



REPUBLIKA HRVATSKA
DRŽAVNA KOMISIJA ZA KONTROLU
POSTUPAKA JAVNE NABAVE
Zagreb, Koturaška 43/IV

KLASA: UP/II-034-02/22-01/69

URBROJ: 354-02/7-22-9

Zagreb, 4. ožujka 2022.

Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave, OIB: 95857869241, u Vijeću sastavljenom od članova: Maje Kuhar, predsjednice, Danijele Antolković i Karmele Dešković, članica, u žalbenom postupku žalitelja zajednici ponuditelja Vodoprivreda Vinkovci d.d. Vinkovci, OIB: 27870534650 i AMM d.o.o. Vinkovci, OIB: 16831648474, u odnosu na odluku o odabiru u otvorenom postupku javne nabave, broj objave: 2020/S 0F2-0020840, ispravci objave: 2020/S F14-0024039 i 2020/S F14-0025524, predmet nabave: nabava izvođenja radova regulacije desne obale rijeke Dunav od rkm 1.333 do rkm 1.331 i urbanističko uređenje na području grada Vukovara, naručitelja Hrvatske vode, Zagreb, OIB: 28921383001, na temelju članka 3. Zakona o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (Narodne novine, broj: 18/13, 127/13, 74/14, 98/19 i 41/21) te članka 398. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine, broj: 120/16, dalje u tekstu: ZJN 2016) donosi sljedeće

R J E Š E N J E

1. Poništava se odluka o odabiru KLASA: 325-02/19-13/0000325, URBROJ: 374-22-1-22-77 od 19. siječnja 2022. godine u otvorenom postupku javne nabave, broj objave: 2020/S 0F2-0020840, ispravci objave: 2020/S F14-0024039 i 2020/S F14-0025524, predmet nabave: nabava izvođenja radova regulacije desne obale rijeke Dunav od rkm 1.333 do rkm 1.331 i urbanističko uređenje na području grada Vukovara, naručitelja Hrvatske vode, Zagreb.
2. Nalaže se naručitelju Hrvatske vode, Zagreb, da u roku od 8 dana od dana javne objave rješenja na internetskim stranicama Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave nadoknadi žalitelju zajednici ponuditelja Vodoprivreda Vinkovci d.d. Vinkovci i AMM d.o.o. Vinkovci troškove žalbenog postupka u iznosu od 70.000,00 kuna.

O b r a z l o ž e n j e

Naručitelj Hrvatske vode, Zagreb objavio je 3. lipnja 2020. u Elektroničkom oglasniku javne nabave Republike Hrvatske (dalje: EOJN RH) poziv na nadmetanje s dokumentacijom o nabavi u otvorenom postupku javne nabave broj objave: 2020/S 0F2-0020840, predmet nabave: nabava izvođenja radova regulacije desne obale rijeke Dunav od rkm 1.333 do rkm 1.331 i urbanističko uređenje na području grada Vukovara.

Ispravci objave broj: 2020/S F14-0024039 i 2020/S F14-0025524 objavljeni su 1. te 10. srpnja 2021. Kriterij odabira je ekonomski najpovoljnija ponuda na temelju cijene (85 bodova) i iskustvo inženjera gradilišta (15 bodova).

U predmetnom postupku dostavljene su tri ponude od kojih je naručitelj jednu ponudu ocijenio valjanom te je odlukom o odabiru KLASA: 325-02/19-13/0000325, URBROJ: 374-22-1-20-28 od 29. listopada 2020. godine odabrao ponudu zajednice ponuditelja Hidrogradnja d.o.o. Osijek, Osijek-Koteks d.d. Osijek i Sokol d.o.o., Vinkovci kao ekonomski najpovoljniju.

Na predmetnu Odluku o odabiru, žalbu je 7. studenoga 2020. Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave izjavio žalitelj zajednica ponuditelja Vodoprivreda Vinkovci d.d. Vinkovci i AMM d.o.o. Vinkovci.

Postupajući po navedenoj žalbi, ovo državno tijelo je Rješenjem KLASA: UP/II-034-02/20-01/895, URBROJ: 354-01/20-11 od 31. prosinca 2020. poništilo osporavanu odluku o odabiru i predmet vratilo naručitelju na ponovno postupanje.

U ponovljenom pregledu i ocjeni ponuda naručitelj je Odlukom o odabiru KLASA: 325-02/19-13/0000325, URBROJ: 374-22-1-20-45 od 8. lipnja 2021. godine (koju je objavio u EOJN RH dana 10. lipnja 2021. godine) ponovno odabrao ponudu zajednice ponuditelja Hidrogradnja d.o.o. Osijek, Osijek-Koteks d.d. Osijek i Sokol d.o.o., Vinkovci kao ekonomski najpovoljniju.

Na navedenu Odluku o odabiru urednu žalbu je 21. lipnja 2021. godine Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave izjavio žalitelj zajednica ponuditelja Vodoprivreda Vinkovci d.d. Vinkovci i AMM d.o.o. Vinkovci.

Postupajući po navedenoj žalbi, ovo državno tijelo je Rješenjem KLASA: UP/II-034-02/21-01/588, URBROJ: 354-01/21-11 od 6. kolovoza 2021. poništilo osporavanu odluku o odabiru i predmet vratilo naručitelju na ponovno postupanje. Protiv navedenog Rješenja pokrenut je upravni spor povodom tužbe tužitelja zajednice ponuditelja Hidrogradnja d.o.o. Osijek, Osijek-Koteks d.d. Osijek i Sokol d.o.o., Vinkovci. Navedeni upravni spor okončan je Presudom Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, Poslovni broj: UsII-294/21-9 od 20. listopada 2021. kojom je tužbeni zahtjev za poništenje Rješenja ovog državnog tijela KLASA: UP/II-034-02/21-01/588, URBROJ: 354-01/21-11 od 6. kolovoza 2021. odbijen.

U ponovljenom pregledu i ocjeni ponuda naručitelj je Odlukom o odabiru KLASA: 325-02/19-13/0000325, URBROJ: 374-22-1-22-77 od 19. siječnja 2022. godine (koju je objavio u EOJN RH dana 20. siječnja 2022. godine) ponovno odabrao ponudu zajednice ponuditelja Hidrogradnja d.o.o. Osijek, Osijek-Koteks d.d. Osijek i Sokol d.o.o., Vinkovci kao ekonomski najpovoljniju.

Na navedenu odluku o odabiru urednu žalbu je 31. siječnja 2022. godine Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave izjavio žalitelj zajednica ponuditelja Vodoprivreda Vinkovci d.d. Vinkovci i AMM d.o.o. Vinkovci. Žalitelj u žalbi osporava postupanje naručitelja u ponovljenom postupku pregleda i ocjene ponuda, te žalbenim zahtjevom predlaže poništiti Odluku o odabiru od 19. siječnja 2022. uz naknadu troškova žalbenog postupka u iznosu od 70.000,00 kuna.

Naručitelj u odgovoru na žalbu, u bitnom osporava žalbene navode u cijelosti te predlaže odbiti žalbu i zahtjev za naknadom troškova žalbenog postupka kao neosnovane.

Odabrana zajednica ponuditelja Hidrogradnja d.o.o. Osijek, Osijek-Koteks d.d. Osijek i Sokol d.o.o. Vinkovci, u dostavljenom očitovanju prvenstveno osporava pravni

interes žalitelju za izjavljivanje žalbe, a podredno osporava žalbene navode u cijelosti te predlaže odbaciti odnosno odbiti žalbu kao neosnovanu.

Prije upuštanja u meritorno odlučivanje, ovo državno tijelo pristupilo je provjeri postupovnih pretpostavki za izjavljivanje žalbe, koje moraju biti ispunjene na strani žalitelja. Naime, odabrani ponuditelj osporava pravni interes žalitelja navodeći da isti ne može sklopiti predmetni ugovor o javnoj nabavi niti mu može nastati šteta iz razloga što ne može ostvariti maksimalan broj bodova po kriteriju za odabir ponude, a time njegova ponuda ne može biti odabrana kao ekonomski najpovoljnija. Naime, tvrdi kako žalitelj za predloženog inženjera gradilišta Martin Roche ne može ostvariti maksimalnih 15 bodova po kriteriju „iskustvo inženjera gradilišta“ jer njegove reference ne zadovoljavaju uvjete propisane dokumentacijom o nabavi, te iz razloga što nije u ponudi dostavio traženu potvrdu gospodarskog subjekta sa točno propisanim sadržajem iz točke 32.2. dokumentacije o nabavi temeljem koje se može vrednovati iskustvo inženjera gradilišta. Prema tumačenju odabranog ponuditelja, žalitelj navedene dokaze ne može dostaviti u ponovljenom postupku jer bi isto dovelo do pregovaranja u vezi s kriterijem za odabir ponude.

Prema članku 401. stavku 1. ZJN 2016, pravo na žalbu ima svaki gospodarski subjekt koji ima ili je imao pravni interes za dobivanje određenog ugovora o javnoj nabavi, okvirnog sporazuma, dinamičkog sustava nabave ili projektnog natječaja i koji je pretrpio ili bi mogao pretrpjeti štetu od navodnoga kršenja subjektivnih prava.

