Број: JH2-03-07-1-1780-8/22
Мостар: 22.07.2022. године

Канцеларија за разматрање жалби БиХ, филијала Мостар рјешавајући по жалби понуђача Nexen д.о.о. Бања Лука број: NXN-285/22/Ж-2 од 17.06.2022. године, заступан по пуномоћнику Борису Мандићу, адвокату из Источног Сарајева, изјављеној на Рјешење о дјелимичном усвајању жалбе број: 11642/22 од 13.06.2022. године, у поступку јавне набавке – Високонапонски вакумски прекидачи, склопници, релеји и опрема, уговорног органа Рудници мрког угља „Бановићи" д.д. Бановићи, на основу члана 93. став (7), 104. и 111. став (1) тачка д) Закона о јавним набавкама ("Службени гласник БиХ" број 39/14), на сједници Вијећа II одржаној дана 22.07.2022. године, донијела је

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. Жалба се усваја.
2. Поништава се Рјешење о дјелимичном усвајању жалбе број: 11642/22 од 13.06.2022. године, Тендерска документација предметног поступка јавне набавке заједно са Обавјештењем о набавци број: 565-1-1-184-3-281/22 објављеним на Порталу јавних набавки 24.05.2022. године
3. Усваја се захтјев жалиоца за накнаду трошкова састава жалбе од 08.06.2022. године, изјављеној по пуномоћнику/адвокату Борису Мандићу из Источног Сарајева у износу од 658,12 КМ.
4. Усваја се захтјев жалиоца за накнаду трошкова састава предметне жалбе од 17.06.2022. године, изјављеној по пуномоћнику/адвокату Борису Мандићу из Источног Сарајева у износу од 658,12 КМ.
5. Обавезује се уговорни орган Рудници мрког угља „Бановићи" д.д. Бановићи, да жалиоцу „Nexen" д.о.о. Бања Лука заступаном по пуномоћнику Борису Мандићу, адвокату из Источног Сарајева исплати трошкове поступка у укупном износу од 1.316,24 КМ, у року од 15 дана од дана пријема овог Рјешења.
6. О повратy средстава уплаћених на име накнаде за покретање жалбеног поступка овај орган донијет ће посебно рјешење.

О б р а з л о ж е њ е

Уговорни орган Рудници мрког угља „Бановићи" д.д. Бановићи (у даљњем тексту: уговорни орган) покренуо је отвореним поступком јавну набавку - Високонапонски вакумски прекидачи, склопници, релеји и опрема, за који је Обавјештење о набавци број: 565-1-1-184-3-281/22 објављено на Порталу јавних набавки дана 24.05.2022. године.

На тендерску докумнетацију у предметном поступку јавне набавке понуђач „Nexen“ д.о.о. Бања Лука, заступан по пуномоћнику Борису Мандићу, адвокату из Источног Сарајева изјавио је жалбу број: NXN-285/22/Ж од 08.06.2022. године, а коју је уговорни орган дјелимично усвојио Рјешењем број: 11642/22 од 13.06.2022. године.

На Рјешење дјелимичном усвајању жалбе број: 11642/22 од 13.06.2022. године, понуђач „Nexen“ д.о.о. Бања Лука, заступан по пуномоћнику Борису Мандићу, адвокату из Источног Сарајева (у даљњем тексту: жалилац) изјавио је предметну жалбу коју је уговорни орган у складу са чланом 100. став (5) Закона о јавним набавкама прослиједио овом органу код којег је запримљена дана 30.06.2022. године.
Наведена жалба је комплетирана уплатом накнаде за покретање жалбеног поступка дана 14.07.2022. године.

Жалилац у жалби наводи:
„Дана 13.06.2022. године, запримили смо Рјешење бр. 11642/22 од 13.06.2022. године. Незадовољан Рјешењем, Жалитељ сматра да је иста донесено уз повреде правила поступка, уз непотпуно и нетачно утврђено чињенично стање и погрешну примјену материјалних прописа, стога изјављује ову жалбу.
Диспозитив побијаног Рјешења гласи:
„Члан 1.
Дјелимично се усваја жалба понуђача Nexen доо Бања Лука заступан по адвокату Борису Мандићу, изјављена на тендерску документацију у поступку јавне набавке Евиденцијски број набавке: Ц-Р 38/22, набавка робе: „Високонапонски вакумски прекидачи, релеји, склопници, релеји и опрема" по обавјештењу о јавној набавци број: 565-1-1-184-3-281/22. Усвајају се и трошкови жалбеног поступка.
Члан 2.
Уговорни орган ће извршити измјену тендерске документације у складу са одредбама Закона о јавним набавкама и припадајућих законских аката и наставити поступак јавне набавке.
Члан 3.
За извршење ове одлуке задужује се и овлашћује Служба набаве.
Члан 4.
Ова одлука ступа на снагу даном доношења."

Одлука, у дијелу у коме се жалба усваја као основана је сасвим у реду!
Међутим, неправилност и незаконитост побијаног Рјешења огледа се у дијелу у коме се жалба усваја као основана а да се не рјешава о свим захтјевима из жалбе - трошковима за састав жалбе по адвокату пуномоћнику за жалбу коју је усвојио као основану - на начин да се не наводи ко (?), коме (?), у ком року (?), нити у ком износу (?) исте има надокнадити - што рјешење чини сачињеним на начин да није ријешено о свим

захтјевима из жалбе, те је неправилно и у супротности са Законом у дијелу гдје се оставља тзв. „одгодни услов“ да ће се вршити измјене Тендерске документације, а да се уопште не дефинише шта ће се то мјењати, а такође у образложењу се један жалбен навод оцјењује неоснованим што ће, опреза ради, жалба све детаљно елаборирати у наставку.

Жалитељ је дана 08.06.2022. године изјавио Жалбу на Тендерску документацију број Ц-Р 38/22, у којој је указано на кршење Закона о јавним набавкама, и подзаконских аката који уређују предметну област.

Доказ: Жалба бр. NXN-285/22/Ж од 08.06.2022. године

Рјешавајући по жалби, Уговорни орган је нашао основаном жалбу, а да је том приликом оставио тзв. „одгодни услов“ - није одмах исправио радње нити је навео исправке у диспозитиву Рјешења, што је супротно члану 100. став (3) ЗЈН, али је такође поступио неправилно и незаконито када је пропустио одлучити о свим захтјевима из Жалбе - захтјеву за накнаду трошкова, што је неправилно и у супротности са Законом, у супротности са заузетом праксом УРЖ, али и праксом Суда Босне и Херцеговине.

1. Уговорни орган диспозитивом побијаног Рјешења на врло нејасан начин у члану 2. наводи „Уговорни орган ће извршити измјену тендерске документације у складу са одредбама Закона о јавним набавкама и припадајућих законских аката и наставити поступак јавне набавке", чиме је поступио директно супротно одредби члана 100. став (3) ЗЈН будући да оставља тзв. „одгодни услов“.

Из диспозитива Рјешења се уопште не може утврдити који дио жалбе се усваја, који жалбени наводи се усвајају, нити која је посљедица усвајања жалбе. (!?)

Побијано Рјешење је сачињено на начин да диснозитив не рјешава о жалби на начин како то прописује члан 100. став (3) ЗЈН - а то је да Уговорни орган може „рјешењем исправити радњу, предузети чињење или може постојећу одлуку или рјешење ставити ван снаге и замијенити је другом одлуком или рјешењем",

међутим насупрот Законом остављеној могућности, Уговорни орган диспозитивом побијаног Рјешења оставља „одгодни услов“ у коме наводи „(...) Уговорни орган ће извршити измјену тендерске документације у складу са одредбама Закона о јавним набавкама и припадајућих законских аката и наставити поступак јавне набавке. (...)."

С тим у вези, остављање одгодног услова у Рјешењу је неправилно у односу на усвојени жалбени навод иницијалне Жалбе Жалитеља бр. NXN-285/22/Ж од 08.06.2022. године.

Колико је неправилна Одлука Уговорног органа, најбоље говори чињеница даје Одлуком/диспозитивом остављен „одгодни услов“, да се нешто „треба измијенити" - у ком року (?), на који начин (?), како (?) - остаје апсолутна непознаница. Наравно, ова питања не би ни требала да се постављају, јер је одредба члана 100. став (3) јасна и одређена - а то је да рјешавајући по жалби Уговорни орган 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.

Ништа од Законом прописаног Уговорни орган није учинио.

Овако сачињено Рјешење, гдје се диспозитивом не рјешава о конкретној правној ситуацији, којим се не налаже исправка, доима се усмјереним на изигравање жалбеног поступка у цјелини.

Да је „остављање одгодног услова" неправилно, у својој пракси је наведено утврђивао и Уред за разматрање жалби, нпр. у Рјешењу број: ЈН2-01-07-1-704-15/17 од 18.01.2018. године којом приликом је заузет следећи став:

„..чињенице упућују на то да уговорни орган првенствено и прворедно није поступио сагласно чл. 100. ст. (3) Закона, с обзиром на то данје требао, а пропустио размотрити наводе жалитеља, те донијети одлуку којом квалификује изнесене наводе жалитеља основаним, а потом по истим приступити измјени тендерске документације, али у потпуности усклађено с правилима позване одредбе.

Наведено претпоставља да се, поступајући по жалби/ама, донесе одговарајућа одлука са свим елементима које садржава управни акт. Ради се о аналогном одлучивању као у управном поступку када се мора водити рачуна о томе да ли се ради о акту који има обиљежје акта којим се несметано упућује на одређену правну диспозицију, којом се нешто изричито одређује или се утврђује посљедица диспозитивом, јер се истим признаје право или изриче извршење одређене обавезе, односно рјешава конкретна ситуација која има обиљежје управне ствари..."

Дакле, у ситуацији када је жалбене наводе усвојио као основане, Уговорни орган је био дужан да ту чињеницу констатује и утврди диспозитивом Рјешења - као извршивим дијелом одлуке, а не да оставља накнадне и одгодне услове да ће се у будућности нешто мијењати.

Уред за разматрање жалби је већ одлучивао у идентичним ситуацијама када су уговорни органи неправилно и незаконито остављали одгодни услов, па је и у новијој пракси у Рјешењу бр. ЈН2-03-07-1-2662-8/21 од 21.10.2021. године заузет следећи став:

„Увидом у предметни спис ово тијело је утврдило како је уговорно тијело објавило ТД број 02-19-1221/21 од рујна 2021. године заједно са Обавијести о набави број 665-7-3-26-3-34/21 од године. На исту је Жалитељ заступан по пуномоћнику, изјавио жалбу број NXN-158/21/Ж од 10.09.2021. године, коју је уговорно тијело Рјешењем број 02-19-1221/21 од 15.09.2021. године усвојило као основану. У точки 1. Рјешења број 02-19-1221/21 од 15.09.2021. године наведено је:

„1. Усваја се Жалба понудитеља „Nexen" д.о.о. Бања Лука изјављена на тендерску документацију за набаву радова Изградња стубне трафостанице за уређај за

прочишћавање отпадних вода Томиславград", за коју је објављена обавијест о набави број: 665-7-3-26-3-34/21 од 01.09.2021. као основана.
Измијењена тендерска документација бити ће учињена доступном свим понудитељима кроз систем е- набаве."
Чланком 100. ставак 3. ЗЈН прописано је ако је жалба правовремена, допуштена и уложена од овлаштене особе, уговорно тијело, разматрајући жалбу, може утврдити даје она дјеломично или у цијелости основана и својим рјешењем исправити радњу, подузети чињење или може постојећу одлуку или рјешење ставити изван снаге и замијенити је другом одлуком или рјешењем, или поништити поступак јавне набаве, те о томе обавијестити судионике у поступку јавне набаве на начин одређен овим Законом у року од пет дана од дана запримања жалбе.
Према напријед наведеној законској одредби, ово тијело упућује како уговорно тијело није поступило сукладно истој будући да није изнесене наводе жалитеља класificирало, односно утврдило основаност истих, те није постојећу ТД ставило изван снаге или замијенило другом одлуком или рјешењем, односно није подузео чињење које је посљедица усвојене жалбе жалитеља од 10.09.2021. године. Уговорно тијело неправилно наводи у алинеји 2. точке 1. Рјешења како ће измијењена ТД бити доступна свим понудитељима кроз систем е-набаве, а без да претходно подузима чињење које се огледа у утврђивању дијелова предметне ТД које треба измијенити према уложеним жалбеним наводи жалитеља од 10.09.2021. године. Према мишљењу овог тијела, уговорно тијело је поступило супротно напријед наведеној законској норми, те се овај жалбени навод усваја као основан."

