BOSNA I HERCEGOVINA
URED ZA RAZMATRANJE ŽALBI

БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА
КАНЦЕЛАРИЈА ЗА РАЗМАТРАЊЕ ЖАЛБИ

BOSNIA AND HERZEGOVINA
PROCUREMENT REVIEW BODY

Број: ЈН2-01-07-1-2069-10/22
Датум: 25.08.2022. године

Канцеларија за разматрање жалби БиХ, рјешавајући по жалбама понуђача „MEDICAL“ д.о.о. Мостар, број 423/22 од 18.07.2022. године, и жалби понуђача „MEDICOM“ д.о.о. Бијељина, број: 1307-443 од 18.07.2022. године, изјављених против тендерске документације број: 111/22-100, уговорног органа: Јавна здравствена установа „Здравствени центар Брчко“, у отвореном поступку јавне набавке: „Набава уређаја за магнетну резонанцију“, 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 25.08.2022. године донијела је:

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. Усвајају се жалбе понуђача „MEDICAL“ д.о.о. Мостар, број 423/22 од 18.07.2022. године, и понуђача „MEDICOM“ д.о.о. Бијељина, број: 1307-443 од 18.07.2022. године, изјављених против тендерске документације број: 111/22-100, уговорног органа: Јавна здравствена установа „Здравствени центар Брчко“.
2. Поништава се поступак јавне набавке у потпуности, те акти уговорног органа:
   - Тендерска документација, број: 111/22-100, укључујући обавјештење о набавци, број 509-1-1-89-3-137/22 од 18.05.2022. године и
   - Други акти уговорног органа донесени у поступку јавне набавке.
3. Повратсредстава 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 18.05.2022. године уговорни орган Јавна здравствена установа „Здравствени центар Брчко“ објавио је обавјештење о набавци број: 509-1-1-89-3-137/22 у отвореном поступку јавне набавке: „Набава уређаја за магнетну резонанцију“.

Против тендерске документације број: 111/22-100, жалилиоци изјављују жалбу овом органу.

Овај орган је закључком број ЈН2-01-07-1-2069-8/22 од 24.08.2022. године спојио поступке по жалбама.

Понуђач „MEDICOM“ д.о.о. Бијељина своју жалбу темељи на следећим жалбеним наводима:

1. Уговорни орган је предметном набавком прекршио низ одредби Закона о јавним набавкама којима је нарушио дух и слово закона, дефинишући своју минималну техничку спецификацију магнентне резонанције у супротности са законским одредбама, прилагођавајући услове, изглед, своје одговоре на питања, концепт и техничке карактеристике само једном произвођачу - Canon и његовом моделу Vantage Orian 1.5T. (Каталог производа који је незаконито фаворизован - у прилогу), иако захтијевану робу, поред произвођача Canon, производе и остали свјетски реномирани произвођачи медицинске опреме који су заступљени на подручју БиХ као што су произвођачи GE, Philips и Siemens.

Прије свега желимо напоменути да је Уговорни орган прекршио члан 56. Закона о јавним набавкама те суштински није одговорио на постављена питања потенцијалног понуђача. Такође напомињемо да је Уговорни орган користио под дефинисаном тачком 1.7. своје минималне техничке спецификације и тачно одређену технологију потрошње хелијума (zero boil off), тачније исту није дефинисао (спрам законских одредби) као могућност нуђења еквивалентне технологије (у овом случају нпр. Helium Free - која има такође нулту потрошњу хелијума – каталог Helium Free технологије у прилогу), те је својим поступањем директно прекршио и одредбе члана 54. Закона о јавним набавкама јер није омогућио нуђење еквивалентне технологије. Наиме, потенцијални понуђач је својим питањем јасно и прецизно питао и навео сљедеће:..... Из одговора Уговорног органа јасно је да исти не само да није доставио нити једно валидно образложење разлога због којих одбија захтјев потенцијалног понуђача, већ је и криво и погрешно навео да се захтјев своди на прихватање технологије која употребљава хелијум. Одговор Уговорног органа као и његов дефинисан и прецизан захтјев јасно указује да је могуће понудити искључиво Zero – boil off технологију MR уређаја. Захтјев потенцијалног понуђача није био прихватање технологије која не употребљава хелијум, него прихватање технологије која нити у којим условима не губи хелијум. Захтјев Уговорног органа јесте у могућности нуђења искључиво и само Zero – boil off технологије. У самом питању, жалитељ је јасно навео предности новије, "Helium Free" технологије која подразумијева да систем не губи хелијум нити у нормалним нити у ванредним околностима. Уосталом, потенцијални понуђач својим питањем није ни тражио, нити предлагао изузеће Zero – boil off технологије, он је захтијевао поред поменуте и могућност нуђења еквивалентне, тачније значајно боље и временски савременије тј. новије технологије, која подразумијева да се хелијум не надокнађује у току цијелог животног циклуса рада апарата, чак и у условима који не одговарају оптимално дефинисаним од стране произвођача. Уговорни орган је овакав захтјев одбио, образложењем које нема никакву темељну потврду нити оправдање, чиме је одбио уопште разматрање технологије која је економски ефикаснија и која спада у најновије тзв. "зелене" технологије MR система. Подсјетимо, сваки MR уређај "zero boil off технологије посједује минимум 1300 па и више литара хелиума (зависно од произвођача, модела и капацитета попуњености хелијумом) који у условима који нису оптимални са становишта произвођача модела произвођача MR уређаја који се нуди, може испустити у непосредну околину и тиме потенцијално угрозити живот особља и пацијената као и негативно утицати на природно окружење. Код helium free технологије овај ризик и опасност не постоје и они су трајно отклоњени, те је са становишта Закона о јавним набавкама овај аспект рада, као и очигледна предност употребе УО морао узети у обзир а што није учинио. Из свега изнијетог јасно је да је одговор УО супротан законским одредбама, као и да је УО својим поступањем првенствено имао намјеру ограничавања конкуренције у предметном поступку који је супротан многим законским одредбама.".

2. „Уговорни орган је такође прекршио чл. 56. Закона о јавним набавкама и погрешно поступио одговарајући негативно и на остала питања потенцијалног понуђача. Истичемо примјер другог питања потенцијалног понуђача, као и одговор УО који поново не одговара на исто, но даје свој погрешан суд и закључак који изводи из себи својственог и нетачног цитирања ријечи потенцијалног понуђача. Питање потенцијалног понуђача гласи:..... Из одговора се јасно изводи закључак да је Уговорни орган погрешно навео тврдњу потенцијалног понуђача који је наводно констатовао да су највећа успонска брзина у комбинацији са максималном амплитудом кључна карактеристика градијентног система и која одређује класу и ниво предметне набавке. Једноставним прегледом питања и одговора може се јасно утврдити да потенцијални понуђач који је поставио питања није изјавио нити потврдио оно што УО тврди у свом одговору да јесте, већ је на јасан и недвосмислен начин јасно указао УО на кршење Закона и ограничавање конкуренције. Сам одговор који је нетачан је управо и конципиран да онемогући учешће и ускрати право учешћа у предметном поступку. Такође, уколико се погледа на захтјев потенцијалног понуђача, јасно је да, сем тражене минималне толеранције максималне вриједности највеће успонске брзине градијентног

система, подносилац питања указује да опис функционисања симултаног, тј. истовременог постизања максималних вредности два циљана параметра (амплитуде и успонске брзине) која доводи до ограничавања конкуренције, без икаквог клиничког оправдања. Поготово се мора узети у обзир и чињеница да се својим одговором УО не обазире нити оповргава наводе потенцијалног понуђача да квалитет градијената одређују и други фактори (поред успонске брзине и амплитуде, јасно се наводе радни циклус, линеарност градијената и поузданост градијентског система), он прије свега тврди и изјављује нешто што потенцијални понуђач није ни изјавио, избјегава одговор на питање и кривим тумачењем и погрешном аргументацијом неправилно цитира подносиоца питања те у коначници незаконски одбацује његов приједлог. Јасно је да је и у овом случају прекршен Закон, чиме је суштински поновно ограничена конкуренција.".

