03 -08- 2021

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

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ
ФИЛИЈАЛА БАЊА ЛУКА

BOSNIA AND HERZEGOVINA
PROCUREMENT REVIEW BODY
BRANCH OFFICE BANJA LUKA

Број: ЈН2-02-07-1-2686-13/19
Бања Лука, 29.07.2021.године

Канцеларија за разматрање жалби, Филијала Бања Лука, рјешавајући по жалби понуђача, Лала и Лађо д.о.о. Бијељина, бр - од 25.10.2019.године, заступан по адвокату Грозди Ђукић из Бијељине, изјављене на текст Тендерске документације, бр.01/2/22-54-1/19 од 24.09.2019.године, уговорног органа, Република Српска, Угоститељски сервис Владе Републике Српске, у поступку јавне набавке „пића и сродни производи (алкохолна и безалкохолна пића и топли напитци) “, на основу члана 111. став (1) тачка д.) Закона о јавним набавкама ("Сл.гласник БиХ", број:39/14) и члана 230. Закона о управном поступку ("Сл.гласник БиХ",број: 29/02, 12/04, 88/07, 93/09 и 41/13), у поновљеном поступку по Пресуди Суда БиХ С1 3 У 034475 20 У од 07.06.2021.године, на сједници вијећа , одржаној дана 29.07.2021.године, донесено је:

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. **Жалба** понуђача, Лала и Лађо д.о.о. Бијељина бр. - од 25.10.2019.године, изјављена на текст Тендерске документације, уговорног органа, Република Српска, Угоститељски сервис Владе Републике Српске, број 01/2/22-54-1/19 од 24.09.2019. године, **с е у с в а ј а.**
2. **Поништава се Тендерска документација**, бр. 01/2/22-54-1/19 од 24.09.2019.године, уговорног органа, Република Српска, Угоститељски сервис Владе Републике Српске, у цијелости и предмет враћа уговорном органу на поновни поступак.
3. Усваја се захтјев жалиоца за повратак накнаде трошкова покретања жалбеног поступка у износу од 2.000,00 КМ.

О Б Р А З Л О Ж Е Њ Е

Уговорни орган, (у даљем тексту Уговорни орган) је објавила Обавјештење о набавци на порталу јавних набавки под бројем 22766-1-1-47-3-18/19 од 24.09.2019.г.у отвореном поступку јавних набавки „ пића и сродни производи (алкохолна и безалкохолна пића и топли напитци) “, према тендерској документацији, бр. 01/2/22-54-1/19 од 24.09.2019.године, на који жалилац улаже жалбу.

У жалби жалиоца се истиче:

Након увида у ТД-у, уочио је да није у складу са позитивним прописима, те сада у својству жалиоца, заступан по пуномоћнику, адвокату Грозди Ђукић, улаже жалбу на тендерску документацију и наводи сљедеће:

Члан 3 став (1) ЗЈН-а БиХ гласи: „Уговорни орган дужан је да поступа транспарентно, да се у поступку јавне набавке према кандидатима/понуђачима понаша једнако и недискриминирајуће, на начин да осигура правичну и активну конкуренцију, с циљем најефикаснијег коришћења јавних средстава у вези с предметом набавке и његовом сврхом.“

Међутим, Уговорни орган поступајући супротно цитираном, основном принципу ЗЈН-а, са очигледном намјером да остале потенцијалне понуђаче елиминише из поступка, накнадно поставио такву, првенствено беспредметну измјену, коју у односу са осталим постављеним захтјевима може испунити искључиво један понуђач.

Наиме, предметни поступак јавне набавке објављен ие 24.09.2019. године. Понуђач, сада жалилац, након извршеног увида у захтјеве постављене изворном тендерском документацијом, конкретно, захтјев који се односи на техничку и професионалну способност, сматравши да исти, уз указивање уговорном органу на одређене законске пропусте може и испунити, то управо у циљу отклањања наведеног, те и низа других неправилности и пропуста, уговорном органу, путем портала јавних набавки и упутио захтјев за појашњење.

Пропуст, који Уговорни орган у наставку поступка, прихвата као такав и поставља измјену захтјева, односио се на то да је исти захтјевао да потврде којим се доказује реализација Уговора, уз наводе о предмету набавке, садрже и називе испоручиваних роба, што свакако није у складу са законом.

