



BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANJE ŽALBI

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ

BOSNIA AND HERZEGOVINA
PROCUREMENT REVIEW BODY

Број: ЈН2-01-07-1-373-7/24
Датум: 12.03.2024. године

Канцеларија за разматрање жалби БиХ, рјешавајући по жалби привредног субјекта „Росо - Commerce“ д.о.о. Ливно, број ЈН-19-30/24 од 29.01.2024. године, заступаног по пуномоћнику Санелу Незирићу, адвокату из Сарајева, изјављеној против Рјешења о дјелимичном прихватању жалбе, број: 09/3-45-1-14092/23 од 22.01.2024. године, у отвореном поступку јавне набавке: „Реконструкција улице Чаршијска и улице Алије Изетбеговића“, уговорног органа „Град Високо“, на основу члана 111. ст. (1) тачка д) и ст. (10) Закона о јавним набавкама („Службени гласник БиХ“, број 39/14 и 59/22), на сједници Вијећа I одржаној дана 12.03.2024. године донијела је:

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. Жалба се усваја.
2. Поништава се Рјешење о дјелимичном прихватању жалбе, број: 09/3-45-1-14092/23 од 22.01.2024. године и предмет се враћа уговорном органу на поновни поступак.
3. Усваја се захтјев за надокнаду трошкова састава жалбе по пуномоћнику у износу од 280,80 КМ са ПДВ-ом.
4. Обавезује се уговорни орган да надокнади жалиоцу трошкове састава жалбе по пуномоћнику у износу од 280,80 КМ, у року од осам дана од дана извршности овог рјешења.
5. Поврат средстава уплаћених на име накнаде за покретање жалбеног поступка, у износу од 7.500,00 КМ, извршиће се на основу посебног рјешења овог органа.

Образложење

Дана 25.12.2023. године уговорни орган „Град Високо“ објавио је обавјештење о набавци број: 870-1-3-154-3-159/23 у поступку јавне набавке радова: „Реконструкција улице Чаршијска и улице Алије Изетбеговића“.

Против Рјешења о дјелимичном прихватању жалбе, број: 09/3-45-1-14092/23 од 22.01.2024. године, жалилац изјављује жалбу овом органу, а жалбене наводе темељи на следећим тврдњама:

Жалилац наводи да је уговорни орган спорним рјешењем дјелимично усвојио жалбу жалиоца изјављену на тендерску документацију, те рјешење оспорава због начина измјене усвојеног петог жалбеног навода. Уговорни орган је измјенио члан 3. нацрта уговора на начин да укупна вриједност радова такође обухвата вриједност вишкова и мањкова радова, ако би исти успједили због видљивих или скривених недостатака уочених током реализације уговора. Из ове одредбе произилази да ће понуђач извести про бопо радове који представљају вишак и мањак радова и неће их моћи фактурисати, чиме уговорни орган процјењену вриједност набавке представља као ирелевантан елемент, а која мора садржавати и све трошкове који произилазе из предмета набавке. Сви додатни радови би требало да се додатно фактуришу или да

се проведе нови поступак за додатне радове. Такође, чланом 3. нацрта уговора предвиђено је да укупна вриједност радова обухвата и евентуална повећања цијене елемената на основу којих је одређена, док је чланом 29. нацрта предвиђена примјена Закона о облигационим односима којим је прописан начин повећања цијене. Комплексност радова је таква да неће доћи до мањкова радова, него само до вишкова.

Жалилац предлаже да се жалба усвоји, поништи спорно рјешење и тендерска документација, те захтјева поврат накнаде за покретање жалбеног поступка и трошкове састава жалбе по пуномоћнику у износу од 280,80 КМ са ПДВ-ом.

Уговорни орган је доставио изјашњење на наводе жалбе број: 09/3-45-1-14092/23 од 05.02.2024. године у којем предлаже да се жалба одбије као неоснована.

Жалилац је доставио одговор на изјашњење уговорног органа, од 15.02.2024. године, којим спори достављено изјашњење.

Прије упуштања у разматрање жалбених навода овај орган је утврдио да је жалба допуштена, благовремена, изјављена од стране овлашћеног лица и лица које има активну легитимацију, све у складу са чланом 109. Закона о јавним набавкама (у даљем тексту: ЗЈН).

Овај орган је утврдио да су испуњени и формални услови за рјешавање по жалби у складу са члановима 105. и 108. став (4) ЗЈН.

