BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANJE ŽALBI

BOSNA I HERCEGOVINA
KANCELARIJA ZA RAZMATRANJE ŽALBI

BOSNIA AND HERZEGOVINA
PROCUREMENT REVIEW BODY

Broj: JN2-01-07-1-299-9/22
Datum: 29.03.2022. godine

Kancelarija za razmatranje žalbi, rješavajući po žalbi potencijalnog ponuđača „NEBI" d.o.o. Sarajevo, izjavljenoj na Odluku broj 02-2435/22 od 25.01.2022. godine, Ugovornog organa JP Elektroprivreda Bosne i Hercegovine d.d. Sarajevo u postupku javne nabavke usluga revitalizacije kotla bloka 6 u Podružnici Termoelektrana „Tuzla" Tuzla, 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 plenarnim sjednicama Kancelarije za razmatranje žalbi, održanim dana 10.03.2022. godine i 29.03.2022. godine, donijela je

R J E Š E NJ E

1. **Usvaja se žalba** potencijalnog ponuđača „NEBI" d.o.o. Sarajevo i poništava se:
   - Odluka broj 02-2435/22 od 25.01.2022. godine
   Predmet se vraća ugovornom organu na ponovni postupak.

2. O povratu sredstava uplaćenih na ime naknade za pokretanje žalbenog postupka ovaj organ donijeće posebno rješenje.

O B R A Z L O Ž E NJ E

Ugovorni organ JP Elektroprivreda Bosne i Hercegovine d.d. Sarajevo u postupku javne nabavke usluga revitalizacije kotla bloka 6 u Podružnici Termoelektrana „Tuzla" Tuzla, broj Obavještenja o nabavci 986-1-2-444-3-510/21 od 09.12.2021. godine, rješavajući po žalbi potencijalnog ponuđača „NEBI" d.o.o. Sarajevo, donio je dana 25.01.2022. godine Odluku broj 02-2435/22 kojom usvaja kao djelimično osnovanu žalbu izjavljenu na Tendersku dokumetaciju u ovom postupku javne nabavke.

Pontecijalni ponuđač „NEBI" d.o.o. Sarajevo, nezadovoljan Odlukom o djelimičnom usvajanju žalbe, izjavio je žalbu protiv iste tražeći da se žalba usvoji, 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 04.02.2022. godine.

Žalilac u žalbi ističe sledeće navode:

- Ugovorni organ je tenderskom dokumentacijom dva puta, odnosno na dva načina propisao naplatu ugovorne kazne za neizvršenje ugovora i to putem bankarske garancije i penala. Žalilac smatra da ugovorni organ ne može ugovornu kaznu za slučaj neurednog izvršenja ugovora ili neizvršenja ugovora naplatiti umanjivanjem vrijednosti za izvršene usluge ili isporučenu robu. U nacrtu ugovora ugovorne strane trebaju da ugovore način naplate obaveze izabranog ponuđača prema ugovornom organu zbog neizvršenja ili neuredno izvršenja ugovora, u kojem će ukoliko su se stekli uslovi, ugovorni organ pismeno pozvati izabranog ponuđača da u ostavljenom roku plati ugovorenu kaznu. U protivnom visina ugovorne kazne ugovorni organ će naplatiti od banke koja je izdala bankarsku garanciju. Dakle, ukoliko se zadrži način naplate ugovorne kazne kako je to zahtijevao ugovorni organ, u tom slučaju ugovorni organ može naplatiti ugovornu kaznu kako umanjenjem izvršene ugovorene vrijednosti i protestirati bankarsku garanciju što predstavlja naplatu obeštećenja dva puta za jedno djelo.

- Zahtjev ugovornog organa u kojem navodi da su povezivanja sistema i prilagođavanja algoritama u obavezi izvođača, apsolutno je nemoguće ispuniti. Naime, algoritmi sadrže stepenice koje se ponavljaju ili zahtijevaju odluke koje propisuje programer. Izvođaču radova nije omogućen uvid u postojeći algoritam, izvođač nije bio programer postojećih algoritama niti posjeduje šifre pomoću kojih bi ga otključao, a da se ne pominje saglasnost prethodnog izvođača koji ima patentna prava na svoje proizvode. U tenderskoj dokumentaciji ugovorni organ nije pružio potrebne informacije, sheme i sl. O DCS i softwerskom upravljačkom sistemu ALSPA, u koji treba inkorporirati algoritme upravljačkih pogona koji su predmet zamjene. Dakle, ugovorni organ treba priložiti svu potrebnu tehničku dokumentaiju postojećeg sistema DCS i softwera ALSPA, kako bi svi ponuđači imali jednake polazne informacije.

