BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANJE ŽALBI

BOSNA I HERCEGOVINA
KANCELARIJA ZA RAZMATRANJE ŽALBI

BOSNIA AND HERZEGOVINA
PROCUREMENT REVIEW BODY

Broj: JN2-01-07-1-56-9/22
Datum: 24.02.2022. godine

Kancelarija za razmatranje žalbi, rješavajući po žalbi potencijalnog ponuđača „ELCOM" d.o.o. Tuzla, zastupanom po punomoćniku Miroljubu Radomiroviću, advokatu iz Tuzle, izjavljenoj na Odluku broj 02-40759/21 od 22.12.2021. godine, Ugovornog organa JP Elektroprivreda Bosne i Hercegovine d.d. Sarajevo, u postupku javne nabavke radova na izgradnji postrojenja za odsumporavanje dimnih gasova na bloku 6 sa izradom glavnog projekta u Termoelektrani Tuzla, Obavještenje o nabavci broj 986-5-3-438-3-503/21, na osnovu člana 111. Zakona o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH", broj 39/14) i člana 230. Zakona o upravnom postupku („Službeni glasnik BiH", br. 29/02, 12/04, 93/09 i 41/13) na plenarnoj sjednici Kancelarije za razmatranje žalbi, održanoj dana 24.02.2022. godine, donijela je

R J E Š E NJ E

1. **Usvaja se žalba** potencijalnog ponuđača „ELCOM" d.o.o. Tuzla i **poništava se postupak javne nabavke u potpunosti.**
2. O povratu sredstava uplaćenih na ime naknade za pokretanje žalbenog postupka ovaj organ donijeće posebno rješenje.
3. Zahtjev žalioca zastupanog po punomoćniku Miroljubu Radomiroviću, advokatu iz Tuzle, za naknadu troškova žalbenog postupka usvaja se u iznosu od 240,00 KM.
4. Obavezuje se ugovorni organ JP Elektroprivreda Bosne i Hercegovine d.d. Sarajevo da u roku od 15 dana od dana prijema ovog rješenja nadoknadi troškove žalbenog postupka u iznosu od 240,00 KM.

O B R A Z L O Ž E NJ E

Ugovorni organi JP Elektroprivreda Bosne i Hercegovine d.d. Sarajevo, u postupku javne nabavke radova na izgradnji postrojenja za odsumporavanje dimnih gasova na bloku 6 sa izradom glavnog projekta u Termoelektrani Tuzla, Obavještenje o nabaci broj 986-5-3-438-3-503/21, donio je dana 22.12.2021. godine Odluku broj 02-40759/21 kojom je usvojio kao djelimično osnovanu žalbu potencijalnog ponuđača „ELCOM" d.o.o. Tuzla izjavljenu na Tendersku dokumentaciju.

Žalilac „ELCOM" nezadovoljan sadržajem Odluke, izjavio je žalbu protiv iste tražeći da se žalba usvoji i tenderska dokumentacija izmjeni, a koja je putem ugovornog organa u skladu s članom 107. Zakona o javnim nabavkama, proslijeđena ovom organu na postupanje i zaprimljena kod istog dana 10.01.2022. godine.

Žalilac u žalbi ističe navode:

1. Visoka procijenjena vrijednost nabavke nije preduslov za pokretanje takmičarskog dijaloga prema članu 30. Stav 2) pod a) i b). Ugovorni organ provodi i nabavke veće vrijednosti putem drugih vrsta postupaka javne nabavke. Angažovanje konsultanta ne predstavlja dokaz da se radi o složenom postupku nabavke. U pozivu za dostavljanje zahtjeva za učešće se uopšte ne spominje ništa u vezi sa izborom tehnologije, tehničkih rješenja i drugih detalja vezanih za izgradnju postrojenja za polusuho odsumporavanje, niti o načinu na koji će se vršiti izbor tehnologije, tehničkih rješenja, kriterijumu i slično. Naprotiv, svi detalji vezano za uslove koji su propisani za vođenje takmičarskog dijaloga, u ovom postupku su već definisani. Angažovani konsultant će napraviti tehničko rješenje za javnu nabavku a finansijski detalji su već poznati, pa je nejasno o čemu će se pregovarati u ovom postupku.

Dakle, poziv za učešće u ovom postupku ne sadrži informacije o provođenju dijaloga, niti o načinu kako će se ocijeniti pojedina tehnička rješenja, i šta ponuđaču u tom smislu trebaju obrazložiti. Objavljeni poziv je identičan kao da se radi o otvorenom ili ograničenom postupku. Poziv ne predvidja ocjenu tehničkih rješenja, diskusiju, način odbacivanja ili zahtjeve za pojašnjenje ili slično.

2. Ovim postupkom ugovorni organ nije isključio konsultanta iz postupka nabavke, što je bio obavezan. Konusultant u ovom postupku će istovremeno i evaluirati svoju ponudu, jer mu je to obaveza iz ugovora o angažovanju konsultanta. Isto je protivno članu 68. Stav 2) ZJN. Pozivanje ugovornog organa na član 52. Stav (5) ZJN je neosnovano, jer se u ovom članu govori o terminu učestovao, dakle u prošlom vremenu, a u konkretnom slučaju konsutlatn u ovom postupku još uvijek učestvuje u učestvovaće jer će vršiti evaluaciju ponuda.