3. „Такође у четвртом питању одбијањем дефинисања минималне дебљине слоја у 2D од мах. 0,1 mm такође није случајно, јер се управо овај искључујући параметар јасно и у прецизно тачној вриједности (која се поклапа са минималном техничком карактеристиком дефинисаном под тачком 2.5 техничке спецификације) налази и на страни 16. каталога Canon Vantage Orian 1,5T - (Slice thickness 2D - мин. 0,1 mm). Чињеница је и да оваквим одговором на питање 4. УО крши Закон јер не дозвољава минималну толеранцију, своју техничку спецификацију поставља на граничну вриједност једног наведеног модела произвођача Canon и свјесно ограничава било какву конкуренцију у предметном поступку. Такође, УО не наводи нити једну клиничку медицинску студију која може потврдити да је најмања дебљина слоја у 2D од највише 0,1 mm стандард за употребу у било којој клиничкој области. Управо УО избјегава доставити било какве доказе стандардизованих тражених вриједности јер они нису ни засновани на било каквим референтним признатим вриједностима, већ искључиво и само на вриједностима произвођача Canon. Уз комбинацију свих осталих тражених параметара, јасно је да је предметна набавка законски неодржива.

Жалитељ такође напомиње да је УО и у осталим својим одговорима остао при захтјевима који су специфицирани спрам техничких перформанси поменутог модела произвођача Canon. Наиме у одговору на питање:..... Прво што желимо напоменути јесте да завојнице са својим димензијама (LxW) нису стандардизоване међу произвођачима у смислу својих димензија/ ширине и дужине. Такође, одговор УО није тачан из разлога што анатомске површине приликом прегледа абдомена и мале карлице нису код свих пацијената стандардизованих димензија од тражених 45x45цм, већ различитих анатомских ширина и дужина - другим ријечима у зависности од анатомске грађе пацијента који се прегледа и који никада нису стандардизовани и исти (људи се анатомски разликују и њихова анатомска грађа није иста), регија од интереса није симетричне величине, већ у највећем броју случајева различите дужине и ширине. Управо из тог разлога већина произвођача примјењује концепт несразмерне дужине и ширине ове завојнице и то управо из разлога што је симетричност регија изузетно ријетка појава, док је могућности окретања тражене завојнице у "portrait" или "landscape" орјентацију, (у зависности од ширине и дужине анатомске регије над којом се врши дијагностика) значајно прихватљивије за радни ток и олакшану дијагностику снимања из једног видног поља и без понављања. Суштински, оваква рјешења представљају практичнија рјешења јер оператер има веће могућности и више опција бољег позиционирања тражене завојнице него у односу на симетричну завојницу тачних димензија 45x45цм. Најлогичнијим и крајње рационалним закључивањем и лаику постаје јасно да управо снимање абдомена и мале карлице траженим димензијама завојнице није рационално и да се због различите анатомске грађе пацијената исте у највећем броју случајева управо морају изводити из више фаза. Потенцијални понуђач је управо због изнесених чињеница и тражио да се дефинише нуђење минималне површине која се прегледа, не тражећи од корисника измјену његовог првобитног захтјева и омогућавајући му преглед минимално еквивалентне површине (45x45цм = 2025 цм^2) и могућност нуђења завојнице са дужином и ширином коју је првобитно и захтијевао. Управо је одбијање УО да прихвати суштински еквивалентно а по датом образложењу чак и боље рјешење, УО је свјесно онемогућио конкуренцију у предметном поступку јер је управо циљао на обавезу нуђења 16-

каналне завојнице произвођача Canon - Atlas Speeder Body која се може наћи на каталогу произвођача Canon на страни 6 достављеног каталога, чија је симетричност из слике завојнице и више него очигледна.".

4. Уговорни орган је своју техничку спецификацију дефинише спрам тачног модела Vantage Orian 1,5T произвођача Canon. Спрам поменутог модела, произвођач дефинише своје минималне техничке захтјеве. Користимо прилику да напоменемо да под захтјевом УО, сваки потенцијални понуђач мора испунити све тражене захтјеве минималне техничке спецификације УО, неиспуњење само једног од тражених захтјева за собом повлачи комплетно одбијање понуде с обзиром на законске пропозиције. С тим у вези достављамо попуњену минималну техничку спецификацију са обиљеженим мјестима у каталогу произвођача Canon за циљани модел Vantage Orian 15T, а који несумљиво говори у прилог чињеници да је предметна набавка ограничена само на поменутог произвођача и да само поменути произвођач може суштински испунити све тражене карактеристике техничке спецификације.
Овдје напомињемо да су прегледно дате оне техничке карактеристике које у свом збиру може да испуни само MRI уређај .. Vantage Orian" произвођача Canon. Поједине од наведених карактеристика могу да испуне и други свјетски познати произвођачи медицинске опреме са својим моделима MRI уређаја, али не и све карактеристике заједно, а с обзиром да је неиспуњавање само једне техничке спецификације елиминаторно долазимо до позиције да само уређај произвођача Canon може да испуни техничке спецификације захтијеване од стране Уговорног органа.

На територији БиХ не постоји уређај нити једног произвођача/понуђача који испуњава све техничке спецификације захтијеване тендерском документацијом у класи 1.5T магнетних уређаја, изузев Canonovog Vantage Orian.

Са друге стране постоје докази и да нити један други модел других произвођача не испуњава тражене захтјеве. Нпр. одштампани исечак Siemensovih завојница за body - Biomatrix body 16 са техничким подацима управо говори о чињеници да Siemens нема адекватну дужину завојнице компатибилну за његов систем Sola 1,5T јер је дужина завојнице 385mm а ширина 589 mm) на страни 6 достављеног каталога MR Siemens Sola.

Значи, завојница не испуњава тражене критеријуме дужине чиме је произвођач Siemens онемогућен дати понуду, те самим тим се види и јасно показују разлози због којих УО a-priori жели онемогућити одговорима на потенцијална питања измјену димензија завојница и нуђење еквивалентне површине завојнице.
Такође, ни завојница Biomatrix Spine нема довољан тражени број канала -32 већ 24 чиме се поново потврђује чињеница да је овај произвођач онемогућен учествовати. (каталог завојнице у прилогу, као и каталог MR Sola на стани 6).

