BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANJE ŽALBI

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ

BOSNIA AND HERZEGOVINA
PROCUREMENT REVIEW BODY

Broj: JN2-01-07-1-1347-11/19
Sarajevo, 21.10.2021. godine

Ured za razmatranje žalbi BiH, postupajući po Presudi Suda BIH broj: S1 3 U 033352 19 U od 16.04.2021. godine, u svezi žalbe ponuđača N.G.O „In Demining" Pale izjavljene na tendersku dokumentaciju Ugovornog organa: Vlada Brčko Distrikta BiH u postupku nabavke usluga: Demininiranja – tehničko izviđanje miniranih površina na području Brčko Distrikta BiH na osnovu čl.111. Zakona o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik BiH" broj:39/14), i člana 193.st 1. i 2., i čl. 230 st. 2 Zakona o upravnom postupku ("Službeni glasnik BiH" br:29/02, 12/04, 93/09 i 41/13) na sjednicama Ureda za razmatranje žalbi, održanim dana 13.10.2021. godine i dana 21.10.2021. godine, donio je:

R J E Š E NJ E

1. Žalba ponuđača N.G.O „In Demining" Pale se usvaja i poništava se tenderska dokumentacija za javnu nabavku usluga: Demininiranja-tehničko izviđanje miniranih površina na području Brčko Distrikta BiH
2. Povrat uplaćenih sredstava na ime naknade žalbenog postupka u iznosu od 5.000,00 KM ponuđača N.G.O „In Demining" Pale izvršit će se na osnovu posebnog Rješenja ovog organa.

OBRAZLOŽENJE

Ponuđač N.G.O „ In Demining" Pale izjavio je žalbu na tendersku dokumentaciju Ugovornog organa Vlada Brčko Distrikta BiH u postupku nabavke usluga: Demininiranja – tehničko izviđanje miniranih površina na području Brčko Distrikta BiH koja je zaprimljena kod ovog organa pod brojem JN2-01-07-1-1347/19.

Ureda za razmatranje žalbi je 17.07.2019.godine donijeo Rješenje broj: JN2-01-07-1-1347-7/19 kojim je žalba ponuđač N.G.O „ In Demining" Pale odbijena kao neosnovana.

Protiv Rješenja JN2-01-07-1-1347-7/19 od 17.07.2019.godine donesenog od strane Ureda za razmatranje žalbi tužitelj N.G.O „ In Demining" Pale, zastupan putem advokata Aleksandar Majkalović iz Pala pokrenuo je upravni spor, te je Sud BiH donio Presudu broj: S1 3 U 033352 19 U od 16.04.2021. godine, kojom se tužba uvažava, Rješenje broj: JN2-01-07-1-1347-7/19 od 17.07.2019.godine poništava i predmet vraća nadležnom organu na ponovni postupak.

Žalitelj u žalbi navodi:

„U tački 1.3 Tenderske dokumentacije za javnu nabavku usluga: Deminiranje-tehničko izviđanje miniranih površina na području Brčko distrikta BiH, Ugovorni organ se poziva na Mišljenje Agencije za javne nabavke BiH od 06.09.2018. godine na osnovu koga se zaključuje da Udruženja ne mogu učestvovati u postupcima javne nabavke kao ponuđači. Agencija za javne nabavke BiH je svoje mišljenje iznijela na osnovu mišljenja Ministarstva pravde BiH, broj 09-02-4-4873/17 od 01.06.2017 i mišljenja Ministarsrstva uprave ili lokalne samouprave RS, broj 10.3-04-19/17 od 12.07.201. Napominjemo da je naša organizacija sudski registrovana za organizovano ostvarivanje aktivnosti i djelatnosti za zaštitu građana i životne sredine uklanjanjem minsko ekspolozivnih sredstava zaostalih iz rata u BiH i da nam je to po statutu osnovna djelatnost. Iz sadržine poziva nedvosmisleno se utvrđuje da je organizacioni oblik ponuđača eliminatornog karaktera, gdje se jasno navodi u tački 1.3 poziva da će ponuda kandidata koji ih ne ispunjava biti odbačena. Ugovorni organ dužan je da u cilju ostvarivanja osnovnih načela ZJN izvrši izmjenu tenderskog dokumenta na način što će brisati spornu odredbu i isti pripremiti na stvarno konkurentskoj osnovi uz obavezu poštivanja jednakog tretmana i nediskriminacije ponuđača."