U izjašnjenju na žalbene navode ugovorni organ navodi sledeće:

- Nezavisno od garancije za izvršenje ugovora koja je utvrđena navedenom odredbom ZJN u članu 20.1. Nacrta ugovora predivđena je posebna odredba o ugovornoj kazni koja bi se eventualno primjenila u realizaciji ugovora po drugom pravnom osnovu, odnosno isključivo u slučaju kašnjenja ponuđača sa isporukom robe ili u izviđenju usluga. Način naplate ugovorne kazne koju je definisao ovaj organ u Nacrtu ugovora nije protivan važećim zakonskim propisima, te se žalba u navedenom dijelu odbija kao neosnovana.

- tačkom 8.2. strana 17. Tehničkog opisa jasno je navedeno da svi ponuđači mogu izvršiti obilazak postrojenja, radi upoznavanja sa predmetnim radovima, sagledavanja obima i vrste specificiranih radova te im staviti na uvid svu raspoloživu tehničku dokumentaciju a sve radi prikupljanja kvalitetnih podloga za pripremu ponude. Implementacija nije ograničena isključivo na firmu koja je proizvela DCS, u realizaciji postojećih rješenja 2012. Godine je učestovovao konzorcija sa više izvođača, a ne samo proizvođač sistema DCS. Komplet uputstva za rad sa sistemom DCSa broji hiljade stranica i ne može biti prilog tenderske dokumentacije. dakle, za implementaciju i prilagođavanje algoritama, a koji su predmet nuđenja, potreban je angažman specijalista što u konkretnom slučaju nije ograničeno na proizvođača sistema.

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 i zakonske odredbe, utvrdio da je potrebno usvojiti žalbu ponuđača „NEBI" d.o.o. Sarajevo, te poništiti Odluka broj 02-2435/22 od 25.01.2022. godine i predmet vratiti ugovornom organu na ponovni postupak u fazu odlučivanja po žalbi žalioca iz sledećih razloga:

Razmatrajući žalbeni navod žalioca koji se odnosi na bankarsku garanciju i penale, ovaj organ je izvršio uvid u Tendersku dokumentaciju.

Tačkom 9.2. Tenderske dokumentacije propisano je da će ugovorni organ tražiti garanciju za uredno izvršenje ugovora. Iznos garancije za uredno izvršenje ugovora je 10% od vrijednosti pojedinačnih ugovora. Ponuđač je obavezan u fazi nuđenja dostaviti Izjavu da se ponuđač obavezuje da će, ukoliko bude izabran, obezbijediti garantni depozit za dobro izvršenje posla u vidu bezuslovne bankovne garancije, na iznos od 10% ugovorene vrijednosti pojedinačnog ugovora.

Tačkom 20.1. Tenderske dokumentacije u rubrici Ugovorne kazne – propisano je da osim u slučajevima navedenim u UU Klauzuli 22, ukoliko Ugovarač kasni sa isporukom robe ili u izvođenju usluga u skladu sa termin planom iz Ugovora, Naručilac će, bez obzira na ostale pravne lijekove prema Ugovoru, oduzimati od ukupne Ugovorne cijene, kao ugovorne kazne, sume ekvivalenta 1%o (promil) za svaki dan kašnjenja, sve do konačne isporuke ili izvedbe, do maksimalnog umanjenja od 10 % od Ugovorene cijene. U slučaju prijema ispunjenja obeveze sa zakašnjenjem Naručilac zadržava pravo naplate ugovorne kazne.

Žalilac u žalbi ističe da je Ugovorni organ je tenderskom dokumentacijom dva puta, odnosno na dva načina propisao naplatu ugovorne kazne za neizvršenje ugovora i to putem bankarske garancije i penala. Žalilac smatra da ugovorni organ ne može ugovornu kaznu za slučaj neurednog izvršenja ugovora ili neizvršenja ugovora naplatiti umanjivanjem vrijednosti za izvršene usluge ili isporučenu robu, već bi trebalo da pozove izabranog ponuđača da u ostavljenom roku plati ugovornu kaznu, a da će u protivnom naplatiti istu putem bankarske garancije.

