



BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANJE ŽALBI

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ

BOSNIA AND HERZEGOVINA
PROCUREMENT REVIEW BODY

Broj: JN2-01-07-1-810-7/17
Sarajevo, 08.02.2018.godine

Ured za razmatranje žalbi BiH, rješavajući po žalbi ponuđača Advokatska firma Sajić a.d. Banja Luka od 18.1.2017 godine, izjavljenoj na Odluku broj: 1.1/03/1-1645 30/17 od dana 13.12.20.17. godine i Tendersku dokumentaciju ugovornog organa MH Elektroprivreda RS „Matično preduzeće a.d. Trebinje u postupku javne nabavke usluga zastupanja pred arbitražom, na osnovu člana 111. stav (1) tačka d) Zakona o javnim nabavkama ("Službeni glasnik BiH" broj: 39/14) i člana 230. Zakona o upravnom postupku ("Službeni glasnik BiH", br. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09 i 41/13), na sjednici Vijeća održanoj dana 08.02.2018.godine, donio je

RJEŠENJE

1.Usvaja se žalbi ponuđača Advokatska firma Sajić a.d. Banja Luka, izjavljenoj na Odluku broj: 1.1/03/1-1645 30/17 od dana 13.12.20.17. godine i Tendersku dokumentaciju ugovornog organa MH Elektroprivreda RS „Matično preduzeće a.d. Trebinje u postupku javne nabavke usluga zastupanja pred arbitražom i poništava se postupak u **cjelosti**:

- Tenderska dokumentacija
- Odluka broj: 1.1/03/1-1645 30/17 od dana 13.012.20.17. godine

2.Usvaja se zahtjev za povrat uplaćenih sredstava na ime naknade za pokretanje žalbenog postupka u iznosu od 7.500,00 KM i izvršiti će se na osnovu posebnog Rješenja ovog organa.

O b r a ž l o ž e n j e

Ugovorni organ MH Elektroprivreda RS „Matično preduzeće a.d. Trebinje Odlukom broj: 1.1/03/1-1645 30/17 od dana 13.12.2017. godinedjelimično je uvažio žalbu žalitelja. Protiv navedene odluke izjavljena je žalba ponuđača Advokatska firma Sajić a.d. Banja Luka koju je ugovorni organ zajednosu izjašnjenjem shodno odredbama člana 100. Zakona o javnim nabavkama prosljedio ovom organu. Navedena žalba zaprimljena je kod ovog organa dana 26.12.2017 godine.

Žalitelj ističe da je prvobitno izjavio žalbu na Tendersku dokumentaciju, predmet nabavke: Pravne usluge - zastupanja pred arbitražom, evidencijski broj nabavke 1645/17, od 27.11.2017. godine. Ova žalba je samo djelimično usvojena Odlukom broj 1.1/03/1-1645-30/17 od 13.12.2017. godine i to samo u dijelu tenderske dokumentacije tačka 7.4.1. pod c), dok su svi ostali navodi žalbe odbijeni kao neosnovani. Žalitelj stoga izjavljuje žalbu kako na navedenu odluku Ugovornog organa tako i na citiranu i korigovanu tendersku dokumentaciju.

Predmetnom odlukom koja se pobija ovom žalbom, Ugovorni organ nije dao zadovoljavajuće ni argumentovane odgovore na navode žalbe, niti je otklonio sumnju u zakonitost i nepristrasnost svog postupanja. Šta više, upravo ovakvom odlukom Ugovorni organ je otvorio dodatna opravdana pitanja u pogledu pravilnosti ovog konkretnog postupka javne nabavke, zbog čega još više jača potrebu da se njegovo postupanje preispita od strane drugostepenog organa - Kancelarije za razmatranje žalbi. Ostajući pri navodima iz ranije žalbe, žalitelj smatra da su u predmetnoj tenderskoj dokumentaciji povrijeđene odredbe Zakona o javnim nabavkama (u daljem tekstu: ZJN) shodno odredbama člana 103. tog zakona, stoga je blagovremeno i u ostavljenom roku izjavio žalbu kojom ukazuje na postojeće-nepravilnosti. Ove nepravilnosti ogledaju se dakle u uslovima za učešće u postupku koji imaju diskriminatoran karakter i ograničavaju konkurenciju, što ukazuje na to da je Ugovorni organ išao za tim da suzi krug potencijalnih ponuđača, te čak favorizuje određenog ponuđača. Ovo je očigledno iz kvalifikacionih uslova u vezi sa ekonomskom i finansijskom sposobnošću, propisanih u tački 7.3.1 kojima se traži:

- a) ukupan prihod u posljednje tri finansijske godine (2014, 2015. i 2016. - kumulativno ili izvještaje za trogodišnji period koji je različit od navedenog perioda za ponuđače sa sjedištem u inostranstvu koje imaju poslovnu godinu različitu od kalendarske godine) odnosno od početka poslovanja u predmetnom segmentu, ako je ponuđač registrovan, odnosno počeo sa radom prije manje od 3 (tri) godine, ne smije biti manji od dvostrukog iznosa procijenjene vrijednosti nabavke (4.000.000,00 KM);
- b) kopija polisa osiguranja od profesionalne i ugovorne odgovornosti za imovinske štete za obavljanje djelatnosti u iznosu od najmanje 10.000.000 EUR-a, važeća u vrijeme podnošenja ponude. Ponuđač uz ponudu obavezno mora dostaviti ovjerenu Izjavu kojom garantuje Ugovornom organu da će u slučaju dodjele Ugovora o zastupanju, obezbijediti produženje važenja polise osiguranja u iznosu od najmanje 10.000.000 EUR, sve dok je na snazi Ugovor o zastupanju, odnosno za svo vrijeme trajanja tog Ugovora, a koji ne može biti duži od 4 godine.

Žalitelj podsjeća da je u prethodno provedenom postupku javne nabavke koji je poništen odlukom Kancelarija za razmatranje žalbi u svojoj odluci broj JN2-01-07-1-407-7/17 od 07.09.2017. godine, istim ovim uslovima koji se odnose na ekonomsku i finansijsku sposobnost bilo propisano:

- a) godišnji ukupan prihod u posljednje tri godine (2014, 2015. i 2016. - kumulativno) ne smije biti manji od dvostrukog iznosa procijenjene vrijednosti nabavke (6.000.000,00 KM);

b) polisa osiguranja od profesionalne odgovornosti u iznosu od najmanje 10.000.000 EUR-a, za svo vrijeme trajanja ugovora koji je predmet javne nabavke; U slučaju da ponudu daje grupa ponuđača, nosilac grupe mora imati polisu osiguranja od profesionalne odgovornosti u iznosu od najmanje 10.000.000 EUR-a, za svo vrijeme trajanja ugovora koji je predmet javne nabavke.

