



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: 28 -12- 2021	EDIN POSTOM NEPOSREDNO	
LISTRI JED.	VRIJEDNOST	PRILOZI
KLASA: UP/II-034-02/21-01/627		
URBROJ: 383-01/21-14		

Poslovni broj: UsII-339/21-7

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 Blanše Turić, predsjednice vijeća, Borisa Markovića i mr.sc. Mirjane Juričić, članova vijeća, te više sudske savjetnice Biserke Špoljar - specijalistica, u upravnom sporu tužitelja Zajednice ponuditelja Enconet Consulting Ges. m.b.H., Koling 12-7, Beč, Austrija, zastupan po direktoru Bojanu Tomiću i Institut IGH d.d., Janka Rakuše 1, Zagreb, zastupan po predsjedniku uprave Robertu Petrosianu, protiv tuženika Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Zagreb, Koturaška 43/IV, uz sudjelovanje zainteresiranih osoba Fond za financiranje razgradnje i zbrinjavanja radioaktivnog otpada i istrošenog nuklearnog goriva Nuklearne elektrane Krško, Zagreb, Heinzelova 70a i Zajednice ponuditelja Ekoneg d.o.o., Zagreb, Koranska 5, Jadrova a vyradovacia spoločnosť a.s., Bratislava, Republika Slovačka, Tomašikova 12 i Enconet d.o.o., Zagreb, Miramarska 20, zastupana po opunomoćeniku Ivanu Topiću, odvjetniku u Odvjetničkom društvu Eterović, Šarac i Topić j.t.d., Palmotićeve 68, Zagreb, radi javne nabave, na sjednici vijeća održanoj dana 15. prosinca 2021.

presudio je

I Odbija se tužbeni zahtjev za poništenje rješenja tuženika Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Klasa: UP/II-034-02/21-01/627, Urbroj: 354-01/21-10 od 20. rujna 2021.

II Odbija se zahtjev tužitelja za naknadu troškova upravnog spora.

III Odbija se zahtjev zainteresirane osobe Zajednice ponuditelja Ekoneg d.o.o., Zagreb, Koranska 5, Jadrova a vyradovacia spoločnosť a.s., Bratislava, Republika Slovačka, Tomašikova 12 i Enconet d.o.o., Zagreb, za naknadu troškova odgovora na tužbu.

Obrazloženje

1. Rješenjem tuženika točkom 1. izreke poništena je Odluka o odabiru, Urbroj: 1-2/21-2-2/63 od 23. lipnja 2021. za grupu 3 predmeta nabave u otvorenom postupku javne nabave broj objave: 2020/S 0F2-0015441, predmet nabave: izrada dokumentacije i provedba aktivnosti za ishođenje dozvola za izgradnju Centra za zbrinjavanje radioaktivnog otpada (po grupama), naručitelja Fond za financiranje izgradnje i zbrinjavanja radioaktivnog otpada i istrošenog nuklearnog goriva Nuklearne elektrane Krško, Zagreb. Točkom 2. izreke nalaže se naručitelju da u roku od 8 dana od dana javne objave rješenja na internetskim stranicama Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave naknadi Zajednici ponuditelja Ekoneg

d.o.o., Zagreb, Jadrova a vyradovacia spoločnosť a.s., Bratislava, Republika Slovačka, i Enconet d.o.o., Zagreb, troškove žalbenog postupka u iznosu od 9.781,25 kn, dok se preostali dio zahtjeva u iznosu od 120.576,25 kn odbija kao neosnovan.

