



**REPUBLIKA HRVATSKA
DRŽAVNA KOMISIJA ZA KONTROLU
POSTUPAKA JAVNE NABAVE**

**KLASA: UP/II-034-02/23-01/502
URBROJ: 354-02/12-23-9
Zagreb, 14. studenog 2023.**

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave, OIB: 95857869241, u Vijeću sastavljenom od članova: Maje Kuhar, predsjednice te Jasnice Lozo i Danijele Antolković, članica, povodom žalbe žalitelja Labtim Adria d.o.o., Zagreb, OIB: 49717181965, zastupanog po opunomoćenici Mireli Mlinac Kapitarić, odvjetnici u Odvjetničkom društvu Mlinac & partneri j.t.d., Samobor, na sadržaj dokumentacije o nabavi u otvorenom postupku javne nabave, broj objave: 2023/S 0F2-0038359, predmet nabave: nabava laboratorijske opreme CEKOM 3LJ – uređaj za ispitivanje kvalitete mlijeka, naručitelja Ustanova za istraživanje i širenje znanja u području prehrane i zdravlja CEKOM 3LJ, Trilj, OIB: 35341410291, na temelju članka 3. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (Narodne novine, broj 18/13, 127/13, 74/14, 98/19 i 41/21) te članka 398. i 425. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine, broj 120/16 i 114/22; dalje u tekstu: ZJN 2016) donosi sljedeće

R J E Š E N J E

1. Poništava se dio točke 1. Priloga 2.1. dokumentacije o nabavi – Tehničke specifikacije, u dijelu koji glasi: „Uređaj mora davati ponovljive rezultate na način, da kod analize svakog uzorka mjeri najmanje 20 pod-uzoraka“, u otvorenom postupku javne nabave, broj objave: 2023/S 0F2-0038359, predmet nabave: nabava laboratorijske opreme CEKOM 3LJ – uređaj za ispitivanje kvalitete mlijeka, naručitelja Ustanova za istraživanje i širenje znanja u području prehrane i zdravlja CEKOM 3LJ, Trilj, dok se u preostalom dijelu žalba žalitelja odbija kao neosnovana.
2. Nalaže se naručitelju Ustanova za istraživanje i širenje znanja u području prehrane i zdravlja CEKOM 3LJ, Trilj, u roku od 8 dana od dana javne objave ovog Rješenja na internetskim stranicama Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, nadoknaditi žalitelju Labtim Adria d.o.o., Zagreb, troškove žalbenog postupka u iznosu od 1.359,91 eura/10.246,24 kuna¹, dok se u preostalom dijelu, u iznosu od 1.359,91 eura/10.246,24 kuna, zahtjev žalitelja odbija kao neosnovan.

¹ Prema fiksnom tečaju 7,53450 kuna za 1 euro

O b r a z l o ž e n j e

Naručitelj Ustanova za istraživanje i širenje znanja u području prehrane i zdravlja CEKOM 3LJ, Trilj, objavio je 12. rujna 2023. godine u Elektroničkom oglasniku javne nabave Republike Hrvatske (dalje u tekstu: EOJN) poziv na nadmetanje s dokumentacijom o nabavi u otvorenom postupku javne nabave, broj objave: 2023/S 0F2-0038359, predmet nabave: nabava laboratorijske opreme CEKOM 3LJ – uređaj za ispitivanje kvalitete mlijeka. Kriterij odabira je ekonomski najpovoljnija ponuda s relativnim ponderima: dodatno trajanje odgovornosti za nedostatke – 20 bodova i cijena – 80 bodova.

Na sadržaj dokumentacije o nabavi urednu žalbu je dana 22. rujna 2023. godine, Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave izjavio žalitelj Labtim Adria d.o.o., Zagreb.

Žalitelj u žalbi u bitnome osporava dio sadržaja dokumentacije o nabavi, žalbenim zahtjevom predlaže poništenje dijela točke 1. i u cijelosti točki 2. i 3. Priloga 2.1. Tehnička specifikacija te traži naknadu troškova žalbenog postupka u ukupnom iznosu od 2.719,82 eura/20.492,48 kuna.

Naručitelj u odgovoru na žalbu u bitnome osporava žalbene navode žalitelja i predlaže žalbu odbiti kao neosnovanu.

U tijeku postupka pred ovim tijelom izveden je dokaz pregledom i analizom dostavljenog dokaznog materijala koji se sastoji od obavijesti o nadmetanju, dokumentacije o nabavi te ostalih dokaza.

Žalba je dopuštena, uredna, pravodobna i izjavljena od ovlaštene osobe.

Žalba je djelomično osnovana.

Žalitelj u žalbi osporava dio točke 1. Priloga 2.1. - Tehnička specifikacija, u dijelu koji glasi: „Uređaj mora davati ponovljive rezultate na način, da kod analize svakog uzorka mjeri najmanje 20 pod-uzoraka. Rezultat analize uzorka je prikazan kao prosječna vrijednost mjerenih pod-uzoraka“. Žalitelj smatra da se na opisani način pogoduje određenom gospodarskom subjektu, pri čemu je za žalitelja nesporan zahtjev naručitelja kojim traži da uređaj daje ponovljive rezultate te da ponovljivost mjerenja mora biti $\leq 0,5\%$ CV (koeficijent varijabilnosti) za glavne komponente kravljeg mlijeka. Međutim, žalitelj osporava dio kojim naručitelj propisuje točan način na koji se to postiže. Naime, navodi da globalni proizvođači uređaja za ispitivanje kvalitete mlijeka nude uređaje koji mogu davati ponovljive rezultate s navedenim koeficijentom varijabilnosti te da je upravo predmetna karakteristika bitna za sam uređaj. Međutim, žalitelj smatra da je način na koji će se isto ostvariti nebitan te da nema nikakvog značaja za naručitelja. Nadalje, ističe da uređaji globalnih proizvođača tipično ne trebaju napraviti najmanje 20 mjerenja uzoraka (kako to traži naručitelj) da bi uređaj dao ponovljive rezultate kao prikaz prosječne vrijednosti mjerenih pod-uzoraka. Neki od uređaja, navodi, tako mjere samo 12 uzoraka, drugi 3 uzorka te da je sam broj mjerenja uobičajeno limitiran softverom, a da svaki od tih uređaja daje ponovljive rezultate.

Međutim, ističe, naručitelj u Tehničkoj specifikaciji traži izričito da uređaj daje ponovljive rezultate isključivo na način da kod analize uzorka mjeri najmanje 20 pod-uzoraka. Takav način postizanja ponovljivosti, ukazuje žalitelj, specifično propisuje proizvođač FOSS za uređaj „MilkoScan Mars“, a navedeno proizlazi iz E-knjige predmetnog proizvođača pod nazivom „Sve o provjeri na patvorenje mlijeka, Vodič o mogućnostima s analitičkim rješenjima“. U predmetnom dokumentu, citira žalitelj, među ostalim se navodi: „MilkoScan Mars nema takav sustav protoka, no usprkos tome može analizirati s dobrom ponovljivošću na način da mjeri veći volumen uzorka kako bi osigurao dobar prikaz uzorka. Veći volumen postiže se propuštanjem uzorka kroz mjerni sustav uz vršenje brojnih FTIR provjera. Zahvaljujući FTIR interferometrima koji brzo vrše provjeru, moguće je provesti npr. 20 provjera u vrlo kratkom vremenskom periodu. Na ovaj je način moguće dobiti ponovljivost koja je usporediva s onom MilkoScan FT1 analizatora mlijeka“.

