STUDIJA SLUČAJA

REKONSTRUKCIJA I IZGRADNJA TERMINALA ZA RASUTI I GENERALNI TERET LUKE SMEDEREVO

I UVOD

- **Naručilac:** Ministarstvo građevinarstva, saobraćaja i infrastrukture

  Adresa Naručioca: Nemanjina 22–26, 11000 Beograd

  Internet stranica Naručioca: www.mgsi.gov.rs
- **Cilj istraživanja:** Ispitivanje pravilnosti i svrsishodnosti u postupanju naručioca u postupku javne nabavke sprovedenom po procedurama Evropske investicione banke
- **Faza/deo javne nabavke koja je predmet interesovanja:** Odluka o dodeli ugovora, zaštita prava
- **Plan javne nabavke:** Nabavka je predviđena u Planu javnih nabavki
- **Broj, naziv, predmet javne nabavke:** Rekonstrukcija i izgradnja Terminala za rasuti i generalni teret Luke Smederevo, 2020/S 131-320357
- **Vrsta postupka:** Međunarodni otvoreni postupak javne nabavke radova sproveden u skladu sa PRAG pravilima od 15. jula 2019. godine i Vodičem za nabavke Evropske investicione banke iz 2018. godine (žalbena procedura se sprovodila u skladu sa Zakonom o javnim nabavkama)
- **Vrednost prihvaćene ponude:** 47.913.796,51 evra
- **Način okončanja postupka:** Postupak je okončan donošenjem odluke o dodeli ugovora
- **Stepen izvršenja ugovora:** /

II GLAVNI NALAZI

- Predmetni međunarodni postupak javne nabavke predstavlja izuzetak od primene Zakona o javnim nabavkama, budući da je finansiran iz kredita Evropske investicione banke;

- Naručilac – Ministarstvo građevinarstva, saobraćaja i infrastrukture – sprovelo je ovaj postupak u skladu sa PRAG pravilima i Vodičem za nabavke Evropske investicione banke, te je nakon sprovedenog postupka donelo odluku o dodeli ugovora grupi ponuđača koju čine „AZVIRT Limited Liability Company" Azerbaijan, „Sinohydro Corporation Limited" China i „Aqua Mont service" d.o.o. Srbija u vrednosti od 47.913.796,51 evra;

- Iako se Zakon o javnim nabavkama nije primenjivao na sam postupak javne nabavke, konkursnom dokumentacijom je bila predviđena njegova primena na postupak zaštite prava u skladu sa Finansijskim ugovorom između Srbije i Evropske investicione banke;

- Nakon što je obavešten o ishodu postupka i razlozima zašto njegova ponuda nije izabrana, jedan od učesnika postupka je od naručioca zatražio uvid u dokumentaciju postupka i ponudu izabranog ponuđača, pozivajući se na odredbu člana 149 Zakona o javnim nabavkama;

- Naručilac je odbio molbu ovog ponuđača uz obrazloženje da nije mogao da se pozove na odredbe ZJN s obzirom da se u konkretnom slučaju ZJN primenjuje samo na postupak zaštite prava koji počinje podnošenjem zahteva za zaštitu prava. S druge strane, prema mišljenju naručioca, PRAG pravila i Vodič za nabavke EIB ne poznaju mogućnost uvida u dokumentaciju postupka. Prema mišljenju naručioca, ponuđač kome nije dodeljen ugovor mogao je samo da traži objašnjenje zašto njegova ponuda nije izabrana;

- Zbog toga što mu je onemogućen uvid u dokumentaciju postupka ovaj ponuđač je podneo zahtev za zaštitu prava, ali ga je Republička komisija odbila, u potpunosti prihvativši argumentaciju naručioca;

- Postupivši na navedeni način, naručilac i Republička komisija su na najgrublji način povredili načelo transparentnosti postupka, kao jedno od osnovnih načela na kome se zasnivaju sva pravila koja regulišu javne nabavke.

