BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANjE ŽALBI

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ

BOSNIA AND HERZEGOVINA
PROCUREMENT REVIEW BODY

Број: ЈН2-01-07-1-557-7/22
Датум: 16.03.2022. године

Канцеларија за разматрање жалби БиХ, рјешавајући по жалби понуђача „EUROSAN" д.о.о. Мостар, број: 29/12-01/22 од 29.12.2021. године, изјављеној на поступак активирања банкарске гаранције за озбиљност понуде, 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 16.03.2022. године донијела је:

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. Жалба се усваја.
2. Поништавају се радње/неправилно поступање уговорног органа у вези са примјеном члана 61. Закона о јавним набавкама.
3. У поновном поступку уговорни орган је дужан правилно примјенити члан 61. Закона о јавним набавкама и везане одредбе подзаконских аката.
4. Повратсредстава 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 је изјавио жалбу овом органу, коју је овај орган усвојио рјешењем број ЈН2-01-07-1-44-9/22 од 27.01.2022. године, поништио спорни закључак и предмет вратио уговорном органу на поновни поступак по жалби изјављеној на поступак активирања банкарске гаранције за озбиљност понуде.

У поновном поступку, рјешавајући по овој жалби, уговорни орган је оцијенио жалбу као неосновану и доставио овом органу изјашњење на жалбу са документацијом из поступка набавке.

Жалилац у својој жалби наводи следеће:

- Дана 21.12.2021. године са нашег рачуна код Уникредит банке д.д. Мостар извршена је наплата банкарске гаранције за озбиљност понуде у износу од 2.700,00 КМ, у корист уговорног тијела ЈП Комунално Брчко. Акт о активирању гаранције има све елементе мериторне одлуке којом је одлучено о нашим правима и која нас изравно погађа. Надаље предметни поступак још увијек није окончан у смислу чланка 69. Закона о јавним набавама јер одлука о додјели уговора још није постала коначна, а уговор није потписан, због чега је јасно да поступак још увијек траје и могу се улагати правни лијекови због поступања уговорног тијела. Тиме је за поступање по овој жалби надлежно Уговорно тијело (чл. 100. ЗЈН) и Уред за разматрање жалби (чл. 104 .и даље). Тиме је наша жалба неспорно допуштена. Жалба је и благовремена јер је изјављена у десетодневном року од дана активирања банкарске гаранције. Уговорно тијело је незаконито активирало нашу гаранцију јер разлог због којег је иста активирана не представља разлог због којег се иста може активирати. Наиме, у конкретном случају након одлуке о избору, нисмо у остављеном року доставили документе из чланка 45. Закона о јавним набавама. Међутим, тај разлог не представља ваљану правну основу за активирање гаранције. Наиме, Правилником о облику јамства за озбиљност понуде и извршење уговора („Службени гласник БиХ", број: 90/14), јасно су прописани разлози због којих се гаранција за озбиљност понуде може активирати/наплатити, и то ако понудитељ, који је обавијештен даје његова понуда прихваћена као најповољнија, а у раздобљу рока важења понуде: одбије потписати уговор или пропусти потписати уговор у утврђеном року, не достави или достави неодговарајуће јамство за уредну проведбу уговора и достави неистините изјаве везане за квалификацију кандидата/понудитеља. Пропуштање рока за доставу докумената не може се подвести под било који од ових случајева тј. недостављање квалификационе документације није наведен као случај у којем се може активирати гаранција за озбиљност понуде. Конкретно, пропуштање рока за доставу докумената доводи до достављања приједлога уговора како је то прописано чланком 72. ст. (3) а) Закона о јавним набавама. Овакав став, односно овакво тумачење предњих одредби потврђује и став Агенције за јавне набаве која је дала јасан став у акту број: 04-02-1-55-2/21 од 13.01.2021. године.

Жалилац предлаже да се жалба уважи, да му се изврши повратак износа од 2.700,00 КМ који је неосновано наплаћен, 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: 02.07/1-23-AF-035 од 22.02.2022. године у којем жалбу цијени као неосновану.

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 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 Закључак о одбацивању жалбе као недопуштене, број: 02.07/1-70-TS-030 од 04.01.2022. године, против којег је жалилац изјавио 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;
- Овај орган је донио рјешење број ЈН2-01-07-1-44-9/22 од 27.01.2022. године, поништио спорни закључак и предмет вратио уговорном органу на поновни поступак;
- У поновном поступку, рјешавајући по овој жалби, уговорни орган је оцијенио жалбу као неосновану и доставио овом органу изјашњење на жалбу са документацијом из поступка набавке.

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, како је то прописано тачком 8. тендерске документације. 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, на основу захтјева уговорног органа број 02.06/1-33-GM-002 од 07.12.2021. године.

Једина спорна чињеница између странака у овом поступку је питање да ли је уговорни орган имао законски основ за активирање банкарске гаранције.

