



BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANJE ŽALBI
Filijala/Podružnica Mostar

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ
Филијала Мостар

Broj: JN2-03-07-1-403-8/23
Mostar, 14.03.2024. godine

Ured za razmatranje žalbi BiH, Podružnica Mostar, rješavajući po žalbi ponuditelja Nexen d.o.o. Banja Luka, zastupanog po punomoćniku Borisu Mandiću, advokatu iz Istočnog Sarajeva, izjavljene na Tendersku dokumentaciju od prosinca 2023. godine za predmet nabave: *Građevinski radovi-iskopi i zatrpavanje za održavanje EEO-a i za potrebe priključenja na EEO objekte na području Kantona Sarajevo*, ugovornog tijela JP EP BIH d.d. Sarajevo, Podružnica Elektro distribucija Sarajevo, na temelju članka 93. stavak (8), 104. i članka 111. stavak (1) točka d) Zakona o javnim nabavama ("Službeni glasnik BiH" broj: 39/14, 59/22), na sjednici Vijeća II održanoj 14.03.2024. godine, donio je

RJEŠENJE

1. Žalba se usvaja.
2. Poništava se Tenderska dokumentacija od prosinca 2023. godine za predmet nabave: *Građevinski radovi-iskopi i zatrpavanje za održavanje EEO-a i za potrebe priključenja na EEO objekte na području Kantona Sarajevo*, ugovornog tijela JP EP BIH d.d. Sarajevo, Podružnica Elektro distribucija Sarajevo.
3. Usvaja se zahtjev žalitelja za naknadu troškova sastava žalbe izjavljene po punomoćniku Borisu Mandiću iz Istočnog Sarajeva u iznosu od 658,12 KM, koje je ugovorno tijelo JP EP BIH d.d. Sarajevo, Podružnica Elektro distribucija Sarajevo dužno nadoknaditi žalitelju, zastupanom po punomoćniku Borisu Mandiću iz Istočnog Sarajeva u roku od 8 dana od dana prijema ovog Rješenja.
4. Usvaja se zahtjev za povrat uplaćenih sredstava na ime naknade za pokretanje žalbenog postupka.

Obrazloženje

JP EP BIH d.d. Sarajevo, Podružnica Elektro distribucija Sarajevo (u daljem tekstu: **Ugovorno tijelo**), je pokrenulo Otvoreni postupak za predmet nabave: – *Građevinski radovi-iskopi i zatrpavanje za održavanje EEO-a i za potrebe priključenja na EEO objekte na području Kantona Sarajevo*, za koju je obavijest o nabavi objavljena na Portalu javnih nabava broj: 1437-1-3-189-3-193/23 od 28.12.2023. godine. Žalitelj je izjavio žalbu ugovornom tijelu na Tendersku dokumentaciju od prosinca 2023. godine. Kod ovog tijela je zaprimljena dana 08.02.2024. godine, a uplata naknade za pokretanje žalbenog postupka, izvršena je dana 19.02.2024. godine.

Žalitelj u žalbi navodi:

1. Ugovorni organ nije precizno definisao mjesto izvođenja radova koji čine predmet javne nabavke te ponuđačima nisu ponudene jasne i precizne informacije.

U Tenderskoj dokumentaciji pod tačkom 2. Podaci o predmetu nabavke, podtačka 2.5. navedeno je: gadovi će se izvoditi na području Kantona Sarajevo.“

Ugovorni organ je veoma široko i neprecizno definisao lokaciju izvođenja radova, što ponuđačima nije dovoljan podatak za pripremu ponuda na stvarno konkurentnoj osnovi.

Prije svega, bitno je razumjeti da se pojam „EEO“ odnosi na radove na redovnom održavanju i drugim radovima na elektroenergetskim objektima. Elektroenergetski objekti nisu male i nepredvidive investicije. Radovima koji su predmet nabavke prethodi podnošenje zahtjeva od strane kupca ili službe za proširenje mreže, te su takvi poslovi sistemski i predvidivi. Za radove na elektroenergetskim objektima kreira se projektna dokumentacija i ishode odobrenja (elektroenergetska saglasnost (EES), skica ili elaborat, a za veće zahvate i glavni projekat sa odobrenjem za gradnju) a sve to predviđa jasno definisani i lokaciju i količinu nabavke.

Iz naziva predmeta nabavke jasno je da se radi o radovima na održavanju i drugim radovima na EEO objektima pa se postavlja pitanje gdje će se isti izvoditi. Da li će se kablovi polagati uzbrdo, nizbrdo, preko rijeke, potoka, jezera, pruge i si. Cijena tih radova nije ista za sve vrste poslova. Isto se odnosi i na postavljanje stubova, u rijeku, potok, na ravnicima, u šumi, na nepristupačnom terenu. Da bi ugovorni organ mogao pokrenuti postupak javne nabavke, potrebno je da tehničke specifikacije budu jasno definisane, pojedinačne pozicije moraju biti jasne, što uključuje opis, kvalitet, lokaciju ugradnje i si.

S tim u vezi, Ugovorni organ u tenderskoj dokumentaciji, uopšte nije predvidio mogućnost i uslove pod kojima se može obići lokacija što dodatno ukazuje na nemogućnost određivosti mjesta izvođenja radova na osnovat tenderske dokumentacije, izuzev informacije da će se radovi vršiti na području Kantona Sarajevo, što ni u kojem, slučaju nije dovoljno. Nepreciznim definisanjem lokacije, ponuđači su uskraćeni suprotnosti sa Zakonom o javnim nabavkama, član 53. koji glasi:

(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.

Ured za razmatranje žalbi, razmatrajući sličnu pravnu i činjeničnu situaciju, u Rješenju br. JN2-03-07-1-2346-8/22 od 22.09.2022. godine, Rješenju br. JN2-01-07-1-1994-5/22 od 18.08.2022. godine, Rješenju Ureda za razmatranje žalbi zauzeo je stav u Rješenju br. JN2-01-07-1-2215-7/22 od 18.08.2022. godine, Rješenju br. JN2-01-07-1-2913-10/23 od 28.12.2023. godine:

Kako bi se postupak javne nabavke nastavio u skladu sa zakonom, te kako bi ponuđači imali jasne i potpune informacije, to je ovaj žalbeni navod nužno usvojiti kao osnovan, te u skladu s tim izvršiti izmjene i dopune Tenderske dokumentacije, jer u protivnom, radi se o bitnim povredama propisanim članom 103. ZJN, a posljedica tome je poništenje Tenderske dokumentacije u cijelosti.

2. U Tenderskoj dokumentaciji u tački 3. Uslovi za kvalifikaciju, podtačka 3.1. navedeno je sljedeće:

„Ponuđač koji bude odabran kao najpovoljniji u ovom postupku javne nabavke je dužan dostaviti sljedeće dokaze u svrhu činjenica potvrđenih u izjavi i to:

a) izvod iz kaznene evidencije nadležnog suda da u krivičnom postupku nije osuđen pravosnažnom presudom za krivična djela organiziranog kriminala, korupciju, prevaru ili pranje novca, u skladu sa važećim propisima u Bosni i Hercegovini ili zemlji u kojoj je registrovan (za ponuđače registrovane u BiH: kumulativno 2 uvjerenja: uvjerenje Suda BiH i uvjerenje suda prema sjedištu ponuđača. Neće se prihvatljivim smatrati 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 ponuđača). “

Ugovorni organ je zahtjev iz tačke 3, podtačka 3.1. pod a) 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 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/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 članu 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/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.“ 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 daje 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) tačka 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 kojea suda u BiH, u kojem nisu naznačena sva navedena krivična djela, već samo neka od njih ili uvjerenie 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 kumulativno 2 uvjerenja: uvjerenje Suda BiH i uvjerenje suda prema sjedištu ponuđača.

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 određeno 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, upućuje na dostavljanje kumulativno 2 uvjerenja, 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 zakonikom, 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 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 mjerjenje 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 (11 RS) i Kantonalnom suda (FBM) (član 366. stav (1) i (3) KZ RS i član 342 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 (i) 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.

3. Tenderska dokumentacija je sačinjena na način da se postavljaju uslovi koji su u direktnoj suprotnosti sa Zakonom o javnim nabavkama, ali i koji vode samovlasnoj, subjektivnoj ocjeni validnosti javnih isprava koje izdaju institucije na teritoriji BiH, što Tendersku dokumentaciju i takve uslove čini apsolutno nezakonitim, te se kao takvi ne mogu nalaziti u Tenderskoj dokumentaciji.

