



REPUBLIKA HRVATSKA
DRŽAVNA KOMISIJA ZA KONTROLU POSTUPAKA JAVNE NABAVE

KLASA: UP/II-034-02/09-01/1206

URBROJ: 354-01/09-11

Zagreb, 17. prosinca 2009.

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave, povodom žalbe žalitelja Metronet telekomunikacije d.d., Zagreb, na Odluku o odabiru najpovoljnije ponude, naručitelja Ured državne uprave u Primorsko-goranskoj županiji, Rijeka, u otvorenom postupku javne nabave broj: N-02-V-137759-070809 (s namjerom sklapanja okvirnog sporazuma s jednim gospodarskim subjektom na četiri godine), nabava javne govorne usluge, pristupa internetu i prijenosa podataka, sukladno članku 134. stavak 1., članku 151. stavak 1. točke 4. i 7. i članku 158. stavak 2. i 4. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine broj 110/07 i 125/08) te članku 7. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (Narodne novine broj 117/03) donosi sljedeće

RJEŠENJE

1. Poništava se Odluka o odabiru najpovoljnije ponude klasa: 406-09/09-02/03, urbroj: 2170-01-01-09-18 od 23. listopada 2009., naručitelja Ured državne uprave u Primorsko-goranskoj županiji, Rijeka, za nabavu javne govorne usluge, pristupa internetu i prijenosa podataka.

2. Poništava se otvoreni postupak javne nabave broj: N-02-V-137759-070809 (s namjerom sklapanja okvirnog sporazuma s jednim gospodarskim subjektom na četiri godine), objavljen u Elektroničkom oglasniku javne nabave 10. kolovoza 2009., naručitelja Ured državne uprave u Primorsko-goranskoj županiji, Rijeka, za nabavu javne govorne usluge, pristupa internetu i prijenosa podataka.

3. Dužan je naručitelj u roku od osam dana, od dana primitka ovog Rješenja, nadoknaditi troškove vođenja žalbenog postupka žalitelju u iznosu od 7.570,00 kuna.

Obrazloženje

Naručitelj Ured državne uprave u Primorsko-goranskoj županiji, Rijeka, objavio je otvoreni postupak javne nabave broj N-02-V-137759-070809 (s namjerom sklapanja okvirnog sporazuma s jednim gospodarskim subjektom na četiri godine), u Elektroničkom oglasniku javne nabave 10. kolovoza 2009., radi nabave javne govorne usluge, pristupa internetu i prijenosa podataka. Kriterij odabira je najniža cijena.

Na predmetni postupak pristigle su dvije ponude i to: Metronet telekomunikacije d.d. i HT-Hrvatske telekomunikacije d.d., a naručitelj je samo potonju ocijenio prihvatljivom.

Naručitelj je 23. listopada 2009. donio Odluku o odabiru kojom je kao najpovoljniju odabrao ponudu ponuditelja HT-Hrvatske telekomunikacije d.d.

Na navedenu Odluku o odabiru žalbu je Državnoj komisiji za kontrolu postupaka izjavio, a naručitelju predao, žalitelj Metronet telekomunikacije d.d. u kojoj, u bitnome, navodi kako je neosnovano ocijenjen nesposobnim te kako je naručitelj prestrogo odredio dokazivanje sposobnosti članova zajednice ponuditelja pa traži da se poništi Odluka o odabiru i cijeli postupak. Žalitelj u svojoj žalbi zahtijeva da mu naručitelj nadoknadi troškove vođenja žalbenog postupka u ukupnom iznosu od 7.570,00 kuna.

U svome očitovanju na žalbene navode naručitelj, u bitnome, navodi kako su žaliteljevi navodi neosnovani, odnosno kako smatra da je predmetni postupak proveo sukladno Zakonu o javnoj nabavi te predlaže da se žalba odbije kao neosnovana, baš kao i zahtjev za naknadom troškova.

Odabrani ponuditelj u svome očitovanju na žalbene navode žalitelja navodi kako su isti neosnovani, ne mogu predstavljati razlog za poništenje niti Odluke o odabiru niti predmetnog postupka pa predlaže da se žalba u cijelosti odbije kao neosnovana.

Žalba je dopuštena, pravovremena i izjavljena od ovlaštene osobe.
Žalba je osnovana.

Tijekom žalbenog postupka izvedeni su dokazi pregledom dokumentacije dostavljene od strane naručitelja, a koja se sastoji od Odluke o početku postupka javne nabave, dokumentacije za nadmetanje, zapisnika o javnom otvaranju ponuda, zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda, Odluke o odabiru, ponuda odabranog ponuditelja i žalitelja te ostalih dokaza. Nakon pregleda, analize i ocjene gore navedenog dokaznog materijala utvrđene su, u rješenju navedene, činjenice, na koje su primijenjeni pozitivni propisi.