Vezano za navedenu tvrdnju odabranog ponuditelja ovo tijelo je ocijenilo da žalitelj ima pravni interes za dobivanje predmetnog ugovora. Naime, žalitelj je u konkretnom slučaju izjavio žalbu u odnosu na postupanje naručitelja u ponovljenom postupku pregleda i ocjene ponuda kojim je njegova ponuda odbijena. Dakle, žalitelj u žalbi osporava razlog za odbijanje njegove ponude što će biti predmetom ocjene ovog tijela u ovom žalbenom postupku. Stoga, za ocjenu postojanja pravnog interesa nije odlučujuća okolnost koliko će bodova prema mišljenju odabranog ponuditelja ostvariti ponuda žalitelja po kriteriju za odabir ponude, već je odlučujuća okolnost da bi u slučaju da ovo tijelo utvrdi nezakonitosti u postupanju naručitelja vezano za ocjenu valjanosti ponude žalitelja isti mogao dobiti predmetni ugovor, te bi mogao pretrpjeti štetu zbog kršenja subjektivnih prava. Naime, udovoljavanje kriterijima za odabir ponude i dodjela bodova je predmet ocjene naručitelja nakon što utvrdi da ponuda udovoljava uvjetima iz dokumentacije pa tako i uvjetima tehničke i stručne sposobnosti, u kojem slučaju ponuditelj koji je predao valjanu ponudu ima pravo očekivati sklapanje ugovora kao ekonomski najpovoljniji ponuditelj. Slijedom navedenog, u konkretnom slučaju zadovoljena su oba uvjeta iz članka 401. stavka 1. ZJN 2016 pa je ocijenjeno da žalitelj ima pravo na žalbu.

U tijeku postupka pred ovim tijelom izvedeni su dokazi pregledom i analizom dokaznog materijala koji se sastoji od obavijesti o nadmetanju, dokumentacije o nabavi, zapisnika o ponovljenom pregledu i ocjeni ponuda od 19. siječnja 2022., odluke o odabiru od 19. siječnja 2022., ponude žalitelja te ostalih dokaza.

Žalba je dopuštena, uredna, pravodobna i izjavljena od ovlaštene osobe.

Žalba je osnovana.

Žalitelj navodi da je naručitelj pogrešno proveo ponovljeni postupak pregleda i ocjene ponuda jer je ponudu žalitelja neosnovano odbio. Ovdje žalitelj prvenstveno ukazuje na sadržaj Odluke o odabiru od 19. siječnja 2022. navodeći da je prema istoj

naručitelj odbio njegovu ponudu kao neprihvatljivu uz obrazloženje da nije dokazao tehničku i stručnu sposobnost sukladno točki 22. dokumentacije o nabavi, odnosno jer dostavljeni popis radova nije isti ili sličan predmetu nabave na koje upućuje članak 25. stavak 1. točka 1. Zakona o vodama. Tvrdi da prema ocjeni naručitelja, radovi koje je izveo žalitelj predstavljaju usluge tehničkog i gospodarskog održavanja, a ne radove građenja regulacijsko-zaštitnih vodnih građevina kako je traženo dokumentacijom o nabavi, te da su isti izvedeni bez građevinske dozvole i glavnog projekta sve sukladno članku 121. stavak 1. i 4. Zakona o vodama („Narodne novine“, broj 66/19 i 84/21) i Pravilnika o jednostavnim i drugim građevinama i radovima („Narodne novine“, broj 112/17), a tim radovima ne nastaje nova građevina niti se mijenjaju lokacijski uvjeti. Zatim, tvrdi da je naručitelj u predmetnom postupku, postupio po ranijem Rješenju ovog državnog tijela KLASA: UP/II-034-02/21-01/588 od 6. kolovoza 2021., te zatražio od žalitelja razjašnjenje radova navedenih u ESPD obrascu u odnosu na traženo dokumentacijom o nabavi. Na navedeno traženje žalitelj je dostavio pojašnjenje koje naručitelj nije prihvatio.

Prethodno navedeno postupanje naručitelja žalitelj osporava, navodeći da naručitelj pogrešno tumači da se radovi navedeni u potvrdi žalitelja ne smatraju istim ili sličnim radovima građenja regulacijsko-zaštitnih vodnih građevina. Također ukazuje da je naručitelj bio dužan provesti postupak pregleda i ocjene ponuda sukladno odredbama ZJN 2016, Pravilnika o dokumentaciji o nabavi te ponudi u postupcima javne nabave i uvjetima koje je sam propisao dokumentacijom o nabavi, a kojima je u točki 22. i 23.3. opisao radove koje će smatrati istim ili sličnom predmetu nabave. Osim toga, žalitelj citira sadržaj članka 3. stavak 1. točke 10. Zakona o gradnji („Narodne novine“, broj 153/13., 20/19., 39/19. i 125/19) kojim je definiran pojam građenja. U tom smislu, tvrdi da je u referentnoj potvrdi dostavljenoj u ponudi „Podvodni bagerski radovi na području uzvodno dijela obrane Neuses i pješćanih nanosa u Hausenu, u vrijednosti 42.054.740,97 kuna" navedeno da su izvođeni radovi rekonstrukcije/adaptacije na vodotoku MDK (umjetno korito vodotoka). Zatim, tvrdi da su radovi izvedeni u cilju regulacije protoka, stabilizacije korita i obale građenjem nasipa, odnosno uklanjanjem nanesenog/nataloženog pješćano-šljunčanog materijala i njegova ponovna ugradnja (prijevoz materijala do mjesta ugradnje i stručna ugradnja materijala izvađenog bagerom) u količini 17.187,214 t. Tvrdi da je navedeno razvidno iz stranice 3. potvrde priložene u ponudi kao i iz sadržaja obrazloženja Rješenja ovog tijela KLASA: UP/II-034-02/20-01/895 od 31. prosinca 2020.

Dalje, tvrdi da je naručitelj u ovom ponovljenom postupku pregleda i ocjene ponuda tražio od žalitelja pojašnjenje navedene potvrde, na koje traženje je žalitelj odgovorio da se radi o izvršenim radovima rekonstrukcije/sanacije koji su izvedeni temeljem ugovora o izvođenju radova: Podvodni bagerski radovi na području uzvodno dijela obrane Neuses i pješćanih nanosa u Hausenu, a sadržaj ugovora su radovi: Uklanjanja nanesenog/nataloženog materijala na području OW područje obrane Neuses MDK-km 22,100 do 22,280 i pješćanih nanosa MDK-km 35,050 do 32,275 radi ponovnog uspostavljanja željene dubine. Osim toga, naveo je da su u priloženoj potvrdi navedeni sljedeći radovi: 1. Pješćani nanosi Hausen: Iskop (uklanjanje) 36.929,021 t nanesenog/nataloženog pješćano-šljunčanog materijala iz korita umjetnog vodotoka, radovi sukladni DIN 18311, Prijevoz 19.741,807 t uklonjenog materijala na mjesta za odlaganje, sa propisnim zbrinjavanjem materijala koji nije podoban za ugradnju, Stručna ugradnja 17.187,214 t podobnog materijala, za izgradnju nasipa, čime je izvršena regulacija i stabilizacija obale i korita umjetnog plovnog kanala te 2. OW područje obrane Neuses: 5000 m³ podizanje i rasklapanje asfaltiranih građevinskih površina za privremeno skladištenje i podjelu materijala, 11.327,580 m³ blatni materijal,

radovi sukladno DIN 18311, radi ponovne uspostave željene dubine unutar područja obrane putem usisnog bagera, prijevoz materijala putem cijevi do privremenog mjesta, obrada materijala uz dodatak flokulanata, 8.714,420 t zbrinjavanje neopasnog otpada i 2.704,550 t zbrinjavanje opasnog otpada. Stoga smatra da je iz dostavljenih dokumenata jasno vidljivo da se radi o radovima građenja (rekonstrukcija/adaptacija) regulacijsko-zaštitnih građevina na koje upućuje članak 25. stavak 1. točka 1. Zakona o vodama (umjetna korita vodotoka - kanal MDK). Nadalje, ističe da je predmet ove nabave izvođenje radova Regulacije desne obale rijeke Dunav od rkm 1.333 do rkm 1.331 za koju izgradnju je napravljen projekt i troškovnik koji u sebi sadrži sljedeće radove: 1. Zemljani radovi koji pod stavkom B.1. obuhvaćaju „Strojno čišćenje korita rijeke Dunav na kotu 72,50 m nm pomoću plovne mehanizacije sukladno grafičkim priložima (karakterističnim profilima, predviđenim kotama i nagibima odnosno uz suglasnost nadzornog inženjera). Strojni iskop izvodi se za osiguranje potrebnih količina za izvođenje predmetnih radova. Rad obuhvaća čišćenje dna korita rijeke Dunav uz novo projektiranu obaloutvrdu od uklapanja kamene nožice u pokosu 1:3 do kote 72.50 i dalje horizontalno u prosječnoj duljini cca 10 m. Stavka također obuhvaća čišćenje dna korita rijeke Dunav (tj. akvatorija budućeg komunalnog pristaništa) na području između lukobrana i projektirane obaloutvrde na dionici B u pokosu 1:2.5 do kote 72.50. Materijal iz iskopa koristiti za izgradnju (nasipavanje) novo projektirane obaloutvrde i lukobrana (nasipavanje obrađeno posebnom stavkom). Stavka obuhvaća i sve potrebne privremene radnje na osiguranju manipulativnih i pristupnih putova za potrebe iskopa. Iskope izvoditi sukladno tehnologiji izvođača. Obračun po m³ iskopanog materijala“ te stavka B.2.1. koja obuhvaća „Ugradnju materijala dobivenog stavkom B.1 za izradu nasipa. U cijenu je uključen sav rad na izradi nasipa, dobava i doprema materijala te planiranje pokosa nasipa i čišćenje okoline, sav ostali rad, transport i oprema, kao i ispitivanje i kontrola kakvoće. obračun radova po m³ materijala“. Iz navedenog žalitelj zaključuje da je naručitelj identične radove koji su sadržani u potvrdi žalitelja, sam opisao dokumentacijom o nabavi kao radove građenja, a ne usluge održavanja. Stoga ističe kako nije jasno kako referentne radove žalitelja koji su identični predmetu nabave naručitelj ne smatra istim ili sličnim predmetu nabave tim više što su radovi žalitelja obavljani na koritu i obali umjetnog vodotoka, dakle na objektima iz članka 25. stavak 1. točka 1. Zakona o vodama na koji upućuje točka 22. dokumentacije o nabavi. Osim toga, postavlja pitanje kako to da naručitelj odabranom ponuditelju čija je cijena ponude viša od cijene ponude žalitelja priznaje referentne radove na izgradnji uređaja za pročišćavanje voda koji uopće nije objekt iz članka 25. stavak 1. točka 1. Zakona o vodama, već objekt iz članka 25. stavak 2. točka 2.2. Zakona o vodama (komunalna vodna građevina).

