BOSNA I HERCEGOVINA
UREDZARAZMATRANJE ŽALBI
PODRUŽNICA/FILIJALA BANJA LUKA

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ
ФИЛИЈАЛА БАЊА ЛУКА

BOSNIA AND HERZEGOVINA
PROCUREMENT REVIEW BODY
BRANCH OFFICE BANJA LUKA

31 -03- 2022

Број: ЈН2-02-07-1-554-6/22
Бања Лука, 31.03.2022.године

Канцеларија за разматрање жалби Босне и Херцеговине, Филијала Бања Лука рјешавајући по жалби потенцијалног понуђача: "FAAS" д.о.о Београд, број 18/22 од 24.02.2022. године, изјављеној на Тендерску документацију, број: 67-12-200/21 од децембра 2021. године, уговорног органа МХ „ЕРС" МП а.д. Требиње ЗП „Електродистрибуција" а.д. Пале, у поступку јавне набавке конзола и спојног материјала, који се води путем отвореног поступка, на основу члана 111. став (1) тачка д) Закона о јавним набавкама Босне и Херцеговине ("Службени гласник БиХ" број 39/14) и члана 230. Закона о управном поступку („Службени гласник БиХ", бр. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09 и 41/13), на сједници Вијећа одржаној дана 31.03.2022. године, донијела је

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. Жалба се усваја.

2. Поништава се Тендерска документација број 67-12-200/21 од децембра 2021. године у дијелу који се односи на тачку 6.5. и Анекс 11 и предмет враћа уговорном органу на поновни поступак.

3. Повратсредстава уплаћених на име накнаде за покретање жалбеног поступка, у износу од 500,00 КМ, извршиће се на основу посебног рјешења овог органа.

4. Усваја се захтјев за накнаду трошкова заступања жалиоца од стране адвоката у износу од 614,25 КМ.

5. Обавезује се уговорни орган да надокнади жалиоцу трошкове заступања од стране адвоката у износу од 614,25 КМ, у року од 15 дана од дана извршности овог рјешења.

О б р а з л о ж е њ е

Дана 10.02.2022. године уговорни орган МХ „ЕРС" МП а.д. Требиње ЗП „Електродистрибуција" а.д. Пале (у даљем тексту: уговорни орган) објавио је

обавјештење о набавци, број 563-1-1-185-3-24/22 у поступку јавне набавке конзола и спојног материјала, који се води путем отвореног поступка.

Потенцијални понуђач "FAAS" д.о.о Београд, незадовољан текстом тендерске документације, изјавио је жалбу против исте, тражећи да се жалба усвоји, а која је путем уговорног органа у складу са чланом 107. Закона о јавним набвкама прослијеђена овом огрну на поступање и запримљен код истог, дана 02.03.2022.године. Предметна жалба је комплетирана уплатом накнаде за покретање жалбеног поступка дана 08.03.2022. године.

Жалилац у жалби наводи сљедеће:

Подносилац жалбе, у складу са чланом 99. и 101. став 1. под б) Закона о јавним набавкама, изјављује жалбу, у законском року, против Тендерске документације „Јавна набавка конзола и спојног материјала број 67-12-200/21, уговорног органа МХ „ЕРС" МП а.д. ТРЕБИЊЕ ЗП „ЕЛЕКТРОДИСТРИБУЦИЈА" а.д. ПАЛЕ.

Жалба је благовремена, допуштена и изјављена од стране овлаштеног лица.

Жалилац жалбу изјављује због погрешне примјене одредби Закона о затезној камати РС и Закона о облигационим односима РС.

На страни 4 Подаци о предмету набавке под тачком 6.5 је наведено:

"У случају кашњења у испоруци робе до које је дошло кривицом одабраног понуђача, исти ће платити уговрну казну у складу са Законом о облигационим односима у износу од 1% наручене робе за сваки дан кашњења до уредног извршења испоруке, стим да укупан износ уговорне казне не може прећи 10% вриједности уговора."

Сматрамо даје Нацртом уговора дефинисана превисока уговорна казна.

Чланом 274. Закона о облигационим односима је дефинисано смањење уговорне казне у случају да је она превисока.