Tenderskom dokumentacijom u odjeljku Uslovi za kvalifikaciju Tački 3. Uslovi za kvalifikaciju podtačka 3.1., propisano:

„Ponudač koji bude odabran kao najpovoljniji u ovom postupku javne nabavke je dužan dostaviti sljedeće dokaze u svrhu dokazivanja činjenica potvrđenih u izjavi i to:

d) potvrde nadležne/ih institucija o uredno izmirenim obavezama po osnovu direktnih i indirektnih poreza.

U slučaju da ponudači imaju zaključen sporazum o reprogramu obaveza odnosno odgođenom plaćanju po osnovu doprinosa za penzijsko-invalidsko osiguranje, zdravstveno osiguranje, direktni i indirektni poreze, dužni su dostaviti potvrdu nadležne institucije/a da ponudač u predviđenoj dinamici izmiruje svoje reprogramirane obaveze. Ukoliko je ponudač zaključio sporazum o reprogramu obaveza ili odgođenom plaćanju obaveza i izvršio samo jednu uplatu obaveza, neposredno prije dostave ponude, ne smatra se da u predviđenoj dinamici izvršavaju svoje obaveze i taj ponudač neće biti kvalifikovan u ovom postupku javne nabavke. “

Navedeni uslov je posve nepravilan, nezakonit, jer Ugovorni organ na ovakav način „anulira“ službene evidencije institucija koje iste vode, i daje ocjenu relevantnosti istih - dakle preispituje javne isprave, a jedini način za preispitivanje javnih isprava jeste pokretanje relevantnih postupaka pred nadležnim sudom, a nikako da se to posve provizorno, arbitrarno radi od strane Ugovornog organa. Navedene odredbe Tenderske dokumentacije propisane su suprotno odredbama Zakona o javnim nabavkama i podzakonskih akata. Žalitelj smatra da je tako postavljen uslov u suprotnosti sa članom 45. Zakona o javnim nabavkama, Zakonom o obligacionim odnosima kao i prostom logikom. Nije jasno na osnovu čega u ovom slučaju ugovorni organ diskvalifikuje ponuđače koji uredno ispunjavaju svoje obaveze u skladu sa sporazumom o reprogramu i koji mogu obezbijediti potvrdu od druge strane da poštuju dinamiku plaćanja navedenu u sporazumu. Sama činjenica da je eventualnom ponuđaču dospjela samo jedna rata za plaćanje koju je on uredno izmirio ne može predstavljati osnov za diskvalifikaciju u postupku javne nabavke. Iz navedenog razloga, Žalitelj smatra da postavljeni uslov nije u skladu sa Zakonom o javnim nabavkama koji ne propisuje ni u jednom dijelu ovako postavljen uslov.

Ovako postavljen uslov u osporenoj tački Tenderske dokumentacije kontradiktoran je propisanim uslovima iz člana 45. stav (3) Zakona o javnim nabavkama, odnosno Ugovorni organ potpuno je nepotrebno i neosnovano preuzeo ulogu poreskih institucija koje, u skladu sa njihovim nadležnostima i ovlaštenjima, izdaju potvrdu u kojoj su dužni konstatovati činjenicu da li ponudač u predviđenoj dinamici, izmiruje reprogramirane obaveze. U odredbi člana 45. stav (3) nije navedeno kako dinamika ispunjavanja obaveza predstavlja upravo dokazivanje putem dvije ili više obročnih isplata, te stoga, postavljeno predstavlja samovoljno i nepravilno određen zahtjev koji ograničava ponuđače u pripremi njihovih ponuda. U konkretnom slučaju, Ugovorni organ samovoljno određuje šta podrazumijeva dinamika izmiravanja obaveza, iako je to zadatak nadležne institucije koja po službenoj dužnosti vodi računa o tome da li se obaveze izvršavaju prema utvrđenoj dinamici.

Ugovorni organ ima obavezu da provjerava i ocjenjuje da li je ponuđač pouzdan i sposoban da izvrši ugovor, u skladu sa uslovima utvrđenim u tenderskoj dokumentaciji. Postavljeni uslovi ne smiju imati ograničavajući karakter na konkurenciju i moraju biti jasni i precizni. Osim toga, ugovorni organ je dužan da se u postupku javne nabavke prema ponuđačima ponaša jednako i nediskriminirajuće na način da osigura pravičnu i aktivnu konkurenciju sa ciljem najefikasnijeg korištenja javnih sredstava u vezi sa predmetnom nabavke i njegovom svrhom.

Navedeni uslov posebno je konfuzan ako se uzme u obzir da ugovorni organ u Tenderskoj dokumentaciji zahtijeva dostavljanje potvrde nadležne institucije da ponuđač u predviđenoj dinamici izmiruje svoje reprogramirane obaveze. Potpuno je nejasno da ugovorni organ preuzima ulogu poreske institucije, kada već zahtijeva da poreska institucija prema pozitivnim zakonskim propisima utvrdi da li ponuđač ispunjava svoje preuzete obaveze po sporazumu. Ured za razmatranje žalbi odlučivao je o primjeni prava u identičnoj činjeničnoj i pravnoj situaciji JN2-02-07-1-2540-6/21 od 30.09.2021. godine, Rješenju br. JN2-03-07-1-435-8/22 od 10.03.2022. godine, Rješenju Ureda za razmatranje žalbi br. JN2-03-07-1-333-7/22 od 17.03.2022. godine, Rješenju br. JN2-03-07-1-1540-7/22 od 15.07.2022. godine.

Imajući u vidu nepravilnost i nezakonitost postavljenog uslova u Tenderskoj dokumentaciji, to je isti nužno ukloniti, a kako bi se Tenderska dokumentacija vratila u okvire ZJN, konkretno člana 3. ZJN - Opšti principi, a kako bi se postupak proveo u skladu sa istim, u protivnom, ispunjeni su uslovi za primjenu člana 103. ZJN i poništenje Tenderske dokumentacije u cijelosti.

4. Tenderska dokumentacija je sačinjena u suprotnosti sa Zakonom o javnim nabavkama, budući da zahtjev postavljen u tački 4.1. ne pruža neophodne informacije ponuđačima, neophodne za pripremu ponude na stvarno konkurentskoj osnovi.

Naime, Ugovorni organ u tački 4. Podaci o ponudi, podtačka 4.1. Sadržaj ponude i način pripreme ponude, pod 1) - navodeći sadržaj ponude postavlja sljedeći uslov:

„Ponuda mora sadržavati najmanje:

1) ostali dokazi propisani ovom dokumentacijom ;

U kontekstu navedenog, Žalitelj ukazuje na odredbe važećih propisa iz javnih nabavki:

Član 44. ZJN-a koji propisuje da ugovorni organ provjerava i ocjenjuje da li je ponuđač pouzdan i sposoban da izvrši ugovor, u skladu sa uslovima utvrđenim u tenderskoj dokumentaciji (stav 1.) kao i da postavljeni u si ovi moraju biti jasni i precizni (stav 3);

član 53. stav (1) ZJN-a propisuju da u tenderskoj dokumentaciji ugovorni organ daje potpune informacije o uslovima ugovora i postupku dodjele ugovora, a koji su ponuđačima dovoljni za pripremu ponuda na stvarno konkurentskoj osnovi) i

član 3. stav (1) Uputstva za pripremu modela tenderske dokumentacije i ponuda (koji propisuje da tenderska dokumentacija sadrži sve neophodne informacije i pojašnjenja koji moraju biti definisani jasno, na osnovu kojih ponuđači mogu pripremiti svoje ponude).

S tim u vezi Žalitelj ističe da sporni dio TD, tačka 4.1. pod 1) nije sačinjena shodno navedenim odredbama Zakona i Uputstva.

Stoga Žalitelj cijeni neprihvatljivim način na koji je ugovorni organ definisao predmetnu tačku TD kako u dijelu TD „Ponuda mora sadržavati najmanje“ nabraja potrebne dokumente/dokaze ponuđača, a da onda navodi da ponuda treba sadržavati „Ostali dokazi“ što je po mišljenju Žalioca neprihvatljivo, jer je ugovorni organ imajući u vidu dio tačke 4.1. „Ponuda mora sadržavati najmanje“ bio u obavezi u datom dijelu TD navesti sve dokumente koje zahtijeva ugovorni organ za ponuđače u predmetnoj nabavci, imajući u vidu da je sam Ugovorni organ sačinio TD i definisao

tražene dokaze/dokumente u predmetnom postupku nabavke, te je slijedom navedenog bio dužan u smislu gore navedenih odredbi Zakona i Uputstva u dijelu TD „Ponuda mora sadržavati najmanje“ definisati odnosno obuhvatiti svu dokumente/dokaze koji ponuđači moraju dostaviti u svojim ponudama u predmetnom postupku nabavke.

