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

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ
ФИЛИЈАЛА БАЊА ЛУКА

BOSNIA AND HERZEGOVINA
PROCUREMENT REVIEW BODY
BRANCH OFFICE BANJA LUKA

26 -08- 2022

Број: ЈН2-02-07-1-1759-6/22
Бања Лука, 18.08.2022.године

Канцеларија за разматрање жалби Босне и Херцеговине, Филијала Бања Лука рјешавајући по жалби потенцијалног понуђача: "ALF-OM" д.о.о. Бања Лука, без броја 20.06.2022. године, заступаног по пумоћнику Златану Алагићу, адвокату из Високог изјављеној на на Тендерску документацију, број 02-014-528.2/22 од 09.06.2022. године, уговорног органа град Источно Сарајево, у поступку јавне набавке услуге закупа мултифунционалних уређаја за потребе градске управе и територијалне ватрогасне јединице града Источно Сарајево, који се води путем конкурентског захтјева за достављање понуда, на основу члана 111. ст. (1) тачка ц) и ст. (10) Закона о јавним набавкама („Службени гласник БиХ", број 39/14), на сједници Вијећа одржаној дана 18.08.2022. године донијела је:

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. Жалба се одбија као неоснована.
2. Одбија се захтјев за повратак уплаћених средстава на име накнаде за покретање жалбеног поступка.
3. Одбија се захтјев за надокнаду трошкова састава жалбе по пуномоћнику.

О б р а з л о ж е њ е

Дана 09.06.2022. године уговорни орган град Источно Сарајево (у даљем тексту: уговорни орган) објавио је обавјештење о набавци број 576-7-2-42-3-16/22 у поступку јавне набавке услуге закупа мултифунционалних уређаја за потребе градске управе и територијалне ватрогасне јединице града Источно Сарајево, који се води путем конкурентског захтјева за достављање понуда.

Против тендерске документације потенцијални понуђач "ALF-OM" д.о.о. Бања Лука (у даљем тексту: жалилац) изјавио је жалбу, коју је уговорни орган у складу са чланом 100. став (5) Закона о јавним набавкама заједно са Изјашњењем на жалбу прослиједило Канцеларији за разматрање жалби, Филијала Бањалука.

Жалилац улаже жалбу због:
- повреде одредаба Закона о јавним набавкама БиХ;

- повреде одредаба Упутства за припрему модела тендерске документације и понуда;
- битне повреде одредаба поступка;
- погрешног и непотпуно утврђеног чињеничног стања;
- погрешне примјене материјалног права.

Жалилац заснива жалбене наводе на сљедећим чињеницама:
- да је Спецификација са искључивим захтјевом да предметни уређаји буду БЕЗ ХДД-а искључиво прилагођена условима који одговарају искључиво једном произвођачу и то Xerox или Lexmark, па слиједом наведеног закључује се да уколико неки од потенцијалних понуђача нема уређај који је по својим карактеристикама чак и лошијих перформанци исти апсолутно и не може учествовати у овом поступку јавне набавке, а што је супротно члану 3. ЗЈН-а јер се таквим условима не осигурава принцип ЗЈН-а да се у поступку јавне набавке према кандидатима/понуђачима понаша једнако и недискриминирајуће, на начин да осигура правичну и активну конкуренцију, с циљем најефикаснијег коришћења јавних средстава у вези с предметом набавке и његовом сврхом. Жалитељ истиче нејасан став уговорног органа да исти у ТД поставља услов којим се захтјева уређај слабијих перформанси, те сматра да оваквим условима из ТД уговорни орган занемарује основне принципе Закона о јавним набавкама и то: принцип економичности и ефикасности. На основу свега наведеног, жалилац истиче да прописани услов није усклађен према одредбама ЗЈН-а, него је исти усклађен према напријед предодређеном понуђачу који испуњава постављене услове, а све са циљем дискриминације свих других потенцијалних понуђача који би несметано могли испунити услове из тд са понудама које нису унапријед предодређене за одабраног понуђача. Такође, оправдање које је уговорни орган понудио у одговору на постављено питање поред чињенице што исто директно упућује на потенцијалне добављаче и брендове, истиче се да исто није у складу са Законом о јавним набавкама БиХ и то из разлога стоје услов везан за искључење хард диска базиран на претпоставкама које не оправдавају такав став. Из оваквог образложења се закључује да уговорни орган има бојазан од евентуалне могућности снимања личних података на хард диск па се из тог разлога захтјева услов искључења боље перформанце у односу на оне које су лошије, а стоје недопустиво. Када би се уговорни орган држао стриктно таквих услова онда се поставља питање уопште сврсисходности овог предмета набавке, јер је злоупотреба са уређајима могућа у сваком другом смислу и без снимања садржаја скенираних или принтаних докумената, снимали се исти или не...Поред чињенице што уговорни орган прејудицира могућност злоупотребе, истиче се да не постоји законска могућност искључења било којег штетника да унапријед не надокнади штету коју би евентуално проузроковао оштећеном. Опће прихваћени принцип из члана 154. Закона о облигационим односима гласи: *„ко другоме проузрокује штету дужан је накнадити је, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице"*.
Закон не познаје претпостављену или прејудицирану кривицу, па према томе и нема мјеста бојазни уговорног органа и из тог разлога онемогућавање учешћа у овом поступку јавне набавке.
Такође, уговорни орган је могао прописати и евентуално услов у ТД према којем би се потенцијални понуђачи обавезали софтверски искључити могућност снимања на ХДД, а исти свакако одговарају за сваку штету коју причине уређаји уговорном органу, били они са хард диском или не...

