



REPUBLIKA HRVATSKA
DRŽAVNA KOMISIJA ZA KONTROLU POSTUPAKA JAVNE NABAVE

KLASA: UP/II-034-02/09-01/1402

URBROJ: 354-01/10-8

Zagreb, 25. veljače 2010.

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave povodom žalbe žalitelja VIPnet d.o.o. Zagreb na Odluku o odabiru u otvorenom postupku javne nabave telekomunikacijskih usluga u pokretnoj mreži, broj objave N-05-V-148919-181109, naručitelja Plinacro d.o.o. Zagreb, na temelju članka 2. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (Narodne novine br. 21/10), članka 134. stavka 1. i članka 158. stavka 2. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine br. 110/07 i 125/08) donosi slijedeće

R J E Š E N J E

1. Poništava se Odluka o odabiru Br.: PN-STU-522/09-MB u otvorenom postupku javne nabave broj N-05-V-148919-181109, za nabavu telekomunikacijskih usluga u pokretnoj mreži, naručitelja Plinacro d.o.o. Zagreb.
2. Poništava se otvoreni postupak javne nabave broj N-05-V-148919-181109, za nabavu telekomunikacijskih usluga u pokretnoj mreži, naručitelja Plinacro d.o.o. Zagreb.
3. Odbija se zahtjev žalitelja VIPnet d.o.o. Zagreb za naknadom troškova žalbenog postupka.

O b r a z l o Ź e n j e

Naručitelj Plinacro d.o.o. Zagreb objavio je u Elektroničkom oglasniku javne nabave poziv za nadmetanje broj N-05-V-148919-181109, radi nabave telekomunikacijskih usluga u pokretnoj mreži, naručitelja Plinacro d.o.o. Zagreb. Kriterij odabira je najniža cijena.

Ponude su dostavila dva ponuditelja: VIP net d.o.o. Zagreb i T-Mobile d.o.o. Zagreb. Naručitelj je obje proglasio prihvatljivima. Naručitelj je donio Odluku o odabiru Br.: PN-STU-522/09-MB kojom je kao najpovoljniju odabrao ponudu ponuditelja T-Mobile d.o.o. Zagreb.

Na Odluku o odabiru žalbu je Državnoj komisiji izjavio, a naručitelju predao žalitelj VIPnet d.o.o. Zagreb. U žalbi u bitnome navodi da je dokumentacija za nadmetanje sastavljena na diskriminirajući način te da je učinjen propust prilikom postupka pregleda i ocijene ponuda. Traži poništiti predmetni postupak nabave i naložiti naručitelju započinjanje novog postupka te naknadu troškova žalbenog postupka.

U odgovoru na žalbu naručitelj osporava navode žalitelja i ostaje kod svoje odluke. Predlaže odbiti žalbu kao neosnovanu. Odabrani ponuditelj T-Mobile d.o.o. Zagreb, obaviješten o žalbenom postupku temeljem odredbe članka 155. stavka 2. Zakona o javnoj nabavi, navodi da je žalba neutemeljena i predlaže da se odbije kao neosnovana.

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

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, objave poziva za nadmetanje u Elektroničkom oglasniku javne nabave u Narodnim novinama, dokumentacije za nadmetanje, Zapisnika o otvaranju ponuda, Zapisnika o pregledu i ocjeni ponuda, Odluke o odabiru najpovoljnije ponude, žalbe žalitelja, odgovora na žalbu, cjelovitih ponuda žalitelja i odabranog ponuditelja, dokaza o pravovremenosti izjavljenih podnesaka te ostalih dokaza.

Provjeravajući žalbeni navod žalitelja u kojem navodi da je naručitelj dokumentacijom za nadmetanje, konkretno uvjetom da ponuditelj mora u ponudi izrijekom izjaviti da će podmiriti otvoreni dug naručitelja prema dosadašnjem pružatelju telekomunikacijskih usluga u pokretnoj mreži u iznosu od 39.100,50 kuna, stavio u neravnopravan položaj ponuditelje u odnosu na dosadašnjeg pružatelja usluga, ovo tijelo utvrdilo je da je žalitelj zakasnio sa izjavljivanjem ovoga žalbenog navoda.

Naime, člankom 147. stavkom 2. točkom 2. Zakona o javnoj nabavi propisano je da se žalba u postupcima velike vrijednosti, a predmetni postupak je postupak velike vrijednosti, izjavljuje u roku deset dana od dana javnog otvaranja ponuda u odnosu na radnje, postupke, nečinjenja vezana uz dokumentaciju postupka te postupak otvaranja ponuda. Obzirom da je ovaj žalbeni navod usmjeren na propust vezan uz dokumentaciju za nadmetanje, slijedom navedenog trebao je biti izjavljen u roku deset dana od dana javnog otvaranja ponuda, a to ovdje nije slučaj.

