BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANJE ŽALBI
PODRUŽNICA/FILIJALA BANJA LUKA

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ
ФИЛИЈАЛА БАЊА ЛУКА

BOSNIA AND HERZEGOVINA
PROCUREMENT REVIEW BODY
BRANCH OFFICE BANJA LUKA

21-05-2021

Број: ЈН2-02-07-1-970-7/21
Бања Лука, 29.04.2021.године

Канцеларија за разматрање жалби Босне и Херцеговине, Филијала Бања Лука рјешавајући по жалби понуђача: "Дезинсекција" д.о.о. Бијељина, број 241/21 од 31.03.2021.године, изјављеној на тендерску документацију уговорног органа Фонд за пензијско и инвалидско осигурање Републике Српске, Бијељина, број КЗ-5/2021-3 од 22.03.2021.године, у поступку конкурентског захтјева за достављање понуда за набавку услуге дезинфекције, дезинсекције и дератизације пословних објеката Фонда за пензијско и инвалидско осигурање Републике Српске, на основу члана 111. ст. (1) тачка ц) и ст. (10) Закона о јавним набавкама („Службени гласник БиХ", број 39/14), на сједници Вијећа одржаној дана 29.04.2021. године, д о н и ј е л а ј е

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. Жалба се одбија као неоснована.

2. Одбија се захтјев за повратак уплаћених средстава на име накнаде за покретање жалбеног поступка.

О б р а з л о ж е њ е

Дана 22.03.2021. године уговорни орган Фонда за пензијско и инвалидско осигурање Републике Српске, Бијељина (у даљем тексту: уговорни орган) објавио је обавјештење о набавци, број 312-7-2-37-3-20/21 у поступку конкурентског захтјева за достављање понуда: Набавка услуга дезинфекције, дезинсекције и дератизације пословних објеката Фонда за пензијско и инвалидско осигурање Републике Српске.

Против тендерске документације потенцијални понуђач "Дезинсекција" д.о.о. Бијељина, изјављује жалбу овом органу.

Жалилац је жалбу засновао на наводима да је предметном тендерском документацијом Уговорни орган починио повреде материјалног права, односно

повреду одредбе из члана 3. став и члана 44. став (2), (3) и (4), члана 48. став (6), члана 53. став (5), и члана 54. став (1), (3), (4), (6), (9) и (10) Закона о јавним набавкама Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ", број: 39/14) и одредбе из члана 3. став (2) тачка б) алинеја 2) и тачка д) алинеја 13) Упутства за припрему модела тендерске документације и понуда („Службени гласник БиХ", број: 90/14 и 20/15).

У образложењу жалбених навода Жалилац истиче:

- да је Уговорни орган у тачки 6. тендерске документације ("Опис предмета набавке"), у другом пасусу (страна 5.), захтјевао од понуђача да приликом вршења предметних услуга пословне објекте третира тачно назначеним врстама биоцидних препарата, чиме нарушава неки од основних принципа садржаних у члану 3. Закона о јавним набавкама ("Службени гласник БиХ", број: 39/14), а то су принцип једнаког третмана, односно недискриминације и принцип правичне и активне конкуренције, те да се нарушавање поменутих принципа од стране Уговорног органа огледа у сљедећем:

- Прво, у провођењу јавне набавке забрана дискриминације значи да поступци и праксе јавне набавке не смију бити засновани на условима и захтјевима којима се обазбјеђује заштита, стимулисање или преферирање или дискриминација одређених роба, услуга или кандидата/понуђача. Увијек када је то могуће, а у предметном поступку јавне набавке то јесте могуће, тендерску спецификацију треба сачинити на начин да се узму у обзир функционални, оперативни и захтјеви за извршењем посла користећи међународне и друге релевантне стандарде. Поред тога, а у складу са чланом 54. став (3) Закона о јавним набавкама, уговорни орган не смије одбити понуду са образложењем да понуђена роба или услуге не одговарају спецификацијама које је он навео, уколико понуђач одговарајућим средствима, као што су: технички досије, извјештај о извршеном тестирању од стране овлашћеног тијела и други слични документи издати од стране надлежних институција, у својој понуди докаже да рјешења која је он у понуди предложио у једнакој мјери одговарају техничким спецификацијама на које се позива. За ову сврху користи се институт "еквивалент". Јасно је да сам понуђач мора у својој понуди одговарајућим средствима доказати да понуђена роба, услуге или радови одговарају стандарду, односно одговарају изведбеним или функционалним захтјевима уговорног органа. Али, да би се то омогућило свим понуђачима, неопходна претпоставка је да се у тендерску документацију, у погледу постављених услова, односно захтјева, исти поставе на недискриминирајући начин.
- Друго, начин на који је у конкретном случају поступио уговорни орган, представља класичан примјер индиректне дискриминације, тј. када се постављају неки услови који директно не искључују било кога, али ти услови, у коначници, доводе до истог резултата као и директна дискриминација (на примјер, само један понуђач може испунити одређени критеријум, те уговорни орган захтијева испуњење тог критеријума, иако то није нужно потребно или, бар, није једино могуће за провођење одређеног посла). У вези са овим, поређењем тендерских докумената из 2020. године (број: КЗ-2/2020-3 од

