BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANJE ŽALBI

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ

BOSNIA AND HERZEGOVINA
PROCUREMENT REVIEW BODY

Broj: JN2-01-07-1-948-10/22
Sarajevo, 21.04.2022. godine

Ured za razmatranje žalbi BiH, rješavajući po žalbi bb od 12.04.2022. godine, žalitelja: „Euro-asfalt" d.o.o. Sarajevo, zastupan po punomoćniku Nedim Ademović i Dženita Osmanović, odvjetnici iz Odvjetničkog društva „Ademović, Nožica i partneri" d.o.o. Sarajevo", izjavljenoj na Zaključak broj: 05-1-25-1-7848-46/21 od 05.04.2022. godine, Ugovornog tijela: JP Međunarodni aerodrom Sarajevo, u postupku nabave radova za proširenje platforme- prva faza i sanacija pozicije parkiranja zrakoplova 1, na temelju članka 97. i članka 111. stavak (1) točka b) Zakona o javnim nabavama („Službeni glasnik BiH", broj: 39/14) na Plenarnoj sjednici održanoj dana: 21.04.2022. godine, donio je:

Z A K L J U Č A K

1. Odbacuje se žalba žalitelja: „Euro-asfalt" d.o.o. Sarajevo, bb od 12.04.2022. godine, zastupan po punomoćniku Nedim Ademović i Dženita Osmanović, odvjetnici iz Odvjetničkog društva „Ademović, Nožica i partneri" d.o.o. Sarajevo", zbog toga što je uložena od osobe koja nema aktivnu legitimaciju.

2. O povratu sredstava uplaćenih na ime naknade za pokretanje žalbenog postupka ovo tijelo donijet će posebno rješenje.

O b r a z l o ž e nj e

Ugovorno tijelo- JP Međunarodni aerodrom Sarajevo, provodi otvoreni postupak javne nabave: „Nabava radova za proširenje platforme- prva faza i sanacija pozicije parkiranja zrakoplova 1".

U navedenom postupku Ugovorno tijelo je donijelo Zaključak broj: 05-1-25-1-7848-46/21 od 05.04.2022. godine, protiv kojeg Zaključka je žalitelj Euro-asfalt" d.o.o. Sarajevo, zastupan po punomoćniku Nedim Ademović i Dženita Osmanović, odvjetnici iz Odvjetničkog društva „Ademović, Nožica i partneri" d.o.o. Sarajevo", izjavio žalbu bb od 12.04.2022. godine.

Navedena žalba je u skladu sa člankom 100. stavak 5. Zakona o javnim nabavama proslijeđena ovom tijelu na nadležno postupanje.

Žalitelj u svojoj žalbi navodi sljedeće:

Ugovorni organ je žalbu žalitelja odbacio jer je tumačio da Žalitelj nema aktivnu legitimaciju u skladu sa članom 97. ZJN. Međutim, to je potpuno pogrešno tumačenje normi ZJN. Članom 97. ZJN propisano je: Žalbu može podnijeti svaki privredni subjekat koji ima ili je imao interes za dodjelu ugovora o javnoj nabavci i koji učini vjerovatnim da je u konkretnom postupku javne nabavke bila ili je mogla biti prouzrokovana šteta zbog postupanja ugovornog organa, a koie se u žalbi navodi kao povreda ovog zakona i podzakonskih akata od strane ugovornog organa u postupku javne nabavke. Dakle, aktivnu legitimaciju u postupku javne nabavke ima: a) lice koje je postupalo kao Ponuđač u cjelokupnoj nabavci (ne samo onaj ko se žalio na odluku o dodjeli i istu pobijao u pogledu svoje ponude), ali i b). lice koje ukaže na vjerojatnost štetne radnje, a koje se ogledaju u radnji povrede zakona, tačnije, ZJN od strane ugovornog organa. Dakle, aktivna legitimacija nastaje po jednom ili oba ova osnova.

