



BOSNIA AND HERZEGOVINA
PUBLIC PROCUREMENT AGENCY
BRANCH OFFICE IN MOSTAR

Broj: 04-02-1-5714-2/16
Mostar, 27.12.2016. godine

U.H. Zašto ne- Istinomjer.ba tim
Envera Šehovića 2
71000 Sarajevo
Faks: 033 618 461

Predmet: Upit o primjeni Zakona o javnim nabavama
Veza: Vaš e-mail od 21.12.2016.

Poštovani,

Temeljem članka 92. stavak (3) točka d) Zakona o javnim nabavama («Službeni glasnik BiH» broj 39/14), Agencija za javne nabave, u cilju osiguranja pravilne primjene zakona, pruža tehničku i savjetodavnu pomoć i ugovornim tijelima i dobavljačima u vezi s primjenom i tumačenjem odredbi zakona i podzakonskih akata, kao i detaljima iz Vašeg upita, daje slijedeći odgovor:

Članak 2. stavak (1) točka a) Zakona javnim nabavama (u daljnjem tekstu: Zakon) definira ugovor o javnoj nabavi kao ugovor s finansijskim interesom koji se zaključuje u pisanom obliku između jednog ili više dobavljača i jednog ili više ugovornih tijela i ima za cilj nabavu roba, usluga ili izvođenja radova u značenju Zakona, dok alineja 2) pomenute točke definira ugovor o javnoj nabavi usluga kao ugovor o javnoj nabavi čiji je predmet nabava usluga iz Aneksa II. dijelova A. i B. koji su sastavni dio Zakona. Usluge koje su izuzete iz ovoga Zakona navedene su u Aneksu II. Dijelu C., koji je sastavni dio Zakona.

Nadalje, člankom 21. stavak (1) točka c) Zakona propisano je da ugovorno tijelo izuzetno može ugovor o nabavi dodjeljivati putem pregovaračkog postupka bez objave obavijesti o nabavi kada se iz suštinskih, dokazivih tehničkih ili umjetničkih razloga, ili iz razloga koji se odnose na zaštitu ekskluzivnih prava, ugovor može dodjeliti samo određenom dobavljaču.

Pregovarački postupak bez objavljivanja obavijesti o nabavi može se koristiti za dodjelu ugovora jednom mogućem dobavljaču, ukoliko ne postoji mogućnost izbora alternativnog dobavljača. Nedostatak alternativnog izbora mora biti objektivne prirode. To nije situacija kada ugovorno tijelo ne zna za bilo kakav alternativni izbor, to je situacija kada alternativni izbor uistinu ne postoji. Nedostatak alternativnog izbora ne smije biti uzrokovan bilo kakvim subjektivnim faktorom, već se taj razlog mora pripisati tehničkim ili umjetničkim razlozima ili zaštiti ekskluzivnih prava.

Tako npr. u slučaju dodjele ugovora za predmet nabave na kome postoje ekskluzivna prava koja proizilaze iz patenta, licenci, autorskih ili drugih prava, jedina mogućnost je da se sa

vlasnikom tih prava provede prgovarački postupak bez objavljivanja obavijesti o nabavi. Također, jedan mogući dobavljač može postojati u slučaju kada su predmeti predviđenog ugovora, na primjer, rezervni dijelovi za složene strojeve čiju tehničku specifikaciju ne poznaje ni jedan drugi alternativni dobavljač.

Razlog zbog kojeg je ugovornom tijelu u spomenutim slučajevima data mogućnost primjene pregovaračkog postupka bez objave obavijesti, jeste prvenstveno osiguranje najučinkovitijeg načina korištenja javnih sredstava, što predstavlja jedan od osnovnih načela Zakona. Naime, u situaciji kada na tržištu, uslijed suštinskih, tehnički dokazivih ili umjetničkih razloga, ili zbog razloga koji se odnose na zaštitu ekskluzivnih prava, uistinu ne postoji mogućnost izbora alternativnog dobavljača, provođenje bilo kojeg drugog postupka javne nabave, koje bi neminovno rezultiralo prijemom nedovoljnog broja ponuda, odnosno zahtjeva za sudjelovanje, za ugovorno tijelo bi značilo gubitak vremena za nabavu potrebne robe, usluga ili radova, s jedne strane, i nepotrebno trošenje javnih sredstava, s druge strane.

