13 -12- 2022

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: ЈН2-02-07-1-3033-7/22
Бања Лука, 01.12.2022.године

Канцеларија за разматрање жалби, Филијала Бања Лука, рјешавајући по жалби понуђача, Елкер а.д. Љубија, бр 03-25-10/22 од 25.10.2022.године, изјављене на Обавјештење о додјели уговора, бр. 741-4-1-99-5-237/22 од 24.10.2022.године уговорног органа, МХ ЕРС МП а.д. Требиње ЗП Електрокрајина а.д. Бања Лука, у поступку јавне набавке „ситног спојног, овјесног, изолационог и осталог материјала за потребе дистрибутивног предузећа“, на основу члана 103. став (1.) члана 111. став (1) тачка д.) и става (.2.) тачка а.) Закона о јавним набавкама ("Сл.гласник БиХ", број:39/14 и 59/22) 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 01.12.2022.године, донесено је:

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. **Жалба** понуђача, Елкер а.д. Љунија, бр. 03-25-10/22 од 25.10.2022.године, изјављене на Обавјештење о додјели уговора, бр. 741-4-1-99-5-237/22 од 24.10.2022.године уговорног органа, МХ ЕРС МП а.д. Требиње ЗП Електрокрајина а.д. Бања Лука , **с е у с в а ј а.**
2. **Поништава се Обавјештење о додјели уговора** бр. 741-4-1-99-5-237/22 од 24.10.2022.године, у цијелости и све радње проистекле из истог.
3. **Усваја се** захтјев жалиоца за поврат накнаде трошкова покретања жалбеног поступка у износу од 800,00 КМ.

О Б Р А З Л О Ж Е Њ Е

Уговорни орган, МХ ЕРС МП а.д. Требиње ЗП Електрокрајина а.д.Бања Лука (у даљем тексту Уговорни орган) је на својој веб страници објавила преговарачки поступак без објаве обавјештења о набавци под бројем -- од --.г. „ситног спојног, овјесног, изолационог и осталог материјала за потребе дистрибутивног предузећа“, према тендерској документацији, доноси оспорени акт на који жалилац улаже жалбу.

У жалби жалиоца се истиче:

Подносилац жалбе у складу са чланом 99. Закона о јавним набавкама, изјављује жалбу на Обавјештење о додјели уговора број 741-4-1-99-5-237/22 од 24.10.2022. године, Уговорног органа Мјешовити Холдинг „ЕРС" - МП а.д. Требиње ЗП „Електрокрајина" а.д. Бања Лука под бројем у предмету набавке "Набавка ситног спојног, овјесног , изолационог и осталог материјала за потребе електродистрибутивног предузећа".

Жалилац подноси жалбу због погрешне примјене Закона о јавним набавкама и правила поступка, а заснива је на жалбеним наводима како слиједи:

УО је дана 25.10.2022.године на Порталу јавних набавки својој, објавио Обавјештење о додјели уговора број 741-4-1-99-5-237/22 од 24.10.2022. године према којем је спроведен Преговарачки поступак без објаве обавјештења за набавку ситног спојног, овјесног, изолационог и осталог материјала за потребе електродистрибутивног предузећа.

Међутим, као по устаљеном обичају УО КРШИ ОДРЕДБЕ ЧЛАНА 21, ЧЛАНА 22 И ЧЛАНА 28 ЗАКОНА О ЈАВНИМ НАБАВКАМА.

Чланом 28. Став 4, став 5 и став 6 Закона о јавним набавкама БиХ јасно је дефинисан поступак објаве и спровођења преговарачког поступка без објаве обавјештење те је у истом наведено:

(4) Уговорни орган објављује на својој веб-страници информације о преговарачком поступку без објављивања обавјештења о набавци који намјерава да спроводи, на начин да тендерску документацију учини доступном за све заинтересоване кандидате/понуђаче.

(5) Квалификовани кандидати се позивају да доставе почетне понуде. Достављање почетних понуда је основ за преговарање. Уговорни орган дужан је да води записнике о поступку преговора са сваким понуђачем које ће потписати обје стране након окончаних преговора. Коначну понуду могу доставити само један или више позваних понуђача. Уговорни орган бира понуду према критеријумима за додјелу уговора утврђеним у тендерској документацији.

