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

27-08-2021

Број: JH2-02-07-1-1932-6/21
Бања Лука, 26.08.2021.године

Канцеларија за разматрање жалби, Филијала Бања Лука, рјешавајући по жалби понуђача, А Макс д.о.о. Сански Мост, бр 09-07/21 од 09.07.2021.године, изјављене на Тендерску документацију, бр. 7770/21 од 17.06.2021.године, уговорног органа, МХ ЕРС МП а.д. Требиње ЗП Електрокрајина а.д. Бања Лука, у поступку јавне набавке „ВН осигурачи", 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 26.08.2021.године, донесено је:

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. **Жалба** понуђача, А Макс д.о.о. Сански Мост бр.09-07/21 од 09.07.2021.године, изјављена на Тендерску документацију, уговорног органа, МХ ЕРС МП а.д. Требиње ЗП Електрокрајина а.д. Бања Лука, број 7770/21 од 17.06.2021. године, **с е у с в а ј а.**
2. **Поништава се Тендерска документација**, бр. 7770/21 од 17.06.2021.године, 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 500,00 КМ.

О Б Р А З Л О Ж Е Њ Е

Уговорни орган, МХ ЕРС МП а.д. Требиње ЗП Електрокрајина а.д. Бања Лука (у даљем тексту Уговорни орган) је објавио Обавјештење о набавци на порталу јавних набавки под бројем 741-1-1-41-3-122/21 од 17.06.2021.г. у отвореном поступку набавке „ВН осигурачи", према тендерској документацији, на коју жалилац улаже жалбу.

У жалби жалиоца се истиче:

Подносилац жалбе, у складу са чланом 99. и 101. став 1. под б) Закона о јавним набавкама, изјављује жалбу, у законском року, против Тендерске документације „ВН осигурачи" број 33-11/21- Х, објављене на основу обавјештења о набавци број 741-1-1-41-3-122/21 године, уговорног органа МХ „ЕРС" МП а.д. ТРЕБИЊЕ ЗП „ЕЛЕКТРОКРАЈИНА" а.д. Бања Лука.

Жалба је благовремена, допуштена и изјављена од стране овлаштеног лица.

Жалилац жалбу изјављује због погрешне примјене одредби Закона о затезној камати РС и Закона о обиигационим односима РС.

На страни 31 у Нацрту Оквирног споразума број 33-11/21-Х набавци у члану 13- Уговорни пенали и накнада штете- наведено је:

"Ако Добављач не испуни своју уговорну обавезу у погледу рока испоруке предметне робе,Наручилац може наплатити Добављачу пенале у износу од 0,5% од уговорене вриједности за сваки дан закашњења, а максимално 5% од вриједности уговора."

Сматрамо да је Нацртом уговора дефинисана превисока уговорна казна.

Чланом 274 Закона о обиигационим односима је дефинисано смањење уговорне казне у случају да је она превисока.

Закони су на снази у Републици Српској и Босни Херцеговини затезну камату регулишу на начин:

Према Закону о затезној камати (Сл. гл. РС, број 61/18) - 0,03% дневно

Према Закону о измјенама Закона о поступку индиректног опорезивања (Сл. гл. БиХ; број

100/13) - 0,04 % дневмо и

Према Закону о измјенама и допунама Закона о пореском поступку Републике Српске (Сл. гл. РС, број 67/13) - 0,03 % дневно.

Наиме, уговорни орган је унапријед прописао одредбу уговора која другу уговорну страну - понуђача, ставља у неравноправан положај, јер је принуђен прихватити обавезу која у супротности са његовим интересима, али и добрим обичајима, а то је да било какво кашњење у испоруци робе за собом повлачи и уговорну казну која је одређена у

