BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANjE ŽALBI

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ

BOSNIA AND HERZEGOVINA
PROCUREMENT REVIEW BODY

Број: ЈН2-01-07-1-3501-6/20
Датум: 23.12.2020. године.

Канцеларија за разматрање жалби БиХ, рјешавајући по жалби понуђача „СЛОБОДА" Бојанић Ненад с.п. Бања Лука, број 01-2011/20 од 20.11.2020. године, изјављену на тендерску документацију број 11-16.6-6607-3/20, у отвореном поступку јавне набавке робе: Професионални клима уређаји, уговорног органа Агенција за лијекове и медицинска средства БиХ, на основу члана 111. ст. (1) тачка д) и ст. (10) Закона о јавним набавкама („Службени гласник БиХ", број 39/14), на сједници Вијећа III одржаној дана 23.12.2020. године донијела је:

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. Жалба се усваја.
2. Поништава се тендерска документација број 11-16.6-6607-3/20 и Обавјештење о набавци број 5-1-1-187-3-81/20 од 13.11.2020. године, уговорног органа Агенција за лијекове и медицинска средства БиХ.
3. Усваја се захтјев за поврат средстава уплаћених на име накнаде за покретање жалбеног поступка, у износу од 500,00 КМ. Поврат средстава извршиће се на основу посебног рјешења овог органа.

Образложење

Дана 13.11.2020. године уговорни орган Агенција за лијекове и медицинска средства БиХ објавио је обавјештење о набавци број 5-1-1-187-3-81/20 у отвореном поступку јавне набавке робе: Професионални клима уређаји.

Против тендерске документације, број 11-16.6-6607-3/20, жалилац „СЛОБОДА" Бојанић Ненад с.п. Бања Лука изјавио је жалбу овом органу, а своју жалбу заснива на следећим жалбеним наводима:

- Да је уговорни орган незаконито прописао тачку 13. тендерске документације, којом се захтјева следеће: "*Понуђач треба бити и овлаштени дстрибутер и сервисер предметних уређаја*", а као доказ тражи се: „*Ауторизовано овлаштење произвођача опреме, издато од генералног представника произвођача (за БиХ) за: монтажу, пуштање у рад, одржавање и поправке у гарантном и вангарантном периоду, као и техничка подршка произвођача опреме*";
- Да уговорни орган драстично ограничава конкуренцију прописујући овакав услов јер из поступка искључује све привредне субјекте који се баве продајом предметне робе, чак искључује и произвођача робе, чиме крши члан 3. Закона о јавним набавкама (у даљем тексту: ЗЈН);
- Да уговорни орган крши одредбе члана 44. став (3) ЗЈН јер захтјева овлаштење за поправке клима уређаја у вангарантном року, а предмет набавке је „Набавка и монтажа робе";

- Да овлаштење за монтажу, пуштање у рад, одржавање и поправке у гарантном и вангарантном периоду може издати само генерални представник произвођача (за БиХ), док се одбацују овлаштења издата од стране других субјеката као што су произвођач, дистрибутер/заступник, увозник и сл., чиме се крше одредбе члана 3. и 53. став (5) ЗЈН;
- Да су Анексом IX прописани одређени захтјеви који нису у складу са предметом набавке, као што су: висинска разлика од 30 метара, максималан проток ваздуха 6960 m^3/h, промјер прикључка цијеви 12.7/6.4 mm, те зашто не могу веће или мање цијеви.

Жалилац захтјева да уговорни орган избрише из тендерске документације спорни услов, те да изврши ревизију техничких карактеристика како би исте биле сразмјерне предмету набавке и у складу са Законом.

Жалилац тражи поврат накнаде за покретање жалбеног поступка.

Уговорни орган је доставио изјашњење на жалбу број 11-16.6-6607-3/20 од 25.11.2020. године, са документацијом из поступка, у којем предлаже да се жалба одбије као неоснована из следећих разлога:

- Да уговорни орган може захтјевати један или више доказа техничке и професионалне способности у складу са чланом 49. ЗЈН, позивајући се на доказе из тачке б) и ц) овог члана, те да није претјеран захтјев којим се тражи овлаштено заступање произвођача робе, а ако понуђач има овлаштење за сервис у гарантном року, логично је да има и у вангарантном року;
- Да уговорни орган набавља робу са намјером да ју користи дуг временски период, а не да се мијења након истека гарантног рока;
- Да се клима уређаји набављају за просторије у којима су сервери, те за архивске просторије у којима се мора одржавати одређена температура и влажност у складу са захтјевима стандарда 27001;
- Да тренутно на територији БиХ има 20-так овлаштених заступника иностраних произвођача клима уређаја, тако да постоји широка конкуренција на тржишту БиХ;
- Ако се правно лице бави производњом робе, оно може само себи издати овлаштење произвођача, тако да се не ограничава конкуренција;
- Кад је ријеч о техничкој спецификацији, понуђачи могу понудити и мањи проток од наведеног, да захтјевани промјери цијеви омогућују лакши проток и самим тим лакши рад компресора вањске јединице, те да се вањска јединица монтира на крову зграде, тако да с обзиром на висинску разлику: приземље + 2 спрата до крова + изведба инсталације, математички се утврђује да је неопходна висинска разлика 30 метара или више

