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

26 -05- 2022

Број: ЈН2-02-07-1-977-6/22
Бања Лука, 19.05.2022.године

Канцеларија за разматрање жалби, Филијала Бања Лука, рјешавајући по жалби понуђача, ИГВ Изолатер д.о.о. , бр.-- од 29.03.2022.године, и жалбе , бр.- од 13.04.2022. године,заступан по адвокату Мирни Пашић из Тузле, изјављене на Тендерску документацију бр. 94/22 од 15.03.2022.године, уговорног органа, МХ ЕРС МП а.д. Требиње ЗП Рудник и термоелектрана Гацко, а.д. Гацко, у поступку јавне набавке, „ватросталних материјала и ватростално зидарских радова за потребе ремонта ТЕ у 2022. години “, 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 19.05.2022.године, донесено је:

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. **Жалба** понуђача, ИГВ Изолатер д.о.о. Тузла бр. од 29.03.2022.године и бр.- од 13.04.2022.године, изјављена на Тендерску документацију, бр. 94/22 од 15.03..2022.године, уговорног органа, МХ ЕРС МП а.д. Требиње ЗП Рудник и термоелектрана Гацко, а.д. Гацко, **с е у с в а ј а.**
2. **Поништава се** Тендерска документација, бр. 94/22 од 15.03..2022.године, уговорног органа, у дијелу који се односи на тачку 4.1, под а.), предмет се враћа уговорном органу на поновни поступак.
3. **Усваја се** захтјев жалиоца за повраћај накнаде трошкова покретања жалбеног поступка у износу од 3.500,00 КМ .
4. Усваја се захтјев жалиоца, за накнаду трошкова у висини Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката („Службене новине ФБиХ“ бр. 22/04 и 24/04) у износу од 240,00 КМ, док се преостали дио одбија као неоснован.
5. Налаже се уговорном органу, да жалиоцу , накнади трошкове жалбеног поступка у висини Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката („Службене новине ФБиХ“ бр. 22/04 24/04) из тачке 4. овога рјешења, у року од 15 дана од дана извршности овога Рјешења.

О Б Р А З Л О Ж Е Њ Е

Уговорни орган, МХ ЕРС МП а.д. Требиње ЗП Рудник и термоелектрана Гацко, а.д. Гацко (удаљем тексту Уговорни орган) је објавио Обавјештење о набавци на порталу јавних набавки под бројем 825-1-1-135-3-257/22 од 15.03.2022.године, у отвореном поступку јавних набавки „ ватросталних материјала и ватростално зидарских радова за потребе ремонта ТЕ у 2022. години ", према тендерској документацији, бр.94/22- од 15.03.2022.г., расписан на основу Одлуке о покретању поступка јавне набавке, незадовољан истом, жалилац улаже жалбу из следећих разлога:

У жалби жалиоца се истиче:

Уговорни орган је по објављивању отвореног поступка јавне набавке „Набавка ватросталних материјала и ватростално-зидарских радова за потребе редовног ремонта ТЕ у 2022 години" од 15.03.2022. године извршио измјену тендерске документације 22.03.2022. године, те у измијењеној тендерској документацији под тачком 4. Техничка и професионална способност понуђача (члан 49. ЗЈН БиХ) од понуђача затражио:

"4.1. Минимални услови у погледу техничке и професионалне способности.

Понуда ће бити одбачена ако понуђач не испуни следеће минималне услове у погледу техничке и професионалне способности понуђача:

а)-Успјешно искуство у реализацији најмање једног уговора у претходне 3 године за испоруку ватросталних материјала термоелектранама или другим термоенергетским објектима инсталисане снаге од 200 до 300MW, минималне вриједности на годишњем нивоу од 150.000,00 КМ (без ПДВ-а).

-Успјешно искуство у реализацији најмање једног уговора у претходне 3 године на уградњи ватростално-зидарских материјала (рушење старог и уградња новог озида, уградња ватросталног бетона торкретирањем на каналима рециркулације; млиновима, балкама, одшљакивачу) на термоелектранама или другим термоенергетским објектима инсталисане снаге од200 до 300 MW, минималне вриједности 150.000,00 КМ, без ПДВ- а. "

Из наведенога се јасно може закључити да је Уговорни орган у овој јавној набавци овим захтјевом довео у неравноправан положај остале понуђаче који врше идентичне предметне услуге на термоенергетским постројењима - блоковима термоелектрана инсталисане снаге од 100 до 200 MW какве су нпр. у Федерацији БиХ, те самим тиме су дискриминирани јер је Уговорни орган ограничио учешће на понуђаче који посједују референсе на предметним радовима и испоруци ватросталног материјала инсталисане снаге од 200 до 300 MW и финансијске вриједности од минимално 150.000,00 КМ, иако се у суштини ради о потпуно истим пословима. (Сви понуђачи који посједују искуство на обављању предметних радова на блоковима термоелектрана од 100 и 200 MW су дискриминирани пошто је уговорни орган навео признавање референсе веће од 200 MW, јер је под тачком 4.1. под а) наведено од 200 до 300 MW, али не и нпр. 200 MW.)