U nastavku žalitelj ukazuje da je u okviru pojašnjenja svoje ponude od 15.12.2021., dostavio naručitelju i dopunjeni popis radova iz kojih je također vidljivo da je u vrijeme predaje ponude ispunjavao uvjete tehničke i stručne sposobnosti. Navodi da popis radova sadrži sljedeće radove koji su izvršeni prije trenutka predaje ponude, odnosno prije isteka roka za dostavu ponuda, i to: od strane člana zajednice ponuditelja Vodoprivreda Vinkovci d.d.: a) Nasip - Lonjsko polje - vrijednost izvedenih radova je 1.946.146,20 kn (bez PDV-a), b) Obaloutvrda Štitar - vrijednost izvedenih radova je 2.211.891,25 kn (bez PDV-a), c) Dovodni melioracijski kanal za navodnjavanje Biđ-Bosutskog polja - vrijednost svih izvedenih radova je 5.695.231,83 kn (bez PDV-a), od čega je vrijednost izvedenih radova na zaštiti pokosa i korita umjetnog kanala (regulacijski radovi) 4.393.143,93 kn (bez PDV-a), d) Ugovor o dodatnim radovima na građenju dovodnog melioracijskog kanala za navodnjavanje Biđ-Bosutskog polja - vrijednost svih izvedenih radova je 7.805.123,28 kn (bez PDV-a), od

čega je vrijednost izvedenih radova na zaštiti korita i pokosa umjetnog kanala - regulacijski radovi i radovi na izvedbi zaštitne konstrukcije CFA pilotima 5.057.874,20 kn (bez PDV-a), e) Građenje sustava javnog navodnjavanja Blata-Cerna - vrijednost svih izvedenih radova je 10.778.863,79 kn (bez PDV-a), od čega je vrijednost izvedenih radova na izvedbi zaštite korita i pokosa vodotoka Bitulja 3.072.713,75 kn (bez PDV-a), f) Izvođenje radova izgradnje sustava odvodnje naselja Lovas i Opatovac – I. faza – vrijednost izvedenih radova je 7.382.285,01 kn (bez PDV-a), g) Izgradnja kanalizacijskog sustava i pročištača otpadnih voda u naseljima Češljakovci i Golo Brdo - vrijednost izvedenih radova je 4.496.709,79 kn (bez PDV-a) i h) Dogradnja i rekonstrukcija crpne stanice u Ulici Nikole Tesle u Đakovu - vrijednost izvedenih radova je 427.868,81 kn (bez PDV-a).

Nadalje, za člana zajednice ponuditelja AMM d.o.o. navedene su potvrde o izvedenim radovima na Izgradnji sustava sanitarno-fekalne kanalizacije Gašinci - vrijednost izvedenih radova je 8.927.717,41 kn (bez PDV-a).

Za podugovaratelja Domarin Tief-Waseserbau und Schiffahrts-GmbH navedene su potvrde o izvedenim radovima na: a) Rekonstrukciji mjesta usidrenja vanjski lukobran Bingen Rhein - vrijednost izvedenih radova je 12.835.976,09 kn bez PDV-a (1.691.518,00 Eura) i b) Trenažni zid BA I i ekološko oblikovanje obale Wöhrder jezera - vrijednost izvedenih radova je 8.726.701,40 kn bez PDV-a (1.150.000,00 eura). Vežano uz navedene potvrde žalitelj ističe da je iste predao u ponudi kao dokaz stručnog iskustva iz točke 32.2. – Inženjer gradilišta (kriterij za odabir ponude), a ne u postupku pojašnjenja.

Međutim, tvrdi kako navedene reference naručitelj uopće nije uzeo u obzir prilikom ocjenjivanja tehničke i stručne sposobnosti žalitelja, već je u zapisniku o pregledu i ocjeni ponuda, kao i u odluci o odabiru samo naveo da je žalitelj osim traženog pojašnjenja dostavio i dokumentaciju koja nije tražena, a koja odnosi se na potpuno novi popis radova koji nije dostavljen u ponudi. Tvrdi da je naručitelj razmatrao samo pojašnjenje koje se odnosi na potvrdu o radovima dostavljenu u ponudi u cilju utvrđivanja činjeničnog stanja, a ne i nove potvrde, pozivajući se pri tome na pravno shvaćanje izraženo u Rješenju ovog tijela KLASA: UP/II-034-02/21-01/588 od 6. kolovoza 2021. Navedeno postupanje žalitelj osporava navodeći da je naručitelj morao uzeti u obzir i novo dostavljene reference. Naime, tvrdi da je postupanje po članku 293. ZJN 2016 u postupku pregleda i ocjene ponuda prihvatljivo sve dok ima za intenciju ispravljanje/dopunu sadržaja ponude koji ispravci ne dovode do izmjene ponude u takvoj i tolikoj mjeri da ista predstavlja novu ponudu u odnosu na osnovnu predanu ponudu. Smatra da prema uvjetima i dokazima iz točke 22. i 23. dokumentacije o nabavi propisano dokazivanje iskustva ponuditelja ostvareno prije roka za dostavu ponuda, te prihvaćanje referenci koje se odnose na takvo ostvareno iskustvo, a koje udovoljava uvjetima propisanim dokumentacijom o nabavi, ne može predstavljati narušavanje načela jednakog tretmana jer se radi o dokazivanju sposobnosti koja je na isti način i pod istim uvjetima dana svim ponuditeljima te se na temelju referenci kojim se dokazuje sposobnost gospodarskog subjekta u smislu tehničke i stručne sposobnosti propisane dokumentacijom ocjenjuje sposobnost određenog ponuditelja. Tvrdi da se radi o ocjeni postojanja ili nepostojanja iskustva na strani ponuditelja nastalog prije podnošenja ponude te s obzirom da u trenutku predaje ponude raspolaže i sa drugim dokazima u smislu uvjeta propisanih dokumentacijom, a koje u osnovnoj ponudi nije predao, smatra da može dostavljati dokaze u cilju utvrđivanja da li udovoljava propisanim uvjetima. Tvrdi da je isti stav ovo tijelo zauzelo u Rješenju KLASA: UP/II-034-02/21-01/627 od 20. rujna 2021., kao i Visoki upravni sud Republike Hrvatske u presudi, poslovni broj Usll-395/20 od 10. prosinca 2020.

Naručitelj u odgovoru na žalbu navodi da žalitelj pogrešno tumači odredbe dokumentacije o nabavi kao i mjerodavne odredbe Zakona o vodama i ZJN 2016. Naime, tvrdi da radovi navedeni u potvrdi žalitelja predstavljaju usluge tehničkog i gospodarskog održavanja, a ne radove građenja, te da su isti izvedeni bez građevinske dozvole i glavnog projekta sve sukladno članku 121. stavak 1. i 4. Zakona o vodama i Pravilnika o jednostavnim i drugim građevinama i radovima, a tim radovima ne nastaje nova građevina niti se mijenjaju lokacijski uvjeti. Navedeno tumačenje naručitelj temelji na članku 120. Zakona o vodama koji normira "uređenje voda" kao „gradnju regulacijskih i zaštitnih vodnih građevina, gradnju građevina za osnovnu melioracijsku odvodnju i usluge održavanja voda, sve u svrhu neškodljivog protoka voda“, kao i na članku 121. stavak 1. i 4. tog Zakona koji normira „održavanje voda“ između ostalog, kao „čišćenje i uklanjanje nanosa, popravci na kruni i pokosima nasipa, popravci oštećenih dijelova vodnih građevina itd.“, pri čemu je propisano da su „usluge održavanja voda izjednačene s jednostavnim radovima u smislu propisa koji uređuje jednostavne građevine i radove“.

Također, navodi da je uzimajući u obzir pravno shvaćanje izraženo u Rješenju ovog tijela KLASA: UP/II-034-02/21-01/588 od 6. kolovoza 2021. u ponovljenom postupku pregleda i ocjene ponuda od žalitelja tražio razjašnjenje informacija sadržanih u ESPD obrascu žalitelja, međutim da niti nakon dostavljenog pojašnjenja žalitelj nije dokazao svoju tehničku i stručnu sposobnost, odnosno nije dokazao da su radovi navedeni u ESPD obrascu „Podvodni bagerski radovi na području uzvodno dijela obrane Neuses i pješčanih nanosa u Hausenu“ istovrsni radovima traženim dokumentacijom o nabavi na koje upućuje članak 25., stavak 1. točka 1. Zakona o vodama, kao i članak 121. stavak 1. i 4. tog Zakona o vodama koji je *lex specialis*.

