



BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANJE ŽALBI
Filijala/Podružnica Mostar

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ
Филијала Мостар

Broj: JN2-03-07-1-258-8/24
Mostar, 08.03.2024. godine

Ured za razmatranje žalbi BiH, filijala Mostar rješavajući po žalbi NXN-524/24/Ž od 16.01.2024. godine, žalitelja Nexen d.o.o. Banja Luka, zastupanog po punomoćniku Borisu Mandiću advokatu iz Istočnog Sarajeva, izjavljena na tendersku dokumentaciju u postupku javne nabavke: „Ugradnja EE kabla za napajanje sistema osnježenja na stazi 4“, ugovornog organa KJP ZOI'84 OCS d.o.o. Sarajevo, 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 III. održanoj 08.03.2024. godine donio je

RJEŠENJE

1. Usvaja se žalba i poništava se:
-Tenderska dokumentacija u postupku javne nabavke: „Ugradnja EE kabla za napajanje sistema osnježenja na stazi 4“, zajedno sa Obavještenjem o nabavci broj 707-7-2-360-3-338/23 od 29.12.2023. godine.
2. Usvaja se zahtjev žalitelja za naknadu troškova sastava žalbe izjavljene po punomoćniku Borisu Mandiću advokatu iz Istočnog Sarajeva, u iznosu od 658,12 KM, koje je ugovorni organ dužan nadoknaditi žalitelju u roku od 8 dana od dana prijema ovog Rješenja.
3. Ovaj organ donijet će posebno rješenje o povratu uplaćene naknade za pokretanje žalbenog postupka.

Obrazloženje

Ugovorni organ KJP ZOI'84 OCS d.o.o. Sarajevo (u daljem tekstu: ugovorni organ) pokrenuo je postupak javne nabavke putem konkurentskog zahtjeva za dostavljanje ponuda – „Ugradnja EE kabla za napajanje sistema osnježenja na stazi 4“. Obavještenje o nabavci broj: 707-7-2-360-3-338/23 objavljeno je na portalu javnih nabavki 29.12.2023. godine. Nakon preuzimanja tenderske dokumentacije ponuđač Nexen d.o.o. Banja Luka, zastupan po punomoćniku Borisu Mandiću advokatu iz Istočnog Sarajeva, (u daljem tekstu: žalitelj) izjavio je žalbu na odredbe tenderske dokumentacije. Ugovorni organ je postupajući u skladu s članom 100. stav (5) Zakona o javnim nabavkama prosljedio navedenu žalbu ovom organu, kod koga je zaprimljena 25.01.2024. godine.

Žalitelj u žalbi navodi:

1. Tačkom 10.4, podtačka 10.4.4. Tenderske dokumentacije, postavljen je sljedeći nepravilan i nezakonit zahtjev:

„10.4.4. 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.“

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 (Izveštaj o postupku javne nabavke)

(5) Izuzetno od odredaba člana 72. stav (pt) 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 dođe 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 osnovanosti 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. U Tenderskoj dokumentaciji u tački 10. Uslovi za kvalifikaciju ponuđača, podtačka 10.1. Lična sposobnost, navedeno je slijedeće:

„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) 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; 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 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 organizovanog 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 da je 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 mjerenje 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 mjerenje, 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/ponuđač 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 da je 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 Jedinstveni 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/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 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/ponuđač kumulativno dostavi potvrdu Suda BiH i potvrdu suda prema sjedištu pravnog lica odnosno kandidata/ponuđača?“.

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/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.

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 kojeg 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 propisano:

„Član 366 (Izvršenje krivičnog djela u sastavu kriminalnog udruženja)

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

(2) (...)

(3) Ko organizuje ili rukovodi grupom ili organizovanom kriminalnom grupom koja zajedničkim djelovanjem izvrše krivično djelo propisano ovim zakonom, 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 466. stav (1) i (3) KZ RS i član 442 stav (3) 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 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.“

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 da je 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.

4. 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 da je odbio zahtjev ugovornog organa. U tom slučaju ugovorni organ odbacuje njegovu ponudu.

Međutim, u Obavještenju o nabavci broj 707-7-2-360-3-338/23, objavljenom na Portalu javnih nabavki dana 29.12.2023. 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 što je u suprotnosti sa Opštim principima iz člana 3. Zakona o javnim nabavkama:

„Član 3. (Opšti principi)

(1) Ugovorni organ dužan je da postupá 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 da je 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, što je kontradiktorno ostatku tenderske dokumentacije jer se navodi da se garancija za ozbiljnost ponude ne zahtijeva, što je sve suprotno članu 53. ZJN. Uvidom u osporenu tačku TD, ovaj organ je utvrdio da je 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 go (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 ponudač 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 ponudač 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 da je 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 definisana 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.