Iz predmetnog teksta, navodi žalitelj, jasno proizlazi kako upravo uređaj MilkoScan Mars proizvođača FOSS udovoljava ovako specifično postavljenom zahtjevu naručitelja, zahtjevu koji je u cijelosti nebitan za izvedbu uređaja, korištenje uređaja i za samog naručitelja.

Osim toga, žalitelj ukazuje da i iz predmetnog teksta proizvođača FOSS proizlazi kako drugi uređaji istog proizvođača na drugačije načine od uređaja MilkoScan Mars ostvaruju ponovljivost te da sam proizvođač navodi da MilkoScan Mars, da bi postigao dobru ponovljivost, mora koristiti drugačiju metodu (vršenje 20 FTIR provjera). Pritom žalitelj ističe da i uređaj LactoScope 300 proizvođača PerkinElmer čiji je žalitelj distributer, ima mogućnost ponovljivosti, međutim da predmetni uređaj ponovljivost ostvaruje na drugačiji način. Obzirom na navedeno, žalitelj smatra da nije jasno zašto bi naručitelj inzistirao i iz nabave isključio sve druge uređaje i proizvođače koji osiguravaju ponovljivost, ali na druge načine. Iako dakle na tržištu postoje brojni uređaji koji osiguravaju ponovljivost, naručitelj je, prema shvaćanju žalitelja, propisivanjem ovako specifičnog zahtjeva kojim se traži da se ponovljivost osigura putem najmanje 20 provjera, nesporno pogodovao proizvođača FOSS čiji uređaj MilkoScan Mars specifično osigurava ponovljivost putem 20 provjera. Kao dokaz za svoje tvrdnje žalitelj dostavlja E-knjigu proizvođača FOSS pod nazivom: „Sve o provjeri na patvorenje mlijeka, Vodič o mogućnostima s analitičkim rješenjima“, kao i dokument pod nazivom „Analiza mlijeka korištenjem uređaja LactoScope 300“.

Naručitelj u odgovoru na žalbu u bitnome navodi da je u dokumentaciji o nabavi i u Prilogu 2.1. - Tehnička specifikacija koristio funkcionalni opis predmeta nabave, iz kojeg je prepoznatljiva svrha predmeta nabave i zahtjevi koji se postavljaju za predmet nabave u tehničkom, gospodarskom, oblikovnom i funkcionalnom pogledu. Dakle, navodi, žalitelj uopće ne spori tehničke specifikacije uređaja koji se traži, nego rezultate koje naručitelj traži da ponuđeni uređaj mora isporučiti. Naručitelj nadalje ističe da mu nisu bitne dimenzije, sastav niti neke druge posebne specifikacije uređaja, nego traži da uređaj isporučuje rezultate bitne za utvrđivanje kvalitete mlijeka prilikom otkupa mlijeka a u cilju proizvodnje što kvalitetnijeg sira. Naručitelj navodi da je propisao koji zahtjevi su mu bitni, da ih je opisao na jasan, nedvojbjen, potpun i neutralan način koji osigurava usporedivost ponuda u pogledu uvjeta i zahtjeva koje je javni naručitelj postavio. Stav žalitelja da naručitelju u kontroli kvalitete mlijeka nije bitna kvaliteta mlijeka (koja se dokazuje rezultatima) nego da je bitno kupiti uređaj, prema mišljenju naručitelja suprotan je općem načelu javne nabave „najbolja vrijednost za uloženi

novac“, a u konkretnom slučaju najbolja vrijednost su što precizniji i jasniji rezultati u kontroli mlijeka.

Naručitelj nadalje pojašnjava da se prilikom izrade tehničke specifikacije za uređaj za analizu mlijeka vodio željom za nabavom kompaktnog uređaja koji je jednostavan za održavanje, a koji može ponuditi zadovoljavajuću razinu pouzdanosti dobivenih rezultata, posebice u odnosu na mogućnost utvrđivanja patvorenja mlijeka s tvarima koje je naručitelj pronalazio u mlijeku prikupljenom od njegovih kooperanata u dosadašnjem radu.

S tim u svezi, naručitelj ističe da stara tehnologija FTIR postiže ponovljivost na bazi ugrađenog homogenizatora koji se pokazao kao jako osjetljivi dio FTIR analizatora kod svih proizvođača. Česti kvar homogenizatora i visoka nabavna cijena istoga predstavlja jako veliki dodatni trošak za korisnika te je u tom smislu traženo novo tehnološko FTIR rješenje bez homogenizatora koje je na tržištu već prihvaćeno i omogućuje manje troškove održavanja instrumenta. Naime, nastavlja naručitelj, umjesto detaljnog homogeniziranja uzorka mjeri se barem 20 poduzoraka čime se postiže ponovljivost na željenoj razini, zatim troškovi održavanja ovakvog uređaja su za siranu naručiteljeve veličine bitno manji, dok bi česta izmjena homogenizatora zbog kvarova značajno uvećavala troškove održavanja FTIR uređaja. U tom smislu za naručitelja je važno da uređaj nema homogenizator što pojeftinjuje troškove održavanja, a potrebna preciznost se tada može postići samo većim brojem analiza poduzoraka, radi čega je traženo minimalno 20 poduzoraka. Dodatan razlog za uvrštavanje ovog zahtjeva u tehničku specifikaciju, navodi naručitelj, predstavlja i njegovo iskustvo s radom uređaja koji je isporučila tvrtka žalitelja „Labtim Adria“, jer je isporučeni stroj nakon testiranja 50-ak probnih uzoraka pokazao nezadovoljavajuće rezultate u smislu preciznosti, nakon čega je isporučitelj angažirao servisera iz tvrtke proizvođača koji je na licu mjesta zamijenio vitalne dijelove u uređaju, a koji nisu mogli zamijeniti djelatnici tvrtke isporučitelja.

Nadalje, naručitelj u odgovoru na žalbu navodi da se prilikom sastavljanja Tehničke specifikacije vodio vlastitim iskustvima i potrebama te korisnim savjetima osoblja koje radi u laboratorijima za analizu mlijeka, mada je svjestan da na tržištu uređaja za analizu mlijeka postoji tek nekolicina etabliranih tvrtki i da nema veliki izbor pa da se fokusirao da dobije stroj koji će moći utvrditi sve parametre koji su mu potrebni, biti pouzdan u radu i s niskim troškovima održavanja.

Žalitelj u očitovanju na naručiteljev odgovor na žalbu u bitnome ističe da je u žalbi dokazao da se propisanim Tehničkim specifikacijama pogoduje isključivo jednom gospodarskom subjektu i to dobavljaču uređaja „MilkoScan Mars“ čiji je proizvođač FOSS. Obzirom na navedeno smatra da je teret dokaza u konkretnom slučaju (da se ne radi o pogodovanju) na naručitelju koji je u odgovoru na žalbu bio dužan dokazati da propisanim tehničkim specifikacijama ne ograničava tržišno natjecanje kako to u žalbi navodi žalitelj. U konkretnom slučaju, tvrdi žalitelj, naručitelj nije dostavio niti jedan dokaz kojim bi uopće pokušao dokazati da na tržištu postoji barem još jedan uređaj koji udovoljava svim propisanim tehničkim specifikacijama.

