



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

27-11-2019

Број: ЈН2-02-07-1-2648-10/19
Бања Лука, 14.11.2019.године

Канцеларија за разматрање жалби, Филијала Бања Лука, рјешавајући по жалби понуђача, Сириус 2010 д.о.о. Бања Лука, бр. - од 17.10.2019.године, заступан по адвокату Јелени Диљевић из Бања Луке, изјвљене на додјелу уговора у преговарачком поступку без објаве обавјештења, бр. набавке 24.013/404-47/19 и обавјештења о транспарентности, бр. 1030-4-2-53-6-20/19 од 09.10.2019.године, уговорног органа, Републичка управа за инспекцијске послове Бања Лука, у поступку јавне набавке, „надоградња инспекцијског информационог система“, на основу члана 103. став (1.), члана 111. став (1) тачка д.) и става (2.) тачка а.) Закона о јавним набавкама ("Сл.гласник БиХ", број:39/14) и члана 230. Закона о управном поступку ("Сл.гласник БиХ", број: 29/02, 12/04, 88/07, 93/09 и 41/13), на сједници вијећа, одржаној дана 14.11.2019.године, донесено је:

Р Ј Е Ш Е Њ Е

1. **Жалба** понуђача, Сириус д.о.о. Бања Лука бр. -- од 17.10.2019.године, изјављена на додјелу уговора у преговарачком поступку без објаве обавјештења и Обавјештења о транспарентности, бр. 1030-4-2-53-6-20/19 од 09.10.2019. године. уговорног органа, Републичка управа за инспекцијске послове Бања Лука, **с е у с в а ј а.**
2. **Поништава се** додјела уговора у преговарачком поступку без објаве обавјештења и Обавјештење о транспарентности, бр. 1030-4-2-53-6-20/19 од 09.10.2019.године, уговорног органа, Републичка управа за инспекцијске послове Бања Лука, те све радње проистекле из преговарачког поступка без објаве обавјештења, у цијелости .
3. **Усваја се** захтјев жалиоца за поврат накнаде трошкова покретања жалбеног поступка у износу од 5.000,00 КМ.
4. Усваја се захтјев жалиоца, за накнаду трошкова у висини Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката („Сл.гласник Републике Српске“ бр. 68/05) у износу од 525,00 КМ.
5. Налаже се уговорном органу, да жалиоцу, накнади трошкове жалбеног поступка у висини Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката („Сл.гласник

Уговорни орган не наводи о којем разлогу из члана 21. став (1) тачка ц) се ради, него наводи комплетну правну норму: „када се, због суштинских, доказивих техничких или умјетничких разлога или из разлога који се односе на заштити ексклузивних права, уговор може додијелити само одређеном добављачу". Да ли се ради о суштински доказивим техничким (очигледно је да нису умјетнички) разлозима или о ексклузивним правима?

Ексклузивна права не могу бити у питању јер их Закон дефинише у члану 2. тачка о), као: „право на обављање дјелатности из члана 5. овог закона, које надлежни орган у Босни и Херцеговини посебним законом, другим прописом, или одговарајућим уговором додијели једном или више правних субјеката, што значајно утиче на могућност других субјеката да обављају те дјелатности. Носилац тог ексклузивног или искључивог права дужан је приликом набавке робе, услуга или радова неопходних за обављање тих дјелатности, које су додијељене као ексклузивно или искључиво право, примјењивати одредбе овог закона;". У конкретном случају се не ради о ексклузивној дјелатности (производња софтвера), којом се бави само понуђач „Инфодом" доо Загреб.

Даље, ако се ради о техничким разлозима, они опет нису доказани. Наведено је да је софтвер набављен крајем 2009. године од поменуте компаније, набавком усклађеној са правилима међународних донатора, односно уговором са организацијом Chemonics International Inc. Washington. Уговор није, међутим, закључен са понуђачем „Инфодом" доо Загреб, већ са америчком организацијом. По општепознатим стандардима организације USAID (project SPIRA) и америчком праву, уговором (до којег жалилац није могао доћи) морало је бити дефинисано да се сва интелектуална својина (изворни код и документација) преноси на наручиоца, односно Chemonics International Inc. Washington. Даље се не наводи, нити прилажу уговори, нити било какав други доказ, да је Уговорни орган преузео ауторска права, да су му пренесена права коришћења и прераде над рачунарским програмом, сходно Закону о ауторским и сродним правима БиХ, када је у питању регулисање права код уговора о изради софтвера по наруцби, што би овдје био случај.

Потом се на потпуно нејасан и неаргументован начин образлаже да је понуђач „Инфодом" доо Загреб: „Инспекторату дао лиценцу за кориштење"!?

Којим уговором и којим правним послом је Инспекторату дата лиценца? Термин „дати" није правно ваљан, те није јасно о којој лиценци за кориштење се говори, којем уговору, којем поступку јавне набавке, под којим бројевима су заведени код Наручиоца, када и по којој цијени, а што би указало на то да је Наручилац управо корисник неке софтверске лиценце чији је аутор поменута компанија. Уколико је и тачан тај навод, исто је морало бити јасно описано, а што је још битније Наручилац је морао знати да има право замјене рјешења (да не мора да „вјечно користи" рјешење), да има право прераде рјешења и сва пуна имовинска права сходно Закону о ауторским и сродним правима, ако је софтвер купио по наруцби, према неком уговору. Наручилац је стога морао да распише отворени поступак, а не преговарачки, те да омогући активну конкуренцију.

На основу свега напријед наведеног, предлагемо да Канцеларија за разматрање жалби прибави све доказе од Уговорног органа на основу којих се може утврдити да ли је изворни

код предат Уговорном органу (а сигурни смо да јесте) што је одлучна чињеница за избор конкретног поступка јавне набавке, а што се може утврдити на основу уговора о набавци софтвера, уговора о „давању лиценце“ Наручиоцу и других правних послова. Сматрамо да је Уговорни орган противправно искористио основ за вођење преговорачког поступка само са једним понуђачем, јер понуђач „Инфодом“ д.о.о. Загреб, није власник изворног кода и нема искључиво право на надоградњу система.