У коначници, потенцијалну злоупотребу са предметном набавке могу уговорном органу начинити само његови упосленици који ће и користити предметне уређаје а никако потенцијални понуђачи који нуде услугу изнајмљивања уређаја.

Такође, у кначници сваки потенцијални понуђач који нуди такве уређаје је у могућности и оставити у трајно власништво наведени хард диск самом уговорном органу или чак исти уништити након истека периода закључења уговора, што је још једна од могућности дефмисања условима из ТД који се може обезбиједити простом изјавом, а никако ограничити учешће искључењем софистицираније уређаја оним који је слабијих карактеристика...

Додатно, неконзистентност услова из ТД се огледа и у поређењу спорног цитираног услова „без ХДД- а" у односу на замјенске уређаје који се морају обезбиједити уколико дође до квара на постојећим, а које условима из ТД захтјева уговорни орган.

Тако је према условима из ТД уговорни орган прописао:

11.4. Техничка и професионална способност

в) да гарантује максимално вријеме одзива на сервисни позив у времену од 2 (два) сата у ком максималном року мора да изврши отклањање квара или доставу са инсталацијом замјенског уређаја истих или бољих карактеристика. Нелогично је да основни предмет уговорни орган захтјева без ХДД-а, али замјенски који понуђачи морају обезбиједити могу бити и бољих карактеристика, дакле и са ХДД... Оваквим условима се засигурно не остварује принцип једнаког третмана и транспарентности, што све упућује на закључак да прописани услов није разборит и јасан те је исти у супротности са чланом 3. ЗЈН-а јер исти очигледно није транспарентан. Оваквим чином уговорни орган је озбиљно нарушио принцип најефикаснијег кориштења јавних средстава у вези с предметом набавке и његовом сврхом из члана 3. ЗЈН-а, јер поставља се питање остварења циља оваквом набавком у којој се постављени услови дефинишу у искључењу уређаја бољих карактеристика и сразмјемости предмета и сврхе набавке које прописује законодавац, а што би у коначници получило резултатом који не одражава конкурентност и што све у крајњем доводи до набавке која не би значила и остварење циља најефикаснијег кориштења јавних средстава.

Нема сумње како су постављени услови из ТД уговорног органа на оваквом предмету јавне набавке дискриминатоми и искључиви те се истим онемогућује конкурентно учешће потенцијалним понуђачима којима би закон омогућио да учествују у овом поступку набавке радова, односно прописивањем таквог поступка набавке стварају се основе да се само одређеном понуђачу настоје прилагодити услови из ТД за којег се и припрема предметни поступка јавне набавке. Цијенећи поједине услове у ТД које овај Уговорни орган захтјева, жалитељ истиче да је забрањено услове из ТД креирати према (не)могучностима потенцијалних понуђача, прописујући услове који немају упориште у материјалним прописима за предметну област нити су услови сразмјеми са предметом набавке, а такво поступање је очигледно у супротности са основним принципима ЗЈН-а. Овакво поступање уговорног органа са задатим условима и критеријумима из ТД-а нема карактер недискриминирајућег поступања, нити су постављени услови и критерији на које се упућује жалбом дефинисани на начин којим се осигурава правична и активна конкуренција, а стоје све у супротности са основним начелима ЗЈН-а. Напротив, ожалбеним условима из ТД-е уговорни орган врши дискриминацију још и прије подношења понуда у погледу ограничења учешћа потенцијалних понуђача са ефектом неједнаког третмана према свим потенцијалним учесницима у поступку.