Osim navedenog, žalitelj ukazuje da naručitelj u odgovoru na žalbu ističe da je u dokumentaciji o nabavi koristio funkcionalni opis predmeta nabave što je netočno. Naime, prema shvaćanju žalitelja, naručitelj u Tehničkim specifikacijama nije koristio funkcionalni opis već je specifikacije uređaja propisao tako da iste na tržištu zadovoljava samo uređaj „MilkoScan Mars“ čiji je proizvođač FOSS na način da je primjerice tražio da se rezultat ponovljivosti postiže na točno određeni način, čime je

isključio sve druge dobavljače uređaja jer na tržištu uz navedeni uređaj proizvođača FOSS ne postoji drugi uređaj koji koristi zahtijevanu metodu za postizanje rezultata ponovljivosti mjerenja. Za primjenu uređaja je bitno, naglašava žalitelj, kakvi rezultati moraju biti postignuti (npr. ponovljivost mjerenja: $\leq 0.5\%$ CV), a ne metoda kojom se taj rezultat postiže.

Također, žalitelj osporava naručiteljevu tvrdnju iz odgovora na žalbu prema kojoj žalitelju nisu sporne tehničke specifikacije uređaja već rezultati koje uređaj treba postići, naime, žalitelj naglašava da isključivo osporava propisane Tehničke specifikacije, a da navedeno nesporno proizlazi iz sadržaja žalbe. Naime, ističe da iz žalbe proizlazi osporavanje propisane metode kojom se postiže ponovljivost mjerenja, a ne traženog rezultata ponovljivosti mjerenja.

Nadalje, žalitelj u očitovanju na naručiteljev odgovor na žalbu iznosi da naručitelj osporavanu točku 1. Tehničke specifikacije obrazlaže na način da je želio izbjeći nabavu uređaja koji postiže ponovljivost na bazi ugrađenog homogenizatora obzirom da se homogenizator pokazao kao jako osjetljiv kod svih proizvođača što dovodi do čestih kvarova i visokih dodatnih troškova za korisnika (zbog visoke nabavne cijene homogenizatora). Naručitelj pritom navodi da je zbog navedenog tražen uređaj koji ponovljivost mjerenja može postići samo većim brojem analiza poduzoraka, radi čega je tražio minimalno 20 poduzoraka. Prema mišljenju žalitelja, iz predmetne argumentacije naručitelja moglo bi se zaključiti kako uređaji rezultat ponovljivosti mjerenja mogu postići samo putem dvije metode, i to ili putem homogenizatora ili mjerenjem barem 20 poduzoraka. S tim u vezi žalitelj ističe da je navedeno netočno te da na tržištu postoje uređaji koji za postizanje rezultata ponovljivosti mjerenja koriste najmanje barem još jednu metodu (ne koriste niti homogenizator niti mjerenje barem 20 uzoraka). Tako primjerice uređaj kojeg u ponudi ima žalitelj rezultate ponovljivosti mjerenja ne postiže niti putem homogenizatora niti mjerenjem barem 20 poduzoraka, već putem druge metode (PLS metoda), a što je razvidno iz dokumenta pod nazivom „Analiza mlijeka korištenjem uređaja LactoScope 300“ koji je priložen uz žalbu.

Žalitelj je stoga mišljenja da obrazloženje naručitelja o traženju točno određene metode postizanja rezultata ponovljivosti (mjerenjem barem 20 poduzoraka) zbog visokih troškova održavanja uređaja koji koriste homogenizator, predstavlja samo ničim dokazani pokušaj opravdanja pogodovanja dobavljaču uređaja „MilkoScan Mars“. Naime, čak da je navod naručitelja o visokim troškovima održavanja uređaja koji koriste homogenizator točan, žalitelj postavlja pitanje zašto onda naručitelj u Tehničkim specifikacijama nije zahtijevao da uređaj rezultate ponovljivosti ne smije postizati putem homogenizatora već je umjesto isključivanja uređaja s homogenizatorom izričito zatražio da se rezultati moraju postizati točno određenom metodom odnosno metodom mjerenja barem 20 poduzoraka, koju metodu koristi samo uređaj proizvođača FOSS. Na taj način, smatra žalitelj, naručitelj je isključio mogućnost ponude bilo kojeg drugog uređaja koji koristi neku treću metodu postizanja rezultata ponovljivosti mjerenja.

Osim toga, žalitelj ističe kako naručitelj nije ničime potkrijepio niti svoj navod da su se homogenizatori pokazali jako osjetljivima te da se često kvare slijedom čega naručitelj nije dokazao da je osnovano isključio iz postupka javne nabave sve uređaje koji ponovljivost postižu na bazi ugrađenog homogenizatora. Međutim, čak i u slučaju da je tome tako, isto prema tvrdnjama žalitelja nije argument niti opravdava zahtjev naručitelja za uređajem koji ponovljivost ostvaruje mjerenjem najmanje 20 poduzoraka.

U prilog naprijed navedenim navodima žalitelja o pogodovanju uređaja proizvođača FOSS i društva Labena d.o.o., žalitelj ističe da je naručitelj već proveo postupak javne nabave, broj objave: 2022/S 0F2-0045138 za grupu 1: "Uređaj za ispitivanje kvalitete mlijeka", odnosno za potpuno isti uređaj koji je predmet i ove nabave. Navodi da su u tom postupku zaprimljene dvije ponude i to ponuda društva Labena d.o.o. (koje je distributer proizvoda proizvođača FOSS) i ponuda žalitelja koja je bila odabrana kao najpovoljnija. Na predmetnu odluku o odabiru žalbu je izjavilo društvo Labena d.o.o. navodeći da uređaj žalitelja ne ispunjava tehničke specifikacije, a navedenu žalbu je gornji naslov odbio kao neosnovanu.

Žalitelj potom obrazlaže da je u tom postupku nabave isporučio uređaj naručitelju, međutim da je naručitelj nakon isporuke uređaja bez opravdanog razloga jednostrano raskinuo Ugovor o javnoj nabavi navodeći da raskida ugovor „zbog nepoštivanja predviđene kvalitete i tehničkih mogućnosti“. Iz korespondencije koja je prethodila odluci, objašnjava žalitelj, razvidno je da je naručitelj prigovarao da uređaj žalitelja ne zadovoljava tehničke specifikacije, i to upravo one iste tehničke specifikacije na koje je ukazivalo i društvo Labena d.o.o. (proizvođač FOSS) u žalbenom postupku pred gornjim naslovom. Predstavnici društva Labtim Adria d.o.o., nastavlja žalitelj, od dana 16. do 18. kolovoza 2023. godine bili su u Trilju i izvršili dodatna podešavanja i testiranja uređaja te utvrdili da uređaj radi i da ima sve tehničke specifikacije tražene u dokumentaciji o nabavi, a navedeno je utvrđeno i zapisnikom kojeg je naručitelj odbio potpisati. Unatoč svemu navedenom, zaključuje žalitelj, bez ikakvog ispitivanja i testiranja rada uređaja, naručitelj jednostrano raskida ugovor. U prilog spomenutim tvrdnjama žalitelj u žalbenom postupku dostavlja dokaze: - Odluka o odabiru Grupa 1, Klasa: 641-01/23-01/21, Urbroj: 2181-12-10-23- 01 od dana 8. veljače 2023. godine; - Odluka o jednostranom raskidu ugovora, Klasa: 641-01/23-01/109, Urbroj: 2181-12-10-23-04 od dana 4. rujna 2023. godine; - Poziv za otklanjanje nedostataka od dana 5. srpnja 2023. godine; - Poziv za otklanjanje nedostataka od dana 19. srpnja 2023. godine; - Zapisnik društva Labtim Adria d.o.o. od dana 18. kolovoza 2023. godine; - Dopis punomoćnika društva Labtim Adria d.o.o. od dana 18. rujna 2023. godine; - Rješenje gornjeg naslova od 13. ožujka 2023. godine, KLASA: UP/II034-02/23-01/86, URBROJ: 354-02/10-23-9.

