BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANJE ŽALBI
Filijala/Podružnica Mostar

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ
Филијала Мостар

Broj: JN2-03-07-1-1704-8/21
Mostar: 29.07.2021. godine

Ured za razmatranje žalbi BiH, Podružnica Mostar rješavajući po žalbi potencijalnog ponuđača „Nexen" d.o.o. Banja Luka, koga zastupa punomoćnik Boris Mandić, advokat iz Istočnog Sarajeva, protiv Rješenja o djelimičnom usvajanju ugovornog organa Općina Kupres br. 01/1-11-3-633-1/21 od 28.05.2021. godine u postupku Javna nabavka roba „Nabavka led rasvjete za Općinu Kupres I faza" na osnovu člana 93. stav(7), 104. i člana 111. stav (1) tačka d) Zakona o javnim nabavkama ("Službeni glasnik BiH" broj 39/14), na sjednici Vijeća III održanoj dana 29.07.2021. godine donio je

R J E Š E N J E

1. ***Usvaja se žalba*** ponuđača „Nexen" d.o.o. Banja Luka, koga zastupa punomoćnik Boris Mandić, advokat iz Istočnog Sarajeva, protiv Rješenja o djelimičnom usvajanju ugovornog organa Općina Kupres br. 01/1-11-3-633-1/21 od 28.05.2021. godine u postupku Javna nabavka roba „Nabavka led rasvjete za Općinu Kupres I faza", ***i poništava se***
   - ***Odluka broj: 01/1-11-3-633-2/21 od 22.06.2021.god.***
   - ***Tenderska dokumentacija predmetnog postupka javne nabavke broj: 12-1-1-7-3-6/21 od 14.05.2021.godine***
2. Usvaja se zahtjev žalitelja za naknadu troškova sastava predmetne žalbe od 12.06.2021.godine izjavljene po punomoćniku/advokatu Borisu Mandiću iz I. Sarajeva u iznosu od 658,12 KM.
3. Usvaja se zahtjev žalitelja za naknadu troškova sastava žalbe izjavljene na tendersku dokumentaciju od 19.05.2021.godine po punomoćniku/advokatu Borisu Mandiću iz I. Sarajeva u iznosu od 658,12 KM.
4. Obavezuje se ugovorni organ Općina Kupres, da žalitelju „Nexen" d.o.o. Banja Luka zastupanom po punomoćniku Borisu Mandiću advokatu iz I. Sarajeva, isplati troškove postupka u iznosu od 1.316,24 KM, koji se sastoje od troškova za sastav žalbi, u roku od 15 dana od dana prijema ovog Rješenja.
5. O povratu sredstava uplaćenih na ime naknade za pokretanje žalbenog postupka ovaj organ donijet će posebno rješenje

O b r a z l o ž e n j e

Ugovorni organ pćina Kupres (u daljnjem tekstu: ugovorni organ) Rješenjem br. 01/1-11-3-633-1/21 od 28.05.2021. godine u postupku Javna nabavka roba „Nabavka led rasvjete za Općinu Kupres I faza" je usvojena žalba žalitelja. Na navedeno Rješenje, žalbu je izjavio ponuđač „NEXEN" d.o.o. Banja Luka (u daljnjem tekstu: žalitelj), koju je ugovorni organ, postupajući u skladu s člankom 100. stavak (5) Zakona o javnim nabavama proslijedilo ovom organu, kod koga je zaprimljena dana 24.06.2021 godine. Navedena žalba je kompletirana uplatom naknade za pokretanje žalbenog postupka dana 19. 07.2021 godine.

Žalitelj u žalbi navodi da u dispozitivu pobijanog Rješenja niti jednom riječju se ne spominje postavljeni zahtjev iz Žalbe - i to zahtjev „Nexen" d.o.o. Banja Luka za naknadu troškova žalbenog postupka, za sastav žalbe po advokatu punomoćniku, što predmetnu Odluku u tom dijelu čini nepravilnom i nezakonitom. Dokaz: Žalba br. NXN-085/21-Ž od 19.05.2021. godine, Odluka Općine Kupres br. 01/1-11-3-633-1/21 od 28.05.2021. godine.

Odredbom člana 105. stav 2. Zakona o upravnom postupku BiH propisano je da kada u postupku učestvuju dvije ili više stranaka sa suprotnim interesima, stranka koja je izazvala postupak, a na čiju je štetu postupak okončan, dužna je protivnoj stranci nadoknaditi opravdane troškove, koji su toj stranci nastali učestvovanjem u postupku. Ako je u takvom slučaju, koja od stranaka djelimično uspjela sa svojim zahtjevom, ona je dužna nadoknaditi protivnoj stranci troškove srazmjemo dijelu svog zahtjeva s kojim nije uspjela.

Budući da je žalba usvojena i da žalitelj ima pravo na angažovanje stručne pomoći, to mu pripada pravo na naknadu troškova za sastav žalbe po punomoćniku advokatu, naročito imajući u vidu da se od ponuđača ne može očekivati da snose bilo kakve, makar i neznatne troškove, ukoliko su oni prouzrokovani nezakonitim i/ili nepravilnim radom ugovornog organa - a stoje u konkretnom slučaj.

Žalbeni navod da je Ugovorni organ je navedeni zahtjev postavio nepravilno u odnosu na Zakon o javnim nabavkama, a koji je postavljen u Prilog 3 – „Troškovnik robe", kojim je postavljen sljedeći zahtjev:

Opis pozicije radova:

Nabavka svjetiljke za funkcionalno osvjetljenje, kompletno opremljena za korištenje LED svjetlosnog izvora. (...)

Priložiti certifikate: ENEC, ENEC+.U, Ugovorni organ je odbio kao neosnovan navodeći sljedeće.

„Ovo ugovorno tijelo smatra daje isti neutemeljen iz sljedećih razloga:

Naime, ENEC certifikat je dokaz da će ugovorno tijelo dobiti proizvod visoke kvalitete, u skladu sa sigurnosnim zahtjevom i sukladan zahtjevu sa CE oznakom i koji ima najmanje 25 tijela za ovjeru. Oznaka se daje za svaki proizvod koji ju dobije, a godišnje se obnavlja licenca i obavljaju se testovi na slučajnom uzorku. Ono što je važno za kupca je da se proizvodnja odvija pod

nadzorom, jer je i proizvodnja licencirana, tako da se osigura da i stoti proizvod ima iste karakteristike i kvalitetu, kao i onaj prvi koji je početno testiran.

