

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
УРЕД ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ

БОСНИА АНД ХЕРЗЕГОВИНА
ПРОЦУРЕМЕНТ РЕВИЕУ БОДУ

Broj: JN2-01-07.1-1121-7/20

Sarajevo, 27.05.2020.godine

Kancelarija za razmatranje žalbi, rješavajući po žalbi ponuđača „ORONATE Limited“ 75 Papabasiliou House , Nicosia, Cyprus, zastupan po Ostoji Kremenoviću, advokatu iz Banja Luke, od 11.05.2020. godine, izjavljene protiv Odluke o izboru najpovoljnijeg ponuđača ugovornog organa „AERODROMI REPŠUBLIKE SRPSKE“ a.d. Banja Luka za nabavku mlaznog goriva JET A1, broj: 01-324-8/20 od 07.05.2020. godine, na osnovu člana 103. stav (1), član 104. i 111. stav 1) tačka d) Zakona o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine („Sl.glasnik BiH“, broj: 39/14) i 230. Zakona o upravnom postupku („Sl.glasnik BiH“, broj: 29/02,12/04, 88/07, 93/09 i 41/13), na sjednici Kancelarije za razmatranje žalbi održanoj dana 27.05.2020.godine, donijela je

R J E Š E N j E

Žalbe se usvajaju i poništava se postupak u cjelosti:

- Odluka o izboru najpovoljnijeg ponuđača ugovornog organa „AERODROMI REPUBLIKE SRPSKE“ a.d. Banja Luka za nabavku mlaznog goriva JET A1, broj: 01-324-8/20 od 07.05.2020. godine,
- Tenderska dokumentacije ugovornog organa „AERODROMI REPUBLIKE SRPSKE“ a.d. Banja Luka, broj: 01-324/20 od 05.05.2020. godine,
- Ugovor o kupoprodaji kerozina broj 01-338/20 od 07.05.2020. godine,
- Usvaja se zahtjev ponuđača „ORONATE Limited“ 75 Papabasiliou House , Nicosia, Cyprus, zastupan po Ostoji Kremenoviću, advokatu iz Banja Luke, za povrat uplaćenih sredstava na ime pokretanja žalbenog postupka u iznosu od 7.500,00 KM, koji će se izvršiti na osnovu posebnog rešenja ovog organa.
- Usvaja se zahtjev ponuđača „ORONATE Limited“ 75 Papabasiliou House , Nicosia, Cyprus, od 11.05.2020. godine zastupan po Ostoji Kremenoviću, advokatu iz Banja Luke za naknadu advokatskih troškova u iznosu od 526,50 KM za sastav žalbe, i iste je ugovorni organ dužan nadoknaditi žaliocu u roku od 15 dana od dana izvršnosti ovog rješenja, dok se u preostalom dijelu iznosa od 5.323,50 KM zahtjev odbija.

O B R A Z L O Ž E N j E

Ugovorni organ, „AERODROMI REPUBLIKE SRPSKE“ a.d. Banja Luka (u daljem tekstu: Ugovorni organ), je donio Odluku o izboru najpovoljnijeg ponuđača za nabavku mlaznog goriva JET A1, broj: 01-324-8/20 od 07.05.2020. godine.

Nezadovoljan Odlukom o izboru najpovoljnijeg ponuđača za nabavku mlaznog goriva JET A1, broj: 01-324-8/20 od 07.05.2020. godine, ponuđač „ORONATE Limited“ 75 Papabasiliou House , Nicosia, Cyprus (u daljem tekstu: Žalilac) je na istu, izjavio žalbu od 11.05.2020. godine, koja je putem ugovornog organa u skladu sa članom 107. Zakona o javnim nabavkama, prosljeđena ovom organu i zaprimljena kod istog dana 18.05.2020. godine.