Ugovorni organ svoj stav da Žalitelj nema aktivnu legitimaciju tumači na slijedeći način:.... činjenica da je Žalitelj bio ponuđač u predmetnom postupku ne znaci a priori da on ima aktivnu legitimaciju, jer iz svega navedenog neosporno je da Žalitelj ne osporava odbacivanje svoje ponude, te eventualna osnovanost žalbenih navoda koji se odnose na prihvatljivost ponude odobrenog ponuđača STRABAG d.o.o. Sarajevo, ne bi mogla dovesti do odabira ponude Žalitelja sto bi na kraju trebalo rezultirati sklapanjem ugovora o nabavci. Žalitelj u konkretnom postupku ne može doci u situaciju da mu se dodijeli ugovor, jer je njegova ponuda neprihvatljiva, a sto on ne osporava u svojoj žalbi, stoga ne može doci do situacije da pretrpi Štetu u konkretnom slučaju, te u konačnici on nema aktivnu legitimaciju u skladu sa članom 97. Zakona o javnim nabavkama BiH.

Dakle, Ugovorni organ tumači da: 1. Žalitelj nije ponuđač jer se nije žalio na odbacivanje svoje ponude; te da, 2. Žalitelj ne trpi štetu jer usvajanjem njegove žalbe on ne može više biti ponuđač. Prvi i drugi razlog koji je naveden od strane Ugovornog organ su pogrešni. Naime, ponuđač je, prije svega, ponuđač čim je dostavio ponudu u određenom postupku javne nabavke, i to, bez obzira šta se konačno desilo sa tom ponudom. Prema tome, aktivna legitimacija koja se propisuje u članu 97. ZJN, i odnosi se na ponuđača, nije ničim uslovljena. Tako je propisano članom 2. ZJN, gdje stoji: c) privredni subjekat je pravno ili fizičko lice, ili grupa takvih lica, koji na tržištu nude robe, usluge i/ili radove, a registrirani su za obavljanje predmetne djelatnosti, te mogu učestvovati u postupku javne nabavke, kao: 1) ponuđač koji je dostavio ponudu; [.. naglasak punomoćnika].

Definicija ponuđača je jasna. To je svako ono pravno lice koie je dostavilo ponudu. Dakle, Ugovorni organ pogrešno tumači da je ponuđač samo onaj čija je ponuda ocjenjena kao valjana. ZJN ne veže status ponuđača za činjenice da je njegova ponuda prihvaćena, niti daje ponuda čak valjana. Zakon veže pojam ponuđača samo za činjenicu dostavljanja ponude. Društvo „Euro-Asfalt" d.o.o. Sarajevo jeste dostavilo ponudu. Njegova ponuda je bila prvobitno tretirana kao valjana, a potom nepravomoćnim Rješeniem URŽ. po žalbi društva „Strabag" d.o.o, nepravomoćno je odbačena. U ovakvom (nepravomoćnom) statusu svih odluka, ne postoji član ZJN koji definira da je Žalitelj izgubio status ponuđača.

Također, u konkretnoj situaciji nije došlo čak ni do pravomoćnosti osporene Odluke kojom se odbacuju njegove ponude. Predmetna Odluka nije pravomoćna jer još

nije ni istekao rok za upravni sporna Rješenje URŽ na osnovu kojeg je Ugovorni organ donio Odluku o nabavci. Dakle, nikako se ne može društvo „Euro-Asfalt" smatrati daje prestao biti ponuđač sve dok se postupka javne nabavke pravomoćno ne poništi. Ukoliko Ugovorni organ nije smatrao društvo „Euro-Asfalt" d.o.o. Sarajevo ponuđačem, ne bi mu dostavio Odluku o nabavci, niti na bilo koji način dalje ga uključivao u postupak.

Drugi uslov za aktivnu legitimaciju, koji član 97. ZJN propisuje, veže se za postojanje štete. I taj dio norme Ugovorni organ pogrešno tumači. Naime, u toj normi zakonodavac definira da šteta za pravno lice se ogleda u tome daje ugovorni organ pri donošenju odluke povrijedio odredbe ZJN. To se i desilo. Naime, upravo iz žalbe koju je uložio Žalitelj na Odluku o nabavci, proizilazi, da je Ugovorni organ dodijelio ugovor ponuđaču koji ima nedostatke u Tenderskoj dokumentaciji identične kao i ponuđači čije su ponude ocjenjene kao nevaljane. Dakle, radi se prevashodno o diskriminatornom tumačenju ponuda ponuđača, i povredi članu 3. ZJN.

