BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANjE ŽALBI

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ

BOSNIA AND HERZEGOVINA
PROCUREMENT REVIEW BODY

Број: ЈН2-01-07-1-44-9/22
Датум: 27.01.2022. године

Канцеларија за разматрање жалби БиХ, рјешавајући по жалби понуђача „EUROSAN“ д.о.о. Мостар, број: 29/12-01/22 од 04.01.2022. године, изјављеној против Закључка о одбацивању жалбе као недопуштене, број: 02.07/1-70-TS-030 од 04.01.2022. године, у отвореном поступку јавне набавке услуга одржавања и чишћења објеката, уговорног органа ЈП „Комунално Брчко“ д.о.о. Брчко дистрикт, на основу члана 111. ст. (1) тачка д) и ст. (10) Закона о јавним набавкама („Службени гласник БиХ“, број 39/14), на сједници Вијећа II одржаној дана 27.01.2022. године донијела је:

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. Жалба се усваја.
2. Поништава се Закључак о одбацивању жалбе као недопуштене, број: 02.07/1-70-TS-030 од 04.01.2022. године и предмет се враћа уговорном органу на поновни поступак.
3. Повратак средстава уплаћених на име накнаде за покретање жалбеног поступка, у износу од 2.000,00 КМ, извршиће се на основу посебног рјешења овог органа.

Образложење

Дана 18.08.2021. године уговорни орган ЈП „Комунално Брчко“ д.о.о. Брчко дистрикт објавио је обавјештење о набавци број 1179-1-2-272-3-175/21 у отвореном поступку јавне набавке услуга одржавања и чишћења објеката.

Након проведеног поступка уговорни орган је донио Одлуку о избору најповољнијег понуђача број: 02.07/1-23-AF-017 од 25.11.2021. године, којом је као најповољнији понуђач изабран жалилац. Након достављања ове одлуке понуђачима, уговорни орган је активирао банкарску гаранцију за озбиљност понуде коју је доставио жалилац у понуди, из разлога што је жалилац, као најповољнији понуђач, пропустио да достави документа из члана 45. Став (2) Закона о јавним набавкама у року који је одредио уговорни орган. Против радње активирања гаранције, жалилац је изјавио жалбу путем уговорног органа, коју је уговорни орган одбацио као недопуштену спорним закључком.

Против Закључка о одбацивању жалбе као недопуштене, жалилац изјављује жалбу овом органу, а своју жалбу темељи на следећим жалбеним наводима:

- Жалилац наводи да је правовремено изјавио жалбу на акт, односно радње уговорног органа којим је протестовао - активирао банкарску гаранцију по захтјеву 02.06/1 - 03347/21, број акта 02.06/1-33-ГМ -002 од 7.12.2021. године. Наиме, уговорни орган је потпуно незаконито активирао банкарску гаранцију за озбиљност понуде. У закључку се наводи да је понуда одбачена као недопуштена због недостатка активне легитимације, након чега се уговорни орган позива на одредбе чланка 97. Закона о

јавним набавкама те чл. 111. ст. 1. б) истог закона. Уговорни орган даље наводи да жалилац није доказао или барем учинио вјеројатним постојање чињеница и околности на којима заснива постојање правног интереса за подношење жалбе и да му је таквим поступањем уговорног органа проузрокована штета при околностима констатованим од стране уговорног органа. Жалилац напоминје да је чланом 100. ст. 2. Закона о јавном набавкама прописано да ако уговорни орган утврди да је жалба неблаговремена, недопуштена или уложена од неовлаштене особе, одбацит ће је закључком. Против овога закључка жалилац има могућност поднијети жалбу УРЖ-у, и то у року од 10 дана од дана запримања закључка. Према томе, оваква жалба се улаже директно Уреду за разматрање жалби, за разлику од ситуације из става (4) када се жалба улаже УРЖ-у. путем уговорног органа, у року од пет дана од дана запримања рјешења

У конкретном случају уговорни орган је током поступка јавне набавке потпуно неосновано и незаконито активирао банкарску гаранцију за озбиљност понуде. Акт о активирању гаранције представља управни акт у смислу закона о управном поступку јер је њиме одлучено о правима жалиоца. Жалилац даље наводи да му је пријеносом средстава с рачуна нанесена материјална штета - умањење новчаних средстава, а пријенос на рачун уговорног органа представља неосновано богаћење или стјецање без основе. Сам закључак односно образложење уговорног органа је неразумљиво, односно нису дати одлучујући разлози зашто би било недопуштено оспоравати акт којим је некоме незаконитим поступањем нанесена штета. Тиме је закључак неразумљив и у супротности са диспозитивом у смислу чланка 230. Закона о управном поступку Босне и Херцеговине и као такав је неодржив. Жалилац тврди да жалба не може бити недопуштена јер се ником па ни њему не може ускратити право да штити своје интересе. Уговорни орган приказује елементарно непознавање Закона о јавним набавама и Закона о управном поступку или намјерно заобилази чињенице и доказе које је уз жалбу доставио жалилац (извод и банке из којег је видљив пријенос средстава, мишљење Агенције за јавне набаве да овакав разлог не може представљате разлог за активирање гаранције за понуду). Жалилац тврди да жалба никако не може бити недопуштена, а да ли је основана или није - то је уговорни орган требао процијенити, односно утврдити улажењем у меритум, те исту или уважити или евентуално прослиједити Уреду за разматрање жалби. Жалилац на крају сматра да је његов правни интерес сасвим јасан, јер је учесник у овом поступку и оспорава законитост одлуке која се њега тиче, те наводи да ово одбацивање жалбе вјеројатно није из незнања уговорног органа, него да је то намјерно учињено, те тражи да се оваква понашања санкционишу.