Међутим, оно што је спорно јесте да је Уговорни орган, након поновног обраћања истом, а све у циљу отклањања накнадно уочених, могућих нејасноћа до којих би приликом прегледа и оцјене понуда, па и током реализаиције уговора могло доћи, исправком постављеном дана 17.10.2019. године, прихватајући неопходне измјене, самоиницијативно, проширује и захтјеве везане за техничку и професионалну способност, додавањем захтјева који. како смо истакли, већина понуђача не може испунити. Наиме, спорна је сљедећа измјена, односно захтјев:

"...в) као доказ о испуњавању наведеног услова понуђач је дужан уз понуду доставити важећи ХАСАП цертификат за дистрибуцију, који обухвата сљедеће подручје - дистрибуцију пића и напитака или еквивалентан цертификат са доказом од стране понуђача о еквивалентности истог.ХАСАП цертификат мора да гласи на понуђача или члана групе понуђача.

г) као доказ о испуњењу наведеног услова понуђач је дужан уз понуду доставити важећи ИСО 9001:2015 цертификат за дистрибуцију, који обухвата сљедеће подручје-дистрибуцију пића и напитке или еквивалентни цертификат са доказом од стране понуђача о еквивалентности истог.ИСО 9001:2015 цертификат мора да гласи на понуђача или члана групе понуђача...."

Као доказ предлажемо увид у Тендерску документацију предметног поступака, као и њене накнадне измјене, те у прилогу достављамо Извјештај о питањима и одговорима у вези са Тендерском документацијом. Доказ 1

Имјући у виду наведено, односно да је поступак постављањем цитираног захтјева знатно отежан, то полазећи од тога у којој фази је конкретно предметни поступак јавне набавке, да су поједини понуђачи, сматрајући да испуњавају досадашње услове за учешће у предметном поступку, привели крају припрему својих понуда у складу са истима, овакво поступање Уговорног органа не може дефинисати као једнако и недискриминирајуће понашање према свим понуђачим, а што представља његову Законску обавезу.

Уговорни орган, свакако и несумњиво има право на измјену тендерске документације у Законом остављеним роковима, међутим наведено право не значи да исти, истовремено нема и обавезу да води рачуна о томе да измјена тендерске документације не буде таква да може проширити, а поготово сузити круг понуђача који могу имати интереса да се пријаве.

Жалилац је, посљедњим захтјевом за појашњење указао уговорном органу на кршење основног принципа, међутим, задржавши наведену измјену, исти није уважио.

С обзиром на горе изнесено, жалилац сматра да се поступак јавне набавке мора обуставити у складу са чланом 110. Закона о јавним набавкама БиХ, те да уговорни орган треба усвојити предметну жалбу и тендерску документацију вратити у пређашње стање, уредити у складу са законским одредбама у области јавних набавки, те жалиоцу надокнадити трошкове састава жалбе у износу од 526,50 КМ.

Уколико уговорни орган не усвоји ову жалбу, предлажемо да поступи у складу са одредбама члана 100. став (5) Закона о јавним набавкам БиХ, те исту проследи Уреду за разматрање жалби на поступање.

ТРОШКОВНИК: Накнада за састав жалбе у износу од 562,50 КМ У складу са Тарифним бројем 3. и 12 Адвокатске тарифе АК РС. Такса у жалбеном поступку у висини коју одреди УРЖ.

На изнешену жалбу , Уговорни орган је доставио изјашњење по истој са комплетном документацијом заведено под бројем 01/2/22-54-7/19 од 29.10.2019. године, а запримљена код овога органа и заведена под бр. ЈН2-02-07-1-2686/19 од 29.10.2019.године.

У Изјашњењу се истиче

. Уговорни орган поступајући по жалби је утврдио да је благовремена, допуштена и изјављена од овлаштеног лица, али је неоснована, те се иста у складу са чланом 100. став 5. Закона о јавним набавкама прослеђује КРЖ-у на даљи поступак.

У својој Жалби жалитељ истиче да ТД није у складу са позитивним прописима. Наиме истиче да је уговорни орган условима постављеним у ТД онемогућио потенцијалне понуђаче да учествују у поступку, јер исте по његовом мишљењу може испунити само један понуђач. Жалба је неоснована.