2. Чланом 33. Закона о ауторским и сродним правима БиХ („Службени гласник БиХ“, број 63/10) дефинисано је сљедеће:

(Право прераде)

- (1) Право прераде је искључиво право да се оригинално дјело превде, драмски или музички обради, помијени или на било који други начин преради.
- (2) Право из става (1) овог члана обухвата и случај када се оригинално дјело у неизмијењеном облику укључи или угради у ново дјело.
- (3) Аутор оригиналног дјела задржава искључиво право на коришћење свог дјела у прерађеном облику, ако овим законом или уговором није друкчије одређено.

Пошто Наручилац наводи да се ради о надоградњи софтвера, и да то може да учини само понуђач „Инфодом“ доо Загреб, то би значило:

да је уговором (са америчком организацијом) којим је примарно набављен софтвер било одређено да је право на прераду софтвера (измјену) дато само аутору, а што није тачно и може се утврдити на основу претходних уговора

- да Наручилац никада није набавио изворни код и право прераде истог, а што није тачно, јер се моделима уговора из тендерских документација увек наведено тражи, па чак и у предметној набавци где се тражи достава изворног кода од стране извршиоца (погледати члан 6. нацрта уговора у овом поступку)!!

Дакле, ако се тражи достава изворног кода од извршиоца јасно је да се не ради о искључивом праву извршиоца, те да је наручилац уговором о наруцби израде софтвера, купио право на коришћење и прераду (у цјелини пренесена имовинска ауторска права ранијим уговором о наруцби софтвера), а што је учинио и ранијим уговорима на које се сам позива у Одлуци о покретању поступка.

Даље, Уговорни орган није захтијевао достављање било какве потврде издате од аутора софтвера (рачунарског програма) о томе да је аутор софтвера носилац некаквог ексклузивног или искључивог права, што јасно указује да то право и не постоји, односно да је пренесено на Наручиоца приликом куповине софтвера, те да се помињана рјешења у Заводу за интелектуалну својину ЕУ, Србије и Хрватске, уопште не односе на предметни софтвер.

Даље, Уговорни орган наводи регистрацију ауторског права на софтвер, у надлежним органима ЕУ, Србије и Хрватске, а не у БиХ, те тиме јасно указује да се не ради о истом

софтверу, јер би софтвер онда био регистрован у надлежном органу за права интелектуалне својине још од 2009. или касније, од када се наводи да је софтвер произведен од стране „Инфодом“ доо Загреб. Дакле, ауторско морално право поменуте компаније није спорно, али је имовинско цјеловито ауторско право продато и пренесено на Наручиоца.

Лиценца "дата на кориштење", како се изразио Уговорни орган, не представља искључиво ауторско право над предметним софтвером, јер је право већ купио и стекао сам Наручилац.

Чланом 103. Закона о ауторским и сродним правима прописано је:

(Компјутерски програм створен у радном односу или по наруџби)

Ако је компјутерски програм створио запосленик у извршавању својих обавеза или према упутствима послодавца, или ако га је створио аутор на основу уговора о наруџби, сматра се да су сва ауторска имовинска права на таквом програму искључиво и у цјелини пренесена на послодавца или наручиоца, ако уговором није другачије утврђено.

Наручилац је, дакле, било којим од ранијих уговора са „Инфодом“ доо Загреб или са америчком организацијом код реализације пројекта USAID-а, стекао сва ауторска имовинска права, те је морао да омогући активну и правичну конкуренцију.

Чланом 20. Закона о ауторским и сродним правима БиХ дефинисано је:

„(4) Ауторска имовинска права садрже нарочито:

- а) право репродуковања,
- б) право дистрибуирања,
- ц) право давања у закуп,
- д) право саопштавања јавности,
- е) право прераде,
- ф) право аудио-визуелног прилагођавања прилагодбе (члан 110.),
- г) право превода."

Дакле, јасно је да Наручилац има право да мијења софтвер без икакве сагласности предузећа „Инфодом“ доо Загреб. Наручилац, умјесто да користи пуна имовинска ауторска права (за која је већ утрошио јавна средства, како сам помиње), те да објави јавну набавку на којој све стручне ИТ компаније могу да учествују и понуде ново рјешење или промјену постојећег, покренуо је преговарачки поступак наводећи нетачне податке да је само „Инфодом“ доо Загреб у могућности да понуди предметне услуге. Тиме је Наручилац ненамјенски покушао да утроши средства, те да по непровјереним цијенама набави нови софтвер, и то са прикривеном услугом одржавања на још годину дана.

3. Наручилац је повриједио одредбе члана 54. став (2) тачка а) Закона јер се позивао на одређене стандарде, а није користио обавезно навођење „или еквивалент“, односно достављање еквивалентних рјешења. Наиме, овим чланом је прописано:

„(2) Техничке спецификације, уз поштовање обавезних босанскохерцеговачких техничких правила, одређују се:

а) позивањем на техничке спецификације и, уз уважавање сљедећег редослиједа, на босанскохерцеговачке стандарде којима се преузимају европски стандарди, европска техничка одобрења, заједничке техничке спецификације, међународни стандарди, друге техничке референтне системе које су утемелила европска тијела за стандардизацију или, ако они не постоје, на босанскохерцеговачке стандарде, босанскохерцеговачка техничка одобрења или босанскохерцеговачке техничке спецификације које се односе на пројектовање, израчуни извођење радова те употребу производа, при чему се свака упута мора означити ријечима "или еквивалент";"

4. Наручилац није навео реалан предмет уговора, те је на тај начин злоупотребио преговарачки поступак.