5. U Tenderskoj dokumentaciji, tačkom 12.7. 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. 707-7-2-360-3-338/23 od 29.12.2023. godine, kao konkurentski zahtjev za dostavljanje ponuda.

Naime, tačkom 12.7. 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 da je 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.“

Naime, član 101. stav (1), 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.

6. 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: „10.2.1 Ponuđač mora ispunjavati uslove tehničke i profesionalne osposobljenosti (čl. 48. i 50. Zakona) te dostaviti dokaze u sklopu ponude na način kako je to predviđeno ovom TD-om: Ponuđač je, u svrhu dokazivanja tehničke i profesionalne sposobnosti u sklopu ponude dužan dokazati:

1) uspješno iskustvo u realizaciji jednog ugovora u prethodnih 3 (tri) godina istog ili sličnog karaktera i kompleksnosti u odnosu na predmet nabavke čija vrijednost izvršenog ugovora iznosi najmanje 14.000,00 KM bez uključenog PDV-a.“

Evidentna je nepravilnost postavljenog zahtjeva, a to je da Ugovorni organ navodi kako u svrhu dokazivanja tehničke i profesionalne sposobnosti moguće dostaviti samo jedan ugovor i to vrijednosti od 14.000,00 KM bez PDV-a, što je u konkretnom nesumnjivo prekomjeran zahtjev.

U postupku utvrđivanja tehničke i profesionalne sposobnosti ponuđača za izvršenje javne nabavke, upravo je izvršavanje više ugovora koji su isti ili slični predmetu javne nabavke dokaz koji ukazuje na osposobljenost ponuđača kao i za pristutnost ponuđača na tržištu.

Svaki ponovljeni angažman ponuđača govori više o njegovim kvalitetama i sposobnosti, dok nasuprot tome kada je situacija takva gdje Ugovorni organ dobije samo jedan dokaz o izvršenom ugovoru, ne dopušta kreiranje šire slike koja govori o sposobnosti ponuđača u ovom smislu.

Ovakva formulacija, s obzirom na prethodno obrazloženo, nije primjenjiva, niti usklađena sa Zakonom o javnim nabavkama.

Kao takav, zahtjev je nepravilan i suprotnosti sa Zakonom o javnim nabavkama u sljedećem:

„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 definiše 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.“

Evidentno, Ugovorni organ ni u čemu nije vodio računa o transparentnom i neskrivnom postupku u odnosu na ponuđače, imajući u vidu istaknute nepravilnosti u samo jednoj tački tenderske dokumentacije. Opstojnost ovakvog zahtjeva je upitna, kao i cijeli postupak, ukoliko se osporavni dijelovi zahtjeva ne izmijene, pri čemu se prioritarno mora dozvoliti dokazivanje tehničke i profesionalne sposobnosti putem više istih ili sličnih predmetnoj javnoj nabavci uredno izvršenih ugovora.

Budući da se postavljeni zahtjev u Tenderskoj dokumentaciji od strane Ugovornog organa javlja nepravilnim i u suprotnosti sa prethodno citiranim zakonskim odredbama, to predmetni žalbeni navod valja usvojiti kao osnovan, a kako bi se predmetni postupak javne nabavke proveo na zakonit način, poštujući Opšte principe ZJN koje proklamuje član 3., te kako bi se ostvarila

aktivna i pravična konkurencija u punom kapacitetu, u protivnom usljed neusklađenosti sa odredbom člana 48. ZJN.

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

U Aneksu 8 Nacrt Ugovora, u potpisu Prijedloga Nacrta ugovora, za Izvršioca i za Naručioca, inkorporisani su datumi koji se odnose na 2023. godinu.

Naime, zahtijeva se upisivanje broja i datuma Ponude, te je navedena 2023. godina kao jedina godina u kojem može ponuda biti pripremljena.

Predmetni postupak javne nabavke je raspisan dana 29.12.2023. godine, a određen je rok za dostavljanje ponuda 19.01.2024. godine. Imajući u vidu 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 naveo 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 19.01.2024. 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 precizna 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.

8. Tenderska dokumentacija sadrži neusaglašene dijelove - kroz Tendersku dokumentaciju tačkom 7. definisana je Ugovorna kazna, a iz Aneksa 8 - Nacrt ugovora koji predstavlja dio tenderske dokumentacije, navodi se da se ugovaraju penali.

Naime, u Aneksu 8 - Nacrt ugovora, u glavi V, članovima 4., 5 i 6. koji je imenovan kao PENALI, navedeno je sljedeće:

„Član 4.