процентуалном износу у односу на износ цјелокупне наручене робе, а не у односу на наручени а неиспоручени дио робе. Уговорни орган није водио рачуна о томе да се може десити да понуђач закасни са испоруком само незнатног дијела наручене робе, а ипак би морао платити казну као да је закаснио испоручити сву наручену робу, што у коначници може достићи износ од чак 5% од вриједности цјелокупног уговора, а што није у складу ни са позитивно-правним прописима, нити са добрим пословним обичајима. На ово указују и Опште узансе за промет робе, и то узанса број 253., у којој је наведено да се уговорна казна код сукцесивне испоруке робе, може обрачунати само на неиспуњени дио обавезе, а не на цјелокупну обавезу. Дакле, уговорна казна код сукцесивне испоруке се може односити само на неиспоручени дио роба а који је уговорни орган поручио, лако се ове узансе не могу третирати као извор права, исте се могу узети као параметар оцјене добрих обичаја које се користе у пословним односима. Поред тога, сама висина од 0,5% за сваки дан кашњења, што се може обрачунавати све до 5% од укупне вриједности уговора, такође је у супротности са позитивно-правним прописима и добрим обичајима, јер не представља једнаку вриједност давања, што је као обавеза прописано одредом члана 15. ЗОО.

Уговорна казна, као и законска затезна камата у случају кашњења у плаћању од стране уговорног органа, у овом случају представљају аксесорне обавезе из уговора. Међутим, и аксесорне обавезе морају бити у складу са основним, примарним обавезама, а које у конкретном случају представљају испорука робе и исплата уговорене цијене. Како мора постојати једнака вриједност примарних давања, а то је плаћање реалне, тржишне вриједности наручене и испоручене робе, тако мора постојати једнака вриједности и аксесорних давања, а то је сједне стране уговорна казна за кашњење у испоруци робе, а с друге стране законска затезна камата за кашњење у плаћању робе.

Евидентно је да је уговором предвиђена казна знатно већа од било које законске затезне камате.

У Рјешењу Канцеларије за разматрање жалби Филијала Бања Лука број: ЈН2-02-07-1-928-6/20 од 27.05.2020.године наведено је:

„ Према томе, Уговорни орган мора водити рачуна да дефинише уговорну казну у висини у којој је прописана законска затезна камата, те мора постојати одређени реципроцитет ова два давања, односно приближна вриједност истих, што је у складу са добрим пословним обичајима и начелом савјесности и поштења..."

ДОКАЗ: Рјешењу Канцеларије за разматрање жалби Филијала Бања Лука број: ЈН2-02-07-1-928-6/20 од 27.05.2020.године

Дакле, УО је дужан да пропише уговорну казну која одговара висини законске затезне камате, јер свако другачије поступање доводи до неравноправности уговорних страна и злоупотребу права из облигационих односа, која је забрањена, а што је прописано чланом 13. Закона о облигационим односима, јер право на уговорну казну треба да буде средство обезбјеђења извршења уговорених обавеза али не и средство за стицање без основа (неосновано богаћење). Сходно напред наведеном, подносилац жалбе предлаже да Уговорни орган у складу са чл. 100. Став 3. Закона о јавним набавкама донесе одлуку којом

у цјелости усваја предметну жалбу као основану те измјени предметну тендерску документацију на начин да исту усклади са Законом о затезној камати, Законом о облигационим односима и Законом о јавним набавкама БиХ.

У случају да уговорни орган жалбу оцијени неоснованом, дужан је да исту, са комплетним списом у законском року од 5 дана, прослиједи другостепеном органу - Канцеларији за разматрање жалби Филијала Бања Лука.

Жалилац захтјева од другостепеног органа да жалбу усвоји и наложи уговорног органу да измијени оспоравану тендерску докуменатцију, из разлога наведених у овој жалби.

Жалилац захтјева повратт уплаћене накнаде за покретање жалбеног поступка, у износу којег одреди другостепени орган.

На изнешену жалбу , Уговорни орган је доставио изјашњење по истој са комплетном документацијом заведено под бројем 7770/21 од 15.07.2021. године, а запримљена код овога органа и заведена под бр. ЈН2-02-07-1-1932/21 од 16.07.2021.године.

