



REPUBLIKA HRVATSKA
DRŽAVNA KOMISIJA ZA KONTROLU POSTUPAKA JAVNE NABAVE

Klasa: UP/II-034-02/09-01/1001
Urbroj: 354-01/09-12
Zagreb, 05. studenog 2009.

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave povodom žalbi žalitelja VIPnet d.o.o., Zagreb i T-Mobile Hrvatska d.o.o., Zagreb na Odluku o poništenju postupka javne nabave s namjerom sklapanja okvirnog sporazuma broj: N-05-V-124557-080509 za nabavu usluge automatske nadoplate prepaid priključka i mobilnog prijenosa podataka za potrebe HEP grupe naručitelja HEP d.d., Zagreb na temelju članka 7. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (NN broj 117/03), članaka 134. stavka 1., 151. i 158. Zakona o javnoj nabavi (NN broj 110/07, 125/08) donosi

R J E Š E N J E

1. Žalba žalitelja T-Mobile Hrvatska d.o.o., Zagreb odbija se kao neosnovana.
2. Žalba žalitelja VIPnet d.o.o., Zagreb odbija se kao neosnovana.
3. Zahtjev žalitelja T-Mobile Hrvatska d.o.o., Zagreb za naknadom troškova postupka odbija se kao neosnovan.
4. Zahtjev žalitelja VIPnet d.o.o., Zagreb za naknadom troškova postupka odbija se kao neosnovan.

O b r a z l o ž e n j e

Naručitelj HEP d.d., Zagreb objavio je 11. svibnja 2009. u Elektroničkom oglasniku javne nabave poziv za nadmetanje broj N-05-V-124557-080509 za nabavu usluge automatske nadoplate prepaid priključka i mobilnog prijenosa podataka za potrebe HEP grupe, s namjerom sklapanja okvirnog sporazuma.

Ponude su dostavila dva ponuditelja. Naručitelj je, pozivom na članak 94. točka 3. Zakona o javnoj nabavi, Odlukom o poništenju postupka javne nabave s namjerom sklapanja okvirnog sporazuma broj 8/5399/09AS od 26. kolovoza 2009. poništio predmetni postupak javne nabave.

Na Odluku o poništenju koju su zaprimili dana 31. kolovoza 2009. žalbu je Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave izjavio, a naručitelju predao dana 10. rujna 2009. žalitelj T-Mobile Hrvatska d.o.o., Zagreb, a žalitelj VIPnet d.o.o., Zagreb dana 09. rujna 2009.

Žalitelj T-Mobile Hrvatska d.o.o., Zagreb u žalbi se žali na svoju neprihvatljivost. Predlaže poništenje Odluke o poništenju i traži naknadu troškova žalbenog postupka u ukupnom iznosu od 7.570,00 kuna.

Žalba žalitelja je pravodobna, dopuštena i izjavljena od ovlaštene osobe.
Žalba je neosnovana.

Žalitelj VIPnet d.o.o., Zagreb u žalbi se žali na svoju neprihvatljivost, te navodi da je uvjet iz dokumentacije kojim se traži neprekinuti rad odnosno nemogućnost fizičke zamjene postojećih SIM kartica diskriminirajući i da pogoduje operatoru koji trenutno pruža usluge naručitelju. Predlaže poništenje Odluke o poništenju, postavlja zahtjev za nastavak postupka i traži naknadu troškova žalbenog postupka u ukupnom iznosu od 7.570,00 kuna. Prema odredbi članka 148. stavak 1. Zakona o javnoj nabavi u slučaju iz članka 138. stavka 2. Zakona ili postavljanja prijedloga za određivanje privremene mjere osiguranja, naručitelj može postaviti zahtjev za odobrenje nastavka postupka javne nabave. Dakle, zahtjev za nastavak postupka javne nabave može postaviti naručitelj, a ne žalitelj.

Žalba žalitelja je pravodobna, dopuštena i izjavljena od ovlaštene osobe.
Žalba je neosnovana.

U odgovoru na žalbe naručitelj osporava sve žalbene navode, te navodi da su žalbe žalitelja neosnovane. Predlaže da se žalbe žalitelja odbiju kao neosnovane.