Naime, tvrdi da radovi izvedeni u sklopu izvođenja predmetne reference (rekonstrukcija/adaptacija na vodotoku MDK u cilju regulacije protoka, stabilizacije korita i obale građenjem nasipa, odnosno uklanjanjem nanesenog/nataloženog pješčano-šljunčanog materijala i njegova ponovna ugradnja) predstavljaju usluge održavanja voda opisane člankom 121. stavak 1. i 4. Zakona o vodama (čišćenje i uklanjanje nanosa, popravci na kruni i pokosima nasipa, popravci oštećenih dijelova vodnih građevina). Osim toga, tvrdi da pozivanje žalitelja na financijsku vrijednost dostavljene reference (42.054.710,97 kuna) nije odlučno za utvrđenje radi li se o radovima građenja ili usluzi održavanja voda. Također, vezano za navod žalitelja da su u dostavljenoj potvrdi opisani radovi koji udovoljavaju traženju propisanom dokumentacijom o nabavi (pješčani nanosi Husein i OW područje obrane Neuses) navodi kako je i sam žalitelj u žalbi naveo da je svrha izvedenih radova "uspostavljanje željene dubine rijeke", koja je u svom profilu korita (prema navedenom) imala količinu nanosa 17.187,214 t. Smatra da iz navedenog proizlazi da su radovi koje je žalitelj izveo radovi tehničkog i gospodarskog održavanja, a ne radovi građenja. Osim toga, tvrdi da su navedeni radovi izvedeni bez akta za gradnju/građevinske dozvole i glavnog projekta i to sukladno članku 3. stavku 7. Pravilnika o jednostavnim i drugim građevinama i radovima prema kojima se mogu izvoditi radovi „nužni za ispunjavanje obveza tehničkog i gospodarskog održavanja ako tim radovima ne nastaje nova građevina niti se mijenjaju lokacijski uvjeti“. Smatra da iz navedenog proizlazi da se potvrda koju je dostavio žalitelj odnosi na radove održavanja, te da ova aktivnost spada u skupinu usluga održavanja voda i izjednačena je s jednostavnim radovima u smislu propisa koji uređuje jednostavne građevine i radove. Temeljem svega prethodno navedenog smatra da žalitelj nije dokazao tehničku i stručnu sposobnost traženu točkom 22. dokumentacije o nabavi jer izvedeni radovi „Podvodni bagerski radovi na

području uzvodno dijela obrane Neuses i pješčanih nanosa u Hausenu“ nisu isti ili slični radovima predmetu nabave na koje upućuje članak 25. stavak 1. točka 1. Zakona o vodama. Nadalje, vezano za pozivanje žalitelja na stavke troškovnika (B.1. i B.2.1.) koje se odnose na strojno čišćenje rijeke Dunav pomoću plovne mehanizacije i ugradnju materijala dobivenog stavkom B.1. za izradu nasipa, naručitelj tvrdi da je žalitelj trebao dokazati uvjet tehničke i stručne sposobnosti određen točkom 22. dokumentacije o nabavi, a ne referirati se na pojedine stavke troškovnika. Osim toga, tvrdi da su stavke troškovnika B.1. i B.2.1. samo dio pripremnih radova za izvođenje aktivnosti koje su navedene u cjelokupnom predmetnom troškovniku, te da sa izvršenim istovrsnim radovima žalitelj ne dokazuje svoju tehničku i stručnu sposobnost za izgradnju predmetne kompleksne građevine. Naime, tvrdi da za izvođenje kompleksnijih radova navedenih u stavci B.2. troškovnika koji se, između ostalog odnose na pripremu i ugradnju nekoherentnog materijala u slojevima i zbijanje do propisanog modula stišljivosti kako bi se između slojeva ostvarila dobra veza, izvedbu novo projektirane obaloutvrde i lukobrana, te potrebnog iskustva u savladavanju svih nepredvidivih utjecaja toka i vodnog stupa same rijeke Dunav, žalitelj nije dokazao da ima tehničku i stručnu sposobnost za izvođenje ovakvih kompleksnijih radova. Konkretno, tvrdi da su radovi opisani u stavci B.2. troškovnika kompleksniji dio građenja predmetne građevine i iziskuju tehničku i stručnu sposobnost, koju žalitelj nije dokazao da posjeduje.

Vezano za novi popis radova koji je žalitelj dostavio uz pojašnjenje ponude, naručitelj u odgovoru na žalbu navodi da je uvažavajući pravno shvaćanje izraženo u Rješenju ovog tijela KLASA: UP/II-034-02/21-01/588 od 6. kolovoza 2021. trebao primijeniti institut pojašnjavanja ponude u svrhu razjašnjenja spornih činjenica koje se odnose na radove navedene u ESPD obrascu u odnosu na traženo dokumentacijom o nabavi. Naime, tvrdi da je primjenom instituta pojašnjenja tražio od žalitelja pojašnjenje informacija koje je isti trebao dostaviti u ponudi priloženom ESPD obrascu kao ažuriranoj formalnoj izjavi kojom gospodarski subjekt između ostalog potvrđuje da ispunjava tražene kriterije za odabir gospodarskog subjekta. Pri tome tvrdi da je žalitelj, osim traženog pojašnjenja dostavio i dokumentaciju koja nije tražena, a koja se odnosi na potpuno novi popis radova koji nije dostavljen u ponudi. Međutim, navodi da je uvažavajući pravno shvaćanje iz prethodno navedenog Rješenja ovog tijela razmatrao samo pojašnjenje koje se odnosi na radove dostavljene u ponudi u cilju utvrđivanja činjeničnog stanja, a koje je žalitelj trebao dostaviti u ponudi, odnosno u ESPD obrascu.

Osim toga, ističe kako niti sa novim popisom radova žalitelj nije dokazao tehničku i stručnu sposobnost traženu dokumentacijom o nabavi. Naime tvrdi kako radovi (Nasip - Lonsko polje - vrijednost izvedenih radova 1.946.146,20 kn i Obaloutvrda Štitar - vrijednost izvedenih radova 2.221.891,25 kn) ne zadovoljavaju traženi iznos sukladno točki 23.3. dokumentacije o nabavi koja propisuje financijsku vrijednost ranije izvršenih radova jednaku ili veću od 28.800.000,00 kuna bez PDV-a. Zatim, navodi kako radovi (Dovodni melioracijski kanal za navodnjavanje Biđ-Bosutskog polja i Ugovor o dodatnim radovima na građenju dovodnog melioracijskog kanala za navodnjavanje Biđ-Bosutskog polja) nisu radovi građenja regulacijsko-zaštitnih vodnih građevina na koje upućuje članak 25. stavak 1. točka 1. Zakona o vodama, nego radovi građenja građevina na koje upućuje članak 25. stavak 2. Zakona o vodama (građevine za melioracijsku odvodnju), dok radovi (Izvođenje radova izgradnje sustava odvodnje Lovas i Opatovac, Izgradnja kanalizacijskog sustava i pročistača otpadnih voda u naseljima Češljakovci i Golo Brdo, Dogradnja i rekonstrukcija crpne stanice u Ulici Nikole Tesle u Đakovu te Izgradnja sustava

sanitaro-fekalne kanalizacije Gašinci) isto nisu radovi građenja regulacijsko-zaštitnih vodnih građevina na koje upućuje članak 25. stavak 1. točka 1. Zakona o vodama, nego radovi građenja građevina na koje upućuje članak 25. stavak 1. točka 2. Zakona o vodama (građevine za javnu vodoopskrbu i građevine za javnu odvodnju). Zatim, tvrdi da radovi (Rekonstrukcija mjesta usidrenja vanjski lukobran Bingen Rhein i Trenažni zid BA I i ekološko oblikovanje obale Wohrder jezera) nisu radovi građenja regulacijsko-zaštitnih vodnih građevina na koje upućuje članak 25. stavak 1. točka 1. Zakona o vodama, nego radovi građenja građevina na koje upućuje članak 25. stavak 1. točka 5. Zakona o vodama (objekti sigurnosti plovidbe na unutarnjim vodama i lučke građevine, sukladno posebnim propisima o plovidbi i lukama unutarnjih voda).

Stoga smatra kako žalitelj niti nakon dostavljenog pojašnjenja u kojem je dostavio novi popis izvršenih radova, nije dokazao svoju tehničku i stručnu sposobnost da su radovi navedeni u novom popisu istovrsni radovima traženim dokumentacijom o nabavi na koje upućuje članak 25., stavak 1., točka 1. Zakona o vodama kao i članak 121. stavak 1. i 4. Zakona o vodama koji je *lex specialis*.