13.02.2020. године) и предметног тендерског документа, истог уговорног органа, може се уочити да је уговорни орган у предметном тендерском документу поставио захтјеве у погледу врста биоцидних препарата којих у прошлогодишњем није било. Поставља се питање: ако се зна да је предмет набавке идентичан у оба поступка јавне набавке, шта је то што је опредијелило уговорни орган да у предметном тендерском документу постави захтјеве у погледу врста биоцидних препарата, а којих се понуђачи морају придржавати приликом вршења услуга? У предметном тендерском документу, уговорни орган није ничим образложио увођење тих додатних или, прецизније речено, нових захтјева, дакле, није ничим оправдао њихово постављање.

- Треће, уговорни орган, навођењем поменутих захтјева у оквиру описа предмета набавке, као и касније у оквиру тачке 32. тендерске документације (Доказ о испуњености услова за обављање предметних услуга), наводи: "Фонд ће од изабраног понуђача, као предуслов за ступање уговора на правну снагу, затражити да достави сљедеће доказе: б) Рјешење надлежне институције којим се одобрава коришћење опасних хемикалија и биоцида." Без обзира на покушај уговорног органа да постављене захтјеве у погледу обавезе понуђача да приликом вршења услуга пословне објекте третира тачно назначеним врстама биоцидних препарата, "измјести" из квалификационих услова у услове, односно предуслове за ступање уговора на правну снагу (или, како се то у стандардном моделу тендерске документације друкчије назива: "Услови за закључење уговора"), тиме није умањена дискриминаторска природа постављеног захтјева. Ово и из разлога што се основни принципи из Закона о јавним набавкама морају поштовати у сваком дијелу тендерске документације, као што се морају примјењивати и поштовати у сваком стадијуму поступка јавне набавке.

Поред тога, уговорни орган је постављене захтјеве у погледу тачно назначених врста биоцидних препарата обухватио тачком 6. тендерске документације која носи назив "Опис предмета набавке" у којој је, примјеном одредбе из члана 3. став (2) тачка б) алинеја 1) Упутства за припрему модела тендерске доументације и понуда ("Службени гласник БиХ", број: 90/14) исправно поступио наводећи: шта је предмет набавке, ознаку и назив из ЈРЈН, као и појашњење да је вршење услуга дезинфекције, дезинсекције и дератизације регулисано посебним материјалним прописима. Међутим, у истој тачки је прописао да је понуђач у обавези да приликом вршења услуга пословне објекте третира тачно назначеним врстама биоцидних препарата, чиме је повредио и још један од основних принципа Закона о јавним набавкама - принцип правичне и отворене конкуренције. Поменути принцип подразумијева провођење поступка набавки које ће подстаћи конкурентност међу понуђачима, у којима ће шанса за додјелу уговора зависити на најдиректнији начин, између осталог, од једнаких и правичних услова постављених према свим учесницима у поступку јавне набавке.

Дакле, поставља се суштинско питање: С обзиром на предмет набавке и сврху која се жели постићи провођењем предметног поступка јавне набавке и закључењем, односно реализацијом уговора, да ли се за извршење услуга дезинфекције, дезинсекције и дератизације може аплицирати и са другим биоцидним препаратима који садрже друге активне супстанце, а које су по свом дјеловању еквивалентне онима које су наведене у

тачки 6. тендерске документације? Одговор је јасан и недвосмислен: на тржишту Републике Српске ПОСТОЈЕ други биоцидни препарати који садрже друге активне супстанце, а које су по свом дјеловању еквивалентне онима које су наведене у тачки 6. тендерске документације.

Према наведеном у тендерској документацији, а везано за опис биоцидних препарата који ће се користити у активностима ДДД, јасно је да су описане карактеристике препарата (са само једном активном материјом са дефинисаном концентрацијом) на начин који дискриминише остале учеснике у предметном поступку јавне набавке, изузев оног који је извршио упис биоцидних производа у Програм достављања техничког досијеа код Министарства здравља и социјалне заштите Републике Српске и који, уједно, набављају и прометују предметне биоцидне препарате. С тим што остаје отворено питање стављања у промет тражених биоцидних препарата од стране оних који су извршили упис конкретних биоцидних производа у Програм достављања техничког досијеа код ресорног Министарства здравља и социјалне заштите Републике Српске, пошто је истим остављено на диспозицију да ли ће одговорити на захтјев других потенцијалних понуђача за набавком, тендерском документацијом захтијеваних, биоцидних производа, с обзиром да су они једини извршили упис конкретних (захтијеваних) биоцидних производа у Програм достављања техничког досијеа код ресорног Министарства здравља и социјалне заштите Републике Српске и који, уједно, набављају и прометују предметне биоцидне препарате.

Ово упућује и на чињеницу да се захтјевом постављеним у тендерској документацији лимитирају само наведени биоцидни препарати, док сви остали еквивалентни биоцидни препарати, који се, иначе, користе у земљама ЕУ и који су уредно уписани у Програм достављања техничког досијеа на нивоу Републике Српске, не могу доћи у обзир за примјену.