Takođe, žalitelj podsjeća da je u tom prethodno sprovedenom i poništenom postupku kao najpovoljniji ponuđač odabrana Grupa ponuđača „Moračević, Vojnović i partneri“ i Schoenherr Rechtsanwalte GmbH Beč, a koji u ponudi nisu dostavili izjavu o ukupnom godišnjem prihodu za tražene godine, već za 2013., 2014. i 2015. godinu. Nakon traženog pojašnjenja na zahtjev ugovornog organa u svom odgovoru (pojašnjenju) su naveli da nisu izjavom obuhvatili i 2016. godinu zbog toga što finansijski izvještaj još uvijek nije bio završen pozivajući se na član 33. stav 1. Zakona o računovodstvu Republike Srbije gdje je i sjedište navedenog ponuđača (dakle tu je u pitanju trogodišnji period koji je različit od navedenog perioda za ponuđače sa sjedištem u inostranstvu koje imaju poslovnu godinu različitu od kalendarske godine). Pored toga ističe da su u ponudi dostavili važeću polisu osiguranja zaključenu sa Uniqa osiguranjem sa važenjem do februara 2018. godine i pismo namjere ove osiguravačke kuće da po isteku ove polise izda polisu na isti iznos pod istim uslovima u slučaju da ne dođe do promjene rizika, što odgovara uslovima iz ovog novog Poziva - kopija polise osiguranja od profesionalne i ugovorne odgovornosti za imovinske štete za obavijanje djelatnosti u iznosu od najmanje 10.000.000 EUR-a, važeća u vrijeme podnošenja ponude. Ponuđač uz ponudu obavezno mora dostaviti ovjerenu Izjavu kojom garantuje Ugovornom organu da će u slučaju dodjele Ugovora o zastupanju, obezbijediti produženje važenja polise osiguranja u iznosu od najmanje 10.000.000 EUR, sve dok je na snazi Ugovor o zastupanju, odnosno za svo vrijeme trajanja tog Ugovora, a koji ne može biti duži od 4 godine. Ovdje je dakle pismo namjere samo zamijenjeno ovjerenom izjavom, čime je ovom ponuđaču još olakšano ispunjavanje ovog uslova. Jasno je dakle, da su uslovi u ovom Pozivu za dostavljanje ponuda u pogledu ekonomske i finansijske sposobnosti prilagođeni uslovima i kvalifikacijama koje ispunjava samo jedan ponuđač i koju su još od ranije pripremljeni i dostavljeni Ugovornom organu u ponudi koja je ranije odabrana kao najpovoljnija, aii je postupak poništen, jer ovi kvalifikacioni uslovi nisu odgovarali uslovima i dokazima iz tadašnje tenderske dokumentacije. Skoro je nemoguće od ostalih ponuđača očekivati da imaju uslov u pogledu postojanja važeće polise osiguranja u traženom iznosu u momentu objave Poziva za dostavu ponuda 1645/17 obzirom da je u prethodnom pozivu bilo prihvatljivo i dostavljanje pisma namjere o zaključenju polise osiguranja od profesionalne odgovornosti za osigurani slučaj u vezi sa predmetom nabavke, a da je riječ o izuzetno i neuobičajeno visokom iznosu, isto tako skoro je nemoguće u roku od objave Poziva do pripreme ponude (15 dana) obezbijediti ispunjenje ovakvog uslova s obzirom na iznos osigurane sume i usiove pod kojima osiguravačke kuće u region izdaju polise osiguranja. Objasnjenje Ugovornog organa u pogledu zahtjeva za postojanjem važeće polise osiguranja da to ne smatra diskriminatorskim jeste skretanje sa suštinskog problema, jer navod ove pobijane odluke da su tako postavili uslov tenderske dokumentacije ne tražeći pismo namjere, jer je to jedan od razloga poništenja ranijeg postupka javne nabavke - je netačan. Kancelarija za razmatranje žalbi je poništila postupak, iz jednog od razloga, zato što odabrani ponuđač nije dostavio odgovarajući dokaz o osiguranju - polisa koja nije važila sve vrijeme ugovora i izjava o produženju polise odnosno pismo namjere koja nije uključila novi rizik kao što je postojanje predmetnog spora, a ne zato što je dostavljeno pismo namjere, a što je jasno vidljivo iz odluke Kancelarije za razmatranje žalbi broj JN2-01-07-1-407-7/17 od 07.09.2017. godine. Ovako postavljen uslov iz tenderske dokumentacije u vrijeme objave predmetnog poziva za dostavu ponuda i s obzirom na rok za dostavu dokaza o ispunjavanju uslova može objektivno ispuniti samo jedan ponuđač. Ili nijedan. Ukazujemo još i na to da ovako postavljen uslov ne pruža suštinski zaštitu Ugovornom organu jer ne uključuje izričito osigurani slučaj - predmetni spor povodom kojeg se provodi postupak javne nabavke, niti izjava kojom se garantuje produženje polise osiguranja u slučaju dodjele ugovora. Šta više, sama ovjerena izjava (ovjerena od strane koga - samo ponuđača? Nije precizno navedeno) je sporna jer još manje pruža pravnu

sigurnost ugovornom organu od pisma namjere koje se tražilo u ranijem poništenom postupku javne nabavke. Prema članu 47. stav 2. ZJN ugovorni organ dužan je u tenderskoj dokumentaciji jasno i precizno definirati dokaze koje je kandidat/ponuđač dužan dostaviti u svrhu dokazivanja ekonomske i finansijske sposobnosti.

U pogledu tačke 7.4.1. Poziva za dostavljanje ponuda kojim se propisuju uslovi za tehničku i profesionalnu sposobnost, pod c) traži se od ponuđača:

Da ima na raspolaganju najmanje pet advokata, od kojih svaki mora da ispunjava sljedeće uslove:

- da aktivno poznaju engleski jezik i jedan od jezika u službenoj upotrebi u BiH,
- iskustvo u zastupanju najmanje u jednoj arbitraži (tekućoj ili okončanoj) po pravilima Konvencije ICSID USA sa vrijednosti arbitraže od najmanje 50 miliona EUR-a.
- poznavanje pravnih propisa u Republici Srpskoj / BiH i u EU.

Postavlja se osnovano i opravdano pitanje mogućnosti ispunjenja ovog uslova od strane bilo kojeg drugog ponuđača, osim eventualno već naprijed navedenog Grupa ponuđača „Moračević, Vojnović i partneri" i Schoenherr Rechtsanwalte GmbH Beč i zašto baš 5 advokata od kojih svi moraju ispunjavati sve propisane uslove? Iz navedenog je jasna uzročna posljedična veza o preferenciji određenog ponuđača. Međutim, sve i da Ugovorni organ nije išao za tim, iz propisanih uslova je očigledno da je izuzetno teško, a slobodno se može reći i nemoguće, obezbijediti kumulativno ispunjenje ovih uslova od strane domaćih advokata u BiH ili region. Kada je riječ o stranim advokatskim kancelarijama i formiranju grupe ponuđača kada se u obzir uzmu svi propisani uslovi koji moraju biti kumulativno ispunjeni takođe dolazi se do skoro nepremostivih prepreka u pogledu ispunjenja traženih uslova. Naime, veliki broj kancelarija sa sjedištem u USA ili UK imaju značajno i više nego dovoljno iskustvo u postupcima koji su predmet ove nabavke, ali su spriječeni da učestvuju u ovom postupku jer nemaju 5 advokata koji svi poznaju jedan od službenih jezika u BiH (iako ispunjavaju sve ostale uslove). Logično i ispravno bi bilo da takve kancelarije uslov u pogledu poznavanja lokalnih jezika mogu da ispune formiranjem konzorcijuma/grupe ponuđača sa nekom od lokalnih advokatskih kancelarija, međutim propisana i ničim opravdana kumulacija kvalifikacionih uslova krug potencijalnih ponuđača praktično sužava na jednog ponuđača - „Moračević, Vojnović i partneri" i Schoenherr Rechtsanwalte GmbH Beč i postupak dovodi do toga da je nemoguće ispuniti propisane uslove. Kumulativno ispunjenje gore navedenih uslova diskriminatorno je dakle i u odnosu na potencijalne ponuđače koji nemaju svoje kooperativne (zavisne) kancelarije sa kojima saraduju na prostorima BiH, Hrvatske, Srbije ili Crne Gore. Odgovor Ugovornog organa da to "nije nimalo neuobičajeno za advokatske kancelarije" nije argument koji opravdava i objašnjava taj zahtjev niti zašto je određena brojka baš od 5 advokata, a ne 4 ili 3 ili 7? Broj od 5 advokata praktično predstavlja prag koji onemogućava drugim ponuđačim da ga pređu da bi učestvovali u ovom postupku, bez razumnog i argumentovanog objašnjenja, sem da djeluje diskriminatorski iako to možda nije ni bio cilj Ugovornog organa. Nadalje, u žalbi je istaknuto, te to ističemo ponovo da je nejasan uslov kojim se traži poznavanje pravnih propisa u Republici Srpskoj / BiH i u EU - kojih propisa u EU imajući u vidu ogromno pravno područje koje podrazumijevaju propisi EU, te da li se pri tom misli na sve propise EU i samo u određenim oblastima, da li samo u vezi sa predmetom javne nabavke? Iz tog slijedi da je i ovakvo traženje Ugovornog organa neprecizno, proizvoljno i nesrazmjerno predmetu nabavke. Pogotovo što se dalje traži da se aktivno poznavanje engleskog jezika i jednog od jezika u službenoj upotrebi u Bosni i Hercegovini dokazuje:- uvjerenjem škola ili drugih institucija koje se bave obučavanjem znanja stranih jezika, bez obzira da li se nalaze u BiH ili izvan nje;