Оваквим условима из ТД-а уговорни орган је прекшио одредбе Закона о јавним набавкама БиХ и подзаконских аката. Са свега напријед наведеног, потенцијални понуђач АЛФ-ОМ д.о.о. Бања Лука цијени да је у овој жалби указао на довољно неправилности којима се ограничава конкуренција и чини дискриминација од стране уговорног органа уз грубо кршење Закона о јавним набавкама БиХ и Упутства за припрему модела тендерске документације, те у складу са Законом о јавним набавкама БиХ, а у вези са Законом о управном поступку.

Жалилац предлаже да уговорни орган изврши измјену предметне тендерске документације или поништи у цјелости предметни поступак јавне набавке.

Жалилац тражи повратак накнаде за покретање жалбеног поступка и трошкова за састав жалбе у износу од 1.228,50 КМ са ПДВ-ом.

Уговорни орган је доставио изјашњење по жалби, број 02-014-528.10/22 од 28.06.2022. године у којем предлаже да се жалба одбије као неоснована.

Жалилац је, дана 08.07.2022.године доставио одговор на изјашњење уговорног органа у којем наводи да остаје код свих жалбених навода, цијенећи да је став уговорног органа са оваквим условима из ТД дискриминаторан.

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

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

Жалба је неоснована.

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

Предметном жалбом жалилац оспорава тачку 7. Тендерске документације ставка 12 гдје постављени услов да „мултифункционални уређај" као предмет јавне набавке не смије имати хард диск као саставну компоненту, сматрајући да је спорни услов прилагођен условима који одговарају искључиво једном произвођачу и то Xerox или Lexmark, те да се истим ограничава конкуренција и чини дискриминација од стране уговорног органа.

Увидом у тендерску документацију, овај орган је утврдио да су у тачки 7. тендерске докумментације која носи назив *„Предмет и опис предмета јавне набавке"* (страна 4. тендерске документације) прописане техничке карактеристике мултифунционалних уређаја, те је између осталог, у дијелу *„HDD"* прописана карактеристика *„Искључиво без hdd-а"*.

Уговорни орган у изјашњењу наводи: *„Постављени услов предвиђен ТД да „мултифункционални уређај" као предмет јавне набавке не смије имати хард диск као саставну компоненту ни на који начин се не може сматрати као услов који је постављен са циљем дискриминације према потенцијалним понуђачима, а самим тим ни као услов који фаворизује неке понуђаче.*

Предвиђена спецификација у потпуности одговара и усклађена је са техничко-безбједоносним потребама уговорног органа и као таква задовољава наше потребе, те би било какве измјене нарушиле функционалност система.

Уговорни орган је приликом дефинисања услова који се тичу техничких карактеристика предмета јавне набавке, дефинисао да „мултифункционални уређај" не смије имати хард диск прије свега из потребе заштите личних података. На тај начин поред општег принципа о заштити личних података, уважиле су се и препоруке Агенције за заштиту личних података."