U tijeku postupka pred ovim tijelom izveden je dokaz pregledom i analizom dostavljenog dokaznog materijala koji se sastoji od Odluke o početku postupka javne nabave, preslike objave u Elektroničkom oglasniku javne nabave u „Narodnim novinama“, Dokumentacije za nadmetanje, Zapisnika o postupku otvaranja ponuda, Zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda, Odluke o poništenju postupka javne nabave, žalbi žalitelja, odgovora na žalbe, dokaza o pravovremenosti izjavljenih žalbi, cjelovitih ponuda žalitelja, te ostalih dokaza.

Žalitelj T-Mobile Hrvatska d.o.o., Zagreb u žalbi se žali na svoju neprihvatljivost.

Naručitelj je dokumentacijom za nadmetanje propisao da ponuditelji kao dokaz tehničke i stručne sposobnosti moraju dostaviti popis ugovora za iste ili slične usluge pružene u posljednje tri godine, te potvrdu o uredno ispunjenim ugovorima koja mora sadržavati naziv i sjedište ugovornih strana, predmet ugovora, vrijednost ugovora, vrijeme i mjesto ispunjenja ugovora i navod o uredno ispunjenom ugovoru. Uvidom u ponudu žalitelja utvrđeno je da se na stranici 20/43 nalazi popis ugovora, a na stranicama 21/43, 22/43 i 23/43 nalaze potvrde usluga pruženih u posljednje tri godine. Potvrde o uredno izvršenim ugovornim obvezama na stranicama 21/43 i 22/43 ponude imaju sadržaj propisan dokumentacijom za nadmetanje.

Sukladno članku 52. stavku 1. Zakona o javnoj nabavi javni naručitelj može, kao dokaz tehničke i stručne sposobnosti, ovisno o vrsti, količini ili opsegu i namjeni predmeta nabave, zahtijevati dokaze iz tog članka. Stavak 2. istog članka propisuje ako javni naručitelj zahtijeva dokaz o uredno ispunjenim ugovorima, taj se dokaz podnosi u obliku popisa, popraćenog potvrdama o urednom ispunjenju ugovora koju daje druga ugovorna strana iz navedenih ugovora, dok stavak 3. propisuje da potvrda o uredno ispunjenim ugovorima mora sadržavati sljedeće podatke: naziv i sjedište ugovornih strana, predmet ugovora, vrijednost ugovora, vrijeme i mjesto ispunjenja ugovora i navod o uredno ispunjenim ugovorima. Dakle, dokaz tehničke i stručne sposobnosti naručitelj nije obvezan tražiti, a ukoliko i traži od ponuditelja da ga dostave onda on sam propisuje vrijednosni pokazatelj istog i to sukladno članku 48. stavak 3. Zakona, u mjeri opravdanoj predmetom nabave i procijenjenom vrijednošću nabave.

U slučaju kada naručitelj ne propiše broj potvrda o uredno ispunjenim ugovorima koje ponuditelji moraju dostaviti, ponuditelji koji su dostavili jednu potvrdu sa svim sadržajem propisanim dokumentacijom i naprijed citiranim odredbama Zakona dokazali su u tom smislu tehničku i stručnu sposobnost. U konkretnom postupku žalitelj je dostavio dvije potvrde o uredno izvršenim ugovornim obvezama, a koje potvrde odgovaraju zahtjevima dokumentacije za nadmetanje. Shodno navedenom, ovo tijelo je ocijenilo da

naručitelj nije mogao isključiti ponudu žalitelja iz razloga navedenih u zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda.

Žalitelj VIPnet d.o.o., Zagreb u žalbi se žali na svoju neprihvatljivost, te navodi da je uvjet iz dokumentacije kojim se traži neprekinuti rad odnosno nemogućnost fizičke zamjene postojećih SIM kartica diskriminirajući i da pogoduje operatoru koji trenutno pruža usluge naručitelju.