- uvjerenjem fakulteta (o provjeri znanja jezika, položenom ispitu stranog jezika tokom školovanja), kao i druga isprava fakulteta (ovjerenjena kopija upisnice - indexa), koja potvrđuje poznavanje ili znanje jezika, odnosno položene ispite stranih jezika;
- kopijom diplome ili druge isprava koja potvrđuje stečeno zvanje ili zanimanje koje je neposredno vezano za znanje stranog jezika (npr. profesora jezika, jezičkog prevodioca, asistenta prevodioca, i si.);
- kopijom diplome završenog fakulteta ili stečenog naučnog zvanja u BiH ili u inostranstvu po osnovu koje se nedvosmisleno može utvrditi da je isto školovanje u cjelini ili u pretežnom dijelu završeno na stranom jeziku.

Logičkim tumačenjem i formalističkim tumačenjem, postavlja se opravdano i pitanje kako će ponuđači sa sjedištem van BiH dostaviti uvjerenje da poznaju jezike u službenoj upotrebi u BiH jer je tu pitanje praktične izvodljivosti - praktično ponuđač iz Austrije, Češke ili Slovenije, SAD-a, dostavlja dokaz npr. uvjerenje škola o poznavanju srpskog, hrvatskog ili bošnjačkog jezika. Sve ovo pogotovo imajući u vidu rok za dostavljanje ponuda. U Odluci Ugovornog organa se navodi da uslov kojim se traži poznavanje EU propisa nije nejasan i da ne može biti jasnije određen, stoje takođe netačno. Podsjećamo, da termin propisi podrazumijeva ukupnost propisa i sveobuhvatnu pravnu oblast ukoliko nema nekog bližeg određenja koje bi tu oblast suzilo. Ponuđači daju ovjerenju izjavu o poznavanju EU propisa, a ova izjava, vodeći računa o odgovornom profesionalnom i moralnom postupanju ne bi smjela biti olako data. Ako se izjavljuje da se poznaju EU propisi to onda ne isključuje već obuhvata i propise iz npr. radnog prava, krivičnog, prava konkurencije, itd. koje ne mora imati nikakvu bližu vezu sa predmetom nabavke. Stoga je ovaj uslov i dalje nejasan i preširoko postavljen, samim tim i neprimjenjiv i nesrazmjeran predmetu nabavke. Isto tako, praktično, koji strani advokat koji profesionalno ispunjava uslov o zastupanju u sporu tražene vrijednosti može dokazati (uvjerenjem, diplomom) da poznaje jedan od službenih jezika BiH i ako ništa pod profesionalnom odgovornošću, izjaviti da poznaje propise BiH? Ugovorni organ generalno svoje postupanje pravda time da je vođen najboljim interesom i zaštitom prava BiH, pa kako onda očekivati neozbiljno i olako davanje ovakve izjave ponuđača? Međutim, sve navedeno ide u prilog tome da ove uslove teško da ispunjava iko ili ih ispunjava samo jedan tačno određeni ponuđač imajući u vidu prethodne navode žalbe. Žalitelj ističe da je Kancelarija za razmatranje žalbi u svojoj odluci broj JN2-01-07-1-407-7/17 od 07.09.2017. godine na strani 11. dala jasnu uputu Ugovornom organu da Ugovorni organ prilikom kreiranja uslova treba da vodi računa o činjenici da li će ponuđači moći odgovoriti ovakvom zahtjevu, što se u konkretnom slučaju odnosilo na zahtjev u pogledu osiguranja od profesionalne odgovornosti. Međutim i ostali uslovi koje propisuje Ugovorni organ bi morali biti postavljeni vodeći se naprijed navedenim. Žalitelj je iz ove žalbe izostavio razlog na koje se ranije pozivao a koje je ugovorni organ usvojio. Zakon o javnim nabavkama (član 3. Stav 1.) sadrži jasne odredbe: Ugovorni organ dužan je da postupa transparentno, da se u postupku javne nabavke prema kandidatima/ponuđačima ponaša jednako i nediskriminirajuće, na način da osigura pravičnu i aktivnu konkurenciju, s ciljem najefikasnijeg korištenja javnih sredstava u vezi s predmetom nabavke i njegovom svrhom. Član 48. ZJN propisuje da Ugovorni organ može, zavisno od vrste, količine ili obima, ili namjene predmeta nabavke, zahtijevati dokaze koji se odnose na tehničku i profesionalnu sposobnost, a u vezi sa članom 50. ZJN-a i u skladu sa Pravilnikom o postupku dodjele ugovora o uslugama iz Aneksa II dio B (u daljem tekstu: Pravilnik) i to članom 7. Međutim, Ugovorni organ ne smije pri tom ispuštati iz vida odredbe člana 44. stav 2.13. ZJN:(2) Ugovorni organ u tenderskoj dokumentaciji definiše uslove za kvalifikaciju na način da utvrdi minimum zahtjeva za kvalifikaciju kandidata/ponuđača u pogledu njihove lične sposobnosti, ekonomskog i finansijskog stanja, te njihove tehničke i/ili profesionalne sposobnosti.

(3) Minimum kvalifikacionih uslova koje ugovorni organ odredi za kandidate/ponuđače, kao i dokumenti koji su potrebni za njihovo dokazivanje obavezno treba da budu srazmjerni predmetu javne nabavke i u skladu s njim. Postavljeni uslovi ne smiju imati ograničavajući karakter na konkurenciju i moraju biti jasni i nerazmjerni.

U vezi s navedenim, tražimo povrat naknade troškova žalbenog postupka i takse na žalbu, ukoliko nadležni organ izjavljenu žalbu nađe osnovanom.