U skladu s naprijed navedenim, da bi ugovorno tijelo dodijelilo ugovor o javnoj nabavi jedinom postojećem dobavljaču primjenom pregovaračkog postupka bez objave obavijesti, mora biti u stanju da dokaže ispunjenost naprijed navedenih uvjeta, kako pred javnošću i odgovarajućim uredima za reviziju tako i, u slučaju žalbenog postupka, pred Uredom za razmatranje žalbi BiH. U protivnom, ukoliko ugovorno tijelo sumnja da bi moglo biti još konkurenata za konkretnu nabavu, preferira se primjena otvorenog postupka.

Direktive Europske unije za javne nabave također predviđaju mogućnost primjene pregovaračkog postupka bez objavljivanja obavijesti kada, zbog umjetničkih ili tehničkih razloga ili razloga vezanih za zaštitu ekskluzivnih prava, ugovor može izvršiti samo jedno određeno poduzeće. Stoga se u tumačenju ove odredbe iz Zakona, možemo pozvati i na presude Europskog suda pravde po navedenom pitanju. Pri tome napominjemo da je Europski sud pravde u više navrata istakao da je pregovarački postupak izuzetak.

U spojenim predmetima C-20/01 i C-28/01 Sud je dao tumačenje značenja "tehnički razlozi" kojima se opravdava primjena pregovaračkog postupka bez objavljivanja obavijesti. Predmet se odnosio na dodjelu ugovora za sakupljanje otpadne vode i odlaganje otpada. Ove ugovore su dodijelili općina Bronckorn i grad Braunschweig u pregovaračkom postupku bez objavljivanja obavijesti. Komisija se žalila da postupak nije u skladu sa zahtjevima direktive. S tim u vezi, Sud je konstatirao da se članak 11. (3) kojim se dozvoljavaju odstupanja od objavljivanja obavijesti mora usko tumačiti i da teret dokazivanja postojanja izuzetnih okolnosti kojima se opravdavaju odstupanja snosi ugovorno tijelo. Članak 11. (3) (b) na koji su se pozvale njemačke vlasti primjenjuje se samo kada se utvrdi da je, iz umjetničkih ili tehničkih razloga ili razloga vezanih za zaštitu ekskluzivnih prava, samo jedno poduzeće stvarno u stanju da pruži usluge o kojima je riječ. Budući da se njemačke vlasti u svojoj obrani nisu pozvale na umjetnički razlog niti na razlog vezan za zaštitu ekskluzivnih prava, bilo je samo dovoljno da se utvrdi da li su razlozi na koje se jesu pozvali dovoljni da predstavljaju tehničke razloge u smislu te odredbe.

Kako je Sud naveo, ugovorno tijelo može uzeti u obzir kriterije koji se odnose na zaštitu okoliša u različitim fazama postupka javne nabave, međutim, postupak mora biti u skladu sa osnovnim načelima prava Zajednice, naročito sa načelom nediskriminacije. Opasnost od povrede tog načela je veća ako ugovorno tijelo odluči da dodijeli ugovor u nekonkurentnom postupku nabave. Sud nije utvrdio, zbog nedostatka uvjerljivog dokaza, da se izbor termalne

obrade otpada treba smatrati tehničkim razlogom koji opravdava dodjelu ugovora samo jednom određenom dobavljaču. Ugovorno tijelo također nije dokazalo da bi odvoz otpada na veću udaljenost obvezno predstavljao opasnost po okoliš ili zdravlje ljudi. Imajući to u vidu, Sud je u svojoj presudi istakao da Njemačka nije ispunila svoje obveze koje proizilaze iz odredaba direktive o ugovorima za javne nabave usluga.

U drugom predmetu (C-385/02) Komisija je pokrenula postupak pred sudom protiv talijanskih vlasti zbog dodjele ugovora za izgradnju prelivnog bazena za zaštitu od poplavnih voda, kao i za izvođenje radova u vezi sa tim u pregovaračkom postupku bez objavljivanja obavijesti. Talijanske vlasti su u svoju obranu izrekle da je ugovorno tijelo od 1981. do 1990. godine dodjeljivalo, u skladu sa zahtjevima direktiva, ugovore za razvoj cjelokupnog projekta i izvođenje radova u lotovima onako kako i kada su sredstva bila na raspolaganju. Obavijesti o ugovorima sadržavale su odredbu kojom se dozvoljavalo ugovornom tijelu da ugovor za izvođenje slijedećih lotova dodijeli istom poduzeću. Prema talijanskim vlastima, ugovorno tijelo je želilo da zadovolji tehnički uvjet izvođenja radova da to bude jedan izvođač – po njegovom mišljenju, izvođenje pojedinačnih lotova često izaziva probleme zbog činjenice da se radovi ne izvode na isti način.