Жалба је основана

У току жалбеног поступка изведени су докази, увидом у достављену документацију од стране уговорног органа и жалиоца, и то:

- Одлуку о покретању поступка јавне набавке број: 09/3-45-1-14092/23 од 15.12.2023. године;
- Обавјештење о набавци број: 870-1-3-154-3-159/23 од 15.12.2023. године;
- Тендерску документацију број: 09/3-45-1-14092/23 са измјенама;
- Жалбу на тендерску документацију, број ЈН-19-05/24 од 11.01.2024. године;
- Рјешење о дјелимичном прихватању жалбе, број: 09/3-45-1-14092/23 од 22.01.2024. године и
- Другу документацију и доказе достављену од стране уговорног органа и жалиоца.

Из стања списка произилази да је жалилац, у истом поступку јавне набавке, изјавио жалбу на тендерску документацију, коју је уговорни орган дјелимично усвојио рјешењем број: 09/3-45-1-14092/23 од 22.01.2024. године.

Незадовољан спорним рјешењем у дијелу петог жалбеног навода жалилац изјављује жалбу против овог рјешења, сматрајући да је уговорни орган незаконито измјенио члан 3. нацрта уговора, на начин којим се дефинише да укупна вриједност радова такође обухвата вриједност вишкова и мањкова радова, ако би исти услиједили због видљивих или скривених недостатака уочених током реализације уговора, тако да ће понуђач извести рго бопо радове који представљају вишак и мањак радова и неће их моћи фактурисати.

У свом изјашњењу уговорни орган се позива на члан 72. став (2) ЗЈН којим је прописано да се уговори о јавној набавци закључују у складу са Законом о облигационим односима, а да је чланом 640. овог закона предвиђено да уговори о грађењу садрже одредбу „кључ у руке“ или неку другу сличну одредбу, којом цијена радова обухвата и вриједност непредвиђених радова и вишкова радова, а искључује утицај мањкова радова на уговорену цијену, те се позива и на Посебне узансе о

грађењу, у овом дијелу. Такође наводи да је понуђачима омогућен увид у пројектну документацију и обилазак терена, на основу чега понуђачи дају укупну цијену.

Жалилац спори достављено изјашњење уговорног органа наводећи да тендерском документацијом није предвиђено одредба „кључ у руке“ на коју се позива уговорни орган. Такође наводи да је извршио увид у тендерску документацију и обилазак терена на основу чега је утврдио да предмјер радова има недостатака али да није могуће утврдити обим и количине додатних радова, прије свега због тога што геологија терена није извршена, или није предочена понуђачима, те постоји бојазан да дебљина тампонског материјала не буде довољна за постизање степена збијености предвиђеног пројектом, због чега би се морали изводити додатни радови на ископу и насипању, а по спорној одредби понуђачи би морали покривати додатне трошкове.

Увидом у спис предмета, овај орган је утврдио да је жалилац изјавио жалбу на тендерску документацију, те спорио између осталог и одредбу члана 3. Нацрта уговора (Анекс 10 ТД), из истих разлога као и у овој жалби, а којом је, прије учињених измјена, било дефинисано следеће:

„Фактурисање изведених радова обављат ће се мјесечно на основу потписаних и оверених испостављених привремених ситуација и окончане ситуације, прављених на основу грађевинске књиге и извјештаја Надзорног органа. Кумулативан износ свих привремених ситуација може износити максимално 95% од уговорене вриједности. Задржани дио уговорених средстава у износу 5% се исплаћује окончаном ситуацијом након успјешне примопредаје/техничког прегледа радова и успјешним коначним обрачуном.

Укупна вриједност радова из члана 2. обухвата све активности и радове до успјешно обављене примопредаје радова/техничког прегледа. Укупна вриједност радова такођер обухвата вриједност свих непредвиђених радова, вишкова или маникова радова, ако би исти успјели због видљивих или скривених недостатака уочених током реализације Уговора. Укупна вриједност радова обухвата и евентуална повећања цијене елемената на основу којих је иста одређена.

Укупна вриједност радова из Уговора мора бити исказана као збир цијена изведених радова према предмјеру и предрачуна радова, који је саставни дио понуде Извођача.”

Рјешењем о дјелимичном прихватању жалбе, број: 09/3-45-1-14092/23 од 22.01.2024. године, дјелимично је усвојена жалба понуђача „Росо - Commerce“ д.о.о. Ливно, сада жалиоца, изјављена на тендерску документацију, те тачком II диспозитива утврђено је да се мијења тендерска документација број: 09/3-45-1-14092/23 од 25.12.2023. године у тачкама 10., 12.2 а), 23., 24. и 35 и у дијелу Анекса X – Нацрт уговора.

