BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANJE 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

Број: JH2-02-07-1-610-6/22
Бања Лука, 31.03.2022.године

Канцеларија за разматрање жалби, Филијала Бања Лука, рјешавајући по жалби понуђача, Фаас д.о.о. Београд, бр 23/22 од 04.03.2022.године, изјављене на Тендерску документацију, бр. 66-12-200/21 од децембра.2021.године, уговорног органа, МХ ЕРС МП а.д. Требиње ЗП Електродистрибуција а.д. Пале, у поступку јавне набавке „ ситног спојног материјала“, на основу члана 111. став (1) тачка д.) Закона о јавним набавкама ("Сл.гласник БиХ", број:39/14) и члана 230. Закона о управном поступку ("Сл.гласник БиХ",број: 29/02, 12/04, 88/07, 93/09 и 41/13), на сједници вијећа , одржаној дана 31.03.2022.године, донесено је:

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. **Жалба** понуђача, Фаас д.о.о. Београд бр. 23/22 од 04.03.2022.године, изјављена на Тендерску документацију, уговорног органа, МХ ЕРС МП а.д. Требиње ЗП Електродистрибуција а.д. Пале, број 66-12-200/21 од децембра.2021. године, **с е у с в а ј а.**
2. **Поништава се Тендерска документација**, бр. 66-12-200/21 од децембра.2021.године, у дијелу који се односи на тачку 6.5, предмет враћа уговорном органу на поновни поступак.
3. **Усваја се** захтјев жалиоца за повраћај накнаде трошкова покретања жалбеног поступка у износу од 500,00 КМ.

О Б Р А З Л О Ж Е Њ Е

Уговорни орган, МХ ЕРС МП а.д. Требиње ЗП Електродистрибуција а.д. Пале (у даљем тексту Уговорни орган) је објавио Обавјештење о набавци на порталу јавних набавки под бројем 563-1-1-248-3-29/22 од 21.02.2022.г. у отвореном поступку набавке „ситног спојног материјала", према тендерској документацији, на коју жалилац улаже жалбу.

У жалби жалиоца се истиче:

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, с тим да укупан износ уговорне казне не може прећи 10% вриједности уговора. "

Сматрамо да је 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 Закону о затезној камати (Сл. гл. РС, број 61/18) - 0,03% дневно

Према Закону о измјенама Закона о поступку индиректног опорезивања (Сл. гл.

БиХ; број 100/13) - 0,04 % дневмо и

Према Закону о измјенама и допунама Закона о пореском поступку Републике Српске (Сл. 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 у потпуности 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 одредбом 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, 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).

Сходно напред наведеном, подносилац жалбе предлаже да Уговорни орган у складу са чл. 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.

На изнешену жалбу , Уговорни орган је доставио изјашњење по истој са комплетном документацијом заведено под бројем УП-72/22 од 07.03.2022. године, а запримљена код овога органа и заведена под бр. ЈН2-02-07-1-610/22 од 09.03.2022.године.

У Изјашњењу се истиче

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, исту одбије као неосновану.

Овај орган је по службеној дужности, прије разматрања жалбе утврђивао допуштеност, благовременост, те да ли је жалба изјављена од овлаштене особе сходно члану 109. став (1.) Закона о јавним набавкама и члану 227. став (1.) Закона о управном поступку. Поред наведеног, овај орган је, прије разматрања жалбе утврђивао испуњеност услова у смису одредбе члана 105. и члана 108. став (3.) Закона о јавним набавкама и утврдио да су испуњени услови за поступање по истој на начин како дефинишу одредбе наведених чланова Закона.

Жалба је основана

Разматрајући све горе наведено, следећи хронолошки догађај и утврђујући чињенице повреде поступка , КРЖ је установио да наводи жалбе у дијелу који се односи на повреду материјалног права , су тачни .

Овај орган је према жалбеном наводу који гласи: „„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, с тим да укупан износ уговорне казне не може прећи 10% вриједности уговора. "

Сматрамо да је 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 Закону о затезној камати (Сл. гл. РС, број 61/18) - 0,03% дневно

Према Закону о измјенама Закона о поступку индиректног опорезивања (Сл. гл.

БиХ; број 100/13) - 0,04 % дневмо и

Према Закону о измјенама и допунама Закона о пореском поступку Републике Српске (Сл. 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 у потпуности незаконито"", овај орган је извршио увид у ТД-у, 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 регулшу ову област.

Дефинишући уговорну казну у износу од 1% за сваки дан кашњења излази изван оквира постављаних у Закону о затезној камати РС те поступа у супротности са добрим пословним обичајима и начелом савјесности и једнакости страна у поступку. Висина уговорне казна коју би понуђач платио уколико дође до кашњења у испоруци мора да буде сразмјерна са висином затезне камате коју би УО био дужан да плати уколико касни са плаћањем робе, услуга или радова, чиме се изједначавају и права и обавезе са једне стране понуђача а са друге стране уговорног органа.

Дакле, мора да постоји реципроцитет давања. Ово питање је КРЖ образложио и заузео став по овом питању, Рјешењем број: ЈН2-02-07-1- 928-6/20 од 27.05.2020. „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 не никако вид зараде.

Како је жалбени навод основан, горе образложен, 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 где су направљени пропусти како би исте исправио и поступак довео до краја у складу са законским одредбама.

Повраћај уплаћених средстава у износу од 500,00 КМ, извршит ће се посебним актом у складу са чланом 108. став 7. Закона о јавним набавкама БиХ („Службени гласник БиХ“ бр. 39/14 од 19.05.2014. године) и чланом 4. Инструкције о начину уплате , контроле и повратa накнада прописаних чланом 108. Закона о јавним набавкама.

Сљедом горе наведеног чињеничног стања, КРЖ је у смислу тог донио рјешење као у диспозитиву истог.

Поука о правном лијеку

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

Драган Билић, дипл.правник

Достављено:

-Уговорном органу

-жалиоцу

-а/а-евиденција

Бања Лука, Јована Дучића бр. 23/1;тел. 051/211-130;факс.051/211-137