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: ЈН2-02-07-1-1191-6/22
Бања Лука, 02.06.2022.године

Канцеларија за разматрање жалби, Филијала Бања Лука, рјешавајући по жалби понуђача, Фаас д.о.о. Београд, бр 27/22 од 14.03.2022.године, изјављене на Тендерску документацију, бр. 66/22 од 28.02.2022.године, уговорног органа, МХ ЕРС МП а.д. Требиње ЗП Рудник и Термоелектране Гацко а.д. Гацко, у поступку јавне набавке „гумене транспортне траке за потребе текућег одржавања и редовног 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 02.06.2022.године, донесено је:

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. **Жалба** понуђача, Фаас д.о.о. Београд бр. 27/22 од 14.03.2022.године, изјављена на Тендерску документацију, уговорног органа, МХ ЕРС МП а.д. Требиње ЗП Рудник и Термоелектрана Гацко а.д. Гацко, број 66/2 од 28.02.2022. године, **с е у с в а ј а.**
2. **Поништава се Тендерска документација**, бр. 66/22 од 28.02.2022.године, у дијелу који се односи на члан 6. Нацрта уговора, предмет враћа уговорном органу на поновни поступак.
3. **Усваја се** захтјев жалиоца за повратак 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 МП а.д. Требиње ЗП Рудник и Термоелектрана Гацко а.д. Гацко (у даљем тексту Уговорни орган) је објавио Обавјештење о набавци на порталу јавних набавки под бројем 825-1-1-65-3-185/22 од 28.02.2022.г. у отвореном поступку набавке „гумене транспортне траке за потребе текућег одржавања и редовног ремонта ТЕ у 2022 години ", према тендерској документацији, на коју жалилац улаже жалбу.

У жалби жалиоца се истиче:

Подносилац жалбе у складу са чланом 99. и 101. став 1. под б) Закона о јавним набавкама у законском року изјављује жалбу на Тендерску документацију број набавке 66/22,"Набавка гумених транспортних трака за потрее текућег одржавања и редовног ремонта ТЕ у 2022. години." објављене на основу обавјештења број 825-1-1-65-3-185/22 од стране Уговорног органа МХ"ЕРС"МП а.д. ТРЕБИЊЕ ЗП"РУДНИК И ТЕРМОЕЛЕКТРАНА ГАЦКО" А.Д. ГАЦКО.

Жалба је благовремена, допуштена и изјављена од стране овлаштеног лица.

Подносилац жалбе изјављује жалбу због повреде одредаба Закона о јавним набавкама како слиједи: 1. У члану 6. Нацрта Уговора наведено је:

"Уколико Наручилац одобри продужење рока Уговора тада задржава право да обрачуна пенале, односно да захтјева уговорну казну у висини од 0,5% за сваки дан кашњења, а највише 5% 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 (СИ. 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 0,5%, а што је употпуности незаконито.

Сама висина од 0,5% од вриједности наручене робе за сваки дан кашњења, што се може обрачунавати све до 5% 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 одредом 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).

2. На страници 15/40 под тачком 2.1. Гаранција за озбиљност понуде наведено је да је захјевани износ гарације 1.800,00 КМ, док је у Прилогу 7 ТД наведен текст гаранције у којем је наведено да понуђач попуни износ гаранције у процентуалном износу.

Међутим, у односу на процијењену вриједност јавне набавке износ гаранције за озбиљност понуде од 1.800,00 у процентуалном износу износи 0,97826 %.

Сходно наведеном, молимо УО да усагласи износ гаранције и његов процентуални износ.

Стога, 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 и измијени оспоравану ТД из разлога наведених у жалби.

Уколико Уговорни орган не усвоји ову жалбу, подносилац жалбе захтјева да исту у року од 5 дана прослиједи другостепеном органу - Канцеларија за разматрање жалби Филијала Бања Лука, те подносилац жалбе предлаже да Канцеларија за разматрање жалби Филијала Бања Лука исту усвоји и поништи оспоравану тендерску документацију, јер иста није усклађена са Законом о јавним набавкама.

На изнешену жалбу , Уговорни орган је доставио изјашњење по истој са комплетном документацијом заведено под бројем 06-3381/22 од 21.03.2022. године, а запримљена код овога органа и заведена под бр. ЈН2-02-07-1-1191/22 од 04.05.2022.године.

