БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ
Филијала Бања Лука
ПРИМЉЕНО: 08-03-2022
Организациона јединица | Број | Година | Број жалбе
ЈН2-02-07-1-1791-9/20

Број: С1 3 У 036783 20 У
Сарајево, 3.3.2022. године

Суд Босне и Херцеговине у Сарајеву, у вијећу за управне спорове састављеном од судија Јадранке Брењо, као предсједника вијећа, Љиљане Лаловић, и Жељке Крмек, као чланова вијећа, уз судјеловање Енисе Имамовић као записничара, у управном спору тужиоца Градпром д.о.о. Србац, улица Моме Видовића бб, којег заступа пуномоћник Миле Антонић из Бања Луке, улица Веселина Маслеше б.б, против рјешења број: ЈН2-02-07-1-1791-8/20 од 13.8.2020.године, тужене Канцеларије за разматрање жалби БиХ, филијала Бања Лука, улица Јована Дучића број 23/1, у управној ствари јавне набавке, на нејавној сједници одржаној дана 3.3. 2022.године, донио је сљедећу:

П Р Е С У Д У

Тужба се уважава, оспорено рјешење поништава и предмет враћа туженој на поновно одлучивање.

Обавезује се тужена да тужиоцу надокнади трошкове управног спора у износу од 977,50КМ у року од 30 дана од дана достављања пресуде.

О б р а з л о ж е њ е

Оспореним рјешењем одбијена је као неоснована тужиочева жалба изјављена против тендерског документа, у поступку набавке радова у шумарству: санација шумских камионских путева на ШПП Которварошком број: 11.09/0207-1959/2020, уговорног органа ЈПШ „Шуме Републике Српске" а.д. Соколац, Шумско газдинство „Врбања" Котор Варош. Одбијен је као неоснован захтјев за поврат уплаћене накнаде за покретање жалбеног поступка у износу од 500,00КМ као и

захтјев за накнаду трошкова састава жалбе по пуномоћнику у висини од 1.316,25КМ.

Против оспореног рјешења тужилац је покренуо управни спор због погрешне примјене материјалних прописа и погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања. Погрешно је тужени примијенио материјални пропис, по схватању тужиоца, јер је тендерски документ (ТД) сачинио супротно одредбама члана 48. Закона о јавним набавкама БиХ. Наиме, у тачки 7.3. ТД уговорни орган је прописао да понуђачи доставе референс листу издату од стране ЈПШ Шуме РС, или неког другог уговорног органа, који се бави пословима исте или сличне природе, на који начин је најгрубље извршио 48. став 1. и 2. Закона о јавним набавкама БиХ („Службени гласник БиХ", број 39/14, у даљем тексту ЗЈН). Тужбом указује да уговорни орган није дефинисао за који период се тражи референс листа, а конкуренцију је ограничио када је захтјевао референс листу од стране ЈПШ Шуме, јер постоје понуђачи који имају реализованих уговора за наручиоце, који нису уговорни орган у смислу ЗЈН, јер нису јавни орган, у смислу одредбе члана 2. и 4. тог закона. Тужена наведени приговор образлаже на начин да у тендерском документу нису дате упуте да се потврда издаје од уговорног органа, него нису искључени понуђачи који су реализовали уговоре за наручиоце као подизвођаче. Сматра да је погрешно становиште тужене да нема повреде члана 48. став 2. ЗЈН због чињенице да је у односу на доказе техничке и професионалне способности користио термин „референс листе" умјесто „списак извршених уговора", због чега тужилац налази да уговорни орган није дефинисао јасно и прецизно да су понуђачи дужни доставити кумулативно и списак извршених уговора и потврду о њиховој реализацији. Надаље истиче да уговорни орган није навео у ТД да се ради о некатегорисаним путевима, за коју грађевинску дозволу издаје орган јединице локалне самоуправе, па тужилац није могао ни знати који дио подзаконског акта се односи на потребан број радника. Тужени није дао одговор на све жалбене приговоре тужоца, јер се поставило питање који број радника мора да има потенцијални понуђач да би испунио услове у погледу техничке и професионалне способности, односно која је то квалификација радника потребна. Указује да је чланом 21. Правилника о условима за издавање лиценци и одузимање лиценци учесника у грађењу прописано прибављање лиценци о испуњености услова за грађење, те су наведеним чланом прописане двије врсте лиценци за извођење радова у области нискоградње. Стога налази да тендерски документ није сачињен у складу са чланом 53. став 1. Закона о јавним набавкама БиХ и чланом 2. став 1. Упутства за припрему модела тендерског документа и понуда. Даље, услов у погледу захтјева ТД да списак радика овјерен од надлежне пореске управе представља доказ да понуђач испуњава услове преференцијалног третмана домаћег у складу са Одлуком Савјета министара БиХ, је конфузан, контрадикторан непрецизан и нејасан, јер се поставља питање да ли наведени услов уговорни орган

