vidu navedeno, ovo tijelo utvrđuje da je ovaj žalbeni navod **osnovan**.

Razmatrajući treći žalbeni navod kojim žalitelj osporava točku 6.8 tenderske dokumentacije, ovo tijelo je izvršilo uvid u osporavanu tendersku dokumentaciju te je utvrdilo da je točkom 6.8., između ostalog, propisano: *...U slučaju da ponude dostavlja grupa ponuđača uz ponudu je obavezan dostaviti ugovor o zajedničkom nastupanju (ugovor o konzorciju)....Ponuda će biti odbijena u slučaju da ponuđač propusti da dostavi sve materijalne dokaze i dokumentaciju zahtijevanu tenderskom dokumentacijom ili dostavi pogrešne informacije.*

Točkom 6.9 tenderske dokumentacije propisano je *U slučaju zajedničkog poduzetništva (JV) ili konzorcija, broj partnera nije ograniče i ne traži se da oni osnuju novo pravno lice kako bi dostavili zahtjev, ali se traži da dostave Izjavu da će u slučaju, da budu izabrani kao najpovoljniji ponuđač, u roku od 5 dana od dana prijema Odluke o izboru najpovoljnijeg ponuđača, dostaviti originalni primjerak pravnog akta o formiranju (JV) ili konzorcija radi izvršenja predmetnog ugovora....*

Daljnjim uvidom u predmetnu tendersku dokumentaciju, ovo tijelo je utvrdilo da je točkom 5.6, između ostalog, propisano *Osim toga, u slučaju da ponude dostavljaju grupe ponuđača, uz ponudu se mora dostaviti i punomoć kojom se navedena lica ovlašćuju da predstavljaju grupu ponuđača u toku postupka nabavke (punomoć može sadržavati i ovlaštenje za potpisivanje ugovora).*, dok je točkom 5.7. propisano što sve treba sadržavati ponuda, pa između ostalog izjave i potvrde kojima ponuđač dokazuje tehničku i profesionalnu sposobnost.

Odredbom članka 62. stavak (2) ZJN *Ugovorno tijelo ne može zahtijevati da skupina kandidata/ponuditelja osnuje novu pravnu osobu kako bi dostavila zahtjev ili ponudu, ali može poslije izbora zahtijevati od skupine ponuditelja određeni pravni oblik u mjeri u kojoj je to potrebno za zadovoljavajuću provedbu ugovora. Skupina kandidata/ponuditelja dužna je dostaviti podatke koje ugovorno tijelo zahtijeva u tenderskoj dokumentaciji*, dok je odredbom članka 48. stavak (7) ZJN propisano *Ako ugovorno tijelo zahtijeva jedan ili više dokumenata kojima kandidat/ponuditelj dokazuje tehničku i profesionalnu sposobnost, dužno je u tenderskoj dokumentaciji jasno i precizno utvrditi te zahtjeve.*

U kontekstu žalbenog navoda i utvrđenog činjeničnog stanja, ovo tijelo zaključuje da je ugovorno tijelo točkom 6.8. tenderske dokumentacije tražilo da grupa ponuđača u slučaju dostave ponude obavezno mora dostaviti ugovor o zajedničkom nastupanju odnosno ugovor o konzorciju,

a ako isti ne dostaviti ponuda će biti odbijena iz čega se nesporno zaključuje da je ugovorno tijelo tražilo od grupe ponuditelja da osnuju novu pravnu osobu kako bi dostavili ponudu što je u suprotnosti sa odredbom članka 62. stavak (2) ZJN, dok je točkom 6.9. tenderske dokumentacije tražilo da grupa ponuđača dostavi Izjavu ukoliko budu izabrani kao najpovoljniji ponuđač ima obavezu dostaviti originalni primjerak pravnog akta o formiranju (JV) ili konzorcija radi izvršenja predmetnog ugovora. Prema tome, u ovom dijelu tenderska dokumentacija nije pripremljena sukladno odredbama ZJN i podzakonskim aktima jer ne daje potpune informacije o uvjetima ugovora i postupku dodjele ugovora, a koji su kandidatima/ponuditeljima dovoljni za pripremu zahtjeva za sudjelovanje odnosno ponuda na stvarno konkurentskoj osnovi (članak 53. stavak (1) ZJN) odnosno ista je dvosmislena i kontradiktorna te ugovorno tijelo ne postupa transparentno niti jednako i nediskriminirajuće prema ponuditeljima na način da osigura pravičnu i aktivnu konkurenciju, u cilju najučinkovitijeg korištenja javnih sredstava u vezi s predmetnom nabave i njegovom svrhom (članak 3. stavak (1) ZJN).

