BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANJE ŽALBI
Filijala/Podružnica Mostar

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ
Филијала Мостар

Broj: JN2-03-07-1-2972-8/21
Mostar, 18. 11. 2021. godine

Ured za razmatranje žalbi BiH, Podružnica Mostar, rješavajući po žalbi Cherka Company d.o.o. Mostar, UB: 01-05-10/21 od 07. 10. 2021. godine uloženoj na Odluku o izboru ponuđača Mipex d.o.o. Banja Luka u postupku nabavke broj: OP-24/21 nabavka maski i rukavica, broj: 01-03-7826-5/21 od 15. 9. 2021. godine u postupku javne nabave roba: *Nabavka maski i rukavica*, ugovornog tijela Javna ustanova Dom zdravlja Kantona Sarajevo, na temelju članka 93. stavak (7), 104. i članka 111. stavak (1) točka d) Zakona o javnim nabavama ("Službeni glasnik BiH" broj: 39/14) i članka 230. stavak (2) Zakona o upravnom postupku („Službeni glasnik BiH", br. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13 i 53/16), na sjednici vijeća III održanoj 18. 11. 2021. godine, donosi

R J E Š E N J E

1. Žalba se usvaja.

2. Poništavaju se akti ugovornog tijela Javna ustanova Dom zdravlja Kantona Sarajevo:

   - Odluka o izboru ponuđača Mipex d.o.o. Banja Luka u postupku nabavke broj: OP-24/21 nabavka maski i rukavica, broj: 01-03-7826-5/21 od 15. 9. 2021. godine, i
   - Zapisnik o provedenom otvorenom postupku nabavke broj OP-24/21 sa predmetnom nabavke zaštitnih maski i rukavica, broj: 01-11-7826-4/21 od 09. 9. 2021. godine.

   Predmet se vraća ugovornom tijelu na ponovni postupak.

3. O povratu sredstava uplaćenih na ime naknade za pokretanje žalbenog postupka ovo tijelo donijet će posebno rješenje.

O b r a z l o ž e n j e

Javna ustanova Dom zdravlja Kantona Sarajevo (u daljem tekstu: **Ugovorno tijelo**) je nakon provedenog otvorenog postupka donijelo Odluku o izboru ponuđača Mipex d.o.o. Banja Luka u postupku nabavke broj: OP-24/21 nabavka maski i rukavica, broj: 01-03-7826-5/21 od 15. 9. 2021. godine u postupku javne nabave roba: *Nabavka maski i rukavica*.

Ponuditelj Cherka Company d.o.o. Mostar (u daljem tekstu; **Žalitelj**) je dana 07. 10. 2021. godine uložio žalbu, UB: 01-05-10/21 na gore navedenu odluku ugovornog tijela.

Ugovorno tijelo je postupajući u skladu sa člankom 100. stavak (5) Zakona o javnim nabavama („Službeni glasnik BiH", br. 39/14) proslijedio žalbu Uredu za razmatranje žalbi BiH, Podružnica Mostar, kao drugostupanjskom tijelu, zajedno sa izjašnjenjem na navode žalbe i dokumentacijom prvostupanjskog postupka.