Сви ови докази јасно указују да је произвођач Siemens са својим моделима Altea и Sola онемогућен учествовати јер не постоје завојнице које могу испунити минималне тражене параметре. Такође, поред завојница не постоје докази и да произвођач Siemens испуњава неке од тражених софтверских карактеристика као што је нпр. захтјев под редним бројем 11.9 дефинисан на начин који само одговара произвођачу Canon а што се може јасно видјети на интерент страници .....

Код произвођача GE за модел GE Artist 1,5 чији каталог достављамо у прилогу, јасно не испуњавају карактеристике дефинисане под тачком 2.4 тендерске спецификације (16kw је максимална снага RF појачивача), минимална висина стола је 70 cm (на страни 40 каталога GE Artist) што је захтјев тражен под тачком 5.4 а који је УО својим образложењем одбио мијењати, док је на истој страни видљиво и прецизно истакнуто да пацијент сто посједује само два интегрисана расположива конектора (предметном техничком спецификацијом је захтијевано мин. 6). Корисно је напоменути да нити једном страном не постоји дефинисана тражена карактеристика под тачком 11.9 па се лако може закључити да је и произвођач GE онемогућен учествовати у предметној набавци са својим најбољим 1,5T MR системом.

Код произвођача Philips довољно је доставити Helium Free брошуру која потврђује наше ријечи о новој и зеленој технологији са бројним предностима које смо већ истакли у првом

одјељку (брошура Helium Free у прилогу) као и Torso coil који јасно на слици показује асиметричност и чије су димензије 42x55 цм. И по основу других параметара техничке спецификације Уговорног органа а и по питањима подносиоца захтјева, произвођач медицинске опреме Philips је неправедно искључен и онемогућен поднијети своју понуду, те је јасно да Уговорни орган крши законске одредбе .....".

Понуђач „MEDICAL" д.о.о. Мостар своју жалбу темељи на следећим жалбеним наводима:

1. *„Тачка 2.4. Maksimalna snaga RF predajnika min. 18 kW*

Понуђач/кандидат Medical д.о.о. сматра даје тендерска документација у наведеним тачкама у супротности са Законом о јавним набавкама, односно да је техничка спецификација супротна одредбама члана 54. Закона о јавним набавкама, а и разлога што је Уговорни орган сачинио техничку спецификацију на начин да није омогућио једнак и недискриминирајући приступ надметању, јер је прописивањем детаљних и прецизних техничких карактеристика Уговорни орган заправо искључио из надметања све понуђаче осим Canon произвођача који једини испуњава све захтијеване карактеристике. Прописивањем техничких карактеристика из каталога једног произвођача је једнако као да је Уговорни орган означио робу, марку и бренд, а да за то нема оправдане разлоге, тј. даје навео експлицитне техничке карактеристике које упућују на одређеног произвођача, односно производ. Уговорни орган у кључним техничким карактеристикама из каталога једног произвођача (нпр. наведена тачка техничке спецификације) захтјева карактеристике производа који не испуњавају и други произвођачи, јер нити један од потенцијалних свјетских произвођача захтјеване опреме не може у потпуности задовољити техничку спецификацију овог поступка. Наводимо да техничке карактеристике које Уговорни орган наводи не доносе никакве квалитетније клиничке слике, већ се само односе на техничка рјешења једног произвођача. Ова тачка техничке спецификације искључује водећег свјетског произвођача MR система GE Healthcare док је с друге стране прилагођена једино и искључиво произвођачу Canon, чиме се повређују основна начела једнаког третмана и недискриминације, тј. фер конкуренцију у поступку јавне набавке.".

2. *„Тачка 2.6. Минимална дебљина слоја у 3D мах 0,05 mm*

Захтјевана техничка карактеристика не доприноси квалитетнијој клиничкој слици, напротив споредни фактор се узима у обзир како би се погодовало произвођачу Canon, док се с друге стране ограничава произвођач GE Healthcare. Наведено указује да уговорни орган није извршио истраживање тржишта, сагледао могућности и карактеристике MR система други произвођача већ се фокусирао на једног произвођача, ускладио техничке спецификације према унапријед унапријед одабраном понуђачу и произвођачу".

3. *„Тачка 3.2. Могућност истовременог прикључивања или могућност комбиновања до минимално 80 елемената/канала завојнице.*

Намјера Уговорног органа са траженом могућности прикључења минимално 80 елемената завојнице је да се искључиво погодује једном произвођачу, односно да се онемогуће остали потенцијални понуђачи или произвођачи јер је то небитан податак за разлику од броја истовремено процесираних канала. Ни у ком случају ова тачка техничке спецификације нема битан клинички утицај, не доприноси повећању квалитете MR система нити крајњи корисник има бенефите од исте. Напротив, једнини разлог за овим захтјевом је да се додатно ограничава учешће других понуђача.".

4. *„Тачка 5.6. Број расположивих конектора (интегрисаних у пацијент стол) за завојнице, мин. 6*

Опште је познато да стандард расположивих конектора интегрисаних у пацијент стол износи 4, којег користе и преферирају сви произвођачи савремених MR система, међу којима и GE Healthcare као водећи произвођач на тржишту. Нажалост, ова ставка је искоришћена како би се поново погодовало искључиво произвођачу Canon а истовремено онемогућило учешће других понуђача.“

5. *„Тачка 6.2. Завојница за главу / врат са мин. 16 канала, са обавезном могућношћу тилта завојнице, због постављања пацијента у оптимални положај за скенирање.*

Један од начина како произвођач Canon користи мање битну техничку карактеристику за додатно ограничавање конкуренције што је уговорни орган прихватио. Тражена ставка нема битан клинички значај за корисника и представља застарјелу технологију коју још увијек користи само произвођач Canon.

Из свих претходно наведених чињеница које су доказ жалбеном наводу погрешне примјене материјаланог права законских и подзаконских аката као обавезе у поступку јавних набавки, сматрамо даје тендерска документација припремљена у искључивој намјери да се омогући избор само једног кандидата. Такође, тендерска документација је припремљена од стране Уговорног органа, а заправо директно или индиректно од лица заинтересованих да овај уговор буде додијељен одређеном привредном субјекту - и то на такав начин даје de facto унапријед искључена стварна конкуренција, како то налаже Члан 53 (5) Закона о јавним набавкама, односно индиректним одређењем техничких спецификација које су преферирање и дискриминирајуће умјесто недискриминирајуће и доступне свим понуђачима, поштујући Члан 54 (1) Закона о јавним набавкама.“.

Жалиоци предлажу да се жалбе усвоје и поништи спорна тендерска документација, те поступак јавне набавке.

Уговорни орган је доставио изјашњење на жалбе број: 111/22-100 од 25.07.2022. године у којем предлаже да се жалбе одбију као неосноване, те наводи да је дио жалбених навода понуђача „Medical“ д.о.о. Мостар неблаговремен.

