BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANjE ŽALBI

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ

BOSNIA AND HERZEGOVINA
PROCUREMENT REVIEW BODY

Број: ЈН2-01-07-1-1134-7/22
Датум: 29.06.2022. године

Канцеларија за разматрање жалби БиХ, рјешавајући по жалби понуђача „SIRIUS 2010" д.о.о. Бања Лука, број: 073/2022 од 18.04.2022. године, изјављеној на Рјешење број: 01-16-12-529-4/22 од 11.04.2022. године, у отвореном поступку јавне набавке: „Вршење услуге одржавања пореског софтвера у пореском подсистему Информационог система Управе за индиректно опорезивање", уговорног органа Управа за индиректно опорезивање БиХ, на основу члана 111. ст. (1) тачка д) и ст. (10) Закона о јавним набавкама („Службени гласник БиХ", број 39/14), на пленарној сједници одржаној дана 29.06.2022. године донијела је:

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. Жалба се усваја.
2. Поништава се поступак јавне набавке у потпуности, те акти уговорног органа:
   - Рјешење број: 01-16-12-529-4/22 од 11.04.2022. године;
   - Тендерска документација број: 01-16-12-529-1/22 од 23.02.2022. године, укључујући обавјештење о набавци број 743-1-2-17-3-11/22 од 23.02.2022. године и
   - Други акти уговорног органа донесени у поступку јавне набавке.
3. Повратак средстава уплаћених на име накнаде за покретање жалбеног поступка, у износу од 7.500,00 КМ, извршиће се на основу посебног рјешења овог органа.

Образложење

Дана 23.02.2022. године уговорни орган Управа за индиректно опорезивање БиХ објавио је обавјештење о набавци број 743-1-2-17-3-11/22 у отвореном поступку јавне набавке услуга: „Вршење услуге одржавања пореског софтвера у пореском подсистему Информационог система Управе за индиректно опорезивање".

Жалилац је изјавио жалбу на тендерску документацију, коју је уговорни орган дјелимично усвојио рјешењем број: 01-16-12-529-4/22 од 11.04.2022. године. Против рјешења о дјелимичном усвајању жалбе, жалилац је изјавио жалбу овом органу у којој наводи да у цјелости остаје при свим жалбеним наводима из жалбе на тендерску документацију, број 073/2022 од 18.04.2022. године, те се у овој жалби додатно изјашњава на образложење уговорног органа из спорног рјешења, како жалба у цјелости није усвојена.

Жалилац темељи жалбене наводе на следећим чињеницама:

1. *„У тачки 7.3.1. наведено је: "Што се тиче економске и финансијске способности, у складу са чланом 47. Закона, понуда ће бити одбачена ако понуђач не испуни сљедеће минималне услове, а који се могу потврдитит са доказима из члана 47. Закона а то су: - биланс успјеха за 2020. годину - услов позитивно пословање." У том*

смислу је начињена повреда ЗЈН, како следи: .... Повреда чл. 3 ст. (1) ЗЈН јер је овакав захтјев дискриминирајући. Наиме, предмет набавке је одржавање софтвера, дакле услуга, како је и наведено у ТД. У том смислу, позитивно пословање понуђача, као општи услов, нема никакву везу са вршењем услуга, јер је негативно пословање могло да има везе са продајом опреме или неком другом околношћу или пословном активношћу/линији продаје (пад продаје услед пендемије или др.), под којом је настало негативно пословање, а што никако не говори да понуђач није способан да изврши услугу одржавања софтвера..... Повреда чл. 47. став 2), услов није прецизан, јер ТД не дефинише шта је то позитивно пословање, нити како се из тражених биланса успјеха утврђује једнозначно испуњење услова да понуђач позитивно послује, нити је то прописима уређено децидно, у смислу дефиниције "позитивно послује" (општим прописима у области финансија, ревизије и рачуноводства).....".

2. *„У тачки 7.4.1 наводи се "Да понуђач има успјешно искуство у реализацији минимално 1 (једног) уговора који за предмет набавке има израду или одржавање комплетног пореског софтвера који обавезно обухвата област индиректног/неизравног опорезивања на нивоу државе у посљедње три године, ... У том смислу је начињена повреда ЗЈН, на начин што је дозвољено да понуђачи наведени услов испуњавају референтном потврдом која говори да има искуство само у развоју, а не у одржавању софтвера, а предмет набавке је одржавање. Овим је повријеђен чл. 50 ст. 1 тачка а) ..... Дакле, Уговорни орган је могао да захтјева списак извршених уговора, односно референтну потврду, само за уговоре раније извршене који су у вези са предметом набавке. Како развој није у вези са одржавањем софтвера, сматрамо даје наведени захтјев супротан законском пропису.".*

3. *„У тачки 7.4.1. захтјевано је 2. Да има запослених или ангажованих минимално 20 (двадесет) чланова техничког особља на територији Босне и Херцеговине, који ће бити задужени за реализацију пројекта, а који не морају бити стално запослени код понуђача и то:...". На овај начин је директно повређен принцип једнакости понуђача, односно извршена је дискриминација но територијалном принципу. Наиме, овим је јасно да понуђач мора да има ексклузивно на територији БИХ радно ангажована лица, а не сме дакле да их уредно ангажује из неке друге земље, чак иако говоре језике који су у званичној употреби у БИХ! Такође, не постоји ни уређен поступак и доказ о истом, како се то провјерава, да понуђач има на територији БИХ 20 лица радно ангажованих. Чиме то лица доказују да су у БИХ: пријавом бораика, личном картом, држављанством, запослењем, боравиштем привременим или нечим трећим. Због чега би лица из БИХ једино била прихватљива, ако понуђач на пример, из друге државе, може да ангажује лица које говоре неки од језика у БИХ и имају једнако искуство и знање, као и лица из БиХ, те испуњавају све друге услове.....".*

4. *„У тачки 7.4.1. под б) захтјевано је "да понуђач посједује међународно признати сертификат ISO 25010 који гарантује квалитет и евалуацију информационих система и софтвера. На веб сајту организације ISO ..... може се утврдити да се дати стандард односи на: системе и софтверско инжењерство-захтеве који се односе на квалитет система и софтвера и евауацију (SQuaRE)-системе и моделе квалитета софтвера (превод са енглеског цитата на поменутом сајту ISO организације: .....). Како је предмет набавке одржавање софтвера, нема ни примјене моделовања софтверских захтјева и модела квалитета софтвера, јер је софтвер већ моделован, пројектован и имплементиран, те се сада одржава, односно пружа техничка подршка функционисању софтвера. Тиме је јасно да овај услов нема никакве логичке везе са предметом набавке, а посебно томе сведочи чињеница да о захтевима и квалитету, те моделима, нема нити једног слова у Техничкој спецификацији, која детаљно описује предмет набавке..... Такође, УО је*

повриједио чл. 48 ст. 6 ЗЈН тиме што није допустио да се еквивалентним доказом обезбједи тражени квалитет.....“

5. *„У тачки 7.4.1 под 7) УО наводи "да понуђач посједује индустријску сигурносну дозволу степена „тајно" коју издаје Министарство сигурности БиХ."*

Овим је извршена директна повреда ЗЈН чл. 3 и чл. 44 јер: а) услов нема никакве везе, логичке нити правне, нити било које друге, са предметом набавке б) указује на јасно одсуство активне конкуренције (јер ову дозволу има неколико компанија у БиХ, а што се може децидно потврдити код Министарства сигурности БиХ које дозволу издаје) ц) не постоји никакав разлог и утемељење за услов, нити сразмјера, јер понуђач никада није у додиру, нити може бити, са подацима означеним као "тајно" степен повјерљивости, сходно природи система који се одржава, у ком ни нема таквих података, нити може бити. ..... Посебно напомињемо да у самој ТД не постоји чак ни захтјев да се потпише било какав уговор о повјерљивости, уз оквирни споразум, нити помена у самом оквирном споразуму, нити било ком другом мјесту да понуђач треба да долази у додир или обрађује тајне податке, те да сходно томе, је јасно да у конкретној правној ситуацији нема никаквих елемената тајности у правном промету.“.