2. Tužitelj je protiv osporenog rješenja podnio tužbu te u bitnome ističe da je Ekoneg d.o.o., radi dokazivanja ispunjavanja kriterija za odabir gospodarskog subjekta, uvjeta tehničke i stručne sposobnosti iz točke 4.3.1. DON-a, konkretno uvjeta najmanje jedne ili slične usluge izrade idejnog projekta i/ili glavnog projekta s ishođenjem lokacijske dozvole i/ili građevinske dozvole za prometnicu sa pripadajućom linijskom infrastrukturom, u ponudi dostavio spornu referencu "Izrada glavnog projekta za izgradnju samostalnog postrojenja za skladištenje istrošenog nuklearnog goriva Nuklearne elektrane Santa Maria de Garona". Tužitelj osporava navedenu referencu te ističe kako ne zadovoljava DON-om propisane uvjete tehničke i stručne sposobnosti iz točke 4.3.1., dok tuženik osporenim rješenjem pogrešno i nezakonito utvrđuje suprotno. Navodi da nije sporno da se prometnice nalaze unutar navedenog postrojenja/područja nuklearne elektrane te nije sporno ni da je za isto postrojenje izdana građevinska dozvola, međutim, jednako tako nije sporna ni činjenica da za prometnice unutar tog postrojenja nije pribavljena lokacijska/grāđevinska dozvola, a što je izriekom traženo kao propisan uvjet iz točke 4.3.1. DON-a. Dakle, činjenica da se navedene prometnice "nalaze unutar područja nuklearne elektrane pa nije bilo potrebno ishoditi lokacijsku/grāđevinsku dozvolu", suprotno zaključku tuženika, potpuno je irelevantna s obzirom da to ne mijenja činjenicu da je DON-om izriekom jasno i nedvosmisleno propisano kako je nužno da je za prometnicu ishođena lokacijska i/ili građevinska dozvola. Navodi kako je postupak javne nabave strogo formalan postupak pa su ponuditelji, a tako i naručitelj, dužni postupati u skladu s uvjetima i zahtjevima iz DON-a. Temeljem takvih jasnih i nedvojbenih činjenica tuženik je rješenjem od 3. studenog 2020. pravilno i zakonito utvrdio kako: "Iz osporavane reference jasno i nedvosmisleno proizlazi da za navedene prometnice nije ishođena građevinska dozvola. Valja napomenuti da je u referenci navedeno da nije bilo potrebno ishoditi građevinsku dozvolu za prometnicu, a jer se nalaze unutar područja nuklearne elektrane... Slijedom svega navedenog ... istu referencu naručitelj nije mogao uzeti u obzir s obzirom na podatke kojima je raspolagao tijekom pregleda i ocjene ponuda jer iz činjeničnog stanja proizlazi da za prometnice nije ishođena građevinska dozvola, a što je propisano kao nužan uvjet." Jednako je utvrđeno i u rješenju tuženika od 14. travnja 2021. Navodi da je ponuditelj Ekoneg d.o.o. dostavio naknadno, u povodu pojašnjenja ponude, odnosno sporne reference, izjavu naručitelja usluge iz sporne reference u kojoj je samo navedeno kako je projekt izgradnje obuhvaćao projektiranje dvije prometnice odnosno kako su prometnice bile unutar područja postrojenja te da je za cijeli projekt ishođena građevinska dozvola. Međutim, u dostavljenoj izjavi stoji jednako kao i u inicijalnoj ponudi – da za prometnice nije ishođena posebna građevinska dozvola. Tužitelj stoga ponovno ističe kako Ekoneg d.o.o. nije dostavio potvrdu iz koje bi bilo vidljivo da je isti izgradio projekt s ishođenom lokacijskom i/ili građevinskom dozvolom za prometnicu, a što je DON-om tražen uvjet te Ekoneg d.o.o. u pojašnjenju ponude nije iznio nikakve drugačije, nove informacije, različite od onih s kojima je naručitelj raspolagao u prethodnim postupcima pregleda i ocjene ponuda pa da bi bilo moguće izvesti zaključak drukčiji od onoga prethodnog - da referenca nije podobna za dokazivanje traženog uvjeta sposobnosti. Navodi da stoga nije točno da je naručitelj

pozivanjem na odluku tuženika od 3. studenog 2020. zanemario pojašnjenje ponude odnosno sporne reference koje je Ekoneg d.o.o. dana 22. prosinca 2020. dostavio u ponovljenom postupku pregleda i ocjene ponude, već iz istog pojašnjenja proizlazi jednako kao što je već prethodno utvrđeno u tijeku postupka javne nabave da za prometnice nije pribavljena lokacijska/građevinska dozvola pa stoga navedena referenca nije sukladna DON-u te ne može biti priznata, a uslijed čega ponuda ne ispunjava propisane uvjete tehničke i stručne sposobnosti te treba biti odbijena. Tužitelj ukazuje i na odredbu članka 404. stavka 3. ZJN/2016 koja određuje da tuženik nije ovlašten kontrolirati činjenično i pravno stanje koje je bilo predmetom prethodne žalbe u istom postupku javne nabave, a takvo stajalište potvrđuje i praksa ovoga Suda u presudi poslovni broj: UsII-74/21 od 24. ožujka 2021. Poziva se i na odredbu članka 425. stavka 5. i 6. ZJN 2016 prema kojoj je naručitelj u ponovljenom postupku pregleda i ocjene ponuda dužan postupiti prema izvršnom rješenju tuženika. Tužitelj smatra da se ovakvim postupanjem tuženika u potpunosti zanemaruje smisao propisivanja uvjeta tehničke i stručne sposobnosti iz članka 259. ZJN 2016, a to je da odabrani ponuditelj uistinu ima potrebno prethodno iskustvo, znanje i sposobnost te može na potrebnoj razini kvalitete izvršiti konkretan predmet nabave.

