



BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANJE ŽALBI
Filijala/ Podružnica Mostar

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ
Филијала Мостар

Broj: JN2-03-07-1-261-7/24

Mostar: 22.02.2024. godine

Ured za razmatranje žalbi BiH, filijala Mostar, rješavajući žalbu potencijalnog ponuđača NEXEN d.o.o. Banja Luka; zastupanog po punomoćniku Borisu Mandiću, advokatu iz Istočnog Sarajeva broj NXN -520/24/Ž od 12.01.2024. godine izjavljenu na Tendersku dokumentaciju, ugovornog organa KJP ZOI'84 OCS d.o.o. Sarajevo, u postupku javne nabavke: Nabavka zastava, na osnovu člana 93. stav (8), člana 104. i člana 111. stav (1) tačka d) Zakona o javnim nabavkama ("Službeni glasnik BiH" broj 39/14 i 59/22) na sjednici Vijeća I, održanoj dana 22.02.2024. godine donio je

RJEŠENJE

1. Usvaja se žalba i poništava se Tenderska dokumentacija predmetnog postupka javne nabavke, zajedno sa Obavještenjem o nabavci broj 707-7-1-347-3-330/23 od 27.12.2023. godine.
2. Usvaja se zahtjev žalitelja za naknadu troškova sastava predmetne žalbe od 12.01.2024. godine izjavljene po punomoćniku Borisu Mandiću, advokatu iz Istočnog Sarajeva, u iznosu od 658,12 KM.
3. Obavezuje se ugovorni organ KJP ZOI'84 OCS d.o.o. Sarajevo, da žalitelju NEXEN d.o.o. Banja Luka; zastupanom po punomoćniku Borisu Mandiću, advokatu iz Istočnog Sarajeva isplati troškove postupka u iznosu od 658,12 KM koji se sastoje od troškova za sastav predmetne žalbe u roku od 8 dana od dana prijema ovog Rješenja.
4. O povratu sredstava uplaćenih na ime naknade za pokretanje žalbenog postupka ovaj organ donijet će posebno rješenje.

Obrazloženje

Ugovorni organ KJP ZOI'84 OCS d.o.o. Sarajevo (u daljnjem tekstu: ugovorni organ) je pokrenuo postupak javne nabavke Konkurentskim zahtjevom za dostavu ponuda - Nabavka zastava, za koji je Obavještenje o nabavci broj: 707-7-1-347-3-330/23 od 27.12.2023. godine objavljeno na Portalu javnih nabavki.

Nakon objave tenderske dokumentacije, potencijalni ponuđač NEXEN d.o.o. Banja Luka; zastupan po punomoćniku Borisu Mandiću, advokatu iz Istočnog Sarajeva (u daljnjem tekstu: žalitelj) izjavio je žalbu, koju je ugovorni organ u skladu sa članom 100. stav (5) Zakona o javnim

nabavkama, prosljedilo ovom organu kod kojeg je zaprimljena dana 25.01.2024. godine, a uplata naknade za pokretanje žalbenog postupka izvršena je dana 05.02.2024. godine.

Žalitelj u žalbi navodi:

1. Tačkom 10.5, podtačka 10.5.4. Tenderske dokumentacije, postavljen je sljedeći nepravilan i nezakonit zahtjev:

jo.5-4- Ponuđač koji je samostalno podnio ponudu, ne može biti član grupe ponuđača u istom postupku javne nabavke. Član grupe ponuđača ne može biti član druge grupe ponuđača u istom postupku javne nabavke. U suprotnom će ugovorni organ odbaciti obje ponude kao nedopuštene, i to: ponude grupe ponuđača kao i pojedinačne - samostalne ponude ponuđača - člana grupe ponuđača.“

Zahtjev je nepravilan i nezakonit. Naime, Ugovorni organ ne može propisati sebi pravo da odbaci i ponudu grupe ponuđača i pojedinačne samostalne ponude ponuđača - članova grupe, iz razloga što prvenstveno Zakon ne predviđa takvu mogućnost. Naime, Zakonom o javnim nabavkama, članom 62. stav (3) je propisano sljedeće:

„Član 62. (Grupa kandidata/ponuđača)

(...) (3) Kandidat/ponuđač koji je samostalno podnio zahtjev za učešće, odnosno ponudu, ne može biti član grupe kandidata/ponuđača u istom postupku javne nabavke. Član grupe kandidata/ponuđača ne može biti član druge grupe kandidata/ponuđača u istom postupku javne nabavke.“

Dakle, Zakon propisuje nemogućnost članova grupe ponuđača da u istom postupku učestvuju sa samostalnim ponudama, međutim ne propisuje mogućnost Ugovornog organa da odbaci sve ponude u takvom slučaju. Ugovorni organ je evidentno povrijedio Zakon o javnim nabavkama i postavio gore navedeni zahtjev samovoljno ne vodeći računa o opravdanosti zahtjeva odnosno mogućnosti postavljanja istih. Naime, zahtjev postavljen na način kako je postavljen u TD, ne ostavlja mogućnost za moguće slučajne propuste tj. situaciju gdje neko od članova grupe ponuđača iz neznanja dostavi i pojedinačnu ponudu, što bi dovelo do negativnog ishoda i za ponudu grupe ponuđača, čime bi bila nanesena velika šteta drugom članu grupe ponuđača, a bez ikakvog osnova odnosno bez njegovog učešća u datom propustu.

Zakon o javnim nabavkama je izričit kada je u pitanju način pripreme Tenderske dokumentacije:

„Član 53- (Neophodne informacije)

(1) Ugovorni organ dužan je pripremiti tendersku dokumentaciju u skladu s odredbama ovog zakona i podzakonskim aktima (...)“, te se UO morao pridržavati svega navedenog i utvrđenog u ZJN prilikom utvrđivanja zahtjeva u Tenderskoj dokumentaciji, što evidentno nije učinio.

Ugovorni organ je bio dužan prvo utvrditi usklađenost sa Zakonom ovako definisanog uslova, dovesti ga u vezu sa proporcionalnosti sopstvenog interesa u odnosu na traženo, te nakon toga - utvrditi srazmjernost i opravdanost definisanja istog. Da je to učinio, i sam bi utvrdio neopstojnost postavljenog uslova i TD bi bila sačinjena bez navedenog zahtjeva, odnosno bila bi propisana mogućnost odbacivanja samo pojedinačnih ponuda članova grupe ponuđača iz istog postupka.

U cilju osiguranja odvijanja postupka u skladu sa načelom zakonitosti, prethodno navedeno je nužno usvojiti i izvršiti izmjenu Tenderske dokumentacije kako bi se ista uskladila sa Zakonom o javnim nabavkama, u protivnom ispunjeni su uslovi za primjenu člana 103. ZJN i poništenje postupka u cijelosti.

2. Tenderskom dokumentacijom, definisan je nepravilan i nezakonit uslov u pogledu promjenjivosti cijene ponude.

Tačkom 11.4. Cijena ponude, podtačka 11.4.8, navodi se sljedeći uslov:

„Cijena koju navede ponuđač neće se mijenjati u toku izvršenja ugovora i ne podliježe bilo kakvim promjenama. Ugovorni organ će kao neprihvatljivu odbiti onu ponudu koja sadrži cijenu koja se može prilagođavati, a koja nije u skladu sa ovim stavom.“

Istovremeno, u članu 3. Nacrta ugovora, propisan je sljedeći uslov: „Član 3.

(...) (2) Roba iz člana 1. ovog Okvirnog sporazuma će se plaćati prema utvrđenim jediničnim cijenama iz Ponude Dobavljača broj od 2023. godine, koje se neće mijenjati tokom sporazumnog perioda “

Prethodno navedeni uslov je nepravilan i nezakonit s obzirom da se istim direktno isključuje član 75. stav (5) Zakona o javnim nabavkama te se tako obezvrjeđuje smisao ZJN u cijelosti.

„Član 75 (Izvjешtaj o postupku javne nabavke)

(5) Izuzetno od odredaba člana 72. stav (5) ovog zakona, ugovor o javnoj nabavci može se izmijeniti tokom njegovog trajanja bez sprovođenja novog postupka javne nabavke ako su kumulativno ispunjeni sljedeći uslovi:

- a) do potrebe za izmjenom došlo je zbog okolnosti koje pažljiv i savjestan ugovorni organ nije mogao predvidjeti;
- b) izmjenom se ne mijenja cjelokupna priroda ugovora;
- c) svako povećanje cijene nije veće od 30% vrijednosti prvobitnog ugovora i ne može imati za cilj izbjegavanje primjene ovog zakona.“

Dakle, Zakonom o javnim nabavkama u članu 75. stav (5) eksplicitno je navedeno pod kojim uslovima može doći do izmjene ugovora i koje povećanje cijene je prihvatljivo. Uslov postavljen u Tenderskoj dokumentaciji nikako ne smije isključiti primjenu Zakona a smisao prethodno citirane odredbe ZJN jeste jednakost davanja. Svako drugo tumačenje bi predstavljalo neosnovano bogaćenje Ugovornog organa koji bi za čak do 30% uvećao svoju imovinu na štetu ponuđača/dobavljača.

Na osnovu prethodno navedenog, jasno je da predmetne odredbe Tenderske dokumentacije nisu sačinjene u skladu sa Zakonom o javnim nabavkama što predstavlja direktno kršenje člana 53. Zakona o javnim nabavkama kojim je propisano sljedeće:

„Član 53 (Neophodne informacije)

(1) Ugovorni organ dužan je da pripremi tendersku dokumentaciju u skladu sa odredbama ovog zakona i podzakonskim aktima. U tenderskoj dokumentaciji ugovorni organ daje potpune informacije o uslovima ugovora i postupku dodjele ugovora, a koji su kandidatima/ponuđačima dovoljni za pripremu zahtjeva za učešće, odnosno ponuda na stvarno konkurentskoj osnovi.“

U konačnom, Tenderska dokumentacija nije sačinjena u skladu sa Zakonom o javnim nabavkama, odnosno suprotno članu 53. stav (1) ZJN, te ista ne ispunjava minimum opstojnosti.

Ugovorni organ Tenderskom dokumentacijom ne može isključivati primjenu odredbi Zakona o javnim nabavkama, jer je predmetna odredba propisana s razlogom - a to je da se ponuđači (kasnije ugovorne strane) pridržavaju osnovnih načela Zakona o obligacionim odnosima - a to je načelo jednake vrijednosti davanja propisano članom 15. ZOO, a sve u vezi sa načelom savjesnosti i poštenja.

U svakom drugom slučaju, dovelo bi se u pitanje da ako u toku realizacije ugovora jasno i nesporno dode do izmjene cijena na tržištu - dobavljač bi bio doveden u situaciju da robe isporučuje po višim cijenama, a da za isto bude neadekvatno plaćen, na koji način bi došlo i do neosnovanog bogaćenja na strani Ugovornog organa za iznos i do 30% vrijednosti ugovora.

Dakle, u svakom slučaju, Ugovorni organ ne može isključiti primjenu odredbe člana 75. ZJN kroz Tendersku dokumentaciju, a jedino što može jeste eventualno odlučivati o osnovačnosti takvog zahtjeva u toku realizacije i nastanka takvih okolnosti.

Da bi se postupak nabavke proveo u skladu sa zakonom, na stvarno konkurentskom nivou uz poštovanje Opštih principa iz člana 3. ZJN, to je nužno izmijeniti Tendersku dokumentaciju i uskladiti sa ZJN i podzakonskim aktima koji uređuju predmetnu oblast. S tim u vezi, predlažemo da se ovaj žalbeni navod usvoji kao osnovan, a što bi predstavljalo formalno-pravni uslov za pristup modifikaciji TD, u protivnom ispunjeni su uslovi za primjenu člana 103. ZJN i poništenje postupka u cijelosti.