Danas sva europska certifikacijska tijela u elektroenergetskom sektoru imaju programe certificiranja za sve električne proizvode. Ispitivanja za certificiranje provode se u neovisnim ispitnim laboratorijima ENEC-a širom svijeta i pod određenim uvjetima u odobrenim laboratorijima proizvodnih tvrtki. Isto tako u izmjeni TD ugovorno tijelo je odredilo da osim propisanih certifikata, prihvatljivi su i certifikati koja su izdala ovlaštena tijela u BiH i drugim zemljama ako su izdani sukladno međunarodnim ugovorima, koje su zaključile sa BiH i preuzimaju europske standarde i koja ispunjavaju zahtijevane karakteristike".

Žalilac se slaže sa Ugovornim organom da svjetiljka treba da bude kvalitetna, međutim kako se Bosna i Hercegovina ne nalazi u Evropskoj uniji samim time ne podliježe zakonima EU. Napominje se da ENEC ispitivanje nije donešeno niti jednim pravilnikom ili zakonom u Bosni i Hercegovini, niti je preuzet bilo kakav pravilnik EU koji je vezi sa pomenutim ispitivanjem.

Član 54. (Tehničke specifikacije)

(2)(...) Tehničke specifikacije, uz poštivanje obaveznih bosanskohercegovačkih tehničkih pravila, određuju se:

a) pozivanjem na tehničke specifikacije i, uz uvažavanje sljedećeg redoslijeda, na bosanskohercegovačke standarde kojima se preuzimaju evropski standardi, evropska tehnička odobrenja, zajedničke tehničke specifikacije, međunarodni standardi, druge tehničke referentne sisteme koje su utemeljila evropska tijela za standardizaciju ili, ako oni ne postoje, na bosanskohercegovačke standarde, bosanskohercegovačka tehnička odobrenja ili bosanskohercegovačke tehničke specifikacije koje se odnose na projektovanje, izračun i izvođenje radova te upotrebu proizvoda, ***pri čemu se svaka uputa mora označiti riječima „ili ekvivalent"; ili***

b) u formi izvedbenih ili funkcionalnih zahtjeva koji mogu uključivati ekološke elemente i elemente energetske efikasnosti; ili

c) u formi izvedbenih ili funkcionalnih zahtjeva iz stava (2) točka b) ovog člana, uz poziv na tehničke specifikacije iz stava (2) tačka a) ovog člana kao sredstvo za pretpostavku usklađenosti sa izvedbenim ili funkcionalnim zahtjevima; ili d) pozivanjem na tehničke specifikacije iz stava (2) točka a) ovog člana u pogledu određenih obilježja i pozivanjem na izvedbene ili funkcionalne zahtjeve iz stava (2) tačka b) ovog člana u pogledu drugih obilježja (...)"

U sluča ju ENEC+ certifikata nije dovoljno dodati „ili ekvivalent", jer je upitno na koji način će se taj ekxivalent dokazivati.

Naime, Ugovorni organ je dužan da tenderskom dokumentacijom pruži određene smjernice na koji način će se ispitati (Koja ispitivanja primijeniti?) da li ponuđena svjetiljka zadovoljava uslove prema ENEC+ certifikatu.

Na osnovu ovakvog zahtjeva, ponuđači su prepušteni da sami procijenjuju staje to ekvivalent ENEC+, s obzirom da to nije određeno tenderskom dokumentacijom a nije opšte poznato niti ugrađeno u domaće propise.

U prilog navedenom, govori i Rješenje Ureda za razmatranje žalbi br. JN2-03-07-1-247-8/21 od 04.03,2021. godine: iz naprijed propisanog sadržaja u TD, vidljivo je da ugovorno tijelo nije propisalo na koji način se dokazuje ekvivalentnost standarda, što je od ključnog značaja kako bi se, izbjegle nejasnoće i neujednačenosti u pripremi ponuda i provođenju radnji postupka, odnosno kako bi u fazi stručne ocjene ponuda ugovorno tijelo moglo ocijeniti odgovara li ponuda njegovim propisanim zahtjevima, dok je s druge strane ponuditeljima bitno da bi mogli pripremiti odgovarajuću ponudu. U Izjašnjenju na Žalbu ugovorno tijelo pojašnjava navedeni zahtjev u smislu *„da neće odbiti ponude ponuđača koji dostave dokaz (certifikat) daje proizvod koji nude u skladu sa navedenim bosanskohercegovačkim standardima, te da dostavljeni dokazi moraju biti izdati u skladu sa članom 54. stav (5) Zakona o javnim nabavama BiH Ovlašteni organ za ocjenjivanje usklađenosti u smislu ovog člana je nezavisni labaratorij, tijelo koje će potvrditi usklađenosti, nadzorno ili drugo tijelo koje učestvuje u postupku ocjenjivanja usklađenosti, koje je od organa držane uprave ovlašteno da provodi postupke ocjenjivanja usklađenosti prema odgovarajućim standardima kojima se preuzimaju evropski standardi. Ugovorni organ prihvatit ce certifikate koje su izdali ovlašteni organi u drugim državama, ako su izdati u skladu s međunarodnim ugovorima koje je zaključila Bosna i Hercegovina"*.

Također, navodi da nezavisni laboratorij koji izdaje tražene certifikate, mora imati važeću akreditaciju (dozvolu) za obavljanje takve djelatnosti, a koju je ponuđač dužan dostaviti uz certifikate. Ukoliko se radi o ovlaštenom organu iz druge države, pored važeće akreditacije (dozvole) za obavljanje djelatnosti, potrebno je navesti međunarodni ugovor koji je zaključila BiH sa državom iz koje dolaze certifikati, koji potvrđuje validnost izdatih certifikata". Prema mišljenju ovog tijela navedene upute date u izjašnjenju u pogledu ispitivanja standarda, morale su biti propisane u samoj tenderskoj dokumentaciji kako se ne bi naknadno inicirale sumnje u pravilnost provođenja predmetnog postupka. Ugovorno tijelo prilikom propisivanja predmetnih tehničkih zahtjeva, treba voditi računa o tome da zahtjevi koji se propisuju budu jasni i praktični za primjenu, kako ne bi postojala naknadna potreba za njihovim pojašnjenjem.