Остаје нејасно из ког разлога уговорни орган захтијева биоцидне препарате са тачно условљеном појединачном активном супстанцом и концентрацијом исте с обзиром на чињеницу да на тржишту Републике Српске постоје многи други савременији и ефикаснији биоцидни препарати са другим дозвољеним активним супстанцама и који служе истој сврси.

У конкретном случају, за активности дератизације тендерском документацијом се захтијева биоцидни препарат на бази активне супстанце Бромадиолон 0,005%. Осим биоцидних препарата са овом активном материјом, на тржишту Републике Српске постоје и биоцидни препарати са активном материјом Бродифакум 0,005%, Обје поменуте активне материје, и Бромадиолон и Бродифакум, припадају II генерацији кумаринских антикоагуланаса, али Бродифакум је новијег датума. Према вриједности ЛДс0 као индикатора токсичности, већа је вјероватноћа да ће једнократно конзумирање мамаца на бази Бродифакума прије изазвати угинуће глодара него у случају мамаца на бази Бромадиолона. Према доступним научним истраживањима, откривено је и да су обични кућни мишеви отпорни на Бромадиолон, па је пожељна употреба родентицида веће ефикасности, као што је Бродифакум.

Такође, за активности дезинсекције тендерском документацијом се захтијева биоцидни производ на бази активне супстанце Имидаклоприд концентрације од око 2,15%. Осим биоцидних производа са поменутом активном материјом, на тржишту Републике

Српске налазе се и биоцидни производи са активном материјом Фипронил концентрације од око 0,5%. Биоцидни производи, односно формулација на бази активне супстанце Фипронила јача је и бржа него било који други мамац у облику гела на тржишту. Овај биоцидни производ, дакле, доступан на тржишту Републике Српске, „дискретно" се примјењује, а ниске дозе омогућавају највећу безбједност и најмање поремећаја, чак и на најосјетљивијим мјестима примјене. Велика ефикасност Фипронила и формулације гела чине да гел брже дјелује и буде поузданији него било који други мамац.

Поред тога, мали изузетно стабилни мамци, без мириса, као поменути на бази Фипронила, имају особину веома ограничене апсорпције кроз кожу, што значи да се и осјетљива подручја могу третирати са минималним сметњама за људе и животиње.

Из свих предњих жалбених навода јасно је да је уговорни орган имао обавезу да, примјеном одредби Закона о јавним набавкама и одговарајућег подзаконског акта, поштује, прије свега, основне принципе садржане у члану 3. Закона о јавним набавкама, како је то у предњерм тексту описано. Ако је и имао намјеру да на неки начин „усмјери" понуђаче у правцу коришћења одређених биоцидних препарата са одређеном врстом и концентрацијом активне супстанце, уговорни орган је, приликом сачињавања тендерске документације, имао обавезу да предвиди могућност нуђења биоцидних препарата са врстом и концентрацијом активне супстанце еквивалентних захтијеваним. Понављамо, обавеза је понуђача да, уколико понуде еквиваленте, докажу да се, заиста, ради о таквим производима (робама) и да се њиховом употребом у току реализације предметних услуга остварује иста (или, чак, боља) сврха самог предмета набавке.

То што уговорни орган у тачки 6. тендерске документације није навео експлицитно одређеног произвођача, поријекло, марку, тип и слично, не умањује ограничавајући карактер захтјева из тачке 6. тендерске документације. Напротив, и потоње тачке 13. подтачка 13.2. под в) (Техничка и професионална способност) и 32. подтачка 32.1. под б) (Доказ о испуњености услова за обављање предметних услуга) из тендерске документације само служе у сврху испуњења дискриминирајућих захтјева из тачке 6. исте.

У вези са овим, сасвим би била другачија ситуација и тендерска документација сачињена у складу са законским и подзаконским прописима, да је Уговорни орган поступио на начин којим би омогућавао равноправно учешће свим понуђачима како је то у претходном дијелу образложења ове жалбе објашњено. Као примјер можемо узети захтјев из тачке 13. подтачка 13.1. под в) који гласи: „Што се тиче техничке и професионалне способности, у складу са чл. 48. и 50. Закона, понуђач је дужан доказати да испуњава сљедеће минималне услове: в) изјава/потврда произвођача биоцидних препарата да ће понуђач имати на располагању биоцидне препарате карактеристика наведених у тачки 6. Тендерске документације."

Уговорни орган је правилно поступио у погледу захтјева достављања ауторизације понуђача у смислу да понуђач има одговарајуће овлашћење за продају робе или вршење услуга од стране произвођача. Може се констатовати да је овај захтјев сасвим одржив уколико се таква роба или услуге не могу подвести под робу или услуге широке потрошње, односно када материјални пропис одређује прометовање том врстом робе,

као што то и јесте у конкретном случају. Међутим, поменути захтјев није одржив из разлога што је Уговорни орган навео: „....да ће понуђач имати на располагању биоцидне препарате карактеристика наведених у тачки 6. Тендерске документације." То значи да би захтјев постављен у тачки 13. подтачка 13.1. под в) био усклађен са законом само у случају да Уговорни орган у тачки 6. тендерске документације није поставио дискриминирајуће и ограничавајуће на конкуренцију захтјеве.
Овако, сагледавајући захтјеве садржане у тачки 6. и тачки 13. подтачка 13.1. под в) у њиховој међусобној повезаности, јасно је да су и једни и други захтјеви дискриминирајући.

