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

21 -04- 2022

Број: ЈН2-02-07-1-845-8/22
Бања Лука, 14.04.2022.године

Канцеларија за разматрање жалби, Филијала Бања Лука, рјешавајући по жалби понуђача, Монт-Градња д.о.о. Угљевик, бр.33-03/22 од 28.03.2022.године, изјављене на Тендерску документацију бр. 45/22 од фебруара.2022.године, уговорног органа, МХ ЕРС МП а.д. Требиње ЗП Рудник и термоелектрана Угљевик а.д Угљевик, у поступку јавне набавке, „услуге машинског одржавања котловског постројења“, 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 14.04.2022.године, донесено је:

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. **Жалба** понуђача, Монт-Градња д.о.о. Угљевик бр.33-03/22 од 28.03.2022.године, изјављена на Тендерску документацију, бр. 45/22 од фебруара.2022.године, уговорног органа, МХ ЕРС МП а.д. Требиње ЗП Рудник и термоелектрана Угљевик а.д. Угљевик, **с е у с в а ј а.**
2. **Поништава се** Тендерска документација, бр. 45/22 од фебруара.2022.године, уговорног органа, у дијелу који се односи на тачку 4.9, предмет се враћа уговорном органу на поновни поступак.
3. **Усваја се** захтјев жалиоца за поврат накнаде трошкова покретања жалбеног поступка у износу од 2.000,00 КМ .

О Б Р А З Л О Ж Е Њ Е

Уговорни орган, МХ ЕРС ЗП Рудник и термоелектрана Угљевик а.д. Угљевик (удаљем тексту Уговорни орган) је објавила Обавјештење о набавци на порталу јавних набавки под бројем 1276-1-2-124-3-184/22 од 02.03.2022.године у отвореном поступку јавних набавки „услуге машинског одржавања котловског постројења“, према тендерској документацији, бр.45/22- од фебруара.2022.г., расписан на основу Одлуке о покретању поступка јавне набавке, незадовољан истом, жалилац улаже жалбу из следећих разлога:

У жалби жалиоца се истиче:

На страни 6. предметне тендерске документације под тачком 4.9.сходно члану 50. ЗЈН-а БиХ (Техничкаи професионална способност) Уговорни орган наводи да понуђачи морају задовољити следеће минималне услове :

а) "Успјешно искуство у резализацији једног истог или сличног уговора у последње 3 године, рачунајући од крајњег рока за доставу понуда минималне вриједности 50.000,00 КМ без ПДВ-а. Под сличним уговорима се подразумијева Уговор на машинском одржавању турбинског постројења и/или машинског одрађивања транспортних система и отпрему шљаке и пепела у Термоелектранама.

б) Понуђач мора да располаже са опремом, алатима и уређајима за извршење наведних услуга и то:

- апарта за ТИГ заваривање..... ком 1

-апарат за електро заваривање.....ком1

-браварски сет алата .....ком 3

-аутогена гарнитура .....кпл 1

-хидраулична преса за савијање цијеви ком 1

-машина за обраду крајева цијеви .....ком 1

ц) Понуђач мора имати на располагању раднике сљедеће квалификационе структуре за извршење услуге:

-ВКВ бравар. .....мин. 1 извршилац

-КВ бравар.....мин 2 извршиоца (од којих је 1 руковалац крана)

-ТИГ заваривач-атестирани..... мин 1 извршилац

-ел.заваривач- атестирани .....мин.1 извршилац

-аутогени заваривач .....мин.1 узвршилац

д) понуђач мора посједовати стандард: систем менаџмента квалитетом ИСО 9001

Из прописаног услова у погледу успјешног искуства видно је да су слични уговори заправо дати само формално, јер је реализација сличног уговора ограничена на Термоелектране. Уговорни орган је противзаконитно поставио овај услов, директно органичио конкуренцију те прекршио члан 3.ЗЈН. Постављањем оваковог услова, нарушена је активна конкуренција међу понуђачима, која представља један од основних циљева провођења јавних набавки.