- Bez obzira da li je u konkretnom slučaju trebalo da se primeni ZJN ili PRAG pravila i Vodič za nabavke Evropske investicione banke, naručilac je u skladu sa načelom transparentnosti nesumnjivo bio dužan da omogući uvid u dokumentaciju postupka učesnicima postupka, uz poštovanje poverljivosti podataka.

- Direktiva 2007/66/EZ o pravnim lekovima u javnim nabavkama takođe propisuje obavezu naručioca da zainteresovanim ponuđačima prilikom obaveštavanja o odluci o dodeli ugovora dostavi potrebne informacije koje su im bitne za pokretanje delotvorne pravne zaštite;

- Trošenje ogromnih sredstva dobijenih na osnovu kredita (Evropske investicione banke) je po ko zna koji put ostalo bez kontrole, a pravna zaštita po ZJN u međunarodnim postupcima javnih nabavki se pokazala besmislenom.

III OPIS SLUČAJA

Ministarstvo građevinarstva, saobraćaja i infrastrukture je tokom 2020. i 2021. godine sprovelo međunarodni otvoreni postupak javne nabavke radova – rekonstrukcije i izgradnje Terminala za rasuti i generalni teret Luke Smederevo.[1] Predmetni postupak je sproveden u okviru projekta „Proširenje kapaciteta terminala za rasute i generalne terete Luke Smederevo", a po pozivu za podnošenje ponuda koji je objavljen 29. маја 2020. u Službenom listu Evropske unije, kao i na internet stranici naručioca.[2] U pitanju je projekat koji se finansira iz kredita Evropske investicione banke (u daljem tekstu: EIB), na osnovu Ugovora o finansiranju unutrašnjih vodnih puteva između Republike Srbije i Evropske investicione banke („Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori", br. 02/2019; u daljem tekstu: Finansijski ugovor)[3] i iz budžeta Republike Srbije.[4]

Radovima je planirana rekonstrukcija i izgradnja postojećeg lučkog područja i pristaništa od približno 3,8 hektara i izgradnja novog dela luke za rasuti i generalni teret, površine 21 hektar, kao produžetak postojećeg lučkog područja. Takođe, planirano je da radovi obuhvate izgradnju pristupnih saobraćajnica i pripadajuće infrastrukture (interne saobraćajnice i industrijski kolosek, kanalizaciona i vodovodna mreža, napajanje električnom energijom), a predviđeno je i da postojeći lučki objekti budu operativni tokom izvođenja radova.

Nabavka koja je predmet ove studije slučaja bila je izuzeta od primene Zakona o javnim nabavkama s obzirom da je bila finansirana iz kredita EIB. S tim u vezi, konkursnom dokumentacijom je bilo predviđeno da predmetni postupak javne nabavke bude sproveden u skladu sa PRAG pravilima od 15. jula 2019. godine (Procurement and Grants for EU external actions – A Practical Guide /EU PRAG/),[5] uz potpuno poštovanje zahteva Vodiča za nabavke Evropske investicione banke.[6]

Iako se Zakon o javnim nabavkama nije primenjivao na sam postupak predmetne javne nabavke, njegova primena je bila predviđena na postupak zaštite prava u skladu sa navedenim Finansijskim ugovorom.[7] U vezi sa tim, konkursnom dokumentacijom je bio predviđen postupak zaštite prava pred Republičkom komisijom za zaštitu prava u