Узимајући у обзир све напријед наведене чињенице, сматрамо да је тендерска документација незаконита, самим тим, и неправилна, те предлажемо Уговорном органу да ову жалбу усвоји као основану у цјелости и измјени предметну тендерску документацију у наведеном дијелу.
У противном, захтијевамо од Уговорног органа да, примјеном одредби из члана 100. став (5) Закона о јавним набавкама БиХ, у законом прописаном року, предметну жалбу са својим изјашњењем о наводима жалбе и потпуном документацијом везаном за поступак против којег је изјављена жалба прослиједи Канцеларији за разматрање жалби - Филијала Бања Лука.

Уговорни орган је у складу са чланом 100. став (5) Закона о јавним набавкама доставио овом органу изјашњење по жалби, број КЗ-5/2021-9 од 05.04.2021. године и документацију у вези са предметним поступком јавне набавке и у свом изјашњењу предлаже да се жалба одбије као неоснована из сљедећих разлога:

- Полазећи од тврдњи Жалиоца да је наводно повриједио одредбе прописа наведене у жалби, Уговорни орган, прије свега, истиче да је дискрециono право сваког уговорног органа да сам дефинише предмет набавке, те да сходно томе пропише и квалификационе услове неопходне за учешће у одређеном поступку набавке, притом водећи рачуна о свим позитивним прописима којима је уређена одређена област. С тим у вези, Уговорни орган је и у конкретном поступку набавке захтјеве и услове поставио у складу са Законом о јавним набавкама и подзаконским актима, те у складу са Законом о заштити становништва од заразних болести („Службени гласник Републике Српске" бр. 90/17), Законом о хемикалијама („Службени гласник Републике Српске" бр. 21/18) и Законом о биоцидима („Службени гласник Републике Српске" бр. 37/09).

Оно што је Уговорни орган опредијелило да у овом поступку набавке прецизније дефинише захтјеве и услове у погледу вршења предметних услуга јесте чињеница да је још увијек актуелна епидемија вируса корона, те је на овај начин Уговорни орган имао намјеру да осигура да ће услуге бити извршене на адекватан начин, чиме би се здравље радника и лица која бораве у просторијама Фонда максимално заштитило. Уговорни орган истиче да ни у једном дијелу Тендерске документације није упутио ни на једну робну марку, нити произвођача, него искључиво на хемијски састав, односно активне супстанце које препарати треба да садрже како би потенцијалним понуђачима дао

довољно информадија за припрему понуда. Из наведеног разлога поставља се питање на основу чега Жалилац гврди да се на овај начин дискриминишу потенцијални понуђачи. Уколико је Жалилац имао дилема у овом дијелу, исти је имао право да затражи појашњење Тендерске документације, сходно тачки 34. исте, што Жалилац није искористио.

Уговорни орган даље истиче да се наводи Жалиоца да су активне супстанце које описује у жалби ефикасније у односу на тражене заснивају на паушалним тврдњама, које нису поткријепљене доказима. Притом, ни сам Жалилац не оспорава ефикасност активних супстанци које је Уговорни орган навео у Тендерској документацији, него истиче да су одређене супстанце наведене у Жалби наводно ефикасније. С обзиром да у конкретном случају није ријеч о материји, односно чињеницама које су општепознате, у ком случају се њихово доказивање не би ни захтијевало, Жалилац је био дужан да приложи доказе својих тврдњи, што исти није учинио. На поменуту обавезу доказивања упућује и члан 102. став (3) Закона о јавним набавкама, којим је прописано да је жалилац у поступку правне заштите дужан да докаже или барем учини вјероватним постојање чињеница и разлога које се тичу, између осталог, повреде поступка или повреда примјене материјалног права, које су истакнуте у жалби. Како је раније поменуто, Жалилац, осим својих навода, није доставио ниједан доказ којима може аргументовати исте.

