



BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANJE ŽALBI
Filijala/Podružnica Mostar

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ
Филијала Мостар

Broj: JN2-03-07-1-234-7/24

Mostar, 16.02.2024. godine

Ured za razmatranje žalbi BiH, Podružnica Mostar, rješavajući po žalbi ponuditelja INK CONSTRUCTOR d.o.o. Banja Luka, zastupan po punomoćniku Draženu Vidakoviću, odvjetniku iz Banja Luke broj 04-1501-2/24 od 15.01.2024. godine izjavljene na Odluku o izboru najpovoljnijeg ponuditelja broj 30-119-16/23 od 01.01.2024. godine za predmet nabave: *Novelacija Uređenja korita rijeke Željeznice od mosta Spasa u Butmiru do entitetske linije u Vojkovićima na području Regulacionog plana Nova Ilidža III*, ugovornog tijela AGENCIJA ZA VODNO PODRUČJE RIJEKE SAVE SARAJEVO, na temelju članka 93. stavak (8), 104. i članka 111. stavak (1) točka d) Zakona o javnim nabavama ("Službeni glasnik BiH" broj: 39/14, 59/22) i članka 230. stavak (2) Zakona o upravnom postupku ("Službeni glasnik BiH" br. 29/02; 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 i 53/16), na sjednici ad hoc Vijeća IVb održanoj 16.02.2024. godine, donosi

RJEŠENJE

1. Žalba se usvaja.
2. Poništava se Odluka o izboru najpovoljnijeg ponuditelja broj 30-119-16/23 od 01.01.2024. godine, te se predmet vraća ugovornom tijelu na ponovno odlučivanje.
3. Usvaja se zahtjev žalitelja za naknadu troškova sastava žalbe izjavljene po punomoćniku Draženu Vidakoviću, odvjetniku iz Banja Luke u iznosu od 562,50 KM, koje je ugovorno tijelo dužno nadoknaditi žalitelju, zastupanom po punomoćniku Draženu Vidakoviću, odvjetniku iz Banja Luke u roku od 8 dana od dana prijema ovog Rješenja.
4. Usvaja se zahtjev žalitelja za naknadu troškova uplaćene administrativne takse u iznosu od 20,00 KM. koje će ugovorni organ isplatiti žalitelju u roku od 8 dana od dana prijema ovog Rješenja.
5. O povratu sredstava uplaćenih na ime naknade za pokretanje žalbenog postupka ovo tijelo će donijeti posebno rješenje.

Obrazloženje

AGENCIJA ZA VODNO PODRUČJE RIJEKE SAVE SARAJEVO, (u daljem tekstu: Ugovorno tijelo), je pokrenulo Otvoreni postupak za predmet nabave: – *Novelacija Uređenja korita rijeke Željeznice od mosta Spasa u Butmiru do entitetske linije u Vojkovićima na području Regulacionog plana Nova Ilidža III* za koju je obavijest o nabavi objavljena na Portalu javnih nabava broj: 1132-1-2-161-3-136/23 od 04.12.2023. godine. Žalitelj je izjavio žalbu ugovornom tijelu na Odluku o izboru najpovoljnijeg ponuditelja broj 30-119-16/23 od 01.01.2024. godine koja je kod od ovog tijela je zaprimljena dana 24.01.2024. godine, a uplata naknade za pokretanje žalbenog postupka, izvršena je dana 26.01.2024. godine.

Žalitelj u žalbi navodi:

Ožalbenom Odlukom ugovorni organ je odbacio ponudu žalioca jer žalilac navodno nije „ispunio uslove iz tenderske dokumentacije“ kako je to navedeno u ožalbenoj odluci. Naime, ugovorni organ navodi da žalilac u svojoj ponudi nije naznačio da li ima ili nema namjeru podugovaranja kako je traženo Aneksom XII tenderske dokumentacije. Takođe, ugovorni organ navodi da je u tenderskoj dokumentaciji u tački 5.6. jasno naznačeno da je ponuđač dužan da, u ponudi dostavi izjašnjenje/izjavu koja je data kao Aneks i da li namjerava dio ugovora podugovaranjem prenijeti na treće lice. Ugovorni organ izuzetno usko tumači odredbe člana 5.6. vlastite tenderske dokumentacije, ne uzevši u obzir odredbe u cijelini. Naime, tačkom 5.6. je propisano:

„Ponuđač je dužan da, u ponudi, dostavi izjašnjenje/izjavu koja je data kao Aneks XIII danu namjerava duo ugovora podugovaranjem prenijeti na treće strane.

AKO se ponuđač izjasni da namjerava duo ugovora podugovaranjem prenijeti na treće strane, ugovorni organ će u ugovor o javnoj nabavci unijeti tu odredbu kao osnov za zaključivanje podugovora između izabranog ponuđača u podugovarača.“

Kao što je vidljivo iz same odredbe tenderske dokumentacije, ključan momenat ovog zahtjeva jeste namjera podugovaranja kao osnova za unošenje takve odredbe u sam ugovor o javnoj nabavci kao osnov za zaključivanje podugovora između izabranog ponuđača i podugovarača.

Ova odredba tenderske dokumentacije je u cjelini usklađena sa odredbom člana 73. stav (2) Zakona o javnim nabavkama, gdje je suštinski bitna namjera podugovaranja kao osnov za unošenje takve odredbe u sam ugovor.