Жалилац предлаже да се поништи спорни закључак и предмет врати на поновни поступак, те захтјева да му се надокнаде трошкови на име уплаћене накнаде за покретање жалбеног поступка.

Уговорни орган је доставио документацију из поступка набавке, уз изјашњење на жалбу, број: 02.07/3-44-ЈВ-033 од 14.01.2022. године у којем тврди и образлаже да је закључак законит.

Прије упуштања у разматрање жалбених навода овај орган је утврдио да је жалба допуштена, благовремена и изјављена од стране овлаштеног лица, све у складу са чланом 109. Закона о јавним набавкама (у даљем тексту: ЗЈН).

Овај орган је утврдио да су испуњени и формални услови за рјешавање по жалби у складу са члановима 105. и 108. став (3) ЗЈН.

Жалба је основана

У току жалбеног поступка изведени су докази, увидом у достављену документацију од стране уговорног органа и жалиоца, те су утврђене следеће неспорне чињенице:

- Уговорни орган је објавио обавјештење о набавци број 1179-1-2-272-3-175/21 од 18.08.2021. године, заједно са тендерском документацијом;
- Након проведеног поступка донесена је Одлука о избору најповољнијег понуђача број: 02.07/1-23-AF-017 од 25.11.2021. године;
- Да је напријед наведена одлука достављена жалиоцу дана 25.11.2021. године, што жалилац не спори;
- Да је тачком 8. ТД прописано да је изабрани понуђач дужан доставити доказе о испуњавању услова из члана 45. ЗЈН, у року од седам дана од дана пријема обавјештења о резултатима поступка јавне набавке;
- Да је уговорни орган доставио захтјев за плаћање по гаранцији за озбиљност понуде Уникредит банци, број 02.06/1-33-GM-002 од 07.12.2021. године, те да је од банка исплатила уговорном органу износ од 2.700,00 КМ, што уговорни орган не спори;
- Жалилац је, након сазнања о наплати гаранције (трансакцијом са рачуна жалиоца дана 21.12.2021. године) изјавио жалбу на поступак активирања банкарске гаранције, број 29/12-01/21 од 29.12.2021. године;
- Поступајући по напријед наведеној жалби, уговорни орган је донио спорни Закључак о одбацивању жалбе као недопуштене, број: 02.07/1-70-TS-030 од 04.01.2022. године, против којег жалилац изјављује жалбу директно овом органу;
- На захтјев овог органа, уговорни орган је доставио документацију из поступка јавне набавке са изјашњењем на наводе жалбе, број 02.07/3-44-JB-033 од 14.01.2022. године.

Међу странкама није спорна чињеница да изабрани понуђач, сада жалилац, није доставио документацију из члана 45. Став (2) ЗЈН, коју је био обавезан доставити у року од седам дана од дана пријема обавјештења о резултатима поступка. Није спорна ни чињеница да је уговорни орган наплатио износ од 2.700,00 КМ активирањем банкарске гаранције, те да је наплата извршена путем Уникредит банке дана 21.12.2021. године.

Међутим, жалилац спори закључак о одбацивању жалбе као недопуштене, тврдећи да уговорни орган не може одбацити жалбу изјављену на поступак активирања банкарске гаранције због недостатка активне легитимације, из разлога што неспорно има правни интерес за изјављивање жалбе, те да му је нанесена штета наплатом наведеног износа. Са друге стране уговорни орган у свом изјашњењу наводи да је имао основ за активирање гаранције, те да ју је активирао у складу са тачком 2 под ц) гаранције, односно у складу са тендерском документацијом, тачка 23. (Гаранција за озбиљност понуде) – „Достављена гаранција за понуду реализује се укључујући испуњење захтјева из члана 19. став (4) Упутства о примјени ЗЈН и у случају да понуђач не испоштује неки од услова наведених у тендерској документацији који је потребно испунити прије потписивања.

Увидом у Закључак о одбацивању жалбе као недопуштене, број: 02.07/1-70-TS-030 од 04.01.2022. године, овај орган је утврдио да је жалба истог жалиоца, изјављена на поступак активирања банкарске гаранције, одбачена као недопуштена из следећих разлога, како се наводи:

„Прије него се упустио у мериторно одлучивање, Уговорни орган је приступио провјери формалних претпоставки за улагање жалбе, које морају бити испуњене, како би се уопште приступило рјешавању, а односе се на условљене претпоставке у складу са Законом о управном поступку и чл. 101. Закона о јавним набавкама БиХ.