Уговорном органу је познато да се у БиХ налази највећи број блокова термоелектрана инсталисане снаге до 200MW (ТЕ Какањ; Блок 5= 110MW, Блок 6= 110MW, ТЕ Тузла; Блок 3= 100MW, Блок 4= 200MW, Блок 5= 200MW), те би свим потенцијалним понуђачима који имају референсе на извођењу радова и испоруци материјала на овим блоковима термоелектрана било онемогућено учешће у овом поступку јавне набавке, иако објективно не постоје никакве техничке ни квалитативне разлике у врсти послова и квалитету испоручених материјала за блокове термоелектрана инсталисане снаге од 100MW у односу на оне од нпр.200 или 300MW.

Поступак јавне набавке је строго формалан поступак који има за циљ да се јавна средства користе на најефикаснији начин; при томе обавеза уговорног органа је да омогући једнак третман свим учесницима поступка, без било какве дискриминације сваког од учесника, односно уговорни орган мора водити рачуна да не ограничи активну и правичну конкуренцију и да поштује опште принципе из члана 3. ЗЈН БиХ.

Занимљиво је такође истаћи даје уговорни орган у првобитно објављеној тендерској документацији од 16.03.2022. године затражио референсну потврду на блоковима инсталисане снаге од минимално 300 MW, пошто је блок Термелектране Гацко инсталисане снаге од 300 MW, па је дана 22.03.2022. године извршио измјену тендерске документације на начин даје од понуђача затражено достављање референсне потврде за радове и испоруку материјала на термоелектранама инсталисане снаге од 200 до 300 MW, па се оправдано може поставити питање да ли се ради о испуњењу минималних или максималних услова у погледу техничке и професионалне способности понуђача. Управо због тога је и прописан облик и садржај тендерске документације који у себи и садржи минималан услов за квалификацију у погледу техничке и професионалне способности, а у складу са чланом 50. ЗЈН БиХ, које су предмет јавне набавке. Садржај тендерске документације је прописан у ЗЈН БиХ („Службени гласник БиХ“ број 39/14 и Упутству о припреми модела тендерске документације и понуда („Службени гласник БиХ“ број 90/14), које Упутство је и донесено у складу с чланом 53. ЗЈН БиХ. У складу са цитираним чланом закона, у тендерској документацији уговорни орган даје потпуне информације о условима уговора и поступку учешћа и додјеле уговора, а који су кандидатима/понуђачима довољни за припрему захтјева за учешће, односно понуда на стварно конкурентној основи што им у овој јавној набавци није омогућено.

Исти дискриминирајући захтјев је уговорни орган у тендерској документацији поставио када је од понуђача затражио достављање друге референсе која се односи на испоруку ватросталних материјала термоелектранама инсталисане снаге од 200 до 300MW и минималне вриједности од 150.000,00 КМ по уговору.

Просто је несхватљив али и необјашњив захтјев уговорног органа садржан у овом захтјеву да се референсна потврда мора односити на испоруку ватросталног материјала термоелектранама само инсталисане снаге од 200 до 300 MW. док референсу о испоруци истог ватросталног материјала термоелектранама инсталисане снаге од нпр. 100 до 200 MW би уговорни орган овим захтјевом могао прогласити неприхватљивом што је и видљиво у наводима у прилогу број 10 гдје је наведено да се понуде понуђача које не садрже референсе

о испоруци материјала и извођењу ватростално-зидарских радова на блоковима инсталисане снаге од 200 до 300 MW неће разматрати при вредновању и евалуацији понуда.

Дискриминација одређених потенцијалних понуђача, било кроз елементе критеријума, било кроз услове за учешће у поступку јавне набавке, свакако ограничава конкуренцију, односно онемогућава учествовање или оцијењивање понуда оних понуђача који би иначе могли равноправно да учествују и чије би понуде биле оцијењене у поступку јавне набавке. Дакле, није довољно да уговорни орган има конкуренцију међу понуђачима на тај начин што ће прикупити одређен број понуда међу понуђачима који су обављали предметне радове код тог уговорног органа, већ је потребно испоштовати захтјев да ни један од потенцијалних понуђача не буде неоправдано онемогућен у достизању циља да његова понуда буде изабрана као најповољнија, а све у циљу веће конкурентности и ефикаснијег трошења јавних средстава.