2.1. Tužitelj nadalje smatra da je tuženik zauzeo neosnovano stajalište da naručitelj u konkretnom postupku javne nabave može u cilju utvrđivanja tehničke i stručne sposobnosti uzeti u obzir i nove dokaze o iskustvu ponuditelja, pod uvjetom da je ono stečeno prije roka za dostavu ponuda. Navodi da je u predmetnom postupku javne nabave Ekoneg d.o.o. u svrhu dokazivanja ispunjavanja uvjeta tehničke i stručne sposobnosti iz točke 4.3.1. DON-a, nakon isteka roka za dostavu ponuda, u dva navrata naknadno dostavio nove dokaze, odnosno nove reference koje nisu bile dio inicijalne ponude. Navodi da je naručitelj pravilno i zakonito postupio kada te dokaze/reference nije uzeo u obzir odnosno nije ih priznao u ponovljenom postupku pregleda i ocjene ponuda. Pojašnjava da je Ekoneg d.o.o. nakon isteka roka za dostavu ponuda, na zahtjev naručitelja od 7. srpnja 2020. dostavio novi dopunjeni ESPD obrazac i popis usluga gospodarskog subjekta Jadrov a vyradovacia spoločnosť, a.s. s navedenom potpuno novom referencom koja nije bila sastavni dio inicijalne ponude od 12. lipnja 2020., u svrhu ispunjavanja uvjeta tehničke i stručne sposobnosti gospodarskog subjekta definiranih točkom 4.3.1. DON-a i to referencu: 10. Izrada Studije izvodljivosti, u sklopu ugovora za usluge izrade Studije izvodljivosti, idejnog projekta i glavnog projekta – za postrojenje za odlaganje radioaktivnog otpada, za primatelja Europska komisija (Ministarstvo znanosti i tehnologije Iraka) u iznosu od 1.252.948,15 HRK. Dana 3. svibnja 2021. nakon isteka roka za dostavu ponuda, samoinicijativno je, bez da je na isto bio pozvan od strane naručitelja, čak 11 mjeseci nakon roka za dostavu ponuda, dostavio novi dopunjeni ESPD obrazac i popis usluga gospodarskog subjekta Ekoneg – Institut za energetiku i zaštitu okoliša d.o.o. u kojem navodi potpuno nove reference za potrebe ispunjavanja uvjeta tehničke i stručne sposobnosti gospodarskog subjekta definiranih točkom 4.3.1. DON-a koje nisu bile sastavni dio ponude od 12. lipnja 2020. i to sljedeće reference: 11. Izrada Studije izvodljivosti za zamjenu bloka A novim CCGT postrojenjem s integracijom akumulatora topline u toplinsku stanicu Pogona EL-TO Zagreb, za primatelja HEP proizvodnja d.o.o., Pogon EL-TO Zagreb u iznosu od 1.696.800,00 HRK. 12. Izrada investicijskog programa izgradnje novog CCGT postrojenja od 140 MWe i 100 MWt s uklapanjem