Жалилац „Medicom“ д.о.о. Бијељина је доставио одговор на изјашњење уговорног органа, број 1453/22 од 05.08.2022. године у којем спори изјашњење уговорног органа.

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. ЗЈН.

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

Жалба је основана

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

- Одлуку о покретању поступка јавне набавке, број: 111/22-100 од 28.04.2022. године;
- Обавјештење о набавци број: 509-1-1-89-3-137/22 од 18.05.2022. године;
- Тендерску документацију, број 111/22-100 од 05.05.2022. године;
- Измјене техничке спецификације, број: 111/22-100 од 08.07.2022. године;
- Извјештај о питањима и одговорима у вези са тендерском документацијом;
- Изјашњење уговорног органа по жалби, број: 111/22-100 од 25.07.2022. године;
- Одговор жалиоца на изјашњење уговорног органа, број 1453/22 од 05.08.2022. године и

- Другу документацију и доказе достављену од стране уговорног органа и жалиоца.

<u>ЖАЛБЕНИ НАВОДИ ЖАЛИОЦА „MEDICOM“ д.о.о. Бијељина</u>

Разматрајући први жалбени навод у којем жалилац наводи да је тачка 1.7 техничке спецификације прилагођена произвођачу Canon, те да ограничава конкуренцију, овај орган је извршио увид у тендерску документацију и доказе достављене у поступку.

Анексом 3 тендерске документације дефинисане су техничке карактеристике уређаја за магнетну резонанцију, а тачком 1.7 дефинисано је сљедеће:

„1.7. „Zero Helium Boil – off“ – технологија магнета са нултом потрошњом хелија, mj. 0 l/h – без периода надопуњавања хелија.“.

У вези са овом техничком карактеристиком жалилац је поставио уговорном органу дана 05.07.2022. године сљедеће питање:

„1) Вашом тачком 1.7 захтевали сте Zero Boil off технологију дефинишући је на сљедећи начин: „Zero Helium Boil – off" - технологија магнета са нултом потрошњом хелија, mj. 0 l/h - без периода надопуњавања хелија." Предметна дефиниција није тачна јер иста је нулта потрошња хелијума условљена нормалним условима рада (по произвођачкој дефиницији) и у случајевима исправног функционисања MR система. Уколико систем ради ван оквира нормалних услова рада или када систем није исправан, хелијум се губи и мора се надокнађивати код Zero Boil off технологије. Такође, нова генерација технологија MR система подразумијева "helium free" технологију која подразумијева хелијум који је затворен унутар MR система у далеко мањој количини без могућности његовог губитка, без обзира на услове рада. С тога Вас молимо да Ваш захтјев предефинишете у смислу могућности нуђења, поред "Zero Boil off" и савременије "Helium Free" технологије. Молимо вас да Ваш захтјев измијените тако да гласи: 1.7. „Zero Boil off" или "Helium Free" - технологија магнета са нултом потрошњом хелија, mj. 0 l/h - без периода надопуњавања хелија у нормалним условима рада.“.

На питање жалиоца уговорни орган је дао сљедећи одговор:

„1) Уговорни орган је приликом израде техничке спецификације извршио истраживање тржишта и то са аспекта свих доступних података потенцијалних понуђача, те омогућио презентације својих производа свим заинтересованим произвођачима који су имали могућност давања коментара. Неопходно је нагласити да је захтјевом предвиђена технологија, прихваћена и стандардизована. Наиме, ова технологија, а како је описано у захтјеву, је доступна код свих произвођача и не ограничава тржиште и конкуренцију нити у једном сегменту. Ваше постављено питање се односи на измјену захтјева и то у дијелу рада апарата на принципу helium free технологије, али и сами наводите да та технологија подразумијева употребу хелијума. Сматрамо да не постоји оправдан разлог за измјену овог дијела захтјева/минималних техничких карактеристика.“.

Жалилац спори овакав одговор уговорног органа, те прилаже као доказ документ у којем је дефинисана *Helium Free* технологија и наводи да није спорно питање да ова технологија подразумијева употребу хелијума, него се ради о чињеници да технологија омогућава рад без губитка хелијума у ванредним условима, те како се ради о двије различите технологије, захтјева да се омогући нуђење обе технологије, што потенцира и у одговору на изјашњење уговорног органа.

У свом изјашњењу уговорни орган наводи:

„Жалитељ је у првом дијелу жалбе, као основ узео захтјев из техничке спецификације који се односи на технологију Helium free. Наведену технологију уговорни орган је описао и исту захтјева Тачком 1.7. спецификације Описана је као Zero helium boil-off. Упоредним опсервацијама у току свих поступака, који су за предмет имали предмет набавке средство из ожалбене тендерске документације, закључује се слиједеће. Није могуће утврдити, да је овако постављен захтјев ограничавајући за жалитеља али и за све друге произвођаче нити је могуће тврдити, а ничим доказати, да се преферира један произвођач. Технологија helium free, апарата је технологија која не искључује постојање хелијума у средству који је предмет набавке. И то у средствима које нуде и продају сви представници свих произвођача предмета набавке. Наиме, свако средство мора садржавати одређену количину хелијума без којег не може функционисати. Када је у питању средство чији је произвођач Philips оно посједује мању количину у односу на средства других произвођача, али такође посједује Zero boil-off технологију. Суштина је да такво медицинско средство у себи садржи хелијум, у мањој количини, али је технологија Zero boil-off прихваћена. Zero boil-off технологија представља нулту потрошњу хелијума приликом нормалног рада, коју жалитељ перманентно оспорава, а сам је у могућности да је нуди. Сви произвођачи средства које је предмет набавке посједују ову технологију и иста није везана за само једног произвођача нити то може бити жалбени основ за искључење осталих. Из наведеног, а како се ради о технологији коју посједују сви, уговорни орган не прихвата овако постављене и описане жалбене основе.“.

Пије свега, овај орган налази да су чињенице које уговорни орган истиче, како у појашњењу ове тачке ТД, тако и у изјашњењу на жалбу, збуњујуће и нејасне. У одговору на питање жалиоца, упућено преко портала јавних набавки, уговорни орган не одговара на суштину постављеног питања којим се указује на чињеницу да се *Zero boil-off технологија* и *Helium free* технологија разликују у одређеним карактеристикама, него само инсистира на чињеници да и технологија коју нуди жалилац подразумијева употребу хелијума. Даље, у свом изјашњењу уговорни орган наводи: ***„Технологија helium free апарата је технологија која не искључује постојање хелијума“***, а затим наводи: *„Када је у питању средство чији је произвођач Philips оно посједује мању количину у односу на средства других произвођача,* ***али такође посједује Zero boil-off технологију“***. Дакле, овакав контрадикторан навод уговорног органа је у најмању руку збуњујући и нејасан. Уговорни орган прво указује на то да прихвата чињеницу да се ради о двије врсте технологија, а затим наводи да произвођач Philips такође посједује Zero boil-off технологију, при томе занемарујући достављене доказе од стране жалиоца којима се указује на *Helium free* технологију као једну од карактеристика уређаја које нуди произвођач Philips. Даље наводи да *Zero boil-off технологија представља нулту потрошњу хелијума* ***приликом нормалног рада***, те да је и жалилац у могућности да нуди такву технологију, а суштина жалбеног навода је управо усмјерена на чињеницу да захтјевана технологија губи хелијум приликом ванредних околности, што није карактеристика *Helium free* технологије.