6. *„У тачки 7.4.1. под 8) се наводи " Изјава о посједовању Сервице Деск-а који је у функцији 24 сата, 7 дана у седмици ..... У Изјави навести да ће представницима Уговорног органа бити омогућен увид у тражену инфраструктуру, на локацији Понуђача и/или путем телефона, за вријеме евалуације понуда. Неомогућавање увида или незадовољавање техничких услова Сервице Деск- а сматраће се не испуњавањем техничке оспособљености Понуђача и исти ће бити елиминисан из даљње процедуре јавне набавке." Овим је дошло до повреде ЗЈН, јер у датом поступку, отворени поступак, набавке услуга, е-аукција, не постоји нити један прописан корак у процедури реализације тендера, нити поступак у оцјени понуда, нити одредба ЗЈН у отвореном поступку набавке услуга, којим би се вршио увид у облику теренске контроле или неке друее методе контроле инфраструктуре понуђача, нити оровиере на лицу мјеста испуњења техничких услова. нити какве друге врсте увида у техничку имплементацију неког софтвера (овдје. сервис деск). Поступак подразумјева оцјену понуда на основу доказа, у папирном облику, достављених у понуди или током евентуалних додатних објашњења. Овдје није у питању достава узорака или модела производа који се продаје, или пак презентовање рјешења које се купује, већ оцјена понуде спрам прописаних писаних доказа за вршење услуге одржавања. То се јасно види из секције 8 гдје се описују припрема понуде и садржај понуде, гдје не постоји обавеза доставе било каквог описа сервис деск-а, нити било какав експлтцитан начин да се докаже испуњење овог услова. С друге стране, УО је запријетио моменталним искључење понуде, јер није технички исправна. Морало се јасно описати каква инфраструктуру понуђача је потребна, те какви докази у том смислу, а да се понуда не оцјени као технички неодговарајућа. Супротно чл. 48 ЗЈН УО ако захтијева један или више докумената којим кандидат/понуђач доказује техничку и професионалну способност, дужан је да у тендерској документацији јасно и прецизно дефинише те захтјеве. Овјде, код набавке услуга, УО је могао само да захтјева по чл. 50 ф) потврду кандидата/понуђача о прихватању поступка контроле услуга сложеније врсте ..... “*

7. *„У тачки 7.4.1 под 2.2 наводи се: Експерт за анализу пословних процеса – најмање један извршилац који мора испуњавати сљедеће услове: минимално 5 (пет) година професионалног радног искуства; висока стручна спрема (ВСС) техничког смјера; да посједује валидан сертификат којим се потврђује стечено знање из области пословне анализе, PMI-PBA ..... или еквивалент.".....У Техничкој спецификацији међутим не постоји нити један опис услуга које би вршило ово лице, у смислу анализе*

пословних процеса, упркос томе што је наведено да је УО врло важна ова услуга. Дакле, како не постоји никаква услуга анализе пословних процеса, захтевана у спецификацији посла, предмету набавке, јасно је да је услов противправни, јер ЗЈН налаже сразмјерне услове предмету набавке, те услове који су у директној вези са предметом набавке. Како предмет набавке није област анализа пословних процеса, јер није ријеч о пројектовању новог софтверског система, него о одржавању постојећег, јасно је да се ради о непотребном, дискриминирајућем услову. Наиме, у Техничкој спецификацији нема нити једне ријечи о анализи пословних процеса, односно пословној анализи, што је и очекивано с обзиром да се ради о одржавању софтвера. Такође сматрамо да је захтјев да лице има 5 година искуства апсолутно неоправдан и дискриминирајући, јер да би лице стекло именовани сертификат PMI PMP, потребно је према захтјевима саме сертификације (јавно доступан сајт издаваоца PMI .....) 36 мјесеци искуства у области када особа посједује високу стручну спрему.....".

8. *„У тачки 7.4.1 под 2.1 наводи се: Вођа пројекта BCC- најмање један извршилац: ЦВ из којег је видљиво да посједује минимално 5 (пет) година професионалног радног искуства; овјерена копија потврде крајњег корисника којом се доказује да је учествовао у вођењу минимално једног пројекта у области информационих технологија, развоја или одржавања софтвера; овјерена копија дипломе којом се доказује висока стручна спрема (BCC) техничког смјера; копија сертификата из области управљања пројектима PMP (Project Management professional) или еквивалент. Сматрамо да је захтјев да лице има 5 година искуства апсолутно неоправдан и дискриминирајући, јер да би лице стекло именовани сертификат PMI PMP, потребно је према захтјевима саме сертификације ..... 36 мјесеци искуства у области када особа посједује високу стручну спрему, што је овдје захтјевано да лице има високу стручну спрему ..... док међутим је захтјевано 5 година искуства у ТД, што се дакле чак не тражи ни као предуслов за саму сертификацију PMP..... Стога се намеће јасан закључак да је Уговорни орган неоправдано и несразмјерно предмету набавке захтјевао професионални капацитет, престрогим условима за сертификованог руководиоца пројекта. Са друге стране, како руковођење пројектом није наведено као дио Техничке спецификације, не постоји јасна и директна логичка веза између захтјеваног сертификата из вођења пројеката и предмета набавке, те је тиме овакав услов протизаконит. Наведеним су повређени чл. 3 и чл. 44 ЗЈН.".*

9. *„У тачки 7.4.1. тачком 2.10. наводи се "Чланови тима за одржавање апликативног софтвера - најмање 6 (шест) извршиоца: - CV из којег је видљиво да посједује минимално 3 (три) године искуства у раду на технологијама на којима почива „Нови порески софтвер" (ASP.NET MVC, SQL Сервер екосистем, Infinica CCM)." Међутим у Техничкој спецификацији, односно опису предмета посла, не постоји нигдје навод да је Нови порески софтвер базиран на оквиру ASP.NET MVC, дословно. Стога познавање овог оквира за пројектовање софтвера никако не мозе бити услов за учешће у предметном поступку, јер услов нема никакву јасну и директну везу са предметом набавке. Стога се намеће јасан закључак да је Уговорни орган неоправдано и несразмјерно предмету набавке захтјевао професионални капацитет, престрогим условима за шест извршилаца који познају ASP.NET MVC.....".*

10. *„У тачки 7.3.1. наводи се:*

2.7. Експерт за корисничку подршку Service Desk-а - најмање један извршилац..... копија сертификата о познавању методологије приступа подршци и управљању IT услугама - ITIL Certificate in Managing Across the Lifecycle (MALC) или еквивалент;.....

2.8. Аналитичар за рад у центру за корисничку подршку Service Desk-а - најмање два извршиоца ..... копија сертификата о познавању методологије приступа подршци и управљању IT услугама (ITIL Fundation Certificate in IT Service Management) или еквивалент; "

У том смислу је начињена повреда ЗЈН, јер је тражено да оба лица имају сертификацију (ITIL fundation и ITIL MALC) из области методологије приступа подршци за IT услуге, а методологија уопште није предмет набавке (у Техничкој спецификацији), те тиме није успостављена, а обавезна је, јасна, тесна и директна веза између предмета набавке и захтјеваних сертификата. Такође, није јасно зашто би било потребно да два лица, са основним знањем (ITIL fundation) и вишим знањем (ITIL MALC) методологије приступа подршци, што је заправо ITIL (.....Библиотека (Скуп сазнања) о инфраструктури-информационе технологије) буду ангажована на предметном уговору, када је познавање методологије IT подршке само пожељно додатно знање, на друга инжењерска знања, која су суштински битна за предметни уговор, јер се овдје ради о инжењерском послу, IT услугама, а не о методологији, која и није предмет услуге (доказ томе је да ријеч ITIL нигдје није ни поменута у Техничкој спецификацији), нити има икакве обуке о метолодогији или сличне везане услуге, као предметне. Критеријум је дакле неоправдан и невезан за предмет набавке, те тиме противзаконит, дискриминаторни, несразмјеран, те крши одредбе чл. 3 и 44 ЗЈН.".

Жалилац предлаже да се жалба усвоји, поништи тендерска документација и поступак, те захтјева повраћај накнаде за покретање жалбеног поступка.

Уговорни орган је, уз копију документације из поступка јавне набавке, доставио изјашњење број: 01-16-12-529-7/22 од 25.04.2022. године у којем предлаже да се жалба одбије као неоснована.