Imajući u vidu sve navedeno, ovo tijelo utvrđuje da je žalbeni navod **osnovan**.

Žalitelj je shodno odredbama članka 12., 18. stavak 6. i 33. Tarife o nagradama i naknadi za rad odvjetnika F BiH podnio zahtjev za nadoknadu troškova sastava žalbe u ukupnom iznosu od 1.080,00 KM.

Odlučujući o troškovima postupka, i imajući u vidu djelomičnu osnovanost žalbe, ovo tijelo ističe kako je člankom 105. stavak (2) ZUP-a propisano da kad u postupku sudjeluju dvije ili više stranaka sa suprotnim interesima, stranka koja je izazvala postupak, a na čiju je štetu postupak okončan, dužna je protivnoj stranci nadoknaditi opravdane troškove koji su toj stranci nastali sudjelovanjem u postupku zbog čega ovo tijelo obvezuje ugovorno tijelo da žalitelju zastupanom po punomoćniku odvjetniku isplati iznos kao u točci 4. dispozitiva ovog rješenja.

Prilikom odlučivanja o zahtjevu punomoćnika žalitelja za naknadnom troškova sastava žalbe, a imajući u vidu da je žalba žalitelja usvojena kao djelomično osnovana, ovo tijelo je primijenilo članak 18. stavak (2) Tarife o nagradama i naknadi troškova za rad odvjetnika u Federaciji Bosne i Hercegovine) („Službene novine FBiH“, br. 22/04 i 24/04) koji propisuje naknadu za podneske kojima se pokreće upravni postupak, podneske sa činjeničnim navodima i obrazložene prijedloge u neprocjenjivim predmetima, nagrada iznosi 80 bodova i članka 33. Tarife o nagradama i naknadi troškova za rad odvjetnika u F BiH po kojem vrijednost boda iznosi 3 KM, što ukupno iznosi 240,00 KM (80 bodova x 3 KM). Kako punomoćnik žalitelja nije dostavio uvjerenje da je isti u sustavu PDV-a, to istom ne pripada naknada na iznos ime PDV-a, što ukupno iznosi 240,00 KM, dok se u preostalom dijelu postavljeni zahtjev žalitelja odbija kao neosnovan. Ovo je tijelo odlučilo tako u skladu sa stavom Suda BiH iznesenim u Presudi broj S1 3 U 023495 16 U od 16. 03. 2018. godine, a potvrđenim u Presudi apelacionog upravnog vijeća Suda BiH broj S1 3 U 023495 18 Uvp.

Povrat uplaćenih sredstava na ime naknade žalbenog postupka u iznosu od 2.000,00 KM izvršit će se posebnim aktom, a u skladu sa člankom 108. stavak (7) Zakona o javnim nabavama i člankom 4. Instrukcije o načinu uplate, kontrole i povrata naknada propisanih člankom 108. Zakona o javnim nabavama ("Službeni glasnik BiH" broj: 86/14).

Na osnovu činjenica utvrđenih u postupku i provedenih dokaza, shodno članku 104. i 111. stavak (1) točka d) Zakona o javnim nabavama ovo tijelo riješilo je žalbu, kao u dispozitivu ovog rješenja.

Pouka o pravnom lijeku:

Ovo rješenje je konačno i izvršno. Protiv ovog rješenja može se podnijeti tužba u upravnom sporu pred Sudom Bosne i Hercegovine u roku od 30 dana od dana prijema rješenja. Taksa na tužbu iznosi 100,00 KM.

PREDSJEDNIK VIJEĆA
mr.sci.iur. Amar Hadžiomerović

Dostaviti:
- CAZING d.o.o. Cazin,
  zastupan po punomoćniku Kenan Hadžalić, odvjetniku iz Cazina,
  ul. Bošnjačkih šehida bb, 77220 Cazin
- JP Elektroprivreda BiH d.d. Sarajevo, Podružnica Elektrodistribucija Bihać
  Bosanska 25, 77000 Bihać
- evidencija
- a/a