3. Tenderskom dokumentacijom, postavljen je nejasan i nepravilan zahtjev, u suprotnosti sa Zakonom o javnim nabavkama.

Naime, tačkom 11.2. Priprema ponude, podtačka 11.2.3, postavljen je sljedeći zahtjev:

11.2.3. Ponuda i svi dokumenti i korespondencija u vezi sa ponudom između ponuđača i ugovornog organa moraju biti napisani na jednom od službenih jezika u Bosni i Hercegovini. Prateći dokumenti i štampana literatura, brošure, katalogi, prospekti ili slično koju dostavlja ponuđač mogu biti napisani na nekom drugom jeziku koji se koristi u međunarodnoj trgovini pod uslovom da je dostavljen i prevod od strane ovlaštenog sudskog tumača na jezik na kojem je napisana ponuda.

Postavljeni zahtjev je neprecizan i nejasan u dijelu - na drugom jeziku koji se koristi u međunarodnoj upotrebi, s obzirom da ostaje nejasno na koji jezik se tačno citirana odredba TD odnosi. Formulacija Jezik koji se koristi u međunarodnoj trgovini* ima široko značenje i tumačenje, s obzirom da to može da bude mnoštvo jezika kao što su npr. kineski, turski ili arapski. Navedena neodređenost Tenderske dokumentacije nadalje dovodi do činjenice da će ponude biti ocjenjivane krajnje subjektivno, jer ostavlja mogućnost raznolikog tumačenja odrednice „koji se koristi u međunarodnoj trgovini“, što dalje vodi neizvjesnosti ali se otvara i mogućnost objektivnog rizika arbitrarnosti Ugovornog organa na način da odbaci ponudu koja je sačinjena na jeziku za koji ocijeni da nije jezik koji se koristi u međunarodnoj trgovini.

Postavljeni zahtjev upućuje na proizvoljno i subjektivno tumačenje od strane ponuđača, čime je narušena stvarno konkurentna osnova postupka javne nabavke.

Evidentno, sporni zahtjev ugovornog tijela propisan nedovoljno jasno i precizno u smislu odredbi člana 53. stav (1) ZJN-a, s obzirom da nije dovoljno jasno na koji način će Ugovorni organ cijeniti (prilikom pregleda, ocjene i poređenja pristiglih ponuda) prihvatljivost traženih dokumentacije koju ponuđači mogu dostaviti na jeziku koji nije u službenoj upotrebi u BiH, jer je sintagma „na jeziku koji se koristi u međunarodnoj trgovini“ nedovoljno jasna i krajnje subjektivna.

Rješavajući u identičnoj pravnoj i činjeničnoj situaciji, Ured za razmatranje žalbi je u Rješenju br. JN2- 01-07-1-1842-8/23 od 09.08.2023. godine, zauzeo stav koji glasi:

„Tačkom 19.1 tenderske dokumentacije definisano je sledeće:

„Ponuda, svi dokumenti i pisana korespondencija u vezi sa ponudom između ponuđača i ugovornog organa mora biti najednom od službenih jezika u Bosni i Hercegovini i napisana na latiničnom ili ćirilichnom pismu ili na nekom drugom jeziku koji se najčešće koristi u međunarodnoj trgovini, ali pod uslovom daje obavezno u ponudi dostavljen u zvanični prevod (ovjeren od strane ovlašćenog sudskog tumača za jezik sa kojeg je izvršen prevod), na jedan od službenih jezika u Bosni u Hercegovini

Pravilno zaključuje žalilac da ovakav način definisanja uslova u tenderskoj dokumentaciji ostavlja prostor subjektivnom tumačenju jezika na kojem se dostavlja ponuda.

Članom 53. Stav (1) ZJN je propisano daje ugovorni organ dužan u tenderskoj dokumentaciji dati potpune informacije o uslovima ugovora i postupku dodjele ugovora, koje su ponuđačima dovoljne za pripremu ponuda na stvarno konkurentskoj osnovi, što je ugovorni organ propustio da učini navodeći nejasnu i nepreciznu informaciju o jeziku na kojem se dostavlja ponuda (ili na nekom drugom jeziku koji se najčešće koristi u međunarodnoj trgovini), ne navodeći o kojim se jezicima radi.

Dalje, članom 12. stav (3) ZJN propisano je da se ponuda dostavlja na jednom od jezika koji je u službenoj upotrebi u BiH, a da se štampana literatura, brošure, katalozi i slično prilažu bez prevoda, izuzev ako ugovorni organ ne zahtjeva da se i ti dijelovi prevedu, tako daje nejasan smisao odredbe definisane tačkom 19.1 TD u odnosu na zakonsku odredbu.

Imajući u vidu naprijed navedeno, žalbeni navod je osnovan.“

S obzirom da Ugovorni organ, pri definisanju zahtjeva nije ponudio precizne i jasne informacije, isti je u suprotnosti sa ZJN, u sljedećem:

„Član 2. (Definicije pojmova)

(1) Pojedini pojmovi koji se koriste u ovom zakonu imaju sljedeća značenja:

d) tenderska dokumentacija je dokumentacija koja sadrži minimum jasnih i odgovarajućih informacija u odnosu na izabrani postupak dodjele ugovora, a objavljuje je ili kandidatima/ponuđačima predstavlja ugovorni organ; ova dokumentacija uključuje obavještenje o nabavci, poziv za dostavu zahtjeva za učešće/ponuda (početnih i konačnih), tehničke specifikacije, kriterije za kvalifikaciju i izbor najpovoljnije ponude, nacrt ili osnovne elemente ugovora i druge relevantne dokumente i objašnjenja

Kao i

„Član 53- (Neophodne informacije)

(1) Ugovorni organ dužan je pripremiti tendersku dokumentaciju u skladu s odredbama ovog zakona i podzakonskim aktima. U tenderskoj dokumentaciji ugovorni organ daje potpune informacije o uslovima ugovora i postupku dodjele ugovora, a koji su kandidatima/ponuđačima dovoljni za pripremu zahtjeva za učešće, odnosno ponuda na stvarno konkurentskoj osnovi.“

U cilju osiguranja odvijanja postupka u skladu sa načelom zakonitosti, sve u skladu sa članom 3. ZJN, prethodno navedeno je nužno usvojiti i izvršiti izmjenu Tenderske dokumentacije na način da se ista upotpuni informacijama koje su neophodne ponuđačima za pripremu ponuda na stvarno konkurentskoj osnovi i kako bi se ista uskladila sa Zakonom o javnim nabavkama, u protivnom ispunjeni su uslovi za primjenu člana 103. ZJN i poništenje Tenderske dokumentacije i postupka javne nabavke u cijelosti.

4. U Tenderskoj dokumentaciji u tački 10. Uslovi za kvalifikaciju ponuđača, podtačka 10.1. Lična sposobnost, navedeno je sljedeće:

„10.1.3. Ponuđač kojem bude dodijeljen ugovor obavezan je da dostavi sljedeće dokumente kojima će potvrditi vjerodostojnost date izjave iz tačke 10.1.2:

a) Uvjerjenje Suda BiH i Uvjerjenje suda prema sjedištu pravnog lica kojim dokazuje da u krivičnom postupku nije izrečena pravosnažna presuda kojom je osuđen za krivično djelo učešća u kriminalnoj organizaciji, za korupciju, prevaru ili pranje novca; Ako ponudu dostavlja fizičko lice kao preduzetnik, dužan je dostaviti uvjerenje koje glasi na ime vlasnika - preduzetnika;

(...) Napomena: Shodno obavještenju Agencije za javne nabavke Bosne i Hercegovine, datom po pojašnjenju od strane Suda Bosne i Hercegovine u aktu od 21.05.2019. godine u cilju prihvatljivosti ponuda, ponuđač je obavezan, u smislu odredbi člana 45. stav (1) tačka a) Zakona o javnim nabavkama, u vezi sa stavom (2) tačka a) istog člana Zakona, da kumulativno dostavi Uvjerjenje/Potvrdu Suda BiH i Uvjerjenje/Potvrdu suda prema sjedištu pravnog lica, odnosno ponuđača iz kojeg je vidljivo da mu u krivičnom postupku nije izrečena pravosnažna presuda kojom je osuđen za krivična djela organiziranog kriminala, korupcije, prevare ili pranja novca.“ Ugovorni organ je zahtjev iz tačke 10, podtačka 10.1.3. Tenderske dokumentacije postavio u suprotnosti sa Zakonom o javnim nabavkama BiH, podzakonskim aktima koji uređuju predmetnu-oblast, relevantnim Zakonima o sudovima (Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine), ali i direktno suprotno stavu Suda Bosne i Hercegovine.

Članom 45. stav (1) tačka a) ZJN određeno je daje Ugovorni organ, izuzev u slučajevima iz člana 21. stav (1) tačka d) i članka 22. stav (1) tačka d) ovog zakona, dužan odbaciti zahtjev za učešće ili ponudu ako je kandidat/ponuđač u krivičnom postupku osuđen pravosnažnom presudom za krivična djela organiziranog kriminala, korupcije, prevare ili pranja novca, sukladno važećim propisima u Bosni i Hercegovini ili zemlji u kojoj je registrovan.

Stavom (2) tačka a) istog člana Zakona određeno je da je kandidat/ponuđač kojem bude dodijeljen ugovor obavezan dostaviti uvjerenje nadležnog suda kojim dokazuje da u krivičnom postupku nije izrečena pravosnažna presuda kojom je osuđen za krivična djela organiziranog kriminala, korupcije, prevare ili pranja novca.

Kako se u posljednje vrijeme u praksi javilo pitanje nadležnosti suda koji izdaje naprijed navedeno uvjerenje, odnosno da li izdaje isključivo Sud BiH ili mogu i drugi sudovi u Bosni i Hercegovini,

Agencija za javne nabave se obratila Sudu BiH aktom br: 01-02-1-1083-3/19 od 14.05.2019. godine sa pitanjem: „Da li je za ispunjenje ovog uslova iz člana 45. stavak (1) tačka a) Zakona, a u vezi sa stavom (2) tačka a) iste odredbe zakona, neophodno da potencijalni kandidat/ponudač kumulativno dostavi potvrdu Suda BiH i potvrdu suda prema sjedištu pravnog lica odnosno kandidata/ponuditelja?“.

Sud BiH je svojim aktom od 21.05.2019. godine, obavjestio Agenciju daje u cilju urednosti ponuda, a prema članku 45. stav (1) tačka a), u vezi sa stavom (2) tačka a) istog člana Zakona, neophodno da svaki kandidat/ponuditelj kumulativno dostavi potvrdu Suda BiH i potvrdu suda prema sjedištu pravnog lica, odnosno kandidata/ponuditelja, iz razloga što nije definisan Jedinostveni registar na nivou Bosne i Hercegovine, u koji bi se upisivale pravosnažne presude za osuđene za krivična djela organiziranog kriminala, korupcije, prevare i pranja novca. Stoga, neophodno je da Ugovorni organ u tenderskoj dokumentaciji propiše obavezu za kandidate/ponuditelje da, u smislu odredbi člana 45. stav (1) tačka a), u vezi sa stavom (2) tačka a) iste odredbe Zakona, dostave uvjerenje Suda BiH i suda prema sjedištu pravnog lica, odnosno kandidata/ponuditelja.

Prema tome, kandidat/ponudač je dužan da dostavi uvjerenje izdato od strane Suda BiH i suda u nadležnog prema svom sjedištu, iz kojeg je vidljivo da mu u krivičnom postupku nije izrečena pravosnažna presuda kojom je osuđen za sva krivična djela iz članka 45. stavak (1) tačka a) Zakona.“ (Vidjeti stav Agencije za javne nabavke: <https://www.javnenabavke.gov.ba/hr/articles/154/koji-sud-je-nadlezan-da-izdaje-uvjerenje-iz-clana-45-stav-2-tacka-a-zakona-o-javnim-nabavkama>).

Identičan stav po navedenom pitanju; zauzeo je i Sud Bosne i Hercegovine u Presudi br. S 3 U 033888 19 U od 11.01.2021. godine.

Stav o navedenom pitanju zauzet je i od strane Suda Bosne i Hercegovine, a koje Mišljenje je preuzela i javno objavila Agencija za javne nabavke, objavljeno na web stranici AJN dana 24.06.2019.

godine, a isto, između ostalog glasi:

„Koji sud je nadležan da izdaje uvjerenje iz člana 45. stav (2) tačka a) Zakona o javnim nabavkama? 24.06.2019.10:00:00 (...)