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 (у даљем тексту: „ЗЈН").

Жалба је основана

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

- Тендерску документацију број: 01-16-12-529-1/22 од 23.02.2022. године;
- Жалбу изјављену на тендерску документацију, број 066/2022 од 05.04.2022. године;
- Рјешење број: 01-16-12-529-4/22 од 11.04.2022. године;
- Изјашњење достављено од стране уговорног органа, број: 01-16-12-529-7/22 од 25.04.2022. године и
- Другу документацију достављену од стране уговорног органа.

Прије разматрања сваког од жалбених навода појединачно, овај орган је утврдио да је уговорни орган рјешењем број: 01-16-12-529-4/22 од 11.04.2022. године, дјелимично усвојио жалбу као основану, у дијелу који се односи на тачку 7.3.1 под 2, 6,

2.2 и 2.10 тендерске документације, те да је тачком 2 диспозитива рјешења дефинисано **да ће уговорни орган посебним актом извршити измјену и допуну тендерске документације**, утврдити нови датум за преузимање тендерске документације са Портала ЈН, као и датум и вријеме пријема и отварања понуда, те исто објавити на Порталу ЈН. У образложењу спорног рјешења уговорни орган наводи начин на који ће бити извршене измјене и допуне тендерске документације. Међутим, увидом у стање списа овај орган налази да уговорни орган није извршио измјене и допуне тендерске документације, односно није исправио радњу или предузео чињење у смислу одредбе члана 100. Став (3) ЗЈН, а што је дужан учинити у случају усвајања жалбе (у цјелости или дјелимичног), тако да се недвојбено утврди посљедица разматрања и усвајања исте.

Чланом 100. Став (3) ЗЈН прописано је:

*„Ако је жалба благовремена, допуштена и изјављена од овлаштеног лица, уговорни орган, разматрајући жалбу, може утврдити да је она дјелимично или у цјелини основана, **и својим рјешењем исправити радњу, предузети чињење** или може постојећу одлуку или рјешење ставити ван снаге и замјенити је другом одлуком или рјешењем, или поништити поступак јавне набавке, те о томе обавијестити учеснике у поступку јавне набавке на начин одређен овим законом, у року од пет дана од дана пријема жалбе.“.*

Из напријед цитиране одредбе ЗЈН произилази да је уговорни орган био дужан рјешењем исправити радњу у дијелу у којем је усвојио жалбени навод, односно предузети одређено чињење у смислу исправке тендерске документације, у дијелу у којем је жалба усвојена. Као прво, овај орган налази да се рјешењем о усвајању жалбе, у смислу одредбе члана 100. Став (3) ЗЈН, одређена радња уговорног органа може исправити само диспозитивом рјешења као императивним дијелом правног акта којим се рјешава о предмету поступка у цјелости и о свим захтјевима странака, како је то прописано чланом 199. Закона о управном поступку, а што спорним рјешењем није учињено. Даље, уговорни орган није предузео чињење ни у смислу доношења измјена и допуна тендерске документације, тако да правна посљедица усвајања жалбе није изречена, а што повлачи повреду правила поступка, сходно одредби како је предње цитирана и чини оспорену одлуку правно неодрживом.

Разматрајући први жалбени навод у којем жалилац тврди да је уговорни орган у тачки 7.3.1 под 6) незаконито прописао услов услове економске и финансијске способности у вези са позитивним пословањем, овај орган је извршио увид у тендерску документацију.

У жалби на тендерску документацију жалилац наводи да је захтјев дискриминирајући јер позитивно пословање нема везе за вршењем услуга, јер негативно пословање може да буде резултат других околности (пад продаје услед пандемије и др) или у вези са продајом робе, а да понуђач успјешно може реализовати услугу. Такође није дефинисано шта се подразумијева под позитивним пословањем у смислу позитивних прописа.

Рјешењем број: 01-16-12-529-4/22 од 11.04.2022. године, уговорни орган је одбио жалбени навод као неоснован, те наводи да не може повјерити овако сложен посао понуђачу који је пословао са губицима јер без обзира како су настали, пријетња су даљем пословању предузећа. Из биланса је видљив резултат пословања јер се приказују приходи и расходи, те да ли је у коначници пословао са добицима и губитцима..

У жалби на спорно рјешење жалилац остаје при напријед изјављеном жалбеном наводу, те наводи да уговорни орган и даље не наводи којим се позицијама биланса успјеха доказује позитивно пословање..

У изјашњењу на жалбу уговорни орган да је термин позитивног пословања жалиоцу познат, што и образлаже у жалби.

Тачком 7.3.1 тендерске документације прописано је сљедеће:

"Што се тиче економске и финансијске способности, у складу са чланом 47. Закона, понуда ће бити одбачена ако понуђач не испуни сљедеће минималне услове, а који се могу потврдитит са доказима из члана 47. Закона а то су: - биланс успјеха за 2020. годину - услов позитивно пословање.".

Као прво, неоснован је жалбени приговор да услов у вези са позитивним пословањем нема никакву везу са вршењем услуга. Наиме, услови економске и финансијске способности се прописују у циљу провјере да ли је понуђач способан и компетентан да изврши предметни уговор, невезано о којој се врсти уговора ради (робе, радови или услуге), те у том смислу уговорни орган може захтјевати један или више доказа из члана 47. ЗЈН. У конкретном случају уговорни орган је захтјевао као услов да су понуђачи имали позитивно пословање у 2020. години, а као доказ је захтјеван биланс успјеха за 2020. годину, односно доказ који је прописан одредбом члана 47. Став (1) тачка ц) ЗЈН. Навод жалиоца да је негативно пословање могло да буде посљедица продаје опреме, пада продаје услед пандемије или друге пословне активности, није релевантно за оцјену способности понуђача, која се цијени његовим цјелокупним економским и финансијским капацитетом да изврши предметни уговор.

Даље, у оквиру овог жалбеног навода жалилац наводи низ случајева који могу утицати на негативно пословање, тако да је неоснован и жалбени приговор да је жалиоцу нејасан појам „позитивног пословања".

Имајући у виду све напријед наведено, **жалбени навод је неоснован.**

Разматрајући други жалбени навод у којем жалилац тврди да је уговорни орган у тачки 7.4.1 тендерске документације незаконито прописао услов у вези са успјешним искуством понуђача, овај орган је извршио увид у тендерску документацију.

У жалби на тендерску документацију жалилац наводи да се незаконитост постављеног услова односи на то да уговорни орган прихвата као један од доказа успјешног искуства и реализоване уговоре на развоју/изради софтвера што не сматра сличним уговорима јер је предмет набавке одржавање.

Рјешењем број: 01-16-12-530-4/22 од 11.04.2022. године, уговорни орган је одбио жалбени навод као неоснован, позивајући се на ширење конкуренције, те наводи да онај ко је развио софтвер зна га и одржавати.

У жалби на спорно рјешење жалилац остаје при наводима из жалбе на тендерску документацију, те наводи да уговорни орган не одговара на истински жалбени навод.

У изјашњењу на жалбу уговорни орган наводи да је поступио у складу са Законом.