У обрасцу за цијену понуде дефинисана је структура укупне цијене услуга. Из структуре цијене јасно се може закључити да се не ради о надоградњи система, већ о продаји „лиценце“, услугама миграције (премјештања података са старог ИМС система на нови систем) и доградњи система. Чак и сам Наручилац наводи да ће постојати нови систем, те да се премјешта са старог на нови!

Са друге стране, Наручилац је сакрио услуге које потом помиње у Техничкој спецификацији-Прилог 1: услуге одржавања од једне године, услуге гаранције, услуге и опрему у дијелу одржавања (замјенски дјелови) хардвера!

Даље, на страни 106 - Прилог 1 стоји:

- Прекиди рада ради сервиса се одузимају Извођачевог мјерења времена рада. „Прекид рада сервиса“ дефинише се као непредвиђена и непланирана деградација сервиса ИМС система која спречава кориснике или систем да врше интеракције са системом. Инспекторат и Извођач ће успоставити међусобно договорену очекивану или прихватљиву метрику времена рада система (не мање од 99,7% измјерено на начин опасан даље у тексту). Пенали за исплате за Извођачев рад и одржавање ће се рачунати на основу било каквих таквих одступања.

Наручилац одређује пенале уколико систем не буде довољно одзиван (жаргонски речено, довољно брз, да корисник предуго чека на одзив система, а Уговорни орган наводи и сам да постоје проблеми у раду система!), а пенали се потом у моделу уговора не помињу ниједним словом, што јасно говори да заправо систем не функционише адекватно и да је требало да буде замјењен другим. Зашто Наручилац уопште захтјева надоградњу, када и сам у образложењу Одлуке о покретању поступка наводи да систем има проблема у функционисању?! То све опет говори о томе да је Наручилац морао предметни систем (којим није задовољан) замјенити другим, који испуњава захтјеве корисника. Зашто

Наручилац не ставља клаузулу „пенала“ у моделу уговора, остаје као потпуно нејасно питање.

Страна 103 - Прилог 1, Help Desk: описана је опсежно услуга подршке, рјешавања проблема различитих врста и то по принципу пријаве нон стоп и рјешавања сваког дана у радно вријеме, а предметни пројекат уопште не обухвата услуге подршке, већ услугу израде софтвера, односно надоградњу система. Просто речено, требало је да извођач изврши услуге пројектовања и имплементације надоградње софтвера, и да не врши никакво одржавање, подршку и корекције система, јер се само исправан систем, функционалан може надоградити, а што у овом случају није остварено.

Дакле, Наручилац је свјесно умјесто услуге надоградње, наручио услугу одржавања, и то у сљедећим дијеловима:

Модел уговора члан 7,

Страна 97 - Прилог 1, наслов Одржавање апликацијског система IMS,

Надаље се описује да се ради о корективном, превентивном и технолошком усавршавању, као врстама одржавања

Страна 100 - Прилог 1: активности одржавања софтвера детаљно описане Страна 102 и 103 Прилога 1, чак наводи децидно врсте одржавања софтвера: Страна 102 Прилога 1:

Извјештај о одржавању апликацијских система IMS: бројуговора/период

Страна 103 Прилог 1:

Тип одржавања:

П- превентивно; К-корективно; Т-технолошко

Страна 96 Прилог 1:

7. Гарантни период, одржавање и подршка

7.1 Гарантни период

Након успоставе продукцијске инстанце IMS система, почиње тећи 90 дана гарантни период за укупно систем-интеграцијско рјешење за претходно предвиђени рад (укључујући софтвере и хардверску инфраструктуру).

Гарантни период од 90 дана од дана коначног прихватања за обје фазе пројекта примјењиват ће се на покриће за све нове грешке идентификоване у систему након тога. Извођач ће имати обвезу ријешити сва питања или грешке које спадају у изворни опсег посла.

У периоду од 7 година, извођач треба гарантовати за осигурање техничких замјенских дијелова које укључује хардверске компоненте IMS система и нових верзија софтверских IMS компоненти.

Даље, гарантни период од 90 дана захтјева се за укупно систем-интеграцијско рјешење за продукцијски рад (укључујући софтвер и хардверску инфраструктуру). На овај начин Наручилац је повриједио Закон на следеће начине:

- Није могуће да се под гаранцију стави хардвер који уопште није предмет набавке, јер је требало да буде уговорена услуга надоградње система Уговара се, дакле, укупно рјешење, цјеловити систем, децидно, а предмет набавке је представљен као надоградња система (систем се дакле замјењује, чим се све мигрира (премјешта) на ново рјешење и даје гаранција на то ново укупно рјешење)

Даље се наводи да је у периоду од 7 година извођач дужан да гарантује за замјенске дијелове хардверских компоненти, а што апсолутно није могло бити предмет набавке, јер је предмет набавке услуга надоградње софтвера (Ознака и назив из ЈРЈН: 72212000- 4: Услуге програмирања апликационог софтвера).

На страни 95 Прилог 1 стоји:

Извођач ће бити дужан да изради слиједећи материјал за обуке:

- Функционалну документацију која ће служити као Кориснички приручник, у којем ће се приказати комплетно коришћење система. Он ће бити дистрибуисан свим запосленим који користе IMS;

Јасно се указује на потребу да се креира нова функционална документација, као приручник за кориснике, гдје се приказује комплетно коришћење система, а што није могао бити случај ако се ради о надоградњи система, гдје би корисницима било само приказано шта је то ново од функционалности софтвера, кроз кратко упутство и кратку обуку, јер корисници већ годинама користе систем и све им је познато, те су добро обучени за рад са истим.

Миграција података морз бити комплетна - нови систем мора моћи дати на располагање све податке из постојећег система.