Чланом 3. ЗЈН Уговорни орган је дужан да се понаша транспарентно, једнако и недискримиирајуће, на начин да се осигура правична и активна конкуренција а све у циљу најефикаснијег коришћења јавних средстава. Ограничавањем понуђача на уредно извршен Уговор на Термоелектране доводи до нарушавања активне конкуренције.

Уговорни орган крши члан 3 ЗЈН, врши дискриминацију међу понуђачима, те самим тим јавна средства не троши најефикасније, него манипулише јавним средствима омогућавајући само оним понуђачима који су већ добијали уговор, да и даље остварју добит, занемарујући активну конкуренцију. Већи број понуђача, значио би већу конкуренцију, самим тим мању цијену услуга од предвиђене тј процјењене вриједности набавке, те би на тај начин Уговорни орган имао на располагању вишак средстава тј разлику између процјењење и понуђене цијене, које би на примјер могао да распореди тј искористи на повећање плата радника, или чак на унапређење прозводње, јер овај поступак није једини гдје је нарушена активна конкуренција, те смањења могућност учествовања већег броја понуђача.

2) Под тачкама б) и ц) за прописане услове, као доказ се наводи Попуњена писмена изјава понуђача-Прилог 3, потписна од стране лица овлаштеног за зсступање овјерена печатом понуђача. Оно што је нејасно, јесте шта је од докуметнације потребно доставити по Одлуци о избору најповољнијег понуђача....дипоме, стертификате, употребне дозволе, увјерења о стручној оспособљености....Очигледно је да је Уговорни орган попустио да пропише адекватне доказе који би поткријепили оно што Уговорни огран тражи. Нејасно је зашто Уговорни орган пропише услове, а касније одустане од истих, јер не пропише вид доказа. Наведено говори да предмента ТД није у складу са чланом 44 ЗЈН који предвиђа да постављени услови морају бити прецизни и јасни.

Имајући у виду све наведено, водећи се принципом законитости, жалилац предлаже да Уговорни орган, у складу са чланом 100. став 3. ЗЈН, усвоји ову жалбу у цјелости као основану и изврши измјене тендерске документације или исту поништи.

Уколико Уговорни орган не поступи на предложени начин, предлажемо да Канцеларија за разматрање жалби Бања Лука усвоји ову жалбу у цјелости као основану, поништи предметну тендерску документацију,те наложи Уговорном органу да тендерску документацију изради на начин да понуђачу даје потпуне информације.

На изнешену жалбу , Уговорни орган је доставио изјашњење по истој са комплетном документацијом заведено под бројем 11896/22 од 31.03.2022. године, а запримљена код овога органа и заведена под бр. ЈН2-02-07-1-845/22 од 04.04.2022.године.

У Изјашњењу се истиче :

Разматрајући жалбени навод Жалиоца, који се односи на постављени услов техничке и професионалне способности из тачке 4.9 под а) предметне тендерске документације, Уговорни орган је увидом у тендерски документ утврдио да је постављени услов усклађен са предметом и карактером уговора, да исти нема ограничавајући ефекат на остваривање правичне и активне конкуренције, због чега је Уговорни орган заузео став да је овај жалбени навод неоснован.

Наиме, у складу са чланом 53. став (1) Закона о јавним набавкама уговорни орган припрема тендерску документацију. У тендерској документацији, уговорни орган даје потпуне информације о условима уговора и поступку додјеле уговора, а који су кандидатима/понуђачима довољни за припрему захтјева за учешће, односно понуда на стварно конкурентској основи.

Чланом 44. став (2) Закона одређено је да уговорни орган у тендерској документацији дефинише услове за квалификацију на начин да утврди минимум захтјева за квалификацију кандидата/понуђача у погледу њихове личне способности, економског и финансијског стања, те њихове техничке и/или професионалне способности. Ставом (3) истог члана одређено је да минимум квалификационих услова које уговорни орган одреди за кандидате/понуђаче, као и документи који су потребни за њихово доказивање, треба да буду сразмјерни предмету јавне набавке и у складу са њим. Постављени услови не смију имати ограничавајући карактер на конкуренцију и морају бити јасни и прецизни.