3. Kako izmjena tenderske dokumentacije prema ožalbenoj odluci nije objavljena, a navedeno je da se žalbeni navod djelimično usvaja, te da nije izričito navedeno u kojem dijelu se žalbeni navod odbija, ne možemo predvidjeti u kom dijelu žalbeni navod nije usvojen, te ga je potrebno u potpunosti usvojiti.

4. Predvidjanje plaćanja vodećem partneru u konzorcijumu ograničava grupu ponuđača, jer niti zakon niti podzakonski akti ne ograničavaju naplatu isključivo na račun vodećeg partnera. Opravdanje ugovornog organa da zadržava pravo da u kompleksnim postupcima zathejva plaćanje lideru konzocija ne stoji i ne opravdava uslov. Ugovorni organ ne odgovara na suštinu žalbenog navoda žalioca. Izjašnjenje se fokusira na odgovornosti članova grupe što nije predmet žalbenog navoda.

5. Licence/ovlaštenja se ne mogu zahtijevati u okviru kvalifikacije/sposobnosti kandidata već se mogu isljućivo postaviti kao uslov za potpisivanje ugovora. Ugovorni organ se na dio navoda ne osvrće već ističe samo činjenicu da isto nije ni tražio u fazi kvalifikacije. Pojam dodatni uslovi za sposobnost nije u skladu sa zakonom, jer zakon te dokumente ne predviđa u okviru kvalifikacija i sposobnosti.

6. Ugovorni organ se u ožalbenoj odluci ne osvrće na suštinu žalbenog navoda žalioca. Naime, suština žalbenog navoda nije međusobna veza finansijskih izvještaja već svrha koja se želi postići dostavom tih dokumenata u pogledu kvalifikovanosti kandidata. Nejasno je šta se želi postići dostavljanjem seta izvještaja koji čine 5 finansijskih izvještaja i šta iz istih ugovorni organ može vidjeti kad je uslov postavljen na način da je potreban promet u zadnje 3 finansijske godine u iznosu ne manjem od 100.000.000,00 KM. Sve navedeno se može vidjeti iz Bilansa uspjeha, bez dostavljanja traženih finansijskih izvještaja.

7. Postavljeni uslov iz tačke 4. Na stranici 14 Poziva nije pokazatelj likvidnosti i plative sposobnosti kandidata, niti je promet pokazatelj uspješnosti poslovanja kandidata.

8. Zakon o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine propisao je jasno šta potvrda o urednom izvršenju ugovora mora sadržavati, te nema mjesta za zahtjev ugovornog organa da

ista treba da sadrži Podatke o dostignutoj efikasnosti izgrađenog postrojenja za odsumporavanje, niti navode o urednom izvršenom ugovoru usklađenom sa zahtjevima Direktive o industrijskim emisijama 2010/75/EU (IED).

9. U odredbama Zakona o javnim nabavkama kao ni odredbama Zakona o obligacionim odnosima ne postoji utemeljenje u tumačenju da se u slučaju grupe ponuđača referenca dijeli na udjele i vrste poslova svake od članova.

10. Zahtjev ugovornog organa za dostavljanjem potvrde o urednom izvršenju ugovora u realizaciji najmanje 1 ugoovra na poslovima .....polusuhog odsumporavanja je ograničavajući, te žalilac ne nalazi zašto zahtjev nije postavljen na način da se omogući iskustvo na suhom ili mokrom odsumporavanju, jer se radi o rijetkom projektu.

11. Nejasno je na osnovu kojih propisa je ugovorni organ zatražio kvalifikacije osoblja kao što je navedeno u tabeli na stranici 15 TD. Na osnovu čega je zatraženo iskustvo za vođu projekta i zamjenika od 15, odnosno 10 godina radnog iskustva. Ugovorni organ ne navodi na osnovu čega je došao do podataka i zahtjeva za ključno osoblje, već za isto koristi termin uobičajeno radno iskustvo. Ovako postavljeni uslov je nelogičan i djeluje ograničavajuće na konkurenciju, posebno imajući u vidu da se od ponuđača traži iskustvo u proteklih 5 godina, dok se za osoblje traži znatno duže iskustvo.

12. Iz člana 51. ZJN vidljivo je da se ne odobrava dostava imena i prezimena ljudi koji će biti angažovani u trenutku realizacije ugovora jer to nije ni moguće potvrditi. Zakon odobrava da se od ponuđača u postupku nuđenja traži izjava ali ne i dostava diploma, sertifikata, stručnih ispita i ostalo. Tražimo da se izmjeni tenderska dokumentacija na način da se od ponuđača zahtijeva isključivo izjava da će imati na raspolaganju neophodno osoblje za realizaciju predmetnog ugovora bez odstave konkretnih imena osoblja.

Ugovorni organ dostavio je izjašnjenje broj 02-431/22 od 07.01.2022. godine u kojem je predložio da se žalba odbije kao neosnovana po svim žalbenim navodima.

Ovaj organ je po službenoj dužnosti, prije razmatranja žalbe, utvrđivao dopuštenost, blagovremenost, te da li je žalba izjavljena od strane ovlaštene osobe, shodno članu 109. stav (1) Zakona o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH", broj 39/14) i članu 227. stav (1) Zakona o upravnom postupku („Službeni glasnik BiH", br. 29/02, 12/04, 93/09 i 41/13).

Pored navedenog ovaj organ je prije razmatranja žalbe utvrđivao ispunjenost uslova u smislu odredbe člana 105. i člana 108. Zakona o javnim nabavkama i utvrdio da su ispunjeni uslovi za postupanje po istoj na način kako definišu odredbe navedenih članova Zakona.

