



BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANJE ŽALBI

BOSNA I HERCEGOVINA
KANCELARIJA ZA RAZMATRANJE ŽALBI

BOSNIA AND HERZEGOVINA
PROCUREMENT REVIEW BODY

Број: ЈН2-01-07-1-1058-6/20
Сарајево, 27.05.2020. године

Канцеларија за разматрање жалби, рјешавајући по жалби понуђача „ВН Telecom“ д.д. Сарајево – Дирекција Тузла, број: 09.2.1-35-38224/20 5750 од 27.04.2020. године, изјављене на Тендерску документацију, број предмета: 02.07/3-00589/20, број акта: 02.07/3-44-ЈБ-004 од 27.04.2020. године, Уговорног органа: ЈП „Комунално Брчко“ д.о.о. Брчко дистрикт БиХ, у поступку јавне набавке услуга групне мобилне телефоније, на основу члана 104. и 111. став 1) тачка ц) Закона о јавним набавкама Босне и Херцеговине („Сл.гласник БиХ“, број: 39/14) и 228. Закона о управном поступку („Сл.гласник БиХ“, број: 29/02,12/04, 88/07, 93/09 и 41/13), на сједници Канцеларије за разматрање жалби, одржаној 27.05.2020.године, донијела је

Р Ј Е Ш Е Њ Е

Жалба се усваја и поништава се поступак у цијелости:

1. Тендерска документација за набавку услуга групне мобилне телефоније, број предмета: 02.07/3-00589/20, број акта: 02.07/3-44-ЈБ-004 од 27.04.2020. године, те Обавјештење о набавци објављено на Порталу јавних набавки, под бројем: 1179-1-2-103-3-82/20 од 10.04.2020. године.
2. Усваја се захтјев жалиоца за поврат уплаћених средстава на име покретања жалбеног поступка у износу од 500,00 КМ, који ће се извршити на основу посебног Рјешења овог органа.

О Б Р А З Л О Ж Е Њ Е

Уговорни орган ЈП „Комунално Брчко“ д.о.о. Брчко дистрикт БиХ (у даљем тексту: Уговорни орган), објавио је Обавјештење о набавци број: 1179-1-2-103-3-82/20 од 10.04.2020. године, са поступком набавке оглашеним као набавка услуга групне мобилне телефоније.

Жалилац „ВН Telecom“ д.д. Сарајево – Дирекција Тузла (у даљем тексту: Жалилац) незадовољан садржајем тендерске документације изјавио је жалбу против исте, која је путем уговорног органа у складу са чланом 107. Закона о јавним набавкама, прослијеђена овом органу на поступање и запримљена код истог дана 11.05.2020. године.

Sarajevo, Dubrovačka br. 6 A/I sprat; Tel: 033/ 259-265; Fax: 033/ 259-266

У жалби понуђача се наводи:

- Уговорни орган је као критериј за вредновање понуда у складу са Законом о јавним набавкама, одредио најнижу цијену, тј. уговор се додјељује понуђачу који је доставио најнижу цијену у складу са одредбама тендерске одкументације и у складу са обрасцем за цијену понуде.
- Постављајући критериј за додјелу уговора најнижу цијену, а креирајући тендерску документацију и образац за цијену понуде (Анекс II) на овај начин уговорни орган погрешно примјењује члан 64. Закона о јавним набавкама чиме одовди у заблуду понуђачу, јер уговорни орган вреднује понуде у складу са критеријем економски најповољније понуде, иако то представља као најнижу цијену, а то је видљиво из слиједећег:
- Уговорни орган у Обрасцу за цијену понуде Анекс II креира цијену понуде понуђача на специлицан нацм збиром цијене позива по минути разговора и појединачне претплате по корисник у услуге за које је предвидио засебне формуле Уговорни орган вреднује цијену изговора и миесечну претплату што чини 2 подкритерија за одређивање цијене понуде и које је немогуће сабрати на начин на који је уговорни орган предвидио у свом Обрасцу за цијену понуде из предоченог јасно је видљиво да уговорни орган, у суштини не додјељује уговор у складу са кнтеријумом најнижа цијена него са критењумом економски најповољније понуде
- Из Формуле за израчунавање цијене позива јасно је видљиво да уговорни орган за критериј за додјелу уговора консти економску-најповољнију понуду јер један од подкритерија јасно носи 85 процената вриједности док други јасно носи 15 процената вриједности, и чиме чини практично немогуће предавање и вредновање понуде у складу са критеријем најниже цијене. Према уговорном органу цијена понуде понуђача би требала да представља збир обавезујуће цијене свих позива и цијене претплате што би уколико би у формуле унијели пуну вриједност набавке (како је уговорни орган направио у својим примјенма) дошли до почетне цијене од прије Е аукције од $0.1313 + 1.43 = 1.5613$ KM што не може представљати исправну логичну цијену услуге за предмет набавке чија је вриједност процијењена на 44 500.00 KM без ПДВ-а, а за додјелу уговора је предвиђен кнтериј, наиниже цијене.
- Узимајући у обзир горе наведено уговорни орган је првенствено погрешно представио критериј за додјелу уговора у складу са предметом набавке чиме је прекршио Закон о јавним набавкама и Упутство за припрему модела тендерске документације. Креирање коначне цијене понуде користећи се са двије формуле које вриједнују засебне подкритерије у складу са Законом о јавним набавкама може представљати само критериј економски најповољније понуде, а никако најниже цијене како је у Тендерској документацији представио уговорни орган У складу са чланом 64. Закона о јавним набавкама уговорни орган је дужан да детаљно разради критериј економски најповољније понуде, на начин да детаљно разради и дефинише подкритерије за оцјену, а који су у складу са природом и сврхом предмета јавне набавке. Уколико се погледа Образац за цијену понуде јасно је видљиво да је уговорни орган то управо урадио, па се поставља питање зашто као критериј за додјелу уговора наводи најнижу цијену.
- Оваквим чином уговорни орган такође онемогућава понуђаче да креирају понуде које су заиста у вези са предметом јавне набавке и њеном процијењеном вриједности чиме крши основне принципе и онемогућује понуђачу да креирају понуде у складу са критеријумом вредновања који је у овом случају најнижа цијена, јер је то на начин који је предвидио уговорни орган немогуће урадити.
- Надаље, уговорни орган наводи „Трогодишња процијењена количина минута за саобраћај уговорног органа унутар БиХ износи 288.000 минута“ и тај износ узима као основ за обрачун цијена понуде иако наводи да стварна набављена

количина на основу закљученог оквирног споразума може бити једнака или мања од предвиђене оквирне количине.“ Дакле, износ од 288.000 мин не може бити основ за израчун цијена понуде који директно утиче на оба критерија јер уговорни орган како је навео у тендерској документацији није обавезан потрошити ни минут саобраћаја, а самим тиме се нити овај износ може користити за одређивање цијене.

- Надаље приликом креирања Обрасца за цијену понуде – Анекс II уговорни орган је унаприје одредио да масимална цијена позива износи 0,1313 КМ/мин, као и да масимална цијена претплате по кориснику износи 1,43 КМ, што представља много нижу цијену од просјечних цијена ових „дјелова цјелокупне услуге“, узимајући у обзир све доминантне телекомуникацијске оператере у БиХ, из чега произилази да уговорни орган није поштовао Закон приликом креирања тендерске документације. Цијене импулса су саставни дио услуге мобилне телефоније и као такве су неодвојиве и варирају, при чему максимална цијена импулса ни код једног оператора не износи 0,13 КМ, а исти случај је и са претплатом по појединачном кориснику. У складу са Законом процјењена вриједност набавке чини процјењена тржишна вриједност у вријеме објављивања обавјештења, што је уговорни орган у овом случају јасно пропустио да уради, чиме се указује на још један пропуст који је уговорни орган учинио приликом креирања тендерске документације.

Овај орган је по службеној дужности, прије разматрања жалбе, утврђивао допуштеност, благовременост, те да ли је жалба изјављена од овлаштене особе, сходно члану 109. став (1) Закона о јавним набавкама и члану 227. став (1) Закона о управном поступку.

Поред наведеног, овај орган је, прије разматрања жалбе утврђивао испуњеност услова у смислу одредбе члана 105. и члана 108. став (3) Закона о јавним набавкама и утврдио да су испуњени услови за поступање по истој на начин како дефинишу одредбе наведених чланова Закона.

