



REPUBLIKA HRVATSKA
VISOKI UPRAVNI SUD REPUBLIKE HRVATSKE
Z A G R E B
Frankopanska 16

REPUBLIKA HRVATSKA
354 - DRŽAVNA KOMISIJA ZA KONTROLU
POSTUPAKA JAVNE NABAVE

PRIMLJENO: 09 -09- 2021		EOJN POSTOM NEPOSREDNO E-MAIL
USTROJ. JED.	VRIJEDNOST	PRILOZI
KLASA: UP/II-034-02/21-01/395		
URBROJ: 383-01/21-15		

Poslovni broj: Usll-253/21-7

U I M E R E P U B L I K E H R V A T S K E

P R E S U D A

Visoki upravni sud Republike Hrvatske u vijeću sastavljenom od sudaca toga suda, Marine Kosović Marković, predsjednice vijeća, mr. sc. Inge Vezmar Barlek i Senke Orlić-Zaninović, članica vijeća, te sudske savjetnice Dijane Filipčić, u upravnom sporu tužitelja A1 Hrvatska d.o.o., Zagreb, Vrtni put 1, zastupan po opunomoćeniku Uprave društva Ivani Asić, protiv rješenja tuženika Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Zagreb, Koturaška cesta 43/IV, klasa: UP/II-034-02/21-01/395, urbroj: 354-01/21-12 od 18. lipnja 2021., uz sudjelovanje zainteresiranih osoba OT- Optima Telekom d.d., Zagreb, Buzin, Bani 75/a i Grada Zagreba, Zagreb, Trg Stjepana Radića 1, radi javne nabave, na sjednici vijeća održanoj 3. rujna 2021.

presudio je

Odbija se tužbeni zahtjev za poništavanje rješenja Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, klasa: UP/II-034-02/21-01/395, urbroj: 354-01/21-12 od 18. lipnja 2021.

Obrazloženje

1. Osporenim rješenjem poništena je odluka o odabiru, klasa: 400-01/20-006/108, urbroj: 251-26-04/001-21-58 od 12. travnja 2021., u otvorenom postupku javne nabave s namjerom sklapanja okvirnog sporazuma s jednim gospodarskim subjektom na 24 mjeseca, broj objave: 2020/S 0F2-0024824, ispravci objave broj: 2020/S 0F 14-0036739 i 2020/S F14-0039076, predmet nabave: elektroničke telekomunikacijske usluge u nepokretnoj mreži, naručitelja: Grad Zagreb, Zagreb (točka 1. izreke). Točkom 2. izreke osporenog rješenja naloženo je naručitelju Gradu Zagrebu da u roku od osam dana od dana javne objave rješenja na internetskim stranicama tuženika nadoknadi žalitelju OT-Optima Telekom d.d. troškove žalbenog postupka u iznosu od 70.000,00 kn.
2. Protiv naprijed navedenog rješenja tuženika tužbu je podnio tužitelj A1 Hrvatska d.o.o. u kojoj navodi da je Prilogom II- opis i tehnička specifikacija – dokumentacije o nabavi naručitelj propisao tehničke specifikacije pa je točkom 10. propisano tehničke specifikacije IP uređaja koji se priključuju na VOIP linije. U odnosu na IP uređaj – TIP 6 konkretno zaslon istog tipa uređaja, Prilogom II. propisana je zadana samo jedna jedina značajna veličina od najmanje 3,6 inča, odnosno 9.1 cm. Nakon donošenja prve odluke o odabiru od 17. prosinca 2020. (prethodna odluka o odabiru) odabrana je kao ekonomski najpovoljnija ponuda društva A1 Hrvatska d.o.o. OT-Optima Telekom pokrenuo je žalbeni postupak te isticao da zaslon uređaja Panasonic KX-