Žalba je osnovana.

Ovaj organ je uvidom u dostavljenu dokumentaciju, te analizom svakog dokaza pojedinačno i u njihovoj međusobnoj vezi, a u odnosu na žalbene navode, izjašnjenje ugovornog organa po navodima i zakonske odredbe, utvrdio da je potrebno usvojiti žalbu potencijalnog ponuđača „ELCOM" d.o.o. Tuzla i poništiti postupak javne nabavke u potpunosti iz sledećih razloga:

Razmatrajući prvi i drugi žalbeni navod žalioca koji se odnosi na tvrdnju da ugovorni organ u ovom postupku javne nabavke nije imao osnov za odabir takmičarskog dijaloga kao vrste postupka javne nabavke, te tvrdnje da je konsultant trebao biti isključen iz postupka javne nabavke, ovaj organ je izvršio uvid u spis predmeta.

Žalilac u žalbi ističe da ugovorni organ u Pozivu za dostavljanje zahtjeva za učešće nije ostavio mogućnost bilo kakvih pregovora, odnosno vođenja dijaloga o bilo kojem uslovu ove javne nabavke, a takođe je ugvoorni organ propisao kriterijum za dodjelu ugovora Ekonomski najpovoljnija ponuda. Žalilac smatra da Poziv ne predviđa nova rješenja, već izvođača koji će radove izvoditi prema idejnom projektu konsultanta, a konsultant je paralelno angažovan i na ocjeni dostavljenih ponuda izvođača u ovom postupku, što je vidljivo iz Poziva. Takođe ističe da Poziv jasno vrednuje kriterijume prema kojima će se vrednovati ponude, te nije jasno zašto je odabran takmičarski dijalog. Ugovorni organ je odabrao tehničko rješenje „odsumporavanje polusuhim postupkom" i ponuđači trebaju ponuditi to rješenje i garantovane parametre koje njihovo postrojenje može positći.

Žalilac takođe smatra da je konsultant trebao biti isključen iz postupka ove javne nabavke imajući u vidu da će isti vršiti evaluaciju ponuda.

U izjašnjenju na žalbeni navod ugovorni organ ističe da je angažovani konsultant bio u obavezi da istraži metode odsumporavanja i predloži odgovarajuću tehnologiju odsumporavanja. Kao konačna metoda predložena je metoda polusuhog odsumporavanja i više različitih tehnologija. Dakle, ostaje otvoreno pitanje tehnologije u okviru polusuhe metode odsumporavanja. Predmet žalbe na ovu tendersku dokumentaciju ne može biti pitanje drugog ugovora koji ima ugovorni organ.

Povodom dijela žalbenog navoda koji se odnosi na zahtjev za isključenje konsultanta iz ovog postupka javne nabavke ugovorni organ ističe da isto ne može unaprijed uraditi, već da je neophodno da licu koje je učestvovalo u tehničkim konsultacijama pruži priliku da dokaže da njegovo učešće u postupku nije pružilo priliku za bilo kakvu prednost određenom ponuđaču.

Uvidom u Poziv za dostavljanje zahtjeva za učešće ovaj organ je utvrdio da je u istom navedeno, između ostalog, da je kriterijum dodjele ugovora ekonomski najpovoljnija ponuda, te su u daljem tekstu razrađeni ekonomsko finansijski uslovi na način da je navedeno da će se ocjena finansijskih uslova izvršiti na osnovu minimalnog orka otplate od 10 godina i bodovaće se na sledeći način.....

Dalje su postavljeni tehničko tehnološki uslovi te je navedeno da će se ugovor dodjeliti dobavljaču koji je dostavio najbolje ocijenjenu prihvatljivu ponudu, te su određeni uslovi i način plaćanja.

Dio 10. Poziva se odnosi na tehnički dio-opis projekta.

Članom 30. Stav (1) Zakona o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH", broj 39/14) propisano je da je izbor takmičarskog dijaloga dopušten ako je riječ o naročito složenom predmetu nabavke i ako zaključivanje ugovora nije moguće putem otvorenog ili ograničenog postupka javne nabavke.

Stavom (2) istog člana propisano je da se predmet nabavke u smislu odredbe stava (1) ovog člana smatra naročito složenim ako ugovorni organ objektivno nije u mogućnosti da navede:

a) Tehničke specifikacije (tehničke opise predmeta nabavke) kojima može zadovoljiti svoje potrebe i zahtjeve; i/ili
b) Pravne i/ili finansijske uslove ugovora.

Članom 68. Stav (2) Zakona o javnim nabavkama propisano je da se zahtjev za učešće, odnosno ponuda kandidata/ponuđača ili grupe kandidata/ponuđača koji su direktno ili indirektno učestvovali u pripremi postupka javne nabavke biće odbačena u slučaju iz člana 52. Stava (7) ovog Zakona.

Članom 52. Stav (7) Zakona o javnim nabavkama propisano je da prije odbacivanja zahtjeva za učešće, odnosno njegove ponude, kandidat/ponuđač mora imati priliku da dokaže da njegovo učestvovanje u tehničkim konsultacijama ne ograničava konkurenciju.

Cijeneći gore navedeno činjenično stanje postupka i relevantne odredbe Zakona, ovaj organ smatra da ugovorni organ nije pružio jasno i nedvosmisleno obrazloženje u pogledu činjenica koje se odnose na razloge za odabir takmičarskog dijaloga kao postupka javne nabavke u ovom slučaju.