Из старог IMS системз потребно је све продукцијске податке пребацити у нови систем. Из наведеног, чак је и особама које нису информатички стручњаци јасно да је предмет набавке испорука новог система, а не надоградња постојећег система, како је Наручилац то дефинисао тендерском документацијом. Циљ је само да се избјегне транспарентан поступак и онемогући активна и правична конкуренција.

Све напријед наведено упућује на следеће:

Уговорни орган није могао водити преговарачки поступак без објаве обавјештења о набавци из разлога што понуђач „Инфодом“ д.о.о. Загреб нема искључиво право на развој и надоградњу софтвера, нити је Уговорни орган доказао и документовао то право. Уговорни орган кроз овај предмет набавке мијења постојећи систем, а не надограђује га, што је само изговор за вођење ове врсте поступка.

Докази за жалбене наводе:

Тендерска документација број 24.013/404-47-2/19

„Ex ante" обавјештење о транспарентности број 1030-4-2-53-6-20/19

Одлука о покретању поступка

С обзиром на све напријед наведено, предлажемо да уговорни орган усвоји жалбу и поништи поступак јавне набавке или да Канцеларија за разматрање жалби, ако жалба буде прослијеђена Канцеларији, уважавајући жалбене наводе, поништи преговарачки поступак и наложи Уговорном органу да проведе други поступак у складу са Законом, те обавезе Уговорни орган да надокнади трошкове жалбеног поступка и наложи Министарству финансија и трезора БиХ да жалиоцу изврши поврат накнаде за вођење жалбеног поступка.

У складу са чланом 94. став (3) и (4) Закона о јавним набавкама жалилац тражи да Канцеларија за разматрање жалби БиХ доставља жалиоцу и сва остала писмена која буду достављена у поступку, а обавезно Изјашњење уговорног органа по жалби, да би се жалилац изјаснио по истом.

Трошковник, у складу са Тарифом о наградама и накнади трошкова за рад адвоката

("Службени гласник Републике Српске" број 68/05):

Састав жалбе са паушалом 525,00 КМ

На изнешену жалбу, Уговорни орган је доставио изјашњење по истој са комплетном документацијом заведено под бројем 24.013/404-47-22/19 од 23.10.2019. године, а запримљена код овога органа и заведена под бр. ЈН2-02-07-1-2648/19 од 23.10.2019.године.

У Изјашњењу се истиче :

Одредбом члана 101. Закона о јавним набавкама („Службени гласник Босне и Херцеговине", број 39/14) (у даљем тексту: Закон), прописани су рокови за изјављивање жалбе, по фазама поступка.

Полазећи од чињенице да је Жалитељ благовремено преузео тендерску документацију са веб странице Инспектората, о чему свједочи допис Жалитеља, број 119/19 од 28.08.2019. године (у прилогу), дакле одмах након покретања поступка, то је Жалитељ имао могућност да изјави жалбу на тендерску документацију најкасније 10 дана од дана преузимања тендерске документације, а који рок је истеко ТОКОМ августа мјесеца текуће године. Разлог за овакво тумачење лежи у чињеници да се жалбом заправо побија садржај тендерског документа, са којим је Жалитељ био упознат, и то одмах по његовом објављивању на званичној интернет страници уговорног органа, због чега се на конкретан случај има примијенити одредба члана 101. став (1) тачка б) Закона, а не рокови прописани одредбом члана 101. став (4) Закона, будући да Жалитељу објава „ex ante“ обавјештења о транспарентности није прво сазнање о покренутом поступку, а самим тим ни прво сазнање о садржају тендерског документа и његовим наводним мањкавостима (а што је једини садржај жалбе). У противном, уколико Жалитељ тендерску документацију није преузео са намјером да учествује у поступку и да благовремено укаже на чињенице због којих би евентуално требало поништити поступак у тренутку сазнања за исти, оправдано се поставља питање из којих разлога је Жалитељ чекао да се спроведу све фазе преговарачког

поступка, па да га оспори прије потписивања уговора, што указује на чињеницу да се ради о злоупотреби института жалбе у поступку јавне набавке.

Како су ТОКОМ мјесеца августа протекли рокови за изјављивање жалбе којом би се могла побијати тендерска документација, код чињенице да је Жалитељ све наводе којима би побијао тендерски документ могао благовремено изнијети у претходној фази поступка, да је суштина жалбе оспоравање тендерског документа, то је жалба неблаговремена. Жалитељ који је пропустио изјавити жалбу према одредбама члана 101. ст. (1) до (5) Закона губи право тражити испитивање законитости по истом основу у каснијој фази поступка, о чему се у конкретном случају ради, а сходно одредби члана 101. став (6) Закона.

II Опреза ради, уговорни орган у цјелости оспорава и остале жалбене наводе, који су у цјелости неосновани, из разлога како слиједи.

Прије свега, жалбени наводи су контрадикторни. Наиме, у предмету жалбе је наведено да се ради о жалби на додјелу уговора у преговарачком поступку без објаве обавјештења о набавци, међутим, у даљем тексту увода жалбе се наводи да се жалба изјављује због погрешне примјене Закона, приликом избора врсте поступка за услуге надоградње Инспекцијског информационог система, а што је у суштини побијање тендерског документа, за коју радњу су, како је напријед наведено, протекли рокови. Жалбом се ниједним наводом не оспоравају чињенице које су утврђене у поступку који је претходио доношењу одлуке о додијели уговора (а које се не односе на неблаговремено побијање тендерског документа). Нити једним жалбеним наводом није оспорена било која радња проведена у преговарачком поступку, која би указала на неку процесну незаконитост или на неподобност изабраног понуђача за извршење предмета поступка. Осим тога, нејасно је који је жалбени основ у питању, с обзиром на чињеницу да је Жалитељ навео да је из добровољног „ex ante“ обавјештења о транспарентности сазнао за додјелу уговора понуђачу, код чињенице да предметним обавјештењем уговорни орган, након избора понуде, образлаже испуњеност услова утврђених Законом који оправдавају примјену преговарачког поступка без објаве обавјештења и изражава своју намјеру о закључењу уговора с најуспјешнијим понуђачем.