тражи као доказ рпеференцијалног третмана или техничке и професионалне способности. Коначно, уговорни орган у ТД није јасно навео да су понуђачи у сврху испуњавања тачке 7.1.3. ТД дужни, поред осталог, доставити и увјерење Суда БиХ о испуњености услова из члана 45. ЗЈН. Слиједом наведеног, тужилац предлаже да суд тужбу уважи, поништи оспорено рјешење и предмет врати на поновни поступак туженој и обавеже га на накнаду рошкова управног спора у износу од 877,50КМ и таксе на тужбу и пресуду по одлуци суда.

У одговору на тужбу тужена и уговрни орган су предложили да се тужба одбије као неоснована, у цјелости остајући код разлога оспореног акта. Уговорни орган у свом изјашњењу наводи да је у тендерском документу јасно прописао услов који се односи на тражени списак и референс листе у односу на техничку и професионалну способност, те указује да је захтијевао и да се достави потврда од стране понуђача, као уговорног органа или неког другог уговорног органа у земљи или окружењу на који начин није ограничио конкуренцију. Даље је навео и да је одредбе које се односе на списак радника овјерен од стране надлежне пореске управе, уговорни орган дефинисао на основу Правилника о условима за издавање и одузимање лиценци, а из предмета је потпуно јасно да се ради о санацији шумских камионских путева, па је јасно и који дио поменутих подзаконских акта се односи на број потребних квалификованих радника. Дакле уговорни орган истиче да је у потпуности дао јасне и прецизне информације у погледу дефинисања тендерског документа.

Суд је испитао законитост и правилност рјешења у границама одредбе члана 35. Закона о управним споровима БиХ („Службени гласник БиХ" број: 19/02. до 74/10), па је одлучио као у изреци пресуде, из сљедећих разлога:

Како то произлази из података списа предмета, оспореним рјешењем одбијена је као неоснована тужиочева жалба изјављена против тендерског документа, у поступку набавке радова у шумарству: санација шумских камионских путева, како је наведено обавјештењем о јавној набавци број 1172-1-3-67-3-865/20 од 10.7.2020. године. Према образложењу побијаног рјешења, тужена је оцијенила да је уговорни орган захтјев из тачке 7.3.1 е) ТД дефинисао јасно и у складу са чланом 48. став 2. и 3. Закона о јавним набавкама БиХ, те да чињеница да је користио термин „референс листа" умјесто „списак" не утиче на конкретни услов, јер се ради о терминима који имају исто значење и представљају извјештај, односно обавјештење о реализованим уговорима. Стога, по схватању туженог уговорни орган није дискриминисао понуђаче ни у случају када је навео да се потврда о успјешној реализацији прибавља од уговорног орана у земљи или окружењу, јер уговорни орган није тумачио појам „уговорни орган" па самим тим није искључио потенцијалне понуђаче без обзира да ли се

ради о подизвођачима или привредним друштвима чији основачи су физичка лица. У односу на жалбени приговор да је нејасно прописан услов из тендерског документа, тачка 7.3.1. ц), указује да је уговорни орган овај услов прописао у складу са Правилником о условима за издавање лиценце учесника у грађењу, цијени да је законито прописан и услов из тачке 7.1.3. а) ТД, те да је ТД документ у потпуности сачињен у складу са чланом 53. став 1. Закона о јавним набавкама БиХ, због чега је одлука оспореног акта донесена позивом на одредбу члана 93. 104. и 111. Закона о јавним набавкама БиХ.

По оцјени овог управног вијећа приговорима из тужбе доведена је у питање законитост побијаног рјешења.