Kako se u posljednje vrijeme u praksi javilo pitanje nadležnosti suda koji izdaje naprijed navedeno uvjerenje, odnosno da li izdaje isključivo Sud BiH ili mogu i drugi sudovi u Bosni i Hercegovini, Agencija za javne nabavke se obratila Sudu BiH aktom br: 01-02-1-1083-3/19 od 14.05.2019. godine sa pitanjem: „Da li je za ispunjenje ovog uslova iz člana 45. stav (1) tačka a) Zakona, a u vezi sa stavom (2) tačkom a) iste odredbe Zakona, neophodno da potencijalni kandidat/ponudač kumulativno dostavi potvrdu Suda BiH i potvrdu suda prema sjedištu pravnog lica odnosno kandidata/ponudača?“.

Sud BiH je svojim aktom od 21.05.2019. godine, obavjestio Agenciju da je u cilju urednosti ponuda, a prema članu 45. stav (1) tačka a), u vezi sa stavom (2) tačka a) istog člana Zakona, neophodno da svaki kandidat/ponudač kumulativno dostavi potvrdu Suda BiH i potvrdu suda prema sjedištu pravnog lica, odnosno kandidata/ponudača, iz razloga što nije definisan Jedinostveni

registar na nivou Bosne i Hercegovine; u koji bi se upisivale pravosnažne presude za osuđene za krivična djela organizovanog kriminala, korupcije, prevare i pranja novca.

Stoga, neophodno je da ugovorni organ u tenderskoj dokumentaciji propiše obavezu za kandidate/ponuđače da, u smislu odredbi člana 45. stav (1) taka a), u vezi sa stavom (2) tačka a) iste odredbe Zakona, dostave uvjerenje Suda BiH i suda prema sjedištu pravnog lica, odnosno kandidata/ponuđača.

Prema tome, kandidat/ponuđač je dužan da dostavi uvjerenje izdato od strane Suda BiH i suda u nadležnog prema svom sjedištu, iz kojeg je vidljivo da mu u krivičnom postupku nije izrečena pravosnažna presuda kojom je osuđen za sva krivična djela iz člana 45. stav (1) tačka a) Zakona. Međutim, nije prihvatljivo uvjerenje izdato od bilo kojega suda u BiH, u kojem nisu naznačena sva navedena krivična djela, već samo neka od njih ili uvjerenje suda koji uopšte nije nadležan prema sjedištu kandidata/ponuđača.

To znači da je Ugovorni organ propisao uslov koji je nejasan, zbunjujući, samim tim nepravilan i nezakonit, budući da ponuđače dovodi u zabludu kada navodi da je potrebno dostavljanje oba uvjerenja! Ponuđač je dužan dostaviti uvjerenje izdato od strane Suda BiH, kao i uvjerenje suda nadležnog prema svom sjedištu.

Iz ovako postavljenog uslova, ponuđači shvataju da je potrebno dostaviti samo dva uvjerenja - jedno je eksplicitno navedeno da je to Uvjerenje Suda Bosne i Hercegovine, međutim za drugo traženo uvjerenje ponuđači su u zabludi.

Naime, prema Zakonu o krivičnom postupku, Zakonu o sudovima RS i FBiH, kao i Krivičnom zakoniku RS / Krivičnom zakonu FBiH, jasno je definisano i propisana stvarna i mjesna nadležnost sudova.

Dakle, posmatrano sa aspekta mjesta sjedišta pravnog lica/fizičkog lica - mjesno su nadležna dva suda prema svojim stvarnim nadležnostima, i to - Osnovni/Općinski sud za krivična djela sa zapriječenom kaznom do 10 godina zatvora, i Okružni/Kantonalni sud za krivična djela sa zapriječenom kaznom preko 10 godina zatvora ili dugotrajni zatvor.

U konkretnom, kako se radi o potencijalnom ponuđaču - žalitelju sa sjedištem u Republici Srpskoj, žalba će se fokusirati na zakonske propise koji se odnose na taj entitet, a sve u svjetlu nejasnoće koja je stavljena u smislu nedefinisanja konkretne dokumentacije koja se traži.

Iz navedenog zahtjeva proizilazi da izabrani ponuđač, nakon što bude izabran, dužan dostaviti uvjerenje nadležnog suda prema sjedištu (a nadležnost podrazumjeva stvarnu i mjesnu) suda da nije osuđen za krivična djela organizovanog kriminala, tj. Izvršenja krivičnog djela u sastavu kriminalnog udruženja (član 366. Krivičnog zakonika RS).

Zakon o sudovima u Republike Srpske („Sl. glasnik RS“, br. 37/2012, 14/2014, 44/2015, 39/2016 i 100/2017) propisuje mjesnu i stvarnu nadležnost, pa je tako članom 30. istog propisana stvarna nadležnost osnovnih sudova:

„Član 30 (Stvarna nadležnost)

Osnovni sud nadležan je da u prvom stepenu sudi: a) u krivičnim predmetima:

a) za krivična djela za koja je zakonom propisana kao glavna kazna - novčana kazna ili kazna zatvora do deset godina, ako posebnim zakonom nije određena nadležnost drugog suda; (...)”

Istovremeno, članom 31. istog Zakona, propisana je stvarna nadležnost okružnih sudova:

„Član 31 (Stvarna nadležnost okružnih sudova)

(1) Okružni sud nadležan je da u prvom stepenu sudi:

a) za krivična djela za koja je zakonom propisana kazna veća od deset godina ili dugotrajni zatvor, ako zakonom nije određena nadležnost drugog suda: (...)“

Dakle, da bi se prema sjedištu ponuđača mogla dostaviti uvjerenja - to podrazumjeva dostavljanje dva uvjerenja, međutim, Ugovorni organ to ne naglašava - čak naprotiv, poziva se na obavještenje Agencije za javne nabavke od 21.05.2019. godine, dovodeći u zabludu ponuđače da se kumulativno dostavlja Uvjerenje/Potvrda Suda BiH i Uvjerenje/Potvrda (oboje u jednini), navodeći na pogrešan zaključak da se dostavljaju samo dva Uvjerenja/Potvrde.

U vezi sa prethodno navedenim zahtjevom ponuđač je dužan dostaviti uvjerenje nadležnog suda da nije osuđen za krivična djela organizovanog kriminala, tj. Izvršenja krivičnog djela u sastavu kriminalnog udruženja, a članom 366. stav (3) Krivičnog zakonika Republike Srpske („Sl. glasnik RS“, br. („Sl. glasnik RS“, br. 64/2017, 104/2018 - odluka US, 15/2021, 89/2021 i 73/2023) je propisano2: „Član 366 (Izvršenje krivičnog djela u sastavu kriminalnog udruženja)

(1) Ko u sastavu grupe ili organizovane kriminalne grupe izvrši krivično djelo utvrđeno ovim zakonikom, ako za pojedino krivično djelo nije propisana teža kazna, kazniće se kaznom zatvora od jedne do petnaest godina.

(2) (...)

1 Identično uređena pravna oblast Zakonom o sudovima Federacije Bosne i Hercegovine: („Sl. novine FBiH“, br. 38/2005, 22/2006, 63/2010, 72/2010 - ispr, 7/2013, 52/2014 i 85/2021) propisuje mjesnu i stvarnu nadležnost, pa je tako članom 27. istog propisana je stvarna nadležnost općinskih sudova:

„Član 27 (Stvarna nadležnost općinskih sudova)

Općinski sud je nadležan:

U krivičnim predmetima:

a) da u prvom stepenu sudi:

• za krivična djela za koja je zakonom propisana kao glavna kazna novčana kazna ili kazna zatvora do 10 godina, ako posebnim zakonom nije određena nadležnost drugog suda; (...)“

Istovremeno, članom 28. istog Zakona, propisana je stvarna nadležnost kantonalnih sudova:

„Član 28 (Stvarna nadležnost kantonalnih sudova)

Kantonalni sud je nadležan:

1) Prvostepena nadležnost:

a) da sudi za krivična djela za koja je zakonom propisana kazna zatvora više od 10 godina ili dugotrajni zatvor, ako zakonom nije određena nadležnost drugog suda; (...)“

2 Predmetna oblast uređena Krivičnim zakonom Federacije BiH („Sl. novine FBiH“, br. 36/2003, 21/2004 - ispr, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016, 75/2017 i 31/2023) je propisano:

„Član 342 (Organizirani kriminal)

(!)(...)

(2) (...)

(3) Ko organizira ili bilo kako rukovodi grupama za organizirani kriminal koja zajedničkim djelovanjem učini ili pokuša krivično djelo propisano zakonom u Federaciji, ako za pojedino krivično djelo nije propisana posebna kazna, kaznit će se kaznom zatvora najmanje deset godina ili dugotrajnim zatvorom. "

(3) Ko organizuje ili rukovodi grupom ili organizovanom kriminalnom grupom koja zajedničkim djelovanjem izvrše krivično djelo propisano ovim zakonikom, kazniće se kaznom zatvora najmanje osam godina ili dugotrajnim zatvorom. "

Dakle, iz navedenog je jasno da je za suđenje za krivična djela organizovanog kriminala, a prema zapriječenoj kazni koja se može izreći - do 15 godina (stav (1)) i „dugotrajni zatvor“ (stav (3)) isključiva stvarna nadležnost u Republici Srpskoj - u nadležnosti okružnih sudova.

Ovako propisan zahtjev kojim se traži uvjerenje Suda BiH i nedefinisano drugo uvjerenje - ne definišući koje, te da se „oba dostave“, osim što je nejasan, nosi i dozu opasnosti - jer ukoliko je Ugovorni organ u koluziji sa potencijalnim ponuđačem, a za koga zna da ne može pribaviti uvjerenje ili Osnovnog/Općinskog suda (npr. izrečena mu je kazna do 10 godina), ili Okružnog/Kantonalnog suda (izrečena mu je kazna preko 10 godina), Ugovorni organ bi jednostavno mogao da se ogradi i kaže da je isključivo tražio ukupno dva uvjerenja i to Suda BiH i drugog „po sopstvenom izboru ponuđača“.

Dakle, da bi se dokazala lična sposobnost, Ugovorni organ je morao propisati da zahtjeva 3 uvjerenja - (1) Uvjerenje Suda Bosne i Hercegovine (za koja sudi u okviru nadležnosti Suda BiH), (2) Uvjerenje Osnovnog/Općinskog suda za krivična djela sa zapriječenom kaznom zatvora do 10 godina, (3) Uvjerenje Okružnog/Kantonalnog suda za krivična djela sa zapriječenom kaznom zatvora preko 10 godina.

Nepravilnost zahtjeva ogleda se u tome da je prema članu 45. ZJN, te u skladu sa tačkom 10.1.1 TD, zahtijevano uvjerenje se dostavlja kao dokaz da ponuđač nije osuđen pravosnažnom presudom za krivična djela organizovanog kriminala, korupciju, prevaru ili pranje novca, u skladu sa važećim propisima u Bosni i Hercegovini ili zemlji u kojoj je registrovan.

Kako je predmetno krivično djelo u nadležnosti Okružnog suda (u RS) i Kantonalnog suda (FBiH) (član 266. stav (1) i (2) KZ RS i član 34.2 stav (2) KZ FBiH), to

Osnovni/Općinski sud ne može izdati Uvjerenje da ponuđač nije osuđen za djela preko 10 godina - jer prema Zakonu o sudovima u Republike Srpske osnovni sud nije ni nadležan da za to sudi, niti može voditi evidencije o stvarima za koje nije nadležan, i vice versa — Okružni/Kantonalni sud nije nadležan za djela do 10 godina, i takvo Uvjerenje ne može supstituirati uvjerenje koje bi izdao Osnovni/Općinski sud — koji je mjesno i stvarno nadležan za suđenje za takva djela.

Dakle, navedeno podrazumjeva da je odabrani ponuđač dužan kumulativno dostaviti Uvjerenja Suda BiH, Uvjerenje Okružnog/Kantonalnog suda i Osnovnog/Općinskog suda, a kako bi ispunio zahtjev iz Tenderske dokumentacije a sve u vezi sa članom 45. ZJN, a propisivanje da se dostavljaju samo dva Uvjerenja vode u zabludu ponuđače i predstavljaju razlog za primjenu člana 103. ZJN i poništenje postupka u cijelosti.