Odabrani ponuditelj u dostavljenom očitovanju prvenstveno navodi da žalitelj u žalbi pogrešno prikazuje činjenice, odnosno da pogrešno citira sadržaj potvrde dostavljene uz ponudu. Konkretno, tvrdi kako žalitelj u žalbi pogrešno navodi da potvrda sadržava navod o radovima „izgradnje nasipa“, „umjetno korito vodotoka“ i „regulacijsko-zaštitna građevina“ iako to u potvrdi nigdje ne piše. Naime, tvrdi kako u predmetnoj potvrdi nigdje nije navedeno da je izvršena „izgradnja nasipa“ što žalitelj proizvoljno navodi u tekstu žalbe, već je u prijevodu potvrde navedeno da je izvršeno „stručno zbrinjavanje“ iskopanog materijala, a ne izgradnja nasipa. Zatim, navodi da se u potvrdi žalitelja ne radi o radovima građenja regulacijsko-zaštitnih vodnih građevina jer u istoj nije navedena niti jedna od građevina na koju upućuje članak 25. stavak 1. točka 1. Zakona o vodama. Pri tome smatra irelevantnim jesu li izvođeni radovi rekonstrukcije/adaptacije ili radovi ugradnje pješčano-šljunčanog materijala jer ti radovi nisu traženi kao uvjet točkom 22. dokumentacije o nabavi. Stoga, smatra da iz potvrde žalitelja proizlazi da se radi o uslugama održavanja voda (čišćenje i uklanjanje nanosa) propisano člankom 121. stavak 1. točka 1. Zakona o vodama, što je potvrđeno nalazom i mišljenjem stalnog sudskog vještaka za građevinarstvo Denisa Škugora od 1. rujna 2021 koji utvrđuje da su radovi navedeni u potvrdi žalitelja za izvršenu uslugu nedvojbeno radovi održavanja voda i vodnih građevina kako je navedeno u članku 121. Zakona o vodama, a ne radovi na izgradnji niti rekonstrukciji/adaptaciji nasipa odnosno da je riječ o deponiranju materijala što nije u skladu sa točkom 22. dokumentacije o nabavi.

Vezano za novo dostavljeni popis radova koje je žalitelj priložio uz pojašnjenje ponude, odabrani ponuditelj u dostavljenom očitovanju navodi da žalitelj dostavljanjem tih novih potvrda koje nisu bile dio njegove ponude u roku za predaju ponude, nije dokazao tehničku i stručnu sposobnost propisanu točkom 22. dokumentacije o nabavi. Naime, tvrdi da niti u novo dostavljenim potvrdama nisu navedeni radovi koje je naručitelj odredio dokumentacijom o nabavi, niti su ti radovi u propisanoj vrijednosti. U nastavku odabrani ponuditelj osporava svaku novo dostavljenu potvrdu na istovjetan način na koji to čini i naručitelj u odgovoru na žalbu. Ovdje dodatno ukazuje da je dostavom novih potvrda od strane žalitelja došlo do povrede načela jednakog tretmana ponuditelja jer naručitelj nije dao niti propisao mogućnost za dostavu novih potvrda nakon isteka roka za dostavu ponuda. Također, tvrdi da je dostavom novih potvrda kada to nije traženo žalitelj izmijenio svoju ponudu i dostavio nove dokaze sposobnosti koji nisu bili navedeni u njegovoj ponudi te je na taj način pregovarao sa naručiteljem.

Tvrđi da je navedeni stav zauzeo i Visoki upravni sud Republike Hrvatske u presudi, poslovni broj: Us/II-200/20-6 od 16.7.2020. u kojoj je navedeno da uvođenje novog gospodarskog subjekta na čiju se sposobnost ponuditelj oslanja, nakon predaje ponude, nije sukladno članku 293. ZJN 2016.

Također, tvrdi da navedeno proizlazi i iz presude Suda Europske unije, broj: C 387/14 u kojoj se navodi da je protivno Direktivi da nakon isteka roka određenog za podnošenje prijave u postupku javne nabave gospodarski subjekt podnosi javnom naručitelju, kako bi dokazao da ispunjava uvjete za sudjelovanje u postupku, dokumente koji se ne nalaze u njegovoj prvoj ponudi, poput ugovora koji je izvršio drugi subjekt kao i obveza potonjeg subjekta da ponuditelju stavi na raspolaganje sposobnost i sredstva potrebna za izvršenje predmetnog ugovora. Smatra da je time ocijenjeno kao nedopušteno naknadno oslanjanje ponuditelja na drugi gospodarski subjekt radi dokazivanja uvjeta za sudjelovanje u postupku javne nabave primjenom instituta upotpunjavanja i pojašnjenja ponude.

Osim toga, tvrdi da bi se dopuštanjem naknadnog oslanjanja na sposobnost drugog gospodarskog subjekta dala prednost žalitelju u odnosu na ostale ponuditelje što bi dovelo do povrede načela jednakog tretmana. Tvrđi da je navedeni stav zauzeo i Visoki upravni sud Republike Hrvatske u presudi, poslovni broj: US/II-32/19-8 od 7.3.2019.

Zatim, tvrdi da bi u slučaju da se žalitelju omogući pojašnjenje/upotpunjavanje ponude navođenjem drugih radova istih ili sličnih predmetu nabave došlo do neujednačene primjene prava Europske unije. Konkretno, tvrdi da bi navedeno postupanje bilo protivno stavu Europskog suda koji u svojim presudama broj C-324/14 od 7.4.2016. i broj: C-387/14 od 4.5.2017. jasno i nedvojbeno utvrđuje da ponuditelj ne može upotpuniti ponudu navođenjem drugih radova istih ili sličnih predmetu nabave, dokumentima koji se ne nalaze u njegovoj prvoj ponudi.

Također, odabrani ponuditelj ukazuje na okolnost da žalitelj dosadašnjim žalbama odugovlači postupak (postupak traje skoro 2 godine) te time nanosi štetu odabranom ponuditelju koji je svoju ponudu sa ponuđenom cijenom predao u traženom roku, a do danas je došlo do drastičnog poskupljenja repromaterijala potrebnog za izvođenje predmetnih radova.

Za ocjenu žalbenog navoda potrebno je prvenstveno navesti kronologiju postupka. Naime, u predmetnom postupku naručitelj je u prvom postupku pregleda i ocjene ponuda donio odluku o odabiru od 29. listopada 2020. kojom je u odnosu na ponudu žalitelja naveo da istu odbija s obrazloženjem da dostavljeni popis radova nije u skladu s točkom 22. dokumentacije o nabavi jer su u popisu navedeni radovi (Podvodni bagerski radovi na području uzvodnog dijela- područje obale Neuses i pješčanih nanosa u Hausenu) koji se ne smatraju istim ili sličnim radovima građenja regulacijsko-zaštitnih vodnih građevina na koje upućuje odredba članka 25. stavak 1. točka 1. Zakona o vodama. Oспорavajući navedeno postupanje naručitelja žalitelj je izjavio žalbu protiv navedene odluke o odabiru povodom koje je ovo tijelo donijelo Rješenje KLASA: UP/II-034-02/20-01/895 od 31. prosinca 2020. U navedenom Rješenju je u odnosu na ponudu žalitelja ocijenjeno da „naručitelj nije dostavio dokaze iz kojih bi bilo moguće utvrditi na koji način je provjerio i potvrdio da ponuđena referenca ne udovoljava propisanom uvjetu tehničke i stručne sposobnosti... tim više što je u samoj potvrdi o uredno izvedenim radovima navedeno da je u sklopu ugovora izvršena ugradnja materijala izvađenog bagerom u količini od 17.187,214 t (pješčani nanosi Hausen) te je pod vrsta građevinskih mjera navedeno: rekonstrukcija/adaptacija... nesporno je da podaci iz ponude vezano za predmetnu

referencu nisu dostatni za ocjenu zadovoljava li ta referenca uvjete iz dokumentacije o nabavi, te uzimajući u obzir da naručitelj tek u odgovoru na žalbu iznosi podatke odnosno obrazlaže da se žaliteljeva referenca odnosi na usluge održavanja voda u smislu članka 121. stavka 1. točke 1. Zakona o vodama, koji se ne mogu smatrati istim ili sličnim predmetu nabave iz točke 22. dokumentacije o nabavi... tim više što žalitelj tvrdi da su u pitanju radovi građenja nasipa odnosno ponovne ugradnje pješčano-šljunčanog materijala, a što proizlazi iz sadržaja potvrde, a o čemu se naručitelj u žalbenom postupku nije očitovao“.

Nakon donošenja navedenog Rješenja ovog tijela, naručitelj je proveo novi postupak pregleda i ocjene ponuda te je dana 8. lipnja 2021. donio novu odluku o odabiru u kojoj je, između ostalog naveo da odbija ponudu žalitelja. Protiv navedene odluke žalitelj je ponovno izjavio žalbu osporavajući razloge za odbijanje svoje ponude. Postupajući po navedenoj žalbi ovo tijelo je Rješenjem KLASA: UP/II-034-02/21-01/588 od 6. kolovoza 2021. odlučilo da je naručitelj ponudu žalitelja odbio primjenjujući materijalno pravo na ranije utvrđeno činjenično stanje, bez poduzimanja radnji u svrhu pojašnjenja sadržaja predmetne reference žalitelja na što je bio upućen pravnim shvaćanjem izraženom u ranijem Rješenju ovog tijela. Navedeno postupanje naručitelja ocijenjeno je nezakonito te je navedenim Rješenjem ovog tijela od 6. kolovoza 2021. poništena odluka o odabiru od 8. lipnja 2021. Pri tome je u odnosu na ponudu žalitelja u Rješenju navedeno da „naručitelj nije razjasnio sadržaj potvrde žalitelja iz kojeg bi se nedvojbeno moglo utvrditi da li se stručna ugradnja materijala izvađenog bagerom u količini od 17.187,214 t (pješčani nanosi Hausen) odnosi na radove građenja nasipa kako to tvrdi žalitelj, odnosno koji su to radovi rekonstrukcije/adaptacije izvedeni kako bi mogao pravilno ocijeniti da li su isti sukladni uvjetu propisanom točkom 22. dokumentacije o nabavi... žalitelj je u prethodnom žalbenom postupku kao u i predmetnom žalbenom postupku, tvrdio da su radovi rekonstrukcije/adaptacije izvedeni na nasipu koji jest jedna od vodnih građevina iz članka 25. stavka 1. točke 1. Zakona o vodama, dok navedeni članak ne upućuje na vrstu radova, a koju okolnost naručitelj nije utvrđivao... osnovan je navod žalitelja da je naručitelj u konkretnom slučaju trebao primijeniti institut pojašnjavanja ponude u svrhu razjašnjenja spornih činjenica, bilo na način da pojašnjenje traži od žalitelja ili izvrši provjeru referentne potvrde kod izdavatelja iste“.