Тачком 7.4.1 под 1) тендерске документације прописано је:

"Да понуђач има успјешно искуство у реализацији минимално 1 (једног) уговора који за предмет набавке има ***израду или одржавање*** *комплетног пореског софтвера који обавезно обухвата област индиректног/неизравног опорезивања на нивоу државе у посљедње три године, ... ".*

За овај орган није спорна чињеница да је циљ провођења сваког поступка јавне набавке да се омогући активна и правична конкуренција, те стим у вези и да се

пропишу квалификациони услови који ће омогућити што већу конкуренцију у поступку. Није спорна ни чињеница да уговорни орган, омогућавањем да понуђачи докажу своје искуство на сличним уговорима, потенцијално шири конкуренцију. Међутим, исто тако, уговорни орган је у поступку по жалби дужан да докаже да врсте уговора, којима се доказује успјешно искуство, представљају „исте или сличне уговоре" предмету набавке. У конкретном случају, предмет уговора је одржавање пореског софтвера у пореском подсистему Информационог система Управе за индиректно опорезивање. Захтјев који је уговорни орган дефинисао у вези са успјешним искуством је: *„успјешно искуство у реализацији минимално 1 (једног) уговора који за предмет набавке има израду или одржавање комплетног пореског софтвера који обавезно обухвата област индиректног/неизравног опорезивања на нивоу државе....* ". Као прво, уговорни орган је омогућио учешће у поступку само понуђачима који су имали успјешно искуство на реализацији уговора који су исти као предмет набавке, тако да је упитно само дефинисање овог услова. Даље, уговорни орган наводи да је неспорна чињеница да свако ко је радио на развоју пореског софтвера може бити технички спреман да одговори и захтјевима одржавања софтвера, што није довољно, аргументовано и увјерљиво образложење на основу којег се недвосмислено може закључити да послови на развоју/изради софтвера представљају исте или сличне уговоре као што је одржавање софтвера. Како се ради о веома битном услову техничке и професионалне способности, уговорни орган не може једноставним поимањем и логицирањем доносити закључке у вези са тим, него је дужан образложење засновати на објективним чињеницама везаним за технологију и комплексност израде софтвера, те исте довести у директну везу са пословима одржавања софтвера које је прописао техничком спецификацијом, а што је пропустио да учини у овом поступку по жалби.

Имајући у виду све напријед наведено, те чињеницу да уговорни орган није доказао у поступку по жалби постојање чињеница и околности на основу којих је прописао услове у вези са захтјеваним успјешним искуством на реализацији уговора, а што је био дужан у складу са чланом 102. Став (2) ЗЈН, **жалбени навод је основан.**

Разматрајући трећи жалбени навод у којем жалилац тврди да је уговорни орган у тачки 7.3.1 под 2) незаконито прописао услов у вези са ангажованим особљем, овај орган је извршио увид у тендерску документацију.

У жалби на тендерску документацију жалилац наводи да је уговорни орган постављеним условом да понуђач има запослених или ангажованих 20 чланова техничког особља на територији БиХ, извршена дискриминација по територијалном принципу јер на овај начин понуђач мора имати на територији БиХ радно ангажована лица, а не смије да их ангажује из неке друге земље, те поставља питање како се доказује да су та лица у БиХ: пријавом боравка, боравиштем, лк, држављанство и сл, те због чега би лица из БиХ била једина прихватљива ако понуђач из друге државе може да ангажује лица за знањем која говоре наш језик.

Рјешењем број: 01-16-12-530-4/22 од 11.04.2022. године, уговорни орган је дјелимично усвоји жалбени навод, те навео да ће се извршити измјене и допуне ТД, на начин да ће додати ријеч: **„доступних"** на територији БиХ, те наводи да нигдје није написао да лица морају бити из БиХ, нити је ограничио ангажман лица из других земаља, те да је дефинисао који се докази достављају (изјава, списак запослених или изјаву лица које је ангажовано да ће бити ангажовано у пуној мјери).

У жалби на спорно рјешење жалилац остаје при наводима из жалбе на тендерску документацију, те наводи да нејасно остаје и даље шта значи бити доступан у БиХ и како се доказује. За понуђаче је битно да одговоре захтјеву у вези са временом одзива и

временом вршења услуга, а ствар је понуђача како ће се организовати у смислу путовања из других држава. Не постоји правна категорија доступности, него само боравиште или пребивалиште.

У изјашњењу на жалбу уговорни орган понавља наводе из спорног рјешења и поентира на значају набавке и могућности хитних интервенција због којих је поставио услов доступности и због којих мора бити физички присутан, и не може ријешити проблем он лајн.

Тачком 7.4.1 под 2) тендерске документације прописано је следеће:

" Да има запослених или ангажованих минимално 20 (двадесет) чланова техничког особља на територији Босне и Херцеговине, који ће бити задужени за реализацију пројекта, а који не морају бити стално запослени код понуђача и то:...".

Цијенећи напријед наведене доказе, овај орган налази да уговорни орган не одговара на суштину жалбеног навода. Наиме, жалбом на тендерску документацију жалилац указује на чињеницу да може ангажовати лице из друге државе које ће извршити услугу, тако да то лице не мора бити доступно у БиХ, што је суштина жалбеног навода. Даље, жалилац и у жалби на спорно рјешење потенцира исти проблем, те наводи да се удаљеним приступом може ријешити велики дио проблема јер уговорном органу не треба на располагању моментално читав тим.

У вези са напријед наведеним, уговорни орган у свом изјашњењу наводи: *„Доступност особља на територији БиХ је неопходна, јер је пракса показала да је некад неопходно хитно присуство особља извођача на локацијама УИО у БиХ (највише у сједишту у Бањалуци, али и у Регионалним центрима), **јер је долазило до ситуација које нису могле бити ријешене даљинским приступом.** Надаље, **постоји одређен број ресурса којима се не може прићи on line приступом** због строгих безбједносних правила које прописују стандарди заштите Информационог система УИО. Такође, web серверу на ком се налазе екстерни сервиси за пословну заједницу укључујући и екстерни портал за пореске обвезнике, чије одржавање је предмет ове набавке, имају приступ само овлаштена лица УИО, те је особље извођача у обавези да се физички појави у просторијама УИО сваки пут када је потребно имплементирати неку измјену или корекцију која се тражи.".*

Дакле, уговорни орган сам наводи да ***у одређеним ситуацијама проблем се не може ријешити даљинским приступом***, те да постоји ***одређен број ресурса којима се не може прићи on line приступом***, што не мора бити спорно, али што посредно упућује на чињеницу да се дио проблема може ријешити даљинским приступом. Међутим, уговорни орган и даље инсистира на доступности свих чланова особља у БиХ, а не даје аргументовано образложење зашто сви ангажовани стручњаци морају бити доступни у БиХ, те у коначници чиме се то доказује.

Овај орган нарочито истиче да је право и обавеза уговорног органа да дефинише предмет набавке, те стим у вези да пропише рокове за извршење услуге, којих се мора придржавати извршилац услуге, као и начин извршења услуге. Такође, уговорни орган има право да се заштити уговорним одредбама од неквалитетног и неблаговременог извршења услуге. С тим у вези, за оцјену постављеног захтјева није довољно напријед наведено образложење уговорног органа, него конкретни и објективни докази, прије свега имајући у виду одредбу члана 44. Став (3) ЗЈН којом је прописано да постављени квалификациони услови не смију имати ограничавајући карактер на конкуренцију. С тим у вези, овај орган налази да је уговорни орган са условом *„доступни на територији БиХ"*, само додатно закомпликовао спорну ситуацију, да при томе није увјерљиво дао аргументацију којом заснива потребу постављања таквог специфичног захтјева, те да даје генералне осврте који су неприхватљиви код технички захтјевних

садржаја, а да очито није у довољној мјери анализирао ефекат захтјева којег поставља на несметану могућност одвијања радњи поступка и несметану припрему садржаја понуде. При томе, није доказао да је имао могућност предложити једноставнији и примјењивији садржај, те да је евидентно и усложнио и учинио нејасним постављени захтјев, умјесто да јасно и прецизно пропише обавезе које се имају извршити током реализације уговора од стране стручног особља, те начин извршења услуге и рокове у којима се услуга мора извршити.

Имајући у виду све напријед наведено, те чињеницу да уговорни орган није доказао у поступку по жалби постојање чињеница и околности на основу којих је прописао услов техничке и професионалне способности у вези са ангажованим особљем, а што је био дужан у складу са чланом 102. Став (2) ЗЈН, **жалбени навод је основан.**

Разматрајући четврти жалбени навод у којем жалилац тврди да је уговорни орган у тачки 7.4.1 под 6) незаконито прописао услов *"да понуђач посједује међународно признати сертификат ISO 25010*, овај орган је извршио увид у тендерску документацију.

У жалби на тендерску документацију жалилац спори стандард ISO 25010 наводећи да се исти односи на системе и софтверско инжињерство – захтјеве који се односе на квалитет система и софтвера и евалуацију – системе и моделе квалитета софтвера, те сматра, како је предмет набавке одржавање софтвера, да нема ни примјене моделовања софтверских захтјева и модела квалитета софтвера јер је софтвер већ моделован, пројектован и имлементиран, а сад се само одржава, те да о захтјеву, квалитету и моделу нема ријечи у ТД. Другим дијелом жалбеног навода спори чињеницу да није омогућено да се еквивалентним доказима обезбједи квалитет (чл. 48. Став (6) ЗЈН).