Evidentno je dakle riječ o kontradiktornim, međusobno neusklađenim i nepotpunim zahtjevima ugovornog organa koji su pored toga nepotrebni i suvišni, imajući u vidu odredbe gore navedenih članova ZJN-a i Uputstva za pripremu modela tenderske dokumentacije i ponuda, odnosno člana 57. stav (1) ZJN-a koji propisuje da su se ponuđači dužni pridržavati zahtjeva i uslova koje postavlja ugovorni organ u TD.

Stoga žalilac zahtijeva od ugovornog organa da sporne zahtjeve iz navedenog dijela TD ukloni kao nezakonite, u protivnom ispunjeni su uslovi za primjenu člana 103. ZJN i poništenje postupka u cijelosti.

Rješavajući u identičnoj pravnoj i činjeničnoj situaciji, Ured za razmatranje žalbi je u Rješenju br. JN2-03-07-1-116-7/23 od 16.02.2023. godine.

Prema pravnim normama EU, koje su ne samo ugrađene u Zakon o javnim nabavkama nego su i obavezne u primjeni postupka javnih nabavki u BiH, te u skladu sa članom 121a. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnim nabavkama kojim je propisano (Usklađivanje sa pravnom tečevinom Evropske unije), da se ovim zakonom preuzimaju odredbe Direktive 2014/24/EU Evropskog parlamenta i Vijeća od 26. februara 2014. o javnim nabavkama (u daljem tekstu: Direktiva), ovakvim postupanjem Ugovornog organa pored kršenja člana 3. ZJN došlo je i do kršenja člana 18. Direktive

Iz ovako definisanih uslova Tenderske dokumentacije, ista ne garantuje ravnoopravno postupanje Ugovornog organa, jer isti naknadno može „utvrditi“ da nisu dostavljeni „Ostali dokazi...“, te na taj način krajnje subjektivno ocjenjivati ponude, i naknadno definisati uslove da li je nešto traženo ili nije u tenderskoj dokumentaciji, a da je takvo pravo i mogućnost imao učiniti davanjem jasnih, određenih i nedvosmislenih informacija šta je to što ponuda obavezno mora da sadrži.

Ured za razmatranje žalbi, razmatrajući istovjetnu situaciju u Rješenju JN2-01-07-1-969-8/23 od 08.06.2023. godine, Rješenju br. JN2-03-07-1-2497-7/23 od 05.10.2023. godine, Rješenje Ureda za razmatranje žalbi br. JN2-01-07-1-2913-10/23 od 28.12.2023. godine.

Dakle, ovakva formulacija Tenderske dokumentacije je u potpunosti nezakonita, direktno suprotna članu 3. ZJN - Opšti principi, te može dovesti do raznih malverzacija i zloupotreba, stoga je nužno ovaj žalbeni navod u cijelosti usvojiti, a postupak javne nabavke nastaviti sa izmijenjenom Tenderskom dokumentacijom, u protivnom ispunjeni su uslovi za primjenu člana 103. ZJN i poništenje Tenderske dokumentacije u cijelosti.

5. Tenderska dokumentacija je sačinjena sa zahtjevima koje ne poznaje Zakon o javnim nabavkama BiH, pa se kao takva javlja nezakonitom.

Naime, u tački 4.2. Način dostavljanja ponude, propisan je sljedeći nezakonit zahtjev:

„(...) Ponuda se čvrsto uvezuje (uvezivanje jemstvenikom koji je ovjeren pečatom ponuđača ili čvrsti uvez lijepljenjem u knjigu, koji onemogućava naknadno mijenjanje sadržaja ponude), kako bi se onemogućilo naknadno vađenje ili umetanje listova. (...)“

Kako je vidljivo, Ugovorni organ je posve nepravilno i nezakonito propisao predmetni uslov, budući daje ograničio da ponuda mora biti uvezana korištenjem jemstvenika ili lijepljenjem u knjigu- a što je u direktnoj suprotnosti sa Zakonom o javnim nabavkama i Uputstvu za pripremu modela tenderske dokumentacije i ponuda - koji zakonski i podzakonski akti navode da se ponuda

samo čvrsto uvezuje, a ne poznaju terminologiju „jemstvenik“ i lijepljenje u knjigu“, kao i činjenici da isti bez bilo kakvog uslovljavanja da li je to „jemstvenik“ (!?) ili naljepnica, pa je ovakvim propisivanjem Ugovorni organ izašao van okvira odredbi ZJN i Uputstva, a što je nepravilno i nezakonito.

Naime, propisivanjem da se ponuda dostavlja isključivo uvezana korištenjem jemstvenika ili lijepljenjem u knjigu - ponuđači se dovode u dilemu i zabludu na koji način je ispravno dostaviti istu - da li onako široko kako to Zakon o javnim nabavkama i Uputstvo propisuju ili isključivo kako to Ugovorni organ specificirano propisuje u Tenderskoj dokumentaciji.

Naravno, ovo dalje vodi subjektivnom tumačenju ponuda, pa UO sebi ostavlja diskreciono pravo da npr. ponudu dostavljenu kao čvrsto uvezanu na bilo koji drugi način koji onemogućava naknadno vađenje ili umetanje ili vađenje listova - koji je uredan, bio bi neprihvatljiv jer nije dostavljena/uvezana korištenjem jemstvenika ili lijepljenjem u knjigu-

Zakonodavac je bio jasan i određen - ostavio je zahtjev čvrsto uvezivanje, tako da Ugovorni organ nema slobodu da postavlja restriktivnije uslove od onih koje je zakonodavac propisao način dostavljanja ponude Član 8. stav (2) Uputstva: /2) Ponuda se čvrsto uvezuje na način da se onemoguća naknadno vađenje ili umetanje listova.", ali i član 58. stav (2) Zakona o javnim nabavkama: „(2) Ponuda mora biti čvrsto uvezana i sve strane ponude numerirane (izuzev dokaza o garanciji iz stava (1) tačka b) ovog člana, te štampane literature, brošura, kataloga i sl.).“

Kako se radi o zahtjevu koji je u suprotnosti sa ZJN i Uputstvu koji uređuju predmetnu oblast, to je predmetni dio Tenderske dokumentacije nepravilan i nezakonit, stoga je neophodno žalbeni navod ocijeniti osnovanim te sporni zahtjev uskladiti sa zakonskim i podzakonskom propisima, a u suprotnom su ispunjeni uslovi za primjenu člana 103. ZJN i poništenje postupka u cijelosti.

6. U dijelu Tenderske dokumentacije koji se odnosi na grupu ponuđača u tački 5. Ostale informacije, podtačka 5.1. postavljen je nepravilan i nezakonit zahtjev.

Naime, u tački 5.1. Dostavljanje ponude ispred grupe ponuđača, zahtijeva se sljedeće:

„5.1. Dostavljanje ponude ispred grupe ponuđača (konzorcij)

U slučaju da ponude dostavlja grupa ponuđača uz ponudu je obavezan dostaviti ugovor o zajedničkom nastupanju (ugovor o konzorciju), potpisan i ovjeren od ovlaštenih lica članica grupe ponuđača.“

Nesporno, Zahtjev je nepravilan. Naime, Ugovorni organ ne može kao uslov za učešće u postupku javne nabavke, zahtijevati dostavljanje dokaza o postojanju navedenog dokumenta - ugovora o zajedničkom nastupu. Zakonom o javnim nabavkama nije predviđeno dostavljanje navedenog dokumenta ugovora između svih članova o udruživanju u Grupu ponuđača uz ponudu.

U slučaju zajedničkog poduzetništva ili konzorcija, broj partnera nije ograničen i ne traži se da oni osnuju novo pravno lice kako bi dostavili zahtjev, ali se traži da dostave originalni primjerak pravnog akta o formiranju TV ili konzorcija radi izvršenja predmetnog ugovora.

„Član 62. (Grupa kandidata/ponuđača)

(1) Ugovorni organ u tenderskoj dokumentaciji precizira dokumente koje dostavlja grupa kandidata/ponuđača, odnosno svaki član grupe.

(2) Ugovorni organ ne može zahtijevati da grupa kandidata/ponuđača osnuje novo pravno lice kako bi dostavila zahtjev ili ponudu, ali može nakon izbora od grupe ponuđača zahtijevati određeni pravni oblik u mjeri u kojoj je to potrebno za zadovoljavajuće izvršenje ugovora. Grupa kandidata/ponuđača dužna je dostaviti podatke koje ugovorni organ zahtijeva u tenderskoj dokumentaciji.

Dakle, nakon Odluke o izboru Ugovornom organu pripada pravo da zahtijeva određeni pravni oblik i s tim u vezi dokaz o postojanju istog - Ugovor. 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.

Sve informacije, koje su Ugovornom organu neophodne za evaluaciju ponuda, u vezi sa grupom ponuđača su ponuđene kroz druge kvalifikacione zahtjeve koji se odnose na grupu ponuđača te je vrlo jasno kako nema zakonskog uporišta za postavljeni zahtjev.