Stoga, u odnosu na sve naprijed navedeno, ovo tijelo nije moglo potvrditi da je ugovorno tijelo pri propisivanju tehničke specifikacije, pravilno primjenilo i odredbu citiranog članka 54. stavak (5) Zakona o javnim nabavama, a s tim u vezi niti odredbu dlanka 3. Zakona o javnim nabavama kojom se propisuju aksiomi postupka i to načela jednakog tretmana, nediskriminacije, konkurentnosti i aktivne i pravične konkurencije."

Dakle, ponuđači/kandidati se nalaze u neravnopravnom položaju, obzirom da nije poznat način na koji će Ugovorni organ cijeniti ekvivalentnost, što je u suprotnosti sa Zakonom o javnim nabavkama u sljedećem:

Član 54. (Tehničke specifikacije)

(1) Tehničke specifikacije moraju svim kandidatima/ponuđačima omogućiti jednak i nediskriminirajući pristup nadmetanju. Tehničke specifikacije uključivat će, kad god je to moguće, kriterij pristupačnosti za ljude s invaliditetom ili kriterij dizajna za sve korisnike.

Ali i u suprotnosti sa

„Član 53. ZJN (Neophodne informacije)

(1) Ugovorni organ dužan je pripremiti tendersku dokumentaciju u skladu s odredbama ovog zakona i podzakonskim aktima. U tenderskoj dokumentaciji ugovorni organ daje potpune informacije o uslovima ugovora i postupku dodjele ugovora, a koji su kandidatima/ponuđačima dovoljni za pripremu zahtjeva za učešće, odnosno ponuda na stvarno konkurentskoj osnovi,(...)"

Stoga, Ugovorni organ je nepravilno postupio kada je ovai žalbeni navod odbio kao neosnvan jer je dužan ili da odredi ekvivalent ENEC+ certifikatu - određujući koje vrste ispitivanja treba primjeniti kako bi se ispitao standard, ili da u potpunosti ukloni zahtjev za istim.

3. Ugovorni organ je navod žaljitelja koji se odnosi na dozvoljenu maksimalnu masu svjetiljke neopravdano ocijenio neosnovanim, a što čini nepravilno.

Žalbeni navod da je Tenderskom dokumentacijom, Prilog 3 - „Troškovnik robe", postavljen je sljedeći zahtjev:

„Opis pozicije radova:

Nabavka svjetiljke za funkcionalno osvjetljenje, kompletno opremljena za korištenje LED svjetlosnog izvora. (...)

Masa svjetiljke ne veća od 3 kg.",

da je zahtjev Ugovornog organa je diskriminatoran u dijelu "masa svjetiljke ne veća od 3 kg", Ugovorni organ je odbio kao neosnvan obrazlažući na sledeći način: *„I ovaj navod Žaliteljaje neutemeljen jer je ugovorno tijelo, propisalo tehničku specifikaciiu u skladu sa Zakonom 0 javnim nabavama, gdje odredio minimalne odnosno maksimalne karakteristike u tehničkoj specifikaciji koje ponuđači moraju zadovoljiti, te nije u suprotnosti s člankom 54. stavak 9. Zakona o javnim nabavama na koji se Žalitelj poziva i nije tehničkom specifikacijom uputilo na određenog proizvođača, na porijeklo ili na poseban postupak, na marke, patente, tipove ili određeno porijeklo, ako bi se time pogodovalo ili bi se isključili određeni gospodarski subjekti ili određeni ponuđači.*

Prilikom izrade tehničkih specifikacija Ugovorno tijelo odredilo je da masa svjetiljke ne smije biti veća od 3 kg, te nije u suprotnosti s člankom 54., Zakona o javnim nabavkama na koji se žaljitelj poziva i nije tehničkom specifikacijom uputilo na tačno određenu težinu koje isti mora ispuniti uzimajući u obzir da se u potpunosti zadovolji konkurentnost"

Žaljitelj smatra da Ugovorni organ nije postupio ispravno navodeći ovaj navod neosnovanim budući da se lampe montiraju uglavnom na AB stubove 9/315, što podrazumijeva da je sila koju stub može podnijeti u vrhu 315N što odgovara masi od oko 30kg. Mora se uzeti u obzir da se na isti stub stavlja i kabal sa ovjesom koji čini silu od oko 150N, što odgovara masi cca. 15kg (za nosni stub, kod zateznog je to oko 20kg), što ostavlja dodatnih 15kg koje stub može podnijeti. Bitno je napomenuti da se navedeni podaci odnose na najteže uslove rada, kada se uzme u obzir

snijeg, led i si., koji se nakupljaju na opremi. Ako se uzmu u obzir nosači svjetiljke, čija je težina 3-4kg, stub se dakle može opteretiti sa dodatnih cca. iokg, čime se dolazi do zaključka da masa svjetiljke može biti i 3 puta veća od one koju jc zahtijevao Ugovorni organ. Zbog toga Žaljitelj smatra da ovaj zahtjev Ugovornog organa nema smisla sa tehničkog aspekta, i da kao takav treba biti uklonjen ili treba biti izvršena izmjena tenderske dokumentacije na način da se poveća dozvoljena masa svjetiljke.

Pomenuta analiza se odnosi na betonske stubove koji su najčešće u upotrebi. Ukoliko se radi o metalnim stubovima, sile koje oni mogu podnijeti ovise o visini i kontstrukciji stuba, njegovom temelju, anker vijcima. Kada se uzmu svi parametri u obzir, minimalna sila koju može podnijeti metalni stub je 300N, što, još jednom, opravdava navode Žalioca.