HDV 230, ponuđen od strane odabranog ponuditelja u kategoriji Tip 6 uređaja ne udovoljava minimalnim tehničkim karakteristikama. U tom postupku odabrani ponuditelj je osporavao sporni navod priloživši dokaze iz kojih proizlazi da je sporni uređaj opremljen s dva zaslona, jedan veličine s 2,3 inča te drugi veličine 5 inča te ističući kako je dokumentacijom o nabavi, konkretno, Prilogom II. određena minimalna tehnička karakteristika uređaja. Taj žalbeni postupak je okončan rješenjem tuženika od 18. veljače 2021., (prethodno rješenje) kojim je usvojena žalba žalitelja te u nastavku citira dijelove obrazloženja tog rješenja. Prethodnim rješenjem tuženik nije utvrdio da je ponuda odabranog ponuditelja neprikladna već da naručitelj nije dokazao na temelju kojih činjenica i okolnosti je ocijenio da uređaj koji odabrani ponuditelj nudi udovoljava propisanoj tehničkoj specifikaciji. Postupajući po traženju naručitelja odabrani ponuditelj dopisom je od 24. ožujka 2021., dostavio ovjereni prijevod s engleskog jezika priručnika i specifikacije za ponuđeni uređaj, a iz kojih dokaza nepobitno proizlazi da je sporni uređaj opremljen s dva zaslona od kojih jedan značajno premašuje veličinu zaslona zadanu Prilogom II. i kao takav udovoljava minimalnim tehničkim osobinama koje ponuđeni uređaj mora zadovoljiti. Polazeći od činjenice da je upravo u odnosu na IP uređaj TIP 6 naručitelj dokumentacijom o nabavi, odnosno prilogom II tražio najveći broj funkcijskih tipki (čak 8) za pretpostaviti je da je upravo mogućnost prilagođavanja uređaja potrebama korisnika u funkciji zadovoljena potreba naručitelja i svrhe radi kojih se isti nabavlja. Na odluku o odabiru ponovno se žalio OT-Optima Telekom navodeći da odabrani ponuditelj nije u ponovnom postupku dokazao da ponuđeni uređaj udovoljava propisanoj tehničkoj specifikaciji. U očitovanju na žalbu odabrani ponuditelj je ukazao na pogrešno tumačenje ranije odluke tuženika kojom nije utvrđeno da ponuđeni uređaj ne zadovoljava propisanu tehničku specifikaciju. Žalbu je tuženik usvojio ovdje osporenim rješenjem dijelove kojeg obrazloženja citira. Prije svega tužitelj ističe da je žalbu žalitelja OT-Optima Telekom d.d., trebalo odbaciti budući da isti nema pravni interes u ovom žalbenom postupku jer nije uspio osporiti neprikladnosti svoje ponude i razloge odbijanja iste u ponovnom postupku pregleda i ocjene ponude. Naime, nakon što je utvrđeno i u žalbenom postupku potvrđeno da je njegova ponuda neprikladna i kao takva osnovano odbijena žalitelj je izgubio pravni interes za osporavanje ponude odabranog ponuditelja te je takvu žalbu trebalo odbaciti. Navodi da je konstatacija tuženika da je odabrani ponuditelj ponudio isti uređaj istih karakteristika u ponovnom postupku u krajnjem slučaju neobična jer sukladno članku 280. stavku 8. Zakona o javnoj nabavi nakon isteka roka za dostavu ponuda se ne smije mijenjati. Navod tuženika da je prethodnim rješenjem utvrđeno da glavni zaslon za IP telefon TIP 6 koji nudi odabrani ponuditelj ne udovoljava zahtjevu za veličinom zaslona koja je propisana tehničkom specifikacijom nije točan. Tuženik je predmetnim rješenjem utvrdio da naručitelj nije dokazao temeljem čega je ocijenio da ponuđeni uređaj udovoljava propisanoj tehničkoj specifikaciji. Da navedeno ne znači ujedno i da ponuda ne udovoljava traženim tehničkim specifikacijama proizlazi iz tuženikoveg tumačenja vlastitih stavova konkretno iz drugog rješenja tuženika od 25. rujna 2019. Naime, prethodnim rješenjem tuženika, u izvršenju kojeg je donesena odluka naručitelja, nije utvrđeno da IP Telefon TIP 6 koji nudi odabrani ponuditelj ne udovoljava zahtjevu za veličinom zaslona koja je propisana tehničkim specifikacijama. Tuženik pogrešno navodi da glavni zaslon uređaja ne udovoljava zahtjevu za veličinom zaslona propisanom tehničkom specifikacijom jer Prilogom II nije propisana da glavni zaslon mora udovoljavati minimalnoj veličini već je određeno da uređaj mora imati zaslon kako god se isti zvao – glavni, sporedni ili bilo kako drukčije veličine 3,6 inča