Међутим, жалилац није захтјевао да се *Zero boil-off технологија* искључи као једна од карактеристика других уређаја, него је захтјевао да се као еквивалентна технологија призна и *Helium free* технологија, којом се може испунити постављени услов у вези са нултом потрошњом хелијума, али која се разликује у одређеним сегментима од *Zero boil-off* технологије, те да би самим нуђењем друге технологије жалилац могао бити искључен из поступка јер уговорни орган није омогућио нуђење еквивалентне технологије. Даље, уговорни орган наводи да *„Zero boil-off технологија представља нулту потрошњу хелијума* ***приликом нормалног рада“***, али овај навод не доводи у везу са условом прописаним тачком 1.7 Анекса 3, а све у вези са наводом

жалиоца да уређај са *zero boil-off* технологијом, у условима који нису оптимални са становишта произвођача МР уређаја, може испустити хелијум у непосредну околину, што према наводима жалиоца није карактеристика *Helium free* технологије.

Овај орган упућује и на одредбе члана 54. став (9) ЗЈН којим је прописано: *„Осим ако није оправдано предметом набавке, у техничкој спецификацији не смије се упутити на одређеног произвођача, на поријекло или на посебан поступак, на марке, патенте, типове или одређено поријекло, ако би се тиме погодовало или би се искључили одређени привредни субјекти или одређени производи. Такве напомене су допуштене само ако се предмет набавке не може довољно прецизно и разумљиво описати, али се без изузетка морају означити са додатком „или еквивалент.....“*, те стим у вези и на одредбу става (10) истог члана.

Из напријед наведеног се може закључити да уговорни орган пропушта да приложи јасне и увјерљиве доказе на основу којих би овај орган могао утврдити да прописивањем услова из тачке 1.7 Анекса 3 није ограничена конкуренција у поступку, а при томе, уговорни орган у свом изјашњењу сам наводи одређене разлике између спорних технологија, те у посљедици остаје нејасно зашто не прихвата технологију на којој инсиситира жалилац, ако већ тврди да је жалилац у могућности да испуни спорни услов, **што све напријед наведено чини жалбени навод основаним.**

Разматрајући други жалбени навод у којем жалилац наводи да тачка 2.3 техничке спецификације ограничава конкуренцију, овај орган је извршио увид у тендерску документацију и доказе достављене у поступку.

Анексом 3 тендерске документације дефинисане су техничке карактеристике уређаја за магнетну резонанцију, а тачком 2.3 дефинисано је сљедеће:

„Највећа успонска брзина градијентног система („Slew Rate") по свакој оси (x,y,z), најмање 125 T/m/s која се треба да се достигне истовремено са максималном амплитудом прецизираном под тачком 2.2.“.

У вези са овом техничком карактеристиком жалилац је поставио уговорном органу дана 05.07.2022. године сљедеће питање:

„2) Вашом тачком 2.3 дефинисали сте сљедеће:

..... Овако дефинисаном техничком карактеристиком са тачно ограниченим вриједностима успонске брзине и амплитуде градијенатног система уз комбинацију осталих тражених техничких параметара онемогућили сте конкуренцију у предметном поступку. Чињеница је да квалитет градијентог система не зависи само од вриједности успонске брзине и амплитуде и њихових максималних вриједности, већ и од линеарности градијената, радног циклуса и поузданости. С тим у вези, истицање квалитета само два параметра, занемаривајући опсеге и вриједности других, набројаних параметара, те дефинишући њихове карактеристике и тачан начин функционисања несумњиво доводи до ограничавања конкуренције у предметном поступку и елиминисање конкуренције. Како би се предметна набавка превела у законске оквире молимо Вас за измјену предмете карактеристике која би морала гласити: "2.3. Највећа успонска брзина градијентног система („Slew Rate ") по свакој оси (x,y,z), најмање 120 T/m/s.".

На питање жалиоца уговорни орган је дао сљедећи одговор:

„2) Уговорни орган је водио рачуна с обзиром на вриједност набавке и вијека трајања да набави оно што је најбоље. Фокус је на квалитету, а који је изражен захтјевом којим нити једног произвођача не фаворизује. То исто потврђујете у вашем питању гдје констатујете да су највећа успонска брзина у комбинацији са максималном амплитудом, кључна карактеристика градијентног система, те да се на тај начин одређује класа и ниво предмета набавке. Сматрамо да не постоји

оправдан разлог за измјену овог дијела захтјева/минималних техничких карактеристика.".

Жалилац спори одговор уговорног органа на постављено питање, прије свега истичући да у свом питању није навео да су највећа успонска брзина у комбинацији са максималном амплитудом, **кључна** карактеристика градијентног система, већ је указао на чињеницу да ове двије карактеристике нису једине које одређују квалитет система, него да ограничавају конкуренцију без икаквог клиничког оправдања за постављени захтјев.

Уговорни орган у свом изјашњењу наводи:

„.....*Уговорном органу није јасан овакав жалбени основ и начин на који га жалитељ износи, а прије свега са аспекта самог средства којег и сам нуди. Карактеристике средстава којег нуди су докази на страни уговорног органа који јасно говоре да се захтјев није ограничио нити према једном специфичном произвођачу и да је доступан за све а нарочито за жалитеља. Доказ за овакав навод уговорног органа је само претходно испитивање тржишта и свих карактеристика понаособ средстава, који су исти или слични карактеристикама траженог ожалбеном тендерском документацијом. Наиме сви произвођачи испуњавају овакав услов, како је постављен, што се доказује увидом у доступне каталошке материјале истих. Жалитељ не нуди нити један оправдан жалбени навод који би овако постављен захтјев девалвирао и учинио га фактором ограничења за било којег понуђача.*".

Прије свега, овај орган налази да се одговор уговорног органа, којим даје контрааргументацију на наводе из жалбе, не може темељити на паушалним и неодређеним чињеницама, а нарочито на чињеницама за које не прилаже доказе. Дакле, аргументација уговорног органа се темељи на наводима „*да се захтјев није ограничио нити према једном специфичном произвођачу и да је доступан за све а нарочито за жалитеља*", те да је доказ за то „*претходно испитивање тржишта и свих карактеристика понаособ средстава, који су исти или слични карактеристикама траженог*", те на крају наводи да „*сви произвођачи испуњавају овакав услов, како је постављен, што се доказује увидом у доступне каталошке материјале истих*", а доказе за то не прилаже. Жалилац у појашњењу ове тачке Анекса 3 наводи да је с обзиром на вриједност набавке и вијек трајања „*фокус на квалитету*", а при томе, не одговара на конкретан навод жалиоца да квалитет уређаја не одређују само два прописана параметра, него и други набројани параметри. За овај орган није спорно да је право уговорног органа да дефинише квалитет производа који захтјева, али захтјев за одређеним квалитетом мора бити у складу са конкретним потребама за предметом набавке, те мора бити рационално образложен у поступку по жалби, имајући у виду и обавезу поштовања основних принципа ЗЈН, посебно активне и правичне конкуренције.