Ugovorni organ u svom izjašnjenju na žalbu navodi da su netačne i neosnovane tvrdnje žalitelja da je Ugovorni organ djelimičnim usvajanjem žalbe „navodno zaobišao“ obavezu da žalbu žalitelja prosljedi KRŽ-u koristeći nepreciznost člana 100. stav 3. ZJN nastavljajući postupak i dodatno dovodeći u sumnju transparentnost i zakonitost svog postupanja, pri tom ne navodeći niti jedan konkretan dokaz o potvrdi takvih njegovih navoda. Upravo suprotno, smatramo da je Ugovorni organ u cjelosti postupio u skladu sa ZJN, bez namjere daljeg komentaranja ovakvih paušalnih i netačnih navoda žalioca. Po istom principu Ugovorni organ se izjašnjava i na navode žalbe u dijelu kojim se, bez navođenja konkretnih dokaza, tvrdi da žaliocu navodno nisu dati „zadovoljavajući ni argumentovani odgovori na navode žalbe“. Nadalje, članom 7. Uputstva za pripremu modela tenderske dokumentacije i ponuda u tački (5) je definisano: „Ako ugovorni organ od kandidata/ponuđača kao dokaz finansijske sposobnosti traži visinu ukupnog prometa, smatra se da je uslov srazmjernan predmetu nabavke, odnosno lotu ako tražena visina ne prelazi dvostruki iznos procijenjene vrijednosti nabavke, odnosno procijenjene vrijednosti pojedinog lota.“ Uzimajući u obzir činjenicu da je Ugovorni organ kao kvalifikacioni uslov tražio ukupan prihod u posljednje tri finansijske godine u dvostrukoj visini procijenjene vrijednosti nabavke -nedvosmisleno se može utvrditi da je postavljeni zahtjev srazmjernan predmetu nabavke, kako je to navedenim podzakonskim aktom i predviđeno. Ugovorni organ je kao uslov postavio ukupan prihod u posljednje tri finansijske godine, pa je bilo nužno za ponuđače koji imaju sjedište van BiH odrediti da se uslov u pogledu ukupnog prihoda uredi na način da se trogodišnji period koji je različit i nije vezan za kalendarsku godinu za njih, zbog propisa u njihovoj domicilnoj državi, odredi kako su njihovi zakoni propisali. To nije nikakvo prilagođavanje nekome od eventualnih ponuđača već je to bila nužda koja se morala primjeniti da bi se izbjegla diskriminacija prema svima, što je propisano odredbama člana 19. stav 2. Zakona o računovodstvu i reviziji RS ("Službeni glasnik RS", broj 94/15), a što predstavlja opšteprihvaćenu međunarodnu računovodstvenu praksu. Da Ugovorni organ nije tako odredio uslove, onda bi upravo time napravili diskriminaciju jer bi eliminisali sve ponuđače kojima poslovna godina nije ista kao kalendarska godina. U protivnom svi ponuđači koji imaju poslovnu godinu različitu od kalendarske godine bi bili onemogućeni da podnesu ponudu.

U vezi uslova da ponuđač ima važeću polisu osiguranja u vrijeme podnošenja ponude ne vidimo nikakav osnov da je to diskriminatorski, jer je uslov isti za sve ponuđače. Pismo namjera nije traženo jer je u prošlom postupku javne nabavke upravo to bio razlog zbog kojeg je Kancelarija za žalbe poništila postupak javne nabavke. Da bi se izbjegla zabuna jasno je traženo da ponuđač ima važeću polisu osiguranja od odgovornosti u vrijeme podnošenja ponude i da da ovjerenu izjavu da će obezbjediti tu polisu i ubuduće za naredne 4 godine — za svo vrijeme trajanja ugovora. Vrlo je bitno da ponuđač ima važeću polisu osiguranja, jer se time doprinosi većoj zaštiti javnih sredstava ukoliko šteta po Ugovorni organ nastane krajnjom nepažnjom ili namjerom advokata, a sama činjenica da advokat ima važeću polisu ukazuje da je on savjestan i da vodi računa o svojim obavezama i osigra se od rizika. Advokati koji su osigurani na najmanje 10.000.000 EUR-a znači da su već obavljali ili već obavljaju zastupanja u sporovima velike vrijednosti te da imaju isustvo u tome. Takođe smatramo, da je potpuno besmisleno i bezpredmetno izjašnjavati se na dijelove ove žalbe žalitelja u kojima se obrazlaže prethodno sprovedeni postupak koji je poništen odlukom KRŽ-a od 07.09.2017. godine.

U Žalbi se dalje navodi: IV. U pogledu tačke 7.4.1. Poziva za dostavljanje ponuda kojim se propisuju uslovi za tehničku i profesionalnu sposobnost, pod c) traži se od ponuđača:

Da ima na raspolaganju najmanje pet advokata, od kojih svaki mora da ispunjava sljedeće uslove: da aktivno poznaju engleski jezik i jedan od jezika u službenoj upotrebi u BiH, iskustvo u zastupanju najmanje u jednoj arbitraži (tekućoj ili okončanoj) po pravilima Konvencije ICSID USA sa vrijednosti arbitraže od najmanje 50 miliona EUR-a. poznavanje pravnih propisa u Republici Srpskoj / BiH i u EU. Postavlja se osnovano i opravdano pitanje mogućnosti ispunjenja ovog uslova od strane bilo kojeg drugog ponuđača, osim eventualno već naprijed navedenog Grupa ponuđača „Moračević, Vojnović i partneri” i Zsócepcégg KeséJzap^uaKe btéN Ves i zašto baš 5 advokata? Iz navedenog je jasna uzročno posljedična veza o preferenciji određenog ponuđača. Međutim, sve i da Ugovorni organ nije išao za tim, iz propisanih uslova je očigledno da je izuzetno teško, a slobodno se može reći i nemoguće, obezbijediti kumulativno ispunjenje ovih uslova od strane domaćih advokata u BiH, pa čak i kada je riječ o stranim advokatskim kancelarijama i formiranju grupe ponuđača kada se u obzir uzmu svi propisani uslovi koji moraju biti kumulativno ispunjeni. Naime, veliki broj kancelarija sa sjedištem u USA ili UK imaju značajno i više nego dovoljno iskustvo u postupcima koji su predmet ove nabavke ali su spriječeni da učestvuju u ovom postupku jer nemaju 5 advokata koji poznaju jedan od službenih jezika u BiH (iako ispunjavaju sve ostale uslove). Logično i ispravno bi bilo da takve kancelarije uslov u pogledu poznavanja lokalnih jezika mogu da ispune formiranjem konzorcijuma se nekom od lokalnih advokatskih kancelarija, međutim propisana i ničim opravdana kumulacija kvalifikacionih uslova krug potencijalnih ponuđača praktično sužava na jednog ponuđača - „Moračević, Vojnović i partneri” i Bsócepcégg Keségbapuuale StéN Ves ili postupak dovodi do toga da je nemoguće ispuniti propisane uslove. Kumulativno ispunjenje gore navedenih uslova diskriminatorno je dakle i u odnosu na potencijalne ponuđače koji nemaju svoje kooperativne (zavisne) kancelarije sa kojima saraduju na prostorima BiH, Hrvatske, Srbije ili Crne Gore.

Nadalje, ponovo se u žalbi ističe da je nejasan uslov kojim se traži poznavanje pravnih propisa u Republici Srpskoj / BiH i u EU - kojih propisa u EU imajući u vidu ogromno pravno područje koje podrazumijevaju propisi EU, da li se pri tom misli na sve propise EU ili samo u određenim oblastima, da li samo u vezi sa predmetom javne nabavke? Iz tog slijedi da je i ovakvo traženje Ugovornog organa neprecizno, proizvoljno i nesrazmjerno predmetu nabavke."

Prethodno navedeni navodi Žalitelja su potpuno neosnovani.

Ugovorni organ je definisao naprijed navedene zahtjeve uzimajući u obzir vrijednost spora, dosadašnja iskustva u arbitražnim sporovima, izbjegavanje dodatnih troškova, te obezbjeđenje sigurnosti u zastupanju s obzirom na vrijednost spora.