Рјешењем број: 01-16-12-530-4/22 од 11.04.2022. године, уговорни орган је дјелимично усвојио жалбени навод у дијелу у којем жалилац наводи да није омогућено да се еквивалентним доказима обезбједи квалитет, а други дио жалбеног навода одбија са образложењем да је модел квалитете производа према траженом стандарду дефинисан кроз 8 карактеристика, а једна је и Maintainability – Одржавање, те наводи читав текст у вези са тим. Даље наводи да ће додати напомену дефинисану чланом 48. Став (6), а уз сваки сертификат додати напомену „или еквивалент".

У жалби на спорно рјешење жалилац остаје при наводима из жалбе на тендерску документацију, те наводи да ријеч „Maintainability" не значи одржавање, него „способност – могућност да се одржава".

У изјашњењу на жалбу уговорни орган цитира дио стандарда у којем се наводи да *„стандард подразумијева рад у оквиру осигурања квалитета и функционалне стабилности софтвера и ..... рач. система, из различитих перспектива, од оних повезаних са аквизицију, захтјевима, развојем...евалуацијом, подршком, одржавањем (maintenance)*..... Даље наводи да жалилац не познаје суштину појма „одржавање софтвера", јер тај појам обухвата измјене постојећег програмског и процедуралног кода, али и одређене надоградње система због законских измјена, или измјена препознатих од УО или пословне заједнице, међународних конвенција и сл.

Тачком 7.4.1 под 6) тендерске документације прописано је да понуђач мора посједовати признати сертификат ISO 25010 који гарантује квалитет и евалуацију информационих система и софтвера, а као доказ је захтјеван оригинал или овјерена копија сертификата.

Цијенећи пажљиво аргументацију жалиоца у односу на суштину жалбеног навода, овај орган налази да жалилац комплетну аргументацију темељи на називу спорног сертификата и захтјевима у вези са његовом имплементацијом (захтјеви који се односе на квалитет система и софтвера и евалуацију – системе и моделе квалитета софтвера), што према оцјени овог органа није довољно, при томе није поентирана аргументација на основу које се недвосмислено може утврдити да спорни сертификат није у вези са предметом набавке, нарочито при околностима да се ради о стручном и технички захтјевном предмету набавке, али и питању којег истиче, па је такав приступ жалитеља оцјењен неувјерљивим.

Жалилац наводи да је предмет набавке одржавање софтвера, те да нема ни примјене моделовања софтверских захтјева и модела квалитета софтвера, али не пружа јасне и недвосмислене доказе којим заснива изнесени начелан осврт због чега сматра да је у односу на предмет набавке, сходно стању списа, уочљиво да је моделовање софтверских захтјева искључиво предмет спорне сертификације, а не одржавање, што је кључно питање у овом жалбеном поступку. Наиме, из саме чињенице да се захтјеви траженог стандарда односе на системе и моделе квалитета софтвера, не може се неспорно утврдити да се исти захтјеви не односе и на одржавање већ имплементираних модела софтвера. Са друге стране, уговорни орган прилаже као доказ извод из спорног стандарда, те наводи да се модел квалитета производа према овом стандарду састоји од осам карактеристика, од којих је једна одржавање („Maintainability“), те наводи шта обухвата одржавање према овом стандарду. У односу на ове наводе уговорног органа, жалилац, у својој жалби на рјешење о дјелимичном усвајању жалбе, спори само превод ријечи „Maintainability“, што према жалиоцу значи „способност – могућност да се одржава“, а не „одржавање“, што опет не даје одговор на питање да ли је одржавање софтверских рјешења искључено из обима спорне сертификације. При томе, жалилац не спори ни навод уговорног органа из изјашњења на жалбу, у којем се позива на исту интернет страницу ISO организације као и жалилац, те цитира дио у којем се наводи да *„стандард подразумијева рад у оквиру осигурања квалитета и функционалне стабилности софтвера и ..... рач. система, из различитих перспектива, од оних повезаних са аквизицијом, захтјевима, развојем... евалуацијом, подршком, **одржавањем** (maintenance).....*“, што додатно упућује на чињеницу да се ради о сложеној ствари, која се не може спорити само једноставним поимањем и произвољним осврtом, како то жалилац чини.

Имајући у виду све напријед наведено, овај орган налази да је неприхватљиво да жалилац, овако сложен случај који је предмет жалбеног навода, поједностављује и има намјеру засновати аргументацију у супротно, искључиво задржавајући се на једном појму: „моделовање“, које се у том смислу, а темељем чињеничног стања које износи жалилац, не може директно и искључиво повезати са цитираним описом стандарда, а при томе недвосмислено искључити везу са одржавањем софтвера који је предмет набавке.

Чланом 102. Став (3) ЗЈН прописано је да у поступку правне заштите жалилац је дужан доказати или бар учинити вјероватним постојање чињеница и разлога који се тичу повреда поступка или повреда материјалног права, што је жалилац пропустио да учини у оквиру овог жалбеног навода, напротив, таквим поједностављеним и површним приступом наведеном сложеном питању, не упућује да је успио доказати у супротно, **а што овај жалбени навод чини неоснованим**.

Разматрајући пети жалбени навод у којем жалилац тврди да је уговорни орган у тачки 7.4.1 под 7) незаконито прописао услов *"да понуђач посједује индустријску*

сигурносну дозволу степена „тајно" коју издаје Министарство сигурности БиХ.", овај орган је извршио увид у тендерску документацију.

У жалби на тендерску документацију жалилац наводи да је уговорни орган захтјевао посједовање индустријске сигурносне дозволе степена „тајно" коју издаје Министарство безбједности БиХ, али да понуђачи не могу никако доћи у додир са тим подацима је је предмет одржавања софтвер који не садржи тајне податке, а да у ТД не постоје одредбе којима се обавезује понуђач да потпише било какав уговор о повјерљивости, нити се наводи да ће понуђач доћи у додир са тајним подацима.

Рјешењем број: 01-16-12-529-4/22 од 11.04.2022. године, уговорни орган је одбио жалбени навод као неоснован, позивајући се на Закон о заштити тајних података и Правилник о индустријској сигурности, којима је прописано шта је то тајни податак, у којим областима се примјењује, ко га може прогласити тајним, те да приликом извршавања услуге понуђач може имати увид у тајне податке које је руководилац уговорног органа означио као тајне или повјерљиве, те да је заштита података битна за зажтиту интегритета и сигурности БиХ, кроз заштиту података правних и физичких лица која прометују робе и услуге, а да база података садржи све податке о царинским обвезницима, улазне излазне фактуре итд.

У жалби на спорно рјешење жалилац остаје при наводима из жалбе на тендерску документацију, те спори рјешење о дјелимичном усвајању жалбе позивајући се на чињеницу да је уговорни орган рјешењем показао да понуђач неће бити у додиру са тајним подацима јер се у софтверу складиште пореске пријаве и фактуре које уговорни орган није класификовао као тајне податке, те да уговорни орган није доставио доказ да су подаци у софтверу означени као тајни.

У изјашњењу на жалбу уговорни орган наводи да извршилац посла може у сваком моменту бити у додиру са подацима који су битни за функционисање државне институције БиХ и да су неки подаци класификовани или могу бити класификовани као тајни.....

Тачком 7.4.1 под 7) тендерске документације прописано је да понуђач мора посједовати *индустријску сигурносну дозволу степена „тајно" коју издаје Министарство сигурности БиХ*, а као доказ понуђачи су дужни доставити оригинал или овјерену копију индустријске сигурносне дозволе степена „тајно" у складу са Правилником о индустријској сигурности (Сл.гл БиХ 55/17).

Цијенећи све напријед наведено, овај орган налази да уговорни орган, у вези са спорним питањем, своју аргументацију темељи на цитирању одредби Закона о заштити тајних података и Правилника о индустријској сигурности, док не одговара на суштину жалбеног навода којим жалилац тврди да подаци који се складиште у софтверу нису класификовани као тајни подаци, те да уговорни орган не доставља доказ да је одређене податке класификовао као тајне. Како се ради о правно - релевантном питању које у значајном утиче на могућност припреме понуде и одвијање радњи поступка, то је требало предметно питање расправити увјерљивије и обухватније, а што је уговорни орган очито пропустио, па је закључивање с тим у вези, од стране уговорног органа неприхватљиво.