У вези са спорним петим жалбеним наводом, уговорни орган усваја овај жалбени навод, те у образложењу наводи:

„Због неусаглашености нацрта уговора и предмјера, мијења се дио текста у нацрту уговора: „Укупна вриједност радова такође обухвата вриједност вишкова и мањкова радова, ако би исти успјели због видљивих или скривених недостатака уочених током реализације Уговора“.

С тим у вези, у прилогу рјешења уговорни орган доставља понуђачима измјењени Анекс X – Нацрт уговора, којим врши измјене члана 3. Нацрта уговора, а којим је сада дефинисано:

„Фактурисање изведених радова обављат ће се мјесечно на основу потписаних и оверених испостављених привремених ситуација и окончане ситуације, прављених на основу грађевинске књиге и извјештаја Надзорног органа. Кумулативан износ свих

привремених ситуација може износити максимално 95% од уговорене вриједности. Задржани дио уговорених средстава у износу 5% се исплаћује окончаном ситуацијом након успјешне примопредаје/техничког прегледа радова и успјешним коначним обрачуном.

Укупна вриједност радова такођер обухвата вриједност свих непредвиђених радова, вишкова или мањкова радова, ако би исти успједили због видљивих или скривених недостатака уочених током реализације Уговора."

За жалиоца је управо споран дио одредбе члана 3. Нацрта уговора, која није измјењена спорним рјешењем, а којом је дефинисано: „Укупна вриједност радова такође обухвата вриједност вишкова и мањкова радова, ако би исти успједили због видљивих или скривених недостатака уочених током реализације Уговора“.

Чланом 15. Став (2) ЗЈН, између осталог је прописано:

„(2) Одређивање процијењене вриједности јавне набавке врши се на следећи начин:

а) Процијењена вриједност набавке робе, услуга или радова једнака је новчаном износу који уговорни орган плаћа, без обрачуна тог пореза на додату вриједност. Приликом израчунавања процијењене вриједности уговора о радовима у обзир се узимају трошкови радова и укупна процијењена вриједност свих роба или услуга које уговорни органи стављају на располагање извођачу радова под условом да су оне потребне за извођење радова;“

Чланом 53. Став (1) ЗЈН прописано је:

„(1) Уговорни орган дужан је припремити тендерску документацију у складу с одредбама овог закона и подзаконским актима. У тендерској документацији уговорни орган даје потпуне информације о условима уговора и поступку додјеле уговора, а који су кандидатима/понуђачима довољни за припрему захтјева за учешће, односно понуда на стварно конкурентској основи.“

Чланом 3. ЗЈН прописано је:

„(1) Уговорни орган дужан је да поступа транспарентно, да се у поступку јавне набавке према кандидатима/понуђачима понаша једнако и недискриминирајуће, на начин да осигура правичну и активну конкуренцију, с циљем најефикаснијег кориштења јавних средстава у вези с предметом набавке и његовом сврхом.

(2) Општи принципи обавезно се примјењују и поштују и у поступку правне заштите.“

Чланом 3. став (1) Упутства за припрему модела тендерске документације и понуда („Службени гласник БиХ“, број 90/14 и 20/15)

„(1) Тендерска документација садржи све неходне информације и појашњења који морају бити дефинисани јасно, на основу којих кандидати/понуђачи могу припремити своје захтјеве за учешће/понуде.“

Чланом 4. став (1) поменутог упутства прописано је:

„(1) Уговорни орган у тендерској документацији код уговора о јавној набавци одређује тачну количину предмета набавке, а код оквирног споразума тачну или оквирну количину предмета набавке.“

Цијенећи напријед утврђено чињенично стање, те цитиране одредбе ЗЈН и подзаконских аката, овај орган је утврдио да правилно жалилац указује на неправилности које садржи одредба члана 3. Нацрта уговора. Приликом припреме тендерске документације, уговорни орган је дужан водити рачуна да пружи понуђачима потпуне/неопходне информације о условима уговора, како би понуђачи могли доставити понуде на стварно конкурентској основи, сходно одредбама члана 53. став (1) ЗЈН и члана 3. став (1) Упутства. Дефинишући да: „Укупна вриједност радова