Prije nego što se upustio u meritorno odlučivanje, ovaj organ je pristupio provjeri formalnih pretpostavki za ulaganje žalbe, koje moraju biti ispunjene na strani žalitelja, kako bi se uopće pristupilo njenom rješavanju, a odnose se na uslovljene pretpostavke u skladu sa članom 227. Zakona o upravnom postupku, čl.109 i čl.111 Zakona o javnim nabavkama BiH i utvrdio da su ispunjeni uslovi za postupanje po istoj na način kako definišu odredbe pozvanih članova.

Nakon što su prednje pretpostavke preispitane, ovaj organ je uvidom u dostavljenu dokumentaciju, te analizom svakog dokaza pojedinačno i u njihovoj međusobnoj vezi, a u odnosu na žalbene navode i propisani zakonski postupak, odlučio kao u dispozitivu odluke.

Polazeći od navoda žalitelja „da u tački 1.3 Tenderske dokumentacije za javnu nabavku usluga: Deminiranje-tehničko izviđanje miniranih površina na području Brčko distrikta BiH, Ugovorni organ se poziva na Mišljenje Agencije za javne nabavke BiH od 06.09.2018. godine na osnovu koga se zaključuje da Udruženja ne mogu učestvovati u postupcima javne nabavke kao ponuđači" ovaj organ uvidom u spis utvrđuje:

U izjašnjenju na žalbu ugovorni organ između ostalog navodi:
„Ovaj stav je u skladu sa jednim od osnovnih principa ZJN, a to je princip jednakog tretmana svih potencijalnih ponuđača u postupku nabavke. Navedeni stav agencije za javne nabavke je objavljen na zvaničnoj web stranici AJN BiH....ugovorni organ je prilikom izrade tenderske dokumentacije primjenio ustanovljeno shvatanje AJN BiH koja je nadležna za tumačenje ZJN."

Presudom Suda Bosne i Hercegovine broj: S1 3 U 033352 19 U od 16.04.2021.godine je između ostalog navedeno:
„...Po shvatanju ovog vijeća, neodrživo je stanovište tuženog iskazano u osporenom aktu, jer na razmatranje prava na učešće u postupku javne nabavke nije od uticaja okolnost da li je učesnik profitna organizacija ili ne. To ne proizilazi, kao uslov, iz odredbe člana 2. tačka c) ZJN, koja, kod definisanja privrednog subjekta u postupku javne nabavke, zahtijeva da se radi o pravnom ili fizičkom licu ili grupi takvih lica, koji na tržištu nudi robu, usluge ili radove i koji su registrovani

za obavljanje predmetne djelatnosti. Ovaj zakon ne ograničava i ne upućuje na oblik registracije, ne upućuje na registraciju u skladu sa Zakonom o privrednim društvima RS ili na neki drugi zakon, pa ovakav zaključak nema uporište u važećoj zakonskoj normi. Pored toga, ovaj zakon proširuje pitanje registracije odredbom člana 46, pa upućuje na registraciju „u odgovarajućim profesionalnim ili drugim registrima zemlje u kojoj su registrovani", što ukazuje na intenciju zakonodavca da ne ograničava pravo na učešće u postupku javne nabavke samo na privredna društva.