Према одредби члама 53. Закона о јавним набавкама БиХ("Службени гласник БиХ" број: 39/14) уговорни орган дужан је припремити тендерску документацију у складу с одредбама овог закона и подзаконским актима, у тендерској документацији даје потпуне информације о условима уговора и поступку додјеле уговора, а који су понуђачима довољни за припрему захтјева за учешће, односно понуда на стварно конкурентској основ, те, у смислу члана 48. Закона, уговорни орган може, зависно од врсте, количине или обима, или намјене предмета набавке, захтијевати доказе који се односе на техничку и професионалну способност. Ако уговорни орган захтијева доказ о уредно извршеним уговорима, тај доказ подноси се у форми списка извршених уговора, уз потврду коју даје друга уговорна страна о њиховој реализацији. У случају да се таква потврда из објективних разлога не може добити од уговорне стране која није уговорни орган, вриједи изјава привредног субјекта о уредно извршеним уговорима, уз предочавање доказа о учињеним покушајима да се такве потврде осигурају.

Из тендерског документа је видљиво да је тачком 7.3.1. е) уговорни орган прописао да понуђачи треба да доставе доставе референс листу издату од стране ЈПШ Шуме РС или „неког другог уговорног органа у земљи ли окружењу за које је понуђач изводио послове исте или сличне природе." Даље је, у другом пасосу исте тачке, прецизирано да референс листа представља потврду о уредно извршеним уговорима, са подацима које мора садржавати, а у сљедећем пасосу је упутство да, у случају да се таква потврда не може добити од уговорне стране која није уговорни орган, важи изјава привредног субјекта о уредно извршеним уговорима. Оваква фромулација, и по налазу овог суда, заиста не оставља дилему ни у погледу околности шта представља референс листа, ни у погледу навода да ТД није тражила потврду о реализованим уговорима, али ни не ограничава конкуренцију на начин како тужилац приговара, имајући у виду прецизније одредебе које се односе на подизвођаче, из члана 75. ЗЈН, па су потпуно и за ово вијеће прихватљиви разлози које је тужена дала у оспореном акту.

Није основан ни тужиочев приговор који се односе на тумачење и примјену одредби члана 45. став 1. тачка а). Закона о јавним набавкама БиХ. Наиме, у тендерском документу, у тачки 7.1.3. а) уговорни орган је прописао да је понуђач којем буде додијељен уговор обавезан доставити увјерење надлежног суда да му у кривичном поступку није изречена правоснажна пресуда којом је осуђен за кривично дјело учешћа у криминалној организацији, за корупцију, превару или прање новца.

Како се у пракси појавило питање надлежности суда који издаје предметна увјерења, односно да ли их издаје Суд БиХ или је то и у надлежности других судова у Босни и Херцеговини, Суд БиХ је у више својих пресуда расправио ово питање (види пресуда број С1 3У 033614 19 У од 18.3.2021. године), појаснио да не постоји јединствени регистар изречених казни за ову врсту кривичних дјела за територију БиХ, да је надлежан сваки суд коме је Законом о судовима ентитета, доносно Брчко Дистрикта дато овлаштење да суди у одређеним случајевима, да су ова дјела, осим Кривичним законом Босне и Херцеговине предвиђена и ентитетским кривичним законодавством Нпр. Законом о судовима у Републици Српској („Службени гласник Републике Српске", бр. 37/2012, 14/2014 - одлука Уставног Суда, 44/2015, 39/2016 - одлука Уставног Суда и 100/2017) одређена је надлежност основних судова за суђење у кривчним предметима за кривична дјела за која је законом прописана као главна казна– новчана казна или казна затвора до 10 година, а за надлежност окружног суда за кривична дјела за које се може изрећи казна затвора у дужем трајању. Одредбама члана 263, 230, 336, 321... Кривичног законика Републике Српске („Службени гласник РС", број 64/17) прописана су дјела на која се позива одредба члана 45. ЗЈН, надлежни су општински и окружни судови, а у Федерацији Босне и Херцеговине општински и кантонални судови, имајући у виду одговарајуће одредбе посебних закона у том ентитету, због чега увјерење које изда само Суд БиХ не може бити довољно за утврђење да правно лице није осуђено за кривична дјела из члана 45. Закона о јавним набавкама.