Уред за разматрање жалби, рјешавајући у идентичној чињеничној и правној ситуацији, утврдио је незаконитост и неправилност одлуке уговорног органа, и то у Рјешењу бр. ЈН2-03-07-1-301-8/22 од 24.02.2022. године, а који став гласи:
„Основан је дио жалбеног навода да је побијано Рјешење сачињено на начин да диспозитив не рјешава о жалби на начин како то прописује члан 100. став (3) ЗЈН, а овај орган је увидом у ожалбено Рјешење број: 01-04/317/22 од 14.01.2022. године утврдио да истим уговорни орган тачком I дјелимично усвојио жалбу жалиоца број: NXN-214/22/Ж од 08.01.2022. године, а у тачки II је навео: „Задужују се стручне службе уговорног органа да изврше измјену дијела тендерске документације на начин наведен у Образложењу овог Рјешења.
Наиме, чланом 100. став (3) ЗЈН је прописано да ако је жалба благовремена, допуштена и изјављена од овлашћеног лица, уговорни орган, разматрајући жалбу, може утврдити да је она дјелимично или у цјелини 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.
Дакле, у ситуацији када је жалбени навод, усвојио као основан, уговорни орган је био дужан да ту чињеницу констатује и утврди диспозитивом Рјешења - као извршивим дијелом рјешења, а не да оставља накнадне и одгодне услове да ће се у будућности нешто мијењати наводећи „Задужују се стручне службе уговорног органа да изврше измјену дијела тендерске документације на начин наведен у Образложењу овог Рјешења" , јер је образложење дио рјешења у којем се наводи све што је везано за ток управног поступка и чињенице на којима је изведен закључак на којем је заснована одлука о главној ствари."

Имајући у виду неправилност побијаног Рјешења, то исто не испуњава минимум услова опстојности, јер није конкретизована исправка - иста није констатована диспозитивом, то понуђач по истеку жалбеног рока не би имао могућност употребе правног механизма за принудно извршење - јер у диспозитиву није остављена ниједна радња која обавезује УО на извршење било чега, нити је одређен рок за такву исправку.
С тим у вези, жалбени навод ваља усвојити као основан, и наложити Уговорном органу да донесе Рјешење у складу са законом и захтјевима из жалбе у односу на усвојене жалбене наводе иницијалне Жалбе Жалитеља бр. NXN-285/22/Ж од 08.06.2022. године.
У односу на овако инвалидно Рјешење, уколико би поступајући орган предметно Рјешење третирао као законито (са свим претходно наведеним недостацима), Жалитељ опреза ради указује и на неправилност образложења приликом оцјене жалбеног навода из Жалбе НХН-285/22/Ж од 08.06.2022. године, који Уговорни орган оцјењује неоснованим.

2. Трећи жалбени навод у образложењу побијаног Рјешења Уговорни орган оцјењује неоснованим, а без да је утемељење за своје поступање нашао у Закону о јавним набавкама, па се исти јавља арбитрарним, провизорним, а посљедица томе је уклањање постављених захтјева из Тендерске докуметнације, или примјена члана 103. ЗЈН и поништење Тендерске документације у цијелости.
Жалбени навод се односио на неправилност и незаконитост услова прописаног у Обрасцу за цијену понуде - Анекс 3, за ставку 1 наведен је тип захтијеваног вакуумског прекидача, који гласи:
„VM1 CIRCUIT-BREAKER 12.06.25 P150."
Захтјев за ставку бр. 2, гласи:
„Електронски контролни модул (картица) за вакумски прекидач: VM1, 12 kV, 630 A, 25 kA, тип модула: ED2, (full option), напон напајања: 100-250 V AC/DC ED2 full options 100...250V ac/dc with local panel with key lock on closing pushbutton."

Захтјев за ставку бр. 3 гласи:
Заштитни релеј (REF 611) са опцијом прекострујне, краткоспојне и усмјерене земљоспојне заштите, напон напајања од 8о...264(...)"
Захтјев за ставку 4, гласи:
„V/Contact vacuum contactors interchangeable with V/Contact and VRC contactors."
Захтјев за ставку 5, гласи:
„Електронски напојни модул за вакумски склопник V-contact fixed, V7, 400 A, 7,2 kV, напон напајања: 100-250 V AC/DC Control module feeder AU-TR aux. voltage 100-250Vdc/ac for V/Contact."

Жалба је указала да су за ставке 1,3 и 4 постављени захтјеви којима се фаворизује и експлицитно захтијева тип одређеног произвођача с обзиром да је познато да наведене типове искључиво има један произвођач и то АББ. С обзиром да постављени захтјеви из којих је евидентно упућивање на произвођача АББ, Уговорни орган, не наводи ријечи „или еквивалент", што је законска одредница коју није могуће нити изоставити, нити замијенити другим ријечима.
За ставку 2 и 5 се захтијевају модули за типове који су наведени без одреднице „или еквивалент", што је неправилно и незаконито с обзиром да су модули намијењени само за наведене типове те није могуће испунити захтјев за тачно дефинисаним карактеристикама модула када су у питању други произвођачи.
Уговорни орган, дефинишући захтјеве који се односе на техничке карактеристике производа који су предмет набавке, на овај начин, поступа у супротности са Законом о јавним набавкама БиХ (Службени гласник БиХ, 39/14). Наиме, приликом одређивања техничких спецификација, Уговорни орган не смије упућивати на одређеног произвођача и тиме нарушавати поступак који се мора заснивати на стварно конкурентној основи. Конкретно, навођењем „VM1 CIRCUIT-BREAKER 12.06.25 P150", „REF 611" и „V/Contact vacuum contractors" Уговорни орган је упутио на једног произвођача и тиме поставио критериј који је у супротности за Законом.
УО је пропустио уопште додати „или еквивалент" поред „VM1 CIRCUIT-BREAKER 12.06.25 P150", „REF 611" и „V/Contact vacuum contractors" . Наиме, уколико би понуђач понудио неки други, једнаковриједан производ, а који није идентичних карактеристика, па било то и минорно одступање - његова понуда би „одступала од траженог" јер понуђени производ није идентичне тражене карактеристике те би на тај начин био искључен из даљег поступка јавне набавке јер „карактеристике" не испуњавају тражено. Самим тим, фаворизује се искључиво тип наведен у Тендерској документацији.
Уговорни орган у Тендерској документацији није смио упутити на одређену марку, производ или произвођача, а што је експлицитно забрањено Законом о јавним набавкама. Додатна неправилност огледа се и у ускраћивању могућности нуђења

еквивалентних производа - што је такође противно одредбама ЗЈН.

Законодавац је био изричит у сљедећем:

„Члан 54. став (9) ЗЈН (Техничке спецификације)

Осим ако није оправдано предметом набавке, у техничкој спецификацији не смије се упутити на одређеног произвођача, на поријекло или на посебан поступак, на марке, патенте, типове или одређено поријекло, ако би се тиме погодовало или би се искључили одређени привредни субјекти или одређени производи. Такве напомене допуштене су само ако се предмет набавке не може довољно прецизно и разумљиво описати, али се без изузетка морају означити с додатком ,јли еквивалент". Непознавање предмета набавке не ослобађа уговорни орган обавезе за дефинирање предмета набавке на стварно конкурентској основи."

Дакле, Уговорни орган је морао оправдати свој захтјев за одређеним произвођачем и - без изузетка морао означити с додатком ријечи „или еквивалент", те у складу са Упутством за припрему тендерске документације појаснити/описати начин на који ће се еквивалент доказивати:

„Члан 3. (Садржај тендерске документације)

(...) (2) б) 2) Уколико је потребно користити термин „еквивалент", утврдити одговарајуће критерије за оцијењивање еквивалентности код позивања на одређени производ, у складу са чланом 54. став (10) Закона; (...)

13) ако је у техничкој спецификацији кориштен израз „или еквивалент" обавезно описати начин на који ће понуђачи који понуде „еквивалент" доказивати да се ради о еквиваленту"

С обзиром да је Уговорни орган пропустио наведено, то је поступио супротно Закону и Упутству, те онемогућио понуђачима једнак и недискриминарајући приступ.

Овакав поступак Уговорног органа је у супротности и са сљедећим:

„Члан 54. (1) (Техничке спецификације)

Техничке спецификације морају свим кандидатима/понуђачима омогућити једнак и недискриминирајући приступ надметању. Техничке спецификације укључиват ће, кад год је то могуће, критериј приступачности за људе с инвалидитетом или критериј дизајна за све кориснике."

У прилог претходно наведеном говори и Рјешење Уреда за разматрање жалби број ЈН2-03-07-1-1778-7/20 од 27.08.2020. године:

„Сходно наведеним чињеницама предметног случаја, овај орган предметни навод жалиоца сматра основаним. Наиме, чињеница је да се уговорни орган у Обрасцу за цијену ТД у односу на ставке 4, 10, 1 И. и 18. Обрасца, приликом одређивања карактеристика тражених роба, посредно, употребом појма „као“ позвао на (карактеристике) тачно одређене производе/произвођаче (Huawei SUN2000- 23KTL, Fronius Datanamager box i Fronius Smart meter, SUNALYZERVEB SCHRACK EK IP 67

(IG700102)), а да није образложио из којих разлога није могао довољно прецизно и разумљиво описати робе које набавља без позивања на споменуте производе, при чему у Обрасцу није наведене ставке означио са додатком или еквивалент, те је дакле на наведени начин поступио супротно одредбама члана 54. став (9) ЗЈН, при чему овај орган наглашава да непознавање предмета набавке не ослобађа уговорни орган обавезе за дефинисање предмета набавке на стварно конкурентској основи.

У контексту наведеног напомиње се да члан 54. став (10) ЗЈН прописује да ако се изузетно објави позив за одређени производ са додатком „или еквивалент“;, понуђач мора на за то предвиђеним празним мјестима, према одговарајућим ставкама, навести податке о производу и типу одговарајућег производа који нуди те, ако се то тражи, и остале податке који се односе на тај производ, да су критеријуми мјеродавни за оцјењивање еквивалентности наводе се у опису предмета набавке, при чему је понуђач дужан да обезбиједи доказ еквивалентности у смислу испуњења захтјева везано за предмет набавке у складу са захтјевима дефинисаним у тендерској документацији а да производи који су у тендерској документацији наведени као примјери се сматрају понуђенима ако понуђач не наведе никакве друге производе на предвиђеном мјесту.."

У прилог претходно наведеном говори и Рјешење Уреда за разматрање жалби број ЈН2-03-07-1-118-9/18 од 28.02.2018. године

„У вези с другим наводом Залитеља изнесеним у жалби, ово тијело истиче да је увидом у предметну Тендерску документацију утврдило даје Уговорно тијело поједине ставке у Обрасцу за цијену понуде за Лот 1 - Домаћа пива, означило робним називом (као Сарајевско 1., 2., 3., 7., 8., и 11. и као Тузланско 4., 5., 6., 9. и 10.), те ставке у Обрасцу за цијену понуде за Лот 2 - Остала пива означило робним називом; као Хеинекен под 1., и као Туборг под 2., чиме је директно упутио на произвођача наведених производа, чиме је прекршило чланак 54. ставак (10) Закона о јавним набавама, а на што указује Жалитељ у својој жалби. С обзиром да се ради напитцима, који се могу описати прецизно и разумљиво без упућивања на робне марке или произвођача, Уговорно тијело у тендерској документацији није смјело упутити на робну марку, јер то није оправдано предметом набаве и није у складу с чланком 54. ставак (9) Закона о јавним набавама. Због свега наведеног навод Жалитеља сматра се основаним."