такође обухвата вриједност вишкова и мањкова радова, ако би исти услиједили због видљивих или скривених недостатака уочених током реализације Уговора“, уговорни орган поступа противно цитираним одредбама ЗЈН и подзаконских аката јер, уводећи у опис предмета набавке „видљиве и скривене недостатке“, које обухвата укупна вриједност радова, уговорни орган потенцира на будућим неизвјесним радовима које никако не могу бити основ за припрему понуде на стварно конкурентској основи. При том, предмјером радова који је саставни дио тендерске документације, одређене су тачне количине радова, сходно члану 4. став (1) Упутства, те није јасно како укупна вриједност радова, поред одређених тачних количина, може садржавати и вишкове радова, који ће неспорно представљати увећање утврђених количина. Такође, чланом 15. став (2) прописано је да, приликом израчунавања процијењене вриједности уговора о радовима, у обзир се узимају трошкови радова, који су неспорно одређени врстом радова и количинама из предмјера радова. Правилно жалилац закључује и да ЗЈН, као *lex specialis*, предвиђа релевантне поступке и процедуре у случају појаве додатних радова приликом извршења уговора.

Уговорни орган се позива на члан 72. став (2) ЗЈН којим је прописано да се уговори закључују у складу са законима о облигационим односима у Босни и Херцеговини, што није спорно, али исто тако, уговори из облигационо - правних односа представљају сагласност воља уговорних страна, чије одредбе понуђачи могу спорити у фази жалбе на тендерску документацију, уколико су противне Закону о јавним набавкама, који је *lex specialis* у области јавних набавки. С тим у вези, уговорни орган се позива и на одредбе Закона о облигационим односима који предвиђају одредбу „кључ у руке“, а при том дефинише чланом 3. Нацрта уговора могуће/будуће додатне радове, на начин који је противан одредбама ЗЈН.

Уговорни орган се такође позива и на чињеницу да је омогућио понуђачима обилазак локације на којој ће се изводити радови, али поставља се оправдано питање, како ће понуђачи уочити недостатке који се могу појавити приликом извођења радова, а да при том понуде цијену радова на стварно конкурентском основу. При том, спорном одредбом Нацрта уговора предвиђени су вишкови или мањкови радова који се уоче „током реализације уговора“, дакле, након окончања поступка јавне набавке.

Имајући у виду све напријед наведено, жалбени навод је основан.

У другом дијелу жалбеног навода жалилац наводи да је чланом 3. нацрта уговора предвиђено да укупна вриједност радова обухвата и евентуална повећања цијене елемената на основу којих је одређена, што такође спори. Међутим, увидом у члан 3. измјењеног Нацрта уговора (Анекс 10), овај орган је утврдио да је спорни дио одредбе брисан из става (2) овог члана.

У поновном поступку, уговорни орган ће правилно поступити по жалби жалиоца, број: ЈН-19-05/24 од 11.01.2024. године, изјављеној против тендерске документације, примјењујући правилно одредбе члана 100. ЗЈН, а уважавајући правно схватање овог органа.

На основу напријед наведеног, одлучено је као у диспозитиву, у складу са чланом 111. став (1) тачка д) и чланом 230. Закона о управном поступку („Службени гласник БиХ“, број 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16).

Захтјев за накнаду трошкова заступања жалиоца од стране адвоката усвојен је у износу од 280,80 КМ са ПДВ-ом, све у складу са чланом 18. Ст. (2) и (33) Тарифа о наградама и накнади трошкова за рад адвоката („Службене новине Федерације БиХ“, бр. 22/04 и 24/04), сходно члану 119. став (5) ЗЈН којим је прописано да странка, на чију је штету жалбени поступак окончан, дужна је противној странци надокнадити јасно прецизиране оправдане трошкове који су јој настали учешћем у жалбеном поступку.

Поврат уплаћених средстава по основу накнаде за покретање жалбеног поступка, у износу од 7.500,00 КМ, извршиће се посебним актом, у складу са чланом 108. став (7) ЗЈН и чланом 4. Инструкције о начину уплате, контроле и поврата накнада прописаних чланом 108. Закона о јавним набавкама.

Упутство о правном средству

Ово рјешење је коначан управни акт. Против овог рјешења може се поднијети тужба у управном спору пред Судом Босне и Херцеговине у року од 30 дана од дана пријема рјешења.

Такса на тужбу износи 100,00 КМ.

ПРЕДСЈЕДНИК ВИЈЕЋА
Марко Колобарић

Доставити:

1. Адвокат Санел Незирић, Ла Беневоленција 2, 71000 Сарајево
2. „Град Високо“, Ул. Алије Изетбеговића 12А, 71300 Високо
3. Евиденцији
4. а/а