05 -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: ЈН2-02-07-1-2008-6/21
Бања Лука, 05.08.2021.године

Канцеларија за разматрање жалби, Филијала Бања Лука, рјешавајући по жалби понуђача, Новотекс д.о.о. Бања Лука, бр.- од 14.05.2021.године, заступан по адвокату Стојану Вукајловићу из Бања Луке, изјављене на Тендерску документацију, бр. 042-1233/21 од 15.04.2021.године, уговорног органа, ЈП Аквана д.о.о. Бања Лука, у поступку јавне набавке, „сукцесивна набавка алкохолних и безалкохолних пића за угоститељство“, 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), на сједници вијећа , одржаној дана 05.08.2021.године, донесено је:

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. **Жалба** понуђача, Новотекс д.о.о. Бања Лука бр.- од 14.05.2021.године, изјављена на Тендерску документацију, бр. 042-1233/21 од 15.04.2021.године уговорног органа, ЈП Аквана д.о.о., Бања Лука, **с е у с в а ј а.**
2. **Поништава се** Тендерска документација, бр. 042-1233/21 од 15.04.2021.године и све радње проистекле из њега, уговорног органа, у цијелости, предмет се враћа уговорном органу на поновни поступак.
3. **Усваја се** захтјев жалиоца за повраћај 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, ЈП Аквана д.о.о. Бања Лука (удаљем тексту Уговорни орган) је објавила Обавјештење о набавци на порталу јавних набавки под бројем 813-1-1-18-3-4/21 од 19.04.2021.г.у отвореном поступку јавних набавки „сукцесивна набавка алкохолних и безалкохолних пића за угоститељство “, према тендерској документацији, бр. 042-1233 од 15.04.2021.г., расписан на основу Одлуке о покретању поступка јавне набавке .

Након горе проведене процедуре, оспореног закључка, у поновљеном поступку по рјешењу КРЖ, уговорни орган одбија жалбу као неосновану:

У жалби жалиоца се истиче:

У складу са чланом 101. став 1. тачка б) Закона о јавним набавкама БиХ (ЗЈН), а обзиром на датум преузимања (06.05.2021.г), жалитељ благовремено улаже жалбу на предметну тендерску документацију (ТД).

Жалба се улаже из сљедећих разлога:

1. У тачки 27. ТД -Гаранција за уредно извршење уговора у ставу (2) одређено је да гаранција за добро извршење уговора у износу од 10% од вриједности уговора мора да гласи на рок извршења уговора увећан за 30 дана. Имајући у виду да је гаранција за извршење уговора, гаранција у случају да понуђач којем је додјељен уговор не извршава своје обавезе из уговора или их неуредно извршава, рок важења гаранције може да се односи искључиво на рок извршења уговора, односно на период важења уговора унутар којег се може десити да понуђач којем је додјељен уговор неизвршава своје обавезе или их не извршава уредно. Додатни период од 30 дана на рок извршења уговора, уговорни орган је одредио без правног основа, не водећи рачуна да су понуђачи због тога непотребно изложени додатним трошковима приликом прибављања гаранције за извршење уговора.

2. У тачки 33. ТД - Преференцијални третман, уговорни орган је одредио да ће примјењивати преференцијални третман домаћег у складу са неважећом Одлуком Вијећа министара БиХ о обавезном кориштењу преференцијалног третмана домаћег („Сл.гласник БиХ бр. 83/16). Наиме, примјена преференцијалног третмана домаћег, сходно члану 67. Закона о јавним набавкама, у поступцима јавних набавки чија су обавјештења о набавци објављена у периоду од 01.06.2020. године до 01.06.2021. године, а у које спада и предметна јавна набавка, примјењује се као важећа Одлука о обавезној примјени преферрнцијалног третмана домаћег, број 89/2020, коју је Вијеће министара БиХ донијело 29.маја 2020. године и која је објављена у Службеном гласнику бр.34/20.

