Broj: JN2-03-07-1-2938-12/20

Mostar, 15.12.2022. godine

Ured za razmatranje žalbi BiH, filijala Mostar, postupajući po Presudi Suda Bosne i Hercegovine broj S1 3 U 039245 20 U od 08.11.2022. godine, a u vezi sa žalbom broj 10679/20 od 14.10.2020. godine, žalitelja „VMS group", d.o.o. Sarajevo izjavljenom na Tendersku dokumentaciju u postupku javne nabavke „Nabavka i sukcesivna isporuka vodomjera u 2020. godini", ugovornog organa JP Vodovod i kanalizacija Kalesija d.o.o. Kalesija, na osnovu člana 93. stav (7), 104. stav (1), 111. stav (1) tačka d) i stav (10) Zakona o javnim nabavkama ("Službeni glasnik BiH" broj: 39/14 i 59/22) na sjednici Vijeća I održanoj 15.12.2022. godine, donio je

R J E Š E N J E

1. **Usvaja se** žalba kao osnovana.
2. O povratu sredstava uplaćenih na ime naknade za pokretanje žalbenog postupka ovaj organ donijet će posebno rješenje

O b r a z l o ž e n j e

JP Vodovod i kanalizacija Kalesija d.o.o. Kalesija (u daljem tekstu: Ugovorni organ) pokrenuo je postupak javne nabavke: Nabavka i sukcesivna isporuka vodomjera u 2020. godini, konkurentskim zahtjevom za dostavu ponuda, za koji je Obavještenje o nabavci broj 176-7-1-30-3-8/20 objavljeno na portalu javnih nabavki 2.10.2020.godine. Nakon objave tenderske dokumentacije, potencijalni ponuđač „VMS group", d.o.o. Sarajevo (u daljnjem tekstu: žalitelj) izjavio je žalbu na odredbe tenderske dokumentacije. Ugovorni organ je postupajući u skladu s članom 100. stav (5) Zakona o javnim nabavkama proslijedio navedenu žalbu ovom organu, kod koga je zaprimljena 19.10.2020. godine, a uplata naknade za pokretanje žalbenog postupka izvršena je 04.11.2020. godine

Žalitelj u žalbi navodi:

Da izjavljuje žalbu na dio tenderske dokumentacije zbog pogrešne primjene materijalnog prava, odnosno kršenja općih principa iz člana 3. stav (1) Zakona o javnim nabavkama. Ističe da je preuzeo tendersku dokumentaciju, te dostavio upit ugovornom organu za pojašnjenje tehničkog dijela tenderske dokumentacije (specifikacija za redni br.l. (1 do 5) Vodomjeri sa mokrim

mehanizmom izvedba sa magnetnim indikatorom). Ugovorni organ je dostavio odgovor u kome navodi da nije suzio nadmetanje niti je usko koncipirao tehničku specifikaciju isključivo jednom proizvođaču vodomjera.

Žalitelj navodi da je ugovorni organ diskriminirajućom odredbom o tehničkoj specifikaciji traženih vodomjera, onemogućilo žalitelja kao i sve ostale učesnike na tržištu, izuzev društva IKOM d.o.o. Livno, da učestvuju u predmetnom postupku javne nabavke i to iz razloga što je spornim odredbama zapravo opisao performanse konkretnih proizvoda proizvođača „IKOM" gdje je sve prepisano iz kataloga višemlaznih mokrih vodomjera IKOM M100i čime je postupak javne nabavke doveo do apsurda.

Odredbom člana 53. stav (1) Zakona o javnim nabavkama propisano je da je ugovorni organ dužan pripremiti tendersku dokumentaciju u skladu s odredbama ovog zakona, dok je stavom (5) istog člana propisana obaveza ugovornog organa da prilikom pripreme tenderske dokumentacije, poštuje principe jednakog tretmana i nediskriminacije ponuđača. Također, članom 54. stav (1) ZJN propisano je da tehničke specifikacije moraju svim ponuđačima omogućiti jednak i nediskriminirajući pristup nadmetanju.