Закони су на снази у Републици Српској и Босни Херцеговини затезну камату регулишу на начин: Према

- Према Закону о измјенама Закона о поступку индиректног опорезивања (Си, гл, БиХ; број 100/13) - 0,04 % дневно и

Према Закону о измјенама и допунама Закона о пореском поступку Републике Српске (СИ. гл. РС, број 67/13) - 0,03 % дневно,

Наиме, уговорни орган је унапријед прописао одредбу уговора која другу уговорну страну - понуђача, ставља у неравноправан положај, јер је принуђен прихватити обавезу која у супротности са његовим интересима, али и добрим обичајима, а то је да било какво кашњење у испоруци робе за собом повлачи и уговорну казну која је одређена у износу од 1%, а што је употпуности незаконито.

Сама висина од 1% од вриједности наручене робе за сваки дан кашњења, што се може обрачунавати све до 10% од укупне вриједности уговора, такође је у супротности са позитивно-правним прописима и добрим обичајима, јер не представља једнаку вриједност давања, што је као обавеза прописано одредом члана 15. ЗОО.

Уговорна казна, као и законска затезна камата у случају кашњења у плаћању од стране уговорног органа, у овом случају представљају аксесорне обавезе из уговора. Међутим, и аксесорне обавезе морају бити у складу са основним, примарним обавезама, а које у конкретном случају представљају испорука робе и исплата уговорене цијене. Како мора постојати једнака вриједност примарних давања, а то је плаћање реалне, тржишне

вриједности наручене и испоручене робе, тако мора постојати једнака вриједности и аксесорних давања, а то је с једне стране уговорна казна за кашњење у испоруци робе, а с друге стране законска затезна камата за кашњење у плаћању робе.
Евидентно је да је уговором предвиђена казна знатно већа од било које законске затезне камате.
У Рјешењу Канцеларије за разматрање жалби Филијала Бања Лука број: ЈН2-02-07-1-928-6/20 од 27.05.2020.године наведено је:
„Према томе, Уговорни орган мора водити рачуна да дефинише уговорну казну у висини у којој је прописана законска затезна камата, те мора постојати одређени реципроцитет ова два давања, односно приближна вриједност истих. Стоје у складу са добрим пословним обичајима и начелом савјесности и поштења..."
ДОКАЗ: Рјешењу Канцеларије за разматрање жалби Филијала Бања Лука број: ЈН2-02-07-1-928-6/20 од 27,05.2020.године
Дакле, УО је дужан да пропише уговорну казну која одговара висини законске затезне камате, јер свако другачије поступање доводи до неравноправности уговорних страна и злоупотребу права из облигационих односа, која је забрањена, а што је прописано чланом 13. Закона о облигационим односима, јер право на уговорну казну треба да буде средство обезбјеђења извршења уговорених обавеза али не и средство за стицање без основа (неосновано богаћење).
Сходно напред наведеном, подносилац жалбе предлаже да Уговорни орган у складу са 61.100. Став 3. Закона о јавним набавкама донесе одлуку којом у цјелости усваја предметну жалбу као основану те измјени предметну тендерску документацију на начин да исту усклади са Законом о затезној камати, Законом о облигационим односима и Законом о јавним набавкама Бих.
У случају да уговорни орган жалбу оцијени неоснованом, дужан је да исту, са комплетним списом у законском року од 5 дана, прослиједи другостепеном органу - Канцеларији за разматрање жалби Бања Лука.
Жалилац захтјева од другостепеног органа да жалбу усвоји и наложи уговорног органу да измијени оспоравану тендерску докуменатцију, из разлога наведених у овој жалби.
Жалилац захтјева поврат уплаћене накнаде за покретање жалбеног поступка, у износу којег одреди другостепени орган.

Уговорни орган је доставио изјашњење по жалби, број Уп-62/22 од 28.02.2022. године у којем наводи сљедеће:

„ Прије свега Уговорни орган истиче да је упитно да ли је жалба допуштена, благовремена и изјављена од стране овлаштеног лица.

Наиме, на достављеној Жалби Понуђача „FAAS" d.o.o. Београд, у дијелу гдје се наводи дан изјављивања жалбе, видљиво је да је написан датум 24.02.2022. године. Како је из Извјештаја о преузимању тендерске документације од стране понуђача видљиво да је наведени понуђач тендерску документацију преузео дана 25.02.2022. године у 12:01:33 часова, то остаје нејасно како је наведени понуђач могао изјавити жалбу дана 24.02.2022. године.