Жалба је основана

Овај орган је увидом у достављену документацију, те анализом сваког доказа појединачно и у њиховој међусобној вези, а у односу на жалбене наводе и прописани законски поступак, утврдио да је потребно поништити садржај тендерског документа у цијелости.

Полазећи од предње истакнутих жалбених навода у којем жалилац наводи да је као критериј за вредновање понуда уговорни орган навео да се уговор додјељује на темељу најниже цијене, а да у Обрасцу за цијену понуде креира цијену понуде понуђача на начин да у суштини не додјељује уговор у складу са критеријумом најнижа цијена него са критеријумом економски најповљније понуде, увидом у спис предмета, утврђује се слиједеће, и то:

Уговорни орган је објавио Отворени поступак за набавку услуга групне мобилне телефоније на Порталу јавних набавки, Обавјештење број: 1179-1-2-103-3-82/20 од 10.04.2020. године, те је увидом у исти утврђено да је у тачки IV 2. Критериј за додјелу уговора наглашено да се уговор додјељује на основу критерија најниже цијене.

Надаље, увидом у тачку 16 тендерске документације утврђено је да је критериј за додјелу уговора најнижа цијена, те да се с тим у вези уговор додјељује добављачу који је

понудио најнижу укупну цијену у складу са одредбама ове тендерске документације и у складу са обрасцем за цијену понуде....

Увидом у Образац за цијену понуде - Анекс 3 за набавку услуга групне мобилне телефоније, утврђено је да је уговорни орган прописао формулу за израчунавање јединичне цијене и креирања претплате по кориснику на слиједећи начин:

Формула за израчунавање јединичне цијене једног минута према свим мобилним и фиксним оператерима унутар БиХ гласи:

$$JC = \frac{PC}{288.000} * 85 \% KM/min$$

гдје је JC- обавезујућа јединична цијена свих позива према свим фиксним и мобилним оператерима у БиХ добијана у KM/мин

PC-понуђена цијена изабраног понуђача (или добијена након Е аукције).

Примјер:

Ако је понуђена вриједност услуге 44.500 KM тада јединичну цијену једног минута рачунамо као:

$$JC = \frac{44.500}{288.000} * 85 \% KM/min = 0,1313 KM/min$$

Формула за израчунавање цијене претплате по кориснику изгледа

$$Pr = \frac{44\ 500}{TrU \cdot BrT} \cdot 15\%$$

Pr - Вриједност претплате изражене у KM

TrU - Вријеме трајања Уговора у мјесецима (36 мјесеци)

BrT - Максимални број СИМ картица (130 комада)

Примјер:

Ако је понуђена вриједност услуге 44.500 KM, тада вриједност претплате рачунамо као:

$$Pr = \frac{44.500}{36 * 130} * 15 \% (KM) = 1,4263 KM$$

С тим у вези, уговорни орган наводи да жалилац није пажљиво прочитао тендерску документацију. Сматра да нема повреде члана 64. Закона о јавним набавкама из разлога што је примјењен критеријум најниже цијене. Добављачи једном једином понудом креирају цијене како за цијену позива, тако и за мјесечну вриједност претплате. Уколико остану на е-аукцији при понуди од 44.500 KM, тада је јасно да су сами формирали цијену мјесечне претплате по СИМ картици од 1,43 KM/мјесецу што на 130 СИМ Картица износи 185,90 KM. То је мјесечна претплата без обзира на позиве. И сматра да је наведени износ иницијално коректан с обзиром да жалилац ову услугу тренутно испоручује по цијени од 1 KM/СИМ картици мјесечно. С друге стране, жалилац мјесечно

тарифира потрошени број минута према свим мрежама у БиХ по почетној цијени од 0,1313 = 1050,4 КМ по основу минута, $130 \cdot 1,43 = 185,9$ КМ мјесечно по основу претплате, што укупно износи 1236,3 КМ/мјесецу.

Предње наведени одговор уговорног органа дат у Изјашњењу на жалбу да се не ради о повреди члана 64. Закона о јавним набавкама, већ о начину формирања јединичних цијена и претплате по кориснику у предметном поступку, гдје је јасно и несумњиво одредио начин како се израчунава и приказује цијена понуђача за тражене услуге, нису ни термиолошки ни садржајно усклађени, те указујемо уговорном органу који је требао правилно, јасно, недвосмислено поставити информације поступка, да није у потпуности јасно о каквој се формулацији и поставци рачунских операција ради.