Pored toga, ugovorni organ je povrijedio i član 57. stav 1. ZJN jer je prihvatio ponudu koja nije u skladu sa Tenderskom dokumentacijom, a odbacio ponude koje na identičan način popunjene i dostavljene. Dakle, ako je valjana ponuda Strabag d.o.o. Sarajevo, morale je biti valjana i ponuda „Euro-Asflat" d.o.o. Sarajevo. Tako i obrnuto. Prihvatanje ponude jednog ponuđača, a i pod istim uslovima odbacivanje ponude drugog ponuđača, predstavlja grubo kršenje ZJN. Naravno, da Žalitelj ima pravni interes da obori cijeli postupak nabavke jer u tom slučaju će imati priliku ispraviti (navodne) nedostatke svoje ponude, ukoliko se one kao takve pravomoćno utvrde. Ova povreda ZJN spada u bitne povrede zakona u skladu sa članom 103. ZJN.

U skladu sa članom 102. stav 3. ZJN propisano je da u postupku po žalbi žalitelj dužan da dokaže ili bar učini vjerojatnim postojanje činjenica i razloga koji se tiču pravnog interesa na podnošenje žalbe, povreda postupka ili povreda primjene materijalnog prava. Žalitelj apsolutno ima interes za dodjelu ugovora o javnoj nabavci, odnosno sasvim je jasno (iz dole navedenih već žalbenih navoda koje su odbačene) da bi u konkretnom postupku javne nabavke mogla biti prouzrokovana šteta zbog postupanja ugovornog organa u smislu povrede općih principa jednakog tretmana i nediskriminacije iz člana 3. ZJN.

U međuvremenu, Žalitelj ima pravo da pokrene i upravni spor pred Sudom BiH protiv Rješenje URŽ koje je dalo uputu Ugovornom organu da ocjeni ponudu „Euro-Asfalt" kao nevaljanu i taj postupka je u toku. Stoga, Žalitelj je ispunio oba kriterija za aktivnu legitimaciju iz člana 97. ZJN, pa je žalba protiv pobijanog Zaključka osnovana.

Žaliteljeva žalba na Odluku o nabavci je bila blagovremena, dopuštena i izjavljena od strane ovlaštenog lica i stoga Ugovorni organ je bio dužan istu proslijediti na odlučivanje URZ u smislu člana 100. stav 3. ZJN.

U svom Izjašnjenju na navode žalbe, Ugovorno tijelo navodi sljedeće:

Ugovorni organ zaprimio je podnesak Žalitelja kojim izjavljuje žalbu na zaključak kojim je žalbu Žalitelja odbacio zbog nedostatka aktivne legitimacije uz primjedbu da je pouka o pravnom lijeku navedena u zaključku protivna čl. 110. Zakona o javnim nabavkama BiH koji propisuje da se žalba izjavljuje URŽ BiH isključivo putem ugovornog organa. U vezi prednjeg navoda, Ugovorni organ je konstatovao daje čl. 100. stav (2) ZJN BiH određeno sljedeće: "Ako ugovorni organ utvrdi da je žalba neblagovremena, nedopuštena ili izjavljena od neovlaštenog lica, odbacit će je

zaključkom. Protiv ovog zaključka žalilac ima mogućnost podnošenja žalbe URŽ-u i to u roku od 10 dana od dana prijema zaključka."

Čl. 110. Zakona o javnim nabavkama BiH na koji se poziva Žalitelj određuje da: "izjavljena žalba odgađa nastavak postupka javne nabavke, zaključenje i/ili izvršenje ugovora o javnoj nabavci ili okvirnog sproazuma do donošenja odluke URŽ-a" i sadržajno uopće nije u vezi sa prethodno pomenutom primjedbom Žalitelja, stoga je nejasno zašto se Žalitelj poziva na ovu zakonsku odredbu.

Iako ZJN BiH određuje da se žalba na zaključak Ugovornog organa izjavljuje direktno URŽ-u, Ugovorni organ ipak, opreza radi, na postupanje dostavlja izjavljenu žalbu sa izjašnjenjem Ugovornog organa na žalbene navode kako slijedi.