[1] Prethodni postupak javne nabavke za rekonstrukciju i izgradnju terminala za rasuti i pojedinačni teret u Luci Smederevo bio je pokrenut krajem 2019. godine, ali je obustavljen jer je tehnički prihvatljiva ponuda bila veća od raspoloživih finansijskih sredstava.
[2] https://www.mgsi.gov.rs/lat/dokumenti/rekonstrukcija-i-izgradnja-terminala-za-rasute-i-generalne-terete-luke-smederevo
[3] Navedeni finansijski ugovor je potvrđen Zakonom o potvrđivanju Finansijskog ugovora Razvoj rečne transportne infrastrukture u Srbiji između Republike Srbije i Evropske investicione banke („Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori", broj 2 od 18. februara 2019. godine).
[4] Ukupna vrednost projekta iznosi 93 miliona evra (infrastruktura 53 mil. EUR + supstruktura 40 mil. EUR). Projekat će biti finansiran 50% iz kredita EIB, a 50% iz budžeta Srbije.
[5] https://wikis.ec.europa.eu/display/ExactExternalWiki/ePRAG
[6] https://www.eib.org/attachments/strategies/guide_to_procurement_en.pdf
[7] Članom 6, podtačka 6.4 Finansijskog ugovora je između ostalo propisano da će postupak po pravnim lekovima, kako je predviđeno u srpskom zakonodavstvu, biti na raspolaganju bilo kojoj strani koja je imala interes za dobijanje određenog ugovora i koja je bila oštećena ili rizikuje da bude oštećena od navodnog kršenja.

postupcima javnih nabavki (u daljem tekstu: Republička komisija), uz primenu Zakona o javnim nabavkama („Sl. glasnik RS”, br. 91/2019; u daljem tekstu: ZJN).

U predmetnom postupku javne nabavke problem je nastao kada je jedan od učesnika – grupa ponuđača koju su činili privredni subjekti „Doğuş Construction and Trade” Inc. Turkey i „Energoprojekt niskogradnja” a.d. iz Beograda (u daljem tekstu: podnosilac zahteva), nakon što je obavešten da je ugovor dodeljen grupi ponuđača koju čine „AZVIRT Limited Liability Company” Azerbaijan, „Sinohydro Corporation Limited” China i „Aqua Mont service” d.o.o. Srbija (u daljem tekstu: izabrani ponuđač), u skladu sa članom 149 ZJN zatražio uvid u dokumentaciju postupka i ponudu izabranog ponuđača, radi eventualnog podnošenja zahteva za zaštitu prava.

Naručilac je odbio da omogući podnosiocu zahteva uvid u dokumentaciju postupka i ponudu izabranog ponuđača i umesto toga mu je, pozivajući se na PRAG pravila (klauzulu 2.10.1) i konkursnu dokumentaciju (klauzulu 25 Uputstva ponuđačima), dostavio tabelu uporedne analize njegove i ponude izabranog ponuđača. Inače, klauzulama na koje se naručilac pozvao je regulisano obaveštavanje ponuđača o ishodu postupka i pružanje informacija ponuđačima.

Nakon toga, podnosilac zahteva je podneo zahtev za zaštitu prava Republičkoj komisiji ukazujući da mu je uskraćeno pravo da izvrši uvid u dokumentaciju, ali je Republička komisija taj zahtev odbila. Tom prilikom Komisija je u potpunosti prihvatila argumentaciju naručioca i zauzela stanovište da se ZJN u konkretnom slučaju primenjuje samo na postupak zaštite prava, a da odredba člana 149 ZJN koja propisuje mogućnost uvida u dokumentaciju ne predstavlja deo procesnih pravila za pokretanje i vođenje postupka zaštite prava.

Imajući u vidu navedeno, u konkretnom slučaju se mogu postaviti dva pitanja. Najpre se može postaviti pitanje od kog trenutka počinje postupak zaštite prava, pa samim tim i primena ZJN-a, a potom i pitanje da li je po PRAG pravilima, odnosno Vodiču za nabavke Evropske investicione banke, naručilac nakon donošenja odluke o dodeli ugovora mogao da uskrati pravo ponuđaču koji je učestvovao u postupku da izvrši uvid u dokumentaciju postupka i ponudu izabranog ponuđača?

Kada počinje postupak zaštite prava?

Kao što smo naveli, predmetni postupak javne nabavke u skladu sa članom 11 ZJN predstavlja izuzetak od primene ZJN, budući da se finansira iz kredita EIB-a. U skladu sa Finansijskim ugovorom koji je Srbija potpisala sa EIB-om, međutim, ZJN se primenjuje na postupak zaštite prava u vezi sa ovom nabavkom.