Žalilac je u okviru svoje ponude dostavio Izjavu o podugovaranju (potpisanu i opečaćenu) ali istom nije potvrdio svoju namjeru podugovaranja u smislu člana 73. stav (2) Zakona o javnim nabavkama i člana 5.6. tenderske dokumentacije. Samim tim, žalilac je ispunio zahtjev iz tenderske dokumentacije (dostavljanje izjave) ali nije izričito potvrdio namjeru podugovaranja što znači da žalilac neće moći podugovarati navedeni ugovor jer nije iskazao jasnu namjeru podugovaranja.

Samim tim, posljedica ovakvog postupanja žalitelja nikako ne može biti odbacivanje ponude nego samo neunošenje odredbe o podugovaranju u sam ugovor o javnoj nabavci u slučaju da žalitelj bude izabran kao najpovoljniji ponuđač.

Na ovakav zaključak upućuje i presuda Suda BiH broj: SI 3 U 041217 21 U od 01.08.2023. godine u kojoj se navodi to nedostavljanje navedenih priloga od strane tužitelja, obzirom da nema namjeru podugovaranja u istupa samostalno, ne čini njegovu ponudu neprihvatljivom.

Dakle, Sud je ovom presudom zauzeo još blaži stav u pogledu situacije koja se tiče namjere podugovaranja. Naime, iako je u konkretnom slučaju dostavljanje izjave kao dokumenta bilo obavezno prema tenderskoj dokumentaciji, Sud BiH je u konkretnom slučaju zauzeo stav da se uzima da samim tim što ponuđač nije dostavio izjavu on nema namjeru podugovaranja, te takvo postupanje ponuđača ne čini njegovu ponudu neprihvatljivom.

Prema tome, to što je žalitelj propustio da zaokruži riječ „nema“ u spornoj izjavi ne čini njegovu ponudu neprihvatljivom, nego se radi samo o manjem formalnom nedostatku. Postupak javne nabavke jeste formalan postupak i zahtjevi iz tenderske dokumentacije moraju biti u potpunosti ispunjeni kako bi ponuda uopšte bila prihvatljiva, a sadržinski ponuda žalitelja jeste bila potpuna, dostavljeni su svi traženi dokazi i isti sadrži sve potrebe sadržinske elemente (potpis, pečat, itd.), te je ista bila u skladu sa tenderskom dokumentacijom. Propisana forma nije sama sebi svrha, tj. cilj forme nije da pređe u formalizam, nego je svrha forme da služi sadržaju, kako bi se ostvarila zakonska ovlaštenja iz materijalno-pravnog propisa, u konkretnom slučaju unošenje u ugovor odredbe u podugovoru kao osnovu za podugovaranje (član 73. stav (3) ZJN). Samim tim, navedena forma služi sadržaju, tj. zaštiti istog.

Takođe, odredbom člana 3. Zakona su propisani opšti principi Zakona o javnom nabavkama, između ostalih, i da je cilj Zakona najefikasnije korištenja javnih sredstava u vezi sa predmetom nabavke i njegovom svrhom. Svrha postupka, dakle, nije da se ponude „eliminišu“ zbog pukog formalizma, kada su sadržajno u skladu sa odredbama istog Zakona, već, kako smo naveli, najefikasnije korištenje javnih sredstava. S toga, smatramo da nije zakonita odluka ugovornog organa u pogledu neprihvatanja žaliočeve ponude, naročito uzevši u obzir i da je ponuda žalitelja bila najpovoljnija u konkretnom postupku javne nabavke.

Na isti zaključak po pitanju manjih formalnih nedostataka koji ne utiču na prihvatljivost ponude, upućuju i presude Suda BiH broj: SI 3 U 033073 19 U od 07.05.2020. godine; broj: SI 3 U 033228 19 U od 11.01.2021. godine; broj: SI 3 U 033039 19 U od 07.01.2021. godine; te rješenja KRŽ-a broj: JN2-02-07-1-941-6/19 od 23.05.2019. godine; broj: JN2-02-07-1-1383-9/19 od 04.07.2019. godine i JN2-01-07-1-1235-10/19 od 12.06.2019. godine.

Imajući u vidu sve naprijed navedeno, podnosilac žalbe predlaže da:

- Ugovorni organ, u skladu sa članom 100. stav (1) Zakona utvrdi da je žalba blagovremena i dopuštena, izjavljena od ovlaštenog i aktivno legitimisanog lica,

- Ugovorni organ, u skladu sa članom 100. stav (3) Zakona utvrdi da je žalba osnovana, poništi Odluku o izboru najpovoljnijeg ponuđača broj: 30-1189-16/23 od 03.01.2024. godine, a sve u skladu sa Zakonom i naprijed iznesenim navodima,
- Donese novu zakonitu Odluku o izboru najpovoljnijeg ponuđača, a sve u skladu sa Zakonom i naprijed iznesenim navodima,
- Isplati troškove sastava žalbe no punomoćniku Draženu Vidakoviću u iznosu od 562,50 KM (u skladu sa AT 150 bodova, paušal 25%, sve uvećano za 50% na ime postupanja no pravnom lijeku), ili
- Proslijedi žalbu na odlučivanje Kancelariji za razmatranje žalbi u roku od pet dana od dana zaprimanja iste u skladu sa članom 100. stav (5) Zakona.

Kancelariju za razmatranje žalbi podnosilac žalbe poziva da razmotri ovdje navedene nezakonitosti, žalbu usvoji, poništi pobijanu Odluku o izboru najpovoljnijeg ponuđača, te vrati postupak ugovornom organu na ponovno postupanje. Takođe, podnosilac žalbe poziva Kancelariju za razmatranje žalbi da naloži ugovornom organu da isplati navedene troškove sastava žalbe i troškove administrativne takse za žalbu.