О наведеном је и Агенција за јавне набавке дала своје мишљење, а исто је објављено у Извјештају о мониторингу поступка јавних набавки за 2016. годину, а и сто је дато као одговор на питање потенцијалног понуђача:

Дописи понуђача

Понуђач у свом захтјеву за праћењем поступка јавне набавке наводи за уговорни орган у дијелу који се односи на спецификацију робе даје упуте за робу понуђача што је у колизији са чланом 54. став (9) Закона.

Став Агенције

Члан 54. Закона садржи и правила о томе како уговорни органи постављају техничке спецификације предмета предвиђеног уговора и принципе за процјену тога да ли примљене понуде испуњавају утврђене техничке спецификације. Техничке спецификације, на објективан и недискриминаторски начин описују карактеристике предмета уговора. Оне су на примјер односе на: квалитет, извршење, димензије, сигурност, осигурање квалитета, терминологију, симболе, тестирање и метода тестова, итд. Дакле, техничке спецификације морају се поставити објективно у односу на сваког потенцијалног добављача, што значи да оне ни у ком погледу не смију фаворизовати нити стављати у неповољан положај било којег привредног субјекта као добављача за предвиђени уговор. Надаље, члан 54. став (9) Закона прописује да осим ако није оправдано предметом набавке, у техничкој спецификацији не смије се упутити на одређеног произвођача, на поријекло или на посебан поступак, на марке, патенте, типове или одређено поријекло, ако би се тиме погодовало или би се искључили одређени привредни субјекти или одређени производи. Такве напомене допуштене су само ако се предмет набавке не може довољно прецизно и разумљиво описати, али се без изузетка морају означити с додатком „или еквивалент".

Непознавање предмета набавке не ослобађа уговорни орган обавезе за дефинирање предмета набавке на стварно конкурентској основи. Такође, став (10) наведеног члана Закона прописује да ако се изузетно објави позив за одређени производ с додатком "или еквивалент", понуђач мора на за то предвиђеним празним мјестима, према одговарајућим ставкама, навести податке о производу и типу одговарајућег производа који нуди те, ако се то тражи, и остале податке који се односе на тај производ. Критерији мјеродавни за оцјењивање еквивалентности наводе се у опису предмета набавке. Доказ еквивалентности у смислу испуњавања захтјева у вези с предметом набавке дужан је осигурати понуђач, у складу са захтјевима дефинираним у тендерској документацији.

С обзиром да се ради о производима, који се могу описати прецизно и разумљиво без упућивања на робне марке или произвођача, Уговорно тијело у тендерској документацији није смјело упутити на робну марку, јер то није оправдано предметом набаве и није у складу с чланком 54. ЗЈН.

Имајући у виду да Тендерска документација није сачињена у складу са Законом о јавним набавкама, да су дијелови Тендерске документације дискриминаторни, ограничавајући, то је неспорна чињеница да се ради о незаконитим појединим дијеловима ТД, с тим у вези исте је нужно модификовати, а како би се овај поступак јавне набавке провео у склад у са Општим принципима прокламованим чланом 3. Закона о јавним набавкама:

„Члан 3. (Општи принципи)

(1) Уговорни орган дужан је да поступа транспарентно, да се у поступку јавне

набавке према кандидатима/понуђачима понаша једнако и недискриминирајуће, на начин да осигура правичну и активну конкуренцију, с циљем најефикаснијег коришћења јавних средстава у вези с предметом набавке и његовом сврхом."

Овако постављеним захтјевима у Тендерској документацији, логиком Уговорног органа, сваки понуђач би морао да се претходно информише (!) о карактеристикама производа „VM1 CIRCUIT-BREAKER 12.06.25 P150", „REF 611" и „V/Contact vacuum contractors" и извлачи закључке, па на основу „утврђивања" тих карактеристика да прилагођава своју понуду - што је недопустиво, и противно како Општим принципима Закона о јавним набавкама прописаним чланом 3., тако и самој дефиницији појма „тендерске документације" из члана 2. став 1. тачка д) Закона о јавним набавкама:
„д) тендерска документација је документација која садржи минимум јасних и одговарајућих информација у односу на изабрани поступак додјеле уговора, а објављује је или кандидатима/понуђачима представља уговорни орган; ова документација укључује обавјештење о набавци, позив за доставу захтјева за учешће/понуда (почетних и коначних), техничке спецификације, критеријe за квалификацију и избор најповољније понуде, нацрт или основне елементе уговора и друге релевантне документе и објашњења.(...)",
али је такође и у супротности са чланом 53. Закона о јавним набавкама:
„Члан 53. (Неопходне информације)
(1) Уговорни орган дужан је припремити тендерску документацију у складу с одредбама овог закона и подзаконским актима. 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."
Иако се право ЕУ директно примјењује само у земљама чланицама ЕУ, у Босни и Херцеговини се примјена Европског права суштински огледа у томе да суд пресуде доноси у духу Европских директива. С тим у вези, потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању 16. јуна 2008. године, Босна и Херцеговина први је пут успоставила формални, уговорни однос с Европском унијом, тада Европском заједницом. Његовим потписивањем, БиХ се обавезала да ће постепено, у прелазном периоду од шест година од ступања на снагу ССП-а, ускладити своје законодавство с ЕУ директивама, односно правном течевином Европске уније (acquis).
У вези са наведеним, Директива 2004/18/ЕЗ говори о забрани упућивања, па тако у члану 23. (2) наводи да „техничке спецификације морају омогућити једнак приступ за понуђаче и не смију имати учинак стварања неоправданих препрека отварању јавне набавке конкуренцији." Надаље, члан 23. (8) забрањује уговорним органима да примјењују техничке спецификације које „упућују на одређену марку или извор, или одређени

процес, жигове, патенте, типове или одређено поријекло или производњу ако би то имало учинак фаворизирања или искључивања одређених предузећа или производа".
Дерогација од овог правила је дозвољена, али само у изузетним околностима. Дерогација је дозвољена уколико уговорни орган не може дати опис предмета набавке који је довољно прецизан и потпуно разумљив користећи објективне техничке спецификације. У таквом случају, уговорни орган мора навести да ће прихватити производе, услуге или методе које су еквивалентне у смислу својих карактеристика додавајући фразу „или еквивалент".
У образложењу побијаног Рјешења, Уговорни орган овако исцрпан жалбени навод оцјењује неоснованим, уз образложење да „(...) Тражена роба представља оригиналне резервне дијелове који ће се уграђивати у постојећа електроенергетска постројења. Набавка замјенских дијелова односно еквивалената за наведену робу би изискивала промјене у самим електроенергетским постројењима у смислу реконструкције тих постројења као и у пројектној и другој техничкој документацији којом су обрађена наведена постројења. Обзиром да би горе наведено захтијевало додатна улагања да се израде све потребне промјене, Уговорни орган сматра овај захтјев неприхватљивим (...)".
Овакво образложење Уговорног органа јавља се паушалним, арбитрарним - и ничим поткријепљеним. Уговорни орган прворедно није поступио према члану 102. став (2) Закона о јавним набавкама, није понудио нити један доказ за истакнуте наводе да би уградња резервних дијелова - еквивалентних, једнаковриједних „изискивала промјене у самим електроенергетским постројењима".
За овакву тврдњу, Уговорни орган је морао доставити доказе, а све складно члану 13. ЗоУП БиХ - начело оцјене доказа, члану 9. ЗоУП БиХ - начело материјалне истине, па све то подвести под релевантне норме - и на тај начин поступити у складу са начелом законитости из члана 4. ЗоУП БиХ.
Дакле, у конкретном, поставља се питање уколико се понуди еквивалентан производ чије карактеристике у потпуности одговарају описаним зашто би се морало нешто мијењати?
Како побијано Рјешење не садржи ништа од наведеног, то је исто сачињено уз повреде начела Закона о управном поступку, што даље води повреди члана 53. ЗЈН, а посљедично нарушавању начела правне сигурности, легитимних очекивања странака у поступку, али у коначном и владавине права гарантоване чланом I/1 Устава Босне и Херцеговине.
Жалитељ истиче да Уговорни орган у побијаном Рјешењу апсолутно игнорише жалбени навод, који се односио на ставке од 1 - 5 у Обрасцу за цијену понуде -Анекс 3, а очигледно свјестан основаности предметног жалбеног навода, образложење да је само у односу на ставку 2 предметне табеле, на који начин покушава дезавуисати учеснике у поступку.

Имајући у виду даје побијаним Рјешењем УО само дио жалбеног навода цијенио, то је неспорна међу странкама основаност остатка, па с тим у вези жалбени навод ваља у цијелости усвојити, уклонити неправилне и незаконито прописане услове.

Такође, нема мјеста ни образложење Уговорног органа да „Тражена роба представља оригиналне резервне дијелове који ће се уграђивати у постојећа електроенергетска постројења". Наведено представља само покушај дезавуисања учесника у поступку, на начин да Уговорни орган не прави дистинкцију између једнаковриједности/еквивалентности и оригиналности.

Поједностављено, пнеуматик као резервни дио за аутомобил са карактеристикама „зимски пнеуматик, промјера 205/65/16" - може бити оригиналан (Michellin, Good Year), али једнаковириједан фабрички монтираним пнеуматицима који су нпр. били произвођача Continental.

Дакле, у коначном, нити једна одредба било ког Закона или подзаконског прописа не ослобађа Уговорни орган чињенице да је дужан, без изузетка оставити законску одредницу „или еквивалент".

Жалитељ оспорава законитост наведеног дијела ТД како цијени да је исти непотпун, недовољно јасан и конфузан, а тиме и незаконит постављен супротно члану 53. став (1) ЗЈН-а, који прописује да у тендерској документацији уговорни орган даје потпуне информације о условима уговора и поступку додјеле уговора, а који су понуђачима довољни за припрему понуда на стварно конкурентској основи; члану 3. став (2) тачка д) алинеја 13) Упутства за припрему модела тендерске документације и понуда који прописује да ако је у техничкој спецификацији кориштен израз „или еквивалент" онда је потребно обавезно описати начин на који ће понуђачи који нуде „еквивалент" доказивати да се ради о еквиваленту, и члану 54. став (2) тачка а) ЗЈН-а који прописује да техничке спецификације, уз поштивање обавезних босанско-херцеговачких техничких правила, одређују се: а) позивањем на техничке спецификације и, уз уважавање сљедећег редослиједа, на босанскохерцеговачке стандарде којима се преузимају европски стандарди, европска техничка одобрења, заједничке техничке спецификације, међународни стандарди, друге техничке референтне системе које су утемељила европска тијела за стандардизацију или, ако они не постоје, на босанско-херцеговачке стандарде, босанскохерцеговачка техничка одобрења или босанскохерцеговачке техничке спецификације које се односе на пројектовање, израчуни, извођење радова те употребу производа, при чему се свака упута мора означити ријечима „или еквивалент".

Конкретно, Уговорни орган је према члану 3. став (2) тачка д) алинеја 13) Упутства за припрему модела тендерске документације и понуда, а у вези са чланом 54. став (2) ЗЈН је поред траженог морао означити ријечима „или еквивалент", па потом обавезно описати начин на који ће понуђачи који нуде „еквивалент" доказивати да се ради о

еквиваленту, и евентуално у ситуацији да понуђач/кандидат достави понуду у којој еквивалент није у складу са захтјевима и описима - у том случају и тек у тој фази поступка оцјењивати несагласје еквивалента са траженим - а не у фази тендерске документације да се експлицитно конкретизује, захтијева и фаворизује одређеног произвођача/производ.

Дакле ЗЈН ставља обавезу Уговорном органу стављања упуте означавањем ријечима „или еквивалент", а даје могућност цијењења евентуално понуђеног еквивалента у фази оцјене понуде - чиме је Уговорном органу стављена и обавеза али остављена и могућност каснијег поступања по тој обавези.