(6) У случају да су позвани два или више понуђача да доставе коначне понуде, уговорни орган дужан је да обави јавно отварање коначних понуда.

Дакле, чланом 28 став 4. ЗЈН БиХ Законодавац је обавезао УО да на својој веб страници информацију о преговарачком поступку без објаве објављештења који намјерава да спроведе

те да Тендерску докуметацију мора да учини доступном за све заинтересоване цандидате/понуђаче.

Међутим, УО није поступио у складу са чланом 28 став 4. ЗЈН БиХ и није на својој веб страници објавио информацију о преговарачком поступку без објаве обавјештења који намјерава спровести.

ДОКАЗ 1: ПРИНТ СКРЕЕН WEБ ПОРТАЛА УО

УО у самом Обавјештењу о додјели Уговора под ставком 5. Потврђује да није објављено претходно информационо обавјештење.

УО је за претходне незаконите преговарачке поступке које је спроводио објављивао и Одлуку о избору најповољнијег понуђача, али овај пут је чак и то изоставио надајући се да ће овај незаконито објављен и спроведен поступак проћи без жалбеног поступка и оспоравања законитости истог.

Даље, у самом Обавјештењу о додјели уговора се уопште не позива нити на један члан закона на основу којег је спроведен доказано незаконит преговарачки поступак.

У прилог томе да УО није законито спровео Преговарачки поступак без објаве обавјештења јер не постоје разлози крајње хитности дефинисане чланом 21 тачка д) ЗЈН БиХ жалилац истиче пресуду СУДА БиХ број СИ 3 У 32111 19 У, пресуду СУДА БиХ број СИ 3 У 031982 19 У и пресуду СУДА БиХ број СИ 3 У 031639 19 У, пресуду СУДА БиХ број СИ 3 У 031895 19 У, пресуду СУДА БиХ број СИ 3 У 031215 19 У, пресуду СУДА БиХ број СИ 3 У 031078 18 У, којима су одбијене тужбе тадашњег тужиоца МХ"ЕРС"МП а.д ТРЕБИЊЕ ЗП"ЕЛЕКТРОКРАЈИНА" а.д. Бања Лука поднесене против Рјешења Канцеларије за разматрање жалби која је поништила Преговарачке поступке без објаве обавјештења расписане од стране тужиоца јер није у Одлуци о покретању поступка навео и детаљно образложио који су то разлози крајње хитности који су били непредвидљиви за тадашњег тужиоца а све у складу са чланом 21 тачка д) ЗЈН БиХ.

Чланом 21. и 22. Закона о јавним набавкама БиХ прописани су услови за примјену преговарачког поступка без објављивања обавјештења за набавку робе, а уговорни орган није у предметном поступку доказао да су испуњени неки од услова дефинисаних Законом за примјену наведеног поступка јавне набавке.

Закон о јавним набавкама прописује и санкције за закључене уговоре ако је исти закључен након незаконите примјене преговарачког поступка без објављивања обавјештења (чл. 111. став 2. под а.) Закона о јавним набавкама).

Чланом 116. став 2. Закона о јавним набавкама дефинисана је прекршајна санкција уговорном органу који набави робу, радове или услуге без спровођења поступка јавне набавке прописаних ЗЈН, осим у случајевима када то закон допушта.

Значи, Уговорни орган се на незаконит начин опредијелио за избор Преговарачког поступка без објаве обавјештења, упркос томе што нису испуњени законски услови за примјену истог.

Да је у питању објава нетранспарентног поступка који не само да није објављен у складу са Законом о јавним набавкама већ и представља кршење члана 3 Закона о јавним набавкама доказује и то да УО није на свом веб сајту обавио информацију о намјери спровођења преговарачког поступка а коју је био дужан обавити на основу члана 28 став 4 ЗЈН БиХ, те није ТД учинио доступним за све заинтересоване понуђаче.

Сходно напред наведеном, доказано је да УО није поступио у складу са чланом 28 став 4 ЗЈН БиХ а јер није жалиоцу пружио законску могућност на учествовање у предметном преговарачком поступку, а такође исти није поступио у складу са чланом 21 под д) јер није јасно образложио који су то разлози крајње хитности због којег објављује предметни преговарачки поступак.