Чланом 102. став (2) ЗЈН прописано је да, у поступку правне заштите, уговорни орган је дужан да докаже постојање чињеница и околности на основу којих је донио одлуку о правима, преузео радње или пропуштања, те спровео поступке, који су предмет поступка по жалби, што је уговорни орган пропустио да учини у вези са овим жалбеним наводом, **тако да је жалбени навод основан.**

Разматрајући трећи жалбени навод у којем жалилац наводи да су тачке 2.5 и 6.5 техничке спецификације прилагођене произвођачу Canon, те да ограничавају конкуренцију, овај орган је извршио увид у тендерску документацију и доказе достављене у поступку.

Анексом 3 тендерске документације дефинисане су техничке карактеристике уређаја за магнетну резонанцију, а тачком 2.5 дефинисано је сљедеће:

„Минимална дебљина слоја у 2D, мах. 0,1 mm“.

Даље, тачком 6.5 дефинисано је сљедеће:

„Завојница за тијело са минимално 16 елемената, са мин. 45 x 45 cm (LxW) FOV у једној аквизицији користећи једну завојницу“.

У вези са овим техничким карактеристикама жалилац је поставио уговорном органу дана 05.07.2022. године сљедећа питања:

„4) Вашом тачком 2.5 дефинисали сте минималну дебљину слоја у 2D мах. 0,1 mm. Поред чињенице да овако дефинисан параметер нема клинички доказану употребну вриједност, он је и елиминаторан са осталим дефинисаним параметрима. Молимо Вас да Вашу техничку карактеристику измијените, тако да гласи:

" 2.5. Минимална дебљина слоја у 2D мах. 0,5 mm".

Даље, за тачку 6.5 Анекса 3 постављено је сљедеће питање:

„10) Вашом тачком 6.5. сте дефинисали сљедеће:

"Завојница за тијело са најмање 16 елемената, са мин. 45 x 45 cm (LxW) FOV у једној аквизицији користећи једну завојницу. Како анатомске регије али и величине завојница код различитих произвођача нису симетричне, молимо вас да Ваш захтјев измијените тако да гласи:

"6.5. Завојница за тијело са најмање 16 елемената, са мин. 45 x 45 cm (LxW) FOV или еквивалнетно површине од мин. 2025 cm^2 у једној аквизицији користећи једну завојницу".

На питања жалиоца уговорни орган је дао сљедеће одговоре:

„4) Овај захтјев је постављен на бази клиничке релевантности, гдје мања дебљина слоја у аквизицији одређује квалитет слике и омогућава бољи дијагностички исход за пацијенте. Сматрамо да не постоји оправдан разлог за измјену овог дијела захтјева/минималних техничких карактеристика.“.

На питање број 10) одговор је:

„10) Овакав приједлог измјене није прихватљив јер је намјенски дефинисан критериј ширине и дужине како би се обезбиједила могућност скенирања абдомена и мале здјелице у једној фази.

Сматрамо да не постоји оправдан разлог за измјену овог дијела захтјева/минималних техничких карактеристика.“.

Жалилац наводи да за услов из тачке 2.5 не постоји никаква клиничка студија, нити референтне признате вриједности које оправдавају постављени захтјев, него само да се фаворизује уређај *Canon Vantage Orian 1,5T,* те прилаже каталог као доказ. Такође наводи, у вези са тачком 6.5, да уговорни орган фаворизује поменути уређај захтјевајући сразмјерне минималне димензије ширине и дужине 45 x 45, што нема основа јер је анатомска грађа сваког пацијента различита, те је ријеткост да регије абдомена и мале карлице буду симетричне, па је оправдано захтјевати минималну површину од 2025 cm^2 као еквивалент постављеном захтјеву.

У свом изјашњењу уговорни орган наводи:

„Жалбени основи који се односе на захтјев техничке спецификације, и то: Минимална дебљина слоја у 2D мах 0,1 mm сматрамо неоправданим и недоказаним. Неоправдани су жалбени основи наведени за овај захтјев јер жалитељ уопћено и веома широко покушава да укаже на фаворизирање једног произвођача. Да је само покушао извршити опсервацију тржишта и понуђача који нуде робу са оваквим карактериситикама врло јасно би закључио да је исти захтјев својствен свим

произвођачима робе која је предмет набавке и ожалбене тендерске документације. Наиме, произвођач Siemens нуди средства која за овај захтјев имају параметер управо 0,1 тт, што је и сам захтјев у ожалбеној тендерској документцији. Произвођач Canon нуди средство које има параметар траженог захтјева управо 0,1 тт. Произвођач GE нуди средство које има исти параметар како је тражено у захтјеву тј. 0,1 тт. Иако жалитељ заступа реномираног произвођача Philips, исти нуди средство са већим параметром, али у складу са наведеним таква позиција није искључујућа јер сви остали нуде онако како је тражено. Поред тога мања дебљина аквизираног слоја значи већу резолуцију слике, те самим тим већу могућност откривања патологије код пацијената, те је овај захтјев у потпуности клинички оправдан. Нема је, нити постоји дискриминација која наводи да је уговорни орган преферирао само једног произвођача, у овом случају Canon.

Код жалбеног основа који се односи на дио захтјева: Тачка 6.5. Завојница за тијело са најмање 16 елемената, са мин. 45 x 45 cm (LxW) FOV у једној аквизицији користећи једну завојницу, уговорни орган истиче слиједеће. Као и у претходним жалбеним основама, и ово жалбено ламентирање представља покушај, али само покушај релативизирања овако неопходног средстава за уговорни орган, што не води ничему а као такво је протузаконито. Уговорно орган проводи набавку за систем велике дијагностичке вриједности, као и веома дугог употребног вијека трајања, те је техничким захтјевима циљ да осигурају набавку квалитетног уређаја који ће бити клинички релевантан у наредних десет или више година. Као одговор на све жалбене основе у овом дијелу, уговорни орган прије свега истиче да је жалитељ паушално описивао наводе, као и даје паушално доставио доказе за исто. Овај уговорни орган већ дужи период покушава да проведе предметну набавку, те је мало озбиљније од жалитеља проводио истраживање тржишта и то за сваку ставку захтјева, партикуларно. Када је у питању овај захтјев уговорни орган је навео минималне димензије (45 x 45 cm), што је посљедица претходно наведеног испитивања тржишта, те самим тим није искључио нити једног произвођача нити увео ограничавајући елемент који води према дискриминацији понуђача. Као примјер, наводимо управо произвођача Canon који за предмет набавке овај захтјев нуди у димензијама 56,5 x 56 x 5,5 cm. Такође, произвођач Siemens нуди 46 x 60 x 5,5 цм, произвођач GE нуди 55,6 x 67,4 cm. Произвођач Philips нуди покривеност од 60 цм. Управо ради оваквих диференцираних вриједности сваког произвођача уговорни орган је увео минималну тражену димензију којом нити једног од произвођача не дискриминира и сви су у могућности понудити исто, а да тим не угрозе другог. Не улазећи у доказе које доставио конкретно за средство које му је основ за жалбу, уговорни орган сматра да на овако постављен захтјев не постоје дискриминирајући елементи који преферирају само једног произвођача, а они су у овом случају више него доступни и транспарентни.".