Na osnovu gore navedenog, ne postoji opravdan razlog za navedenim zahtjevom, osim favoriziranja pojedinih proizvođača čiji dizajn zadovoljava zahtjev, što je suprotno Opštim principima javnih nabavki i Članu 3 ZJN:

Član 3. (Opšti principi)

(1) Ugovorni organ dužan je da postupa transparentno, da se u postupku javne nabavke prema kandidatima/ponu-đačima 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"

Kao i

„Član 54. (Tehničke specifikacije)

(1) Tehničke specifikacije moraju svim kandidatima/ponuđačima omogućiti jednak i nediskriminirajući pristup nadmetanju. Tehničke specifikacije uključivat će, kad god je to moguće, kriterij pristupačnosti za ljude s invaliditetom ili kriterij dizajna za sve korisnike."

Iz navedenog proizilazi da je zahtjev nesumnjivo diskriminatoran, te je isti neophodno ukloniti iz Tenderske dokumentacije, u cilju daljeg odvijanja postupka na stvarno konkurentskoj osnovi, odnosno jednakog postupanja prema svim potencijalnim ponuđačima.

Treći žalbeni navod koji se tiče IP i IK stepena zaštite, Ugovorni organ je takođe ocijenio neutemeljenim, ne razmatrajući realne uslove rada, što ukazuje na nepravilno postupanje Ugovornog organa.

Žalbeni navod da je Tenderska dokumentacija nepravilna u dijelu Prilog 3 - ,"Troškovnik robe", kojim postavljen je sljedeći zahtjev:

„Opis pozicije radova:

Nabavka svjetiljke za funkcionalno osvjetljenje, kompletno opremljena za korištenje LED svjetlosnog izvora. (...)

Stupanj mehaničke otpornosti na udar IK10 u suglasnosti sa EN62262 ili EN62696. Stupanj mehaničke zaštite kopletne svjetiljke (optičkog dijela i predspojnog uređaja) IP67, u suglasnosti sa IEC-EN60698..", Ugovorni organ je odbio kao neosnovan, obrazlažući na sledeći način:

Iz Žalbenog navoda, vidljivo je da potencijalni ponuđač ne ukazuje na bilo kakve nejasnoće vezano za formulacije tehničkih karakteristika, nego predlaže izmjenu tehničkih specifikacija, odnosno traži da se izmijeni tehnička specifikacija na način da smanji propisani stupanj otpornosti na udar i stupanj mehaničke zaštite IP67i u obzir dođu i LED rasvjeta niže kvalitete. Tehničke karakteristike LED rasvjete propisane su prema potrebama ugovornog tijela, te ugovornom tijelu nije prihvatljivo mijenjanje i prilagođavanje tehničkih karakteristika u skladu s prijedlozima i potrebama potencijalnog ponuđača, a naknadno prilagođavanje u postupcima javnih nabava nije dopušteno obzirom da bi se radilo o ispunjavanju potreba i prilagodavanju za određenog ponuditelja. Tražene minimalne karakteristike može ispuniti veći broj ponuđača.

Činjenica da Žalitelj želi ponuditi rasvjetu niže kvalitete od one koje je ugovorno tijelo propisalo sa minimalnim karakteristikama u tehničkom specifikacijom, ne čini tehničku specifikaciju nezakonitom.

Žalilac je u svojoj žalbi detaljno obrazložio zbog čega su ovi zahtjevi diskriminatorni i nisu u skladu sa realnim uslovima rada, te zbog čega su diskriminatorni kako eliminišu veliki broj ponuđača, a za šta UO nije dao adekvatno obrazloženje odbijajući ovaj žalbeni navod.

Karakteristike svjetiljke kao što su IP i IK pokazuju izdržljivost kućišta na (nasilne,snažne) vanjske uticaje, a nikako ne određuju kvalitet svjetiljki kao što je slučaj sa efikasnošću, blještanjem...

Naime, kada se radi o IP67 stepenu zaštite od vlage i prašine, prva cifra podrazumijeva zaštitu od prašine, koja je u ovom slučaju 6 što implicira potpunu zaštitu od prašine i drugih čestica, uključuje vakuumsko zatvaranje i testira se uz konstantno strujanje zraka. Druga cifra u nazivu podrazumijeva zaštitu od prodora vode, te u ovom slučaju implicira zaštitu od potpunog potapanja do 30 minuta na dubinama između 15 cm i 1 metar. Budući da tenderskom dokumentacijom nisu navedeni posebni uslovi rada koji bi podrazumijevali intenzivno potapanje svjetiljke u vodu, naprotiv,radi se o uličnoj svjetiljci koja se kao takva montira na stub u ulici, navedeni zahtjev je nepotreban, odnosno da je stepen zaštite IP66 i više nego zadovoljavajući kako podrazumijeva zaštitu od direktnih mlaznica visokog pritiska iz bilo kojeg pravca i potpunu zaštitu od prašine i drugih čestica.

Nadalje, zahtjev za IK10 stepenom mehaničke zaštite je također nepotreban, budući da se isti odnosi na zaštitu od uticaja 20 džula, što je ekvivalentno učinku mase od 5kg na 400mm površine. Posmatrajući realne uslove rada u kojima se svjetiljka nalazi dolazi se do zaključka da je iste veoma teško postići, budući da bi neko ko želi namjerno oštetiti svjetiljku morao podići i baciti u vis 5kg i pri tome pogoditi svjetiljku koja se nalazi na stubu, dakle na visini, i relativno je malih dimenzija. Uzmemo li u obzir još i otpor vazduha, činjenicu da tijelo nema početnu brzinu, te silu gravitacije koja djeluje u smjeru suprotnom smjeru izbačaja tijela, dolazimo do zaključka da je ove uslove gotovo nemoguće postići u našem slučaju. Na osnovu navedenog, IK09 stepen mehaničke zaštite je zadovoljavajući za ovu primjenu svjetiljke budući da podrazumijeva zaštitu od udarca od 10 džula, odnosno učinku mase od 5kg na 200mm površine ili učinku od 2,5kg na 400mm površine.