Protiv navedenog Rješenja ovog tijela odabrani ponuditelj pokrenuo je upravni spor koji je okončan presudom Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, poslovni broj: UsII-294/21-9 od 20. listopada 2021. Navedenom presudom odbijen je tužbeni zahtjev za poništenje navedenog Rješenja ovog tijela uz obrazloženje da je ovo tijelo pravilno ocijenilo da je postupanje naručitelja u ponovljenom postupku pregleda i ocjene ponuda suprotno članku 425. stavku 6. ZJN 2016. Pri tome je navedeno da je u ranijem Rješenju od 31. prosinca 2020. jasno navedena primjedba vezana uz obrazloženje te potreba za pojašnjenjem sadržaja potvrde budući da je u spornoj potvrdi navedeno da je u sklopu ugovora izvršena ugradnja materijala izvađenog bagerom u količini od 17.187,214 t (pješčani nanosi Hausen) te je pod vrstom građevinskih mjera navedeno: rekonstrukcija/adaptacija, a koju okolnost naručitelj u ponovljenom postupku pregleda i ocjene ponuda nije ispitivao niti utvrđivao. Navedeno posebno iz razloga što je žalitelj i u prethodnom i u ovom postupku tvrdio da su u pitanju radovi građenja nasipa odnosno ponovne ugradnje pješčano-šljunčanog materijala, te da isto proizlazi iz sadržaja potvrde koju okolnost naručitelj u ponovljenom postupku pregleda i ocjene ponuda nije utvrđivao, iako je na to upućen ranijim rješenjem.

U daljnjem tijeku postupka naručitelj je proveo ponovljeni postupak pregleda i ocjene ponuda u kojem je dopisom od 8.12.2021. uz primjenu članka 293. stavak 1. ZJN 2016 pozvao žalitelja na pojašnjenje ponude vezano za referencu „Podvodni bagerski radovi na području uzvodno dijela obrane Neuses i pješćanih nanosa u Hausenu“. U dopisu naručitelj je naveo kako je njemu jasno da se ovdje radi o uslugama održavanja sukladno članku 121. stavak 1. i 4. Zakona o vodama i članku 3. stavak 7. Pravilnika o jednostavnim i drugim građevinama i radovima kojima ne nastaje nova građevina niti se mijenjaju lokacijski uvjeti. Dalje, naveo je da iako je naručitelju jasno da se radovi navedeni u potvrdi ne smatraju istim ili sličnim radovima gradnje regulacijsko-zaštitnih građevina sukladno točki 22. dokumentacije o nabavi, pojašnjenje traži sukladno pravnom shvaćanju izraženom u Rješenju ovog tijela KLASA: UP/II-034-02/21-01/588 od 6. kolovoza 2021. Pri tome je naručitelj postavio pitanje žalitelju „Zašto čišćenje i uklanjanje nanosa pijeska i šljunka radi održavanja prirodnih i umjetnih vodotoka, radnju koja je istovrsna košnji i krčenju vegetacije izjednačuje te koja je pravna osnova izjednačavanja sa radovima građenja regulacijsko-zaštitnih građevina na koje upućuje članak 25. stavak 1. točka 1. Zakona o vodama?“.

Na navedeno traženje žalitelj je odgovorio dopisom od 15.12.2021. u kojem se pozvao na članak 25. Zakona o vodama navodeći definiciju vodnih građevina, zatim članak 3. Zakona o gradnji navodeći što se smatra građenjem. Također, ukazao je da iz izraženog stajališta naručitelja u postavljenom pitanju proizlazi da građenje nužno obuhvaća nastanak nove građevine i/ili mijenjanje lokacijskih uvjeta postojeće građevine, što po tumačenju žalitelja nije točno niti sukladno dokumentaciji o nabavi i Zakonu o gradnji. Dalje, žalitelj je naveo da je naručitelj u točki 22. dokumentacije propisao da se radovima koji su isti ili slični predmetu nabave smatraju radovi građenja regulacijsko-zaštitnih vodnih građevina sukladno članku 25. Zakona o vodama, pri čemu nigdje nije propisao da će se građenjem smatrati izgradnja nove građevine i/ili mijenjanje lokacijskih uvjeta postojeće građevine, niti se pozvao na odredbe Pravilnika o jednostavnim građevinama i radovima. Zatim je naveo da, prema njegovom tumačenju, propusti naručitelja u definiranju pojma građenja uže od značenja definiranog Zakonom o gradnji ne mogu ići na štetu ponuditelja na način da naručitelj postavlja dodatne uvjete i dodatna tumačenja prilikom pregleda i ocjene ponuda. Naime, naveo je kako naručitelj ne može u postupku pregleda i ocjene ponuda uvesti definiciju pojma građenja iz podzakonskih akata, a koje su suprotne zakonskim aktima (Zakon o gradnji) koji su trenutno na snazi, bez da je to naveo u dokumentaciji o nabavi. Tvrdi da navedeno stajalište zauzima i Visoki upravni sud Republike Hrvatske u presudama, poslovni broj: UsII-204/21 od 8.7.2021., UsII-140/19 od 7.3.2019. i UsII-28/20 od 20.2.2020. prema kojima „očiti propust naručitelja u sastavu dokumentacije o nabavi ne može ići na štetu ponuditelja u fazi pregleda i ocjene ponuda“. U tom smislu žalitelj je u dopisu naveo kako je ekstenzivno i interpretativno tumačenje dokumentacije o nabavi i ponude žalitelja nezakonito i suprotno smislu i svrsi javne nabave. Zatim, opreza radi pojasnio je da se iz priložene potvrde vidi da je izvedena rekonstrukcija /sanacija umjetnih vodotoka, odnosno da su izvedeni radovi iskopa-uklanjanja nanesenog materijala u cilju regulacije protoka, uspostavljanje željene dubine i profila umjetnog materijala te regulacije i stabilizacije obale i korita. Iskopan materijal, koji nije povoljan za ponovnu ugradnju se odvezao i stručno zbrinuo, a koji je pogodan za ponovnu ugradnju se ugradio u nasip (količina od 17.187.214 t). Kao dokaz da su radovi navedeni u potvrdi istovrsni radovima iz predmetnog postupka nabave žalitelj je uz dopis dostavio Izjavu podugovaratelja Domarin Tief-Wasswebau und Schiffahrts GmbH od 21. rujna 2021. kojom isti izjavljuje da je za naručitelja „Wasserstrassen-Schiffahrtsamt Nurnberg“ izveo predmetnu referencu (Podvodni bagerski radovi na

području uzvodno dijela obrane Neuses i pješčanih nanosa u Hausenu) na način da su „Na području obrane Neuses MDK na stacionaži km 22+100 do 22+580 izvedeni radovi na rekonstrukciji/adaptaciji umjetnog plovnog kanala, i to radovi uklanjanja nanesenog/nataloženog materijala usisnim bagerom, sa odvozom i zbrinjavanjem radi uspostavljanja željene dubine i profila plovnog kanala. Tijekom godina naneseći materijal nataložio se po dnu korita plovnog kanala, čime je smanjen korisni volumen plovnog kanal, ugrožena obrana od poplava i otežana plovidba. Kako bi se postigla željena dubina i železni profil plovnog kanala izvedeni su radovi iskopavanja nanesenog materijala plovnim bagerom (usisavanje vodom) 11.327.580 t, te transport nanesenog materijala tlačnim cjevovodom i stručno zbrinjavanje“. Zatim, pod naslovom „Pješčani nanosi Hausen MDK 32+050 do 32+275“ navedeno je da su „Izvedeni radovi rekonstrukcije/adaptacije korita i obale umjetnog plovnog kanala (MDK) na stacionaži od km 32+050 do 32+275 na način da su prvo izvedeni radovi uklanjanja nanesenog/nataloženog pješčanog materijala u količini 36.929.021 t. Izvedeni radovi iskopa su izvršeni u cilju regulacije protoka, uspostavljanje željene dubine i profila plovnog kanala. Iskopani materijal u količini od 19.741.807 t je odvežen i stručno zbrinut, a količina od 17.187.214 t iskopanog materijala je ponovno upotrijebljena za izgradnju nasipa čime je izvršena regulacija i stabilizacija obale i korita plovnog kanala.“ Osim toga, žalitelj je u dopisu ukazao na dvije stavke troškovnika (B.1. i B.2.) navodeći kako sam naručitelj za iste tvrdi da su to radovi gradnje (strojno čišćenje korita rijeke Dunav na kotu 72,50 m nm i Strojna izrada nasipa pijeskom (SP) frakcije 0,8 mm za potrebe izvedbe novo projektirane obaloutvrde i lukobrana).