Članom 2. stav (1) tačka d) ZJN propisano je:

„Tenderska dokumentacija je dokumentacija koja sadrži minimum jasnih i odgovarajućih informacija u odnosu na izabrani postupak dodjele ugovora, a objavljuje je ili kandidati/ponuđači predstavlja ugovorni organ; ova dokumentacija uključuje obavještenje o nabavci, poziv za dostavu zahtjeva za učešće/ponuda (početnih i konačnih), tehničke specifikacije, kriterije za kvalifikaciju i izbor najpovoljnije ponude, nacrt ili osnovne elemente ugovora i druge relevantne dokumente i objašnjenja.“

Članom 2. stav (1) Uputstva za pripremu modela tenderske dokumentacije i ponuda, čija primjena je propisana odredbama člana 53. stav (4) ZJN, je propisano: „Tenderska dokumentacija izrađuje se na način da sadrži sve potrebne podatke koji privrednom subjektu omogućavaju izradu zahtjeva za učešće i/ili ponude.“

Članom 3. stav (1) navedenog Uputstva propisano je:

„Tenderska dokumentacija sadrži sve neophodne informacije i pojašnjenja koji moraju biti definisani jasno, na osnovu kojih kandidati/ponuđači mogu pripremiti svoje zahtjeve za učešće /ponude.“

Kako Ugovorni organ u Tenderskoj dokumentaciji nije propisao obavezu dostavljanja uvjerenja Suda BiH i suda prema sjedištu pravnog lica - i to od oba stvarno nadležna suda, to Ugovorni organ ponuđačima nije dao sve potrebne informacije koje ponuđačima omogućavaju izradu i pripremu ponude, to je posve jasno daje isti postupio suprotno odredbama člana 2. stav (1) tačka d) ZJN i člana 2. stav (1) i člana 3. stav (1) Uputstva za pripremu modela tenderske dokumentacije i ponuda. Budući da je očigledno da je Tenderska dokumentacija nepravilna, neprecizna i nezakonita u navedenom dijelu, to predmetni Žalbeni navod valja usvojiti kao osnovan, a sve u skladu sa zauzetom praksom URŽ, ali i Mišljenju Suda BiH.

5. Tenderskom dokumentacijom postavljeni su uslovi koji međusobno nisu usaglašeni, što je u suprotnosti sa Zakonom o javnim nabavkama, te je iste neophodno usaglasiti i Tendersku dokumentaciju izmijeniti, u protivnom istu valja poništiti u cijelosti jer su ispunjeni uslovi iz člana 103. ZJN.

Naime, u tački 11.7 Period važenja ponude navedeno je sljedeće:

„11.7.1. Ponude moraju važiti 90 dana, računajući od isteka roka za podnošenje ponuda. Sve dok ne istekne period važenja ponuda, ugovorni organ ima pravo da traži od ponuđača u pisanoj formi da produže period važenja njihovih ponuda do određenog datuma. Ponuđači mogu odbiti takav zahtjev, a da time ne izgube pravo na garanciju za ponudu. Ponuđač koji pristane da produži period važenja svoje ponude i o tome u pisanoj formi obavijesti ugovorni organ, produžit će period važenja ponude i dostaviti produženu garanciju za ponudu. Ponuda se ne smije mijenjati. Ako ponuđač ne odgovori na zahtjev ugovornog organa u vezi sa produženjem perioda važenja ponude ili ne dostavi produženu garanciju za ponudu, smatrat će se daje odbio zahtjev ugovornog organa. U tom slučaju ugovorni organ odbacuje njegovu ponudu..

Međutim, nadalje, u Tenderskoj dokumentaciji se tačkom 11.8 Garancija za ozbiljnost ponude se izričito navodi da se ne zahtijeva garancija za ozbiljnost ponude. (!?)

Štaviše, u Obavještenju o nabavci broj 707-7-1-347-3-330/23, objavljenom na Portalu javnih nabavki dana 27.12.2023. godine, u odjeljku III tački 1. jasno se navodi:

„Da li se zahtijeva garancija za ponudu: Ne“

Shodno gore navedenom, očigledno je da navedeni dijelovi Tenderske dokumentacije koji se odnose na period važenja ponude/produženje perioda važenja ponude i garanciju za ozbiljnost ponude, nisu usaglašeni. te ponuđačima ostaje nejasno da li je Ugovorni organ zahtijevao dostavljanje garancije za ozbiljnost ponude ili ne, pa se ponuđači dovode u zabludu da li će biti izopšteni iz daljeg postupka ukoliko im se zatraži produženje ponude i uz istu garanciju za ozbiljnost ponude, a istu ne dostave - a da ni ne znaju koji je to iznos za koji se traži. (!?)

Postavljeni zahtjevi su postavljeni u suprotnosti sa Zakonom o javnim nabavkama u sljedećem: „Član 53. (Neophodne informacije)

(1) Ugovorni organ dužan je pripremiti tendersku dokumentaciju u skladu s odredbama ovog zakona i podzakonskim aktima. U tenderskoj dokumentaciji ugovorni organ daje potpune informacije o uslovima ugovora i postupku dodjele ugovora, a koji su kandidatima/ponuđačima dovoljni za pripremu zahtjeva za učešće, odnosno ponuda na stvarno konkurentskoj osnovi.“

Dakle, ovako nepravilno i protivrječno postavljenim zahtjevima, Ugovorni organ direktno narušava konkurentnu osnovu postupka stoje u suprotnosti sa Opštim principima iz člana 3. Zakona o javnim nabavkama:

„Član 3. (Opšti principi)

(1) Ugovorni organ dužan je da postupa transparentno, da se u postupku javne nabavke prema kandidatima/ponuđačima ponaša jednako i nediskriminirajuće, na način da osigura pravičnu i aktivnu konkurenciju, s ciljem najefikasnijeg korištenja javnih sredstava u vezi s predmetom nabavke i njegovom svrhom.“

Postavljeni uslovi su neusaglašeni i nezakoniti, te je predmetni žalbeni navod nužno usvojiti kao osnovan, izmijeniti Tendersku dokumentaciju kako bi se uskladila sa Zakonom, u protivnom istu valja poništiti u cijelosti u skladu sa članom 103. ZJN, jer sadrži nezakonite odredbe.

Žalitelj na ovom mjestu podsjeća na stav zauzet u Rješenju Ureda za razmatranje žalbi br. JN2-03-07-1-1844-9/22 od 04.08.2022. godine, koji je rješavao o identičnoj pravnoj i činjeničnoj situaciji, a koji stav glasi:

„(...), žalitelj naglašava da se nigdje dalje u TD ne navodi bilo kakva informacija o garanciji za ozbiljnost ponude, a gdje se u predmetnoj Obavijesti o nabavi broj: 106-7-3-332-3-116/22, od 06.06.2022. godine, u odjeljku III. točki 1. jasno navodi: Da li se zahtijeva jamstvo za ponudu: Ne. Slijedom navedenog žalitelj ističe da navedeni dijelovi TD koji se odnose na garanciju za ozbiljnost ponude, nisu usuglašeni, te ponuditeljima ostaje nejasno da li je ugovorno tijelo zahtijevalo dostavljanje garancije za ozbiljnost ponude ili ne, pa se dovode u zabludu da li će biti izopćeni iz daljeg postupka ukoliko im se zatraži produženje ponude i uz istu garanciju za ozbiljnost ponude, a istu ne dostave. Žalitelj osporava zakonitost navedenog dijela TD budući je ista nepotpuna, nedovoljno jasna i konfuzna, a time i nezakonito definirana suprotno članu 2. stavak (1) točka d) i članku 53. stavak (1) ZJN-a, jer spornim dijelovima TD ugovorno tijelo ostavlja mogućnost naknadnog selektivnog izopćavanja učesnika, ukoliko se ovakav zahtjev ne bi uklonio iz TD. Predmetni navod žalitelja ovo tijelo smatra utemeljenim, jer ugovorno tijelo u odnosu na sporno

pitanje traženja garancije za ozbiljnost ponude u predmetnoj TD daje neusklađene odnosno kontradiktorne informacije na način suprotan odredbama članka 53. stavak (1) ZJN-a. Naime, iz sadržaja točke 4.8. predmetne TD evidentno je da ista sadrži zahtjeve ugovornog tijela u odnosu na garanciju za ozbiljnost ponude, gdje se u predmetnom kontekstu napominje da navedeni dio TD sadrži decidan navod ugovornog tijela u kojem, ako ponuditelj ne odgovori na pismeni zahtjev ugovornog tijela u pogledu produženja perioda važenja ponude ili ne pristane produžiti rok ili ne osigura produženje garancije za ozbiljnost ponude, smatrat će se da je ponuditelj odbio zahtjev ugovornog tijela, te da se takva ponuda ne razmatra u daljem toku postupka, dok ugovorno tijelo u ostalom dijelu TD (obavijest o nabavi) ne predviđa dostavljanje navedene vrste garancije. S obzirom daje riječ o međusobno neusklađenim dijelovima TD vezanim za garanciju, konstatira se da su sporni dijelovi TD nedovoljno jasni i nepotpuni, odnosno propisani suprotno članku 53. stavak (1) ZJN-a, te je ovo tijelo odlučilo na naprijed navedeni način.“

Članom 2. stav (1) tačka d) Zakona o javnim nabavkama je propisano:

„d) Tenderska dokumentacija je dokumentacija koja sadrži minimum jasnih i odgovarajućih informacija u odnosu na izabrani postupak dodjele ugovora, a objavljuje je ili kandidatima/ponuđačima predstavlja ugovorni organ; ova dokumentacija uključuje obavještenje o nabavci, poziv za dostavu zahtjeva za učešće/ponuda (početnih i konačnih), tehničke specifikacije, kriterije za kvalifikaciju i izbor najpovoljnije ponude, nacrt ili osnovne elemente ugovora i druge relevantne dokumente i objašnjenja.“

Stav po navedenom pitanju zauzet je i u Rješenju Ureda za razmatranje žalbi br. JN2-03-07-1-1187- 8/23 od 30.06.2023. godine, a koji stav glasi:

„Žalitelj osporava predmetnu tendersku dokumentaciju jer smatra da tačka 4.11. sadrži odredbe koje se odnose na garanciju za ozbiljnost ponude, stoje kontradiktorno ostatku tenderske dokumentacije jer se navodi da se garancija za ozbiljnost ponude ne zahtijeva, stoje sve suprotno članku 53. ZJN. Uvidom u osporenu tačku TD, ovaj organ je utvrdio daje tačkom 4.11. ugovorni organ naveo:

Ponude moraju važiti 90 (devedeset) dana, računajući od isteka roka za podnošenje ponuda. Ako ponuđač u ponudi ne navede period njenog važenja smatra se da ponuda važi za period naveden u tenderskoj dokumentaciji, odnosno 90 (devedeset) dana od isteka roka za dostavu ponude. U slučaju daje period važenja ponude kraći od roka navedenog u tenderskoj dokumentaciji, ugovorni organ će odbiti takvu ponudu u skladu sa članom 60. stav (1) Zakona.

Sve dok ne istekne period važenja ponuda, ugovorni organ ima pravo da traži od dobavljača u pisanoj formi da produže period važenja njihovih ponuda do određenog datuma. Dobavljači mogu odbiti takav zahtjev, a da time ne izgube pravo na garanciju za ponudu.

Ako ponuđač ne odgovori na pismeni zahtjev ugovornog organa u pogledu produženja perioda važenja ponude ili ne pristane produžiti rok važenja ponude ili ne osigura produženje garancije za ozbiljnost ponude, smatra se da je ponuđač odbio zahtjev ugovornog organa, te se njegova ponuda ne razmatra u daljnjem toku postupka.

Ponudač koji pristane da produži period važenja svoje ponude i o tome u pisanoj formi obavijesti ugovorni organ, produžava period važenja ponude i dužan je osigurati produženje garancije za ozbiljnost ponude. Ponuda se ne smije mijenjati u periodu produženja važenja ponude.