Из свега претходно наведеног посве је јасно да тендерска документација није припремљена у складу са Законом о јавним набавкама БиХ, те захтијевамо да се спорни захтјев уклони/модификује у складу са прописима који регулишу поступак јавних набавки на начин да се уклоне наведени типови за ставке 1, 3 и 4 те да се уклоне карактеристике типа за ставке 2 и 5 Обрасца за цијену понуде и да се поред наведених типова дода „или еквивалент".

Имајући у виду неправилности и незаконитости образложене у првом жалбеном наводу ове Жалбе, Жалитељ у циљу економичности, ефикасности и избјегавања даље конфузије коју је побијано Рјешење проузроковало, још једном истиче да се овај жалбени навод изјављује искључиво опреза ради (уколико би се УРЖ упустио у мериторно одлучивање и анализу Рјешења), те уколико се усвоји први Жалбени навод то се и комплетан поступак има вратити на поновно одлучивање по иницијалној жалби, у оквиру кога ће Уговорни орган рјешавати и по овом жалбеном наводу (истакнутом већ у иницијалној жалби).

3. Неправилан је став Уговорног органа у коме уопште није одлучио о трошковима састава жалбе, ко, коме, у ком року и у ком износу има исте надокнадити, као и то што је побијано Рјешење сачињено уз битне повреде будући да се у диспозитиву само реченицом констатује да се трошкови накнаде састава жалбе усвајају, а да се у образложењу ниједном ријечју не помињу - то је диспозитив у супротности са образложењем, што представља битну повреду поступка.

Жалбом Жалитеља бр. NXN-285/22/Ж од 08.06.2022. године је опредјељен трошковник према Тарифи о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката Републике Српске („Службени Гласник РС" бр.68/05) (у даљем тексту: АТРС) у износу од 658,12 КМ за састав жалбе по адвокату пуномоћнику, а све обрачунато према Тарифном броју 3., Тарифном броју 12. АТРС.

Уговорни орган уопште није ријешио о захтјеву за накнаду трошкова, а да је при томе у диспозитиву навео посве арбитрарно, паушално и неправилно у члану 1. диспозитива наводи:

„(...) Усвајају се и трошкови жалбеног поступка."

Одредбом члана 105. став 2. Закона о управном поступку БиХ прописано је да када у поступку учествују двије или више странака са супротним интересима, странка која је изазвала поступак, а на чију је штету поступак окончан, дужна је противној странци надокнадити оправдане трошкове, који су тој странци настали учествовањем у поступку. Ако је у таквом случају, која од странака дјелимично успјела са својим захтјевом, она је дужна надокнадити противној странци трошкове сразмјерно дијелу свог захтјева с којим није успјела.

Будући да је жалба усвојена и да жалитељ има право на ангажовање стручне помоћи, то му припада право на накнаду трошкова за састав жалбе по пуномоћнику адвокату, нарочито имајући у виду да се од понуђача не може очекивати да сносе било какве, макар и незнатне трошкове, уколико су они проузроковани незаконитим и/или неправилним радом уговорног органа - а што је у конкретном случај.

Чланом 199. ст. 1. Закона о управном поступку, прописано је:

„(1) Диспозитивом се рјешава о предмету поступка у цијелости и о свим захтјевима странака о којима у току поступка није посебно ријешено. (...)“,

а ставом (3) истог члана је прописано

„(3) Диспозитивом се може ријешити и о трошковима поступка, ако их је било, одређујући њихов износ, које дужан да их плати, коме и у ком року. Ако се у диспозитиву не рјешава о трошковима, навешће се да ће се о њима донијети посебан закључак."

Чланом 108. Закона о управном поступку је прописано:

„(1) У рјешењу којим се поступак завршава, орган који доноси рјешење одређује ко сноси трошкове поступка, њихов износ и коме се и у ком року имају исплатити.“

(2) У рјешењу се мора посебно навести да ли ће онај ко сноси трошкове бити дужан да надокнади трошкове другој странци (члан 105. ст. 2. и 3.).

(3) (...)

(4) Ако орган у рјешењу не одлучи о трошковима, навешће се да ће се о трошковима донијети посебан закључак"

Побијано Рјешење не садржи ништа од наведеног.

У диспозитиву Рјешења које је УО усвојио као основану жалбу, осим паушалног навода „Усвајају се и трошкови жалбеног поступка“, није одлучено о захтјеву жалитеља за накнаду трошкова за састав жалбе бр. NXN-285/22/Ж од 08.06.2022. године, а по којој је одлучивано побијаним рјешењем - јер није наведено ни ко ни коме ни у ком року ни који износ има платити.

Будући да је жалба усвојена и да жалитељ има право на ангажовање стручне помоћи, то му припада право на накнаду трошкова за састав жалбе по пуномоћнику адвокату.

Суд Босне и Херцеговине је у Пресуди бр. С1 3 У 022275 16 У од 26.01.2018. године

заузео сљедећи став: „Понуђач је у жалбеном поступку имао право да затражи стручну помоћ од субјекта који је у складу с важећим прописима овлаштен да му је пружи као и да захтјева да му издаци које је том приликом учинио буду надокнађени. При том је без утицаја на остваривање овог права однос између неопходности и трошкова заступања, пошто се од понуђача не може очекивати да сносе било какве, макар и незнатне трошкове, уколико су они проузроковани незаконитим и/или неправилним радом уговорног органа. Трошкови за састављање правног лијека прописани су адвокатском тарифом, њихова висина није арбитрарно одређена, нити на било који начин зависи од воље понуђача. Ово судско вијеће указује да сувише рестриктивни тумачењем одредби закона о управном поступку које се односе на трошкове поступка може се доћи у ситуацију да се без основа ограничи уставно право понуђача на правну помоћ односно ускрати његово законско право да му трошкови ангажовања правне помоћи буду надокнађени у ситуацији када је био принуђен да користи правно средство како би отклонио посљедице незаконитог и неправилног рада органа управе."

Уред за разматрање жалби већ рјешавао у сличним ситуацијама, те је утврдио неправилност поступања Уговорних органа, а како је то у предметном случају. Став о наведеном заузет је у Рјешењу Уреда за разматрање жалби бр. ЈН2-03-07-1-849-8/20 од 21.05.2020. године.

У прилог основаности жалбеног навода говори и најновија пракса Уреда за разматрање жалби заузета у Рјешењу бр. ЈН2-03-07-1-3610-8/21 од 03.02.2022. године, када је рјешавајући у идентичној ситуацији заузео следећи став:

„У првом жалбеном наводу жалилац наводи да уговорни орган Рјешењем није ријешио о свим постављеним захтјевима жалитеља из жалбе бр. NXN-202/21/Ж од 03.12.2021. године - наиме, уопште није ријешио о трошковима састава жалбе коју је усвојио као основану, што исту Одлуку чини неправилном и незаконитом у наведеном дијелу.

Тако, у диспозитиву побијаног Рјешења нити једном једином ријечју се не спомиње постављени захтјев из Жалбе - и то захтјев „Nexen" д.о.о. Бања Лука за накнаду трошкова жалбеног поступка, за састав жалбе но адвокату пуномоћнику, што ову одлуку у том дијелу чини неправилном и незаконитом.

Разматрајући предметни жалбени навод, овај орган је увидом у ожалбено Рјешење број: 02/12-45-22377/21-Р од 07.12.2021. године утврдио да истим дјелимично усвојена жалба жалиоца број: NXN-202/21 од 03.12.2021. године, да диспозитивом није ријешено о трошковима поступка за састав жалбе, као и да је у образложењу рјешења у вези са трошковима састављања жалбе наведено „По захтјеву адвоката одобравају се трошкови састављања жалбе у складу са достављеним трошковником у износу од 658,12 КМ са ПДВ-ом."

У вези са утврђеним, овај орган истиче да је Законом о управном поступку који се супсидијарно примјењује у поступку правне заштите у складу са чланом 117. Закона о

јавним набавкама и то чланом 199. став (1) прописано да се диспозитивом рјешава о предмету поступка у цијелости и о свим захтјевима странака о којима у току поступка није посебно ријешено. Став (3) истог члана Закона о управном поступку прописује да се диспозитивом може ријешити и о трошковима поступка ако их је било, одређујући њихов износ, ко их је дужан платити, коме и у ком року. Ако се диспозитивом не рјешава о трошковима поступка навест ће се да ће се о њима донијети посебан закључак.

Надаље чланом 105. став (2) Закона о управном поступку је прописано да кад у поступку учествује двије или више странака са супротним интересима, странка која је изазвала поступак, а на чију је штету поступак окончан, дужна је противној странци надокнадити оправдане трошкове који су тој странци настали учествовањем у поступку

Стога имајући у виду да уговорни орган приликом доношења оспореног рјешења није поступио у складу са цитираним одредбама Закона о управном поступку, односно није диспозитивом рјешења одлучио о захтјеву жалиоца за накнаду трошкова за састав жалбе изјављене на тендерску документацију, иако је исту жалбу уговорни орган усвојио као и да је уговорни орган у образложењу ожалбеног рјешења паушално навео „По захтјеву адвоката одобравају се трошкови састављања жалбе у складу са достављеним трошковником у износу од 658,12 КМ са ПДВ-ом.“, а при том не наводећи у коме року ће се испатити трошкови, овај орган утврђује да је жалбени навод основан."

Додатна неправилност побијаног Рјешења огледа се у чињеници да у члану 1. диспозитива наводи:

„(...) Усвајају се и трошкови жалбеног поступка."

А да се у образложењу уопште не образлаже захтјев за накнаду трошкова. У таквој ситуацији учињена је двострука неправилност - диспозитивом није ријешено о свима захтјевима из жалбе - захтјеву о накнади трошкова за усвојену жалбу, а у изостанку образложења о захтјеву за накнаду трошкова то је Рјешење сачињено уз битне повреде ЗоУП БиХ.

Како је јасно видљиво, диспозитив Рјешења у побијаном дијелу је у супротности са образложењем, чиме је почињена битна повреда правила управног поступка прописана чланом 219а став (2) тачка 7):

„(...) (2) Битне повреде правила управног поступка постоје ако:

(...)

7) је диспозитив рјешења у супротности с образложењем, тако да није могуће утврђивање законитости у жалбеном поступку."

У вези са претходно наведеним, Рјешење је сачињено супротно члану 200. став (2) Закона о управном поступку, јер исто не садржи изведене доказе и утврђено чињенично стање, разлоге који су били одлучујући при оцјени доказа, разлоге због којих није уважен који од захтјева странака, разлоге који с обзиром на утврђено чињенично стање упућују на онакво рјешење како је дато у диспозитиву и правне прописе на основу којих

је ријешена управна ствар.

С обзиром да је уговорни орган усвојио Жалбу жалитеља, то је а у складу са одредбом члана 105. став 2., члана 108. и члана 199. став 1. и 3. ЗоУП-а био дужан усвојити захтјев жалитеља за накнаду трошкова поступка, који се састоје од трошкова састава жалбе NXN-285/22/Ж од 08.06.2022. године по пуномоћнику адвокату у износу од 658,12 КМ који су обрачунати према Тарифном броју 3. и 12. и члану 6. Тарифе о наградама и накнади за рад адвоката РС (Сл. гласник РС бр. 68/05).

На овакав начин, неправилним поступањем Уговорни орган само усложњава радње у поступку, проузрокујући додатне трошкове - у времену, људству, али и финансијски, на који начин крши начела економичности (члан 11. ЗоУП БиХ) и ефикасности (члан 8. ЗоУП БиХ).