Žalitelj navodi da je naručitelj sastavio specifikaciju usluga koje su predmet nabave na diskriminirajući način, jer je u istu stavio elemente koji dovode u neravnopravan položaj ponuditelje, na način da je velikom razlikom u minutama poziva otvorena mogućnost ponuditelju s većim brojem minuta da ponudi povoljnije cijene poziva unutar vlastite mreže onemogućavajući time ostale da konkuriraju u cijeni usluge. Budući da se i ovaj žalbeni navod odnosi na dokumentaciju za nadmetanje, morao je biti izjavljen u roku deset dana od dana javnog otvaranja ponuda. Žalbeni navod ocijenjen je zakašnjelim.

Žalitelj navodi da naručitelj kao dokaz pravne i poslovne sposobnosti nije zahtijevao Potvrdu Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije o podnošenju prethodne obavijesti kao i dozvolu za uporabu radiofrekvencijskog spektra te da je navedenim propustom počinjena bitna povreda iz članka 140. stavka 2. točke 5. Zakona o javnoj nabavi, odnosno da je učinjen propust vezan uz postupak pregleda, ocjene i odabira ponuda, ovo tijelo utvrdilo je propust naručitelja.

Naime, 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. Obzirom da se u konkretnom slučaju radi o nabavi telekomunikacijskih usluga u pokretnoj mreži, naručitelj je bio dužan od ponuditelja tražiti predmetne dokaze sposobnosti sukladno Zakonu o elektroničkim komunikacijama (Narodne novine br. 73/08).

Naime, premda je člankom 31. Zakona o elektroničkim komunikacijama dano opće ovlaštenje, uz uvjete određene istim Zakonom, naručitelj je morao kao dokaz sposobnosti ponuditelja tražiti dozvolu za uporabu radiofrekvencijskog spektra, sukladno članku 89. Zakona o elektroničkim komunikacijama jer bez istog ponuditelj nije u mogućnosti pružati navedene usluge, iako je na njih ovlašten. Nadalje, člankom 32. 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, a stavkom 5. istoga članka da će Agencija, u roku od osam dana od dana zaprimanja potpune prethodne obavijesti, izdati operatoru potvrdu kojom se dokazuje podnošenje prethodne obavijesti, u skladu s pravilnikom iz članka 34. toga Zakona. Sukladno navedenom, naručitelj je kao dokaz sposobnosti ponuditelja morao tražiti i Potvrdu Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije o primitku prethodne obavijesti.

Obzirom da predmetni dokazi nisu traženi, žalbeni navod žalitelja se ocjenjuje osnovanim, a postupanjem naručitelja protivno članku 49. stavku 1. točki 2. Zakona o javnoj nabavi počinjena je bitna povreda Zakona o javnoj nabavi opisana u članku 140. stavku 2. točki 2. citiranog Zakona koja se odnosi na neusklađenost dokumentacije za nadmetanje sa zakonom koja je dovela ili mogla dovesti do diskriminacije ponuditelja ili ograničenja tržišnog natjecanja.

Ovlasti Državne komisije propisane su člankom 141. Zakona o javnoj nabavi. Postupajući u granicama zahtjeva iz žalbe, a po službenoj dužnosti u odnosu na bitne povrede zakona opisane u članku 140. Zakona o javnoj nabavi, ovo tijelo nedvojbeno je utvrdilo slijedeće nepravilnosti.

U Odluci o početku postupka, točki 3. naručitelj je kao procijenjenu vrijednost nabave naveo iznos od 700.000,00 kuna. U Zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda naručitelj je kao visinu planiranih sredstava nabave naveo iznos od 700.000,00 kuna, a isto je naveo i u Odluci o odabiru najpovoljnije ponude.

Članak 9. stavak 1. i 2. Zakona o javnoj nabavi propisuju da se izračun procijenjene vrijednosti nabave temelji na ukupnom iznosu, bez poreza na dodanu vrijednost (PDV-a). Pri takvu izračunu procijenjene vrijednosti naručitelj mora uzeti u obzir ukupnu vrijednost nabave, koja uključuje sve opcije i moguća produženja ugovora. Procijenjena vrijednost nabave mora biti valjano određena u trenutku u kojem naručitelj šalje objavu o javnoj nabavi, a u slučajevima kada se takva objava ne traži, u trenutku u kojem naručitelj započinje postupak javne nabave. Prema odredbi članka 13. stavak 2. Zakona o javnoj nabavi javni naručitelj smije započeti postupak javne nabave onda kada su planirana sredstva za nabavu, a stavak 4. istog članka propisuje da postupak javne nabave započinje donošenjem odluke o početku postupka javne nabave. Članak 13. stavak 5. alineja 3. Zakona o javnoj nabavi propisuje kao obvezan sadržaj odluke o početku postupka javne nabave procijenjenu vrijednost nabave. Članak 11. Uredbe o objavama i evidenciji javne nabave (Narodne novine br. 13/08, 77/08 i 4/09) propisuje da planirana sredstva za nabavu obuhvaćaju osigurana sredstva naručitelja za izvršenje financijske obveze iz ugovora o javnoj nabavi.