Дакле, чл. 45. до 52. Закона одређени су услови за квалификацију које понуђачи морају испуњавати да би се надметали за предвиђени уговор о јавној набавци.

Уговорни орган истиче да је наведени услов у погледу техничке и професионалне способности (тачка 4.9 тендерског документа) постављен у складу са законским оквирима прописаним Законом о јавним набавкама (чланом 50.), као и подзаконским актима, а прије свега Упутством за припрему модела тендерске документације и понуда („Сл. гласник БиХ", бр. 90/14).

Упутством за припрему модела тендерске документације и понуда дефинисане су границе и начин постављања услова техничке и професионалне способности, у погледу реализованих уговора.

Чланом 7. став (4) под а) и б) Упутства је наведено да ако Уговорни орган од кандидата/понуђача као доказ техничке и професионалне способности тражи попис уговора, сматра се даје услов:

а) у вези са предметом набавке, односно групом предмета набавке, ако се тражи доказ о извршењу истог или сличног, односно истих или сличних уговора као што је предмет набавке, односно лот, те

б) сразмјеран предмету набавке, односно лоту, у слиједећим случајевима:

1) када се тражи доказ о извршењу једног уговора, ако његов износ није виши од процијењене вриједности набавке, односно од процијењене вриједности појединог лота;

Дакле, прије свега постављени услов техничке и професионалне способности у погледу реализованих уговора мора бити у вези са предметом набавке, односно мора се односити на исте или сличне послове, за период не дужи од три године или од датума регистрације, односно почетка пословања, ако је понуђач регистрован, односно почео са радом прије мање од три године, имајући у виду да је предмет набавке услуга. Уговорни орган према

цитираној одредби Упутства може тражити доказ или о извршењу истог уговора или доказ о извршењу сличног уговора, то је његово дискреционо право, али смисао одредбе је да не може тражити доказ о извршењу уговора који није у вези са предметом набавке.

Имајући у виду наведено, Уговорни орган је услов техничке и професионалне способности у тачки 4.9 под а) предметне тендерске документације у потпуности поставио у складу са законским и подзаконским актима, односно услов је у вези са предметом набавке, групом предмета набавке, јер се захтјева успјешно искуство у реализацији једног истог или сличног уговора у посљедње 3 године, рачунајући од крајњег рока одређеног за доставу понуда минималне финансијске вриједности 50.000,00 КМ без ПДВ-а, а под сличним уговором се подразумијева уговор на машинском одржавању турбинског постројења и/или машинском одржавању турбинског постројења и/или машинском одржавању транспортних система и отпрему шљаке и пепела у термоелектранама;

Приликом постављања овог услова Уговорни орган је респектовао и став Суда БиХ из пресуде број С1 3 У 028 280 18 У од 26.06.2019. године.

У образложењу рубрициране Пресуде је наведено сљедеће:

„Наиме, како то правилно налази Тужени Уговорни орган је ТД прописао да су понуђачи дужни испунити услове у погледу успјешног иискуства у реализацији минимално једног уговора у сегменту извршења услуга која су предмет конкретне јавне набавке. Израз у сегменту не значи како то тумачи Тужилац, да се ради о реализацији истог уговора који је предмет конкретне јавне набавке већ истог или сличног уговора у односу на конкретни предмет набавке."

Дакле, сви понуђачи који су успјешно реализовали исти уговор као што је предмет набавке или уговор на машинском одржавању котловског постројења и/или машинском одржавању турбинског постројења и/или машинском одржавању постројења за отпрему шљаке и пепела у термоелектранама, а који уговор је из сегмента предмета набавке, би били квалификовани у овом поступку јавне набавке.

Слиједом горе наведеног овај жалбени навод Жалиоца је неоснован.