Исто тако, а не мање важно, потребно је истаћи да све термоелектране у БиХ (осим ТЕ Гацко) данас обављају јавне набавке за предметне радове кроз оквирне споразуме (као нпр. ТЕ Тузла, ТЕ Какањ и ТЕ Угљевик), чак неке и на 28 мјесеци (као нпр. ТЕ Тузла и ТЕ Какањ) из којих онда праве појединачне уговоре (према њиховим потребама а у складу са ЗЈН БиХ), те извођачима радова и добављачима материјала издају референсне потврде на такве појединачне уговоре, које понуђачи као такве једино и могу користити као референсну потврду у поступцима јавних набавки код уговорних органа (термоелектрана), а које су по финансијским износима и обиму обављених послова знатно мање од референсне потврде која би износила на цијелокупан износ из оквирног споразума, а које понуђачи не могу користити као валидан збирни документ појединачних уговора по ЗЈН БиХ.

Такви уговорни органи (осим ТЕ Гацко) и прихватају референсе о успјешно обављеним пословима и испоруци материјала које су много мање финансијске вриједности, а у складу са висином појединачних уговора.

Стога Жалитељ од уговорног органа захтијева да:

-Изврши измјену дијела тендерске документације која се односи на тачку 4.1., а у вези са напријед наведеним појашњењем на начин да измјенама омогући учешће свим заинтересованим понуђачима који су предметне радове и испоруку ватросталних материјала обављали на блоковима термоелектрана минималне снаге 100 MW и сразмјерно томе на фер и коректној основи и адекватне минималне финансијске вриједности.

Ако Уговорни орган жалбу усвоји то захтијевамо да жалитељу намири све припадајуће трошкове за покретање жалбеног попступка, односно да му накнади трошкове за састав ове жалбе по овлаштеном пуномоћнику, Мирни Пашић, адвокату из Тузле у износу од 562,52 КМ, а све према Адвокатској тарифи РС.

Уколико пак Уговорни орган одбије жалбу на изнесене чињенице, Жалитељ предлаже да Канцеларија за разматрање жалби у поступку рјешавања, усвоји жалбу и својим рјешењем поништи тендерску документацију, односно предметни поступак и наложи повратак накнаде за покретање жалбеног поступка као и да обавеже Уговорни орган да Жалитељу намири све

припадајуће трошкове, односно да му накнади трошкове састава ове жалбе по овлаштеном пуномоћнику у износу од 240,00 КМ.

Напомињемо да пуномоћник Мирна Пашић, адвокат из Тузле није у систему ПДВ-а.

Жалилац у истом поступку улаже жалбу због ћутљења администрације од стране уговорног органа у којој истиче:

Дана 29.03.2022. године ИГВ Изолатер д.о.о. Тузла, заступан по пуномоћнику Мирни Пашић, адвокату из Тузле изјавио је Уговорном органу МХ „ ЕЛЕКТРОПРИВРЕДА РС“ МП- а.д. Требиње ЗП „РИТЕ Гацко“ а.д. Гацко Жалбу на измијењену тендерску документацију „Набавка ватросталних материјала и ватростално - зидарских радова за потребе редовног ремонта ТЕ у 2022 години“ од 22.03.2022. године објављену на порталу јавних набавки под бројем 825-1-1-135/22, интер број тендерског документа код Уговорног органа 94/22, која Жалба је у довољном броју примјерака послата препорученом пошиљком дана 29.03.2022. године, а коју је претходно наведени Уговорни орган запримио дана 04.04.2022. године, коју Жалбу заједно са доказима предаје на пошту и пријема од стране Уговорног органа у прилогу ове Жалбе достављамо.

Поступајући по изјављеној жалби Уговорни орган је био дужан поступити у складу са релевантним одредбама Закона о јавним набавкама БиХ и то на начин утврђен одредбама члана 100. наведеног Закона, како слиједи:

„(Поступак уговорног органа по жалби)

(1) Уговорни орган дужан је у року од пет дана од дана запримања жалбе утврдити благовременост, допуштеност и да ли је жалба изјављена од овлаштеног лица.

(2) Ако уговорни орган утврди да је жалба неблаговремена, недопуштена или изјављена од неовлаштеног лица, одбацит ће је закључком. Против овог закључка жалилац има могућност подношења жалбе УРЖ-у и то у року од 10 дана од дана пријема закључка.

