BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANJE ŽALBI

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ

BOSNIA AND HERZEGOVINA
PROCUREMENT REVIEW BODY

Broj: JN2-01-07-1-372-6/22
Sarajevo,23.03.2022. godine

Ured za razmatranje žalbi BiH, rješavajući po žalbi broj: N-03-03-124/22-1 od 28.01.2022.godine ponuđača **JP Hrvatske telekomunikacije d.d. Mostar,** izjavljene na Tendersku dokumentaciju broj: 06-16-4-53-4/21 od 21.01.2022.godine, u postupku javne nabavke – Nabavka telekomunikacionih usluga mobilne i fiksne telefonije, ugovornog organa: Državna regulatorna komisija za električnu energiju, na osnovu člana 111. Zakona o javnim nabavkama ("Službeni glasnik BiH" broj: 39/14) i člana 230. Zakona o upravnom postupku ("Službeni glasnik BiH", br. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09 i 41/13), na sjednici Vijeća održanoj dana 23.03.2022. godine, donio je:

R J E Š E NJ E

1. Žalba ponuđača **JP Hrvatske telekomunikacije d.d. Mostar** broj: N-03-03-124/22-1 od 28.01.2022.godine **se usvaja.**
2. Tenderska dokumentacija broj: 06-16-4-53-4/21 od 21.01.2022.godine. se poništava.
3. Povrat uplaćenih sredstava na ime naknade pokretanja žalbenog postupka u iznosu od **500,00 KM** izvršit će se na osnovu posebnog Rješenja ovog organa.

OBRAZLOŽENJE

Ugovorni organ, Državna regulatorna komisija za električnu energiju, pokrenuo je postupak javne nabavke – Nabavka telekomunikacionih usluga mobilne i fiksne telefonije, obavještenje o nabavci broj: 1056-7-2-10-3-2/22 od 21.01.2022.godine.

Ponuđač JP Hrvatske telekomunikacije d.d. Mostar, izjavio je žalbu broj: N-03-03-124/22-1 od 28.01.2022.godine na Tendersku dokumentaciju broj: 06-16-4-53-4/21 od 21.01.2022.godine, u postupku javne nabavke – Nabavka telekomunikacionih usluga mobilne i fiksne telefonije, ugovornog organa: Državna regulatorna komisija za električnu energiju.

Navedena žalba je u skladu sa članom 100. stav 5. ZJN BiH proslijeđena ovom organu na nadležno postupanje.

Žalitelj u žalbi od 28.01.2022.godine navodi sljedeće:

„Tenderskom dokumentacijom - Konkurentski zahtjev za dostavu ponuda - pružanje telekomunikacijskih usluga putem mobilne i fiksne telefonije Državne regulatorne komisije za električnu energiju, broj: 06-16-4-53-4/21 od 21.01.2022.godine, ugovorni organ u točci 2.1. definira predmet nabavke, i to: pružanje telekomunikacijskih usluga putem mobilne i fiksne telefonije na period od 24 mjeseca prema potrebama Ugovornog organa. Iz navedenog jasno je da ugovorni organ traži integriranu uslugu fiksne i mobilne telefonije koje u načelu predstavljaju dvije različite usluge, te kao takve trebaju biti i tretirane u natječaju. Svrha povezivanja dviju različitih usluga u integriranu uslugu fiksne i mobilne telefonije je favoriziranje operatera BH Telecom, koji jedini ima infrastrukturu za tražene usluge, čime se onemogućava konkurencija na tržištu.
Dokaz: - Uvid u Tendersku dokumentaciju, broj: 06-16-4-53-4/21 od 21.01.2022. godine.
Naprijed navedenim postupanjem ugovorno tijelo je ugrozilo i samu svrhu Zakona o javnim nabavama BiH navedenu u članku 1. stavak (1), te prekršilo članak 53. Zakona.
Temeljem naprijed navedenog žalitelj predlaže poništavanje Tenderske dokumentacije - Konkurentski zahtjev za dostavu ponuda - pružanje telekomunikacijskih usluga putem mobilne i fiksne telefonije Državne regulatorne komisije za električnu energiju, broj: 06-16-4-53-4/21 od 21.01.2022. godine i ponavljanje postupka na način da se u novoj Tenderskoj dokumentaciji usluge fiksne i mobilne telefonije podjele na različite LOT-ove kako bi i ostali ponuditeiji mogli ispunjavati uvjete, te da se ista dostavi JP HT d.d. Mostar na postupanje. Žalitelj u žalbi zahtjeva povrat naknade za pokretanje žalbenog postupka.