Žalitelj u žalbi navodi da osporava predmetnu odluku iz razloga što je ugovorni organ pogrešno utvrdio činjenično stanje u pogledu ponude žalitelja, te ističe tražena roba u ovom tenderu su medicinske maske i medicinske rukavice koje su medicinsko sredstvo, te se tražila registracija istih kod Agencije za lijekove i medicinska sredstva. Ugovorni organ je u točci 7.4.1. pod b) tražio: uz referenc listu ponuđač je dužan dostaviti najmanje jednu potvrdu o uspješnoj realizaciji ugovora, a koja je u vezi sa predmetom nabavke i referenc listom...Smatra da je dostavio ugovore kojima se čitav niz medicinskih sredstava isporučuje, a sva su registrirana kod Agencije za lijekove i medicinska sredstva iz kojih je vidljivo da su isporučivana medicinska sredstva. Dalje navodi da je istom ugovornom tijelu u postupku nabave zaštitnih maski i rukavica broj OP-53/20 (broj postupka 29-1-1-151/20 u sustavu e-nabavki) dostavio istu potvrdu s ciljem dokazivanja uspješnog iskustva i koja je bila prihvaćena od strane ugovornog tijela, pa se pita zašto za isti zahtjev iz tenderske dokumentacije, od istog ugovornog organa, jedanput referenc lista je validna, a drugi put ne? U skladu sa svim naprijed navedenim traži da se poništi predmetna Odluku o izboru najpovoljnijeg ponuđača, te napravi nova analiza pristiglih ponuda, da ponudu žalitelja proglasi kvalificiranom, te zakaže ponovno e-aukciju.

Ugovorno tijelo u izjašnjenju, broj: 01-03-7826-6/21 od 21. 10. 2021 godine ističe da je žalba dopuštena, blagovremena i izjavljena od ovlaštene osobe, ali da je neosnovana, te ističe da je raspisao postupak nabavke zaštitnih maski i rukavica, a ne nabavke medicinskih sredstava. Obzirom da je jasno i precizno navedeno u tenderskoj dokumentaciji šta je predmet nabavke, te da u skladu sa navedenim trebaju ponuđači dostaviti referenc listu tačkom 7.4.1 pod a) i b) definirano je da Referenc lista sklopljenih ugovora koji su isti ili slični kao predmet javne nabavke u periodu zadnje dvije godine ili od datuma registracije, odnosno početka poslovanja, ako je ponuđač registriran, odnosno počeo sa radom prije manje od dvije godine. Uz referenc listu ponuđač je dužan dostaviti najmanje jednu potvrdu o uspješnoj realizaciji ugovora, a koja je u vezi sa predmetom nabavke i referenc listom, i to najmanje jedna Potvrda za jedan ugovor u iznosu najmanje 50.000,00 bez PDV-a ili dva ugovora po minimalno 25.000,00 bez PDV-a KM, koje obavezno sadrže: naziv, sjedište ugovornih strana/privrednih subjekata, predmet ugovora, vrijednost ugovora, vrijeme i mjesto izvršenja ugovora i navode o uredno izvršenim ugovorima.

S tim u vezi Žalilac je u svojoj ponudi dostavio referenc listu i potvrdu o uredno izvršenim ugovorima kojima je predmet nabavke nabavka i isporuka ortopedskih i drugih pomagala. Kako za ugovorni organ nije prihvatljiva niti referenc lista niti potvrda Žalioca za ortopedska pomagala, imajući u vidu daje postupak nabavke zaštitne maske i rukavice, koje nikako ne spadaju u kategoriju ortopedskih pomagala, te je kao takvu ponudu Žalioca ocijenio kao nekvalifikovanu jer ne ispunjava zahtjeve u tenderskoj dokumentaciji. Shodno navedenom ovaj žalbeni navod Žalioca

smatra neosnovanim.

U odnosu na drugi žalbeni navod ističe da predmet žalbe nije neki od ranijih postupaka koje je proveo Ugovorni organ, te da Žalilac nema zakonsko pravo navoditi neki drugi postupak nabavke, obzirom da je i po tom postupku nabavke imao predviđen rok za žalbu koji nije iskoristio, pa se i ovaj žalbeni navod Žalioca smatra neosnovanim. Imajući u vidu sve naprijed navedeno smatra žalbene navode žalioca u potpunosti neosnovanim.