(3) Ако је жалба благовремена, допуштена и изјављена од овлаштеног лица, уговорни орган, разматрајући жалбу, може утврдити да је она дјелимично или у цијелости основана и својим рјешењем исправити радњу, предузети чињење или може постојећу одлуку или рјешење ставити ван снаге и замијенити је другом одлуком или рјешењем, или поништити поступак јавне набавке, те о томе обавијестити учеснике у поступку јавне набавке на начин одређен овим законом, у року од пет дана од дана пријема жалбе.

(4) Против рјешења уговорног органа из става (3) овог члана може се изјавити жалба УРЖ-у, путем уговорног органа, у року од пет дана од дана пријема рјешења.

(5) Ако уговорни орган поступајући по жалби утврди да је жалба благовремена, допуштена и изјављена од овлаштеног лица, али је неоснована, дужан је у року од пет дана од датума запримања жалбу прослиједити УРЖ-у, са својим изјашњењем на наводе жалбе, као и комплетном документацијом у вези с поступком против којег је изјављена жалба."

Супротно цитираним одредбама ЗЈН БиХ Уговорни орган до данас није поступио сукладно истим и донио Рјешење/Закључак - управни акт по поднесеној жалби жалитеља.

Имајући у виду наведено, а обзиром даје одредбом члана 206. став 1. Закона о општем управном поступку РС, прописано између осталог, даје надлежни орган дужан донијети Рјешење и доставити га странци што прије, а најкасније у року 30 дана, рачунајући од дана предаје уредног захтјева, ако посебним прописом није одређен други рок, док је одредбом члана 206. став 2. истог Закона прописано да ако орган против чијег је решења допуштена жалба не донесе решење и не достави га странци у прописаном року странка има право жалбе, као даје њен захтев одбијен, то жалитељ устаје са овом жалбом у циљу заштите својих права и интереса.

Како из свега наведеног, јасно произилази, да Уговорни орган није одлучио у законом прописаном року, односно да поступајући Уговорни орган није у законом прописаном року предвиђеним Законом о јавним набавкама БиХ као посебним прописом који регулира предметну област, донио одлуку по изјављеној жалби жалитеља, то предлажемо да Канцеларија за разматрање жалби, Филијала Бања Лука поступи на законом прописани начин и обавеже Уговорни орган да жалитељу намири све припадајуће трошкове, односно да му накнади трошкове састава ове жалбе по овлаштеном пуномоћнику у износу од 240,00 КМ.

Слиједом свега наведеног Жалитељ сматра жалбу у цијелости основаном па предлаже као у диспозитиву исте.

На изнешену жалбу , Уговорни орган је доставио изјашњење по истој са комплетном документацијом заведено под бројем 02-3224/22 од 10.04.2022. године и бр.06-3382 од26.04.2022.године, а запримљена код овога органа и заведена под бр. ЈН2-02-07-1-977/22 од 15.04.2022.године.

У Изјашњењу се истиче :

Првобитно, тендерским документом за предметну набавку Секторски уговорни орган је тачком 4) Техничка и професионална способност понуђача у складу са чланом 49. ЗЈН БиХ, подтачка 4.1 алинеја а-, прецизирао минималне услове у погледу техничке и професионалне способности који су гласили;

" а) - Успјешно искуство у реализацији најмање једног Уговора у предходне три године за испоруку ватросталних материјала темоелектранама или другим термоенергетским објекитма минималне снаге 300MW, минималне вриједности на годишњем нивоу у износу од 150.000,00 КМ (без ПДВ-а).

- Успјешно иснуство у реализацији најмање једног Уговора у претходне 3 године на уградњи ватростално-зидарских материјала(рушење старог и уградња новог озида, уградња ватросталног бетона торкретирањем на каналима рециркулације, млиновима, балкама, одшљаниваču) минималне вриједности 150.000,00 КМ, без ПДВ-а на блоковима инсталисане снаге мин 300 MW"

Дана 18.03.2022. потенцијални понуђач, а сада жалилац „ИГВ Изолатер" д.о.о. Тузла је путем портала за јавне набавке поставио питање Секотрском уговорном органу следеће садржине:

„Поштовани,

У тендерском донументу под тачном 4.1. (Минимални услови у погледу техничке и професионалне способности) је наведено:

Понуда he бити одбачена ако понуђач не испуни следеће минималне услове у погледу техничке и професионалне способности понуђача:

а)-Успјешно искуство у реализацији најмање једног уговора у претходне 3 године за испоруку ватросталних материјала термоелектранама или другим термоенергетским објентима минималне снаге 300MW, минималне вриједности на годишњем нивоу у износу од 150.000,00 КМ (без ПДВ-а)

-Успјешно искуство у реализацији најмање једног уговора у претходне 3 године на уградњи ватростално зидарсних материјала (рушење старог и уградња новог озида, уградња ватросталног бетона торкретирањем на каналима рециркулације, млиновима, балкама, одшљакивачу) минималне вриједности 150.000,00 КМ без ПДВ-а на блопоеима инсталисане снаге мин 300 MW.