Ugovorni organ je aktom broj: 06-16-4-53-9/21 od 02.02.2022. godine dostavio ovom organu žalbu i dokumentaciju potrebnu za odlučivanje po predmetnoj žalbi, shodno članu 100. stav (5) Zakona o javnim nabavkama.

Ugovorni organ u izjašnjenju broj: 06-16-4-53-9/21 od 02.02.2022.godine navodi slijedeće:
„Žalitelj kao razlog izjavljivanja žalbe na tendersku dokumentaciju u postupku nabavke komunikacijskih usluga putem mobilne i fiksne telefonije navodi:
- nepravilno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje,
- pogrešnu primjenu procesnog prava i
- pogrešnu primjenu materijalnog prava,

sa traženjem da se navedena Tenderska dokumentacija poništi, postupak ponovi i dostavi nova tenderska dokumentacija.

Međutim, žalitelj niti jednim dijelom žalbe ne navodi u čemu se sastoje ove povrede, odnosno ne konkretizira radnje DERK-a u ovom postupku javne nabavke koje predstavljaju ili se barem mogu podvesti pod navedene razloge za izjavljivanje žalbe. Dakle, žalbeni razlozi su potpuno proizvoljno i paušalno navedeni.

U žalbi ističe da je predmet nabavke pružanje telekomunikacijskih usluga putem mobilne i fiksne telefonije na period od 24 mjeseca prema potrebama ugovornog organa, te iznosi svoj stav da iz ovog naziva predmetne nabavke proizilazi da DERK traži integriranu uslugu fiksne i mobilne telefonije, koje, u načelu, predstavljaju dvije različite usluge, te da, kao takve, trebaju biti i tretirane u natječaju, uz navod da "povezivanje" dvije različite usluge u integriranu uslugu fiksne i mobilne telefonije predstavlja favoriziranje operatera "BH Telecom".

Žalitelj u žalbi navodi da je DERK prekršio samu svrhu Zakona navedenu u odredbi člana 1. stav 1., te da je prekršio član 53. Zakona.

U vezi sa ovim navodima, potrebno je istaći da odredba člana 1. stav 1. ne definira svrhu Zakona, nego navodi pitanja koja se tim Zakonom uređuju, dok član 53. definira objavu neophodnih informacija i sadržaj tenderske dokumentacije, a svi ovi elementi su inkorporirani u dokument koji je DERK objavio, te ne može biti riječi o bilo kakvom kršenju ovih zakonskih odredaba.

DERK je tendersku dokumentaciju pripremio u skladu sa Uputstvom za pripremu modela tenderske dokumentacije i ponuda ("Službeni glasnik BiH", br. 90/14 i 20/15), na taj način obezbjeđujući jednak tretman svim potencijalnim ponuđačima i pružajući sve neophodne informacije ponuđačima propisane Zakonom.

Žalitelj u žalbi ne navodi koje odredbe iz člana 53. Zakona su prekršene i zbog čega je žalitelj nejednako tretiran, jer je iz sadržaja tenderske dokumentacije vidljivo da su svim potencijalnim ponuđačima postavljeni isti i minimalni zahtjevi i kriteriji, te ne stoje tvrdnje da je u pitanju diskriminacija.