- Када је ријеч о наводу да је Уговорни орган „покушао" да „измјести" квалификационе услове у предуслове за ступање уговора на правну снагу, Уговорни орган овакве наводе, такође, оспорава. Наиме, Уговорни орган поново указује на чињеницу општепознату свим учесницима у поступцима јавних набавки да је примјена материјалних прописа који су у вези са предметом набавке обавезна. С обзиром да Закон о јавним набавкама у члану 46. предвиђа могућност да се од кандидата/понуђача захтијева регистрација у одговарајућим професионалним или другим регистрима земље у којој су регистровани или да обезбиједе посебну изјаву или потврду надлежног органа којом се доказује њихово право да обављају професионалну дјелатност која је у вези са предметом набавке, јасно је да из ове одредбе произилази да Уговорни орган у овој фази поступка може захтијевати искључиво наведене доказе. Према ставу Агенције за јавне набавке Босне и Херцеговине додатна одобрења/лиценце се могу тражити само у условима за додјелу уговора, због става да иста у фази квалификације имају ограничавајући карактер. Водећи се поменутим ставом, Уговорни орган је предвидио доставу додатних доказа о испуњености услова за обављање предметних услуга у дијелу који се односи на предуслове за ступање уговора на правну снагу, односно у тачки 32. Тендерске документације. Тражена рјешења предвиђена су материјалним прописима који уређују предметну област, на чију примјену је Уговорни орган и указао у тачки 6. Тендерске документације.

Из наведеног произилази да Уговорни орган ни у једном дијелу није повриједио одредбе ниједног прописа, а нарочито одредаба на које се Жалилац позива. Штавише, Уговорни орган истиче да поједине одредбе на које се Жалилац позива, у конкретном поступку нису ни примјењиве, попут одредаба члана 48. став (6) Закона о јавним набавкама, које дефинишу ситуације када се у тендерској документацији захтијева

обезбјеђење сертификата. Остаје нејасно из ког разлога се Жалилац уопште позива на ове одредбе, када никакви сертификати нису захтијевани Тендерском документацијом. Због свега наведеног, Уговорни орган сматра да су наводи жалиоца у потпуности неосновани. Уговорни орган још једном наглашава да је комплетна Тендерска документација сачињена у складу са одредбама Закона и подзаконских аката.

Цијенећи све наведено, Уговорни орган предлаже да се жалба одбије као неоснована, како би могао да се настави предметни поступак.

Жалилац је доставио одговор на изјашњење уговорног органа у којем истиче:

- У предметном изјашњењу, Уговорни орган констатује да је наша жалба у потпуности неоснована, те наводи аргументе за ову своју констатацију.
- У вези са наводима из предметног изјашњења, сматрамо да Уговорни орган није одговорио на кључна питања и аргумента понуђене у нашој жалби, како слиједи:

■Осим једне опште формулације „да је дискреционо право сваког уговорног органа да сам дефинише предмет набавке, те да сходно томе пропише и квалификационе услове неопходне за учешће у одређеном поступку набавке, притом водећи рачуна о свим позитивним прописима којима је уређена одређена област, те да је „с тим у вези, Уговорни орган у конкретном поступку набавке захтјеве и услове поставио у складу са Законом о јавним набавкама и подаконским актима, те у складу са Законом о заштити становништва од заразних болести, Законом о хемикалијама и Законом о биоцидима", Уговорни орган није конкретно одговорио на кључно питање нити побио наводе из жалбе који се односе на тачку 6. тендерске документације, а који се тичу захтјева (услова) да је понуђач у обавези да приликом вршења предметних услуга пословне просторије Уговорног органа третира тачно назначеним врстама биоцидних препарата, са прецизно назначеним активним супстанцама и прецизно назначеном њиховом концентрацијом у биоцидима.

■Уговорни орган није НАВЕО ни једну робну марку нити произвођача, што жалилац и не тврди у својој жалби, али јесте УПУТИО на одређени производ (биоцид) и на одређеног произвођача, с обзиром на чињеницу да само један биоцид, под једним називом и произведен од стране само једног произвођача има захтијевани хемијски састав, односно у свом саставу има тачно назначену активну супстанцу у тачно назначеном проценту. Овдје говоримо у једнини, али за сваку од услуга, дакле, и дезинфекцију, и дезинсекцију и дератизацију, дакле, на све захтијеване биоциде, односи се иста примједба жалиоца.

У вези са наведеним, када је у питању пружање услуга дезинсекције, Уговорни орган је захтијевао да се његови пословни објекти третирају, између осталог, биоцидом на бази активне супстанце Имидаклоприд у концентрацији од око 2,15%. Овакав хемијски

састав има само један биоцидни производ, а то је „МАХФОРЦЕ ИЦ ГЕЛ“, произвођача „Бауер Енвиронментал Сциенце", Лион, Француска. Као еквивалентно средство за дезинсекцију, као што је то наведено у самој жалби, на тржишту Републике Српске постоје и други биоцидни производи, као што је, на примјер, „ГОЛИАТХ Гел" на бази активне супстанце Фипронил (ЦАС број: 120068-37-3) у концентрацији од око 0,5%, произвођача „БАСФ СЕ", Њемачка.

(У прилогу достављамо Рјешења о упису биоцидних производа у Програм достављања техничког досијеа за оба биоцидна производа).

Када је у питању пружање услуга дератизације, Уговорни орган је захтијевао да се његови пословни објекти третирају, између осталог, биоцидом на бази активне супстанце Бромадиолон у концентрацији 0,005%. Овакав хемијски састав има само један биоцидни производ, а то је „БРОДИСАН ПФ“, произвођача „ЕКОСАН" д.о.о. Београд. Као еквивалентно средство за дератизацију, као што је то наведено у самој жалби, на тржишту Републике Српске постоје и други биоцидни производи, као што је, на примјер, „БРОДИСАН БЛУЕ ПФ“ на бази активне супстанце Бродифакум (ЦАС број: 56073-10-0), произвођача „ЕКОСАН" д.о.о. Београд.