Имајући у виду све претходно наведено предлажемо да Уговорни орган или Уред за разматрање жалби у складу са чланом 100. став 3. Закона о јавним набавкама БиХ:

- Усвоји жалбу жалитеља „Nexen“ д.о.о. Бања Лука у потпуности,
- Поништи Рјешење бр. 11642/22 од 13.06.2022. године у побијаном дијелу
- Изврши измјену тендерске документације бр. Ц-Р 38/22 од 24.05.2022. године у складу са наводима из жалбе
- Настави поступак јавне набавке са измијењеном тендерском документацијом
- Жалитељу накнади трошкове жалбеног поступка за састав жалбе бр. NXN-285/22/Ж од 08.06.2022. године по адв. пуномоћнику у износу од 658,12 КМ
- Жалитељу накнади трошкове жалбеног поступка за састав ове жалбе број NXN-285/22/Ж - 2 од 17.06.2022. године по адв. пуномоћнику у износу од 658,12 КМ

Укупно 1.316,24 КМ

Уколико Уговорни орган не усвоји ову жалбу, Жалитељ захтијева да исту у законском року од 5 дана прослиједи Уреду за разматрање жалби, Филијала Мостар, те Жалитељ предлаже да Уред за разматрање жалби, Филијала Мостар исту усвоји, те да наложи Уговорном органу да Жалитељу накнади трошкове жалбеног поступка за састав жалбе бр. NXN-285/22/Ж од 08.06.2022. године по адв. пуномоћнику у износу од 658,12 КМ, за састав ове жалбе бр. NXN-285/22/Ж - 2 од 17.06.2022. године по адв. пуномоћнику у износу од 658,12 КМ,

Укупно 1.316,24 КМ.

Жалитељ захтијева повратак накнаде за покретање жалбеног поступка, у износу којем одреди другостепени орган, на основу члана 108. став 6. Закона о јавним набавкама.

Списак прилога:

1. Пуномоћ
2. ПДВ Увјерење

Трошковник:

- Састав Жалбе ..... 450,00 КМ (Тар. бр. 3 АТ РС)
- Паушал..... 25% ..... 112,50 КМ (Тар. бр.12 АТ РС)
- ПДВ..... 17% ....., 95,62 КМ

Укупно: 658,12 КМ"

Уговорни орган у изјашњењу на жалбу наводи:

"Дана 22.06.2022. године Рудници мрког угља "Бановићи" д.д. Бановићи запримили су Жалбу понуђача "Nexen " д.о.о. Бањалука заступан по адвокату Борис Мандић (у даљем тексту:Жалитель) број :NXN-285/22/Ж-2 од 17.06.2022 године, на Рјешење о дјелимичном усвајању жалбе број :11642/22 од 13.06.2022 године, у поступку јавне набавке "Високонапонски вакумски прекидачи,склопници релеји И опрема "ЦР-38/22; Обавјештењем о јавној набавци број:565-1-1-184-3-281/22 од 24.05.2022 године из разлога повреде одредби Закона о јавним набавкама БиХ, члан 99 и101,

Жалитель између осталог истиче да Рјешење Уговорног органа о дјелимичном усвајању жалбе је неправилно И незаконито у дијелу у коме се не рјешава о свим захтјевима из жалбе -трошковима за састав жалбе по адвокату пуномоћнику за жалбу коју је усвојио као основану- на начин да се наводи ко, коме у ком року нити у ком износу,исте има надокнадити, што рјешење да није ријешено о свим захтјевима из жалбе те је неправилно И у супротности са законом гдје оставља одгодни услов да ће се извршити измјене тендерске документације.Други жалбени навод односи се на тендерску документацију односно на образац за цијену понуде Анекс 3 у којем је наведено за ставке 1,3 и 4 постављен ахтјев којим cew фаворизује И експлицитно захтијева тип одређеног произвођача а није постављен еквивалент.

❖У односу на напријед наведене наводе Жалитеља Рудници мрког угља "Бановићи" д.д. Бановићи, као Уговорни орган изјављује слиједеће:

Први жалбени навод уговорни орган сматра неоснованим из разлога што је Рјешењем о дјелимичном усвајању жалбе број :11642/22 од 13.06.2022 године,одлучено како је гласи:

Како се може видјети из Рјешења да је Уговорни орган одлучивао по жалби NXN- 285/22 од 06.06.2022 године,да је Рјешењем дјелимично усвојио жалбу уз образложење сваког од жалбених навода,а да није извршио измјену тендерске документације из разлога да постоји поука о правном лијеку која гласи: Против ове одлуке може се изјавити жалба, најкасније у року 5 (пет) дана од дана пријема ове одлуке, жалба се изјављује Уреду за разматрање жалби БиХ у писаној форми,путем уговорног органа,у најмање три примјерка,Уговорни орган сматра да овај жалбени навод је неоснован.

У другом жалбеном наводу жалиоц се жали на неоснованост трећег жалбеног навода из Рјешења о дјелимичном усвајању жалбе бр. 11642/22 од 13.06.2022. године.

У овом Рјешењу је наведено: Трећи жалбени навод је неоснован на страни 21 под 2 постављен је захтјев: Електронски контролни модул (картица) за вакумски прекидач:

VM1, 12 kV, 630 A, 25 kA, тип модула: ED2, (full option), напон напајања: 100-250 V AC/DCED2 full options 100...250V ac/dc with local panel with key lock on closing pushbutton. Тражена роба представља оригиналне резервне дијелове који ће се уграђивати у постојећа електроенергетска постројења. Набавка замјенских дијелова односно еквивалената за наведену робу би изискивала промјене у самим електроенергетским постројењима у смислу реконструкције тих постројења као и у пројектној и другој техничкој спецификацији којом су обрађена наведена постројења. Обзиром да би горе наведено захтијевало додатна улагања да се израде све потребне промјене, Уговорни орган сматра овај захтјев неприхватљивим.

Као што је напријед наведено, све тражене ставке из Обрасца за цијену понуде - Анекс 3 представљају оригиналне резервне дијелове за које се не може понудити еквивалент из сљедећих разлога:

Ставке 1, 3 и 4 представљају оригиналне резервне дијелове какве Уговорни орган већ има уграђене у своја постројења. Нуђење односно каснија евентуална набавка еквивалената би изискивала одређене захвате на самим постројењима у смислу прилагођавања еквивалената постојећим постројењима. Ова прилагођавања обухватају израду пројектне документације и друге пратеће техничке документације која обрађује та постројења. Затим обухватају захвате на самим постројењима у смислу техничког прилагођавања постројења за уградњу еквивалената у дијелу монтаже, прикључења, управљања итд. Све ово захтијева додатна финансијска улагања, ангажовање радника за извођење тих радова те вријеме потребно за та прилагођавања. Обзиром да се Уговорни орган бави дјелатности којом се бави, сваки застој у производњи може узроковати како финансијску тако и материјалну штету и из тог разлога је потребно да на стању у магацину има исте дијелове какве има уграђене у постројења, да би у случају отказивања неког дијела опреме једноставном замјеном могао у што краћем року наставити процес производње.

Из наведених разлога Уговорни орган не може прихватити набавку односно нуђење еквивалената.

Ставке 2 и 5 представљају електронске модуле за наведене типове уређаја те није могуће понудити замјенске модуле обзиром да те модуле производи само произвођач за своју опрему а коју Уговорни орган има већ уграђену у своја постројења. Ови модули такође представљају оригиналне резервне дијелове те је немогуће понудити еквивалент из наведених разлога.

Из наведених разлога Уговорни орган не може прихватити набавку односно нуђење еквивалената.

Трећи жалбени навод је неоснован иако је уговорни орган прихватио Рјешењем о дјелимичном усвајању жалбе трошкове жалбеног поступка по жалби NXN- 285/22, што се види из диспозитива гдје је наведено „Усвајају се и трошкови жалбеног поступка,поновним тумачењем ТАРИФА 0 НАГРАДАМА И НАКНАДИ ТРОШКОВА ЗА РАД АДВОКАТА Коморе Републике Српске, Уговорни орган сматра да су постављени трошкови за састав жалбе су супротни Закону о јавним набавкама БиХ, тарифи о наградама и накнади трошкова за рад адвоката ентитета република српска, те досадашној пракси УРЖ-а. На основу члана 15. Закона о адвокатури и члана 12. Статута

Адвокатске коморе Републике Српске, Скупштина Адвокатске коморе Републике Српске на сједници одрпаној дана 12. марта 2005. године усвојила је сљедећу ТАРИФУ О НАГРАДАМА И НАКНАДИ ТРОШКОВА ЗА РАД АДВОКАТА у којој у тарифи број 3 седми ред, награда за ствари у управном поступку износи 150 бодова, а даље Чл.14. Вриједност бода утврђује Извршни одбор Коморе. Вриједност бода износи 2,00 КМ за састав жалбе што укупно износи 300,00 КМ.
Тар.бр.12. ПАУШАЛНА НАГРАДА Адвокату припада паушална награда у износу од 25% од износа награде одређене овом Тарифом за радњу у поступку за коју су споредне радње обављене за све споредне радње обављене у свим поступцима (прикупљање информација, прегледе списа, предаја поднесака суду и пошти и сл. радње.), за које радње му припада посебна награда према овој Тарифи.Дакле 25% од 300,00 КМ је 75,00 КМ.Трошкови које је Адвокат навео у жалбама су неосновани и односе се не тарифу за Управни спор који се проводи пред Судом БиХ..

Обзиром да понуђач NEXEN д.о.о. Бања Лука има вишегодишње искуство у нуђењу предметних и сличних дијелова и опреме и да су му горњи наводи и образложења сигурно познати, стиче се утисак да се сталним жалбама по истом или сличном основу жели онемогућити или бар што више отежати набавка дијелова за редовно одржавање опреме и осигуравање несметаног процеса производње из само њима знаних разлога.

Из свега наведеног тражимо од Уреда за разматрање жалби да не прихвати предметну жалбу и да омогући несметан даљи ток процедуре предметне јавне набавке.

У складу са напријед наведеним, уговорни орган сматра да су жалбени наводи у жалби Жалитеља неосновани и неутемељени, те да их као такве Уред за разматрање жалби БиХ - Филијала Мостар треба одбити укључујући и трошкове у складу са одредбама Закона о јавним набавкама.“

Овај орган је у складу са чланом 94. став (3) Закона о јавним набавкама актом број: ЈН2-03-07-1-1780-4/22 од 04.07.2022. године доставио жалиоцу изјашњење уговорног органа ради евентуалног очитовања на исто. Жалилац је доставио одговор на изјашњење уговорног органа у коме наводи слиједеће:
„Дана 11.07.2022. године Жалитељ је запримио писмено Уреда за разматрање жалби Филијала Мостар бр. ЈН2-03-07-1-1780-4/22 од 04.07.2022. године у прилогу кога је достављен Закључак за уплату административне таксе бр. ЈН2-03-07-1-1780-2/22 и Закључак за уплату накнаде за покретање жалбеног поступка ЈН2-03-07-1-1780-3/22, те је достављено Изјашњење Уговорног органа бр. 12698/22 од 28.06.2022. године.
С тим у вези, поступљено је по истим, те су оригинални примјерци уплатница достављени директно од стране „Nexen“ доо Бања Лука.
У односу на Изјашњење Уговорног органа, Жалитељ се очитује, а како слиједи.
1. Први жалбени навод Уговорни орган ни не оспорава, међу странкама је неспорно да Уговорни орган није диспозитивом ријешио о жалби, да је оставио одгодни услов, па се с тим у вези жалбени навод јавља неспорним међу странкама.

У свом Изјашњењу на Жалбу, Уговорни орган фактички ни не оспорава основаност навода - будући да ниједном ријечју не покушава опонирати чињеници да побијаним Рјешењем није диспозитивом ријешио о жалбеним наводима сходно одредби члана 100. став (3) ЗЈН.

Рјешавајући у идентичној правној и чињеничној ситуацији, Уред за разматрање жалби је у Рјешењу бр. ЈН2- 01-07-1-1274-7/22 од 02.06.2022. године, доносећи одлуку на пленарној сједници , утврдио неправилност наведеног, те заузео следећи став:

„Везано за жалбени навод да је Уговорни орган диспозитивом побијаног Рјешења извршио измјену тендерске документације супротно одредби члана 100. став (3) ЗЈН, овај орган је утврдио да је исти основан.