Žalitelj izjavljuje žalbu zbog navodnog pogrešnog tumačenja odredbi ZJN, pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja, povrede odredbi postupka u smislu Zakona o upravnom postupku FBiH i zahtijeva usvajanje žalbe, stavljanje van snage zaključka odnosno Odluke o izboru najpovoljnijeg ponuđača, te izvršenje ponovne evaluacije dostavljenih ponuda. U obrazloženju navodi da je Ugovorni organ pogrešno tumačio odredbu ZJN BiH na osnovu koje je zaključio da Žalitelj nema aktivnu legitimaciju za izjavijivanje žalbe na odluku o izboru najpovoljnijeg ponuđača.

Analizirajući žalbene navode Ugovorni organ je još jednom konstatovao da je spornom odlukom o izboru najpovoljnijeg ponuđača ponuda Žalitelja proglašena tehnički neispravnom i neprihvatljivom za ugovorni organ, a da Žalitelj u svojoj žalbi uopće nije osporio takve zaključke Ugovornog organa, odnosno nije osporio razloge neprihvatljivosti svoje ponude.

Imajući u vidu ovu činjenicu Ugovorni organ još jednom konstatuje da Žalitelj nema aktivnu legitimaciju u predmetnom postupku. Ovakav zaključak Ugovornog organa potvrđen je Rješenjem Ureda za razmatranje žalbi BiH broj: JN2-O3-O7-1-80-7/16 od 04.03.2016. godine, po identičnom činjeničnom i pravnom osnovu.

Tumačeći odredbu čl. 97. Zakona o javnim nabavkama, činjenica da je Žalitelj bio ponuđač u predmetnom postupku ne znači a priori da on ima aktivnu legitimaciju, jer neosporno je da Žalitelj ne osporava odbacivanje svoje ponude, te eventualna osnovanost žalbenih navoda koji se odnose na prihvatljivost ponude odobranog ponuđača STRABAG d.o.o. Sarajevo, ne bi mogla dovesti do odabira ponude Žalitelja što bi na kraju trebalo rezultirati sklapanjem ugovora o nabavci. Žalitelj u konkretnom postupku ne može doći u situaciju da mu se dodijeli ugovor, jer je njegova ponuda neprihvatljiva, a što on ne osporava u svojoj žalbi, stoga ne može doći do situacije da pretrpi štetu u konkretnom slučaju, te u konačnici on nema aktivnu legitimaciju u skladu sa članom 97. Zakona o javnim nabavkama BiH.

Ugovorni organ je, kao učesnik u postupku javnih nabavki, dužan da dosljedno i potpuno sprovodi odluke Ureda za razmatranje žalbi BiH, kao institucije od najviše važnosti za ostvarivanje pravne zaštite i pravilno provođenje Zakona o javnim nabavkama BiH. Istovremeno, Ured za razmatranje žalbi BiH provodi ujednačavanje postupanja u donošenju odluka po žalbama čime osigurava primjerenu, učinkovitu i potpuna pravnu zaštitu svih učesnika u postupku javne nabavke.

Kada je u pitanju navod Žalitelja da provodi radnje na pokretanju upravnog spora, što navodno dodatno potvrđuje njegovu argumentaciju o postojanju aktivne legitimacije, Ugovorni organ ističe da mu takva činjenica nije poznata, Žalitelj na istu nije ukazivao u toku ovog postupka, niti je dostavio bilo kakve dokaze u tom smislu. Stoga Ugovorni organ ovaj žabeni navodi cijeni kao irelevantan.

Dakle, Ugovorni organ je osporeni Zaključak donio nakon što je nesporno utvrdio da Žalitelj nije ispunio potrebne pretpostavke za odlučivanje po žalbi, zbog čega o istoj nije meritorno odlučivao.

Prije nego što se upustilo u meritorno odlučivanje, ovo tijelo 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 uvjetovane pretpostavke u skladu sa člankom 227. Zakona o upravnom postupku, člankom 109. i člankom 111. Zakona o javnim nabavama BiH („Službeni glasnik BiH", br. 39/14; u daljnjem tekstu: ZJN).