U izjašnjenju na navod žalbe ugovorni organ ističe da je zahtjev za bankarskom garancijom utemeljio na članu 61. Stav (4) ZJN, dok je Nacrtom ugovora predvidio posebnu odredbu o ugovornoj kazni po drugom pravnom osnovu, a način naplate koji je definisao nije protivan važećim zakonskim propisima.

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 utvrđeno činjenično stanje u postupku, ovaj organ smatra neprihvatljivim izjašnjenje ugovornog organa u pogledu spornog pitanja među strankama. Naime, suština žalbenog navoda žalioca je da, ukoliko ugovorni organ penale naplati na način kako je propisao, moglo bi se desiti da za istu povredu ugovora aktivira i bankarsku garanciju. Dakle, žalilac prevashodno ističe pitanje mogućnosti naplate penala tako da isti budu realizovani na način da se umanjuje vrijednost izvršene usluge, smatrajući da u tom slučaju ugovorni organ može na dva načina naplatiti istu štetu.

U izjašnjenju na navod žalbe ugovorni organ ističe zakonski osnov za zahtijevanje bankarske garancije i propisivanje penala, što nije ni sporno, dok u pogledu spornog pitanja načina naplate penala ističe da isto nije protivno propisima, propuštajući da se osvrne na relevantne propise. Ovaj organ ukazuje na član 273. Stav (5) ZOO kojim je propisano da povjerilac ne može zahtijevati ugovornu kaznu zbog zadocnjenja ako je primio ispunjenje obaveze a nije bez odlaganja saopštio dužniku da zadržava svoje pravo na ugovornu kaznu.

Imajući u vidu navedeno, ovaj organ ističe da je ugovorni organ propustio da na nedvosmislen način dokaže postojanje činjenica i okolnosti na osnovu kojih je donio odluku o pravima, preduzeo radnje ili propuštanja, a što mu je bila obaveza u skladu sa gore citiranim članom ZJN. Na ključno pitanje koje žalilac ističe u žalbi, ugovorni organ ne daje suštinski odgovor jer isti navodi samo da način propisivanja penala nije protivan propisima, ali u potpunosti propušta dati nedvosmislen odgovor u pogledu propisa na koje se poziva i odgovora na suštinu žalbenog navoda žalioca.

Dakle, potrebno je da ugovorni organ u ponovljenom postupku raspravi sporno pitanje među stranaka u postupku i isto nedvosmisleno isto veže za propise relevantne oblasti, imajući u vidu citirani član 273. Stav (5) ZOO.

Cijeneći navedeno, žalbeni navod žalioca je ***osnovan.***

Razmatrajući žalbeni navod žalioca koji se odnosi na tvrdnju žalioca da je zahtjev ugovornog organa iz Tehničkog opisa usluge na stranici 11, pod 8, nemoguće ispuniti, ovaj organ je izvršio uvid u Tendersku dokumentaciju.

Tačkom 6.4.b) Tehničkog opisa propisani su tehnički zahtjevi za zamjenu upusnih reducir stanica, između ostalog:

Sistem upravljanja upusnim reducir stanicama treba omogućiti povezivanja u nadređeni blokovski sistem upravljanja (DCS) tako da se sve upravljačke funkcije kontrolišu iz ovog sistema. Isporuka opreme i radovi/usluge za lokalno kabliranje energetskog napajanja i upravljačkog povezivanja električnih pogona i mjerno-upravljačke opreme je obaveza Izvođača. Također, obaveza Izvođača je povezivanje lokalnog sistema upravljanja u nadređeni sistem upravljanja (DCS) kao i prilagođavanja postojećeg algoritma upravljanja u istom sistemu zbog ugradnje novog tipa pogona armature.

Tačkom 8.2. Tehničkog opisa propisane su obaveze Naručioca, pa između ostalog i:

- *Da ponuđaču prije davanja ponude omogući obilazak postrojenja radi upoznavanja sa predmetnim radovima, sagledavanja obima specificiranih radova i uslova za izvođenje radova,*
- *Staviti na uvid Ponuđaču/Izvođaču (bez mogućnosti kopiranja) tehničku dokumentaciju predmetnog kotla, koju posjeduje.*

Žalilac u žalbi ističe da je zahtjev ugovornog organa za povezivanjem sistema i prilagođavanja algoritama nemoguće ispuniti. Dalje ističe da ugovorni organ u tenderskoj dokumentaciji nije uopšte pružio potrebne informacije o DCS i softwerskom upravljačkom sistemu ALSPA, jer tenderska dokumentacija ne sadrži svu potrebnu tehničku dokumentaciju postojećeg sistema i softwera.