Из напријед наведеног се може закључити, као и код претходног жалбеног навода, да уговорни орган не даје јасно и увјерљиво образложење услова прописаних тачкама 2.5 и 6.5 Анекса 3, засновано на јасним и недвосмисленим доказима. С тим у вези, у појашњењу спорних услова уговорни орган наводи да је захтјев из тачке 2.5 постављен *„на бази клиничке релевантности, гдје мања дебљина слоја у аквизицији одређује квалитет слике и омогућава бољи дијагностички исход за пацијенте"*, те у вези са условом из тачке 6.5, да је *„намјенски дефинисан критериј ширине и дужине како би се обезбиједила могућност скенирања абдомена и мале здјелице у једној фази"*. У свом изјашњењу на жалбу у вези са првим условом (тачка 2.5), уговорни орган такође не одговара на конкретан приговор жалиоца у којем се истиче да се уговорни орган не позива на клиничку студију којом би доказао да је прописана дебљина слоја стандард за употребу у некој клиничкој области, него своју аргументацију темељи на чињеници да

„мања дебљина аквизираног слоја значи већу резолуцију слике, те самим тим већу могућност откривања патологије код пацијената, те је овај захтјев у потпуности клинички оправдан". У вези са другим условом (тачка 6.5) уговорни орган опет не одговара директно на конкретан жалбени приговор којим се указује на чињеницу да је неоправдано постављати захтјев у вези са траженом завојницом: *„са мин. 45 x 45 cm (LxW) FOV у једној аквизицији користећи једну завојницу"*, јер анатомске површине приликом прегледа абдомена и мале карлице нису исте код свих пацијената. У том смислу, жалилац је захтјевао да уговорни орган омогући еквивалентан услов који би гласио: *или еквивалнетно површине од мин. 2025 cm²*, указујући на чињеницу да уређај произвођача Philips има димензије 42 x 55, те да у суштини испуњава услове окретањем завојнице у „*portrait*" или „*landscape*". У вези са овим жалбеним приговором, уговорни орган не образлаже, нити прилаже доказе да му димензије уређаја који нуди произвођач Philips нису прихватљиве из одређених разлога, него покушава доказати да постоји конкуренција на тржишту у вези са спорним условом, што базира опет на претходном истраживању тржишта, за које не доставља доказе. При томе, уговорни орган наводи да и произвођач Philips нуди покривеност од 60 cm, занемарујући приговор жалиоца и доказ достављен у виду каталога (dStream Torso), да се ради о минималним димензијама 42 x 55, чиме се суштински не може испунити тражени услов (мин. 45 x 45 cm).

Имајући у виду све напријед наведено, може се закључити да уговорни орган не пружа конкретне и увјерљиве разлоге због којих не прихвата приговор жалиоца у вези са тачкама 2.5 и 6.5 Анекса 3, а разлоге прописивања услова темељи на паушалним наводима за које не прилаже конкретне доказе. Техничке карактеристике предмета набавке уговорни орган прописује у складу са објективним потребама, али то мора и доказати у поступку по жалби, имајући при том у виду и обавезу поштовања основних принципа ЗЈН, посебно активне и правичне конкуренције.

Чланом 102. став (2) ЗЈН прописано је да, у поступку правне заштите, уговорни орган је дужан да докаже постојање чињеница и околности на основу којих је донио одлуку о правима, преузео радње или пропуштања, те спровео поступке, који су предмет поступка по жалби, што је уговорни орган пропустио да учини у вези са овим жалбеним наводом, **тако да је жалбени навод основан.**

Разматрајући четврти жалбени навод у којем жалилац наводи да су техничке спецификације прилагођене произвођачу Canon, те да ниједан произвођач не може испунити све карактеристике, овај орган је извршио увид у тендерску документацију и доказе достављене у поступку.

У оквиру овог жалбеног навода жалилац доставља доказе да поједине техничке карактеристике не може задовољити ниједан од реномираних произвођача уређаја, па ни жалилац, те да уговорни орган са појединим карактеристикама селективно искључује понуђаче.

Уговорни орган у свом изјашњењу наводи:

„Оспоравамо конкретан линк који се односи на жалбени основ преферирања Canon произвођача, а који гласи: ..... јер исти упућује на постпроцесинг радну станицу, што представља рачунар и програм за евалуацију слика, а што нема никакву конотацију са овим дијелом жалбеног основа, јер се овај дио захтјева односи на завојницу која нема никакве везе са станицом на коју указује жалитељ предложеним линком. Такође, жалбени основ који се реферише на само једну од завојница из жалбе упућујућег каталога произвођача Siemens, жалитељ покушава довести уговорни орган уред/канцеларију у заблуду, јер је из приложеног документа видљиво да исти произвођач Siemens посједује и друге завојнице, а не само оне на које се жалитељ

позива. Као примјер истичемо, завојницу Body 30. Реферисање на завојницу Biomatrix spine, од стране жалитеља, представља циљано и селективно оспоравање постављеног захтјева, јер се ради о другој врсти завојнице и произвођач Siemens посједује завојницу Biomatrix spine 48 with respiratory sensors.".

У оквиру овог жалбеног навода жалилац указује на чињеницу да ниједан произвођач не може да испуни све техничке карактеристике, прилажући доказе у виду дијелова каталога произвођача SIEMENS, GE и PHILIPS, којима упућује на чињеницу да одређени производи не испуњавају поједине техничке карактеристике, тако да у цјелости не могу задовољити услове из техничке спецификације.

Уговорни орган спори интернет страницу на коју се позива жалилац као доказ да произвођач Siemens не испуњава софтверске карактеристике из тачке 11.9, а при том не прилаже доказ којим би доказао супротно. Такође, жалилац указује и доставља доказ да Сименсове завојнице *Biomatrix body* и *Biomatrix spine* не испуњавају услове у вези са дужином завојнице и бројем канала, а уговорни орган се у свом изјашњењу позива на чињеницу да произвођач Siemens има и друге завојнице као што су *Body 30* и *Biomatrix spine 48 with respiratory sensors*, не достављајући доказе у вези са техничким карактеристикама истих, уз одсуство јасног и увјерљивог чињеничног стања.

На приговор жалиоца да произвођач GE, са својим моделом GE Artist 1,5, не испуњава услове прописане тачком 2.4 и 5.4 техничке спецификације, **уговорни орган се уопште не изјашњава**, а са друге стране, жалилац прилаже као доказ каталог овог уређаја.