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.

Takođe, na ovakav način, ponuđači koji se odluče za udruživanje u grupu su prinuđeni svoje poslovne tajne prezentirati konkurenciji, koja bi vršila uvid u njihove poslovne relacije, način podjele dobiti (jer pravni akt o udruživanju - ugovor sadrži definisanje prava i obaveza, međusobna uslovljavanja, kanali nabavke, definisanje cijena!) - poslovne tajne.

Na ovakav način se dovode u nejednaku situaciju sa ponuđačima koji se odlučuju na učešće kao pojedinci.

Članom 121a. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnim nabavkama je propisano Usklađivanje sa pravnom tečevinom Evropske unije kojim je propisano da se ovim zakonom se preuzimaju odredbe Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. februara 2014. o javnim nabavkama i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ, Direktive 2014/25/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. februara 2014. o nabavkama subjekata koji djeluju u sektoru vodoprivrede, energetskom i saobraćajnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ, 2014/25, Direktive 2007/66/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. decembra 2007. o izmjeni direktiva Vijeća 89/665/EEZ i 92/13/EEZ u vezi s poboljšanjem učinkovitosti postupaka pravne zaštite koji se odnose na sklapanje ugovora o javnim nabavkama, i Direktive 2009/81/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 13. jula 2009. o usklađivanju postupaka nabavke za određene ugovore o radovima, ugovore o nabavi robe i ugovore o uslugama koje sklapaju ugovorni organi ili ugovorni organi u području odbrane i sigurnosti te izmjeni direktiva 2004/17/EZ i 2004/18/EZ.

Evropska unija je 08.06.2016. godine donijela Direktivu (EU) 2016/943 o zaštiti neotkrivenih znanja i iskustava te poslovnih informacija od nezakonitog pribavljanja, korišćenja i otkrivanja, a države članice su je bile dužne implementirati u svoja zakonodavstva do 09.06.2018. godine.

Jedan od ciljeva donošenja Direktive (EU) 2016/943 je da se utvrde pravila Evropske unije o zaštiti od nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja poslovnih tajni, te usklađivanje nacionalnih zakonodavstava o zaštiti od nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja poslovnih tajni sa tim pravilima, a sve kako bi se bez ograničavanja temeljnih prava i sloboda spriječilo nezakonito pribavljanje, korištenje i otkrivanje poslovnih tajni.

Direktiva poslovnu tajnu definiše kao sve informacije koje predstavljaju tajnu, odnosno u svojoj ukupnosti ili strukturi i sklopu sastavnih dijelova nisu opšte poznate ili lako dostupne osobama iz krugova koji obično bave tom vrstom informacija; ukoliko imaju komercijalnu vrijednost; te ukoliko je osoba koje takve informacije zakonito kontroliše preduzela sve razumne korake kako bi sačuvala njihovu tajnost.

Pravna zaštita poslovnih tajni značajna je iz razloga jer društva ulažu velika sredstva u pribavljanje, razvoj i sticanje znanja i iskustava, upravo iz razloga jer im poslovne tajne osiguravaju konkurentsku prednost. Kao takva, poslovna tajna može da obuhvata širok spektar informacija koje uključuju ne samo znanja i iskustvu, već i komercijalne podatke kao što su podaci o klijentima i dobavljačima ili određene analize tržišta, a koje mogu biti od velikog značaja za konkurentska društva.

Uslovljavanje ponuđača da svoje poslovne relacije, podatke o međusobnom uređivanju odnosa, komercijalne podatke i poslovne tajne otkrivaju u samoj ponudi (!?). osim što je u direktnoj suprotnosti sa Zakonom o javnim nabavkama, u suprotnosti je i sa prethodno navedenom Direktivom. Na ovakav način, Ugovorni organ izlaže riziku ponuđača da kroz Ponudu dostavlja pravni akt o udruživanju. - Ugovor o grupi ponuđača / konzorcijumu, i isti otkrivaju svoje međusobne relacije, šemu dobavljača, a što sve konkurenciji otvara mogućnost zloupotrebe podataka do kojih bi došli prilikom muda u ponudu.

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 tražila bi se samo izjava sa nabrojanjem eventualnih članova grupe.

S tim u vezi, nakon Odluke o izboru, Ugovorni organ ima pravo da zahtjeva određeni pravni oblik i s tim u vezi dokaz o postojanju istog - i traženje do tačnina uređenja takvog odnosa - Ugovora članova grupe, a nikako u fazi dostavljanja ponude!

Bitno je naglasiti da Direktiva 2014/24/EU o javnim nabavkama, kao i njena prethodnica, omogućava dobavljačima grupisanje u cilju učestvovanja u postupcima javnih nabavki u svojstvu kandidata ili ponuđača (član 19. stav 2). Javni naručioci ne smiju zahtijevati od grupa dobavljača da imaju određenu pravnu formu da bi podnijeli ponude ili zahtjeve za učestvovanje. Određena pravna forma se može, međutim, zahtijevati od njih ako im se dodijeli ugovor u slučaju da je promjena pravne forme neophodna za zadovoljavajuće izvršenje tog ugovora.

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.

Sve informacije, koje su Ugovornom organu neophodne za evaluaciju ponuda, u vezi sa grupom ponuđača su ponuđene kroz druge kvalifikacione zahtjeve koji se odnose na grupu ponuđača te je vrlo jasno kako nema zakonskog uporišta za postavljeni zahtjev.

Rješavajući po navedenim pitanjima, Ured za razmatranje žalbi je nalazio nepravilnost i nezakonitost ovakvog propisivanja uslova, pa je tako npr. u Rješenju br. JN2-01-07-1-832-7/21 od 15.04.2021. godine. Rješenju Ureda za razmatranje žalbi br. JN2-03-07-1-2884-7/21 od 11.11.2021. godine.

Najnovija Presuda Suda BiH br. SI 3U 041834 22 U od 09.06.2024. godine, koja se odnosi na sličnu pravnu situaciju.

U cilju osiguranja odvijanja postupka u skladu sa načelom zakonitosti, prethodno navedeno je nužno usvojiti, zahtjev usaglasiti 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.

7. Član 5. Nacrta okvirnog sporazuma, odnosno član 10. Nacrta pojedinačnog ugovora, koji predstavlja sastavni dio Tenderske dokumentacije sadrži nezakonit uslov koji se odnosi na ugovornu kaznu.

Naime, u članu 5. Nacrta okvirnog sporazuma, odnosno u članu 10. Nacrta pojedinačnog ugovora, koji su sastavni dijelovi Tenderske dokumentacije postavljen je uslov koji glasi:

Za svaki dan neopravdanog zakašnjenja u izvođenju radova, Izvođač se obavezuje Naručiocu, na ime ugovorne kazne, platiti 1‰ (jedan promil) od ukupne ugovorne cijene bez PDV -a iz člana 2. ovog Ugovora, a najviše 10% (deset posto) ukupne cijene iz člana 2. ovog Ugovora.

Prevedashodno, Ugovorna kazna nije određena u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja iz člana 12. ZOO.

Žalitelj ukazuje da je na navedeni način nezakonito definisana ugovorna kazna, budući da je ista previsoko određena, direktno suprotno i zakonskoj zateznoj kamati.*

Članom 274. Zakona o obligacionim odnosima je definisano smanjenje ugovorne kazne u slučaju da je ona previsoka.

Zakoni koji su na snazi u Republici Srpskoj, Federaciji Bosne i Hercegovine, te na nivou države Bosne i Hercegovine zateznu kamatu regulišu na način:

Prema Zakonu o zateznoj kamati („Sl. glasnik RS“, broj 61/18) - 0,03% dnevno.

Prema Zakonu o visini stope zatezne kamate („Sl. novine FBiH“ broj 18/20) - 0,03/% dnevno.

Prema Zakonu o izmjenama Zakona o postupku indirektnog oporezivanja (Sl. gl. BiH; broj 100/13) - 0,04 % dnevno.

Prema Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o poreskom postupku Republike Srpske („Sl. glasnik RS“, broj: 67/13) - 0,03 % dnevno.

Naime, Ugovorni organ je unaprijed propisao odredbu ugovora koja drugu ugovornu stranu - ponuđača, stavlja u neravnopravan položaj, jer je prinuđen prihvatiti obavezu koja je u suprotnosti sa njegovim interesima, ali i dobrim običajima, a to je da kašnjenje u izvršenju ugovora za sobom povlači i ugovornu kaznu koja je određena u iznosu od 1‰ dnevno, 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.

Sama visina od 1‰ od vrijednosti ugovora za svaki dan kašnjenja, što se može obračunavati sve do 10% od ukupne vrijednosti ugovora, takođe je u suprotnosti sa pozitivno-pravnim propisima i dobrim običajima, jer ne predstavlja jednaku vrijednost davanja, što je kao obaveza propisano odredbom člana 15. Zakona o obligacionim odnosima.