Postupak zaštite prava pred Republičkom komisijom reguliše deo ZJN-a, odnosno odredbe Zakona od čl. 204 do 227, i njima je između ostalog propisano da se postupak zaštite prava ***pokreće*** podnošenjem zahteva za zaštitu prava. Da li to, međutim, znači da postupak zaštite prava zaista i ***počinje*** u trenutku podnošenja zahteva za zaštitu prava kao inicijalnog akta, ili ipak počinje od trenutka donošenja odluke o dodeli

ugovora, odnosno od momenta kada zainteresovani ponuđač može da izjavi zahtev kojim će osporiti tu odluku?

U predmetnom postupku, naručilac i Republička komisija su očigledno zauzeli stav da postupak zaštite prava počinje tek podnošenjem zahteva za zaštitu prava, te da samim tim podnosilac zahteva nije imao pravo da se poziva na ZJN pre tog trenutka. Samim tim, prema ovom stanovištu, podnosilac zahteva nije imao pravo na uvid u dokumentaciju postupka i ponudu izabranog ponuđača pozivajući se na član 149 ZJN. Naručilac i Republička komisija su, međutim, potom otišli i korak dalje pa su konstatovali da PRAG pravila i Vodič za nabavke EIB, koje je prema njima trebalo primeniti u konkretnom slučaju, ne predviđaju mogućnost uvida u dokumentaciju postupka, ali o tome će biti reči nešto kasnije u studiji.

Republička komisija čak smatra da odredba člana 149 ZJN ne predstavlja deo procesnih pravila za pokretanje i vođenje postupka zaštite prava, te da se odredbom ovog člana samo utvrđuju zakonski uslovi pod kojima privredni subjekt koji je učestvovao u postupku sprovedenom po odredbama ZJN može da izvrši uvid u dokumentaciju postupka, odnosno utvrđuje obavezu naručioca da mu omogući uvid na njegov zahtev.

Ovakav stav smatramo pogrešnim iz nekoliko razloga. Naime, privredni subjekt koji je učestvovao u postupku javne nabavke može izjaviti zahtev za zaštitu prava kojim će osporiti odluku o dodeli ugovora od trenutka kada ta odluka bude objavljena (odnosno on bude obavešten o ishodu postupka). Samim tim, može se reći da postupak zaštite počinje upravo od tog trenutka. Jednostavnije rečeno, rok za podnošenje zahteva za zaštitu prava, koji počinje da teče od momenta donošenja (objavljivanja) odluke o dodeli ugovora (period mirovanja) predstavlja sastavni deo zaštite prava iz ZJN. Ili još jednostavnije rečeno, odredbe kojima je regulisan rok za podnošenje zahteva za zaštitu prava su sastavni deo procesnih pravila za pokretanje i vođenje postupka zaštite prava.

Pri tome, tačno je da odredba člana 149 ZJN koja propisuje dužnost naručioca da nakon donošenja odluke o dodeli ugovora omogući uvid u dokumentaciju i kopiranje dokumentacije privrednom subjektu koji je podneo ponudu odnosno prijavu u postupku javne nabavke (uz zaštitu poverljivih podataka), nije deo procesnih pravila za pokretanje i vođenje postupka zaštite prava. Međutim, iako nije ustanovljena prvenstveno radi podnošenja zahteva za zaštitu prava, ne može se tvrditi da ova odredba nema nikakve veze sa postupkom zaštite prava. Između ostalog, ova odredba treba da omogući zainteresovanim ponuđačima procenu da li treba pokrenuti postupak zaštite prava nakon donošenja odluke o dodeli ugovora, te se samim tim ne može posmatrati potpuno izolovano od postupka zaštite prava.