Ovo posebno iz razloga što nije tačna tvrdnja da iz naziva predmetne nabavke proizilazi da DERK traži integriranu uslugu, a netačnost tvrdnje žalitelja proizilazi i iz obrasca za cijenu ponude gdje su navedene vrste i količine usluga. Činjenica da je obrascem za cijenu ponude razdvojena cijena usluga mobilne i fiksne telefonije potvrđuje ispravnost postupanja DERK-a i opovrgava tvrdnje da se traži integrirana usluga. Upravo je suprotno jer model "vrsta usluge/količina/cijena" ima za cilj postići najbolju vrijednost za novac, što je zakonska obaveza DERK-a, a ponuđači imaju prostor za kreiranje tarifnog modela kojim će kroz ponuđene cijene, eventualno ponuđen zbirni budžet i sl. nastojati nastupiti sa ekonomski najpovoljnijom ponudom. Imajući u vidu navedeno, ugovorni organ je predvidio da će zaključiti okvirni sporazum sa ponuđačem koji ponudi najpovoljniju ponudu, ne prejudicirajući da li će sa najpovoljnijim ponuđačem zaključiti jedan, dva ili više ugovora u zavisnosti od ponuđenih uslova (vrsta i tarifni model je ostavljen na dispoziciju ponuđaču). Namjera ugovornog organa je da dodjelom okvirnog sporazuma jednom ponuđaču iskoristi pogodnosti koje svaki od ponuđača nudi svojim klijentima ukoliko koriste njihovu i fiksnu i mobilnu mrežu, čime se smanjuju ukupni troškovi ove vrste usluga.

Da nije u pitanju favoriziranje niti jednog operatera, ukazuje i činjenica da je jedan od kvalifikacijskih uvjeta, s ciljem dokazivanja profesionalne sposobnosti ponuđača, bio dostavljanje izjave o posjedovanju ili same dozvole Regulatorne agencije za komunikacije za obavljanje usluga fiksne i mobilne telekomunikacije, odnosno dozvole za pružanje GSM usluga, kao i dozvole za obavljanje djelatnosti fiksnih, javnih telefonskih usluga. Time DERK nije ograničio niti jednog operatora fiksne telefonije, te žalitelj nema nikakvih formalno-pravnih prepreka da pruži tu uslugu. Ovo posebno iz razloga što je žalitelj korisnik dozvole javnog operatora fiksne telefonije, a što se može utvrditi javno dostupnim registrom korisnika ove dozvole, koja dozvola uključuje sva opća prava i obaveze iz dozvole za obavljanje djelatnosti operatora javnih elektronskih komunikacijskih mreža, kao i iz dozvole za obavljanje djelatnosti davaoca fiksnih javnih telefonskih usluga, a područje važenja prava i obaveza po ovoj dozvoli je teritorij Bosne i Hercegovine. Nadalje, članom 3. Pravila 68/2013 o obavljanju djelatnosti davaoca fiksnih javnih telefonskih usluga koje je donijela Regulatoma agencija za komunikacije, propisano je da svaki davalac fiksnih javnih telefonskih usluga može da pruža javne telefonske usluge na fiksnim javnim elektronskim komunikacijskim mrežama u cijeloj Bosni i Hercegovini.

Stoga ne postoje ograničenja objektivne naravi za sudjelovanje žalitelja u predmetnom postupku javne nabavke pod jednakim uvjetima kao i svi drugi eventualni ponuđači.

Pored navedenog, netačan je žalbeni navod da samo "BH Telecom" ima infrastrukturu za integrirane usluge jer, na prvom mjestu, tenderskom dokumentacijom nije ni tražena integrirana usluga, a na drugom mjestu, ništa ne spriječava žalitelja da koristi infrastrukturu drugih operatera ili, pak, da svoju infrastrukturu širi na cijelo područje Bosne i Hecegovine. Dakle, u konkretnom slučaju, ne radi se stavljanju žalitelja u neravnopravan položaj, nego poslovnoj politici upravljačkih struktura žalitelja da ne grade infrastrukturu na određenim područjima Bosne i Hercegovine ili istu ne uzmu pod zakup od drugih pravnih lica.

Međutim, posebno skrećemo pažnju da se tražena usluga fiksne telefonije realizuje SIP trunking paketom fiksne telefonije (putem intemeta), a ovaj način pružanja usluge u svojim zvaničnim cjenovnoicima imaju svi javni operateri, uključujući i JP „Hrvatske telekomunikacije" d.d. Mostar. Cjenovnik žalitelja je u prilogu, a preuzet je sa zvanične internet stranice JP „Hrvatske telekomunikacije" d.d. Mostar.