У Изјашњењу се истиче

Дана 13:7.2021. године овај уговорни орган је запримио жалбу друштва „А МАХ" д.о.о. Сански Мост, Број 09-07/21 од 9.7.2021. године (у даљем тексту: Жалилац). Жалилац је изјавио жалбу на тендерску документацију у поступку бр. 33-11/21-Н за набавку робе - ВН осигурачи, Обавјештење о набавци број: 741-1-1-41-3-122/21 покренутом од стране секторског уговорног органа: Мјешовитог Холдинга "ЕРС" МП а.д. Требиње - ЗП "Електрокрајина" а.д. Бања Лука (у даљем тексту: Уговорни орган, УО).

Жалилац тендерску документацију (ТД) побија због превисоко одређене уговорне казне у нацрту оквирног споразума (Анекс 5. ТД), члан 13 - 0,5% вриједности уговора за сваки дан закашњења, те тражи измјену тендерске документације, због наводних повреда одредби Закона о јавним набавкама, Закона о затезној камати и Закона о облигационим односима, а у противном предлаже да УО жалбу прослиједи КРЖ-у на одлучивање.

По запримању жалбе, УО је у складу са чланом 100. ЗЈН утврдио даје жалба Жалиоца изјављена на тендерску документацију у поступку бр. 33-11/21-ЕІ за набавку робе - ВН осигурачи, допуштена, благовремена и да је изјављена од овлаштеног лица.

Жалба је неоснована.

Уговорни орган је размотрио жалбу и релевантну материјалну докумeнгацију предметне набавке, те утврдио да је у поступку израде тендерског документа поступано у складу са законским прописима и да је тендерска документација усклађена како са ЗЈН, тако и са другим релевантним прописима, због чега су неосновани еви жалбени наводи Жалиоца.

Уговорни орган захтјева да се, прије мериторног одлучивања, жалба одбаци због недостатка активне легитимације Жалиоца. Будући да Жалилац жалбу изјављује на тендерску документацију, у фази поступка када Уговорном органу није познато да ли је Жалилац

способан, тј. регистрован да обавља дјелатност која је предмет набавке, а имајући у виду чињеницу да жалбу може изјавити само привредни субјект који има интерес за додјелу уговора у конкретном поступку јавне набавке, Жалилац је био обавезан да већ путем жалбе достави одговарајуће доказе о постојању интереса за додјелу предметног уговора и да учини вјероватним да му је проузрокована или могла бити проузрокована штете због поступања УО које ее у жалби истиче као повреда мјеродавних прописа. Због наведеног (неиспуњеност кумулативних услова предвиђених ЗЈН за изјављивање жалбе) Жалилац није активно легитимисан за изјављивање жалбе у овом поступку јавне набавке, нити је испунио услове тражене чланом 97. ЗЈН, јер, дакле, није доказао интерес за додјелу уговора о јавној набавци, нити је учинио вјероватним да је била или да је могла бити у конкретном поступку набавке проузрокована штета због поступања УО које се у жалби наводи као повреда ЗЈН и подзаконских аката од стране УО. На основу података у називу Жалиоца евидентно је да је он регистрован као бензинска пумпа. кафе бар, затим за производњу бетонске галантерије и пелета. О питању активне легитимације у упоредивим ситуацијама, надлежни орган се већ изјашњавао, и жалбе у којима није доказан правни интерес одбацивао. па тако и Рјешењем бр. ЈН2-01-07-1-1585-10/20 од 23.7.2020. године, те би евентуално друкчија одлука у овом поступку представљала неједнак третман учесника правне заштите, произвољну примјену материјалног права, а каквим поступањем би орган управе изазвао правну несигурност у домену своје надлежности.

Жалбени навод којим Жалилац тендерску документацију побија због превисоко одређене уговорне казне у нацрту оквирног споразума је неоснован.