Nadalje, navodi žalitelj, da se u konkretnom slučaju radi o pogodovanju proizvođaču FOSS čiji distributer je društvo Labena d.o.o., proizlazi i iz činjenice da je u ovom postupku javne nabave naručitelj odgovarajuće izmijenio Tehničku specifikaciju u odnosu na Tehničku specifikaciju u ranijem postupku javne nabave na način da je dodao stavke navedene i osporavane u ovoj žalbi, a koje zadovoljava samo uređaj proizvođača FOSS (distributera Labena d.o.o.). Pritom, ponavlja žalitelj, ne radi se o takvim specifikacijama uređaja koje se odnose na svojstva uređaja već na postupak na temelju kojega uređaj producira određeni rezultat (bitan je rezultat analize, a ne postupak na temelju kojeg je uređaj došao do rezultata), a osim toga, da je ugovor o javnoj nabavi sklopljen sa žaliteljem raskinut zbog nezadovoljavanja tehničkih specifikacija tada naručitelj u novom postupku ne bi mijenjao tehničke specifikacije (pogodujući proizvođaču FOSS odnosno distributeru društvu Labena d.o.o.) već bi ponovio u potpunosti isti postupak javne nabave s istim tehničkim specifikacijama.

Ocjenjujući osnovanost predmetnog žalbenog navoda izvršen je uvid u dokumentaciju o nabavi te u Prilog 2. – Tehničke specifikacije. Na taj je način utvrđeno da je točkom 2.1. dokumentacije o nabavi propisano da je predmet nabave uređaj za ispitivanje kvalitete mlijeka te da nabava uključuje dobavu, dostavu, instalaciju uređaja,

testiranje, puštanje u rad te obuku osoblja naručitelja koje će koristiti navedenu opremu. Također je propisano da se ponuditelj obvezuje isporučiti predmet nabave koji je u skladu sa specifikacijama iz Priloga 2. te svim pozitivnim propisima i normama koje reguliraju to područje.

Točkom 2.4. dokumentacije o nabavi – Tehničke specifikacije, propisano je da je Tehnička specifikacija s detaljnim opisom određena Prilogom 2. – Tehničke specifikacije. Nadalje, propisano je da su gospodarski subjekti obvezni u odgovarajućem prilogu „Tehničke specifikacije“ upisati specifikacije koje nude prema napomenama u dokumentu. Naručitelj neće odbiti ponudu zbog toga što ponuđena roba nije u skladu s tehničkim specifikacijama na koje je uputio, ako ponuditelj u ponudi na zadovoljavajući način javnom naručitelju dokaže, bilo kojim prikladnim sredstvom, što uključuje i sredstva dokazivanja iz članka 213. ZJN 2016, da rješenja koja predlaže na jednakovrijedan način zadovoljavaju zahtjeve definirane tehničkim specifikacijama.

Uvidom u Prilog 2. – Tehničke specifikacije utvrđeno je da je u istom navedeno: „Ponuditelj može ponuditi robu istih ili boljih specifikacija od traženih“. Također, utvrđeno je da je naručitelj Tehničku specifikaciju tablično prikazao na način da se sastoji od ukupno 4 točke među kojima žalitelj osporava dio točke 1., zatim da se tablica Tehničkih specifikacija sastoji od kolone „Tehnički opis traženih karakteristika“ u kojoj su za svaku od 4 točke opisani traženi zahtjevi, zatim od kolone „Tehnički opis nuđenih karakteristika“ u kojoj ponuditelji trebaju upisati nuđene karakteristike, uz napomenu da je, ako se nude iste tehničke specifikacije dovoljno navesti „isto“ ili „da“ te od kolone „Oznaka na referentnom dokumentu“, s napomenom: „navesti stranicu ili broj referentnog dokumenta, tj. kataloga ponuditelja, letka ili tehničkog lista, radioničkog lista ili sl., tj. bilo kojeg dokumenta iz kojeg su razvidne nuđene tehničke specifikacije“.

Uvidom u točku 1. Tehničke specifikacije razvidno je da su istom opisani tehnički zahtjevi za uređaj za ispitivanje kvalitete mlijeka, pri čemu osporavani dio spomenute točke glasi: „Uređaj mora davati ponovljive rezultate na način, da kod analize svakog uzorka mjeri najmanje 20 pod-uzoraka. Rezultat analize uzorka je prikazan kao prosječna vrijednost mjerenih pod-uzoraka“.

Žalitelj, osporavajući citirani dio točke 1. Tehničke specifikacije, u žalbi navodi da mu nije sporan zahtjev za ponovljivošću kao takav, kao niti zahtjev vezan uz traženi koeficijent varijabilnosti za glavne komponente kravljeg mlijeka. Naime, u odnosu na spomenuti koeficijent varijabilnosti, uvidom u točku 2. Tehničke specifikacije utvrđeno je da su istom propisani Zahtjevi za mjernu nesigurnost te je u odnosu na ponovljivost mjerenja propisano: „ $\leq 0.5\%$ CV (koeficijent varijabilnosti) za glavne komponente kravljeg mlijeka (mast, protein, laktoza, ukupna čvrsta tvar, bezmasna čvrsta tvar)“.

Žalitelju je sporno traženje da se ponovljivost mora osigurati kroz mjerenje najmanje 20 pod-uzoraka. Naručitelj u očitovanju na žalbu pojašnjava da je navedeno propisao jer je tražio novo tehnološko rješenje bez homogenizatora, radi manjih troškova. Međutim, navedeno ne proizlazi iz dokumentacije o nabavi, odnosno nije razvidno da se traži uređaj bez homogenizatora. U svezi navedenog, žalitelj u očitovanju na naručiteljev odgovor na žalbu prigovara da uređaj koji on može ponuditi nije niti s homogenizatorom, a niti može ostvariti mjerenje 20 pod-uzoraka, nego da uključuje treći način postizanja ponovljivosti - PLS metodom. Također, žalitelj u očitovanju prigovara spomenutom dijelu odgovora naručitelja vezanom uz uređaj s

homogenizatorom, navodeći da, „čak da je navod naručitelja o visokim troškovima održavanja uređaja koji koriste homogenizator točan, postavlja se pitanje zašto onda naručitelj u Tehničkim specifikacijama nije zahtijevao da uređaj rezultate ponovljivosti ne smije postizati putem homogenizatora već je umjesto isključivanja uređaja s homogenizatorom izričito zatražio da se rezultati moraju postizati točno određenom metodom odnosno metodom mjerenja barem 20 poduzoraka koju metodu koristi samo uređaj proizvođača FOSS.“.

Naručitelj se na navedeni prigovor i tvrdnju žalitelja da postoji i PLS metoda koja osigurava ponovljivost, nije očitovao.