u postojeći elektroenergetski i toplinski sustav EL-TO Zagreb te izgradnje nove upravne zgrade na lokaciji EL-TO Zagreb, ukupna vrijednost usluge koju je izvršio Ekoneg d.o.o. 2.988.946,00 kn. Vrijednost usluge na Investicijskom programu kojeg je u cijelosti izradio Ekoneg d.o.o. 1.200.000,00 kn za primatelja HEP-proizvodnja d.o.o., Sektor za termoelekrane, u iznosu od 1.200.000,00 kn. 13. Izrada Idejnog, Glavnog i Izvedbenog projekta s ishođenjem lokacijske i građevinske dozvole za izgradnju kogeneracijske elektrane na biomasu 1,1 MWe i 4,2 MWt Žakanje. Idejni i Glavni projekt uključuje pristupnu cestu i interne prometnice. Ishođena je lokacijska i građevinska dozvola, za primatelja Maksim Trade Energija d.o.o. Žakanje, u iznosu od 1.700.000,00 HRK. 14. Izrada Idejnog i Glavnog projekta s ishođenjem lokacijske i građevinske dozvole za izgradnju postrojenja za biodizel Ploče. Idejni i Glavni projekt uključuje pristupnu cestu i interne prometnice. Ishođena je lokacijska i građevinska dozvola za primatelja Biom d.o.o. Zagreb u iznosu od 3.073.000,00 HRK. Smatra da je naručitelj pravilno i zakonito utvrdio kako navedene reference, a koje su dostavljene nakon roka za dostavu ponuda ne može uzeti u obzir jer bi prihvaćanjem istih postupio protivno odredbi članka 293. ZJN 2016, sve iz razloga što je Ekoneg d.o.o. dostavom novih referenci izmijenio svoju ponudu. Tuženik u osporenom rješenju neosnovano zauzima suprotno stajalište, da je u konkretnom slučaju naručitelj pogrešno primijenio odredbu članka 293. ZJN2016, kako u konkretnom slučaju postupanje po istom članku nije dovelo do izmjene ponude na način da ista predstavlja novu ponudu u odnosu na osnovnu/inicijalnu ponudu. Smatra da je naknadnim dostavljanjem novih referenci Ekoneg d.o.o. umjesto da inicijalnu ponudu pojasni, u ponudu unio novi element, odnosno istu je izmijenio nakon otvaranja ponuda, a što je protivno ZJN 2016. Priznavanje spornih referenci svakako bi predstavljalo neposredno odstupanje od izričitih odredbi DON-a te bi u konkretnom slučaju dovelo do pregovaranja u vezi s kriterijem za odabir ponude, odnosno prekoračenje odredbe članka 293. ZJN2016., odnosno do narušavanja načela jednakog tretmana jer se ponuditelj Ekoneg d.o.o u konkretnom slučaju stavlja u povoljniji položaj u odnosu na druge ponuditelje koji su svoju ponudu morali predati unutar roka za dostavu ponuda. Tužitelj navodi i da praksa Suda EU takvo postupanje smatra nezakonitim te se poziva na odluke C-387/14, C-599/10, C-336/12 i C-131/16. Ujedno navodi da je i tuženik u dosadašnjoj praksi, primjerice rješenju, Klasa: UP/II-034-02/20-01/901,Urbroj: 354-01/20-10 od 17. prosinca 2020. zauzeo istovjetno stajalište. Tužitelj iz navedenih razloga predlaže ovom Sudu da poništi rješenje tuženika i naloži tuženiku da mu naknadi troškove ovog spora.

3. Tuženik u odgovoru na tužbu u bitnome ističe kako je neosnovan navod tužitelja da je naručitelj zakonito odbio ponudu zainteresirane osobe s obrazloženjem da referenca koja se odnosi na Nuklearnu elektranu Santa Maria de Garona nije u skladu s uvjetima i zahtjevima iz točke 4.3.1.DON-a, zbog toga što za prometnice koje su izgrađene u sklopu projekta izgradnje samostalnog postrojenja za skladištenje istrošenog nuklearnog goriva navedene nuklearne elektrane nisu ishođene zasebne lokacijske/gr građevinske dozvole. Tuženik navodi da iz pravomoćnog utvrđenja iz prethodnog rješenja od 3. studenog 2020. proizlazi da udovoljenje spornom uvjetu sposobnosti iz točke 4.3.1. DON-a nije bilo nužno dokazati zasebno/pojedinačnom referencom o izgradnji prometnica, nego je udovoljenje uvjetu sposobnosti moguće dokazati i referencom za određeni objekt/projekt u sklopu kojeg su izgrađene prometnice. U konkretnom slučaju se upravo radilo o referenci koja se ne odnosi zasebno (samo) na prometnice, nego o