Ugovorni organ je usko propisanom tehničkom specifikacijom vodomjera, suzio nadmetanje, koncipirajući tendersku dokumentaciju isključivo prema tehničkim karakteristikama jednog proizvođača „.IKOM" koji jedini ima višemlazne mokre vodomjere datih karakteristika (sa tačno određenim karakteristikama mogućnosti ugradnje u horizontalnom - C klasa R160 i vertikalnom položaju- B klasa R80), što se može utvrditi uvidom u katalog vodomjera proizvođača „IKOM" višemlazni mokri vodomjer IKOM MlOOi kojim se jasno upućuje na taj vodomjer.

Predlaže da se žalba usvoji i izvrši izmjena tenderske dokumentacije i omogući nediskriminirajući pristup nadmetanju. Zahtijeva povrat naknade za pokretanje žalbenog postupka u iznosu od 500,00 KM.

Ugovorni organ je dostavio dokumentaciju u vezi s predmetnim postupkom javne nabavke i svoje izjašnjenje o navodima žalbe. Smatra da je žalba neosnovana i u svom izjašnjenju navodi:

Poštujući Zakon o javnim nabavkama ugovorni organ je tenderskom dokumentacijom za nabavku i sukcesivnu isporuku vodomjera u 2020. godini, Aneksom 2. Obrascem za cijenu ponude tačkom 1. Vodomjeri sa mokrim mehanizmom (izvedba sa magnetnim indikatorom) u dijelu Opštih uslova, opisao karakteristike vodomjera koje moraju zadovoljavati traženi vodomjeri prikazani u tabelarnom pregledu od 1. do 5., s obzirom da su isti najzastupljeniji vodomjeri na tržištu.

Navedene (osporene) tehničke karakteristike vodomjera ne upućuju ni na jednog proizvođača ili marku vodomjera, ugovorni organ je koncipirao tehničke karakteristike vodomjera prema svojim potrebama poštujući odredbe Zakona o javnim nabavkama ne favorizujući nijednog proizvođača, već se vodio pozitivnim iskustvom i zadovoljstvom kvaliteta sa vodomjerima navedenih karakteristika koje koristi već duže vrijeme u svom sistemu. Zahtijevana klasa tačnosti vodomjera je iznimno bitna za ugovorni organ s obzirom na djelatnost kojom se bavi, obzirom na to kada bi smanjio zahtjeve za klasom tačnosti pretrpio bi ogromne finansijske gubitke u vidu nenaplaćene, a isporučene vode krajnjem korisniku, sve iz razloga što se tačna količina vode koja je dovedena do

krajnjeg korisnika može precizno izmjeriti i naplatiti jedino uz vodomjere visoke klase tačnosti. Ugovorni organ u svom sistemu kod cca 6.000 korisnika ima ugrađene vodomjere traženih karakteristika. Na tržišu postoji više tipova vodomjera traženih karakteristika kao što su ELSTER Ml00 MNR - ARTIST, HONEYWELL M 100 Artist, IKOM Ml00 koji se mogu ponuditi u predmetnom postupku javne nabavke, tako da ugovorni organ nije tendersku dokumentaciju koncipirao prema jednom proizvođaču, a i ponuđaču "IKOM" do.o. Livno kako se to navodi u žalbenim navodima od strane žalitelja. U prilog navedenim činjenicama dostavlja kao dokaz tri kataloga proizvođača vodomjera koji odgovaraju zahtijevanim tehničkim karakteristikama:

- Katalog proizvođača ELSTER Messtechnik GmbH, Germany za tip vodomjera Ml00 MNR-ARTIST
- Katalog proizvođača HONEYWELL, United Kingdom za tip vodomjera Ml00 ARTIST
- Katalog proizvođača IKOM, Hrvatska za tip vodomjera M100.