Uvidom u dokaze dostavljene od žalitelja u žalbenom postupku, utvrđeno je da je žalitelj dostavio ovjereni prijevod kataloga uređaja koji žalitelj može ponuditi – „Analiza mlijeka korištenjem uređaja LactoScope 300“, u kojem je među ostalim navedeno: „Metoda – Kalibracijski modeli razvijeni su za modeliranje odnosa između prikupljenog FT-IR spektra i referentnih kemijskih rezultata korištenjem metode parcijalnih najmanjih kvadrata (PLS).“.

Nadalje, žalitelj je također dostavio ovjereni prijevod dokumenta: „E-knjiga: Sve o provjeri na patvorenje mlijeka - Vodič o mogućnostima s analitičkim rješenjima“ u kojem opisan uređaj MilkoScan Mars proizvođača FOSS. U navedenom dokumentu među ostalim je navedeno: „Manji MilkoScan Mars vrši provjeru na patvorenje s FTIR tehnologijom koja se koristi s dobro poznatim MilkoScan FT1 i MilkoScan FT2 rješenjima koja se mogu pronaći u mljekarama diljem svijeta. Ti veći MilkoScan instrumenti imaju sustav protoka koji osigurava analizu reprezentativnog uzorka. MilkoScan Mars nema takav sustav protoka, no usprkos tome može analizirati s dobrom ponovljivošću na način da mjeri veći volumen uzorka kako bi osigurao dobar prikaz uzorka. Veći volumen postiže se propuštanjem uzorka kroz mjerni sustav uz vršenje brojnih FTIR provjera. Zahvaljujući FTIR interferometrima koji brzo vrše provjeru, moguće je provesti npr. 20 provjera u vrlo kratkom vremenskom periodu. Na ovaj je način moguće dobiti ponovljivost koja je usporediva s onom MilkoScan FT1 analizatora mlijeka“.

Člankom 205. ZJN 2016 propisano je da se predmet nabave mora opisati na jasan, nedvojbena, potpun i neutralan način koji osigurava usporedivost ponuda u pogledu uvjeta i zahtjeva koje je javni naručitelj postavio kao i da opis predmeta nabave ne smije pogodovati određenom gospodarskom subjektu.

Nadalje, člankom 206. stavkom 2. ZJN 2016 propisano je da tehničke specifikacije moraju svim gospodarskim subjektima omogućiti jednak pristup postupku javne nabave i ne smiju imati učinak stvaranja neopravdanih prepreka za otvaranje javne nabave tržišnom natjecanju.

Žalitelj u žalbi navodi da je naručitelj definiranjem tehničke specifikacije predmeta nabave na način da traži da uređaj daje ponovljive rezultate isključivo i samo na način da kod analize svakog uzorka mjeri najmanje 20 pod-uzoraka neopravdano ograničio tržišno nadmetanje i pogodio proizvođaču FOSS koji na tržište stavlja uređaj MilkoScan Mars. Žalitelj naime navodi da je tražena ponovljivost može postići i na drugi način, a jedan od kojih je i metoda PLS koju koristi uređaj koji može ponuditi žalitelj.

Prema tvrdnjama naručitelja iz odgovora na žalbu, naručitelj je svjestan da na tržištu uređaja za analizu mlijeka postoji tek nekolicina etabliranih tvrtki te se fokusirao da dobije stroj koji će moći utvrditi sve parametre koji su mu potrebni, biti pouzdan u radu i s niskim troškovima održavanja. Naručitelj pritom navodi da su se uređaji s ugrađenim homogenizatorima pokazali kao izuzetno osjetljivi pa je u tom smislu umjesto detaljnog homogeniziranja uzorka *definirao mjerenje barem 20 poduzoraka čime se postiže ponovljivost na željenoj razini*. Naručitelj je pritom naveo da su troškovi održavanja ovakvog uređaja za siranu bitno manji, dok bi česta izmjena homogenizatora zbog kvarova značajno uvećavala troškove održavanja FTIR uređaja. Dakle, naručitelj argumentira da mu je važno da uređaj nema homogenizator što pojeftinjuje troškove održavanja, te navodi da se *potrebna preciznost tada može postići samo većim brojem analiza poduzoraka*, radi čega je traženo minimalno 20 poduzoraka. Naručitelj navodi i da je imao nezadovoljavajuće iskustvo s radom uređaja koji je isporučila tvrtka žalitelja „Labtim Adria“, jer je isporučeni stroj nakon testiranja 50-ak probnih uzoraka pokazao nezadovoljavajuće rezultate u smislu preciznosti.

Dakle, među strankama u žalbenom postupku nije sporno da postoji više metoda/načina na koji se u konkretnom slučaju mogu postići rezultati ponovljivosti. U konkretnom slučaju žalitelj smatra da je traženjem da se rezultati ponovljivosti postiču isključivo i samo analizom 20 pod-uzoraka naručitelj neopravdano ograničio tržišno nadmetanje i pogodio gospodarskom subjektu - proizvođaču FOSS koji proizvodi upravo takav uređaj i pritom onemogućio u sudjelovanju u predmetnom postupku ponuditelje koji mogu isporučiti uređaj koji iste rezultate u pogledu ponovljivosti mogu postići drugom metodom, a ne metodom mjerenja 20 pod-uzoraka. Ovdje je potrebno napomenuti da ZJN 2016 ne zabranjuje svako ograničenje tržišnog nadmetanja pri definiranju tehničkih specifikacija, već samo ono ograničenje koje je neopravdano. Naručitelj, koji ne osporava da na tržištu postoje uređaji koji koriste različite metode za osiguranje ponovljivosti, u konkretnom postupku je definiranjem točno jedne metode (mjerenje najmanje 20 pod-uzoraka) ograničio tržišno nadmetanje, a pritom u žalbenom postupku nije dokazao da mu je upravo ta tehnička karakteristika nužna da bi uređaj mogao ostvariti traženu funkcionalnost (traženu razinu ponovljivosti rezultata). Naručitelj navodi da je predmetnu tehničku karakteristiku (koja nedvojbeno ograničava tržišno nadmetanje) propisao iz razloga što se potrebna preciznost bez homogenizatora može postići samo većim brojem analiza poduzoraka, a da navedeno nije u žalbenom postupku dokazao, odnosno nije dokazao da tražene rezultate nije moguće postići primjenom i neke druge metode, osobito metode PLS koju koristi uređaj koji žalitelj može ponuditi. Slijedom navedenog, naručitelj u žalbenom postupku nije s uspjehom osporio navod žalitelja da je spornom tehničkom specifikacijom neopravdano ograničio tržišno nadmetanje. Stoga je predmetni žalbeni navod ocijenjen osnovanim.

Žalitelj nadalje osporava točku 2. Tehničke specifikacije, navodeći da je sastavljena za točno određeni stroj točno određenog proizvođača, a navedeno obrazlaže na način da je uvidom u tekst predmetne točke Tehničke specifikacije lako utvrditi da se radi o tekstu identičnom onom u specifikaciji uređaja „MilkoScan Mars“ proizvođača FOSS, što dokazuje dostavom brošure „MilkoScan™ Mars – MilkoScan za svakoga“. Navodi da je osporavanom točkom 2. Tehničke specifikacije propisano:

„Mogućnost analize mlijeka, sirutke i vrhnja i utvrđivanje sadržaja sljedećih parametara u rasponima navedenim u zgradama: - mliječna mast (0-48%), - protein (0-6%); - laktoza (0-6%); - bezmasna suha tvar (0-12%); - ukupna suha tvar (0-50%); - točka mržnjenja (samo za mlijeko). Zahtjevi za mjernu nesigurnost: - točnost mjerenja: manje ili jednako 1.2 % CV (koeficijent varijabilnosti) za glavne komponente kravljeg mlijeka (mast, protein, laktoza, ukupna čvrsta tvar, bezmasna čvrsta tvar); - ponovljivost mjerenja: manje ili jednako 0.5 % CV (koeficijent varijabilnosti) za glavne komponente kravljeg mlijeka (mast, protein, laktoza, ukupna čvrsta tvar, bezmasna čvrsta tvar)“.