Ugovorni organ je dužan, pripremiti tendersku dokumentaciju u skladu sa Zakonom o javnim nabavkama i pripadajućim podzakonskim aktima, što podrazumijeva postavljanje zahtjeva u skladu sa defmisanim pojmovima i utvrđenim članovima Zakona:

„Član 2. ZJN (Definicije pojmova)

(1) Pojedini pojmovi koji se koriste u ovom zakonu imaju sljedeća značenja:

d) tenderska dokumentacija je dokumentacija koja sadrži minimum jasnih i odgovarajućih informacija u odnosu na izabrani postupak dodjele ugovora, a objavljuje je ili kandidatima/ponuđačima predstavlja ugovorni organ; ova dokumentacija uključuje obavještenje o nabavci, poziv za dostavu zahtjeva za učešće/ponuda (početnih i konačnih), tehničke specifikacije, kriterije za kvalifikaciju i izbor najpovoljnije ponude, nacrt ili osnovne elemente ugovora i druge relevantne dokumente i objašnjenja.“

Na osnovu tehničkog obrazloženja te u cilju odvijanja postupka na stvarno konkurentskoj osnovi u skladu sa Članom 3. ZJN i Opštim principima ovaj žalbeni navod je neophodno usvojiti i izvršiti izmjenu tenderske dokumentacije.

Imajući u vidu sve naprijed navedeno, predlažemo da Ugovorni organ ili Ured za razmatranje žalbi u skladu sa članom 100., stav 3. Zakona o javnim nabavkama BiH: Usvoji žalbu žalitelja „Nexen“ d.o.o. Banja Luka u potpunosti, te Žalitelju naknadi troškove žalbenog postupka za sastav žalbe br. NXN-o8s/2i/Ž od 19.05.2021. godine na tendersku dokumentaciju br. 01/1-11-3-633/21 od svibnja/maja 2021. godine po adv. punomoćniku u iznosu od 658,12 KM, zatim Žalitelju naknadi troškove žalbenog postupka, za sastav ove žalbe br NXN- 085/21/Ž - 2 od 12.06.2021. godine na Odluku br. 01/1-11-3-633-1/21 od 28.05.2021. godine po adv. punomoćniku u iznosu od 658,12 KM, ukupno 1.316,24 KM

Ukoliko Ugovorni organ ne usvoji ovu žalbu, Žalitelj zahtijeva da istu u zakonskom roku od 5 dana proslijedi Uredu za razmatranje žalbi, Filijala Mostar, te Žalitelj predlaže da Ured za razmatranje žalbi, Filijala Mostar istu usvoji u cijelosti, i obaveže Ugovorni organ da Žalitelju naknadi troškove žalbenog postupka za sastav Žalbe br. NXN-o8s/2i/Ž od 10.05.2021. godine na Tendersku dokumentaciju br. 01/1- 11-3-633/21 od svibnja/maja 2021. godine po adv. punomoćniku u iznosu od 658,12 KM, i za sastav ove žalbe br. NXN-o8s/2i/Ž - 2 od 12.06.2021. godine na Odluku br. 01/1-11- 3-633-1/21 od 28.05.2021. godine po adv. punomoćniku u iznosu od 658,12 KM, ukupno 1.316,24 KM

Žalitelj zahtijeva povrat naknade za pokretanje žalbenog postupka, u iznosu kojem odredi drugostepeni organ, na osnovu člana 108. stav 6. Zakona o javnim nabavkama.

Prije nego što se upustio u meritorno odlučivanje, ovaj organ je pristupio provjeri formalnih pretpostavki za ulaganje žalbe, koje moraju biti ispunjene na strani žalitelja, kako bi se uopće pristupilo njenom rješavanju, a odnose se na uslovljene pretpostavke u skladu sa članom 227. Zakona o upravnom postupku, čl.109 i čl.111 Zakona o javnim nabavkama BiH i utvrdio da su ispunjeni uslovi za postupanje po istoj na način kako definišu odredbe pozvanih članova.

Nakon što su prednje pretpostavke preispitane, ovaj organ je uvidom u dostavljenu dokumentaciju, te analizom svakog dokaza pojedinačno i u njihovoj međusobnoj vezi, a u odnosu na žalbene navode i propisani zakonski postupak, utvrdio da je potrebno navode žalitelja usvojiti.

Žalba je osnovana.

Uvidom u predmetni spis ovaj organ je utvrdio da je pobijanom odlukom djelimično usvojena žalba žalitelja. Uvidom u predmetnu odluku ovaj organ je utvrdio da je nesporno da ugovorni organ nije odlučio o troškovima postupka. U vezi sa navedenim ističemo da je članom 105. stav (2.) Zakona o upravnom postupku propisano: *"Da kada u postupku učestvuju dvije ili više stranaka sa suprotnim interesima, stranka koja je izazvala postupak, a na čiju je štetu postupak okončan, dužna je protivnoj stranci nadoknaditi opravdane troškove koji su toj stranci nastali učestvovanjem u postupku. Ako je u takvom slučaju koja od stranaka djelimično uspjela sa svojim zahtjevom, ona je dužna nadoknaditi protivnoj stranci troškove srazmjerno dijelu svog zahtjeva s kojim nije uspjela".*

Dakle iz navedene zakonske odredbe proizilazi da je ugovorni organ bio obavezan usvojiti i troškove pravnog zastupanja obzirom da je žalbu svojim odlukom usvojio.