Tačkom III. 1. Obavještenja o nabavci propisano je da se ne zahtijeva Garancija za ozbiljnost ponude. S tim u vezi, ovaj organ ističe da su navedene tačke TD kontradiktorne, i da se prilikom ocjene ponude mogu različito tumačiti, što je suprotno članu 53. stav (1) Zakona o javnim nabavkama. Naime iz sadržaja odredbe 4.11.TD evidentno je da ista sadrži zahtjeve ugovornog organa u odnosu na garanciju za ozbiljnost ponude gdje se u predmetnom kontekstu napominje da navedeni dio TD sadrži decidan navod ugovornog organa ako ponudač ne odgovori na pismeni zahtjev ugovornog organa u pogledu produženja garancije za ozbiljnost ponude smatrat će se daje ponudač odbio zahtjev ugovornog organa te da se takva ponuda ne razmatra u daljem toku postupka, dok ugovorni organ u ostalom dijelu (Obavještenje o nabavci) ne zahtijeva dostavljanje navedene garancije za ozbiljnost ponude. Imajući u vidu navedenu kontradiktornost dviju odredbi td na koju žalitelj ukazuje, ovaj organ cijeni navod žalitelja osnovanim.“

Žalitelj ističe da je važnost konzistentnosti i pridržavanja zauzete prakse predstavlja jedan od uslova stvaranja pravne sigurnosti koja daje izvjesnost, kako Ugovornim organima, tako i ponudačima - jednakog postupanja u istim uslovima, a čime se ostvaruje i osigurava princip vladavine prava. Identičan stav o navedenom, zauzet je i u najnovijem Rješenju Ureda za razmatranje žalbi br. JN2-03- 07-1-3243-7/23 od 28.12.2023. godine (strana 58, pasus drugi)

U Tenderskoj dokumentaciji Ugovorni organ eksplicitno u odjeljku Period važenja ponude navodi da će se ponuda ponudač odbaciti u slučaju nedostavljanja garancije, a da pri tome ni na jednom drugom mjestu ne spominje garanciju za ozbiljnost ponude. (!?)

Žalitelj osporava zakonitost navedenog dijela TD budući da je ista nepotpuna, nedovoljno jasna i konfuzna, a time i nezakonito defmisana suprotno članu 53. stav (1) ZJN-a, koji propisuje da u tenderskoj dokumentaciji Ugovorni organ daje potpune informacije o uslovima ugovora i postupku dodjele ugovora.

Na ovakav način, evidentno nezakonitim propisivanjem uslova, Ugovorni organ ostavlja mogućnost naknadnog selektivnog izopštavanja učesnika, ukoliko se ovakav zahtjev ne bi uklonio iz TD. Nesporno je da Tenderska dokumentacija ne daje dovoljno jasnih i preciznih informacija, nasuprot tome - ista je konfuzna i zbunjujuća, što je direktno suprotno odredbi člana 53., ali i člana 2. stav (1) tačka d) ZJN.

Kako se u konkretnom radi o evidentnoj neusklađenosti i nejasnoćama Tenderske dokumentacije u navedenom dijelu, budući da ista sadrži kontradiktorne podatke, posljedica je usvajanje žalbenog navoda i izmjena Tenderske dokumentacije a kako bi se ista uskladila i bila jednoobrazna, ili u protivnom poništenje Tenderske dokumentacije u cijelosti shodno odredbi člana 103. ZJN.

6. Tenderska dokumentacija sadrži nepravilne dijelove koji su sačinjeni suprotno Zakonu o javnim nabavkama i podzakonskim aktima, te su kao takva pravno neodrživi.

U Aneksu 8 Nacrt Okvirnog sporazuma, sadržane su sljedeće odredbe koje nisu primjenjive u pripremi ponude:

„Član 1

(...) Predmet ovog Okvirnog sporazuma je NABAVKA ZASTAVA a prema Tenderskoj dokumentaciji

Kupca broj od 2023. godine i ponudi Dobavljača broj od 2023. godine, koji su u prilogu ovog Ugovora i čine njegov sastavni dio (...), u članu 3. Nacrta ugovora, propisan je sljedeći uslov:

„Član 3.

(...) (2) Roba iz člana 1. ovog Okvirnog sporazuma će se plaćati prema utvrđenim jediničnim cijenama iz Ponude Dobavljača broj od 2023. godine, koje se neće mijenjati tokom sporazumnog perioda“

Naime, zahtijeva se upisivanje podataka o Ponudi, i to broja i datuma Ponude, te je navedena 2023. godina kao jedina godina u kojoj može ponuda biti pripremljena.

Predmetni postupak javne nabavke je raspisan dana 27.12.2023. godine, a određen je rok za dostavljanje ponuda 17.01.2024. godine. Imajući u vidu da navedeno, to prethodna odredba Nacrta ugovora nije primjenjiva - odnosno ista je ograničavajuća. Naime, objektivno, kako se rok za dostavu ponuda odnosi i na 2024. godinu, to se ponuđači dovode u situaciju da samo u slučaju ukoliko su dostavili ponudu u 2023. godini - mogli su pravilno pripremiti ponudu!

Ugovorni organ je takođe u dijelu tačke 11.1. propisao sljedeće:

„Pri upisivanju u Obrasce NE SMIJU se dodavati redovi ili stupci, ili na bilo koji način mjenjati suštinska forma priloga i tekstova Obrazaca.“

Prethodno navedeno znači da ponuđači ne mogu prosto izmijeniti sadržaj Nacrta Ugovora, i umjesto „2023. godina“ napisati „2024. godina“, u suprotnom ponuda će biti ocijenjena kao neprihvatljiva. Na ovakav način, ponuđači se dovode u situaciju da:

1. Ponudu su morali dostaviti isključivo u 2023. godini (bez obzira što je rok za dostavu ponuda naveden 17.01.2024. godine)

2. Dostave ponudu 2024. godine i izvrše ispravku/dopišu tekst tenderske dokumentacije „2024. godine“ - i budu izopšteni iz postupka jer je to određeno kao razlog za diskvalifikaciju

3. Da kod ponude pripremljene u 2024. godini ostave neizmjenjeni tekst TD kako je upisano „2023. godine“ - samim tim daju netačne podatke i budu diskvalifikovani

Navedeno predstavlja potencijalno ostavljanje mogućnosti subjektivnom pristupu ocjene ponuda, što je nedopustivo sa aspekta Opštih principa proklamovanih članom 3. ZJN.

Svako eventualno teoretisanje Ugovornog organa da se nešto „podrazumjeva“, isključuje kako član 53. ZJN, tako i praksa Ureda za razmatranje žalbi koji je zauzeo stav:

„Tenderska dokumentacija mora biti jasna i vrecizna i u njoj se ne može ništa pretpostavljati ili podrazumjevati.“

Evidentno ovako nepravilni zahtjevi su postavljeni u suprotnosti sa Zakonom o javnim nabavkama u sljedećem:

„Član 53. (Neophodne informacije)

(1) Ugovorni organ dužan je pripremiti tendersku dokumentaciju u skladu s odredbama ovog zakona i podzakonskim aktima. U tenderskoj dokumentaciji ugovorni organ daje potpune

informacije o uslovima ugovora i postupku dodjele ugovora, a koji su kandidatima/ponuđačima dovoljni za pripremu zahtjeva za učešće, odnosno ponuda na stvarno konkurentskoj osnovi.“

S obzirom na neizvjesnost predmetnog postupka javne nabavke, Ugovorni organ je dužan sve prethodno navedeno uvažiti i donijeti Odluku o usvajanju žalbe kao osnovane te izvršiti izmjenu Tenderske dokumentacije u osporavanim dijelovima.

7. U Tenderskoj dokumentaciji, tačkom 12.10. Zaštita prava ponuđača ostavljena je nezakonita i nepravilna pouka o pravnom lijeku, budući da je propisan rok od 10 dana za izjavljivanje žalbe, a što je u direktnoj suprotnosti sa odredbom člana 101. stav (5) Zakona o javnim nabavkama (Službeni glasnik BiH, br. 39/14, 59/22).

Predmetni postupak javne nabavke pokrenut je Obavještenjem br. 707-7-1-347-3-330/23 od 27.12.2023. godine, kao konkurentski zahtjev za dostavljanje ponuda.

Naime, tačkom 12.10. Tenderske dokumentacije propisuje se sljedeće:

„Svaki ponuđač odnosno svaki privredni subjekt koji ima ili je imao interes za dodjelu ugovora o javnoj nabavci i koji učini vjerovatnim daje u konkretnom postupku javne nabavke bila ili je mogla biti prouzrokovana šteta zbog postupanja ugovornog organa, a koje se u žalbi navodi kao povreda ovog zakona i podzakonskih akata od strane ugovornog organa u postupku javne nabavke, ima pravo da uloži žalbu na postupak na način i u rokovima koji su određeni u odredbama članova 99. i 101. stav (1) tačka a) i b) Zakona.

Žalba na TD-u se izjavljuje Uredu za razmatranje žalbi putem ugovornog organa u pisanoj formi neposredno ili preporučenom poštanskom pošiljkom u roku od 10 dana od preuzimanja TD sa portala AJN.

Naime, član 101. stav (i), na koji se Ugovorni organ poziva, propisuje rok za izjavljivanje žalbi u postupcima javnih nabavki koji se provode putem otvorenog postupka, te je samim tim propisan rok od 10 dana.

Evidentno je da se predmetni postupak sprovodi kao konkurentski zahtjev, stoga je za isti relevantan isključivo član 101. stav (5) ZJN, a kojim je propisan rok za žalbu od 5 (pet) dana.

Primjena zakona ne smije biti posmatrana, kako to Ugovorni organ pogrešno čini, da primjenjuje ono „što mu se sviđa“, nego je dužnost Ugovornog organa da se drži i primjenjuje propisa Zakona koji se primjenjuje na konkretni postupak javne nabavke i koji su bili na snazi u trenutku objavljivanja TD.

Neophodno je još jednom naglasiti negativne posljedice koje ima pozivanje na pogrešan Zakon u konkretnom slučaju, prvenstveno sa aspekta nepravilne pouke o pravnom lijeku. Propisivanjem roka od 10 dana za žalbu umjesto zakonom predviđenih 5, Ugovorni organ je prekršio načelo zakonitosti, pri čemu potencijalne žalitelje dovodi u zabludu u pogledu dužine roka za žalbu. Na taj način, potencijalni žalitelj stiče lažni utisak da ima duži rok za žalbu nego što Zakon propisuje. Kako se radi o propisivanju pogrešnog pravnog lijeka, odnosno upućivanja na neprimjenjive odredbe Zakona, to je došlo do najgrubljeg kršenja osnovnih načela Zakona o upravnom postupku - člana 4. ZoUP BiH - načelo zakonitosti, to predmetni žalbeni navod valja usvojiti kao osnovan, i poništiti pouku o pravnom lijeku koja ne ispunjava minimum uslova opstojnosti, a kako bi se postupak nastavio sprovoditi zakonito.

8. Tenderskom dokumentacijom postavljeni su uslovi koji međusobno nisu usaglašeni, što je u suprotnosti sa Zakonom o javnim nabavkama, te je iste neophodno usaglasiti i Tendersku dokumentaciju izmijeniti, u protivnom istu valja poništiti u cijelosti jer su ispunjeni uslovi iz člana 103. ZJN.

Naime, u tački 12.9. Garancija za uredno izvršenje ugovora, podtačka 12.9.1. navodi se sljedeće: „Ponudač će u ponudi dostaviti izjavu da će ukoliko bude izabran, ugovornom organu u roku od deset radnih dana od dana stupanja ugovora na snagu dostaviti bankarsku garanciju na iznos od 10% od vrijednosti ugovora bez PDV-a kao garanciju za uredno izvršenje ugovora, sa rokom važnosti 30 dana + 30 dana.“

Međutim, kontradiktorno navedenom, u članu 7. Nacrta Okvirnog sporazuma, postavlja se sasvim drugačiji zahtjev:

(2) Kupat utvrđuje garanciju, bezuslovnu bankovnu garanciju za dobro izvršenje svakog ugovora na iznos od 10 (deset posto) od ukupne vrijednosti pojedinačnog ugovora sa uključenim PDV-om i sa periodom važenja 60 (šezdeset) radnih dana + 30 dana.“

Shodno gore navedenom, očigledno je da navedeni dijelovi Tenderske dokumentacije koji se odnose na period važenja garancije za uredno izvršenje ugovora, nisu usaglašeni, te ponuđačima ostaje nejasno koji je period važenja garancije koji se u konkretnom slučaju zahtijeva - 60 dana (30+30) ili 90 dana (60+30).