Uvidom u Zapisnik o pregledu i ocjeni ponuda utvrđeno je da je žalitelj isključen jer na obrascu *Sažetak ponude* nedostaje ime i prezime odgovorne osobe, te vezano za to, zato što dostavljena specijalna punomoć kojom se Ranko Režek i Hrvoje Veselko ovlašćuju za potpisivanje ponude, nije ovjerena. Uvidom u ponudu žalitelja utvrđeno je da u obrascu *Sažetak ponude* nedostaje ime i prezime odgovorne osobe. Međutim, iz cjelokupne ponude razvidno je da su obrazac *Sažetak ponude* i ostali dokumenti iz ponude potpisani od strane dviju osoba, čiji potpisi odgovaraju potpisu Ranka Režek i Hrvoja Veselko. Isto se može utvrditi iz potpisa i imena i prezimena navedenih dviju osoba na obrascu izjave o prihvaćanju odredaba iz dokumentacije za nadmetanje. Člankom 43. stavak 1. Zakona o trgovačkim društvima (NN broj 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03 i 107/07) propisano je da je osoba čija je dužnost da kao radnik trgovačkog društva obavlja poslove koji po redovitom tijeku stvari uključuju i sklapanje određenih ugovora, odnosno poduzimanje određenih pravnih radnji, ovlaštena kao punomoćnik društva sklapati i te ugovore i poduzimati te pravne radnje u granicama poslova koje obavlja. Sukladno citiranoj odredbi Zakona o trgovačkim društvima, punomoć za potpisivanje navedenih dviju osoba u ponudi žalitelja nije niti potrebna, jer oni nisu zastupnici po punomoći, već zastupnici po zaposlenju. Nadalje, naručitelj je isključio ponudu žalitelja jer u dostavljenoj izjavi o prihvaćanju odredaba iz dokumentacije za nadmetanje nije naveden broj javnog nadmetanja. No, naručitelj u točki 1.20 dokumentacije za nadmetanje u kojoj je predviđena obveza dostave predmetne izjave nije niti propisao da podatak o broju nadmetanja izjava mora sadržavati. Međutim, potpuno je jasno da ako je žalitelj u sklopu konkretne ponude za određeno nadmetanje dostavio izjavu o prihvaćanju odredaba dokumentacije za nadmetanje da se ta izjava odnosi na taj postupak nabave. Nadalje, žaliteljeva ponuda je isključena jer nije dostavio primjer izračuna vrijednosti okvirnog sporazuma. Naime, naručitelj je tražio da ponuditelji izraze cijenu ponude za dvogodišnje razdoblje, dakle za razdoblje za koje se sklapa okvirni sporazum. Žalitelj je u svojoj ponudi izrazio cijenu ponude za ukupno razdoblje trajanja okvirnog sporazuma. Prema tome, primjer izračuna vrijednosti okvirnog sporazuma je potpuno irelevantan za konkretan postupak nabave. Osim toga, žaliteljeva ponuda je isključena jer nedostaje opis usluge automatske nadoplate prepaid priključka. Uvidom u žaliteljevu ponudu utvrđeno je da se predmetni opis usluge automatske nadoplate prepaid priključka nalazi na stranici 39/44 iste. Nadalje, žaliteljeva ponuda je isključena zato što predstavlja alternativnu ponudu odnosno ponuđena je zamjena SIM kartica. Dokumentacijom za nadmetanje naručitelj je postavio uvjet da nije moguća fizička zamjena postojećih SIM kartica u HEP uređajima. Navedeni uvjet protivan je Pravilniku o prijenosu broja (NN broj 42/09) koji je donijelo Vijeće Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije, jer prijenos broja nije moguć bez fizičke zamjene SIM kartica. Kada bi uvjet glede nemogućnosti fizičke zamjene SIM kartica bio dozvoljen, to bi značilo da bi svi naručitelji koji imaju sklopljene ugovore sa određenim operaterima mogli uvijek temeljem tog uvjeta sklapati buduće ugovore sa operaterima s kojima imaju sklopljene postojeće ugovore. Obzirom da je tržište telekomunikacijskih usluga liberalizirano, naručitelji moraju predvidjeti takve uvjete u dokumentaciji za nadmetanje koji omogućuju tržišnu utakmicu ponuditelja koji pružaju telekomunikacijske usluge. Dakle, propisivanjem u dokumentaciji za nadmetanje da nije moguća fizički zamjena SIM kartica, naručitelj je počinio bitnu povredu Zakona iz članka 140. stavak 2. točka 2. Zakona o javnoj nabavi, jer je došlo do neusklađenosti dokumentacije za nadmetanje sa zakonom, koja je dovela ili koja je mogla dovesti do diskriminacije ponuditelja ili ograničenja tržišnog natjecanja.