Ugovorna kazna, kao i zakonska zatezna kamata u slučaju kašnjenja u plaćanju od strane Ugovornog organa, u ovom slučaju predstavljaju akcesorne obaveze iz ugovora. Međutim, i akcesorne obaveze moraju biti u skladu sa osnovnim, primarnim obavezama, a koje u konkretnom slučaju predstavljaju isporuku roba i isplatu ugovorene cijene. Kako mora postojati jednaka vrijednost primarnih davanja, a to je plaćanje realne, tržišne vrijednosti isporučenih roba / tako mora postojati jednaka vrijednosti i akcesornih davanja, a to je sjedne strane ugovorna kazna za kašnjenje u isporuci roba, a s druge strane zakonska zatezna kamata za kašnjenje u plaćanju roba. Evidentno je da je ugovorom predviđena kazna znatno veća od bilo koje zakonske zatezne kamate.

Ured za razmatranje žalbi, razmatrajući sličnu pravnu situaciju zauzeo je stav koji se navodi u prilog prethodno navedenom, u Rješenju br. JN2-03-07-1-2129-7/23 od 27.10.2023. godine, JN2-02-07-1-928-6/20 od 27.05.2020. godine, JN2-02-07-1-522-6/22 od 24.03.2022. godine, broj: JN2-02-07-1-928-6/20 od 27.05.2020.

Kako se u konkretnom radi o evidentnoj neusklađenosti postavljenih uslova su definisani suprotno Zakonima koji uređuju predmetnu oblast u pogledu visine kamate, posljedica je usvajanje žalbenog navoda i izmjena Tenderske dokumentacije a kako bi se ista uskladila i bila jednoobrazna i usklađena sa relevantnim materijalnim propisima, ili u protivnom poništenje Tenderske dokumentacije u cijelosti shodno odredbi člana 103. ZJN.

8. Tenderska dokumentacija nepravilno je pripremljena usljed postavljanja nezakonitih zahtjeva u Tehničkom dijelu tenderske dokumentacije, u vezi sa zahtijevanim standardima bez mogućnosti dostavljanja ekvivalentnih standarda, što iste čini diskriminativnim i ograničavajućim.

Naime, u Tehničkom dijelu tenderske dokumentacije, na stranici 49/106, postavljeni su sljedeći zahtjevi: „Kontrola osnovnih materijala

Osnovni materijal ugrađen u temelje je beton te mu se kao takvom mora pokloniti najveća pažnja. Kontrola kvalitete betona vrši se prema PBAB / 87 i važećim normama JUS U.M1.050, JUS U.M1.051, JUS U.M1.052, a dokazuje se tekućim kontrolama u skladu sa JUS normama. Kontrola kvalitete betona u toku proizvodnje vrši se u nadležnim institucijama za tu vrstu radova. Prije početka ugradnje betona u temelje, Izvođač dokazuje kvalitet sastavnih dijelova betona.

Sastavni dijelovi betona moraju zadovoljavati sljedeće standarde:

- cement JUS.B.Ci.009: JUS B.Ci.ou; JUS B.C1.013; JUS B.C1.014
- agregat JUS B.B2.010: JUS B.B3.100
- voda JUS U.Mi.038
- dodaci za beton JUS U.M 1.03.7“

Nepravilnost postavljenog zahtjeva se, prije svega, odnosi na izostanak odrednice „ili ekvivalent“ pored svih, prethodno navedenih, zahtijevanih standarda. Na nekolicini mjesta u tehničkim dijelovima tenderske dokumentacije, zahtijeva saglasnost sa standardima ali bez odrednice „ili ekvivalent“. Ugovorni organ, dakle, uopšte nije ostavio mogućnost nudioca zamjene u vidu „ili ekvivalent“, čime bi omogućio jednak i nediskriminatoran tretman svim ponuđačima.

Članom 54. stav (2) Zakona o javnim nabavkama, jasno je određeno da je u slučaju pozivanja na preuzete standarde neophodno ostaviti mogućnost nudioca ekvivalentnih certifikata i standarda i to određujući na koji način će se dokazivati ekvivalent, stoje u postavljenom zahtjevu izostalo.

„Član 54. (Tehničke specifikacije)

(2) Tehničke specifikacije, uz poštivanje obaveznih bosanskohercegovačkih tehničkih pravila, određuju se: a) pozivanjem na tehničke specifikacije i, uz uvažavanje sljedećeg redoslijeda, na bosanskohercegovačke standarde kojima se preuzimaju evropski standardi, evropska tehnička odobrenja, zajedničke tehničke specifikacije, međunarodni standardi, druge tehničke referentne sisteme koje su utemeljila evropska tijela za standardizaciju ili, ako oni ne postoje, na bosanskohercegovačke standarde, bosanskohercegovačka tehnička odobrenja ili bosanskohercegovačke tehničke specifikacije koje se odnose na projektovanje, izračun i izvođenje radova te upotrebu proizvoda, pri čemu se svaka uputa mora označiti riječima „ili ekvivalent“.

Ugovorni organ nije dodao zakonsku odrednicu „ili ekvivalent“ pored naziva traženih standarda, čime ponuđač navodi na to da isti upućuje na određene kandidate/ponuđače koji posjeduju tražene standarde. Kada su u pitanju standardi moglo bi se postaviti pitanje da li postoji „ekvivalent“

nekom, od uspostavljenih standarda, te na koji način bi se ekvivalentnost dokazala, što je svakako moralo biti definisano u Tenderskoj dokumentaciji.

Žalitelj ošporava zakonitost navedenog dijela Tenderske dokumentacije kako cijeni da je isti nepotpun, nedovoljno jasno i konfuzno a time i nezakonit postavljen suprotno članu 53. stav fi) ZJN- a koji propisuje da u tenderskoj dokumentaciji ugovorni organ daje potpune informacije o u si ovi ma ugovora i postupku dodjele ugovora, a koji su ponuđačima dovoljni za pripremu ponuda na stvarno konkurentskoj osnovi; članu 2. stav (2) tačka d) alineja 13) Uputstva za pripremu modela tenderske dokumentacije i ponuda koji propisuje da ako je u tehničkoj specifikaciji korišten izraz „ili ekvivalent“ onda je potrebno obavezno opisati način na koji će ponuđači koji nude „ekvivalent“ dokazivati da se radi o ekvivalentu, i članu 54. stav (2) tačka a) ZJN-a koji propisuje da tehničke specifikacije, uz poštivanje obaveznih bosansko-hercegovačkih tehničkih pravila, određuju se: a) pozivanjem na tehničke specifikacije i, uz uvažavanje sljedećeg redoslijeda, na bosanskohercegovačke standarde kojima se preuzimaju evropski standardi, evropska tehnička odobrenja, zajedničke tehničke specifikacije, međunarodni standardi, druge tehničke referentne sisteme koje su utemeljila evropska tijela za standardizaciju ili, ako oni ne postoje, na bosanskohercegovačke standarde, bosanskohercegovačka tehnička odobrenja ili bosanskohercegovačke tehničke specifikacije koje se odnose na projektovanje, izračun i izvođenje radova te upotrebu proizvoda, pri čemu se svaka uputa mora označiti riječima „ili ekvivalent“.

Dakle, obaveza Ugovornog organa nesumnjivo je ostavljanje mogućnosti za dostavljanjem ekvivalentnog standarda, te propisivanje načina na koji će se ekvivalent dokazivati.

O nepravilnosti postavljenog zahtjeva, Ured za razmatranje žalbi raspravljao u drugim sličnim postupcima te zauzeo stav koji se navodi u Rješenju br. JN2-03-07- 1-1141/22 od 27.05.2022. godine, Rješenju br. JN2-01-07-1-3522-7/22 od 19.01.2023. godine i Rješenju br. JN2-01-07-1-3562-7/22 od 26.01.2023. godine:

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, odnosno dodati „ili ekvivalent“ uz sve zahtijevane standarde u tehničkom dijelu Tenderske dokumentacije, u protivnom ispunjeni su uslovi za primjenu člana 103. ZJN i poništenje postupka u cijelosti, jer TD sadrži nezakonite uslove.

9. Ugovorni organ, u Tenderskoj dokumentaciji, nije uobzirio doneseni Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o javnim nabavkama čime se tenderska dokumentacija zasniva na nezakonitom osnovu.

Naime, u Aneksu 4 - Izjava o ispunjenosti uslova iz člana 45. Zakona o javnim nabavkama navedeno je sljedeće:

„Službeni glasnik BiH, broj 39/14“

Ugovorni organ, dakle, uopšte ne uobziruje nova Zakon o izmjenama i dopunama zakona o javnim nabavkama (Službeni glasnik BiH, 59/22) koji se primjenjuje od 10.12.2022. godine.