Стога, жалилац захтјева да Уговорни орган Мјешовити Холдинг „ЕРС" - МП а.д. Требиње ЗП „Електрокрајина" а.д. Бања Лука усвоји предметну жалбу жалиоца у цјелости као основану и поништи оспоравано Обавјештење о додјели уговора број 741-4-1-99-5-237/22 од 24.10.2022. године, одлуку, закључени уговор те цјелокупни преговарачки поступак без објављивања обавјештења јер исти није у складу са ЗЈН БиХ.

Уколико Уговорни орган не усвоји ову жалбу, жалилац захтјева да исту у року од 5 дана прослиједи другостепеном органу - Канцеларија за разматрање жалби Филијала Бања Лука те жалилац предлаже да Канцеларија за разматрање жалби Филијала Бања Лука, исту у цјелости усвоји као основану и поништи оспоравано Обавјештење о додјели уговора број 741-4-1-99-5-237/22 од 24.10.2022. године, одлуку, закључени уговор и цјелокупни преговарачки поступак без објаве обавјештења јер исти није у складу са Законом о јавним набавкама.

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

На изнешену жалбу , Уговорни орган је доставио изјашњење по истој са комплетном документацијом заведено под бројем 15576/22-ДД од 01.11.2022. године, а запримљена код овога органа и заведена под бр. ЈН2-02-07-1-3033/22 од 02.11.2022.године.

У Изјашњењу се истиче

Дана 27.10.2022. године овај уговорни орган је запримио жалбу број 03-25-10/22 од 25.10.2022. године привредног друштва "Елкер"а.д. Љубија (у даљем тексту: Жалилац), изјављену на Обавјештење о додјели уговора број 741-4-1-99-5-237/22 од 24.10.2022. године.

Жалилац подноси жалбу због наводне погрешне примјене материјалног права и повреде правила поступка, те предлаже Уговорном органу, односно Канцеларији за разматрање жалби да исту усвоји, поништи оспораван обавјештење, одлуку, закључени уговор, те цјелокупан преговарачки поступак без објављивања обавјештења.

По запримању жалбе, УО је у складу са чланом 100. Закона о јавним набавкама утврдио даје жалба Жалиоца изјављена на Обавјештење о додјели уговора број 741-4-1-99-5-237/22 од

24.10.2022. године, у поступку јавне набавке „додатна испорука ситног спојног, овјесног, изолационог и осталог материјала, благовремена, допуштена и да је изјављена од овлаштеног лица.

Жалба је неоснована.

Уговорни орган је размотрио жалбу и документацију списа предметне набавке, те утврдио да су приликом спровођења поступка набавке правилно примјењени материјални прописи, а наводи Жалиоца неосновани.

Уговорни орган захтјева да се, прије мериторног одлучивања, жалба одбаци због недостатка активне легитимације Жалиоца. Имајући у виду чињеницу да жалбу може изјавити само привредни субјект који има интерес за додјелу уговора у конкретном поступку јавне набавке, Жалилац је био обавезан да већ путем жалбе достави одговарајуће доказе о постојању интереса за додјелу предметног уговора и да учини вјероватним да му је проузрокована или могла бити проузрокована штета због поступања УО које се у жалби истиче као повреда мјеродавних прописа.

Због наведеног (неиспуњеност кумулативних услова предвиђених ЗЈН за изјављивање жалбе) Жалилац није активно легитимисан за изјављивање жалбе у овом поступку јавне набавке. нити је испунио услове тражене чланом 97. ЗЈН, јер, дакле, није доказао интерес за додјелу уговора о јавној набавци, нити је учинио вјероватним да је била или даје могла бити у конкретном поступку набавке проузрокована штета због поступања УО које се у жалби наводи као повреда ЗЈН од стране УО. О питању активне легитимације у упоредивим ситуацијама, надлежни орган се већ изјашњавао, и жалбе у којима није доказан правни интерес одбацивао, па тако и Рјешењем бр. ЈН2-01-07-1-1585-10/20 од 23.7.2020. године, те би евентуално друкчија одлука у овом поступку представљала неједнак третман учесника правне заштите, произвољну примјену материјалног права, а каквим поступањем би орган управе изазвао правну несигурност у домену своје надлежности.