U žalbi ponuđača ORONATE Limited“ 75 Papabasiliou House , Nicosia, Cyprus se navodi:

- Žalilac podnosi žalbu zbog pogrešne primjene Zakona o javnim nabavkama, podzakonskih akata i pravila upravnog postupka. Ugovorni organ je pokrenuo predmetni postupak javne nabavke aktom broj: 01-324/20 od 4.5.2020. godine, pozivajući se na Zaključak Republičkog štaba za vanredne situacije RS broj: 26-6/20 od 27.4.2020. godine, kojim je naloženo ovom ugovornom organu da izvrši nabavku avio goriva za odvijanje humanitarnih letova i operacija za nabavku medicinske robe i opreme. Javna nabavka je provedena putem pregovaračkog postupka bez objavljivanja obavještenja o nabavci, na osnovu člana 28. pod d) i člana 28. ZJN (kako je navedeno u obrazloženju osporavane odluke).

Za žalioca nije sporno da ugovorni organ, na osnovu člana 21. pod d) ZJN može izuzetno ugovor o javnoj nabavci dodijeliti putem pregovaračkog postupka bez objavljivanja obavještenja o javnoj nabavci, kada izuzetno, zbog dokazivih razloga krajnje hitnosti, prouzrokovane događajima nepredvidivim za ugovorni organ, zbog kojih se ne mogu ispoštovati minimalni rokovi utvrđeni za druge postupke javne nabavke propisanih ZJN (na što upućuje i zaključak nadležnog organa Republike Srpske da se postupak javne nabavke sprovede „hitno“). Međutim, ugovorni organ, vjerovatno greškom se i ne poziva na član 21. pod d) ZJN, već se poziva na član 28. pod d) ZJN (nepostojeća odredba ZJN).

Žalilac posebno ističe činjenicu da je sa istim ugovornom organom zaključio Ugovor o nabavci mlaznog goriva JET A1 (isti predmet javne nabavke) 25.12.2019. godine, u količini od 276 tona (ugovor protokolisan kod istog ugovornog organa pod brojem: 01-1099/19 od 25.12.2019. godine). Realizacija navedenog ugovora je još u toku, realizuje se na osnovu člana 5. istog ugovora - roba se isporučuje u roku od 5 dana od dana dostavljanja narudžbenice od strane kupca (žalilac uredno izvršava ugovor) i na dan podnošenja ove žalbe nije isporučeno još 21.466 kg goriva, a isporuka ne zavisi od žalioca, već od narudžbenice kupca, u ovom postupku - ugovornog organa. Navedene okolnosti dovode u pitanje i izbor postupka javne nabavke, odnosno primjenu člana 21. tačka d) Zakona o javnim nabavkama za pregovarački postupak bez objavljivanja obavještenja.

Ugovorni organ je osporavanom odlukom, dodijelio ugovor o javnoj nabavci ponuđaču Sinteko Plus d.o.o. Ljubljana (član 1. osporavane odluke), a u obrazloženju iste odluke navodi da je ponudu dostavio ugovornom organu ponuđač „Sinteko Plus“ d.o.o. Banja Luka 6.5.2020. godine, pod uslovima pod kojima je ponuda i prihvaćena. Na osnovu navedenog, ugovor je dodijeljen ponuđaču iz Ljubljane, i ako je ponudu podnio drugi ponuđač - sa sjedištem u Banjoj Luci, što dodatno čini postupak javne nabavke netransparentnim i nezakonitim.

U vrijeme pripreme predmetne žalbe, žalilac nije imao na raspolaganju informaciju da li je ugovorni organ već zaključio ugovor o javnoj nabavci, ali s obzirom na već navedene nezakonitosti predmetnog postupka javne nabavke i član 2. osporavane odluke, da će se ugovor dostaviti na potpis izabranom „najpovoljnijem“ ponuđaču odmah po izboru ponuđača, pošto je samo jedan ponuđač sudjelovao u pregovaračkom postupku bez objavljivanja obavještenja o javnoj nabavci - član 98. stav 2. tačka a) ZJN, na koju odredbu ZJN se poziva ugovorni organ u osporavanoj odluci. Međutim, zakonita primjena člana 98. stav 2. pod a) ZJN, podrazumijeva postojanje uslova da je prethodno zakonito proveden pregovarački postupak bez objavljivanja obavještenja o javnoj nabavci, što u ovom postupku javne nabavke iz navedenih razloga nije zakonito postupljeno, tako da je i ugovor o javnoj nabavci nezakonito zaključen.