U skladu s člankom 94. stavak (3) Zakona o javnim nabavama Žalitelj je aktom ovog tijela, broj JN2-03-07-1-2972-4/21 od 28. 10. 2021. godine obaviješten o izjašnjenju Ugovornog tijela, te mu je omogućeno da se očituje o istom. Uvidom u spis predmeta konstatira se da je žalitelj dostavio odgovor na izjašnjenje ugovornog tijela u kojem osporava navode ugovornog tijela, te se od bitnog ističe: da su predmet nabave zaštitne maske i rukavice koje su po definiciji medicinska sredstva klasa I; dostavljena referenc lista se odnosi na isporuku medicinskih sredstava, klasa I - ortopedskih i drugih pomagala, koja su također sva registrirana medicinska sredstva kod Agencije za lijekove i medicinska sredstva Bosne i Hercegovine i da je dostavljenom referenc listom dokazao isporuku istih ili sličnih proizvoda. Stoga smatra da je ugovorno tijelo pogrešno utvrdilo činjenično stanje, te da je kao ponuđač više nego kvalificiran da izvrši isporuku predmeta nabave, pa predlaže kao u žalbi.

U skladu s člankom 94. stavak (2) i (3) Zakona o javnim nabavama izabrani ponuditelj Mipex d.o.o. Banja Luka je aktom ovog tijela, broj JN2-03-07-1-2972-5/21 od 28. 10. 2021. godine obaviješten o žalbi žalitelja i izjašnjenju Ugovornog tijela, te mu je omogućeno da se očituje o istom. Uvidom u spis predmeta konstatira se da izabrani ponuditelj nije dostavio odgovor na žalbu i izjašnjenje ugovornog tijela.

Prije nego li se upustilo u meritorno odlučivanje, ovo tijelo je pristupilo provjeri formalnih pretpostavki za ulaganje žalbe koje moraju biti ispunjene na strani žalitelja, kako bi se uopće pristupilo njenom rješavanju, a odnose se na uvjetovane pretpostavke u skladu sa člankom 109., 105. i 108. stavak (3) Zakona o javnim nabavama („Službeni glasnik BiH", br. 39/14; u daljnjem tekstu: ZJN) i utvrdio da su ispunjeni uvjeti za postupanje po istoj na način kako definiraju odredbe navedenih članaka.

Nakon što su prednje pretpostavke preispitane, postupajući po žalbi u žalbenom postupku pred ovim tijelom, izvedeni su dokazi temeljem pregleda dostavljenog materijala, odnosno tenderske dokumentacije, ponude žalitelja, te je izvršena analiza svakog dokaza pojedinačno i u njihovoj međusobnoj vezi, a u odnosu na žalbene navode i propisani zakonski postupak, ovo tijelo je utvrdilo da je potrebno riješiti kao u dispozitivu odluke iz sljedećih razloga:

Žalba je osnovana.

Iz stanja spisa proizlazi da je između stranaka u postupku pravne zaštite sporno pitanje dostavljene potvrde o urednom izvršenju ugovoru pri čemu je žalitelj stava da je dostavio urednu

potvrdu sa kojom je dokazao traženo iskustvo u istim ili sličnim poslovima, dok je ugovorno tijelo stava da dostavljena potvrda ne odgovara traženom uvjetu.

S tim u vezi, izvršen je uvid u predmetnu tendersku dokumentaciju, broj: OP-24/21 od juli 2021. godine, te je utvrđeno da je:

- Točkom 6.1.1.1. propisan predmet nabave Maska i rukavice, oznaka iz JRJN – 33140000-3 (medicinski potrošni materijal).;
- Točkom 7.4.1. propisana tehnička i profesionalna sposobnost u referentnom dijelu na način da ponuditelji trebaju ispuniti sljedeći minimalni uvjet: Da je u zadnje dvije godine imao promet predmeta nabavke s drugim komitentima i uspješno realizirao ugovore iste vrste i to u iznosu jedan ugovor najmanje 50.000,00 bez PDV-a ili dva ugovora minimalno 25.000,00 KM bez PDV-a,