*Након што су предње претпоставке преиспитане, овај орган је увидом у достављену документацију, те анализом сваког доказа појединачно и у њиховој међусобној вези, а у односу на жалбене наводе и прописани законски поступак, утврдио да је потребно предметну жалбу одбацити, због недостатка активне легитимације **како је иста прописана одредбом чл. 97. Закона, а на основу чл. 111 ст. 1. б) Закона.***

Полазећи од навода жалитеља који поднесеном жалбом искључиво спори проведене радње поступка активирања банкарске гаранције на озбиљност понуде, овај орган увидом у спис утврђује да жалилац у конкретном случају није доказао или барем учинио вјероватним постојање чињеница и околности на којима заснива постојање правног интереса за подношење жалбе у конкретном случају и да му је таквим поступањем уговорног органа није проузрокована штета при околностима констатованим од стране уговорног органа.

Дакле, сматрамо да жалилац нема активну легитимацију, а како је активна легитимација материјална претпоставка, жалилац у конкретном поступку, а како и сам наводи у својој жалби, након достављене Одлуке о избору није у остављеном законском року доставио документацију дефинисану чланом 45. Закона о јавним набавкама БиХ.“

Као прво, овај орган налази да није правилан закључак уговорног органа да жалилац нема правни интерес за изјављивање жалбе, из простог разлога што је радњом активирања банкарске гаранције, односно подношењем захтјева за њено активирање, уговорни орган одлучио о појединачном праву жалиоца, односно одузео му је право на повратак банкарске гаранције након окончања поступка јавне набавке, у складу са чланом 5. Правилника о облику гаранције за озбиљност понуде и извршење уговора („Службени гласник БиХ“, број 90/14), те му је наплатио новчани износ по спорној гаранцији, чиме је жалиоцу неспорно могла бити нанесена штета у случају неоснованог активирања гаранције. Према стању списа, овај орган налази да поступак јавне набавке још није окончан у складу са чланом 69. Став (1) ЗЈН, тако да сваки учесник у поступку има правни интерес за додјелу уговора, док се у коначници не докаже супротно.

Уговорни орган у образложењу спорног закључка наводи да жалилац спори искључиво проведене радње поступка активирања банкарске гаранције за озбиљност понуде, те на основу ове чињенице темељи свој став о недостатку активне легитимације, занемарујући напријед наведену чињеницу да је ипак одлучио о правима жалиоца у поступку јавне набавке.

Уговорни орган се позива у образложењу спорног закључка на члан 97., као и на члан 111. Став (1) тачка б) ЗЈН који се односи на овлаштења Канцеларије за разматрање жалби да одлучује о недостатку активне легитимације, те није јасно из којег правног основа црпи своја овлашћења за доношење закључка по овом основу.

Даље, у изјашњењу на наводе жалбе, уговорни орган не брани свој став у вези са чињеничним стањем које се односи на одлуку да одбаци жалбу због непостојања активне легитимације, него се изјашњава у меритуму ствари, оправдавајући своје право да активира банкарску гаранцију. Уговорни орган не може истовремено одбацивати жалбу због процесних недостатака у складу са чланом 100. Став (2) ЗЈН, а при том, у истом поступку по жалби истицати неоснованост жалбе, а поступање у случају

неоснованости жалбе је прописано ставом (5) истог члана, што упућује на нејасно и контрадикторно поступање уговорног органа по изјављеној жалби.

Имајући у виду све напријед наведено, а прије свега чињеницу да жалилац неспорно има активну легитимацију за изјављивање жалбе, **жалбени навод је основан.**

У поновном поступку уговорни орган је дужан поступити по жалби жалиоца изјављеној на поступак активирања банкарске гаранције за озбиљност понуде, број 29/12-01/21 од 29.12.2021. године, примјењујући правилно одредбе члана 100. ЗЈН, све у складу са упутствима и ставовима овог органа утврђених у овом рјешењу.

На основу напријед наведеног, одлучено је као у диспозитиву, у складу са чланом 111. став (1) тачка д) Закона о јавним набавкама и чланом 230. став (2) Закона о управном поступку („Службени гласник БиХ", број 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16).

Повратуплаћених средстава по основу накнаде за покретање жалбеног поступка, у износу од 2.000,00 КМ, извршиће се посебним актом, у складу са чланом 108. став (7) Закона о јавним набавкама и чланом 4. Инструкције о начину уплате, контроле и повратанакнада прописаних чланом 108. Закона о јавним набавкама.

Упутство о правном средству

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
Марко Колобарић, дипл. правник

Доставити:

1. „Eurosan" д.о.о. Мостар, Бишће поље бб, 88000 Мостар
2. ЈП „Комунално Брчко" д.о.о. Брчко дистрикт, Студентска 13, 76100 Брчко
3. Евиденцији
4. а/а