(1) U slučaju kašnjenja u izvršenju ugovora od strane Izvršioca u odnosu na ugovorene rokove za svaki dan se odbija 0,03 % od ugovorene cijene, a maksimalno 5% od vrijednosti ugovora.

(2) Ukoliko je dostignut maksimalni iznos penala, Naručilac može po svom diskrecionom pravu zahtijevati od Izvršioca da ispunji svoje obaveze ili da jednostrano raskine Ugovor. U oba slučaja, Naručilac ima pravo na nadoknadu štete u skladu sa ovim Ugovorom.

Član 5.

Ugovorne strane su saglasne da je Izvršilac dužan da plati penale od trenutka kada je primjećeno kašnjenje, bez obaveze Naručioca da upozori Izvršioca. Naručilac ima pravo da naplati penal tako što će umanjiti konačnu ispostavljenu fakturu od strane Izvršioca, o čemu će pisanim putem obavijestiti Izvršioca.

Član 6.

Naplata penala od strane Naručioca neće osloboditi Izvršioca od obaveze da ispunji pun obim usluga koje ima po ovom Ugovoru.“

Prije svega, evidentna je neusklađenost između instuta Penali koje UO propisuje i cjelokupnog člana, u odnosu na tačku 7. Tenderske dokumentacije kojom se navodi da je predviđena Ugovorna kazna. U navedenom UO je načinio grešku i poistovijetio dva instituta, ali iz čega proizilazi da je propisivanjem ovakva dva instituta stavio nesrazmjernu obavezu na drugu ugovornu stranu.

Tako, tačkom 7. Tenderske dokumentacije, propisuje:

„7- UGOVORNA KAZNA

Dobavljač je dužan obavijestiti ugovorni organ ukoliko dođe do eventualnog kašnjenja u izvršenju ugovora najkasnije u roku od 7 (sedam) dana od dana saznanja.

Ukoliko dobavljač ne izvrši ugovorene obaveze u ugovorenom roku, dužan je na ime ugovorne kazne fakturu za izvršenu uslugu umanjiti za iznos od po 0,03 % od ukupno ugovorenog iznosa za svaki započeti dan kašnjenja do izvršenja ugovora, a najviše do 5% od ukupno ugovorenog iznosa.

Ako Naručilac zakašni s ispunjenjem svoje obaveze u plaćanju dužan je Izvršiocu platiti zateznu kamatu po stopi koja je utvrđena pozitivnim zakonskim propisima iz oblasti obračuna zatezne kamate.

Ukoliko se tokom izvršenja ugovora utvrdi da je postupak dodjele ugovora zasnovan na značajnim greškama, nepravilnostima ili prevari za koje je odgovoran dobavljač, ugovorni organ može odbiti ili obustaviti plaćanja po ovom ugovoru, zahtijevati povrat plaćenog iznosa ili raskid ugovora u odnosu na obim i ozbiljnost grešaka, nepravilnosti ili prevara.

Ugovorna kazna ne oslobađa dobavljača od odgovornosti po propisima Zakona o obligacionim odnosima za neispunjenje ili neuredno ispunjenje ugovora, sve do namirenja stvarne štete.

Ugovorni organ neće naplatiti ugovorenu kaznu ukoliko je do kašnjenja došlo usljed više sile. Pod višom silom se podrazumjeva slučaj kada ispunjenje obaveze postane nemoguće zbog vanrednih vanjskih događaja na koje dobavljač nije mogao uticati niti ih predvidjeti.“

Posebna nepravilnost ogleda se u tome da Ugovorni organ definiše obavezu plaćanja i ugovorne kazne i penala u slučaju zakašnjenja odabranog ponuđača, pri čemu uopšte ne navodi da i u slučaju kašnjenja koje nije skrivljeno od strane ponuđača, teret plaćanja i penala i ugovorne kazne i zakonskih zateznih kamata - pada na isporučioaca. (!?)

Ovakav način određivanja ugovorne kazne + penala + zakonske zatezne kamate je neprihvatljiv i nezakonit jer je Ugovorni organ unaprijed propisao odredbu ugovora koja drugu ugovornu stranu - ponuđača, stavlja u neravnopravan položaj, s obzirom daje ponuđač prinuđen prihvatiti obavezu a pri tom mora pristati na uslove koji ga izlažu riziku i bez njegove krivice, jer uopšte nije definisano da ponuđač bude objektivno spriječen ili čak obavješten od strane ugovornog organa da nešto ne isporuči u ugovorenom vremenu - pa i takav dogovor bi potpao pod situaciju kašnjenja - a što je u suprotnosti sa interesima, ali i dobrim običajima, a što je u potpunosti nezakonito.