a ocjena tehničke i profesionalne sposobnosti u pogledu traženog uvjeta izvršit će se na osnovu dokaza: a) Referenc lista sklopljenih ugovora koji su isti ili slični kao predmet javne nabave u periodu zadnje dvije godine ili od datuma registracije, odnosno početka poslovanja, ako je ponuđač registriran, odnosno počeo sa radom prije manje od dvije godine.; b) Uz referenc listu ponuditelj je dužan dostaviti najmanje jednu potvrdu o uspješnoj realizaciji ugovora, a koja je u vezi sa predmetom nabave i referenc listom, i to dva ugovora po minimalno 25.000,00 KM bez PDV-a, koja obvezno sadrže: naziv, sjedište ugovornih strana/privrednih subjekata, predmet ugovora, vrijednost ugovora, vrijeme i mjesto izvršenja ugovora i navode o uredno izvršenim ugovorima.;

- Aneksom 2 Obrazac za cijenu početne/konačne ponude u opisu roba za stavku pod rednim brojem 1. navedene su Rukavice jednokratne nitrilne bez tlaka 100/1 veličina L, za stavku pod rednim brojem 2 navedene su Rukavice jednokratne nitrilne bez tlaka 100/1 veličina M, a za stavku pod rednim brojem 3 u opisu robe navedena je Maska hirurška sa gumicom, troslojna.

Uvidom u kopiju ponude žalitelja od 09. 8. 2021. godine, utvrđeno je da se:

- na stranicama 28 – 29 nalazi Potvrda Agencije za lijekove i medicinska sredstva, broj: 06-07.4-1-9959-2/20 od 31. 12. 2020. godine iz koje su vidljivi generički nazivi kirurška maska, da se radi o medicinskom sredstvu klase I – I klasa,
- na stranicama 30 – 32 nalazi Potvrda Agencije za lijekove i medicinska sredstva, broj: 06-07.4-1-11530-3/20 od 31. 12. 2020. godine iz koje su vidljivi generički nazivi nitrilne rukavice, da se radi o medicinskom sredstvu klase I – I klasa,
- na stranicama 37 – 38 nalazi Referenc lista u posljednje tri godine u predmetima nabave i isporuke ortopedskih i drugih pomagala za potrebe osiguranih osoba Zavoda zdravstvenog osiguranja HNŽ,
- na stranicama 39 – 40 nalazi Potvrda Zavoda zdravstvenog osiguranja HNŽ o urednom izvršenju ugovora, broj potvrde: 0303-45-29-10-3-02063-1/21 od 25. 1. 2021. godine u kojoj su navedeni ugovori u posljednje tri godine (2018., 2019. i 2020.) u predmetima nabave i isporuke ortopedskih i drugih pomagala za potrebe osiguranih osoba Zavoda zdravstvenog osiguranja HNŽ, sa vrijednostima 421.150,01 KM bez PDV-a za 2018. godinu, 294.622,24 KM bez PDV-a za 2019. godinu i 254.368,52 KM bez PDV-a za 2020. godinu.

U kontekstu žalbenog navoda i utvrđenog činjeničnog stanja, nesporno je zaključeno da je ugovorno tijelo tražilo kao dokaz tehničke i profesionalne sposobnosti referenc listu sklopljenih

ugovora koji su isti ili slični kao predmet javne nabave u periodu zadnje dvije godine ili od datuma registracije, odnosno početka poslovanja, ako je ponuđač registriran, odnosno počeo sa radom prije manje od dvije godine (propisano točkom 7.4.1. pod a) tenderske dokumentacije), a uz referenc listu ponuditelji su bili dužni dostaviti najmanje jednu potvrdu o uspješnoj realizaciji ugovora, a koja je u vezi sa predmetom nabave i referenc listom (propisano točkom 7.4.1. pod b) tenderske dokumentacije), dok je žalitelj dostavljenom potvrdom dokazao da ima iskustvo u realizaciji sličnih ugovora predmetu nabave.