(У прилогу достављамо Рјешења о упису биоцидних производа у Програм достављања техничког досијеа за оба биоцидна производа).

■ Позивање Уговорног органа на епидемију и његову намјеру да осигура да ће услуге бити извршене на адекватан начин, чиме би се здравље радника и лица која бораве у просторијама Фонда максимално заштитило, опет не одговара на кључно питање да ли се само захтијеваним биоцидима може испунити поменута сврха, односно циљ, и не може представљати аргумент него представља изговор или, тачније речено, злоупотребу стања које је изазвано епидемијом, а што није допуштено ни према одредбама Закона о јавним набавкама нити према савјетодавном мишљењу Агенције за јавне набавке којна се у више наврата оглашавала и одређивала по питању злоупотребе стања које је изазвано појавом епидемије (пандемије) Цовид-19.

У вези с овим, напомињемо да је овај Уговорни орган покренуо јавну набавку са истим предметом набавке и у току 2020. године и исти објавио 13.02.2020. године, када је епидемија вируса корона била присутна као и данас. И поред те чињенице, тада овај Уговорни орган није захтијевао услове, односно постављао захтјеве у вези са обавезом понуђача да приликом вршења предметних услуга његове пословне просторије третира тачно назначеним врстама биоцидних препарата, са прецизно назначеним активним супстанцама и прецизно назначеном њиховом концентрацијом у биоцидима, као што је то учинио у овом поступку јавне набавке. За очекивати је даје Уговорни орган, покрећући прошлогодишњи поступак јавне набавке, имао исту намјеру, односно циљ,

„да осигура да ће услуге бити извршене на адекватан начин, чиме би се здравље радника и лица која бораве у просторијама Фонда максимално заштитило". За жалиоца није спорно што је у предметној тендерској документацији поставио одређене захтјеве (услове), али је споран и незаконити начин на који су постављени ти захтјеви (услови) без остављања могућности потенцијалним понуђачима да понуде еквивалентне биоцидне производе. На тај начин су истим повређена нека од основних начела јавних набавки: начело забране дискриминације и начело активне и правичне конкуренције.

■ Поред наведеног, јасно истичемо да ни у изјављеној жалби нити овом приликом нико не оспорава дискрециono право сваког уговорног органа да сам дефинише предмет набавке и да, сходно томе, пропише и квалификационе услове. Оно што је спорно у предметној тендерскои документацији, јесте то што уговорни орган није поступио у складу са Законом о јавним набавкама. Конкретно, мислимо на члан 54. став (9) и (10) Закона, јер је, прописујући у тачки 6.тендерске документације хемијски састав на начин како је то учинио, повредио поменуте одредбе Закона УПУЋУЈУЋИ на одређену марку и на одређеног произвођача, без обзира на његову тврдњу да „ни у једном дијелу Тендерске документације није упутио ни на једну робну марку, нити произвођача.

Исто тако, жалилац у својој жалби ни на једном мјесту није навео да се уговорни орган није придржавао материјалних прописа који се примјењују у конкретној области, дакле, Закона о заштити становништва од заразних болести, Закона о хемикалијама и Закона о биоцидима. То је, уосталом, његова обавеза. Међутим, оно што је за жалиоца, и то са аспекта Закона о јавним набавкама спорно, јесте што предметна тендерска документација не садржи ниједан аргумент да су захтијевани биоциди једини чијом се употребом у вршењу предметних услуга може остварити сврха и циљ предметног поступка јавне набавке. Из наведеног разлога, сасвим је оправдан жалбени навод којим жалилац захтијева увођење института еквивалента у конкретном случају.

Из наведеног разлога нема никаквог смисла „сугерисање" од стране Уговорног органа да је жалилац имао на располагању захтијевање појашњења, пошто је захтијевање појашњења могућност дата заинтересованим понуђачима, али не и законска обавеза. Ово и из разлога што је јасно да је предметна тендерска документација сачињена тенденциозно, те није било ниједног разлога који би спречавао жалиоца да се одлучи на изјављивање жалбе на тендерску документацију. И само Изјашњење Уговорног органа иде у прилог овој нашој тврдњи.