U slučaju da žalba bude prosljeđena Kancelariji za razmatranje žalbi, podnosilac žalbe će u skladu sa članom 108. stav (1) Zakona dostaviti potvrdu o uplaćenju naknadi za pokretanje žalbenog postupka, te ovim putem zahtjeva povrat sredstava, osim u slučaju neosnovanosti žalbe, a u skladu sa članom 108. stav (6) Zakona.

Što se tiče naknade troškova uplaćene administrativne takse za žalbu, napominjemo da u skladu sa članom 119. stav (5) Zakona o javnim nabavkama, stranka na čiju je štetu žalbeni postupak okončan dužna je suprotnoj stranci nadoknaditi jasno precizirane opravdane troškove koji su joj nastali učešćem u postupku. U ove troškove svakako spadaju i troškovi administrativne takse koje je žalilac dužan da uplati kako bi se o njegovoj žalbi uopšte i razmatralo, a sve u skladu sa Presudom upravnog apelacionog vijeća Suda BiH broj: SI 3 U 041528 23 Uvp od 21.09.2023. godine. Na kraju, iz same žalbe je jasno vidljiva nužnost zastupanja no težini učinjenih povreda, te su troškovi jasno i precizno iskazani u skladu sa važećom Tarifom o nagradama i naknadi troškova za rad advokata Advokatske komore Republike Srpske. Upravo je nezakonito postupanje Ugovornog organa u konkretnom slučaju, prouzrokovalo potrebu žalioca da, u cilju zaštite svojih prava, izjavi žalbu i da za zastupanje u ovoj pravnoj stvari ovlasti advokata sa posebnim stručnim znanjem iz oblasti javnih nabavki, kao stručno lice koje u skladu sa Zakonom o advokaturi i relevantnim podzakonskim propisima, pruža usluge pravne pomoći i zastupanje i za isto ima pravo na nagradu i naknadu troškova u skladu sa Tarifom o nagradama i naknadi troškova za rad advokata. Da je zastupanje od strane advokata bilo nužno i opravdano, proizilazi iz činjenice da žalilac, u okviru svoje registrovane djelatnosti, nije registrovan za pružanje pravnih usluga niti isti ima pravnu službu koja je stručno osposobljena za sastav žalbi u postupcima javnih nabavki, niti postoji i jedan zakon ili drugi propis koji je obavezuje da takvu službu/zaposlenog ima. Stoga zahtijevamo od KRŽ-a da uvaži i ove zahtjeve i obaveže ugovorni

organ da isplati jasno precizirane opravdane troškove sastava žalbe, a sve u skladu sa članom 119. stav (5) Zakona.

Ugovorno tijelo u svom izjašnjenju navodi:

Žalba je blagovremena, dopuštena i izjavljena od ovlaštenog lica. Žalba izjavljena od strane ponuđača INK Constructor d.o.o. Banja Luka je neosnovana.

Komisija je prilikom pregleda i ocjene ponude Žalioca uočila da isti nije označio da li ima ili nema namjeru da podugovara. Tačkom 5.6 je navedeno sljedeće:

„Ponuđač je dužan da, u ponudi, dostavi izjašnjenje/izjavu koja je data kao Aneks XIII da li namjerava dio ugovora podugovaranjem prenijeti na treće strane“. Nadalje, u navedenom aneksu predmetne TD (Izjava o podugovaraju) između ostalog je navedeno:

„Da ponuđač _____ ima/nema (označiti ispravno) namjeru da dio ugovora podugovaranjem prenese na treće strane.“

Dakle iz navedenog je jasno da je Žalilac imao obavezu da označi da li ima ili nema namjeru da podugovara. Napominjemo da u predmetnoj tenderskoj dokumentaciji nema odredbe koja bi tretirala neizjašnjavanje ponuđača o podugovaraju (npr. „Ukoliko ponuđač ne zaokruži ni jednu od ponuđenih opcija smatrat će se da nema namjeru izvršiti podugovaranje.“) Dakle ponuđači su bili obavezni da označe da li imaju namjeru da podugovaraju ili nemaju.

U članu 57. stav (1) Zakona o javnim nabavkama navedeno je da:

„U postupku javne nabavke kandidat/ponuđač pridržava se zahtjeva i uslova iz tenderske dokumentacije.“

U članu 73. stav (1) Zakona o javnim nabavkama stoji: *„Ugovorni organ ne može zabraniti podugovaranje, ali može tražiti od kandidata/ponuđača da se izjasni da li namjerava dio ugovora podugovaranjem prenijeti na treće strane.“*