Prema tome, po stavu ovog tijela žalitelj opravdano ukazuje na propust ugovornog tijela kada nije prihvatio dostavljenu referenc listu i potvrdu o urednom izvršenju ugovora jer je tenderskom dokumentacijom traženo da se dostavi iskustvo u istim ili sličnim ugovorima, pa kako ugovorno tijelo nije detaljno specificiralo koji su to slični ugovori, isto je trebalo primjenom načela materijalne istine i savjesne ocjene dostavljenih dokaza utvrditi da li dostavljena referenc lista i potvrda o urednom izvršenju ugovora odgovara traženom uvjetu u pogledu istih ili sličnih ugovora. Neosnovan je navod ugovornog tijela da se u predmetnom postupku javne nabave ne radi o medicinskim sredstvima jer je ovaj navod suprotan oznaci iz JRJN 33140000-3 koja se odnosi na medicinski potrošni materijal kako je propisano točkom 6.1.1. tenderske dokumentacije kao i dostavljenoj ponudi žalitelja jer se iz dostavljenih Potvrda Agencije za lijekove i medicinska sredstva (vidljivo na stranicama 28 – 32 ponude žalitelja) nespornim zaključuje da je tražena roba medicinsko sredstvo klase I – I klasa kako to osnovano tvrdi žalitelj.

Osim navedenog, a na što opravdano ukazuje žalitelj, Zakon o lijekovima i medicinskim sredstvima Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH", br. 58/8) je u članku 96. propisao da su medicinska sredstva u smislu navedenog Zakona instrumenti, aparati, materijal i drugi proizvodi koji se primjenjuju na ljudima i koji svoju osnovnu namjenu, određenu od proizvođača, ne postižu na osnovu farmakološke, imunološke ili metaboličke aktivnosti, već se koriste sami ili u kombinaciji, uključujući i softver potreban za pravilnu upotrebu, a u svrhu: a) postavljanja dijagnoze, prevencije, praćenja, liječenja ili ublažavanja uzroka odnosno posljedica bolesti; b) postavljanja dijagnoze, praćenja, liječenja ili ublažavanja povreda odnosno ublažavanja invaliditeta ili nadomještanja nedostataka odnosno posljedica uzrokovanih invaliditetom; c) ispitivanja, nadomještanja ili modifikacije anatomskih ili fizioloških funkcija; d) kontrole začeća (stavak 1.), Dozvoljeno je da medicinsko sredstvo u svojoj namjeni bude potpomognuto supstancama koje ispoljavaju farmakološke, imunološke ili metaboličke aktivnosti (stavak 2.). Nadalje, člankom 99. stavak (1) istog Zakona propisane su različite klasifikacije medicinskih sredstava tako da se medicinska sredstva, prema stupnju rizika za korisnika, klasificiraju na: a) klasu I - medicinska sredstva sa niskim stupnjem rizika; b) klasu II-a - medicinska sredstva sa većim stupnjem rizika; c) klasu II-b - medicinska sredstva sa visokim stupnjem rizika; d) klasu III - medicinska sredstva sa najvišim stupnjem rizika.

Imajući u vidu sve navedeno, ovo tijelo zaključuje da je ugovorno tijelo učinilo propust kada je ponudu žalitelja ocijenilo nekvalificiranom pri čemu u postupku nije utvrdio pravo stanje stvari odnosno nije utvrdilo materijalnu istinu, niti je izvršio savjesnu i brižljivu ocjenu svakog dokaza posebno i svih dokaza zajedno (predmet nabave, dostavljene Potvrde Agencija za lijekove i medicinska sredstva, referenc listu i potvrdu o urednom izvršenju ugovora) zbog čega je ugovorno

tijelo, kao prvostupanjsko tijelo, pogrešno utvrdilo činjenično stanje što je dovelo do pogrešne primjene materijalnog prava.