Naručitelj u odgovoru na ovaj žalbeni navod u bitnome smatra da ne postoji diskriminacija prema niti jednom dobavljaču jer da su parametri koje je za uređaj tražio, kao i točnost mjerenja te ponovljivost uobičajeni kod uređaja ove vrste i da ih nije mijenjao u odnosu na prethodnu tehničku specifikaciju. Navodi da su mjerne nesigurnosti najosnovniji dio svake analize i svakog analizatora, kao i da je analitika bez potrebnih mjernih nesigurnosti potpuno bezvrijedna, zatim da su parametri za točnost i ponovljivost standardni i uobičajeni te da svi ozbiljni FTIR instrumenti za mljekarsku industriju na tržištu postižu točnost mjerenja ≤ 1.2 % CV i ponovljivost mjerenja ≤ 0.5 % CV ili bolje.

Nadalje, žalitelj osporava točku 3. Tehničke specifikacije, navodeći da je istom propisano: „Uređaj treba imati mogućnost ciljanog utvrđivanja patvorenja mlijeka na sljedeće dodatke s limitom detekcije navedenim u zgradama: - urea (0,15%); - saharoza (0,70%); - kalijev nitrat (0,10%); - natrijev bikarbonat (0,15%); - formaldehid (0,25%)“.

S tim u vezi, žalitelj ukazuje da je kod uređaja za ispitivanje kvalitete mlijeka važna mogućnost utvrđivanja patvorenja mlijeka dodavanjem različitih dodataka/supstanci (maltodekstrin, urea, voda, saharoza, amonijev sulfat i sl.) u mlijeko, kao i da uobičajeno uređaji za ispitivanje kvalitete mlijeka različitih proizvođača imaju predmetnu mogućnost. Pritom, navodi, neki imaju mogućnost utvrđivanja patvorenja mlijeka dodavanjem različitih dodataka u mlijeko, ali bez mogućnosti detektiranja točnog dodatka kojim je patvorenje izvršeno (neciljana detekcija), dok neki povrh toga imaju mogućnost i detektiranja/prikaza pojedinog dodatka kojim je patvorenje izvršeno (ciljana detekcija). Koje dodatke pojedini uređaj može ciljano detektirati, objašnjava žalitelj, razlikuje se od uređaja do uređaja i od proizvođača do proizvođača (ne postoji nikakva univerzalna niti ujednačena lista dodataka koje uređaji uobičajeno mogu detektirati već se dodatci bitno razlikuju). Tako, primjerice, žalitelj navodi da uređaj LactoScope 300 koji se nalazi u žaliteljevoj ponudi ima mogućnost ciljanog utvrđivanja patvorenja mlijeka na ureu, amonijev sulfat, maltodekstrin, saharozu i vodu. U slučaju patvorenja mlijeka bilo kojim drugim dodatkom, osim navedenih, uređaj žalitelja će utvrditi patvorenje na način da će isto prijaviti kao nenormalnu provjeru mlijeka („abnormal milk“), ali da neće prikazati točan dodatak kojim je došlo do patvorenja.

Međutim, navodi, naručitelj je propisao da uređaj mora imati mogućnost ciljanog utvrđivanja patvorenja mlijeka na točno određene dodatke, i to ureu, saharozu, kalijev nitrat, natrijev bikarbonat i formaldehid.

Žalitelj s tim u svezi navodi da je uvidom u dokument proizvođača FOSS pod nazivom „MilkoScan™ Mars, Ciljani modeli za mlijeko“ (Tablica 2) razvidno da uređaj MilkoScan Mars ima mogućnost ciljanog utvrđivanja patvorenja mlijeka upravo i

isključivo na dodatke koje zahtijeva naručitelj u Tehničkoj specifikaciji, i to urea, saharoza, kalijev nitrat, natrijev bikarbonat, formaldehid. Pritom je, ističe, i sam redoslijed navođenja dodataka jednak u Tehničkoj specifikaciji naručitelja i tehničkoj dokumentaciji predmetnog proizvođača u odnosu na uređaj MilkoScan Mars.

Dakle, naglašava žalitelj, između brojnih i različitih varijanti detekcije dodataka koje nude različiti globalni proizvođači u svojim uređajima, naručitelj propisuje da predmet nabave mora moći ciljano detektirati upravo one dodatke koje može ciljano detektirati trenutno samo FTIR uređaji proizvođača FOSS, među njima i MilkoScan Mars, pri čemu su i limiti/ograničenja detekcije u Tehničkoj specifikaciji naručitelja postavljeni tako da uređaj MilkoScan Mars udovoljava istima.

Zaključno, žalitelj ističe da iz svega naprijed navedenog jasno proizlazi da je naručitelj dokumentaciju o nabavi, odnosno specifične zahtjeve u Tehničkoj specifikaciji sastavio tako da iste zadovoljava isključivo uređaj MilkoScan Mars proizvođača FOSS. Pritom, ističe, ne radi se o karakteristikama koje su bitne za izvedbu uređaja (prilikom korištenja uređaja bitno je samo da se utvrdi je li mlijeko patvoreno) već očito o karakteristikama koje su propisane da bi se pogodovalo isključivo jednom proizvođaču i iz natjecanja isključilo ostale.

Naručitelj u odgovoru na ovaj žalbeni navod u bitnome navodi da se vrste patvorina koje je tražio da uređaj može utvrđivati temelje na dosadašnjem iskustvu naručitelja u radu, obzirom da je prethodno imao iskustva s utvrđivanjem patvorenja mlijeka supstancama traženim tehničkom specifikacijom. Navodi da je nabrojio minimalan izbor patvorina koje želi ciljano kontrolirati, kao i da na tržištu postoje uređaji koji pokrivaju sve nabrojene patvorine, a i mnoge druge. Navodi da ponuditelj može ponuditi i dodatne parametre ukoliko ih ima, a da specificirana lista predstavlja za siranu minimum koji pokriva najčešće nađene i najriskantnije patvorine. Vezano na ne ciljano kontrolu, naručitelj ističe da ga ista za ove parametre ne zadovoljava jer nakon što se utvrdi da je mlijeko patvoreno, potrebno je donijeti odluku o tome što sa takvim mlijekom napraviti. Neke od navedenih supstanci, pojašnjava naručitelj, kao npr. soda bikarbona, koriste se da bi se prikriilo kiselo mlijeko i ako mlijeko nije previše kiselo prilikom prijema u mljekari može se iskoristiti za proizvodnju određenih vrsta proizvoda, dok npr. u slučaju korištenja formaldehida koji se koristi da bi se smanjio ukupan broj bakterija u mlijeku i koji je vrlo toksičan, takvo mlijeko nije pogodno za daljnju preradu i moralo bi se neškodljivo uništiti. Iz ovih razloga, ističe naručitelj, za navedene supstance nije poželjno da uređaj za analizu samo navede da se radi o abnormalnom mlijeku, kao što je bio slučaj kod uređaja koji mu je bio isporučen, bez specificiranja razloga abnormalnosti kod ova dva parametra, dok bi mogućnost stroja da pored traženih parametara ciljano utvrdi i druge moguće patvorine bilo i poželjno.