Није спорно да у садржају тендерског документа, уговорни орган наведе параметре који су од значаја за формирање цијене, те да се приликом утврђивања цијена до истих долази путем рачунских операција.

Међутим, из предње постављених формулација видљиво је да је предвиђено рангирање понуђача бодовањем, гдје јединична цијена једног минута према свим мобилним и фиксним оператерима унутар БиХ носи 85 процената, а претплата по кориснику 15 процената.

Описане околности пружају податке на основу којих се намеће закључак да су предметне формуле припремљене према моделу која одговара методологији вредновања понуда са релативним учешћем подкритерија, која се примјењује искључиво код критерија економски најповољније понуде.

С тим у вези, напомињемо да је чланом 64. став (1) Закона о јавним набавкама дефинисано да уговорни орган додјељује уговор на основу једног од следећих критерија: а) Економски најповољнија понуда или б) Најнижа цијена.

У ставу (2) позваног члана Уговорни орган дужан је у тендерској документацији разрадити критериј економски најповољније понуде на начин да дефинира и детаљно разради подкритерије за оцјену, у складу са природом и сврхом конкретног предмета набавке. У истом ставу наведени су као примјери одређени подкритерији који могу бити: квалитет предмета набавке, цијена, техничка способност предмета набавке, функционалне и еколошке карактеристике, оперативни трошкови, економичност, постпродајни сервис и техничка помоћ, рок испоруке или рок за извршење и сл., уз обавезу да се у тендерској документацији утврди прецизна методологија вредновања сваког подкритерија....“.

Методологија вредновања понуда мора бити дефинисана на начин да се прво одреди релативно учешће свих подкритерија (*нпр. цијена 70%, рок испоруке 20%, гарантни рок 10%*), а потом начин вредновања понуда за који постоје два уобичајна приступа.

Први приступ је путем постављања формула, а други приступ је утврђивање бодовне скале и на основу тога броја бодова који понуђач добија за понуђене услове у вези са предметом набавке и постављеним подкритеријумима.

Дакле, уговорни орган погрешно поставља спорну тачку обзиром да је предвиђено бодовање понуђених цијена и то у оквиру критерија најнижа цијена, што је апсолутно неприхватљиво, обзиром да наведено није предвиђено одредбама закона.

Обзиром да се ради о нејасно дефинисаном критерију најнижа цијена, овај орган сматра да је потребно по овом основу поништити поступак.

У погледу жалбеног навода жалиоца у којем наводи да утврђивање цијене, на основу трогодишње процјењене количине минута за саобраћај уговорног органа унутар БиХ износи 288.000 минута не може бити основ за израчун цијена понуде који директно утиче на оба критерија, будући да стварна набављена количина на основу закљученог оквирног споразума може бити и знатно мања од предвиђене оквирне количине, овај орган истиче слиједеће:

Према члану 2. тачка н) Закона о јавним набавкама, оквирни споразум је споразум између једног или више уговорних органа и више добављача, закључен у писаној форми, којим се дефинишу услови под којим се могу додјелити уговори током одређеног временског периода, у складу са предвиђеном цијеном и, гдје је могуће предвиђеним количинама.

Чланом 32. Закона о јавним набавкама јасно је прецизирано како се и на који начин закључује оквирни споразум. Став (2) позваног члана такођер, прописује да се након закључивања оквирног споразума његове одредбе не могу мијењати, из чега је видљиво да се оквирни споразум суштински не разликује од уговора о јавној набавци. Дакле, све одредбе оквирног споразума у погледу његове вриједности, дужине трајања, максималних оквирних количина се не могу прекорачити. Максималне оквирне количине могу се користити у једнаком или мањем обиму, али не у већем. То важи и за сваку појединачну ставку оквирног споразума.

Обзиром да се оквирни споразум примјењује, и у случају када уговорном органу нису унапријед познате количине, овај орган констатује да је уговорни орган дужан да предвиди планске - оквирне количине, управо ради правилног поређења понуда с напоменом да се не обавезује набавити баш те количине него да су исте само оквирне.