odnosno 9,1 cm. Niti jedna druga značajka u odnosu na zaslon predmetnog uređaja nije propisana. Uređaj kojeg je ponudio odabrani ponuditelj ima dva zaslona, jedan veličine 2,3, drugi veličine 5 inča. Ponuda odabranog ponuditelja izrađena je upravo u skladu s dokumentacijom o nabavi, a i sam tuženik u svom rješenju od 22. svibnja 2020., navodi da je naručitelj taj koji određuje predmet nabave sukladno svojim potrebama te sastavlja tehničku specifikaciju predmeta nabave opisujući tražene karakteristike robe. Da su tehničkom specifikacijom, uz veličinu zaslona, bile propisane i ostale funkcionalnosti koje zaslon predmetnog uređaja mora zadovoljiti odabrani ponuditelj bi ponudio uređaj opremljen zaslonom i s dodatnim funkcionalnostima. Tuženik u rješenju navodi da je jedina nova okolnost iz ponovljenog pregleda i ocjene ponuda da ovlaštenu distributer uređaja tvrdi da je uvjet vezan uz veličinu zaslona ispunjen pa se postavlja pitanje zašto u provedenom žalbenom postupku tuženik nije cijenio dostavljeni dokaz. Kako je u ponovljenom postupku naručitelj nedvojbeno utvrdio da ponuda žalitelja ima neotklonjiv nedostatak, to naručitelj nije niti bio obavezan zatražiti pojašnjenje ponuda od odabranog ponuditelja primjenom instituta pojašnjenja u odnosu na ponudu žalitelja. Predlaže da se poništi rješenje tuženika i odbije žalba žalitelja OT-Optima Telekom d.d. odnosno ista odbaci.

3. Tuženik u odgovoru na tužbu navodi da je tužitelj u žalbenom postupku osporavao prvozainteresiranoj osobi pravo na žalbu o kojem prigovoru je odlučeno u osporenom rješenju. Naime, ponuda prvozainteresirane osobe odbijena je kao nevaljana, a žalbom i žalbenim navodima iznesenim u smislu odredbe članka 420. stavka 1. točke 7. i članka 404. stavka 1. Zakona o javnoj nabavi ("Narodne novine", broj: 120/16., dalje: ZJN) prvozainteresirana osoba je osim što je osporila zakonitost pregleda i ocjene odabrane tužiteljeve ponude ujedno osporila zakonitost odbijanja svoje ponude zbog čega je ostvarila pretpostavke prava na žalbu iz članka 401. ZJN. U konkretnom slučaju utvrđeno je da je naručitelj u postupku pregleda i ocjene ponuda povrijedio načelo jednakog tretmana ponuditelja. U ponovnom postupku naručitelj je utvrdio nedostatak u ponudi ovdje prvozainteresirane osobe i to nedostatak koji se tiče tehničke karakteristike ponuđenog predmeta nabave. U ponovljenom postupku naručitelj je raspolagao obvezujućim tuženikovim rješenjem, klasa: UP/II-034-02/20-01/1052 kojim je utvrđen nedostatak u ponudi tužitelja i to također nedostatak koji se odnosi na tehničku karakteristiku predmeta nabave. U odnosu na ponudu prvozainteresirane osobe naručitelj nije primijenio institut iz članka 293. stavka 1. ZJN s obrazloženjem da bi to dovelo do pregovaranja u vezi s predmetom nabave, dok je istovremeno u odnosu na tužiteljevu ponudu primijenio institut iz članka 293. stavka 1. ZJN. Dakle, u istovjetnoj situaciji je različito tretirao dva ponuditelja čime je povrijedio načelo jednakog tretmana zajamčeno člankom 4. stavkom 1. ZJN. Povreda načela jednakog tretmana ogleda se u činjenici što je naručitelj taj institut primijenio u odnosu na tužiteljevu ponudu dok to nije učinio u odnosu na ponudu prvozainteresirane osobe a radi se o istovjetnoj situaciji u kojoj sam naručitelj kod pregleda i ocjene ponude prvozainteresirane osobe navodi da primjena tog instituta nije dozvoljena. U odnosu na pitanje zakonitosti i pregleda ocjene tužiteljeve ponude a postupajući u granicama žalbenog navoda utvrđeno je da se radi o činjeničnom i pravnom stanju o kojem je već odlučeno prethodnim rješenjem zbog čega tuženik o njemu nije bio ovlašten ponovno meritorno odlučiti. Slijedom navedenog, tuženikova ocjena druga dva od tri žalbena navoda nisu od utjecaja na rješenje ove stvari jer je utvrđena nezakonitost pregleda i ocjene ponuda koja se ogleda u povredi načela jednakog tretmana a koja za posljedicu ima poništenje odluke o odabiru kako je to i