- Imajući u vidu prednje, žalilac izjavljuje predmetnu žalbu, te zahtjeva od ugovornog organa da žalbu, usvoji i poništi osporavanu odluku o izboru najpovoljnijeg ponuđača, poništi zaključen ugovor o javnoj nabavci i ponovi postupak javne nabavke u skladu sa ZJN. Žalilac zahtjeva i nadoknadu troškova postupka - advokatske usluge u ukupnom iznosu od 5.850,00 KM (5.000,00 KM troškovi zastupanja od strane advokata, po tarifnom broju 2., 11. 12. Tarife o nagradama i naknadi troškova za rad advokata - „Sl. glasnik Republike Srpske“ broj 68/05 i 96/19 i 850,00 KM na ime PDV). Žalilac zahtjeva povrat uplaćene naknade za pokretanje žalbenog postupka, u iznosu kojeg odredi drugostepeni organ.

Postupajući u skladu sa članom 100. stav (5) Zakona o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine, ugovorni organ je u prilogu akta broj: 01-352-1/20 od 14.05.2020. godine, dostavio spis prvostepenog postupka ovom organu zajedno sa Izjašnjenjem, a koji je kod ovog organa zaprimljeni dana 18.05.2020. godine.

Ovaj organ je po službenoj dužnosti, prije razmatranja žalbi, utvrđivao dopuštenost, blagovremenost, te da li su žalbe izjavljene od ovlaštene osobe, shodno članu 109. stav (1) Zakona o javnim nabavkama i članu 227. stav (1) Zakona o upravnom postupku.

Pored navedenog, ovaj organ je, prije razmatranja žalbi utvrđivao ispunjenost uslova u smislu odredbe člana 105. i člana 108. stav (3) Zakona o javnim nabavkama i utvrdio da su ispunjeni uslovi za postupanje po istim na način kako definišu odredbe navedenih članova Zakona.

Žalba je osnovana

Uvidom u pribavljene dokaze, te analizom svakog dokaza pojedinačno i u njihovoj međusobnoj vezi, a u odnosu na žalbene navode i propisani zakonski postupak, u smislu člana 231. st. 1. Zakona o upravnom postupku, te rukovodeći se članom 9. i članom 126. stav 1. istog Zakona, kao i ovlaštenjem ovog organa iz člana 103. stav (1) tačka a) i člana 104. Zakona o javnim nabavkama, provjeravajući zakonitost postupka javne nabavke u dijelu koji se odnosi na primjenu i provođenje pregovaračkog postupka, ovaj organ je kontrolisao primjenu odredaba Zakona o javnim nabavkama i zakonitost postupka u navedenom dijelu, te utvrdio nepravilnosti u pripremi i provođenju pregovaračkog postupka bez objave obavještenja o javnoj nabavci zbog čega nezakonite radnje, odnosno postupak je u cjelini morao poništiti.

Polazeći od suštine žalbenih navoda, a koji se odnose na nezakonitosti procedure provođenja pregovaračkog postupka u smislu ne objavljivanja informacije o pregovaračkom postupku bez objavljivanja obavještenja o nabavci koji namjerava da sprovedi, na način da tendersku dokumentaciju učini dostupnom za sve zainteresovane ponuđače shodno članu 28 stav 4., te kontradiktornosti u pozivanju na zakonske odredbe odnosno na član 28. pod d) u obrazloženju sporne odluke te navođenja da je ponudu dostavio ponuđač „Sinteko Plus“ d.o.o. Banja Luka, a ugovor je dodjeljen ponuđaču „Sinteko Plus“ d.o.o. Ljubljana, kao i tvrdnje da je sa istim ugovorom organom zaključio Ugovor o nabavci mlaznog goriva JET A1 (isti predmet javne nabavke) 25.12.2019. godine, u količini od 276 tona (ugovor protokolisan kod istog ugovornog organa pod brojem: 01-1099/19 od 25.12.2019. godine), te da je realizacija navedenog ugovora je još u toku, realizuje se na osnovu člana 5. istog ugovora - roba se isporučuje u roku od 5 dana od dana dostavljanja narudžbenice od strane kupca (žalilac uredno izvršava ugovor) i na dan podnošenja ove žalbe nije ispomčeno još 21.466 kg goriva, ovaj organ je utvrdio sledeće :

Prevažhodno neophodno je napomenuti da ovaj organ razumije nastalu situaciju vezano za pandemiju izazvanu virusom „COVID 19“ i ne spori Zaključak Republičkog štaba za vanredne situacije RS broj: 26-6/20 od 27.4.2020. godine kojim su utvrđene potrebe za određenu hitnu nabavku mlaznog goriva JET A1.