Zakonska je obaveza DERK-a osigurati aktivnu i pravičnu konkurenciju pri definiranju predmeta nabavke. Pri opredijeljivanju predmeta nabavke, DERK je imao u vidu da je tržište telekomunikacionih usluga liberalizirano, sa otvorenim prostorom za konkurenciju. Već ta činjenica, sama po sebi, predstavlja i doprinosi ostvarivanju načela aktivne i pravične konkurencije u javnim nabavkama. S obzirom da važeći propisi dozvoljavaju i žalitelju daju mogućnost razvijanja vlastite infrastrukture ili korištenja infrastrukture drugih operatera s ciljem pružanja usluga kako fiksne, tako i mobilne telefonije, u konkretnom slučaju ne može biti riječi o bilo kakvom vidu diskriminacije DERK-a naspram žalitelja. Međutim, žalitelj sam disponira ovim pravom i u okviru svoje poslovne politike procijenjuje ima li interesa za to. Kako je izostanak stvaranja pretpostavki za pružanje ovih usluga isključiv izbor i slobodno opredijeljenje žalitelja, to ugovorni organi nisu dužni povinovati se i prilagođavati poslovnim politikama pojedinih telekom operatera koji nisu razvili tehničke, komercijalne ili pravne (realizacija zakupodavnog odnosa) pretpostavke za pružanje svih vrsta usluga u pojedinim dijelovima Bosne i Hercegovine. Sve dok važeće zakonodavstvo i žalitelju daje mogućnost obavljanja predmetnih usluga, nije riječ o diskriminaciji, te se njegova nezainteresiranost za razvijanje obje usluge ne može smatrati diskriminatorskim postupanjem DERK-a ili bilo kojim vidom drugačijeg tretiranja žalitelja, nego njegovim vlastitim izborom.

Stoga bi eventualno udovoljavanje zahtjevima žalbe samo značilo prilagodbu postupanja DERK-a kao ugovornog organa poslovnoj politici žalitelja, a nikako otklanjanje diskriminacije jer nikakav vid diskriminacije ne postoji.

Shodno navedenom, a imajući u vidu da i Ured za razmatranje žalbi iznosi ovakvo pravno shvatanje u svom radu već dulje razdoblje u svim predmetima sa identičnim činjeničnim i pravnim osnovom (JN2-03-07-1-1560-9/19 od 10. januara 2019.godine, JN2-03-07-1-516-7/19 OD 11. aprila 2019. godine, JN2-03-07-1-856-7/19 od 9. maja 2019. godine, JN2-03-07-1-2266-8/19 od 17. oktobra 2019. godine), predlažemo da se žalba, na osnovu člana 111. stav 1. tačka c) Zakona o javnim nabavkama, odbije kao neosnovana.

Prije nego što se upustio u meritorno odlučivanje, ovaj organ je pristupio provjeri formalnih pretpostavki za ulaganje žalbe, koje moraju biti ispunjene na strani žalitelja, kako bi se uopće pristupilo njenom rješavanju, a odnose se na uslovljene pretpostavke u skladu sa članom 227. Zakona o upravnom postupku, čl.109 i čl.111 Zakona o javnim nabavkama BiH i utvrdio da su ispunjeni uslovi za postupanje po istoj na način kako definišu odredbe pozvanih članova.

Nakon što su prednje pretpostavke preispitane, ovaj organ je uvidom u dostavljenu dokumentaciju, te analizom svakog dokaza pojedinačno i u njihovoj međusobnoj vezi, a u odnosu na žalbene navode i propisani zakonski postupak, odlučio kao u dispozitivu odluke.

Polazeći od žalbenog navoda žalitelja „da je predmet nabavke pružanje telekomunikacijskih usluga putem mobilne i fiksne telefonije na period od 24 mjeseca prema potrebama ugovornog organa, predstavljaju dvije različite usluge te da kao takve trebaju biti tretirane i u potupku, jer je povezivanje različitih usluga traži integriranu uslugu te da je to favoriziranje operatera BH Telecom, koji jedini ima infrastrukturu za tražene usluge“ , ovaj organ je izvršio uvid u sljedeće:

Uvidom u tendersku dokumentaciju ovaj organ je konstatovao sljedeće:

- Predmet: Konkurentski zahtjev za dostavu ponuda,
  Predmet nabavke: pružanje telekomunikacijskih usluga putem mobilne i fiksne telefonije na period od 24 mjeseca prema potrebama ugovornog organa.
- U Prilogu 1 jeste Obrazac za cijenu ponude – Tabela 1 – CIJENA u kojoj su odvojene Mobilna telefonija i Fiksna telefonija, te su obje sa određenim količinama, cijenom mjesečne usluge bez PDV-a i Ukupna cijena bez PDV-a za 24 mjeseca, te na kraju iznos Ukupno bez PDV-a za obje vrste usluge.

