27 -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: ЈН2-02-07-1-1913-8/21
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 08-07/21 од 08.07.2021.године, изјављене на Тендерску документацију, бр. 7615/21 од 16.06.2021.године, уговорног органа, МХ ЕРС МП а.д. Требиње ЗП Електрокрајина а.д. Бања Лука, у поступку јавне набавке „НН 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.08-07/21 од 08.07.2021.године, изјављена на Тендерску документацију, уговорног органа, МХ ЕРС МП а.д. Требиње ЗП Електрокрајина а.д. Бања Лука, број 7615/21 од 16.06.2021. године, **с е у с в а ј а.**
2. **Поништава се Тендерска документација**, бр. 7615/21 од 16.06.2021.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 741-1-1-37-3-118/21 од 16.06.2021.г. у отвореном поступку набавке „НН 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 „НН осигурачи" број 32-11/21- Х, објављене на основу обавјештења о набавци број 741-1-1-37-3-118/21 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 облигационим односима РС.

На страни 31 у Нацрту Оквирног споразума број 32-11/21-Х набавци у члану 13- Уговрни 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 облигационим 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 вриједност 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).

2. Тендерском документацијом уговорни орган захтијева да понуђени осигурачи буду у складу са стандардима ИЕЦ 60269-1 и ИЕЦ 60269-2. Као доказ техничке и професионалне способности, уговорни орган захтијева достављање атеста производа, захтијеваних карактеристика, од стране независне акредитоване лабораторије.

Додата је и напомена:" лабораторија мора бити акредитована за атестирања у складу са захтијеваним стандардима за предметну робу, у вријеме издавања приложених атеста"

Оваквим захтјевом уговорни орган ограничава потенцијалне понуђаче да нуде искључиво робу која је испитивана послије 1999 године када је по први пут издат стандард ИСО 17025, а који дефинише основне захтјеве према којима се акредитују лабораторије.

Према томе, овакав захтјев уговорног органа је дискриминирајући и дјелује у смислу ограничења конкуренције, а што није у складу са чланом 3 ЗЈН БиХ који гласи:

(1) Уговорни орган дужан је да поступа транспарентно, да се у поступку јавне набавке према кандидатима/понуђачима понаша једнако и недискриминирајуће, на начин да обезбиједи праведну и активну конкуренцију, с циљем најефикаснијег коришћења јавних средстава, у вези са предметом набавке и његовом сврхом.

(2) Општи принципи обавезно се примјењују и поштују и у поступку правне заштите.

С друге стране стандард ИЕЦ ЕН 60069-1 у тачки 8.1.1 дефинише:

„Испитивања типа морају да се понове ако је било који дио осигурача мод иф и ковaн на онај начин који има неповољан утицај на резултате већ обављеног испитивања типа."

Према томе, понављање типских испитивања је обавезно само када се врши измјена осигурача која утиче на резултате испитивања типа.

Постављеним захтјевом уговорни орган онемогућава учешће на тендеру произвођачима који су прије 1999 извршили типска испитивања осигурача, а на којима није било измјена које неповољно утичу на резултате проведених испитивања.

1. 3. У ТД на страни 3 наведено да је процјењена вриједност јавне набавке 50.000,00 КМ.

Овакво дефинисање процијењене вриједности јавне набавке није у складу са чланом 15. Став 2 ЗЈН БиХ.

Цијена материјала за производњу НН осигурача тачније бакар и месинг је вртоглаво порасла за 50- 70 %, те за износ од 50.000,00 КМ није могуће произвести и испоручити предметну робу.

Чланом 15. став 2 Закона о јавним набавкама дефинисано је:

"б) процијењену вриједност робе, услуга или радова чини њихова процијењена тржишна вриједност у вријеме објављивања обавјештења о јавној набавци, или, у случајевима када такво обавјештење није потребно, у тренутку када уговорни орган започиње поступак јавне набавке".

Дакле, УО је дужан да процјењену вриједност јавне набавке усклади са тржишном вриједности материјала неопходним за производњу предметне .

Порастом цијене месинга и бакра у износу од 50-70 % неопходним за производњу предметне робе, неопходно је да дође до пораста процијењене вриједности јавне набавке, како не би дошло до поништења поступка а из разлога што су цијене пристиглих понуда биле знатно изнад процијењене вриједности, те како би се поступило у складу са чланом 15 став 2 Закона о јавним набавкама БиХ.