Nije sporno da Ugovorni organ ima diskreciono pravo postaviti uslov kojim može zaštititi sebe u smislu neizvršavanja obaveza od strane ponuđača, te da može postaviti i određenu ugovornu kaznu za nerealizovani posao, ali to može činiti samo u skladu sa određenim zakonskim propisima koji regulišu predmetnu oblast i pri tome bez izuzetka odrediti da se ta situacija odnosi eksplicite u slučaju kašnjenja izazvanog krivicom ponuđača/isporučioaca.

Predmetni dijelovi Tenderske dokumentacije (tačka 7. TD - Ugovorna kazna i glava V Penali) su neusaglašeni, nepravilni, suprotni moralu, suprotni načelu savjesnosti i poštenja, jer ugovorne strane dovodi u neravnopravan položaj, što predstavlja zloupotrebu prava i zloupotrebu monopolskog položaja, a što ponuđače dovodi u situaciju ugrožavanja prava na imovinu iz člana 11/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1 uz EKLJP.

„Ravnopravnost strana podrazumijeva njihovu pravnu a ne ekonomsku ravnopravnost. S tim u vezi, prilikom zasnivanja obligacionih odnosa jedna strana ne smije imati nadređen položaj u odnosu na drugu stranu koja bi korištenjem takvog položaja drugoj strani nametnula neželjeni sadržaj ugovora i obaveze koje iz njega proizilaze. Ako bi jedna strana, koristeći se svojim položajem, drugoj strani, nametnula obaveze koje slabija strana pod normalnim okolnostima ne bi prihvatila, tada bi slabija strana“ mogla zahtijevati poništenje takvog ugovora.“

I na koncu, radi se o neusaglašenim pravnim institutima na koje se ugovorni organ poziva, budući da je Glava V Nacrta Ugovora naslovljena PENALI, a u Tenderskoj dokumentaciji se tačkom 7. obrađuje UGOVORNA KAZNA.

Za razliku od ugovorne kazne, penali su određeni zakonom; kogentne su prirode, pa stranke ne mogu ugovorom isključiti primjenu zakonskih penala.

Evidentno, ovakvo višestruko definisanje ugovorne kazne penala i zakonske zatezne kamate, propisivanje odredbi ugovora koji sadrže mješanje instituta koji su dijametralno suprotni (ugovorni i zakonski), propisivanjem uslova koji isključuju jedni druge, to se javlja nespornim da već u ovoj fazi postupka nije moguće utvrditi pod kakvim uslovima će se vršiti realizacija ugovora, to predmetne odredbe valja ukloniti u cijelosti iz TD.

Dakle, UO nije ponudio jasne i zakonite informacije ponuđačima u tenderskoj dokumentaciji što je u suprotnosti sa članom 53. ZJN

„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.“

ali i sa sljedećim:

„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 dostavljanje zahtjeva za učešće/ponuda (početnih i konačnih), tehničke specifikacije, kriterijume za kvalifikaciju i izbor najpovoljnije ponude, nacrt ili osnovne elemente ugovora i druge relevantne dokumente i objašnjenja; “

Ovakav način propisivanja ugovorne kazne, penala i zakonske zatezne kamate ne predstavlja ništa drugo osim narušavanja konkurentne osnove postupka i Opštih principa iz člana 3. Zakona o javnim nabavkama, te je neophodno glavu V Nacrta ugovora i tačku 7. Tenderske dokumentacije, usuglasiti navedene dijelove TD, te uskladiti pomenute institute, u protivnom predmetni postupak valja poništiti u skladu sa članom 103. ZJN.

9. Tenderska dokumentacija sadrži nezakonite odredbe u pogledu roka za dostavljanje ugovora na potpis.

Tačkom 12.6 Tenderske dokumentacije definisano je Zaključenje ugovora i podugovaranje, a Tačkom 12.6.1 propisano je sledeće:

„12.6.1. Ugovorni organ će dostaviti na potpis izabranom ponuđaču prijedlog ugovora, i to nakon isteka roka od 10 (deset) dana, računajući od dana kada su svi ponuđači obavješteni o izboru najpovoljnije ponude. Navedeni rok od 10 (deset) dana se ne primjenjuje ako u postupku bude učestvovao samo jedan ponuđač i njegova ponuda bude izabrana.“

Navedena odredba Tenderske dokumentacije je u direktnoj suprotnosti sa Zakonom o javnim nabavkama, i to članom 72. stav (1), a koji glasi:

„(1) Ugovorni organ dostavlja na potpis izabranom ponuđaču prijedlog ugovora, i to nakon isteka roka od 15 dana, računajući od dana kada su svi ponuđači obavješteni o izboru najpovoljnije ponude. Izabrani ponuđač prihvata prijedlog ugovora i zaključuje ugovor.“

Kako je vidljivo, zakonodavac je propisao rok od minimalno 15 dana za dostavljanje ugovora na potpis.