Međutim, obaveza svakog ugovornog organa da pri provođenju procedura nabavke pa i hitnih procedura putem pregovaračkog postupka bez objave obavještenja o nabavci je da se pridržava odredbi Zakona o javnim nabavkama vezanih za navedeni postupak. Shodno tome ovaj organ imajući u vidu iznesene žalbene navode i na osnovu njih kontrolišući zakonitost postupka, je utvrdio da je ugovorni organ vodio pregovaračkog postupka bez objave obavještenja o nabavci za nabavku 800 tona mlaznog goriva JET A1, pozivajući se na odredbe člana 21. pod d) i člana 28 Zakona o javnim nabavkama.

Povodom pravnog osnova za pregovarački postupak bez objave obavještenja o nabavci odnosno člana 21. pod d) i samu „hitnost“, ovaj organ skreće pažnju i ističe vrlo upitnim samu „hitnost“ obzirom da je postupak pokrenut 04.05.2020. godine Posebnom odlukom broj : 01-324/20 i okončan 07.05.2020. godine sklapanjem ugovora što je gotovo dva mjeseca nakon početka pandemije izazvane virusom „COVID 19“, pa je stoga vrlo upitna hitnost i korenspodiranje iste sa navedenim pravnim osnovom.

Nadalje, članom 28. stav 4. Zakona o javnim nabavkama je definisano :

„Ugovorni organ objavljuje na svojoj internetskoj stranici informacije o pregovaračkom postupku bez objave obavještenja o nabavci koji namjerava provoditi na način da će tendersku dokumentaciju učiniti dostupnom za sve zainteresirane kandidate/ponuđače“.

Smisao ovakve odredbe i njeno razumjevanju u kontekstu postupka koji se provodi se tumači jedino na način da se ovim pojačava princip transparentnosti tj. davanje informacije svim potencijalnim ponuđačima o tome kao se ugovorni organ odlučio o provođenju ovog postupka nabavke odnosno koji je uslov koristio kao pretpostavku za provođenje ovog postupka, te da će potencijalni kandidat imati i informaciju kroz postupak dodjele ugovora (obavještenje o dodjeli ugovora) o odabiru kandidata, odnosno ponuđača za predmetnu nabavku. Naravno, te su informacije značajne i bitne, jer potencijalni ponuđač, ukoliko smatra da nisu ispunjene sve pretpostavke za provođenje tog postupka nabavke, ili izabrani ponuđač ne ispunjava uslove da bude pozvan u ovom postupku nabavke, ili ima više kandidata/ponuđača koji su mogli biti pozvani.

Sagledavajući navedeni predmetni postupak javne nabavke, a i u kontekstu iznesenih žalbenih navoda, ovaj organ uvidom u internetnu stranicu ugovornog organa je utvrdio da isti nije objavio informacije o konkretnom pregovaračkom postupku niti je učinio dostupnom tendersku dokumentaciju, a kako to eksplicitno propisuje član 28. stav 4. Zakona o javnim nabavkama.

Nadalje, evidentno i nesporno da se ugovorni organ u okviru obrazloženja Odluke o izboru najpovoljnijeg ponuđača ugovornog organa broj: 01-324-8/20 od 07.05.2020. godine pogrešno pozvao na član 28. stav d) koji ne postoji u Zakonu, kao i činjenicu da je u navedenom obrazloženju naznačeno da je ponudu dostavio ponuđač „Sinteko Plus“ d.o.o. Banja Luka, a ugovor je dodjeljen ponuđaču „Sinteko Plus“ d.o.o. Ljubljana, što predstavlja značajne kontradiktornosti formalno-pravnog i proceduralnog karaktera koje u sumarnom smislu utiču na opstanak postupka, ali nemaju prevashodan značaj.

Na kraju ovaj organ skreće pažnju da je ugovorni organ utvrdio hitnost nabavke u količini od 800 tona mlaznog goriva u vrijednosti od 1.260.000,00 KM bez PDV-a, što takođe treba izanalizirati sa stanovišta urgentnosti obima navedene količine, obzirom da je ukupna planirana vrijednost na godišnjem nivou iskazana u Izvodu iz planu ugovornog organa za 2020. godinu 3.150.000,00 KM.