Nakon što su prednje pretpostavke preispitane, ovo tijelo 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, **utvrdilo da je potrebno predmetnu žalbu odbaciti, zbog toga što je uložena od osobe koja nema aktivnu legitimaciju** kako je ista propisana odredbom članka 97. ZJN, a na osnovu članka 111. stavak (1) točka b) ZJN.

Iz predmeta spisa proizilazi da je ugovorni organ u osporavanom zaključku konstatovao da je spornom odlukom o izboru najpovoljnijeg ponuđača ponuda Žalitelja proglašena tehnički neispravnom i neprihvatljivom za ugovorni organ, a da Žalitelj u svojoj žalbi uopće nije osporio takve zaključke Ugovornog organa, odnosno nije osporio razloge neprihvatljivosti svoje ponude. Imajući u vidu ovu činjenicu Ugovorni organ je utvrdio da Žalitelj nema aktivnu legitimaciju u predmetnom postupku. Donoseći predmetni zaključak ugovorni organ se u istom poziva na praksu i stav Ureda za razmatranje žalbi BiH koji je zauzet u Rješenju broj: JN2-O3-O7-1-80-7/16 od 04.03.2016. godine, po identičnom činjeničnom i pravnom osnovu.

Imajući u vidu navedeno, ovaj organ tumačeći odredbu čl. 97. Zakona o javnim nabavkama uvaža obrazloženje ugovornog organa u kome se navodi da sama činjenica da je Žalitelj bio ponuđač u predmetnom postupku ne znači a priori da on ima aktivnu legitimaciju, jer neosporno je da Žalitelj ne osporava odbacivanje svoje ponude, te eventualna osnovanost žalbenih navoda koji se odnose na prihvatljivost ponude odobranog ponuđača STRABAG d.o.o. Sarajevo, ne bi mogla dovesti do odabira ponude Žalitelja što bi na kraju trebalo rezultirati sklapanjem ugovora o nabavci. Žalitelj u konkretnom postupku ne može doći u situaciju da mu se dodijeli ugovor, jer je njegova ponuda neprihvatljiva, a što on ne osporava u svojoj žalbi, stoga ne može doći do situacije da pretrpi štetu u konkretnom slučaju, te u konačnici on nema aktivnu legitimaciju u skladu sa članom 97. Zakona o javnim nabavkama BiH.

Ugovorni organ je, kao učesnik u postupku javnih nabavki, dužan da dosljedno i potpuno sprovodi odluke Ureda za razmatranje žalbi BiH, kao institucije od najviše važnosti za ostvarivanje pravne zaštite i pravilno provođenje Zakona o javnim nabavkama BiH. Istovremeno, Ured za razmatranje žalbi BiH provodi ujednačavanje postupanja u donošenju odluka po žalbama čime osigurava primjerenu, učinkovitu i potpuna pravnu zaštitu svih učesnika u postupku javne nabavke.

Člankom 97. ZJN propisano je: *„Žalbu može podnijeti svaki gospodarski subjekt koji ima ili je imao interes za dodjelu ugovora o javnoj nabavi i koji učini vjerojatnim da je bila ili je u konkretnom postupku javne nabave mogla biti prouzrokovana šteta zbog postupanja ugovornog tijela, a koje se u žalbi navodi kao povreda ovoga Zakona i podzakonskih akata od strane ugovornog tijela u postupku javne nabave.“*

Uzevši u obzir sve prednje navedene činjenice i okolnosti, te polazeći od toga da je nesporno da žalitelj nije ponudio prihvatljivu ponudu (a da pri tome navedenu ocjenu o neprihvatljivosti njegove ponude nije niti osporio podnesenim žalbenim navodima, pa se s tim u svezi složio sa istom), to ovo tijelo ocjenjuje da s obzirom na činjenicu da žalitelj nije podnio valjanu ponudu, da se ne može ocijeniti da je ispunio preduvjete za pokretanje postupka pravne zaštite u predmetnom smislu kako to eksplicite propisuje odredba članka 97. ZJN.