Сматрамо да су наведени захтјеви нереални и неконкурентни за остале понуђаче који посједују референсе на предметним радовима и испоруци материјала за блокове термоелектрана инсталисане снаге од 100 или 200 MW, као што су термоелектране у Феберацији БиХ па самим тиме понуђачи са таквим референсама не могу учествовати у овом поступку јавне набавке, иако се ради о потпуно идентичним предметним радовима на идентичним предметним блоковима ТЕ. Исто тако, као што Вам је познато; већина уговорних органа па тако и ТЕ данас обављају јавне набавке кроз оквирне споразуме из којих онда потписују више појединачних уговора (према њиховим потребама а у складу са ЗЈН БиХ), те издају референсне потврде на такве појединачне уговоре које понуђачи као такве једино и могу користити као референсну потврду у поступцима јавних набавки, а које су по износима и обиму обављених послова знатно мање од референсе која би износила на цијелокупан износ из оквирног споразума, а које понуђачи не могу користити као валидан документ по ЗЈН БиХ.

Стога Вас молимо и преблажемо Вам да у циљу испуњења и обезбијеђења основних начела једнаког третмана и конкурентности за све потенцијалне понуђаче у овој јавној набвци извршите измјену-смањење минималне вриједности тражене референсе са 150.000,00 КМ на 50.000 КМ за материјале и за радове, као и инсталисану снагу са 300MW на 100MW, а све у циљу обезбијеђења веће конкурентности а самим тиме и ефикаснијег трошења јавних средстава."

На предње цитирано питање Секторски уговорни орган је дана 22.03.2022. године одговорио како слиједи:

"Поштовани,

Дјелимично смо уважили ваш захтјев и извршили измјену Тендерског документа. Измјена је објављена на Порталну јавних набавки БиХ."

Управо дјелимично уважавјући захтјеве потенцијалног понуђача тј. Жалиоца, Секторски уговорни орган је извршио измјену услова прецизираног тачком 4) Техничка и професионална способност понуђача у складу са чланом 49. ЗЈН БиХ, подтачка 4., алинеја а- тако да исти након измјене гласи:

"а) - Успјешно искуство у реализацији најмање једног Уговора у претходне 3 године за испоруку ватросталних материјала термоелектранама или другим термоенергетским објектима инсталисане снаге od 200MW do 300MW, минималне вриједности на годишњем нивоу у износу од 150.000,00 КМ (без ПДВ-а).

- Успјешно искуство у реализацији најмање једног Уговора у претходне 3 године на уградњи ватростално-зидарских материјала (рушење старог и уградња новог озида, уградња ватросталног бетона торкретирањем на каналима рециркулације, млиновима, балкама, одшљакивачу) на термоелектранама или другим термоенергетским објентима инсталисане снаге од 200MW до 300MW, минималне вриједности 150.000,00 КМ (без ПДВ-

Из цитираног услова произилази ноторна чињеница да исти испуњавају понуђачи који посједују тражено искуство на темоелектранама или другим термоенергетским објектима инсталисане снаге од 200MW до 300MW.

Дакле, супротно наводима жалбе постављени услов испуњавају понуђачи који посједују тражено искуство на термоелектранама или другим термоенергетским објектима инсталисане снаге 200MW, будући да услов није прецизиран на начин да инсталисана снага ових објеката мора бити већа од 200 MW како то Жалилац потпуно неаргументовано, сопротно елементарној логици, у жалби истиче.

Из наведеног неспорно произилази да постављени услов испуњавају сви понуђачи који посједују тражено искуство на темоелектранама или другим термоенергетским објектима инсталисане снаге 200MW.

Надаље, постављени услов није условљен инсталисаном снагом блока у оквиру термоелектране или другог термоенергетског објекта, како то Жалилац неосновано у жалби истиче и тиме покушва да створи привид незаконитости постављеног услова, наводећи како је инсталисана снага ТЕ Какањ-Блок 5= 110 MW, Блок 6= 110 MW, ТЕ Тузла-Блок 3= 100 MW, Блок 4= 200 MW, Блок 5= 200 MW.