Опреза ради, у наставку дајемо одговор на жалбене наводе како слиједи.

Уговорни орган је спровео отворени поступак јавне набавке испоруке ситног спојног, овјесног, изолационог и осталог материјала, те је на основу проведеног отвореног поступка јавне набавке са добављачем Елиос д.о.о. Бања Лука закључио оквирни споразум број: 67-11/21-Н, број протокола: 21528/21 од 16.6.2022. године у процијењеној вриједности од 790.000,00 КМ. Оквирни споразумје врло брзо реализован, јер се у љетњем периоду ова врста електроматеријала највише троши и уграђује на електродистрибутовну мрежу овог уговорног органа који обавља дјелатност дистрибуције електричпне енергије. Због више захтјева од стране теренских јединица, УО је спровео преговарачки поступак без објављивања обавјештења додатна испорука ситног спојпог, овјесног, изолациоиог и осталог материјала (JPJH 31682000-0 материјал за електричну струју) од добављача са којим је закључен основни уговор/оквирни споразум. Електроматеријал који је претходно набављен оцијењен је од стране УО као квалитетан и са захтјеваним техничким карактеристикама, тако да је било оправдано и у интересу УО да се додатна испорука електроматеријала изврши од истог добављача. Овај добављач је био способан да робу

испоручи за један дан, како је захтјевано у ТД, што је посебно погодовало Уговорном органу јер су залихе робе из претходног уговора већ биле потрошене. Са добављачем је закључен Уговор број ПП 06-11/22-Н, број протокола 15576/22 од 11.10.2022. године у вриједности од 78.750,00 КМ што је око 10% вриједности основног уговора.

Правни основ за спровођење преговарачког поступка без објаве обавјештења су одредбе члана 22. став 1. тачка б) Закона о јавним набавкама БиХ:

„за додатне испоруке од добављача из основног уговора: које су намијењени или као дјелимична замјена редовних испорука или уградње, или као проширење постојећих испорука или уградње, ако би промјена добављача обавезала уговорни орган да набави робу која има другачије техничке карактеристике, што би резултирало нескладом u несразмјером, и довело до значајних техничких потешкоћа у функционисању u одржавању, под условом да вријеме трајања основног уговора као u уговора који се понављају не смију бити дужи од једпе годипе и не може прећи 10% од врпједности основног уговора.

Имајући у виду да је поступак спроведен за додатне испоруке од добављача из основног уговора. УО није на својој интернет страници објавио информацију о преговарачком поступку без објаве обавјештења о набавци већ је позив упутио само добављачу из основног уговора са намјером да са њим закључи уговор. У случају додјеле уговора у складу са чланом 22. став 1. тачка б) Закона, када се он додјељује познатом добављачу са којим је закључен основни уговор, објављивање информације о преговарачком поступку без објаве обавјештења на интернет страници уговорног органа губи смисао, јер други понуђачи свакако не могу учествовати у предметном поступку. Имајући у виду претходно наведено, жалбени навод је неоснован.

Што се тиче наводне неправилности коју је начинио УО у Обавјештењу о додјели уговора, јер се није позвао на члан закона на основу којег је спроведен поступак јавне небавке, овај жалбени навод је такође неоснован.

Прије свега, УО је објавио све податке који су предвиђени у обрасцу обавјештења, тако да се на страни 5. Обавјештења позвао на члан 22. став (1) тачка б) ЗЈН. Међутим, невезано за жалбени навод који је неоснован, из самог назова „додатна испорука..“ може се закључити који правни основ је у питању, тако да је и Жалиоц могао да закључи да није могао да учествује у овом поступку набавке, а што још једном потврђује да Жалилац нема активну легитимацију.

Уговорни орган у складу са чланом 100. став (5) Закона о јавним набавкама БиХ, у законском року, релевантну документацију везану за поступак против којег је жалба изјављена и изјашњење на жалбене наводе прослеђује Канцеларији за разматрање жалби БиХ, Филијала Бања Лука, те предлаже КРЖ-у да жалбу одбије као неосновану.

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 по службеној дужности, установио да наводи жалбе у дијелу који се односи на повреду материјалног и процесног права , су тачни .