Опредјељујући се за ову врсту поступка, преговарачки поступак без објаве обавјештења о набавци, с позивом на одредбе члана 21. став (1) тачка ц) Закона, којима је прописано да уговорни орган изузетно може уговор о набавци додјеливати путем преговарачког поступка без објаве обавјештења о набавци у случајевима: када се из суштинских, доказивих техничких или умјетничких разлога, или из разлога који се односе на заштиту ексклузивних права, уговор може додијелити само одређеном добављачу, уговорни орган је на уму имао чињеницу да је корисник Лиценце за кориштење апликацијске програмске опреме, број 78296 (у прилогу), којом је кориснику дато неискључиво право искориштавања апликацијске програмске опреме: е - inspector платформе, да је изабрани кандидат („Инфо дом“ доо Загреб, Република Хрватска) носилац ауторског права над апликацијском програмском опремом, чиме се сви жалбени наводи о наводном нејасном, непрецизном и правно неваљалом аргументу да само један понуђач може извршити услугу, чине неоснованим и паушалним.

Дакле, постоје јасни разлози зашто се уговорни орган одлучио да спроведе ову врсту јавне набавке. Из садржаја предметне лиценце је јасно да је привредно друштво „Инфо дом“ доо Загреб, Република Хрватска, носилац ауторског права на апликацијској програмској опреми, која је уграђена у Инспекцијски информациони систем (након дораде технолошке платформе и непходних оптимизација - надоградња и оптимизација Информационог система). Осим тога, предметном Лиценцом је уговорном органу забрањено задирати и/или мијењати изворни код, извршити прилагођавање, обраду, репродуковање, превођење или надоградњу изворног кода, те предузимати исте и/или сличне радње, а које би за посљедицу имале непријед наведено. Појашења ради, важно је појаснити да је „основни“ изворни код из Уговора о одржавању у функцији Инспекцијског информационог система РС, из 2009. године пренешен на уговорни орган, међутим, након активности на унапријеђењу функционалности система у сегменту контроле приступа документима и оптимизација база података (документација у прилогу) које активности су спроведене у 2015. години, извршена је уградња е - inspector платформе, чији је носилац ауторских права наведено привредно друштво, а што је био одлучујући фактор за избор преговарачког поступка без објаве обавјештења о набавци.

Из истих разлога уговорни орган не образлаже остале неосноване жалбене наводе којима се указује на наводну повреду Закона о ауторским правима.

Жалбом се указује да је уговорни орган повриједио одредбу члана 54. став (2) тачка а) Закона јер се позивао на одређене стандарде, а није користио обавезно навођење синтагме „или еквивалент“, односно доствљање еквивалентних рјешења. Према дефиницији CSS-а (Каскадни листови стилова), ради се о језику стила који се користи за описивање презентације документа написаног на означеном језику као што је HTML. CSS је камен темељац технологије свјетског webа, заједно са HTML - ом и JavaScript - ом. У тендерском документу, у опису web стандарда су наведне најзаступљеније web технологије заједно са Javascript - ом па из тог разлога није потребно да се наводи термин "или еквивалентан", што указује на још један неосновани жалбени навод. Да је предметна тврдња неоснована говори и слједећи податак. Одредбом члана 54. став (3) је прописано да, ако се техничке спецификације одреде у складу са ставом (2) тачка а) тог члана, уговорни орган не смије понуду одбити с образложењем да понуђена роба и услуге не одговарају спецификацијама које је понуђач навео, ако понуђач одговарајућим средствима (технички досије, извјештај о извршеном тестирању од овлашћеног органа и други слични дскументи издати од надлежних институција) у својој понуди докаже да рјешења која је он у понуди предложио у једнакој мјери одговарају техничким спецификацијама на које се позива. Жалитељ ову одредбу свјесно не цитира, будући да му не иде у прилог, а неспорна је чињеница да уговорни орган не би одбацио понуду понуђача који би понудио други web стандард, у односу на, у конкретном случају, наведени, управо због ограничења наведених цитираном законском одредбом.

У погледу жалбених навода да није наведен реалан предмет уговора, те да је на тај начин злоупотребијен преговарачки поступак, да се не ради о надоградњи система, већ о продаји „лиценце“, услугама миграције (премјештање података са старог ИМС система на нови) и доградњи система, износимо слједеће. Нови систем подразумијева и прављење нове базе података, развој новог алгоритма за процедуре инспекцијских надзора и друго, што

овдје није случај. Основа базе је иста, као и саме структуре софтвера, а биће надограђена технолошка платформа и додати модули за границу, финансијско управљање и контролу и др. На надограђену технолошку платформу ће бити извршено пребацивање постојеће базе, тако да се ни у ком случају не ради о новом систему, како се то жалбом неосновано указује, већ о технолошкој надградњи постојећег система која ће допринијети вишеструко побољшаним перформансама постојећег система. Уговорни орган је приступио поступку набавке надоградње постојећег система због застарјеле технолошке платформе, великог пораста броја запослених и повећања обима контрола, што је довело до пораста база података и успоравања постојећег система. Надограђена технолошка платформа ће омогућити бржи одзив система. Извођач је морао да изврши услуге корекције постојећег система у одређеној мјери јер је уговорни орган захтијевао да се на постојећи систем надограде нове функционалности. Жалбена тврдња да се само исправан и функционалан систем може надограђивати је у супротности са потребом технолошке надоградње, која је у овом случају предмет Уговора.

Неосновани су и жалбени наводи да је уговорни орган свјесно, умјесто услуге надоградње, наручио услуге одржавања. Овдје се ради о превентивном, корективном и технолошком одржавању након успоставе продукцијске инстанце ИМС - а, у трајању од 90 дана.