Имајући у виду наведено, жалитељ предлаже да уговорни орган, након разматрања жалбених навода, исте уважи, те да у том смислу изврши одговарајуће измјене и допуне тендерске документације, а које се у нарави односе на , корекцију периода важења гаранције за добро извршење уговора и усклађивања примјене преференцијалногтретмана домаћег са важећом одлуком Вијећа министара БиХ.

У противном, жалитељ захтијева да уговорни орган у прописаном року прослиједи жалбу надлежној Канцеларији за рјешавање жалби.

Жалитељ тражи накнаду трошкова поступка која се односи на састав жалбе по адвокату према приложеном трошковнику.

Жалитељ тражи и повратт евентуално уплаћене накнаде за рјешавање жалбе.

Трошковник

- Састав Жалбе 150 бодова x 2,00 КМ (300,00КМ)
- Паушал 25% 37,50 бодова x 2,00КМ (75,00КМ) 50% увећано за састав правног лијека
- ПДВ (17%) (95,63КМ)
- Укупно ---------- 658,13КМ
- Трошкови таксе по одлуци

На изнешену жалбу , Уговорни орган је доставио изјашњење по истој са комплетном документацијом заведено под бројем 042-2465/21 од 21.07.2021. године, а запримљена код овога органа и заведена под бр. ЈН2-02-07-1-2008/21 од 23.07.2021.године.

У Изјашњењу се истиче :

Поступајући по Рјешењу Канцеларије за разматрање жалби број: ЈН2-02-07-1 -1459-6/21, од 08.07.2021, године, очитујемо се по жалбеним наводима из жалбе на тендерску документацију.

Наиме, ЈП „AQUANA“ д.о.о. Бања Лука (у даљем тексту: уговорни орган) је дана 14.05.2021. године, запримио жалбу понуђача „НОВОТЕКС“ д.о.о. Бања Лука, заступано по адвокату Стојану Р. Вукајловићу, која је уложена на тендерску документацију Уговорног органа бр. 042-1233/21 од 15.04.2021. године у поступку јавне набавке „Сукцесивна набавка алкохолних и безалкохолних пића за угоститељство", Обавјештење о набавци бр. 813-1-1-18-3-4/21 од 19.04.2021. године, објављено на порталу јавних набавки „Е-набавка" дана 19.04.2021. године.

Уговорни орган је утврдио да је жалба правовремена, допуштена и уложена од овлаштене особе, те у складу са одредбом члана 100. став 5. Закона о јавним набавкама (Сл. гласник БиХ бр. 39/14) даје изјашњење о наводима жалбе како слиједи:

1. Жалилац истиче како је додатни период од 30 дана на рок извршења уговора, уговорни орган одредио без правног основа, не водећи рачуна да су понуђачи због тога непотребно изложени додатним трошковима, приликом прибављања гаранције за извршење уговора.

Уговорни орган сматра да су истканути наводи у цијелости неосновани из слиједећих разлога.

Уговорни орган је у тачки 27. ТД, навео да су понуђачи обавезни доставити у оригиналу гаранцију за извршење уговора, те у вези са тим најуспјешнији понуђач дужан је да као предуслов за потписивње ступања на снагу уговора о јавној набавци као и осигурање извршења уговорених обавеза поднесе безусловну банкарску гаранцију за добро извршење уговора у обрасцу прописаном Правилником о форми гаранције за озбиљност понуде и извршење уговора (у даљем тексту Правилник) или потписане мјенице или потписаног и овјереног налога на износ траженог процента од вриједности уговора.

Чланом 6. ставом 4) Правилника прописано је уколико уговорни орган није у тендерској документацији прецизно навео који облик гаранције за уредно извршење уговора захтјева, понуђач има право изабрати један од облика гаранције утврђен у ставу (3).

Дакле, из тендерске документације јасно произилази да је уговорни орган у складу са Правилником оставио могућност изабраном понуђачу да изабере један од облика гаранције, те ни на који начин понуђаче није изложио додатним трошковима.

У сваком случају у тендерској документацији стоји „Гаранција за извршење уговора износи 10% од вриједности уговора са ПДВ-ом и мора да гласи на рок извршења уговора увећан за 30 дана, а што ће детаљније бити прецизирано у уговору.