Nadalje, u sljedećim odredbama istog člana, u zavisnosti od izjašnjenja ponuđača da li ima namjeru da podugovara, navedene su obaveze kako ponuđača tako i ugovornog organa. Npr. ukoliko se ponuđač izjasni da će podugovarati ima obavezu traži pismeno odobrenje od ugovornog organa, da saopšti elemente ugovora koji se podugovaraju i identitet podugovarača prije zaključenja podugovora. Ugovorni organ može da provjeri kvalifikaciju podugovarača u skladu s članom 44. ovog zakona, te da odbije podugovarača. Nadalje, nakon što ugovorni organ odobri podugovaranje, dobavljač kojem je dodijeljen ugovor dužan je prije početka realizacije podugovora dostaviti ugovornom organu podugovor zaključen s podugovaračem, kao osnov za neposredno plaćanje podugovaraču. Dakle, izuzetno je bitno da se ponuđači izjasne o namjeri podugovaranja u svojoj ponudi zbog implikacija na dalji tok postupka javne nabavke, sve u cilju uspješnog završetka postupka i izbjegavanja eventualnih komplikacija prilikom realizacije ugovora o javnoj nabavci koje se u praksi događaju. Ponovo napominjemo da je u skladu sa odredbama predmetne tenderske dokumentacije jedini način izjavljivanja namjere da se podugovara u aneksu predmetne TD (Izjava o podugovaraju) gdje su ponuđači bili obavezni da

označe jednu od dvije opcije (ima/nema). Ukoliko ponuđači ne označe jednu od dvije ponuđene opcije u Izjavi o podugovaranju Ugovorni organ nema načina da pretpostavi da li će Žalilac podugovarati ili ne.

Nadalje, Žalilac pogrešno navodi da time što je dostavio Izjavu o podugovaranju „potpisanu i opečaćenu“ ispunio zahtjev iz predmetne TD jer je jasno navedeno u samoj Izjavi da mora, pored dostavljanja izjave i označiti da li ima ili nema namjeru podugovarati. Žalilac također pogrešno tvrdi da je jedina implikacija toga što nije potvrdio namjeru podugovaranja ta što žalilac neće moći podugovarati jer na osnovu člana 73. stav (1) Zakona o javnim nabavkama ugovorni organ ne može zabraniti podugovaranje, a s obzirom da se nije izjasnio o podugovaranju (po priznanju samog Žalioca), a što je imao obavezu da učini, Komisija nije imala način da zaključi koja je namjera Žalioca povodom podugovaranja, te, posljedično Ugovorni organ nije mogao da predvidi da li da eventualno unese odredbu o podugovaranju u predmetni ugovor o javnoj nabavci ili ne.

Iako Ured za žalbe BiH i Sud BiH nemaju ujednačenu praksu u primjeni Zakona o javnim nabavkama, što stvara određenu pravnu nesigurnost u provedbi postupaka javnih nabavki, može se primijetiti da se vremenom iskristalizirala praksa povodom tretmana „manjih formalnih nedostataka“ kako ih naziva Žalioc. Naime, iako se insistira na strogom poštovanju forme, u određenim slučajevima dopuštaju se „manji formalni nedostaci“. Na primjer, ako je na nekim mjestima naveden pogrešan broj obavještenja o nabavci, a iz same ponude se jasno vidi na koju nabavku se ponuda odnosi, ili ako je ponuđač propustio da navede sadržaj ponude na za to određeno mjesto, a naveo je sadržaj na drugom mjestu, ili u slučaju presude Suda BiH broj S1 3 U 041217 21 U od 1.8.2023. godine na koju se Žalioc referira, gdje je tenderskom dokumentacijom zahtijevano da se Prilog 6 popunjava samo u slučaju namjere podugovaranja, a s obzirom da isti nema namjeru podugovaranja nije ni obavezan dostaviti navedeni prilog i sl. Dakle, „manji formalni nedostaci“ se odnose na one nedostatke gdje se iz konteksta ponude može zaključiti ispunjavanje forme propisane Zakonom, pripadajućim podzakonskim aktima i tenderskom dokumentacijom, što ovdje nije slučaj. Za razliku od navedene presude Suda BiH gdje se Izjava iz Priloga 6 popunjava samo u slučaju namjere podugovaranja, Izjava o podugovaranju iz predmetne tenderske dokumentacije se obilježava u oba slučaja, ako ponuđač ima namjeru da podugovara obavezan je da obilježi „ima“ odnosno ako ponuđač nema namjeru da podugovara obavezan je da obilježi „nema“.

Ponuđači nisu mogli iskazati namjeru podugovaranja na drugi način osim označavanjem namjere u Izjavi o podugovaranju, što je zahtijevano tačkom 5.6 i samom Izjavom. Također, Ugovorni organ nije mogao zaključiti o namjeri podugovaranja na drugi način osim ako to ponuđač navede u Izjavi o podugovaranju.

Nadalje, uvidom u ponude Žalioca u postupcima javnih nabavki koje je provodio ovaj Ugovorni organ tokom 2023. godine vidimo da je u njima Žalioc jasno naznačio da nema namjeru da podugovara (dokaz: ovjerene kopije Izjave o podugovaranju Žalioca iz postupaka broj: 1132-1-2-53-3-32/23 i 1132-1-2-42-3-23/23) što ukazuje na to da je Žaliocu bilo jasno na koji je način

potrebno da se izjasni o namjeri podugovaranja. Dalje, navedeno ukazuje na to da je Žalioc napravio propust prilikom pripreme ponude, te u skladu sa principom iz člana 3. Zakona o javnim nabavkama da se u postupku javne nabavke prema kandidatima/ponuđačima ponaša jednako i nediskriminirajuće Ugovorni organ nije imao drugog izbora nego da Žaliočevu ponudu ocijeni kao da nije prihvatljiva. Pored Žaliočeve ponude još dvije ponude nisu ocijenjene kao prihvatljive i svaki od tih ponuđača bi mogao da tvrdi da je napravio „manji formalni nedostatak” u ponudi. Pitanje je gdje se podvlači crta između neprihvatljive ili nepravilne ponude i manjih formalnih nedostataka. Kao što smo naprijed naveli smatramo da se „manji formalni nedostaci” odnose na one nedostatke gdje se iz konteksta ponude može zaključiti ispunjavanje forme propisane Zakonom o javnim nabavkama, pripadajućim podzakonskim aktima i odredbama tenderske dokumentacije, što ovdje nije slučaj. Ugovorni organ od Ureda za razmatranje žalbi BiH filijala Mostar traži da odbije žalbu Žalioca kao neosnovanu.