Неспорно је да је уговорни орган у наведеном дијелу поступио у складу са чланом 32. Закона и исказао предвиђене укупне количине за предметни уговор, које му служе као база за правилно поређење понуда, те је самим тим жалбени навод оцјењен као неоснован.

Надаље, жалилац наводи да је приликом креирања Обрасца за цијену понуде – Анекс II уговорни орган унапријед одредио да масимална цијена позива износи 0,1313 КМ/мин, као и да масимална и цијена претплате по кориснику износи 1,43 КМ, што представља много нижу цијену од просјечних цијена ових „дјелова цјелокупне услуге“, узимајући у обзир све доминантне телекомуникацијске оператере у БиХ, из чега произилази да уговорни орган није поштовао Закон приликом креирања тендерске документације. Цијене импулса су саставни дио услуге мобилне телефоније и као такве су неодвојиве и варирају, при чему масимална цијена импулса ни код једног оператора не износи 0,13 КМ, а исти случај је и са претплатом по појединачном кориснику. У складу са Законом процјењена вриједност набавке чини процјењена тржишна вриједност у вријеме објављивања обавјештења, што је уговорни орган у овом случају јасно пропустио да уради, чиме се указује на још један пропуст који је уговорни орган учинио приликом креирања тендерске документације.

Уговорни орган по предметном питању у свом изјашњењу наводи да је процјењена цијена више него реална, узимајући у обзир трендове пада цијена или бенефите који доминантни локални, али свјетски оператери дају кроз своје услуге.

Наведено изјашњење уговорног органа није прихватљиво за овај орган обзиром да се цијене се формирају слободно, према условима тржишта, те имајући у виду наведено

као и чињеницу да се с тим у вези уговорни орган прописивањем ограничења приликом формирања цијена не позива на законски основ којим се изричито регулише предметно питање, у предметној области, жалбени навод је оцијењен као основан.

Околност коју истиче уговорни орган да се ради о уговору од три године, гдје је тешко процјенити чињеницу да оператер неће кроз двије године давати чак потпуно бесплатно своје минуте за позиве унутар БиХ или барем унутар своје мреже, чиме би уговорни орган био у чистом губитку, по оцјени овог органа не може се правдати на наведени начин.

С тим у вези, напомињемо да не постоји законска обавеза уговорног органа да додјељује уговоре путем оквирног споразума, обзиром да се не ради о поступку јавне набавке, већ начину, односно техници набавке, путем којег се утврђују услови и начин додјеле уговора током периода важења оквирног споразума, посебно у погледу цијене и где је прикладно количине. Самим тим, овакав начин уговарања, који предвиђа реализацију предметне набавке кроз дужи временски период, који сам по себи носи наведене ризике, није изван контроле уговорног органа, већ напротив његово опредјељење као резултат његове процјене потребе за таквим механизмом уговарања, због којег сам сноси одговорност и посљедице у погледу наведеног.

С друге стране, уколико је уговорни орган сматрао да постоји вјероватноћа промјене цијена због које би могао бити у губитку, исти је имао могућност одредити начин и услове измјене цијене.

У посљедици, узевши у обзир све предње изнесено, и с тим у свези чињенично стање и изведене доказе, овај орган је се одлучио на поништење читавог поступка, због утврђених повреда Закона о јавним набавкама које су поближе описане у образложењу.

На основу утврђеног чињеничног стања, примјеном одредаба чл. 103., 104, затим чл. 111. став (1) тачка д) Закона о јавним набавкама БиХ, у вези са чланом 230. став 2. Закона о управном поступку, одлучено је као у диспозитиву.

Поврат уплаћених средстава на име накнаде жалбеног поступка у износу од 500,00 КМ извршит ће се посебним актом, по коначности овог Рјешења, а у складу са чланом 108. став (7) Закона о јавним набавкама и чланом 4. Инструкције о начину уплате, контроле, поврата накнада прописаних чланом 108. Закона о јавним набавкама („Службени гласник БиХ“ број: 86/14).

Упутство о правном лијеку

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.



ПРЕДСЈЕДНИЦА ВИЈЕЋА

Илма Мехић Јусуфбашић

Достављено:

- „ВН Telecom“ д.д. Сарајево – Дирекција Тузла
- ЈП „Комунално Брчко“ д.о.о. Брчко дистрикт БиХ
- евиденција и а/а