Како су сви жалбени наводи у наведеној жалби усмјерени на процедуралне грешке о врсти поступка, те повреде одредаба ЗЈН-а, овај орган је на основу истих, те изјашњења уговорног органа констатовао да је у конкретном поступку дошло до апсолутно битне повреде поступка јавне набавке према члану 103. став (1.) тачка а.) те да се није могао примјенити члан 22. тачка б.) ЗЈН-а („Сл.гласник БиХ“бр. 39/14).

„Члан 22.

(Посебни услови за примјену преговарачког поступка без објаве обавјештења за набавку робе)

Уговор о јавној набавци робе може се закључити у преговарачком поступку без објаве обавјештења у сљедећим случајевима:

а) када је роба која се набавља произведена искључиво за сврхе: истраживања, експерименти-сања, проучавања или развоја, ова одредба не односи се на серијску производњу, с циљем остварења зараде или надокнаде трошкова истраживања и развоја;

б) за додатне испоруке од добављача из основног уговора, које су намијењене или као дјелимична замјена редовних испорука или уградње или као проширење постојећих испорука или уградње, уколико би промјена добављача обавезала уговорни орган да набави робу која има другачије техничке карактеристике, што би резултирало нескладом и несразмјером и изазвало значајне техничке тешкоће у функционисању и одржавању, под условом да вријеме трајања основног уговора као и уговора који се понављају не смије бити дуже од једне године и не може прећи 10% од вриједности основног уговора;

ц) за робу која се продаје и купује на берзовном тржишту;

д) за робу под изузетно повољним условима када се набавља или од привредног субјекта који је у поступку ликвидације својих пословних активности или од стечајног повјериоца или стечајног управника у поступку стечаја, или од повјериоца по основу пословног аранжмана или у сличним поступцима“, овај орган је мишљења да би се овај члан могао примјенити, уговорни орган је морао:

- потврдити да је извршена сва испорука робе из основног уговора,

-доказати да набавка робе другог добављача резултира нескладом и несразмјером, те изазива значајне техничке тешкоће у функционисању и одржавању,

-доказати да је основним уговором испоручена роба, (ако је испоручена) недовољна за функционисање и одржавање система.

У конкретном случају, овај орган констатује , на основу изјашњења уговорног органа, да основни уговор не прелази временски рок дужи од једне године , те да није већа вриједност од 10% основног уговора, што би се могло рећи да је исправно али не и довољно из разлога што цитирани члан тражи кумулативно извршење свих услова који су постављени како би се исти члан могао примјенити.

Свако друго поступање уговорног органа па и конкретно чини повреду поступка јавне набавке те чини основаним жалбене наводе а где овај орган мора поступати по службеној дужности из члана 103 ЗЈН-а који каже: „(Битне повреде закона)

(1) У поступцима јавне набавке апсолутно битне повреде закона су оне повреде о којима КРЖ води рачуна по службеној дужности, и које могу довести до поништења поступка у потпуности или дјелимично, и то:

а) неусклађеност тендерске документације са овим законом или подзаконским актима, која је довела до немогућности утврђивања основаности жалбених навода или која је довела до нарушавања основних принципа овог закона, односно незаконите додјеле уговора..."

Уговорни орган у свом изјашњењу истиче пасивну легитимацију жалиоца те да исти није ни могао уложити по том основу жалбу. Према Члану 97. ЗЈН-а

(Активна легитимација)

„Жалбу може поднијети сваки привредни субјекат који има или је имао интерес за додјелу уговора о јавној набавци и који учини вјероватним да је била или је могла да буде у конкретном поступку јавне набавке проузрокована штета због поступања уговорног органа, а које се у жалби наводи као повреда овог закона и подзаконских аката од стране уговорног органа у поступку јавне набавке", овај орган сматра да жалилац има активну легитимацију из разлога што показује интерес о јавној набавци, те што постоји више судских пресуда које заузимају овакав став по овом питању.

Овај орган је, у погледу оспореног акта, дао одређене смјернице у дијелу где су направљени пропусти како би исте исправио и наредне поступке водио у складу са законским одредбама.

Повратуплаћених средстава у износу од 800,00 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

Томислав Ћужић

Достављено:

- Уговорном органу

- жалиоцу

-а/а-евиденција

Бања Лука, Јована Дучића бр. 23/1;тел. 051/211-130;факс.051/211-137