У Изјашњењу се истиче

Из цитираних жалбених навода је евидентно да Жалилац мијеша два института облигационог права уговорну казну и законску затезну камату и исте доводи у корелацију.

Чланом 270. Закона о облигационим односима ("Сл. лист СФРЈ", бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989 - одлука УСЈ и 57/1989 и "Сл. гласник РС", бр. 17/1993, 3/1996, 37/2001 - др. закон, 39/2003 и 74/2004) је прецизирано:

"Повјерилац и дужник могу уговорити да ће дужник платити повериоцу одређени новчани износ или прибавити неку другу материјалну корист ако не испуни своју обавезу или ако задоцни са њеним испуњењем (уговорна казна).

Ако што друго не произлази из уговора, сматра се да је казна уговорена за случај да дужник задоцни са испуњењем.

Уговорна казна не може бити уговорена за новчане обавезе.".

Докје чланом 271. Закона о облигационим односима

"Уговорне стране могу одредити висину казне по свом нахођењу, у једном укупном износу, у проценту, или за сваки дан задоцњења, или на који други начин.

Она мора бити уговорена у форми прописаној за уговор из кога је настала обавеза на чије се испуњење односи."

Надаље чланом 277. Закона о облигационим односима је прецизирано:

"Дужник који задоцни са испуњењем новчане обавезе дугује, поред главнице, и затезну камату по стопи утврђеној савезним законом.

Ако је стопа уговорене камате виша од стопе затезне камате, она тече и после дужникове доцње. "

Из цитираних законских одредби јасно произилазе разлике између ова два института облигационог права од којих је најзначајнија та да је Закон о облигационим односима

стриктно, императивном одредбом упутио на други закон у погледу стопе законске затезне камате тј. Закон о затезној камати ("Сл. гласник РС", бр. 61/2018) који је са друге стране одредио такође императивном одредбом стопу исте.

Са друге стране Законом о облигационим односима није одређена висина уговорне казне, ни минимална ни максимална.

Напротив, висина као и то да ли ће плаћање, односно уговарање уговорне казне гласити у новцу или у неком другом виду материјалне користи зависи искључиво од воље уговорних страна.

Свако довођење у корелацију у смислу изједначавања уговорне казне и законске затезне камате би било флагрантно кршење основних постулата Закона о облигационим односима.

У погледу другог дијела жалбеног навода који се односи на постављене услове у погледу гаранције за озбиљност понуде, односно износа саме гаранције, исти је апсолутно неоснован будући да је нацрт ове гаранције из Тендерског документа апсолутно у складу са Правилником о облику гаранције за озбиљност понуде и извршење уговора ("Сл. гласник БиХ", бр. 90/2014) посебно у погледу траженог износа гаранције. Надаље, тражени износ гаранције је могуће процентуално изразити за шта су најбоља потврда сами жалбени наводи.

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.

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 дјелимично тачни .

Овај орган је према жалбеном наводу који гласи: „У члану 6. Нацрта Уговора наведено је:

"Уколико Наручилац одобри продужење рока Уговора тада задржава право да обрачуна пенале, односно да захтјева уговорну казну у висини од 0,5% за сваки дан кашњења, а највише 5% 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 (СИ. 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 0,5%, а што је употпуности незаконито.

Сама висина од 0,5% од вриједности наручене робе за сваки дан кашњења, што се може обрачунавати све до 5% 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 одредом члана 15. ЗОО", овај орган је извршио увид у ТД-у, те констатовао да уговорни орган има дискреционо 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 0,5% 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.

Други жалбени навод: „На страници 15/40 под тачком 2.1. Гаранција за озбиљност понуде наведено је да је захјевани износ гарације 1.800,00 КМ, док је у Прилогу 7 ТД наведен текст гаранције у којем је наведено да понуђач попуни износ гаранције у процентуалном износу.

Међутим, у односу на процијењену вриједност јавне набавке износ гаранције за озбиљност понуде од 1.800,00 у процентуалном износу износи 0,97826 %.

Сходно наведеном, молимо УО да усагласи износ гаранције и његов процентуални износ", овај орган је извршио увид у оспорени дсокуменат, те констатује да није уочио неправилност које износи жалилац те овај жалбени навод сматра неоснованим.

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.

Повратуплаћених средстава у исносу 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.

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