Nadalje, o kakvoj nepravilnosti i nezakonitosti Tenderske dokumentacije se radi. najbolje govori i član 89. stav (3) ZJN, kojim je propisana Dodjela ugovora u postupku konkurentskog zahtjeva, te je definisano:

„(3) Kada ugovorni organ primi jednu prihvatljivu ponudu, dodjeljuje ugovor tom ponuđaču i to najkasnije u roku od deset dana računajući od dana prijema odluke ugovornog organa o izboru najpovoljnijeg ponuđača.“

Dakle, rok od 10 (deset) dana, i u postupku po konkurentskom zahtjevu je propisan samo i isključivo kao izuzetak, ne kao pravilo - sa definisanjem konkretne situacije za primjenu - ukoliko je primljena samo „jedna prihvatljiva ponuda“.

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.“

Ovakvo propisivanje uslova direktno šteti i samom žalitelju, jer ga se izlaže riziku da ne svojom krivicom bude pozvan na potpis ugovora u rokovima koji nisu u skladu sa zakonom, te bi se konkurencija mogla pozvati na neusklađenost TD, a što bi predstavljalo razlog za poništenje postupka u cijelosti jer se radi o bitnoj povredi postupka. U cilju prevencije učešća u postupku koji vodi ka navedenim implikacijama, to Žalitelj smatra relevantnim forumom izjavljivanje žalbe na tendersku dokumentaciju, a kako bi preduprijedio rizike, i zaštitio sopstvene interese i prava koji proističu u daljnjim fazama ovog postupka, (bespotrebne troškove pripreme ponude, angažovanja ljudstva, resursa, i dr.)

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 formal no-pravni uslov za pristup modifikaciji Tenderske dokumentacije, u protivnom ispunjeni su uslovi za primjenu člana 103. ZJN i poništenje postupka u cijelosti.

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 6488/23 od 29.12.2023. 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 proslijedi 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:

Prije nego što se upustio u meritorno odlučivanje, Ugovorni organ je pristupio provjeri formalnih pretpostavki za ulaganje žalbe, koje moraju biti ispunjene, kako bi se uopšte pristupilo rješavanju iste, a odnose se na uslovljene pretpostavke propisane odredbama člana 100. stav (1). ZJN, te je utvrdio da je žalba blagovremena, dopuštena i izjavljena u skladu sa pomenutim odredbama Zakona.

Po prijemu pismene žalbe podnosioca Žalitelja, Ugovorni organ je obustavio postupak nabavke do konačnog rješavanja po predmetnoj Žalbi, te o istom obavijestio sve potencijalne ponuđače putem portala Agencije za javne nabavke www.ejn.gov.ba

Razmatrajući Žalbu izvršena je analiza u odnosu na navode Žalbe i sadržinu predmetne tenderske dokumentacije pri čemu je utvrđeno sljedeće:

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 proglasiti 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 daje 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 u slučaju ako ovaj

ugovorni organ odluči da prihvati izmjenju cijenu. Bitno je istaći da član 75. stava (5) Zakona predviđa da se ugovor može izmijeniti u slučaju ispunjavanja naprijed navedenih Zakonom propisanih uslova, ali izmjena ugovora nije obaveza za ugovorno tijelo. Naime, da li će ugovorno tijelo izmijeniti ugovor ostaje njemu na dispoziciji bez obzira što su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi koji omogućavaju izmjenu ugovora. 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: 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 organizovanog 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 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.

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 tačkom 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 Hercegovine u krivičnom postupku nije izrečena pravosnažna presuda kojom je osuđen za krivično djelo učešća u kriminalnoj organizaciji, za korupciju, prevaru ili pranje novca pa se i ovaj žalbeni navod se odbija kao neosnovan.

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.

U pogledu žalbenog navoda broj 4: Postavljeni uslovi nisu u suprotnosti sa ZJN BiH kao što Žalitelj tvrdi u ovome Žalbenom navodu.

U dijelu period važenja ponude navedno je sljedeće:

11.7.1 Ponude moraju važiti 120 dana (stotinudvadeset) 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, produžiće 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, smatraće se da je ponuđač odbio zahtjev ugovornog organa, te se njegova ponuda neće razmatrati u daljem toku postupka.