Жалилац у одговору на изјашњење наводи: "*... остаје код жалбе и свих жалбених навода истакнутих у истој, те истовремено због неаргументованог и паушалног очитовања на жалбене наводе од стране Уговорног органа исти има потребу из предострожности и да се осврне на поједине наводе уговорног органа из одговора на жалбу, број: 02-014-528.10/22 од 28.06.2022. године. Предњи став уговорног органа је необразложен. Исти је необјективан и неаргументован а уједно и без законитог упоришта којим би се такав навод уистину и оправдао. Цитирано образложење уговорног органа није у складу са Чланом 200. став 2. Закона о управном поступку БиХ будући да став уговорног органа не садржи изведене доказе и утврђено чињенично стање, разлоге који су били одлучујући при оцјени доказа, разлоге због којих није уважен који од захтјева странака, разлоге који с обзиром на утврђено чињенично стање упућују на онакво рјешење како је дато у диспозитиву и правне прописе на основу којих је ријешена управна ствар.*
Став уговорног органа према којем постављени ус лов из ТД се ни на који начин се не може сматрати као услов који је постављен са циљем дискриминације према потенцијалним понуђачима, је необразложен и непоткријепљен било којим законским одређењем, па се исти третира као слободна воља и паушалан закључак који није објективан.
Са друге стране, уговорни орган није дао адекватан одговор зашто тражени уређаји који су софистицираниј и, модернији и који посједују ХДД чије дејство је нпр. искључено, ограничено или блокирано не би одговарали у потпуности са техничко-безбиедоносним потребама уговорног органа.
Наводна потенцијална могућност злоупотребе ХДД-а коју инсинуира уговорни орган је искључиво ствар личне несигурности у упосленике уговорног органа, а таква потенцијална могућност злоупотребе личних података се искључује другим средствима контроле властитих радника који би могли злоупотријебити сваки документ који се изради у уговорном органу био он на ХДД уређају или не, па је са наведеног аспекта беспредметан навод уговорног органа којим се прописује услов за лошију робу ради наведених разлога...

Нити једна одредба Закона о заштити личних података БиХ не прописује забрану да уређаји на којима се обрађују лични подаци грађана не смију имати ХДД, с тим у вези поставити такав услов у ТД је апсолутно незаконито.

Чланом 1. Закона о заштити личних података БиХ прописан је циљ Закона да се на територији Босне и Херцеговине свим лицима, без обзира на њихово држављанство или пребивалиште, обезбиједи заштита људских права и основних слобода, а нарочито право на приватност и заштиту података у погледу обраде личних података који се на њих односе. То је универзално право којем тежи цјелокупан систем, а када би се овако рестриктивно тумачиле одредбе закона како то наводи уговорни орган онда се лични подаци не би никако нити обрађивали, па се поставља питање постојања цјелокупног управног и административног државног система...

Уговорни орган, учесници у поступку израде и прикупљања личних података права грађана која се гарантују и штите Законом о заштити личних података БиХ може повриједити на небројено начина, а не само уређајима који имају ХДД или не, па циљ свих закона укључујући исти није апсолутно искључити могућност његове примјене, него предвиђети санкције уколико дође до повреде закона.

Уговорни орган у свом изјашњењу наводи да су се оваквим рестриктивним условом наводно уважиле и препоруке Агенције за заштиту личних података, мада таквих препорука у садржају списа нема!!! Жалитељ истиче да не постоји нити један документ Агенције за заштиту личних података који забрањује употребу ХДД на мултифункционалним уређајима.

Додатно жалитељ истиче даје уговорном органу утекако позната чињеница да чак и сам уговорни орган као што је Агенција за заштиту личних података БиХ, затим уговорни орган и то комплетан МУП Републике Српске, уговорни орган као што је Општина Дервента, Општина Србац, Општина Приједор, Општина Нови Град па чак и сам уговорни орган Град Источно Сарајево тренутно користи мултифункционалне уређаје са ХДД па је нејасно који су то рационални разлози да ови уређаји који су предметом ове јавне набавке немају ХДД а истовремено сви други имају.

За све наведене уговорне органе предлажемо да уговорни орган и УРЖ по службеној дужности прибаве доказе у виду уговора гдје су наведени модели уређаја које исти користе са јасним очитовањем да ли исти имају ХДД или не.

Да су мултифункционални уређаји који посједују ХДД апсолутно безбједни и сигурани као и уређаји за штампу без ХДД, потврђује и акт, наслова Потврда водећег аудитора, консултанта и тренера за безбједност информација издата од Infosec Assessores Group доо Београд од 16.06.2022. године коју је само за потребе овог жалбеног поступка прибавио жалитељ, а којом се потврђује да повјерљивост, доступност и интегритет података на ХДД се обезбјеђује примјеном физичких, техничких и административних контрола у складу са међународним стандардима за безбедност и приватност података као што су ISO/IEC 27001:2013, ISI/IEC 27701:2019, ISO 14298:2021, итд.