U skladu s člankom 94. stavak 3. Zakona o javnim nabavama Žalitelj je aktom broj JN2-03-07-1-234-4/24 od 25.01.2024. godine obaviješten o izjašnjenju Ugovornog tijela, te mu je omogućeno da se očituje o istom. Žalitelj se aktom od 10.01.2024. godine nije dodatno očitovao na izjašnjenje ugovornog tijela u kojem navodi:

Dana 05.01.2024. godine smo zaprimili vaše dopise (broj i datum veze), a kojim nas pozivate da u roku od tri dana od dana prijema zaključka dostavimo originalni dokaz o plaćenju naknade za pokretanje žalbenog postupka u iznosu od 500,00KM, shodno članu 108. Zakona o javnim nabavkama, te da u roku od osam dana od dana prijema zaključka dostavimo originalni dokaz o plaćenju administrativnoj taksi u skladu sa Tarifom administrativnih taksi („Službeni glasnik BiH”, broj: 16/02, 19/02, 43/04, 8/06 i 3/10), tarifni broj 105. tačka b.

Ističemo da u skladu sa članom 108. stav (6) Zakona o javnim nabavkama podnosilac žalbe zahtjeva povrat uplaćene naknade za pokretanje žalbenog postupka osim u slučaju neosnovane žalbe, a što je i ranije istaknuto u predmetnoj žalbi broj: 04-1501-2/24 od 15.01.2024. godine.

Takođe, u skladu sa članom 119. stav (5) Zakona zahtijevamo da ugovorni organ, pored troškova pravnog zastupanja, nadoknadi i opravdane troškove koji se tiču uplaćene administrativne takse za žalbu protiv odluka upravnih organa u postupku javnih nabavki u iznosu od 20,00KM, a u skladu sa članom 119. stav (5) Zakona o javnim nabavkama.

Podnosilac žalbe i dalje u cijelosti ostaje pri svojim navodima iz predmetne žalbe.

Opreza radi, žalilac ističe da navodi ugovornog organa iz izjašnjenja broj: 30-1189-19/23 od 18.01.2024. godine, još jednom potvrđuju da je žalba osnovana, te ćemo ovim dopisom ukazati samo na neke dijelove izjašnjenja.

Ugovorni organ u svom izjašnjenju navodi da „... a s obzirom da se nije izjasnio o podugovaranju (no priznanju samog Žalioca), a što je imao obavezu da čini, Komisija nije imala način da zaključi koja je namjera Žalioca povodom podugovaranja, te posljedično Ugovorni organ nije

mogao da predvidi da li da eventualno unese odredbu o podugovaranju u predmetni ugovor o javnoj nabavci ili ne.“.

Napominjemo da iz same odredbe člana 73. stav (1) i stav (2) Zakona o javnim nabavkama i tačke 5.6. tenderske dokumentacije, ključna je „namjera podugovaranja“, a dok „namjera nepodugovaranja“ nije, niti takav termin postoji u Zakonu i samoj tenderskoj dokumentaciji.

Dakle, da bi se unijela odredba o podugovaranju, ponuđač je dužan da iskaže jasnu namjeru podugovaranja u samoj ponudi, kako to zahtjeva Zakon i tenderska dokumentacija. Žalilac je dostavio uredno potpisanu i ovjerenu Izjavu o podugovaranju, ali nije se izjasnio da namjerava podugovarati, što je jedino bitno sa stanovišta člana 73. stav (2) Zakona, te nije trebalo da ostavlja nikakve dileme komisiji u pogledu njegove namjere podugovaranja jer je žalilac, nije iskazao. Samim tim, komisija je kao jedini pravilan zaključak mogla donijeti da žalilac nema namjeru podugovaranja (nije je iskazao), te samim tim odredba o podugovaranju ne bi se unosila u sam ugovor.

Ugovorni organ opet usko tumači član 73. stav (1) Zakona, tvrdeći da ne može zabraniti podugovaranja, jer ne uzima u obzir cijelu odredbu „... ali može tražiti od kandidata/ponuđača da se izjasni da li namjerava dio ugovora podugovaranjem prenijeti na treće strane“, te gubi iz vida stav (2) iste odredbe koja kaže šta je ugovorni organ dužan ako se kandidat/ponuđač izjasni da namjerava da dio ugovora podugovaranjem prenese na treću stranu.

Niti jedna odredba ne govori o tome šta ugovorni organ treba da uradi ako se kandidat/ponuđač izjasni da nema namjeru podugovaranja, jer ta „namjera da nepodugovaranja“ ne nosi za sebe nikakve posljedice osim toga da ponuđač neće moći podugovarati ugovor i da se odredba o podugovaranju ne unosi u osnovni ugovor.