A u vezi sa navedenim nije bespredmetna činjenica kako to ugovorni organ ističe, a koju žalilac navodi da je sa istim ugovorom organom zaključio Ugovor o nabavci mlaznog goriva JET A1 (25.12.2019. godine, u količini od 276 tona (ugovor protokolisan kod istog ugovornog organa pod brojem: 01-1099/19 od 25.12.2019. godine), te da je realizacija navedenog ugovora još u toku, realizuje se na osnovu člana 5. istog ugovora - roba se isporučuje u roku od 5 dana od dana dostavljanja narudžbenice od strane kupca (žalilac uredno izvršava ugovor) i na dan podnošenja ove žalbe nije isporučeno još 21.466 kg goriva, jer navedena činjenica prema mišljenju ovog organa ima veoma veliki značaj i opredjeljen je na urgentnost i obim hitne nabavke.

S toga uzimajući u obzir sve navedeno, ovaj organ je stava da je ugovorni organ počinio bitne povrede zakona pri provođenju pregovaračkog postupka bez objave obavještenja o nabavci, sa upitnošću pravnog osnova, kako i u smislu objave informacije o konkretnom pregovaračkom postupku što je obavezujuća odredba gore citiranog člana 28. Zakona, te je napravio gore opisane kontradiktornosti i protivrječnosti u samom donošenju sporne Odluke, pa je zbog sveukupnih propusta, ovaj organ obavezan poništiti kompletan postupak po službenoj dužnosti.

U žalbi ponuđača „ORONATE Limited“ 75 Papabasiliou House , Nicosia, Cyprus od 11.05.2020. godine, postavljen je zahtjev za nadoknadu troškova žalbenog postupka, koji se sastoji od troškova sastava, žalbe u iznosu od 5.850,00 KM.

Imajući u vidu visinu postavljenog zahtjeva za troškove postupka, ovaj organ je u skladu sa odredbama Tarifnog broja 3. Tarife o nagradama i naknadi troškova za rad advokata („Službeni glasnik Republike Srpske“ broj: 68/05), u konkretnom slučaju pristupio odlučivanju o troškovima ovog postupka, smatrajući da u konkretnom slučaju treba primijeniti tarife u postupcima u neprocjenjivim stvarima, kako je zauzeo načelni pravni stav Sud BiH (i upravno i apelaciono vijeće) . Žalitelju pripada naknada troškova postupka za podnošenje žalbe u upravnom postupku u neprocjenjivom predmetu, to jest u iznosu od 450,00 KM u skladu sa članom 3. Tarife i PDV 17% u iznosu od 76,50 KM, ukupno 526,50 KM. U preostalom dijelu u iznosu od 5.323,50 zahtjev za naknadu troškova postupka se odbija kao neosnovan.

Povrat uplaćenih sredstava u iznosu po od 7.500,00 KM će se izvršiti posebnim aktom u skladu sa članom 108. stav 7. Zakona o javnim nabavkama BiH („Službeni glasnik BiH“ broj: 39/14 od 19.05.2014. godine) i članom 4. Instrukcije o načinu uplate, kontrole i povrata naknada propisanih članom 108. Zakona o javnim nabavkama („Službeni glasnik BiH“ broj 86/14 od 04.11.2014. godine).

Na osnovu utvrđenog činjeničnog stanja, primjenom odredaba člana 103. stav (1) Zakona o javnim nabavkama, 104. i 111. stav (1) tačka d) Zakona o javnim nabavkama, u vezi sa članom 230. stav 1. Zakona o upravnom postupku, odlučeno je kao u izreci ovog rješenja

**PRESJEDAVAJUĆA KANCELARIJE
ZA RAZMATRANJE ŽALBI**

Željka Klobučar

Dostavljeno:

- Ostoja Kremenoviću advokatu iz Banja Luke
za „ORONATE Limited“ 75 Papabasiliou House , Nicosia, Cyprus
- „AERODROMI REPUBLIKE SRPSKE“ a.d. Banja Luka
- a/a i evidencija