Уколико је жалитељ евентуално имао било какве недоумице по овом питању, свакако је могао упутити упит Уговорном органу. Уговорни орган сматра да је овај жалбени навод жалиоца преурањен и у цијелости неоснован.

2. Жалилац даље наводи да је уговорни орган одредио да ће примјењивати преференцијални третман домаћег у складу са неважећом Одлуком Вијећа министара БиХ о обавезном коришћењу преференцијалног третмана домаћег (Сл. Гл. БиХ б.р 83/16).

Наиме, из тедерске документације јасно се види да је ријеч о техничкој грешци, односно да је уговорни орган у свему примјенио Одлуку Вијећа министара БиХ број. 34/20 ; али да је омашком погрешно назначио број Службеног гласника.

Уговорни орган сматра да је жалилац могао евенутално упути упит Уговорном органу, те тражити појашњење уколико је сматрао да постоје одређене нејасноће у погледу примјене Одлуке Вијећа министара БиХ, а што жалилац није учинио.

Стога Уговорни орган сматра да је и овај жалбени навод жалиоца у цијелости неоснован.

Уговорни орган оспорава и основ и висину трошкова жалбеног поступка.

Имајући у виду наведено уговорни орган даје изјашњење да су жалбени наводи жалитеља „НОВОТЕКС" д.о.о. Бања Лука, заступан по адвокату Стојану Р. Вукајлоићу, изјављени на тендерску документацију у поступку јавне набавке „Сукцесивна набавка алкохолних и безалкохолних пића за угоститељство" у цијелости неосновани, те предлаже да Канцеларија за разматрање жалби након проведеног поступка у цијелости одбије жалбу жалитеља као неосновану, те ослободи уговорни орган обавезе трошкова поступка.

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, у вођењу процедуралног дијела поступка набавке, су тачни.

Како се уговорни орган након донесеног рјешења овога органа очитовао по жалбеним наводима, што му је и било сугерисано а ради дисконтинуитета, преносимо у ово рјешење дио тог текста: „ Према жалбеном наводу како описује жалилац а који се односи на оспорени закључак по којем је уговорни орган одбацио жалбу на тендерску документацију као недопуштену, овај орган констатује да су наводи жалиоца тачни, поготово када истиче: „ Наиме, суспензивно дејство раније уложене жалбе од стране једног од понуђача, прописано одредбом члана 110. Закона о јавним набавкама, не односи се на право на правну заштиту, односно право на улагање жалбе других понуђача/учесника у поступку јавне набавке. Овим чланом закона прописано је да изјављена жалба одгађа наставак поступка јавне набавке у смислу да уговорни орган у зависности од фазе поступка не може предузимати даље радње (нпр. отварање и евалуација понуда, закључење и извршење уговора и сл), што никако не може утицати на допуштеност улагања жалбе од стране осталих понуђача у истом поступку јавне набавке. Дакле, суспензивно дејство жалбе односи се искључиво на поступање и радње уговорног органа у погледу наставка предметног поступка јавне набавке.

Погрешна примјена и тумачење одредбе члана 110. Закона о јавним набавкама од стране уговорног органа и у вези с тим, доношење одлуке да је жалба жалитеља недопуштена, довела је до ускраћивања права на жалбу жалитеља, а које право представља једно од основних права и начела управног поступка, односно поступка јавних набавки. Према тумачењу уговорног органа може се извести закључак да се у једном поступку јавне набавке може уложити само једна жалба и да право на жалбу има само понуђач који први уложи жалбу, уколико се жалба прослиједи КРЖ-у и донесе одлука о одгађању поступка, а да жалба понуђача, која услиједи након прве жалбе, није допуштена. Поступак правне заштите у управном поступку и поступку јавне набавке се засигурно не заснива на принципу да ко први уложи жалбу ужива правну заштиту, а да остали учесници поступка, који након тога уложе жалбу, остају ускраћени за правну заштиту, без обзира што су активно легитимисани за подношење жалбе и што су њихове жалбе благовремене. Овдје је битно напоменути да одлука о одгађању наставка поступка јавне набавке не представља прекид поступка у смислу одредбе члана 139. а) Закона о општем управном поступку БиХ и у којем случају престају тећи сви рокови одређени за процесне радње, па самим тиме и рокови за улагање жалбе прописани чланом 101, Закона о јавним набавкама. Овим чланом, у ставу (1) под б), прописано је да се жалба може изјавити најкасније 10 дана од дана преузимања тендерске документације и по протеку овог рока понуђач који је преузео тендерску документацију, у конкретном случају жалитељ, изгубио би право на изјављивање жалбе, будући да му је било омогућено преузимање тендерске документације без обзира на чињеницу да је уговорни орган одгодио наставак поступка јавне набавке“.