Инсталисана снага ТЕ Какањ по блоковима износи као слиједи:

- Блок 1 (снага 32 MW) - ван погона;

- Блок 2 (снага 32 MW) - ван погона;
- Блок 3 (снага 32 MW) - ван погона;
- Блок 4 (снага 32 MW) - ван погона;
- Блок 5 (снага 110 MW)
- Блок 6 (снага 110 MW)
- Блок 7 (снага 230 MW)

Укупна инсталисана снага ТЕ Какањ износи 578 MW!

Инсталисана снага ТЕ Тузла по блоковима износи као слиједи:

- Блок 1 (снага 32 MW) - ван погона;
- Блок 2 (снага 32 MW) - ван погона;
- Блок 3 (снага 100 MW)
- Блок 4 (снага 200 MW)
- Блок 5 (снага 200 MW)
- Блок 6 (снага 215 MW)

Укупна инсталисана снага ТЕ Тузла износи 779 MW!

Када се наведеним, неоспорним чињеницама, дода и чињеница да је инсталисана снага ТЕ Гацко 300 MW колико износи и инсталисана снага ТЕ Угљевик као неспоран се једино може извести закључак да постављени услов испуњава сваки понуђач који посједује искуство у рализацији предметних радова и испоруци предметних материјала на било којој термоелектрани у БиХ.

Осим наведеног, Секторски уговорни орган постављајући предметни услов није исти ограничио на успјешно искуство понуђача искључиво на термоелектране већ је исти прецизирао на начин да исти испуњавају сви понуђачи који посједују успјешно искуство у релизацији уговора на било ком термоенергетском објекту у које се убраја читав дијапазон објекта као што су енергане, топлане итд.

Овако постављен услов је апсолутно у складу са чланом 7. став (4) тачка а) Упутства за припрему модела тендерске документације и понуда ("Сл. гласник БиХ", бр. 90/2014 и 20/2015) будући да је Секторски уговорни орган исти прецизирао на начин да овај услов испуњавају сви понуђачи који посједују ускуство у извршењу истог или сличног, односно

истих или сличних уговора као што је предмет набавке, те је стога апсурдна тврдња жалитеља да се у предметном случају ради о максималним, а не минималним условима за квалификацију понуђача.

Предметним условом за Секторски уговорни орган је прихватљиво искуство у испоруци исте или сличне робе односно извршење истих или сличних радова на свим термоенергетским објктима јер се ови објекти једино "de facto" могу и сматрати објектима сличним термоелектранама па би код другачијег дефинисања истог услова Секторски уговорни орган дошао у ситуацију да дефинише услов који нема апсолутно никакву везу са предметом набавке.

Надаље, Жалилац истиче да се постављањем предметног услова врши дискриминација одређених-потенцијалних понуђача, што ограничава конкуренцију јер није довољно да уговорни орган има конкуренцију међу понуђачима на тај начин што ће прикупити одређени број понуда међу понуђачима који су обављали предметне радове код тог уговорног органа. Ова констатација у најмању руку дјелује апсурдном када се има у виду чињеница да је предмете послове код Сектроског уговорног органа у прошлости обављао Жалилац и то по уговорима како слиједи:

1) Уговор број 02- 6032 од 03.08.2018.године у вриједности од 363.168,00 КМ

2) Уговор број 02-1799 од 04.04.2017. године у вриједности од 438.120,00 КМ

3) Уговор број 02-2914 од 01.04.2016.године у вриједности од 349.713,20 КМ

Изјашњење на други жалбени навод:

Цитираним жалбеним наводом Жалилац покушава да он врши избор врсте поступка предметне јавне набавке што је у најмању руку недопустиво, посебно што Жалилац оспорава отворени поступак као изабрану врсту поступка који је најтранспарентнији могући поступак јавне набавке у складу са ЗЈН БиХ. Избор оквирног споразума на период од двије или више година као врсте поступка јавне набавке у тренутним, и више него сложеним тржишним условима када се цијене за поједине материјале мијењају на седмичном и дневном нивоу, посебно када се ради о набавци робе би сасвим сигурно Секторски уговорни орган довео у врло неизвјесну ситуацију око окончања поступка закључењем уговора односно оквирног споразума.

Изјашњење на трећи жалбени навод:

Апсолутно неосновано и контрадикторно Жалилац потражује различите износе накнаде за изјављивање предмете жалбе путем пуномоћника-адвоката у зависности од тога да ли ће предметну жалбу уважити првостепени или другостепени орган, и то у истом управном поступку.