Жалилац се изјаснио на Изјашњење уговорног органа у складу са чланом 94. ЗЈН, те наводи следеће:

- Да уговорни орган није дао одговор на јасно постављено питање, зашто је висинска разлика 30 метара ако зграда има два спрата, те указује на чињеницу да дужина цијеци између вањске и унутрашње јединице није исти појам као висинска разлика, те да је уговорни орган Анексом IX посебно прописао минималну, максималну и преднапуњену дужину цијеви;
- Да уговорни орган не одговара на основу које анализе је дошао до максималног протока ваздуха од 6960 m^3/h;
- Поставља питање, зашто уговорни орган није оставио опцију да се понуде и клима уређаји са већим промјером цијеви које имају још већи проток и осигуравају још

лакши рад компресора, ако у Изјашњењу на жалбу наводи: *„да захтјевани промјери цијеви омогућују лакши проток и самим тим лакши рад компресора ваљске јединице*";

- Да је уговорни орган свјестан да је ограничио конкуренцију на свега 20-так овлаштених заступника, а са друге стране дискриминисао стотине трговаца и продаваца клима уређаја;

Прије упуштања у разматрање жалбених навода овај орган је утврдио да је жалба допуштена, благовремена и изјављена од стране овлаштеног лица, све у складу са чланом 109. ЗЈН.

Овај орган је утврдио да су испуњени и формални услови за рјешавање по жалби у складу са члановима 105. и 108. став (3) ЗЈН.

Жалба је основана

У току жалбеног поступка изведени су докази, увидом у достављену документацију од стране уговорног органа и жалиоца, и то:

- Тендерску документацију број 11-16.6-6607-3/20 од 13.11.2020. године;
- Изјашњење на жалбу понуђача достављено од стране уговорног органа, број 11-16.6-6607-3/20 од 25.11.2020. године;
- Допуну жалбе број 01-1612-1/2020 од 16.12.2020. године, достављену од стране жалиоца, којом се не истичу нови жалбени наводи, него жалилац одговара на наводе из достављеног изјашњења уговорног органа:

Увидом у достављене доказе, те анализом сваког доказа појединачно и у њиховој међусобној вези, а у односу на жалбене наводе и прописани законски поступак, овај орган је утврдио да је жалба основана.

У односу на први жалбени навод, који се односи на чињеницу да је уговорни орган незаконито прописао тачку 13. тендерске документације, којом се захтјева следеће: "*Понуђач треба бити и овлаштени дстрибутер и сервисер предметних уређаја*", а као доказ тражи се: „*Ауторизовано овлаштење произвођача опреме, издато од генералног представника произвођача (за БиХ) за: монтажу, пуштање у рад, одржавање и поправке у гарантном и вангарантном периоду, као и техничка подршка произвођача опреме*", овај орган је утврдио да је исти основан.

Увидом у тендерску документацију, а детаљно у техниче спецификације – Анекс IX, овај орган је утврдио да је предмет набавке роба, односно клима уређаји са услугама уградње робе. Дефинисањем услова да "*Понуђач треба бити и овлаштени дстрибутер и сервисер предметних уређаја*" уговорни орган искључује из поступка јавне набавке понуђаче који су регистровани за продају и уградњу робе у складу са законским прописима у БиХ, а нису овлаштени дистрибутери, нити су сервисери предметних уређаја. Роба која је предмет ове јавне набавке је широко доступна роба на територији БиХ, тако да је према мишљењу овог органа захтјев за ауторизацијом, односно овлаштењем произвођача опреме, захтјев који вјештачки сужава конкуренцију у предметном поступку набавке. Ово више због чињенице што се ауторизација захтјева и за одржавање и поправке у гарантном и вангарантном року, што није предмет ове јавне набавке. Овај орган не спори да се овлаштење произвођача (ауторизација) у одређеним случајевима може захтјевати у оквиру члана 49. тачка б) ЗЈН. Према мишљењу овог органа, што је и став Агенције за јавне набавке, ауторизација се може тражити у

изузетним случајевима, када је то предвиђено материјалним прописом или ако је то природом предмета набавке оправдано. Било би оправдано захтјевати ауторизацију код сложених предмета набавке, као што је набавка робе за сложене инфраструктурне системе, набавка комплексних софтвера и сл., гдје постоји велики ризик за настанак штете великих размјера, тако да је овлаштење произвођача једна од гаранција у поступку набавке да робу испоручује компетентан понуђач, способан и квалитетно обучен за уградњу робе, што је и у интересу произвођача. За овај орган није спорно да у сврху испуњавања услова техничке и професионалне способности из тачке ц) овог члана уговорни орган захтјева ангажовање техничког особља које има одређене професионалне квалификације за послове постављања и инсталације робе (на шта се позива уговорни орган у свом изјашњењу), али уговорни орган овакав захтјев није поставио у тендерској документацији.