Поништењем предметног поступка јавне набавке, УО ће морати спроводити поновни поступак ради набавке робе, што ће УО изазвати додатне трошкове, одузети вријеме, а понуђачи неће опет моћи да ускладе своје понуде са процјењеном вриједности предметне набавке УО, јер множећи тржишну цијену материјала са захтјеваном количином добије се износ који премашује износ процијењене вриједности јавне набавке.

Сходно напријед наведеном, да не би долазило до одуговлачења поступка, непотребног трошења новца и времена предлажемо УО да процијењену вриједност јавне набавке усклади са тржишним цијенама материјала неопходним за производњу предметне робе.

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 поврат 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 7615/21 од 13.07.2021. године, а запримљена код овога органа и заведена под бр. ЈН2-02-07-1-1913/21 од 14.07.2021.године.

У Изјашњењу се истиче

Уговорни орган је размотрио жалбу и релевантну материјалну документацију 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 сви жалбени наводи Жалиоца.

Уговорнй 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 поетупку 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 биги проузрокована штете због поступања УО које се 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 вјеровагним да је била или да је могла бити у конкретном поетупку 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 трегман учесника правне заштите, произвољну примјену материјалног права, а каквим поступањем би орган управе изазвао правну несигурност у домену своје надлежносги.

Први жалбени навод 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 на 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 утовора, дакле вриједност затезне камате потенцијално вишеструко премаша износ уговорне казне. Уговорна казна је у конкретном случају сразмјерна вриједности 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 сушгински не доводи у питање висину уговорне казне.

Жалилац погрешно, тј. контрадикторно тумачи члан 13. нацрта оквирног споразума. Оквирни споразум 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.

Други жалбени навод је такође неоснован. јер прописивање услова да тражена роба мора испуњавати стандарде IEC 60269-1 и IEC 60269-2 те захзјев за достављање атеста производа од стране независне акредитоване лабораторије нису у супротности са чланом 3. Закона о јавним набакама како Жалилац неосновано тврди. Члан 3. ЗЈН прописује опште принципе

у поступцима јавних набавки које је УО испоштовао јер поступа транспарентно и недискриминирајуће према кандидатима/понуђачима.

Прописивање одговарајућих стандарда за робу коју УО набавља из властитих средстава и која мора имати одговарајућу квалитет, не значи дискриминацију потенцијалних понуђача уколико се захтијева стандард уведен послије 1999. године. јер је осигурана правична и активна конкуренција. одноено на тржишту има довољно произвођача који могу задовољити ове стандарде.

Роба која је предмет набавке у самом електродистрибутивном (ЕД) систему служи за заштиту елемената ЕД мреже који имају велике вриједности, а квалитет робе је битан елемент и због безбједности и сигурности. УО може захтијевати да предметна роба задовољава одређене стандарде (IEC 60269-1; IEC 60269-2 а који су уведени послије 1999 године), што је у складу са чланом 54. ЗЈН. односно да посједује атесте издате од стране независне акредитоване лабораторије, што је у складу са чланом 49. став (1) тачка е) ЗЈН гдје је дефинисано да уговорни орган у циљу доказа техничке и професионале способности понуђача код јавне набавке робе може између осталог захтијевати „увјерења које издају надлежне институције или агенције за контролу квалитета, а који се потврђује да на одговарајући начин тачно означена роба одговара одређеним спецификацијама или нормама". Да би могла издати валидан атест за неку робу, надлежна институција (лабораторија), у складу са одређеним стандардом, мора бити акредитована (овлашћена) од стране надлежног акредитационог тијела државе у којој се иста налази, за исто у вријеме издавања атеста. Из тог разлога је у ТД наведено да лабораторија мора бити акредитована за атестирања у складу са захтјеваним стандардима за предметну робу, у вријеме издавања приложених атеста, како би се избјегла могућност прилагања атеста издатих од установа које за то нису овлашћене.

Трећи жалбени навод је неоснован, јер је Уговорни орган у складу са чланом 15. став 2) извршио процијену тржишне вриједности предметне робе прије објављивања обавјештења о набавци. На основу добијених података је припремљена ТД тако да су узете у обзир и промијене цијена репроматеријала на тржишту. Након спровођења поступка јавне набавке, а на основу датих понуда, може се утврдити да ли је УО погријешио у процијењеној вриједности предметне набавке. Напомињемо и то да нико од привредних субјеката који су преузели тендерску документацију није поставио упит или изјавио жалбу која се односи на процијењену вриједност набавке.

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.