Предметни навод говори сам за себе, па Секторски уговорни орган цијени да га није потребно даље коментарисати будући да је јасна пракса КРЖ-а, односно Суда БиХ по

питању накнаде трошкова изјављивања правног лијека од стране пуномоћника адвоката у управном поступку јавне набавке у зависности од сједишта канцеларије пуномоћника.

На основу наведеног, овај уговорни орган је утврдио да је тендерску документацију исправно сачинио, да су правилно утврђене одлучне чињенице и да су правилно примјењени материјални прописи те сматра да су жалбени наводи неосновани.

Изјашњење на жалбене наводе по основу друге жалбе:

Секторски Уговорни орган је дана 15.03.2022. године, на Порталу јавних набавки објавио Обавјештење о набавци, број: 825-1-1-135-3-257/22 и Тендерску документацију за Отворени поступак, "Набавка ватросталних материјала и ватростално-зидарских радова за потребе ремонта ТЕ у 2022. години" по Отвореном поступку, интерни број: 94/22.

Дана 22.03.2022. године Секторски Уговорни орган је извршио измјену тендерске документације, Обавјештење бр. 06-2095.

Након што је Секторски уговорни орган поступајући по изјављеној Жалби утврдио да је иста благовремена, допуштена и изјављена од стране овлаштеног лица, приступиоје мериторном одлучивању по жалбеним наводима, анализирао сваки доказ појединачно и у њиховој међусобној вези, а све у односу на наводе Жалбе и прописани законски поступак.

Након што је Секторски уговорни орган поступајући по изјављеној Жалби утврдио да је иста благовремена, допуштена и изјављена од стране овлаштеног лица, приступио је мериторном одлучивању по жалбеним наводима, анализирао сваки доказ појединачно и у њиховој међусобној вези, а све у односу на наводе Жалбе и прописани законски поступак.

Из разлога што је Уговорни орган констатовао да је Жалба неоснована, у складу са чланом 100. став (5) ЗЈН БиХ ("Сл. Гл. БиХ" бр. 39/14) донио је своје Изјашњење о жалбеним наводима број: 02-3224 od 10.04.2022. године u исто доставио надлежној Канцеларији за разматрање жалби.

Докази: Изјашњење број: 02-3224 од 10.04.2022. године;

Пропратни акт број: 06-3225

Слиједом наведеног, а на основу члана 100. ЗЈН БиХ Уговорни орган није у обавези да доноси рјешење или закључак по жалби понуђача у поступку јавне набавке у ситуацији када сматра да је жалба неоснована, већ је у обавези на основу става (5) истог члана да изјављену жалбу прослиједи КРЖ-у, са својим изјашњењем на наводе жалбе, као и комплетном документацијом везано за поступак против којег је изјављена жалба као што је то Секторски уговорни орган и урадио у предметном поступку.

Дакле, како из чињеничног стања предметног поступка неспорно произилази да Секторски уговорни орган није имао Законску обавезу доношења Рјешења/Закључка у тренутној фази

поступка то је жалба ради недоношења првостепеног рјешења/закључка у законом предвиђеном року-због шутње администрације апсолутно 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: „„Понуда ће бити одбачена ако понуђач не испуни следеће минималне услове у погледу техничке и професионалне способности понуђача:

а)-Успјешно искуство у реализацији најмање једног уговора у претходне 3 године за испоруку ватросталних материјала термоелектранама или другим термоенергетским објектима инсталисане снаге од 200 до 300MW, минималне вриједности на годишњем нивоу од 150.000,00 КМ (без ПДВ-а).

-Успјешно искуство у реализацији најмање једног уговора у претходне 3 године на уградњи ватростално-зидарских материјала (рушење старог и уградња новог озида, уградња ватросталног бетона торкретирањем на каналима рециркулације, млиновима, балкама, одшљакивачу) на термоелектранама или другим термоенергетским објектима инсталисане снаге од200 до 300 MW, минималне вриједности 150.000,00 КМ, без ПДВ- а. ”