У односу на други жалбени навод, одговор уговорног органа да је „логично" ако понуђач има овлаштење за сервис у гарантном року, да има и у вангарантном року, није одговор на питање зашто се уопште у овом поступку набавке захтјева да понуђач буде уједно и „сервисер" предметних уређаја када предмет набавке није одржавање и сервисирање клима уређаја, него продаја и уградња, што чини и овај жалбени навод основаним. Понуђач који је регистрован за продају и уградњу клима уређаја не мора бити уједно и сервисер опреме у гарантном року (па ни у вангарантном), али уговорни орган може захтјевати од понуђача достављање изјаве о гаранцији на испоручену робу (гаранција је дефинисана техничким спецификацијама и нацртом уговора), што за овај орган није спорно. Није спорно да уговорни орган може захтјевати да за понуђену робу постоји и овлаштени сервис у БиХ који ће сервисирати опрему у гарантном року, али је дискриминирајући захтјев да понуђач уједно мора бити и сервисер понуђене опреме.

У односу на трећи жалбени навод, сама чињеница да је уговорни орган захтјевао да овлаштење за монтажу, пуштање у рад, одржавање и поправке у гарантном и вангарантном периоду може издати само генерални представник произвођача у БиХ није ни релевантна за рјешавање суштине жалбених навода, из разлога што овај орган спори ауторизацију у цјелини за ову врсту робе, што чини и овај жалбени навод основаним.

Навод уговорног органа да се клима уређаји набављају за просторије у којима су сервери, те за архивске просторије у којима се мора одржавати одређена температура и влажност у складу са захтјевима стандарда ИСО 27001 није релевантан за питање захтјева за ауторизацијом. Уговорном органу је дозвољено да припреми техничке спецификације на начин да обезбиједи поштовање прописаних стандарда, али исто тако уговорни орган мора да докаже у конкретном случају јасну везу између услова који су дефинисани стандардом и техничких спецификација дефинисаних у тендерској документацији, односно оправданост постављених услова.

Такође, навод уговорног органа да тренутно на територији БиХ има 20-так овлаштених заступника иностраних произвођача клима уређаја, тако да постоји широка конкуренција на тржишту БиХ, није одговор на питање зашто се онемогућава учешће у поступку јавне набавке понуђачима који су регистровани за продају и монтажу робе, чиме се по мишљењу овог органа врши дискриминација понуђача.

Када су у питању жалбени наводи на одређене параметре из техничке спецификације, уговорни орган није доказао постојање чињеница и околности на основу којих је прописао спорне техничке карактеристике, што је био дужан у складу са чланом 102. став (2) ЗЈН, а што се огледа у следећем:

- Постављени услов „висинска разлика 30 метара" уговорни орган правда чињеницом да се ваљска јединица монтира на крову зграде, тако да с обзиром на висинску разлику: приземље + 2 спрата до крова + изведба инсталације, математички је утврђено да је неопходна висинска разлика 30 метара. Увидом у

техничке спецификације клима уређаја, овај орган је утврдио да је Анексом IX посебно прописана минимална, максимална и преднапуњена дужина цијеви, а посебно висинска разлика као техничка карактеристика, тако да није јасно на који начин уговорни орган математички утврђује оправданост захтјева за висинском разликом од 30 метара;

- Када је у питању жалбени навод усмјерен на максимални проток ваздуха од 6960 m^3/h, уговорни орган не даје одговор на питање жалиоца на основу којег акта или стручне анализе је одређен овај параметар, него одговара да се ради о максималној вриједности, а да понуђачи могу понудити и уређај са мањим протоком;
- Када је у питању жалбени навод да је техничком спецификацијом дефинисан тачан промјер прикључка цијеви 12.7/6.4 mm, те зашто не могу веће или мање цијеви, уговорни орган опет паушално одговара да „захтјевани промјер цијеви омогућује лакши проток и самим тим лакши рад вањске јединице", не дајући конкретан одговор заснован на властитим потребама и стручним захтјевима.

На основу напријед наведеног, одлучено је као у диспозитиву, у складу са чланом 111. став (1) тачка д) Закона о јавним набавкама и чланом 230. став (2) Закона о управном поступку („Службени гласник БиХ", број 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16).

Повратуплаћених средстава по основу накнаде за покретање жалбеног поступка, у износу од 500,00 КМ, извршиће се посебним актом, у складу са чланом 108. став (7) Закона о јавним набавкама и чланом 4. Инструкције о начину уплате, контроле и поврата накнада прописаних чланом 108. Закона о јавним набавкама.

Упутство о правном средству

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
Николина Силак

Доставити:

1. „Слобода" с.п. Бања Лука, Милице Стојадиновић С. 6, 78000 Бања Лука
2. Агенција за лијекове и медицинска средства БиХ, Вељка Млађеновића бб, 78000 Бања Лука
3. Евиденцији
4. а/а