U izjašnjenju na žalbeni navod žalioca ugovorni organ ističe da je jasno tačkom 8.2. Tehničkog opisa omogućio obilazak postrojenja i stavljanje na uvid sve tehničke dokumentacije. Takođe implementacija nije ograničena isključivo na firmu koja je proizvlea DCS jer je u realizaciji postojećih rješenja iz 2012. godine učestvovao konzorcij sa više izvođača a ne samo proizvođač sistema DCS.

Članom 102. stav (3) Zakona o javnim nabavkama propisano je da je u postupku pravne zaštite žalilac dužan da dokaže ili barem učini vjerovatniim postojanje činjenica i razloga koji se tiču pravnog interesa za podnošenje žalbe, povreda postupka ili povreda primjene materijalnog prava, koje su istaknute u žalbi, za koje zna ili bi trebalo da zna.

Prije svega, ovaj organ ističe da žalilac u Odgovoru na izjašnjenje ugovornog organa navodi da ugovorni organ nije zahtjev iz Tehničkog opisa naveo u specifikaciji roba ili usluga, čime isti proširuje žalbeni navod u odnosu na osnovni navod iz žalbe. Kako citirani navod nije bio predmet žalbe, ovaj organ predmetni navod nije razmatrao jer isti nije blagovremen, imajući u vidu da nije bio sadržan u žalbi. Takođe, žalilac sam u žalbi ističe da u tenderskoj dokumentaciji nema potrebnih informacija za sistem koji je predmet zamjene, čime i potvrđuje da isto jeste predmet nuđenja.

U pogledu ocjene žalbenog navoda žalioca, ovaj organ ističe da žalilac kontradiktorno u prvom dijelu žalbenog navoda ističe da je zahtjev iz tačke 6.4.b) Tehničkog opisa nemoguće ispuniti, dok u drugom dijelu navoda ističe da ugovorni organ nije priložio svu potrebnu tehničku dokumentaciju u tendersku dokumentaciju, radi čega svi ponuđači nemaju iste polazne informacije za pripremu ponude, čime više ne osporava mogućnost ispunjenja postavljenog zahtjeva, već mogućnost ispunjenja na osnovu dostupne dokumentacije. Međutim, prema stavu ovog organa osnovano ugovorni organ ukazuje na činjenicu da je tačkom 8.2. Tehničkog opisa data mogućnost svim učesnicima u postupku da obiđu lokaciju i izvrše uvidu u tehničku dokumentaciju. Žalilac u žalbi zanemaruje činjenicu da je ugovorni organ ostavio mogućnost uvida u tehničku dokumentaciju.

Cijeneći navedeno, ovaj organ ističe da žalilac tvrdnjom da mu nije dostupna sva relevantna dokumetacija, a da pri tome ne osporava način na koji je ugovorni organ omogućio uvid u istu tačkom 8.2. Tenderske dokumentacije, nije učinio vjerovatnim postojanje činjenica na kojima je zasnovao žalbeni navod.

Neosnovano žalilac ukazuje na činjenicu da mu nije dostupna tehnička dokumentacija u Tenderskoj dokumentaciji, jer isti pri tome ne osporava način na koji je ugovorni organ omogućio uvid u tehničku dokumentaciju ove javne nabavke.

Slijedom navedenog, žalbeni navod žalioca je ***neosnovan.***

U ponovljenom postupku ugovorni organ će razmatrajući žalbu žalioca postupiti po uputama ovog organa datim u okviru ocjene žalbenog navoda, te na osnovu svega donijeti pravilnu i na zakonu zasnovanu Odluku.

Imajući u vidu svaki žalbeni navod, ocjene ovog organa po navodima, ovaj organ je primjenom člana 111. stav (1) tačka d) 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.

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. „NEBI" d.o.o. Sarajevo, ulica I. Alajbegovića Šerbe broj 14, 71 210 Ilidža-Sarajevo,
2. JP Elektroprivreda Bosne i Hercegovine d.d. Sarajevo, ulica Vislonovo šetalište broj 15, 71 000 Sarajevo
3. Evidencija i
4. a/a.