Из наведенога се јасно може закључити да је Уговорни орган у овој јавној набавци овим захтјевом довео у неравноправан положај остале понуђаче који врше идентичне предметне услуге на термоенергетским постројењима - блоковима термоелектрана инсталисане снаге од 100 до 200 MW какве су нпр. у Федерацији БиХ, те самим тиме су дискриминирани јер је Уговорни орган ограничио учешће на понуђаче који посједују референсе на предметним радовима и испоруци ватросталног материјала инсталисане снаге од 200 до 300 MW и финансијске вриједности од минимално 150.000,00 КМ, иако се у суштини ради о потпуно истим пословима. (Сви понуђачи који посједују искуство на обављању предметних радова на блоковима термоелектрана од 100 и 200 MW су дискриминирани пошто је уговорни орган навео признавање референсе веће од 200 MW, јер је под тачком 4.1. под а) наведено од 200 до 300 MW, али не и нпр. 200 MW.)““, овај орган је извршио увид у оспорени документат и установи да овако постављен услов може довести до сужене конкуренције, односно да понуђачи који су обављали тражене послове на термоелектранама мањим од 200

МВ, не могу конкурисати јер неће испунити тражени услов а да при томе како у ТД-у тако и у свом Изјашњењу није образложио која је то суштинска разлика послова на термоелектранама испод и изнад 200МВ, односно да ли су послови на термоелектранама преко 200МВ сложенији или су више комплексни или траже већи степен знања, стручности и сл.

Дакле, није спорно да уговорни орган постави и овакве услове ако се из истих види суштина и потреба како би се потенцијални понуђачи условно представили као стручни, професионални и технички обучени, те да на основу постојећег дају гаранцију за професионално и успјешно обављен посао.

У конкретном случају, за овај орган , на основу наведеног објашњења, од стране уговорног органа, који јесте ставио мин-макс. односно 200-300 МВ снага термоелектране, нема чињенично упориште да је управо „инсталисане снаге од 200 до 300MW" неопходно за ову врсту посла, те да таква референца даје сигурност уговорном органу у смислу минимално постављених услова који су сразмјерни предмету јавне набавке.

Жалилац даље истиче: „Исти дискриминирајући захтјев је уговорни орган у тендерској документацији поставио када је од понуђача затражио достављање друге референсе која се односи на испоруку ватросталних материјала термоелектранама инсталисане снаге од 200 до 300MW и минималне вриједности од 150.000,00 КМ по уговору"; како за предходни дио тако и за овај жалбени навод , овај орган има исто образложења, па се у овом дијелу жалбени навод сматра основаним.

Други жалбени навод: „Исто тако, а не мање важно, потребно је истаћи да све термоелектране у БиХ (осим ТЕ Гацко) данас обављају јавне набавке за предметне радове кроз оквирне споразуме (као нпр. ТЕ Тузла, ТЕ Какањ и ТЕ Угљевик), чак неке и на 28 мјесеци (као нпр. ТЕ Тузла и ТЕ Какањ) из којих онда праве појединачне уговоре (према њиховим потребама а у складу са ЗЈН БиХ), те извођачима радова и добављачима материјала издају референсне потврде на такве појединачне уговоре, које понуђачи као такве једино и могу користити као референсну потврду у поступцима јавних набавки код уговорних органа (термоелектрана), а које су по финансијским износима и обиму обављених послова знатно мање од референсне потврде која би износила на цијелокупан износ из оквирног споразума, а које понуђачи не могу користити као валидан збирни документ појединачних уговора по ЗЈН БиХ.

Такви уговорни органи (осим ТЕ Гацко) и прихватају референсе о успјешно обављеним пословима и испоруци материјала које су много мање финансијске вриједности, а у складу са висином појединачних уговора", овај орган сматра да овако постављен услов не чини повреду поступка јер уговорни орган може тражити успјешну реализацију посла до процјењене вриједности као минимум а пошто је у конкретном случају постављен финансијски услов испод процијењене вриједности, уговорни орган , оваквим условом није начинио повреду поступка.

Уговорни орган није направио повреду поступка када је поставио врсту поступка јер је за овакву врсту јавне набавке предвиђена могућност отвореног поступка што је у конкретном

случају уговорни орган и урадио, те постоји његово дискреционо право да ли ће оставити могућност склапања оквирног споразума или евентуално дијељења поступка на лотове, наравно у складу са законским и подзаконским актима.

Друга жалба која је уложена због ћутања администрације од стране уговорног органа овај орган сматра неоснованом јер се из Изјашњења уговорног органа види да је исти поступао по жалби те да исту проследио овом органу што га чини обавезним па се из тог разлога сматра да нема битних повреда поступка нити евентуално кашњење одређених радњи или нерадњи нису битно утицале на даљњи ток поступка нити су ускраћена права странака у поступку, као ни конкретно жалиочева права.

Стога се овај навод одбија као неоснован

Како је овај орган поништио само један дио ТД-а, цитиран у диспозитиву овога рјешења, уговорни орган ће у том дијелу извршити измјену оспореног документа у поновљеном поступку, 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 3.500,00 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 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