Везано за жалбене наводе да је извођач у обавези доставити одређену документацију (приручнике и упутства), из којих се, према мишљењу Жалитеља да закључити да се ради о новом систему, износимо сљедеће. На страни 107 Прилога 1 је наведено да извођач мора доставити најмање сљедећу документацију: Приручник за инсталацију - је неопходан јер се у њему описује начин на који ће се изводити надоградња, кориснички приручник (за крајње кориснике) - служи да би корисници могли користити надограђене функционалности ИМС-а, кориснички приручник за администраторе - служи да би администратори система могли успјешно вршити одржавање надограђених функционалности. С тим у вези, не стоје жалбени наводи да се на основу напријед наведене документације изводи закључак да се ради о новом систему за који је потребно вршити инсталацију и обуку. Дијаграм ИТ инфраструктуре је потребан да би уговорни орган у одвојеном поступку јавне набавке могао да креира захтјеве за техничком спецификацијом (за хардвером) у складу са захтјевима и карактеристикама надограђеног софтвера, због чега се хардвер и спомиње у тендерском документу.

Што се тиче навода Жалитеља да је уговорни орган сакрио услуге које потом помиње у Техничкој спецификацији, по мишљењу уговорног органа, исти није основан јер су све услуге, које су предмет набавке, детаљно описане у техничкој спецификацији датој као посебан прилог тендерске документације (Прилог 1). Наиме, у Нацрту уговора, Прилог 12 тендерске документације, у члану 7. дефинисана је обавеза Извршиоца да гарантује да је надограђена верзија софтвера у складу са циљевима и захтјевима постављеним у тендерској документацији. У Прилогу 1. тендерске документације је прецизирано да је понуђач дужан да кроз одређене опције превентивног, корективног одржавања, те технолошког усавршавања обезбиједи напријед наведено, наравно искључиво у циљу реализације осигурања функционисања надограђеног система у гарантном року. Такође овај орган сматра да је постављање оваквог услова у складу са основним принципима Закона о јавним

набавкама, односно да су постављени с циљем најефикаснијег кориштења јавних средстава у вези с предметом набавке и његовом сврхом.

Што се тиче навода Жалитеља да Наручилац (уговорни орган) одређује пенале уколико систем не буде довољно одзиван, а да се пенали потом у моделу уговора не помињу ниједним словом, те да исто говори у прилог чињеници да је Наручилац морао предметни систем, којим није задовољан, замијенити другим и да је остало нејасно питање нестављања клаузуле пенала у нацрту уговора, по мишљењу уговорног органа исти су неосновани из сљедећих разлога. Уговорни орган је покренуо поступак набавке због честих и крупних техничких проблема, који су захтијевали обимнију надоградњу и реконструкцију технолошке платформе IMS-а због застарјелости технологија на којима IMS функционише и преоптерећености база података. Дакле, како је постојало незадовољство постојећим системом, то је покренут поступак набавке услуга надоградње постојећег, у складу са Закључком Владе Републике Српске, број: 04/1-012-751/19 од 14.03.2019. године, којим је одобрен „План одржавање и надоградње IMS-а“, а Одлуком Владе Републике Српске о измјени Одлуке о одређивању приоритетних пројеката из програма јавних инвестиција Републике Српске за финансирање из буџета у 2019. години", број: 04/1-012-2-1666/19 од 27.06.2019. године (оба документа у прилогу), обезбијеђени су извори финансирања. Везано за пенале, који се не помињу у Нацрту уговора, овај орган је у складу са чланом 61. Закона о јавним набавкама ("Службени гласник БиХ" број 39/14), као и одредбама Правилника о облику гаранције за озбиљност понуде и извршење уговора („Службени гласник БиХ", број 90/14), у тендерској документацији одредио да је Понуђач обавезан доставити, уколико његова понуда буде одабрана као најповољнија, у року од 10 дана од дана закључивања уговора, гаранцију за уредно извршење уговора у облику безусловне банкарске гаранције у износу од 10% од вриједности уговора, са клаузулом плативо на први писани позив корисника гаранције и без права приговора, са роком важности: рок извршења уговорних обавеза + 30 дана. Дакле, по мишљењу уговорног органа, нацртом уговора је одређена обавеза достављања гаранције за уредно извршење уговора и иста је довољан инструмент осигурања извршења уговорених обавеза, као највиши степен сигурности за кориснике, јер садржи обавезу банке на неопозиву и безусловну исплату на назначени банковни рачун одређеног износа, тако да није неопходно поред наведене гаранције уговорати и пенале, чиме се још једном указује на неоснованост изнесених жалбених навода.

Везано за жалбене наводе да захтјев наведен у тачки 7. Прилога 2 тендерске документације, а односи се на обавезу Извођача да гарантује за осигурање техничких замјенских дијелова које укључују хардверске компоненте IMS система и нових верзија софтверских IMS компоненти у периоду од 7 година, није могао бити предмет набавке, овај орган је мишљења да понуђач потписивањем захтјева за учешће, Прилог 2 тендерске документације изражава вољу да поменутом изјавом прихвати одредбе тендерске документације у цјелости, без икаквих резерви или ограничења или их не прихвати. Неспорно је да предмет овог поступка јавне набавке није хардвер, на шта се жалбом неосновано указује, међутим, успостава продукцијске инстанце Инспекцијског информационог система по својој природи захтијева да се софтвер имплементира на хардвер и да се гарантује за осигурање нових верзија софтверских IMS компоненти, а која набавка (набавка хардвер опреме), све у складу са захтјевима и карактеристикама надограђеног софтвера, ће бити предмет посебног поступка јавне набавке и то отворени

поступак са додатним оглашавањем сажетка на енглеском језику на порталу Агенције за јавне набавке и Канцеларије за разматрање жалби Босне и Херцеговине, због вриједности предмета набавке, сходно одредби члана 14. став (5) Закона. Услуге одржавања од једне године су гаранција коју произвођач даје за надоградњу софтвера.