Увидом у диспозитив побијане Одлуке од стране овог органа утврђено је да је истом наведено слиједеће:

„1. Жалба кандидата Nexen доо Бања Лука заступан по пуномоћнику Борис Мандић, адвокату из Источног Сарајева, против услова утврђених у тендерској документацији број: 2000032319 -Набавка блок трансформатора на Блоку 7 за потребе Подружнице ТЕ Какањ дјелимично се усваја, и то наводи под редним бројевима 3, 6,8,9 и 10.

2. Уговорни орган ЈП Електропривреда БиХ" д.д. Сарајево ће, по стицању услова за наставак предметних поступка набавке, извршити измјену тендерске документације у дијелу описаном у образложењу ове одлуке и о извршеној измјени обавијестити све кандидате који су преузели тендерску документацију.“

С обзиром на наведено, није спорно да је уговорни орган након што је запримио жалбу жалитеља утврдио даје исту потребно дјелимично усвојити те даје навео да поступа у складу са чланом 100. став (3) Закона о јавним набавкама који прописује да Уговорни орган може,рјешењем исправити радњу, предузети чињење или може постојећу одлуку или рјешење ставити ван снаге и замијенити је другом одлуком или рјешењем",.

Међутим, оно што је спорно и што жалитељ истиче као жалбени навод јесте чињеница да Уговорни орган диспозитивом побијаног Рјешења оставља ,пдгодни услов“ у коме наводи да ће извршити измјену тендерске документације у дијелу описаном у образложењу ове одлуке и о извршеној измјени обавијестити све кандидате који су преузели тендерску документацију.

По оцјени овог органа, уговорни орган у диспозитиву налаже да се дио Одлуке за коју је утврдио даје незаконита,треба измијенити", али пропушта да наведе у којем року и на који начин, наведену повреду треба исправити што је у супротности са одредбом члана 100. став (3) ЗЈН-а којим је прописано да рјешавајући по жалби Уговорни орган може утврдити даје 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.

Према напријед наведеној законској одредби овај орган упућује како Уговорни орган није поступио сукладно истој будући да није изнесене наводе жалитеља класификарало, односно утврдило основаност исти, те ниие постојећу ТД ставило изван снаге или замијенило другом, одлуком или рјешењем, односно ниие подузео чињенице које је посљедица усвојене жалбе. Уговорно тиието неправилно наводи у алинеји 2. точке да ће по стицању услова за наставак предметних поступка набавке, извршити измјену

тендерске документације у дијелу описаном у образложењу ове одлуке и о извршеној измјени обавијестити све кандидате који су преузели тендерску документацију, а без да претходно подузима чињење које се огледа у утврђивању дијелова предметне ТД које треба измијенити према уложеним жалбеним наводи жалитеља. Према мишљењу овог органа, Уговорни орган је поступио супротно напријед наведеној законској норми, те се овај жалбени навод усваја као основан."

Идентичан став заузет је и у Рјешењу Уреда за разматрање жалби ЈН2-02-07-1-1423-7/22 од 14.06.2022. године, којом приликом је утврђена неправилност поступања Уговорног органа, те заузет следећи став:

„Увидом у побијано Рјешење уговорног органа, утврђено је, да истим није рјешавано о свим захтјевима из жалбе - трошковима за састав жалбе по адвокату пуномоћнику за жалбу коју је усвојио као дјеломично основану, наиме, одредбом чланка 199. Став 1. Закона о управном поступку, прописано је:

„Диспозитивом се рјешава о предмету поступка у цијелости и о свим захтјевима странака о којима у тијеку поступка није посебно ријешено."

Како предметним Рјешењем није рјешавано диспозитивом, као нити посебним Рјешењем, жалитељ оправдано оспорава наведени недостатак, сиједом чега овај жалбени навод је основан.

Основано Жалитељ истиче и чињеницу да је побијано Рјешење сачињено на начин, да диспозитив не рјешава о жалби на начин како то прописује члан 100. став (3) Закон о јавним набавкама (Службени гласник БИХ број 39/14) - а то је да Уговорни орган може .рјешењем исправити радњу, предузети чињење или може постојећу одлуку или рјешење ставити ван снаге и замијенити је другом одлуком или рјешењем међутим насупрот Законом остављеном могућности", Уговорни орган диспозитивом побијаног Рјешења оставља .пдгодни услов" у коме наводи да: „(...) 2. Ово Рјешење је основ за предузимање радње исправљања од стране Уговорног органа и измјену тендерске документације (...) 3. Уговорни орган ће о предузетој радњи измјене обавијестити све потенцијалне учеснике у поступку (...)"

Имајући у виду све претходно наведено, те чињеницу да се Уговорни орган у свом Изјашњењу није ни бавио суштином жалбеног навода, то се исти јавља неспорним међу странкама, а чињенично стање упућује даје жалбени навод основан, то исти ваља усвојити.

2. Други жалбени навод Уговорни орган одбија као неоснован, међутим, покушавајући оправдати своје поступање теоретски - без прилагања било каквог доказа у корист властите тврдње - чиме није поступио према члану 102. став (2) ЗЈН, па се Изјашњење јавља провизорним, остаје у домену теорије, па се жалбени навод јавља неспорним међу странкама, те се као такав ваља усвојити као основан.

Жалитељ је истакао детаљан, исцрпан и јасно конкретизован жалбени навод, а Уговорни орган у суштини Изјашњење базира на образложењу које се доима пуким преписивањем дијелова образложења Рјешења које се побија жалбом. У тој ситуацији, Уговорни орган не нуди ништа ново - самим тим своје тврдње не поткријепљује никаквим доказима - а што му је законска обавеза прописана чланом 102. став (2) ЗЈН.

Овом Уговорном органу ни у ком случају није могло бити непознато да се ради о неправилном и незаконитом захтјеву - јер је управо исти овај УО, у истом дану добио два Рјешења УРЖ (ЈН2-03- 07-1-212-7/20 од 05.03.2020. године и ЈН2-03-07-1-213-7/20 од 05.03.2020. године) којим се утврђује наведена неправилност.

С тим у вези, образложење дато у Изјашњењу је у директној супротности и са праксом Уреда за разматрање жалби заузетој, нпр. у Рјешењу бр. ЈН2-03-07-1-212-7/20 од 05.03.2020. године, а који став гласи:

„Дакле, чињеница је да уговорно тијело као предмет набаве дејинирало као ./лабава роба - оригинални резервни дијелови за ровокопач KOMATSU PW1801 BULDOŽER KOMATSU D155AX-5"представља повреду Закона о јавним набавама, те је уговорно тијело оваквим захтјевом довело у неравноправан положај велики број понудитеља, с обзиром да се позвало на једног произвођача." На темељу напријед наведеног, ово тијело истиче да су наводи жалитеља утемељени, због чега усваја жалбу и поништава предметну тендерску документацију."

Куриозитет је да овом Уговорном органу никако није могла бити непозната чињеница да не може захтијевати „оригиналне резервне дијелове", јер је Уред за разматрање жалби рјешавајући у предмету управо овог Уговорног органа, у Рјешењу бр. ЈН2-03-07-1-1-213-7/20 од 05.03.2020. године, којом приликом је заузет следећи став:

„Чланак 54. Закона о јавним набавама прописује да техничке спецификације морају омогућити свим кандидатима/понудитељима једнак и недискриминирајући приступ надметању.

Надаље, истим чланком ставак (9) и (10) Закона о јавним набавама прописано је да осим ако није оправдано предметом набаве, у техничкој спецификацији не смије се упутити на одређеног произвођача, на поријекло или на посебан поступак, на марке, патенте, типове или одређено поријекло, ако би се тиме погодовало или би се искључили одређени господарски субјекти или одређени производи. Такве напомене допуштене су само ако се предмет набаве не може довољно прецизно и разумљиво описати, али се без изузетка морају означити с додатком "или еквивалент". Непознавање предмета набаве не ослобађа уговорно тијело обвезе за дефинирање предмета набаве на стварно конкурентској основи.

Дакле, чињеница је да уговорно тијело као предмет набаве дефинирало као Набава роба - Оригинални резервни дијелови предњег диференцијала утоваривача LIEBHERR L5", представља повреду Закона о јавним набавама, те је уговорно тијело оваквим захтјевом довело у неравноправан положај велики број понудитеља, с обзиром да се позвало на једног произвођача. Узгред напомињемо да уговорно тијело мора водити рачуна о одредбама чланка 54. Закона о јавним набавама."

3. Трећи жалбени навод очигледно и сам Уговорни орган контрадикторно самом себи оцјењује неоснованим - јер у побијаном рјешењу наводи „да се трошкови заступања усвајају", а сада у Изјашњењу оспорава основаност - па се Изјашњење у овом дијелу јавља као пуко очитовање да се да коментар на сваки дио жалбе - међутим изостала је суштина и опонирање, а опонирати се није ни могло јер је Уговорни орган погрешно поступио када није ријешио о трошковима усвојене жалбе.

Уговорни орган у Изјашњењу посве нејасно образлаже и обрачунава трошкове, међутим удаљава се од суштине жалбеног навода - а то је да није ријешио о свим захтјевима из Жалбе, те да је поступио директно супротно одредбама члана 105., 108., 199. и члана 200. став (2) ЗоУП БиХ, као и да је Рјешење сачињено уз битне повреде правила поступка прописане чланом 219а став (2) тачка 7) ЗоУП БиХ.

Наведено Уговорни орган ниједном ријечју Изјашњења ни не оспорава, па се Изјашњење у коме се „врши обрачун" јавља као покушај дезавуисања учесника у поступку, међутим све за наведено за посљедицу има чињеницу да се жалбени наводи истакнути у жалби који нису ни оспоравани Изјашњењем - јављају неспорним међу странкама, те с тим у вези ваља утврдити недостатке побијаног Рјешења у наведеном дијелу, предметни жалбени навод ваља усвојити као основан и одлучити у складу са Законом, и заузетом праксом како Уреда за разматрање жалби, као и Суда Босне и Херцеговине.

Да је имао правилан приступ рјешавању иницијалне жалбе, и сам би ријешио о трошковима у цијелости, у складу са ЗоУП БиХ и релевантном АТ РС. Међутим, како је то УО неправилно и незаконито учинио, преостало је да се ријеши о трошковима иницијалне Жалбе NXN-285/22/Ж од 08.06.2022. године, у пуном, правилно захтјеваном износу од 658,12 КМ (450,00 КМ+25% паушал+17% ПДВ=658,12 КМ), али и актуелне жалбе која је указала на неправилност поступања УО када је одбио дио захтјева за трошкове чиме је проузроковао изјављивање и предметне Жалбе бр. NXN-285/22/Ж - 2 од 17.06.2022. године у износу 658,12 КМ, укупно 1.316,24 КМ.

Како предметним Изјашњењем није доведена у питање основаност жалбеног навода, то Жалитељ у цијелости остаје код истог и предлаже да се усвоји као основан.

У коначном, у односу на комплетно Изјашњење евидентно је да је Уговорни орган директно повриједио одредбу члана 102. став (2) Закона о јавним набавкама, будући да је у суштини посве паушално навео да - жалбу сматра неоснованом. С тим у вези, Уговорни орган није ни покушао опонирати наводима жалбе, није навео ниједан разлог неоснованости, није доставио ниједан доказ у корист властите тврдње.

Оваквим поступањем, Уговорни орган је директно повриједио и члан 9. Закона о управом поступку БиХ - начело материјалне истине, а којим је прописано „У поступку морају се потпуно и правилно утврдити све чињенице које су од важности за доношење законитог и правилног рјешења."

Из претходно наведеног, посве је јасно да Уговорни орган није ни утврђивао, а камоли потпуно и правилно утврдио све чињенице од важности за доношење законите и правилне одлуке - напротив, из свега наведеног јасно произилази да је насупрот томе поступио посве неправилно, што је резултирало незаконитим поступањем.