Ugovorni organ se poziva na odrednicu Zakon na više mjesta u Tenderskoj dokumentaciji, to prema prethodno navedenom implicira da se ista odnosi na stari Zakon.

Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o javnim nabavkama, članom 122. stav x. je propisano: „Član 122. (Prijelazne odredbe)

(1) Postupci javne nabavke pokrenuti do početka primjene ovog zakona u kojima nisu zaključeni ugovori o javnoj nabavci bit će okončani prema odredbama Zakona o javnim nabavkama koji je na snazi u vrijeme pokretanja postupka javne nabavke. “

Nadalje, članom 125. je propisano:

„Službeni glasnik BiH, broj 59/22

(3) Ovaj zakon stupa na snagu osmog dana od dana objavljivanja u „Službenom glasniku BiH“, a primjenjivat će se protekom tri mjeseca od dana njegova stupanja na snagu, osim odredbi:

a) novih čl. 4a i 4b. Zakona, koji se dodaju članom 3. ovog zakona, koji se primjenjuju od dana pristupanja Bosne i Hercegovine Evropskoj uniji;

b) novih st. (5), (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12) i (13), kojim se, u skladu s članom 33. ovog zakona, dopunjava član 75. Zakona, koje se primjenjuju od dana stupanja na snagu ovog zakona.

Imajući u vidu daje predmetni Zakon stupio na snagu 10.09.2022. godine (8 dana od dana objave, objavljen u Službenom glasniku br. 59/2022 od 02.09.2022. godine), a u skladu sa prethodno citiranim odredbom Zakona, njegova primjena otpočela je 10.12.2022. godine.

Dakle, za predmetni postupak koji je objavljen 27.1a.2023. godine, nesumnjivo se morao primijeniti doneseni Zakon o izmjenama i dopunama zakona o javnim nabavkama, kako bi isti bio proveden na zakonskom osnovu.

U vezi sa prethodno navedenim, ispunjeni su uslovi za poništenje postupka u cijelosti, jer se radi o neusklađenosti Tenderske dokumentacije (u trenutku raspisivanja iste) sa propisima koji su na snazi i koji se primjenjuju.

Žalitelj će napraviti jednu opasku, da ukaže na neopstojnost kompletne TD. Zakonom koji se primjenjuje u trenutku raspisivanja TD je propisano da se žalba na zaključak o odbacivanju žalbe kao neuredne može izjaviti u roku od 5 dana od dana prijema Zaključka, a Zakonom na koji se UO poziva propisano da je taj rok 10 dana od dana prijema Zaključka.

Takođe, u Tendersku dokumentaciju su inkorporisane odredbe Zakona koje su izmijenjene i dopunjene Zakonom koji je u primjeni, i to u tački 5.7. gdje je navedeno sljedeće:

„Ako je žalba blagovremena, dopuštena i izjavljena od ovlaštenog lica, ugovorni organ, razmatrajući žalbu, može utvrditi da je ona djelimično ili u cijelosti osnovana i svojim rješenjem ispraviti radnju, preduzeti činjenje ili može postojeću odluku ili rješenje staviti van snage i zamijeniti je drugom odlukom ili rješenjem, ili poništiti postupak javne nabavke, te o tome obavijestiti učesnike u postupim javne nabavke na način određen Zakonom, u roku od 5 (pet) dana od dana prijema žalbe. Protiv ovog rješenja ugovornog organa, može se izjaviti žalba URŽ-u, putem ugovornog organa, u roku od 5 (pet) dana od dana prijema rješenja.“

Dakle, iz prethodno navedenog je evidentno da neusklađivanje pravnog osnova za donošenje i sprovođenje postupka sa pozitivno pravnim propisima unosi nejasnoće i pravnu nesigurnost u postupak, prije svega na način da učesnici nemaju izvjesnu sliku o svojim pravima.

Aneks 4 Tenderske dokumentacije, nije pravno održiv jer se u preambuli Izjave navodi sljedeće:

„Izjava o ispunjenosti uslova iz člana 45. stav (1) tačaka od a) do d) Zakona o javnim nabavkama BiH („Službeni glasnik BiH“ broj 39/14).

Ono što je posebno bitno naglasiti jeste i izmjena člana 45. Zakona o javnim nabavka, te je Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o javnim nabavka („Službeni glasnik BiH“, br. 59/22) isti član noveliran sa čak 6 novih stavova.

Kada se navedeno dovede u vezu sa činjenicom da Ugovorni organ u Tenderskoj dokumentaciji isključuje primjenu odredbe koja se ima primijeniti i koja je trenutno na snazi, nespornim se javlja da je Tenderska dokumentacija, odnosno sporni Aneks nezakonito sačinjen.

Sud Bosne i Hercegovine, kao najviša instanca kontrole zakonitosti provođenja postupaka javne nabavke je već odlučivao u pitanjima slične prirode iz oblasti Zakona o javnim nabavkama, u

situacijama kada stupaju nove odredbe Zakona o javnim nabavkama (Presuda Suda Bosne i Hercegovine br. S1 3 U 018429 15 U od 09.06.2016. godine).

Kako je očigledno predmetna Tenderska dokumentacija sačinjena u suprotnosti sa načelom zakonitosti (član 4. Zakona o upravnom postupku BiH), to se ista valja poništiti u cijelosti, a sve shodno odredbi člana 103. ZJN.

10. Tenderska dokumentacija je nepravilno i nezakonito sačinjena, budući da su u Tenderskoj dokumentaciji u Nacrtu pojedinačnog ugovora, postavljeni zahtjevi koji nisu u skladu sa ZJN, ZOO, a što evidentno vodi kršenju Opštih principa ZJN.

Naime, član 5. Nacrta pojedinačnog ugovora glasi:

„Prodavač se obavezuje da:

(...) - neće zapošljavati u svrhu izvršenja Ugovora fizička i pravna lica koja su učestvovala u pripremi tenderske dokumentacije ili su bila u svojstvu člana ili stručnog lica kojeg je angažovala Komisija za nabavke, najmanje šest mjeseci po zaključenju Ugovora, odnosno od početka realizacije ovog Ugovora

Konkretno, potencijalni ponuđač koji učestvuje na bilo koji način u pripremi Tenderske dokumentacije, može pogodovati sam sebi, a da se naknadno, po isteku navedenog roka priključi izvršenju predmetnog ugovora. Na ovakav način izigrava se načelo savjesnosti i poštenja, ponuđači se dovode u zabludu, a pojedinim ponuđačima se ostavlja mogućnost modifikovanja i kreiranja Tenderske dokumentacije, a ovakvom odredbom ugovora se otvara mogućnost zloupotreba.

Koliko je nepravilno i nezakonito kada se ostale odredbe Tenderske dokumentacije dovedu u međusobnu vezu dolazi se do sljedećeg. Kako je već obrazloženo u prethodnom žalbenom navodu, Ugovorni organ nije konkretizovao i jasno propisao rok za realizaciju ugovornih obaveza. Na taj način, ne postoji barijera za lica koje je učestvovalo u pripremi tenderske dokumentacije ili su bila u svojstvu člana ili stručnog lica kojeg je angažovala Komisija za nabavke da se po proteku 6 mjeseci zaposli u okviru Ugovornog organa te učestvuje u realizaciji predmetnog ugovora, a posebno uzevši u obzir da se Okvirni sporazum, prema tački 2.6. TD, zaključuje na period od 24 mjeseca.

Nacrtom pojedinačnog ugovora, propisan je rok za realizaciju:

„Član 4.

Krajnji rok izvršenja obaveza iz ovog Ugovora je (xxx) mjeseci od datuma stupanja Ugovora na snagu.

Ograničenje smetnje iz člana 6. Nacrta pojedinačnog ugovora traju šest mjeseci. Okvirni sporazum se zaključuje na 24 mjeseca. Kako Ugovorni organ disponira trenutkom upućivanja pojedinačnog zahtjeva tj. narudžbenice, to se isto, hipotetički, može desiti npr. 6 mjeseci od dana zaključenja ugovora i početka realizacije ugovora, što znači da fizička i pravna lica koja su učestvovala u pripremi Tenderske dokumentacije mogu da se uključe u realizaciju navedenog ugovora (u hipotetičkoj situaciji) u postupku javne nabavke koju su sami pripremili. (!?)

Osim kršenja Opštih principa iz člana 3. ZJN, ovako propisani dijelovi ugovora su u suprotnosti sa osnovnim načelima Zakona o obligacionim odnosima, i to načelu Savjesnosti i poštenja:

„Član 12 Zakona o obligacionim odnosima.

U zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza, iz tih odnosa siraće su dužne da se pridržavaju načela savjesnosti i poštenja.

Takođe, ovakvo propisivanje „uslova“ je u direktnoj suprotnosti i sa Članom 52. stav (5) ZJN:

„(5) Ako je određeni privredni subjekat direktno ili indirektno učestvovao u tehničkim konsultacijama u pripremi postupka javne nabavke, ugovorni organ mora preduzeti odgovarajuće mjere kako bi osigurao da konkurencija ne bude narušena učestvovanjem tog privrednog subjekta kao kandidata/ponuđača u postupku javne nabavke u odnosu na ostale kandidate/ponuđače. Takve mjere uključuju davanje svih informacija ostalim kandidatima/ponuđačima koje su saopštene za vrijeme tehničkih konsultacija ili su nastale kao rezultat tehničkih konsultacija i određivanje adekvatnih vremenskih rokova za prijem zahtjeva za učešće i ponuda. Mjere koje su preduzete ugovorni organ navodi u zapisniku o ocjeni ponuda iz člana 65. ovog zakona.“

Ugovorni organ propisuje direktno suprotne uslove kojima „gasi“ obaveze koje mu Zakon prethodno citiranim članom nameće, kada ograničava trajanje perioda u kome se zabranjuje učešće ponuđačima koji su u sukobu interesa - umjesto da preduzima sve odgovarajuće mjere kako bi osigurao da konkurencija ne bude narušena, on čini upravo suprotno, kada određuje rok konvalidacije i uključenja takvih privrednih subjekata u postupak predmetne javne nabavke.

11. Tenderska dokumentacija je pripremljena u suprotnosti sa Zakonom o javnim nabavkama, i podzakonskim aktima koji uređuju predmetnu oblast, i direktno suprotno praksi Ureda za razmatranje žalbi, budući da Obrazac za ponudu i Obrazac za cijenu ponude nisu sačinjeni u skladu sa Uputstvom za pripremu modela tenderske dokumentacije i ponuda.

Obrazac za cijenu ponude i Obrazac za ponudu su sačinjeni na način da nije predviđen prostor za upisivanje cijene slovima, što onemogućava ponuđače da pripreme ponudu na način kako to propisuje Zakon odnosno podzakonski akti koji uređuju predmetnu oblast - Uputstvo za pripremu modela tenderske dokumentacije i ponuda.

Naime, Uputstvom za pripremu modela tenderske dokumentacije i ponuda je eksplicitno propisan način unosa cijene, i to članom 14. stav (2) Uputstva:

„Član 14. (Cijena ponude)

(2) Cijena ponude piše se brojevima i slovima. U slučaju neslaganja iznosa upisanih broječno i slovima, prednost se daje iznosu upisanom slovima/

Zakonodavac je predmetnu odredbu unio s razlogom u Uputstvo za pripremu modela tenderske dokumentacije i ponuda („Službeni glasnik BiH“, broj 90/14).

Razlog ovakvog definisanja upisivanja broječno i slovima nalazi se u činjenici da ukoliko bi ponuđač koji je cijenu upisao samo brojevima, pa kada bi nakon otvaranja ponuda uočio da njegova ponuda nije konkurentna, neprihvatljiva, postojala bi mogućnost manipulacije ponudom - u takvoj situaciji, prostim upisivanjem cijene ponude slovima, samo bi se „konstatovala razlika između upisanog brojevima i slovima“, prednost bi se dala „naknadno upisanoj cijeni ponude slovima“ - čime bi se izigrao smisao kako odredbe Uputstva, namjera zakonodavca, ali i postupak u cjelini.

Pored navedenog (Obrazac za cijenu ponude kao najvažniji obrazac), u Obrascu ponude takođe nije ostavljen prostor za upisivanje cijene slovima.

U situaciji da se ispostavi daje u drugim obrascima upisana cijena slovima, koja se razlikuje od cijene upisane samo broječno u Obrascu za cijenu ponude - ovo otvara dodatnu zabunu, a i potencijalno dovodenje u zabludu - postavlja se pitanje smisla Obrasca za cijenu ponude, u kome nije ostavljen prostor za upisivanje cijene slovima. (!?)

Na ovakav način, iako djeluje „bezazlen“, „marginalan“, „nebitan“ propust, zapravo predstavlja najgrublje kršenje aktivne i pravične konkurencije jer se na ovakav način otvaraju neograničene mogućnosti za malverzacije i zloupotrebe, a kako je to prethodno opisano. Čak i ako nije propisano

da je cijenu nužno upisati i slovima, potencijalni ponuđač koji bi naknadno dopisao cijenu slovima - jednostavno bi se pozvao na Uputstvo i dobio bi prednost u odnosu na ostale ponuđače.

Ugovorni organ je u Tenderskoj dokumentaciji morao propisati da se cijena upisuje brojevima i slovima, a kako bi se postupak prvredno provodio u skladu sa zakonom, kao i na transparentan način, bez dovodenja u zabludu ponuđača, ali i radi davanja smisla Obrascu cijene ponude.

Osim što ovakvo postupanje nema uporišta ni u jednoj odredbi bilo kog propisa, isto je zapravo suprotno propisima kojih Ugovorni organ obavezno mora da se pridržava.

Naime, Uputstvom za pripremu modela tenderske dokumentacije i ponuda, i to prethodno citiranim članom 14. stav (2) Uputstva je eksplicitno propisan način unosa cijene.

Dakle, zakonodavac je jasan, izričit i određen, bez mogućnosti davanja alternacija - „može“, „u pravilu“, „uobičajno“ i si. - nego je predmetna odredba napisana u imperativu - „Cijena ponude piše se brojevima i slovima“ bez ostavljanja bilo kakvog odstupanja od iste.

Osim što je nepravilno i nezakonito i bez ikakvog uporišta uopšte isključivati upisivanje cijene slovima u obrascima, zakonodavac je baš poseban akcenat stavio na značaj« i snage Obrasca za cijenu ponude, pa je tako u članu 17. stav (4) Uputstva propisao:

„(4) Kada cijena ponude bez poreza na dodatnu vrijednost izražena u obrascu za cijenu ponude ne odgovara cijeni ponude bez poreza na dodatnu vrijednost izraženoj u obrascu ponude, važi cijena ponude bez poreza na dodatnu vrijednost izražena u obrascu za cijenu ponude.“

Kako je vidljivo, i sam zakonodavac je napravio gradaciju značaja i „snage“ Obrasca za ponudu i Obrasca za cijenu ponude, te u pogledu cijene - značaj, prednost i snaga se daje Obrascu za cijenu ponude, pa Ugovorni organ kako sebe, tako i ponuđače dovodi u paradoksalnu situaciju - da navodi da se „prednost daje cijeni upisanoj slovima“, a istovremeno isključuje upisivanje cijene slovima u Obrazac za cijenu ponude - nonsens. (!?)

Postavlja se logično pitanje, čemu se onda daje prednost, i zašto se ostavljaju ovakve odredbe u Tenderskoj dokumentaciji koje otvaraju mogućnost subjektivnog tumačenja ispunjenosti uslova. Tenderska dokumentacija mora biti sačinjena u skladu sa ZJN i podzakonskim aktima koji uređuju predmetnu oblast, a što podrazumijeva strogu formu definisanu propisima. Svako odstupanje od zadate forme, predstavlja svojevrijedno propisivanje uslova kojima se otvara mogućnost subjektivnih tumačenja ponuda, a odsustvo objektivnosti predstavlja kršenje Opštih principa propisanih članom 3. Zakona o javnim nabavkama, koji garantuje provođenje postupka na način da se u Ugovorni organ 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.

Postupak javne nabavke je strogo formalan postupak i formalitet nije uspostavljen da bi bio sam sebi svrha, nego da bi obezbijedio jednak tretman i nediskriminaciju svih ponuđača. Ova osnovna načela moraju biti vodilja pri svakoj radnji koju učini ugovorni organ, a na strani potencijalnih ponuđača je obaveza da u cijelosti poštuju postavljene uvjete, koji su objavljeni u javnom pozivu. Stoga je ovaj zakon mjerodavan i u pitanju utvrđivanja pravog stanja stvari, izjašnjavanja o svim činjenicama i okolnostima, ocjene dokaza, prava na pravna sredstva i sudsku zaštitu (Presuda Suda Bosne i Hercegovine br. Si 3 U 039971 21 U od 02.02.2023. godine) Na ovom mjestu Žalitelj cijeni shodnim podsjetiti na stav Suda Bosne i Hercegovine zauzet u brojnim presudama, tako i u Presudi br. Si 3 U 036180 20 U 03.03.2022. godine.