Evidentno je da je sporno pitanje među strankama u postupku pitanje da li tekst Poziva za dostavljanje zahtjeva za učešće sadrži odredbe iz kojih bi se moglo zaključiti šta je predmet dijaloga između ugovornog organa i kandidata, kao i pitanje da li uopšte ovaj postupak može da se provodi putem takmičarskog dijaloga.

Sa jedne strane žalilac ističe da nema prepreka da se ovaj postupak provede putem otvorenog ili ograničenog postupka, jer prema njegovim tvrdnjama ugovorni organ nema o čemu da vodi dijalog jer raspolaže svim potrebnim činjenicama u postupku, zanivajući svoje tvrdnje na ukazivanju na dijelove Poziva za dostavljanje ponuda gdje su prema njegovom stavu dati svi potrebni podaci. Svoje tvrdnje žalilac temelji takođe na postojanju ugovora između ugovornog organa i konsultanta i obavezama koje iz njega proističu, jer kako ističe obaveza konsultanta je da ponudi tehničko rješenje za ovaj postupak javne nabavke i tvrdnji da je ugovorni organ jasno propisao finansijske i pravne aspekte ugovora. Žalilac dalje na ovaj žalbeni navod nadovezuje i pitanje isključenja konsultanta iz ovog postupka jer je planirano da isti vrši evaluaciju ponuda.

Sa druge strane, ugovorni organ ističe da se radi o složenoj javnoj nabavci, te da je konsultant predložio metodu polusuhog odsumporavanja, ali da je ostalo otvoreno pitanje dijaloga o tehnologijama unutar polusuhe metode. Takođe ističe da mora pružiti priliku konsultantu da dokaže da njegovo učešće u postupku nije pružilo priliku za bilo kakvu prednost određenom ponuđaču.

Na tvrdnju žalioca da Poziv za dostavljanje zahtjeva za učešće ne sadrži odredbe o čemu će se voditi dijalog sa kandidatima, ugovorni organ propušta dati nedvosmislen odgovor. Ovaj organ ističe da su članom 30. Stav (2) ZJN propisani uslovi čijim ispunjenjem se ima smatrati da se radi o naročito složenom predmetu nabavke. Osnovano žalilac ukazuje na činjenicu da je Pozivom za dostavljanje zahtjeva za učešće jasno razrađena namjera ugovornog organa koja se odnosi na plaćanje, odnosno na odgođeno plaćanje, dok Poziv za dostavljenje zahtjeva za učešće ne sadrži elemente o vođenju dijaloga o tehničkim rješenjima.

Dakle, iz navedenog jasno je da ugovorni organ u potpunosti propušta da se osvrne na suštinu žalbenog navoda žalioca, i tvrdnju da je u Pozivu jasno definisao kako tehnologiju, tako i finansijske aspekte ugovora. Osnovano žalilac ukazuje i na činjenicu da visoka procijenjena vrijednost nabavke nije preduslov za odabir takmičarskog dijaloga.

Članom 102. Stav 2. Zakona o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH", broj 39/14) propisano je da je u postupku pravne zaštite ugovorni organ dužan da dokaže postojanje činjenica i okolnosti na osnovu kojih je donio odluku o pravima, preduzeo radnje ili propuštanja, te sproveo postupke, koji su predmet postupka po žalbi.

Pri tome, ugovorni organ u odnosu na tvrdnju žalioca da Poziv ne sadrži niti jedan dio koji se odnosi na vođenje dijaloga, i šta je predmet istog, propušta u potpunosti ukazati ovom organu koji dio Poziva za dostavljanje poziva za učešće se odnosi na vođenje pregovora, čime isti nije dokazao činjenice i okolnosti na osnovu kojih je postupio na način kao što je gore navedeno.

Prema stavu ovog organa, nedopustiv je ovakav pristup ugovornog organa kompleksnom postupku javne nabavke, u kojem je ugovorni organ u obavezi da svaki postavljeni zahtjev zasnuje i pruži adekvatno obrazloženje i kontrargumentaciju, što isti

propušta, temeljeći svoj stav na kompleksnosti nabavke koja nije ni sporna, i činjenici da je visoka procijenjena vrijednost nabavke.

Pristup ugovornog organa u izjašnjenju na žalbeni navod žalioca je paušalan, ničim utemeljen i ne pruža uvjerenje ovom organu niti ukazuje nedvosmisleno koji dijelovi Poziva za dostavljanje zahtjeva za učešće sadrže elemente o kojima će se voditi dijalog, a radi obrazloženja izbora takmičarskog dijaloga kao postupka javne nabavke u ovom slučaju.

Dakle, ovaj organ ne može nedvosmileno utvrditi da li ugovorni organ ima ili nema osnov za odabir takmičarskog dijaloga u ovoj javnoj nabavci, jer Poziv za dostavljanje zahtjeva za učešće ne pruža dovoljan osnov za izvođenje zaključka šta je predmet dijaloga između kandidata u konkretnom slučaju.

U vezi sa ovim žalbenim navodom, posebno pitanje je pitanje mogućnosti učešća konsultanta u ovom postupku javne nabavke, koje se nužno vezuje za gore navedeno pitanje osnovanosti vođenja takmičarskog dijaloga.