Sud je u konkretnom slučaju odbacio argumente talijanskih vlasti iz, između ostalog, slijedećeg razloga, a koj se odnosi na tehničke razloge: Direktiva kojom se dozvoljavaju odstupanja od pravila prema kojima se obvezna objava obavijesti mora se usko tumačiti i teret dokazivanja da postoje izuzetne okolnosti koje opravdavaju odstupanje snosi osoba koja se poziva na te okolnosti. Budući da su se talijanske vlasti pozivale na tehničke razloge, morale su dokazati da je iz tehničkih razloga bilo neophodno da se ugovori dodijele izvođaču kojem je povjeren prvi ugovor. Cilj da se osigura kontinuitet radova na osnovu ugovora o složenim nabavama koji su vezani za zaštitu od poplava jednog područja predstavlja tehnički razlog za koji se mora utvrditi da je značajan. Međutim, talijanske vlasti nisu utvrdile da se ti radovi mogu povjeriti samo jednom određenom izvođaču.

Članak 21. Zakona se odnosi na opće uvjete za provedbu pregovaračkog postupka bez objave obavijesti bilo da su u pitanju robe, usluge ili radovi dok se članak 23. odnosi na uvjete za primjenu pregovaračkog postupka bez objave obavijesti kod nabave usluga (članak 22. se odnosi na robe a 24. na radove). Dakle, bilo da je ispunjen neki od uvjeta iz članka 21. ili neki od uvjeta iz članka 23. Zakona, ugovorno tijelo može provesti pregovarački postupak bez objave obavijesti za nabavu usluga.

Nadalje, članak 28. Zakona propisuje pregovarački postupak bez objave obavijesti o nabavi kako slijedi:

„(1) Ako je na temelju uvjeta za izbor pregovaračkog postupka bez objave obavijesti o nabavi propisanim u čl. 21. – 24. ovoga Zakona moguće, postupak se vodi s jednim ponuditeljem uz poštivanje načela ovoga Zakona, izuzev u slučajevima iz članka 21. stavka (1) toč. a) i b) ovoga Zakona kada se postupak može voditi s više ponuditelja.

(2) U pregovaračkom postupku bez objave obavijesti o nabavi moraju se unaprijed utvrditi uvjeti za kvalifikaciju. Nakon provjere kvalificiranosti kandidata, u daljnjem tijeku postupka mogu sudjelovati samo kvalificirani kandidati. O rezultatu kvalificiranosti kandidata sastavlja se zapisnik, u koji se unose sve bitne činjenice, a on se dostavlja onim kandidatima koji se nisu kvalificirali.

(3) Za slučajeve iz članka 21. stavka (1) točke d) i članka 22. stavka (1) točke d) ovoga Zakona ugovorno tijelo nije obvezno tražiti dokumentaciju koja se odnosi na provjeru osobne sposobnosti kandidata iz članka 45. stavka (1) toč. b), c) i d) ovoga Zakona.

(4) Ugovorno tijelo objavljuje na svojoj internetskoj stranici informacije o pregovaračkom postupku bez objave obavijesti o nabavi koji namjerava provoditi na način što će tendersku dokumentaciju učiniti dostupnom svim zainteresiranim kandidatima/ponuditeljima.

(5) Kvalificirani kandidati pozivaju se da dostave početne ponude. Dostavljanje početnih ponuda je osnova za pregovore. Ugovorno tijelo dužno je voditi zapisnike o postupku pregovora sa svakim ponuditeljem, a koji će potpisati obje stranke nakon okončanja pregovora. Konačnu ponudu mogu dostaviti samo jedan ili više pozvanih ponuditelja. Ugovorno tijelo odabire ponude prema kriterijima za dodjelu ugovora utvrđenim u tenderskoj dokumentaciji.

(6) U slučaju da je pozvano dva ili više ponuditelja da dostave konačne ponude, ugovorno tijelo dužno je provesti javno otvaranje konačnih ponuda.

(7) Ugovorno tijelo može, nakon izbora ponude, objaviti dobrovoljnu *ex ante* obavijest o transparentnosti u kojoj obrazlaže ispunjenost uvjeta utvrđenih ovim Zakonom koji opravdavaju primjenu pregovaračkog postupka bez objave obavijesti i izražava svoju namjeru o zaključenju ugovora s najuspješnijim ponuditeljem. Ako objavi dobrovoljnu *ex ante* obavijest o transparentnosti, ugovorno tijelo ne može potpisati ugovor o javnoj nabavi u roku 15 dana od dana objave obavijesti.