Osim toga, iz ponude žalitelja ne proizlazi da je on dostavio alternativnu ponudu, već je to subjektivna ocjena naručitelja, bez navedenih činjenica i dokaza na temelju kojih su te činjenice utvrđene.

Kontrolirajući predmetni postupak javne nabave po službenoj dužnosti u smislu članka 141. Zakona, a u odnosu na bitne povrede zakona opisane u članku 140. Zakona, ovo tijelo je utvrdilo slijedeće nezakonitosti.

Dokumentacijom za nadmetanje je kao dokaz pravne i poslovne sposobnosti tražena isprava o upisu u poslovni, sudski (trgovački), strukovni, obrtni ili drugi odgovarajući registar i ovjerena preslika ovlaštenja za davanje telekomunikacijskih usluga mobilne telefonije kojom se dokazuje da je ponuditelj ovlašten nuditi usluge iz predmeta ove nabave.

Članak 49. stavak 1. točka 2. Zakona o javnoj nabavi propisuje da javni naručitelj mora od gospodarskog subjekta kao dokaz postojanja odgovarajuće pravne i poslovne sposobnosti, zahtijevati ovlaštenje, suglasnost i slično ako su gospodarskom subjektu potrebni u zemlji sjedišta za obavljanje djelatnosti povezane s predmetom nabave. Članak 87. stavak 1. Zakona o elektroničkim komunikacijama (NN broj 73/08) propisuje da svaka pravna i fizička osoba ima pravo na uporabu radiofrekvencijskog pojasa koji se prema Tablici namjene radiofrekvencijskog spektra može upotrebljavati na temelju opće dozvole za uporabu radiofrekvencijskog spektra, u skladu s uvjetima dodjele i uporabe utvrđenim u toj Tablici i pravilniku iz članka 82. stavka 4. Zakona, dok stavak 2. istog članka propisuje da Agencija izdaje opću dozvolu za uporabu radiofrekvencijskog spektra u slučaju zanemarive opasnosti od smetnja ili u usklađenim radiofrekvencijskim pojasi, a osobito u svrhu provedbe odgovarajućih odluka i preporuka Europske konferencije poštanskih i telekomunikacijskih uprava (CEPT) i njezinih tijela, koje su prihvaćene u Republici Hrvatskoj. Člankom 32. stavak 1. Zakona o elektroničkim komunikacijama propisano je da operatori javnih elektroničkih komunikacijskih mreža i javno dostupnih elektroničkih komunikacijskih usluga, koje se pružaju na tržišnoj osnovi, moraju obavijestiti Agenciju u pisanom obliku, najmanje petnaest dana unaprijed, o početku, promjenama i završetku obavljanja djelatnosti elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga, dok je stavkom 2. istog članka propisano da prethodna obavijest iz stavka 1. mora osobito sadržavati sljedeće naziv i sjedište, ili ime i prezime i adresu operatora, dokaz o pravnoj osobnosti ili pravu obavljanja obrta, kratak opis mreže i/ili usluge koja se namjerava obavljati, predviđeni nadnevak početka, promjena i završetka obavljanja djelatnosti. Stavkom 5. istog članka propisano je da će Agencija, u roku od osam dana od dana zaprimanja potpune prethodne obavijesti u skladu sa stavkom 2. tog članka, izdati operatoru potvrdu kojom se dokazuje podnošenje prethodne obavijesti.