Postavljeni zahtjevi su postavljeni u suprotnosti sa Zakonom o javnim nabavkama u sljedećem:

„Član 33. (Neophodne informacije)

(1) Ugovorni organ dužan je pripremiti tendersku dokumentaciju u skladu s odredbama ovog zakona i podzakonskim aktima. U tenderskoj dokumentaciji ugovorni organ daje potpune informacije o uslovima ugovora i postupku dodjele ugovora, a koji su kandidatima/ponuđačima dovoljni za pripremu zahtjeva za učešće, odnosno ponuda na stvarno konkurentskoj osnovi.“

Dakle, ovako nepravilno i protivrječno postavljenim zahtjevima, Ugovorni organ direktno narušava konkurentnu osnovu postupka stoje u suprotnosti sa Opštim principima iz člana 3. Zakona o javnim nabavkama:

„Član 3. (Opšti principi)

(1) Ugovorni organ dužan je da postupa transparentno, da se u postupku javne nabavke prema kandidatima/ponuđačima ponaša jednako i nediskriminirajuće, na način da osigura pravičnu i aktivnu konkurenciju, s ciljem najefikasnijeg korištenja javnih sredstava u vezi s predmetom nabavke i njegovom svrhom.“

Postavljeni uslovi su neusaglašeni i nezakoniti, te je predmetni žalbeni navod nužno usvojiti kao osnovan, izmijeniti Tendersku dokumentaciju kako bi se uskladila sa Zakonom, u protivnom istu valja poništiti u cijelosti u skladu sa članom 103. ZJN, jer sadrži nezakonite odredbe.

Žalitelj na ovom mjestu podsjeća i na stav zauzet u Rješenju br. JN2-03-07-1-3067-11/21 od 02.12.2021. godine, a koji glasi:

„Imajući u vidu utvrđeno činjenično stanje, te zahtijevano tačkom 5.7. i 6.6. tenderske dokumentacije, ovaj organ je utvrdio kako je ovakav način propisivanja TD u suprotnosti sa ZJN, budući da je ugovorni organ propisivanjem na stranici 40. tenderske dokumentacije da zahtijeva da

se uz ponudu dostavi i Atest o tipskim ispitivanjima za Linijski nastavljaj sa polužnim pogonom, 24 kV, 400 A, učinio apsolutno bitnu povredu postupka iz člana 103. stav (1) tačka ZJN o kojim KRŽ vodi računa no službenoj dužnosti, i koje mogu dovesti do poništenja postupka u potpunosti ili djelimično, a to je neusklađenost tenderske dokumentacije sa ovim zakonom ili podzakonskim aktima, koja je dovela do nemogućnosti utvrđivanja osnovanosti žalbenih navoda ili koja je dovela do narušavanja osnovnih principa ovog zakona, odnosno nezakonite dodjele ugovora.

Naime, ugovorni organ u tačkama 5.7. i 6.6. tenderske dokumentacije nije zahtijevao dostavljanje Atesta o tipskim ispitivanjima za Linijski rastavljač sa polužnim pogonom, 24 kV, 400 A, odnosno nije zahtijevao dostavljanje bilo kakvih atesta, nego je zahtijevao dostavljanje Izjave da će prije isporuke/ugradnje dostaviti atestnu dokumentaciju za robu koju nabavlja i ugrađuje/isporučuje, a na stranici 40. tenderske dokumentacije suprotno navedenom zahtijeva da se uz ponudu dostavavi i Atest o tipskim ispitivanjima za Linijski rastavljač sa polužnim pogonom, 24 kV, 400 A, na je ovaj organ nesporno utvrdio da postoji očigledna neusklađenost tenderske dokumentacije u navedenom dijelu.

Članom 53. stav (1) ZJN propisano je:

(1) Ugovorni organ dužan je da pripremi tendersku dokumentaciju u skladu sa odredbama ovog zakona i podzakonskim aktima. U tenderskoj dokumentaciji ugovorni organ daje potpune informacije o uslovima ugovora i postupku dodjele ugovora, a koji su kandidatama/ponuđačima dovoljni za pripremu zahtjeva za učešće, odnosno ponuda na stvarno konkurentskoj osnovi.

Članom 103. stav (1) tačka a) ZJN propisano je:

U postupcima javne nabavke apsolutno bitne povrede zakona su one povrede o kojima KRŽ vodi računa no službenoj dužnosti, i koje mogu dovesti do poništenja postupka u potpunosti ili djelimično, i to:

a) neusklađenost tenderske dokumentacije sa ovim zakonom ili podzakonskim aktima, koja je dovela do nemogućnosti utvrđivanja osnovanosti žalbenih navoda ili koja je dovela do narušavanja osnovnih principa ovog zakona, odnosno nezakonite dodjele ugovora;

Ovaj organ na osnovu navedenog utvrđuje da je predmetna TD sačinjena suprotno ZJN, što predstavlja apsolutno bitnu povredu postupka na koju ovaj organ pazi no službenoj dužnosti, te je navedeno osnov za poništenje postupka u potpunosti.

Žalitelj osporava zakonitost navedenog dijela TD budući da je ista neusaglašena, nedovoljno jasna i konfuzna, a time i nezakonito defmisana suprotno članu 53. stav (1) ZJN-a, koji propisuje da u Tenderskoj dokumentaciji Ugovorni organ daje potpune informacije o uslovima ugovora i postupku dodjele ugovora.

Nesporno je da Tenderska dokumentacija ne daje dovoljno jasnih i preciznih informacija, nasuprot tome - ista je konfuzna i zbunjujuća, stoje direktno suprotno odredbi člana 53. ali i člana 2. stav (1) tačka d) ZJN.

Kako se u konkretnom radi o evidentnoj neusklađenosti i nejasnoćama Tenderske dokumentacije u navedenom dijelu, budući da ista sadrži kontradiktorne podatke, posljedica je usvajanje žalbenog navoda i izmjena Tenderske dokumentacije a kako bi se ista uskladila i bila jednoobrazna, ili u protivnom poništenje Tenderske dokumentacije u cijelosti shodno odredbi člana 103. ZJN.

9. Tenderskom dokumentacijom postavljen je neprecizan, neusaglašen i pretjerano organičavajuć zahtjev u pogledu jezika dokumentacije u ponudi.

U tački 10.2. Tehnička i profesionalna sposobnost, podtačka 10.2.1, postavljen je sljedeći uslov: po.2.1 Što se tiče tehničke i profesionalne sposobnosti, ponuđači trebaju ispuniti sljedeće minimalne uslove a koji se mogu potvrditi dokazima iz člana 49. Zakona, a to su:

a) da posjeduje uspješno iskustvo u realizaciji najmanje jednog ugovora za isporuku roba koje su iste ili slične predmetu nabavke, minimalne vrijednosti 10.000,00 KM bez uračunatog PDV- a u posljednje 3 (tri) godine ili od datuma registracije, odnosno početka poslovanja, ako je ponuđač registrovan, odnosno počeo da radi prije manje od 3 (tri) godine. “

Nadalje, podtačka 10.2.2. iste tačke Tenderske dokumentacije glasi:

jo.2.2. Ocjena tehničke i profesionalne sposobnosti ponuđača će se izvršiti na osnovu sljedeći dokaza:

Spisak izvršenih Ugovora o isporučenim robama koji su isti ili slični u odnosu na predmet ovog postupka javne nabavke u posljednje 3 (tri) godine računajući od naznačenog datuma za dostavljanje ponuda ili od datuma registracije, odnosno početka poslovanja, ako je ponuđač registrovan, odnosno počeo da radi prije manje od 3 (tri) godine, koji sadrži minimalno jedan ugovor čija ukupna vrijednost iznosi najmanje 10.000,00 KM bez PDV-a. Spisak se dostavlja na memorandumu ponuđača, potpisan od strane odgovorne osobe i ovjeren pečatom ponuđača na kojem moraju biti sljedeći podaci: naziv i sjedište ugovornih strana, predmet ugovora, vrijednost ugovora.

Uz spisak izvršenih ugovora. Ponuđač je dužan dostaviti jednu potvrdu ili više potvrda, koja/e se odnosi na robe koje su iste ili slične u odnosu na predmetnu nabavku a koju daje druga ugovorna strana o njihovoj realizaciji. Ako ponuđač dostavlja jednu potvrdu ona mora iznositi minimalno 10.000,00 KM bez PDV-a, a ako dostavlja više potvrda, zbir svih dostavljenih potvrda mora iznositi minimalno 10.000,00 KM bez PDV-a:“

Nepreciznost navedenog uslova ogleda se u činjenici da je Tenderskom dokumentacijom u tački 10.2. u pogledu uslova tehničke i profesionalne sposobnosti postavljen neusaglašen zahtjev koji se odnosi na broj i vrijednost potvrda o urednom izvršenju ugovora, s obzirom da se najprije zahtijeva dostavljanje najmanje jednog ugovora u vrijednosti od 10.000,00 KM, dok se naknadno navodi da je moguće dostaviti i više potvrda čija ukupna vrijednosti iznosi 10.000,00 KM.

Javlja se osnovana nejasnoća da li je neophodno da najmanje jedna potvrda bude u vrijednosti od 10.000,00 KM bez obzira što se dostavlja više potvrda ili je prihvatljivo da se dostavi više potvrda sa zbirim iznosom od 10.000,00 KM. (!)

Ugovorni organ je propustio konkretizovati šta traži - minimalno jedan ugovor date vrijednosti (tačka 10.2.2) ili najmanje jedan ugovor date vrijednosti (tačka 10.2.2).

Shodno navedenom, Žalitelj cijeni ukazati na distinkciju predmetne dvije sintagme.

Sintagma „minimalno jedan ugovor“ implicira da može postojati samo jedan ugovor, ali ne i više; dok „najmanje jedan ugovor“ znači da mora postojati barem jedan, ali može biti i više ugovora.

Član 2. stav (1) tačka d) Zakona o javnim nabavkama je propisano:

„D) Tenderska dokumentacija je dokumentacija koja sadrži minimum jasnih i

odgovarajućih informacija u odnosu na izabrani postupak dodjele ugovora, a objavljuje je ili kandidatima/ponudačima predstavlja ugovorni organ; ova dokumentacija uključuje obavještenje o nabavci, poziv za dostavu zahtjeva za učešće/ponuda (početnih i konačnih), tehničke specifikacije, kriterije za kvalifikaciju i izbor najpovoljnije ponude, nacrt ili osnovne elemente ugovora i druge relevantne dokumente i objašnjenja.“

Istovremeno, postavljeni uslovi su u suprotnosti sa Zakonom o javnim nabavkama u sljedećem:

„Član 53. (Neophodne informacije)

(1) Ugovorni organ dužan je pripremiti tendersku dokumentaciju u skladu s odredbama ovog zakona i podzakonskim aktima. U tenderskoj dokumentaciji ugovorni organ daje potpune informacije o uslovima ugovora i postupku dodjele ugovora, a koji su kandidatima/ponudačima dovoljni za pripremu zahtjeva za učešće, odnosno ponuda na stvarno konkurentskoj osnovi. Kako je to propušteno, gornji zahtjev je neophodno izmijeniti i omogućiti ponudačima stvarno konkurentsku osnovu za pripremu ponuda uz poštovanje načela ekonomičnosti.

Nesporno je da Tenderska dokumentacija ne daje dovoljno jasnih i preciznih informacija, nasuprot tome - ista je konfuzna i zbunjujuća, što je direktno suprotno odredbi člana 53, ali i člana 2. stav (1) tačka d) ZJN.

Kako se u konkretnom radi o evidentnoj neusklađenosti i nejasnoćama Tenderske dokumentacije u navedenom dijelu, budući da ista sadrži kontradiktorne podatke, posljedica je usvajanje žalbenog navoda i izmjena Tenderske dokumentacije a kako bi se ista uskladila i bila jednoobrazna, ili u protivnom poništenje Tenderske dokumentacije u cijelosti shodno odredbi člana 103. ZJN.