Дакле, из свега наведеног јасно произилази да је уговорни орган у поступку јавне набавке, поступио у потпуности у складу са Законом и подзаконским актима, који уређују област јавних набавки и да је на транспарентан начин проведен поменути поступак, с циљем најефикаснијег кориштења додијељених јавних средстава.

Сви изнесени разлози говоре у прилог тврдњи да је уговорни орган заиста имао основа да вјерује да се определио за одговарајућу врсту поступка, будући да се ради о надоградњи постојећег информационог система који у себи садржи лиценцирану, и у погледу ауторских права, заштићену технолошку платформу, уредно је објављено ех анте обавјештење о транспарентности, уговор није закључен прије истека периода од 15 дана након објављивања тог обавјештења, а што је и основ да поступак, уговор о јавној набавци или оквирни споразум не буде предметом поништења ако је уговорно тијело имало оправдане разлоге сматрати да поступа у складу са Законом, ако је добровољно објавило ех анте обавјештење о транспарентности и уговор или оквирни споразум није закључен прије истека периода од 15 дана након објављивања тог обавјештења, сходно одредби члана 111. став (3) Закона.

Такође, у жалби се тражи и поврат накнаде за вођење жалбеног поступка, међутим, уз жалбу није достављен доказ да је накнада стварно и уплаћена, а што вејероватно није ни учињено, имајући у виду чињеницу да се ради о износу од 5000 КМ, који се одређује према вриједности поступка, а која у овом поступку јавне набавке износи 726.500 КМ, без урачунатог ПДВ - а.

Имајући у виду изнесене чињенице, очигледно је да Жалитељ злоупотребљава институт жалбе, из само њему знаних разлога, због чега предлагемо да се жалба одбаци као неблагоприятна, а уколико се другостепени орган ипак упусти у разматрање жалбених навода, уговорни орган предлаже да се жалба у цјелости одбије као неоснована, из разлога који су напријед наведени.

Прилог:

1. Одлука о покретању поступка набавке, број: 24.013/404-47-1/19 од 29.07.2019. године;
2. Изјава у вези члана 52. став (4) Закона од 29.07.2019. године;
3. Тендерска документација, број: 24.013/404-47-2/19 од 29.07.2019. године са Прилогом 1;
4. Позив за достављање квалификационих докумената - I фаза, број: 24.013/404-47-3/19 од 05.08.2019. године;

5. Захтјев за учешће понуђача „Инфодом" доо, Загреб, број: 2019-1741/101726 од 15.08.2019. године;

6. Рјешење о именовању Комисије за набавку, број: 24.013/404-47-5/19 од 19.08.2019. године;

7. Пословник о раду Комисије за јавне набавке, број: 24.013/404-47-6/19 од 19.08.2019. године;

8. Записник о раду Комисије након I фазе преговарачког поступка без објаве обавјештења, број: 24.013/404-47-7/19 од 21.08.2019. године;

9. Позив за достављање почетне понуде, број: 24.013/404-47-8/19 од 21.08.2019. године;

10. Захтјев за слободан приступ информацијама „Sirius 2010" доо, Бања Лука, број: 119/19 од 28.08.2019. године;

11. Одговор на захтјев „Sirius 2010" доо, Бања Лука, број: 24.004/054-116-2/19 од 29.08.2019. године;

12. Почетна понуда понуђача „Инфодом" доо, Загреб, број: 2019-1741/101948 од 30.08.2019. године;

13. Записник о раду Комисије након II фазе преговарачког поступка без објаве обавјештења, број: 24.013/404-47-10/19 од 04.09.2019. године;

14. Позив за учешће у III фази поступка - преговори, број: 24.013/404-47-11/19 од 12.09.2019. године;

15. Записник о проведеним преговорима, број: 24.013/404-47-12/19 од 19.09.2019. године;

16. Позив за достављање коначне понуде, број: 24.013/404-47-13/19 од 25.09.2019. године;

17. Коначна понуда понуђача „Инфодом" доо, Загреб, број: 2019-1741/102522 од 01.10.2019. године;

18. Записник о отварању коначне понуде од 03.10.2019. године;

19. Захтјев за појашњење „Инфодом" доо, Загреб, број: 24.013/404-47-15/19 од 04.10.2019. године;

20. Одговор на захтјев, број: 2019-1741/102665 од 04.10.2019. године;

21. Извјештај о раду Комисије наконведеног преговарачког поступка без објаве обавјештења о набавци, број: 24.013/404-47-17/19 од 08.10.2019. године;

22. Одлука о избору најповољнијег понуђача, број: 24.013/404-47-18/19 од 08.10.2019. године;

23. Обавјештење о резултату поступка јавне набавке, број: 24.013/404-47-19/19 од 09.10.2019. године;

24. Добровољно ех ante обавјештење о транспарентности, број: 1030-4-2-53-6-20/19 од 09.10.2019. године;

25. Достава Сажетка добровољног ех ante обавјештења о транспарентности на објаву у „Службени лист БиХ“, број: 24.013/404-47-20/19 од 09.10.2019. године;

26. Лиценца за кориштење апликацијске програмске опреме, број: 78296 од 30.12.2016. године;

27. Уговор о одржавању у функцији Инспекцијског информационог система Републике Српске, број: 26.010/404-3415-3/09 од 31.12.2009. године;

28. Закључак Владе Републике Српске, број: 04/1-012-2-751/19 од 14.03.2019. године;

29. Одлука о измјени Одлуке о одређивању приоритетних пројеката из програма јавних инвестиција Републике Српске за финансирање из буџета у 2019. години са расподјелом средстава, број: 04/1-012-2-1666/19 од 27.06.2019. године;

30. Наручбеница и Понуда за услуге надоградње и оптимизације Инспекцијског информационог система, број 2015-742/70209 од 28.12.2015. године;

31. Жалба „Sirius 2010“ доо, Бања Лука, број ЈОА 8768418 од 18.10.2019. године.