Žalitelj navodi kako je njegova ponuda isključena iz postupka zbog iskazanog gubitka u poslovanju. Smatra kako je time počinjena bitna povreda Zakona propisana člankom 140. stavak 1. točka 2. Zakona o javnoj nabavi (dalje u tekstu Zakon), jer se radi o neusklađenosti dokumentacije za nadmetanje, koja je dovela ili je mogla dovesti do diskriminacije ponuditelja ili ograničenja tržišnog nadmetanja, te zbog povrede odredbi članka 6. i članka 48. stavak 3. i 4. Zakona. Žalitelj tvrdi kako nije sporna odredba članka 51. stavak 2. točka 1. Zakona prema kojoj naručitelji mogu od ponuditelja zahtijevati jedan ili više tzv. fakultativnih dokaza financijske sposobnosti, pa između ostalog i bilancu, račun dobiti i gubitka, odnosno odgovarajući financijski izvještaj, ako je njegovo objavljivanje propisano u zemlji sjedišta gospodarskog subjekta. Očito je kako zakonodavac odredbom članka 51. stavak 2. pruža dodatnu zaštitu naručiteljima, zaključuje žalitelj, i to tako da određuje niz dokumenata koji isti mogu potraživati od ponuditelja u cilju zaštite svojih financijskih interesa. Dokazi predviđeni člankom 51. stavak 2. Zakona, dakle i BON 1 koji je naručitelj mogao zahtijevati mogu se sukladno odredbi članka 48. stavak 3. Zakona zahtijevati samo u mjeri opravdanoj predmetom nabave i procijenjenom vrijednošću nabave. Obzirom da je predmet nabave u osnovi telekomunikacijska usluga koju kao takvu mogu pružiti samo ovlaštene telekomunikacijski operateri, to bi isto trebalo tumačiti u kontekstu uvjeta koji vladaju na telekomunikacijskom tržištu. Žalitelj kao relativno novi telekomunikacijski operator na telekomunikacijskom tržištu Republike Hrvatske nije u stanju, zbog nedovoljno dugog postojanja vlastitog poslovanja i znatnih i nužnih početnih kapitalnih ulaganja u vlastito poslovanje i razvoj potpuno novih telekomunikacijskih usluga od kojih će znatne koristi i uštede imati postojeći korisnici telekom usluga, zadovoljiti takav uvjet nadmetanja. Samo dva operatora i to HT-Hrvatske telekomunikacije d.d. i VIPnet d.o.o. posluju pozitivno, dok svi drugi operatori posluju s gubitkom i to u cijelom vremenskom razdoblju od 2006. godine pa nadalje. Činjenica da HT-Hrvatske telekomunikacije d.d. pozitivno posluje je nesporna i općepoznata, obzirom na dugi niz poslovanja i postojanja na telekomunikacijskom tržištu, i to kao monopolist u nepokretnoj mreži cijelo vrijeme poslovanja, sve do uvođenja procesa liberalizacije na hrvatskom telekomunikacijskom tržištu u nepokretnoj mreži 2005. godine. Pozitivno poslovanje VIP-a prvenstveno je odraz činjenice, smatra žalitelj, da VIP posluje na telekomunikacijskom tržištu Republike Hrvatske još od 1999. godine i to kao operator u pokretnoj mreži, dok je kao operator u nepokretnoj mreži počeo poslovati tek krajem 2007. godine. Nije nevažno napomenuti da kao pružatelj usluga u pokretnoj i nepokretnoj mreži nema odvojeno sustav troškovnog računovodstva, pa je nemoguće dokazati, ali je za pretpostaviti, da bi rezultat poslovanja u nepokretnoj mreži, bio negativno poslovanje. Žalitelj navodi operatore u nepokretnoj mreži koji posluju s gubitkom: Amis telekom d.d., Zagreb, B net Hrvatska d.o.o., Zagreb, H1 Telekom d.d., Split, Iskon Internet d.o.o., Zagreb, OT – Optima telekom d.d., Zagreb, PRIMATEL d.o.o., Zagreb, T-2 d.o.o., Zagreb, VOLJATEL TELEKOMUNIKACIJE d.o.o., Zagreb. Pogodovanje samo jednom gospodarskom subjektu uskraćuje pravo na ravnopravno sudjelovanje u postupku javne nabave i ujedno krši temeljno načelo javne nabave regulirano odredbom članka 6. Zakona. Kako bi uvjeti sposobnosti bili opravdani i nepristrani, dostatno je tražiti dostavu

računa dobiti i gubitka, odnosno BON 1, ali bez sporne formulacije o pozitivnom poslovanju koje rezultira isključenjem ponude zbog neusklađenosti iste sa sadržajem dokumentacije za nadmetanje.