Iz naprijed navedenog ovaj organ je konstatovao da je ugovorni organ u Obrascu za cijenu naveo dvije vrste pružanja telekomunikacijskih usluga na mobilnu i fiksnu telefoniju, te za svaku pojedinačno jasno utvrdio odvojenu cijenu za mjesečnu pretplatu, sve vrste poziva prema fiksni i mobilnim mrežama raznih operatera kao i mobilni internet u mobilnoj telefoniji. Za svaku pojedinačnu uslugu je odredio količinu komada/minuta.

Ugovorni organ u svom izjašnjenju navodi da predmetna nabavka pružanje telekomunikacijskih usluga putem mobilne i fiksne telefonije kao cjelina ne predstavlja kršenje člana 53. Zakona o javnim nabavkama, te da nije tačna tvrdnja da se ovakvim načinom traži integriranu uslugu, nadalje tvrdi da žalitelja ništa ne sprečava da koristi infrastrukturu drugih operatera ili da svoju širi na cijelo područje BiH, te da se ugovorni organ nije dužan povinovati i prilagođavati poslovnim politikama pojedinih telekom operatera koji nisu razvili svoje tehničke i komercijalne pretpostavke za pružanje svih vrsta usluga u pojedinim dijelovima BiH.

U vezi sa navedenim ovaj organ je utvrdio da prilikom pripreme tenderske dokumentacije u ovakvoj vrsti nabavke za koju ugovorni organ smatra da objedinjenjem dvije vrste pružanja telekomunikacijskih usluga dobija bolje pogodnosti te mogućnosti koje su najpogodnije s ciljem najefikasnijeg korištenja javnih sredstava, on to propušta detaljno obrazložiti i dokazati.

Ugovorni organ svoje izjašnjenje zasniva na navodima da žalitelja ništa ne sprečava da razvija svoje tehničke i komercijalne mogućnosti za pružanje obje vrste usluga. Međutim ugovorni organ takvim načinom propušta da se u postupku javne nabavke ponaša jednako i nediskriminirajuće, a da ujedino osigura pravičnu i aktivnu konkurenciju, te da u konačnici najefikasnije koristi javna sredstva .

Članom 53. stav (5) Zakona o javnim nabavkama stoji da je ugovorni organ dužan poštovati principe jednakog tretmana i nediskriminacije ponuđača.

Iz naprijed navedenog ovaj organ smatra da je ugovorni organ propustio dati konkretan odgovor u smislu poentiranog navoda žalitelja, tačnije na bazi činjeničnih okolnosti koje se

odnose na propušteno. Ugovorni organ nije iznijeo detaljan osvrt zašto spajanjenem ove dvije vrste pružanja telekomunikacijiskih usluga najefikasnije koristi javna sredstva. Te također detaljno obrazložiti sve pogodnosti koje može ovakvim načinom ostvariti, kako bi stvorio ubjeđenje u konačan, pravilan i potpun zaključak a da pri tome nije ugrozio konkurenciju s tim u svezi, a što je u provedenim radnjama postupka, očito izostalo.

Na osnovu činjenica utvrđenih u postupku i provedenih dokaza, shodno članu 104. i 111. Zakona o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine i članu 230. Zakona o upravnom postupku, ovaj organ riješio je žalbu, kao u dispozitivu ovog rješenja.

Povrat uplaćenih sredstava na ime naknade žalbenog postupkau iznosu od 500,00 KM izvršiti će se posebnim aktom, po konačnosti ovog Rješenja, a u skladu sa članom 108.stav (7) ZJN i članom 4. Instrukcije o načinu uplate, kontrole i povrata naknada propisanih članom 108. ZJN ("Službeni glasnik BiH" broj: 86/14).

Pouka o pravnom lijeku

Ovo Rješenje je konačno i izvršno. 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.

PREDSJEDNIK VIJEĆA

Siniša Tešanović

Dostaviti:

- JP Hrvatske telekomunikacije d.d. Mostar
  Ul. Kneza Branimira bb, 88000 Mostar,
- Državna regulatorna komisija za električnu energiju
- evidencija
- a/a