Dakle, evidentno je da je ugovorni organ u postupku koji je prethodio ovom angažovao konsultanta čija obaveza, između ostalog, je i evaluacija ponuda u ovom postupku javne nabavke. Žalilac ističe da je konsultant već u ovoj fazi postupka trebao biti isključen iz postupka jer je direktno učestovovao u pripremi postupka, odnosno direktno učestvuje u postupku čime se može dovesti u situaciju da isti sam evaluira svoju ponudu. Ugovorni organ ističe da nema osnov da unaprijed isključi konsultanta bez da mu pruži priliku da dokaže da njegovo učešće u tehničkim konsultacijama ne ograničava konkurenciju. Međutim, na predmetno pitanje ugovorni organ propušta dati jasnu i utemeljenu argumentaciju u svoj stav u pogledu činjenice da konsultant ima pravo da dokaže da njegovo učešće ne ograničava konkurenciju, pritom posebno imajući u vidu da konsultant nije bio angažovan na ranijem projektu, već je još uvijek angažovan, te će vršiti evaluaciju ponuda u ovom postupku.

Ovakva postavka ugovornog organa, a za koju ne pruža uvjerljivo obrazloženje, otvara sumnju u pogledu stvarne mogućnosti osiguranja konkurencije u konkretnom slučaju, cijeneći posebno činjenicu da učešće konsultanta u ranijem postupku još traje, i trajaće, te će isti biti učesnik evaluacije ponuda.

Slijedom navedenog, žalbeni navodi žalioca smatraju se ***osnovanim.***

U pogledu trećeg žalbenog navoda žalioca ovaj organ ističe da je isti ocijenjen kao djelimično osnovan, međutim iz spisa predmeta je evidentno vidljivo da je isti u cjelosti usvojen od strane ugovornog organa, pa ovaj organ neće posebno razmatrati ovaj žalbeni navod.

Naime, suština žalbenog navoda žalioca je bila da ugovorni organ nema pravo zahtijevati u ovoj fazi postupka dostavljanje pravnog akta o formiranju JV ili konzorcija, te zahtijeva da se isti dostavlja nakon odluke o izboru ponuđača. Navedenom žalbenom navodu žalioca, ugovorni organ je u potpunosti udovoljio, jer je u ožalbenoj odluci jasno naveo da će se isti dostavljati nakon olduke o izboru ponuđača. Prema tome, među strankama u postupku u pogledu ovog žalbenog navoda nema spornih pitanja.

Razmatrajući četvrti žalbeni navod žalioca koji se odnosi na tvrdnju da ugovorni organ ne može propisati da se plaćanje vrši vodećem partneru konzorcijuma, ovaj organ je izvršio uvid u spis predmeta.

Žalilac u žalbi ističe da zakon, a ni podzakonski akti ne ograničavaju naplatu isključivo na račun vodećeg partnera. Izgovori ugovornog organa ne opravdavaju postavljeni

uslov već isključivo koplikuju provođenje postupka. Ugovorni organ se ne osvrće na suštinu žalbenog navoda a to je da nema zakonski osnov za ovakav zahtjev.

U izajšnjenju na žalbeni navod ugovorni organ ističe da žalilac navodi nekoliko hipotetskih situacija pri čemu zanemaruje da su članice konzorcijuma solidarno odgovorne za realizaciju ugovora.

Dakle, među strankama u postupku nije sporna činjenica da je ugovorni organ Pozivom za dostavljanje zahtjeva za učešće propisao da će se plaćanje vršiti vodećem partneru konzrocijuma.

Članom 102. Stav 2. Zakona o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH", broj 39/14) propisano je da je u postupku pravne zaštite ugovorni organ dužan da dokaže postojanje činjenica i okolnosti na osnovu kojih je donio odluku o pravima, preduzeo radnje ili propuštanja, te sproveo postupke, koji su predmet postupka po žalbi.

Cijeneći prednje navedeno, ovaj organ ističe da osnovano žalilac ukazuje na činjenicu da se ugovorni organ ni ne osvrće na suštinu žalbenog navoda. Naime, ugovorni organ zanemaruje da žalilac ističe da zakonom, a ni podzakonskim aktom nije ovlašćen da propisuje plaćanje samo vodećem članu konzorcijuma. U pogledu razloga koje ugovorni organ ističe, a koju su neuvjerljivi prije svega, ovaj organ posebno isitče da ugovorni organ propušta dati utemeljen odgovor na suštinu žalbenog navoda i tvrdnju da nema zakonsko ovlaštenje da propisuje navedeno. Cijeneći da je obaveza ugovornog organa da dokaže postojanje činjenica i okolnosti na osnovu kojih je donio odluku, ovaj organ smatra ovaj žalbeni navod žalioca ***osnovanim.***

Razmatrajući peti žalbeni navod žalioca koji se odnosi na zahtjev za dodatnim uslovima sposobnosti, ovaj organ je izvršio uvid u spis predmeta.

Žalilac u žalbi ističe da ugovorni organ pogrešno tumači žalbeni navod žalicoa jer se isiti odnosi na činjenice da se licence/ovlaštenja ne mogu zahtijevati u okviru kvalifikacije/sposobnosti kandidata već se mogu postaviti isključio kao uslov za potpisivanje ugovora. Takođe ističe da je u tenderskoj dokumentaciji ovaj zahtjev svrstan pod tačku dodatni uslovi sposobnosti, međutim isti može biti samo naveden u okviru uslova za zaključenje ugovora.