Prije svega, treba napomenuti da je žalitelj zakasnio s izjavljivanjem ovog žalbenog navoda, budući se žalba na dokumentaciju za nadmetanje, sukladno članku 147. stavak 2. točka 2. Zakona, izjavljuje u roku deset dana, odnosno u roku od tri dana u postupcima nabave male vrijednosti, od dana javnog otvaranja ponuda u odnosu radnje, postupke, nečinjenja vezana uz dokumentaciju nabave te postupak otvaranja ponuda, a u slučaju kada nije bilo javnog otvaranja ponuda od dana dostave odluke kojom se odlučuje o pojedinačnom pravu iz javne nabave u odnosu na postupak pregleda i ocjene sposobnosti te postupak pregleda, ocjene i odabira ponude. No, postupajući po službenoj dužnosti, sukladno članku 141. stavak 1. Zakona, a u svezi odredaba članka 140. Zakona ovo je državno tijelo utvrdilo da je naručitelj u predmetnom postupku počinio bitnu povredu Zakona iz članka 140. Zakona.

Dokumentacijom za nadmetanje (točka 11.3.b) je, između ostalih dokaza sposobnosti, bilo propisano kako ponuditelji trebaju dostaviti: "izvješće ili izjavu o ukupnom prihodu gospodarskog subjekta; BON 1 iz kojeg je vidljiv ukupni godišnji prihod čime ponuditelj dokazuje svoj bonitet tj. ne smije imati iskazani gubitak". Predmetni dokaz financijske sposobnosti naručitelj je ovlašten tražiti temeljem članka 51. stavak 2. točke 1. Zakona, ali je kao i kod svih drugih uvjeta sposobnosti dokaze i njihove vrijednosne pokazatelje dužan zahtijevati *u mjeri opravdanoj predmetom nabave i procijenjenom vrijednošću nabave*, sukladno članku 48. stavak 3. Zakona. Iz predmetne dokumentacije za nadmetanje nije razvidna svrha propisivanja predmetnog uvjeta, kao ni njegova opravdanost, zbog čega je dokumentacija za nadmetanje u tom dijelu neusklađena sa Zakonom.

Žalitelj nadalje ukazuje na bitnu povredu članka 140. stavak 2. točka 2. Zakona, jer je naručitelj određujući uvjete za zajednicu ponuditelja (točka 13.) zahtijevao da svaki ponuditelj iz zajedničke ponude mora pojedinačno dokazati sve uvjete iz točke 11. dokumentacije za nadmetanje, a žalitelj smatra osobito spornim da svaki član zajednice mora pojedinačno dokazati bonitet.

U pogledu ovog žalbenog navoda žalitelj je također zakasnio njegovim izjavljivanjem, sukladno već gore navedenom članku 147. stavak 2. točka 2. Zakona.

Postupajući po ovlaštenju iz članka 141. stavak 1. Zakona, vezano za odredbe iz članka 140. Zakona, ovo je državno tijelo utvrdilo slijedeće bitne povrede Zakona.

Točkom 11.4. dokumentacije za nadmetanje tražen je, kao dokaz tehničke sposobnosti, popis značajnih usluga, najmanje tri, istovrsnih predmetu nabave pruženih u posljednje tri godine, popraćen potvrđama naručitelj o urednom ispunjenju ugovora koju daje druga ugovorna strana iz navedenih ugovora.

Prema odredbi članka 48. stavak 3. Zakona dokazi i njihovi vrijednosni pokazatelji, koje javni naručitelj određuje u svrhu utvrđivanja sposobnosti gospodarskog subjekta, mogu se zahtijevati samo u mjeri opravdanoj predmetom nabave i procijenjenom vrijednošću nabave. Ne određujući dokaze sukladno navedenome ostavlja se mogućnost diskriminacije ponuditelja, što u konačnici znači kršenje temeljenih načela određenih člankom 6. Zakona. Odnosno, ukoliko naručitelj zahtijeva ispunjenje određenih uvjeta kako bi ponuda ponuditelja bila prihvatljiva, mora biti vidljiva veza između takvog traženja i predmeta nabave. U suprotnome se radi o ograničavanju tržišnog nadmetanja i dovođenja ponuditelja u neravnopravan položaj, protivno članku 6. stavak 1. Zakona (kojime su određena načela javne nabave, a koje je naručitelj obvezan poštovati prilikom provođenja postupka javne nabave u odnosu prema svim gospodarskim subjektima), obzirom da se time onemogućava sudjelovanje u nadmetanju ponuditeljima koji takav uvjet ne zadovoljavaju. Stoga, naručiteljev propust se sastoji u činjenici što gore navedeno traženje nije doveo u vezu s predmetom nabave, nije obrazložio i dokazao, odnosno barem učinio vjerojatnima, uvjete i vrijednosti pokazatelja najmanje tri značajne usluge. Uz navedeno, naručitelj nije niti odredio pojam "značajnih" usluga. Iz iznesenoga slijedi da dokumentacija za