Отворени поступак за набавку робе „алкохолна и безалкохолна пића и топли напици" за потребе Угоститељског сервиса Владе Републике Српске, објављен је на Порталу јавних набавки БиХ, путем Обавјештења о набавци број: 22766-1-1-47-3-18/19 дана 24.09.2019. године. Жалитељ је у више наврата тражио појашњење и исправке ТД. Након последњег захтјева жалитеља од 15.10.2019.године, уговорни орган је користећи своје право на измјену ТД утврђено ЗЈН, а са циљем да добије поузданог добављача измјенио ТД дана 17.10.2019. године и исту објавио на Порталу ЈН. Даље истичемо да нико од потенцијалних понуђача није имао примједбе на ТД и услове постављене у истој, осим жалитеља који се све више препознаје као „професионални Жалитељ" и који сталним примједбама на ТД покушава да исту прилагоди искључиво себи, што је видљиво из самих жалбених навода гдје се истиче да „ Уговорни орган самоиницијативно проширује захтјеве везане за техничку и професионалну способност". Уговорни орган није прекршио нити једну одредбу Закона о јавним набавкама јер је исти услов поставио за све потенцијалне понуђаче. Очито је да жалитељ сматра да он треба да припрема ТД уговорном органу и поставља услове онако како је у његовом интересу.

Стога се намеће закључак да се овдје ради о опструкцији овог поступка и поступања уговорног органа, јер очигледно жалитељ не испуњава услове из ТД, али истовремено покушава да отежа уговорном органу окончање поступка, а знајући притом да се ради о јавној набавци робе која је неопходна за обављање редовне дјелатности уговорног органа.

Поступајући у складу са одредбом члана 110. Закона, а након изјављене жалбе руководилац уговорног органа је донио Рјешење којим се прекида поступак јавне набавке робе „Алкохолна и безалкохолна пића и топли напици, за РЈ Бања Лука", (обавјештење број:22766-1-1-473-3- 18/19 од 24.09.2019.године), до доношења Одлуке КРЖ Филијала Бања Лука. О прекиду поступка обавјештени су сви потенцијални понуђачи.

Из напријед наведених разлога предлажемо да Канцеларија након утврђивања релевантних чињеница одбије жалбу као неосновану.

Овај орган је по службеној дужности, прије разматрања жалбе утврђивао допуштеност, благовременост, те да ли је жалба изјављена од овлаштене особе сходно члану 109. став (1.)

Закона о јавним набавкама и члану 227. став (1.) Закона о управном поступку. Поред наведеног, овај орган је, прије разматрања жалбе утврђивао испуњеност услова у смису одредбе члана 105. и члана 108. став (3.) Закона о јавним набавкама и утврдио да су испуњени услови за поступање по истој на начин како дефинишу одредбе наведених чланова Закона.

Жалба је основана

Разматрајући све горе наведено, следећи хронолошки догађај и утврђујући чињенице повреде поступка , КРЖ је установио да наводи жалбе у дијелу који се односи на повреду материјалног права , су дјелимично тачни .

У поновљеном поступку по пресуди Суда БиХ, у преамбули цитираној, овај орган је поступајући по истој, користећи препоруке и сугестије суда мишљења да је овако постављен тендерски документат, обзиром да је више пута мијењан, могао довести понуђаче у заблуду и неравноправан положај, те да врста и предмет јавне набавке нису такве природе да се оспорени дио накнадног додавања у смислу испуњавања услова квалификација понуде не може сматрати сразмјерним предмету јавне набавке, те да због других тачака ТД-а у којима је првобитним формом ТД-ом и новом допуном могло доћи до колизије истих тачака , те да би поступак у таквој ситуацији био објективно непроводив, овај орган је и даљњег мишљења да је како у предходном поступку тако и у овом поновљеном, морало доћи до поништавања цјелокупне ТД-е.

Дакле, опреза ради, овај орган нема мандат да сасатавља и прави ТД-у уговорном органу али је дужан да га по жалбеним наводима као и по службеној дужности упозорава и исправља својим рјешењем пропусте истог које је учинио у току вођења поступка јавне набавке, те да му даје смјернице да поступак доведе до краја у складу са законским и подзаконским одредбама.