Уговорни орган не може а да се не запита да ли је једина сврха поднесене жалбе да се опструише предметни поступак јавне набавке Уговорног органа и да ли само на страни Уговорног органа постоји обавеза примјене начела савјесности и поштења из

члана 12. Закона о облигационим односима.

Опреза ради, Уговорни орган доставља изјашњење на жалбу и истиче да је иста у цјелости неоснована.

Висина уговорне казне није превисока и иста је одређена у границама које су утврђене у члану 61. Закона о јавним набавкама, гдје је у ставу 4. прописано да се гаранција за извршење уговора не може захтијевати у износу већем од 10% од вриједности уговора.

Дакле, уговорним органима је дозвољено да гаранцију за извршење уговора одреде у максималном износу до 10% од вриједности уговора, што значи да је прихватљива било која висина гаранције, односно обезбјеђења извршења уговорних обавеза, која не прелази максимални износ.

Само поређење затезне камате и уговорне казне је потпуно неприхватљиво, јер се затезна камата односи само на новчане обавезе, тако да, у случају кашњења са испуњењем новчане обавезе, дужник поред главнице дугује и затезну камату.

Уз то, затезна камата може достићи висину главног дуга, што је много више неголи 10% вриједности уговора, тако да је потпуно нејасно тражење Подносиоца жалбе да се уговорна казна усклади са висином затезне камате.

На основу горе образложеног, јасно је да су наводи Подносиоца жалбе неосновани, те предлажемо да Канцеларија за разматрање жалби уколико претходно не одбаци жалбу, исту одбије као неосновану."

Жалилац је доставио Одговор на изјашњење уговорног органа, број Уп-62/22 од 28.02.2022.године, у којем наводи да је изјашњење у потпуности неосновано и неутемељено.

1.Законом о јавним набакама БИХ јасно је дефинисан жалбени поступак те одлучивање у другом степену повјерено Уреду за разматрање жалби. Како је УО предметну уговорну казну дефинисао у тендерској документацији то је за одлучивање о законитости њеног садржаја неспорно надлежан Уред за разматрање жалби.

Уговорни орган је унапријед прописао одредбу уговора која другу уговорну страну - понуђача, ставља у неравноправан положај, јер је принуђен прихватити обавезу која у супротности са његовим интересима, али и добрим обичајима, а то је да било какво кашњење у испоруци робе за собом повлачи и уговорну казну која је одређена у износу од 1%, а што је употпуности незаконито.

Свој став о уговорној казни Канцеларија за разматрање жалби Филијала Бања Лука је већ изнијела у Рјешењу Канцеларије за разматрање жалби Филијала Бања Лука број: ЈН2-02-07-1-928-6/20 од 27.05.2020.године наведено је:

„Према томе, Уговорни орган мора водити рачуна да дефинише уговорну казну у висини у којој је прописана законска затезна камата, те мора постојати одређени реципроцитет ова два давања, односно приближна вриједност истих, што је у складу са добрим пословним обичајима и начелом савјесности и поштења..."

ДОКАЗ; Рјешењу Канцеларије за разматрање жалби Филијала Бања Лука број: ЈН2-02-07-1-928-6/20 од 27.05.2020.године

Дакле, УО је дужан да пропише уговорну казну која одговара висини законске затезне камате, јер свако другачије поступање доводи до неравноправности уговорних страна и злоупотребу права из облигационих односа, која је забрањена, а што је прописано чланом 13. Закона о облигационим односима, јер право на уговорну казну треба да буде средство обезбјеђења извршења уговорених обавеза али не и средство за стицање без основа (неосновано богаћење).

Такође, идентичан став је другостепени орган изнио у Рјешењу број ЈН2-02-07-1-1913-8/21 као и у Рјешењу број ЈН2-02-07-1-1932-6/21 које достављамо у прилогу."

Жалилац захтјева од другостепеног органа да на основу члана 108. Закона о управном поступку, жалиоцу надокнади трошкове заступања жалиоца од стране адвоката према Тарифи о наградама и накнади трошкова за рад адвоката („СИ. гласник Републике Српске" број 68/05 и 96/19).

Прије упуштања у разматрање жалбених навода овај орган је утврдио да је жалба допуштена, благовремена (*како је тендерска документација преузета са портала 25.02.2022. године, а предметна жалба изјављена исти дан, није повријеђен члан 101. став (1) тачка б), датум наведен на жалби није од утицаја на благовременост исте*) и изјављена од стране овлаштеног лица, све у складу са чланом 109. Закона о јавним набавкама.