odlučeno točkom 1. izreke rješenja. Nadalje neosnovano se tužitelj poziva na rješenje tuženika, klasa: UP/II-034-02/19-01/628 od 25. rujna 2019. U tom predmetu je utvrđeno da postoji kontradiktornost između sadržaja ponude te dokaza dostavljenih u svrhu dokazivanja uvjeta a koju kontradiktornost naručitelj u tom postupku nije razjasnio već je donio odluku na temelju kontradiktornih dokaza. Stoga je u tom predmetu utvrđeno da konstatacije iz prethodnog rješenja koja glasi: "...da naručitelj nije dokazao postojanje činjenica i okolnosti na temelju kojih je utvrdio ...", ne znači ujedno da odabrana ponuda nije sukladna uvjetima i zahtjevima iz dokumentacije o nabavi. U ovom spornom slučaju nije postojala niti postoji bilo kakva kontradiktornost dokaza u pogledu veličine ekrana ponuđenog uređaja. Takva kontradiktornost nije postojala ni u prethodnom žalbenom postupku u kojem je doneseno prethodno rješenje. Iz ukupnosti dokaza u konkretnom slučaju nedvojbeno proizlazi da ponuđeni uređaj ima dva ekrana od kojih onaj glavni nema veličinu propisanu dokumentacijom o nabavi a naručitelj je unatoč tome ponudu odabrao kao sukladnu dokumentaciji o nabavi. Zbog toga je tuženik u svom prethodnom rješenju koristio izričaj "da naručitelj nije dokazao na temelju kojih činjenica i okolnosti je ocijenio da uređaj koji odabrani ponuditelj nudi udovoljava...". Naime, naručitelj nije bio dostavio bilo koji dokaz koji bi opovrgnuo činjenice koje proizlaze iz dokaza izvedenih u prethodnom žalbenom postupku a iz kojih jasno i nedvojbeno proizlazi da ponuđeni uređaj nije sukladan dokumentaciji o nabavi. Dakle, u tom smislu naručitelj nije dokazao činjenice i okolnosti na temelju kojih je tužiteljevu ponudu ocijenio valjanom s obzirom na to da iz raspoloživih dokaza proizlazi suprotno. I iz prethodnog tuženikovog rješenja kao i ovdje osporenog proizlazi da sam ovlaštenu distributer tužiteljeva uređaja kada navodi veličinu zaslona, kao relevantnu navodi i određuje veličinu "glavnog" zaslona koji nesporno ne udovoljava propisanoj veličini od minimalno 3,6 inča tj. 9,1 cm. Ističe da tuženik u žalbenom postupku nema ovlasti vršiti pregled i ocjenu ponuda što znači ni ocjenu udovoljava li ponuđeni predmet tehničkim specifikacijama u predmetnom postupku javne nabave te je tuženik u žalbenom postupku bio ovlašten ocijeniti zakonitost naručiteljevog postupanja u ocjeni tužiteljeve ponude što znači ocijeniti je li naručitelj ispravno (zakonito) primijenio vlastitu dokumentaciju kod pregleda i ocjene tužiteljeve ponude što je učinjeno kako prethodnim tako i spornim rješenjem. Predlaže odbiti tužbeni zahtjev, odnosno u slučaju usvajanja tužbenog zahtjeva, da Sud sam riješi ovu stvar.