Iz iznesenog slijedi da je nejasno kolika je uistinu procijenjena vrijednost predmetne nabave, a kolika su planirana sredstva za predmetnu nabavu, što su dvije različite kategorije prema pozitivnim propisima iz područja javne nabave. Obzirom da naručitelj nije valjano odredio procijenjenu vrijednost nabave koji podatak je obvezan sadržaj odluke o početku postupka i da nije valjano odredio planirana sredstva za nabavu bez čijeg osiguranja postupak javne nabave ne smije niti započeti, naručitelj je počinio bitnu povredu Zakona iz članka 140. stavka 1. Zakona o javnoj nabavi, jer je nepravilno primijenio odredbu članka 9. stavka 2. i članka 13. stavka 2. istoga Zakona, a to je bilo od utjecaja na donošenje zakonite odluke jer se u postupku pregleda i ocjene ponuda nije mogla valjano utvrditi prikladnost ponuda. Stoga je valjalo poništiti Odluku o odabiru i predmetni postupak javne nabave.

Postupajući po službenoj dužnosti, ovo tijelo izvršilo je uvid u cjelokupnu dostavljenu dokumentaciju i utvrdilo da je naručitelj u točki 12.3. dokumentacije za nadmetanje, točki 3.4. prijedloga ugovora i obrascu ponude naveo uvjet kojim od ponuditelja, ukoliko bude odabran, traži podmirivanje otvorenog duga naručitelja prema dosadašnjem pružatelju usluga. Ovakav uvjet naručitelja nije dopušten budući da diskriminira svakog ponuditelja u odnosu na ponuditelja-dosadašnjeg pružatelja usluga jer ih ne stavlja u isti položaj. Naime, člankom 6. stavkom 1. Zakona o javnoj nabavi propisao je da su naručitelji prilikom provođenja postupka javne nabave u odnosu na sve ponuditelje obvezni poštovati, između ostalih, načelo zabrane diskriminacije i načelo jednakog tretmana.

Pregledom dokumentacije za nadmetanje, ovo tijelo utvrdilo je da je naručitelj kao dokaz financijske sposobnosti zahtijevao (između ostalog) račun dobiti i gubitka za posljednje tri financijske godine iz kojeg je vidljivo da je prihod svake godine minimalno dvostruko veći od vrijednosti ponude. Navedeni dokaz naručitelj nije doveo u vezu s predmetnom nabave.

Naime, prema odredbi članka 48. stavka 3. Zakona o javnoj nabavi 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. 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. stavku 1. Zakona o javnoj nabavi, obzirom da se time onemogućava sudjelovanje u nadmetanju ponuditeljima koji takav uvjet ne zadovoljavaju. Dakle, naručiteljev propust ogleda se u činjenici da gore navedena traženja nije doveo u vezu s predmetom nabave, nije obrazložio i dokazao, odnosno barem učinio vjerojatnima, uvjete i vrijednosti pokazatelja *prihod svake godine minimalno dvostruko veći od vrijednosti ponude*. Utvrđenom nepravilnošću naručitelj je počinio bitnu povredu Zakona iz članka 140. stavka 2. točke 2. Zakona o javnoj nabavi.

Daljnijim pregledom dokumentacije utvrđeno je da naručitelj nije jasno i razumljivo pripremio dokumentaciju u dijelu u kojem se odnosi na jamstvo za ozbiljnost ponude. Naime točkom 15.1. dokumentacije za nadmetanje naručitelj je od ponuditelje zahtijevao jamstvo za ozbiljnost ponude u iznosu od 21.000,00 kuna izdanu od prvoklasne banke prihvatljive naručitelju. Prema odredbi članka 4. stavka 1. Uredbe o načinu izrade i postupanju s dokumentacijom za nadmetanje i ponudama (Narodne novine br. 13/08 i 4/09; u daljnjem tekstu: Uredba) dokumentacija za nadmetanje mora biti jasna i razumljiva jer služi kao podloga za pripremu ponuda. U otvorenom postupku javne nabave, kakav je i predmetni postupak, moraju se definirati svi uvjeti relevantni za izradu ponude i potrebno je da svi potencijalni ponuditelji saznaju sve elemente potrebne za izradu ponude. Protivno je načelima javne nabave proklamiranim u članku 6. stavku 1. Zakona o javnoj nabavi, zahtijevati od ponuditelja dostavu jamstva izdanog od strane banke za koju će naručitelj naknadno prema svojoj diskrecijskoj subjektivnoj ocjeni utvrditi da li je ista prvoklasna ili ne i da li mu je prihvatljiva ili ne. Ovakvim postupkom naručitelja unosi se nedozvoljena nesigurnost među ponuditelje, jer naručitelj nije odredio koja je „prvoklasna prihvatljiva banka“. Opisani nedostatak dokumentacije za nadmetanje predstavlja bitnu povredu Zakona iz članka 140. stavka 2. točke 2. Zakona o javnoj nabavi.