Iz dostavljenih kataloga je vidljivo da tehnička karakteristika (mogućnost ugradnje u horizontalnom - C klasa R160 i vertikalnom položaju - B klasa R80) nije isključiva karakteristika jednog proizvođača „IKOM", Hrvatska a i ponuđača "IKOM'' do.o. Livno. Nadalje, s obzirom da je lokalno, regionalno pa i međunarodno tržište, slobodno i otvoreno, svaki zainteresovani ponuđač (domaći, inostrani) može nabavljati i distribuirati robu dalje po svom nahođenju i učestovati u postupcima javnih nabavki, pa tako kada je upitanju predmetni postupak javne nabavke, odnosno vodomjeri koju su predmet nabavke isti su dostupni svakom zainteresovanom ponuđaču za nabavku i dalju distribudiju pa tako i žalitelju za nabavku i dalju ponudu prema ugovornom organu bez ograničenja, a u prilog navedenom govori činjenica da ugovorni organ nije tenderskom dokumentacijom za predmetni postupak javne nabavke niti jednog ponuđača ograničio u smislu da je ovlašteni zastupnik određenog proizvođača i slično. Navodi žalitelja da tehničke specifikacije traženih vodomjera sa mokrim mehanizmom (izvedba sa magnetnim indikatorom) odgovaraju vodomjeru tipa M100i proizvođača "IKOM" su netačni, s obzirom da je navedeni tip vodomjera na koji se žalitelj poziva izvedba sa induktivnim rezonantnim impulsnim izlazom (indikatorom) a ne izvedba sa magnetnim indikatorom kako je traženo tehničkim specifikacijama iz čega proizilazi činjenica o lošoj pripremljenosti žalitelja, a što ukazuje na to da su žalbeni navodi žalitelja na koje se poziva subjektivni i netačni. Predlaže da se žalba odbije kao neosnovana.

Ovaj organ je u skladu sa članom 94. stav (3) Zakona o javnim nabavkama dopisom broj JN2-03-07-1-2938-4/20 od 27.10.2020. godine dostavio žalitelju izjašnjenje ugovornog organa radi eventualnog očitovanja na isto.

Žalitelj je dostavio odgovor na izjašnjenje ugovornog organa u kojem ističe:

Da u cijelosti osporava navode ugovornog organa i da ostaje kod svih navoda u žalbi. Smatra da je navod ugovornog organa da na tržištu postoji više tipova vodomjera traženih karakteristika neistinit i dokazuje da je ugovorni organ protežirao jedan tip mjerača i jednog ponuđača. Naime, firma IKOM je regionalni zastupnik proizvođača vodomjera ELSTER, a čiji je direktni vlasnik firma HONEYWELL. Ugovorni organ je u svom izjašnjenju o žalbi kao dokaz dostavio tri kataloga

vodomjera od tri proizvođača - što u faktičkom smislu je jedan te isti proizvođač i jedan te isti vodomjer.

Kao dokaz ovom navodu mogu poslužiti web stranice firmi:

-IKOM Zagreb: https://ikom-mjerila.com/

-ELSTER: https://www.elster.com/en/index

Na web stranici firme IKOM se mogu vidjeti brendovi koje ova firma zastupa, a na drugoj se može vidjeti da je firma ELSTER dio grupacije HONEYWELL. Drugi dokaz ovoj tvrdnji je i Certifikat o odobrenju tipa mjerača BA Z-14-1148 koji je dobijen od strane Instituta za mjeriteljstvo BiH i koji dokazuje da se ovaj tip vodomjera može koristiti na teritoriji BiH kao obračunski vodomjer. Za proizvođača ELSTER i HONEYWELL ne postoje certifikati tako da se ovi vodomjeri ne mogu koristiti na teritoriji BiH. Sa ovog certifikata se isto može vidjeti da su tipovi vodomjera M100, Ml 10 i Ml00i klonovi istog vodomjera (jer svaki različit tip vodomjera mora imati svoj vlastiti ceritfikat) čime se pobija tvrdnja ugovornog organa.

Prije nego što se upustio u meritorno odlučivanje, ovaj organ je u skladu s članom 109. Zakona o javnim nabavkama, utvrdio da je žalba blagovremena, dopuštena i izjavljena od ovlaštene osobe, te da su ispunjeni uslovi za razmatranje žalbe u smislu člana 105. i 108. stav (3) Zakona o javnim nabavkama.