Dakle, s obzirom na navedeno, mišljenja smo da je u predmetnom postupku javne nabavke ZJN trebalo da počne da se primenjuje od momenta donošenja odluke o dodeli ugovora, pa je samim tim naručilac bio dužan da u skladu sa članom 149 ZJN omogući podnosiocu zahteva uvid u dokumentaciju postupka i ponudu izabranog ponuđača.

Da li je uvid u dokumentaciju postupka u suprotnosti sa PRAG pravilima i Vodičem za nabavke EIB?

Za razliku od ZJN, PRAG pravila i Vodič za nabavke EIB ne sadrže eksplicitno odredbe koje predviđaju obavezu naručioca da omogući uvid u dokumentaciju postupka i ponudu izabranog ponuđača.

Međutim, i ova pravila (kao i ZJN) počivaju na načelu transparentnosti i javnosti postupka, kao jednom od osnovnih načela javnih nabavki. Polazeći od toga, uvid u dokumentaciju postupka nikako ne bi smeo da se dovodi u pitanje.

Štaviše, u delu PRAG pravila koji se odnosi na dodelu ugovora (2.10. Award of the contract), odnosno na obaveštavanje izabranog i neuspešnih ponuđača (2.10.1. Notifying the successful and unsuccessful tenderers), na koji se poziva i sam naručilac, između ostalo je predviđena obaveza naručioca da obavesti izabranog ponuđača da mu je dodeljen ugovor i da istovremeno pisanim putem obavesti neuspešne ponuđače o ishodu postupka koristeći određene formulare (koji su sastavni deo PRAG pravila). S tim u vezi, i u PRAG pravilima se napominje da se neuspešnim ponuđačima (koji nisu isključeni i koji ispunjavaju kriterijume za izbor) mogu dati bilo koje informacije koje se ne smatraju poverljivim.

Isto tako i prema Vodiču za nabavke EIB (tačka 3.7.13.) investitor treba da obavesti sve ponuđače o odluci o dodeli ugovora i razlozima za takvu odluku, a da bi se omogućilo da žalbeni postupak kroz delotvorne pravne lekove bude dostupan svakom zainteresovanom ponuđaču, ugovor ne bi trebalo da bude potpisan pre isteka razumnog vremenskog perioda od kada je odluka o dodeli ugovora poslata ponuđačima.

Navedene odredbe PRAG pravila i Vodiča za nabavke EIB, posebno uzimajući u obzir načelo transparentnosti postupka, nesumnjivo predstavljaju osnov da se ponuđaču koji je učestvovao u postupku omogući uvid u dokumentaciju postupka uz poštovanje poverljivih informacija.

Kako je pojašnjeno u Direktivi 2007/66/EZ o pravnim lekovima u javnim nabavkama (u daljem tekstu: Direktiva), period mirovanja pre čijeg isteka se ne može potpisati ugovor sa izabranim ponuđačem i u toku koga se može osporiti odluka o dodeli ugovora je upravo i ustanovljen kako bi se zainteresovanim ponuđačima pružilo dovoljno vremena za ispitivanje odluke o dodeli ugovora i procenu da li treba da pokrenu postupak zaštite prava. U tom smislu, a u skladu sa Direktivom, zainteresovanim ponuđačima se prilikom obaveštavanja o odluci o dodeli ugovora ***moraju dostaviti potrebne informacije koje su im bitne za pokretanje delotvorne pravne zaštite.*** A to je moguće između ostalog i omogućavanjem uvida u dokumentaciju postupka.

S tim u vezi, činjenica da je naručilac dostavio podnosiocu zahteva obaveštenje o ishodu postupka sa razlozima zašto njegova ponuda nije izabrana i tabelu uporedne analize njegove i ponude izabranog ponuđača, ne oslobađa naručioca obaveze da mu

na njegov zahtev omogući i uvid u dokumentaciju postupka i ponudu izabranog ponuđača ukoliko mu je to neophodno za donošenje odluke o pokretanju postupka zaštite prava. Ovo i iz razloga što nije uvek moguće utvrditi nedostatke ponude nekog ponuđača samo na osnovu podataka koje dostavi naručilac, bez uvida u samu ponudu. Takođe, sve i da ponuda izabranog ponuđača nema nikakvih nedostataka i da zainteresovani ponuđač nema nameru da pokrene postupak zaštite prava, načelo transparentnosti i javnosti postupka nalažu naručiocu da mu omogući uvid u dokumentaciju postupka.