4. Zainteresirane osobe u ovom upravnom sporu nisu dostavile odgovor na tužbu.

5. Sukladno odredbi članka 6. Zakona o upravnim sporovima ("Narodne novine", broj: 20/10., 143/12., 152/14., 94/16. i 29/17., dalje: ZUS), tužitelju je dostavljen odgovor na tužbu tuženika. Tužitelj u očitovanju na navode odgovora na tužbu tuženika navodi da načelo jednakog tretmana nije povrijeđeno iz razloga na koje je tužitelj u tužbi ukazao. Prema navodima iz obrazloženja osporenog rješenja načelo jednakog tretmana je povrijeđeno jer naručitelj nije zatražio pojašnjenje prvozainteresirane osobe dok iz navoda iznesenih u odgovoru na tužbu proizlazi da to nije slučaj odnosno da je isto načelo povrijeđeno jer je naručitelj zatražio pojašnjenje od tužitelja. Ukazuje se da je pojašnjenje zatraženo od odabranog ponuditelja ovdje tužitelja temeljem ranijeg rješenja tuženika odnosno pravnih shvaćanja i primjedbi tuženika iznesenih u tom postupku. Primjeni instituta pojašnjenja nije bilo mjesta u odnosu na ponudu prvozainteresirane osobe uslijed postojanja neotklonivih nedostataka ponude te osobe. Tužitelj ističe da je upravo naručitelj pregledavao i ocijenio ponude sukladno izričitim uvjetima i zahtjevima dokumentacije o nabavi dok je tuženik tijekom žalbenih

postupaka proizvoljno tumačio odredbe iste dokumentacije. Konačno, navodi da tužitelj tužbom nije osporio pravni interes prvozainteresirane osobe u odnosu na osporavanje razloga odbijanja vlastite ponude već je tvrdio da je tuženik trebao odbaciti žalbene navode nakon što je utvrđeno da ponuda prvozainteresirane osobe nije prikladna.

6. Tužbeni zahtjev nije osnovan.

7. Prvenstveno Sud otklanja prigovor tužitelja da je žalbu ovdje zainteresirane osobe OT-Optima Telekom d.d., trebalo odbaciti. Naime, ovdje je naručitelj proveo ponovni postupak pregleda i ocjene ponuda nakon što je tuženik rješenjem klasa: UP/II-034-02/20-01/1052, urbroj: 354-01/21-10 od 18. veljače 2021., usvojio žalbu žalitelja OT-Optima Telekom d.d. te poništio odluku o odabiru naručitelja, klasa: 400-01/20-006/108, urbroj: 251-26-31/010-20-38 od 17. prosinca 2020., te predmet vratio na ponovni postupak u kojem je naručitelj obvezan postupiti sukladno izreci odluke tuženika pri čemu je vezan pravnim shvaćanjima i primjedbama iste. U toj situaciji, kada je tuženik već u prethodnom postupku priznao pravni interes ovdje prvozainteresiranoj osobi i upravo po njenoj žalbi poništio odluku o odabiru, zbog čega se ponovni postupak provodi upravo zbog usvojene žalbe, to tužitelj sada ne može s uspjehom osporavati zainteresiranoj osobi, OT-Optima Telekom d.d., pravni interes za izjavljivanje žalbe.

8. Iz spisa predmeta proizlazi da je u ponovnom postupku, koji je proveden nakon što je rješenjem tuženika od 18. veljače 2021. poništena odluka o odabiru, klasa: 400-01/20-006/108, urbroj: 251-26-31/010-20-38 od 17. prosinca 2020. naručitelj proveo ponovni postupak pregleda i ocjene ponuda nakon kojeg je donio odluku o odabiru, klasa: 400-01/20-006/108, urbroj: 251-26-04/001-21-58 od 12. travnja 2021. kojom je ponovno odabrao ponudu tužitelja.

9. Protiv naprijed navedene odluke žalbu je izjavila ovdje zainteresirana osoba OT-Optima Telekom d.d. čiju žalbu je tuženik osporenim rješenjem ocijenio osnovanom, te poništio odluku o odabiru od 12. travnja 2021. Za takvu odluku dao je valjane razloge i iscrpno argumentirano obrazloženje koje je temeljeno na podacima spisa predmeta i pravilnoj primjeni mjerodavnog materijalnog prava.