Ukoliko ponuđač u ponudi ne navede period važenja ponude ili navede pogrešan period smatrat će se da ponuda važi za period naznačen u tenderskoj dokumentaciji. U slučaju da je period važenja ponude kraći od perioda navedenog u TD-ov, ugovorni organ će odbiti takvu ponudu.

Znači, TD nigdje nije propisano da se garancija za ozbiljnost ponude zahtjeva u ovome postupku javne nabavke, pa tako Žalitelj a i ostali potencijalni ponuđači nisu dovedeni u zabludu da li će

njihova ponuda biti izopštena, kao što to Žalitelj tvrdi, iz daljeg toka postupka ukoliko im se zatraži produženje ponude a isti ne produže garanciju za ozbiljnost ponude. Jasno je jer Žalitelj nema obavezu dostavljanja garancije za ponudu pa se ne ostavlja obaveza niti njenog produženja.

Ugovorni organ je kod ocjene osnovanosti ovog žalbenog navoda cijenio isté 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 komaparciju 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 poješnjenje kroz portal AJN a. 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.

U pogledu žalbenog navoda 5 odbija se kao neosnovan. Kada je u pitanju ovaj žalbeni navod smataramo de je isti neosnovan, i da nije nezakonit.

Predmetni postupak jeste pokrenut kao konkurentski zahtjev za dostavu ponuda, ali uslov koji je postavljen za izjavljivanje žalbe nije u suprotnosti sa ZJN. Naime, članom 101 stav (5) jeste propisan rok žalbe u trajanju od 5 (pet) dana od dana preuzimanja konkurentskog zahtjeva što je ovaj ugovorni organ svakako i ispoštovao u potpunosti, čak je ponuđačima ostavio i dodatnih 5 (pet) dana da izjave žalbu ako smatraju daje lošim postupanjem ugovornog organa njihovo pravo za učešće u postupku na neki način ugroženo. Ako posmatramo član 101 ZJN a jasno je da je ovaj ugovorni organ ispoštovao njegove odredbe te da nije skratio rok za izjavu žalbe ni po kojem osnovu, te se ovakvo postupanje ne može posmatrati kao pogrešno, obzirom daje u ostavljenom roku ispoštovano 5 dana na koje se Žalitelj poziva u ovome žalbenom navodu.

U TD dokumentaciji je jasno navedeno: 12.7.1 Svaki ponuđač odnosno svaki privredni subjekt koji ima ili je imao interes za dodjelu ugovora o javnoj nabavci i koji učini vjerovatnim da je 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 oodzakonskih 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. Dalje, u članu 101 stav (1) tačka a) i b) propisano je sljedeće:

(1) Žalba se izjavljuje:

- a) u roku od deset dana od dana objavljivanja obavještenja u odnosu na podatke iz obavještenja o nabavci, odnosno u roku od deset dana od dana preuzimanja tenderske dokumentacije na sadržaj tenderske dokumentacije;
- b) u roku od deset dana od dana objavljivanja izmjene i/ili dopune tenderske dokumentacije u odnosu na sadržaj izmjene i/ili dopune tenderske dokumentacije;

Dakle, rok za izjavljivanje žalbe na TD koji je primjenio ovaj ugovorni organ u predmetnoj TD je sasvim zakonit i u skladu sa članom 101 stav (1) tačka a) i b) ZJN i nikako ne znači da ako je ovaj ugovorni organ omogućio duži rok za izjavljivanje žalbe na TD da je isti nezakonit. Ponuđači se nikako ne dovode u zabludu u pogledu dužine roka za žalbu jer u tačkama a) i b) člana 101 ZJN nigdje ne stoji odredba da se ovaj rok ne može primjenjivati za izjavljivanje žalbe na TD u postupku koji je ovaj ugovorni organ pokrenuo. Rok koji je definisan je jasan a obzirom da je propisan tenderskom dokumentacijom mora se i primjenjivati kod eventualno uložene žalbe, obzirom da je ugovorni organ po ZJN BiH dužan da se pridržava uslova koji su propisani u TD.

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.

U pogledu žalbenog navoda 6 odbija se kao neosnovan: Tenderskom dokumentacijom nije postavljen neprecizan, neusaglašen zahtjev niti je isti ograničavajući.

Tačkom 10.2.2. definisano je sljedeće: Ponuđač je u ponudi dužan dostaviti sljedeća dokumenta kojima dokazuje tvrdnje navedene u Izjavi iz tačke 10.2.1.