U pogledu žalbenog navoda koji se odnosi na, po mišljenu žalitelja, Tendersku dokumentaciju, Prilog 3- „Troškovnik robe", da treba Priložiti certifikate: ENEC, ENEC+, da je Ugovorni organ navedeni zahtjev postavio nepravilno u odnosu na Zakon o javnim nabavkama. Zakon o javnim nabavkama je jasan u sljedećem: Članak 54. (Tehničke specifikacije): (2) Tehničke specifikacije, uz poštivanje obaveznih bosanskohercegovačkih tehničkih pravila, određuju se: pozivanjem na tehničke specifikacije i uz uvažavanje sljedećeg redoslijeda, na bosanskohercegovačke standarde kojima se preuzimaju evropski standardi, evropska tehnička odobrenja, zajedničke tehničke specifikacije, međunarodni standardi, druge tehničke referentne sustave koje su utemeljila evropska tijela za standardizaciju ili ako oni- ne postoje, na bosanskohercegovačke standarde, bosanskohercegovačka tehnička odobrenja ili bosanskohercegovačke tehničke specifikacije koje se odnose na projektiranje, izračun i izvođenje radova, te upotrebu proizvoda, pri čemu se svaka uputa mora označiti riječima „ ili ekvivalent ili b) u formi izvedbenih ili funkcionalnih zahtjeva, koji mogu uključivati ekološke elemente i elemente energetske efikasnosti ili c) u formi izvedbenih ili funkcionalnih zahtjeva iz stavka (2) točka b) ovog članka, uz poziv na tehničke specifikacije iz stavka (2) točka a) ovog članka kao sredstvo za pretpostavku usklađenosti sa izvedbenim ili funkcionalnim zahtjevima; ili d) pozivanjem na tehničke specifikacije iz stavka (2) točka a) ovog članka u pogledu određenih obilježja i pozivanjem na izvedbene ilifunkcionalne zahtjeve iz stavka (2) točka b) ovog članka u pogledu drugih obilježja.

Ugovorni organ smatra daje isti neutemeljen iz sljedećih razloga:

Naime, ENEC certifikat je dokaz da će ugovorno tijelo dobiti proizvod visoke kvalitete, u skladu sa sigurnosnim zahtjevom i sukladan zahtjevu sa CE oznakom i koji ima najmanje 25 tijela

za ovjeru. Oznaka se daje za svaki proizvod koji ju dobije, a godišnje se obnavlja licenca i obavljaju se testovi na slučajnom uzorku. Ono što je važno za kupca je da se proizvodnja odvija pod nadzorom, jer je i proizvodnja licencirana, tako da se osigura da i stoti proizvod ima iste karakteristike i kvalitetu, kao i onaj prvi koji je početno testiran.

Danas sva europska certifikacijska tijela u elektroenergetskom sektoru imaju programe certificiranja za sve električne proizvode. Ispitivanja za certificiranje provode se u neovisnim ispitnim laboratorijima ENEC-a širom svijeta i pod određenim uvjetima u odobrenim laboratorijima proizvodnih tvrtki.

Isto tako u izmjeni TD ugovorno tijelo je odredilo da osim propisanih certifikata, prihvatljivi su i certifikati koja su izdala ovlaštena tijela u BiH i drugim zemljama ako su izdani sukladno međunarodnim ugovorima, koje su zaključile sa BiH i preuzimaju europske standarde i koja ispunjavaju zahtijevane karakteristike.

Razmatrajući sve navedeno ovaj organ ističe da se Tenderska dokumentacija ne priprema u smislu da otežava radnje postupka, da iste učini protivrječnim, nejasnim i konfuzni ,već je prema čl.53 Zakona jasno da su informacije koje su sadržane u sadržaju tenderske dokuemntacije takve prirode da na nesmetan način olakšaju pripremu ponuda, a što je u konkretnom slučaju očito propušteno jer se i prilikom pripreme ponuda i odvijanja radnji postupka ne treba dvojiti na što i kako određena informacija upućuje ponuđače na pripremu ponuda, da pri tome post festum informacija dovodi do konačno potrebnog sadržaja, već ista treba biti određena, potpuna i jasna da bi se nesmetano utvrdilo pravo stanje stvari.

Dakle nesporno je da su zahtijevani certifikati: ENEC, ENEC+, a kako ugovorni organ u odluci navodi da u izmjeni TD ugovorni organ je odredio da osim propisanih certifikata, prihvatljivi su i certifikati koja su izdala ovlaštena tijela u BiH i drugim zemljama ako su izdani sukladno međunarodnim ugovorima, koje su zaključile sa BiH i preuzimaju europske standarde i koja ispunjavaju zahtijevane karakteristike.

Ovakvim pristupom i propisivanjem dokaza na ovakav način ugovorni organ nije postupio u skladu sa navedenom odredbom zakona, obzirom da nije jasno odredio koji su to certifikati koje je moguće dostaviti izuzev zahtijevanih, također je generalno postavljeno „ovlaštena tijela u BiH", niti je utvrđen način na koji će ugovorni organ utvrđivati prihvatljivost dostavljenih cerifikata. ***Shodno navedenom navod žalitelja je ocijenjen osnovanim.***

Dalje, žalitelj spori da je Ugovorni organ navod žaljitelja koji se odnosi na dozvoljenu maksimalnu masu svjetiljke neopravdano ocijenio neosnovanim, a što čini nepravilno.

Žalbeni navod da je Tenderskom dokumentacijom, Prilog 3 - „Troškovnik robe", postavljen je sljedeći zahtjev:

„Opis pozicije radova:

Nabavka svjetiljke za funkcionalno osvjetljenje, kompletno opremljena za korištenje LED svjetlosnog izvora. (...)

Masa svjetiljke ne veća od 3 kg.",

Da je zahtjev Ugovornog organa je diskriminatoran u dijelu *„Masa svjetiljke ne veća od 3 kg"*. Ugovorni organ je odbio kao neosnvan obrazlažući na sledeći način: *„I ovaj navod Žalitelja je neutemeljen jer je ugovorno tijelo, propisalo tehničku specifikaciju u skladu sa Zakonom o javnim nabavama, gdje odredio minimalne odnosno maksimalne karakteristike u tehničkoj specifikaciji koje ponuđači moraju zadovoljiti, te nije u suprotnosti s člankom 54. stavak 9. Zakona o javnim nabavama na koji se Žalitelj poziva i nije tehničkom specifikacijom uputilo na određenog proizvođača, na porijeklo ili na poseban postupak, na marke, patente, tipove ili određeno porijeklo, ako bi se time pogodovalo ili bi se isključili određeni gospodarski subjekti ili određeni ponuđači.Prilikom izrade tehničkih specifikacija Ugovorno tijelo odredilo je da masa svjetiljke ne smije biti veća od 3 kg, te nije u suprotnosti s člankom 54., Zakona o javnim nabavkama na koji se žaljitelj poziva i nije tehničkom specifikacijom uputilo na tačno određenu težinu koje isti mora ispuniti uzimajući u obzir da se u potpunosti zadovolji konkurentnost"*.