■ Даље, жалилац је сасвим јасан када у својој жалби наводи еквивалентне биоцидне препарате захтијеваним (са другим активним супстанцама). То што Уговорни орган у свом Изјашњењу на жалбу извлачи из контекста само поједине дијелове наших жалбених навода, попут „...него истиче да су одређене суспстанце наведене у Жалби наводно ефикасније" и др, није правно релевантно. Поготово, у конкретном случају

није правно релевантно позивање Уговорног органа на члан 102. став (3) Закона о јавним набавкама из сљедећег разлога: кључни аргумент жалбених навода јесте постојање обавезе Уговорног органа да у тендерску документацију уведе институт „еквивалента", а на понуђачима је обавеза да у својим понудама докажу ту чињеницу. Дакле, за конкретан случај сасвим је небитно то да ли је одређени биоцидни препарат једанко ефикасан или ефикаснији од другог, него то да се увођењем „еквивалента" у тендерску документацију омогућава свим понуђачима да на равноправној основи докажу да су биоцидни препарати садржани у њиховим понудама еквивалентни оним које захтијева Уговорни орган у тендерскои документацији. Ипак, поступајући по одредби из члана 94. став (3) Закона о јавним набавкама, те да бисмо отклонили сваку дилему да ли жалилац посједује валидне доказе о постојању еквивалентних биоцидних производа захтијеваним у тендерској документацији, у предњем дијелу текста ове допуне жалбе су наведени конкретни биоцидни производи.

- Коначно, није потребно да Уговорни орган објашњава жалиоцу шта су квалификациони услови, а шта услови за закључење уговора или, како то у тендерској документацији у тачки 32. наводи Уговорни орган, „предуслови за ступање уговора на правну снагу". Ово из разлога што је из саме жалбе потпуно јасно да је жалилац повезао, односно анализирао тачке 6. и 32. посебно, али и у њиховој међусобној повезаности. Да је на тај начин анализирао жалбу у овом дијелу, Уговорни орган, засигурно, на сасвим другачији начин би схватио овај жалбени навод.

Жалилац остаје при свом ставу да је Уговорни орган у тачки 6. тендерске документације поступио на незаконит начин, да је повредио основна начела јавних набавки: начело забране дискриминације и начело активне и правичне конкуренције.

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. Закона о јавним набавкама.

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

Жалба је неоснована

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

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 неоснована.

У уводном дијелу жалбе жалилац цитира одредбе тачке 6. Тендерске документације која се односи на опис предмета набавке, којом је уговорни орган

обавезује понуђаче да приликом вршења услуга пословне просторе третира биоцидним препаратима на бази одређених активних супстанци у одређеној концентрацији, што према мишљењу жалиоца нарушава основне принципе садржене у члану 3. Закона.

Увидом у тачку 6. тендерске документације уговорног органа, овај орган утврдио је да је истом захтјевано сљедеће:
"Понуђач је у обавези да приликом вршења услуга пословне објекте третира сљедећим врстама биоцидних препарата:
1. биоциди за дезинфекцију на бази активне супстанце натријум дихлороизоцијанурат дихидрат 100%;
2. биоциди за дезинсекцију на бази активне супстанце у биоцидном производу:
- бендиокарб у концентрацији од око 80%;
- имидаклоприд у концентрацији активне материје од око 2,15%;
3. биоциди за дератизацију на бази активне супстанце бромадиолон 0,005%."

Одредбама члана 11. Закона о јавним набавкама прописано је да Уговорни орган може утврдити посебне услове у вези са извршењем уговора, под условом да су они у складу са релевантним прописима у Босни и Херцеговини и да су они наведени у објави или у техничким спецификацијама.

Управо наведена одредба указује да је Уговорни орган правилно поступио када је у предмету набавке дефинисао карактеристике биоцидних препарата, што жалбени навод да је уговорни орган постављене захтјеве у погледу тачно назначених врста биоцидних препарата обухватио тачком 6. тендерске документације која носи назив "Опис предмета набавке" у којој је, примјеном одредбе из члана 3. став (2) тачка б) алинеја 1) Упутства за припрему модела тендерске доументације и понуда ("Службени гласник БиХ", бр. 90/14 и 20/15) правилно поступио наводећи: шта је предмет набавке, ознаку и назив из ЈРЈН, као и појашњење да је вршење услуга дезинфекције, дезинсекције и дератизације регулисано посебним материјалним прописима, те да је у истој тачки прописао да је понуђач у обавези да приликом вршења услуга пословне објекте третира тачно назначеним врстама биоцидних препарата, чиме је повредио и још један од основних принципа Закона о јавним набавкама - принцип правичне и отворене конкуренције, чини неоснованим.

Разматрајући жалбени навод којим се сматра да је да је Уговорни орган у тачки 6. тендерске документације ("Опис предмета набавке"), нарушио неки од основних принципа садржаних у члану 3. Закона о јавним набавкама ("Службени гласник БиХ", број: 39/14), а то су принцип једнаког третмана, односно недискриминације и принцип правичне и активне конкуренције, те да се нарушавање поменутих принципа од стране Уговорног органа огледа у забрани дискриминације, те да поступци и праксе јавне набавке не смију бити засновани на условима и захтјевима којима се обазбјеђује заштита, стимулисање или преферирање или дискриминација одређених роба, услуга или кандидата/понуђача, да тендерску спецификацију треба сачинити на начин да се узму у обзир функционални, оперативни и захтјеви за извршењем посла користећи међународне и друге релевантне стандарде, да у складу са чланом 54. став (3) Закона о

јавним набавкама, уговорни орган не смије одбити понуду са образложењем да понуђена роба или услуге не одговарају спецификацијама које је он навео, уколико понуђач одговарајућим средствима, као што су: технички досије, извјештај о извршеном тестирању од стране овлашћеног тијела и други слични документи издати од стране надлежних институција, у својој понуди докаже да рјешења која је он у понуди предложио у једнакој мјери одговарају техничким спецификацијама на које се позива. За ову сврху користи се институт "еквивалент", овај орган сматра неоснованим.