Чланом 61. Став (1) тачка а) ЗЈН прописано је: *„Гаранција за озбиљност понуде је гаранција у случају да понуђач одустане од своје понуде у року важења понуде.“.*

Чланом 61. Став (6) ЗЈН прописано је: *„Форме гаранције за озбиљност понуде и извршење уговора биће дефинисане подзаконским актом који доноси Агенција.“.*

На основу претходно цитираног законског овлашћења Агенција за јавне набавке је донијела Правилник о облику гаранције за озбиљност понуде и извршење уговора („Службени гласник БиХ“, број 90/14), а чланом 2. овог правилника прописано је: *„Гаранција за озбиљност понуде се доставља у облику безусловне банкарске гаранције.* ***Образац безусловне банкарске гаранције за озбиљност понуде је дат у прилогу овог правилника и чини његов саставни дио.***“. Чланом 8. истог правилника прописано је: *„Уговорни орган* ***је дужан користити утврђене облике гаранције*** *уз понуду приликом припреме тендерске документације.“.*

Образац гаранције за озбиљност понуде у поступцима јавне набавке прописан је као прилог напријед наведеном правилнику, како је то Прилогом IX ТД прописао и уговорни орган, а обрасцем су прописани разлози за активирање банкарске гаранције, односно наведени су случајеви у којима је банка дужна исплатити уговорном органу предвиђени износ, и то ако је понуђач учинио једно од следећег:

„1. повукао своју понуду прије истека рока важења понуда утврђеног у тендерској документацији и Обрасцу Понуде, или

2. *ако понуђач, који је обавијештен даје његова понуда прихваћена као најповољнија, а у периоду рока важења понуде:*

a) *одбије потписати уговор, или пропусти потписати уговор у утврђеном року,*

b) *не достави или достави неодговарајућу гаранцију за уредно извршење уговора,*

c) ***достави неистините изјаве везане за квалификацију кандидата/понуђача.***“.

Уговорни орган се у свом изјашњењу позива на тачку 2. под ц) напријед наведених одредби, као разлог за активирање банкарске гаранције, односно да је понуђач доставио ***неистините изјаве везане за квалификацију кандидата/понуђача.*** Такође наводи да је понуђач у својој понуди дао изјаву под материјалном и кривичном одговорношћу да испуњава услове, те да је упознат са обавезом да у случају додјеле уговора достави документа из члана 45. Став (2) ЗЈН у року који одреди уговорни орган.

Међутим, уговорни орган погрешно закључује да је пропуштање достављања докумената из члана 45. Став (2) ЗЈН, након пријема одлуке о избору најповољнијег понуђача, разлог за активирање банкарске гаранције, јер овај разлог није експлицитно прописан Законом и подзаконским актом. Наиме, разлог на који се позива уговорни орган се односи на случај када понуђач достави ***неистините изјаве везане за квалификацију кандидата/понуђача***, а изјава везана за квалификацију понуђача се односи на случајеве из члана 45. Став (1) ЗЈН, односно понуђач изјављује да није осуђен за одређена кривична дјела, да није под стечајем ....., да је испунио обавезе у вези са плаћањем ПИО и здравственог осигурања, те да је испунио обавезе у вези са плаћањем директних и индиректних пореза. Дакле, чињеница да је понуђач пропустио да достави документа из члана 45. Став (2) ЗЈН, у предвиђеном року, **не може се сматрати неспорно доказаном чињеницом** да је понуђач дао неистиниту/лажну изјаву у вези са условима прописаним чланом 45. Став (1) ЗЈН.

Даље, уговорни орган се позива на дио достављене изјаве из члана 45. ЗЈН у којој се наводи да је понуђач упознат са обавезом да у случају додјеле уговора достави документа из члана 45. Став (2) ЗЈН, на захтјев уговорног органа и у року који одреди

уговорни орган, али пропушта да цитира задњи дио ове изјаве: „*у складу са чланом 72. Став (3) тачка а)*“. Наиме, овом законском одредбом је прописан један од случајева у којем уговорни орган додијељује уговор следећем понуђачу на ранг листи, ако најуспјешнији понуђач пропусти да достави оригинал или овјерене копије докумената из члана 45 и 47. ЗЈН у року који одреди уговорни орган, што је једина прописана посљедица у случају недостављања документације из члана 45. Став (2) ЗЈН, а коју је уговорни орган незаконито проширио, неправилно примјењујући члан 61. ЗЈН и везане одредбе подзаконског акта.

Уговорни орган се позива и на одредбу тачке 23 ТД, којом је прописано да се гаранција реализује и у складу са захтјевима прописаним чланом 19. Став (4) Упутства о примјени ЗЈН, али занемарује чињеницу да је овај подзаконски акт престао да важи почетком примјене овог закона, како је то прописано чланом 124. Став (2) тачка а) ЗЈН.

Из напријед наведеног може се закључити да је уговорни орган незаконито примјенио одредбе члана 61. ЗЈН и Правилника о облику гаранције за озбиљност понуде и извршење уговора, **што жалбу чини основаном**, с обзиром да су утврђене чињенице неправилно подведене под одредбу члана 61. ЗЈН и везане одредбе подзаконског акта, те према томе, усљед неправилне примјене предметних одредби погрешно је и произведена правна посљедица на штету жалиоца.

У поновном поступку уговорни орган је дужан правилно поступити у складу са одредбама Правилника о облику гаранције за озбиљност понуде и извршење уговора, у вези са чланом 61. ЗЈН, у складу са ставовима и правним схватањем овог органа.

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, Судентска 13, 76100 Брчко
3. Евиденцији
4. а/а