Žalitelj nije dokazao ili barem učinio vjerojatnim postojanje činjenica i okolnosti na kojima zasniva postojanje pravnog interesa za podnošenje žalbe u konkretnom slučaju, kao uobičajenog sredstva zaštite prava i pravnog interesa nezadovoljnog žalitelja, ukoliko mu je takvim izborom, prouzrokovana šteta ili mu je ugrožen njegov pravni interes.

Osim navedenog, ostaje nejasnim i nekonkretiziranim, uslijed kojih okolnosti bi takvim prijedlogom ugovornog tijela izbora najpovoljnijeg ponuditelja, bio ugrožen žaliteljev pravni položaj, odnosno zbog čega i na koji način bi nastupila šteta zbog takvog postupanja ugovornog tijela.

Stoga, imajući u vidu iznesenu pravno relevantnu činjenicu, da žalitelj nije ponudio prihvatljivu ponudu (a da navedenu ocjenu o neprihvatljivosti njegove ponude nije niti osporio podnesenim žalbenim navodima, pa se s tim u svezi složio sa istom), a imajući u vidu suštinski i formalni smisao odredbi iz članka 97. ZJN, te uobičajenu doktrinu nastupanja i nadmetanja u postupku javne nabave, na bazi svih prednje iznesenih činjenica, uzevši svaki dokaz posebno i sve zajedno, zaključuje se da žalitelj nije učinio vjerojatnim da mu je bila ili da mu je u konkretnom slučaju predmetnog postupka javne nabave mogla biti prouzrokovana šteta zbog postupanja ugovornog tijela.

U konačnici prednje iznesenog, ovo tijelo je prvenstveno polazeći od preispitivanja pretpostavki za ulaganje žalbe, prema odredbi članka 97., odnosno članka 111. stavak (1) točka b) ZJN, utvrdilo da žalitelj nije učinio vjerojatnom okolnost da bi mu u konkretnom postupku javne nabavke, zbog postupanja ugovornog tijela, bila ili bi mu mogla biti učinjena šteta.

Ovo tijelo je predmetni zaključak donijelo i u skladu sa stavom Suda Bosne i Hercegovine iz Presude broj: S 1 3 U 033957 19 U od 06. 04. 2021. godine, u kojoj je, između ostalog, navedeno: *„U skladu sa citiranom odredbom, po ocjeni ovog upravnog vijeća, pravilno je tužena postupila, kada je osporenim zaključkom odbacila žalbu tužitelja iz razloga nedostatka aktivne legitimacije. Naime, ovo iz razloga što iz spisa predmeta proizilazi da tužitelj nije ponudio prihvatljivu ponudu, odnosno da je njegova ponuda ocijenjena kao neprihvatljiva, a iz samog sadržaja žalbe, proizilazi da tužitelj tu*

činjenicu nije osporavao u svojoj žalbi, već isključivo ponudu prvorangiranog ponuđača. Dakle, imajući u vidu navedeno, tužitelj u konkretnom slučaju nije dokazao postojanje pravnog interesa za izjavljivanje žalbe u smislu citirane odredbe člana 97. Zakona."

S obzirom na sve navedeno i prednje iznesene činjenice u ovom obrazloženju evidentno je da žalitelj nema aktivnu legitimaciju ni da izjavi žalbu na Zaključak broj: 05-1-25-1-7848-46/21 od 05.04.2022. godine, iz istih razloga koje je ugovorni organ prravilno naveo u obrazloženju osporavanog zaključka.

Na temelju činjenica utvrđenih u postupku i provedenih dokaza, sukladno članku 111. stavak (1) točka b), a u svezi sa člankom 97. ZJN, ovo tijelo je odlučilo kao u dispozitivu ovog zaključka.

Naputak o pravnom lijeku:

Ovo rješenje je konačan upravni akt. Protiv ovog zaključka 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.

PREDSJEDATELJ URŽ-a

Marko Kolobarić

Dostaviti:
- Nedim Ademović i Dženita Osmanović odvjetnici iz Odvjetničkog društva „Ademović, Nožica i partneri" d.o.o. Sarajevo"
  (za Euroasfalt" d.o.o. Sarajevo)
- JP Međunarodni aerodrom Sarajevo
- evidencija
- a/a