У вези са спорним питањем, уговорни орган није доказао најмање сљедеће спорне ствари:

Као прво, примјена Закона о заштити тајних података је ограничена на одређене области, у вези са сврхом и посљедицом које би могло да проузрокује неовлаштено откривање тајних података. У вези са тим, уговорни орган цитира одредбе Закона, те

наводи да је чланом 4. Став (1) тачка 1) Закона о заштити тајних података прописано да је тајни податак чињеница или средство које се односи на **јавну сигурност, одбрану, вањске послове или обавјештајну или сигурносну дјелатност Босне и Херцеговине**, који је потребно, у складу са одредбама Закона заштити од неовлаштених особа **и које је овлаштена особа означила ознаком тајности**. Даље наводи да је чланом 8. Закона прописано да се тајним сматра податак чије би откривање неовлаштеној особи, средствима јавног информисања, организацији, институцији, органу или другој држави, односно органу друге државе, **могло проузроковати угрожавање интегритета Босне и Херцеговине**, нарочито у области: а) јавне сигурности, б) одбране, ц) вањских послова и интереса, д) обавјештајних и сигурносних интереса БиХ, е) комуникационих и других система важних за државне интересе, судство, пројекте и планове, значајне за одбрамбену и обавјештајно – сигурносну дјелатност, ф) научних, истраживачких, технолошких, привредних и финансијских послова од важности за сигурност функционисања институција БиХ, односно сигурносних структура на свим нивоима државне организације БиХ. Дакле, уговорни орган се позива на напријед наведене одредбе Закона о заштити тајних података, при чему, осим пуког позивања на наведене одредбе, уговорни орган не расправља основно питање које се односи на утврђивање чињенице, да ли се дјелатност уговорног органа може уопште подвести под одредбе овог закона, и даље, ради ли се о области у оквиру које се *a priori* означава податак тајним, те да ли се ради о органу на који се несметано примјењују одредбе предметног Закона, а што све повлачи утврђење, на бази којег конкретно основа је уговорни орган извео закључивање у том смислу. Утврђивање ове чињенице је полазна основа за рјешавање питања законитости постављеног услова да понуђачи морају посједовати индустријску сигурносну дозволу степена „тајно“, коју издаје Министарство безбједности БиХ на основу члана 15а) Закона о заштити тајних података и члана 4. Правилника о индустријској сигурности, које цитира уговорни орган.

Даље, сљедеће спорно питање се односи на конкретан жалбени навод којим жалилац тврди да уговорни орган не складишти тајне податке у предметном софтверу, те да не прилаже доказе да је одређене податке означио као тајне. У вези са тим, уговорни орган наводи у рјешењу о дјелимичном усвајању жалбе да понуђачи, приликом извршења предметне услуге, имају могућност увида у тајне податке које је руководилац уговорног органа класификовао са степеном тајности „тајно“ и „повјерљиво“. У изјашњењу на жалбу уговорни орган такође наводи да *„Извршилац посла може у сваком моменту бити у додиру са подацима који су битни за функционисање државне институције БиХ, **и да су неки од њих класификовани или могу бити класификовани као „тајни**“*, али не прилаже доказ да је руководилац уговорног органа одређене податке класификовао као тајне, како би тврдње с тим у вези биле увјерљиве.

На крају, у вези са напријед наведеним, ако је руководилац уговорног органа и донио одлуку да одређене податке у предметном софтверу означи као тајне, за што не прилаже доказе, уговорни орган је дужан доказати да се, и усљед којих конкретно околности, таква одлука подводи под одредбе Закона о заштити тајних података, односно да се на класификоване тајне податке примјењују одредбе овог закона, што је услов да би уговорни орган могао захтјевати спорну индустријску сигурносну дозволу степена „тајно“.

Имајући у виду све напријед наведено, а прије свега чињеницу да уговорни орган није доказао да је податке у предметном софтверу означио као тајне, а нарочито да се исти нужно подводе под одредбе Закона о заштити тајних података, што је био

дужан учинити у поступку по жалби у складу са чланом 102. Став (2) ЗЈН, **жалбени навод је основан.**

Разматрајући шести жалбени навод у којем жалилац тврди да је уговорни орган у тачки 7.4.2 под 8) незаконито прописао *Изјаву о посједовању Сервице Деск-а који је у функцији 24 сата, 7 дана у седмици ...*, овај орган је извршио увид у тендерску документацију.

У жалби на тендерску документацију жалилац наводи да је уговорни орган незаконито захтјевао изјаву од понуђача да ће омогућити увид уговорном органу у тражену инфраструктуру сервис деска на локацији понуђача јер се увид не може вршити током оцјене понуда, да то није прописно законом, те да уговорни орган није прописао какву инфраструктуру захтјева, те да не постоји опис сервис деска. Жалилац наводи да је уговорни орган могао тражити само потврду из члана 50. Тачка ф). ЗЈН.

Рјешењем број: 01-16-12-529-4/22 од 11.04.2022. године, уговорни орган је одбио жалбени навод као неоснован, са образложењем да закон није ограничио омогућавање увида, а да је уговорни орган поступио у складу са чланом 50. Тачка ф) ЗЈН.

У жалби на спорно рјешење жалилац остаје при наводима из жалбе на тендерску документацију.

Тачком 7.4.1 под 8) тендерске документације прописано је следеће:

„Изјава о посједовању Service Desk-а који је у функцији 24 сата, 7 дана у седмици доступан путем: телефона, говорне поште, е-маил-а и сервисног web портала у сврху пријаве и евиденције неправилности (инцидената) у раду софтвера од стране корисника. У Изјави навести ***да ће представницима Уговорног органа бити омогућен увид у тражену инфраструктуру, на локацији Понуђача и/или путем телефона, за вријеме евалуације понуда.*** *Неомогућавање увида или незадовољавање техничких услова Service Desk-а сматраће се не испуњавањем техничке оспособљености Понуђача и исти ће бити елиминисан из даљње процедуре јавне набавке.".*

Имујући у виду приговор жалиоца да уговорни орган не може у току оцјене понуда вршити увид у инфраструктуру сервис деска на локацији понуђача, као прво, овај орган налази да жалилац правилно закључује да уговорни орган прописује овај услов, али не дефинише какву инфраструктуру захтјева, те на који начин ће оцјенити испуњеност услова у вези са инфраструктуром сервис деска, а што је основна претпоставка да би се наведени садржај несметано и провео. Даље, када прописује услове и доказе техничке и професионалне способности код јавне набавке услуга, уговорни орган је дужан да се придржава одредби члана 50. ЗЈН којим је прописано да уговорни орган може захтјевати један или више доказа о техничкој и професионалној способности, а између осталог, тачком ф, на коју се позива и уговорни орган и жалилац, дефинисано је: *„потврду кандидата/понуђача о прихватању поступка контроле услуга сложеније врсте или услуге која изузетно треба да служи некој посебној сврси, коју спроводи уговорни орган или у његово име надлежни орган земље сједишта привредног субјекта, а која се односи на производне капацитете привредног субјекта и, ако је потребно, на начин израде студија и истраживања, те мјере за контролу квалитете које користи привредни субјекат;"*. Међутим, уговорни орган погрешно закључује да се ова законска одредба односи на контролу инфраструктуре понуђача у фази оцјене понуда. Наиме, одредбом је јасно дефинисано да се потврда понуђача, која се доставља уз понуду, односи на прихватање **поступка контроле услуге сложеније врсте**, дакле укључује таква обиљежја услуге, и друго што произилази из предметне одредбе је да се

ради о фази поступка чији смисао и примјена није повезан за тренутак евалуације понуде, већ за касније активности поступка, у којима ће се уговорни орган ближе упознати са начином и методологијом остварења посла у вези са предметом набавке, а тиме и бити способан извршити контролу услуге. Другачији приступ примјене предметне одредбе не може довести до истог сврсиходног резултата као што би довео у фази поступка када је уговорни орган цјеловитије упознат са технолошким и функционалним опредјељењем које користи привредни субјект. Даље, неспорно је да уговорни орган може, у складу са чланом 50. Тачка е) ЗЈН, прописати услове и доказе у вези са оцјеном техничке опремљености понуђача, које су понуђачи дужни доставити уз понуду, али постављени услови морају бити јасни и прецизни, како је то прописано чланом 44. Став (3) ЗЈН, а што у конкретном случају уговорни орган није очито постигао.