Дакле, цитираним законским одредбама је дефинисано ко може уложити жалбу, кад и у ком року ће уложити жалбу. У конкретном случају, жалилац је преузимањем ТД-е, а што не

спори ни уговорни орган; стекао статус кандидата у овом поступку, те у одређеном законском року уложио жалбу на шта је имао право у поступку правне заштите а на исту се морао очитовати уговорни орган у смислу основаности или неоснованости жалбе.

У свом изјашњењу, уговорни орган конфузно у једном дијелу каже да је жалбу одбацио као недопуштену и остаје при спорном закључку који то поближе дефинише а онда у наставку каже да су наводи жалбе на ТД-у неосновани без аргументованог образложења што је у колизији једно са другим из разлога, ако је одбацио жалбу као недопуштену, онда није ни улазио у меритум одлучивања по жалби па самим тим није ни расправљао о жалбеним наводима, или ако је ушао у меритум жалбених навода онда исту није могао одбацити као недопуштену", овај орган је према изјхашњењу уговорног органа у смислу наведених жалбених навода констатовао да је дошло до повреде законских одредаба у смислу постављања услова из оспорене тендерске документације.

Тако уговорни орган у изјашњењу истиче: „У сваком случају у тендерској документацији стоји „Гаранција за извршење уговора износи 10% од вриједности уговора са ПДВ-ом и мора да гласи на рок извршења уговора увећан за 30 дана, а што ће детаљније бити прецизирано „у уговору" што доводи у основану сумњу за могућом манипулацијом те евентуално субјективним приступом послије избора најповољнијег понуђача чиме би се нарушио принцип транспарентности и недискриминације који су дефинисани чланом 3. ЗЈН-а („Сл.гласник БиХ" бр. 39/14), што наравно доводи до повреда поступка јавне набавке.

У конкретном случају, уговорни орган је оставио простор да и послије евалуације пристиглих понуда, кроз уговор о реализацији поступка, може имати субјективни приступ и тиме мјењати ТД-у у недозвољеном законском року.

Дакле, постављени услови ТД-е се морају јасно и прецизно дефинисати, те након пристиглих понуда, односно избора понуђача, сви постављени услови ТД-а су основ квалификације понуде, а послије тога нема никаквих додатних појашњења нити могућег мијењања услова кроз било који уговор како то износи уговорни орган у свом изјашњењу.

Стога овај орган поништава оспорену Тендерску документацију, предмет враћа на поновни поступак у којем ће уговорни орган тендерску документацију јасно и прецизно дефинисати без остављања простора за додатну измјену коју закон није предвидео.

Стога ће уговорни орган у поновљеном поступку, придржавати се сугестија и мишљења овога органа, отклонити недостатке, те у складу са законским одредбама, поступак довести до краја.

Накнада трошкова за правно заступање је предходним рјешењем по основу ове жалбе обрачуната у одобреном износу тако да се овим рјешењем иста ради дуплирања трошкова није одобрила.

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

Повратуплаћених средстава у износу од 2.000,00 КМ, извршит ће се посебним актом 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.

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
Елвин Брановић, дипл.правник

Достављено:

- Уговорном органу
- жалиоцу
-а/а-евиденција