Dakle, prema nalazu ovog suda, nijedna od navedenih odredbi Zakona o javnim nabavkama, ne ograničava pojam „privredni subjekt" na subjekte registrovane prema odredbama i uslovima propisanim Zakonom o privrednim društvima RS. Zaključak tužene ne podržava i ne može se podvesti pod citiranu odredbu iz člana 2. tačka c) Zakona o javnim nabavkama, ni neku drugu odredbu ovog specijalnog zakona koji uređuje sistem javnih nabavki, jer nigdje nije propisano da se kao ponuđači mogu pojaviti samo privredni subjekti koji su regisgrovani prema odredbama Zakona o privrednim društvima. Ovakvo stanovište je suprotno i opštem principu iz člana 3. istog Zakona, koji propisuje obavezu transparentnog postupanja, bez diskriminacije, promovišući osnovni cilj Zakona, a to je najefikasnije korišćenje javnih sredstava, u vezi sa predmetnom javne nabavke.

Stoga tužilac pravilno ukazuje da je u tenderskom dokumentu ugovorni organ suprotno odredba i člana 3. Zakona o javnim nabavkama BiH u kojoj je odredbi propisano da je ugovorni organ dužan da postupa transparentno, da se u postupku javne nabavke prema 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. S tim u vezi, Kancelarija za razmatranje žalbi BiH je dužna tokom cijelog postupka javne nabavke da vodi računa o apsolutno bitnim povredama postupka po službenoj dužnosti i koje mogu dovesti do poništenja postupka u potpunosti ili djelomično, i to: a) neusklađenost tenderske dokumentacije s ovim Zakonom ili podzakonskim aktima, koja je dovela do nemogućnosti utvrđivanja osnovanosti žalbenih navoda.

Ovo vijeće u odnosu na sporno pitanje da li udruženje može biti učesnik u postupku javne nabavke, ukazuje i na legislativu EU, te presude Suda pravde, poput presude EU:C:2009:807, t.37 i 42, koja daje mišljenje da „bilo koje lice ili bilo koji organ koji smatra da može obezbijediti izvršenje ugovora, s obzirom na uslove konkursa, može predati ponudu i kandidovati se, bez obzira na svoj privatnopravni ili javnopravni status i bez obzira da li je na tržištu povremeno ili stalno aktivan". Ovaj stav zauzet je i u presudi tog suda broj C 305/08 od 23.12.2009. godine, u odnosu na situaciju u kojoj se kao ponuđač, u Italiji, pojavljuje Nacionalni univerzitetski konzorcij za istraživanje mora (sastavljen od univerziteta i tri ministarstva i djelomično finansiran od strane ministarstava) - prema statutu neprofitna „grupa" sa ciljem promocije istraživanja i naučnih aktivnosti u oblasti mora. Sud pravde je ispitivao da li odredbe talijanskog Zakona o javnim nabavkama koje kažu da je „izvođač/dobavljač/pružalac usluga svako fizičko, ili pravno lice, ili tijelo bez pravne ličnosti, koje na tržištu nudi izvođenje radova, usluge snadbijevanja, ili pružanje usluga" krše Direktivu 2004/18/EC, ukoliko se tumače na način da ograničavaju moguće ponuđače u javnim nabavkama, na način da ponuđači mogu biti samo profesionalni pružaoci usluga i da u to ne potpadaju neprofitna tijela, koja se bave npr. istraživanjem. Član 1(8) Direktive 2004/18/EC propisuje da se pod izvođačima podrazumijevaju „sva pravna, ili fizička lica, javni organi, ili grupe takvih lica, ili