Za podugovaranje i postupanje no odredbi člana 73. Zakona je bitno pozitivno izjašnjenje- „izjašnjenje kandidata/ponuđača da namjerava podugovarati“ , a ne negativno izjašnjenje- „izjašnjenje kandidata/ponuđača da ne namjerava podugovarati“. Samim tim, ako kandidat/ponuđač nije u dostavljenoj izjavi podvukao ni jedno ni drugo, ugovorni organ jedino može izvesti zaključak da se kandidat/ponuđač nije izjasnio da namjerava da dio ugovora podugovara, jer zakon i vezani podzakonski akti i ne poznaju negativno izjašnjenje- „izjašnjenje kandidata/ponuđača da ne namjerava podugovarati“, niti je ono relevantno.

Ugovorni organ zatim navodi „... te u skladu sa principom iz člana 3. Zakona o javnim nabavkama da se u postupku javne nabavke prema kandidatima/ponuđačima ponaša jednako i nediskriminirajuće Ugovorni organ nije imao drugog izbora nego da Žaliočevu ponudu ocijeni kao da nije prihvatljiva.“. Postavlja se pitanje, koju poveznicu je ovdje ugovorni organ napravio između principa jednakog i nediskriminirajućeg postupanja sa konkretnom situacijom!? Ugovorni organ samo paušalno koristi već, možemo reći „floskulu“ jednakog i nediskriminirajućeg postupanja, bez da obrazloži na koji način bi se to načelo povrijedilo. Ono što bi se svakako

povrijedilo jesu ne samo načela efikasnog trošenja javnih sredstava, uzevši u obzir i da je ponuda žalitelja bila najpovoljnija u konkretnom postupku javne nabavke, nego i načelo obezbjeđenja pravedne i aktivne konkurencije zbog isključenja iz daljeg postupka kvalitetne ponude zbog manjeg formalnog nedostatka koji ne utiče na njen kvalitet.

Ugovorni organ zatim tvrdi kako bi i ostala dva ponuđača koja nisu ocijenjena kao prihvatljiva mogli da tvrde da su napravili „manji formalni nedostatak“, što sa stanovišta prava ne predstavlja nikakav vrijednosni sud niti činjenični argument u pogledu propusta ugovornog organa. Žalilac ne može da snosi negativne posljedice ako drugi ponuđači ne žele ili ne znaju da štite svoja prava, možda za to nemaju ni pravni interes. U svakom slučaju bespredmetno je govoriti o motivima drugih ponuđača zašto se nisu žalili, niti uzimati tu tvrdnju kao argument valjanog postupanja ugovornog organa u konkretnom slučaju.

Na kraju, ugovorni organ postavlja, valjda sam sebi, pitanje gdje se podvlači crta između neprihvatljive ili nepravilne ponude i manjih formalnih nedostataka, čime jasno ukazuje na to da ne razumije šta bi mogli biti manje formalni nedostaci, odnosno koji su to nedostaci koji ne udaljavaju samu ponudu od zahtjeva iz tenderske dokumentacije. U žalbi smo jasno iskazali i stavove Suda BiH i KRŽ-a, u pogledu manje bitnih formalnih nedostataka i toga kada forma prelazi u formalizam, odnosno da propisana forma nije sama sebi svrha, tj. cilj forme nije da pređe u formalizam, nego je svrha forme da služi sadržaju, odnosno štiti isti. U konkretnom slučaju, forma izjašnjenja služi tome da ponuđač iskaže namjeru podugovaranja (ne namjeru da nepodugovara), kako bi se takva odredba unijela u nacrt ugovora kao osnov za podugovaranja. Ako kandidat/ponuđač ne iskaže jasnu i nedvosmislenу namjeru podugovaranja, odredba o mogućnosti podugovaranja se neće unositi u ugovor, i taj ponuđač neće moći podugovarati taj ugovor. I to je jedina posljedica koja može biti ako se ponuđač ne izjasni da želi podugovarati ugovor, a ne odbacivanje ponude.

Sukladno članku 109. Zakona o javnim nabavama, ovo tijelo je utvrdilo da je žalba dopuštena, blagovremena i izjavljena od ovlaštene osobe.

Žalba je osnovana.

Postupajući po žalbi u žalbenom postupku pred ovim tijelom, izvedeni su dokazi temeljem pregleda dostavljenog materijala, odnosno predmetne tenderske dokumentacije, te je izvršena analiza svakog dokaza pojedinačno i u njihovoj međusobnoj vezi, a u odnosu na žalbene navode i propisani zakonski postupak. Utvrđeno je da su žalbeni navodi žalitelja osnovani, te da se žalba usvaja.

Žalitelj žalbom osporava ožalbenu Odluku navodeći kako je ugovorno tijelo odbacilo njegovu ponudu kao neprihvatljivu jer nije ispunio uvjete iz tenderske dokumentacije, odnosno u Aneksu

XII nije naznačio ima li namjeru podugovaranja. Žalitelj ističe kako je u okviru svoje ponude dostavio Izjavu o podugovaranju, potpisanu i opečaćenu kojom nije potvrdio namjeru podugovaranja, ali je ispunio uvjet iz točke 5.6. TD kojom je propisano da ako se ponuditelj izjasni da namjerava dio ugovora podugovaranjem prenijeti na treću stranu da isto ugovorno tijelo unosi kao odredbu u Ugovora javnoj nabavi između izabranog ponuditelja i podugovarača. Imajući u vidu da je točkom 5.6. TD istaknuta namjera podugovaranja kao osnova unošenja takve odredbe o ugovor o podugovaranju, a da žalitelj dostavio Izjavu da ne namjerava podugovarati, isto ne može biti osnova za odbacivanje ponude kao neprihvatljive.