Dozvola za uporabu radiofrekvencijskog spektra i potvrda o primitku prethodne obavijesti su dva odvojena dokumenta iz razloga što se prvi dodjeljuje za pravo uporabe određenog dijela radiofrekvencijskog spektra, koji je preduvjet pružanja usluge koja koristi radiofrekvencijski spektar, a drugi je dokument kojim se potvrđuje da je osoba dostavila prethodnu obavijest o obavljanju određene djelatnosti elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga. Na temelju prethodno navedenoga, u postupcima javne nabave, a kada je predmet nadmetanja, nabava mobilne telefonije, naručitelji su obvezni u dokumentaciji za nadmetanje kao uvjete pravne i poslovne sposobnosti tražiti i dozvolu za uporabu radiofrekvencijskog spektra i potvrdu o primitku prethodne obavijesti temeljem članka 49. stavak 1. točka 2. Zakona o javnoj nabavi. Obzirom da naručitelj u konkretnom slučaju nije tražio navedene dokaze sposobnosti, ovo tijelo je ocijenilo da je naručitelj postupio protivno članku 49. stavak 1. točka 2. Zakona o javnoj nabavi, čime je počinjena bitna povreda Zakona o javnoj nabavi opisana u članku 140. stavak 2. točka 2. Zakona.

Nadalje, uvidom u dokumentaciju za nadmetanje utvrđeno je da je naručitelj tražio dostavu izjave o jamstvu za uredno ispunjenje okvirnog sporazuma, kojom ponuditelji izjavljuju da ukoliko njihova ponuda bude odabrana kao najpovoljnija da će dostaviti

jamstvo poslovne banke za uredno ispunjenje okvirnog sporazuma u iznosu od 10% ukupne cijene, s rokom valjanosti dvije godine.

Sukladno članku 2. točka 1. Zakona o javnoj nabavi *ugovor o javnoj nabavi* jest ugovor s financijskim interesom sklopljen u pisanom obliku između jednog ili više ponuditelja i jednog ili više naručitelja i čiji je predmet nabave izvođenje radova, isporuka robe ili pružanje usluga, dok je sukladno točki 5. istog članka *okvirni sporazum*, sporazum između jednog ili više naručitelja i jednog ili više gospodarskih subjekata svrha kojega je utvrditi uvjete pod kojima se sklapaju ugovori tijekom određenog razdoblja, posebice u pogledu cijene i, prema potrebi, predviđenih količina. Prema tome, kod okvirnih sporazuma naručitelj ne bi imao obvezu na narudžbu, kao što je to kod ugovora o javnoj nabavi. Dakle, rezultat postupka javne nabave kojemu je cilj sklapanje okvirnog sporazuma nije nabava radova, roba ili usluga, već sklapanje okvirnog sporazuma na temelju kojeg će se sklapati ugovori o javnoj nabavi, sukladno odredbama Zakona. Dakle, kod okvirnog sporazuma ne postoji financijski interes, za razliku od ugovora o javnoj nabavi kod kojeg je on bitan sastojak.

Shodno navedenom, naručitelj ne može u postupku nabave tražiti izjavu o dostavi jamstva za uredno ispunjenje okvirnog sporazuma, već jamstva za uredno ispunjenje ugovora koji će se sklopiti na temelju okvirnog sporazuma. Navedenim propustom naručitelj je počinio bitnu povredu Zakona o javnoj nabavi iz članka 140. stavak. 2. točka 2. Zakona, jer je došlo do neusklađenosti dokumentacije za nadmetanje sa zakonom, koja je dovela ili koja je mogla dovesti do diskriminacije ponuditelja ili ograničenja tržišnog natjecanja.

Nastavljajući sa kontrolom predmetnog postupka javne nabave po službenoj dužnosti ovo tijelo je utvrdilo da je naručitelj točkom 1.13 propisao da se podatkovni promet naplaćuje prema ponuđenoj cijeni ponuditelja, te da se tijekom trajanja okvirnog sporazuma jedinične mjesečne cijene i cijene prometa mogu smanjiti u skladu s promjenom cjenika ponuditelja ili u skladu sa zahtjevom u točki 2.2.5. Točkom 2.2.5 dokumentacije za nadmetanje propisano je otkazivanje data priključaka i usluga automatske nadoplate prepaid priključaka.