10. Naime, u prethodnom postupku tuženik je ocijenio da naručitelj nije dokazao na temelju kojih činjenica i okolnosti je ocijenio da uređaj koji odabrani ponuditelj nudi udovoljava propisanoj tehničkoj specifikaciji, jer je životno i logično da je naručitelj, propisujući minimalnu veličinu zaslona, opisao glavni zaslon koji prikazuje podatke vezane za glavnu funkciju telefona a to je prikaz broja i/ili ime pozivatelja, zatim prikaz broja i/ili ime onoga kojemu se poziv upućuje, propuštene pozive, trajanje poziva, datum, vrijeme i slično, dok samooznačavajući daje prikaz podataka ovisno o fleksibilnim funkcijskim tipkama, odnosno funkcijama koje su tipkama zadane. Uostalom i ovlašteni distributeri za proizvode Panasonic, kada navode veličinu zaslona kod Panasonic KX-HDV 230 uređaja, navode da je veličina zaslona 2,3 inča dakle relevantnom smatraju veličinu "glavnog" zaslona.

11. U ponovnom postupku naručitelj je od odabranog ponuditelja sukladno odredbi članka 293. stavka 1. ZJN zatražio pojašnjenje ponude te je tužitelj, odabrani ponuditelj, postupajući po zahtjevu naručitelja dostavio pojašnjenje, tehničku dokumentaciju i izjavu ovlaštenog distributera kojom potvrđuje da udovoljava svim zahtjevima tehničke specifikacije. U odnosu na prvozainteresiranu osobu naručitelj nije primijenio institut iz članka 293. stavka 1. ZJN uz obrazloženje da bi to dovelo do

pregovaranja u vezi s predmetom nabave, iako je u ranijem postupku ponudu prvozainteresirane osobe ocijenio valjanom i drugorangiranom.

12. Pravilno navodi tuženik, u obrazloženju osporenog rješenja, da naručitelj u ponovnom postupku nije vezan svojom ocjenom valjanosti ponude iz prvog postupka pregleda i ocjene ponuda, međutim naručitelj nije ponude prvozainteresirane osobe i tužitelja tretirao na jednak način iako se radi o usporedivim situacijama čime je došlo do povrede načela jednakog tretmana zajamčenog odredbom članka 4. stavka 1. ZJN jer utvrđena nezakonitost pregleda i ocjene ponude koja se ogleda u povredi načela jednakog tretmana samu odluku o odabiru čini nezakonitom.

13. Pri tome tuženik osporenim rješenjem nije utvrdio da je naručitelj bio dužan primijeniti odredbu članka 293. stavka 1. ZJN te je u odnosu na ponudu prvozainteresirane osobe ocijenio da je naručitelj zakonito odbio ponudu prvozainteresirane osobe budući ista sadrži neotklonjiv nedostatak jer ne udovoljava zahtjevu iz dokumentacije o nabavi.

14. Nadalje, naručitelj nije, u ponovnom postupku, dokazao na temelju kojih činjenica i okolnosti je tužiteljevu ponudu ocijenio valjanom budući da iz priloženih dokaza proizlazi da ponuđeni uređaj ima 2,3 inča glavni LCD i 5 inchi samo – označavajući LCD. Naime, iz opisa i tehničke specifikacije predmeta nabave proizlazi da je naručitelj propisao da IP uređaj – TIP 6 mora imati zaslon koji je minimalne veličine 3,6 inča/9.1 cm. Kako ponuđeni uređaj s obzirom na veličinu glavnog zaslona odnosno s obzirom na prikaz osnovnih funkcija telefona nema veličinu propisanu DON-om to je tuženik provodeći kontrolu zakonitosti provedenog postupka, odnosno u konkretnom slučaju zakonitosti pregleda i ocjene ponuda od strane naručitelja, pravilno ocijenio da naručitelj nije postupio sukladno odredbi članka 290. stavka 1. ZJN prema kojoj nakon otvaranja ponuda javni naručitelj pregledava i ocjenjuje ponude na temelju uvjeta i zahtjeva iz dokumentacije o nabavi te o tome sastavlja zapisnik.

15. Pozivanje tužitelja na neke druge odluke tuženika nije osnovano, jer se tu ne radi o izraženom pravnom shvaćanju već o ocjeni relevantnih činjenica u svakom pojedinom predmetu.

16. Slijedom navedenog valjalo je pozivom na odredbu članka 57. stavka 1. ZUS-a odlučiti kao u izreci.

U Zagrebu 3. rujna 2021.

Predsjednica vijeća
Marina Kosović Marković, v.r.

Za točnost otpravka – ovlaštenu službenik



Tanja Nemčić