Nakon što je ispitao prethodne pretpostavke, ovaj organ je uvidom u dostavljenu dokumentaciju, te analizom svakog dokaza pojedinačno i u njihovoj međusobnoj vezi, a u odnosu na žalbene navode, izjašnjenje ugovornog organa i propisani zakonski postupak, utvrdio da je žalbu potrebno **usvojiti.**

Ovaj organ je Rješenjem broj JN2-03-07-1-2938-7/20 od 19.11.2020. godine odbio kao neosnovanu žalbu žalitelja izjavljenu na tendersku dokumentaciju, kao i zahtjev žalitelja za povrat uplaćenih sredstava na ime naknade za pokretanje žalbenog postupka u iznosu od 500,00 KM.

Protiv Rješenja broj JN2-03-07-1-2938-7/20 od 19.11.2020. godine žalitelj je pokrenuo upravni spor pred Sudom Bosne i Hercegovine, koji je okončan Presudom broj S1 3 U 039245 20 U od 08.11.2022. godine, kojom je usvojena tužba, poništeno Rješenje broj JN2-03-07-1-2938-7/20 od 19.11.2020. godine i predmet vraćen ovom organu na ponovni postupak.

U obrazloženju presude se navodi:

Ispitujući pravilnost i zakonitost osporenog rješenja, ovo vijeće je ocijenilo da je tuženi donošenjem rješenja počinio bitnu povredu pravila postupka iz člana 233. stav 2. Zakona o upravnom postupku („Službeni glasnik BiH", broj 29/02 do 53/16). Ova odredba obavezuje donosioca rješenja da u obrazloženju navede dokaze koje je proveo i činjenično stanje utvrđeno na osnovu provedenih dokaza, razloge koji su bili odlučni pri ocjeni dokaza, kao i razloge koji s obzirom na utvrđeno činjenično stanje upućuju na onakvo rješenje kakvo je dato u dispozitivu, kao i pravne propise na osnovu kojih je riješena predmetna upravna stvar. Osporeno rješenje, međutim, ne sadrži razloge koji su odlučni za donošenje odluke, odnosno isto sadrži samo žalbene navode, te izjašnjenje

ugovornog organa i zaključak tuženog da su žalbeni navodi nesonovani jer tužitelj nije odbranio svoje argumente, već je davao proizvoljno tumačenje bez ijednog dokaza. Iz spisa je vidljivo da je podnosilac žalbe detaljno naveo razloge zbog kojih smatra da je tenderska dokumentacija u suprotnosti sa Zakonom o javnim nabavkama, a na koje tuženi nije odgovorio, nego je u obrazloženju osporenog rješenja samo naveo da tužitelj nije dokazao svoje navode, te u cijelosti prihvatio izjašnjenje ugovornog organa, mada je tuženi dužan kao drugostepeni organ u drugostepenom aktu odgovoriti na sve žalbene prigovore u smislu člana 233. Zakona o upravnom postupku BiH. Iz izloženog slijedi da osporeno rješenje ne sadrži razloge o odlučnim činjenicama zbog čega je ovaj sud tužbu uvažio, osporeno rješenje poništio i predmet vratio tuženom na ponovno rješavanje. U ponovnom postupku tuženi će cijeniti sve žalbene prigovore u ovoj upavnoj stvari i dati razloge iz kojih prihvata ili ne svaki od datih prigovora u smislu odredbi člana 233. stav (2) Zakona o uprvnom postupku.