O važnosti i značaju predmetne nepravilnosti u Tenderskoj dokumentaciji, rješavano je i u praksi Ureda za razmatranje žalbi, koji je rješavajući po žalbi na odluku o izboru najpovoljnijeg ponuđača,

dakle nakon provedenih svih faza postupka javne nabavke, koji se sastoji od više faza, objave TD, pripreme ponuda, prijema ponuda, analize ponuda, uvida u ponude - našao da navedena nepravilnost TD vodi tome da se kompletan postupak poništava jer je Tenderska dokumentacija sačinjena suprotno propisima koji uređuju predmetnu oblast, pa je takav stav zauzet i u Rješenju br. JN2-03-07-1-823- 9/23 od 19.05.2023. godine.

Svo eventualno teoretisanje Ugovornog organa isključuje stav Suda Bosne i Hercegovine zauzet u Presudi br. S1 3 U 028424 18 U od 28.11.2019. godine.

U konačnom, imajući u vidu odsustvo pravnog osnova za sačinjavanje Tenderske dokumentacije na način kako je to Ugovorni organ učinio - isključenje obaveze pisanja cijene slovima u Obrascu za cijenu ponude, a što je direktno suprotno odredbi člana 14. i 17. Uputstva, to je predmetni dio TD nužno izmijeniti, a kako bi se uskladio sa ZJN, Uputstvom i podzakonskim propisima koji uređuju predmetnu oblast, a sve iz razloga kako bi se ponude mogle cijeniti na objektivnoj i konkurentskoj osnovi sa krajnjim ciljem i svrhom - najefikasnijim trošenjem javnih sredstava, u suprotnom ispunjeni su u si ovi za primjenu člana 103. ZJN i poništenje postupka u cijelosti.

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

U Nacrt Okvirnog sporazuma i Nacrtu pojedinačnog Ugovora, u preambuli Nacrta, inkorporisani su datumi koji se odnose na 2023. godinu.

Naime, zahtijeva se upisivanje datuma zaključenja Ugovora, te je navedena 2023. godina kao jedina godina u kojoj će se ugovor zaključiti odnosno u kojoj godini će se ponuda pripremiti.

Predmetni postupak javne nabavke je raspisan dana 28.12.2023. godine, a određenje rok za dostavljanje ponuda 01.02.2024. 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 4.1, propisao sljedeće:

„(Ponudač ne smije mijenjati ili nadopunjavati tekst tenderske dokumentacije. “

Prethodno navedeno znači da ponuđači ne mogu prosto izmijeniti sadržaj Nacrta Okvirnog sporazuma i pojedinačnog 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 01.02.2024. godine)

2. Dostavu 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 ostavu neizmijenjeni 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 podrazumjevat.

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.

13. Tenderska dokumentacija pripremljena je u suprotnosti sa Zakonom o javnim nabavkama u dijelu koji se odnosi na definisanje rokova za izvršenje u okviru Nacrta pojedinačnog ugovora.

Naime, Ugovorni organ je u članu 5. Nacrta pojedinačnog ugovora - Rok za realizaciju obaveza, u potpunosti paušalno i subjektivno pristupio definisanju roka - odnosno isti nije ni odredio.

„Član 5.

Krajnji rok izvršenja obaveza iz ovog Ugovora je (xxx) mjeseci od datuma stupanja Ugovora na snagu. Izvođač će obaveze iz člana i. ovog Ugovora izvršavati sukcesivno po pojedinačnim narudžbenicama, u kojima će biti naveden opis radova, količina i rok izvođenja

Dakle, Ugovorni organ, na daje nikakav vremenski okvir za rok u kojem je potrebno realizovati predmet ugovora, što nije u skladu sa Zakonom o javnim nabavkama i Uputstvom za pripremu modela tenderske dokumentacije i ponuda.

S obzirom da je predmet javne nabavke jasno određen, a samim time i poznat je obim posla koji je potrebno izvršiti u skladu sa Tehničkom dokumentacijom koja je dio tenderske dokumentacije. Ugovorni organ je morao procijeniti i bliže odrediti rok za izvođenje po pojedinačnim narudžbenicama.

Uputstvom za pripremu modela tenderske dokumentacije i ponuda je definisano sljedeće:

„Član 3. (Sadržaj tenderske dokumentacije)

(1) 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.

(2) Tenderska dokumentacija se sastoji od sljedećih dijelova: b) podaci o predmetu javne nabavke: 9) rok za isporuku robe, ili izvršenje usluge ili izvođenje radova, kao i rok za početak isporuke robe, ili rok za početak pružanja usluga ili rok za početak izvođenja radova, ako je moguće: “

Uvidom u tehničku dokumentaciju, zaključuje se da je predmet postupka jasno određen, a da su u precizno definisane sve usluge/radovi/robe koje predmet Ugovora uključuje. Na osnovu toga je evidentno da je obim poslova koji će se realizovati unaprijed poznat i jasan te da je moguće odrediti rokove i izraditi dinamički plan, u kojem će se dodjeljivati narudžbenice te taj momenat koristiti kao referentnu tačku za izvršenje obaveza.

Ovakvim nepravilnim definisanjem odnosno nedefinisanjem roka realizacije, Ugovorni organ potpuno nepravilno i u svoju korist, ne vodeći računa o pravima i obavezama druge ugovorne strane - Izvođača, definiše model iz kojeg se ne može zaključiti ništa drugo do jednostranost i subjektivnost koja dovodi Izvođača u neizvjestan i neravnopravan položaj. Ponuđačima moraju biti ponuđene jasne i precizne informacije te definisani izvjesni rokovi koji su im dovoljni za pripremu ponuda na stvarno konkurentnoj osnovi. Ugovorni organ je upravo uradio suprotno te je potpunu slobodu volje ostavio sebi, što znači da postoji rizik od postavljanja nerealnih i kratkih rokova sa ciljem da se naplate penali za kašnjenje. Stoga, kako bi se smanjile mogućnosti za manipulaciju i

eventualnu zloupotrebu na osnovu člana 5. Nacrta ugovora, Ugovorni organ je dužan isti izmijeniti i odrediti objektivne rokove u kojima će se po pojedinačnim narudžbenicama izvršavati posao, u skladu sa objektivnim okolnostima u vezi sa predmetom ugovora i obimom posla.

Takođe, neophodno je napomenuti da pored nedefinisanja roka izvođenja radova, Ugovorni organ nije precizno definisao ni mjesto izvođenja radova, a kako je to obrazloženo u posebnom žalbenom navodu, što ponuđačima nesumnjivo nije dovoljno za pripremu ponuda. S obzirom da je u pitanju priprema ponude na osnovu Tenderske dokumentacije za predmet javne nabavke čija je procijenjena vrijednost 420.000,00 KM, ovako nepotpuna i nezakonito pripremljena Tenderska dokumentacija nije pravno održiva.

Na osnovu neprecizno definisanih uslova u Tenderske dokumentaciji i Nacrtu ugovora koji je dio iste, ponuđači nemaju jasne i precizne te pravno relevantne osnove za pripremu ponuda na stvarno konkurentnoj osnovi, što je u suprotnosti sa Zakonom o javnim nabavkama u sljedećem:

„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

„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

Raspravljajući u identičnoj pravnoj stvari, Ured za razmatranje žalbi je zauzeo stav koji se navodi u korist prethodno navedenom Rješenju br. JN2-01-07-1-2913-10/23 od 28.12.2023. godine.

Kako bi se postupak javne nabavke nastavio u skladu sa Zakonom, te kako bi ponuđači imali jasne i potpune informacije, to je ovaj žalbeni navod nužno usvojiti kao osnovan, te u skladu s tim izvršiti izmjene i dopune Tenderske dokumentacije što znači definisanje tačnih rokova za izvršenje obaveza u Nacrt ugovora, jer u protivnom, radi se o bitnim povredama propisanim članom 103. ZJN, a posljedica tome je poništenje Tenderske dokumentacije u cijelosti.

14. Tenderska dokumentacija, u Nacrtu pojedinačnog ugovora u članu 6. sadrži diskriminatoran i ograničavajući uslov, koji je postavljen u suprotnosti sa Zakonom o javnim nabavkama i Opštim principima.

Naime, u članu 4. Nacrta pojedinačnog ugovora, postavljen je sljedeći zahtjev:

„ Član 4.

Izvođač se obavezuje da će radove na otklanjanju kvarova započeti u roku od 3 (tri) sata od trenutka najave istih kontakt osobi koju je Izvođač odredio za prijem ovih najava.

Izvođač se obavezuje da će radove na izgradnji, rekonstrukciji i investicionom održavanju započeti najkasnije 24 sata nakon prijema pojedinačne narudžbenice.“

Postavljeni rok za odziv na poziv Naručitelja, u roku od jednog sata nakon usmenog poziva, je posve ograničavajući i subjektivno određen.