Чланом 13. нацрта оквирног споразума из Анекса 5. ТД унапријед се предвиђа уговорна казна уколико добављач задоцни са испуњењем уговорне обавезе у предвиђеном року - 20 дана од дана појединачног захтјева УО, тј. наруџбеница, у износу од 0,5% уговорене вриједности за сваки дан закашњења, а максимално 5% од вриједности уговора. Овако постављен услов уговора није супротан прописима из области јавних набавки, јер ЗЈН не регулише материју закључења уговора, па тако у члану 72. став 2) предвиђа да се уговор о јавној набавци закључује у складу да законима о облигационим односима у БиХ. Дакле, основна карактеристика уговорне казне је њен уговорни карактер, због чега она спада у материју диспозитивног права.

Уговорна казна се за разлику од затезне камате може односити само на натуралне престације. што је конкретно случај, а не може се уговорити за новчане обавезе, па није оправдано висину уговорне казне везати за висину законске затезне камате. Уговорна казна је законом допуштено средство обезбјеђења испуњења обавеза, које свакако има и одштетну и казнену функцију, јер се плаћа без обзира на претрпљену штету, а у случају причињене штете урачунава се у штету. Док начело слободе уговорања даје право странкама да без ограничења утврде висину уговорне казне, природа и сврха уговорне казне не допуштају да она буде несразмјерно висока у односу па вриједност и значај предмета обавезе, и то су основни критеријуми за смањење уговорне казне у судској пракси, а никако њен однос према висини затезне камате. Да је погрешно упоређивати висину затезне камате и уговорне казне, говори и чињеница да затезна камата, иако са стопом од 0.03 дневно, може досегнути

износ главног дуга, док уговорна казна у конкреном случају не може прећи 5% вриједности уговора, дакле вриједност затезне камате потенцијално вишеструко премаша износ уговорне казне. Уговорна казна је у конкретном случају сразмјерна вриједносги обавезе, која може износити највише до висине процјењене вриједности од 50.000 КМ, што би максимално било КМ за сваки дан закашњења, односно укупно по том основу највише 2.500 КМ, па се с обзиром на могућу вриједност уговора никако не може сматрати превисоком; понуђачима је остављен реалан рок за завршетак уговорених обавеза - 20 дана од појединачног захтјева, тј. наруџбенице УО; интерес Уговорног органа је да у планираном року и без кашњења има у пуној функцији електроенергетски објекат за који се набавља предметна роба, јер обавља дјелатност дистрибуције и снабдијевања електричном енергијом. која је од општег интереса. па би усљед кашњења у реализацији уговора претрпио тешке посљедице. На основу наведеног јасно је да уговорна казна није претјерано висока, због чега не стоји приговор дужника да се она смањи.

Закон о облигационим односима у члану 274. јасно предвиђа судску надлежност у поступку одлучивања о смањењу износа уговорне казне, а не надлежност неког другог органа, због чега УО истиче приговор ненадлежности Канцеларије за разматрање жалби за одлучивање о овом питању. најприје јер уговор није још закључен, а затим јер елементи уговора, па чак и његовог нацрта. нису регулисани Законом о јавним набавкама, о чијој примјени води рачуна КРЖ, а Жалилац није навео на који начин нацрт уговора/оквирног споразума из ТД доводи до повреда ЗЈН и подзаконских аката, нити је навео како би га то плаћање уговорне казне у планираном износу довело у тежак финансијски положај, због чега његов приговор суштински не доводи у питање висину уговорне казне.

Жалилац погрешно, тј. контрадикторно тумачи члан 13. нацрта оквирног споразума. Оквирни споразум и није уговор, већ је то споразум којим се дефинишу услови под којима се могу додјелиги уговори ТОКОМ одређеног периода. Чланом 4. став 5) нацрта оквирног споразума одређено је да ће испоруке вршити на основу захтјева сваке појединачне наруџбенице УО за коју ће добављач испостављати фактуру/рачун који ће се сматрати појединачним уговором закљученим под условима оквирног споразума, а један од тих услова је и онај о уговорној казни из члана 13. Дакле, уговорна казна, по дефиницији је наплатива само у случају неизвршења у року уговора под условима на које добављач пристаје испостављањем фактуре и претходно, достављањем понуде, а не оквирног споразума, и управо ће се и односити на сукцесивне испоруке, тј. на вриједност сваког појединачно закљученог уговора, а не на укупну вриједност понуде, што је јасно из садржине тендерске документације, дефиниције оквирног споразума и уговорне казне, те Анекса 5. Уколико добављач унапријед зна да не може испоруку реализовати у предвиђеном. реалном року, онда није способан уговор извршити према потребама и захтјевима Уговорног органа.