Због свега предњег изложеног, жалитељ остаје код свих жалбених навода, цијенећи даје став уговорног органа са оваквим условима из ТД дискриминаторан, а додатно изјашњење представља поступање супротно дредбама ЗЈН-а, што сам поступак прописивања спорног услова у ТД и изјашњења на жалбу жалитеља чини апсолутно незаконитим уз кршење основних постулата ЗЈН-а. Са свега напријед наведеног јасно се закључује да уговорни орган у изјашњењу на жалбене наводе жалитеља није на

адекватан начин образложио свој став: У коначници уговорни орган у изјашњењу на жалбу жалитеља као нити у образложењу побијане одлуке не даје ваљане, потпуне и јасне разлоге за чињеничне наводе. Са свега напријед наведеног, жалитељ цијени да је у жалби и овом изјашњењу указано на довољно неправилности којима се ограничава конкуренција и чини дискриминација од стране уговорног органа супротно одредбама Закона о јавним набавкама БиХ, Закона о управном поступку БиХ, те у складу са Законом о јавним набавкама БиХ, а у вези са Законом о управном поступку БиХ предлажемо да УРЖ поништи Тендерску документацију, број: 02-014-528.2/22 од 09.06.2022. године и поништити поступак јавне набавке у цјелости уз обавезу накнаде свих трошкова.“

С тим у вези, овај орган наглашава да одређивање техничке спецификације подразумјева да техничке спецификације морају омогућити да роба која се изнајмљује опише на објективан начин и начин који одговара потребама уговорног органа. Иако, у складу са одредбом члана 54. став (1) Закона о јавним набавкама, уговорни орган има обавезу да у поступку јавне набавке омогући једнак и недискриминирајући приступ надметању, с друге стране сваки поступак јавне набавке проводи се у циљу задовољења објективних потреба уговорног органа. Према томе, обавеза осигурања једнаког и недискриминирајућег приступа надметању се не може тумачити на начин који подразумјева обавезу уговорног органа да сваком заинтересованом шпонуђачу омогући учешће у поступку јавне набавке, не водећи рачуна о сврси и квалитету јавне набавке. Приликом дефинисања техничких карактеристика уговорни орган мора имати у виду да се оне не могу одредити на начин којим би се одређени понуђач довео у предност или се неоправдано елиминисали остали понуђачи, али то не значи да је уговорни орган у обавези да услове за учествовање у поступку у техничкој спецификацији дефинише на начин који би омогућио сваком заинтересованом понуђачу учествовање у поступку за додјелу уговора у јавној набавци. Уколико би уговорни орган морао водити рачуна о томе да своје захтјеве дефинише тако да исте може испунити сваки заинтересовани понуђач, посљедица тога би била да захтјеви из тендерске документације често не би, одговарали потребама уговорног органа.

Имајући у виду наведено, те околности да уговорни орган дефинисањем техничких карактеристика на наведени начин, сваки заинтересовани понуђач неће бити у могућности да достави понуду која би одговарала захтјевима уговорног органа, што не значи да је ограничена конкуренција међу понуђачима.

Самим тим, имајући у виду одговор уговорног органа у којем је навео разлоге због којих захтјева спорни услов, овај орган истиче да прихвата у потпуности опредјељење објективних потреба којим се руководио уговорни орган приликом израде техничке спецификације оспорене позиције, као и да по оцјени овог органа жалилац својом аргументацијом није довео у сумњу да је уговорни орган предметним захтјевом фаворизовало било ког потенцијалног понуђача, обзиром да није доставио доказе о утемељењу своје тврдње, а све у складу са чланом 102. став (3) Закона о јавним набавкама, као и чињеницу да су до крајњег рока за достављање понуда понуде доставила три заинтересована понуђача, међу којима понуду доставио и жалилац

(страна 2. Записника о отварању понуда од 21.06.2022.године), па је због предње утврђених разлога ваљало жалбу жалиоца одбити као **неосновану.**

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

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

Обзиром да се жалба одбија као неоснована, одбија се и захтјев за надокнаду трошкова састава жалбе, у складу са чланом 105. став (1) Закона о управном поступку.

Поука о правном лијеку: Ово Рјешење је коначно и извршно. Против овог Рјешења може се тужбом покренути управни спор пред Судом Босне и Херцеговине у року од 30 дана од дана пријема Рјешења. Такса на тужбу износи 100,00 КМ.

ПРЕДСЈЕДНИК ВИЈЕЋА

Радомир Пашић

Доставити:
1. Жалиоцу,
2. Уговорном органу,
3. У спис предмета.