(8) Nakon okončanja postupka ugovorno tijelo dužno je:

a) zaključiti ugovor s najuspješnijim ponuditeljem ili poništiti postupak javne nabave;

b) objaviti obavijest o rezultatu postupka;

c) dostaviti izvješće Agenciji sukladno članku 75. ovoga Zakona, a po zahtjevu Agencije i detaljno obrazloženo.“

Članak 97. Zakona propisuje aktivnu legitimaciju kako slijedi:

„Žalbu može podnijeti svaki gospodarski subjekt koji ima ili je imao interes za dodjelu ugovora o javnoj nabavi i koji učini vjerojatnim da je bila ili je u konkretnom postupku javne nabave mogla biti prouzrokovana šteta zbog postupanja ugovornog tijela, a koje se u žalbi navodi kao povreda ovoga Zakona i podzakonskih akata od strane ugovornog tijela u postupku javne nabave.“

Članak 14. Zakona propisuje vrijednosne razrede kako slijedi:

„(1) Za nabave čija je vrijednost manja od 50.000,00 KM u slučaju roba i usluga ili 80.000,00 KM u slučaju radova, ugovorno tijelo može primijeniti jedan od postupaka utvrđenih ovim Zakonom, izuzev izravnog sporazuma, uz obvezu ispunjenja propisanih uvjeta za svaki postupak.

(2) Obvezna je primjena otvorenog ili ograničenog postupka, ili pregovaračkog postupka s objavom obavijesti ili bez objave obavijesti, ili natječaja za izradu idejnog rješenja, ili natjecateljskog dijaloga u slučaju kada je vrijednost nabave za robe i usluge jednaka ili veća od:

a) 250.000,00 KM za ugovorna tijela iz članka 4. stavka (1) toč. a) i c) ovoga Zakona;

b) 400.000,00 KM za ugovorna tijela iz članka 4. stavka (1) točke b) ovoga Zakona;

c) 800.000,00 KM za sektorska ugovorna tijela iz članka 5. ovoga Zakona.

(3) Kada je u slučaju radova vrijednost nabave jednaka ili veća od 9.000.000,00 KM, ugovorno tijelo dužno je provesti otvoreni ili ograničeni postupak, ili pregovarački postupak s

objavom obavijesti ili bez objave obavijesti, ili natječaj za izradu idejnog rješenja, ili natjecateljski dijalog.

(4) Kada je vrijednost nabave roba, usluga i radova jednaka ili veća od vrijednosti iz stavka (1) ovoga članka, a manja od vrijednosti iz st. (2) i (3) ovoga članka, ugovorno tijelo obvezno je primijeniti otvoreni ili ograničeni postupak, ili pregovarački postupak s objavom obavijesti ili bez objave obavijesti, ili natječaj za izradu idejnog rješenja, ili natjecateljski dijalog.

(5) Kada je vrijednost javne nabave jednaka ili veća od vrijednosnih razreda iz st. (2) i (3) ovoga članka, ugovorno tijelo dužno je dodatno oglasiti i sažetak obavijesti na engleskom jeziku na portalu Agencije i URŽ-a (u daljnjem tekstu: portal javnih nabava).

(6) Inicijativu za izmjenu i dopunu ovoga Zakona po žurnom postupku, u pogledu promjene iznosa vrijednosnih razreda, pokreće Agencija uz prethodnu suglasnost Odbora Agencije u slučajevima znatnih promjena, i to:

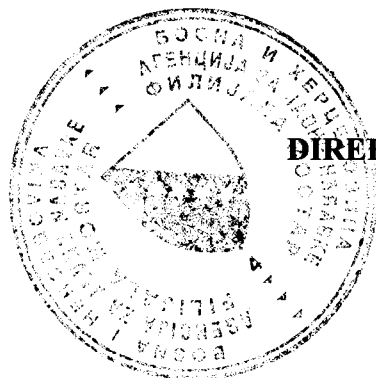
- a) inflacijske stope i/ili
- b) ekonomskih uvjeta u BiH i/ili
- c) zakonodavstva u EU o javnim nabavama.“

Međutim, na koncu ističemo da Agencija nije nadležna davati suglasnost na provođenje pregovaračkih postupaka, kao što je to slučaj u nekim zemljama regiona, jer kako je sustav javnih nabava u Bosni i Hercegovini visoko decentraliziran, sama ugovorna tijela donose odluke o eventualnoj ispunjenosti uvjeta za primjenu pregovaračkih postupaka bez objave obavijesti o nabavi.

S poštovanjem!

Dostavljeno:

- Naslovu,
- a/a.



DIREKTORICA PODRUŽNICE

Sanja Čubela