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

Жалба је основана.

Увидом у достављене доказе, те анализом сваког доказа појединачно и у њиховој међусобној вези, а све у односу на жалбене наводе и прописани законски поступак, овај орган је утврдио да је жалба основана.

У вези са наводом жалиоца који гласи: „"У случају кашњења у испоруци робе до које је дошло кривицом одабраног понуђача, исти ће платити уговрну казну у складу са Законом о облигационим односима у износу од 1% наручене робе за сваки дан кашњења до уредног извршења испоруке, с тим да укупан износ уговорне казне не може прећи 10% вриједности уговора" сматрамо да је Нацртом уговора дефинисана превисока уговорна казна..., овај орган је извршио увид у тендерску документацију, те констатовао да уговорни орган има дискрециono право поставити услов којим може заштитити себе у смислу неизвршавања обавеза од стране понуђача, те да може поставити и одређену уговорену камату за нереализовани посао али у складу са одређеним законским прописима који регулишу ову област. Дефинишући уговорну казну у износу од 1% за сваки дан закашњења излази изван оквира постављених у Закону о затезној камати РС, те поступа у супротности са добрим пословним обичајима и начелом савјесности и једнакости страна у поступку. Висина уговорне казне коју би понуђач платио уколико дође до кашњења у испоруци мора да буде сразмјерна са висином затезне камате коју би уговорни орган био дужан да плати уколико касни са плаћањем робе, услуга или радова, чиме се изједначавају права и обавезе са једне стране понуђача а а друге стране уговорног органа.

Дакле, мора да постоји реципроцитет давања. Ово питање је Канцеларија за разматрање жалби образложила и заузела став по овом питању, Рјешењем ,број: ЈН2-02-07-1-928-6/20 од 27.05.2020.године: *„Према томе, Уговорни орган мора водити рачуна да дефинише уговорну казну у висини у којој је прописана законска затезна камата, те мора постојати одређени реципроцитет ова два давања, односно приближна*

вриједност истих, што је у складу са добрим пословним обичајима и начелом савјесности и поштења...“

То говори да уговорни орган има право заштите у смислу неизвршених обавеза од стране изабраног понуђача, али само у оном дијелу како то прописује законска одредба, те да су уговорне стране у поступку потпуно равноправне без условљавања и вршења дискриминације, те да оваква камата има заштитну мјеру, а никако вид зараде.

Како је жалбени навод основан; овај орган је поништио оспорену тендерску документацију, у цитираној тачци овог диспозитива, предмет вратио на поновни поступак уговорном органу, те дао одређене смјернице у дијелу гдје је направљен пропуст како би исти исправио и поступак довео до краја у складу са законским одредбама.

Повратуплаћених средстава по основу накнаде за покретање жалбеног поступка, у износу од 500,00 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.

Имајући у виду висину постављеног захтјева за трошкове поступка, овај орган је у складу са одредбама са чланом 3. и 12. Тарифа о наградама и накнади трошкова за рад адвоката ("Службени гласник Републике Српске" број: 68/05) у конкретном случају приступио одлучивању о трошковима овог поступка, сматрајући да у конкретном случају треба примјенити тарифе у поступцима у непроцјењивим стварима. Жалиоцу припада накнада трошкова поступка у укупном износу 614,25 КМ, за састав жалбе.

Наиме, складу са чланом 3. и 12 Тарифа о наградама и накнади трошкова за рад адвоката ("Службени гласник Републике Српске" број: 68/05), а који се састоје од трошкова израде поднеска у свим неименованим поступцима, у износу од 150 бодова односно 300,00 КМ, увећано за 50% за састављање правног лијека, а што износи 75 бодова односно 150,00 КМ, те паушална награда у износу од 25% од износа награде одређене Тарифом 3., за радњу предаје жалбе на надлежно поступање односно 75,00 КМ, све увећано за 17% ПДВ-а, а што свеукупно износи 614,25 КМ.

Поука о правном лијеку: Ово Рјешење је коначно и извршно. Против овог Рјешења може се тужбом покренути управни спор пред Судом Босне и Херцеговине у року од 30 дана од дана пријема Рјешења. Такса на тужбу износи 100,00 КМ.

ПРЕДСЈЕДНИК ВИЈЕЋА

Радомир Пашић

Доставити:
1. Жалиоцу,
2. Уговорном органу,
3. У спис предмета.