Дакле, за доказивање траженог услова из наведеног члана ЗЈН потребно је доставити увјерење издато од стране суда по мјесту сједишта понуђача, поготово ако се има у виду да би тај суд био надлежан у највећем броју случајева, имајући у виду одредбе о мјесној надлежности и принцип forum delicti commissi, дакле према мјесту на чијем подручју је кривично дјело извршено, а то би, у претежном броју случајева, било мјесто сједишта правног лица или пребивалиште физичког лица.

О овом правном питању које се појавило у великом броју предмета јавне набавке, те о свом ставу, овај Суд је обавијестио и Агенцију за јавне набавке, која је одговарајуће мишљење поставила и

на своју web страницу, а ради упућивања понуђача да употпуне своје понуде и учине их, у односу на овај захтјев, конкурентним, односно да би се избјегао превелики терет на страни понуђача, а у поступку утврђења који суд је надлежан суд.

Ово, међутим, не утиче на чињеницу која се тиче предметне тендерске документације. Она је, како је правилно закључио и тужени орган, у потпуности сачињена на начин прописан Законом о јавним набавкама, чланом 45, јер управо тај закон задржава одредницу „надлежан орган" и не обавезује ниједном одредбом уговорни орган да то и прецизира, што је и прихватљиво имајући у виду право на равноправно учешће и домаћих и страних понуђача, те могуће другачије регулисање надлежности у земљама из којих понуђачи потичу.

Супротно већ наведеном, по схватању овог управног вијећа, прихватљив је приговор у односу на тачку 7.3.1. ц) тендерског документа, с обзиром да је уговорни орган број квалификованих запослених радника дефинисао на начин који се везује за услов за добијање лиценце, како је прописано материјалним прописима. Тужена је опширно појаснила да је Правилником о условима за издавање и одузимање лиценце учесника у грађењу („Службени гласник РС", број 70/13 и 24/15) прописан број радника које правно лице мора имати у сталном радном односу да би добио лиценцу, али је изгубила из вида двије чињенице, прва, да одредба члана 46. ЗЈН као услов за доказивање способности за обављање професионалне дјелатности може захтијевати само да учесници докажу своју регистрацију у професионалним или другим регистрима земље у којој су регистровани и другу, да се учесницима ставља претјеран терет у погледу познавања свих материјалних прописа у одређеној области, а при том се, имајући у виду обавезу из члана 3. ЗЈН, те одредбе члана 2.став 1.тачка 3ц) под учесницима се сматрају сви привредни субјекти и то правна и физичка лица, те групе таквих лица, које на тржишту нуде робе, услуге и радове, а регистровани су за обављање дјелатности, па се као учесници могу појавити и страна правна и физичка лица, која, по логици ствари, не морају знати све услове за добијање лиценце како су прописани домаћим прописом. Стога ти подаци, бар када се односе на број кавалификоваих радника, морају ити јасно ипотпуно унесени у тендерску документацију.Позивајући на наведени правилник, уговорни орган је дао простор за различито тумачење да ли постављени услов може задовољити један, осам или више радника што је супротно одредби члана 51. став 1. тачка д). Закона о јавним набавкама БИХ.

Слиједом наведеног, тужбу је требало уважити као основану а предметно рјешење поништити, јер је донесено погрешном примјеном материјалног прописа, Закона о јавним набавкама БИХ, а примјеном одредби члана 37. став 2. у вези са чланом 34. став 2. Закона о

управним споровима БиХ(„Службени гласник БиХ" број: 19/02 до 74/10),. У поновном поступку, тужена ће у складу са упутама из пресуде донијети нову закониту одлуку, правилном примјеном материјалног прописа.

С обзиром да је тужба основана, у складу са чланом 61.Закона о управним споровима БиХ („Службени гласник БиХ" број: 19/02 до 74/10) тужиоцу припадају потраживани трошкови управног спора. Трошкови се односе на састав тужбе по пуномоћнику, адвокату, у износу од 750,00 КМ по Адвокатској тарифи РС („Службени гласник РС", број 68/05), и сачињава их накнада за састав тужбе у износу од 600,00 КМ (300 бодова x 2,00 КМ- тарфини број 3) увећано за износ паушала од 25%, што износи 150,00 КМ, односно 750,00 КМ, као и износ од 127,00КМ ПДВ-а (17%) и накнада на име судске таксе у износу од 100,00КМ, укупно 977,50КМ.

ZAPISNIČAR
Enisa Imamović

PREDSJEDNIK VIJEĆA
SUDIJA

Jадранка Брењо