Spisak ugovora koji sadrži jedan ugovor minimalne vrijednosti 14.000,00 KM bez PDV-a koji su za predmet imali izvršenje poslova istog ili sličnog karaktera i kompleksnosti u odnosu na predmet

nabavke u poslednjih 3 (tri) godina ili od datuma registracije, početka poslovanja, ako je registrovan, počeo sa radom prije manje od 3 (tri) godine;

Potvrdu koja se odnosi na uspješno izvršenje poslova koji su istog ili sličnog karaktera u odnosu na predmetnu nabavku a koju daje druga ugovorna strana o njihovoj realizaciji;

Dodatne napomene:

1) Ponuđač dostavlja jednu potvrdu o uspješnom izvršenju jednog ugovora na iznos od minimalno 14.000,00 KM bez PDV-a koji su za predmet imali izvršenje poslova istog ili sličnog karaktera i kompleksnosti u odnosu na predmet nabavke.

2) U priloženoj potvrdi o uredno izvršenim poslovima mora biti navedeno (kako je i definisano članom 48. stav 3. Zakona) i to :

- a) naziv i sjedište ugovornih strana ili privrednih subjekata;
- b) predmet ugovora;
- c) vrijednost ugovora;
- d) vrijeme i mjesto izvršenja ugovora;
- e) navodi o uredno izvršenim ugovorima.

3) U skladu sa članom 48. Zakona, u slučaju da se tražene potvrde iz objektivnih razloga ne mogu dobiti od ugovorne strane koja nije ugovorni organ, vrijedi izjava privrednog subjekta o uredno izvršenim ugovorima, uz predočavanje dokaza o učinjenim pokušajima da se takve potvrde osiguraju.

Dakle, informacija je jasna i precizna zahtjeva se iskustvo za najmanje jedan ugovor koje je isti

ili sličan predmetu nabavke, srazmjeran procijenjenoj vrijednosti u predmetnom postupku i to je najmanje što svaki ponuđač treba da zadovolji, ali ga ni na koji način ovako definisan uslov ne ograničava da dostavi i više od postavljenog uslova.

Tačkom 10.2.2. ponuđačima se daju precizni i konkretni podaci na osnovu kojih se to dokaza vrši provjera osposobljenosti u predmetnom postupku. Zahtjev je srazmjeran postupku male vrijednosti i potpun, jasan, nije ograničavajući i kao takav dovoljan ponuđačima da pripreme ponudu na stvarno konkurentskoj osnovi.

Žalitelj je mogao, da je htio i imao iskrenu namjeru za pripremu ponude, tražiti poješnjenje kroz portal AJN a. 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. Do roka za prijem ponuda u predmetnom postupku zaprimljene su tri ponude od potencijalni ponuđača koji su imali iskrenu namjeru za učešće i interes da dobiju ugovor u predmetnom postupku što dovoljno govori da TD nije ograničavajuća za ponuđače.

U pogledu žalbenog navoda 7 odbija se kao neosnovan: Tenderska dokumentacija ne sadrži nepravilne dijelove i nije sačinjena suprotno ZJN BiH i podzakonskim aktima kao što Žalitelj tvrdi u ovome žalbenom navodu.

Predmetnom TD u tački 12.6.2 propisano je sljedeće: Prijedlog ugovora je sastavni dio ove tenderske dokumentacije. Nacrt ugovora ponuđač potpisuje i svojim pečatom ovjerava čime potvrđuje da prihvata elemente sadržane u Nacrtu ugovora. Ponuđač nije obavezan popunjavati ostale dijelove nacrta Ugovora.

Iz navednog je moguće uvidjeti da se u nacrt ugovora ne zahtjeva upisavanje podataka o ponudi, broj i datum ponude pa samim time, stoga ovaj žalbeni navod nema uporište i ne može se vezati za kalendarsku godinu a ponuđači se ni na koji način ne dovode u situaciju da ponudu mogu pripremiti samo u 2023 kalendarskoj godini kako bi ista bila prihvatljiva. Tačkom 12.6.2. jasno je propisan uslov da Žalitelj pa i ostali potencijalni ponuđači nisu obavezni popunjavati ostale dijelove nacrta Ugovora. Također, u nacrtu ugovor pod napomena jasno je precizirano: Ostali dodatni elementi i klauzule precizirat će se konačnim Ugovorom a shodno predmetu i uslovima iz tenderske dokumentacije te prema prihvaćenoj ponudi.

U pogledu žalbenog navoda 8: Jačkom 7. predviđena je UGOVORNA KAZNA : Dobavljač je dužan obavijestiti ugovorni organ ukoliko dođe do eventualnog kašnjenja u izvršenju ugovora najkasnije u roku od 7 (sedam) dana od dana saznanja.