Uvidom u Zapisnik o ponovljenom postupku pregleda i ocjene ponuda od 19. siječnja 2022. utvrđeno je da je naručitelj ponudu žalitelja odbio uz obrazloženje da niti nakon dostavljenog pojašnjenja žalitelj nije dokazao tehničku i stručnu sposobnost, odnosno nije dokazao da su radovi navedeni u ESPD obrascu - „Podvodni bagerski radovi na području uzvodno dijela obrane Neuses i pješčanih nanosa u Hausenu" istovrsni radovima traženim dokumentacijom o nabavi na koje upućuje članak 25. stavak 1. točka 1. Zakona o vodama, kao i članak 121. stavak 1. i 4. Zakona o vodama koji je *lex specialis*. U obrazloženju razloga za odbijanje ponude žalitelja naručitelj je naveo kronologiju postupka navodeći, između ostalog da radovi koje je žalitelj naveo kao jedini dokaz o ispunjenju tehničke i stručne sposobnosti predstavljaju usluge tehničkog i gospodarskog održavanja sukladno članku 120. i 121. stavak 1. i 4. Zakona o vodama, te članku 3. stavku 7. Pravilnika o jednostavnim i drugim građevinama i radovima, a ne radove koji su isti ili slični radovima gradnje regulacijsko-zaštitnih građevina u skladu sa točkom 22. dokumentacije o nabavi odnosno radovi građenja na koje upućuje članak 25. stavak 1. točka 1. Zakona o vodama.

U svrhu ocjene žalbenog navoda potrebno je navesti mjerodavne odredbe dokumentacije o nabavi i posebnih propisa relevantnih za predmetni postupak javne nabave. To su prvenstveno točka 22. dokumentacije o nabavi kojom je propisano da gospodarski subjekt u postupku javne nabave mora dokazati svoju tehničku i stručnu sposobnost koju dokazuje – popisom radova izvršenih u godini u kojoj je započeo postupak javne nabave i tijekom pet godina koje prethode toj godini (popis sadržava ili mu se prilaže potvrda druge ugovorne strane o urednom izvođenju i ishodu najvažnijih radova). Pod istim ili sličnim radovima predmetu nabave smatraju se radovi građenja regulacijsko-zaštitnih građevina na koje upućuje članak 25. stavak 1. točka 1. Zakona o vodama - nasipi, obaloutvrde, umjetna korita vodotoka, odteretni kanali, lateralni kanali, odvodni tuneli, brane s akumulacijama, ustave, retencije i druge pripadajuće im građevine, crpne stanice za obranu od poplava, vodne stepenice, slapišta, građevine za zaštitu od erozija i bujica i druge građevine pripadajuće ovim građevinama. Ako je

gospodarski subjekt izvršio radove kao dio ugovora u koji su bile uključene i druge vrste radova koje nisu vezane uz predmet nabave, obavezno treba navesti podatke o radovima vezanim uz predmet nabave, a koje je gospodarski subjekt izvršio samostalno. Ukoliko je, ponuditelj/gospodarski subjekt, iskustvo stekao kao član zajednice gospodarskih subjekata, u Popisu glavnih izvršenih radova mora biti jasno naznačeno koji dio radova i za koju vrijednost je taj ponuditelj/gospodarski subjekt te radove izvršio.

Zatim, točka 23. dokumentacije o nabavi kojom su određeni dokumenti kojima se dokazuje ispunjavanje kriterija za odabir gospodarskog subjekta. Tako je točkom 23.3. dokumentacije o nabavi propisano da za potrebe utvrđivanja tehničke i stručne sposobnosti, gospodarski subjekt u ponudi dostavlja: - ispunjeni ESPD (Dio IV. Kriteriji za odabir, Odjeljak C: Tehnička i stručna sposobnost, točka 1a, točka 10 ako je primjenjiv). Naručitelj će prije donošenja odluke o odabiru od gospodarskog subjekta koji je dostavio ekonomski najpovoljniju ponudu zatražiti da u primjerenom roku, ne kraćem od 5 dana, dostavi ažurirane popratne dokumente kojim dokazuje tehničku i stručnu sposobnost. Naručitelj će sukladno članku 259. i članku 268. stavku 1. točka 1. Zakona o javnoj nabavi (ZJN 2016) prihvatiti slijedeći dokument kao dostatan dokaz tehničke i stručne sposobnosti gospodarskog subjekta: - Popis istih ili sličnih radova predmetu nabave izvršenih u godini u kojoj je započeo postupak javne nabave i tijekom pet godina koje prethode toj godini (popis sadržava ili mu se prilaže potvrda druge ugovorne strane o urednom izvođenju i ishodu najvažnijih istih ili sličnih radova predmetu nabave) financijske vrijednosti jednake ili veće od 28.800.000,00 kn bez PDV-a (procijenjena vrijednost nabave). Ukoliko je potvrda izdana za zajednicu gospodarskih subjekata ili neki drugi oblik gdje je više gospodarskih subjekata zajedno izvršilo ugovor, u istoj potvrdi mora biti jasno naznačeno koje radove i za koju vrijednost je izvršio gospodarski subjekt čija se sposobnost dokazuje u ovom postupku nabave.

Osim toga, mjerodavni su članak 25. stavak 1. Zakona o vodama koji regulira vrste vodnih građevina s obzirom na njihovu namjenu. Tako stavak 1. točka 1. toga članka Zakona navodi su da vodne građevine: regulacijske i zaštitne vodne građevine – nasipi, obaloutvrde, umjetna korita vodotoka, odteretni kanali, lateralni kanali, odvodni tuneli, brane s akumulacijama, ustave, retencije i druge pripadajuće im građevine, crpne stanice za obranu od poplava, vodne stepenice, slapišta, građevine za zaštitu od erozija i bujica i druge građevine pripadajuće ovim građevinama. Nadalje, navedene su ostale vrste vodnih građevina i to: 2. komunalne vodne građevine: 2.1. građevine za javnu vodoopskrbu – akumulacije, vodozahvati (zdenci, kaptaže i druge zahvatne građevine na vodnim tijelima), uređaji za kondicioniranje vode, vodospreme, crpne stanice, glavni dovodni cjevovodi i vodoopskrbna mreža cjevovoda i 2.2. građevine za javnu odvodnju – kanali za prikupljanje i odvodnju komunalnih otpadnih voda, kolektori, crpne stanice, uređaji za pročišćavanje otpadnih voda, građevine i oprema za gospodarenje otpadnim muljem nastalim u postupku pročišćavanja otpadnih voda, lagune, ispusti u prijamnik i druge građevine pripadajuće ovim građevinama, uključujući sekundarnu mrežu kanala; 3. vodne građevine za melioracije; 4. vodne građevine za proizvodnju električne energije – brane, akumulacije, retencije, strojarnica, vodna komora, crpne stanice, dovodni i odvodni kanali, dovodni i odvodni tuneli i druge građevine, uređaji i oprema pripadajući ovim građevinama i 5. građevine za unutarnju plovidbu – objekti sigurnosti plovidbe na unutarnjim vodama i lučke građevine, sukladno posebnim propisima o plovidbi i lukama unutarnjih voda.

Članak 120. stavka 1. Zakona o vodama, koji propisuje da se uređenjem voda, prema ovome Zakonu, smatra gradnja regulacijskih i zaštitnih vodnih građevina,

gradnja građevina za osnovnu melioracijsku odvodnju i usluge održavanja voda, sve u svrhu neškodljivog protoka voda.

Članak 121. stavak 1. točki 1. Zakona o vodama prema kojem se održavanjem voda smatraju održavanje prirodnih i umjetnih vodotoka i drugih voda i to: 1.1. čišćenje i uklanjanje nanosa, 1.2. zemljani i slični radovi uređenja i održavanja obala, 1.3. zemljani radovi u inundacijskom području manjeg opsega, 1.4. krčenje i košenje raslinja, 1.5. održavanje propusnosti propusta i prijelaza preko vodotoka.

Članak 280. stavak 4. ZJN 2016 propisuje da se pri izradi ponude ponuditelj mora pridržavati zahtjeva i uvjeta iz dokumentacije o nabavi te ne smije mijenjati ni nadopunjavati tekst dokumentacije o nabavi, dok članak 290. stavak 1. ZJN 2016 propisuje da nakon otvaranja ponuda javni naručitelj pregledava i ocjenjuje ponude na temelju uvjeta i zahtjeva iz dokumentacije o nabavi te o tome sastavlja zapisnik.

Članak 293. stavak 1. ZJN 2016 propisuje da ako su informacije ili dokumentacija koje je trebao dostaviti gospodarski subjekt nepotpuni ili pogrešni ili se takvima čine ili ako nedostaju određeni dokumenti, javni naručitelj može, poštujući načela jednakog tretmana i transparentnosti, zahtijevati od dotičnih gospodarskih subjekata da dopune, razjasne, upotpune ili dostave nužne informacije ili dokumentaciju u primjerenom roku ne kraćem od pet dana. Stavak 2. tog članka propisuje da postupanje sukladno stavku 1. ovoga članka ne smije dovesti do pregovaranja u vezi s kriterijem za odabir ponude ili ponuđenim predmetom nabave.