10. Tenderska dokumentacija je nepravilno sačinjena s obzirom da sadrži prekomjeren i neutemeljen zahtjev, bez uporišta u Zakonu o javnim nabavkama.

Naime, u tački 10.2. Tehnička i profesionalna sposobnost postavljen je zahtjev koji nije u vezi sa predmetom javne nabavke pri čemu je zahtijevano sljedeće:

„1) Izjava na memorandumu ponuđača da će za potrebe podrške na konfiguraciji opreme imati na raspolaganju minimalno 1 (jedno) stručno lice, koji posjeduje certifikate o profesionalnom nivou obučenosti za digitalni mobilni radio (DMR);“

Ugovorni organ je prethodno navedeni zahtjev postavio prekomjerno i samim time nezakonit. Naime, u Obrasu za cijenu ponude (Aneks 3) jasno je opisan predmet nabavke kao nabavka šivanih zastava, pri čemu se u Tehničkoj specifikaciji navodi:

Nabavka šivanih zastava sa grbom - logom BiH, Kantona Sarajevo, ZOI-a i Vučka za jarbole na Babinom dolu-Bjelašnica, Igmanu i Zetri dimenzija 4,0x1m i 5,0x3m. Zastave su šivane, sa šivanim logom od poliester materijala postojanih boja i visoke prekidne sile po osnovi lptki. Predviđena su ojačanja sa svih strana zastave a na strani kačenja se dodaju ringlice. „Tunel“ na gornjoj strani zastave se zatvara i dodaju se ringle za bolje prijanjanje zastave uz gornju šipku jarbola. Tehnika izrade lice-naličje. Izvršilac je dužan, bez naknade, izvršiti i korekcije manjih oštećenja na zastavama nastale usljed specifičnih planinskih vremenskih uslova u roku od 10 dana od dana • dostavljanja oštećene zastave. “

Ugovorni organ je dužan propisati minimum zahtjeva za učešće te u skladu s tim utvrditi dokaze koji su zaista neophodni kako bi se utvrdila sposobnost ponuđača kako lična i finansijska, tako i tehnička i profesionalna, što ovdje svakako nije slučaj.

U konkretnom, Ugovorni organ uopšte nije postavio zahtjev u vezi sa predmetnom javnom nabavkom niti sa smislom s obzirom da nigdje u opisu predmeta nabavke ne postoji osnov za potrebu angažovanja stručnog lica koje posjeduje certifikate o profesionalnom nivou obučenosti za digitalni mobilni radio (DMR).

Članom 44. stav (2) Zakona o javnim nabavkama je propisano:

„Član 44. (Provjera kvalifikacija kandidata ili ponuđača)

(1) Ugovorni organ provjerava i ocjenjuje da li je kandidat/ponuđač pouzdan i sposoban da izvrši ugovor, u skladu sa uslovima utvrđenim u tenderskoj dokumentaciji.

(2) Ugovorni organ u tenderskoj dokumentaciji definira uslove za kvalifikaciju na način da utvrdi

minimum zahtjeva za kvalifikaciju kandidata/ponuđača u pogledu njihove lične sposobnosti, ekonomskog i finansijskog stanja, te njihove tehničke i/ili profesionalne sposobnosti.

(3) Minimum kvalifikacionih uslova koje ugovorni organ odredi za kandidate/ponuđače, kao i dokumenti koji su potrebni za njihovo dokazivanje obavezno treba da budu srazmjerni predmetu javne nabavke i u skladu s njim. Postavljeni uslovi ne smiju imati ograničavajući karakter na konkurenciju i moraju biti jasni i precizni.

(4) Ugovorni organ od kandidata/ponuđača zahtijeva samo one dokaze koji su neophodni da bi se utvrdilo da li kandidat/ponuđač zadovoljava kvalifikacione uslove koje je postavio ugovorni organ.(...)“.

Dakle, Zakon je jasno i precizno definišao obavezu Ugovornog organa da u cilju dokazivanja kvalifikacije kandidata može zahtijevati samo minimum zahtjeva, i to samo one dokaze koji su neophodni, a koji su srazmjerni i u skladu sa predmetnom nabavke. Kako Zakon o javnim nabavkama jasno definiše da Ugovorni organ utvrđuje minimum zahtjeva za kvalifikaciju ponuđača, a da Ugovorni organ ničim nije dokazao opravdanost zahtjeva za angažmanom stručnog lica koje posjeduje certifikate o profesionalnom nivou obučenosti za digitalni mobilni radio (DMR), a, evidentno je da navedeni zahtjev ne predstavlja minimum zahtjeva koje ugovorni organ može zahtijevati, a stoje direktno suprotno načelu ekonomičnosti..

Ugovorni organ postavljenim zahtjevom izlaže dodatnom trošku ponuđače, jer u pravilu svi oni koji se bave nabavkom i instalacijom agregata angažuju imaju zaposlene inženjere elektrotehnike koji su zaduženi za sve pripadajuće procese, te bi radi učešća u predmetnoj javnoj nabavci morali angažovati dodatnu radnu snagu, što je protivno Opštim principima iz člana 3. Zakona o javnim nabavkama BiH: j) Ugovorni organ dužan je da postupa transparentno, da se u postupku javne nabavke prema kandidatima/ponuđačima ponaša jednako i nediskriminirajuće, na način da osigura pravičnu i aktivnu konkurenciju, s ciljem najefikasnijeg korištenja javnih sredstava u vezi s predmetom nabavke i njegovom svrhom.“

Iz prethodno navedenog jasno proizilazi da se radi o indirektnoj diskriminaciji. Indirektna diskriminacija će postojati kada se postavljaju neki uvjeti koji izravno ne isključuju bilo koga, ali

ti uvjeti u konačnici dovode do istog rezultata kao i izravna odredba, odnosno izravna diskriminacija. Ugovorni organ na primjer ima spoznaja o tome da samo jedan kandidat- ponudač može ispuniti

određeni kriterij sposobnosti i onda zahtijeva ispunjenje tog kriterija, iako to nije nužno potreb provedbu toga posla."

Dakle, ovako postavljeni uslov pogoduje samo pojedinim ponudačima koji svakako raspolažu, svojim zaposlenima, licem sa traženim certifikatima.

Iako bi se ovaj zahtjev na prvi pogled učinio „bezazlenim“, marginalnim i zanemarljivim, naprotiv - isti je suprotan svemu navedenom, jer je nepošten i nefer prema ponudačima. Ovakav zahtjev otvara cijeli prostor za manipulisanje, što za posljedicu ima narušavanje konkurentnosti u konkretnom postupku javne nabavke.

U vezi sa prethodno navedenim, u cilju daljeg odvijanja predmetnog postupka javne nabavke na stvarno konkurentskoj osnovi, Ugovorni organ je dužan žalbeni navod usvojiti, te sporni zahtjev u potpunosti ukloni iz Tenderske dokumentacije, kako bi se ispoštovali Opšti-principi propisani članom 3. ZJN, i postupak proveo na bazi aktivne i pravične konkurencije.

Imajući u vidu sve prethodno navedeno predlažemo da Ugovorni organ ili Ured za razmatranje žalbi u skladu sa članom 100, stav (3) Zakona o javnim nabavkama BiH:

- Usvoji žalbu žalitelja „Nexen“ d.o.o. Banja Luka u potpunosti, Izvrši izmjenu Tenderske dokumentacije 6306/23 od 26.12.2023. godine Nastavi postupak javne nabavke sa izmijenjenom Tenderskom dokumentacijom

- Žalitelju naknadi troškove žalbenog postupka za sastav žalbe po adv. punomoćniku u iznosu od 658,12 KM

Ukoliko Ugovorni organ ne usvoji ovu žalbu, Žalitelj zahtijeva da istu u zakonskom roku od 5 dana prosljedi Uredu za razmatranje žalbi, Filijala Mostar, te Žalitelj predlaže da Ured za razmatranje žalbi, Filijala Mostar na osnovu člana 111. stav (1) tačka d) Zakona o javnim nabavkama usvoji Žalbu kao osnovanu, te da naloži Ugovornom organu da Žalitelju naknadi troškove žalbenog postupka za sastav žalbe po adv. punomoćniku u iznosu od 658,12 KM, a nužnost angažovanja punomoćnika advokata se ogleda u činjenici da Žalitelj kao pravno lice nema posebna znanja u okviru žalbenog postupka ZJN koji predstavlja lex specialis, to se predmetno zastupanje po punomoćniku advokatu javlja nužnim.

Žalitelj zahtijeva povrat naknade za pokretanje žalbenog postupka, u iznosu kojem odredi drugostepeni organ, na osnovu člana 108. stav 6. Zakona o javnim nabavkama.

Ugovorni organ je u skladu s članom 100. stav (5) Zakona o javnim nabavkama dostavio ovom organu izjašnjenje o navodima žalbe i dokumentaciju u vezi s predmetnim postupkom javne nabavke. Smatra da je žalba neosnovana i u svom izjašnjenju navodi sljedeće:

Ponudač „Nexen“ d.o.o., Banja Luka, (u daljem tekstu: Žalitelj), je blagovremeno izjavio žalbu na tendersku dokumentaciju putem advokata punomoćnika Boris Mandić, u dovoljnom broju primjeraka, čime su ispunjeni uslovi za meritorno odlučivanje Ugovornog organa u postupku pravne zaštite, a koji se odnosi na predmetnu nabavku.

Ugovorni organ je obustavio predmetni postupak javne nabavke iz razloga što je uložena žalba ponuđača u ovom postupku javne nabavke.

U pogledu žalbenog navoda 1. mišljenja smo da je propisani uslov zakonit i jednostavan: Ponuđač koji je samostalno podnio ponudu, ne može biti član grupe ponuđača u istom postupku javne nabavke. Član grupe ponuđača ne može biti član druge grupe ponuđača u istom postupku javne nabavke. U suprotnom će ugovorni organ odbaciti obje ponude kao nedopuštene, i to:

ponude grupe ponuđača kao i pojedinačne - samostalne ponude ponuđača - člana grupe ponuđača.

Posmatrajući kako je propisano u članu 62. ZJN BiH u stavu 3) ponude se moraju proglašiti nedopuštenim i iste se moraju odbaciti jer se takve ponude neće moći pravilno evaluirati a ugovorni organ neće moći odlučiti koja je ponuda prihvatljiva a koja neprihvatljiva, je li to ona ponuda koja je dostavljena samostalno ili je ona ponuda koja je dostavljena u sklopu grupe ponuđača. Kako postupiti ako je grupa ponuđača prije dostavila ponudu a neki član grupe se odluči istu dostaviti i samostalno, posmatrajući hipotetički kao što radi i Žalitelj da je se mogućnost lideru grupe da žalbom osporava odluku ugovornog organa ako se prihvati ponuda koju je neki član samostalno podnio i ako se odbije ponuda grupe ponuđača, ostavlja se previše prostora za manipulacije. Iz svega navedenog ovakav zahtjev nije postavljen samovoljno nego je usklađen sa Zakonom a ponuđačima se daje jasna instrukcija kakvo je postupanje ugovornog organa u slučaju ako neki ponuđač iz neznanja dostavi ponudu samostalno, zaboravljajući da u istom postupku učestvuje i kao grupa ponuđača kao što to Žalitelj navodi u svom žalbenom navodu, te kakve posljedice na ponude ostavlja kršenje člana 62 ZJN BiH. Uslov je jasan i usklađen sa članom 68. stav 4) tačka j) radi se o opravdanom slučaju za odbijanje ponude u skladu sa ZJN BiH i ne dovodi Žalitelja niti bilo kojeg drugog potencijalnog ponuđača u nepovoljnu situaciju.

Žalitelj je imao mogućnost, da je htio i imao iskrenu namjeru za pripremu ponude, tražiti pojašnjenje kroz portal AJN a? Ovaj žalbeni navod nema za cilj da ispravi eventualnu grešku ugovornog organa niti da Žalitelj posljedično dobije ugovor u konkretnom postupku nabavke, već ima za cilj samo da uspori postupak javne nabavke i da ostvari novčanu korist kroz naplatu troškova za punomoćnika/advokata. Ovaj žalbeni navod odbacujemo kao neosnovan.