Стога овај орган у цијелости цитира предходно образложење рјешења како гласи: !Према првом жалбеном наводу, овај орган је извршио увид у ТД-у као и извршених измјена ТД-е, те установио да постављени услови везани за оцјену техничке и професионалне способности понуђача , није постављена у складу са законским и подзаконским одредбама. Није спорно законско овлаштење да уговорни орган може провјерити и оцјенити кандидата/понуђача, на основу постављених услова у ТД-у, да ли је исто способан и поуздан понуђач да изврши уговор, али само тако што ће поставити минимум квалификационих услова који ће бити сразмјерни предмету јавне набавке и у складу са њим. Постављени услови не смију имати ограничавајући карактер на конкуренцију и морају бити јасни и прецизни. Такво дискреционо право уговорног органа је садржано у члану 44. ЗЈН-а.

Чланом 3. Упутства за припрему модела тендерске документације и понуда („Сл. гласник БиХ“ бр.90/14 и 20/15) у ставу (2.) тачка д.) подтачка 13.) каже се: „ако је у техничкој спецификацији кориштен израз „или еквивалент“ обавезно описати начин на који ће понуђачи који понуде „еквивалент“ доказати да се ради о еквиваленту“.

Дакле, овде се поставља питање да ли је постављени услов „в) као доказ о испуњавању наведеног услова понуђач је дужан уз понуду доставити важећи ХАСАП цертификат за дистрибуцију, који обухвата сљедеће подручје - дистрибуцију пића и напитака или еквивалентан цертификат са доказом од стране понуђача о еквивалентности истог.ХАСАП цертификат мора да гласи на понуђача или члана групе понуђача“ сразмјеран предмету набавке, односно описан начин на који ће понуђачи који понуде еквивалент моћи доказати да се ради о еквиваленту. Из горе наведеног се може закључити да услови у ТД-у нису постављени у складу са законским и подзаконским одредбама, које су горе наведене.

Исто тумачење се може поставити и за други жалбени навод у смислу еквивалента како је дефинисан а да је постављени стандард у складу са предметом јавне набавке, односно да је сразмјеран предмету јавне набавке јер је ИСО 9001:2015 стандард који говори о општим условима, начину организовања, квалитета рада понуђача, те да истим није сужена конкуренција понуђача“.

Жалилац истиче да је поступак у поодмаклој фази те да је при истеку рока за достављање жалби, те да су се потенцијални понуђачи финансијски изложили трошковима те да је то разлог за не поништавање цијеког ТД-а већ само једног оспореног дијела, овај орган је мишљења да услов поништавања ТД-а како дјелимично тако и у цјелини не може бити основ утрошених средстава за припрему понуде већ искључиво неусклађеност ТД-а са законским и подзаконским актима или несразмјерно постављени услов квалификација понуде.

У конкретном случају, основ за поништење ТД-а у цјелости је и један и други горе наведен а управо због колизије тачака ТД-а које би биле поништене и оних које би остале на снази, могло би довести понуђаче у положај непотребног финансијског излагања, да је поступак био настављен како то жалилац истиче.

Како су жалбени наводи дјелимично основани, овај орган је поништио оспорену тендерску документацију, предмет вратио на поновни поступак уговорном органу , те дао одређене смјернице у дијелу где су направљени пропусти како би исте исправио и поступак довео до краја у складу са законским одредбама.

Повратуплаћених средстава у износу од 2.000,00 КМ, биће извршено у складу са чланом 108. став 7. Закона о јавним набавкама БиХ („Службени гласник БиХ“ бр. 39/14 од 19.05.2014. године) и чланом 4. Инструкције о начину уплате , контроле и повратанакнада прописаних чланом 108. Закона о јавним набавкама.

Накнада трошкова за правно заступање је умањена од траженог захтјева јер је иста погрешно обрачуната у смислу тарифног броја 3. по којем истом припада 150 бодова, те увећење за 50% односно 75 бодова и увећање од 25% према тарифи бр.12. што износи 37,5 бодова, односно укупно 262,5 бода а што у новчаном износу значи 525,00 КМ, је такође по наведеном образцу реализована у предходном рјешењу јер се ради о истој жалби у оба поступка.

Сљедом горе наведеног чињеничног стања, КРЖ је у смислу тог донио рјешење као у диспозитиву истог.

Поука о правном лијеку

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
Ервин Бибановић, дипл.правник

Достављено:

- Уговорном органу
- жалиоцу
-а/а-евиденција