organa koja nude usluge, snadbijevanje, ili izvođenje radova", ali i da izraz „privredni (gospodarski) subjekti" obuhvaća u jednakoj mjeri pojmove izvodioca radova, dobavljača i pružaoca usluga, te pojašnjava da se izraz „privredni subjekt" koristi „samo zbog pojednostavljenja". Sud je u paragrafu 52. konačno utvrdio da se "iznad navedena odredba Direktive ima tumačiti široko, tako da obuhvati i neprofitna tijela, kao i ona koja nisu organizovana u formi privrednog društva, ili koja nemaju redovno prisustvo na tržištu - kao univerziteti, ili istraživački instituti".
Valja napomenuti da je navedena Direktiva prema kojoj je sud odlučio, stavljena van snage Direktivom 2014/24/EU, koja u recitalu 14, određuje da „bi se pojam „privredni subjekti" trebao tumačiti u širem smislu kako bi obuhvaćao sva lica i/ili tijela koja nude izvođenje radova, nabavku proizvoda ili pružanje usluga na tržištu, bez obzira na pravni oblik u kojem djeluju. Stoga bi preduzeća, podružnice, podređena društva, partnerstva, zadruge, trgovačka društva s ograničenom odgovornošću, univerziteti, javna ili privatna, te ostali oblici tijela koji nisu fizička lica, trebali biti obuhvaćeni pojmom privrednog subjekta, bez obzira na to jesu ili „pravne osobe" u svim okolnostima." (https://eur-leh. europa. eu/legal-content/HR/THT/?uri=CELEH:32014L0024).
Dakle, prema navedenom, pitanje da li se radi o profitnim ili neprofitnim tijelima, nije i ne može biti od uticaja na ocjenu da li se neko može pojaviti kao ponuđač u postupku javne nabavke. Konačno, ako se i to pitanje intenzivira, onda treba imati u vidu da je, a to proizilazi iz spisa, tužilas registrovan kao poreski obveznik i obveznik PDV-a (Uvjerenje broj:04/1-17-1-UPJR/17570-2/17 ob 14.12.2017.godine). Način registracije, procedura i ispunjenost uslova, to nije pitanje za tuženu, ali ni za ovaj sud, jer nije od uticaja na pravo na učešće u postupku javne nabavke. Kod činjenice da je tenderskom dokumentacijom zahtijevano da ponuđač bude registrovan za obavljanje djelatnosti, pri čemu ni posebni zakon ni tenderska dokumentacija ne ograničavaju učešće na registraciju prema odredbama Zakona o privrednim društvima RS, niti sadrži ograničavajuće norme u odnosu na pitanje da li se radi o profitnim ili neprofitnim organizacijama, ostaje nejasan zaključak i pravni osnov tužene za zaključak da tužilac ne ispunjava uslove za učešće u predmetnom postupku javne nabavke.
Stoga, nalazeći da shvatanje tužene nema valjane razloge i nije zasnovano na pravilnoj primjeni materijalanih propisa, ovaj sud je osporeno rješenje poništio primjenom člana Z7.stav 1. i 2. u vezi sa članom 34. stav 2. Zakona o upravnim sporovima BiH."

U odnosu na sve prednje izneseno a postupajući po pravnim primjedbama iz Presude Suda BiH u odnosu na predmetno sporno pitanje, ugovorni organ je potrebno da poništi tendersku dokumentaciju, jer ugovorni organ nije na pravilan način definisao istu, a sve shodno prednjim stavom iznesenim u Presudi Suda BiH broj: S1 3 U 033352 19 U od 16.04.2021.godine kojim su date upute pravna shvaćanja o statusu udruženja u postupcima javne nabavke.

Prednje naročito uzevši da je shodno zakonskim ovlastima ugovorni organ jedino ovlašten da pokreće, provodi radnje postupka i donosi odluke o kvalifikaciji i izboru ponuđača u postupcima javne nabavke, a ovaj organ rješava u postupku pravne zaštite, te su mu nadležnosti ograničena na ispitivanje povreda odredaba Zakona o javnim nabavkama, a nikako da umjesto ugovornog organa odluči niti preinači tendersku dokumentaciju.

Iz navedenih razloga je odlučeno kao i u dispozitivu odluke.

Povrat uplaćenih sredstava na ime naknade za pokretanje žalbenog postupka u iznosu od 5.000,00 KM izvršiti će se posebnim aktom, po konačnosti ovog Rješenja a u skladu sa članom 108.stav (7) ZJN i članom 4. Instrukcije o načinu uplate, kontrole i povrata naknada propisanih članom 108. ZJN ("Službeni glasnik BiH" broj: 86/14).

Uputstvo o pravnom lijeku

Ovo rješenje je konačan upravni akt. 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

Sanela Salihović

Dostaviti:

- N.G.O „In Demining" Pale
- Vlada Brčko Distrikta BiH
- a/a