Осим тога, Уговорни орган је поступио супротно и члану 13. ЗоУП БиХ: „Које ће чињенице узети као доказане, одлучује овлаштено службено лице по свом увјерењу, на основу савјесне и брижљиве оцјене сваког доказа посебно, и свих доказа заједно, као и на основу резултата цјелокупног поступка."

Уговорни орган је пропустио да изнесе анализу жалбених навода, понуди доказе у корист властитих тврдњи, да да адекватно образложење зашто жалбу сматра неоснованом, што је неправилно и супротно цитираном члану.

У вези са претходно наведеним, Жалитељ се позива и на став Уреда за разматрање жалби заузет у Рјешењу бр. ЈН2-01-07-1-220-17/17 од 20.06.2017. године:

„Како је уговорни орган у смислу члана 102. Закона о јавним набавкама дужан доказати постојање чињеница и околности на основу којих је донио одлуку у поступку, а у погледу напријед наведеног овај орган није нашао да је уговорни орган оправдао своје поступање у поступку по жалби пред овим органом, овај орган се опредијелио из напријед наведеног разлога на поништење Одлуке о избору и враћање предмета уговорном органу на поновни поступак."

Такође, на овом мјесту се позивамо и на праксу Суда Босне и Херцеговине, који је у Пресуди бр. С1 3 У 031222 19 У од 02.06.2020. године који је заузео следећи став:

„У том смислу ово вијеће закључује да уговорни орган ни у жалбеном поступку није поступио у смислу члана 102. став 2. Закона о јавним набавкама БиХ односно није доказао постојање чињеница и околности на основу којих је донио одлуку о правима, предузео радње или пропуштања те провео поступке, који су предмет поступка по Жалби."

Поступци Уговорног органа које је предузимао у претходном дијелу овог поступка јавне набавке указују на очигледно кршење Општих принципа прописаних чланом 3. Закона о јавним набавкама: ЈЧлан 3. (Општи принципи)

(1) Уговорни орган дужан је да поступа транспарентно, да се у поступку јавне набавке према кандидатима/понуђачима понаша једнако и недискриминирајуће, на начин да осигура правичну и активну конкуренцију, с циљем најефикаснијег кориштења јавних средстава у вези с предметом набавке и његовом сврхом."

Међутим, кршење Општих принципа од стране УО је настављено и у жалбеном поступку, а како је то прописано ставом 2. члана ЗЈН: „Општи принципи обавезно се примјењују и поштују и у поступку правне заштите."

Из свега наведеног, јасно је да поступак по жалби није проведен у складу са ЗЈН, чињенично стање је погрешно утврђено, самим тим је дошло до погрешне примјене материјалних прописа који уређују предметну област.

Уговорни орган дужан је приликом доношења одлука превасходно примјењивати законе, а у предметном Изјашњењу иако не опонира суштини жалбених навода произвољно се позива на одредбе, чиме није поступио у складу са чланом 4. Закона о управном поступку који прописује сљедеће: „(1) Органи управе и институције које имају јавна овлаштења, када поступају у управним стварима, дужни су те ствари рјешавати на основу закона и других прописа, као и опћих аката институција које имају јавна овлаштења и које оне доносе на основу јавних овлаштења"

У коначном, став и Изјашњење је директно супротно одредби члана 200. став (2) Закона о управном поступку који је је јасан и недвосмислен:

„(2) У осталим стварима образложење рјешења садржи: кратко излагање захтјева странака, изведене доказе и утврђено чињенично стање, разлоге који су били одлучујући при оцјени доказа, разлоге због којих није уважен који од захтјева странака, разлоге који с обзиром на утврђено чињенично стање упућују на онакво рјешење како је дато у диспозитиву и правне прописе на основу којих је ријешена управна ствар. (...)."

Како Изјашњење не садржи изведене доказе и утврђено чињенично стање, разлоге који су били одлучујући при оцјени доказа, разлоге због којих није уважен који од захтјева странака, разлоге који с обзиром на утврђено чињенично стање упућују на онакво рјешење како је дато у диспозитиву и правне прописе на основу којих је ријешена управна ствар, то су евидентно изостали разлози о одлучним чињеницама за оцјену жалбе неоснованом, а Уговорни орган се није позвао ни на једну одредбу било ког закона. Жалитељ у цијелости остаје код свих навода истакнутих у жалби од 17.06.2022. године.

Имајући у виду све напријед наведено, остајемо код приједлога и захтјева из Жалбе, те предлажемо да Уред за разматрање жалби у складу са чланом 111. Закона о јавним набавкама БиХ, а у вези са чланом 230. Закона о управном поступку:

- Усвоји жалбу жалитеља „Нехен“ д.о.о. Бања Лука у потпуности
- Обавеже Уговорни орган да Жалитељу накнади трошкове жалбеног поступка, за састав жалбе по адв. пуномоћнику бр. NXN-285/22/Ж од 08.06.2022. године по адв. пуномоћнику у износу од 658,12 КМ, за састав жалбе бр. NXN-285/22/Ж - 2 од 17.06.2022. године по адв. пуномоћнику у износу од 658,12 КМ,

Укупно 1.316,24 КМ.

Жалитељ захтијева повратак накнаде за покретање жалбеног поступка, у износу којем одреди другостепени орган, на основу члана 108. став 6. Закона о јавним набавкама.“

Овај орган је по службеној дужности, прије разматрања жалбе, утврђивао допуштеност, благовременост, те да ли је жалба изјављена од овлашћеног лица, у складу са чланом 109. Закона о јавним набавкама, те утврдило да је жалба допуштена, благовремена и изјављена од овлашћеног лица.

Поред наведеног овај орган је прије разматрања жалбе утврђивао испуњеност услова у смислу 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

Поступајући по жалби, овај орган је извршило увид у достављену документацију, анализирајући појединачне доказе и њихову међусобну везу, имајући у виду жалбене наводе, изјашњење уговорног орган и правила поступка провођења јавних набавки.

У **првом жалбеном наводу** жалилац наводи да уговорни орган диспозитивом побијаног Рјешења на врло нејасан начин у члану 2. наводи „Уговорни орган ће извршити измјену тендерске документације у складу са одредбама Закона о јавним набавкама и припадајућих законских аката и наставити поступак јавне набавке", чиме је поступио директно супротно одредби члана 100. став (3) ЗЈН будући да оставља тзв. „одгодни услов“

Уговорни орган у изјашњењу наводи да се може видјети из Рјешења да је Уговорни орган одлучивао по жалби NXN- 285/22 од 06.06.2022 године,да је Рјешењем дјелимично усвојио жалбу уз образложење сваког од жалбених навода,а да није извршио измјену тендерске документације из разлога да постоји поука о правном лијеку која гласи: Против ове одлуке може се изјавити жалба, најкасније у року 5 (пет) дана од дана пријема ове одлуке, жалба се изјављује Уреду за разматрање жалби БиХ у писаној форми,путем уговорног органа,у најмање три примјерка,Уговорни орган сматра да овај жалбени навод је неоснован.

С тим у вези, овај орган је увидом у побијано Рјешење о дјелимичном усвајању жалбе број: 11642/22 од 13.06.2022. године утврдио да је исто донесено на основу члана 100. став (3) ЗЈН.

У члану 1. и 2. Рјешења уговорни орган је навео:

Члан 1.

Дјелимично се усваја жалба понуђача „NEXEN д.о.о. Бањалука" заступан по адвокату Борис Мандић , изјављена на тендерску документацију у поступку јавне набавке Евиденцијски број набавке:Ц-Р 38/22, набавка робе: „Високонапонски вакумски прекидачи, релеји, склопници, релеји и опрема" по обавјештењу о јавној набавци број:565-1-1-184-3-281/22 .Усвајају се и трошкови жалбеног поступка.

Члан 2.

Уговорни орган ће извршити измјену тендерске документације у складу са одредбама Закона о јавним набавкама и припадајућих законских аката и наставити поступак јавне набавке.

У образложењу рјешења уговорни орган констатује да је оцијенио да је жалба благовремена, допуштена и изјављена од овлаштеног лица, усваја 4 жалбена навода као основане, док 1 жалбени навод одбија као неснован, те наводи да је разматрајући жалбу, закључено да је иста основана те да је потребно уклонити недостатке те преформулисати одређене тачке ТД,односно извршити измјене и допуну тендерске документације, али да није била намјера Уговорног тијела за било какву дискриминацију или фаворизирање појединих производа.

Наиме, чланом 100. став (3) ЗЈН је прописано да ако је жалба благовремена, допуштена и изјављена од овлашћеног лица, уговорни орган, разматрајући жалбу, може утврдити да је она дјелимично или у цјелини 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.

Дакле, у ситуацији када је жалбени навод, усвојио као основан, уговорни орган је био дужан да ту чињеницу констатује и утврди диспозитивом Рјешења - као извршивим дијелом рјешења, а не да оставља накнадне и одгодне услове да ће се у будућности нешто мијењати наводећи „Уговорни орган ће извршити измјену тендерске документације у складу са одредбама Закона о јавним набавкама и припадајућих законских аката и наставити поступак јавне набавке“ , јер је образложење дио рјешења у којем се наводи све што је везано за ток управног поступка и чињенице на којима је изведен закључак на којем је заснована одлука о главној ствари.
Уговорни орган приликом доношења рјешења није поступио у потпуности у складу са чланом 100. став (3) ЗЈН, с обзиром да својим рјешењем није исправио радње, односно није исправио тендерску документацију, а на основу којег рјешења би предузео чињење, односно измјену тендерске документације, већ је супротно наведеној законској одредби само навео да ће измијенити тендерску документацију, те овај орган утврђује да је жалбени навод **основан.**

У **другом жалбеном наводу** жалилац наводи да трећи жалбени навод у образложењу побијаног Рјешења Уговорни орган оцјењује неоснованим, а без да је утемељење за своје поступање нашао у Закону о јавним набавкама, па се исти јавља арбитрарним, провизорним, а посљедица томе је уклањање постављених захтјева из Тендерске докуметнације, или примјена члана 103. ЗЈН и поништење Тендерске документације у цијелости.
Жалбени навод се односио на неправилност и незаконитост услова прописаног у Обрасцу за цијену понуде - Анекс 3, за ставку 1 наведен је тип захтијеваног вакуумског прекидача, који гласи:
„VM1 CIRCUIT-BREAKER 12.06.25 P150.“
Захтјев за ставку бр. 2, гласи:
„Електронски контролни модул (картица) за вакумски прекидач: VM1, 12 kV, 630 A, 25 kA, тип модула: ED2, (full option), напон напајања: 100-250 V AC/DC ED2 full options 100...250V ac/dc with local panel with key lock on closing pushbutton.“
Захтјев за ставку бр. 3 гласи:
Заштитни релеј (REF 611) са опцијом прекострујне, краткоспојне и усмјерене земљоспојне заштите, напон напајања од 8o...264(...)“
Захтјев за ставку 4, гласи:
„V/Contact vacuum contactors interchangeable with V/Contact and VRC contactors.“
Захтјев за ставку 5, гласи:
„Електронски напојни модул за вакумски склопник V-contact fixed, V7, 400 A, 7,2 kV, напон напајања: 100-250 V AC/DC Control module feeder AU-TR aux. voltage 100-250Vdc/ac for V/Contact.“

Жалба је указала да су за ставке 1,3 и 4 постављени захтјеви којима се фаворизује и експлицитно захтијева тип одређеног произвођача с обзиром да је познато да наведене типове искључиво има један произвођач и то АББ. С обзиром да постављени захтјеви из којих је евидентно упућивање на произвођача АББ, Уговорни орган, не наводи ријечи „или еквивалент“, што је законска одредница коју није могуће нити изоставити, нити замијенити другим ријечима.

За ставку 2 и 5 се захтијевају модули за типове који су наведени без одреднице „или еквивалент", што је неправилно и незаконито с обзиром да су модули намијењени само за наведене типове те није могуће испунити захтјев за тачно дефинисаним карактеристикама модула када су у питању други произвођачи.