Žaljitelj smatra da Ugovorni organ nije postupio ispravno navodeći ovaj navod neosnovanim budući da se lampe montiraju uglavnom na AB stubove 9/315, što podrazumijeva da je sila koju stub može podnijeti u vrhu 315N što odgovara masi od oko 30kg. Mora se uzeti u obzir da se na isti stub stavlja i kabal sa ovjesom koji čini silu od oko 150N, što odgovara masi cca. 15kg (za nosni stub, kod zateznog je to oko 20kg), što ostavlja dodatnih 15kg koje stub može podnijeti. Bitno je napomenuti da se navedeni podaci odnose na najteže uslove rada, kada se uzme u obzir snijeg, led i si., koji se nakupljaju na opremi. Ako se uzmu u obzir nosači svjetiljke, čija je težina 3-4kg, stub se dakle može opteretiti sa dodatnih cca. 1okg, čime se dolazi do zaključka da masa svjetiljke može biti i 3 puta veća od one koju jc zahtijevao Ugovorni organ. Zbog toga Žaljitelj smatra da ovaj zahtjev Ugovornog organa nema smisla sa tehničkog aspekta, i da kao takav treba biti uklonjen ili treba biti izvršena izmjena tenderske dokumentacije na način da se poveća dozvoljena masa svjetiljke.Pomenuta analiza se odnosi na betonske stubove koji su najčešće u upotrebi. Ukoliko se radi o metalnim stubovima, sile koje oni mogu podnijeti ovise o visini i kontstrukciji stuba, njegovom temelju, anker vijcima. Kada se uzmu svi parametri u obzir, minimalna sila koju može podnijeti metalni stub je 300N, što, još jednom, opravdava navode Žalioca.

U vezi sa navedenim ovaj organ ističe da ugovorni organ utvrđuje karakteristike te se prilikom utvrđivanja istih mora pridržavati zakonskih i podzakonskih akata. Nesporno je da je ugovorni organ odredio da je masa svjetiljke ne smije biti veća od 3 kg. Žalitelj navedeni zahtjev spori navodeći da zahtjev nema smisla sa tehničkog aspekta. Ono što je sporno za ovaj organ jeste činjenica da žalitelj ne upućuje niti daje jasnu argumentaciju zbog čega je navedeni zahtjev sporan niti ističe da je u ovakvim zahtjevom ugovorni organ favorizovao određenog ponuđača.

Takođe napominjemo da se ne može osporiti Ugovornom organu da nabavi robu u skladu sa svojom poslovnom politikom i potrebama, sve dotle dok nije povrijeđen Zakon o javnim nabavama, a isti zaista ne ulazi u potrebe Ugovornog organa, bitno je da niti jedna odredba zakona nije povrijeđena. Sam zakon se ne bavi pitanjima primjera masom/težinom svjetiljke koje su Ugovornom organu potrebne ili nisu potrebne, nego se bavi pitanjima jesu li tehničke specifikacije prilagođene jednom proizvodu ili proizvođaču. Stoga pitanje potrebe određenih karakteristika kao

što je masa, nisu pitanja u koja ulazi ovaj organ, već je za ovaj organ bitno da tehničke specifikacije nisu usmjerene na određenog proizvođača ili proizvod. ***Shodno navedenom navod žalitelja je neosnovan.***

Treći žalbeni navod koji se tiče IP i IK stepena zaštite, Ugovorni organ je također ocijenio neutemeljenim, ne razmatrajući realne uslove rada, što ukazuje na nepravilno postupanje Ugovornog organa.

Žalbeni navod da je Tenderska dokumentacija nepravilna u dijelu Prilog 3 - ,"Troškovnik robe", kojim postavljen je sljedeći zahtjev:

„Opis pozicije radova:

Nabavka svjetiljke za funkcionalno osvjetljenje, kompletno opremljena za korištenje LED svjetlosnog izvora. (...)

Stupanj mehaničke otpornosti na udar IK10 u suglasnosti sa EN62262 ili EN62696. Stupanj mehaničke zaštite kopletne svjetiljke (optičkog dijela i predspojnog uređaja) IP67, u suglasnosti sa IEC-EN6o6g8..", Ugovorni organ je odbio kao neosnovan, obrazlažući na sledeći način:

Iz Žalbenog navoda, vidljivo je da potencijalni ponuđač ne ukazuje na bilo kakve nejasnoće vezano za formulacije tehničkih karakteristika, nego predlaže izmjenu tehničkih specifikacija, odnosno traži da se izmijeni tehnička specifikacija na način da smanji propisani stupanj otpornosti na udtfffl stupanj mehaničke zaštite iP67i u obzir dođu i LED rasvjeta niže kvalitete. Tehničke karah LED rasvjete propisane su prema potrebama ugovornog tijela, te ugovornom tijelu nije prilagođavanje tehničkih karakteristika u skladu s prijedlozima potencijalnog ponuđača, a naknadno prilagođavanje u postupcima javnih nabava nije dopušteno, obzirom da bi se radilo o ispunjavanju potreba i prilagodavanju za određenog ponuditelja. Tražene minimalne karakteristike može ispuniti veći broj ponuđača. Činjenica da Zalitelj želi ponuditi rasvjetu niže kvalitete od one koje je ugovorno tijelo propisalo sa minimalnim karakteristikama u tehničkom specifikacijom, ne čini tehničku specifikaciju nezakonitom.

Žalilac je u svojoj žalbi detaljno obrazložio zbog čega su ovi zahtjevi diskriminatorni i nisu u skladu sa realnim uslovima rada, te zbog čega su diskriminatorni kako eliminišu veliki broj ponuđača, a za šta UO nije dao adekvatno obrazloženje odbijajući ovaj žalbeni navod.