Имајући у виду све напријед наведено, **жалбени навод је основан.**

Разматрајући седми и осми жалбени навод у којем жалилац тврди да је уговорни орган у тачки 7.4.1 под 2.1 и 2.2 незаконито прописао услов за Вођу пројекта и Експерта за анализу пословних процеса, овај орган је извршио увид у тендерску документацију.

У жалби на тендерску документацију жалилац наводи да је дискриминаторски услов да вођа пројекта и експерт за анализу пословних процеса имају пет година професионалног искуства, када је потребно за стицање сертификата PMP и PMI-PBA само 36 мјесеци у одређеној области, те да вођење пројектом и анализа пословних процеса нису описани у техничкој спецификацији, па не постоји директна веза између тражених сертификата и техничког описа услуге.

Рјешењем број: 01-16-12-529-4/22 од 11.04.2022. године, уговорни орган је дјелимично усвојио жалбу на тачку 2.2 ТД (седми жалбени навод), у вези чега ће извршити допуну тендерске документације, док је остале жалбене приговоре одбио као неосноване са образложењем да се ради о два различита услова, те да је чланом 50. ЗЈН прописано да уговорни орган може тражити један или више доказа техничке и професионалне способности.

У жалби на спорно рјешење жалилац остаје при наводима из жалбе на тендерску документацију, позивајући се на чињеницу да је уговорни орган само у двије реченице дефинисао пословну анализу у вези законских промјена, те да се ради о гомилању захтјева.

У изјашњењу на жалбу уговорни орган наводи да је поступио у складу са чл. 50. тачка б) ЗЈН, имајући у виду значај и комплексност система.

Тачком 7.4.1 под 2.1 и 2.2 тендерске документације прописано је следеће:

*„2.1. **Вођа пројекта**, одговоран за реализацију свих активности, координацију, контролу и комуникацију са Наручиоцем – један извршилац који мора испуњавати сљедеће услове:*

*- минимално **5 (десет) година** професионалног радног искуства;*

- висока стручна спрема (ВСС) техничког смјера;

- искуству у вођењу минимално једног пројекта у области информационих технологија, развоја или одржавања софтвера;

*- да посједује валидан сертификат из области управљања пројектима **PMP** (Project Menagement Professional) или еквивалент.*

*2.2 **Експерт за анализу пословних процеса** – најмање један извршилац који мора испуњавати сљедеће услове:*

*- минимално **5 (пет) година** професионалног радног искуства;*
- висока стручна спрема (ВСС) техничког смјера;
*- да посједује валидан сертификат којим се потврђује стечено знање из области анализе пословних процеса, **PMI-PBA** (Project Menagement Institute - Professional in Business Analysis) или еквивалентан међународно признат сертификат из области пословне анализе (не признаје се потврда о одслушаном курсу)..... ".*

У рјешењу о дјелимичном усвајању жалбе уговорни орган наводи да ће извршити допуне тендерске документације, у вези са тачком 2.2, додајући у техничкој спецификацији, у дијелу „Опис предмета набавке", следећи текст:

„Анализу пословних процеса која представља анализу утицаја законских промјена на пословне процесе и примјену истих у порески софтвер, анализу утицаја интеграција са осталим апликацијама и утицај на размјену и могуће промјене у пореском софтверу. Такође, анализа пословних процеса подразумијева консултације у вези начина и промјене интерних процеса везаних за предмет набавке ради постизања боље ефикасности и побољшања услуга пореским обвезницима.".

Цијенећи све напријед наведено, овај орган налази да је уговорни орган тачком 2.1 дефинисао обавезе вође пројекта на начин да је исти *одговоран за реализацију свих активности, координацију, контролу и комуникацију са Наручиоцем*, те да је у вези са тачком 2.2 усвојио дио жалбеног навода.

Оно што је као прво спорно, је чињеница да уговорни орган контрадикторно одређује услов прописан тачком 2.1 за вођу пројекта, наводећи да се захтјева, бројем „5" година искуства, а словима „десет" година, тако да постављени услов није јасан и прецизан, што је противно одредби члана 44. Став (3) ЗЈН.

Међутим, овај орган налази да није спорна чињеница да уговорни орган тендерском документацијом може прописати један или више услова техничке и професионалне способности, али се мора радити о минимуму квалификационих услова који не смију имати ограничавајући карактер на конкуренцију, како је то прописано чланом 44. Став (3) ЗЈН, нити да се беспотребно усложњавају радње поступка уколико наметање додатних захтјева понуђачима нема сврху, нити је везано са предметом набавке. С тим у вези, није довољно образложење уговорног органа из рјешења о дјелимичном усвајању жалбе, у којем се наводи да су тражене године професионалног радног искуства и године потребне за стицање сертификата два различита услова која нису повезана, те да строге услове захтјева комплексност и значај система који се одржава. Међутим, уговорни орган не наводи ниједан конкретан разлог којим оправдава сврху опредјељења за такав захтјев или постојање специфичних околности, нити покушава да образложи захтјев којим је прописао минимално пет (или десет) година професионалног радног искуства за вођу пројекта и пет година за експерта за анализу пословних процеса, а не спори чињеницу да је за стицање спорних сертификата потребно 36 мјесеци радног искуства у траженој области. Разлози за прописивање сваког од квалификационих услова морају бити објективни, разумни и доказиви. У конкретном случају, уговорни орган је у поступку по жалби пропустио да образложи разлоге због којих је захтјевао више година професионалног искуства од година искуства које су потребне за стицање сертификата, те пропустио да укаже на евентуалну специфичност и потребу за траженим годинама радног искуства у односу на године које су потребне за стицање сертификата, што неспорно уговорни орган и не покушава да докаже. Уговорни орган не може правдати постављање спорних услова само комплексношћу и значајем система који се одржава, и то начелним освртом, него мора јасном и објективном аргументацијом доказати да лице које посједује захтјеване

сертификате, а за чије стицање је потребно мање година искуства, нема довољно професионалног искуства за извршење конкретне услуге, те указати на специфичности професионалног искуства у односу на техничке захтјеве предметне набавке.

Имајући у виду све напријед наведено, те чињеницу да уговорни орган није доказао у поступку по жалби постојање чињеница и околности на основу којих је прописао услове техничке и професионалне способности за вођу пројекта и експерта за анализу пословних процеса, а што је био дужан у складу са чланом 102. Став (2) ЗЈН, **жалбени наводи су основани.**

Разматрајући девети жалбени навод у којем жалилац тврди да је уговорни орган у тачки 7.4.1 под 2.10 незаконито прописао услов за чланове тима за одржавање апликативног софтвера, овај орган је извршио увид у тендерску документацију.

У жалби на тендерску документацију жалилац наводи да у техничкој спецификацији, односно опису предмета посла, не постоји нигдје навод да је Нови порески софтвер базиран на оквиру ASP.NET MVC, дословно. Стога познавање овог оквира за пројектовање софтвера никако не мозе бити услов за учешће у предметном поступку, који нема јасну и директну везу са предметом набавке.

Рјешењем број: 01-16-12-529-4/22 од 11.04.2022. године, уговорни орган је усвојио жалбени навод, у вези чега ће извршити допуну тендерске документације, на начин да ће у дијелу техничке документације „*Карактеристике и модули Новог пореског софтвера*", допунити четврти пасус реченицом: „*CORE систем и јавни портал, као web апликације, развијену су коришћењем ASP.NET MVC frameworka*".

У жалби на спорно рјешење жалилац остаје при наводима из жалбе на тендерску документацију, те спори рјешење о дјелимичном усвајању жалбе, позивајући се на чињеницу да је уговорни орган једном полуреченицом извршио допуне тендерске документације, што није довољно.

У изјашњењу на жалбу уговорни орган наводи да је за одржавање софтвера потребно ангажовати особље које познаје *framework* технологију.