Ugovorno tijelo navodi kako je Komisija prilikom pregleda i ocjene ponude Žalioca uočila da isti nije označio da li ima ili nema namjeru da podugovara. Dakle iz navedenog je jasno da je Žalilac imao obavezu da označi da li ima ili nema namjeru da podugovara. Napominje da u predmetnoj tenderskoj dokumentaciji nema odredbe koja bi tretirala neizjašnjavanje ponuđača o podugovaranju (npr. „Ukoliko ponuđač ne zaokruži ni jednu od ponuđenih opcija smatrat će se da nema namjeru izvršiti podugovaranje.“) Dakle ponuđači su bili obavezni da označe da li imaju namjeru da podugovaraju ili nemaju. U članu 57. stav (1) Zakona o javnim nabavkama navedeno je da: „U postupku javne nabavke kandidat/ponuđač pridržava se zahtjeva i uslova iz tenderske dokumentacije.“ U članu 73. stav (1) Zakona o javnim nabavkama stoji: „Ugovorni organ ne može zabraniti podugovaranje, ali može tražiti od kandidata/ponuđača da se izjasni da li namjerava dio ugovora podugovaranjem prenijeti na treće strane.“ Nadalje, u sljedećim odredbama istog člana, u zavisnosti od izjašnjenja ponuđača da li ima namjeru da podugovara, navedene su obaveze kako ponuđača tako i ugovornog organa. Npr. ukoliko se ponuđač izjasni da će podugovarati ima obavezu traži pismeno odobrenje od ugovornog organa, da saopšti elemente ugovora koji se podugovaraju i identitet podugovarača prije zaključenja podugovora. Ugovorni organ može da provjeri kvalifikaciju podugovarača u skladu s članom 44. ovog zakona, te da odbije podugovarača. Nadalje, nakon što ugovorni organ odobri podugovaranje, dobavljač kojem je dodijeljen ugovor dužan je prije početka realizacije podugovora dostaviti ugovornom organu podugovor zaključen s podugovaračem, kao osnov za neposredno plaćanje podugovaraču. Dakle, izuzetno je bitno da se ponuđači izjasne o namjeri podugovaranja u svojoj ponudi zbog implikacija na dalji tok postupka javne nabavke, sve u cilju uspješnog završetka postupka i izbjegavanja eventualnih komplikacija prilikom realizacije ugovora o javnoj nabavci koje se u praksi događaju. Ugovorno tijelo napominje da je u skladu sa odredbama predmetne tenderske dokumentacije jedini način izjavljivanja namjere da se podugovara u aneksu predmetne TD (Izjava o podugovaranju) gdje su ponuđači bili obavezni da označe jednu od dvije opcije (ima/nema). Ukoliko ponuđači ne označe jednu od dvije ponuđene opcije u Izjavi o podugovaranju Ugovorni organ nema načina da pretpostavi da li će Žalilac podugovarati ili ne.

Iz predmetnog spisa proizlazi da je točkom 5.6 TD propisano:

Ponudlač je dužan da, u ponudi, dostavi izjašnjenje/izjavu koja je data kao Aneks XIII da li namjerava dio ugovora podugovaranjem prenijeti na treće strane.

Ako se ponudlač izjasni da namjerava dio ugovora podugovaranjem prenijeti na treće strane, ugovorni organ će u ugovor o javnoj nabavci unijeti tu odredbu kao osnov za zaključivanje podugovora između izabranog ponudčaća i podugovaračaća.

Uvidom u ponudu žalitelja utvrđeno je da je u okviru iste na stranici 31. dostavljen Aneks XII- Izjava o podugovaranju, uredno potpisana i opečaćena od strane ovlaštene osobe, međutim na istoj nije naznačeno ima li žalitelj namjeru podugovaranja, odnosno u istoj nije zaokruženo ima li ili nema namjeru podugovarati.

Člankom 73. stavak 1. i 2. ZJN propisano je kako ugovorno tijelo ne može zabraniti podugovaranje, ali može tražiti od ponuditelja da se izjasni namjerava li dio ugovora podugovaranjem prenijeti na treće strane, te ako se ponuditelj izjasni da namjerava dio ugovora podugovaranjem prenijeti na treće strane, ugovorno tijelo dužno je u ugovor o javnoj nabavi unijeti tu odredbu kao osnovu za zaključivanje podugovora između izabranog ponuditelja i podugovaračaća. S tim u vezi ovo tijelo ističe kako je žalitelj načinio propust u okviru ponude za predmetni postupak javne nabave jer nije naznačio ima li namjeru podugovaranja, iako je uredno dostavio Izjavu o podugovaranju (Aneks XII) uredno potpisanu i opečaćenu. Navedeno svakako predstavlja propust, ali je riječ o formalnom propustu čiji nedostatak suštinski ne utječe na prihvatljivost ponude istog. Dakle ukoliko žalitelj/ponuditelj nije naznačio ima li ili nema namjeru podugovarati, ugovorno tijelo isto ne može uzeti kao osnovu za neprihvatljivost ponude, jer je točkom 5.6, kao i odredbom članka 73. stavak 2. ZJN jasno navedeno ako se ponuditelj izjasni da ima namjeru podugovaranja, što tumačenjem dovodi do zaključka da ako se ne izjasni na podugovaranje, da ugovorno tijelo u ugovor o javnoj nabavi nije dužno unijeti tu odredbu kao osnovu za zaključenje ugovora za predmetni postupak javne nabave. Stoga imajući u vidu da je žalitelj propustio označiti imali ili ne namjeru podugovarati, može pretrpiti samo štetu nemogućnosti podugovaranja, nikako utvrđivanje neprihvatljivosti njegove ponude. Ovo tijelo naglašava da je ovakav stav zauzeo Sud BiH u nekolicini presuda po istom ili sličnom osnovu, s naglaskom da forma ne predstavlja sama sebi svrhu nego je opredijeljena obvezi zaštite sadržaja. Stoga ovo tijelo usvaja žalbeni navod žalitelja kao **osnovan**, budući da navedeni propust unutar ponude ne utječe na ispravnost iste.