Postupajući po presudi Suda Bosne i Hercegovine, ovaj organ je pristupio ponovnom odlučivanju i utvrdio sljedeće:

U vezi s navodom žalitelja kojim osporava tendersku dokumentaciju u dijelu tehničkih karakteristika koje moraju ispunjavati traženi vodomjeri za predmet nabavke pod stavkom 1. vodomjere sa mokrim mehanizmom (izvedba sa magnetnim idikatorom) (od 1. do 5.), klasa tačnosti najmanje u klasi C (R 160 po MID-u) kod horizontalne ugradnje i najmanje u klasi B (R80) kod vertikalne ugradnje), jer smatra da jedino vodomjer IKOM Ml00i ispunjava tražene karakteristike i da samo ponuđač IKOM Livno može biti ponuđač u predmetnom postupku nabavke, ovaj organ je uvidom u Obrazac za cijenu ponude (Aneks 2) utvrdio da ugovorni organ zahtijeva višemlazni mokri vodomjer s mogućnošću ugradnje u horizontalnom i vertikalnom položaju, Klasa tačnosti: najmanje u klasi C (R 160 po MID-u) kod horizontalne ugradnje i najmanje u klasi B (R80) kod vertikalne ugradnje.

Uvidom u katalog višemlaznog mokrog vodomjera IKOM Ml00i koji je žalitelj dostavio u prilogu žalbe kao dokaz svojih tvrdnji, ovaj organ je utvrdio da je u istom navedeno da vodomjer sa horizintalnim kućištem postiže klasu točnosti C - R 160 kod horizontalne ugradnje i klasu B (R80) kod vertikalne ugradnje u istom vidomjeru.

S druge strane ugovorni organ je, kao dokaz kojim osporava tvrdnje žalitelja da jedino vodomjer IKOM Ml00i ispunjava tražene karakteristike, dostavio kataloge proizvoda Elster za vodomjer tip Ml00 MNR artist, proizvoda Honeywell UK za vodomjer Ml00 artist, te vodomjera Ikom – višemlazni vodomjer M100.

Međutim žalitelj u odgovoru na izjašnjenje navodi da je ugovorni organ dostavio tri kataloga vodomjera od proizvođača - što je u faktičkom smislu jedan te isti proizvođač i jedan te isti vodomjer, s obzirom da je firma IKOM regionalni zastupnik vodomjera ELSTER, a čiji je direktni vlasnik firma HONEYWELL, o čemu žalitelj upućuje da web stranice firmi Ikom, Zagreb i Elster, te dostavlja dokaz kojim potvrđuje da je Elster dio HONEYWELL, kao i Certifikat Instituta za mjeriteljstvo BiH, o odobrenju tipa za višemlazni vodomjer M100, M110, M100i, proizvođača IKOM d.o.o., Zagreb, HR, kao dokaz da se ovaj tip vodomjera može koristiti u BiH, dok za

proizvode Elster i HONEYWELL, kako navodi, ne postoje certifikati tako da se ovi vodomeri ne mogu koristiti u BiH.

Imajući u vidu da je pretragom na web stranicama na koje upućuje žalitelj utvrđeno da proizvođač Ikom, Hrvatska u svom proizvodnom asortimanu nudi, između ostalog, vodomjere Elster i Ikom, te da je žalitelj dokazao da je IKOM regionalni zastupnik vodomjera Elster, a da je Elster dio HONEYWELL, nespornim se zaključuje da se radi o proizvodima istog proizvođača, Ikom Hrvatska, a kako žalitelj i osporava tehničku specifikaciju navodeći da je ugovorni organ protežirao jedan tip mjerača i jednog ponuđača (IKOM d.o.o. Livno), a ugovorni organ kao dokaz kojim osporava tvrdnje žalitelja dostavlja kataloge proizvoda Elster, Honeywell i Ikom za isti tip vodomjera M100, za koje je žalitelj dostavljenim certifikatom dokazao da je riječ o istom vodomjeru, ovaj organ konstatuje da ugovorni organ dostavljenim katalozima u smislu člana 102. stav (2) Zakona o javnim nabavkama nije dokazao da tehničku specifikaciju nije prilagodio tehničkim karakteristikama jednog proizvođača, a time i ponuđača koji nudi proizvode tog proizvođača. Žalitelj je, s druge strane, u prilogu žalbe dostavio dokaz - katalog višemlaznog mokrog vodomjera IKOM M100i, kojim je dokazao da zahtijevane tehničke karakteristike koje se odnose na klasu tačnosti: najmanje u klasi C (R 160 po MID-u) kod horizontalne ugradnje i najmanje u klasi B (R80) kod vertikalne ugradnje, tražene u Obrascu za cijenu ponude predmetne TD, odgovoraju tehničkim karakteristikama navedenim u dostavljenom katalogu, te je također dokazao da se kod kataloga koje je dostavio ugovorni organ u suštini radi o istom tipu vodomjera.