U izjašnjenju na žalbeni navod žalioca ugovorni organ ističe da je ovaj uslov postavio kao dodatni uslov sposobnosti, te da je iz tenderske dokumentacije jasno da se u ovoj fazi postupka isti ne moraju dostavljati, već da je jasno da se isti dostavljaju kao uslov zaključenja ugovora.

Članom 102. Stav 2. Zakona o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH", broj 39/14) propisano je da je u postupku pravne zaštite ugovorni organ dužan da dokaže postojanje činjenica i okolnosti na osnovu kojih je donio odluku o pravima, preduzeo radnje ili propuštanja, te sproveo postupke, koji su predmet postupka po žalbi.

Cijeneći navedeno, ovaj organ ističe da osnovano žalilac ukazuje na činjenicu da ugovorni organ pogrešno tumači žalbeni navod žalioca. Dakle, suština žalbenog navoda žalioca je osporavanje termina *dodatni uslovi sposobnosti* i zahtjeva koje uključuje, a ne nesporna činjenica da se isti evidentno neće dostavljati u ovoj fazi postupka. Kako ugovorni organ ne tumači niti se osvrće na žalbeni navod žalioca i postavljanje dodatnih uslova sposobnosti, niti argumentovatno ističe opravdanost postavljanja istih na način kako je to

urađenu u Pozivu za dostavljanje zahtjeva za učešće, predmetno pitanje nije raspravljeno pred ovim organom, te ovaj žalbeni navod žalioca ima se smatrati ***osnovanim.***

Razmatrajući žalbene navode šest i sedam koji se odnose na ekonomsko finansijsku sposobnost, odnosno tvrdnju žalioca da je Pozivom za dostavljanje zahtjeva za učešće traženo dostavljanje dokaza koji nemaju za cilj dokazivanje zahtjeva već su formalni zahtjevi, te osporavanje zahtjeva za ukupnim prometom, ovaj organ je izvršio uvid u spis predmeta.

4. Što se tiče ekonomskog i finansijskog stanja, u skladu sa članom 47. Zakona, Zahtjev za učešće će biti odbačen ako kandidat ne ispuni sledeće minimalne uslove:
- Ukupan promet u zadnje 3 (tri) finansijske godine ne smije biti manji od 100.000.000,00 KM (slovima: stotinu miliona konvertibilnih maraka).
5. Ocjena ekonomskog i finansijskog stanja kandidata će se izvršiti na osnovu sledećih dokumenata koje dostavlja kandidat:
- Finansijski izvještaji u skladu sa IFRS (Međunarodni standardi finansijskog izvještavanja) koji su revidovani, uključujući bilans stanja i bilans uspjeha, za poslednje tri finansijske godine za koje se raspolaže podacima ili od datuma registracije, odnosno, početka poslovanja ako je kandidat registrovan, odnosno počeo sa radom prije manje od 3 (tri) godine, ako je objavljivanje poslovnog bilansa zakonska obaveza u zemlji u kojoj je kandidat rregistrovan. U slučaju kada ne postoji zakonska obaveza za izradu finansijskih izvještaja u zemlji u kojoj je kandidat registrovan, dužan je dostaviti Izjavu ovjerenu od nadležnog organa da je imao ukupan promet u zadnje 3 (tri) finansijske godine koji ne smije biti manji od 100.000.000,00 KM (slovima: stotinu miliona konvertibilnih maraka).

Žalilac u žalbi ističe da je dovoljno tražiti Bilans uspjeha u svrhu dokazivanja uslova, te da nema razloga za zahtjevom za Finansijskim izvještajima u skladu sa IFRS, koji predstavljaju 5 dokumenata, niti zahtjevom za promet od 100.000.000,00 KM jer je dovoljno da privredno društvo pozitivno posluje.

U izjašnjenju na žalbene navod žalioca ugovorni organ ističe da nije postavio uslov da se dostave finansijski izvještaji već da ponuđač posjeduje promet u zadnje tri godine, te da je od izuzetnog značaja uvid u finansijsko stanje kandidata.

Članom 7. Stav (7) Uputstva za pripremu modela tenderske dokumentacije i ponuda propisano je da izuzetno od st. (2) do (5) ovog člana, u opravdanim okolnostima koje moraju biti vezane uz rizike koji proizilaze iz prirode radova, usluga ili robe koji su predmet nabavke, ugovorni organ može zahtijevati i više uslova finansijske i/ili tehničke i profesionalne sposobnosti, pri čemu je u tenderskoj dokumentaciji dužan detaljno obrazložiti te okolnosti.

Cijeneći utvrđeno činjenično stanje u postupku i relevantnu odredbu Uputstva, ovaj organ ističe da osnovano žalilac ukazuje na činjenicu da se ugovorni organ ni ne osvrće na suštinu žalbenog navoda žalioca. Naime, nije sporno da ugovorni organ ima pravo da postavi uslove u skladu sa odredbama Zakona, međutim postavljanje više uslova, kako je citirano relevantnom odredbom uputstva mora biti u vezano za rizike koji proizilaze iz predmeta nabavke i nedvosmisleno dovedeni u vezu sa predmetom nabavke. Dakle, ugovorni organ je u svom izjašnjenju propustio na nedvosmislen način obrazložiti zahtjev za dodatnim uslovima ekonomsko finansijske sposobnosti ponuđača, niti isti dovesti u vezu sa predmetom ove javne nabavke, pa samim tim ovaj organ ne može nedvosmisleno izvesti zaključak da li

su navedeni dodatni uslovi zaista neophodni u realizaciji ove, nesporno kompleksne, javne nabavke.