Одредбама члана 54. став (9) Закона о јавним набавкама одређено је да се у техничкој спецификацији не смије упутити на одређеног произвођача, на поријекло или на посебан поступак, на марке, патенте, типове или одређено поријекло, ако би се тиме погодовало или би се искључили одређени производи. Такве напомене допуштене су само ако се предмет набавке не може довољно прецизно и разумљиво описати, али се без изузетка морају означити са додатком „или еквивалент".

Увидом у тачку 6. тендерске документације овај орган је утврдио да се уговорни орган приликом дефинисања учешћа активних материја у биоцидним средствима, није позивао на марке производа, исте је прецизно и разумљиво описао, те према наведеном члану није обавезан користити институт „или еквивалент".

У одговору на изјашњење уговорног органа жалилац тврди да Уговорни орган није навео ни једну робну марку нити произвођача, али да је упутио на одређени производ (биоцид) и на одређеног произвођача, с обзиром на чињеницу да само један биоцид, под једним називом и произведен од стране само једног произвођача има захтијевани хемијски састав, односно у свом саставу има тачно назначену активну супстанцу у тачно назначеном проценту и то за сваку од услуга, дакле, и дезинфекцију, и дезинсекцију и дератизацију, дакле, да се за све захтијеване биоциде, односни иста примједба жалиоца. Жалилац наводи по један примјер биоцидног средства и еквивалента том средству, за које доставља Рјешења о упису биоцидних производа у Програм достављања техничког досијеа за оба биоцидна производа.

Достављена рјешења не представљају доказ на основу којих овај орган може јасно и недвосмислено утврдити да само један биоцид, под једним називом и произведен од стране само једног произвођача има захтијевани хемијски састав.

Како је наведена тврдња паушална, без валидних доказа, овај орган и овај навод сматра неоснованим.

Што се тиче жалбеног навода да поступање уговорног органа представља класичан примјер индиректне дискриминације, тј. када се постављају неки услови који директно не искључују било кога, али ти услови, у коначници, доводе до истог резултата као и директна дискриминација (на примјер, само један понуђач може испунити одређени критеријум, те уговорни орган захтијева испуњење тог критеријума, иако то није нужно потребно или, бар, није једино могуће за провођење одређеног посла), осврчући се на тендерски документ из 2020. године (број: КЗ-2/2020-3 од 13.02.2020. године) овај орган сматра неоснованим.

За наведене тврдње жалилац није поступио у складу са чланом 105. став (1) тачка г) и х), односно није описао повреду закона и подзаконских аката, нити је за исте приједложио доказе.

Разматрајући жалбени навод да је Уговорни орган „покушао" да „измјести" квалификационе услове у предуслове за ступање уговора на правну снагу, овај орган сматра неоснованим. Увидом у тачку 32. Докази о испуњености услова за обављање предметних услуга, је дефинисано да ће Фонд од изабраног понуђача, као предуслов за ступање уговора на правну снагу, затражити да достави:

"а) Рјешење надлежне институције о испуњености услова за вршење услуга дезинфекције, дезинсекције и дератизације ради спречавања и сузбијања заразних болести, као и

б) Рјешење надлежне институције којим се одобрава коришћење опасних хемикалија и биоцида."

Тражена рјешења предвиђена су материјалним прописима који уређују предметну област, на чију примјену је Уговорни орган и указао у тачки 6. Тендерске документације, те је уговорни орган слиједећи став Агенције за јавне набавке, која је према члану 92. став (3) тачка д) надлежна за пружање техничке помоћи и савјетодавних мишљења уговорним органима, правилно поступио.

На основу напријед наведеног, одлучено је као у диспозитиву, у складу са чланом 111. став (1) тачка ц) Закона о јавним набавкама и чланом 228. став (1) Закона о управном поступку („Службени гласник БиХ", број 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 и 53/16).

Чланом 108. став (6) Закона о јавним набавкама прописано је да накнада за покретање жалбеног поступка неповратна у случају неосноване жалбе, те је захтјев за повраћај накнаде одбијен као неоснован.

Упутство о правном лијеку: Ово рјешење је коначан управни акт. Против овог рјешења може се поднијети тужба у управном спору пред Судом Босне и Херцеговине у року од 30 дана од дана пријема истог. Такса на тужбу износи 100,00 КМ.

ПРЕДСЈЕДАВАЈУЋИ ВИЈЕЋА

Ервин Бибановић

Доставити:
1. "Дезинсекција" д.о.о. Бијељина, Мајевичких бригада бр.52, 76 311 Бијељина
2. Фонд за пензијско и инвалидско осигурање Републике Српске, Његошева бр.28а, 76 300 Бијељина
3. Евиденцији
4. а/а