Članak 403. stavak 1. ZJN 2016 propisuje da je u žalbenom postupku svaka stranka dužna iznijeti sve činjenice na kojima temelji svoje zahtjeve te predložiti dokaze kojima se te činjenice utvrđuju, stavak 2. da je žalitelj obvezan dokazati postojanje postupovnih pretpostavki za izjavljivanje žalbe, kao i povrede postupka ili materijalnog prava koje su istaknute u žalbi, a stavak 3. da je naručitelj obvezan dokazati postojanje činjenica i okolnosti na temelju kojih je donio odluke o pravima, poduzeo radnje ili propustio radnje te proveo postupke koji su predmet žalbenog postupka.

Iz utvrđenog činjeničnog stanja proizlazi da je naručitelj u ponovljenom postupku pregleda i ocjene ponuda pozvao žalitelja na pojašnjenje potvrde sadržane u ponudi, na koje postupanje je upućen Rješenjem ovog tijela KLASA: UP/II-034-02/21-01/588 od 6. kolovoza 2021. Navedenim postupanjem naručitelja žalitelj je dobio priliku dokazati da navedenom potvrdom „Podvodni bagerski radovi na području uzvodno dijela obrane Neuses i pješčanih nanosa u Hausenu“ ispunjava uvjet tehničke i stručne sposobnosti iz točke 22. dokumentacije o nabavi. Konkretno, žalitelj je dobio priliku dokazati svoje tvrdnje koje je isticao u ranijim žalbenim postupcima da se radovi navedeni u potvrdi (radovi rekonstrukcije/adaptacije na vodotoku MDK (umjetno korito vodotoka) koji su izvršeni u cilju regulacije protoka, stabilizacije korita i obale građenjem nasipa, odnosno uklanjanjem nanesenog pješčano-šljunčanog materijala i njegova ponovna ugradnja u količini 17.187,241 tona) odnose na radove građenja regulacijsko-zaštitnih vodnih građevina na koje upućuje članak 25. stavak 1. točka 1. Zakona o vodama. Međutim, prema ocjeni ovog tijela dostavljenim dokumentima žalitelj nije nedvojbeno dokazao da su radovi navedeni u potvrdi isti ili slični predmetu nabave kako je traženo točkom 22. dokumentacije o nabavi. Naime, žalitelj se u pojašnjenju od 15. prosinca 2021. ponovno poziva na odredbe mjerodavnih propisa koje tumači u svoju korist, odnosno tvrdi da su radovi navedeni u potvrdi istovrsni radovima iz predmetnog postupka nabave. Dakle i dalje se radi o tvrdnjama žalitelja koji u cilju dokazivanja sukladnosti svoje potvrde sa zahtjevima iz dokumentacije tumači mjerodavno pravo, umjesto da za svoje tvrdnje dostavi relevantne dokaze iz kojih bi nedvojbeno proizlazilo da se radovi obuhvaćeni potvrdom odnose na građenje regulacijsko-zaštitnih vodnih građevina na koje upućuje članak 25. stavak 1. točka 1. Zakona o vodama. Vezano za dostavljenu

Izjavu podugovaratelja Domarin Tief-Wasswebbau und Schifffahrts GmbH od 21. rujna 2021. ovo tijelo istu ne može prihvatiti kao takav valjani dokaz iz razloga što se radi o izjavi samog izvođača radova, a ne druge neovisne strane (primjerice, duge ugovorne strane odnosno naručitelja radova). S druge strane iz postupanja naručitelja tijekom ponovljenog postupka pregleda i ocjene ponuda razvidno je da nije ocjenjivao novi popis radova koji je žalitelj dostavio uz pojašnjenje od 15. prosinca 2021. uz obrazloženje da isti nije dostavljen u ponudi žalitelja. Navedeno postupanje naručitelja ocjenjuje se nezakonitim iz razloga što se novo dostavljenim referencama dokazuje iskustvo žalitelja koje je nastalo prije predaje ponude, odnosno radi se o ocjeni postojanja ili nepostojanja iskustva na strani žalitelja nastalog prije podnošenja ponude. Stoga, u slučaju da žalitelj u trenutku predaje ponude raspolaže i drugim dokazima u smislu propisanih uvjeta iz dokumentacije o nabavi, naručitelj je iste dokaze koje je žalitelj dostavio tijekom pregleda i ocjene ponuda bio dužan pregledati i ocijeniti u cilju utvrđivanja da li žalitelj udovoljava propisanim uvjetima. Riječ je, dakle, o utvrđivanju činjenice postojanja ili nepostojanja iskustva gospodarskog subjekta nastalog prije podnošenja ponude, slijedom čega se zaključuje da gospodarski subjekt već u trenutku predaje ponude ili raspolaže traženim iskustvom ili ne raspolaže, pa tijekom postupka može dostavljati dokaze u cilju utvrđivanja te okolnosti. Stoga je stajalište ovog žalbenog tijela da naručitelj može u cilju utvrđivanja tehničke i stručne sposobnosti uzeti u obzir i nove dokaze o iskustvu pod uvjetom da je ono stečeno prije isteka roka za dostavu ponuda u konkretnom postupku javne nabave. Navedeno pravno shvaćanje je podudarno sa zauzetim pravnim shvaćanjem Visokog upravnog suda Republike Hrvatske u odlukama poslovnog broja UsII-395/20-6 od 3. prosinca 2020. godine i UsII-396/20-10 od 10. prosinca 2020. godine. Slijedom navedenog, prema ocjeni ovog tijela naručitelj je u ponovljenom postupku pregleda i ocjene ponuda trebao ocijeniti novo dostavljeni popis radova od strane žalitelja, a ne odbiti ponudu žalitelja bez prethodnog utvrđivanja da li novo dostavljenim referencama ispunjava uvjete tehničke i stručne sposobnosti iz točke 22. dokumentacije o nabavi. Stoga navod žalitelja kojim osporava postupanje naručitelja koji je njegovu ponudu odbio ocjenjuje osnovanim.

Vežano uz navod žalitelja kojim osporava ponudu odabranog ponuditelja ovo tijelo ističe kako isti s obzirom na odredbu članka 404. stavak 3. ZJN 2016 nije ovlašteno ocjenjivati s obzirom da je valjanost ponude odabranog ponuditelja u navedenom dijelu bila predmet ocjene u žalbenom postupku koji se vodio pred ovim tijelom KLASA: UP/II-034-02/20-01/895 od 31. prosinca 2020.

Osobito bitne povrede postupka javne nabave iz članka 404. stavka 2. ZJN 2016 bile su predmetom kontrole ovog državnog tijela u žalbenom predmetu KLASA: UP/II-034-0220-01/895 od 31. prosinca 2020. i KLASA: UP/II-034-02/21-01/588, URBROJ: 354-01/21-11 od 6. kolovoza 2021. U ovom žalbenom postupku, iz raspoložive dokumentacije, nije utvrđeno postojanje osobito bitnih povreda postupka javne nabave iz članka 404. stavka 2. točke 2. i 3. ZJN 2016.

U skladu s prethodno navedenim, na temelju članka 425. stavka 1. točke 4. ZJN 2016 odlučeno je kao u točki 1. izreke ovog rješenja te se predmet vraća naručitelju na ponovno postupanje.

Žalitelj je postavio zahtjev za naknadom troškova žalbenog postupka u ukupnom iznosu od 70.000,00 kuna.

Članak 431. stavak 2. ZJN 2016 propisuje da Državna komisija odlučuje o troškovima žalbenog postupka, određuje tko snosi troškove žalbenog postupka i njihov

iznos te kome se i u kojem roku moraju platiti. Stavak 3. istog članka propisuje da je stranka, na čiju je štetu žalbeni postupak okončan, dužna protivnoj stranci nadoknaditi opravdane troškove koji su joj nastali sudjelovanjem u žalbenom postupku

Kako je žalba kojom je traženo poništenje odluke o odabiru osnovana, osnovan je i žaliteljev zahtjev za naknadom troškova žalbenog postupka te mu pripada pravo na trošak u iznosu od 70.000,00 kuna, na ime naknade za pokretanje žalbenog postupka. Slijedom navedenog, odlučeno je kao u točki 2. izreke ovog rješenja.

Naručitelj je sukladno odredbi članka 425. stavka 6. ZJN 2016, obvezan postupiti sukladno izreci odluke Državne komisije najkasnije u roku od 30 dana od dostave izvršne odluke, pri čemu je vezan pravnim shvaćanjem i primjedbama Državne komisije.

UPUTA O PRAVNOM LIJEKU

Protiv ovog rješenja nije dopuštena žalba, ali se može pokrenuti upravni spor pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske u roku od 30 dana od isteka osmog dana od dana javne objave rješenja na internetskim stranicama Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave. Tužba se predaje neposredno u pisanom obliku, usmeno na zapisnik ili se šalje poštom, odnosno dostavlja u elektroničkom obliku putem informacijskog sustava.



Stranke žalbenog postupka:

1. Hrvatske vode, Zagreb, Ulica grada Vukovara 220
2. Zajednica ponuditelja: Vodoprivreda Vinkovci d.d., Vinkovci, Zalužje 7 i AMM d.o.o., Vinkovci, Zalužje 22
3. Zajednica ponuditelja: Hidrogradnja d.o.o., Osijek, Hrvatske Republike 43, Osijek- Koteks d.d. Osijek, Šamačka 11 i Sokol d.o.o., Vinkovci, Hrvoja Vukčića Hrvatinića 11