Cijeneći navedeno, žalbeni navodi žalioca smatraju se ***osnovanim.***

Razmatrajući žalbene navode žalioca osam i devet, koji se odnose na sadržaj potvrde o uredno izvršenim ugovorima ovaj organ je izvršio uvid u spis predmeta.

Tačkom 7. Dodatnih uslova sposobnosti propisano je da će se ocjena tehničke i profesionalne sposobnosti kandidata izvršiti na osnovu sledećih dokumenata koje dostavlja kandidat..... pa između ostalog da potvrda o uredno izvršenom ugovoru mora sadržavati sledeće podatke:

- *Naziv i sjedište ugovornih strana*
- *Predmet ugovora*
- *Vrijednost ugovora*
- *Vrijeme i mjesto izvršenja ugovora*
- *Podatke o dostignutoj efikasnosti izgrađenog postrojenja za odsumporavanje*
- *Navode o uredno izvršenom ugovoru usklađenom sa zahtjevima Direktive o industrijskim emisijama 2010/75/EU (IED).....*
  Ukoliko je ugovor bio dodijeljen grupi ponuđača, potrebno je da se iz dostavljene potvrde jasno vidi koliki je udio člana grupe ponuđača koji se u ovom premdetu nabavke javlja kao kandidat, u njegovoj realizaciji (vijednost i vrsta poslova). Na osnovu vrste i vrijednosti poslova koju je izvršila članica grupe ponuđača (a ne ukupne vrijednosti ugovora svih poslova iz ugovora) će se utvrditi da li kandidat u predmetnom postupku javne nabavke ispunjava kvalifikacione uslove.

Žalilac u žalbi ističe da je Zakon o javnim nabavkama jasno propisao elemente koje treba da sadrži Potvrda u uredno izvršenom ugovoru, te da svaki dodatni zahtjev predstavlja usložnjavanje tenderske dokumentacije što je protivno zakonu. Ugovorni organ ovakve podatke može zatražiti u spisku izvršenih ugovora, ali ne i u potvrdi o dobrom izvršenju ugovora. Takođe, žalilac ističe da i zahtjev za dostavljanje udjela člana grupe ponuđača nije propisan kao element potvrde o uredno izvršenim ugovorima, a ni u Zakonu o javnim nabavkama, niti Zakonu o obligacionim odnosima postoji utemeljenje u tumačenju da se u slučaju grupe ponuđača referenca unutar grupe dijeli na udjele i vrste poslova svake od članica.

U izjašnjenju na žalbene navod žalioca ugovorni organ ističe da navodi koje žalilac predlaže da se izbrišu predstavljaju suštinu predmeta ove javne nabavke, pa je ugovorni organ upravo sa cilje da odredbe tenderske dokumentacije budu jasne precizirao ove zahtjeve. Zahtjev žalioca za brisanje odredbi tenderske dokumentacije o podjeli ugovora na udjele je protivan osnovnim principima zakona o javnim nabavkama i poslovnoj logici. Isto bi dovelo do toga da ponuđač koji je stekao samo mali dio iskustva u velikom projektu može steći referencu za veliki projekat.

Članom 48. stav (3) Zakona o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH", broj 39/14) propisano je da potvrda o uredno izvršenim ugovorima mora sadržavati sledeće podatke:

a) Naziv i sjedište ugovornih strana ili privrednih subjekata,
b) Predmet ugovora,
c) Vrijednost ugovora,
d) Vrijeme i mjesto izvršenja ugovora i
e) Navode o uredno izvršenim ugovorima.

Članom 7. Stav (7) Uputstva za pripremu modela tenderske dokumentacije i ponuda propisano je da izuzetno od st. (2) do (5) ovog člana, u opravdanim okolnostima koje moraju biti vezane uz rizike koji proizilaze iz prirode radova, usluga ili robe koji su predmet nabavke, ugovorni organ može zahtijevati i više uslova finansijske i/ili tehničke i profesionalne sposobnosti, pri čemu je u tenderskoj dokumentaciji dužan detaljno obrazložiti te okolnosti.

Članom 102. Stav (2). Zakona o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH", broj 39/14) propisano je da je u postupku pravne zaštite ugovorni organ dužan da dokaže postojanje činjenica i okolnosti na osnovu kojih je donio odluku o pravima, preduzeo radnje ili propuštanja, te sproveo postupke, koji su predmet postupka po žalbi.

Cijeneći utvrđeno činjenično stanje postupka i relevantne odredbe Zakona o javnim nabavkama, ovaj organ smatra izjašnjenje ugovornog organa neprihvatljivim. Naime, ugovorni organ se u izjašnjenju na žalbeni navod ni ne osvrće na suštinu samog žalbenog navoda žalioca, kako na to osnovano ukazuje žalilac. Dakle, sporno pitanje među strankama u postupku je pitanje da li podaci koje je ugovorni organ zatražio u okviru potvrde o dobro izvršenim ugovorima mogu biti zatraženi u okviru iste, imajući u vidu član zakona koji je propisao obavezni sadržaj potvrde. Na predmetno pitanje od strane ugovornog organa izostala je argumentacija i uopšte osvrt na tvrdnju žalioca.