Уговорни орган у изјашњењу наводи:

„У другом жалбеном наводу жалиоц се жали на неоснованост трећег жалбеног навода из Рјешења о дјелимичном усвајању жалбе бр. 11642/22 од 13.06.2022. године.

У овом Рјешењу је наведено: Трећи жалбени навод је неоснован на страни 21 под 2 постављен је захтјев: Електронски контролни модул (картица) за вакумски прекидач: VM1, 12 kV, 630 A, 25 kA, тип модула: ED2, (full option), напон напајања: 100-250 V AC/DCED2 full options 100...250V ac/dc with local panel with key lock on closing pushbutton. Тражена роба представља оригиналне резервне дијелове који ће се уграђивати у постојећа електроенергетска постројења. Набавка замјенских дијелова односно еквивалената за наведену робу би изискивала промјене у самим електроенергетским постројењима у смислу реконструкције тих постројења као и у пројектној и другој техничкој спецификацији којом су обрађена наведена постројења. Обзиром да би горе наведено захтијевало додатна улагања да се израде све потребне промјене, Уговорни орган сматра овај захтјев неприхватљивим.

Као што је напријед наведено, све тражене ставке из Обрасца за цијену понуде - Анекс 3 представљају оригиналне резервне дијелове за које се не може понудити еквивалент из сљедећих разлога:

Ставке 1, 3 и 4 представљају оригиналне резервне дијелове какве Уговорни орган већ има уграђене у своја постројења. Нуђење односно касније евентуална набавка еквивалената би изискивала одређене захвате на самим постројењима у смислу прилагођавања еквивалената постојећим постројењима. Ова прилагођавања обухватају израду пројектне документације и друге пратеће техничке документације која обрађује та постројења. Затим обухватају захвате на самим постројењима у смислу техничког прилагођавања постројења за уградњу еквивалената у дијелу монтаже, прикључења, управљања итд. Све ово захтијева додатна финансијска улагања, ангажовање радника за извођење тих радова те вријеме потребно за та прилагођавања. Обзиром да се Уговорни орган бави дјелатности којом се бави, сваки застој у производњи може узроковати како финансијску тако и материјалну штету и из тог разлога је потребно да на стању у магацину има исте дијелове какве има уграђене у постројења, да би у случају отказивања неког дијела опреме једноставном замјеном могао у што краћем року наставити процес производње.

Из наведених разлога Уговорни орган не може прихватити набавку односно нуђење еквивалената.
Ставке 2 и 5 представљају електронске модуле за наведене типове уређаја те није могуће понудити замјенске модуле обзиром да те модуле производи само произвођач за своју опрему а коју Уговорни орган има већ уграђену у своја постројења. Ови модули такође представљају оригиналне резервне дијелове те је немогуће понудити еквивалент из наведених разлога.
Из наведених разлога Уговорни орган не може прихватити набавку односно нуђење еквивалената."

Увидом у ожалбено Рјешење о дјелимичном усвајању жалбе број: 11642/22 од 13.06.2022, овај орган је утврдио да је уговорни орган одбио трећи жалбени навод као неоснован наводећи слиједеће:
„**Трећи жалбени навод је неоснован** на страни 21 под 2 постављен је захтјев: Електронски контролни модул (картица) за вакумски прекидач: VM1,12 kV, 630 A, 25 kA, тип модула: ED2, (full option), напон напајања: 100- 250 V AC/DC**ED2 full options 100...250V ac/dc with local panel with key lock on closing pushbutton.**Тражена роба представља оригиналне резервне дијелове који ће се уграђивати у постојећа електроенергетска постројења. Набавка замјенских дијелова односно еквивалената за наведену робу би изискивала промјене у самим електроенергетским постројењима у смислу реконструкције тих постројења као И у пројектној И другој техничкој документацији којом су обрађена наведена постројења.Обзиром да би горе наведено захтијевало додатна улагања да се израде све потребне промјене, Уговорни орган сматра овај захтјев неприхватљивим."

Овај орган упућује да је чланом 54. став (9) ЗЈН прописано:
Осим ако није оправдано предметом набавке, у техничкој спецификацији не смије се упутити на одређеног произвођача, на поријекло или на посебан поступак, на марке, патенте, типове или одређено поријекло, ако би се тиме погодовало или би се искључили одређени привредни субјекте или одређени производи. Такве напомене допуштене су само ако се предмет набавке не може довољно прецизно и разумљиво описати, али се без изузетка морају означити са додатком "или еквивалент". Непознавање предмета набавке не ослобађа уговорни орган обавезе за дефинисање предмета набавке на стварно конкурентској основи.

Разматрајући предметни жалбени навод, овај орган увидом у ожалбено Рјешење о дјелимичном усвајању жалбе број: 11642/22 од 13.06.2022, утврдио да је уговорни орган одбио као неоснован трећи жалбени навод из жалбе жалиоца број: NXN-285/22/Ж од 08.06.2022. године, међутим при одлучивању о жалбеном наводу уговорни орган није образложио своје поступање због чега за захтјеве из ставки 1,3 и 4, односно 2 и 5 Обрасцу за цијену понуде - Анекс 3, није дао могућност нуђења еквивалента у складу са чланом 54. став (9), већ пушално наводи да тражена роба представља оригиналне резервне дијелове који ће се уграђивати у постојећа електроенергетска постројења, да

набавка замјенских дијелова односно еквивалената за наведену робу би изискивала промјене у самим електроенергетским постројењима у смислу реконструкције тих постројења као и у пројектној и другој техничкој документацији којом су обрађена наведена постројења и да обзиром да би горе наведено захтијевало додатна улагања да се израде све потребне промјене, уговорни орган сматра овај захтјев неприхватљивим.

На основу наведеног, овај орган утврђује да је жалбени навод **основан**, јер уговорни орган није поступио у складу са чланом 54. став (9) ЗЈН, односно није дао могућност нуђења еквивалента, а наведеном законском одредбом је прописано да се **без изузетка мора означити предмет набавке са додатком "или еквивалент" у случају да се предмет набавке не може довољно прецизно и разумљиво описати.**

У **трећем жалбеном наводу** жалилац наводи да је неправилан став Уговорног органа у коме уопште није одлучио о трошковима састава жалбе, ко, коме, у ком року и у ком износу има исте надокнадити, као и то што је побијано Рјешење сачињено уз битне повреде будући да се у диспозитиву само реченицом констатује да се трошкови накнаде састава жалбе усвајају, а да се у образложењу ниједном ријечју не помињу - то је диспозитив у супротности са образложењем, што представља битну повреду поступка.

Разматрајући предметни жалбени навод, овај орган је увидом у ожалбено Рјешење о дјелимичном усвајању жалбе број: 11642/22 од 13.06.2022. године утврдио да уговорни орган у члану 1. диспозитива навео „Усвајају се и трошкови жалбеног поступка“, као и да је у образложењу рјешења уговорни орган није уопште навео захтјев жалиоца за трошковима жалбеног поступка нити је исте образлагао.

С тим у вези, овај орган је увидом у жалбу жалитеља број: NXN-285/22/Ж од 08.06.2022. године изјављену на Тендерску документацију по пуномоћнику Борису Мандићу, адвокату из Источног Сарајева, утврдио да је жалилац тражио накнаду трошкова за састав жалбе по пуномоћнику/адвокату у износу од 658,12 КМ.

Овај орган истиче да је чланом 117. Закона о јавним набавкама прописана супсидијарна примјена Закона о управном поступку на све што није регулисано Законом о јавним набавкама.

Надаље, чланом 199. став (1) и (3) Закона о управном поступку је прописано да:

(1) Диспозитивом се рјешава о предмету поступка у цијелости **и о свим захтјевима странака** о којима у току поступка није посебно ријешено.

(3) Диспозитивом се може ријешити и о трошковима поступка, ако их је било, **одређујући њихов износ, ко их је дужан платити, коме и у ком року**. Ако се диспозитивом не рјешава о трошковима, навест ће се да ће се о њима донијети посебан закључак.

Чланом 105. став (2) Закона о управном поступку прописано је да кад у поступку учествује двије или више странака са супротним интересима, странка која је изазвала поступак, а на чију је штету поступак окончан, дужна је противној странци надокнадити оправдане трошкове који су тој странци настали учествовањем у поступку.

Имајући у виду утврђено чињенично стање да је уговорни орган донио Рјешење којим је усвојио жалбу жалиоца изјављену на тендерску документацију, овај орган истиче да је уговорни орган био дужан диспозитивом Рјешења одлучити и о постављеном захтјеву жалитеља за накнаду трошкова за састав жалбе по пуномоћнику/адвокату одређујући њихов износ, ко их је дужан платити, коме и у ком року.

На основу наведеног за овај орган је неспорно, да је уговорни орган поступио супротно члану 199. став (1) и (3) ЗУП-а, те се утврђује да навод жалиоца **основан.**

Жалилац предметном жалбом захтијева накнаду трошкова за састав жалбе од 08.06.2022. године изјављене на тендерску документацију по пуномоћнику/адвокату Борису Мандићу из Источног Сарајева у износу од 658,12 КМ, као и накнаду трошкова за састав предметне жалбе од 17.06.2022. године, изјављене такође по пуномоћнику/адвокату Борису Мандићу из Источног Сарајева у износу од 658,12 КМ.

С обзиром да је уговорни орган Рјешењем о дјелимичном усвајању жалбе број: 11642/22 од 13.06.2022. године усвојио жалбу жалиоца од 08.06.2022. године, те да је овај орган усвојио предметну жалбу жалиоца од 17.06.2022. године, овај орган у складу са чланом 105. став (2) ЗУП-а, примјеном тарифног броја 3. Тарифе о наградама и накнади трошкова за рад адвоката у РС (Службени гласник РС број 68/05) усваја захтјев жалиоца за накнаду трошкова за састав жалбе од 08.06.2022. године по адвокату у износу од 450,00 КМ, паушал 25% у складу с тарифним бројем 12. АТРС у износу од 112,50 КМ, ПДВ 17% у износу од 95,63 КМ, што укупно износи 658,12 КМ, као и захтјев жалиоца за накнаду трошкова за састав предметне жалбе од 17.06.2022. године по адвокату у износу од 450,00 КМ, паушал 25% у складу с тарифним бројем 12. АТРС у износу од 112,50 КМ, ПДВ 17% у износу од 95,63 КМ што укупно износи 658,12 КМ, те обавезује уговорни орган да жалиоцу исплати трошкове за састав жалби у укупном износу од 1.316,24 КМ.

Овај орган одлучио је о висини трошкова, примјењујући тарифни број 3. Тарифе о наградама и накнади трошкова за рад адвоката у РС, који прописује накнаду у непроцјењивим предметима, састав жалбе у управном поступку, 150 бодова увећано за 50% за састав правног лијека и паушал у складу с тарифним бројем 12. АТРС. Овај орган одлучио је о висини трошкова у складу са ставом Суда БиХ изнесеним у Пресуди број С1 3 У 023495 16 У од 16.3.2018. године, а потврђеним у Пресуди апелационог управног вијећа Суда БиХ број С1 3 У 023495 18 Увп.

Повратуплаћених средстава на име накнаде жалбеног поступка у износу од 800,00 КМ извршит ће се на основу посебног рјешења овог органа, а у складу са чланом 108. став (7) Закона о јавним набавкама и чланом 4. Инструкције о начину уплате,

контроле и повратa накнада прописаних чланом 108. Закона о јавним набавкама ("Службени гласник БиХ" број: 86/14).

На основу напријед наведеног, одлучено је као у диспозитиву, у складу са чланом 111. став (1) тачка д) 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
мр. сци. Амар Хаџиомеровић

Доставити:
- Nexen д.о.о. Бања Лука, заступан по пуномоћнику Борису Мандићу, адвокату из Источног Сарајева
- Рудници мрког угља „Бановићи" д.д. Бановићи
- Евиденција
- а/а