S obzirom da je tuženi iznos u predmetnoj arbitraži 51 miliona EUR-a i da je za taj iznos tužena država BiH, onda smatramo da u cilju zaštite interesa BiH nema mjesta za bilo kakovo pitanje o potrebi angažovanja najmanje 5 advokata. U ranijim arbitražama koje je imao ovaj Ugovorni organ, a koje su bile iste ili slične vrijednosti, zastupnik je imao 5 ili više advokata koji su poznavali i jedan od lokalnih jezika u BiH i engleski jezik. To nije nimalo neuobičajeno za advokatske kancelarije koje zastupaju klijente u velikim arbitražnim sporovima i za to su osposobljeni i spremni, a stvar je njihove organizacije da imaju sve potrebne advokate (kadrove) da mogu udovoljiti svojim obavezama. Prema tome ponuđači će biti spremni da daju svoje ponude i da zadovolje ove uslove i ovo ne može biti ograničavajući uslov budući da država BiH mora da dobije najbolju moguću zaštitu kroz izbor najbolje advokatske kancelarije. Ovaj uslov je usaglašen i sa Pravobranilaštvom BiH, koje nije imalo primjedbi na tekst Poziva. Ugovornom organu je neophodno, zbog komunikacije sa zastupnicima, da oni poznaju i jedan od službenih jezika u upotrebi u BiH i engleski jezik, jer su sva dokumenta na jednom od lokalnih jezika u BiH, odnosno jer se postupak pred arbitražom vodi na engleskom jeziku. Poznavanje propisa BiH i EU nije nejasan uslov. Ne može biti jasnije određen. Od advokata se očekuje da poznaje te propise, jer će arbitražno vijeće odluku donijeti zasnovanu na njima, pa i advokati moraju, da bi efikasno zastupali klijenta, poznavati te propise. Pretpostavlja se da advokat poznaje propise, pa

je zbog toga kao dokaz kvalifikacije tražena samo njihova Izjava o poznavanju tih propisa. Ako advokati ne bi poznavali propise onda ne mogu ni da zastupaju državu BiH u ovom arbitražnom sporu. Naime, kod odlučivanja arbitražno vijeće će se pozivati na Direktive EU i na praksu u ranijim arbitražama, koja je vrlo bitna za odlučivanje u arbitražnim postupcima, pa i advokati moraju znati i ove propise i praksu arbitraža. U vezi navoda žalbe o dokazima kojima se dokazuje poznavanje jednog od lokalnih jezika i engleskog jezika, u kreiranju Tenderske dokumentacije koristili smo se odredbama Odluke Agencije za državnu službu, broj: 03-34-872/05 od 26. decembra 2005. godine i nju smo analožno primjenili u Tenderskoj dokumentaciji. U cilju izbjegavanja ograničenja konkurencije, djelimično je prihvaćena Žalba žalioca Advokatska firma „Sajić“ o.d. Banja Luka broj: 1.1/03/1-1645-17/17 od 11.12.2017. godine, u dijelu koji se odnosi na tačku 7.4.1. pod c) i dopunjen je Poziv za dostavu ponuda u postupku dodjele ugovora koji za predmet javne nabavke ima usluge iz Aneksa II dio B ZJN-a, broj protokola: 1.1/03/1-1645-2/17 od 27.11.2017. godine, na način da se u tački 7.4.1. pod c) u stavu drugom, podtačka četvrta, na kraju dodaje novi tekst koji glasi: „ - Uvjerenje o državljanstvu države u kojoj je u službenoj upotrebi isti jezik kao jedan od jezika u službenoj upotrebi u BiH, dovoljan je dokaz o poznavanju jednog od jezika u službenoj upotrebi u BiH.

- Uvjerenje o državljanstvu države u kojoj je u službenoj upotrebi engleski jezik, dovoljan je dokaz o poznavanju engleskog jezika.“. U skladu sa odredbama člana 53. stav (6) Zakona o javnim nabavkama, produžen je rok za dostavljanje ponuda u predmetnom postupku javne nabavke i tačka 15.2 Tenderske dokumentacije je izmjenjena i glasi: "Rok za dostavljanje ponuda 25.12.2017. godine do 12:00 sati. Ponude koje su dostavljene po isteku ovog roka će biti vraćene ponuđaču neotvorene." Na kraju posebno ističemo, da žalitelj u ovoj žalbi (isto kao i u prethodnoj) samo uporno parafrazira i paušalno citira pojedine članove ZJN, bez navođenja konkretnog dokaza koji bi potvrdio da je Ugovorni organ u konkretnom slučaju prekršio neku odredbu ZJN. S obzirom na navedeno, razmatrajući navode iz Žalbe Advokatske firme „Sajić“ o.d. Banja Luka izjavljene na Odluku broj: 1.1/03/1-1645-30/17 od 13.12.2017. godine, kao i na Tendersku dokumentaciju u predmetu nabavke Pravnih usluga - zastupanja pred arbitražom, evidencijski broj nabavke 1645/17 od 27.11.2017. godine, smatramo da je navedena žalba neosnovane iz razloga koji su detaljno navedeni u prethodnim stavovima ovog Izjašnjenja. Na osnovu iznijetog činjeničnog stanja, a primjenom odredbi člana 100. stav (5) Zakona o javnim nabavkama, predlažemo da Kancelarija za razmatranje žalbi BiH u skladu sa odredbama člana 111. stav (1) tačka c) Zakona o javnim nabavkama, ODBIJE kao neosnovanu naprijed navedenu žalbu žalioca Advokatske firme „Sajić“ o.d. Banja Luka.

U skladu sa članom 109., a u vezi sa članom 101. Zakona o javnim nabavkama i članu 227. Zakona o upravnom postupku, ovaj organ je utvrdio da je žalba dopuštena, blagovremena i izjavljena od ovlaštenog lica.

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, ovaj organ je kontrolisao primjenu odredaba Zakona o javnim nabavkama i zakonitost postupka, te utvrdio nepravilnosti u predmetnom postupku.

Žalitelj u svojoj žalbi spori uslove definisane tačkom 7.3.1 Tenderske dokumentacije koji se odnose na dokazivanje ekonomske i finansijske sposobnosti ponuđača navodeći da je prilikom propisivanja uslova u predmetnom postupku u odnosu na predhodni postupak pogodovano određenom ponuđaču.

Uvidom u Tendersku dokumentaciju utvrđeno je da je u vezi sa ekonomskom i finansijskom sposobnošću, propisanih u tački 7.3.1 Tenderske dokumentacije traženo:

- a) ukupan prihod u posljednje tri finansijske godine (2014, 2015. i 2016. - kumulativno ili izvještaje za trogodišnji period koji je različit od navedenog perioda za ponuđače sa sjedištem u inostranstvu koje imaju poslovnu godinu različitom od kalendarske godine) odnosno od početka poslovanja u predmetnom segmentu, ako je ponuđač registrovan, odnosno počeo sa radom prije manje od 3 (tri) godine, ne smije biti manji od dvostrukog iznosa procijenjene vrijednosti nabavke (4.000.000,00 KM);*
- b) kopija polisa osiguranja od profesionalne i ugovorne odgovornosti za imovinske štete za obavljanje djelatnosti u iznosu od najmanje 10.000.000 EUR-a, važeća u vrijeme podnošenja ponude. Ponuđač uz ponudu obavezno mora dostaviti ovjerenu Izjavu kojom garantuje Ugovornom organu da će u slučaju dodjele Ugovora o zastupanju, obezbijediti produženje važenja polise osiguranja u iznosu od najmanje 10.000.000 EUR, sve dok je na snazi Ugovor o zastupanju, odnosno za svo vrijeme trajanja tog Ugovora, a koji ne može biti duži od 4 godine.*