Sa druge strane, citirani član Uputstva jeste ostavio mogućnost ugovornim organima da u opravdanim okolnostima mogu tražiti i zahtijevati i više uslova tehničke i profesionalne sposobnosti, međutim, u konkretnom slučaju ugovorni organ je propustio nedvosmisleno i uvjereljivo ukazati na citirane okolnosti, pogotovo u odnosu na činjenicu da je iste zatražio u okviru potvrde o uredno izvršenim ugovorima. Imajući u vidu navedeno, ovaj organ smatra da ugovorni organ nije dokazao činjenice i okolnosti na osnovu kojih je donosio odluke u ovom postupku javne nabavke, a što mu je bila obaveza u skladu sa članom 102. stav (2) ZJN.

Cijeneći navedeno, žalbeni navodi žalioca smatraju se ***osnovanim.***

Povodom preostalih žalbenih navoda žalioca, ovaj organ ističe da je iste razmatrao ali da ih neće posebno obrazlagati jer ne bi uticali na drugačiji ishod ovog postupka.

Takođe, ovaj organ posebno ističe da se u ovom slučaju javne nabavke evidentno radi o složenoj i kompleksnoj javnoj nabavci, kojoj je prema stavu ovog organa ugovorni organ morao pristupiti izrazito temeljnije.

Naime, potrebno je naglasiti i činjenicu da je u Pozivu za dostavljanje zahtjeva za učešće u takmičarskom dijalogu navedeno da je predmet nabavke *Izgradnja postrojenja za odsumporavanje dimnih gasova na bloku 6 u Termoelektrani Tuzla*, dok je u Obavještenju o nabavci navedeno da je predmet nabavke *Izgradnja postrojenja za odsumporavanje dimnih gasova na bloku 6 sa izradom glavnog projekta u Termolektrani Tuzla*, radi čega se može zaključiti i da obavještenje o javnoj nabavci nije usklađeno sa Pozivom za dostavljanje zahtjeva za učešće.

Pristup ugovornog organa ovom postupku javne nabavke, kao i žalbenim navodima žalioca je paušalan, površan i nedopustiv u okolnostima ovako složene javne nabavke, gdje bi ugovorni organ koji najbolje poznaje predmet javne nabavke morao pružiti nedvosmislenu argumentaciju u pogledu postavljenih uslova i zatraženih dokaza, a što je od strane istog u potpunosti izostalo u ovom postupku.

Posebno je potrebno istaći još jednom da je kod ugovornog organa izostala argumentacija u pogledu tvrdnje žalioca koja se odnosi na sam odabir postupka javne nabavke, što je prema stavu ovog organa nedopustivo. Dakle, ovaj organ još jednom posebno

naglašava da iz relevante dokumentacije spisa predmeta kao ni izjašnjenja ugovornog organa ne može nedvosmileno zaključiti da li u ovom slučaju ugovorni organ ima osnov za provođenje takmičarskog dijaloga, jer je uvjerljiva argumentacija ugovornog organa, potrkijepljena sa relevantnim dijelovima Poziva za dostavljanje zahtjeva za učešće, u potpunosti izostala.

Imajući u vidu navedeno, ocjene ovog organa po žalbenim navodima, ovaj organ je, primjenom člana 103. stav (1) tačka c) i stav (2) istog člana, te člana 111. Zakona o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH", broj 39/14), a u vezi sa članom 230. Zakona o upravnom postupku („Službeni glasnik BiH", br. 29/02, 12/04, 93/09 i 41/13) odlučio kao u dispozitivu ovog rješenja.

O povratu sredstava uplaćenih na ime naknade za pokretanje žalbenog postupka ovaj organ donijeće posebno rješenje, a u skladu sa članom 108. stav (7) Zakona o javnim nabavkama i članom 4. Instrukcije o načinu uplate, kontrole i povrata naknada propisanih članom 108. Zakona o javnim nabavkama.

Žalitelj je postavio zahtjev za naknadu troškova za pokretanje žalbenog postupka za sastav ove žalbe od strane punomoćnika Žalitelja u iznosu od 240 KM. Imajući u vidu visinu postavljenog zahtjeva, ovaj organ je u skladu sa odredbama člana 18. stav 2. i 33. Tarifa o nagradama i naknadi troškova za rad advokata („Službene novine Federacije BiH" broj: 22/04 i 24/04) u konkretnom slučaju pristupio odlučivanju o troškovima ovog postupka, smatrajući da se u konkretnom slučaju treba primjeniti tarife u postupcima u neprocjenjivim stvarima. Žalitelju pripada naknada troškova postupka za podnošenje žalbe u upravnom postupku u neprocjenjivom predmetu, tj. iznos od 240,00 KM, a u skladu sa članovima 12. i 18. stav 2. i 33. Tarifa o nagradama i naknadi troškova za rad advokata („Službene novine Federacije BiH" broj: 22/04 i 24/04) i Presudom Suda Bosne i Hercegovine broj: S1 3 U 023495 16 U od 16.03.2018. godine.

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.

PREDSJEDAVAJUĆI KRŽ-a
Marko Kolobarić

Dostaviti:

1. „ELCOM" d.o.o. Tuzla, M.M. Dizdara – Stupine B-2, 75 000 Tuzla
2. JP „ELEKTROPRIVREDA BOSNE I HERCEGOVINE" d.d. Sarajevo, Vilsonovo šetalište broj 15, 71 000 Sarajevo
3. Evidencija i
4. a/a.