Ukoliko dobavljač ne izvrši ugovorene obaveze u ugovorenom roku, dužan je na ime ugovorne kazne fakturu za izvršenu uslugu umanjiti za iznos od po 0,03 % od ukupno ugovorenog iznosa za svaki započeti dan kašnjenja do izvršenja ugovora, a najviše do 5% od ukupno ugovorenog iznosa.

Ako Naručilac zakasni s ispunjenjem svoje obaveze u plaćanju dužan je Izvršiocu platiti zateznu kamatu po stopi koja je utvrđena pozitivnim zakonskim propisima iz oblasti obračuna zatezne kamate.

Ukoliko se tokom izvršenja ugovora utvrdi da je postupak dodjele ugovora zasnovan na značajnim greškama, nepravilnostima ili prevari za koje je odgovoran dobavljač, ugovorni organ može odbiti ili obustaviti plaćanja po ovom ugovoru, zahtijevati povrat plaćenog iznosa ili raskid ugovora u odnosu na obim i ozbiljnost grešaka, nepravilnosti ili prevara.

Ugovorna kazna ne oslobađa dobavljača od odgovornosti po propisima Zakona o obligacionim odnosima za neispunjenje ili neuredno ispunjenje ugovora, sve do namirenja stvarne štete. Ugovorni organ neće naplatiti ugovorenu kaznu ukoliko je do kašnjenja došlo usljed više sile. Pod višom silom se podrazumjeva slučaj kada ispunjenje obaveze postane nemoguće zbog vanrednih vanjskih događaja na koje dobavljač nije mogao uticati niti ih predvidjeti.

U nacrtu ugovora stav V PENALI, Član 4. nacrta ugovora propisano je: (1) U slučaju kašnjenja u izvršenju ugovora od strane Izvršioca u odnosu na ugovorene rokove za svaki dan se odbija 0,03 % od ugovorene cijene, a maksimalno 5% od vrijednosti ugovora.-(2) Ukoliko je dostignut maksimalni iznos penala, Naručilac može po svom diskrecionom pravu zahtijevati od Izvršioca da ispuni svoje obaveze ili da jednostrano raskine Ugovor. U oba slučaja, Naručilac ima pravo na nadoknadu štete u skladu sa ovim Ugovorom.

Dakle, tačkom 7 propisane su minimalne obaveze ukoliko dođe do eventualnog kašnjenja u izvršenju ugovora za ponuđača. Ugovorna kazna ili penal je odredba kojom se stranke sporazumijevaju da će dužnik platiti vjerovniku neki novčani iznos ili da će mu dati neku drugu imovinsku korist ako svoju obvezu ne ispuni, ako zakasni s ispunjenjem ili ako ju neuredno ispuni. Uloga je ugovorne kazne osigurati ispunjenje obaveze i olakšati namirenje nastale štete. U TD ugovorni organ je tačkom 7. propisao odrebu, odnosno kaznu koju će ponuđač platiti u slučaju eventualnog kašnjenja u izvršenju svojih obaveza te je istu uskladio sa članom 4 nacrta ugovora u vidu penala. Ne postoji razlika u propisu i tiče se istih obaveza. Ugovorni organ u nacrtu ugovora nije propisao dva člana, član 4. PENALI i recimo član 5 UGOVORNA KAZNA, pa nije ni višesturko definisao obaveze za ponuđače. Ugovorni organ je ponudio jasne i zakonite informacije ponuđačima, ove informacije i uslovi nisu suprotne članu 53. ZJN, pa ovaj žalbeni navod odbacujemo kao neosnovan.

U pogledu žalbenog navoda 9 odbacuje se kao neosnovan: Tačkom 12.6. nije propisana nezakonita odredba u pogledu dostavljanja ugovora na potpis i ista je usklađena sa članom 98. stav 4 ZJN BiH.

Član 98. stav (4) ZJN je propisano sljedeće: u slučaju da na odluku o dodjeli ugovora u postupku nabavke male vrijednosti nema žalbe, ugovorni organ dužan je da zaključi ugovor u roku od deset dana od dana obavještanja učesnika postupka o izboru najpovoljnijeg ponuđača.

Član 87 ZJN BiH propisuje vrste postupka za dodjelu ugovora male vrijednosti: Postupci javne nabavke za dodjelu ugovora male vrijednosti su: a) konkurentski zahtjev za dostavljanje ponuda i b) direktni sporazum.

Dakle, ugovorni organ je obavezan u konkurentskom zahtjevu da poštuje citirane zakonske odredbe, osim u slučaju ako je izjavljena žalba, kada dejstvuje suspenzivno dejstvo žalbe do