Daljnijim pregledom pristigle dokumentacije, ovo tijelo je utvrdilo da Zapisnik o otvaranju ponuda nije sastavljen sukladno članku 16. stavku 1. Uredbe jer isti ne sadrži podatak o ukupnoj cijeni ponuda kako je to propisano točkom 9. citiranog stavka, i koji se sukladno članku 15. stavku 4. Uredbe obvezno čita na otvaranju ponuda, već samo cijenu ponuda.

Pregledom ponude odabranog ponuditelja utvrđeno je da se na stranici broj 19/48 nalazi izjava o nekažnjavanju koja nije datirana zbog čega nije moguće utvrditi starost dokaza. Točkom 16.7.2. dokumentacije za nadmetanje propisano je da dokaz o nekažnjavanju ne smije biti stariji od 30 dana do dana slanja objave, što je u skladu s člankom 50. stavkom 3. Zakona o javnoj nabavi.

Budući da odbrani ponuditelj nije dokazao svoju nekažnjavanost, naručitelj je njegovu ponudu temeljem članka 46. stavka 1. točke 1. Zakona o javnoj nabavi tijekom postupka pregleda i ocjene ponuda bio obvezan isključiti iz sudjelovanja u postupku, a naručitelj je to propustio učiniti. Obzirom da je navedena ponuda bila odabrana kao najpovoljnija, počinjena je i bitna povreda Zakona iz članka 140. stavka 2. točke 8. Zakona o javnoj nabavi.

Daljnijim pregledom dostavljene dokumentacije, točnije uvidom u Komparativnu analizu ponuda koja prileži Zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda te ponude odabranog ponuditelja i ponude žalitelja utvrđeno je da je naručitelj u postupku pregleda i ocjene ponuda utvrdio računsku pogrešku u obje ponude. Međutim, u ponudi odabranog ponuditelja i ponudi žalitelja nije vidljiv ispravak računске pogreške, niti je ovom tijelu dostavljena dokumentacija iz koje bi bilo razvidno da je naručitelj postupio sukladno članku 80. stavku 2. Zakona o javnoj nabavi kojim je propisano obvezno postupanje naručitelja u slučaju otkrivanja računске pogreške.

Budući da gore utvrđene nepravilnosti uzrokuju nezakonitost Odluke o odabiru kao i cjelokupnog postupka javne nabave, koje nikakvim naknadnim postupkom naručitelja ne mogu biti ispravljene, ovo tijelo, temeljem članka 151. stavka 1. točke 4. Zakona o javnoj nabavi, donosi odluku kao u točki 1. i točki 2. izreke ovog Rješenja.

Žalitelj u žalbi traži naknadu troškova žalbenog postupka u iznosu od 5.070,00 kuna, koji se odnosi na naknadu za vođenje žalbenog postupka pred ovim tijelom u iznosu od 5.000,00 kuna i upravnu pristojbu u iznosu od 70,00 kuna. Zahtjev je određen i specificiran te dostavljen prije donošenja ovog Rješenja sukladno članku 158. stavku 3. Zakona o javnoj nabavi. Obzirom da je žalbeno traženje žalitelja poništenje odluke o odabiru najpovoljnije ponude i nalog naručitelju da započne novi postupak javne nabave, žalba je djelomično osnovana, pa je sukladno članku 158. stavku 6. Zakona o javnoj nabavi, odlučeno da svaka strana snosi svoje troškove, i stoga je riješeno kao u točki 3. izreke 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. Plinacro d.o.o., Savska cesta 88 A, Zagreb
2. VIPnet d.o.o., Vrtni put 1, Zagreb
3. T-Mobile d.o.o., Ulica Grada Vukovara 23, Zagreb
4. Državni ured za reviziju, Tkalčićeva 19, Zagreb
5. Ministarstvo gospodarstva, rada i poduzetništva,
Uprava za sustav javne nabave, Vukovarska 78, Zagreb
6. Pismohrana, ovdje