U vezi navoda žalitelja "....žalitelj podsjeća da je u tom prethodno sprovedenom i poništenom postupku kao najpovoljniji ponuđač odabrana Grupa ponuđača „Moračević, Vojnović i partneri" i Schoenherr Rechtsanwalte GmbH Beč, a koji u ponudi nisu dostavili izjavu o ukupnom godišnjem prihodu za tražene godine, već za 2013., 2014. i 2015. godinu. Nakon traženog pojašnjenja na zahtjev ugovornog organa u svom odgovoru (pojašnjenju) su naveli da nisu izjavom obuhvatili i 2016. godinu zbog toga što finansijski izvještaj još uvijek nije bio završen pozivajući se na član 33. stav 1. Zakona o računovodstvu Republike Srbije gdje je i sjedište navedenog ponuđača (dakle tu je u pitanju trogodišnji period koji je različit od navedenog perioda za ponuđače sa sjedištem u inostranstvu koje imaju poslovnu godinu različitom od kalendarske godine)....."

U pogledu navedenog ugovornog organa u svom izjašnjenju navodi da je članom 7. Uputstva za pripremu modela tenderske dokumentacije i ponuda u tački (5) je definisano: „Ako ugovorni organ od kandidata/ponuđača kao dokaz finansijske sposobnosti traži visinu ukupnog prometa, smatra se da je uslov srazmjerni predmetu nabavke, odnosno lotu ako tražena visina ne prelazi dvostruki iznos procijenjene vrijednosti nabavke, odnosno procijenjene vrijednosti pojedinog lota." Uzimajući u obzir činjenicu da je Ugovorni organ kao kvalifikacioni uslov tražio ukupan prihod u posljednje tri finansijske godine u dvostrukoj visini procijenjene vrijednosti nabavke -nedvosmisleno se može

utvrditi da je postavljeni zahtjev srazmjeran predmetu nabavke, kako je to navedenim podzakonskim aktom i predviđeno. Ugovorni organ je kao uslov postavio ukupan prihod u posljednje tri finansijske godine, pa je bilo nužno za ponuđače koji imaju sjedište van BiH odrediti da se uslov u pogledu ukupnog prihoda uredi na način da se trogodišnji period koji je različit i nije vezan za kalendarsku godinu za njih, zbog propisa u njihovoj domicilnoj državi, odredi kako su njihovi zakoni propisali. To nije nikakvo prilagođavanje nekome od eventualnih ponuđača već je to bila nužda koja se morala primjeniti da bi se izbjegla diskriminacija prema svima, što je propisano odredbama člana 19. stav 2. Zakona o računovodstvu i reviziji RS ("Službeni glasnik RS", broj 94/15), a što predstavlja opšteprihvaćenu međunarodnu računovodstvenu praksu. Da Ugovorni organ nije tako odredio uslove, onda bi upravo time napravili diskriminaciju jer bi eliminisali sve ponuđače kojima poslovna godina nije ista kao kalendarska godina. U pritvnom svi ponuđači koji imaju poslovnu godinu različitu od kalendarske godine bi bili onemogućeni da podnesu ponudu.

Razmatrajući predmetni navod u odnosu na izjašnjenje koje je dao ugovorni organ u svom odgovoru na žalbu ovaj organ smatra u potpunosti prihvatljivo, i u smislu člana 233. Zakona o upravnom postupku razloge iznesene u gore navedenom izjašnjenju i obrazloženju na navode žalbe, smatra dovoljnim za ocjenu ovog organa žaliteljevih navoda neosnovanim, odnosno isto prihvata, kao relevantno i kao obrazloženje ovog organa, obzirom da je ugovorni organ po mišljenju ovog organa, svoje obrazloženje vezano za navedene žalbene navode, zasnovao na relevantnim činjenicama i razlozima, a sve u skladu sa važećim pozitivnim zakonskim i podzakonskim aktima. Takođe napominjemo da se radi o ponovnom postupku u kojem je ugovorni organ mogao napraviti određene izmjene u odnosu na predhodni postupak ukoliko je ocjenio da izmjena može odkloniti određene nejasnoće koje je imao u predhodnom postupku a sve u skladu kako to definišu odredbe Zakona kojih se u konkretnom slučaju ugovorni organ pridržavao prilikom određivanja uslova u pogledu ukupnog prihoda. Te shodno tome smanjivanje zahtjeva sa 6.000.000,00KM kao i prilagođavanje sporne tačke inostranim ponuđačima ovaj organ cijeni zakonitim.

Dalje žalitelj takođe spori "..... da je ugovorni organ uslov koji se odnosi na zahtijevanje polise osiguranja prilagodo određenom ponuđaču obzirom da je u novom Pozivu tražio - kopija polise osiguranja od profesionalne i ugovorne odgovornosti za imovinske štete za obavljanje djelatnosti u iznosu od najmanje 10.000.000 EUR-a, važeća u vrijeme podnošenja ponude. Ponuđač uz ponudu obavezno mora dostaviti ovjerenu Izjavu kojom garantuje Ugovornom organu da će u slučaju dodjele Ugovora o zastupanju, obezbjediti produženje važenja polise osiguranja u iznosu od najmanje 10.000.000 EUR, sve dok je na snazi Ugovor o zastupanju, odnosno za svo vrijeme trajanja tog Ugovora, a koji ne može biti duži od 4 godine. Ovdje je dakle pismo namjere samo zamijenjeno ovjerenom izjavom, čime je ovom ponuđaču još olakšano ispunjavanje ovog uslova. Jasno je dakle, da su uslovi u ovom Pozivu za dostavljanje ponuda u pogledu ekonomske i finansijske sposobnosti prilagođeni uslovima i kvalifikacijama koje ispunjava samo jedan ponuđač i koju su još od ranije pripremljeni i dostavljeni Ugovornom organu u ponudi koja je ranije odabrana kao najpovoljnija, ali je postupak poništen, jer ovi kvalifikacioni uslovi nisu odgovarali uslovima i dokazima iz tadašnje

tenderske dokumentacije. Skoro je nemoguće od ostalih ponuđača očekivati da imaju uslov u pogledu postojanja važeće polise osiguranja u traženom iznosu u momentu objave Poziva za dostavu ponuda 1645/17 obzirom da je u prethodnom pozivu bilo prihvatljivo i dostavljanje pisma namjere o zaključenju polise osiguranja od profesionalne odgovornosti za osigurani slučaj u vezi sa predmetom nabavke, a da je riječ o izuzetno i neuobičajeno visokom iznosu, isto tako skoro je nemoguće u roku od objave Poziva do pripreme ponude (15 dana) obezbijediti ispunjenje ovakvog uslova s obzirom na iznos osigurane sume i uslove pod kojima osiguravačke kuće u region izdaju polise osiguranja... ”.