Други жалбени навод: „Тендерском документацијом уговорни орган захтијева да понуђени осигурачи буду у складу са стандардима ИЕЦ 60269-1 и ИЕЦ 60269-2. Као доказ техничке и професионалне способности, уговорни орган захтијева достављање атеста производа, захтијеваних карактеристика, од стране независне акредитоване лабораторије“, овај орган је извршио увид у ТД-у те констатовао да овако постављеним условом ТД-а доводи

понуђаче у неравноправан положај чиме се нарушава принцип једнакости и траспарентности према понуђачима јер уговорни орган ничим не објашњава шта се подразумјева под акредитованом лабораторијом, односно да ли се акредитација може прибавити и неким другим путем, односно да ли производи, како то наводи жалилац, старији у смислу типске производње нису мијењали од 1999 године, односно да ли исти могу задовољити техничке карактеристике траженог производа.

Истовремено, не наводи ни са једним примјером да је могуће остварити активну конкуренцију односно да има већи број произвођача који могу добити атест од акредитоване независне лабораторије. Није јасна дефиниција шта је уговорни орган подразумјевао под „независном акредитованом лабораторијом", односно да ли је она у односу на уговорни орган везана по било ком основу са истим, односно да ли у формално правном смислу и акредитована лабораторија може бити повезана са уговорним органом, чиме би се могла довести у субјективан положај, те пристрасно оцјењивати и давати акредитације.

Посматрајући у контексту чланова 49 и 54 ЗЈН-а, захтјев тендерске документације за достављањем атеста производа, захтијеваних карактеристика, од стране независне акредитоване лабораторије, уз услов да лабораторија мора бити акредитована за атестирања у складу са захтјеваним стандардима за предметну робу, у вријеме издавања приложених атеста јесте ограничавајући. Овакав захтјев није усклађен са чланом 54 ЗЈН БиХ који у ставу (5) каже: „Овлаштени орган за оцјењивање усклађености у смислу овог члана је независни лабораториј, тијело које ће потврдити усклађености, надзорно или друго тијело које учествује у поступку оцјењивања усклађености, које је од органа државне управе овлаштено да проводи поступке оцјењивања усклађености према одговарајућим стандардима којима се преузимају европски стандарди. Уговорни орган прихватит ће цертификате које су издали овлаштени органи у другим државама, ако су издати у складу с међународним уговорима које је закључила Босна и Херцеговина." Ова одредба Закона о јавним набавкама не ограничава овлаштене органе на акредитованост јер постоје и друге врсте овлаштења. По овом питању је КРЖ донио закључак број ЈН2-01- 07-2236-8/20 гдје је утврђено да је УО неправедно одбацио понуду жалиоца јер исти није доставио потврду акредитованог, већ тијела овлаштеног од стране Министарства.

Осим тога спорно је што је формулација захтјева уговорног органа и временски ограничена. Закон о акредитацији БиХ је ступио на снагу 2001. године, па овакав захтјев ограничава могућност нуђења производа чија је усклађеност са нормативном документацијом испитана раније. Стога је овај жалбени навод основан .

Трећи жалбени навод који се односи на висину процијењене вриједности јавне набавке не може се прихватити основаним из разлога што такав навод нема законско упориште у смислу поскупљења на тржишту робе која се набавља и ако је јасно дефинисано у члану 15 став 2 ЗЈН („Сл. гласник БиХ" бр. 39/14) који гласи:

"б) процијењену вриједност робе, услуга или радова чини њихова процијењена тржишна вриједност у вријеме објављивања обавјештења о јавној набавци, или, у случајевима када

такво обавјештење није потребно, у тренутку када уговорни орган започиње поступак јавне набавке", не може се из постојећег навода утврдити како и на који начин уговорни орган није утврдио стварну тржишну цијену како би одредио процјењену вриједност, како то тврди жалилац. Ако гледамо хипотетички, да је жалилац у праву , те да стварна вриједност на тржишту робе која се тражи премашује цијену коју је процијенио уговорни орган, више доводи у опасност и штету уговорног органа него ли потенцијалног понуђача, обзиром да исти ризикује да му се нико не појави у поступку чиме губи вријеме за набавко робе или му све квалификоване понуде буде веће од процијењене вриједности.

Дакле, сви понуђачи па и жалилац треба да достављају понуде када су у питању њихове цијене, на бази тржишне вриједности са којом могу остварити личну корист и остварити добит у облигационо правном смислу .

Како су жалбени наводи основани, горе образложени, 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