Тачком 7.4.1 тендерске документације прописано је следеће:

„*2.10. Чланови тима за одржавање апликативног софтвера – најмање 6 (шест) извршиоца који испуњавају услове:*
- минимално 3 (три) године искуства у раду на технологијама на којима почива „Нови порески софтвер" (ASP.NET MVC, SQL Сервер екосистем, Infinica CCM)."

Цијенећи напријед наведене доказе, овај орган налази да је уговорни орган, усвајајући жалбени навод, указао на недостатак тендерске документације у вези са дефинисањем технологије на којој је заснован порески софтвер који се одржава. Међутим, уговорни орган не одговара на кључно питање на којем се инсистира жалбеним приговором, а којим се указује на чињеницу да је технологија ASP.NET MVC оквир за **софтверско пројектовање**, те да у том смислу не постоји јасна и директна веза траженог услова са предметом набавке (**одржавање**). Дакле, уговорни орган не расправља спорно питање, чиме би евентуално увјерио овај орган да је постављени услов сразмјеран предмету набавке.

Овај орган нарочито истиче да се у конкретном случају, као и код већине жалбених навода, ради о комплексним техничким питањима за која је потребна широка стручна елаборација, те у том смислу аргументација уговорног органа мора бити

свеобухватна, јасна и прецизна, те поткријепљена необоривим доказима, што у конкретном случају изостаје.

Имајући у виду чињеницу да уговорни орган није доказао у поступку по жалби постојање чињеница и околности на основу којих је прописао услов техничке и професионалне способности за напријед наведена стручна лица, а што је био дужан у складу са чланом 102. Став (2) ЗЈН, **жалбени навод је основан**.

Разматрајући десети жалбени навод у којем жалилац тврди да је уговорни орган у тачки 7.3.1 тачке 2.7 и 2.8 тендерске документације, незаконито прописао услов за позицију Експерта за корисничку подршку Service Desk-а и Аналитичара за рад у центру за корисничку подршку Service Desk-а, овај орган је извршио увид у тендерску документацију.

У жалби на тендерску документацију жалилац наводи да уговорни орган захтјева експерта за корисничку подршку Service Desk-а са сертификатом ITIL MALC, те аналитичара за рад у центру за корисничку подршку Service Desk-а са сертификатом ITIL Fundation. Жалилац трди да се ради о сертификацијама из области методологије приступа подршци за IT услуге, а методологија уопште није предмет јавне набавке у техничкој спецификацији. Жалилац спори што два лица са основним и вишим знањем методологије требају бити ангажована на предметном уговору, а познавање методологије је само пожељно додатно знање на друга инжињерска знања, која су у суштини битна за предметни уговор, јер се ради о инжињерском послу – IT услугама, а не о методологији.

Рјешењем број: 01-16-12-529-4/22 од 11.04.2022. године, уговорни орган је одбио жалбени навод као неоснован, са образложењем да се ради о комплексном систему од значаја за функционисање државе. Да је ITIL Fundation основни, први сертификат у процесу ове сертификације, а да је ITIL MALC последња степеница за стицање звања експерта и представља ниво више од пружања обичне подршке. Наводи преводе из званичног силабуса за ITIL MALC, те наводи да овај сертификат не обухвата само методологију већ и оквир за квалитетно одржавање софтвера који обухвата и комуникацију и управљање и примјену начина вођења одржавања и корисничке подршке, те цитира силабус за овај сертификат. Даље наводи која је циљана публика за стицање сертификата.

У жалби на спорно рјешење жалилац остаје при наводима из жалбе на тендерску документацију, те наводи да уговорни орган ничим не оправдава, те не подупире доказима, осим што тврди да је оправдано због сложености услуге.

У изјашњењу на жалбу уговорни орган се позива на образложење из рјешења број: 01-16-12-529-4/22 од 11.04.2022. године.

Тачком 7.4.1 тендерске документације прописано је, између осталог, следеће:

„2.7. Експерт за корисничку подршку Service Desk-а - најмање један извршилац који мора испуњавати сљедеће услове:

- најмање 5 (пет) година радног искуства;

- сертификат о познавању методологије приступа подршци и управљању IT услугама- ITIL Certificate in Managing Across the Lifecycle (MALC) или еквивалент;

- висока стручна спрема (ВСС).

2.8. Аналитичар за рад у центру за корисничку подршку (Service Desk) - најмање два извршиоца који морају испуњавати сљедеће услове:

- најмање 5 (пет) година радног искуства у пословима рада у центру за корисничку подршку;

- сертификат о познавању методологије приступа подршци и управљању IT услугама (ITIL Fundation Certificate in IT Service Management) или еквивалент;
- висока стручна спрема (ВСС). ".

Цијенећи напријед наведене доказе, овај орган налази да уговорни орган детално описује компетенције *Експерта за корисничку подршку Service Desk-a* који посједује сертификат *ITIL Certificate in Managing Across the Lifecycle (MALC)*, те наводи изводе из званичног силабуса за овај сертификат. Међутим, уговорни орган пропушта да одговори на конкретно питање жалиоца, зашто се захтјевају два стручњака за иста питања сервисне подршке, исти посао. Наиме, уговорни орган не може правдати захтјев за ангажовање три извршиоца са два различита сертификата само чињеницом *да се ради о комплексном систему од значаја за функционисање цијеле државе,* или наводом *да је сертификација важна јер даје кандидатима вјештине да омогуће извршење сервиса и услуга кроз различите нивое и типове подршке,* те наводом *да је циљ уговорног органа да осигура већи квалитет подршке за софтвер од државног значаја због чега тражи и друга IT знања која су битна за предметни уговор и знања из начина пружања IT подршке.* Уговорни орган тиме паушално и неодређено упућује на наведене разлоге, генералним приступом, а што није довољно, а стога ни прихватљиво. Наиме, оно што уговорни орган пропушта да образложи и аргументује је веза између компетенција које се стичу траженим сертификатима и техничких захтјева које је уговорни орган дефинисао техничком спецификацијом. Уговорни орган детаљно описује компетенције које стиче лице са сертификатом ITIL MALC, сматрајући их битним за начин пружања IT подршке, али не доводи у директну везу потребу за стручним знањима ове особе са захтјевима које је прописао техничком спецификацијом. Овај орган истиче да је право уговорног органа да ангажује стручна лица која су неопходна за извршење уговора, али сваки од постављених услова мора бити минималан, јасан и прецизан, уз увјерљиво образложење којим се доводи у везу постављени захтјев са предметом набавке, те нужност опредјељења за исти, те не смије имати ограничавајући ефекат на конкуренцију. У вези са тим, уговорни орган је дужан у поступку по жалби доказати да су захтјеви у вези са ангажовањем стручних лица оправдани, те указати на техничке захтјеве/опис посла који одговарају искључиво стручним знањима лица за које прописује посебне услове у вези са професионалним квалификацијама.

Имајући у виду све напријед наведено, те чињеницу да уговорни орган није доказао у поступку по жалби постојање чињеница и околности на основу којих је прописао услов техничке и професионалне способности за напријед наведена стручна лица, а што је био дужан у складу са чланом 102. Став (2) ЗЈН, **жалбени навод је основан.**

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

Повратуплаћених средстава по основу накнаде за покретање жалбеног поступка, у износу од 7.500,00 КМ, извршиће се посебним актом, у складу са чланом 108. став (7) ЗЈН и чланом 4. Инструкције о начину уплате, контроле и повратанакнада прописаних чланом 108. Закона о јавним набавкама.

Упутство о правном средству

Ово рјешење је коначан управни акт. Против овог рјешења може се поднијети тужба у управном спору пред Судом Босне и Херцеговине у року од 30 дана од дана пријема рјешења.

Такса на тужбу износи 100,00 КМ.

ПРЕДСЈЕДАВАЈУЋИ
КАНЦЕЛАРИЈЕ ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ
Марко Колобарић, дипл. правник

Доставити:

1. „SIRIUS 2010“ д.о.о. Бања Лука, Првог крајишког корпуса 18, 78000 Бања Лука
2. Управа за индиректно опорезивање БиХ, Бана Лазаревића бб, 78000 Бања Лука
3. Евиденцији
4. а/а