Sukladno naprijed navedenom ovo tijelo vraća predmet Ugovornom tijelu na ponovni postupak u kojem će postupiti u skladu s stavovima ovog tijela i donijeti novu odluku u skladu sa Zakonom o javnim nabavama i podzakonskim aktima.

Žalitelj predmetnom žalbom zahtijeva i naknadu troškova za sastav žalbe izjavljene po

punomoćniku Draženu Vidakoviću, odvjetniku iz Banja Luke u iznosu od 562,50 KM.

Odlučujući o ovom zahtjevu, ovo tijelo je dodijelilo žalitelju troškove za sastav žalbe po punomoćniku Draženu Vidakoviću, odvjetniku iz Banja Luke, u skladu sa člankom 119. stavak 4. i 5. Zakona o izmjenama i dopunama ZJN i primjenom tarifnog broja 3. Tarife o nagradama i naknadi troškova za rad advokata u RS (Službeni glasnik RS broj 68/05) usvojio i zahtjev žalitelja za naknadu troškova za sastav žalbe od po advokatu u iznosu od 450,00 KM, paušal 25% u skladu s tarifnim brojem 12. ATRS u iznosu od 112,50 KM, što ukupno iznosi 562,50 KM. Odluka o visini troškova, donesena je i utvrđena primjenjujući tarifni broj 3. Tarife o nagradama i naknadi troškova za rad advokata u RS, koji propisuje naknadu u neprocjenjivim predmetima, sastav žalbe u upravnom postupku, 150 bodova uvećano za 50% za sastav pravnog lijeka i paušal u skladu s tarifnim brojem 12. ATRS. Ovo tijelo je odlučio o visini troškova primjenjujući odredbu članka 119. stavak (10) Zakona o javnim nabavama koja propisuje da na žalbene postupke za naknadu troškova pravnog zastupanja visina naknade određuje se prema visini naknade na koju odvjetnici imaju pravo u upravnim postupcima u neprocjenjivim predmetima.

Povrat uplaćenih sredstava na ime naknade žalbenog postupka u iznosu od 500,00 KM izvršit će se posebnim aktom, a u skladu sa člankom 108. stavak (7) Zakona o javnim nabavama i člankom 4. Instrukcije o načinu uplate, kontrole i povrata naknada propisanih člankom 108. Zakona o javnim nabavama ("Službeni glasnik BiH" broj: 86/14).

Usvaja se zahtjev žalitelja kojim traži da ugovorno tijelo žalitelju nadoknadi troškove postupka koji se odnose na uplaćenu administrativnu taksu, u skladu sa člankom 119. stavak (4), stavak (5), stavak (8) i stavak (9) Zakona o javnim nabavama ("Službeni glasnik BiH" broj: 39/14 i 59/22), budući da je žalitelj u žalbenom postupku uspio sa žalbom, a u skladu sa člankom 119. stavak (5) ZJN stranka na čiju je štetu žalbeni postupak okončan dužna je protivnoj stranci nadoknaditi jasno precizirane opravdane troškove koji su joj nastali učešćem u žalbenom postupku, pa kako je žalitelj postavio zahtjev za naknadu troškova uplaćene administrativne takse, a na zahtjev ovog tijela, koji mu je aktom broj JN2-03-07-1-234-2/24 od 25.01.2024. godine naložio da izvrši uplatu administrativne takse u iznosu od 20,00 KM, i izvršio uplatu administrativne takse u zahtijevanom iznosu, jasnim se zaključuje da se radi o opravdanim troškovima, a ugovorno tijelo kao stranka na čiju je štetu žalbeni postupak okončan, dužan je žalitelju nadoknaditi iznos od 20,00 KM na ime troškova uplaćene administrativne takse, a sve u skladu sa Presudom upravnog apelacionog vijeća Suda BiH broj: S1 3 U 041528 23 Uvp od 21.09.2023. godine.

Na osnovu činjenica utvrđenih u postupku i provedenih dokaza, shodno članku 104. i 111. stavak (1) točka d) Zakona o javnim nabavama i članka 230. stavak (2) Zakona o upravnom postupku ovo tijelo riješilo je žalbu, kao u dispozitivu ovog rješenja.

Pouka o pravnom lijeku:

Ovo rješenje je konačan upravni akt. Protiv ovog rješenja može se podnijeti tužba u upravnom sporu pred Sudom Bosne i Hercegovine u roku od 30 dana od dana prijema rješenja. Taksa na tužbu iznosi 100,00 KM.

PREDSJEDNIK VIJEĆA

Josip Dragić, dipl.pravnik

Dostaviti:

- INK CONSTRUCTOR d.o.o. Banja Luka, zastupan po punomoćniku Draženu Vidakoviću
- AGENCIJA ZA VODNO PODRUČJE RIJEKE SAVE SARAJEVO
- HIGRACON d.o.o. Sarajevo
- evidencija
- a/a