U vezi sa navedenim ugovorni organ u svom izjašnjenju navodi da u vezi uslova da ponuđač ima važeću polisu osiguranja u vrijeme podnošenja ponude ugovorni organ ne vidi nikakav osnov da je to diskriminatorski, jer je uslov isti za sve ponuđače. Pismo namjera nije traženo jer je u prošlom postupku javne nabavke upravo to bio razlog zbog kojeg je Kancelarija za žalbe poništila postupak javne nabavke. Da bi se izbjegla zabuna jasno je traženo da ponuđač ima važeću polisu osiguranja od odgovornosti u vrijeme podnošenja ponude i da da ovjerenu izjavu da će obezbijediti tu polisu i ubuduće za naredne 4 godine — za svo vrijeme trajanja ugovora. Vrlo je bitno da ponuđač ima važeću polisu osiguranja, jer se time doprinosi većoj zaštiti javnih sredstava ukoliko šteta po Ugovorni organ nastane krajnjom nepažnjom ili namjerom advokata, a sama činjenica da advokat ima važeću polisu ukazuje da je on savjestan i da vodi računa o svojim obavezama i osigrava se od rizika. Advokati koji su osigurani na najmanje 10.000.000 EUR-a znači da su već obavljali ili već obavljaju zastupanja u sporovima velike vrijednosti te da imaju iskustvo u tome.

U odnosu na sve prednje navedeno prepoznatljivo je da se iz sadržaja spisa, mogu potvrditi žalbeni razlozi i navodi, izneseni u predmetnom smislu, obzirom da ovakvo definisanje uslova može pogodovati određenom ponuđaču a što ugovorni organ izbjegava da da konkretan odgovor u odnosu na konkretan žalbeni navod pogotovu u dijelu da ovakav zahtjev da dostavljanje polise može ispuniti samo jedan ponuđač.

Za navedeno je ugovorni organ trebao, a propustio ponuditi odgovarajuću kontraargumentaciju i s tim u vezi ponuditi odgovarajuće dokaze, kako bi osigurao održivost postavljenih uslova. Ugovorni organ se samo kratko izjašnjava da je razlog ovakvog postavljenog uslova nalog iz Rješenja Ureda za razmatranje žalbi što je apsolutno netačna činjenica, obzirom da je ovaj organ u predhodnom postupku poništio postupak u cjelosti iz drugih razloga te nije ispitivao zakonitost spornog uslova u predmetnom smislu kako to ističe ugovorni organ. Te se ovaj navod žalitelja cijeni kao osnovan jer je u nedovoljnoj mjeri raspravljen od strane ugovornog organa.

Dalje, žalitelj spori uslove iz tačke tačke 7.4.1 pod. c). Poziva za dostavljanje ponuda kojim se propisuju uslovi za tehničku i profesionalnu sposobnost, “.....postavljajući pitanje mogućnosti ispunjenja ovog uslova od strane bilo kojeg drugog ponuđača, osim eventualno Grupe ponuđača „Moračević, Vojnović I partneri” i Schoenherr Rechtsanwalte GmbH Beč i zašto baš 5 advokata od kojih svi moraju ispunjavati sve propisane uslov. Međutim, sve i da Ugovorni organ nije išao za tim, iz

propisanih uslova je očigledno da je izuzetno teško, a slobodno se može reći i nemoguće, obezbijediti kumulativno ispunjenje ovih uslova od strane domaćih advokata u BiH ili region. Kada je riječ o stranim advokatskim kancelarijama i formiranju grupe ponuđača kada se u obzir uzmu svi propisani uslovi koji moraju biti kumulativno ispunjeni takođe dolazi se do skoro nepremostivih prepreka u pogledu ispunjenja traženih uslova. Naime, veliki broj kancelarija sa sjedištem u USA ili UK imaju značajno i više nego dovoljno iskustvo u postupcima koji su predmet ove nabavke, ali su spriječeni da učestvuju u ovom postupku jer nemaju 5 advokata koji svi poznaju jedan od službenih jezika u BiH (iako ispunjavaju sve ostale uslove). Logično i ispravno bi bilo da takve kancelarije uslov u pogledu poznavanja lokalnih jezika mogu da ispune formiranjem konzorcijuma/grupe ponuđača sa nekom od lokalnih advokatskih kancelarija, međutim propisana i ničim opravdana kumulacija kvalifikacionih uslova krug potencijalnih ponuđača praktično sužava na jednog ponuđača - „Moračević, Vojnović i partneri“ i Schoenherr Rechtsanwalte GmbH Beč i postupak dovodi do toga da je nemoguće ispuniti propisane uslove. Kumulativno ispunjenje gore navedenih uslova diskriminatorno je dakle i u odnosu na potencijalne ponuđače koji nemaju svoje kooperativne (zavisne) kancelarije sa kojima sarađuju na prostorima BiH, Hrvatske, Srbije ili Crne Gore. Odgovor Ugovornog organa da to "nije nimalo neuobičajeno za advokatske kancelarije" nije argument koji opravdava i objašnjava taj zahtjev niti zašto je određena brojka baš od 5 advokata, a ne 4 ili 3 ili 7? Broj od 5 advokata praktično predstavlja prag koji onemogućava drugim ponuđačim da ga pređu da bi učestvovali u ovom postupku, bez razumnog i argumentovanog objašnjenja, sem da djeluje diskriminatorski iako to možda nije ni bio cilj Ugovornog organa. Nadalje, u žalbi je istaknuto, te to ističemo ponovo da je nejasan uslov kojim se traži poznavanje pravnih propisa u Republici Srpskoj / BiH i u EU - kojih propisa u EU imajući u vidu ogromno pravno područje koje podrazumijevaju propisi EU, te da li se pri tom misli na sve propise EU ili samo u određenim oblastima, da li samo u vezi sa predmetom javne nabavke? Iz tog slijedi da je i ovakvo traženje Ugovornog organa neprecizno, proizvoljno i nesrazmjerno predmetu nabavke. Pogotovo što se dalje traži da se aktivno poznavanje engleskog jezika i jednog od jezika u službenoj upotrebi u Bosni i Hercegovini.....”

U vezi sa navedenim ugovorni organ u svom izjašnjenju na žalbu navodi da je Ugovorni organ definisao navedene zahtjeve uzimajući u obzir vrijednost spora, dosadašnja iskustva u arbitražnim sporovima, izbjegavanje dodatnih troškova, te obezbjeđenje sigurnosti u zastupanju s obzirom na vrijednost spora. S obzirom da je tuženi iznos u predmetnoj arbitraži 51 miliona EUR-a i da je za taj iznos tužena država BiH, onda smatra da u cilju zaštite interesa BiH nema mjesta za bilo kakovo pitanje o potrebi angažovanja najmanje 5 advokata. U ranijim arbitražama koje je imao ovaj Ugovorni organ, a koje su bile iste ili slične vrijednosti, zastupnik je imao 5 ili više advokata koji su poznavali i jedan od lokalnih jezika u BiH i engleski jezik. To nije nimalo neuobičajeno za advokatske kancelarije koje zastupaju klijente u velikim arbitražnim sporovima i za to su osposobljeni i spremni, a stvar je njihove organizacije da imaju sve potrebne advokate (kadrove) da mogu udovoljiti svojim obavezama. Prema tome ponuđači će biti spremni da daju svoje ponude i da zadovolje ove uslove i ovo ne može biti ograničavajući uslov budući da država BiH mora da dobije najbolju moguću zaštitu kroz izbor najbolje advokatske kancelarije. Ovaj uslov je usaglašen i sa