Како је жалба одбијена као неоснована. Уговорни орган у складу са чланом. 100. став (5) Закона о јавним набавкама БиХ. у законском року. релевантну документацију везану за поступак против којег је жалба изјављена и изјашњење на жалбене наводе прослеђује

Канцеларији за разматрање жалби Босне и Херцеговине. Филијала Бања Лука, те предлаже КРЖ-у да жалбу одбије 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 тачни .

Овај орган је према жалбеном наводу који гласи: „Ако Добављач не испуни своју уговорну обавезу у погледу рока испоруке предметне робе, Наручилац може наплатити Добављачу пенале у износу од 0,5% од уговорене вриједности за сваки дан закашњења, а максимално 5% од вриједности уговора.." Сматрамо да је Нацртом уговора дефинисана превисока уговорна казна", овај орган је извршио увид у ТД-у, те констатовао да уговорни орган има дискрециono право поставити услов којим може заштитити себе у смислу неизвршавања обавеза од стране понуђача, те да може поставити и одређену уговорену камату за нереализовани посао али у складу са одређеним законским прописима који регулшу ову област

Дефинишући уговорну казну у износу од 0,5% за сваки дан кашњења излази изван оквира постављаних у Закону о затезној камати РС те поступа у супротности са добрим пословним обичајима и начелом савјесности и једнакости страна у поступку. Висина уговорне казна коју би понуђач платио уколико дође до кашњења у испоруци мора да буде сразмјерна са висином затезне камате коју би УО био дужан да плати уколико касни са плаћањем робе, услуга или радова, чиме се изједначавају и права и обавезе са једне стране понуђача а са друге стране уговорног органа.

Дакле, мора да постоји реципроцитет давања. Ово питање је КРЖ образложио и заузео став по овом питању, Рјешењем број: ЈН2-02-07-1- 928-6/20 од 27.05.2020. „Према томе, Уговорни орган мора водити рачуна да дефинише уговорну казну у висини у којој је прописана законска затезна камата, те мора постојати одређени реципроцитет ова два давања, односно приближна вриједност истих, што је у складу са добрим пословним обичајима и начелом савјесности и поштења..." То говори да уговорни орган има право заштите у смислу неизвршених обавеза од стране изабраног понуђача, али само у оном дијелу како то прописује законска одредба, те да су уговорне стране у поступку потпуно равноправне без условљавања и вршења дискриминације те да оваква камата има заштитну мјеру а не никако вид зараде.

Када је у поитању изјашњење уговорног органа у ком истиче да жалилац нема активну легитимацију, овај орган је мишљења, а што се потврдсило у пракси кроз заузимање става суда кад је рјешавао по тужбама у оваквом тужбеном наводу, да се не може прихватити оправданом како то истиче уговорни орган, јер је сваки привредни субјект који је преузео тендерску документацију са сајта јавних набавки, показао правни интерес који му даје легитимитет при чему добија активну легитимацију, дефинисану чланом 97. ЗЈН-а („Сл. гласник БиХ“ бр. 39/14), чак и ако није у том моменту био регистрован за одређену дјелатност, обзиром да би то могао остварити до момента подношења понуда.

У конкретном случају, уговорни орган наводи да исти обавља дјелатност продаје горива и или угоститељским послом, што изузем констатције није аргументом исто доказао.

Како је жалбени навод основан, горе образложен, 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 500,00 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.

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

Бања Лука, Јована Дучића бр. 23/1;тел. 051/211-130;факс.051/211-137