Уговорни орган се у оквиру овог жалбеног навода не изјашњава ни на достављени доказ од стране жалиоца да ни произвођач Philips не испуњава услове у вези са дужином завојнице, што је био предмет првог жалбеног навода.

Из напријед наведеног може се закључити да уговорни орган пасивно приступа проблематици везаној за оспоравање техничких карактеристика уређаја који је предмет набавке, уз одсуство јасног и поентираног осврта на разлоге прописивања спорних техничких карактеристика, али и без јасних и увјерљивих доказа којим би доказао супротно, како за овај жалбени навод, тако и за остале жалбене наводе.

Суштина овог, као и свих жалбених навода, је да жалилац указује на чињеницу да техничке карактеристике у комплету може испунити само произвођач *Canon* са моделом *Vantage Orian 1,5T*, те прилаже каталог са обиљеженим техничким карактеристикама, као доказ да се фаворизује уређај овог произвођача, а уговорни орган се позива на претходно истраживање тржишта, без јасног и увјерљивог доказа којим би доказао стање активне и правичне конкуренције у овом поступку набавке, те да постоји више понуђача који могу испунити све техничке карактеристике, уважавајући превасходно властите оправдане потребе за уређајем одређених техничких карактеристика.

Чланом 102. став (2) ЗЈН прописано је да, у поступку правне заштите, уговорни орган је дужан да докаже постојање чињеница и околности на основу којих је донио одлуку о правима, преузео радње или пропуштања, те спровео поступке, који су предмет поступка по жалби, што је уговорни орган пропустио да учини у вези са овим жалбеним наводом, **тако да је жалбени навод основан.**

<u>ЖАЛБЕНИ НАВОДИ ЖАЛИОЦА „MEDICAL" д.о.о. Мостар</u>

Разматрајући први жалбени навод у којем жалилац наводи да је тачка 2.4 техничке спецификације прилагођена произвођачу Canon, те да ограничава конкуренцију, овај орган је извршио увид у тендерску документацију и доказе достављене у поступку.

Увидом у тендерску документацију овај орган је утврдио да је тачка 2.4 Анекса 3 измјењена актом - Измјена техничке спецификације „спец бр. 1“, број 111/22-100 од 08.07.2022. године, те гласи:

„2.4 Максимална снага RF предајника, минимално 18 kW“.

Жалилац указује на чињеницу да се овом карактеристиком, као и свим осталим фаворизује произвођач Canon, који једини испуњава све техничке карактеристике, а које не доносе никакве квалитетније клиничке слике, већ се само односе на техничка рјешења једног произвођача. Жалилац наводи да је конкретно овом карактеристиком искључен из поступка водећи свјетски произвођач MR система GE Healthcare.

Уговорни орган у свом изјашњењу наводи:

„Уговорни орган не може прихватити овакве жалбене основе из разлога што су исти непрецизни и уопћени. ЗЈН БиХ и то одредбе члана 105 ф) и г) јасно налажу да жалитељ мора назначити чињенице и доказе у самој жалби. У овом дијелу жалитељ селективно наводи одређене незаконитости које су извршене од стране уговорног органа у овом дијелу захтјева. Наиме, уговорни орган је у току самог поступка имао питања и захтјеве у овом контексту, гдје је прихватио приједлог да се одређени ниво снаге предајника смањи и то са 22 на 18 kw. Што је оправдано и уговорни орган је прихватио овакву тражену измјену. Није јасно из самог жалбеног основа који је то ограничавајући елемент који дискриминира све остале произвођаче у односу на једног, којег потенцира жалитељ. Апсолутно неприхватљиво за уговорни орган да се жалбени основ искаже, а да се исти не докаже нити једним оправданим доказом.“.

Прије свега, овај орган истиче да је чланом 102. Став (3) ЗЈН прописано 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, док је, са друге стране, уговорни орган **дужан доказати** постојање чињеница и околности на основу којих је донио одлуку о правима, преузео радње или пропуштања, те спровео поступке, који су предмет поступка по жалби, како је то прописано ставом (2) истог члана. Жалилац указује на чињеницу да прописана техничка карактеристика не доноси никакве квалитетније клиничке слике, те да се истом фаворизује произвођач Canon, а при томе, да се техничком карактеристиком искључује водећи произвођач уређаја GE Healthcare, чиме указује и на ограничење конкуренције. У вези са тим, уговорни орган уопште не одговара на жалбени навод, на начин да аргументовано образложи разлоге прописивања спорног услова, те да исти доведе у директну везу са властитим потребама, а при томе, да се изјасни и на дио жалбеног навода који се односи на питање ограничења конкуренције у поступку.

Имајући у виду чињеницу да се уговорни орган не изјашњава конкретно на изјављене жалбене приговоре, тако да није доказао постојање чињеница и околности на основу којих је прописао спорни услов, а што је био дужан у складу са чланом 102. Став (2) ЗЈН, **жалбени навод је основан.**

У вези са жалбеним наводима којима се споре тачке 2.6, 3.2, 5.6 и 6.2 техничке спецификације, уговорни орган у свом изјашњењу наводи да су жалбени приговори неблаговремени јер је жалилац преузео тендерску документацију 04.07.2022. године, а спорне тачке техничке спецификације се нису мијењале измјенама од 08.07.2022. године.

Увидом у извјештај о преузимању тендерске документације, овај орган је утврдио да је жалилац преузео тендерску документацију дана 04.07.2022. године. Дана 08.07.20222. године жалилац је преузео и измјене тендерске документације. Увидом у

извршене измјене тендерске документације, односно Измјене техничке спецификације, број: 111/22-100 од 08.07.2022. године, овај орган је утврдио да су предмет измјене биле тачке 2.4, 3.3, 6.3, 7.2, 8.2 и 10.20 техничких спецификација. Дакле није спорно да измјене нису обухватале техничке спецификације на које се позива уговорни орган. Међутим, уговорни орган је пропустио да утврди све чињенице у вези са питањем благовремености жалбе, што је дужан у складу са чланом 100. Став (1) ЗЈН. Наиме, уговорни орган није утврдио кључну чињеницу битну за утврђивање овог процесног недостатка, а то је начин изјављивања жалбе који је прописан чланом 99. Став (1) ЗЈН. Тек након утврђивања ове чињенице уговорни орган се могао одредити према питању благовремености жалбе. Међутим, овај орган налази да спорно питање није од утицаја на исход овог поступка по жалби, имајући у виду основаност првог жалбеног навода, тако да ни претходно процесно питање, али ни рјешавање основаности осталих жалбених навода не може утицати на другачији исход овог поступка.

На основу напријед наведеног, одлучено је као у диспозитиву, у складу са чланом 111. став (1) тачка д) Закона о јавним набавкама и 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) Закона о јавним набавкама 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. „MEDICOM“ д.о.о. Бијељина, Саве Шумановића 89, 76300 Бијељина
2. „MEDICAL“ д.о.о. Мостар, М. Тита 237, 88000 Мостар
3. ЈЗУ „Здравствени центар Брчко“, Реиса Џемалудина Чаушевића 1, 76100 Брчко дистрикт БиХ
4. Евиденцији
5. а/а