Žalitelj u očitovanju na naručiteljev odgovor na žalbu u bitnome navodi da naručitelj nije dostavio niti jedan dokaz da je u prošlosti imao iskustva s utvrđivanjem upravo tih supstanci koje zahtijeva u Tehničkoj specifikaciji. Nadalje, žalitelj ukazuje da je jedna od supstanci koju naručitelj zahtijeva da uređaj može ciljano utvrditi i „formaldehid“ koji je, kao što i sam naručitelj navodi, vrlo toksičan. Osoba koja stavi formaldehid u mlijeko zapravo u mlijeko stavlja otrov koji može izazvati opasnost za zdravlje ljudi. S tim u vezi žalitelj ističe kako je člankom 215. Kaznenog zakona propisano da kazneno djelo čini osoba koja otrovom izazove opasnost za život ili tijelo ljudi pa ukoliko je naručitelj otkrio patvorenja mlijeka formaldehidom (kako navodi) tada

se od istog očekuje da nadležnim tijelima prijavi osobe koje u mlijeko stavljaju otrov. Međutim, navodi da naručitelj nije dostavio niti jedan dokaz o tome da su pojedine osobe u mlijeko stavljale formaldehid niti da je iste prijavio nadležnim tijelima.

Također, žalitelj ukazuje na navod naručitelja prema kojem su supstance koje zahtijeva (urea, saharoza, kalijev nitrat, natrijev bikarbonat, formaldehid) najčešće nađene i najriscantnije patvorine, no da pritom ne dostavlja niti jedan dokaz o tome da se radi o najčešćim supstancama (npr. podatke Hrvatskog stočarskog centra o najčešćim supstancama kojima se u Hrvatskoj patvori mlijeko i sl.). Ukoliko je navedeno obrazloženje o najrizičnijim supstancama točno, tada je, smatra žalitelj, osim formaldehida naručitelj trebao zatražiti i ciljano utvrđivanje drugih rizičnih toksičnih supstanci kao što je primjerice prisutnost deterdženata (izosan i dr.) koji je česta supstanca patvorenja (ponekad i nenamjernog), znatno učestalija od patvorenja formaldehidom, a koja može izazvati rak ili prisutnosti borne kiseline, natrijevog hidroksida, formalina koji se koriste radi produljenja trajnosti mlijeka, a kod ljudi izazivaju oštećenja pojedinih organa ili prisutnost melamina (koji čak može izazvati i smrt) i amonijevog sulfata koji se koriste da bi se povećala gustoća i viskoznost te održao sastav masti, ugljikohidrata i bjelančevina. Iz navedenog je razvidno, zaključuje žalitelj, da se naručitelj prilikom određivanja supstanci koje uređaj mora utvrditi nije vodio najčešćim i najrizičnijim supstancama.

Žalitelj također u očitovanju ističe da nema nikakvog smisla utvrđivati supstance koje su toksične i zbog čije prisutnosti mlijeko mora biti uništeno, naime, obzirom da se mlijeko uništava dovoljno bi bilo da se utvrdi da je patvoreno mlijeko. Ukoliko je točan navod naručitelja da se mlijeko patvoreno određenim supstancama može (i smije) koristiti za proizvodnju određenih proizvoda tada bi se, smatra žalitelj, eventualno moglo razumjeti naručitelja da je u Tehničkim specifikacijama zahtijevao ciljanu kontrolu prisutnosti samo tih supstanci jer nema razloga da se ciljano utvrđuje prisutnost toksičnih supstanci i bilo kojih drugih supstanci zbog čije prisutnosti se mlijeko ne može koristiti već se mora uništiti. Međutim, navodi, naručitelj u Tehničkim specifikacijama ne zahtijeva samo utvrđenje onih supstanci čija prisutnost u mlijeku mu eventualno omogućuje daljnje korištenje mlijeka, već zahtijeva utvrđivanje i toksičnih i netoksičnih supstanci, a koje su u potpunosti podudarne supstancama koje može utvrditi uređaj MilkoScan Mars. Iz svega naprijed navedenog nesporno je, zaključuje žalitelj, da se naručitelj prilikom određivanja supstanci patvorenja mlijeka koje uređaj mora utvrđivati nije vodio svojim potrebama radi eventualnog utvrđivanja mogućnosti korištenja patvorenog mlijeka u daljnjoj proizvodnji, već isključivo specifikacijama uređaja MilkoScan Mars.

Ocjenjujući osnovanost predmetnih žalbenih navoda, uvidom u Tehničku specifikaciju predmeta nabave utvrđeno je da je točkom 2. propisano: „Mogućnost analize mlijeka, sirutke i vrhnja i utvrđivanje sadržaja sljedećih parametara u rasponima navedenim u zgradama: - mliječna mast (0-48%), - protein (0-6%); - laktoza (0-6%); - bezmasna suha tvar (0-12%); - ukupna suha tvar (0-50%); - točka mržnjenja (samo za mlijeko). Zahtjevi za mjernu nesigurnost: - točnost mjerenja: $\leq 1.2\%$ CV (koeficijent varijabilnosti) za glavne komponente kravljeg mlijeka (mast, protein, laktoza, ukupna čvrsta tvar, bezmasna čvrsta tvar); - ponovljivost mjerenja: $\leq 0.5\%$ CV (koeficijent varijabilnosti) za glavne komponente kravljeg mlijeka (mast, protein, laktoza, ukupna čvrsta tvar, bezmasna čvrsta tvar)“.

Nadalje, uvidom u točku 3. Tehničke specifikacije utvrđeno je da je istom propisano: „Uređaj treba imati mogućnost ciljanog utvrđivanja patvorenja mlijeka na sljedeće dodatke s limitom detekcije navedenim u zagrada: - urea (0,15%); - saharoza (0,70%); - kalijev nitrat (0,10%); - natrijev bikarbonat (0,15%); - formaldehid (0,25%)“.

U odnosu na citirane dijelove Tehničke specifikacije – točke 2. i 3., žalitelj smatra da se na opisani način pogoduje određenom gospodarskom subjektu, konkretno proizvođaču FOSS čiji uređaj „MilkoScan Mars“, prema tvrdnjama žalitelja, jedini udovoljava traženim zahtjevima iz točki 2. i 3. Tehničkih specifikacija.

Vezano na točku 2. Tehničke specifikacije, žalitelj samo paušalno navodi da se radi o identičnim specifikacijama kao u specifikacijama uređaja MilkoScan Mars, ali ne ukazuje da je takvim specifikacijama ograničeno tržišno nadmetanje, odnosno ne navodi niti dokazuje da proizvod koji on nudi ili neki drugi proizvod na tržištu ne mogu udovoljiti traženom. Ujedno, ovo tijelo je uvidom u dokumentaciju prethodnog postupka nabave, broj objave: 2022/S 0F2-0045138, u kojem je bila odabrana ponuda žalitelja, utvrdilo da se tehnička specifikacija u spornom dijelu nije mijenjala, odnosno naručitelj je i u prethodnom postupku nabave propisao iste tehničke zahtjeve (parametre analize), u istim rasponima kao i u predmetnom osporavanom postupku, (tražio je da uređaj za analizu mlijeka ima mogućnost utvrđivanja sljedećih parametara i u sljedećim rasponima: mliječna mast (0-48%), - protein (0-6%); - laktoza (0-6%); - bezmasna suha tvar (0-12%); - ukupna suha tvar (0-50%); - točka mržnjenja). Nadalje, iz dokumenta dostavljenog od strane žalitelja u predmetnom žalbenom postupku - „Analiza mlijeka korištenjem uređaja LactoScope 300“, vezanog uz uređaj koji žalitelj može ponuditi, proizlazi da navedeni uređaj ima mogućnost analize mlijeka na tražene parametre iz točke 2. Tehničke specifikacije, kao i da su iskazani rasponi u skladu s propisanim rasponima u osporavanoj točki 2. Tehničke specifikacije. Iz svega navedenog se dodatno može zaključiti da i proizvod koji nudi žalitelj udovoljava traženju pa u tom smislu, prema ocjeni žalbenog tijela, nije došlo do ograničenja tržišnog nadmetanja. Stoga je žalbeni navod da se spomenutom točkom 2. Tehničke specifikacije pogoduje određenom gospodarskom subjektu ocijenjen neosnovanim.