Pravobranilaštvom BiH, koje nije imalo primjedbi na tekst Poziva. Ugovornom organu je neophodno, zbog komunikacije sa zastupnicima, da oni poznaju i jedan od službenih jezika u upotrebi u BiH i engleski jezik, jer su sva dokumenta na jednom od lokalnih jezika u BiH, odnosno jer se postupak pred arbitražom vodi na engleskom jeziku. Poznavanje propisa BiH i EU nije nejasan uslov. Ne može biti jasnije određen. Od advokata se očekuje da poznaje te propise, jer će arbitražno vijeće odluku donijeti zasnovanu na njima, pa i advokati moraju, da bi efikasno zastupali klijenta, poznavati te propise. Pretpostavlja se da advokat poznaje propise, pa je zbog toga kao dokaz kvalifikacije tražena samo njihova Izjava o poznavanju tih propisa. Ako advokati ne bi poznavali propise onda ne mogu ni da zastupaju državu BiH u ovom arbitražnom sporu. Naime, kod odlučivanja arbitražno vijeće će se pozivati na Direktive EU i na praksu u ranijim arbitražama, koja je vrlo bitna za odlučivanje u arbitražnim postupcima, pa i advokati moraju znati i ove propise i praksu arbitraža. U vezi navoda žalbe o dokazima kojima se dokazuje poznavanje jednog od lokalnih jezika i engleskog jezika, u kreiranju Tenderske dokumentacije koristili smo se odredbama Odluke Agencije za državnu službu, broj: 03-34-872/05 od 26. decembra 2005. godine i nju smo analožno primjenili u Tenderskoj dokumentaciji. U cilju izbjegavanja ograničenja konkurencije, djelimično je prihvaćena Žalba žalioaca Advokatska firma „Sajić“ o.d. Banja Luka broj: 1.1/03/1-1645-17/17 od 11.12.2017. godine, u dijelu koji se odnosi na tačku 7.4.1. pod c) i dopunjen je Poziv za dostavu ponuda u postupku dodjele ugovora koji za predmet javne nabavke ima usluge iz Aneksa II dio B ZJN-a, broj protokola: 1.1/03/1-1645-2/17 od 27.11.2017. godine, na način da se u tački 7.4.1. pod c) u stavu drugom, podtačka četvrta, na kraju dodaje novi tekst koji glasi: „ - Uvjerenje o državljanstvu države u kojoj je u službenoj upotrebi isti jezik kao jedan od jezika u službenoj upotrebi u BiH, dovoljan je dokaz o poznavanju jednog od jezika u službenoj upotrebi u BiH.

- Uvjerenje o državljanstvu države u kojoj je u službenoj upotrebi engleski jezik, dovoljan je dokaz o poznavanju engleskog jezika." U skladu sa odredbama člana 53. stav (6) Zakona o javnim nabavkama, produžen je rok za dostavljanje ponuda u predmetnom postupku javne nabavke i tačka 15.2 Tenderske dokumentacije je izmjenjena i glasi: "Rok za dostavljanje ponuda 25.12.2017. godine do 12:00 sati. Ponude koje su dostavljene po isteku ovog roka će biti vraćene ponuđaču neotvorene." Na kraju posebno ističemo, da žalitelj u ovoj žalbi (isto kao i u prethodnoj) samo uporno parafrazira i paušalno citira pojedine članove ZJN, bez navođenja konkretnog dokaza koji bi potvrdio da je Ugovorni organ u konkretnom slučaju prekršio neku odredbu ZJN.

S obzirom na navedeno, razmatrajući navode iz Žalbe Advokatske firme „Sajić“ o.d. Banja Luka izjavljene na Odluku broj: 1.1/03/1-1645-30/17 od 13.12.2017. godine, kao i na Tendersku dokumentaciju u predmetu nabavke Pravnih usluga - zastupanja pred arbitražom, evidencijski broj nabavke 1645/17 od 27.11.2017. godine, smatramo da je navedena žalba neosnovane iz razloga koji su detaljno navedeni u prethodnim stavovima ovog Izjašnjenja.

Prednje navedeno izjašnjenje ugovornog organa ovaj organ ocjenjuje nepotpunim i nedovoljnim i isto kao takvo, ne može biti kvalitetno i odgovarajuće da bi se u konačnici i prihvatili postavljeni uslovi u sadržaju tenderskog dokumenata, koje žalitelj osporava.

Naime, tačkom 7.4.1. Poziva za dostavljanje ponuda kojim se propisuju uslovi za tehničku i profesionalnu sposobnost, pod c) traži se od ponuđača:

Da ima na raspolaganju najmanje pet advokata, od kojih svaki mora da ispunjava sljedeće uslove:

- da aktivno poznaju engleski jezik i jedan od jezika u službenoj upotrebi u BiH,*
- iskustvo u zastupanju najmanje u jednoj arbitraži (tekućoj ili okončanoj) po pravilima Konvencije ICSID USA sa vrijednosti arbitraže od najmanje 50 miliona EUR-a.*
- poznavanje pravnih propisa u Republici Srpskoj / BiH i u EU.*

Žalitelj spori da ugovorni organ favorizuje tačno određenog ponuđača te da je sporni uvjet prilagodio istom, takođe ističe da je teško kumulativno ispuniti sve zahtjeve te spori zašto se ugovorni organ upravo opredijelio ni manje ni više već za 5 advokata.

Imajući u vidu sve navedeno može se dati ocjena da Ugovorni organ, propušta suštinski adekvatno izjasniti, sve u odnosu na suštinski sadržaj žalbenih navoda kojim žalitelj sumnja u postavljanje postavljene uslove, propuštajući navesti kontraargumentaciju na žalbene navode a sve u smislu da postoji dovoljan broj ponuđača koji mogu odgovorniti postavljenim uslovima. Sve prednje navedeno upućuje na povredu pravila postupka kojih se ugovorni organ mora pridržavati da bi se pravilno i zakonito pripremio postupak i provele radnje postupka, kao i povredu načela postupka koja predstavljaju osnov za provodjenje postupaka javne nabavke. Ugovorni organ kao obrazloženje samo navodi specifičnost predmeta nabavke, vrijednost te da ne postoji diskriminacija u postavljenim uslovima bez blo kakvog detaljnog obrazloženja o broju ponuđača koji bi mogli ispuniti postavljene uslove niti daje adekvatno obrazloženje zašto isključivo je potrebno 5 advokata a ne tri ili 7 sedam niti je razmotrena mogućnost da li sa manjim brojem može se postići ista svrha.

Dakle samo isticanje iznesenog, bez upućenih dokaznih sredstava, ocjenjuje se subjektivnim uvjerenjem, pa prema tome u nedovoljnoj mjeri i prihvatljivim i održivim kao kontraargumentacija u odnosu na žalbene razloge.

Nadalje, u slučaju da se navedeo i dokaže, u tom slučaju je potrebno daljnje zasnovati zbog čega i na osnovu čega ovako postavljeni uslovi ujedno znače i postizanje svrhe te da usljed smanjivanja uslova nebi bo postignut isti ili sličan efekat, namjena koju ugovorni organ potencira i ističe kao potrebu.

Na osnovu utvrđenog činjeničnog stanja, primjenom odredbi člana 111. stav (1) tačka d) Zakona o javnim nabavkama, a u vezi sa članom 230. stav (1) Zakona o upravnom postupku, odlučeno kao u dispozitivu.

Povrat uplaćenih sredstava i iznosu od 7.500,00 KM će se izvršiti posebnim aktom u skladu sa članom 108. stav (7) Zakona o javnim nabavkama („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.

Uputstvo o pravnom lijeku:

Ovo Rješenje je konačan upravni akt. Protiv ovog Rješenja može se podnijeti tužba u upravnom sporu pred Sudom Bosne i Hercegovine u roku od 30 dana od dana prijema rješenja. Taksa na tužbu iznosi 100,00 KM.

Dostaviti:

- Advokatska firma Sajić a.d. Banja Luka
- MH Elektroprivreda RS „Matično preduzeće“ a.d. Trebinje
- Evidencija
- a/a