nadmetanje nije sastavljena u skladu sa Zakonom, točnije člankom 48. stavak 3. Zakona, odnosno radi se o bitnoj povredi iz članka 140. stavak 2. točka 2. Zakona.

Nadalje, u točki 7. dokumentacije za nadmetanje navedena je tehnička specifikacija predmeta nabave gdje stoji da je ponuditelj dužan osigurati *vlastitu infrastrukturu* za povezivanje lokacija i pružanje navedenih usluga na lokacijama naručitelja.

Prema odredbi članka 52. stavak 6. točka 7. Zakona kod ugovora o javnim uslugama javni naručitelj može, u svrhu dokazivanja tehničke i stručne sposobnosti, zahtijevati izjavu gospodarskog subjekta iz koje je razvidno kojim uređajima i kojom tehničkom opremom gospodarski subjekt raspolaže u svrhu izvršenja ugovora. Zatim, prema odredbi članka 53. Zakona gospodarski subjekt ili zajednica ponuditelja mogu se, u svrhu dokazivanja sposobnosti, koristiti kapacitetima drugih gospodarskih subjekata, bez obzira na međusobni pravni odnos. U tom slučaju gospodarski subjekt mora dokazati javnom naručitelju da će imati na raspolaganju resurse nužne za ispunjenje ugovora o javnoj nabavi. Pod spomenutim gospodarskim kapacitetima podrazumijeva se kako ljudstvo tako i tehnika. Naručitelju može biti važno samo da ponuditelj ima potrebnu opremu na *raspolaganju* za cijelo vrijeme trajanja ugovora, dakle mogućnost ispunjenja ugovora, a svaki zahtjev preko toga predstavlja nedozvoljenu diskriminaciju ponuditelja, budući se od ponuditelja traži da ispune uvjet koji nije nužan za ispunjenje ugovora. Dakle, naručitelj je ovakvim traženjem povrijedio temeljna načela iz članka 6. Zakona (kojime su određena načela javne nabave, a koje je naručitelj obvezan poštivati prilikom provođenja postupka javne nabave u odnosu prema svim gospodarskim subjektima), odnosno radi se o bitnoj povredi iz odredbe članka 140. stavak 2. točka 2. Zakona - neusklađenost dokumentacije za nadmetanje s zakonom, koja je dovela ili koja je mogla dovesti do diskriminacije ponuditelja ili ograničenja tržišnog natjecanja, zbog čega je odlučeno kao u točkama 1. i 2. izreke ovog Rješenja.

Žalitelj je u svojoj žalbi postavio zahtjev za naknadom troškova postupka u ukupnom iznosu od 7.570,00 kuna, i to 7.500,00 kuna za naknadu za vođenje postupka i 70,00 kuna za pristojbu, što je u skladu sa člankom 158. stavak 3. Zakona. Prema članku 158. stavak 2. Zakona Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave rješava o troškovima žalbenog postupka, određuje tko snosi troškove postupka i njihov iznos te kome se i u kojem roku moraju platiti, dok je stavkom 4. istog članka određeno da je stranka koja je izazvala postupak, a na čiju štetu je postupak okončan, dužna protivnoj stranci nadoknaditi opravdane troškove koji su joj nastali sudjelovanjem u postupku. Kako je žalba ocijenjena osnovanom, tako je i žaliteljevo traženje osnovano pa je i zahtjev za naknadom troškova osnovan pa je odlučeno kao u točki 3. dispozitiva ovog Rješenja.

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. Metronet telekomunikacije d.d., Zagreb, Ulica grada Vukovara 269D
2. Ured državne uprave u Primorsko-goranskoj županiji, Rijeka, Riva 10
3. HT-Hrvatske telekomunikacije d.d., Zagreb, Savska cesta 32
4. Ministarstvo gospodarstva, rada i poduzetništva,
Uprava za sustav javne nabave, Zagreb, Ulica grada Vukovara 78
5. Državni ured za reviziju, Zagreb, Tkalčićeva 19
6. Pismohrana, ovdje