Karakteristike svjetiljke kao što su IP i IK pokazuju izdržljivost kućišta na (nasilne,snažne) vanjske uticaje, a nikako ne određuju kvalitet svjetiljki kao što je slučaj sa efikasnošću, blještanjem...Naime, kada se radi o IP67 stepenu zaštite od vlage i prašine, prva cifra podrazumijeva zaštitu od prašine, koja je u ovom slučaju 6 što implicira potpunu zaštitu od prašine i drugih čestica, uključuje vakuumsko zatvaranje i testira se uz konstantno strujanje zraka. Druga cifra u nazivu podrazumijeva zaštitu od prodora vode, te u ovom slučaju implicira zaštitu od potpunog potapanja do 30 minuta na dubinama između 15 cm i 1 metar. Budući da tenderskom dokumentacijom nisu navedeni posebni uslovi rada koji bi podrazumijevali intenzivno potapanje svjetiljke u vodu, naprotiv,radi se o uličnoj svjetiljci koja se kao takva montira na stub u ulici, navedeni zahtjev je nepotreban, odnosno da je stepen zaštite IP66 i više nego zadovoljavajući kako podrazumijeva zaštitu od direktnih mlaznica visokog pritiska iz bilo kojeg pravca i potpunu zaštitu od prašine i drugih čestica.Nadalje, zahtjev za IK10 stepenom mehaničke zaštite je također

nepotreban, budući da se isti odnosi na zaštitu od uticaja 20 džula, što je ekvivalentno učinku mase od 5kg na 400mm površine. Posmatrajući realne uslove rada u kojima se svjetiljka nalazi dolazi se do zaključka da je iste veoma teško postići, budući da bi neko ko želi namjerno oštetiti svjetiljku morao podići i baciti u vis 5kg i pri tome pogoditi svjetiljku koja se nalazi na stubu, dakle na visini, i relativno je malih dimenzija. Uzmemo li u obzir još i otpor vazduha, činjenicu da tijelo nema početnu brzinu, te silu gravitacije koja djeluje u smjeru suprotnom smjeru izbačaja tijela, dolazimo do zaključka da je ove uslove gotovo nemoguće postići u našem slučaju. Na osnovu navedenog, IK09 stepen mehaničke zaštite je zadovoljavajući za ovu primjenu svjetiljke budući da podrazumijeva zaštitu od udarca od 10 džula, odnosno učinku mase od 5kg na 200mm površine ili učinku od 2,5kg na 400mm površine.

U vezi sa navedenim ovaj organ takođe ističe da kao i u predhodnom navodu i u ovom navodu ***žalitelj nije dokazao da je ugovorni organ određujući karakteristike na navedeni način povrijedio odredbe zakona.***

Ovaj organ prije svega ukazuje na odredbe člana 102. stav (1) Zakona kojim je propisano da stranke u postupku dužne su iznijeti sve činjenice na kojima zasnivaju svoje zahtjeve ili odluke, postupke, radnje ili nečinjenja, te predložiti dokaze kojima se te činjenice utvrđuju. Istim članom stav (3)Zakona propisano je da u postupku pravne zaštite žalitelj je dužan dokazati ili bar učiniti vjerovatnim postojanje činjenica i razloga koji se tiču pravnog interesa na podnošenje žalbe, povreda postupka ili povreda primjene materijalnog prava, koje su istaknute u žalbi, za koje zna ili bi trebalo da zna.

U vezi sa navedenim ovaj organ ističe da ugovorni organ definiše predmet nabavke u odnosu na svoje stvarne potrebe te utvrđuje ključne postavke koje su za ugovorni organ relavantne i kategorične, a koje je ugovorni organ očito iskustveno, na bazi iskustvenih pokazatelja i postavio, opredjeljujući se za upravo postavljene tehničke zahtjeve u navedenom smislu i funkcionalne prednosti koje ima namjeru iskoristiti.

Kako u konkretnom slučaju žalitelj ne podastire niti jedan upućujući dokaz, da bi se navedena tvrdnja nesmetano i prihvatila istinitom, stoga su navodi ocijenjeni neosnovanim. Da bi se moglo upotpunosti prihvatiti stajalište žalitelja isto mora biti dokazivo u odlučnoj mjeri da se putem raspoloživih dokaznih sredstava i prihvati istinitim, a što pretpostavlja provođenje procesnih radnji postupka, rezultat kojih su podastiranje dokaznih sredstava.U suprotnom, 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 izjašnjena ugovornog organa.

Uvažavajući navedeno, ovaj organ je ocijenio da je žalba osnovana i utvrdio da je ugovorni organ dužan isplatiti troškove postupka u skladu sa članom 105. stav (2) ZUP-a, primjenom tarifnog broja 3. Tarife o nagradama i nakandi troškova za rad advokata u RS (Službeni glasnik RS broj 68/05) ***za sastav žalbe br.*** NXN-085/21-Ž od 19.05.2021. godine zastupanoj po advokatu u iznosu od 450,00 KM, paušal 25% u skladu s tarifnim brojem 12. ATRS u iznosu od 112,50 KM, PDV 17 % u iznosu od 95,62, što ukupno iznosi 658,12 KM, ***također i po žalbi*** br. NXN-085/21-

Ž-2 od 12.06.2021. godine zastupanoj po advokatu u iznosu od 450,00 KM, paušal 25% u skladu s tarifnim brojem 12. ATRS u iznosu od 112,50 KM, PDV 17 % u iznosu od 95,62, što ukupno iznosi 658,12 KM.

Povrat uplaćenih sredstava na ime naknade žalbenog postupka u iznosu od 800,00 KM izvršiti će se posebnim aktom, po konačnosti ovog Rješenja a u skladu sa članom 108.stav (7) ZJN i članom 4. Instrukcije o načinu uplate, kontrole i povrata naknada propisanih članom 108. ZJN ("Službeni glasnik BiH" broj: 86/14).

Na temelju činjenica utvrđenih u postupku i provedenih dokaza, u skladu s članom 93. stav(7), 104. i 111. stav (1) tačka d) Zakona o javnim nabavama ovaj organ riješio je žalbu, kao u dispozitivu ovog Rješenja.

Pouka o pravnom lijeku:

Ovo Rješenje je konačno i izvršno. 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.

PREDSJEDNIK VIJEĆA
Samir Šehović, dipl.ing.arh

Dostaviti:

- Nexen d.o.o. Banja Luka, koga zastupa advokat Boris Mandić
- Općina Kupres
- evidencija
- a/a