Stoga se navod žalitelja smatra osnovanim, zbog čega se žalba usvaja.

Pored navedenog, ovaj organ konstatuje i sljedeće: Rješenjem ovog organa broj JN2-03-07-1-2938-7/20 od 19.11.2020. godine, odbijena je kao neosnovana žalba žalitelja izjavljena na tendersku dokumentaciju.

S tim u vezi, ovaj organ je, po prijemu Presude Suda BiH, aktom broj JN2-03-07-1-2938-9/20 od 21.11.2022. godine, zatražio od ugovornog organa informaciju kako je postupio po prijemu Rješenja broj JN2-03-07-1-2938-7/20 od 19.11.2020. godine, odnosno da li je nastavio sa postupkom i donio odluku u skladu sa članom 70. ZJN, te ukoliko je donio odluku o izboru najpovoljnijeg ponuđača da dostavi informaciju da li je sa izabranim ponuđačem zaključen ugovor i da li je isti realiziran.

Ugovorni organ je aktom broj 03-55.1-497/22 od 29.11.2022. godine, dostavio ovom organu informaciju da je u predmetnom postupku donesena odluka o izboru najpovoljnijeg ponuđača i da je sa izabranim ponuđačem zaključen okvirni sporazum na period od 1 godine, te da je isti realiziran. U prilogu je ugovorni organ dostavio Odluku o izboru najpovoljnijeg ponuđača broj 9-50.10-484/20 od 04.12.2020. godine, kojom je za najpovoljnijeg ponuđača izabran IKOM d.o.o. Livno, te Ugovor-Okvirni sporazum zaključen 14.12.2020. godine između JP Vodovod i kanalizacija Kalesija d.o.o. Kalesija i Ikom d.o.o. Livno

Imajući u vidu navedeno činjenično stanje da je ugovor-okvirni sporazum koji je zaključen u predmetnoj javnoj nabavci i realiziran, ovaj organ konstatije da ne može poništiti tendersku dokumentaciju u postupku u kojem je ugovor- okvirni sporazum realiziran, te se s tim u vezi,

stranka koja smatra da je pretrpila štetu upućuje na član 121. Zakona o javnim nabavkama koji propisuje da svaki od učesnika postupka javne nabavke koji je pretrpio štetu zbog povrede ovog zakona ima mogućnost pokrenuti postupak za ostvarivanje prava na naknadu štete zbog izmakle dobiti pred nadležnim sudom, prema općim propisima o naknadi štete.

Povrat uplaćenih sredstava na ime naknade žalbenog postupka u iznosu od 500,00 KM izvršit će se na osnovu posebnog rješenja ovog organa, a u skladu sa članom 108. stav (7) Zakona o javnim nabavkama i članom 4. Instrukcije o načinu uplate, kontrole i povrata naknada propisanih članom 108. Zakona o javnim nabavkama ("Službeni glasnik BiH" broj: 86/14).

Na osnovu činjenica utvrđenih u postupku i provedenih dokaza, shodno članu 104. stav (1), 111. stav (1) tačka d) i stav (10) Zakona o javnim nabavkama, ovaj organ riješio je žalbu, kao u izreci ovog rješenja.

Pouka o pravnom lijeku

Ovo rješenje je konačan upravni akt. Protiv ovog rješenja može se pokrenuti upravni spor podnošenjem tužbe Sudu BiH u roku od 30 dana od dana prijema rješenja. Taksa na tužbu iznosi 100,00 KM.

PREDSJEDNIK VIJEĆA

Josip Dragić, dipl.iur.

Dostavljeno:

-VMS group d.o.o. Sarajevo
- JP Vodovod i kanalizacija Kalesija d.o.o. Kalesija
-evidencija
-a/a