Надаље, разматрајући други жалбени навод Жалиоца који се односи на тачку 4.10 под б) и ц) тендерског документа, односно на доказе у циљу оцјене техничке и професионалне способности понуђача прописане тачком 4.10 под б) и ц) предметне тендерске документације, исти је по мишљењу овог уговорног органа неоснован из сљедећих разлога:

Наиме, чланом 50 ЗЈН БиХ је прописано сљедеће:

„У поступку јавне набавке услуга Уговорни орган може захтјевати један или више доказа о техничкој и професионалној способности кандидата/понуђача, и то:

ц) Изјаву о ангажованом техничком особљу или техничким органима, а за које се не може захтјевати да су запослени код кандидата/понуђача;

е) Изјаву о техничкој опремљености и оспособљености и мјерама којима располаже пружалац услуга за извршење конкретних услуга и осигурање квалитета..."

Из горе цитиране Законске одредбе јасно произилази да се докази о ангажованом техничком особљу и техничкој опремљености у поступку набавке услуга доказују искључиво изјавама.

Законодавац у члану 50. ЗЈН БиХ нити на једном мјесту не наводи дипломе, увјерења или било који вид доказа о испуњености услова из члана 50. ЗЈН БиХ.

Осим тога у члану 3. став (2) тачка ц) Упутства за припрему модела тендерске документације и понуда је наведено сљедеће:

„ц) Услови за квалификацију кандидата/понуђача:

1) Минимални услови за квалификацију понуђача који се доказују изјавом понуђача ..."

Форма изјаве о испуњености услова из члана 50. тачке ц), д) и г) ЗЈН БиХ (техничка и професионална способност у поступку набавке услуга) је прописана горе наведеним Упутством, као и Упутством о измјени Упутства за припрему модела тендерске документације и понуда („Сл. гласник БиХ" број 20/15). Слиједом наведеног може се закључити да је Уговорни орган при изради предметне тендерске документације у поступку јавне набавке услуга у цјелости поступио у складу са Законом и подзаконским актиме , те је с тога овај жалбени навод неоснован.

Напомињемо да је жалилац, поред предметне жалбе, истог дана изјавио још 6 (шест), а у протеклих дванаест дана још 6 (шест) жалби, на друге разнородне предмете јавне набавке код уговорног органа са скоро истим жалбеним наводима, а све очигледно са циљем злоупотребе Закона о јавним набавкама.

У конкрентом поступку набавке је очигледно да је једини интерес жалиоца да се онемогући провођење поступка предметне набавке и да злоупотребом ЗЈН БиХ омета Уговорни орган у извршавању својих планираних активности, односно чиста опструкција поступка набавке.

Такође, напомињемо да Уговорни орган у складу са чланом 3. ЗЈН БиХ поступа транспарентно, да се у поступку јавне набавке према кандидатима/понуђачима понаша једнако и недискриминирајуће, на начин да се осигура правична и активна конкуренција, с циљем најефикаснијег кориштења јавних средстава у вези са предметом набавке и његовом сврхом.

Због свега наведеног Уговорни орган предлаже да се Жалба одбије као неоснована.

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, у вођењу процедуралног дијела поступка набавке, су дјелимично тачни.

Према жалбеном наводу како описује жалилац: "На страни 6. предметне тендерске документације под тачком 4.9.сходно члану 50. ЗЈН-а БиХ (Техничкаи професионална способност) Уговорни орган наводи да понуђачи морају задовољити следеће минималне услове :

а) "Успјешно искуство у резализацији једног истог или сличног уговора у последње 3 године, рачунајући од крајњег рока за доставу понуда минималне вриједности 50.000,00 КМ без ПДВ-а. Под сличним уговорима се подразумијева Уговор на машинском одржавању турбинског постројења и/или машинског одрађивања транспортних система и отпрему шљаке и пепела у Термоелектранама.