U pogledu žalbenog navoda 2, U članu 72. stav (5) ZJN BiH propisan je sljedeći uslov: Prilikom dodjele ugovora o nabavci, cijena navedena u najpovoljnijoj ponudi, kao i uslovi utvrđeni u

tenderskoj dokumentaciji, ne mogu se mijenjati. Izuzetno, ako se u tenderskoj dokumentaciji predviđa odredba o promjenjivosti cijena sa objektivno utvrđenim pravilima o promjenjivosti cijene, takva odredba se unosi u ugovor o javnoj nabavci. Članom 6. Uputstva za pripremu modela TD i ponuda se propisuje način određivanja cijene ponude u tenderskoj dokumentaciji, kao promjenjive i nepromjenjive cijene ponude na sljedeći način:

- (1) Ugovorni organ u tenderskoj dokumentaciji određuje je li cijena ponude promjenjiva ili

nepromjenjiva.

(2) Promjenjiva cijena je cijena koja se tokom trajanja ugovora, odnosno okvirnog sporazuma može mijenjati. Ako je cijena ponude promjenjiva, ugovorni organ mora u tenderskoj dokumentaciji odrediti način i uslove izmjene cijene. Promjenjivost cijene mora biti zasnovana na referentnim parametrima ili javno dostupnim podacima.

(3) Nepromjenjiva cijena je cijena koja tokom trajanja ugovora, odnosno okvirnog sporazuma, ostaje nepromijenjena.

Tačkom 11.4.8. predmetne TD je propisano: Cijena koju navede ponuđač neće se mijenjati u toku izvršenja Ugovora i ne podliježe bilo kakvim promjenama. Ugovorni organ će kao neprihvatljivu odbiti onu ponudu koja sadrži cijenu koja se može prilagođavati, a koja nije u skladu sa ovim stavom. Dakle, ovakav uslov je usklađen sa ZJN BiH član 72. stav (5) i članom 6. stav 3) Uputstva za pripremu modela TD i ponuda. Jasno je definisan i tiče se pripreme ponuda u postupku javne nabavke. Član 75 stav 5. ZJN BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 39/2014 i 59/2022) definiše i tiče se izmjene ugovora nakon provedene procedure javne nabavke, tokom realizacije odnosno njegovog trajanja i to bez sprovođenja novog postupka javne nabavke, pod određenim uslovima ako su kumulativno ispunjeni.

Ugovorni organ nije u predmetnoj tenderskoj dokumentaciji niti nacrtom ugovora niti bilo kojim drugim uslovom isključio mogućnost izmjene ugovora prema članu 75 stav 5. ZJN BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 39/2014 i 59/2022).

Članom 16 nacrta ugovora propisano je: Izmjene i dopune ovog ugovora mogu se vršiti samo pismenim putem. Bit će punovažne i obavezivat će ugovorne strane samo one izmjene i dopune koje su sačinili sporazumno u pismenoj formi.

Dakle, uslov je zakonit i ispravan, tiče se pripreme ponuda u postupku javne nabavke radi ispravne evaluacije. Predmetnom TD nije isključena primjena Zakona o javnim nabavkama. Predmetnom TD u članu 15 predviđena je primjena ZOO: Ugovorne strane su saglasne sa primjenom odredbi Zakona o obligacionim odnosima i to u pogledu prava, obaveza i odnosa koji nisu regulisani odredbama ovog ugovora, a koji nastanu u vezi i povodom izvršenja ovog ugovora. i to nakon okončanja postupka javne nabavke i potpisa ugovora u skladu sa uslovima TD.

Dakle, čitajući propisane uslove u predmetnoj TD jasno je da ako bi se u toku realizacije ugovora pojavila situacija predviđena u članu 75 stav 5. ZJN BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 39/2014 i 59/2022) i ako bi kumulativno bili ispunjeni uslovi koje ovaj član propisuje, potencijalni ponuđač/dobavljač bi svoja prava mogao ostvariti u smislu adekvatne naplate novih tržišnih cijena. Ovaj žalbeni navod nema za cilj da ispravi eventualnu grešku ugovornog organa niti da Žalitelj posljedično dobije ugovor u konkretnom postupku nabavke, već ima za cilj samo da uspori postupak javne nabavke i da ostvari novčanu korist kroz naplatu troškova za punomoćnika/advokata. S tim u vezi ovaj žalbeni navod se odbija kao neosnovan.

U pogledu žalbenog navoda 3 dajemo sljedeće izjašnjenje: Tenderskom dokumentacijom nije postavljen nejasan i nepravilan zahtjev i nije u suprotnosti sa ZJN BiH.

Tačkom 11.2.3 propisano je da: Ponuda i svi dokumenti i korespondencija u vezi sa ponudom između ponuđača i ugovornog organa moraju biti napisani na jednom od službenih jezika u Bosni i Hercegovini. Prateći dokumenti, štampana literatura, brošure, katalozi, prospekti ili slično koje dostavlja ponuđač mogu biti napisani na nekom drugom jeziku koji se najčešće koristi u međunarodnoj trgovini pod uslovom da je dostavljen i prevod od strane ovlaštenog sudskog tumača na jezik na kojem je napisana ponuda. Postavljeni zahtjev je jasan i precizan, te dio na nekom drugom jeziku koji se najčešće koristi u međunarodnoj trgovini ne ograničava potencijalne ponuđače da ako (što nije obavezujuće) prilažu prateće dokumente, štampanu literaturu, brošure, kataloge, prospekte ili slično, da iste mogu priložiti i na kineskom, turskom, arapskom ili na bilo kojem jeziku ako u svojoj ponudi nude opremu od bilo kojeg proizvođača iz bilo koje zemlje svijeta, pod uslovom da je priložena dokumentacija prevedena na jedan od službenih jezika koji je u upotrebi u BiH, što je u skladu sa članom 12 stav 3) ZJN BiH. Neosnovanost ovog žalbenog navoda se ogleda i u tome što ugovorni organ u predmetnoj TD uopšte nije postavio kao obavezan uslov da se štampana literatura, brošure, katalozi, prospekti i slično uopšte moraju dostaviti uz ponudu, pa ovaj žalbeni navod i nema ograničavajući niti otežavajući osnov za Žalitelja i ostale potencijalne ponuđače nego predstavlja informaciju i neobavezujući uslov za ponuđače.

Ugovorni organ je kod ocjene osnovanosti ovog žalbenog navoda cijenio iste samo na osnovu konkretnog žalbenog navoda na koju se žalba odnosi ne ulazeći pri tome u sadržaj rješenja Ureda za razmatranje žalbi, obzirom da se ona odnose na konkretne predmete i nisu izvor prava u našem pravnom sistemu. Čak i u situacijama kada za primjer uzmemo neko Rješenje Ureda za razmatranje žalbi ili Presudu Suda BiH, tada moramo znati cijeli sadržaj dokumenta na koje se neko poziva da bismo mogli praviti komparaciju i cijeniti da li je takvo Rješenje ili Presuda primjenjivo i u našem slučaju. Ovako vađenje iz konetsta samo nekih dijelova koji odgovaraju Žalitelju i to na nekoliko strana je samo oduzimanje vremena nas kao ugovornog organa, na kojeg se navedeno i ne odnosi.

Žalitelj je mogao da je htio i imao iskrenu namjeru za pripremu ponude tražiti pojašnjenje kroz portal AJN a. Također, i ovaj žalbeni navod nema za cilj da ispravi eventualnu grešku ugovornog organa niti da Žalitelj posljedično dobije ugovor u konkretnom postupku nabavke, već ima za cilj samo da uspori postupak javne nabavke i da ostvari novčanu korist kroz naplatu troškova za punomoćnika/advokata. S tim u vezi ovaj žalbeni navod se odbija kao neosnovan.

U pogledu žalbenog navoda 4 dajemo sljedeće izjašnjenje: Tačkom 10.1.3. propisan je sljedeći zakonit uslov: Ponuđač kojem bude dodijeljen ugovor obavezan je da dostavi sljedeće dokumente kojima će potvrditi vjerodostojnost date izjave iz tačke 10.1.2:

- a) Uvjerenje Suda BiH i Uvjerenje suda prema sjedištu pravnog lica kojim dokazuje da u krivičnom postupku nije izrečena pravosnažna presuda kojom je osuđen za krivično djelo učešća u kriminalnoj organizaciji, za korupciju, prevaru ili pranje novca:

Napomena: Shodno obavještenju Agencije za javne nabavke Bosne i Hercegovine, datom po pojašnjenju od strane Suda Bosne i Hercegovine u aktu od 21.05.2019. godine u cilju prihvatljivosti ponuda, ponuđač je obavezan, u smislu odredbi člana 45. stav (1) tačka a) Zakona o javnim nabavkama, u vezi sa stavom (2) tačka a) istog člana Zakona, da kumulativno dostavi Uvjerenje/Potvrdu Suda BiH i Uvjerenje/Potvrdu suda prema sjedištu pravnog lica, odnosno ponuđača iz kojeg je vidljivo da mu u krivičnom postupku nije izrečena pravosnažna presuda kojom je osuđen za krivična djela omanjivanog kriminala, korupcije, prevare ili pranja novca.

Iznad navedeni uslov je u skladu sa načelnim stavom Suda BiH i Agencije za javne nabavke koji se veže za primjenu člana 45. stav (2) tačka a) Zakona o javnim nabavkama u kojem stoji:

Sud BiH je svojim aktom od 21.05.2019. godine, obavijestio Agenciju da je u cilju urednosti ponuda, a prema članu 45. stav (1) tačka a), u vezi sa stavom (2) tačka a) istog člana Zakona, neophodno da svaki kandidat/ponuđač kumulativno dostavi potvrdu Suda BiH i potvrdu suda prema sjedištu pravnog lica, odnosno kandidata/ponuđača, iz razloga što nije definisan

Jedinstveni registar na nivou Bosne i Hercegovine, u koji bi se upisivale pravosnažne presude za osuđene za krivična djela organizovanog kriminala, korupcije, prevare i pranja novca.

S tim u vezi, neophodno je da ugovorni organ u tenderskoj dokumentaciji propiše obavezu za kandidate/ponuđače da, u smislu odredbi člana 45. stav (1) tačka a), u vezi sa stavom (2) tačka a) iste odredbe Zakona, dostave uvjerenje i Suda BiH i suda prema sjedištu pravnog lica, odnosno kandidata/ponuđača.

Dakle, kandidat/ponuđač iz Bosne i Hercegovine je dužan da vezano za primjenu člana 45. stav (2) tačka a) Zakona dostavi:

1. uvjerenje izdato od strane Suda BiH i
2. uvjerenje izdato od strane suda nadležnog prema sjedištu kandidata/ponuđača,

iz kojih uvjerenja je, kada se ista zajednički i zbirno posmatraju, vidljivo da se odnose na sva krivična djela iz člana 45. stav (1) tačka a) Zakona i kojim uvjerenjima se, kada se ista zajednički i zbirno posmatraju, potvrđuje da kandidatu/ponuđaču iz Bosne i Hercegovine u krivičnom postupku nije izrečena pravosnažna presuda kojom je osuđen za krivično djelo učešća u kriminalnoj organizaciji, za korupciju, prevaru ili pranje novca.

S tim u vezi, ugovorni organ je u tenderskoj dokumentaciji 6279/23 tačkom³ 10.1.3. propisao zakonitu obavezu za ponuđače da u smislu odredbi člana 45. stav (1) tačka a) u vezi sa stavom (2) tačka a) iste odredbe Zakona, dostave uvjerenje i Suda BiH i suda prema sjedištu pravnog lica, odnosno kandidata/ponuđača iz kojih uvjerenja je, kada se ista zajednički i zbirno posmatraju, vidljivo da se odnose na sva krivična djela iz člana 45. stav (1) tačka a) Zakona i kojim uvjerenjima se, kada se ista zajednički i zbirno posmatraju, potvrđuje da kandidatu/ponuđaču iz Bosne i