S obzirom da je žalitelj u konkretnom postupku javne nabave dokazao da je dostavio referenc listu i potvrdu o urednom izvršenju ugovora u sličnim poslovima, to je ugovorno tijelo pogrešno postupilo kada je ponudu žalitelja odbacilo kao neprihvatljivu.

U odnosu na drugi žalbeni navod kojim žalitelj ukazuje da je ugovorno tijelo u drugom postupku javne nabave prihvatilo ponudu žalitelja sa istom referenc listom i potvrdom o urednom izvršenju ugovora, ovo tijelo ističe da je dokazivanje u postupku povodom žalbe propisano odredbom članka 102. ZJN na način da su stranke u postupku dužne su iznijeti sve činjenice na kojima temelje svoje zahtjeve ili odluke, postupke, radnje ili nečinjenja, te predložiti dokaze kojima se utvrđuju te činjenice (stavak 1.). U postupku pravne zaštite ugovorno tijelo dužno je dokazati postojanje činjenica i okolnosti na osnovi kojih je donijelo odluku o pravima, poduzelo radnje ili propuštanje te provelo postupke, koji su predmetom postupka po žalbi (stavak 2.). U postupku pravne zaštite žalitelj je dužan dokazati ili barem učiniti vjerojatnim postojanje činjenica i razloga koji se tiču pravnog interesa za podnošenje žalbe, povreda postupka ili povreda primjene materijalnog prava koje su istaknute u žalbi, za koje zna ili bi trebao znati (stavak 3.).

Prema tome, ovo tijelo utvrđuje da se žalitelj samo proizvoljno poziva na prethodno provedeni postupak, a da pri tome nije dostavio niti jedan materijalni dokaz kojim bi potkrijepio svoj navod, pa kako žalitelj nije postupio u skladu sa člankom 102. stavak (2) ZJN, ovo tijelo drugi žalbeni navod žalitelja odbija kao neosnovan.

Sukladno naprijed navedenom, te imajući u vidu utvrđeno činjenično stanje, ovo tijelo poništava odluku o izboru ponuđača Mipex d.o.o. Banja Luka u postupku nabavke broj: OP-24/21 nabavka maski i rukavica, broj: 01-03-7826-5/21 od 15. 9. 2021. godine i zapisnik o provedenom otvorenom postupku nabavke broj OP-24/21 sa predmetnom nabavke zaštitnih maski i rukavica, broj: 01-11-7826-4/21 od 09. 9. 2021. godine, te vraća predmet Ugovornom tijelu na ponovni postupak u kojem će postupiti u skladu sa stavovima ovog tijela na način da će utvrditi kao prihvatljivu ponudu žalitelja i provesti novi postupak e-aukcije, sve u skladu sa odredbama Zakona o javnim nabavama i podzakonskim aktima.

Povrat uplaćenih sredstava na ime naknade žalbenog postupka u iznosu od 800,00 KM izvršit će se posebnim aktom, a u skladu sa člankom 108. stavak (7) Zakona o javnim nabavama i člankom 4. Instrukcije o načinu uplate, kontrole i povrata naknada propisanih člankom 108. Zakona o javnim nabavama ("Službeni glasnik BiH" broj: 86/14).

Na osnovu činjenica utvrđenih u postupku i provedenih dokaza, sukladno članku 104. i 111. stavak (1) točka d) ZJN i članka 230. stavak (2) Zakona o upravnom postupku ovo tijelo riješilo je žalbu, kao u dispozitivu ovog rješenja.

Uputa o pravnom lijeku:

Ovo rješenje je konačan upravni akt. 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
Mirjana Antunović, dipl. iur.

Dostaviti:
- Cherka Company d.o.o. Mostar, ulica Cim 2, 88000 Mostar,
- Javna ustanova Dom zdravlja Kantona Sarajevo, Vrazova 11, 71000 Sarajevo,
- Mipex d.o.o. Banja Luka, Krajiških brigada 209, 78000 Banja Luka,
- evidencija
- a/a