Овај орган је по службенј дужности, прије разматрања жалбе утврђивао допуштеност, благовременост, те да ли је жалба изјављена од овлаштене особе сходно члану 109. став (1.) Закона о јавним набавкама и члану 227. став (1.) Закона о управном поступку. Поред наведеног, овај орган је, прије разматрања жалбе утврђивао испуњеност услова у смису одредбе члана 105. и члана 108. став (3.) Закона о јавним набавкама и утврдио да су испуњени услови за поступање по истој на начин како дефинишу одредбе наведених чланова Закона.

Жалба је основана

Разматрајући све горе наведено, следећи хронолошки догађај и утврђујући чињенице повреде поступка, КРЖ је по службеној дужности установио на основу навода жалбе у

дијелу који се односи на повреду материјалног права, у вођењу процедуралног дијела поступка набавке, су тачни.

Како је уговорни орган у свом изјашњењу истицао да је поднесена жалба неблаговремена, овај орган је цијенио њену благовременост и установио да је иста благовремена те да је у складу са законским одредбама које регулишу рокове подизања жалбе. Тако се чланом 101. став (4.) тачка а.) регулише рок за подизање жалбе у којем се каже: „у случају преговарачког поступка без објаве обавјештења и поступка додјеле уговора о набавци услуга из Анекса II Дио Б.жалба се изјављује најкасније:

а.) 10 дана од дана објављивања добровољног ех ante обавјештења о транспарентности, ако је ово обавјештење објављено;“

Неспорно је, што ни једна страна у поступку не спори, да је дана 09.10.2019.године објављено обавјештење о транспарентности, а да је 17.10.2019.године изјављена жалба на исто обавјештење додјели уговора у преговарачком поступку без објаве обавјештења, што говори да горе цитирани члан није повријеђен нити се може рећи да су пропуштени рокови за жалбу, обзиром да је иста уложена осми дан од објаве обавјештења о траспарентности.

То говори да је жалба благовремена.

Утврђујући основаност жалбених навода, овај орган је утврдио, а како се позива уговорни орган на члан 21. став (1.) тачка ц.) ЗЈН-а („Сл.гласник БиХ“ бр. 39/14), да исти није утврдио који је то услов за преговарачки поступак без објаве обавјештења, у наведеној тачки цитираног члана. Ако се под предпоставком узме да се ради о „ексклузивним правима“ на основу којих се уговор може додјелити само одређеном добављачу како то каже поменути члан закона, онда је то уговорни орган морао подкријепити чињеницама о основаности покретања преговарачког поступка без објаве обавјештења.

Како је предмет набавке „надоградња инспекцијског информационог система“ на већ постојећи систем, гдје жалилац у својој жалби каже да је исти уграђен 2009. године од Chemonics International Inc. Washington, што не спори ни уговорни орган, поставља се питање „да ли је наведена фирма са уграђеним системом продала и ауторско право наручиоцу ппосла, у овом случају уговорном органу, за сваку измјену или надоградњу система“ или је то право пренијела на неку другу фирму, у овом случају на Инфодом д.о.о. Загреб којем је додјељен уговор у овом поступку.

И за једно и за друго мора бити ваљан доказ како би се могла утврдити оправданост овакве врсте поступка јавне набавке.

На основу приложене документације не може се видјети никаква пословно техничка сарадња између Chemonics International Inc. Washington, који је аутор постојећег информационог система и Инфодом-а Загреб који је купио (или по неком другом основу прибавио) ексклузивно право од носиоца ауторског, ексклузивног права. Ако не постоји никакав пословни однос између наведених фирми, онда се поставља питање по ком основу се даје ексклузивно право Инфодом-у у овом поступку јавне набавке.

У другом случају, ако је наручилац информационог система (уговорни орган) (постојећег) купио ауторско право за могуће доградње и измјене постојећег, онда он није могао то право дати само једној фирми односно није могао расписати преговарачки поступак без објаве обавјештења јер је тиме начинио апсолутно битне повреде поступка, односно нарушио је принцип активне конкуренције у поступку јавне набавке. Како се ничим не доказује ексклузивитет права Инфодома из Загреба у овом поступку, уговорни орган није могао расписати преговарачки поступак без објаве обавјештења, па је овај орган у цијелости поништио поступак јавне набавке по службеној дужности јер је неусклађеност тендерске документације са законским и подзаконским одредбама које су довеле до немогућности утврђивања жалбених навода, односно због нарушавања основних принципа закона који регулишу овај поступак.

Сљедом горе наведеног чињеничног стања, КРЖ је у смислу тог донио рјешење као у диспозитиву истог.

Поврат уплаћених средстава у износу од 5.000,00 КМ, извршит ће се посебним актом у складу са чланом 108. став 7. Закона о јавним набавкама БиХ („Службени гласник БиХ“ бр. 39/14 од 19.05.2014. године) и чланом 4. Инструкције о начину уплате , контроле и поврата накнада прописаних чланом 108. Закона о јавним набавкама.

Накнада трошкова за правно заступање је усвојена како је наведено у диспозитиву истог рјешења јер је жалилац успио са својим жалбеним наводима који су основани.

Поука о правном лијеку

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

ПРЕДСЈЕДНИК ВИЈЕЋА
Марко Колобарић, дипл.правник

Достављено:

- Уговорном органу
- жалиоцу
- изабраном понуђачу
- а/а-евиденција

Бања Лука, Јована Дучића бр. 23/1;тел. 051/211-130;факс.051/211-137