U odnosu na žalbeni navod kojim žalitelj osporava točku 3. Tehničke specifikacije, žalitelju je sporno propisivanje ciljanog utvrđivanja patvorenja mlijeka na točno određene dodatke: ureu, saharozu, kalijev nitrat, natrijev bikarbonat i formaldehid. S tim u svezi, žalitelj navodi da se upravo propisanim ciljanim načinom utvrđivanja postojanja točno određenih dodataka pogoduje proizvodu „MilkoScan Mars“ proizvođača FOSS te u prilog svojih tvrdnji dostavlja dokument: „MilkoScan™ Mars, Ciljani modeli za mlijeko“ (Tablica 2).

U svezi navedenog, sukladno članku 203. ZJN 2016 javni naručitelj određuje predmet nabave na način da predstavlja tehničku, tehnološku, oblikovnu, funkcionalnu ili drugu objektivno odredivu cjelinu, stoga ciljano propisivanje točno određenih dodataka u svrhu utvrđivanja patvorenja mlijeka ne predstavlja samo po sebi diskriminatorno ili ograničavajuće traženje, a prema ocjeni žalbenog tijela žalitelj u predmetnom žalbenom postupku nije dokazao svoje tvrdnje da se osporavanom točkom 3. Tehničke specifikacije pogoduje određenom gospodarskom subjektu, konkretno proizvodu „MilkoScan Mars“ proizvođača FOSS.

Osim navedenog, kao i kod ocjene prethodnog žalbenog navoda, žalbeno tijelo je utvrdilo da se tehnička specifikacija u odnosu na točku 3. nije mijenjala vezano uz

tražene dodatke: ureu, saharozu, kalijev nitrat, natrijev bikarbonat i formaldehid, odnosno utvrđeno je da naručitelj u predmetnom osporavanom postupku traži ciljano utvrđivanje postojanja navedenih dodataka, a da je u prethodnom postupku nabave izostavio riječ „ciljano“ te da je iza riječi „formaldehid“ dodao „i sl.“, što nije slučaj u predmetnom osporavanom postupku. Međutim, ponuda žalitelja je u prethodnom postupku nabave bila odabrana kao najpovoljnija, iz čega proizlazi da uređaj koji žalitelj može isporučiti - LactoScope 300, ima mogućnost utvrđivanja patvorenja mlijeka na dodatke koji se nisu promijenili u odnosu na prethodni postupak nabave: ureu, saharozu, kalijev nitrat, natrijev bikarbonat i formaldehid. Stoga je žalbeni navod da se spomenutom točkom 3. Tehničke specifikacije pogoduje određenom gospodarskom subjektu ocijenjen neosnovanim.

Postupajući po službenoj dužnosti temeljem članka 404. ZJN 2016, a u odnosu na osobito bitne povrede postupka javne nabave iz članka 404. stavka 2. toga Zakona, ovo državno tijelo nije utvrdilo postojanje osobito bitnih povreda.

Slijedom svega naprijed navedenog, temeljem odredbe članka 425. stavka 1. točke 4. ZJN 2016, odlučeno kao u točki 1. izreke ovog rješenja. Naručitelj će u nastavku postupka postupiti sukladno odredbama članka 419. ZJN 2016.

Žalitelj je postavio zahtjev za naknadom troškova žalbenog postupka u ukupnom iznosu od 2.719,82 eura/20.492,48 kuna, koji se odnosi na naknadu za pokretanje žalbenog postupka u iznosu od 1.320,00 eura, odvjetnički trošak za sastav žalbe u iznosu od 777,68 eura s PDV-om te odvjetnički trošak za sastav očitovanja na naručiteljev odgovor na žalbu u iznosu od 622,14 eura.

Odredbom članka 431. stavka 2. ZJN 2016 propisano je da Državna komisija odlučuje o troškovima žalbenog postupka, određuje tko snosi troškove žalbenog postupka i njihov iznos te kome se i u kojem roku moraju platiti, dok je odredbom stavka 3. tog članka propisano da stranka na čiju je štetu žalbeni postupak okončan dužna je protivnoj stranki nadoknaditi opravdane troškove koji su joj nastali sudjelovanjem u žalbenom postupku. Stavkom 5. istog članka propisano je da, u slučaju djelomičnog usvajanja žalbe, Državna komisija može odlučiti da svaka stranka snosi svoje troškove, da se troškovi žalbenog postupka podjele na jednake dijelove ili da se podijele razmjerno usvajanju žalbe.

U konkretnom slučaju, žalitelj je djelomično uspio sa žalbom, budući da je žalbom tražio poništenje dijela točke 1. i u cijelosti točki 2. i 3. Priloga 2.1. - Tehnička specifikacija, međutim, žalbeno tijelo usvojilo je dio žalbenog zahtjeva žalitelja i to u dijelu kojim je žalitelj tražio poništenje dijela točke 1. Tehničke specifikacije, dok je u preostalom dijelu žalbu ocijenilo neosnovanom. Stoga, žalitelju je priznat trošak žalbenog postupka razmjerno usvajanju žalbe, odnosno u iznosu od 1.359,91 euro/10.246,24 kuna. Navedeni trošak se odnosi na naknadu za pokretanje žalbenog postupka, odvjetnički trošak za sastav žalbe i trošak za sastav očitovanja na naručiteljev odgovor na žalbu. Prema ocjeni žalbenog tijela, navedeno očitovanje sadrži činjenična razlaganja koja naručitelj u konkretnom slučaju nije osporio, a koja su od utjecaja na donošenje odluke.

Stoga je na temelju članka 425. stavka 1. točke 6. ZJN 2016 odlučeno kao pod točkom 2. izreke ovog rješenja. Naručitelj je sukladno odredbi članka 425. stavka 6.

ZJN 2016 obvezan postupiti sukladno izreci odluke Državne komisije, najkasnije u roku od 30 dana od dostave izvršne odluke, pri čemu je vezan pravnim shvaćanjem i primjedbama Državne komisije.

UPUTA O PRAVNOM LIJEKU

Protiv ovog rješenja nije dopuštena žalba, ali se može pokrenuti upravni spor pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske u roku od 30 dana od isteka osmog dana od dana javne objave rješenja na internetskim stranicama Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave. Tužba se predaje neposredno u pisanom obliku, usmeno na zapisnik ili se šalje poštom, odnosno dostavlja u elektroničkom obliku putem informacijskog sustava.

PREDSJEDNICA

Maja Kuhar