referenci za određeni objekt, projekt u sklopu kojeg su izgrađene i prometnice. S obzirom na to da se radi upravo o referenci koja se odnosi na određeni objekt/projekt u sklopu kojeg su izgrađene i prometnice, naručitelj je u ponovljenom pregledu i ocjeni ponuda pozvao zainteresiranu osobu temeljem članka 293. ZJN 2016 na pojašnjenje ponude, tj. sporne reference. Postupajući po zahtjevu naručitelja, zainteresirana osoba je dostavila dodatne dokaze kojima je vrlo detaljno pojašnjena priroda, opseg i sadržaj samog projekta, a time i sporne reference, čime je jasno obrazloženo da se prometnice nisu gradile kao zaseban objekt/projekt, zbog čega ne egzistiraju zasebne lokacijske/građevinske dozvole za same prometnice, nego da su prometnice građene u sklopu šireg projekta, tj. u sklopu izgradnje određenog objekta za koji su ishođene sve potrebne dozvole pa tako i lokacijska/građevinska dozvola koja time obuhvaća i same prometnice. S obzirom na to da je prethodnim rješenjem pravomoćno utvrđeno da je udovoljenje uvjetu sposobnosti moguće dokazati referencom za objekt u sklopu kojeg je bila izgrađena i prometnica, a što je zainteresirana osoba učinila, nezakonito je naručitelj ponudu odbio iz razloga što zainteresirana osoba nije dostavila dokaz, tj. referencu koja se odnosi na prometnice za koje je ishođena (zasebna) lokacijska/građevinska dozvola. S tim u vezi tuženik ističe kako tužitelj zanemaruje činjenicu da je u prethodnom rješenju ocjena žalbenog navoda u dijelu koji se odnosio na predmetnu referencu i pitanje ishođenja lokacijske/građevinske dozvole donesena na temelju stanja spisa, što podrazumijeva dokaze i činjenice izvedene i utvrđene u tadašnjem prethodnom postupku pregleda i ocjena ponuda, a da je naručitelj u ponovljenom, ovdje spornom postupku pregleda i ocjene ponuda pribavio dodatne dokaze na spornu okolnost iz kojih proizlaze odlučne činjenice na temelju kojih je naručitelj donio svoju odluku da odbije ponudu zainteresirane osobe. Stoga je neosnovan navod da je tuženik postupio protivno članku 404. stavku 3. ZJN 2016 jer je tuženik bio ovlašten ocijeniti zakonitost naručiteljeve odluke o odbijanju ponude koja odluka se temelji na novim dokazima i činjeničnom supstratu.

3.1. Nadalje navodi da je sporno postupanje naručitelja u dijelu u kojem uopće nije ocjenjivao dokaze tj. reference koje je zainteresirana osoba dostavila u postupku pregleda i ocjene ponuda, jednu postupajući po zahtjevu naručitelja od 7. srpnja 2020., a ostale samo inicijativno 3. svibnja 2021., s obrazloženjem da bi ocjenom takvih dokaza bile prekoračene granice primjene članka 293. ZJN-a. Ističe da se u konkretnom slučaju radi o dokazima tehničke i stručne sposobnosti iz točke 4.3.1. DON-a. Prema članku 259. stavku 1. ZJN 2016 uvjeti tehničke i stručne sposobnosti se određuju kako bi ponuditelji dokazali da raspolažu ljudskim i tehničkim resursima i iskustvom potrebnim za izvršenje ugovora o javnoj nabavi. Kojim dokazima je moguće dokazivati raspolaganje ljudskim i tehničkim resursima, a kojima iskustvo potrebno za izvršenje ugovora o javnoj nabavi propisano je člankom 268. ZJN-a. Tako su za potrebe dokazivanja iskustva potrebnog za izvršenje ugovora o javnoj nabavi člankom 268. stavkom 1. točkama 1. do 3. kao dokazi propisani popisi radova/popis glavnih isporuka/popis glavnih usluga koje se kolokvijalno nazivaju reference. U ovom slučaju su sporne reference, dakle, dokazi za dokazivanje iskustava potrebnog za izvršenje ugovora o javnoj nabavi. Tuženik navodi da je točkom 4.3.1. DON-a, propisano dokazivanje iskustva ponuditelja koje iskustvo mora biti ostvareno prije roka za predaju ponuda, a koje iskustvo se dokazuje referencama (popisom ugovora) također ostvarenim prije isteka roka za dostavu ponuda. Stoga, ocjenjujući udovoljenje uvjetu sposobnosti, naručitelj je dužan utvrditi odlučnu