б) Понуђач мора да располаже са опремом, алатима и уређајима за извршење наведних услуга и то:

- апарта за ТИГ заваривање..... ком 1

-апарат за електро заваривање.....ком1

-браварски сет алата .....ком 3

-аутогена гарнитура .....кпл 1

-хидраулична преса за савијање цијеви ком 1

-машина за обраду крајева цијеви .....ком 1

ц) Понуђач мора имати на располагању раднике сљедеће квалификационе структуре за извршење услуге:

-ВКВ бравар. .....мин. 1 извршилац

-КВ бравар.....мин 2 извршиоца (од којих је 1 руковалац крана)

-ТИГ заваривач-атестирани..... мин 1 извршилац

-ел.заваривач- атестирани .....мин.1 извршилац

-аутогени заваривач .....мин.1 узвршилац

д) понуђач мора посједовати стандард: систем менаџмента квалитетом ИСО 9001

Из прописаног услова у погледу успјешног искуства видно је да су слични уговори заправо дати само формално, јер је реализација сличног уговора ограничена на Термоелектране. Уговорни орган је противзаконитно поставио овај услов, директно органичио конкуренцију те прекршио члан 3.ЗЈН", овај орган је извршио увид у ТД-у, оспорене тачке и установио да је уговорни орган са овако постављеним условом око дефинисања „сличног посла", задовољио само форму а не и суштину чиме сужава конкуренцију, односно директно упућује само на оне понуђаче/понуђача који је радио исти посао једнак предмету јавне набавке.

Тачно је да уговорни орган има дискрециono право поставити одређене услове у смислу провјере и квалификације понуђача за професионалну и техничку способност, али такав услов не смије бити ограничавајућег карактера да би само елиминисао понуђаче, већ да би одредио здраву конкуренцију, на основу којег би се могло пријавити на тендеру више понуђача који су радили на истим или сличним пословима који су сродни предмету набавке, из којих се може упоредити тражена способност понуђача.

Дакле, када уговорни орган тражи одређену референцу, што му дозвољавају законске и подзаконске одредбе, таква референца треба да отвара широку конкуренцију у смислу стручних, професионалних, провјерених понуђача а не референца која би сузила конкуренцију и довела до једног понуђача чиме би се угрозио буџет уговорног органа у смислу нерационалног трошења средстава јер би такав понуђач био у прилици постављати понуду која неби била реална финасијском стању на тржишту.

Стога уговорни орган, поред добре намјере, да себе осигура у смислу поузданог и стручно оспособљеног понуђача, мора водити рачуна о постављању свих па и конкретног услова, како се неби угрозила активна конкуренција заинтересоввних понуђача у поступку јавне набавке, односно како се неби створио монопол према једном понуђачу који је већ обављао исте послове а чиме би сваки други понуђач био потенцијално искључен без икакве шансе да испуни техничке и професионалне услове.

Конкретно, уговорни орган мора поставити такву референцу када поред успјешно реализованог уговора који је једнак предмету јавне набавке поставља и неки сличан уговор, онда то није само форма, већ да се он суштински разликује а да показује способност и стручност потенцијалног понуђача.

Стога је овај жалбени навод основан.

Други жалбени навод: „Под тачкама б) и ц) за прописане услове, као доказ се наводи Попуњена писмена изјава понуђача-Прилог 3, потписна од стране лица овлаштеног за зступање овјерена печатом понуђача. Оно што је нејасно, јесте шта је од докуметнације потребно доставити по Одлуци о избору најповољнијег понуђача....дипоме, стертификате, употребне дозволе, увјерења о стручној оспособљености....Очигледно је да је Уговорни орган попустио да пропише адекватне доказе који би поткријепили оно што Уговорни огран тражи", овај орган је мишљења да сваки потенцијални понуђач може кроз одговоре и питања у одређеним нејасноћама тражити информацију од уговорног органа и евентуалне

грешке исправити и без жалбе, или тек послије уложити жалбу ако истим није задовољан или ако нису отклоњене нејасноће.

Стога овај орган поништава оспорену ТД-у у дијелу који је наведен у диспозитиву, предмет враћа на поновни поступак у којем ће уговорни орган извршити исправку наведених грешака, те користећи упуте и сугестије овога органа, поступак у складу са законом довести до краја.

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

Повратуплаћених средстава у износу од 2.000,00 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 повратанакнада прописаних чланом 108. Закона о јавним набавкама.

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