IV ZAKLJUČAK

Imajući u vidu sve navedeno, bez obzira da li je u konkretnom slučaju trebalo primeniti ZJN ili PRAG pravila i Vodič za nabavke EIB, naručilac je nesumnjivo bio dužan da zainteresovanom ponuđaču omogući uvid u dokumentaciju predmetne nabavke i ponudu izabranog ponuđača. Onemogućivši podnosioca zahteva da izvrši uvid, naručilac je povredio načelo transparentnosti kao osnovno načelo na kome počivaju svi postupci javnih nabavki, bez obzira na to po kojim pravilima se sprovode.

Posebno je opasno u ovako važnim i vrednim infrastrukturnim projektima (podsetimo, vrednost ugovora sa izabranim ponuđačem iznosi gotovo 48 miliona evra) proglašavati za poverljivu ponudu izabranog ponuđača i ne dopuštati ostalim učesnicima u postupku da izvrše uvid u dokumentaciju postupka, odnosno ograničiti ih samo na traženje objašnjenja zašto njihova ponuda nije izabrana.

Mogućnost za žalbu u predmetnom postupku je i data kako bi nadležni organ u Srbiji (Republička komisija) mogao da izvrši proveru načina na koji se troše sredstva dobijena na osnovu kredita (Evropske investicione banke) koji će se, u krajnjoj liniji, vraćati iz budžeta Republike Srbije (uz određenu kamatu). Dakle, koji će vraćati građani Srbije.

I umesto da u skladu sa tim Republička komisija brani i promoviše načelo transparentnosti postupka javne nabavke i naloži naručiocu da omogući učesnicima nabavke uvid u dokumentaciju postupka, ovaj organ je sasvim suprotno potvrdio stav naručioca o nemogućnosti uvida u dokumentaciju.

Na taj način Republička komisija je prihvatila naručiočevo tumačenje odredbi PRAG pravila (5.3.9.7.) da ponuđač nakon obaveštenja o nameri dodele ugovora može samo da traži objašnjenje zašto njegova ponuda nije izabrana, ali ne može da vrši uvid i kontroliše rad ugovornog organa prilikom ocenjivanja ponuda jer je to uloga Banke, revizora i Republičke komisije, pa bi njegov zahtev narušio integritet i poverljivost ocenjivanja ponuda!

Dakle, i onda kada je u nabavci na koju se zbog međunarodnih pravila ne primenjuju odredbe domaćeg zakona predviđena mogućnost žalbe po tom zakonu, ta mogućnost se po ko zna koji put pokazuje prilično besmislena.[8]

Na kraju, važno je napomenuti da argument naručioca da je EIB nakon 30 dana rada Evaluacione komisije dala tzv. „non objection" bez ijedne primedbe, a koji je izneo u prilog teze da je predmetna nabavka sprovedena uz poštovanje svih prava ponuđača, sam po sebi ne znači ništa.

Naime, prema pravilima EIB-a, naručilac snosi celokupnu odgovornost za postupke nabavki. Non-objection ili komentari koje je Banka šalje naručiocu tokom postupka nabavke zasnivaju se isključivo na informacijama koje pruža naručilac i oni ne oslobađaju naručioca njegove celokupne odgovornosti u vezi sa nabavkom. Banka svakako može da preispita svoj stav u svetlu novih informacija.

[8] Jedan od primera besmislenosti pravne zaštite po ZJN u slučaju međunarodnih postupaka javnih nabavki je javna nabavka izgradnje zgrade Instituta „Biosens" u Novom Sadu o kojoj smo takođe pisali. https://cpes.org.rs/izgradnja-instituta-biosens-u-novom-sadu-2020-2021/