Prema odredbi članka 2. stavak 3. Uredbe o načinu izrade i postupanju s dokumentacijom za nadmetanje i ponudama (NN broj 13/08, 4/09) naručitelj mora u dokumentaciji za nadmetanje utvrditi sve okolnosti koje mogu utjecati na cijenu predmeta nabave. Sukladno članku 4. točka 19. Uredbe dokumentacija za nadmetanje, ovisno o vrsti postupka javne nabave te načinu provedbe postupka javne nabave, sadrži način izračuna cijene za predmet nabave, sadržaj cijene, nepromjenjivost cijene ili način promjene cijene. Nadalje, prema odredbi članka 7. stavak 1. Uredbe dokumentacija za nadmetanje mora se izraditi na način da ponuditelj može iskazati cijenu ponude, dok prema odredbi stavka 2. i 3. istog članka cijena može biti nepromjenjiva i promjenjiva, te ako je cijena ponude promjenjiva, naručitelj će u dokumentaciji za nadmetanje odrediti način i uvjete izmjene cijene, sukladno Zakonu o obveznim odnosima ili drugim propisima.

Primjenom citiranog pravnog okvira na utvrđeno činjenično stanje ovo tijelo je utvrdilo da naručitelj nije pravilno propisao način promjene cijena ponude, jer je samo odredio promjenu cijene sukladno cjeniku ponuditelja bez vezivanja promjene cijena na neke objektivne unaprijed određene parametre. Osim toga, iz dokumentacije za nadmetanje nije razvidno kako otkazivanje data priključaka i usluga automatske nadoplate prepaid priključaka, može utjecati na promjenu cijena. Dakle, naručitelj nije na jasan i nedvojben način propisao mogućnost promjena cijena ponude, pa je ovo tijelo utvrdilo da je počinio bitnu povredu Zakona o javnoj nabavi iz članka 140. stavak. 2. točka 2. Zakona, jer je došlo do neusklađenosti dokumentacije za nadmetanje sa zakonom, koja je dovela ili koja je mogla dovesti do diskriminacije ponuditelja ili ograničenja tržišnog natjecanja.

Sukladno prethodno navedenom, utvrđene su nezakonitosti u predmetnom postupku javne nabave. Naručitelj je donio zakonitu odluku, premda istu nije temeljio na razlozima navedenim u ovom Rješenju. Sukladno članku 240. stavak 3. Zakona o općem upravnom postupku (NN broj 53/91, 103/96) predmetne razloge je valjalo izložiti u ovom Rješenju, a žalbe žalitelja odbiti kao neosnovane.

Žalitelji traže naknadu troškova postupka u iznosu od 70,00 kuna za upravne pristojbe i 7.500,00 kuna za naknadu za vođenje postupka. Zahtjevi su određeni, specificirani i dostavljeni do donošenja Rješenja.

O zahtjevima za naknadom troškova žalbenog postupka odlučeno je kao u točki 3. i 4. izreke ovog Rješenja, budući članak 158. Zakona o javnoj nabavi pravo na naknadu troškova vezuje uz uspjeh žalbe, a žalbe žalitelja su neosnovane, shodno tome žaliteljima ne pripada pravo na naknadu troškova postupka. U skladu s iznesenim zahtjevi za naknadu troškova žalbenog postupka odbijeni su kao neosnovani.

POUKA O PRAVNOM LIJEKU

Protiv ovoga Rješenja ne može se izjaviti žalba, ali se može pokrenuti upravni spor podnošenjem tužbe Upravnom sudu Republike Hrvatske u roku od 30 dana od dana primitka Rješenja.



Dostaviti:

1. HEP d.d., Zagreb, Ulica grada Vukovara 37
2. VIPnet d.o.o., Zagreb, Vrtni put 1
3. T-Mobile Hrvatska d.o.o., Zagreb, Ulica grada Vukovara 23
4. Državni ured za reviziju, Tkalčićeva 19, Zagreb
5. Ministarstvo gospodarstva, rada i poduzetništva,
Uprava za sustav javne nabave, Zagreb, Vukovarska 78
6. Pismohrana, ovdje